

# 1 MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2013

Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

## Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 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 Regen

Prof. Dr. Dieter Mayer,  
Notar in München

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

## Schriftleitung:

Dr. Bernadette Bord,  
Notarassessorin

Boris Pulyer,  
Notarassessor

ISSN 0941-4193



Neue Tabelle  
zur Verkehrswert-  
berechnung  
nach dem Brand-  
versicherungswert

## Aufsätze

*Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerb-  
steuerrechts 2011/2012 1

*Wolf*: Abfindungsbeschränkungen bei  
Familiengesellschaften 9

*Reul*: Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks  
im Grundbuch versus gutgläubigen Erwerb 16

## Rechtsprechung

Voraussetzungen der Wiederaufladbarkeit einer Vormerkung  
(BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11) 37  
mit Anmerkung *Preuß* 39

Grunddienstbarkeiten nach Erlöschen des Erbbaurechts  
(BGH, Urteil vom 17.2.2012, V ZR 102/11) 40  
mit Anmerkung *Satzl* 42

Abgrenzung von dinglichem zu schuldrechtlichem Vorkaufsrecht  
(OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.6.2012, 4 U 147/10) 43  
mit Anmerkung *Niemeyer* 45

Erbvertrag mit Gegenleistung als Grundbuchnachweis  
(OLG München, Beschluss vom 31.5.2012, 34 Wx 15/12) 46  
mit Anmerkung *Braun* 48

Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung im Testament  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12) 49  
mit Anmerkung *Kössinger* 50

Wirksamwerden früher getroffener letztwilliger Verfügungen  
beider Ehegatten bei Ausschlagung durch den Überlebenden  
(OLG Bremen, Beschluss vom 1.8.2012, 5 W 18/12) 55  
mit Anmerkung *Soutier* 57

Übertragung von GbR-Anteilen als Schenkung  
(Schleswig-Holstein. OLG, Urteil vom 27.3.2012, 3 U 39/11) 59  
mit Anmerkung *Everts* 63

Umdeutung einer Erbvertragsaufhebung in Zuwendungsverzicht  
(OLG Hamm, Beschluss vom 2.12.2011, I-15 W 603/10) 65  
mit Anmerkung *Kornexl* 67

Zugewinnausgleich bei iranischem Erbstatut  
(OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12) 73  
mit Anmerkung *Süß* 75

Vorbehaltsnießbrauch an Gesellschaftsanteilen  
(BFH, Urteil vom 24.1.2012, IX R 51/10) 84  
mit Anmerkung *Wachter* 85

## Inhalt

### Aufsätze

- Gottwald*: Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2011/2012 **1**  
*Wolf*: Abfindungsbeschränkungen bei Familiengesellschaften **9**  
*Reul*: Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch versus gutgläubigen Erwerb **16**

### Tagungsberichte

- Stretz*: Vorweggenommene Erbfolge unter Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen **23**

### Buchbesprechungen

- Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis (*Sikora*) **28**  
Hannes (Hrsg.): Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge (*Wolf*) **28**  
Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch. Band 2:  
Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160 (*Giehl*) **30**  
Stoye-Benk/Cutura: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende  
und notarielle Praxis (*Weiler*) **32**  
Miras: Die neue Unternehmergeinschaft (*Wolf*) **32**  
Diehn/Neie/Rebhan: Klausurenkurs für die notarielle Fachprüfung (*Falkner*) **33**

### Rechtsprechung

#### Bürgerliches Recht

##### Allgemeines

1. Beurkundung des Angebots als maßgebender Zeitpunkt für Kenntnis vom Mangel  
(BGH, Urteil vom 15.6.2012, V ZR 198/11) **34**

##### Sachen- und Grundbuchrecht

2. Voraussetzungen der Wiederaufladbarkeit einer Vormerkung  
(BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11) **37**  
mit Anmerkung *Preuß* **39**
3. Grunddienstbarkeiten nach Erlöschen des Erbbaurechts  
(BGH, Urteil vom 17.2.2012, V ZR 102/11) **40**  
mit Anmerkung *Satzl* **42**
4. Abgrenzung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vorkaufsrecht  
(Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.6.2012, 4 U 147/10) **43**  
mit Anmerkung *Niemeyer* **45**

## Inhalt (Fortsetzung)

5. Erbvertrag mit Gegenleistungspflicht des Bedachten als Nachweis für Grundbuchamt  
(OLG München, Beschluss vom 31.5.2012, 34 Wx 15/12) **46**  
mit Anmerkung *Braun* **48**

6. Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung im Testament  
(OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12) **49**  
mit Anmerkung *Kössinger* **50**

### Familienrecht

7. Ausgleich unbenannter Zuwendungen eines Ehegatten vor und während der Ehe bei Gütertrennung  
(BGH, Urteil vom 19.9.2012, XII ZR 136/10) **52**
8. Fixierung von Heimbewohnern nur mit gerichtlicher Genehmigung auch bei Einwilligung des Bevollmächtigten  
(BGH, Beschluss vom 27.6.2012, XII ZB 24/12) **53**

### Erbrecht

9. Wirksamwerden früher getroffener letztwilliger Verfügungen beider Ehegatten bei Ausschlagung der Erbschaft durch den Überlebenden  
(Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 1.8.2012, 5 W 18/12) **55**  
mit Anmerkung *Soutier* **57**
10. Übertragung von GbR-Anteilen als Schenkung  
(Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 27.3.2012, 3 U 39/11) **59**  
mit Anmerkung *Everts* **63**
11. Umdeutung einer unwirksamen Erbvertragsaufhebung in Zuwendungsverzicht  
(OLG Hamm, Beschluss vom 2.12.2011, I-15 W 603/10) **65**  
mit Anmerkung *Kornxl* **67**

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. Verdeckte Sacheinlage in Form des Hin- und Herzahlens  
(BGH, Beschluss vom 10.7.2012, II ZR 212/10) **69**
13. Einreichung der Gesellschafterliste durch den das Angebot auf Anteilsabtretung beurkundenden Notar  
(OLG München, Beschluss vom 24.10.2012, 31 Wx 400/12) **71**
14. Erneute Einlagenleistung keine eintragungsfähige Tatsache bei verdeckter Sacheinlage nach „altem“ Recht  
(OLG München, Beschluss vom 17.10.2012, 31 Wx 352/12) **72**

### Internationales Privatrecht

15. Zugewinnausgleich bei deutschem Güterrechtsstatut und iranischem Erbstatut  
(OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12) **73**  
mit Anmerkung *Süß* **75**

## Inhalt (Fortsetzung)

### Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. Nachweis der Insolvenzfregabe eines Grundstücks gegenüber dem Grundbuchamt (Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 18.1.2012, 5 Wx 114/11) **76**

### Beurkundungs- und Notarrecht

17. Nachträgliche Textveränderungen bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung (KG, Beschluss vom 4.9.2012, 1 W 154/12) **77**

### Kostenrecht

18. Unrichtige Sachbehandlung i. S. v. § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO für den Ansatz einer Überwachungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, wenn der Käufer im Kaufvertrag schon die Löschung seiner Auflassungsvormerkung für den Fall des Rücktritts des Verkäufers bewilligt (BGH, Beschluss vom 26.7.2012, V ZB 288/11) **78**
19. Ermessens Fehlgebrauch bei pauschaler Bemessung des Geschäftswertes der Betreuungsgebühren für Fälligkeitsmitteilung und Kaufpreisüberwachung (OLG Hamm, Urteil vom 5.6.2012, 15 W 246/11) **80**  
mit Anmerkung *Tiedtke* **80**

### Öffentliches Recht

20. Anwendbarkeit des Unschädlichkeitszeugnisgesetzes nur bei Veräußerungsvorgang (OLG München, Beschluss vom 26.9.2012, 34 Wx 30/12) **82**

### Steuerrecht

21. Vorbehaltsnießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer der Gesellschaftsanteile (BFH, Urteil vom 24.1.2012, IX R 51/10) **84**  
mit Anmerkung *Wachter* **85**

### Hinweise für die Praxis

- Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes. Neue Richtzahl ab 1.10.2012: 16,0 **89**

### Standesnachrichten **93**

### Sonstiges **III**

# 1 | MittBayNot

Begründet 1864

Januar/Februar 2013 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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: Notarassessoren Dr. Bernadette Bord,  
Boris Pulyer  
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,  
80333 München

Druck: Mediengruppe Universal  
Grafische Betriebe München GmbH,  
Kirschstraße 16, 80999 München  
Gedruckt auf Papier aus 100 % chlorfrei  
gebleichten Faserstoffen

## AUFSÄTZE

### Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2011/2012

Von Notar Dr. *Stefan Gottwald*, Bayreuth

Im Berichtszeitraum 2011/2012 haben sich wieder einige wichtige Änderungen im Bereich der Grunderwerbsteuer<sup>1</sup> ergeben. Deshalb soll im Folgenden auf die relevanten Gerichtsentscheidungen, Verwaltungserlasse und gesetzgeberischen Aktivitäten eingegangen werden. Der Aufsatz gibt im Wesentlichen den Vortrag wieder, den der Verfasser anlässlich der 10. Jahresarbeits-tagung des Notariats, einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstitutes, im September 2012 in Berlin gehalten hat.

#### I. Grunderwerbsteuer bei Einbringung von Grundstücken des Sonderbetriebsvermögens und anschließendem Formwechsel in eine GmbH

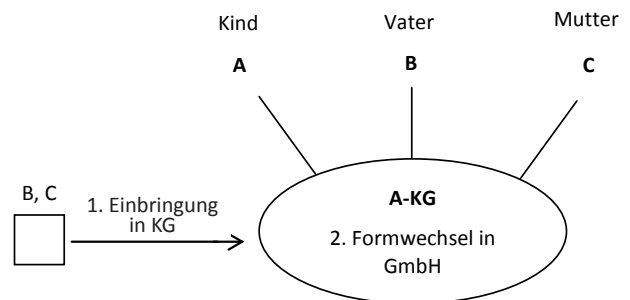
Ein Urteil des FG Düsseldorf vom 7.12.2011<sup>2</sup> beschäftigt sich mit der Grunderwerbsteuer bei der Einbringung von Grundstücken des Sonderbetriebsvermögens in eine KG und dem anschließenden Formwechsel in eine GmbH. Im Wesentlichen geht es in dieser Entscheidung um die Anwendbarkeit der persönlichen Befreiungsvorschriften des § 3 GrEStG im Bereich des § 5 GrEStG.

Im Streitfall hatten Gesellschafter einer A-KG beschlossen, die Gesellschaft in eine GmbH umzuwandeln. Mit notariellem Einbringungs- und Übertragungsvertrag vom 30.8.2010 brachten die Kommanditisten B und C ihre Miteigentumsanteile an dem Grundstück E-Straße in die A-KG ein. Mit notariellem Umwandlungsbeschluss vom selben Tag beschlossen die Gesellschafter die Umwandlung der KG in eine GmbH gemäß §§ 190 ff., 214 ff. UmwG.

Streitig wurde, ob für den Einbringungsvorgang die Steuerbefreiung nach § 5 Abs. 1 GrEStG zu gewähren oder ob durch die Umwandlung der KG in eine GmbH der Tatbestand des § 5 Abs. 3 GrEStG verwirklicht und ob ggf. eine Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG zu gewähren ist.

<sup>1</sup> Eine Übersicht über die aktuellen Grunderwerbsteuersätze findet sich auf der Internetseite des DNotI unter [www.dnoti.de/doc/2012/grunderwerbsteuersaetze.pdf](http://www.dnoti.de/doc/2012/grunderwerbsteuersaetze.pdf); zuletzt abgerufen am 21.11.2012.

<sup>2</sup> BB 2012, 350 = UVR 2012, 74.



Das FG Düsseldorf entschied, dass der Einbringungsvorgang grunderwerbsteuerbar und -pflichtig ist. Bei der Einbringung der Miteigentumsanteile an einem Grundstück des Sonderbetriebsvermögens in eine KG steht der Entstehung von Grunderwerbsteuer für das andere Rechtsgeschäft im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht § 3 Nr. 6 i. V. m. § 5 Abs. 1 GrEStG entgegen, wenn durch die formwechselnde Umwandlung der KG in eine GmbH innerhalb von fünf Jahren nach dem Grundstücksübergang der Tatbestand des § 5 Abs. 3 GrEStG erfüllt ist. Das war hier der Fall.

Die Befreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG kommt beim Erwerb eines Grundstücks durch Personen, die mit dem Veräußerer in gerader Linie verwandt sind, in Betracht. Eine unmittelbare Anwendung dieses Befreiungstatbestands scheidet im Streitfall aus, weil die KG als eigenständiger grunderwerbsteuerpflichtiger Rechtsträger und die Veräußerer nicht in gerader Linie verwandt waren. Allerdings sind nach der ständigen Rechtsprechung des BFH grundsätzlich die personenbezogenen

Voraussetzungen des § 3 GrEStG, hier nach Nr. 6 die Verwandtschaft in gerader Linie, der Personengesellschaft anteilig zuzurechnen.<sup>3</sup> Dabei ist zu berücksichtigen, dass auch die Vergünstigung nach § 3 GrEStG entfällt, soweit innerhalb der Fünfjahresfrist des § 5 Abs. 3 GrEStG die dingliche Mitberechtigung an dem Grundstück entfällt.<sup>4</sup> Der Erwerb durch die Personengesellschaft wäre nur dann von der Steuerpflicht befreit, wenn auch bei einem unterbliebenen Zwischenerwerb durch die Personengesellschaft der direkte Übergang auf die GmbH ebenfalls von der Grunderwerbsteuer befreit wäre. Die Umwandlung einer Personengesellschaft in eine GmbH mit nachfolgender Einbringung der Grundstücke ist nicht steuerbefreit, so dass die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 i. V. m. § 5 Abs. 1 GrEStG entfällt, wenn innerhalb von fünf Jahren nach Einbringung eine formwechselnde Umwandlung in eine Kapitalgesellschaft vorgenommen wird.<sup>5</sup>

Auch formwechselnde Umwandlungen sind daher gefährlich.<sup>6</sup> Zwar entsteht durch den Formwechsel selbst mangels Rechtsträgerwechsels keine Grunderwerbsteuer; daher bedarf es auch der Anwendung des § 5 Abs. 1 und 2 GrEStG nicht. Überführt jedoch ein Gesellschafter einer Personengesellschaft auf diese ein Grundstück, so entfällt nach herrschender Meinung die hierfür zunächst gewährte Begünstigung des § 5 Abs. 2 GrEStG nachträglich, wenn die Personengesellschaft im Anschluss an die Grundstücksübertragung innerhalb der Fünfjahresfrist in eine Kapitalgesellschaft formwechselnd umgewandelt wird. Durch die der Grundstücksübertragung nachfolgende formwechselnde Umwandlung wird zwar kein (weiterer) Erwerbsvorgang verwirklicht; die Umwandlung (Formwechsel)<sup>7</sup> bewirkt jedoch, dass die gesamthänderische Beteiligung des übertragenden Gesellschafters entfällt.<sup>8</sup>

Der Formwechsel lässt somit gemäß § 5 Abs. 3 GrEStG nachträglich die ursprünglich gewährten Begünstigungen des § 5 Abs. 1 bzw. 2 GrEStG entfallen.<sup>9</sup> Dies ist stets bei einem heterogenen Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft zu beachten.<sup>10</sup>

Eine ähnliche Problematik stellt sich auch, wenn etwa ein Einzelkaufmann Grundbesitz in eine neu zu gründende GmbH einbringen möchte. Hier liegt die Überlegung nahe, dass der

Einzelkaufmann, zu dessen Betriebsvermögen auch Grundbesitz gehört, diesen Grundbesitz zunächst grunderwerbsteuerfrei in eine ihm gehörende GmbH & Co. KG einbringt (§ 5 Abs. 2 GrEStG) und anschließend einen vermeintlich ebenfalls grunderwerbsteuerfreien Formwechsel in eine GmbH vornimmt.

Grunderwerbsteuerfrei ist diese Gestaltung – soweit nicht § 42 AO aufgrund des vorgefassten Planes für einschlägig erachtet wird – nur, wenn zwischen der Einbringung des Grundbesitzes in die Personengesellschaft und dem nachgeschalteten Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft die Fünfjahresfrist beachtet wird.<sup>11</sup>

Folglich ist es trügerisch, allein aufgrund der Tatsache, dass es sich bei dem Umwandlungsvorgang um einen Formwechsel handelt, von vornherein jegliche grunderwerbsteuerrechtliche Bedenken auszublenden. Selbst wenn der Formwechsel von der Personen- in die Kapitalgesellschaft anschließend innerhalb der Zweijahresfrist des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG rückgängig gemacht wird, kann die Nachbesteuerung nicht mehr verhindert werden. Nach der Rechtsprechung gilt § 16 GrEStG nämlich nicht für die Rückgängigmachung einer die Steuerbefreiung ausschließenden Änderung der Gesellschaftsverhältnisse; stattdessen müsste dann auch noch der Einbringungsvorgang rückabgewickelt werden.<sup>12</sup>

Beim Formwechsel von einer Personen- in eine Kapitalgesellschaft bietet sich daher folgender Formulierungsvorschlag (bzw. Checklistenpunkt) an:

Die Personengesellschaft, die in die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft im Wege des Formwechsels überführt werden soll, hat innerhalb der letzten fünf Jahre von keinem Gesellschafter Grundbesitz erworben und hierfür die Begünstigungen aus § 5 Abs. 1 oder 2 GrEStG in Anspruch genommen.

## II. Risiko doppelter Grunderwerbsteuer bei Erwerb eines Grundstücks durch eine noch zu gründende GmbH

In dem rechtskräftigen Beschluss des Pfälzischen OLG Zweibrücken vom 17.8.2011<sup>13</sup> ging es um eine Kostenbeschwerde gegen eine Notarrechnung, der letztlich ein grunderwerbsteuerlicher Sachverhalt zugrunde lag.

Sachverhalt:

Am 24.2.2010 beurkundete ein Notar einen Kaufvertrag über mehrere Grundstücke zum Preis von 2.060.000 €. Käuferin der Grundstücke sollte die damals noch nicht gegründete Kostenschuldnerin sein. Für sie trat ein Rechtsanwalt als Vertreter auf, der offenlegte, dass die GmbH noch zu gründen sei.

Am 1.3.2010 beurkundete derselbe Notar den GmbH-Gründungsvertrag der Beteiligten. Die GmbH wurde auch in das Handelsregister eingetragen. Außerdem beurkundete der Notar den am 24.2.2010 geschlossenen Grundstückskaufvertrag neu, aber jetzt mit der bereits eingetragenen GmbH. Zuvor hatte der Notar die Gründungsgesellschaft darauf hingewiesen, dass bei einer Genehmigung der Urkunde vom 24.2.2010 durch die jetzt eingetragene GmbH und einer anschließenden Übertragung des Grundbesitzes auf die jetzt eingetragene GmbH die Grunderwerbsteuer möglicherweise doppelt anfiel. Um den doppelten Anfall der Grunderwerbsteuer zu

<sup>3</sup> Vgl. BFH, BStBl II 2003, S. 528; vgl. auch *Meßbacher-Hönsch in Boruttau*, 17. Aufl. 2011, § 3 Rdnr. 40, 428.

<sup>4</sup> Vgl. BFH, BStBl II 2003, S. 528 m. w. N.

<sup>5</sup> Vgl. auch *Pahlke/Franz*, § 5 Rdnr. 67; *Meßbacher-Hönsch in Boruttau*, 17. Aufl. 2011, § 3 Rdnr. 42, 428.

<sup>6</sup> Vgl. ausführlich *Gottwald*, NotBZ 2001, 285.

<sup>7</sup> Die Befreiungsvorschrift des § 6a GrEStG gilt nicht beim Formwechsel.

<sup>8</sup> Vor dem Inkrafttreten des § 5 Abs. 3 GrEStG war dies bereits der Fall, wenn der anschließende Formwechsel auf einem vorgefassten Plan beruhte und innerhalb eines zeitlichen und sachlichen Zusammenhanges erfolgte, vgl. *Hofmann*, § 5 Rdnr. 18. Nunmehr zählt nicht mehr der vorgefasste Plan, sondern ausschließlich die objektive Fünfjahresfrist; vgl. ferner BFH, Urteil vom 18.12.2002, II R 13/01, MittBayNot 2003, 501 m. Anm. *Gottwald*, MittBayNot 2003, 438, zur Frage des Wegfalls der Vergünstigung des § 6 Abs. 3 GrEStG bei einem Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft; vgl. ferner *Gottwald*, DStR 2004, 341.

<sup>9</sup> Steuerschuldner sind neben dem einbringenden Gesellschafter nur diejenigen Gesellschafter, die im Zeitpunkt des Umwandlungsbeschlusses noch an der Gesellschaft beteiligt sind, vgl. *Schwerin*, RNotZ 2003, 497.

<sup>10</sup> Anders als der Formwechsel der Gesamthand, die ein Grundstück von einem ihrer Gesellschafter erworben hat, führt der Formwechsel eines Gesellschafters, von dem die Gesamthand den Grundbesitz erworben hat, nicht zum Wegfall der Privilegierung, weil der formwechselnde Rechtsträger rechtlich mit dem ursprünglichen Rechtsträger identisch ist; vgl. *Schwerin*, RNotZ 2003, 496.

<sup>11</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 5 Rdnr. 28.

<sup>12</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 29.9.2005, BStBl 2006, S. 43 ff.

<sup>13</sup> Vgl. DStR 14/2012, 714 = DNotZ 2012, 449.

vermeiden, sei daher eine erneute Beurkundung des Kaufvertrages mit der jetzt eingetragenen GmbH nötig. Der ursprüngliche Vertrag dürfe aus grunderwerbsteuerlichen Gründen nicht genehmigt werden.

In der Kostenbeschwerde vertrat daraufhin die Kostenschuldnerin die Ansicht, die wiederholte Beurkundung des Grundstückskaufvertrages sei überflüssig gewesen und der Hinweis des Notars, andernfalls (bei einer Nachgenehmigung des ursprünglichen Kaufvertrages und einer anschließenden Überleitung der Grundstücke auf die eingetragene GmbH) falle die Grunderwerbsteuer ein zweites Mal an, sei falsch gewesen.

Überblick:

- 1) 24.2.2010: Kaufvertrag mit nicht gegründeter GmbH
- 2) 1.3.2010: GmbH-Gründung beim Notar
- 3) 10.3.2010: Eintragung der GmbH im Handelsregister
- 4) 11.3.2010: Neuer Kaufvertrag mit der eingetragenen GmbH
- 5) 20.3.2010: Kostenbeschwerde gegen die Notarkostenrechnung

Nach Ansicht des OLG Zweibrücken hat der Notar seine Amtspflichten jedoch nicht verletzt, da er die Rechtslage völlig richtig dargestellt habe. Bei einer Vertretung einer noch nicht existenten Vorgründungsgesellschaft werde zwar nach den Grundsätzen des betriebsbezogenen Geschäftes im Regelfall der „wahre Rechtsträger“ aus dem Rechtsgeschäft berechtigt und verpflichtet.<sup>14</sup> Das Rechtsinstitut des betriebsbezogenen Geschäftes betrifft insoweit das Offenkundigkeitsprinzip des Stellvertreterrechts. Es hilft darüber hinweg, dass der handelnde Vertreter entweder gar nicht im Namen eines bestimmten Vertretenen oder – wie hier – im Namen eines in der bezeichneten Rechtsform nicht existierenden Vertretenen aufgetreten ist. Im Regelfall wird es dem wirklichen Willen (§ 133 BGB) der Vertragsparteien entsprechen, den Vertrag mit dem „wahren Rechtsträger“ zu schließen. Nach diesen Grundsätzen ist die Vertretung einer noch nicht existenten Gesellschaft – notwendigerweise durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht – möglich. Im Falle einer Genehmigung dieses Vertrages durch die später eingetragene Gesellschaft wird der Kaufvertrag auch nur mit dieser begründet.

Nach der Gründung der (Vor-)Gesellschaft und der Übergang des Grundstücks an diese wäre sodann nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG ein zweites Mal Grunderwerbsteuer angefallen. Der einmal mit dem „wahren Rechtsträger“ zustande gekommene Vertrag wäre mit der Gründung der GmbH nicht in dem Sinne auf diese GmbH übergegangen, dass nunmehr die GmbH anstelle des wahren Rechtsträgers in den Kaufvertrag eingetreten wäre. Das Vermögen des „wahren Rechtsträgers“ der Vorgründungsgesellschaft – hierzu gehören auch vertragliche Ansprüche – geht nicht automatisch auf die später existente gewordene Gesellschaft über.<sup>15</sup>

Meines Erachtens ist das Urteil des OLG Zweibrücken richtig, da es exakt zwischen Vorgründungsgesellschaft, Vorgesellschaft und eigentlicher Gesellschaft differenziert:

Wenn ein Grundstück von einer sogenannten Vorgesellschaft auf eine Kapitalgesellschaft bzw. – bei Personengesellschaften – von der Gründergesellschaft auf die spätere Personengesellschaft übergeht, besteht nach herrschender gesellschaftsrechtlicher Auffassung eine rechtliche Identität von

Vorgesellschaft und späterer Gesellschaft. Da es infolgedessen an einem Rechtsträgerwechsel fehlt, ist der Übergang des Grundstückes grunderwerbsteuerfrei.<sup>16</sup>

Grunderwerbsteuerpflichtig ist hingegen die Übertragung eines Grundstücks von einer Vorgründungsgesellschaft auf eine (Vor-)Kapitalgesellschaft. Dies folgt daraus, dass die Vorgründungsgesellschaft eine GbR oder OHG ist; das Recht der Vorgesellschaft findet auf sie keine Anwendung. Sie ist auch nicht mit der Vorgesellschaft identisch, so dass es zum Übergang der Aktiva und Passiva der Vorgründungsgesellschaft auf die Vorgesellschaft oder die Kapitalgesellschaft der Einzelübertragung bedarf.<sup>17</sup>

Hat eine GmbH in Gründung von einem Dritten ein Grundstück erworben und kommt es anschließend nicht zur Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister, so führt die Auflösung der GmbH in Gründung hinsichtlich des Grundstücks zu einem Rechtsträgerwechsel im Sinne des § 1 Abs. 1 Satz 3 GrEStG auf den bzw. die Gründungsgesellschafter.<sup>18</sup>

### III. Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG in den Fällen der erstmaligen Anteilsvereinigung gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG

Eine ganz wesentliche Änderung der Rechtslage ist dem Urteil des BFH vom 23.5.2012 zu entnehmen,<sup>19</sup> in welchem das Gericht erstmals die Anwendbarkeit des § 3 Nr. 2 GrEStG auf Anteilsvereinigungen bei Kapitalgesellschaften bejaht.<sup>20</sup>

Gleichzeitig wurde vom BFH klargestellt, dass die Steuerbefreiung aus § 3 Nr. 6 GrEStG in diesen Fällen (weiterhin) nicht eingreifen soll.

Während auf steuerbare Änderungen im Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG die personenbezogenen Befreiungsvorschriften des § 3 Nrn. 2-7 GrEStG anwendbar sind,<sup>21</sup> musste bisher im Bereich des § 1 Abs. 3 GrEStG folgende differenzierende Beurteilung vorgenommen werden.

<sup>16</sup> Vgl. *Hofmann*, § 1 Rdnr. 7; *Schmitz*, Grunderwerbsteuerrecht, Rdnr. 74.

<sup>17</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 1 Rdnr. 16; vgl. hierzu auch BFH, BStBl II 1990, S. 91.

<sup>18</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 17.10.2001, II R 43/99, DStRE 2002, 387 = MittBayNot 2002, 316.

<sup>19</sup> Vgl. BFH, DStR 2012, 1444 = MittBayNot 2012, 417.

<sup>20</sup> Dieser Auffassung hatte sich schon vor dem abschließenden Urteil die Finanzverwaltung angeschlossen. In einem Schreiben der OFD Frankfurt a. M. vom 20.1.2012 (Vgl. DStR 7/2012, VIII.) informiert die Oberfinanzdirektion die Finanzämter, dass nach Mitteilung des Finanzministeriums des Landes Nordrhein-Westfalen im BFH-Verfahren II R 21/10 auf eine mündliche Verhandlung verzichtet werden solle. Der BFH habe mit Gerichtsbescheid vom 26.10.2011, II R 21/10, entschieden, dass die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 2 GrEStG auch dann eingreife, wenn der Gegenstand einer freigebigen Zuwendung ein Anteil an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft sei und durch die Übertragung der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllt werde. Jedoch sei die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 2 GrEStG in dem entschiedenen Fall einer gemischten Schenkung nur auf den unentgeltlichen Teil des Erwerbs anzuwenden. Eine darüber hinausgehende Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG fände keine Anwendung, da der fiktive Grundstückserwerb von der Kapitalgesellschaft erfolge. Der BFH habe die Sache im Übrigen zur weiteren Vermittlung an das FG zurückverwiesen, da die Feststellungen zum entgeltlichen Teil der gemischten Schenkung nachzuholen seien.

<sup>21</sup> Eine Einschränkung könnte sich allenfalls dann ergeben, wenn sich der Gesellschafterbestand der Personengesellschaft mittelbar über eine vermittelnde Kapitalgesellschaft ändert.

<sup>14</sup> Vgl. BGH, NZG 2003, 32; *Hueck/Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 19. Aufl., § 11 Rdnr. 36.

<sup>15</sup> Vgl. *Staudinger/Pfeifer*, § 925 Rdnr. 51.

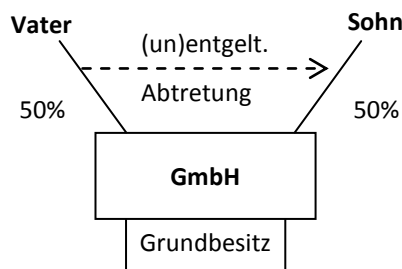
## 1. Anteilsvereinigungen, § 1 Abs. 3 Nr. 1, 2 GrEStG

Auf Anteilsvereinigungen im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und Nr. 2 GrEStG sollten die personenbezogenen Befreiungstatbestände des § 3 Nrn. 2-7 GrEStG keine Anwendung finden, sofern es sich um *Kapitalgesellschaften* handele.<sup>22</sup> Dies wurde daraus abgeleitet, dass bei der Anteilsvereinigung ein Grundstückserwerb von der *Gesellschaft* fingiert werde.<sup>23</sup> In dem angegebenen BFH-Urteil wird diese enge Interpretation nunmehr zumindest für den Fall des § 3 Nr. 2 GrEStG aufgegeben, so dass erstmalige Anteilsvereinigungen, die unentgeltlich erfolgen, von der Grunderwerbsteuer befreit sind. Die weiteren personenbezogenen Befreiungstatbestände des § 3 Nrn. 3-7 GrEStG, insbesondere § 3 Nr. 6 GrEStG, seien aber nach wie vor nicht anwendbar.

Anders verhält es sich bei *Personengesellschaften*: Hier waren die personenbezogenen Befreiungsvorschriften des § 3 Nrn. 2-7 GrEStG schon nach bisheriger Verwaltungsmeinung sehr wohl anwendbar, da Eigentümer des Vermögens einer Personengesellschaft die Gesellschafter in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit – also nicht die Personengesellschaft selbst – sind. Dies rechtfertigte es nach herrschender Meinung, die persönlichen Eigenschaften der Gesellschafter im Grundstücksverkehr mit der Personengesellschaft grundsätzlich zu berücksichtigen.<sup>24</sup>

Beispiel 1:

Vater und Sohn sind an einer GmbH mit Grundbesitz zu je 50 % beteiligt. Der Vater überträgt seine 50 %-Beteiligung an den Sohn unentgeltlich/entgeltlich.



Lösung:

Es erfolgt eine steuerbare Anteilsvereinigung durch Vereinigung aller GmbH-Anteile in der Hand des Sohnes gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG. Da fingiert wird, dass der Sohn das Grundstück von der GmbH erwirbt, sind die personenbezogenen

Steuerbefreiungen nach § 3 Nr. 6 GrEStG nicht anwendbar. Nach bislang herrschender Meinung sollte selbst im Fall einer Schenkung der 50 %-Beteiligung Grunderwerbsteuer anfallen, obwohl es in diesem Fall wirtschaftlich zu einer Doppelbelastung mit Schenkungsteuer und Grunderwerbsteuer kam.<sup>25</sup> Nach der neuen BFH-Entscheidung wird dagegen zumindest bei einer unentgeltlichen Übertragung der Anteile der Vorgang steuerbefreit. Soweit der Sohn dagegen die Anteile voll entgeltlich erwirbt, fällt Grunderwerbsteuer an. Das Vater-Sohn-Verhältnis hilft nichts.

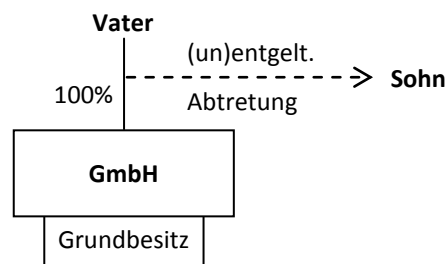
Bedenkt man allerdings, dass § 1 Abs. 3 GrEStG als Ergänzungstatbestand fiktive Grundstückserwerbe erfassen soll, müsste in dem Beispielfall meines Erachtens auch berücksichtigt werden, dass die Übertragung eines Grundstücks (anstelle von Geschäftsanteilen) vom Vater an den Sohn in zwei Teilakten vollständig von der Grunderwerbsteuer befreit gewesen wäre. Hätte Vater V seinem Sohn S zunächst beispielsweise einen 50 %-igen Miteigentumsanteil an einem Grundstück übertragen und einige Jahre später den restlichen Miteigentumsanteil (teilentgeltlich), so wäre der Eigentumserwerb des Sohnes auch hinsichtlich des entgeltlichen Teiles gemäß § 3 Nr. 6 GrEStG vollständig befreit gewesen.<sup>26</sup>

## 2. Anteilsübertragungen, § 1 Abs. 3 Nr. 3, 4 GrEStG

Bei einer Weiterübertragung der Geschäfts- bzw. Gesellschaftsanteile auf einen neuen Erwerber (§ 1 Abs. 3 Nr. 3 und 4 GrEStG) sind dagegen die personenbezogenen Befreiungen des § 3 Nrn. 2-7 GrEStG nicht nur bei *Personen-*, sondern auch bei *Kapitalgesellschaften* anwendbar. Dies wird damit begründet, dass bei einer Weiterübertragung ein Grundstückserwerb von dem jeweiligen *Gesellschafter* fingiert wird.<sup>27</sup>

Beispiel 2:

Der Vater ist alleiniger Gesellschafter einer GmbH mit Grundbesitz. Er überträgt sämtliche Anteile an den Sohn.



Lösung:

Die Übertragung sämtlicher Geschäftsanteile erfüllt den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG. Der Erwerb ist jedoch nach § 3 Nr. 6 GrEStG befreit, da bei einer Weiterübertragung der Geschäftsanteile ein Grundstückserwerb vom Gesellschafter (Vater an Sohn) fingiert wird. Bei der Weiterübertragung bereits vereinigter Anteile spielt es somit keine Rolle, ob diese entgeltlich oder unentgeltlich erfolgt. Es reicht bereits

<sup>22</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 14; BFH, BStBl II 1988, S. 785; *Hofmann*, § 1 Rdnr. 175; *Weilbach*, § 1 Rdnr. 93; vgl. neuerdings auch Finanzministerium Baden-Württemberg, Erlass vom 28.4.2005, DStR 2005, 1012.

<sup>23</sup> Vgl. kritisch hierzu *Teiche*, BB 2008, 196, der die persönlichen Befreiungstatbestände des § 3 GrEStG auf sämtliche fiktiven Erwerbstatbestände des § 1 GrEStG, also insbesondere auch auf § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG, anwenden möchte.

<sup>24</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 15 m. w. N. zu mittelbaren Anteilsvereinigungen; a. A. *Hofmann*, § 1 Rdnr. 175; *Weilbach*, § 1 Rdnr. 93. Differenzierend *Boruttau/Sack*, § 3 Rdnr. 91a ff., wonach § 3 Nr. 2 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG unanwendbar sein soll. Nach einem Erlass des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 18.12.2009, DStR 2010, 114, soll demgegenüber die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG in den Fällen der Anteilsvereinigung bei Personengesellschaften nicht anwendbar sein. Der Erlass dürfte insoweit allerdings im Widerspruch zur BFH-Rechtsprechung stehen; vgl. *Viskorf* in FS Spiegelberger, S. 518 ff.

<sup>25</sup> Vgl. *Hofmann*, § 3 Rdnr. 7; *Halaczinsky*, ZEV 2003, 100. Vgl. ausdrücklich nunmehr auch Finanzministerium Niedersachsen vom 2.11.2007, S. 4500-148-39 2, Haufe-Index 187 3007; vgl. hierzu *Heine*, UVR 2008, 186.

<sup>26</sup> Vgl. kritisch *Gottwald*, ZEV 2012, 499.

<sup>27</sup> Vgl. *Pahlke/Franz*, § 3 Rdnr. 16; *Hofmann*, § 1 Rdnr. 175; *Weilbach*, § 1 Rdnr. 93.



das Eltern-Kind-Verhältnis aus, um zur vollständigen Grunderwerbsteuerbefreiung zu gelangen.<sup>28</sup>

#### IV. Einheitliches Vertragswerk trotz Abschlusses des Werkvertrags über den Umbau des Gebäudes erst 19 Monate nach Grundstückserwerb

Im Gegensatz zu den eigennützigen Erwerberleistungen müssen solche Leistungen der Grunderwerbsteuerlichen Gegenleistung hinzugerechnet werden, die nach dem maßgeblichen Gegenstand des Erwerbsvorgangs auf einen noch vom Veräußerer herzustellenden künftigen Zustand des Grundstückes entfallen.

Die Bemessungsgrundlage hängt daher davon ab, in welchem Zustand (z. B. bebaut oder unbebaut bzw. saniert oder unsaniert) das Grundstück erworben werden soll. Der tatsächliche Grundstückszustand bei Vertragsabschluss ist demgegenüber bedeutungslos.<sup>29</sup>

In diesem Zusammenhang spielt die Problematik des sog. einheitlichen Leistungsgegenstandes – zum Teil auch als einheitliches Vertragswerk bezeichnet – eine wichtige Rolle. Diese Grundsätze betreffen alle Erwerbsvorgänge bezüglich Baugrundstücken, bei denen in engem Zusammenhang mit dem Erwerb auch die Bebauung oder sonstige Veränderungen des Grundstückes (und/oder des aufstehenden Gebäudes) herbeigeführt werden. Hierbei handelt es sich um eine übergesetzliche Rechtsprechung des BFH, welche sich am Sinn und Zweck des Gesetzes orientiert.<sup>30</sup>

Nach der Rechtsprechung vom einheitlichen Leistungsgegenstand wird der Gegenstand des Erwerbsvorgangs um solche Vereinbarungen erweitert, welche rechtlich oder wirtschaftlich in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem eigentlichen Grundstückserwerb stehen. Wenn bei objektiver Betrachtungsweise mehrere Vereinbarungen auf einen einheitlichen Leistungsgegenstand zielen, so sind diese auch dann als Einheit zu behandeln, wenn es sich formal um getrennte Verträge handelt. In diesen Fällen erhöht sich somit die Grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage. Sind die Verträge dagegen weder zivilrechtlich verknüpft noch in einem engen sachlichen Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb stehend, so kann die Grunderwerbsteuer lediglich aus der Gegenleistung für das Grundstück bemessen werden.

**28** Auch nach Auffassung des FG Nürnberg bestanden schon vor der BFH-Entscheidung ernsthafte Zweifel bei der Beurteilung der Rechtsfrage, ob eine nach § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG steuerbare Anteilsvereinigung gemäß § 3 Nr. 2 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen ist oder nicht. Das FG Nürnberg gewährte deshalb die Aussetzung der Vollziehung eines entsprechenden Steuerbescheides, da aufgrund der im Rahmen eines Aussetzungsverfahrens gebotenen überschlüssigen Prüfung ernsthafte Zweifel daran bestünden, wie die aufgeworfene Rechtsfrage zu beurteilen sei. Mangels Eindeutigkeit der Rechtslage sei im summarischen Beschlussverfahren jedoch keine Entscheidung über die Rechtsfrage zu treffen. Vielmehr sei der Aussetzung der Vollziehung stattzugeben.

**29** Vgl. BFH, BStBl II 1990, S. 510; Pahlke/Franz, § 9 Rdnr. 5; Hofmann, § 8 Rdnr. 12 ff.; vgl. hierzu auch Weilbach, § 8 Rdnr. 3a ff.; Boruttau/Sack, § 9 Rdnr. 49.

**30** Vgl. BFH, BStBl II 1990, S. 181; vgl. zu der Bestätigung der bisherigen Rechtsprechung auch Mäßlang, ZNotP 2001, 414 ff.; zustimmend Bunjes/Geist, § 4 Nr. 9 Rdnr. 6; das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002 hat durch die Einführung des § 8 Abs. 2 Satz 2 GrEStG – der allerdings ausschließlich für § 8 Abs. 2 Satz 1 GrEStG gilt – erstmals die Maßgeblichkeit des künftigen Grundstückszustandes normiert; vgl. hierzu auch Rdnr. 858-860.

Liegt keine zivilrechtliche Verknüpfung vor, so handelt es sich gleichwohl um einen einheitlichen Leistungsgegenstand, wenn bei objektiver Betrachtung der Erwerber das bebaute Grundstück als einheitlichen Leistungsgegenstand erhält.<sup>31</sup>

Sofern auf Veräußererseite mehrere Personen mitwirken, kann ein einheitlicher Leistungsgegenstand vorliegen, wenn diese ihr Verhalten erkennbar aufeinander abgestimmt haben.

Eine faktische Verbindung liegt auch vor, wenn ein Dritter durch seine vertraglichen Beziehungen mit der Veräußererseite die Möglichkeit hat, die Leistung als einheitliche anzubieten und dabei ein wirtschaftliches Interesse am Abschluss aller Verträge hat.<sup>32</sup>

Bei der Aufspaltung in Grundstückskaufvertrag und Werkvertrag gelten folgende Grundsätze:

Haben die Beteiligten bereits einen Bauerrichtungsvertrag schriftlich abgeschlossen, bevor die Beurkundung des Grundstücksgeschäftes erfolgt, so liegt stets ein enger sachlicher Zusammenhang zwischen den beiden Verträgen vor, wenn Verkäufer und Bauunternehmer identisch sind.<sup>33</sup>

Entsprechendes gilt, wenn diese Verträge zeitgleich, z.B. in zwei aufeinanderfolgenden notariellen Urkunden, abgeschlossen werden. Gleiches gilt aber auch, wenn Veräußerer und Bauunternehmer zwar verschiedene Personen, aber personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich eng miteinander verbunden sind.<sup>34</sup>

Wird der Bauerrichtungsvertrag dagegen erst nach Abschluss des Grundstückskaufvertrages abgeschlossen, müssen weitere Voraussetzungen hinzukommen, um einen engen sachlichen Zusammenhang bejahen zu können. Hier kommen faktische Zwänge, vorherige Absprachen oder Hinnahme eines von der Veräußererseite vorbereiteten Geschehensablaufs in Betracht.

Nach dem Urteil des FG Baden-Württemberg<sup>35</sup> wurde ein einheitliches Vertragswerk bejaht, obwohl der Abschluss des Werkvertrages über den Umbau des Gebäudes erst 19 Monate nach Grundstückserwerb erfolgte. Zwar wies das Gericht darauf hin, dass eine längere Zeitspanne zwischen dem Abschluss des Grundstückskaufvertrages und dem Abschluss eines Bauvertrages die Annahme eines engen sachlichen Zusammenhangs nicht mehr indizieren könne. Je weiter die Abschlüsse zeitlich voneinander entfernt sind, umso wahrscheinlicher sei es, dass der Erwerber den Bauvertrag nicht eingefügt in ein Gesamtkonzept und somit losgelöst von dem Grundstückskaufvertrag abgeschlossen habe. Wie wahrscheinlich dies ist, könne jedoch nicht über eine feste Zeitbestimmung gesagt werden, sondern hänge von den Umständen des Einzelfalles ab. Im Streitfall habe die Verkäuferin mit einem Angebot auf Abschluss eines Generalübernehmervertrages selbst für diese lange Zeitspanne den engen sachlichen Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Werkvertrag (Generalübernehmervertrag) hergestellt.

**31** Vgl. Pahlke/Franz, § 9 Rdnr. 16, vgl. hierzu auch BFH, BStBl II 1990, S. 181, 16; Hofmann, § 8 Rdnr. 12 ff.

**32** Vgl. Pahlke/Franz, § 9 Rdnr. 16 ff.; Hofmann, § 8 Rdnr. 9 ff.

**33** Der sachliche Zusammenhang folgt daraus, dass die aus dem Werkvertrag geschuldete Bauleistung für den Erwerber unbrauchbar wäre, wenn er nicht auch das dazu gehörige Grundstück erhalten würde.

**34** Vgl. Pahlke/Franz, § 9 Rdnr. 17, vgl. hierzu auch BFH/NV 1991, S. 314; Hofmann, § 8 Rdnr. 9 ff.

**35** Vgl. DStRE 4/2012, 243.

- |  |   |                            |
|--|---|----------------------------|
| <ol style="list-style-type: none"> <li>1. Kaufvertrag</li> <li>2. Angebot auf Werkvertrag durch den Verkäufer</li> <li>3. Annahme Werkvertrag</li> </ol> | } | einheitliches Vertragswerk |
|--|---|----------------------------|

Mit Urteil vom 28.3.2012 hat der BFH die Entscheidung des FG Baden-Württemberg bestätigt.<sup>36</sup> Der BFH betonte ebenfalls, dass aufgrund besonderer Umstände ein einheitlicher Erwerbsgegenstand auch dann vorliegen könne, wenn der Erwerber das Angebot erst längere Zeit nach Abschluss des Kaufvertrages unverändert oder mit unwesentlichen Änderungen annehme; dies gelte etwa, wenn das mit einem zu sanierenden Gebäude bebaute Grundstück bei Abschluss des Kaufvertrages noch für längere Zeit an einen Dritten vermietet war und daher mit der Sanierung erst nach Beendigung des Mietvertrages begonnen werden konnte. Nachdem das FG den Sachverhalt dahingehend gewürdigt hatte, dass das Grundstück zusammen mit dem sanierten Gebäude einen einheitlichen Erwerbsgegenstand bildete, war der BFH gemäß § 118 Abs. 2 FGO an diese Feststellungen gebunden. Sie waren revisionsrechtlich nicht zu beanstanden; sie widersprachen weder den Denkgesetzen noch allgemeinen Erfahrungssätzen.

## V. Übertragung der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis beim Erwerb eines Gesellschaftsanteils an einer Grundstücks-GbR

Unterhalb der 95 %-Grenze des § 1 Abs. 2a GrEStG n. F. ist ein Wechsel im Gesellschafterbestand einer Personengesellschaft nicht steuerpflichtig. Eine Ausnahme hiervon gilt, wenn der Anteil an einer Personengesellschaft mit einem der Gesellschaft gehörenden Grundstück (häufig Wohnungs- oder Teileigentum) verknüpft ist. Bei einer derartigen Konstruktion soll mit der Übertragung des Gesellschaftsanteiles letztlich das durch diesen verkörperte Grundstück grunderwerbsteuerfrei (da der Gesellschaftsanteil weniger als 95 % beträgt) an den Anteilserwerber übertragen werden. Die Rechtsprechung nimmt hier eine Steuerpflicht aus § 1 Abs. 1 GrEStG in Verbindung mit § 42 AO an (es wird also nicht auf § 1 Abs. 2 GrEStG zurückgegriffen), wenn der Anteil an der Personengesellschaft mit einer besonderen Berechtigung an dem Grundstück untrennbar verknüpft ist.<sup>37</sup> Faktisch handelt es sich bei einem Erwerb eines derart ausgestalteten Gesellschaftsanteiles nämlich um einen Grundstückserwerb. Voraussetzung für die Besteuerung nach § 42 AO ist hierbei, dass dem Gesellschafter nach der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung aufgrund einer gesicherten Rechtsposition eine eigentümerähnliche Dispositionsbefugnis über ein reales Grundstück (bzw. einen Grundstücksteil) eingeräumt wird.<sup>38</sup>

Beispiel:

A erwirbt einen 40 %-igen Anteil an einer GbR, dem ein bestimmtes Grundstück zugeordnet ist. A kann im Fall der Kündigung der Gesellschaft keine Abfindung in Geld, sondern die

Übertragung des seinem Gesellschaftsanteil zugeordneten Grundstücks verlangen. A tritt seinen Anteil an B ab.<sup>39</sup>

Lösung:

Der Erwerb des Gesellschaftsanteils ist grunderwerbsteuerpflichtig nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 42 AO, da der Gesellschafter die Übereignung des Grundstücks durch einseitige Erklärung (z. B. Kündigung oder Auflösung der Gesellschaft) herbeiführen kann. Der Steuerpflicht steht auch nicht entgegen, wenn die erstmalige Kündigung der Gesellschaft erst nach Ablauf eines mehrjährigen Zeitraums (der in der Praxis mit Rücksicht auf die § 6 Abs. 7, § 7 Abs. 3 GrEStG zumeist auf über fünf Jahre festgelegt ist) möglich ist. Dies ist zutreffend, weil der Gesellschafter den Wert seines Gesellschaftsanteils auch ohne Weiteres bereits vorher durch Anteilsabtretung realisieren kann.<sup>40</sup>

Nicht steuerpflichtig sind dagegen Vorgänge, bei denen im Zeitpunkt des Erwerbs des Gesellschaftsanteils für den Erwerber noch keine gesicherte Position auf Erwerb des Grundstücks besteht, er also nicht durch einseitige Erklärung seine Gesellschafterstellung in einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an diesem Grundstück umwandeln kann. Kein Gestaltungsmissbrauch liegt deshalb vor, wenn z. B. dem Gesellschafter zwar bei Auflösung der Gesellschaft ein Anspruch auf Eigentumsübertragung des ihm bisher nur schuldrechtlich zugeordneten Grundstücks zusteht, er alleine aber die Auflösung der Gesellschaft nicht herbeiführen kann und er auch ansonsten – z. B. durch Kündigung – seine Beteiligung nicht unmittelbar selbst in einen Anspruch auf Eigentumsübertragung umwandeln kann.<sup>41</sup>

Solange es durch die entsprechende Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages an einer gesicherten Rechtsposition des Gesellschafters fehlt, kann folglich auch kein Gestaltungsmissbrauch im Sinne des § 42 AO unterstellt werden, wenn später tatsächlich die Übertragung des zugeordneten Grundstücks an den entsprechenden Gesellschafter erfolgt.

Kritisch anzumerken ist, dass es auch denkbar wäre, die Steuerbarkeit des mit einem realen Grundstück verknüpften Gesellschaftsanteils aus § 1 Abs. 2 GrEStG herzuleiten.<sup>42</sup>

In dem vom BFH am 23.11.2011 entschiedenen Fall<sup>43</sup> ging es um die Steuerbarkeit des Erwerbs infolge der Auflösung einer GbR, bei der den Gesellschaftern jeweils näher bezeichnete Miteigentumsanteile verbunden mit dem dazugehörigen Sondereigentum zugewiesen wurden (Eigentumswohnungen). Das FG vertrat die Auffassung, die Gesellschafter hätten bereits durch ihre Aufnahme in die GbR jeweils einen Gesellschaftsanteil erworben, der mit einer Berechtigung an einer konkreten Eigentumswohnung verbunden gewesen sei; diese Erwerbe hätten folglich gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG in Verbindung mit § 42 AO der Grunderwerbsteuer unterlegen.

Demgegenüber entschied der BFH: Die Übertragung eines Anteils an einer Grundstücks-GbR, der mit einer besonderen Berechtigung an einer der Gesellschaft gehörenden Wohnungseinheit verbunden sein soll, unterliegt der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 42 AO jedenfalls dann nicht, wenn die auf Begründung eines Anspruchs auf Übereignung einer bestimmten Wohnungseinheit gerichteten Vereinbarungen mangels notarieller Beurkundung

<sup>36</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 28.3.2012, II R 57/10, Beck RS 2012, 95555 (Beck online).

<sup>37</sup> Vgl. BFH, BStBl II 1989, S. 628.

<sup>38</sup> Vgl. Pahlke/Franz, § 1 Rdnr. 65. Nach einem Urteil des FG Hamburg vom 30.9.2004 (rechtskräftig) wird beim Kauf eines GbR-Anteils zugleich die Verwertungsbefugnis nach § 1 Abs. 2 GrEStG an einer Eigentumswohnung erworben, wenn diese an den Erwerber übergeben wird und er das Nutzungsrecht und das Recht zur Weiterveräußerung auf seine Rechnung mit der Maßgabe erhält, dass die notwendige Zustimmung der Mitgesellschafter nur aus wichtigem Grund versagt werden kann; vgl. FG Hamburg, DStRE 2005, 473.

<sup>39</sup> Dieses Beispiel ist dem aus Pahlke/Franz, § 1 Rdnr. 65, nachgebildet.

<sup>40</sup> Vgl. Pahlke/Franz, § 1 Rdnr. 66.

<sup>41</sup> Vgl. BFH, NV 2001, 1144.

<sup>42</sup> Vgl. hierzu Pahlke/Franz, § 1 Rdnr. 70.

<sup>43</sup> Vgl. BFH, BB 2012, 85.

nichtig (§§ 125, 311b BGB, § 4 Abs. 3 WEG) waren. § 42 AO setzt eine zivilrechtlich wirksame Gestaltung voraus. Im Streitfall führte die vorliegende gesellschaftsvertragliche, nichtige Gestaltung auch nicht dazu, dass die Gesellschafter mit ihrem Beitritt zur GbR die wirtschaftliche Verwertungsbezugnis (§ 1 Abs. 2 GrEStG) an einer bestimmten Wohnungseinheit erlangt hätten. Grundsätzlich vermittelt ein Anteil am Vermögen einer Gesamthand keine wirtschaftliche Verwertungsbezugnis im Sinne des § 1 Abs. 2 GrEStG an einem der Gesellschaft gehörenden Grundstück.<sup>44</sup>

Grundsätzlich hält somit der BFH zwar an seiner Rechtsauffassung zu Fällen fest, in denen die Beteiligung an einer Personengesellschaft mit einer besonderen Berechtigung an einem der Gesellschaft gehörenden Grundstück verbunden ist und der Gesellschafter ggf. durch einseitige Erklärung (z. B. Kündigung oder Auflösung der Gesellschaft) seine Gesellschafterstellung ohne Weiteres in einen Anspruch auf Übertragung des Eigentums an diesem Grundstück „umwandeln“ kann. Die Übertragung eines so ausgestalteten Mitgliedschaftsrechts an einer Personengesellschaft kann als Gestaltungsmissbrauch angesehen werden mit der Folge, dass der Vorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i. V. m. § 42 AO der Grunderwerbsteuer unterliegt.<sup>45</sup> Soweit aber die ursprüngliche Aufnahme keinen Steueratbestand (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 i. V. m. § 42 AO bzw. § 1 Abs. 2 GrEStG) wegen Nichtigkeit der zivilrechtlichen Gestaltung auslöst, kommt es somit erst bei der Auflösung der GbR zu einem steuerbaren Erwerbsvorgang. Der Erwerb der Eigentumswohnung aufgrund des Auseinandersetzungsvertrages unterliegt gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG der Grunderwerbsteuer. Da es sich um einen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage handelt, weil die Gesellschafterstellung des beteiligten Gesellschafters in rechtlicher Hinsicht berührt wird (er scheidet aus), ist die Bemessungsgrundlage nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 3 GrEStG zu bestimmen.<sup>46</sup>

## VI. Elektronische Übermittlung der Veräußerungsanzeige?

Die elektronische Übermittlung von Anzeigen und Urkundenschriften im Sinne des § 18 GrEStG bleibt auch nach Änderung des GrEStG durch das Steuervereinfachungsgesetz 2011 (§§ 18, 22a GrEStG) bis auf Weiteres ausgeschlossen.

Es bleibt abzuwarten, ob eine Rechtsverordnung auf der Grundlage des § 22a GrEStG, wonach die elektronische Übermittlung eingeführt wird, erlassen wird.

<sup>44</sup> Vgl. bereits BFH, BStBl II 1991, S. 731.

<sup>45</sup> Bemessungsgrundlage ist in diesen Fällen gemäß § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 Alt. 3 GrEStG der Grundstückswert i. S. d. § 138 Abs. 2 oder 3, § 146 BewG. Die Rechtsauffassung des Finanzamts, die Bemessungsgrundlage sei auf der Grundlage des § 7 Abs. 2 GrEStG nach dem gemeinen Wert des Teilgrundstücks zu bemessen, geht fehl. Der Wert des Teilgrundstücks i. S. d. § 7 Abs. 2 GrEStG ist ausschließlich für die Berechnung des sich aus dieser Vorschrift ergebenden Umfangs der Steuerbefreiung bedeutsam. Die sich aus dem Fehlen der Grundlagenbescheide ergebende Rechtswidrigkeit der angefochtenen Bescheide kann nachträglich durch Erlass der fehlenden Grundlagenbescheide beseitigt werden. Zum nachträglichen Erlass des betreffenden Grundlagenbescheides war – da sich der Rechtsfehler erst im Revisionsverfahren herausstellte – die Vorentscheidung aufzuheben und die Sache an das FG mit der Maßgabe zurückzuverweisen, das Verfahren gemäß § 74 FGO auszusetzen, um den Finanzbehörden die Gelegenheit zu geben, den fehlenden Grundlagenbescheid nachzuholen.

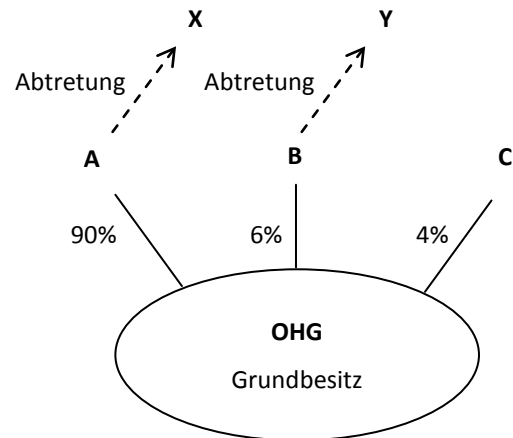
<sup>46</sup> Der Vorgang ist in Höhe der bisherigen Beteiligungsquote des Altgesellschafters befreit. Vgl. ferner zum fehlerhaften Beitritt einer Gesellschaft BFH, DStRE 2012, 189.

## VII. Erforderlicher Umfang der Rückgängigmachung einer Anteilsübertragung nach § 1 Abs. 2a GrEStG im Bereich des § 16 GrEStG

Eine konstruktive Schwierigkeit bei der Anwendung des § 16 GrEStG ergibt sich dadurch, dass die durch § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG angeordnete Fiktion einer Grundstücksübertragung auf eine neue Personengesellschaft als solche nicht rückgängig gemacht werden kann. Als Bezugspunkt kommt daher in erster Linie die Rückgängigmachung der zur Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG führenden Anteilsübertragung in Betracht. Durch die Rückabwicklung der Anteilsübertragung können die Anwendungsvoraussetzungen des § 1 Abs. 2a GrEStG entfallen. Nach früherer Auffassung der Finanzverwaltung war § 16 GrEStG jedoch nur dann anzuwenden, wenn *alle* Gesellschafterwechsel, die zur Verwirklichung des § 1 Abs. 2a GrEStG geführt hatten, rückgängig gemacht wurden.<sup>47</sup> Nach einem Erlass vom 25.2.2010 reicht es dagegen aus, wenn ein einzelner Gesellschafterwechsel, der zur Erreichung des maßgeblichen Vmhundertsatzes beigetragen hat, vollständig rechtlich und tatsächlich rückgängig gemacht wird.<sup>48</sup> Diese Verwaltungsauffassung erleichtert somit die Rückgängigmachung eines in mehreren Teilakten verwirklichten fiktiven Grundstücksübergangs nach § 1 Abs. 2a GrEStG erheblich.<sup>49</sup>

Im Gegensatz zu dieser Auffassung reicht nach einem neueren Urteil des BFH dagegen bereits die *teilweise* Rückgängigmachung eines einzelnen Erwerbsaktes aus, um in den Genuss des § 16 GrEStG zu gelangen, wenn durch die teilweise Rückgängigmachung eines einzelnen Erwerbsvorganges die 95 %-Grenze wieder unterschritten wird.<sup>50</sup>

Beispiel:



<sup>47</sup> Vgl. den gleichlautenden Erlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 7.2.2000, MittBayNot 2000, 155, TZ 12, und vom 26.2.2003, DStR 2003, 980 ff., TZ 12 (welcher an die Stelle des Erlasses vom 7.2.2000 getreten ist).

<sup>48</sup> Vgl. ebenso FG Nürnberg, Urteil vom 18.8.2011, DStR 25/2012, VIII.

<sup>49</sup> Zu beachten ist in diesem Zusammenhang allerdings, dass der maßgebliche Vmhundertsatz ohne Berücksichtigung des rückgängig zu machenden Gesellschafterwechsels durch nachfolgende Gesellschafterwechsel bis zum Ablauf des maßgeblichen Fünfjahreszeitraums erneut erreicht werden könnte. Vgl. gleichlautenden Erlass vom 25.2.2010, TZ 9, DStR 2010, 701; Schanko, UVR 2010, 153.

<sup>50</sup> Vgl. BFH, Urteil vom 18.4.2012, DStR 2012, 1342 = MittBayNot 2012, 513.

Meinung 1: Abtretungen von A und B sind *vollständig* aufzuheben

Meinung 2: (Finanzverwaltung): Die Abtretung von B alleine ist *vollständig* aufzuheben

Meinung 3: (BFH neu): Die Abtretung von B ist teilweise aufzuheben (im Beispielsfall reicht eine Aufhebung von 1,1 %)

§ 16 GrEStG ist folglich auf einen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 2a GrEStG auch dann anzuwenden, wenn Anteile am Gesellschaftsvermögen vom neuen Gesellschafter auf den alten Gesellschafter ganz oder teilweise zurückübertragen werden und infolge dessen ein Übergang von mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen im Ergebnis nicht mehr gegeben ist.

Neben dieser Klarstellung enthält das Urteil des BFH vom 18.4.2012 noch eine weitere Änderung der bisherigen Rechtsprechung:

Die Anzeige eines Erwerbsvorganges nach § 1 Abs. 2a GrEStG ist nur dann ordnungsgemäß im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG, wenn ihr unter anderem diejenigen Rechtsvorgänge eindeutig und vollständig entnommen werden können, die den Tatbestand nach § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst oder zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen haben. *Grundstücksbezogene Angaben* sind dagegen *nicht mehr* erforderlich. Letzteres stellt eine wesentliche Änderung der Rechtsprechung dar. Insoweit bezieht sich der BFH in seiner Entscheidung auf das Übermaßverbot. Eine Anzeige ist nunmehr schon dann im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG ordnungsgemäß, wenn der Vorgang innerhalb der Anzeigefristen der § 18 Abs. 3 bzw. § 19 Abs. 3 GrEStG dem Finanzamt in einer Weise bekannt wird, dass es die Verwirklichung eines Tatbestandes nach § 1 Abs. 2, 2a und 3 GrEStG prüfen kann. Dazu muss die Anzeige die einwandfreie Identifizierung von Veräußerer, Erwerber und Urkundsperson (§ 20 Abs. 1 Nr. 1 und 6 GrEStG) und ggf. der Gesellschaft (§ 20 Abs. 2 GrEStG) ermöglichen. Ferner müssen der Anzeige in der Regel die in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften beigefügt werden. Um dem Finanzamt die erforderliche Prüfung zu ermöglichen, ist es für eine ordnungsgemäße Anzeige eines nach § 1 Abs. 2a GrEStG steuerbaren Vorganges erforderlich, dass ihr diejenigen Rechtsvorgänge eindeutig und vollständig entnommen werden können, die den Tatbestand nach § 1 Abs. 2a GrEStG ausgelöst oder zur Tatbestandsverwirklichung beigetragen haben. Ggf. sind in die Anzeige – unter Befügung der in § 18 Abs. 1 Satz 2 bzw. § 19 Abs. 4 Satz 2 GrEStG genannten Abschriften – auch die vorangegangenen und dem Finanzamt bislang nicht angezeigten Änderungen des Gesellschafterbestandes einzubeziehen, die innerhalb von fünf Jahren zum Übergang von mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter beigetragen haben. Ist der Erwerbsvorgang auf diese Weise eindeutig identifiziert, so kann sich der Steuerpflichtige der Besteuerung nicht mehr entziehen und den Erwerbsvorgang auch nicht mehr ohne steuerliche Folgen wieder aufheben, bevor er den Finanzbehörden bekannt wird.

Aufgrund der dem Finanzamt durch eine solche Anzeige eröffneten Ermittlungsmöglichkeit setzt eine ordnungsgemäße Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG unter Berücksichtigung des Übermaßverbotes nicht zusätzlich voraus, dass die Anzeige auch die der betreffenden Gesellschaft gehörenden Grundstücke bezeichnet. Das Finanzamt ist auch bei insoweit fehlenden Angaben in der Lage, sich aufgrund des übrigen Anzeigehaltes die entsprechenden Informationen durch eigene Ermittlungsmaßnahmen zu verschaffen. An der davon abweichenden bisherigen Rechtsprechung, wonach eine ordnungsgemäße Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG dar-

über hinaus auch grundstücksbezogener Angaben bedarf,<sup>51</sup> hält der Senat nicht mehr fest.

Im Streitfall genügte allerdings die vom beurkundenden Notar an die Grunderwerbsteuerstelle des Finanzamts gerichtete Kurzmitteilung nicht den Anforderungen einer ordnungsgemäßen Anzeige im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG. Mit dieser Kurzmitteilung wurde lediglich eine Abschrift der notariellen Urkunde übersandt. Weder aus dem Text der Kurzmitteilung noch aus dem Inhalt der notariellen Urkunde war ersichtlich, dass aufgrund der Übertragung eines Kommanditanteils unter Berücksichtigung der vorangegangenen Anteilserwerbe innerhalb von fünf Jahren sämtliche Anteile am Gesellschaftsvermögen der Klägerin auf diese übergegangen waren.

Das Finanzamt hatte aber innerhalb der Anzeigefrist vollständige Kenntnis aller maßgeblichen Umstände erlangt. Nach Eingang der Anzeige hat das Finanzamt nämlich aufgrund des Inhalts des ihm übersandten Vertrages und durch eigene Ermittlungen umgehend erkannt, dass und durch welche Rechtsvorgänge der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG verwirklicht wurde. Es hat nämlich die Klägerin bereits einen Tag nach Eingang der Kurzmitteilung des Notars schriftlich (und damit noch innerhalb der zweiwöchigen Anzeigefrist des § 18 Abs. 3 Satz 1 GrEStG) auf den verwirklichten Steuertatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG hingewiesen und bei der Klägerin eine Aufstellung ihres Grundbesitzes angefordert. Aus diesem Geschehensablauf war ersichtlich, dass das Finanzamt aufgrund der Kurzmitteilung des Notars das Vorliegen des Erwerbsvorganges erkannt hatte. Die Klägerin konnte sich aufgrund positiver Kenntnis des Finanzamts hinsichtlich aller maßgeblichen Umstände nicht mehr der Besteuerung entziehen. In einem solchen Fall ist, da im Ergebnis der Normzweck des § 16 Abs. 5 GrEStG erreicht wurde, für eine Nichtanwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG kein Raum.

Enthält also die Anzeige keine oder nur unvollständige Angaben über die für § 1 Abs. 2a GrEStG maßgeblichen Rechtsvorgänge, erlangt aber das Finanzamt innerhalb der Anzeigefrist durch eigene Ermittlungen oder von dritter Seite vollständige Kenntnis von diesen Vorgängen, steht § 16 Abs. 5 GrEStG der Anwendung des § 16 Abs. 2 GrEStG aus teleologischen Gründen nicht entgegen.

## VIII. Neuer Anwendungserlass zu § 6a GrEStG

Die Obersten Finanzbehörden der Länder haben mit gleichlautendem Erlass vom 19.6.2012 ihre Interpretation der Befreiungsvorschrift des § 6a GrEStG dargelegt.<sup>52</sup>

## IX. Zusammenfassung

Die Grunderwerbsteuer ist auch in den Jahren 2011/2012 in Bewegung geblieben. Die bisherige BFH-Rechtsprechung zu § 5 Abs. 2, 3 GrEStG bei einem heterogenen Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft nach Einbringung von Grundbesitz in eine Personengesellschaft wurde bestätigt. Aus Grunderwerbsteuerlicher Sicht sind Grundstückserwerbe durch eine Vorgründungsgesellschaft unbedingt zu vermeiden. Finanzverwaltung und BFH erklären inzwischen bei der erstmaligen Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. 2 GrEStG zumindest die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 2 GrEStG – selbst bei Kapitalgesellschaften – für anwendbar. Die persönlichen Befreiungsvorschriften (§ 3 Nrn. 4 bis 6

<sup>51</sup> Vgl. BFH, BStBl II 2005, S. 492 = MittBayNot 2005, 441.

<sup>52</sup> Der Erlass ist abrufbar auf der Internetseite des DNotI unter [www.dnoti.de/DOC/2012/Laendererlass\\_GrEStG.PDF](http://www.dnoti.de/DOC/2012/Laendererlass_GrEStG.PDF); zuletzt abgerufen am 21.11.2012.

GrEStG) sollen dagegen bei erstmaligen Anteilsvereinigungen bei Kapitalgesellschaften nach wie vor nicht anwendbar sein. Die untergerichtliche Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragswerk wurde konkretisiert bei längerfristigen Angeboten. Nichtigte Gesellschaftsverträge können keine Steuerpflicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG in Verbindung mit § 42 AO oder gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG auslösen. Die Veräußerungsanzeigen in der Grunderwerbsteuer können nach wie vor nicht in elektronischer Form erfolgen. Im Bereich des § 16 GrEStG reicht es entgegen bisheriger Verwaltungsauffassung aus, einzelne Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 2a

GrEStG teilweise rückabzuwickeln, um in die Begünstigung des § 16 GrEStG zu gelangen. Zudem sind bei Anteilsabtretungen fehlende grundstücksbezogene Angaben in der Veräußerungsanzeige nicht mehr schädlich im Sinne des § 16 Abs. 5 GrEStG. Die Finanzverwaltung hat in einem neuen Anwendungserlass zu § 6a GrEStG ihre Auslegung der Vorschrift dargelegt. Die Grunderwerbsteuersätze haben sich in einzelnen Bundesländern erneut erhöht. Je höher die Steuersätze werden, umso wichtiger wird die Grunderwerbsteuer. Und sie wird nicht nur ständig wichtiger, sie bleibt auch ständig in Bewegung.

## Abfindungsbeschränkungen bei Familiengesellschaften\*

Von Notarassessor Dr. Peter Wolf, Ludwigshafen/Rhein

Familiengesellschaften verfolgen stets das Ziel, das in ihnen gebundene Vermögen für folgende Generationen der Familie zu erhalten und an diese weiterzugeben. Dabei entspricht es häufig nicht dem Willen der Gründer und der Gesellschafter, dass Vermögen der Gesellschaft durch Abfindungszahlungen abfließt und zukünftigen Generationen nicht mehr zur Verfügung steht. Der Beitrag geht der Frage nach, inwieweit Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag einer Familiengesellschaft Abfindungszahlungen beschränken können.

### I. Einleitung

Die Nachfolgeplanung bei Familiengesellschaften verfolgt stets das Ziel, das in der Gesellschaft gebundene Vermögen optimal an die folgenden Generationen weiterzugeben.<sup>1</sup> So können Vinkulierungs- und Nachfolgeklauseln Verfügungen über Gesellschaftsanteile erschweren und die Weitergabe der Anteile beim Tod eines Gesellschafters steuern.<sup>2</sup> Abfindungsklauseln kommt insoweit eine ergänzende Funktion zu: Zum einen soll durch die Gestaltung von Abfindungsklauseln vermieden werden, dass Gesellschafter der Gesellschaft Vermögen entziehen, wenn sie aus der Gesellschaft ausscheiden, zum anderen sollen Abfindungsregelungen im Todesfall verhindern, dass Vermögenswerte an familienfremde Personen fallen.<sup>3</sup> In solchen Fällen wird zumeist eine möglichst umfassende Abfindungsbeschränkung, wenn nicht gleich ein Ausschluss der Abfindung, gewünscht. Die sich dabei im Hinblick auf die Zulässigkeit solcher Gestaltungen stellenden Probleme sind im Wesentlichen rechtsformneutral. In die Untersuchung sind Familiengesellschaften, die in der Rechtsform der GmbH geführt werden, genauso einzubeziehen wie Familienunternehmen, die in der Rechtsform einer Personen(handels)gesellschaft organisiert sind, wie vermögensverwaltende Gesellschaften bürgerlichen Rechts und Kommanditgesellschaften.

Zunächst sollen die Grundlagen der Abfindung und die Schranken, die die Rechtsprechung dem Vertragsgestalter bei der Formulierung von Abfindungsklauseln zieht, im Überblick erörtert werden (II.), bevor die Einzelheiten der Gestaltung von Abfindungsklauseln bei Familiengesellschaften untersucht werden (III.).

### II. Grundlagen der Abfindung

#### 1. Gesetzliche Vorgaben

§ 738 Abs. 1 BGB verpflichtet Gesellschaften des bürgerlichen Rechts, ausscheidenden Gesellschaftern eine Abfindung zu zahlen und sie damit vermögensrechtlich so zu stellen, als sei die Gesellschaft bei dem jeweiligen Ausscheiden aufgelöst und liquidiert worden.<sup>4</sup> Dieser Grundsatz gilt auch für Personengesellschaften<sup>5</sup> und wird auf Gesellschaften mit beschränkter Haftung entsprechend angewandt.<sup>6</sup> Die Vorschrift ist damit die Grundlage jeglicher Abfindung, die ein Gesellschafter einer Personengesellschaft oder einer GmbH erhält, wenn er aus der Gesellschaft ausscheidet. Der Grund seines Ausscheidens – Tod, Kündigung, Ausschluss oder Einziehung – ist dabei gleichgültig.

\* Der Beitrag basiert auf einem Vortrag, den der Verfasser auf der Kammerversammlung der Notarkammer Pfalz am 12.5.2012 in Bad Dürkheim gehalten hat.

<sup>1</sup> Lorz/Kirchdörfer, Unternehmensnachfolge, 2. Aufl. 2011, Kap. 8 Rdnr. 34; v. Sothen in Münchener Anwalts-Handbuch Erbrecht, 3. Aufl. 2010, § 36 Rdnr. 55.

<sup>2</sup> Vgl. Scherer, BB 2010, 323 f.

<sup>3</sup> Vgl. Michalski/Sosnitza, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 34 Rdnr. 68.

<sup>4</sup> K. Schmidt, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl. 2002, § 50 IV. 1, S. 1474 f.; Wiedemann, Gesellschaftsrecht II, 2004, § 3 III 3 e), S. 239.

<sup>5</sup> § 105 Abs. 3, § 161 Abs. 2 HGB. Bei der EWIV gilt eine ähnliche Regelung, Art. 33 Abs. 1 EWIV-VO.

<sup>6</sup> Michalski/Sosnitza, GmbHG, a. a. O. (Fn. 3), § 34 Rdnr. 46; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, 2006, § 34 Rdnr. 72.

## 2. Zwecke der Abfindungsregelungen

Die gesetzlichen Vorgaben sind jedoch nach allgemeiner Ansicht dispositiv.<sup>7</sup> Die Gesellschafter können im Gesellschaftsvertrag die Abfindung autonom regeln<sup>8</sup> und machen von dieser Möglichkeit auch rege Gebrauch.

Aus der Sicht der Gesellschaft stehen bei der Gestaltung von Abfindungsklauseln zumeist zwei Aspekte im Vordergrund: Die Sicherung der Liquidität der Gesellschaft<sup>9</sup> und die Vereinfachung des Abfindungsverfahrens durch Vorgabe der Abfindungsberechnung.<sup>10</sup> Das Interesse des ausscheidenden Gesellschafters besteht demgegenüber stets in einer größtmöglichen finanziellen Entschädigung.<sup>11</sup> Der dissertierende Gesellschafter will regelmäßig – wie bei einem Verkauf seiner Beteiligung – den maximalen Wert des Gesellschaftsanteils realisieren.

Ziel jeglicher Abfindungsregelung muss es sein, die vorgenannten Interessen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen.

## 3. Prüfung der Abfindungsregelungen

Zwar unterwirft sich der Gesellschafter mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags oder mit Eintritt in die Gesellschaft freiwillig den Regelungen des Gesellschaftsvertrags. Dessen Inhalt unterliegt aber einer Prüfung nach den allgemeinen Maßstäben des bürgerlichen Rechts wie des Gesellschaftsrechts. Danach ist eine Abfindungsregelung stets zulässig, wenn sie eine angemessene Abfindung des Gesellschafters nicht beeinträchtigt.<sup>12</sup> Die Rechtsprechung wendet bei der Prüfung, inwieweit Abfindungsregelungen eine angemessene Abfindung ermöglichen, ähnlich wie bei der Inhaltskontrolle von Eheverträgen,<sup>13</sup> ein zweistufiges Prüfungsprogramm an: Zum einen eine Wirksamkeitskontrolle und zum anderen eine Ausübungskontrolle.<sup>14</sup>

<sup>7</sup> Wiedemann, GesR II, a. a. O. (Fn. 4), § 3 III 3 e) bb), S. 245.

<sup>8</sup> MünchKommHGB/K. Schmidt, 3. Aufl. 2011 § 131 Rdnr. 149; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 82.

<sup>9</sup> BGH, Beschluss vom 12.6.1975, II ZB 12/73, NJW 1975, 1835, 1837; BGH, Urteil vom 19.9.1977, II ZR 11/76, NJW 1977, 2316; BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, NJW 1992, 892, 894 = MittBayNot 1992, 213; BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = MittBayNot 1994, 157; BGH, Urteil vom 20.9.1993, II ZR 104/92, NJW 1993, 3193, 3194 = MittBayNot 1994, 159; Casper/Algen, DStR 2008, 2319; Krumm, NJW 2010, 187, 188; K. Schmidt, GesR, a. a. O. (Fn. 4), § 50 IV 2 b), S. 1483; MünchKommHGB/K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 150; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, 5. Aufl. 2009, § 738 Rdnr. 39; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 83; ders., FS Quack, 1991, S. 477, 478; Wiedemann, GesR II, a. a. O. (Fn. 4), § 3 III 3 e) bb), S. 245.

<sup>10</sup> BGH, Beschluss vom 12.6.1975, II ZB 12/73, NJW 1975, 1835, 1837; BGH, Urteil vom 19.9.1977, II ZR 11/76, NJW 1977, 2316; BGH, Urteil vom 29.5.1978, II ZR 52/77, NJW 1979, 104; BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, NJW 1992, 892, 894 = MittBayNot 1992, 213; BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = MittBayNot 1994, 157; Krumm, NJW 2010, 187, 188; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, a. a. O. (Fn. 9), § 738 Rdnr. 39; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 83; ders., FS Quack, 1991, S. 477, 478; Wangler, DStR 2009, 1501, 1502 f.

<sup>11</sup> Vgl. MünchKommGmbHG/Strohn, 2010, § 34 Rdnr. 221.

<sup>12</sup> MünchKommHGB/K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 167.

<sup>13</sup> Leitzen, RNotZ 2009, 315; Wiedemann, GesR II, a. a. O. (Fn. 4), § 3 III 3 e) bb), S. 247.

<sup>14</sup> Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht/Eckhardt, 2011, Rdnr. 403; Wiedemann, GesR II, a. a. O. (Fn. 4), § 3 III 3 e) bb), S. 247.

## a) Wirksamkeitskontrolle

Die Wirksamkeitskontrolle bezieht sich auf den Zeitpunkt, in dem die Abfindungsregelung in den Gesellschaftsvertrag aufgenommen wurde: Abfindungsregelungen können zum einen nach § 138 BGB sittenwidrig und damit nichtig sein, wenn sie eine für den ausscheidenden Gesellschafter unbillige Regelung treffen,<sup>15</sup> zum anderen können Abfindungsbeschränkungen wegen einer unzulässigen Kündigungsschwerung unwirksam sein.<sup>16</sup>

## aa) Sittenwidrigkeit

Eine Abfindungsbeschränkung ist sittenwidrig, wenn sie die persönliche und wirtschaftliche Freiheit des Gesellschafters erheblich einschränkt.<sup>17</sup> Dies gilt insbesondere für einen vollständigen Abfindungsausschluss, sofern dieser nicht durch besondere Umstände gerechtfertigt ist.<sup>18</sup> Unbillig sind daneben auch unverhältnismäßige Abfindungsbeschränkungen, insbesondere wenn die Abfindung die geleisteten Einlagen und einbehaltenen Gewinne unterschreitet,<sup>19</sup> aber auch Auszahlungsmodalitäten, die dazu führen, dass der Gesellschafter erst nach längerer Zeit die volle Abfindung erhält.<sup>20</sup> Ebenfalls sittenwidrig sind Abfindungsklauseln, die einseitig zulasten von Gesellschaftsgläubigern die Abfindung begrenzen.<sup>21</sup> Unschädlich hingegen sind Abfindungsbeschränkungen bei einer Zwangsvollstreckung in den Gesellschaftsanteil und der Gesellschaftersinsolvenz, wenn sie auch andere – praktisch relevante – Ausscheidensgründe umfassen.<sup>22</sup>

Die Rechtsprechung beziffert keine Grenze, ab der eine Abfindungsklausel sittenwidrig ist. Die Literatur sieht Abfindungsbegrenzungen als sittenwidrig an, wenn sie, ohne dass ein besonderer Sachverhalt vorliegt, die Abfindung auf einen Betrag begrenzen, der unter der Hälfte des Verkehrswertes liegt.<sup>23</sup>

## bb) Austrittsbeschränkung

Ebenfalls anfänglich unwirksam sind Abfindungsklauseln bei Personengesellschaften, die das aus § 723 Abs. 3 BGB fol-

<sup>15</sup> Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 91.

<sup>16</sup> BGH, Urteil vom 27.9.2011, II ZR 279/09, NZG 2011, 1420, 1421.

<sup>17</sup> BGH, Beschluss vom 12.6.1975, II ZB 12/73, NJW 1975, 1835, 1837; BGH, Urteil vom 29.5.1978, II ZR 52/77, NJW 1979, 104.

<sup>18</sup> MünchKommGmbHG/Strohn, a. a. O. (Fn. 11), § 34 Rdnr. 227; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, a. a. O. (Fn. 9), § 738 Rdnr. 45; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 100.

<sup>19</sup> MünchKommHGB/K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 168.

<sup>20</sup> BGH, Urteil vom 9.1.1989, II ZR 83/88, NJW 1989, 2685, 2686 = MittBayNot 1989, 223; OLG Dresden, Urteil vom 18.5.2000, 21 U 3559/99, NZG 2000, 1042; vgl. auch Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 92.

<sup>21</sup> BGH, Urteil vom 7.4.1960, II ZR 69/58, NJW 1960, 1053, 1054; BGH, Urteil vom 19.6.2000, II ZR 73/99, NJW 2000, 2819, 2820; MünchKommHGB/K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 160; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 100.

<sup>22</sup> BGH, Beschluss vom 12.6.1975, II ZB 12/73, NJW 1975, 1835, 1836 f.; BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = MittBayNot 1994, 157; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 95.

<sup>23</sup> Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Hauschild/Kallrath, 2011, § 13 Rdnr. 349; Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Herrler, 2011, § 11 Rdnr. 176; Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz, HGB, 2. Aufl. 2008, § 131 Rdnr. 140; Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht/Piehler/Schulte, Band I, 3. Aufl. 2009, § 10 Rdnr. 107; Staub/C. Schäfer, HGB, 5. Aufl. 2009, § 131 Rdnr. 176; Bork/Schäfer/Thiessen, GmbHG, 2010, § 34 Rdnr. 87.

gende Kündigungsrecht des Gesellschafters unzumutbar einschränken.<sup>24</sup> Bei einer auf unbestimmte Zeit geschlossenen Gesellschaft ist eine gesellschaftsvertragliche Kündigungsbeschränkung unwirksam, da eine Bindung ohne zeitliche Begrenzung und ohne Kündigungsmöglichkeit mit der persönlichen Freiheit des Gesellschafters nicht vereinbar ist.<sup>25</sup> Beschränkt der Gesellschaftsvertrag die Abfindung für den Fall des kündigungsbedingten Ausscheidens eines Gesellschafters erheblich, ist der Gesellschafter durch die wirtschaftlichen Folgen seiner Kündigung unter Umständen veranlasst, von einer Kündigung der Gesellschaft abzusehen.<sup>26</sup> Damit wird aber das Verbot des § 723 Abs. 3 BGB umgangen.

Auf die GmbH lassen sich die Maßstäbe nur teilweise übertragen. Da das GmbH-Recht ein unentziehbares Recht der Gesellschafter zur einseitigen Beendigung der Mitgliedschaft in der unbefristeten GmbH nicht kennt, sind Abfindungsklauseln, die eine ordentliche Kündigung des Gesellschafters erschweren, unbedenklich,<sup>27</sup> sofern sie nicht sittenwidrig sind.<sup>28</sup> Erschweren Abfindungsbeschränkungen aber die Kündigung des GmbH-Gesellschafters aus wichtigem Grund, ist die Abfindungsklausel unwirksam, da andernfalls das außerordentliche Kündigungsrecht des Gesellschafters unzumutbar eingeschränkt wird.<sup>29</sup>

Ab welchem Verhältnis von wirklichem Wert des Gesellschaftsanteils zum Abfindungswert eine Austrittsbeschränkung vorliegt, wird in der Literatur unterschiedlich beantwortet. Die Meinungen umfassen einen Korridor von 80 % bis zu 50 % des wirklichen Anteilswertes<sup>30</sup> und lassen damit einen nicht unerheblichen Gestaltungsspielraum.

### cc) Folgen

Ist eine Abfindungsklausel (anfänglich) nichtig, ist sie grundsätzlich unwirksam. An die Stelle der unwirksamen Abfindungsregelung treten die allgemeinen Regelungen:<sup>31</sup> Die Ab-

findung ist zum vollen Anteilswert zu leisten; es findet weder eine geltungserhaltende Reduktion noch eine ergänzende Vertragsauslegung statt.<sup>32</sup>

Im GmbH-Recht können nichtige Klauseln jedoch analog § 242 Abs. 2 Satz 1 AktG geheilt werden, wenn sie länger als drei Jahre im Handelsregister eingetragen sind.<sup>33</sup> Die Heilung hilft freilich nur über die erste Stufe, die Wirksamkeitskontrolle, hinweg. Eine Korrektur der Abfindungsregelung auf der zweiten Stufe, der Ausübungskontrolle, bleibt möglich.<sup>34</sup>

### b) Ausübungskontrolle

Die Ausübungskontrolle setzt im Zeitpunkt der Abfindungsberechnung an: War eine Abfindungsklausel bei Vertragsschluss wirksam, wird sie nicht unwirksam, wenn sich nachträglich – insbesondere bei wirtschaftlich erfolgreichen Unternehmen – der gesellschaftsvertragliche Abfindungsanspruch und der tatsächliche Anteilswert immer weiter voneinander entfernen.<sup>35</sup> Dies gilt insbesondere für Buchwertklauseln:<sup>36</sup> Waren diese Klauseln anfänglich wirksam, da das Gesellschaftsvermögen im Wesentlichen dem Buchwert entsprach,<sup>37</sup> können solche Gestaltungen nach einiger Zeit zu einer unangemessen niedrigen Abfindung führen, da sie angewachsene stille Reserven und einen Geschäfts-/Firmenwert nicht berücksichtigen.<sup>38</sup> Nach den Grundsätzen von Treu und Glauben, die im Gesellschaftsrecht durch die besondere Treupflicht des Gesellschafters verstärkt sind, kann in diesen Fällen dem betroffenen Gesellschafter nicht ohne Weiteres zugemutet werden, an der vertraglichen Regelung festzuhalten.<sup>39</sup> Für die Beurteilung, wann ein solches Auseinanderfallen von Abfindungswert und Wert der Gesellschaftsbeteiligung vorliegt, stellt der BGH nicht allein auf das Ausmaß des Missverhältnisses ab, sondern geht von den konkreten Umständen des Einzelfalls aus. Dabei sind auch die Dauer der Mitgliedschaft des Ausgeschiedenen, sein Anteil am Aufbau und Erfolg des Unternehmens und der Anlass des Ausscheidens zu berücksichtigen.<sup>40</sup> Die Literatur orientiert sich an den vorgenannten Grenzen, so dass auch hier von einem Korridor von 80 bis 50 % auszugehen ist, oberhalb dessen die Ausübungskontrolle nicht eingreift.<sup>41</sup>

Hält die Abfindungsregelung im konkreten Fall einer Ausübungskontrolle nach den vorgestellten Grundsätzen nicht stand, ist die Abfindung nach der Rechtsprechung im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung anderweitig unter Be-

**24** BGH, Urteil vom 24.9.1984, II ZR 256/83, NJW 1985, 192, 193 = MittBayNot 1985, 41; BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, NJW 1992, 892, 895 = MittBayNot 1992, 213; BGH, Urteil vom 13.6.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536, 2537 = MittBayNot 1994, 556; BGH, Urteil vom 13.3.2006, II ZR 295/04, DNotZ 2006, 707; BGH, Urteil vom 7.4.2008, II ZR 3/06, NJW 2008, 1943, 1945; BGH, Urteil vom 7.4.2008, II ZR 181/04, NJW 2008, 2987, 2990.

**25** BGH, Urteil vom 14.11.1953, II ZR 232/52, NJW 1954, 106; BGH, Urteil vom 20.12.1956, II ZR 166/55, NJW 1957, 461; BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 58/91, NJW 1992, 892, 895 = MittBayNot 1992, 213; BGH, Urteil vom 13.3.2006, II ZR 295/04, DNotZ 2006, 707, 708; BGH, Urteil vom 7.4.2008, II ZR 181/04, NJW 2008, 2987, 2990.

**26** MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, a. a. O. (Fn. 9), § 738 Rdnr. 49.

**27** Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 97.

**28** Bork/Schäfer/Thiessen, GmbHG, a. a. O. (Fn. 23), § 34 Rdnr. 86.

**29** MünchKommGmbHG/Strohn, a. a. O. (Fn. 11), § 34 Rdnr. 230; Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 96.

**30** Beck'sches Formularbuch GmbH-Recht/Haasen, 2010, Anm. 42 zu Formular C.I.3; Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Hauschild/Kallrath, a. a. O. (Fn. 23), § 13 Rdnr. 349: 2/3; Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht/Herrler, a. a. O. (Fn. 23), § 11 Rdnr. 176: 75 %; MünchKommGmbHG/Strohn, a. a. O. (Fn. 11), § 34 Rdnr. 262: 80-70 % (unter Bezugnahme auf Ulmer, FS Quack, 1991, S. 477, 500); Staub/C. Schäfer, a. a. O. (Fn. 23), § 131 Rdnr. 176; MünchKommBGB/Ulmer/Schäfer, a. a. O. (Fn. 9), § 738 Rdnr. 52: 2/3; K. Schmidt, GesR, a. a. O. (Fn. 4), § 50 IV 6 c) ee), S. 1490: 50-60 %; MünchHdb. GesR I/Piehlert/Schulte, a. a. O. (Fn. 23), § 10 Rdnr. 107: 50 %.

**31** BGH, Urteil vom 7.4.2008, II ZR 181/04, NJW 2008, 2987, 2990; BGH, Urteil vom 27.9.2011, II ZR 279/09, NZG 2011, 1420, 1421.

**32** Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 110; a. A. MünchKommHGB/K. Schmidt, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 173.

**33** BGH, Urteil vom 19.6.2000, II ZR 73/99, NJW 2000, 2819, 2820; Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 4 Rdnr. 278; Leitzen, RNotZ 2009, 315, 319; Wälzholz, StB-JB 2010/2011, 109, 122 f.

**34** Leitzen, RNotZ 2009, 315, 319.

**35** BGH, Urteil vom 27.9.2011, II ZR 279/09, NZG 2011, 1420, 1421; BGH, Urteil vom 20.9.1993, II ZR 104/92, NJW 1993, 3193 = MittBayNot 1994, 159.

**36** Ulmer/Habersack/Winter, GmbHG, a. a. O. (Fn. 6), § 34 Rdnr. 110.

**37** Vgl. MünchKommGmbHG/Strohn, a. a. O. (Fn. 11), § 34 Rdnr. 227.

**38** Großfeld, Recht der Unternehmensbewertung, 6. Aufl. 2011, Rdnr. 237; Ulmer, FS Quack, 1991, S. 477, 481.

**39** BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = MittBayNot 1994, 157.

**40** BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = MittBayNot 1994, 157; BGH, Urteil vom 13.6.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536, 2540 = MittBayNot 1994, 556.

**41** Siehe oben Fn. 30.

rücksichtigung der veränderten Verhältnisse festzusetzen.<sup>42</sup> Im Gegensatz zur anfänglichen Unwirksamkeit einer Abfindungsklausel ist die Abfindung nicht nach dem „wirklichen Wert“ – dem Verkehrswert – zu bemessen, sondern die Abfindungsbeschränkung ist an die veränderten Verhältnisse anzupassen.<sup>43</sup> Der Rückgriff auf dispositives Gesetzesrecht ist nur als letzter Notbehelf möglich.<sup>44</sup>

### III. Abfindungsbeschränkung bei Familiengesellschaften

#### 1. Ausgangslage

Abfindungsbeschränkungen bei Familiengesellschaften sollen die Gesellschaft und die darin enthaltenen Vermögenswerte für künftige Generationen erhalten.<sup>45</sup> Dieser Zweck kann bei Personengesellschaften dadurch erreicht werden, dass die Abfindung bei einem Ausscheiden eines Gesellschafters – gleich aus welchem Grund – eingeschränkt oder gar ausgeschlossen wird: Der Gesellschafter soll seinen Anteil an der Gesellschaft nicht zulasten künftiger Generationen versilbern können.<sup>46</sup>

Angesichts der von der Rechtsprechung entwickelten Schranken ist dies aber kein einfaches Unterfangen: Eine Abfindungsklausel darf die Abfindung nicht unangemessen beschränken. Zwar nennt die Rechtsprechung keine konkrete Grenze für eine Abfindungsbeschränkung. In der Literatur werden aber – wie erörtert – Abfindungsbeschränkungen teilweise bereits als unzulässig erachtet, wenn die Abfindung 80 % des Verkehrswertes unterschreitet. Für Eltern, die ihre Kinder aus steuerlichen Gründen möglichst früh an einer Gesellschaft beteiligen möchten, sind dies keine guten Nachrichten, müssen sie doch befürchten, dass der Nachwuchs die Gesellschaft kündigt und die Abfindung anderweitig verbraucht.<sup>47</sup> Dies kann nur verhindert werden, wenn in Ausnahme zu den vorgestellten Schranken die Abfindung bei Familiengesellschaften über diese Grenzen hinaus eingeschränkt werden kann.

#### 2. Nach der Rechtsprechung zulässige Abfindungsbeschränkungen

Die Rechtsprechung lässt eine weitgehende Abfindungsbeschränkung bis hin zu einem Abfindungsausschluss – von dem Sonderfall der Freiberuflersozietäten<sup>48</sup> abgesehen – bei Gesellschaften mit ideeller oder gemeinnütziger Zwecksetzung,<sup>49</sup> bei Beteiligungen, die nur auf Zeit übertragen wer-

den und die dem Gesellschafter eine (zusätzliche) Vergütung durch finanzielle Teilhabe am Erfolg der Gesellschaft ermöglichen sollen, sog. „Mitarbeitermodell“ oder „Managermodell“<sup>50</sup> und bei einem Abfindungsausschluss auf den Todesfall<sup>51</sup> zu.

#### 3. Abfindungsbeschränkung wegen unentgeltlicher Zuwendung?

Unerheblich ist hingegen nach der ständigen Rechtsprechung des BGH, auf welche Art eine Gesellschaftsbeteiligung erworben wurde: Allein die Tatsache, „dass dem Gesellschafter die Mittel, mit denen er seine Gesellschaftstellung begründet hat ganz oder zum überwiegenden Teil geschenkt worden sind, [macht ihn] nicht zum Gesellschafter zweiter Klasse“.<sup>52</sup>

Zwar hat der Beschenkte den Zuwendungsgegenstand so hinzunehmen, wie er ihn erhalten hat. Der Zuwendende kann aber alleine aus seiner Stellung als Schenker gesellschaftsrechtlich keine weiteren Rechte herleiten.<sup>53</sup> Eine Abfindungsbeschränkung, die ihren Grund alleine in der unentgeltlichen Zuwendung der Gesellschaftsbeteiligung hat, vermag mithin nicht durchzugreifen.

Freilich bleibt es bei einer unentgeltlichen Übertragung von Gesellschaftsanteilen dem Schenker unbenommen, mit dem Empfänger der Leistung Auflagen für die Schenkung, wie beispielsweise Rückforderungsrechte<sup>54</sup>, zu vereinbaren.<sup>55</sup> Dann wird die Rechtstellung des Beschenkten nicht gesellschaftsrechtlich, sondern durch den Übergabevertrag beschränkt.<sup>56</sup> Bei einer Rechtsnachfolge von Todes wegen können sich Beschränkungen auch aus einer letztwilligen Verfügung ergeben.<sup>57</sup>

#### 4. Abfindungsausschluss auf den Todesfall

Der Abfindungsausschluss auf den Todesfall soll dem Erhalt des Unternehmens dienen, indem nach dem Tod eines Gesellschafters der Abfluss liquider Mittel verhindert wird.<sup>58</sup> Bei Personengesellschaften kann eine Abfindung für die Erben des mit seinem Tod ausgeschiedenen Gesellschafters ausge-

<sup>42</sup> BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2103 = MittBayNot 1994, 157; BGH, Urteil vom 20.9.1993, II ZR 104/92, NJW 1993, 3193, 3194 = MittBayNot 1994, 159. Zu abweichenden methodischen Ansätzen siehe *Staub/C. Schäfer*, a. a. O. (Fn. 23), § 131 Rdnr. 180 ff.

<sup>43</sup> BGH, Urteil vom 24.5.1993, II ZR 36/92, NJW 1993, 2101, 2102 = MittBayNot 1994, 157; BGH, Urteil vom 20.9.1993, II ZR 104/92, NJW 1993, 3193 = MittBayNot 1994, 159; BGH, Urteil vom 27.9.2011, II ZR 279/09, NZG 2011, 1420, 1421.

<sup>44</sup> BGH, Urteil vom 20.9.1993, II ZR 104/92, NJW 1993, 3193, 3194 = MittBayNot 1994, 159.

<sup>45</sup> *Ulmer*, ZIP 2010, 805.

<sup>46</sup> *Oppermann*, RNotZ 2005, 453, 464.

<sup>47</sup> Zu der Problematik vgl. *Reimann*, DNotZ 1999, 179.

<sup>48</sup> Siehe nur BGH, Urteil vom 8.5.2000, II ZR 308/98, NJW 2000, 2584 m. w. N.

<sup>49</sup> BGH, Urteil vom 2.6.1997, II ZR 81/96, NJW 1997, 2592, 2593 = MittBayNot 1997, 302; OLG Hamm, 8 U 163/96, GmbHR 1997, 942, 944; MünchHdb. GesR I/Piehl/Schulte, a. a. O. (Fn. 23), § 10 Rdnr. 100.

<sup>50</sup> BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, NJW 2005, 3644, 3646 = MittBayNot 2006, 347; MünchKommHGB/K. *Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 178.

<sup>51</sup> RG, II 129/34, RGZ 145, 289, 294 f.; RGZ 171, 345, 350; BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 194 f. = NJW 1957, 180; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 5 V 3 b), S. 125, § 5 VI 3 b), S. 130; *Michalski*, NotRV Tagungsband 2007, 136, 144 f.; MünchHdb. GesR I/Piehl/Schulte, a. a. O. (Fn. 23), § 10 Rdnr. 100; *Reimann*, DNotZ 1992, 472, 488 f.; *Wiedemann*; GesR II, a. a. O. (Fn. 4), § 3 III 3 e) bb), S. 252.

<sup>52</sup> BGH, Urteil vom 9.1.1989, II ZR 83/88, NJW 1989, 2685, 2686 = MittBayNot 1989, 223.

<sup>53</sup> BGH, Urteil vom 9.1.1989, II ZR 83/88, NJW 1989, 2685, 2688 = MittBayNot 1989, 223.

<sup>54</sup> BGH, Urteil vom 2.7.1990, II ZR 243/89, NJW 1990, 2616 = MittBayNot 1990, 316; *Mayer*, ZGR 1995, 93; *Oppermann*, RNotZ 2005, 453, 467 ff.

<sup>55</sup> Siehe hierzu *Juris Praxiskommentar/Seifrin*, 5. Aufl. 2010, § 516 Rdnr. 66.

<sup>56</sup> Vgl. MünchKommHGB/K. *Schmidt*, a. a. O. (Fn. 8), § 131 Rdnr. 179.

<sup>57</sup> BGH, Urteil vom 19.3.2007, II ZR 300/05, MittBayNot 2008, 59 f. Kritisch dazu *Staub/C. Schäfer*, a. a. O. (Fn. 23), § 140 Rdnr. 63.

<sup>58</sup> RG, II 129/34, RGZ 145, 289, 294 f.; RGZ 171, 345, 350; BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186, 194 f. = NJW 1957, 180; BGH, Urteil vom 14.7.1971, III ZR 91/70, WM 1971, 1338 = MittBayNot 1972, 27; *Juris Praxiskommentar/Seifrin*, a. a. O. (Fn. 55), § 516 Rdnr. 67.



geschlossen werden.<sup>59</sup> Die Satzung einer GmbH kann demgegenüber die entschädigungslose Einziehung eines Geschäftsanteils beim Tod eines Gesellschafters zulassen.<sup>60</sup> In beiden Fällen scheidet die Gesellschaftsbeteiligung des Erblassers mit seinem Tod aus seinem Vermögen aus und geht wertmäßig auf die verbleibenden Gesellschafter über.<sup>61</sup> Diese Gestaltungsmöglichkeit steht zwar nicht nur Familiengesellschaften offen, die Entscheidungen hierzu betreffen aber durchgehend solche. Die Rechtsprechung betont dabei, dass der Abfindungsausschluss im Todesfall geeignet ist, das Vermögen der Gesellschaft der Familie zu bewahren. Damit erkennt die Rechtsprechung das Ziel, Familiengesellschaften für künftige Generationen zu erhalten, als berechtigten Zweck einer Abfindungsbeschränkung an.<sup>62</sup>

Außerhalb des Gesellschaftsrechts stellt sich die Frage, ob und welche Ausgleichsansprüche das abfindungslose Ausscheiden eines Gesellschafters im Todesfall oder die entschädigungslose Einziehung auslösen.<sup>63</sup> Die herrschende Meinung sieht zumindest einen allseitigen Ausschluss der Abfindung für den Todesfall als sog. „aleatorisches“ Rechtsgeschäft an und qualifiziert damit den allseitigen Abfindungsausschluss im Todesfall regelmäßig als entgeltliches Rechtsgeschäft.<sup>64</sup> Demgegenüber vertritt die im Vordringen befindliche Mindermeinung die Ansicht, bei einem Abfindungsausschluss auf den Todesfall handele es sich stets um ein unentgeltliches Rechtsgeschäft, mit der Folge, dass die übergangenen Pflichtteilsberechtigten Pflichtteilergänzungsansprüche geltend machen können.<sup>65</sup> Eine unentgeltliche Zuwendung liegt aber auch nach der herrschenden Meinung immer dann vor, wenn bloß für einzelne Gesellschafter ein Abfindungsanspruch für den Todesfall ausgeschlossen wurde.<sup>66</sup>

Von diesen Folgeproblemen abgesehen, ist der Abfindungsausschluss bzw. die Abfindungsbeschränkung auf den Todesfall im Ergebnis ein taugliches Mittel zu verhindern, dass durch ungewollte Erbfolgen der Gesellschaft im großen Umfang Liquidität entzogen wird.

## 5. Abfindungseinschränkung in anderen Fällen

Auch wenn die Rechtsprechung den Zweck eines Abfindungsausschlusses im Todesfall, das in der Gesellschaft gebundene Familienvermögen zu erhalten, anerkennt, lassen sich daraus keine Schlüsse für eine generelle Abfindungs-

beschränkung bei Familiengesellschaften ziehen. Unter Umständen können aber Parallelwertungen zur Abfindungsbeschränkung bei Gesellschaften mit ideeller oder gemeinnütziger Zielsetzung und zum Mitarbeitermodell eine Abfindungsbeschränkung auch bei Familiengesellschaften begründen.

### a) Gesellschaften mit ideeller Zielsetzung

Zu Gesellschaften mit ideeller Zielsetzung stellte der BGH in seiner Entscheidung, die ein alternatives Wohnprojekt in Berlin betraf, fest, dass die Beteiligung an einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit ideeller Zielsetzung regelmäßig auf altruistischen Vorstellungen beruht und nicht der Vermehrung eigenen Vermögens dient.<sup>67</sup> „Die Gesellschafter haben der Sache nach die Stellung von Treuhändern, die zur uneigennützigsten Verwendung des ideellen Zwecken gewidmeten (Gesamthands-)Vermögens berufen sind. Eine ihnen persönlich zukommende Abfindung lässt sich damit schwerlich vereinbaren.“<sup>68</sup>

### b) Mitarbeitermodell

Auch bei der Beurteilung des Mitarbeitermodells bemüht der BGH den Vergleich mit einer Treuhandchaft: Sofern durch eine Übertragung einer Gesellschaftsbeteiligung auf Zeit gegen ein geringes Entgelt, zumeist den Nennbetrag der Beteiligung, eine Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft ermöglicht werden soll, gelangt der Mitarbeiter in „eine treuhänderähnliche Stellung, deren wirtschaftlicher Wert in dem erheblichen Gewinnausschüttungspotential während der Dauer seiner organschaftlichen und dienstvertraglichen Bindung an die Gesellschaft liegt.“<sup>69</sup> Eine Abfindungsbeschränkung auf höchstens den Betrag, den der Gesellschafter zum Eintritt in die Gesellschaft aufgewandt hatte, dient dann auch dazu, weiteren Generationen von Mitarbeiter-Gesellschaftern die Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft zu ermöglichen.<sup>70</sup> Erhielt der Gesellschafter die Beteiligung unentgeltlich, kann eine Abfindung auch ganz entfallen.<sup>71</sup>

### c) OLG Karlsruhe

Kernaussage des BGH zu den Fallgruppen „Gesellschaft mit ideellem Zweck“ und „Mitarbeitermodell“ ist, dass der Gesellschafter die Beteiligung gleichsam als Treuhänder hält. Wengleich nicht im Sinne einer rechtlichen Treuhandchaft, da sowohl zivilrechtliches Eigentum als auch wirtschaftliches Eigentum bei dem Gesellschafter liegen.<sup>72</sup> Der Gesellschafter soll vielmehr dauerhaft nicht an der Substanz partizipieren; ihm stehen, – wie bei einem Lehen (so *Goette*<sup>73</sup>) – solange er Gesellschafter ist, nur die Erträge aus der Gesellschaftsbeteiligung zu.

Das OLG Karlsruhe hat in einem obiter dictum die vorgenannte Rechtsprechung des BGH auf eine Familiengesellschaft übertragen. In dem der Entscheidung zugrundeliegenden Sachverhalt war einem Schwiegerkind die Beteiligung an

<sup>59</sup> *Nieder/Kössinger*, Handbuch der Testamentsgestaltung, 4. Aufl. 2009, § 20 Rdnr. 4.

<sup>60</sup> *Langel/Kuchinke*, Erbrecht, a. a. O. (Fn. 51), § 5 V 3 b), S. 124 f.; *Bork/Schäfer/Thiessen*, GmbHG, a. a. O. (Fn. 23), § 34 Rdnr. 82.

<sup>61</sup> BGH, Urteil vom 20.12.1976, II ZR 115/75, WM 1977, 192, 193; *K. Schmidt*, GesR, a. a. O. (Fn. 4), § 45 V 3 b), S. 1337.

<sup>62</sup> RG, II 129/34, RGZ 145, 289, 294 f.

<sup>63</sup> Siehe hierzu *Hölscher*, ZEV 2010, 609; *Langel/Kuchinke*, a. a. O. (Fn. 51), § 37 X 2 i), S. 938 f.; *MünchKommGmbHG/Strohn*, a. a. O. (Fn. 11), § 34 Rdnr. 251 ff.

<sup>64</sup> *Nieder/Kössinger*, a. a. O. (Fn. 59) § 20 Rdnr. 4; *MünchKommBGB/Lange*, 5. Aufl. 2010, § 2325 Rdnr. 33 ff.; *Langel/Kuchinke*, Erbrecht, a. a. O. (Fn. 51), § 5 VI 3 a), S. 129; *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Lorz*, HGB, a. a. O. (Fn. 23), § 131 Rdnr. 123; *Michalski*, a. a. O. (Fn. 51), 136, 149 ff.; *Staudinger/Olshausen*, Neubearbeitung 2006, § 2325 Rdnr. 32 ff.; *Reimann*, DNotZ 1992, 472, 489; *Juris Praxiskommentar/Sefrin*, a. a. O. (Fn. 55), § 516 Rdnr. 67.

<sup>65</sup> *Soergel/Dieckmann*, BGB, 13. Aufl. 2002, § 2325 Rdnr. 27; *Bamberger/Roth/Mayer*, BGB, 3. Aufl. 2012, § 2325 Rdnr. 15; *Staub/C. Schäfer*, a. a. O. (Fn. 23), § 131 Rdnr. 188; *Michalski/Sosnütza*, GmbHG, a. a. O. (Fn. 3), § 34 Rdnr. 68; *MünchKommGmbHG/Strohn*, a. a. O. (Fn. 11), § 34 Rdnr. 252.

<sup>66</sup> *MünchKommBGB/Lange*, a. a. O. (Fn. 64), § 2325 Rdnr. 33.

<sup>67</sup> BGH, Urteil vom 2.6.1997, II ZR 81/96, NJW 1997, 2592, 2593 = MittBayNot 1997, 302.

<sup>68</sup> BGH, Urteil vom 2.6.1997, II ZR 81/96, NJW 1997, 2592, 2593 = MittBayNot 1997, 302.

<sup>69</sup> BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, NJW 2005, 3641, 3642 = MittBayNot 2006, 344.

<sup>70</sup> BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, NJW 2005, 3644, 3646 = MittBayNot 2006, 347; *Goette*, DStR 1997, 336, 338.

<sup>71</sup> BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, NJW 2005, 3644, 3646 = MittBayNot 2006, 347.

<sup>72</sup> Vgl. *Wälzholz*, NZG 2007, 416, 418.

<sup>73</sup> DStR 2005, 336, 338.

einer vermögensverwaltenden Familien-KG unentgeltlich zugewandt worden. Der Gesellschaftsvertrag bestimmte, dass die Gesellschaftsbeteiligung mit Rechtskraft der Scheidung unentgeltlich auf den Ehegatten oder ein zu dem jeweiligen Gesellschafterstamm gehörendes Kind zu übertragen ist. Auch wenn der Sachverhalt damit nicht eine Abfindungsregelung erfasste, war das OLG Karlsruhe der Ansicht, dass der Gesellschaftsvertrag auch jegliche Abfindung des Schwiegerkindes bei seinem Ausscheiden ausschließen könnte: Der Gesellschafter hielt die Beteiligung in einem weiteren Sinne als Treuhänder für den durch seine ehemalige Gattin repräsentierten Familienstamm.<sup>74</sup> Dabei führte das OLG Karlsruhe weiter aus, dass die Zielsetzung der Abfindungsbeschränkung, das aus Grundstücken bestehende Familienvermögen der Familie bzw. den einzelnen Familienstämmen zu erhalten, Vorrang vor dem Interesse des ausscheidenden Schwiegerkindes an einer angemessenen wirtschaftlichen Verwertung seiner Beteiligung habe und ein vollständiger Abfindungsausschluss mithin nicht gegen die guten Sitten verstoße.<sup>75</sup>

#### d) Abfindungsbegrenzung bei großer, generationenübergreifender Familien-KG

In der Literatur – namentlich durch *Ulmer* – wird die Abfindungsbeschränkung bei großen, generationenübergreifenden Familiengesellschaften in der Rechtsform einer GmbH & Co. KG diskutiert. Ausgangspunkt ist die Prämisse, dass solche Gesellschaften aufgrund ihrer familiären Prägung, ihres generationenübergreifenden Charakters, ihrer stets anwachsenden, nicht selten dreistelligen Gesellschafterzahl und der daraus folgenden körperschaftlichen Organisation sowie ihrer vorwiegenden Selbstfinanzierung eine Sonderstellung einnehmen.<sup>76</sup> Die Gesellschafter seien mit Destinatären einer Familienstiftung vergleichbar und erhielten die Gesellschaftsbeteiligung häufig im Erbwege. Ferner würden Gewinne häufig nicht ausgeschüttet, sondern dienen der Finanzierung der Gesellschaft.<sup>77</sup>

Wegen dieser Sonderstellung soll die Abfindung beim Ausscheiden eines Gesellschafters weitgehend beschränkt werden können. Eine Abfindungsbeschränkung soll insbesondere dadurch erreicht werden, dass die Abfindungshöhe nach der Ausschüttungspolitik berechnet werden solle. Eine Bewertung der Gesellschaft solle mithin nicht auf die mögliche, sondern auf die nachhaltig zu erwartende Ausschüttung abstellen und sich dabei an der Ausschüttungsquote der vergangenen fünf Jahre einschließlich Steuergutschriften orientieren.<sup>78</sup>

#### e) Bewertung

Zweifelsohne ist das Ziel, das in der Gesellschaft gebundene Vermögen für kommende Generationen zu erhalten, ein anerkanntes Interesse, das auch der BGH in seiner Rechtsprechung berücksichtigt.<sup>79</sup> Inwieweit allerdings dieses Ziel allein geeignet ist, die Abfindung ausscheidender Gesellschafter weitgehend zu begrenzen und damit ihre wirtschaftliche Freiheit einzuschränken, erscheint fraglich. Die Position des OLG Karlsruhe hat aufgrund ihrer durchweg „familien-

freundlichen“ Argumentation durchaus Zustimmung erfahren,<sup>80</sup> indes nicht ausschließlich.<sup>81</sup>

Beachtet man die herangezogene Rechtsprechung des BGH zu Gesellschaften mit ideellem Zweck und zu Mitarbeitermodellen genauer, rechtfertigt den Abfindungsausschluss die Tatsache, dass eine wirtschaftliche Beteiligung des Gesellschafters an der Substanz der Gesellschaft nicht beabsichtigt ist: Gesellschaften mit ideellem Zweck verfolgen altruistische Motive. Bei ihnen steht nicht die Gewinnerzielungsabsicht im Vordergrund. Bei gemeinnützigen Gesellschaften wird schon aus steuerlichen Gründen – wegen § 55 Abs. 1 Nr. 2 AO – die Abfindung wie der Anteil am Liquidationserlös auf den Betrag beschränkt, den der Gesellschafter als Einlage geleistet hat.<sup>82</sup> Bei den Mitarbeitermodellen schließlich ist die Gesellschafterstellung von Anfang an nur für die Dauer der Mitarbeit eingeräumt, um eine Beteiligung am Gewinn zu ermöglichen. Die Gesellschafterstellung kann dem Mitarbeiter aber jederzeit wieder entzogen werden.<sup>83</sup> Eine Beteiligung an der Substanz der Gesellschaft – etwa im Zuge einer Liquidation – scheidet bei dem Mitarbeitermodell regelmäßig aus. Wirtschaftlich gesehen entspricht die Stellung des beteiligten Mitarbeiters somit der eines Nießbrauchers.<sup>84</sup> Eine weitgehende Abfindungsbeschränkung rechtfertigt sich mithin dadurch, dass der Gesellschafter dauerhaft keinen Zugriff auf den vollen wirtschaftlichen Wert hat.

Hingegen ist bei Familiengesellschaften regelmäßig eine Beteiligung jedes Gesellschafters an der Substanz ausdrücklich gewünscht: Das Vermögen der Gesellschaft soll den nachfolgenden Generationen als Einnahmequelle dauerhaft zur Verfügung stehen. Die Gesellschafter der Familiengesellschaft haben deshalb auch in der Regel vollen Zugriff auf die Gesellschaft und das von ihr betriebene Unternehmen: Sie können – sofern die notwendige Mehrheit erreicht wird – die Gesellschaft umstrukturieren, das Unternehmen oder die Gesellschaft versilbern oder liquidieren und den Erlös anderweitig investieren.<sup>85</sup> Mit ideellen oder gemeinnützigen Gesellschaften oder einem Mitarbeitermodell lassen sich Familiengesellschaften mithin nicht vergleichen. Eine Abfindungsbeschränkung lässt sich nicht dadurch rechtfertigen, dass dem Gesellschafter dauerhaft nicht der volle wirtschaftliche Wert der Beteiligung zur Verfügung steht.

Das Ziel, mit der Abfindungsbeschränkung eine Bindung des Familienvermögens zugunsten künftiger Generationen zu erreichen, vermag die finanziellen Interessen des ausscheidenden Gesellschafters nicht zu überwiegen. Eine weitgehende Abfindungsbeschränkung bis hin zum vollständigen Abfindungsausschluss ist regelmäßig nicht gerechtfertigt. Auch bei Familiengesellschaften gilt die allgemeine Grenze der Sittenwidrigkeit. Mit der herrschenden Ansicht in der Literatur sollte die Abfindung deshalb 50 % des Verkehrswertes nicht unterschreiten.

Bei Personengesellschaften ist überdies die Grenze der unzulässigen Austrittsschwerung zu beachten. Da hier die Bandbreite des Zulässigen in der Literatur zwischen 50 und 80 % des Abfindungswertes liegt, erscheint es durchaus legitim,

<sup>74</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.10.2006, 9 U 34/06, RNotZ 2006, 113, 114.

<sup>75</sup> OLG Karlsruhe, Urteil vom 12.10.2006, 9 U 34/06, RNotZ 2006, 113, 114.

<sup>76</sup> *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 552 ff.

<sup>77</sup> *Ulmer*, ZIP 2010, 805, 813 f.

<sup>78</sup> *Staub/C. Schäfer*, a. a. O. (Fn. 23), § 131 Rdnr. 188.

<sup>79</sup> BGH, II ZR 115/75, WM 1977, 192, 193; BGH, Urteil vom 13.6.1994, II ZR 38/93, NJW 1994, 2536, 2539 = MittBayNot 1994, 556.

<sup>80</sup> *Ivo*, ZEV 2007, 137, 140; *Wälzholz*, NZG 2007, 416, 418.

<sup>81</sup> *Staub/C. Schäfer*, a. a. O. (Fn. 23), § 131 Rdnr. 188 a. E.

<sup>82</sup> MünchHdb. GesR *VPiebler/Schulte*, a. a. O. (Fn. 23), § 10 Rdnr. 100.

<sup>83</sup> BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, NJW 2005, 3641, 3643 = MittBayNot 2006, 344.

<sup>84</sup> MünchHdb. GesR *VPiebler/Schulte*, a. a. O. (Fn. 22), § 10 Rdnr. 100.

<sup>85</sup> *Ulmer*, ZIP 2010, 549, 556.

dem Interesse des Gesellschafters an Deinvestition das Interesse an einer möglichst langfristigen Bindung des Vermögens zugunsten künftiger Generationen gegenüber zu stellen. Aus diesem Grund kann die Abfindung zwischen der in der Literatur diskutierten unteren Grenze von 50 % bis  $\frac{2}{3}$  des Verkehrswertes liegen, ohne den ausscheidenden Gesellschafter unangemessen zu benachteiligen.

Eine weitergehende Beschränkung der Abfindung lässt sich jedenfalls immer dann rechtfertigen, wenn aus den konkreten Umständen ersichtlich ist, dass die Rechtsstellung des Gesellschafters zugunsten künftiger Generationen zurückgenommen ist, wie dies bei großen, generationenübergreifenden Familienkommanditgesellschaften mit einer funktionalen Nähe zur Familienstiftung der Fall ist. Als Abgrenzungskriterien können hierbei das relativ geringe Stimmgewicht des einzelnen Gesellschafters bei einem großen Gesellschafterkreis, der sich aber ausschließlich aus Familienmitgliedern rekrutiert, Organisationsstrukturen, die körperschaftlichen Charakter aufweisen (Fremd-Geschäftsführung und Beirat) sowie insbesondere die Gewinnthesaurierung zur Selbstfinanzierung herangezogen werden.

## 6. Abfindungsbeschränkung bei Ausschüttungsbegrenzung

Darüber hinaus kann die Abfindung aber auch bei Familiengesellschaften weitgehend beschränkt werden, die weder über einen großen zwei- oder gar dreistelligen Gesellschafterkreis noch über körperschaftsähnliche Organisationsstrukturen verfügen, wenn durch eine restriktive Ausschüttungspolitik die Gewinnausschüttung begrenzt ist und die Überschüsse der Gesellschaft in großem Umfang zu deren Finanzierung und Erhalt für künftige Generationen verwandt werden.

Eine solche Abfindungsbeschränkung beeinträchtigt den ausscheidenden Gesellschafter dann nicht unangemessen, wenn die reduzierte Abfindung auf einen aufgrund der geringen Ausschüttungsquote niedrigen Anteilswert zurückzuführen ist. Führt eine geringe Ausschüttungsquote zu einem geringen Unternehmenswert, steht dem Gesellschafter der volle wirtschaftliche Wert seiner Beteiligung dauerhaft nicht zur Verfügung. Dann ist es auch gerechtfertigt, dass sich dieser geringere Wert der Beteiligung in einer geringeren Abfindung widerspiegelt.

Nach der herrschenden Ansicht in der Betriebswirtschaftslehre bestimmt sich der Wert eines Unternehmens anhand des subjektiven Nutzens, den seine Eigentümer aus ihm ziehen.<sup>86</sup> Verfolgen die Eigentümer – wie es die Regel sein wird – ausschließlich finanzielle Ziele, bemisst sich der Wert eines Unternehmens durch den Barwert der mit dem Eigentum an dem Unternehmen verbundenen zukünftigen Nettozuflüsse an die Unternehmenseigner.<sup>87</sup> Der Wert des Unternehmens wird somit nicht aus dem Wert seiner Bestandteile, der Substanz, abgeleitet, sondern alleine aus seiner Ertragskraft, d. h. aus der Eigenschaft, zukünftig finanzielle Überschüsse zu erwirtschaften.<sup>88</sup> Dabei berücksichtigen die Bewertungsverfahren nach dem Standard S1 des Instituts der Wirtschaftsprüfer auch eine (künftige) Ausschüttungs- und Entnahmepolitik nach dem jeweiligen Unternehmenskonzept bei der Prognose

der zu erwartenden Erträge.<sup>89</sup> Die thesaurierten Beträge werden jedoch fiktiv wieder unmittelbar den Anteilseignern zugerechnet, wenn die Investitionsplanung keine Verwendung für die thesaurierten Beträge vorsieht.<sup>90</sup> Die nicht ausgeschütteten Beträge erhöhen somit den Wert der Beteiligung, wenn diese nicht für das Unternehmen der Gesellschaft verwandt werden, sondern die Gesellschaft gleichsam als Spardose genutzt wird.<sup>91</sup>

Betriebswirtschaftlich lässt sich eine Beschränkung der Abfindung mithin nur dann rechtfertigen, wenn die Ausschüttung dauerhaft beschränkt ist und die nicht ausgeschütteten Gewinne im Rahmen der konkreten Investitionsplanung des Unternehmens Verwendung finden und nicht allein dem Aufbau von monetären Rücklagen dienen, die jederzeit wieder problemlos aufgelöst und an die Gesellschafter ausgeschüttet werden können.

Dieser wirtschaftlichen Bewertung ist auch bei der rechtlichen Beurteilung von Abfindungsklauseln zu folgen: Verfolgt eine nachhaltige und dokumentierte Thesaurierungspolitik, die ggf. sogar in der Satzung ihre Grundlage findet,<sup>92</sup> das Ziel, das Unternehmen der Gesellschaft für künftige Generationen zu erhalten und zu mehren, kann die Abfindung eines ausscheidenden Gesellschafters beschränkt werden.<sup>93</sup> Das gilt nicht nur für Gesellschaften, die ein Handelsgewerbe betreiben, sondern auch für rein vermögensverwaltende Gesellschaften, sofern auch hier eine nachhaltige Wiederanlagestrategie verfolgt wird und höhere Ausschüttungen von strengen Voraussetzungen abhängig gemacht werden. Dann steht auch bei solchen Gesellschaften dem Gesellschafter der volle wirtschaftliche Wert der Beteiligung dauerhaft nicht zur Verfügung.

Gestaltungspraktisch lässt sich eine solche Abfindungsbeschränkung dadurch umsetzen, dass die Abfindungsklausel ausdrücklich vorschreibt, bei der Berechnung der Abfindung die Ausschüttungspraxis der Gesellschaft zu berücksichtigen.<sup>94</sup> Dann darf freilich die Höhe der so berechneten Abfindung nicht mehr begrenzt werden. Es bietet sich stattdessen an, die Abfindung auf den geringeren Wert von 50 % bis  $\frac{2}{3}$  des nach herkömmlichen Methoden zu errechnenden Verkehrswertes und des Abfindungswertes unter Berücksichtigung der konkreten Ausschüttungspolitik zu begrenzen.

## IV. Zusammenfassung

1. Verstirbt ein Gesellschafter, kann die Abfindung, die bei Personengesellschaften aufgrund seines Ausscheidens oder bei der Einziehung von GmbH-Geschäftsanteilen grundsätzlich anfallen würde, eingeschränkt oder vollständig ausgeschlossen werden. Auch wenn solche Gestaltungen Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen können, sind sie ein probates Mittel, den Anfall von Gesellschaftsbeteiligungen bei familienfremden Personen zu verhindern.

<sup>86</sup> Wirtschaftsprüfer Handbuch 2008, Bd. II, 13. Aufl. 2008, Rdnr. 7; *Daragan/Halaczinsky/Riedel*, Praxiskommentar ErbStG und BewG, 2010, Anh. zu § 11 BewG Rdnr. 119; *Drucarczyk/Schüler*, Unternehmensbewertung, 6. Aufl. 2009, S. 91.

<sup>87</sup> IDW S1 Rdnr. 4 f.; WP Hdb. 2008 II, a. a. O. (Fn. 86) Rdnr. 8.

<sup>88</sup> WP Hdb. 2008 II, a. a. O. (Fn. 86) Rdnr. 8.

<sup>89</sup> WP Hdb. 2008 II, a. a. O. (Fn. 86) Rdnr. 241; *Praxishandbuch der Unternehmensbewertung/Baetge/Niemeyer/Kümmell/Schulz*, 4. Aufl. 2009, S. 355; *Drucarczyk/Schüler*, a. a. O. (Fn. 86), S. 91.

<sup>90</sup> IDW S1 Rdnr. 35 ff.; WP Hdb. 2008 II, a. a. O. (Fn. 86) Rdnr. 241.

<sup>91</sup> Vgl. *Praxishandbuch Unternehmensbewertung/Baetge/Niemeyer/Kümmell/Schulz*, a. a. O. (Fn. 89), S. 428; *Schacht/Fackler/Blaschke*, *Praxishandbuch Unternehmensbewertung*, 2. Aufl. 2009, S. 101; *Schacht/Fackler/Serf*, a. a. O., S. 176.

<sup>92</sup> Vgl. hierzu *Hommelhoff/Hartmann/Hillers*, DNotZ 1986, 323.

<sup>93</sup> Vgl. *Ulmer*, ZIP 2010, 805, 814.

<sup>94</sup> Vgl. *Ulmer*, ZIP 2010, 805, 815 f.

2. Im Übrigen gelten bei Familiengesellschaften für die Abfindungsbeschränkungen die allgemeinen Grundsätze der Rechtsprechung. Ein besonderes Interesse, das Gesellschaftsvermögen für künftige Generationen zu erhalten, rechtfertigt regelmäßig keine Abfindungsbeschränkung, die über die allgemeinen Grenzen hinausgeht. Die Stellung des Familiengesellschafters ist nicht mit der Stellung des Gesellschafters einer Gesellschaft mit ideellem Zweck oder einem beteiligten Mitarbeiter bzw. Geschäftsführer zu vergleichen.
3. Bei großen, generationenübergreifenden Familien-KG, die eine funktionale Nähe zu Familienstiftungen aufweisen, kann die Abfindung in der Weise begrenzt werden, dass der Abfindungswert ausschließlich auf Basis der tatsächlichen Ausschüttung berechnet wird.
4. Darüber hinaus kann die Abfindung auch bei solchen Gesellschaften beschränkt werden, die einen Großteil ihrer Gewinne nicht ausschütten, sondern zur weiteren Selbstfinanzierung in der Gesellschaft belassen, ohne dass diese Gesellschaften im Einzelfall die Merkmale einer großen, generationenübergreifenden Familien-KG erfüllen müssen. Voraussetzung hierfür ist, dass die Gesellschaft eine nachhaltige, dokumentierte Thesaurierungspolitik, die ggf. in der Satzung ihre Grundlage findet, verfolgt, mit dem Ziel, das Unternehmen der Gesellschaft für künftige Generationen zu erhalten und zu mehren. In einem solchen Fall ist der wirtschaftliche Wert der Beteiligung des einzelnen Gesellschafters durch die Ausschüttungsbegrenzung dauerhaft beschränkt.

## Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch versus gutgläubigen Erwerb

– zugleich Anmerkung zum Beschluss des Brandenburgischen OLG vom 18.1.2012, 5 Wx 114/1<sup>1</sup> –

Von Notar Dr. *Adolf Reul*, Neu-Ulm

Das OLG Brandenburg hatte über einen alltäglichen Fall zu entscheiden, der sich vereinfacht wie folgt darstellte: Ein Grundstückseigentümer hat seinen Grundbesitz verkauft. Danach wurde über sein Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet. Noch vor Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch wurde die Eigentumsumschreibung im Grundbuch beantragt (die Eintragung einer Vormerkung ist zuvor nicht erfolgt bzw. beantragt worden). Das Grundbuchamt wies auf das bereits eröffnete Insolvenzverfahren hin und verlangte eine Genehmigung des Insolvenzverwalters in der Form des § 29 GBO. Später gab der Insolvenzverwalter den Grundbesitz mit privatschriftlicher Erklärung gegenüber dem Schuldner frei. Der Insolvenzvermerk wurde daraufhin auf Ersuchen des Insolvenzgerichts im Grundbuch gelöscht. Das Grundbuchamt verlangt für den Grundbuchvollzug nunmehr den Nachweis der Freigabe in der Form des § 29 GBO. Das OLG Brandenburg folgte dieser Ansicht des Grundbuchamts. Zu Recht?

### I. Der Insolvenzvermerk im Grundbuch

Mit Eröffnung des Insolvenzverfahrens sind Verfügungen des Schuldners über das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen nach § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO unwirksam. Gleiches gilt, wenn das Insolvenzgericht im Insolvenzeröffnungsverfahren dem Schuldner entweder ein allgemeines Verfügungsverbot auferlegt oder anordnet, dass Verfügungen des Schuldners nur noch mit Zustimmung des vorläufigen Insolvenzverwalters wirksam sind (§ 21 Abs. 2 Nr. 2, § 24 Abs. 1 InsO). Ähnlich ist die Rechtslage bei der Eigenverwaltung, wenn das Gericht eine Zustimmungsbedürftigkeit nach § 277 InsO anordnet bzw. es im Insolvenzplanverfahren zustimmungsbedürftige Rechtsgeschäfte gibt (§ 263 InsO).

Demgegenüber gewährt der öffentliche Glaube des Grundbuchs, des Schiffs- und Schiffsbauregisters sowie des Registers für Pfandrechte an Luftfahrzeugen gutgläubigen Erwerbern auch einen Schutz vor insolvenzrechtlichen Verfügungsbeschränkungen des Schuldners, die aus dem Grundbuch

bzw. den anderen Registern nicht ersichtlich sind (§ 81 Abs. 1 Satz 2, § 91 Abs. 2, § 24 Abs. 1 InsO). Um solche Beeinträchtigungen der (künftigen) Insolvenzmasse möglichst zu verhindern und die Gläubiger vor einem gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB zu schützen, ist die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse nach §§ 32, 33 InsO durch Eintragung eines Insolvenzvermerks in dem entsprechenden Register offenkundig zu machen.<sup>2</sup>

### II. Eintragung des Insolvenzvermerks

Die Eintragung eines Insolvenzvermerks gemäß §§ 32, 33 InsO nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens ist grundsätzlich in allen Verfahrensarten vorgesehen. Lediglich im Schutzschirmverfahren gibt es keinen Insolvenzvermerk, da es hier auch keine Verfügungsbeschränkungen gibt (§ 270b Abs. 2 Satz 3 InsO). Bei der Eigenverwaltung ist zu differenzieren: In der vorläufigen Eigenverwaltung soll das Gericht von der

<sup>1</sup> MittBayNot 2013, 76 (in diesem Heft).

<sup>2</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1267; LG Berlin, RNotZ 2004, 36, 37; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl. 2007, § 32 Rdnr. 1.

Anordnung von Verfügungsbeschränkungen absehen (§ 270a Abs. 1 Ziffer 2 InsO). Werden dennoch Verfügungsbeschränkungen angeordnet, muss auch ein Insolvenzvermerk eingetragen werden. Gleiches gilt nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens bei einer Eigenverwaltung, wenn das Insolvenzgericht auf Antrag der Gläubigerversammlung solche Verfügungsbeschränkungen anordnet (§ 277 Abs. 3 InsO).

Darüber hinaus ist die Eintragung eines Insolvenzvermerks aufgrund besonderer Verweisungsvorschriften vorgesehen

- bei vorläufigen Verfügungsbeschränkungen im Eröffnungsverfahren (§ 23 Abs. 3 InsO),
- bei Überwachung eines Insolvenzplans, der einen Zustimmungsvorbehalt vorsieht (§ 267 Abs. 3 Satz 2 InsO),
- im Falle der Nachtragsverteilung nach § 203 Abs. 1 Nr. 3 InsO.

### III. Eintragung bei Grundstücken und Grundstücksrechten des Schuldners

Einzutragen ist ein Insolvenzvermerk nach § 32 Abs. 1 InsO bei Grundstücken, als deren Eigentümer der Schuldner eingetragen ist sowie bei für den Schuldner eingetragenen Rechten, wenn nach Art des Rechts und den Umständen zu befürchten ist, dass ohne die Eintragung die Gläubiger benachteiligt würden. Dies ist dann der Fall, wenn das Recht übertragbar und somit ein gutgläubiger Erwerb möglich ist (z. B. Grundpfandrechte) bzw. wenn das Recht zur Insolvenzmasse gehört und die Löschung des Rechts durch einseitige Bewilligung des Schuldners droht (z. B. Nießbrauch, Dienstbarkeit mit der Gestattung zur Überlassung der Ausübung, Vormerkung).<sup>3</sup>

Seinem Wortlaut nach betrifft § 32 InsO nur Grundstücke oder Grundstücksrechte des Schuldners. Da es bei § 32 InsO aber um den Schutz der Gläubiger des Schuldners geht, kommt es bei der Eintragung eines Insolvenzvermerks nicht auf die Identität des eingetragenen Rechtsträgers mit dem Insolvenzschuldner an, sondern darauf, ob das in Rede stehende Grundstück bzw. Grundstücksrecht zumindest nach Einschätzung des Insolvenzgerichts zur Insolvenzmasse gehört.<sup>4</sup> Von daher ist die Eintragung eines Insolvenzvermerks auch dann statthaft, wenn nicht der Schuldner, sondern ein Dritter im Grundbuch als Eigentümer eingetragen ist. Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Berechtigung des Insolvenzschuldners nachgewiesen ist (z. B. Treuhandabreden).<sup>5</sup>

Streitig ist, ob ein Insolvenzvermerk auch dann eingetragen werden kann, wenn Eigentümer des Grundstücks eine GbR oder eine Erbengemeinschaft ist, das Insolvenzverfahren aber nicht über das Vermögen der GbR eröffnet wurde (vgl. § 11 Abs. 2 Nr. 1 InsO), sondern über das Vermögen eines ihrer Gesellschafter bzw. eines Miterben.

Nach einer Ansicht besteht für eine solche gesamthänderische Mitberechtigung aufgrund der Insolvenzeröffnung wegen

<sup>3</sup> HK-InsO/Kirchhof, 5. Aufl. 2008, § 32 Rdnr. 11; Jaeger/Schilken, InsO, § 32 Rdnr. 13; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 22; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, 13. Aufl. 2010, § 32 Rdnr. 6.

<sup>4</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1267; LG Köln, KTS 1965, 177, 178; Hintzen, Rpfleger 1999, 199; Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 38 Rdnr. 45; MünchKommInsO/Schmahl, § 32 Rdnr. 12; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 5.

<sup>5</sup> Hintzen, Rpfleger 1999, 199; Jaeger/Schilken, InsO, § 32 Rdnr. 6; Meikel/Roth, GBO, 10. Aufl. 2009, § 38 Rdnr. 45; MünchKommInsO/Schmahl, § 32 Rdnr. 12; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 5; a. A. Hamburger Kommentar zur InsO/J.-S. Schröder, § 32 Rdnr. 3.

§ 80 InsO eine Verfügungsbeschränkung für die jeweiligen Insolvenzschuldner als Gesellschafter. Von daher sei die Insolvenzmasse durch Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch davor zu schützen, dass der Schuldner zusammen mit weiteren Mitberechtigten ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters zugunsten eines Gutgläubigen über das Grundstück verfügt.<sup>6</sup>

Nach anderer Ansicht würde die Eintragung eines Insolvenzvermerks in der Insolvenz des Schuldners bei einem Grundstück, das ihm lediglich in gesamthänderischer Verbundenheit gehört, dazu führen, dass sich anderenfalls das ein Sondervermögen bildende Gesellschaftsvermögen mit dem Eigenvermögen des Gesellschafters vermische.<sup>7</sup> Teil der Insolvenzmasse sei lediglich die gesamthänderische Verbundenheit, mithin also der Anteil an der GbR bzw. der Erbengemeinschaft, nicht aber der konkrete Anteil an einem Gegenstand des Gesamthandsvermögens. Von daher sei es auch nicht Aufgabe eines Insolvenzvermerks, eine etwaige Veräußerung von Teilen des Sondervermögens der Gesamthand ohne Mitwirkung des Insolvenzverwalters zu verhindern.<sup>8</sup>

Diese Überlegung trägt der durch die Rechtsprechung inzwischen festgestellten Rechtsfähigkeit der GbR an sich Rechnung.<sup>9</sup> Allerdings hat der Gesetzgeber darauf mit der Einführung der § 47 Abs. 2 GBO und § 899a BGB reagiert. Nach § 899a BGB wird in Ansehung eines für eine GbR im Grundbuch eingetragenen Rechts auch vermutet, dass die im Grundbuch eingetragenen Personen auch Gesellschafter der GbR sind. Umfasst wird von dieser Vermutungswirkung wegen § 899a Satz 2 BGB auch die Vertretungsbefugnis.<sup>10</sup> Eine solche Vertretungsbefugnis ist aber nicht mehr gegeben, wenn das Insolvenzverfahren über das Vermögen eines Gesellschafters eröffnet wurde. Um die Vermutungswirkung des § 899a BGB zu entkräften, muss nunmehr ein Insolvenzvermerk im Grundbuch der GbR eingetragen werden.<sup>11</sup> Gleiches gilt nach Ansicht des BGH in der Insolvenz eines Miterben. Hier muss ein Insolvenzvermerk in das Grundbuch eingetragen werden, wenn Grundstückseigentümer eine Erbengemeinschaft ist.<sup>12</sup> Als Begründung stellt der BGH auf den Schutzzweck des § 32 Abs. 1 InsO ab.<sup>13</sup>

<sup>6</sup> OLG Dresden, ZInsO 2005, 1220; OLG Zweibrücken, ZInsO 2001, 1207, 1209; LG Duisburg, Rpfleger 2006, 465; LG Hamburg, ZIP 1986, 1590, 1592; LG Dessau, InVO 2001, 57 f.; LG Neubrandenburg, NZI 2001, 325; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl. 2007, § 32 Rdnr. 16; Raebel in FS Kreft, 2004, S. 483 ff.; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 7; Frankfurter Kommentar zur InsO/Schmerbach, 4. Aufl. 2006, § 32 Rdnr. 3; HK-InsO/Kirchhof, 5. Aufl. 2008, § 32 Rdnr. 7; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 13. Aufl. 2004, Rdnr. 1635a.

<sup>7</sup> OLG Dresden, ZIP 2003, 130, 131; OLG Rostock, NZI 2003, 648; LG Frankenthal, Rpfleger 2002, 72; LG Neuruppin, ZInsO 2002, 145 f.; früher bereits LG Leipzig, Rpfleger 2000, 111; Keller, Rpfleger 2000, 201, 204; Kübler/Prütting/Holzer, Insolvenzordnung, § 32 Rdnr. 2a; Braun/Kind, InsO, § 32 Rdnr. 10; Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 8; Hamburger Kommentar zur InsO/J.-S. Schröder, § 32 Rdnr. 10; HK-InsO/Kirchhof, § 32 Rdnr. 7.

<sup>8</sup> Vgl. statt aller Keller, Rpfleger 2000, 201 ff.

<sup>9</sup> BGHZ 179, 102 = NJW 2009, 594 = MittBayNot 2009, 225.

<sup>10</sup> Palandt/Bassenge, § 899a Rdnr. 7; Keller, NZI 2011, 651.

<sup>11</sup> OLG München, ZIP 2011, 374; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 624; ders., ZfIR 2011, 461, 465; Keller, NZI 2011, 651, 653.

<sup>12</sup> BGH, NJW 2006, 3715; BGH, ZEV 2011, 543 = NZI 2011, 650 m. Anm. Keller.

<sup>13</sup> Zustimmend Keller, NZI 2011, 650, aber mit anderer Begründung.

## IV. Eintragungsverfahren

Die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch (entsprechendes gilt bei Eintragung in anderen Registern nach § 33 InsO) erfolgt nicht von Amts wegen. Vielmehr sieht § 32 Abs. 2 InsO hierfür zwei alternative Voraussetzungen vor:

- dem Grundbuchamt liegt ein Ansuchen des Insolvenzgerichts auf Eintragung des Insolvenzvermerks vor;
- der Insolvenzverwalter hat die Eintragung des Insolvenzvermerks direkt beim Grundbuchamt beantragt (§ 32 Abs. 2 Satz 2 InsO).

### 1. Ersuchen des Insolvenzgerichts

Nach § 32 Abs. 2 Satz 1 InsO ist das Insolvenzgericht verpflichtet, das Grundbuchamt um die Eintragung eines Insolvenzvermerks zu ersuchen, wenn ihm Grundstücke und im Grundbuch eingetragene Rechte des Schuldners bekannt sind. Ob es solche Grundstücke und Rechte des Schuldners gibt, muss das Insolvenzgericht nicht selbst ermitteln. Erfährt es aber davon, muss es unverzüglich von Amts wegen tätig werden. Die Rechtskraft des Eröffnungsbeschlusses muss nicht abgewartet werden.<sup>14</sup>

§ 32 Abs. 2 InsO knüpft an die Regelungen der §§ 13, 38 GBO an. Das Eintragungsersuchen des Insolvenzgerichts ersetzt nach § 38 GBO den sonst erforderlichen Eintragungsantrag nach § 13 GBO, aber auch die Bewilligung des Betroffenen nach § 19 GBO sowie die sonstigen Nachweise der Eintragungsvoraussetzungen nach §§ 22, 29 GBO.<sup>15</sup> Auch der Grundsatz der Voreintragung (§ 39 GBO) gilt nicht bzw. nur eingeschränkt. Anstelle der Voreintragung ist maßgebend, dass sich aus dem Grundbuch die materiellrechtliche Zugehörigkeit des eingetragenen Vermögensgegenstandes zur Insolvenzmasse ergibt oder dass diese Zugehörigkeit aus anderen Gründen nach Ansicht des Insolvenzgerichts feststeht.<sup>16</sup> Bei einer Nachlassinsolvenz kommt es für die Eintragung eines Insolvenzvermerks nicht darauf an, dass der Erbe im Grundbuch voreingetragen ist. Es genügt die Eintragung des Erblassers.<sup>17</sup>

Ausreichend ist die allgemein gehaltene Insolvenzanzeige an das Grundbuchamt, mit der das Insolvenzgericht das Grundbuchamt ersucht, die Insolvenzeröffnung bei sämtlichen eingetragenen Rechten des Schuldners einzutragen.<sup>18</sup> Eine genaue grundbuchmäßige Bezeichnung der betroffenen Grundstücke und Rechte nach § 28 GBO soll nach insolvenzrechtlicher Literatur nicht erforderlich sein, da § 28 GBO nur bei Anträgen, nicht aber für Ersuchen anderer Behörden und Gerichte nach § 38 GBO gilt.<sup>19</sup> Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.<sup>20</sup> § 28 GBO gilt für das gesamte Grundbuchverfahren. Da

das Eintragungsersuchen den Eintragungsantrag und die Eintragungsbewilligung ersetzt, muss es auch den allgemeinen Vorschriften für diese entsprechen. In Anlehnung an die zu dem Antrag eines Insolvenzverwalters ergangene Entscheidung des LG Zweibrücken<sup>21</sup> wird auch für das Ersuchen zu fordern sein, dass das Insolvenzgericht die schuldnerischen Grundstücke und Grundstücksrechte konkret zu bezeichnen hat.<sup>22</sup>

Das Eintragungsersuchen bedarf keiner Begründung.<sup>23</sup> Wirksam ist das Eintragungsersuchen, wenn die Insolvenzanzeige durch das Insolvenzgericht vom zuständigen Richter oder Rechtspfleger unterschrieben und mit Siegel oder Stempel versehen ist.<sup>24</sup>

Liegt ein solches Ersuchen vor, erfolgt die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch von Amts wegen (§ 32 Abs. 2 Satz 1 InsO). Die Prüfungspflicht des Grundbuchamts beschränkt sich auf Form und Inhalt des Ersuchens, nicht aber darauf, ob die materiellen Voraussetzungen für die Eintragung des Insolvenzvermerks tatsächlich vorliegen.<sup>25</sup>

### 2. Antrag des Insolvenzverwalters

Nach § 32 Abs. 2 Satz 2 InsO kann auch der Insolvenzverwalter selbst den Antrag auf Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch beantragen. Gleiches gilt für den Antrag des Treuhänders im Verbraucherinsolvenzverfahren (§ 313 InsO), für den vorläufigen Insolvenzverwalter im Eröffnungsverfahren (§ 23 Abs. 3 InsO) bzw. für den Sachwalter im Falle der Eigenverwaltung (§ 277 Abs. 3 InsO).

Im Gegensatz zum Insolvenzgericht besteht für den Insolvenzverwalter auch eine Amtspflicht, das zur Insolvenzmasse gehörende Schuldnervermögen zu ermitteln und in Besitz und Verwaltung zu nehmen (§§ 148, 151 InsO). Hierzu gehört auch, unverzüglich selbst einen Antrag auf Eintragung eines Insolvenzvermerks zu stellen, wenn ihm Grundstücke und im Grundbuch eingetragene Rechte des Schuldners bekannt werden.<sup>26</sup> Eine bloße Mitteilung an das Insolvenzgericht anstelle eines eigenen Antrags des Insolvenzverwalters dürfte nur dann genügen, wenn der Insolvenzverwalter dem Insolvenzgericht ein entsprechendes Ersuchen auf Eintragung eines Insolvenzvermerks vorschlägt oder wenn der Verwalter im Hinblick auf § 28 GBO die genaue Grundbuchbezeichnung nicht kennt. Andernfalls droht eine Haftung des Verwalters nach § 60 InsO.<sup>27</sup>

Bei dem Antrag des Insolvenzverwalters handelt es sich grundbuchrechtlich um einen Antrag auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB, § 22 GBO.<sup>28</sup> Das Grundbuch ist aufgrund der Eröffnung des Insolvenzverfahrens unrichtig geworden.<sup>29</sup> Für den Antrag des Insolvenzverwalters gelten die §§ 13 ff. GBO.

<sup>14</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 24; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 13.

<sup>15</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 26; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 13.

<sup>16</sup> HK-InsO/Kirchhof, § 32 Rdnr. 4; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 26;

<sup>17</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 1998, 1267; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 13.

<sup>18</sup> Jaeger/Schilken, InsO, § 32 Rdnr. 19; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 26; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 13.

<sup>19</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 26; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 13.

<sup>20</sup> Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 69; Lenke/Krause, Immobilienrecht, 2012, § 38 GBO Rdnr. 4; Meikel/Böhringer, GBO, § 28 Rdnr. 19; Meikel/Roth, GBO, § 38 Rdnr. 26; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 201.

<sup>21</sup> LG Zweibrücken, NZI 2000, 327.

<sup>22</sup> Braun/Herzig, InsO, 5. Aufl. 2012, § 32 Rdnr. 17.

<sup>23</sup> Meikel/Roth, GBO, § 38 Rdnr. 28.

<sup>24</sup> BayObLG, Rpfleger 1970, 346; Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 68; Meikel/Roth, GBO, § 38 Rdnr. 23; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 201.

<sup>25</sup> Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 16; wohl auch MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 54.

<sup>26</sup> LG Zweibrücken, NZI 2000, 327; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 14.

<sup>27</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 30; Nerlich/Römermann/Mönning, InsO, § 32 Rdnr. 19.

<sup>28</sup> Hamburger Kommentar zur InsO/J.-S. Schröder, § 32 Rdnr. 22; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 33; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 14.

<sup>29</sup> BGHZ 144, 181.

Die Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters ist durch Vorlage der gerichtlichen Bestellsurkunde nach § 56 Abs. 2 InsO nachzuweisen. Regelmäßig erfolgt der Nachweis durch Vorlage der Urschrift. Eine beglaubigte Abschrift genügt, wenn daraus hervorgeht, dass die Urschrift zeitnah vorgelegen hat.<sup>30</sup>

Nachzuweisen ist ebenso die Grundbuchrichtigkeit in der Form des § 29 GBO. Dies geschieht durch Vorlage einer Ausfertigung oder öffentlich beglaubigten Abschrift<sup>31</sup> des Eröffnungsbeschlusses oder des sonstigen Beschlusses, mit welchem die Verfügungsbeschränkung angeordnet wurde.<sup>32</sup> Entbehrlich sind diese Nachweise, wenn die Grundbuchrichtigkeit beim Grundbuchamt bereits offenkundig ist.<sup>33</sup>

Das Grundbuchamt prüft alsdann nur Form und Inhalt des Antrags sowie die Antragsberechtigung des Insolvenzverwalters.<sup>34</sup> Auch wenn es sich dabei um ein (normales) Grundbuchverfahren zum Zwecke der Grundbuchberichtigung handelt, geht die Literatur – Rechtsprechung liegt soweit ersichtlich hierzu nicht vor – einhellig davon aus, dass eine weitergehende materiellrechtliche Prüfung, ob die Voraussetzungen für die Eintragung eines Insolvenzvermerks tatsächlich vorliegen, durch das Grundbuchamt nicht erfolgt.<sup>35</sup>

## V. Wirkung des Insolvenzvermerks

Die Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch hat keine konstitutive Bedeutung.<sup>36</sup> Er teilt nur eine außerhalb des Grundbuchs bereits kraft Gesetzes oder aufgrund gerichtlicher Anordnung entstandene Verfügungsbeschränkung mit.<sup>37</sup> Von daher gibt der Insolvenzvermerk im Grundbuch keine verbindliche Auskunft darüber, ob der in Rede stehende Grundbesitz bzw. das betroffene Recht noch zur Insolvenzmasse gehört oder nicht. Er gibt nur die Einschätzung des Insolvenzgerichts bzw. die des Insolvenzverwalters wieder.<sup>38</sup>

## VI. Gutgläubiger Erwerb und Reihenfolge der Eintragung

Grundsätzlich sind Eintragungsanträge wie auch Eintragungersuchen nach § 38 GBO nach den allgemeinen Grundbuchvorschriften zu erledigen. Liegen mehrere Anträge bzw. Eintragungersuchen vor, gilt der Prioritätsgrundsatz gemäß

§ 17 GBO.<sup>39</sup> Für die Eintragung des Insolvenzvermerks bestehen von daher keine Ausnahmen.<sup>40</sup>

Streitig ist, ob eine Grundbuchsperrung im Falle der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erst mit Eintragung des Insolvenzvermerks im Grundbuch eintritt oder bereits durch die Insolvenzeröffnung selbst. Konkret geht es dabei um die Frage, ob das Grundbuchamt einem zeitlich früher gestellten Eintragungsantrag noch stattgeben darf, wenn es bereits Kenntnis von der Insolvenzeröffnung hat, etwa weil nunmehr (später) auch der Antrag auf Eintragung eines Insolvenzvermerks beim Grundbuchamt vorliegt.

Der BGH hat diese Frage bisher noch nicht entschieden.<sup>41</sup> Die praktisch einhellige obergerichtliche Rechtsprechung geht mit Teilen der Literatur davon aus, das Grundbuchamt dürfe aufgrund des Legalitätsprinzips nicht wissentlich bei einem gutgläubigen Erwerb mitwirken.<sup>42</sup> Teilweise wird deshalb gefordert, der Insolvenzvermerk sei unabhängig von § 17 GBO sofort im Grundbuch einzutragen.<sup>43</sup> Nach anderer Ansicht in der Literatur gelte der Prioritätsgrundsatz des § 17 GBO nur bei Anträgen des Insolvenzverwalters, nicht aber bei einem Ersuchen des Insolvenzgerichts.<sup>44</sup>

Anderer Ansicht ist jedoch das neuere Schrifttum. Hiernach dürfe das Grundbuchamt in keinem Fall einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 BGB verhindern. Der Prioritätsgrundsatz des § 17 GBO sei auch im Insolvenzverfahren strikt zu beachten, so dass ein vorher gestellter Antrag auf Eintragung einer Rechtsänderung vom Grundbuchamt stets vor Eintragung des Insolvenzvermerks zu erledigen sei.<sup>45</sup>

Dieser Ansicht ist zu folgen. Das Grundbuchamt ist nicht befugt, sich den Wertungen des materiellen Rechts in § 892 BGB entgegenzustellen.<sup>46</sup> § 892 BGB schützt den gutgläubigen Erwerber, nicht aber das Interesse des bisherigen Eigentümers oder das Interesse desjenigen, der durch eine Verfügungsbeschränkung geschützt werden soll. Dabei kommt es weder darauf an, ob der Insolvenzverwalter den Antrag auf Eintragung eines Insolvenzvermerks gestellt hat, ein Ersu-

<sup>30</sup> BGH, NZI 2005, 689; LG Berlin, ZInsO 2003, 905; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 33.

<sup>31</sup> BGHZ 144, 181, 183 = NJW 2000, 2427.

<sup>32</sup> BGHZ 144, 181, 183 = NJW 2000, 2427; BayObLG, NZI 2000, 427; Hamburger Kommentar zur InsO/I.-S. Schröder, § 32 Rdnr. 22; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 33; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 14.

<sup>33</sup> OLG Düsseldorf, NZI 2004, 94.

<sup>34</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 54; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 16.

<sup>35</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 54; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 16.

<sup>36</sup> OLG Brandenburg, BeckRS 2012, 08558; LG Berlin, RNotZ 2004, 36, 37 = Rpfleger 2004, 158; Hügel/Wilsch, BeckOK-GBO, 2012, Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren, Rdnr. 70.

<sup>37</sup> OLG Hamm OLGZ 1970, 487, 490; OLG Zweibrücken, NJW 1990, 648; LG Berlin, ZInsO 2003, 905; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 62.

<sup>38</sup> LG Berlin, Rpfleger 2004, 158; Hügel/Wilsch, BeckOK-GBO, 2012, Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren, Rdnr. 70; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 62.

<sup>39</sup> OLG Zweibrücken, Rpfleger 1997, 428 f.; Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 75; Meikel/Roth, GBO, § 38 Rdnr. 31.

<sup>40</sup> MünchKommInsO/Schmahl, § 32 Rdnr. 53; Meikel/Böttcher, GBO, Einl. H Rdnr. 72; Böttcher, Rpfleger 1983, 49, 55; differenzierend Braun/Herzig, InsO, § 32 Rdnr. 25 f.; Das Prioritätsprinzip gilt nur bei einem Antrag des Insolvenzverwalters, nicht bei einem Ersuchen des Insolvenzgerichts.

<sup>41</sup> BGH, NJW 1986, 1687.

<sup>42</sup> BayObLG, Rpfleger 1994, 453 = MittBayNot 1994, 324; KG, Rpfleger 1973, 23 = DNotZ 1973, 301; OLG Dresden, NotBZ 1999, 261; OLG Karlsruhe, Rpfleger 1998, 68; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 69 f.; Demharter, GBO, 26. Aufl. 2008, § 13 Rdnr. 12; Palandt/Bassenge, 71. Aufl. 2012, § 892 Rdnr. 1; zweifelnd aber OLG Zweibrücken, Rpfleger 1997, 428 f.

<sup>43</sup> BayObLGZ 1994, 66, 71; OLG Frankfurt, Rpfleger 1991, 361, 362; OLG Frankfurt, ZInsO 2006, 269, 271; KG, NJW 1973, 56, 58; OLG Naumburg, WM 2005, 175.

<sup>44</sup> Braun/Herzig, InsO, § 32 Rdnr. 25 f. unter Berufung auf Bauer/v. Oefele/Bauer, GBO, § 38 Rdnr. 37; a. A. Böttcher, Rpfleger 1985, 381, 385; Meikel/Böttcher, GBO, Einl. H Rdnr. 75.

<sup>45</sup> Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 21; in diese Richtung auch BGH, NZI 2005, 331 f.

<sup>46</sup> Bauer/v. Oefele/Kohler, GBO, Allg. Teil VIII Rdnr. 31; Bauer/v. Oefele/Wilken, GBO, § 13 Rdnr. 102; Hügel/Reetz, BeckOK-GBO, § 13 Rdnr. 29; KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, § 19 Rdnr. 96 ff.; Kessler, RNotZ 2004, 176, 179; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 352 und Rdnr. 1625; Lenenbach, NJW 1999, 923; Meikel/Böttcher, GBO, Einl. H Rdnr. 72 ff.; MünchKommBGB/Wacke, § 892 Rdnr. 70; MünchKommInsO/Ott, § 81 Rdnr. 23; Piegsa, RNotZ 2010, 433, 434; Staudinger/Gursky, § 892 Rdnr. 203; Uhlenbruck/Uhlenbruck, InsO, § 32 Rdnr. 20 und § 81 Rdnr. 10.

chen des Insolvenzgerichts vorliegt oder die Eintragung eines Insolvenzvermerks noch überhaupt nicht im Raum steht. Nur dann, wenn eine Grundbuchunrichtigkeit gegeben wäre, bestünde gemäß § 53 GBO für das Grundbuchamt die Möglichkeit, dies zu verhindern. Der gutgläubige Erwerb ist aber rechtmäßig und macht das Grundbuch nicht unrichtig. Unzutreffend ist weiter, hierbei danach zu differenzieren, ob der Insolvenzverwalter einen Antrag auf Eintragung des Insolvenzvermerks gestellt hat oder ein Ersuchen des Insolvenzgerichts vorliegt. Bei einem Ersuchen des Insolvenzgerichts nach § 38 GBO kann zwar auf einen Antrag im Grundbuchverfahren verzichtet werden. Da das Ersuchen aber nur den Antrag und die Bewilligung ersetzt, gelten für die Erledigung des Ersuchens die allgemeinen Vorschriften des Grundbuchverfahrens und damit auch der Prioritätsgrundsatz des § 17 GBO.<sup>47</sup>

Dabei stellt sich für den handelnden Grundbuchbeamten freilich die weitere Frage, ob er sich bei Mitwirkung an diesem gutgläubigen Erwerb nicht wegen der Beihilfe zu einer Bankrottstraftat („Beiseiteschaffen“ von zur Insolvenzmasse gehörendem Vermögen, §§ 283 ff. StGB) strafbar macht, wenn er „sehenden Auges“ trotz Kenntnis des insolvenzrechtlichen Verfügungsverbots die Rechtsänderung im Grundbuch einträgt und damit den gutgläubigen Erwerb „vollendet“. Ob man hier den Beihilfevorsatz allein mit dem Argument verneinen kann, der Grundbuchbeamte erledige lediglich die ihm übertragenen Amtsgeschäfte nach den gesetzlichen Vorgaben, erscheint zwar denkbar, ist aber noch nicht entschieden. Man wird es deshalb einem Grundbuchbeamten kaum zum Vorwurf machen können, wenn er in einer solchen Situation zum eigenen Schutz den Grundbuchvollzug unterlässt.<sup>48</sup>

## VII. Löschung des Insolvenzvermerks

Ein im Grundbuch eingetragener Insolvenzvermerk ist zu löschen, wenn das in Rede stehende Grundstück bzw. Grundstücksrecht veräußert oder vom Insolvenzverwalter freigegeben wird (§ 32 Abs. 3 InsO). Gleiches gilt im Falle der Aufhebung des Insolvenzbeschlags, etwa im Falle der Beendigung des Insolvenzverfahrens. Das Grundstück oder Grundstücksrecht scheidet aus der Insolvenzmasse aus. Das Grundbuch wird unrichtig.

### 1. Allgemeine Aufhebung des Insolvenzbeschlags

Die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse endet zunächst aufgrund gerichtlicher Anordnung. Dies ist insbesondere der Fall bei

- Aufhebung einer im Eröffnungsverfahren angeordneten vorläufigen Verfügungsbeschränkung (§ 25 Abs. 1 InsO),
- Aufhebung des Eröffnungsbeschlusses (§ 34 Abs. 3, § 200 Abs. 2 Satz 2 InsO),
- Aufhebung des Zustimmungsvorbehalts bei der Eigenverwaltung (§ 277 Abs. 3 InsO),
- Einstellung des Verfahrens (§ 215 Abs. 1 Satz 3, § 200 Abs. 2 Satz 2 InsO),
- Aufhebung des Verfahrens (§ 200 Abs. 2 Satz 2, § 258 Abs. 3 Satz 3 InsO).

<sup>47</sup> Demharter, GBO, § 38 Rdnr. 75; Meikel/Roth, GBO, § 38 Rdnr. 31; MünchKommInsO/Schmahl, § 32 Rdnr. 53.

<sup>48</sup> Reul/Heckschen/Wienberg/Reul, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, Kap. K I. Rdnr. 17.

## 2. Aufhebung des Insolvenzbeschlags durch Freigabe

Der Insolvenzbeschluss kann auch durch eine Freigabe des Insolvenzverwalters beendet werden.

Die Freigabe war in der Insolvenzordnung zunächst nicht eigens geregelt. Sie wird jedoch in § 32 Abs. 3 Satz 1 InsO für den Grundbuchverkehr vorausgesetzt und ist allgemein anerkannt.<sup>49</sup> Die Freigabe ist die Erklärung des Insolvenzverwalters, den in Rede stehenden Gegenstand/Vermögenswert aus der Insolvenzmasse „herauszugeben“ und damit aus dem Haftungsverband der Insolvenzmasse im Sinne des § 35 InsO zu entlassen. Mit der Freigabe wird der dem Insolvenzbeschluss unterliegende Gegenstand in das insolvenzfreie Vermögen des Schuldners zurückgegeben. Der Schuldner erlangt die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Gegenstand zurück.

Die Befugnis zur Freigabe folgt aus der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters. Die Freigabe eröffnet dabei dem Insolvenzverwalter die Möglichkeit, sich solcher Gegenstände, die er im Interesse einer bestmöglichen Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse nicht bedarf, zu entledigen.<sup>50</sup> Über die Ausübung der Freigabebefugnis entscheidet der Insolvenzverwalter allein. Eine Einschränkung seines Ermessens zugunsten des Schuldners lässt sich mit Sinn und Zweck des Insolvenzverfahrens nicht in Einklang bringen.<sup>51</sup> Regelmäßig wird sich der Insolvenzverwalter zu einer Freigabe entschließen, wenn die Kosten der Verwaltung und Verwertung den voraussichtlichen Verwertungserlös übersteigen werden.<sup>52</sup>

Praktische Bedeutung hat die Freigabe vor allem bei mit Grundpfandrechten wertausschöpfend belasteten Grundstücken, bei deren Verwertung durch den Insolvenzverwalter der gesamte Erlös an die absonderungsberechtigten und damit bevorrechtigt zu befriedigenden Grundpfandrechtsgläubiger auszukehren wäre (vgl. § 49 InsO). Ebenso kommt die Freigabe in Betracht bei mit Altlasten belastetem Grundbesitz, um die Insolvenzmasse vor einer Altlastenhaftung zu schützen.

Die Freigabe erfolgt durch einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Insolvenzverwalters gegenüber dem Insolvenzschuldner.<sup>53</sup> Eine Freigabeerklärung gegenüber dem Insolvenzgericht oder Grundbuchamt genügt nicht.<sup>54</sup>

Die Freigabe bedarf zu ihrer Wirksamkeit grundsätzlich keiner besonderen Form.<sup>55</sup> Die Beachtung einer besonderen Form kann sich aber wegen § 29 GBO, § 727 ZPO ergeben. Der Nachweis hat sich dabei nicht nur auf die Freigabeerklärung als solche, sondern auch auf den Zugang beim Schuldner zu erstrecken. Der Insolvenzverwalter ist verpflichtet, in diesen Fällen die Freigabe in der entsprechenden Form zu erteilen.

<sup>49</sup> BGH, ZVI 2009, 205 ff.

<sup>50</sup> MünchKommInsO/Ott/Vuia, 2. Aufl., § 80 Rdnr. 68.

<sup>51</sup> BGH, ZInsO 2007, 545, 547.

<sup>52</sup> Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rdnr. 74.

<sup>53</sup> BGH, NZI 2007, 173, 175; OLG Nürnberg, MDR 1957, 683; Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rdnr. 73; MünchKommInsO/Ott/Vuia, 2. Aufl., § 80 Rdnr. 70.

<sup>54</sup> Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, D II. Rdnr. 12.

<sup>55</sup> Uhlenbruck/Hirte, InsO, § 35 Rdnr. 73; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 78; § 35 Abs. 3 InsO sieht allerdings öffentliche Bekanntmachung im Falle der Freigabe des Neuerwerbs aus einer selbständigen Tätigkeit des Schuldners vor.



len.<sup>56</sup> Der Nachweis des Zugangs beim Schuldner erfolgt regelmäßig durch dessen Geständnis, wenn dieser zu notarieller Urkunde über diesen Grundbesitz verfügt.<sup>57</sup> Der Schuldner muss der Freigabe weder zustimmen noch hat er die Möglichkeit, ihr wirksam zu widersprechen.<sup>58</sup> Wird die Freigabe wirksam erklärt, kann sie der Insolvenzverwalter nicht mehr einseitig widerrufen.<sup>59</sup> Zulässig ist eine Anfechtung nach den allgemeinen Vorschriften der §§ 119 ff. BGB.<sup>60</sup>

### VIII. Verfahren zur Löschung des Insolvenzvermerks

Für die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch gilt nach § 32 Abs. 3 InsO grundsätzlich dasselbe wie im Falle der Eintragung des Insolvenzvermerks. Die Löschung erfolgt entweder auf Ansuchen des Insolvenzgerichts nach § 38 GBO oder direkt aufgrund Antrags des Insolvenzverwalters beim Grundbuchamt nach § 13 GBO. Es kommt nicht darauf an, auf wessen Veranlassung die Eintragung des Insolvenzvermerks erfolgt ist.<sup>61</sup>

#### 1. Ersuchen des Insolvenzgerichts

Im Falle der Veräußerung oder Freigabe eines Grundstücks oder Grundstücksrechts des Schuldners kann das Insolvenzgericht allerdings nicht von sich aus ein Ansuchen an das Grundbuchamt auf Löschung des Insolvenzvermerks stellen. Erforderlich ist vielmehr zunächst ein entsprechender Antrag an das Insolvenzgericht (§ 32 Abs. 3 Satz 1 InsO). Den Antrag kann der Verwalter, der Schuldner, aber auch jeder Dritte, dessen Rechte durch den Insolvenzvermerk beeinträchtigt werden, z. B. etwa ein Erwerber, stellen.<sup>62</sup>

Ist die Freigabe oder Veräußerung nach den Feststellungen des Insolvenzgerichts wirksam, muss es dem Antrag stattgeben und das Ansuchen an das Grundbuchamt stellen. Ein Ermessen steht ihm nach dem Wortlaut des Gesetzes nicht zu. Insbesondere kann das Insolvenzgericht den Antragsteller auch nicht darauf verweisen, selbst einen Antrag auf Grundbuchberichtigung an das Grundbuchamt zu stellen. Liegt ein solcher Antrag allerdings vor, fehlt einem Antrag an das Insolvenzgericht das Rechtsschutzbedürfnis.<sup>63</sup>

#### 2. Antrag des Insolvenzverwalters

Stellt der Insolvenzverwalter den Antrag auf Löschung des Insolvenzvermerks, handelt es sich wiederum um einen Antrag auf Grundbuchberichtigung. Der Insolvenzverwalter kann die Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 GBO

nachweisen. Ebenso kann er aber einfach eine Löschungsbevollmächtigung abgeben (§§ 19, 29 GBO). Statthaft ist es, wenn im Falle der Veräußerung diese Löschungsbevollmächtigung zugleich in der Auflassungsurkunde mit abgegeben wird.<sup>64</sup>

#### 3. Antrag eines Betroffenen

Über den Wortlaut des § 32 Abs. 3 InsO hinaus kann den Antrag auf Löschung des Insolvenzvermerks aber auch jeder Dritte stellen, der durch den Vermerk in seinen Rechten betroffen ist.<sup>65</sup> Es handelt sich um einen (einfachen) Grundbuchberichtigungsantrag (§§ 13, 22 GBO). Der Betroffene kann nach § 894 BGB vom Insolvenzverwalter die Zustimmung zur Löschung verlangen bzw. den Nachweis der Unrichtigkeit durch öffentliche Urkunden führen.<sup>66</sup> Ein Anspruch gegen den Insolvenzverwalter, dass dieser selbst den Antrag auf Löschung des Insolvenzvermerks nach § 32 Abs. 3 Satz 2 InsO stellt, besteht allerdings nicht und ergibt sich auch nicht aus § 32 Abs. 3 Satz 2 InsO.<sup>67</sup>

Liegt ein solcher Antrag des Betroffenen vor, hat das Grundbuchamt das Insolvenzgericht und den Verwalter zu hören, da deren Rechte durch die beantragte Löschung beeinträchtigt werden können.<sup>68</sup>

#### 4. Verfahren beim Grundbuchamt

Das Verfahren beim Grundbuchamt entspricht bei der Löschung des Insolvenzvermerks dem Eintragungsverfahren. Das Grundbuchamt prüft allein die formelle Ordnungsmäßigkeit des Antrags bzw. des Löschungsersuchens. Eine materielle Prüfung, ob die Löschung zu Recht erfolgt oder nicht, nimmt das Grundbuchamt dagegen nicht vor.<sup>69</sup> Von daher ist dem Grundbuchamt z. B. auch nicht die Wirksamkeit der Freigabeerklärung nachzuweisen, etwa hinsichtlich des Zuganges der Freigabeerklärung beim Insolvenzschuldner. Es gilt das formelle Konsensprinzip.<sup>70</sup>

Lediglich dann, wenn der Antrag auf Grundbuchberichtigung außerhalb des § 32 Abs. 3 InsO von einem Betroffenen gestellt wurde, muss das Grundbuchamt die Frage der Grundbuchunrichtigkeit gemäß §§ 22, 29 GBO und damit auch die Frage der materiellen Rechtslage selbständig prüfen.

### IX. Veräußerung durch den Schuldner nach Freigabe und Löschung des Insolvenzvermerks, OLG Brandenburg vom 18.1.2012

Ist der Insolvenzvermerk nach § 32 Abs. 3 InsO infolge Freigabe durch den Insolvenzverwalter im Grundbuch gelöscht worden und veräußert daraufhin der Schuldner seinen Grundbesitz, stellt sich schließlich die Frage, ob für das Grundbuchverfahren erneut die Freigabe besonders nachgewiesen werden muss.

<sup>56</sup> So auch *Kessler*, ZInsO 2005, 418, 421; *Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, D II Rdnr. Rdnr. 13.

<sup>57</sup> *Reul/Heckschen/Wienberg/Wienberg*, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2012, D II Rdnr. 13; *Kessler*, ZInsO 2005, 418, 420; *Wolfsteiner*, Die vollstreckbare Urkunde, 2. Aufl. 2006, Rdnr. 46.47.

<sup>58</sup> MünchKommInsO/*Ott/Vuia*, 2. Aufl., § 80 Rdnr. 70.

<sup>59</sup> BGH, NZI 2007, 173, 175, Tz. 20.

<sup>60</sup> MünchKommInsO/*Ott/Vuia*, 2. Aufl., § 80 Rdnr. 70; *Uhlenbruck/Hirte*, InsO, § 35 Rdnr. 73; *Kübler/Prütting/Lüke*, Insolvenzordnung, § 80 Rdnr. 60.

<sup>61</sup> BayOBLGZ 1952, 157, 159; LG Koblenz, Rpfleger 1974, 438; AG Celle, ZInsO 2005, 50; *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 32 Rdnr. 25.

<sup>62</sup> *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 32 Rdnr. 26.

<sup>63</sup> LG Berlin, ZInsO 2003, 905; MünchKommInsO/*Schmahl*, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 80.

<sup>64</sup> LG Berlin, ZInsO 2003, 905; MünchKommInsO/*Schmahl*, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 83.

<sup>65</sup> MünchKommInsO/*Schmahl*, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 86; unklar *Uhlenbruck/Uhlenbruck*, InsO, § 32 Rdnr. 25 a. E.

<sup>66</sup> OLG Düsseldorf, NJW-RR 2004, 814 = Rpfleger 2004, 282; MünchKommInsO/*Schmahl*, § 32 Rdnr. 86.

<sup>67</sup> AG Celle, ZInsO 2005, 50; MünchKommInsO/*Schmahl*, § 32 Rdnr. 86.

<sup>68</sup> BayObLG, Rpfleger 2005, 21.

<sup>69</sup> MünchKommInsO/*Schmahl*, § 32 Rdnr. 88.

<sup>70</sup> *Piegsa*, RNotZ 2010, 433, 449; *Hügel/Wilsch*, BeckOK-GBO, 2012, Insolvenzrecht und Grundbuchverfahren, Rdnr. 70.

Mit Beschluss vom 18.1.2012 hat das OLG Brandenburg diese Frage bejaht. Dies erstaunt. Wenn eine Löschung des Insolvenzvermerks aufgrund Ersuchens des Insolvenzgerichts oder aufgrund Antrags des Insolvenzverwalters erfolgt, erscheint nicht einsichtig, weshalb dann die Freigabe im Grundbuchverfahren bei Veräußerung eines Grundstücks erneut zu prüfen und in der Form des § 29 GBO nachzuweisen ist.

Auf der Grundlage der herrschenden Meinung in der Rechtsprechung ist die Entscheidung des OLG Brandenburg indessen nicht zu beanstanden: Wie oben dargestellt, hat der Insolvenzvermerk keine konstitutive Bedeutung.<sup>71</sup> Er teilt nur eine außerhalb des Grundbuchs bereits kraft Gesetzes oder aufgrund gerichtlicher Anordnung entstandene Verfügungsbeschränkung mit.<sup>72</sup> Dasselbe gilt für die Löschung des Insolvenzvermerks. Die Löschung des Insolvenzvermerks rechtfertigt nicht den Schluss, dass der Insolvenzverwalter keine Verfügungsbefugnis mehr habe.<sup>73</sup> Von daher kann der Insolvenzvermerk im Grundbuch oder seine dort vermerkte Löschung keine verbindliche Auskunft darüber geben, ob der in Rede stehende Grundbesitz noch zur Insolvenzmasse gehört oder nicht. Er gibt nur die Einschätzung des Insolvenzgerichts wieder.<sup>74</sup>

Eintragung und Löschung des Insolvenzvermerks erfolgen nach § 32 InsO auf Ersuchen des Insolvenzgerichts bzw. auf Antrag des Insolvenzverwalters. Wie vorstehend dargestellt, findet in diesem Verfahren keinerlei materiellrechtliche Prüfung durch das Grundbuchamt statt, ob tatsächlich die Voraussetzungen für die Eintragung bzw. Löschung des Insolvenzvermerks gegeben sind oder nicht.

Außerhalb des Verfahrens des § 32 InsO gelten diese Besonderheiten dagegen nicht. Vielmehr bleibt es bei den allgemeinen Grundsätzen des Grundbuchrechts. Hierzu gehört auch die Aufgabe des Grundbuchamts, vor Eintragung einer beantragten Rechtsänderung im Grundbuch von Amts wegen die Bewilligungs- und Verfügungsbefugnis zu prüfen.<sup>75</sup> Darüber hinaus ist es dem Grundbuchamt nach der Rechtsprechung und Teilen der Literatur untersagt, an einem gutgläubigen Erwerb mitzuwirken.<sup>76</sup> Geht man aber – wie vorstehend dargelegt – davon aus, dass das Verfahren zur Eintragung oder Löschung eines Insolvenzvermerks nach § 32 InsO nichts über die materiellrechtliche Zugehörigkeit eines Grundstücks oder Grundstücksrechts zur Insolvenzmasse sagt, ergibt sich von selbst, dass außerhalb des Verfahrens des § 32 InsO das Grundbuchamt – wie sonst auch – die Bewilligungs- und Verfügungsbefugnis selbständig zu prüfen hat. Ist nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens und Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch der Insolvenzvermerk auf Ansuchen des Insolvenzgerichts oder aufgrund Antrags des Insolvenzverwalters wieder gelöscht worden, so entbindet dies das

Grundbuchamt nicht, sich davon zu überzeugen, dass der Schuldner tatsächlich wieder Verfügungsbefugigt ist und hierüber einen besonderen Nachweis in der Form des § 29 GBO zu verlangen. Allein die Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch bewirkt nicht, dass der Wegfall des Insolvenzbeschlags offenkundig ist.<sup>77</sup> Weder das Ansuchen des Insolvenzgerichts noch der Antrag des Insolvenzverwalters auf Löschung des Insolvenzvermerks erbringen gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis in der Form des § 29 GBO, dass das insolvenzrechtliche Verfügungsverbot nach §§ 80, 81 InsO wieder weggefallen ist. Verlangt das Grundbuchamt diese Nachweise, vermeidet es gleichzeitig, an einem gutgläubigen Erwerb mitzuwirken.

Erfolgt – wie im Fall des OLG Brandenburg – die Löschung des Insolvenzvermerks aufgrund Freigabe durch den Insolvenzverwalter und fordert das Grundbuchamt daher einen weiteren Nachweis der Freigabe, nimmt es nur seine allgemeinen Prüfungspflichten im Rahmen der §§ 19, 20, 22, 29 GBO wahr und verhindert damit einen etwaigen gutgläubigen Erwerb. Dies ist vor dem Hintergrund der Auffassung der Rechtsprechung nicht zu beanstanden. Die Entscheidung des OLG Brandenburg vom 18.1.2012 bestätigt dies.

Folgt man demgegenüber der in der Literatur vorherrschenden Ansicht, ist die Entscheidung des OLG Brandenburg abzulehnen. Nach herrschender Auffassung in der Literatur darf sich das Grundbuchamt einem gutgläubigen Erwerb nicht verweigern. Würde daher ein Insolvenzvermerk im Grundbuch infolge Freigabe gemäß § 32 Abs. 3 InsO gelöscht, besteht für das Verlangen nach besonderen Nachweisen für die Freigabe in der Form des § 29 GBO keinerlei Rechtsgrundlage. Entscheidend ist allein, dass das Verfahren bei Löschung des Insolvenzvermerks nach § 32 Abs. 3 InsO ordnungsgemäß durchlaufen wurde, insbesondere ob ein formgerechtes Ansuchen des Insolvenzgerichts oder ein formgerechter Antrag des Insolvenzverwalters beim Grundbuchamt eingereicht wurde. Ist der Insolvenzvermerk sodann in rechtmäßiger Weise gelöscht worden, hat es damit sein Bewenden. Wegen § 891 BGB ist fortan wieder von der uneingeschränkten Verfügungsbefugnis des eingetragenen Eigentümers bzw. Rechtsinhabers auszugehen. Da das materielle Recht in § 892 BGB den gutgläubigen Erwerber vorrangig gegenüber dem wahren Eigentümer bzw. demjenigen schützt, zu dessen Gunsten eine Verfügungsbeschränkung besteht, muss das Grundbuchamt den gestellten Eintragungsantrag vollziehen. Im Falle der Insolvenz besteht diese Vollzugspflicht unabhängig davon, ob die Verfügungsbeschränkung der §§ 80, 81 InsO materiellrechtlich noch besteht oder nicht. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Wegfall der Verfügungsbeschränkung in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wurde.

## X. Ausblick

Auch wenn die besseren Gründe für die herrschende Meinung in der Literatur sprechen, ist für die Praxis weiter davon auszugehen, dass das Grundbuchamt nach der Rechtsprechung an einem gutgläubigen Erwerb nicht mitwirken darf. Vor diesem Hintergrund ist zu besorgen, dass die Grundbuchämter trotz Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch auch künftig namentlich im Falle der Freigabe stets besondere Nachweise in der Form des § 29 GBO verlangen. Schuldner und Insolvenzverwalter sind hierauf besonders hinzuweisen.

<sup>71</sup> OLG Brandenburg, BeckRS 2012, 08558; OLG Hamm, OLGZ 1970, 487, 490; OLG Zweibrücken, NJW 1990, 648; LG Berlin, Rpfleger 2004, 158; MünchKommInsO/Schmahl, § 32 Rdnr. 62.

<sup>72</sup> MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 33.

<sup>73</sup> LG Berlin, Rpfleger 2004, 158; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 63.

<sup>74</sup> LG Berlin, Rpfleger 2004, 158; MünchKommInsO/Schmahl, 2. Aufl., § 32 Rdnr. 62; siehe dazu bereits DNotI-Gutachten Nr. 74717 von März 2007: Die Löschung des Insolvenzvermerks bewirkt auch keine „Offenkundigkeit“ der Freigabe.

<sup>75</sup> BGH, Rpfleger 1961, 233; BayObLG, Rpfleger 1983, 17; BayObLG, Rpfleger 1987, 110 = MittBayNot 1987, 87; OLG Celle, DNotZ 2006, 297, 298; OLG Hamburg, FGPrax 1999, 6; OLG Jena, Rpfleger 2001, 298; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 59; Meikel/Böttcher, GBO, § 19 Rdnr. 13 ff.

<sup>76</sup> Siehe hierzu oben Ziffer V.

<sup>77</sup> LG Dessau-Roßlau, NotBZ 2008, 351; OLG Naumburg, 12 Wx 67/10, zitiert nach Hügél/Wilsch, BeckOK-GBO, 2012, Insolvenzzrecht und Grundbuchverfahren, Rdnr. 70.

## TAGUNGSBERICHT

### Vorweggenommene Erbfolge unter Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 10.7.2012

Von Christian Stretz, LL.M. (NYU), München

Am 10.7.2012 fand die Tagung des Sommersemesters 2012 der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München statt. Das Thema der Veranstaltung lautete „Vorweggenommene Erbfolge unter Ausschluss von Pflichtteilsansprüchen“. Erstmals wurde die Veranstaltung im Rahmen der Europäischen KMU-Woche 2012 im Zusammenwirken mit der Bundesnotarkammer abgehalten.

Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle für Notarrecht, Professor Dr. Johannes Hager, begrüßte das Auditorium und stellte die Referenten Frau Professor Dr. *Eva Inés Oberfell* von der Humboldt-Universität zu Berlin und Herrn Notar Dr. *Arne Everts*, Berchtesgaden, vor.

Im anschließenden Grußwort des Präsidenten der Landesnotarkammer Bayern, Notar Dr. *Andreas Albrecht*, bedankte sich dieser bei der Forschungsstelle für Notarrecht für die gute Zusammenarbeit und lobte den stimulierenden Austausch zwischen Wissenschaft und notarieller Praxis.

Der Titel des ersten Referats von *Oberfell* lautete „Hindernis Pflichtteil? – Zur Legitimation des Pflichtteilsrechts und den Grenzen der vorweggenommenen Erbfolge“. Zunächst verwies *Oberfell* auf die Stellung des Pflichtteilsrechts als grundrechtlich geschütztes Rechtsinstitut und den dennoch andauernden Streit um dessen Legitimation und die Möglichkeiten seiner Beschränkung. Sie verwies hierbei auf die grundlegende Entscheidung des BVerfG (BVerfGE 112, 332 = MittBayNot 2006, 512), wonach sich die zwingende und bedarfsunabhängige Mindestteilhabe des Pflichtteilsberechtigten aus einem der Erbrechtsgarantie des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG in Verbindung mit dem Art. 6 Abs. 1 GG immanenten Gedanken familiärer Solidarität über den Tod hinaus rechtfertige. Eine Absage erteilte *Oberfell* hingegen anderen Legitimationsansätzen. So könne sich der Gedanke einer Vorsorgewirkung im Hinblick auf die sozialstaatliche Absicherung des Einzelnen nicht durchsetzen. Dies zeigten bereits statistische Erhebungen, nach denen die Mehrzahl der Erben im Zeitpunkt des Erbfalls faktisch bereits eine eigene Absicherung besitzt. Auch das historische Argument einer Beitragsleistung jedes Familienmitglieds zum gemeinsamen Familienvermögen habe sich überholt und könne eine Mindestbeteiligung im Erbfall heute nicht mehr rechtfertigen. Soweit auf eine Verteilungsfunktion zur Vermögensspaltung abgestellt werde, so sei eine solche Rechtfertigung gerade im Hinblick auf Familiengesellschaften und deren dauerhafter Erhaltung gesellschaftspolitisch fragwürdig.

Im Anschluss wandte *Oberfell* ihren Blick auf die Erbrechtsreform im Jahr 2010 und zeigte die wesentlichen Änderungen des Gesetzgebers im Pflichtteilsrecht auf. Neben Änderungen bei der Pflichtteilsstundung (§ 2331a BGB), den Pflichtteilsentziehungsgründen (§ 2333 BGB), den Beschränkungen und Beschwerden (§ 2306 Abs. 1 BGB) und der Angleichung der Verjährung durch Aufhebung des § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB a. F. wies *Oberfell* insbesondere auf die Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB hin. Insgesamt schloss sie sich der in Wissenschaft und Praxis vorherrschenden Meinung an, dass die

Erbrechtsreform 2010 hinter den Erwartungen zurückgeblieben sei.

Mit Blick auf das praktische Bedürfnis zur Pflichtteilsreduzierung gab *Oberfell* einen kurzen Überblick über die Möglichkeiten der Pflichtteilsentziehung und -beschränkung, der vorweggenommenen Vermögensübertragung sowie der Quotenreduzierung durch Adoption weiterer Berechtigter oder auch durch Eheschließung. Als den „Königsweg“ bezeichnete sie aber den Pflichtteilsverzicht. Er stelle das einfachste und vor allem auch sicherste Mittel zur Pflichtteilsminimierung und damit der Erweiterung der Testierfreiheit des Erblassers dar. Daneben böte das Institut im Vergleich zum Erbverzicht den Vorteil, dass es zu keiner Erhöhung der Erbquote anderer Berechtigter führe. Nach kurzem Hinweis auf die Beurkundungsbedürftigkeit des Verzichts betonte *Oberfell* die differenzierten Ausgestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf einen umfassenden Pflichtteilsverzicht, den Verzicht auf einzelne Nachlassgegenstände oder auf einen Bruchteil des eigentlichen Pflichtteils und den bloßen Verzicht auf den Pflichtteilsergänzungsanspruch.

Betreffend eine mögliche Inhaltskontrolle des Pflichtteilsverzichtsvertrags verwies *Oberfell* auf die Parallelen zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Bürgschaftsverträgen naher Angehöriger. Hier liege – ebenso wie auch beim „eilvernehmlichen“ Pflichtteilsverzicht – die Ursache in einer emotionalen Bindung des Pflichtteilsberechtigten zum Erblasser oder in einem erziehungstypischen Beherrschungsmuster zwischen den Beteiligten. Dies zeige insbesondere der Umstand, dass sich eine Vielzahl der einen Verzicht erklärenden Beteiligten im Heranwachsenalter befinde. Sofern man eine Inhaltskontrolle des Verzichtsvertrags trotz des damit einhergehenden Eingriffs in die Privatautonomie befürworte, sei es daher zu erwägen, die Rechtsprechung zur Inhaltskontrolle von Eheverträgen und Bürgschaftsverträgen naher Angehöriger zu übernehmen. *Oberfell* verwies in diesem Zusammenhang aber darauf, dass in der Literatur auch eine allgemeine Missbrauchskontrolle und die generelle Entgeltlichkeit der Pflichtteilsverzichtsvereinbarung gefordert würden. Eine abschließende Entscheidung der Rechtsprechung zur Ausgestaltung der Inhaltskontrolle liege noch nicht vor. Bis zur endgültigen Klärung der Rechtslage appellierte sie an die anwesenden Notarinnen und Notare, einen Schutz der Beteiligten durch umfassende Belehrung und umsichtige Vertragsgestaltung zu gewährleisten. Mit Blick auf eine mögliche Gegenleistung, die vom Erblasser dem Pflichtteilsberechtigten für den Pflichtteilsverzicht gewährt wird, betonte *Oberfell* aber, dass diese Leistung nach der Rechtsprechung gerade nicht im Synallagma mit dem Pflichtteilsverzicht stehe und deswegen als unentgeltliche Zuwendung in Form einer Schenkung Pflichtteilsergänzungsansprüche anderer Beteiligter auslösen könne.

Betreffend die einen Pflichtteilsergänzungsanspruch auslösenden Schenkungen, worunter auch unbenannte eheliche Zuwendungen fielen, verwies *Oberfell* nochmals ausdrücklich

auf die Problematik des Beginns einer Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB. Diese beginne nur, soweit der Erblasser die Schenkung auch tatsächlich vollzogen hätte. Der Erblasser müsse hierzu seine Rechtsstellung aufgeben, beim Immobilienerwerb bedürfe es einer Umschreibung im Grundbuch. Sie erinnerte daran, dass die Zuwendung im Falle eines vorbehaltenen Nießbrauchs nicht vollzogen sei und dass sich dieses Ergebnis – so es noch nicht in der Rechtsprechung entschieden wurde – wohl auch auf den Vorbehalt eines Wohnungsrechts übertragen ließe.

Zuletzt widmete sich *Obergfell* den Fällen mit Auslandsberührung. Zunächst erläuterte sie die geltende Gesetzeslage anhand des Art. 25 EGBGB mit seiner grundsätzlich objektiven Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Erblassers und der Möglichkeit einer beschränkten Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 2 EGBGB. Über letztgenannte Vorschrift sei die Parteiautonomie des Erblassers in zweierlei Hinsicht beschränkt. Zum einen könne eine Rechtswahl nur für unbewegliches und in Deutschland belegenes Vermögen erfolgen, zum anderen sei eine Rechtswahl nur hinsichtlich des deutschen Rechts möglich. Die Möglichkeit einer beschränkten Rechtswahl mit der Konsequenz der Nachlassspaltung nahm *Obergfell* zum Anlass ihrer Kritik an der Regelung. So sei es möglich, dass ein Beteiligter nach dem über Art. 25 Abs. 1 EGBGB geltenden Erbstatut von jeglichen Pflichtteilsansprüchen ausgeschlossen sei, während mit Blick auf das im Inland belegene unbewegliche Vermögen über Art. 25 Abs. 2 EGBGB und das deutsche Erbrecht eine Stellung als Pflichtteilsberechtigter bestehe. Was schließlich die Annahme eines ordrep-public-Verstoßes bei Pflichtteilsausschlüssen nach ausländischem Recht betrifft, begrüßte *Obergfell* die zurückhaltende Rechtsprechung. Die gleichwertige Stellung der ausländischen Regelungen mit dem deutschen Erbrecht dürfe nicht untergraben werden; dies gelte auch für gleichwertige Instrumente, wie beispielsweise die englische „family provision“.

Zum Abschluss ihrer Ausführungen gab *Obergfell* noch einen Ausblick auf die zukünftig anzuwendende Erbrechtsverordnung und ihre Regelungen zum anwendbaren Erbrecht, die das deutsche Kollisionsrecht ersetzen und zur universellen Anwendung des ermittelten nationalen Rechts führen werden. Das anwendbare Recht richtet sich nach Art. 21 Abs. 1 der Erbrechtsverordnung grundsätzlich nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers zum Zeitpunkt seines Todes. Nach Art. 22 der Erbrechtsverordnung ist es aber dem Erblasser unbenommen, durch Rechtswahl das Recht des Landes seiner Staatsangehörigkeit zu bestimmen. Maßgeblich für die Staatsangehörigkeit ist dabei der Zeitpunkt der Rechtswahl oder der Zeitpunkt des Todes. Das so anzuwendende Recht bestimmt nach Art. 23 der Erbrechtsverordnung die gesamte Rechtsnachfolge von Todes wegen. *Obergfell* kritisierte die zu eng begrenzte Rechtswahlmöglichkeit und plädierte für eine erhebliche Erweiterung der zulässigen Rechtswahl etwa der Art, wie sie vom Hamburger Max-Planck-Institut vorgeschlagen wurde (Rechtswahl auch zugunsten des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers, des Güterrechtsstatuts oder des Belegenheitsstatuts bei Immobilien). Im Hinblick auf das Pflichtteilsrecht im Zusammenhang mit dem ordrep-public-Vorbehalt erwähnte *Obergfell* die Streichung des ursprünglichen Art. 27 Abs. 2 des Erbrechtsverordnungsentwurfs. Sie sprach sich auch im Hinblick auf das künftige Erbkollisionsrecht dafür aus, das Pflichtteilsrecht nicht generell als ordrep-public-relevant zu bewerten.

Zusammenfassend schloss *Obergfell* ihren Vortrag mit der Feststellung, dass weder die Entscheidung des BVerfG zur Legitimation des Pflichtteilsrechts noch die Erbrechtsreform 2010 oder die neue Erbrechtsverordnung alle Aspekte zu klä-

ren geeignet seien und die Lösung zahlreicher Problemfelder weiterhin der Wissenschaft und Praxis überlassen bleibe.

Das zweite Referat von *Everts* trug den Titel „Pflichtteilsdämpfung bei Überlassungsverträgen durch flankierende Maßnahmen, insbesondere des Gesellschafts- und Familienrechts“. Nachdem die Tagung im Rahmen der Europäischen KMU-Woche 2012 veranstaltet wurde, betonte *Everts* die besondere Bedeutung pflichtteilsrechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten im Rahmen von Betriebsübergaben. Zunächst erläuterte *Everts* Maßnahmen aus dem Pflichtteilsrecht selbst. In Abgrenzung zum Erbverzicht stellte er kurz die inhaltlichen Gestaltungsmöglichkeiten eines Pflichtteilsverzichts (§ 2346 Abs. 2 BGB) dar, betonte dessen Bedeutung im Zusammenhang mit der Gestaltung von Eheverträgen und verwies auf die stille Beteiligung oder die Unterbeteiligung als potentiell Mittel zur finanziellen Abfindung des Verzichtenden. Unter Ergänzung der vorangegangenen Ausführungen von *Obergfell* maß er weiter den ergänzenden Instituten der Pflichtteilsentziehung (§ 2333 BGB) und der Pflichtteilsbeschränkung in guter Absicht (§ 2338 BGB) keine besondere praktische Bedeutung zu. Gerade letztere sei wegen der damit einhergehenden Nacherbschaft bzw. des Nachvermächtnisses oder der Verwaltung durch den Testamentsvollstrecker insbesondere bei Betriebsübergaben unpraktikabel, weil diese Institute den laufenden Geschäftsbetrieb zu beeinträchtigen geeignet seien.

*Everts* konzentrierte sich im Folgenden auf die Möglichkeiten einer Pflichtteilsreduzierung mittels lebzeitiger Zuwendungen, regelmäßig also mittels einer Schenkung. Im Rahmen von Zuwendungen an den potenziell Pflichtteilsberechtigten verwies er auf die wesentliche Differenzierung zwischen Anrechnung (§ 2315 BGB) und Ausgleichung (§ 2316 BGB). Während letzteres Institut nur zu einer Umverteilung der Höhe der einzelnen Pflichtteilsansprüche führe, ziele ersteres Institut auf eine echte Verringerung der Pflichtteilsbelastung der späteren Erben ab. Mit Blick auf die Praxis betonte er für die Anrechnung die Notwendigkeit einer formlosen Anrechnungsbestimmung spätestens im Zeitpunkt der Zuwendung. Zwar sei im Rahmen der Erbrechtsreform 2010 die Möglichkeit einer nachträglichen Anrechnungsanordnung diskutiert worden, doch habe der Gesetzgeber von einem entsprechenden Vorhaben wieder Abstand genommen. Nach wie vor sei der die Schenkung beurkundende Notar daher gehalten, spätestens im Zeitpunkt der Zuwendung ggf. auf eine entsprechende Erklärung hinzuwirken. Anders verhalte es sich aber im Rahmen von Pflichtteilsergänzungsansprüchen, bei welchen Zuwendungen nach § 2327 Abs. 1 Satz 1 BGB auch ohne ausdrückliche Bestimmung des Erblassers angerechnet werden könnten.

Was schließlich lebzeitige Zuwendungen des Erblassers an Dritte betrifft, so verwies *Everts* auf die Ausführungen von *Obergfell* zu den Pflichtteilsergänzungsansprüchen und wiederholte kurz die Problematik des Beginns einer Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB bei vorbehaltenem Nießbrauch, vorbehaltenem Wohnungsrecht oder der Vereinbarung von Rückforderungsrechten. Er betonte aber gleichzeitig, dass der Problematik im Bereich der Unternehmensübergaben rein tatsächlich eine weniger gewichtige Rolle zukomme. Ein Nießbrauch am Unternehmen oder an dessen Beteiligung gestalte sich steuerrechtlich wegen der fortdauernden Miteigentümerstellung des Nießbrauchberechtigten schwierig. Mit Blick auf Rückforderungsrechte verwies *Everts* auf die unklare Rechtslage, insbesondere betreffend bedingte Rechte. Soweit es sich um Unternehmensübergaben handle, dürften Rückforderungsrechte aber in der Regel ausscheiden, da solche den Geschäftsablauf jedes Unternehmens beeinträchtigen wür-

den. Soweit Pflichtteilergänzungsansprüche im Raum stünden, gelte es vielmehr, aktiv Gegenmaßnahmen zu ergreifen. Mit Blick auf eine mögliche Abschmelzung sollte eine Schenkung zunächst unverzüglich vollzogen werden. Betreffend die Vermeidung von Pflichtteilergänzungsansprüchen nach § 2325 Abs. 1 BGB betonte *Everts* aber auch den Weg, den Bereich der Schenkung und damit den Anwendungsbereich des § 2325 BGB (teilweise) zu verlassen. Hierzu müsse im Rahmen der Vermögensübertragung eine Gegenleistung, wie beispielsweise eine Leibrente, eine Pflegeverpflichtung oder eine Schuldübernahme, vereinbart werden. Der Wert der ergänzungspflichtigen Zuwendung könne so bereits gemindert werden. Eine solche Gegenleistung könne hierbei auch im Nachgang zu einer bereits erfolgten Schenkung vereinbart werden. Die Vereinbarung einer Leibrente sei nach *Everts*, der aber gleichzeitig auf die noch unklare Rechtslage hinwies, nicht mit einem Nutzungsvorbehalt vergleichbar und somit nicht geeignet, einen entsprechenden Fristanlauf zu hemmen. Als untaugliches Mittel zur Vermeidung einer Schenkung hätte sich hingegen die „Stiftungslösung“ erwiesen. Nach der Rechtsprechung des BGH hindere die Übertragung von Vermögensbestandteilen auf eine gemeinnützige Stiftung nicht die Annahme einer Schenkung und könne Pflichtteils- bzw. Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen. Hieran habe sich durch die Erbrechtsreform 2010 grundsätzlich nichts geändert. Zwar habe der Gesetzgeber eine Privilegierung von Stiftungen erwogen, aber im Ergebnis abgelehnt. Stiftungsprivilegierend wirke aber die Möglichkeit, unter den engen Voraussetzungen des § 2331a BGB auf eine Stundung zu beharren, was aber zur Verzinsung und ggf. zur Stellung von Sicherheiten verpflichten kann, § 2331a Abs. 2 Satz 2, § 1382 Abs. 2, 3 BGB.

Unabhängig von vorgenannten Problemkreisen betrachtete *Everts* aber lebzeitige Zuwendungen unter Beachtung der §§ 2315 f., 2325 BGB als probates Mittel zur Minderung potentieller Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche.

Weg von erbrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten lenkte *Everts* die Aufmerksamkeit der Zuhörer anschließend zu familien- und gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten.

Im Bereich des Familienrechts betonte er insbesondere das in der Praxis oft unbeachtete Institut der Ausstattung im Sinne des § 1624 Abs. 1 BGB. Die als Ausstattung zugewandten Vermögenswerte seien – abgesehen von der Verweisung des § 1624 Abs. 2 BGB – nur insoweit als Schenkung zu bewerten, als sie das den Umständen, insbesondere den Vermögensverhältnissen des Vaters und der Mutter, entsprechende Maß überstiegen. Dieser Umstand entziehe die Zuwendung im Rahmen ihrer Angemessenheit nicht nur den schenkungsrechtlichen Rückforderungsregelungen wegen Verarmung des Schenkers, sondern schließe zugleich auch die Anwendung des § 2325 Abs. 1 BGB mangels Vorliegens einer Schenkung im Sinne der Norm aus. Wegen des unterschiedlichen Wortlauts der Normen sei aber eine Anrechnung der Ausstattung nach § 2315 Abs. 1 BGB gleichwohl möglich; die Ausstattung unterfalle als Zuwendung hierbei dem Anwendungsbereich der Norm. Vorsicht sei bei der Ausstattung im Hinblick auf die Ausgleichspflicht nach § 2050 Abs. 1 BGB geboten. Ein diesbezüglicher Ausschluss der Ausgleichung könne zwar bei der gesetzlichen Erbfolge vorgenommen werden, scheide indes im Rahmen von Pflichtteilsansprüchen nach § 2316 Abs. 3 BGB aus. Die damit drohende Pflichtteilerhöhung könne insbesondere bei einer Ausstattung in Form von Unternehmensübergaben ruinöse Auswirkungen mit sich bringen. Insoweit riet *Everts* den anwesenden Notaren, die Vor- und Nachteile einer Ausstattung angemessen abzuwägen und

durch eine subjektive Ausstattungsbestimmung des Übergebers oder deren Ausschluss die richtige Weiche zu stellen.

Weitere familienrechtliche Maßnahmen zur Pflichtteilsdämpfung könnten nach *Everts* den Personen- oder Güterstand betreffen. Neben der Begründung neuer Pflichtteilsberechtigungen durch Adoption oder Heirat verwies *Everts* insbesondere auf die Möglichkeit eines Wechsels des Güterstandes. So führe ein Wechsel von anfänglich vereinbarter Gütertrennung hin zur Zugewinnngemeinschaft neben erbschaftsteuerlichen Vorteilen (§ 5 ErbStG) zu einer Erhöhung des Erbteils des Ehegatten (§ 1371 Abs. 1 BGB) und damit zur Reduzierung etwaiger Pflichtteilsansprüche. Der umsichtige Notar habe in diesem Zusammenhang stets an die Möglichkeit einer späteren Scheidung zu denken und entsprechende Vorkehrungen zum Ausschluss der scheidungsbedingten Zugewinnausgleichsansprüche zu treffen. Auch könne ein „Gütergemeinschaftsmodell“ erwogen werden, in dem ein Ehegatte im Ergebnis die Hälfte seines Vermögens als Gesamtgut auf den anderen Ehegatten übertrage. Da der BGH indes eine solche Lösung nur dann nicht als ergänzungspflichtige Schenkung behandle, wenn keine außerehelichen Zwecke verfolgt würden, schloss *Everts* diese Lösung zumindest für Betriebsübergaben und der dabei überwiegenden pflichtteilsrechtlichen Motivation in der Regel aus. Abschließend führe auch die nachträgliche Vereinbarung von Gütertrennung zu Zugewinnausgleichsansprüchen im Rahmen einer bestehenden Ehe und eröffne den Weg einer Vermögensübertragung auf einen Ehegatten in Erfüllung einer Verbindlichkeit; wegen der Entgeltlichkeit der Übertragung würden so Pflichtteilergänzungsansprüche nicht begründet. Die aus der Auflösung der Zugewinnngemeinschaft resultierende Reduzierung der gesetzlichen Erbquote des überlebenden Ehegatten und die damit einhergehende Erhöhung der Pflichtteilsquote übriger Abkömmlinge müsse indes durch eine anschließende Rückkehr in den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft ausgeglichen werden („Güterstandsschaukel“). Unter Hinweis auf das Fehlen höchstrichterlicher Rechtsprechung zur pflichtteilsrechtlichen Anerkennung des Modells betonte *Everts* die Notwendigkeit eines wirklichen Wechsels des Güterstandes; eine Vermögensverlagerung im Zusammenhang mit einer bloßen Modifikation des bestehenden Güterstandes genüge nicht, um die gewünschte Wirkung herbeizuführen und könne Pflichtteilergänzungsansprüche auslösen. Zu übertragen sei weiter die genannte Rechtsprechung des BGH zur Vereinbarung der Gütergemeinschaft. Erforderlich sei somit ein „ehevertraglich motivierter Vermögensübergang“, der jedoch – anders als bei der Gütergemeinschaft – wegen der intendierten Vermeidung negativer betrieblicher Auswirkungen im Scheidungsfall und der beabsichtigten Versorgung des Ehepartners gegeben sein dürfte. Seine Ausführungen zu den familienrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten schloss *Everts* mit dem Hinweis, dass diese nur in dem Fall zu den gewünschten Ergebnissen führen könnten, in dem es um die Reduzierung des Pflichtteilergänzungsanspruches von Abkömmlingen nur eines der Ehegatten gehe und es sich bei diesem Ehegatte auch tatsächlich um den Vorversterbenden handle.

Was schließlich die gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten betreffe, so sei zwischen der lebzeitigen Beteiligung an einem Unternehmen einerseits und gesellschaftsvertraglichen Regelungen für den Fall des Todes eines Gesellschafters andererseits zu differenzieren. In letzterem Zusammenhang komme zunächst für Personengesellschaften eine gesellschaftsvertragliche Fortsetzungsklausel zugunsten der übrigen Gesellschafter unter gleichzeitiger Vereinbarung eines Ausschlusses von Abfindungsansprüchen beim Ausscheiden von Todes wegen in Betracht. Diese Konstellation

werde von der Rechtsprechung lediglich als vorweggenommene Verfügung über den Gesellschaftsanteil begriffen und als zulässig betrachtet. Durch die Beschränkung auf ein Ausscheiden durch den Tod eines Gesellschafters werde der Abfindungsanspruch bei lebzeitigem Ausscheiden nicht ausgeschlossen und die Möglichkeit einer Kündigung zu Lebzeiten des Gesellschafters nicht unzulässig beschränkt; § 723 Abs. 3 BGB stehe nicht entgegen. Auch die Formvorschrift des § 2301 Abs. 1 BGB finde keine Anwendung. Problematisch sei aber die Behandlung als nach § 2325 Abs. 1 BGB ergänzungspflichtige Schenkung. Zur Vermeidung der Behandlung als Schenkung müsse nach der Rechtsprechung der Ausschluss der Abfindungsansprüche wegen Ausscheidens von Todes wegen für alle Gesellschafter gelten. Eine solche Gestaltung berge letztlich für jeden Gesellschafter einerseits die Chance einer Anteilserhöhung, andererseits aber auch das Risiko eines Anteilsverlusts ohne Abfindung; sie verleihe der Verfügung ein aleatorisches Element in Gestalt eines Wagnisgeschäfts und begründe damit letztlich deren Entgeltlichkeit. Vorsicht sei hierbei indes bei großen Altersunterschieden in der Gesellschafterstruktur oder bekannter schwerer Krankheit eines Gesellschafters geboten. Die Rechtsprechung könne in solchen Konstellationen geneigt sein, das Vorliegen des von ihr geforderten aleatorischen Charakters der vorweggenommenen Verfügung zu verneinen. Für einen solchen Fall betonte *Everts*, dass wohl die Rechtsprechung im Hinblick auf § 2325 Abs. 3 BGB die Abschmelzung immerhin mit dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages beginnen lasse, die herrschende Meinung im Schrifttum hingegen wohl noch auf den Zeitpunkt des Todes des Gesellschafters abstellen würde. Wegen der Problematik des aleatorischen Charakters und der Unsicherheiten im Hinblick auf den formalen Leistungsbegriff des § 2325 Abs. 3 BGB biete sich die dargestellte Lösung daher wohl nur bei gesellschaftsrechtlichen Neugründungen, dem Beitritt externer Mitgesellschafter oder ungefähr gleichaltrigen Ehegatten-Gesellschaftern an. Hier biete nach *Everts* aber das Modell einer Fortsetzungsklausel unter Ausschluss der Abfindungsansprüche mit Blick auf die relativ gefestigte Rechtsprechung ein geeignetes Instrument zur Dämpfung etwaiger Pflichtteilsansprüche, denn bereits die Beweislast des Pflichtteilsberechtigten zur Frage des Vorliegens einer Schenkung dürfte die Verfolgung etwaiger Ansprüche zumindest in tatsächlicher Hinsicht entscheidend erschweren. Die mit einer solchen gesellschaftsrechtlichen Lösung einhergehenden Nachteile seien nach *Everts* gering. Die Kontrolle des dinglich gebundenen Sondervermögens könne insbesondere durch die Stellung des Übergebers als Komplementär gesichert werden; im Übrigen könne eine Gesellschaft jederzeit kündbar gestaltet werden.

Soweit die Praxis anstelle einer Fortsetzungsklausel mit einem Eintrittsrecht eines Dritten arbeite, ergeben sich nach *Everts* die gleichen Problemstellungen. Das Eintrittsrecht des Dritten sei pflichtteils(ergänzungs)rechtlich unbeachtlich. Soweit ein Abfindungsanspruch bestehe, fiele ein solcher in den Nachlass und finde pflichtteilsrechtlich Beachtung; soweit der Abfindungsanspruch ausgeschlossen sei, gelte das zur Fortsetzungsklausel Gesagte. Ähnliches gelte auch bei einfachen und qualifizierten Nachfolgeklauseln. Auch hier falle der jeweils zugewandte Gesellschaftsanteil in den Nachlass und sei pflichtteilsrechtlich zu berücksichtigen. Mit Blick auf eine mögliche Anwachsung der Anteile bei den verbliebenen Gesellschaftern und einen Ausschluss der Abfindungsansprüche verwies *Everts* wiederum auf seine Ausführungen zur Fortsetzungsklausel.

Im Folgenden deutete *Everts* auf die jüngste Rechtsprechung des BGH (NZZ 2012, 222 = MittBayNot 2012, 479) zur

Pflichtteilsdämpfung durch Einräumung einer gesellschaftsrechtlichen Unterbeteiligung mit Wirkung auf den Todesfall. Betreffend den ordentlichen Pflichtteil sei entscheidend, ob die aufschiebend bedingte Einräumung der Unterbeteiligung als Schenkungsversprechen auf den Todesfall bereits im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen und damit nicht dem Nachlass zuzurechnen sei. Hierfür sei entscheidend, ob durch die Einräumung der Unterbeteiligung lediglich schuldrechtliche Ansprüche auf Gewinnbeteiligung begründet würden oder ob dem Zuwendungsempfänger über die Gewährung mitglied-schaftlicher Rechte eine „mitunternehmerische“ Stellung eingeräumt werde. Nur in letzterem Fall sei die Beteiligung bereits mit Abschluss des Beteiligungsvertrags vollzogen und im Todesfall nicht mehr dem Nachlass zugeordnet. Mit Blick auf die durch die Zuwendung der Unterbeteiligung daneben möglichen Pflichtteilsergänzungsansprüche verwies *Everts* auf die Rechtsprechung des BGH zum wirtschaftlichen Leistungserfolg und warnte eindringlich davor, den Vollzug im Sinne des § 2301 Abs. 2 BGB mit dem Beginn der Abschmelzung nach § 2325 Abs. 3 BGB gleichzusetzen. Derzeit sei vielmehr von einem Abschmelzungsbeginn erst mit dem Tod des Erblassers auszugehen, was trotz der erwähnten BGH-Entscheidung der Einräumung einer Unterbeteiligung auf den Todesfall die Tauglichkeit zur Pflichtteilsdämpfung nehme.

Abschließend wandte *Everts* sich der Rechtslage bei Anteilen an Kapitalgesellschaften zu. Deren Vererblichkeit könne zwar nicht ausgeschlossen werden, kautelarjuristisch sei jedoch eine entschädigungslose Einziehungs- und Abtretungsklausel im Todesfall des Anteilsinhabers in Erwägung zu ziehen. Hierbei müssten – ohne dass hierzu bereits Rechtsprechung vorläge – die gleichen Aspekte wie bei einer abfindungslosen Einziehung von Anteilen an Personengesellschaften gelten; der aleatorische Charakter der vorweggenommenen Verfügung über den Anteil müsste jeden Gesellschafter gleichermaßen treffen.

Zum Ende seines Vortrags beleuchtete *Everts* die Möglichkeiten einer Pflichtteilsreduzierung durch Vermögensverlagerung ins Ausland.

Nach einer kurzen Einführung in die Regelungen des Internationalen Privatrechts und die Möglichkeit einer Nachlassspaltung betreffend unbewegliches Vermögen im Ausland (Art. 25 Abs. 2 EGBGB) plädierte *Everts* dafür, Pflichtteilsansprüche für jeden Spaltnachlass gesondert zu prüfen und einen Ausgleich grundsätzlich zu versagen, wenn eine einschlägige Rechtsordnung Pflichtteils- und/oder Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht vorsehe. Nachdem dieses Vorgehen nach der Rechtsprechung des BGH keinen ordre-public-Verstoß (Art. 6 EGBGB) begründe, bestehe die Möglichkeit, das Vermögen des Erblassers in Spaltnachlässe zu strukturieren und entsprechenden „pflichtteilsgünstigen“ Rechtsordnungen zu unterwerfen. Zwar sollen bei der absichtlichen Umgehung der hiesigen Pflichtteilsregelungen nach teilweise vertretener Ansicht entsprechende erbrechtliche Regelungen zur Anwendung kommen. Dies gestalte sich jedoch nach *Everts* bereits dogmatisch schwierig; im Übrigen sei auch eine subjektive Umgehungsabsicht nur schwer nachzuweisen. Was schließlich Pflichtteilsergänzungsansprüche betreffend bereits zu Lebzeiten übertragene Vermögensgüter angehe, so liege hierzu keine gesicherte Rechtsprechung vor. Die Tendenz der herrschenden Meinung gehe aber dahin, diese dem Pflichtteilsergänzungsrecht des Staates zu unterwerfen, nach dessen Recht sich etwaige Pflichtteilsansprüche gerichtet hätten, soweit der Vermögensgegenstand zum Todeszeitpunkt noch im Vermögen des Erblassers gewesen wäre.

Im Hinblick auf die neue Erbrechtsverordnung stellte *Everts* kurz die wesentlichen Änderungen dar. Insbesondere mit der

Anknüpfung des Erbstatuts an den gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers ergäben sich auch pflichtteilsrechtlich neue Aspekte. Die bisherige Möglichkeit einer Nachlassspaltung durch Vermögensverlagerung dürfte nunmehr (auch betreffend Nicht-EU-Staaten!) ausscheiden. Denkbar wäre aber künftig eine Verlagerung des gewöhnlichen Aufenthalts des Erblassers selbst in pflichtteilsgünstige Staaten. *Everts* deutete jedoch gleichzeitig an, dass er diese Möglichkeit wegen der zwischenzeitlich ergangenen Rechtsprechung des BVerfG zur verfassungsrechtlich garantierten Mindestteilhabe durch das nationale Pflichtteilsrecht und wegen des auch in der Erbrechtsverordnung verankerten *ordre-public*-Vorbehalts für fragwürdig erachte. Eine Gefahr bestehe weiter insbesondere dort, wo der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt unbedacht in mit Blick auf das Pflichtteilsrecht nachteilige Regio-

nen verlagere. Einem solchen Szenario könne zwar durch eine Rechtswahl zugunsten deutschen Erbrechts begegnet werden, doch könne dies keine umfassende Lösung sein, verhindere eine solche Gestaltung doch – ihre unterbliebene Beseitigung durch Änderung der letztwilligen Verfügung unterstellt – die Vorteile eines späteren Umzugs in pflichtteilsrechtlich günstigere Länder. Eine intensive Beratung und Belehrung durch die notarielle Praxis müsse hier zumindest für Aufklärung sorgen.

Nach anschließender lebhafter Diskussion hatten die Teilnehmer und Referenten bei einem Empfang die Möglichkeit zum fachlichen und persönlichen Austausch.

Die Schriftfassungen der Vorträge werden in einem Tagungsband veröffentlicht. Dieser erscheint im Nomos Verlag in der Reihe „Schriften zum Notarrecht“.

## BUCHBESPRECHUNGEN

### **Krauß: Vermögensnachfolge in der Praxis.** 3. Aufl., Carl Heymanns, 2012. 2065 S. + CD-ROM, 138 €

Das bisher im ZAP-Verlag erschienene Werk von *Krauß* mit dem Titel „Überlassungsverträge in der Praxis“ ist nunmehr als „Vermögensnachfolge in der Praxis“ im Carl Heymanns Verlag in 3. Auflage erschienen. Hintergrund für den Verlags- und damit einhergehenden Umschlagswechsel ist eine Übertragung des ZAP-Verlags an die Wolters Kluwer Gruppe. Im Zuge der 3. Auflage ist das Werk von ursprünglich 1303 Seiten (1. Auflage) über 1845 Seiten (2. Auflage) auf nunmehr 2065 Seiten angewachsen. Die damit einhergehende Preiserhöhung auf 138 € dürfte nicht nur der Zunahme des Umfangs, sondern auch dem großen Erfolg des Werks geschuldet sein. Wurde dem *Krauß* für die Voraufgabe attestiert, dass es sich um „das führende Werk im Bereich der vorweggenommenen Erbfolge“ (*Franck*, MittBayNot 2010, 197, 199) handelt, so ist auch die 3. Auflage eine gelungene Gesamtdarstellung aller Fragen, die auch nur im weitesten Sinne mit dem Thema „Übertragung von Vermögenswerten auf die nächste Generation“ zusammenhängen. Der *Krauß* ist insoweit ein Kompendium aller zivil-, sozial- und steuerrechtlichen Themenkomplexe. Für die notarielle Praxis sind hierbei insbesondere die unzähligen Formulierungsvorschläge sowie die gut 200 Seiten umfassenden Vertragsmuster, Datenerfassungsbögen und Merkblätter besonders wertvoll.

*Krauß* hat auch in der 3. Auflage an der bisherigen Systematik festgehalten. So folgt etwa einem Kapitel über das Schenkungsrecht des BGB die bewährte Darstellung sämtlicher für die notarielle Praxis relevanten Fragen des Sozialrechts in zwei Kapiteln, bevor sich das vierte Kapitel der Absicherung des Veräußerers und damit einer tiefen Darstellung aller relevanten Rechte in Abteilung II und III des Grundbuchs widmet. Es schließt sich das mit den Stichworten „Gesellschaftsrechtliche Lösungen“ überschriebene fünfte Kapitel an, das ausgehend von allen aktuell diskutierten Fragen zur GbR und deren Grundbuchfähigkeit (Rdnr. 2053 ff.) vor allem unter steuerlichen Aspekten einen Rechtsformvergleich beinhaltet.

Die weiteren Kapitel befassen sich mit dem Stiftungsrecht, den Besonderheiten bei Zuwendung unter Ehegatten, Rechtsgeschäften unter Lebenden auf den Tod sowie der erb- und pflichtteilsrechtlichen Problematik, bevor im zehnten Kapitel Vollzugs- und Kostenfragen dargestellt werden. Es schließen sich daraufhin zwei ausführliche Kapitel zum Steuerrecht an, ausgehend von den Verkehrssteuern bis hin zu einkommensteuerrechtlichen Fragen. Den Abschluss bilden schließlich im 13. Kapitel Ausführungen zum Behinderten- und Bedürftigentestament.

*Krauß* gibt mit seinem Werk „Vermögensnachfolge in der Praxis“ Arbeitshilfen an die Hand, die weit über die klassische Aufgabe des Notars, Verträge wirksam zu beurkunden und die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Geschäfts zu belehren (vgl. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG), hinausgehen. Er dokumentiert damit eindrucksvoll, dass der Notar längst zum umfassenden Berater der Beteiligten nicht nur in zivil-, sondern in zunehmendem Maße auch in sozial- und vor allem steuerrechtlichen Fragen geworden ist. Die Ausführungen von *Krauß* sind dabei erkennbar nicht nur motiviert, etwaige Haftungsrisiken für den Notar infolge der sog. erweiterten Belehrungspflicht (§ 14 BNotO analog – vgl. hierzu etwa BGH, DNotZ 1954, 330) zu vermeiden. Vielmehr zeigen die Ausführungen pars pro toto für den Bereich vorweggenommener Erbfolge, dass der Notar sich heute mehr denn je durch eine umfassende Beratungskompetenz das Vertrauen der Beteiligten erarbeiten und bewahren muss, damit das Feld nicht langfristig Rechtsanwälten, Steuerberatern oder sog. „Estateplannern“ überlassen wird. Schließlich sind bis zum Jahr 2020 noch Vermögenswerte in Höhe von insgesamt 2,6 Bio. € auf die nächste Generation zu übertragen (vgl. Rdnr. 1).

Selbstredend darf auch die 3. Auflage des *Krauß* in keiner Notarbibliothek fehlen, weil sich das praxisorientierte Konzept einer umfassenden Darstellung „aus einer Hand“ sämtlicher schuld-, sachen-, erb-, sozial-, ertragsteuer- und schenkungssteuerrechtlichen Aspekte der vorweggenommenen Erbfolge bewährt hat.

Notar a. D. Dr. Markus Sikora, München

### **Hannes (Hrsg.): Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge.** Beck, 2011. 1345 S. + CD-ROM, 158 €

Noch ein neues Erläuterungs- und Formularbuch zum Thema Vermögens- und Nachfolgeplanung? Wie stets, wenn zu einem wichtigen und praxisrelevanten Thema bereits diverse andere Werke auf dem Markt sind, stellt man sich als potentieller Leser die Frage, ob die Neuerscheinung in der Praxis mit Mehrwert eingesetzt werden kann und durch andere Schwerpunktsetzung bzw. Aufbereitung und Art der Darstellung sich einen Leserkreis zu erschließen vermag. Mit dem zu besprechenden Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge, herausgegeben von dem als Rechtsanwalt und Steuerberater in München tätigen Dr. *Frank Hannes* unter Mitwirkung zahlreicher renommierter Praktiker, darunter auch rheinische und bayerische Notare, ist nun ein Formular-

buch auf dem Markt mit der im Vorwort geäußerten Zielsetzung, einen interdisziplinären Überblick in seinen Kommentierungen und Mustern zu schaffen.

Bereits der Untertitel „Zivilrecht, Gesellschaftsrecht, Steuerrecht“ und die Mitwirkung zahlreicher Fachanwälte für Steuerrecht bzw. Steuerberater verdeutlicht, dass die Thematik der Nachfolgeplanung nicht nur unter dem Blickwinkel des Zivilrechts, sondern auch dem des Steuerrechts betrachtet wird. Und so viel sei vorweggenommen: Die laut Vorwort des Herausgebers eigentliche Aufgabe des Nachfolgeberaters, unterschiedliche Rechtsgebiete zur optimalen Erreichung der mit dem Mandanten erarbeiteten Gestaltungsziele im Sinne ganzheitlicher Beratung zu koordinieren und zu kombinieren, wird durch das zu besprechende Werk ganz erheblich erleichtert!

Thematisch erfolgt eine Aufteilung in drei Abschnitte: Die ersten 558 Seiten (Teil A) sind der Vermögensübertragung zu



Lebzeiten (aufgliedert in die Übertragung von Grundbesitz und von Betriebsvermögen) samt begleitenden Thematiken wie Pflichtteilsverzicht und Vollmachten gewidmet. Auf den nächsten 232 Seiten (Teil B) steht sodann die Vermögensübertragung von Todes wegen im Mittelpunkt, wobei unterschieden wird zwischen letztwilligen Verfügungen des Erblassers, Reaktionsmöglichkeiten der Nachlassbeteiligten (wie Erb- und Vermächtnisausschlagung sowie Vereinbarungen zum Pflichtteil) und Erbaueinandersetzung. Im abschließenden Teil C, bestehend aus 536 Seiten, werden Familiengesellschaften unterschiedlichster Rechtsformen, Poolvereinbarungen, die Stiftung mit verwandten Rechtsinstituten sowie die Übergabe von land- und forstwirtschaftlichem Vermögen (nach der HöfeO sowie nach dem BGB) behandelt.

Wie auch in einigen anderen Formularbüchern verbreitet, folgen dem jeweiligen Formulierungsvorschlag zunächst allgemein gehaltene, grundsätzliche Anmerkungen, die den jeweiligen, der betroffenen Gestaltung zugrundeliegenden Sachverhalt nach wirtschaftlichen, rechtlichen und steuerlichen Aspekten getrennt beleuchten, ehe sich dann Einzelerläuterungen zu einzelnen Punkten des gegebenen Gestaltungsvorschlags anschließen. Auch innerhalb der Einzelerläuterungen werden aber an geeigneter Stelle stets steuerrechtliche Querverbindungen eingebaut, beispielsweise wenn im ersten Formular im Rahmen der Erläuterungen zum vorbehaltenen Rückforderungsrecht die schenkungsteuerliche Situation bei Geltendmachung eines vorbehaltenen Rückforderungsrechts kurz dargestellt wird (A. 1.01 Rdnr. 59).

Durch diese Vorgehensweise kann sich der Leser durch Lektüre der grundsätzlichen Anmerkungen einen kurzen, prägnanten Überblick über einen Gestaltung erfordernden Themenkomplex verschaffen. Hierdurch hat das Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge auch einen Anwendungsbereich als kurzes und prägnantes überblicksartiges Nachschlagewerk, was insbesondere bei nicht alltäglichen Konstellationen gewinnbringend ist. Dieser Aufbau hat den Vorteil erheblich größerer Übersichtlichkeit gegenüber einer bloßen Erläuterung von Einzelaspekten zu Abschnitten eines Formulierungsmusters, bei der angesichts der Fülle an grundsätzlichen Anmerkungen und Exkursen der Leser Gefahr läuft, den Überblick zu verlieren.

Natürlich darf aber nicht übersehen werden, dass bei einem Werk, das inhaltlich einen so großen Bogen spannt, nicht überall vertiefte Ausführungen erwartet werden können, wie sie sich in Handbüchern engeren inhaltlichen Zuschnitts finden. So ist zwar in A. 1.06 ein Muster mit Erläuterungen zur Übertragung des selbstgenutzten Eigenheims an den Ehegatten zu finden. Doch muss sich naturgemäß die Darstellung auf einen Sachverhalt beschränken, ohne Differenzierung nach dem Grund der Übertragung, etwa zur Haftungsvermeidung, zur vorweggenommenen Erbfolge oder als Ausgleich getätigter Investitionen und Zahlungen des Zuwendungsempfängers in den übertragenen Grundbesitz und ohne Würdigung etwaiger weitergehender ehevertraglicher Regelungsmöglichkeiten (z. B. durch Modifizierung des Zugewinnausgleichs). Hier bleibt nur, die entsprechende Speziallektüre, wie etwa *Münch*, Ehebezogene Rechtsgeschäfte, zu Rate zu ziehen.

Andererseits fällt auf, dass in Teil B. 2 mit Mustern zur Erbschaftsausschlagung, Vermächtnisausschlagung und Pflichtteilsverlangen zwar Reaktionsmöglichkeiten der Nachlassbeteiligten erläutert werden, unter dem Gesichtspunkt der Voll-

ständigkeit dann aber Erbscheinsanträge und internationalprivatrechtliche Bezüge ausgespart sind. Ebenso wäre es im Sinne der Praxisverwendbarkeit wünschenswert, wenn schon ein Textmuster für eine entgeltliche Erbteilsveräußerung und -abtretung mit Bedingung zum Schutz des Veräußerers vor vorzeitigem Verlust des Erbteils vorgesehen ist, die – auch in den Erläuterungen erwähnten – Sicherungsmöglichkeiten vollumfänglich vorzusehen, also etwa auch eine Verfügungsbeschränkung samt Widerspruchseintragung zum Schutz des Erwerbers vor Verfügung über zum Nachlass gehörenden Grundbesitz.

In diesem Zusammenhang sei die Frage, auch an Verlage und Herausgeber, erlaubt, wieso stets auch „Annexthemen“, zu denen es eigenständige Handbücher gibt, integriert werden, deren Darstellung zwangsläufig cursorisch ausfällt. Muss denn ein erbrechtliches Formularbuch auch Formulierungsvorschläge für vorweggenommene Erbfolge und Vorsorgevollmachten und umgekehrt ein Formularbuch zur Vermögensnachfolge Textmuster für Verfügungen von Todes wegen und zur Erbschaftsausschlagung enthalten?

Inhaltlich ist das zu besprechende Werk, soweit ersichtlich, auf dem neuesten Stand. So ist beispielsweise das Urteil des BGH zur pflichtteilsrechtlichen Bewertung von Lebensversicherungen vom 28.4.2010 erläutert, wonach auf den Rückkaufswert bzw. den erzielbaren Marktwert in der letzten juristischen Sekunde des Erblassers abzustellen ist, mitsamt entsprechenden Hinweisen zur Gestaltung sowie den maßgeblichen Regelungen des VVG.

Als Besonderheit hervorzuheben sind beispielsweise ein ausführliches Muster zum gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht in Bezug auf definiertes Betriebsvermögen (A. 5.40) sowie zahlreiche Muster in Bezug auf die Einräumung von Unterbeteiligungen und die Übertragung von Personengesellschaftsbeteiligungen.

Die beigelegte CD-ROM folgt dem Aufbau des Buches und lässt sich problemlos verwenden. Über eine integrierte Suchfunktion ist auch eine Suche nach Gestaltungsvorschlägen möglich. Die auf der CD-ROM enthaltenen Muster sind im .rtf-Format gefasst und können so in die eigene Textverarbeitung integriert und verwendet werden.

In einer Neuauflage könnten gelegentliche Ungenauigkeiten, wie die Verwendung des Begriffs „Vormundschaftsgericht“ in den Mustern A. 6.11 und 6.12 zur Vorsorgevollmacht, noch korrigiert werden.

Als Fazit lässt sich festhalten, dass mit dem Formularbuch Vermögens- und Unternehmensnachfolge ein für die Gestaltungspraxis gewinnbringend einzusetzendes Werk erschienen ist. Nochmals hervorzuheben sind die durchgängigen Verknüpfungen mit steuerrechtlichen Fragen und die Erläuterung auch seltener Fallgestaltungen, insbesondere im Gesellschaftsrecht. Der im eher ländlich geprägten Raum tätige Praktiker wird jedoch gerade im Bereich der Überlassung privat genutzter Immobilien sowie landwirtschaftlichen Übergabeverträgen nicht alle in Frage kommenden Gestaltungen finden und insoweit andere Werke hinzuziehen, beispielsweise im Hinblick auf eine ausführlichere Erörterung der Gegenleistungen in einem Übergabevertrag zur Absicherung des Veräußerers. Nichtsdestotrotz wird das zu besprechende Werk den Literaturmarkt sowie die Bibliothek jedes Notars bereichern.

Notar Dr. Ingmar Wolf, Eichstätt

**Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch.  
Band 2: Offene Handelsgesellschaft §§ 105-160.  
3. Aufl., Beck/Vahlen, 2011. 1015 S., 178 € (Vor-  
zugspreis bei Gesamtabnahme 156 €)**

**1. Großkommentar als Monographie**

Seit Abschluss der 1. Auflage (1996–2004) nimmt der Münchener Kommentar zum Handelsgesetzbuch nach seinem Umfang, seiner Aktualität und der wissenschaftlichen Durchdringung des Handelsrechts einen herausragenden, fast konkurrenzlosen Platz in der Reihe der Großkommentare zum HGB ein. Die 2. Auflage wurde in den Jahren 2005–2009 in chronologischer Reihenfolge fertiggestellt und wird derzeit in gleicher Weise durch die 3. Auflage ersetzt, so kürzlich erfolgt durch eine vollständige Überarbeitung des 2. Bandes, welcher sich ausschließlich dem in §§ 105-160 HGB geregelten Recht der Offenen Handelsgesellschaft widmet. Den Löwenanteil der Bearbeitung hat wiederum *Karsten Schmidt* übernommen. Dies und die thematische Geschlossenheit der behandelten gesetzlichen Regelung machen das Werk zu einer dogmatisch konsistenten Monographie nicht nur der oHG im Speziellen, sondern darüber hinausgehend der Grundlagen des Rechts der Personengesellschaften im Allgemeinen.

Vor dem Hintergrund einer zunehmenden Unübersichtlichkeit unserer aktuellen Rechtslandschaft, gefördert durch eine hastige Gesetzgebung und die chronische Überlastung der Judikatur, ist dies für Praxis und Wissenschaft in gleicher Weise von besonderem Wert.

**2. Fruchtbarmachung der für die oHG gewonnenen Erkenntnisse für die im neuen Licht der Rechtsfähigkeit erscheinende GbR**

Die wissenschaftliche Bedeutung des Kommentars erstreckt sich über die oHG hinaus auch auf das Recht der GbR: Die großen personengesellschaftsrechtlichen Fragestellungen betreffen derzeit nicht die oHG, sondern die ihr nahe, wesensverwandte Gesellschaft des Bürgerlichen Rechts. Diese hat durch Rechtsprechung und ihr nachfolgende Gesetzgebung einen Paradigmenwandel von der Gesamthandsgemeinschaft hin zu einer der oHG angenäherten rechtsfähigen Personengesellschaft im Sinne des § 14 Abs. 2 BGB erfahren. Ihr rechtliches Bild ist aber auch gut zehn Jahre nach Einleitung des Wandels als Folge einer Änderung der Rechtsprechung des BGH immer noch in vielen Bereichen unscharf. Was liegt da näher, als den vorliegenden Band zur oHG zu Rate zu ziehen. Tatsächlich bestehen die für die GbR aktuell diskutierten Probleme weitestgehend auch für die oHG und sind dort seit langem gelöst. Diese Lösungen werden im Münchener Kommentar zum HGB übersichtlich, logisch klar geordnet und gut verständlich dargestellt; besonders empfehlenswert dürften insoweit insbesondere die Kommentierungen zu § 105 und § 123 HGB sein, welche sich mit den Grundlagen der oHG befassen, und dort speziell die Ausführungen zur Rechts-scheinhaftung.

Im Einzelnen sei exemplarisch Folgendes erwähnt: Nicht nur hinsichtlich der GbR, bei der dies im Rahmen der Rechts-scheinwirkung des § 899a BGB diskutiert wird, sondern auch hinsichtlich der oHG gibt es Fälle, in denen die Gesellschaft – etwa weil nach dem Ausscheiden von Mitgesell-schaftern nur noch ein Gesellschafter verbleibt – nur scheinbar besteht (Scheingesellschaft, § 105 Rdnr. 258) oder in denen eine bestimmte Person der Gesellschaft nur scheinbar angehört (Scheingesellschafter, § 105 Rdnr. 260). *K. Schmidt* weist hier zu Recht darauf hin, dass eine Scheingesellschaft zwar Haf-tungsfolgen haben, aber weder als rechtsfähige Personenge-

sellschaft noch als Schuldverhältnis bestehen könne und damit rechtlich nicht existent sei (§ 123 Rdnr. 20). Ein Scheingesellschafter, also der scheinbare Gesellschafter einer wirk-lichen oder gleichfalls nur scheinbaren Gesellschaft, sei – neben der Eigenhaftung nach § 179 BGB (§ 128 Rdnr. 7) – kraft Rechtsscheins der Haftung nach § 128 HGB ausgesetzt; Voraussetzung hierfür sei allerdings, dass er sich als persö-nlich haftender Gesellschafter behandeln lassen müsse, etwa in den Fällen des § 15 Abs. 1 und 2 HGB oder dann, wenn er selbst den Rechtsschein geschaffen oder in zurechenbarer Weise geduldet habe, er hafte als Gesellschafter unbeschränkt (§ 128 Rdnr. 5). Darüber hinaus könne der Scheingesellschaf-ter, wie vom BGH entschieden, auch die Gesellschafter und (soweit existent) die Gesellschaft verpflichten. Hierzu sei es allerdings erforderlich, dass der Scheingesellschafter als Gesellschafter ausgegeben werde; die Nennung auf dem Brief-bogen der Gesellschaft genüge nicht.

**3. Fehlerhafte Anteilsübertragung**

In diesem Kontext hervorzuheben sind außerdem die Ausführ-ungen des Kommentars zur fehlerhaften Anteilsübertragung. Nach der Rechtsprechung des BGH ist die fehlerhafte An-teilsübertragung wie ein fehlerhafter Austritt/Neubeitritt zu behandeln: Ist die Anteilsübertragsvereinbarung unwirk-sam, der Beitritt aber vollzogen, sei das mitgliedschaftliche Rechtsverhältnis hergestellt (faktische Gesellschaftsbeteili-gung) und könne nur noch mit Wirkung für die Zukunft besei-tigt werden. *K. Schmidt* will – mit durchweg überzeugenden Gründen – die Anteilsübertragung hingegen als unwirksam behandeln und Dritte gegenüber Rechtshandlungen des Scheingesellschafters nur mit allgemeinen Vertrauensschutz-erwägungen absichern (§ 105 Rdnr. 256).

**4. Neues Verständnis der sog. Anwachsung**

Umgekehrt findet die Rechtsfortentwicklung der GbR Ein-gang in das dogmatische Verständnis der oHG: Auch im Falle des Ausscheidens eines Gesellschafters bleibe die Identität der Gesellschaft erhalten; die juristische Bedeutung der in § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB noch auf der Grundlage der heute überholten Gesamthandslehre formulierten sog. Anwachsung sei deshalb eine andere: Es ändere sich nicht die Zugehörig-keit des Gesellschaftsvermögens, sondern lediglich die Betei-ligungsquote (§ 105 Rdnr. 207). Diese Betrachtungsweise erscheint richtig. Ihr sollte von der Praxis durch eine entspre-chende Anpassung der diesbezüglichen gesellschaftsvertrag-lichen Formulierungen Rechnung getragen werden.

**5. Allgemeine Grundsätze für die Gestaltung von Gesellschaftsverträgen**

Auf das besondere Interesse der gesellschaftsrechtlichen Ver-tragspraxis stoßen dürften die Ausführungen zu den folgen-den Hauptthemen der Gestaltung von Gesellschaftsverträgen: (a) Inhaltskontrolle (diese kann ggf. zur „qualitativen Teil-nichtigkeit“ einer Regelung führen; der Kommentar redet hier der herrschende Meinung einer geltungserhaltenden Reduk-tion das Wort, § 105 Rdnr. 155 f.); (b) Wirksamkeit von Schiedsklauseln (*K. Schmidt* hält aufgrund des Organisations-charakters der Regelung deren Aufnahme in den Gesell-schaftsvertrag für zulässig und § 1031 Abs. 5 ZPO, der eine separate Vereinbarung verlangt, für unanwendbar, § 105 Rdnr. 122); (c) Bedeutung salvatorischer Klauseln im Gesell-schaftsvertrag (Bestätigung der im Allgemeinen auch ohne entsprechende Regelung geltenden Vermutung bloßer Teil-nichtigkeit, § 105 Rdnr. 156); (d) Verhältnis objektiver und subjektiver Auslegung eines Gesellschaftsvertrages (§ 105

Rdnr. 149 f.); (e) Möglichkeit konkludenter Änderungen des Gesellschaftsvertrags prima facie durch eine andauernde, vom Vertragswortlaut abweichende Handhabung des Gesellschaftsverhältnisses, im Unterschied zur ad-hoc-Abweichung, zu der die Gesellschafter im Einzelfall aus der Treuepflicht verpflichtet sein können (§ 105 Rdnr. 163); (f) Vertragsanpassungspflichten der Gesellschafter, insbesondere im Sanierungsfall (Sanieren oder Ausscheiden, § 105 Rdnr. 164) und deren prozessuale Durchsetzung.

Wichtig erscheint auch der Hinweis an die Vertragspraktiker, in Fällen, in denen eine GbR Gesellschafterin einer oHG oder KG ist, die Übertragung von GbR-Anteilen an die Zustimmung der übrigen oHG-Gesellschafter bzw. die oHG selbst zu knüpfen (§ 105 Rdnr. 101). Dem ist nur hinzuzufügen, dass der oHG-Vertrag zusätzlich für den Fall eines Verstoßes die Möglichkeit zum Ausschluss der GbR vorsehen sollte, da die im GbR-Vertrag vorzusehende Vinkulierung der Gesellschaftsanteile an die Zustimmung der (außenstehenden) oHG von den GbR-Gesellschaftern aufgehoben oder im Einzelfall ad hoc außer Kraft gesetzt werden könnte, allein also keinen sicheren Schutz zu gewähren vermag.

## 6. Ein-Mann-oHG, Einheitlichkeit der Gesellschaftsbeteiligung, konkludente Gesellschaftsverhältnisse, Auswirkungen der Gütergemeinschaft

Selbst außergewöhnliche und abgelegene Konstruktionen finden in dem Kommentar gebührende Beachtung und werden ausführlich diskutiert: (a) So etwa die Ein-Mann-oHG, deren Existenzfähigkeit *K. Schmidt* für den Fall der Verwaltung getrennt bleibender Gesellschaftsanteile durch einen Gesellschafter (etwa bei Vor- und Nacherbfolge sowie Nießbrauchsbelastung oder Testamentsvollstreckung) bejaht (§ 105 Rdnr. 25); (b) die Möglichkeit des Nebeneinanderbestehens mehrerer Gesellschaftsanteile in der Hand desselben Gesellschafters, die in eben diesen Fällen in Durchbrechung des Grundsatzes der Einheitlichkeit der Beteiligung (zu Recht) zulässig sein soll (§ 105 Rdnr. 78); (c) die Möglichkeiten stillschweigend eingegangener Gesellschaftsverhältnisse (Ehegatten werden insoweit allerdings den Tatbestand der oHG bereits mangels erforderlicher Außenorganisation nicht erfüllen, § 105 Rdnr. 50); (d) das Verhältnis von Gesellschaftsbeteiligung und Gütergemeinschaft, das *K. Schmidt* entgegen dem BGH, der den Gesellschaftsvertrag bei Fehlen einer ausdrücklichen Vereinbarung von Vorbehaltsgut als unwirksam ansieht, durch die Annahme des automatischen Entstehens von Sondergut lösen will (§ 105 Rdnr. 143).

## 7. Rechnungslegungspflicht der nur eigenes Vermögen verwaltenden oHG

Was Vollständigkeit und Darstellungstiefe des Kommentars betrifft, bleiben nur wenige Wünsche offen. Aus notarieller Sicht zu begrüßen wäre eine explizitere und ggf. differenzierte Behandlung der „nur eigenes Vermögen verwaltenden“ oHG im Sinne von § 105 Abs. 2 Satz 1 HGB. Nach *K. Schmidt* ist gemäß § 6 Abs. 1 HGB jede oHG als Handelsgesellschaft Kaufmann (§ 105 Rdnr. 11). Während die nicht eingetragene oHG kraft ihres Gewerbebetriebs Kaufmann sei, sei dies die eingetragene oHG kraft Rechtsform; diese sei damit auch kraft Rechtsform gemäß § 238 HGB rechnungslegungspflichtig; der durch das BilMoG eingeführte § 241a HGB, der Einzelkaufleute innerhalb bestimmter Umsatz- und Jahresüberschussgrenzen von der Buchführungspflicht befreit, finde (auf eine Gesellschaft) keine Anwendung. Die nur ihr eigenes Vermögen verwaltende oHG wird damit in jeder Hinsicht

über den „gleichen Leisten“ wie die gewerbliche oHG geschlagen. Diese Auffassung erscheint vor dem Hintergrund, dass *K. Schmidt* – entgegen der herrschenden Meinung – § 105 Abs. 2 Satz 1 Alt. 2 HGB als Auffangtatbestand für jegliche zu einem gesetzlich zulässigen Zweck gebildete Personengesellschaften ansieht, die nicht ohnehin ein Handelsgewerbe betreiben (oHG als Allzweckgesellschaft, § 105 Rdnr. 58 ff.), konsequent. Gleichwohl sind Zweifel angebracht.

Zustimmung verdient freilich der Ansatz, dass auch auf die nur eigenes Vermögen verwaltende oHG grundsätzlich die für Kaufleute geltenden Vorschriften Anwendung finden, denn hierfür sprechen nicht nur der eindeutige Wortlaut des § 6 Abs. 1 HGB, sondern auch Grundsätze des Verkehrsschutzes, die im Rechtsgedanken des § 5 HGB ihren Niederschlag gefunden haben: Wer unter einer Firma im Handelsregister eingetragen ist, kann sich nicht darauf berufen, das unter seiner Firma betriebene Gewerbe sei kein Handelsgewerbe.

Etwas anderes dürfte allerdings für die Rechnungslegungs- und Buchführungspflichten gelten. Der gesetzliche Schutzzweck der Rechnungslegungspflicht nach § 238 HGB besteht in der Dokumentation des Vermögens und der Vermögensentwicklungen mit dem Ziel der Klarheit, Übersichtlichkeit und Überprüfbarkeit für den Verpflichteten; daneben wird dem Gläubigerschutzgedanken, dem Schutz der Gesellschafter und der Sicherheit des Rechtsverkehrs durch die Beweissicherungs- und Selbstinformationsfunktion Rechnung getragen (*Graf*, MünchKommBilanzR, § 238 Rdnr. 2); diese Schutzzwecke richten sich auf den Handelsverkehr, nicht aber auf die private Vermögensverwaltung. Für eine nur ihr eigenes Vermögen verwaltende (nicht gewerbliche) Personengesellschaft gelten sie deshalb nicht, vgl. ebenso *Demuth/Klingbeil*, DStR 2009, 2537, 2539. Dafür spricht auch, dass ein zu Unrecht im Handelsregister eingetragener Nichtkaufmann nach der Verkehrsschutznorm des § 5 HGB zwar die kaufmännischen Vorschriften gegen sich gelten lassen muss, nach herrschender Meinung aber gleichwohl nicht buchführungspflichtig sein soll, vgl. *Baumbach/Hopt*, HGB, § 238 Rdnr. 7 m. w. N. Darüber hinaus ist der Einzelkaufmann nur mit seinem Betriebsvermögen buchführungspflichtig, nicht auch mit seinem Privatvermögen, *Baumbach/Hopt*, a. a. O., Rdnr. 7. Da das Vermögen der nur vermögensverwaltenden oHG ihrerseits ausschließlich privater Natur ist, muss sie in gleicher Weise von der Buchführungspflicht befreit sein. Dieser Typus der oHG und in gleicher Weise auch alle anderen nur privates Vermögen verwaltenden Handelsgesellschaften, etwa die nicht gewerbliche GmbH & Co. KG, sind also vom Anwendungsbereich des § 238 HGB ausgenommen, die nicht gewerbliche GmbH & Co. KG demzufolge auch von der Pflicht zur Veröffentlichung ihres Jahresabschlusses nach §§ 264a, 325 ff. HGB.

Trotz Behandlung der nur eigenes Vermögen verwaltenden oHG als Formkaufmann im Allgemeinen wird man die Geltung kaufmännischer Sonderrechtsregeln nicht nur in dem genannten, sondern auch in anderen Fällen jeweils am Schutzzweck der entsprechenden Norm zu überprüfen haben.

## 8. Zusammenfassung

Der Münchener Kommentar zum HGB bietet dem Leser als Nachschlagewerk einen raschen, äußerst fundierten und umfassenden Einblick in die zahllosen Details des Handels- und Personengesellschaftsrechts. Gleichzeitig gelingt es den Autoren aber auch, dessen dogmatische Grundlagen nach Art einer Monographie klar, dogmatisch schlüssig, gleichzeitig aber auch verständlich und anschaulich darzustellen. Gerade im 2. Band zur oHG verweilt man daher gerne längere Zeit.

Notar Dr. *Christoph Giehl*, Erlangen

**Stoye-Benk/Cutura: Handbuch Umwandlungsrecht für die rechtsberatende und notarielle Praxis. 3. Aufl., C. F. Müller, 2012. 404 S., 79,95 €**

Bereits in der dritten Auflage ist das Handbuch Umwandlungsrecht der württembergischen Notarassessorin *Christiane Stoye-Benk* und des Rechtsanwalts *Vladimir Cutura* erschienen. Dabei wurden nach Angabe der Autoren sowohl das am 15.7.2011 in Kraft getretene Dritte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes als auch der Umwandlungssteuererlass zum SEStG vom 11.11.2011 berücksichtigt, so dass das Werk sowohl in zivilrechtlicher als auch in steuerrechtlicher Hinsicht auf dem aktuellen Stand der Dinge ist. Anzumerken ist hierzu freilich, dass sich die Hinweise zum Umwandlungssteuererlass 2011 im Wesentlichen auf die wörtliche Wiedergabe einiger Abschnitte desselben beschränken.

Selbst auferlegte Zielsetzung des Handbuchs ist es, sowohl dem Einsteiger eine prägnante Einführung zu bieten, die bereits in die Tiefe geht, als auch dem häufig mit Umwandlungsfällen befassten Praktiker schnelle Antworten auf seine Einzelfragen zu geben. Um diese Ziele zu erreichen, gehen die Autoren nach einer kurzen Einleitung zunächst auf den allgemeinen Teil des Umwandlungsrechts ein, wobei zahlreiche praxisrelevante Fragen in einem Abschnitt zum Zusammenspiel von Umwandlungsgesetz und anderen Gesetzen behandelt werden. In diesem Teil finden sich klassische Probleme der Arbeitnehmerbeteiligung wie beispielsweise die Betriebsratszuleitung ebenso behandelt wie das Problem durch auf-schiebende Bedingungen verknüpfter Kettenumwandlungen oder – überblicksmäßig – kartellrechtliche, steuerrechtliche oder kostenrechtliche Fragestellungen. Auch wenn man sich insofern über den strukturellen Aufbau des Bandes streiten kann, ist es äußerst verdienstvoll, derartige praxisrelevante Fragen zumindest cursorisch darzustellen.

In den weiteren Kapiteln werden die Umwandlungsarten der Verschmelzung, der Spaltung, des Formwechsels und – aufgrund der mangelnden Praxisrelevanz zurecht nur überblicksartig – der Vermögensübertragung dargestellt. Im abschließenden Kapitel stellen die Autoren einige Gestaltungsüberlegungen zu Umwandlungen einschließlich alternativer Wege der Umstrukturierung von Unternehmen außerhalb des Umwandlungsgesetzes an. Man mag einen kleinen Wermutstropfen darin erblicken, dass diese wichtigen Überlegungen nur relativ kurz und versteckt am Ende des Buches angestellt werden.

Sieht man von diesen strukturellen und einigen formellen Kritikpunkten (Fehler im Literaturverzeichnis, Unzulänglichkeiten in der Zitierung wie z. B. in Kap. 3, Fußnoten 4 und 15, fehlerhafte Formatierung des Stichwortverzeichnisses ab dem Stichwort „Spaltungsbericht“, Gliederung in Kap. 7 enthält zwar einen Teil I., aber keinen Teil II.) ab, so bleibt Lob für ein Werk, das in verständlicher Sprache alle wesentlichen Fragen des Umwandlungsrechts auch für den Einsteiger nachvollziehbar darstellt. Die Kapitel zu den einzelnen Umwandlungsarten gehen dabei den aus Praktikersicht zu begrüßenden Weg, die einzelnen Teile der Umwandlungsdokumentation nacheinander zu erörtern und jeweils die wesentlichen inhaltlichen Fragen hierzu darzustellen. Als äußerst hilfreich erweisen sich dabei die tabellarischen Übersichten, beispielsweise zum Erfordernis einer Verschmelzungsprüfung, geordnet nach den beteiligten Rechtsträgern, oder den für die einzelnen Rechtsträger zu beachtenden besonderen Vorschriften für die Ladung und Vorbereitung der Versammlung der Anteilinhaber.

Für den Praktiker wertvoll sind auch die zahlreichen Muster zu klassischen Umwandlungsvorgängen, deren zugrundeliegende Fallkonstellation vorab anschaulich und teilweise mit Skizzen erläutert wird. Die Muster entsprechen dabei im Wesentlichen der aktuellen Vertragspraxis, wobei strittige Fragestellungen als solche gekennzeichnet und unter Darstellung der hierzu ergangenen Rechtsprechung und vorhandenen Literatur erläutert werden. Kritik ist hier nur vereinzelt angebracht, so beispielsweise hinsichtlich des Musters in Kap. 5 Rdnr. 53 (Formwechsel einer GmbH & Co. KG in eine GmbH), im Rahmen dessen trotz Nichtvorliegens entsprechender ober- oder gar höchstrichterlicher Rechtsprechung entgegen dem Grundsatz der Identität der Anteilseigner beim Formwechsel das Ausscheiden der bisherigen persönlich haftenden Gesellschafterin im Zuge des Formwechsels als unproblematisch möglich dargestellt wird.

Alles in Allem verdient das Werk – auch wenn es die Standardkommentare und umfangreichen Mustersammlungen wie insbesondere den *Widmann/Mayer* nicht ersetzen kann (und will) – großes Lob. Den Autoren ist es gelungen, das Umwandlungsrecht gerade für Einsteiger anschaulich darzustellen und gleichzeitig zahlreiche Praxisfragen in der Tiefe hinreichend zu beleuchten sowie taugliche Muster für wichtige Umwandlungsfälle bereitzustellen. Für die nächste Auflage wäre es allerdings wünschenswert, bei den Formalien wie Inhaltsverzeichnis, Fußnotenapparat und Stichwortverzeichnis sauberer zu arbeiten.

Notar Dr. *Simon Weiler*, Bamberg

**Miras: Die neue Unternehmergesellschaft. 2. Aufl., Beck, 2011. 147 S., 36 €**

Bereits in zweiter Auflage ist mittlerweile das Buch „Die neue Unternehmergesellschaft“ des Osnabrücker Hochschullehrers *Antonio Miras* erschienen. Auf 128 Seiten wird nach einem ausführlichen Quellenverzeichnis mit Literatur zur Unternehmergesellschaft zunächst ein Überblick über die rechtlichen Grundlagen und die Entstehung einer Unternehmergesellschaft gegeben, bevor *Miras* auf Besonderheiten in Bezug auf das aufzubringende Stammkapital eingeht. Etwas ausführlicher schließt sich die Behandlung der aus § 5a GmbHG folgenden Besonderheiten der Unternehmergesellschaft hinsichtlich der Firmierung, der Thesaurierungsverpflichtung des § 5a Abs. 3 GmbHG und der von § 49 Abs. 3 GmbHG abweichenden Vorgabe des § 5a Abs. 4 GmbHG zur Einberufung von Gesell-

schafterversammlungen bei drohender Zahlungsunfähigkeit an. Es folgt eine Darstellung von Neuerungen des GmbH-Rechts durch das MoMiG, beispielsweise der vereinfachten Gründung durch Musterprotokoll, zur Kapitalaufbringung sowie zu den Geschäftsanteilen, unter Rekurs auf etwaige Besonderheiten bei der Unternehmergesellschaft. Nach dem den Textteil abschließenden Überblick zu möglichen Einsatzgebieten für eine Unternehmergesellschaft in der Praxis, wird das zu besprechende Werk abgerundet durch einen Formularteil.

Zu der die Praxis und die Gerichtsbarkeit bewegenden Fragestellung, ob bei einer den Betrag des Mindeststammkapitals von 25.000 € nach § 5 Abs. 1 GmbHG erreichenden oder übersteigenden Kapitalerhöhung die Einschränkungen des § 5a Abs. 2 GmbHG zu beachten sind oder nicht, hat sich der Autor bereits vor den entsprechenden obergerichtlichen Ge-

richtsentscheidungen unter Rückgriff auf die ratio legis – zu Recht – gegen eine Anwendung ausgesprochen. *Miras* legt in Rdnr. 157 ff. ausführlich dar, dass das Sacheinlageverbot – wie mittlerweile vom BGH, DNotI-Report 2011, 86 = Mitt-BayNot 2011, 413 auch entschieden – bereits für den Kapitalerhöhungsvorgang selbst nicht mehr gilt. Ferner spricht der Autor sich bei Barkapitalerhöhungen für eine Zulässigkeit von Teileinzahlungen gemäß §§ 56a, 7 Abs. 2 GmbH aus, mit der eine Besserstellung der Unternehmergesellschaft gegenüber einer herkömmlichen GmbH vermeidenden Einschränkung, dass analog § 7 Abs. 2 Satz 2 GmbHG mindestens die Hälfte des Differenzbetrages zwischen dem bisherigen Stammkapital und dem Mindestkapital von 25.000 € eingezahlt sein muss. Insbesondere mit dem Argument, der Übergang in die gewöhnliche GmbH sei schon aus gesetzgeberischer Intention heraus gewünscht und solle nicht erschwert werden, wurde Letzteres auch vom OLG Hamm, DNotI-Report 2011, 127, und vom OLG Stuttgart, Beschluss vom 13.10.2011, 8 W 341/11, zu finden auf der Homepage des Deutschen Notarinstituts, bestätigt.

Zum knapp gehaltenen Formulareil ist anzumerken, dass im Zusammenhang mit dem Übergang der Unternehmergesellschaft auf eine reguläre GmbH per Kapitalerhöhung aus Gesellschaftsmitteln zum Handelsregister, anders als in Rdnr. 426 angegeben, nicht eine privatschriftliche geänderte Gesellschafterliste, sondern im Hinblick auf § 40 Abs. 2 GmbHG eine elektronisch beglaubigte Abschrift der aktuellen

notariellen Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung unter Einbeziehung der neuen Geschäftsanteile (vgl. auch *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl., § 57i Rdnr. 1) einzureichen ist.

Für die weiteren, noch nicht höchstrichterlich geklärten und teilweise von den Registergerichten unterschiedlich gehandhabten Streitfragen – exemplarisch sei das Schicksal der Vertretungsbefugnis und der Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des ursprünglich einzigen Geschäftsführers der Unternehmergesellschaft bei späterer Bestellung weiterer Geschäftsführer ohne gleichzeitige Satzungsänderung genannt (hierzu etwa DnotI-Report 2010, 16 f.) – bleibt weiterhin nur übrig, die Praxis des zuständigen Registergerichts in Erfahrung zu bringen und die künftige Rechtsentwicklung zu beobachten.

Wie auf der Umschlagsrückseite angegeben, handelt es sich um eine Darstellung für alle, die einen Überblick über die Unternehmergesellschaft als neue Rechtsformvariante der GmbH gewinnen wollen. Trotz des Versuchs, über die Darstellung der infolge des MoMiG sich ergebenden Neuerungen den Bogen über die Unternehmergesellschaft hin zur GmbH zu spannen, vermag das Werk, auch bedingt durch seinen Umfang, einen Kommentar zum GmbHG nicht zu ersetzen, der bei entsprechenden Fragestellungen noch zu Rate zu ziehen sein wird. Für die Zielgruppe der Notare ist das zu besprechende Werk daher nur zur Ergänzung der Bibliothek geeignet.

Notar Dr. *Ingmar Wolf*, Eichstätt

### **Diehn/Neie/Rebhan: Klausurenkurs für die notarielle Fachprüfung. Beck, 2012. 152 S., 39,80 €**

Das Buch hat es sich zum Ziel gesetzt, auf die notarielle Fachprüfung für Anwaltsnotare vorzubereiten. Dieses Ziel wird mit der bekanntlich effektivsten Lernmethode umgesetzt: durch einen Klausurenband, der es ermöglicht, anhand von acht Klausuren mit vollständig ausgearbeiteten Lösungen selbst Fallgestaltungen aktiv zu durchdenken und gedanklich auszuarbeiten. Nach einer angenehm straff gehaltenen Einleitung (11 Seiten) über Prüfungsverfahren, Prüfungsanforderungen und Zugangsvoraussetzungen zum Anwaltsnotariat, startet das Werk mit drei Klausuren aus dem Immobilienrecht, gefolgt von vier Klausuren aus den Bereichen Erb- und Familienrecht, um mit einer Gesellschaftsrechtsklausur die notariellen Themengebiete abzurunden.

Die dargebotenen Fälle sind praxisrelevant und überaus lehrreich, insbesondere aufgrund der instruktiven und inhaltlich tiefgehenden Lösungshinweise. Im Vergleich zum Beispiel mit angebotenen Klausurenkursen für Rechtsreferendare ist das inhaltliche Niveau – freilich bedingt durch die genannte Zielsetzung – deutlich höher. Selbstverständlich kann der Klausurenband nicht als Nachschlagewerk für konkrete Fragestellungen dienen, weil er aus dem breiten Spektrum des notariellen Tätigkeitsfeldes nur einige Problempunkte herausgreifen kann.

Sehr aktuell und informativ ist dabei beispielsweise die Gesellschaftsrechtsklausur rund um die Probleme der UG, wo es um die Kapitalerhöhung der UG auf das GmbH-Stammkapital, das Volleinzahlungsgebot, die Rechtsnatur der Geschäftsführerbestellung als nur formellem Satzungsbestandteil sowie um die Einzelvertretungsbefugnis und die Befreiung von § 181 BGB bei Bestellung eines weiteren Geschäftsführers geht. Dies verdeutlicht, dass es den Verfassern gelingt, trotz der Einbettung in eine Klausurlösung ganze Themenkomplexe gründlich aufzu-

arbeiten. Auch die Literatur- und Rechtsprechungsnachweise in den für ein Falllösungsbuch zahlreichen Fußnoten belegen, dass die jeweils zu prüfende Materie umfassend abgehandelt wird. Als weitere aktuelle Thematik wird z. B. die neue Rechtsprechung zur Rückforderung von Schenkungen an Schwiegerkinder behandelt. Aufgezeigt werden weiterhin die Lösung des BGH zu § 1193 Abs. 2 BGB, der Gesamtgrundschuld mit unterschiedlichen Fälligkeiten und die Gefahren beim Grundstückserwerb durch eine GbR. Daneben kommen auch „Klassiker“ wie z. B. die Immobilienveräußerung bei eingetragener Zwangsversteigerungsvermerk oder die Teilflächenveräußerung mit den Folgeproblemen der Finanzierung und Dienstbarkeitsabsicherung nicht zu kurz. Lobenswert ist dabei vor allem, dass die Falllösungen der Verfasser es nicht bei einer Musterformulierung für den Vertrag belassen, sondern reichlich Hintergrundinformationen geben und die Probleme umfassend darstellen: Wer ist gegen welche Gefahren abzusichern und welche verschiedene Möglichkeiten gibt es dazu? Welche Gestaltungsalternativen sind aus welchen Gründen zu verwerfen?

Auch wenn es in Bayern keine notarielle Fachprüfung gibt, so eignet sich das Werk hervorragend für alle Notarassessoren und Notarassessorinnen. Zudem kann es eine wertvolle Hilfe für die Vorbereitung auf die Inspektorenprüfung sein. Die Falllösungen bieten auf hohem Niveau gezielt Lösungen für Alltags- und vereinzelt auch Sonderprobleme. Das Problembewusstsein insgesamt wird geschult und geschärft. Es werden sowohl Hinweise zur Gestaltung der Urkunde, zu Kostenfolgen als auch zur Beratung gegeben; somit ein hilfreicher „Rundumschlag“ durch verschiedenste Fragestellungen. Im Gegensatz zu einem umfangreichen Handbuch hat das Buch eine überschaubare Seitenanzahl. Die Lektüre des Buches kann dem Notarassessor in Ausbildung uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarassessorin Dr. *Melanie Falkner*, Bamberg

## RECHTSPRECHUNG

### Bürgerliches Recht

1. BGB § 442 Abs. 1 Satz 1, § 130 Abs. 1 Satz 2, § 437 Nr. 2 und 3, § 346 Abs. 1, §§ 281, 280 Abs. 1, 3, § 276 Abs. 2, §§ 444, 355, 433, 439, 463 (*Beurkundung des Angebots als maßgebender Zeitpunkt für Kenntnis vom Mangel*)

1. **Macht der Käufer das Angebot für einen Grundstückskaufvertrag, das von dem Verkäufer in getrennter Urkunde angenommen wird, kommt es für seine Kenntnis vom Mangel im Sinne des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht auf den Zeitpunkt der Annahme des Angebots, sondern auf den Zeitpunkt der Beurkundung des Angebots an.**
2. **Das gilt nicht, wenn der Käufer die Weiterleitung seines Angebots selbst hinausgezögert oder wenn er Veranlassung hatte, sich nach Möglichkeiten zu erkundigen, den Eintritt der Bindungswirkung seines Angebots zu verhindern, und rechtzeitig hätte entsprechend tätig werden können.**

BGH, Urteil vom 15.6.2012, V ZR 198/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Kläger ließen am 24.11.2006 als Käufer ein Angebot an die beklagte Verkäuferin zum Kauf eines mit einem Altbau aus dem Jahr 1920 bebauten Grundstücks für 123.950 € notariell beurkunden. Das Angebot enthält einen Haftungsausschluss für Sachmängel und sollte vier Wochen nicht widerruflich sein. Am 30.11.2006 besichtigten die Kläger das Anwesen mit dem Makler, den sie mit der Vermittlung eines Käufers für den von vornherein beabsichtigten Weiterverkauf des Anwesens beauftragt hatten, und stellten – nach dem Auszug der bisherigen Bewohner sichtbar gewordene – Feuchtigkeitsschäden fest. Sie teilten der Vertriebspartnerin der Beklagten mit Schreiben vom 3.12.2006 mit, sie erwarteten von der Beklagten, dass sie die Kosten der Beseitigung der Schäden von etwa 30.000 € übernehmen werde. Diese erhielt das Angebot der Kläger mit einem bei ihr am 14.12.2006 eingegangenen Telefax des Notars vom 12.12.2006 und nahm es am 27.12.2006 formgerecht an. Zu diesem Zeitpunkt kannte sie die Feuchtigkeitsschäden. Ob sie auch wusste, dass die Kläger die Übernahme der Kosten für deren Beseitigung von ihr erwarteten, ist nicht festgestellt. Die Kläger verkauften das Anwesen Ende 2007 unsaniert für 133.000 € und verlangen Ersatz der Schadensbeseitigungskosten, die sie auf 35.000 € beziffern, sowie Ersatz vorgerichtlicher Anwaltskosten i. H. v. 1.604,12 €, jeweils nebst Zinsen.

Die Klage ist in den Vorinstanzen ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihre Zahlungsanträge weiter. Die Beklagte beantragt, das Rechtsmittel zurückzuweisen.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht meint, die Haftung der Beklagten scheitert schon an dem Haftungsausschluss. Auf diesen dürfe sich die Beklagte berufen, weil sie nicht arglistig gehandelt habe. Sie habe die Kläger über die Feuchtigkeitsschäden nicht aufklären müssen, weil diese Kenntnis hiervon erlangt hätten. Maßgeblich sei dabei der Zeitpunkt, zu dem sich die Kläger ihrer Vertragserklärung nicht mehr hätten entziehen können. Das sei der Zugang des Angebots bei der Beklagten. Bis dahin hätten die Kläger ihr Angebot nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen können. Zu diesem Zeitpunkt hätten sie indessen Kenntnis von den Schäden gehabt.

#### II.

Diese Erwägungen halten einer rechtlichen Prüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung lassen sich die geltend gemachte Ansprüche nicht verneinen.

1. Noch zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass sich der Anspruch auf Ersatz der Mängelbeseitigungskosten sowohl gemäß § 437 Nr. 3 BGB i. V. m. § 441 Abs. 1, 4 und § 346 Abs. 1 BGB auf Minderung als auch gemäß § 437 Nr. 2 BGB i. V. m. § 280 Abs. 1, 3 und § 281 BGB auf Schadensersatz statt des ausgefallenen Leistungsteils stützen lässt.

a) Der Kaufvertrag ist wirksam zustande gekommen. Die Beklagte hat das Angebot der Kläger zwar erst nach Ablauf von vier Wochen seit dem Tag der Beurkundung angenommen. Die Annahmefrist von vier Wochen begann aber nicht schon mit dem Tag der Beurkundung zu laufen, sondern erst mit dem Tag, an dem das Angebot und damit auch die in ihm vorgesehene Annahmefrist wirksam geworden sind. Das ist nach § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB der Tag, an dem das Angebot der Beklagten zugegangen ist, hier nach den Feststellungen des Berufungsgerichts der 14.12.2006. Die Angebotsfrist, zu deren Einhaltung nach dem Angebot nur die rechtzeitige Abgabe der Annahmeerklärung, nicht auch deren rechtzeitiger Zugang bei den Klägern erforderlich war, ist durch die Erklärung der Beklagten vom 27.12.2006 gewahrt.

b) Das verkaufte Grundstück hatte, wovon auch das Berufungsgericht ausgeht, einen Mangel. Feuchtigkeitsschäden stellen bei einem sehr alten Gebäude wie dem hier verkauften zwar nicht immer einen Mangel dar (Senat, Urteile vom 7.11.2008, V ZR 138/07, juris Rdnr. 13, vom 27.3.2009, V ZR 30/08, BGHZ 180, 205, 208 Rdnr. 8, und vom 16.3.2012, V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 175 f. Rdnr. 14). Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts war die Feuchtigkeit aber so erheblich, dass sie zur Bildung von Schimmel geführt und damit die Nutzung der Kellerräume in einem auch bei Altbauten nicht mehr bauartbedingt hinzunehmenden Umfang beeinträchtigt hatte.

c) Diesen Mangel hat die Beklagte, worauf es bei dem Anspruch auf Schadensersatz statt der Leistung weiter ankommt, zu vertreten (§ 280 Abs. 1 Satz 2 BGB), weil sie die im Verkehr gebotene Sorgfalt (§ 276 Abs. 2 BGB) verletzt hat. Sie hat das Kaufangebot der Kläger angenommen, ohne die Feuchtigkeitsschäden zu beseitigen und ohne auf die Aufnahme einer entsprechenden Vereinbarung in den Kaufvertrag zu dringen, obwohl sie, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, jedenfalls bei Annahme des Angebots die Feuchtigkeitsschäden kannte.

2. Die Ansprüche scheitern entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht an dem in dem Vertrag vereinbarten Ausschluss der Haftung für Sachmängel.

a) Ob sich das, wie die Kläger meinen, gemäß § 444 BGB daraus ergibt, dass die Beklagte den Klägern die Feuchtigkeitsschäden arglistig verschwiegen hat, ist allerdings zweifelhaft. Der Verkäufer muss Umstände, die für den Kaufentschluss des Käufers erheblich sind, von sich aus nur offenbaren, wenn er sie selbst kennt oder sie zumindest für möglich hält (Senat, Urteil vom 7.3.2003, V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990). Das ist für die Zeit vor der Entdeckung der Feuchtigkeit durch die Kläger zwischen den

Parteien streitig und nicht festgestellt. Für die Zeit danach ist die Pflicht der Beklagten zur Offenbarung der Feuchtigkeit zweifelhaft, weil der Verkäufer über Mängel nicht aufklären muss, die einer Besichtigung zugänglich und damit ohne Weiteres erkennbar sind (Senat, Urteile vom 2.2.1996, V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 34 = MittBayNot 1996, 193, und vom 16.3.2012, V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 176 Rdnr. 21) oder die der Käufer kennt (Senat, Urteil vom 7.2.2003, V ZR 25/02, NJW-RR 2003, 772, 773). Ob sich hier etwas anderes daraus ergibt, dass die Kläger den Feuchtigkeitsschaden erst entdeckt hatten, als ihr Angebot bereits beurkundet war, bedarf keiner Entscheidung.

b) Für diesen Mangel gilt der Haftungsausschluss nämlich nicht.

aa) Der Haftungsausschluss ist nur scheinbar eindeutig und bedarf der Auslegung. Diese hat das Berufungsgericht nicht vorgenommen. Sie kann der Senat nachholen, weil die maßgeblichen Urkunden vorliegen und eine weitere Sachaufklärung die Feststellung zusätzlicher für die Auslegung relevanter Umstände nicht erwarten lässt.

bb) Die Auslegung ergibt, dass der Haftungsausschluss einschränkend auszulegen ist und für den Kaufabschluss eines Käufers wesentliche Mängel nicht erfasst, die der Beklagten als Verkäuferin bei Annahme des Angebots bekannt waren.

(1) Die Entscheidung darüber, ob sie den Grundstückskaufvertrag in einer gemeinsamen Verhandlung vor dem Notar schließen oder ob sie den Weg einer getrennten Beurkundung von Angebot und Annahme wählen und wer von ihnen welche dieser beiden Erklärungen beurkunden lassen soll, treffen die Parteien nach praktischen Gesichtspunkten oder im Hinblick darauf, dass sich eine Partei ihre Entscheidung, ob sie den Vertrag schließen möchte, noch einige Zeit offen halten möchte. Die Wahl der Vertragsschlusstechnik wird dagegen nicht durch das im Vertrag geregelte Haftungsrecht bestimmt und hat ihrerseits darauf keinen Einfluss. Auszugehen ist vielmehr davon, dass die Parteien unabhängig von der gewählten Technik den Vertrag so abschließen wollen, als wenn sie beide zu einer gemeinsamen Verhandlung vor dem Notar zusammenkämen. Ihre wechselseitige Rechtsstellung soll nicht schlechter, aber auch nicht besser sein, wenn sie stattdessen den Weg einer getrennten Beurkundung wählen, und auch nicht davon abhängen, ob der Käufer das Vertragsangebot macht oder der Verkäufer. Deshalb sind die Vertragserklärungen der Parteien bei einem Vertragsschluss durch eine gesondert beurkundete Annahme eines Angebots so auszulegen, dass sie inhaltlich einem unter Teilnahme beider Parteien beurkundeten Vertrag entsprechen.

(2) Bei gemeinsamer Teilnahme der Vertragsparteien am Beurkundungstermin trafe den Verkäufer die Pflicht, verborgene Mängel oder Umstände, die nach der Erfahrung auf die Entstehung und Entwicklung bestimmter Mängel schließen lassen, auch ungefragt dem Käufer zu offenbaren, wenn sie für dessen Entschluss von Bedeutung, insbesondere die beabsichtigte Nutzung erheblich zu mindern geeignet sind (Senat, Urteile vom 7.6.1978, V ZR 46/75, WM 1978, 1073, 1074, und vom 16.3.2012, V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 176 Rdnr. 21). Der Käufer hätte dann Gelegenheit, mit dem Verkäufer über Änderungen des Vertragstextes zu verhandeln oder von dem Vertragsschluss Abstand zu nehmen. Diese Möglichkeit besteht bei einem gestreckten Vertragsschluss durch gesonderte Annahme des Vertragsangebots des Käufers durch den Verkäufer nicht. Der Käufer wäre bei einem Vertragsschluss auf diesem Weg auch nicht in der Lage, auf Hinweise des Verkäufers zu Mängeln zu reagieren. Sein Vertragsangebot ist nach Zugang bei dem Verkäufer bindend. Er kann es weder zurück-

ziehen noch ändern. Er kann nicht verhindern, dass der Verkäufer das Angebot annimmt. Für den Verkäufer ist bei dieser Situation offensichtlich, dass der Käufer den in das Angebot aufgenommenen Haftungsausschluss nicht für Mängel gelten lassen will, die der Verkäufer bei Erklärung der Annahme kennt. Offenbaren müsste der Verkäufer ihm diese Mängel zwar nur, wenn sie einer Besichtigung nicht zugänglich und nicht ohne Weiteres erkennbar sind (Senat, Urteil vom 16.3.2012, V ZR 18/11, ZNotP 2012, 174, 176 Rdnr. 21). Ob und zu welchem Zeitpunkt diese Voraussetzungen eingetreten sind, kann der Käufer aber bei Abgabe und Zugang seines Angebots typischerweise nicht einschätzen. Er kann dem Verkäufer sinnvollerweise nur einen Haftungsausschluss für Mängel anbieten, die dieser nicht kennt, und es ihm überlassen, ob er von der Annahme des Angebots absieht oder ob er das Angebot mit dem eingeschränkten Haftungsausschluss annimmt und eine etwaige Kenntnis des Käufers vom dem Mangel nach Maßgabe von § 442 BGB einwendet.

3. Die Ansprüche der Kläger müssen auch nicht daran scheitern, dass sie vor der Annahme ihres Angebots durch die Beklagte von den Feuchtigkeitsschäden erfahren haben.

a) Nach § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB sind die Rechte des Käufers wegen eines Mangels, den er bei Vertragsschluss kennt, allerdings ausgeschlossen. Zustande gekommen ist der Kaufvertrag hier mit der Annahme des Vertragsangebots der Kläger durch die Beklagte. Zu diesem Zeitpunkt waren den Klägern die Feuchtigkeitsschäden bekannt.

b) Auf das förmliche Zustandekommen des Vertrags kommt es indessen bei einem gestreckten Vertragsschluss nicht an. In dieser Fallkonstellation ist die Vorschrift im Wege der teleologischen Reduktion einschränkend auszulegen. Maßgeblich ist bei einem so zustande gekommenen Vertrag die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Beurkundung des Angebots, nicht bei Annahme des Angebots durch den Verkäufer.

aa) Umstritten ist schon die Frage, ob es auf die Kenntnis des Käufers vom Mangel im Zeitpunkt des förmlichen Zustandekommens des Vertrags oder bei Abgabe seines Angebots ankommt. Teilweise wird auch bei einem gestreckten Vertragsschluss der Zeitpunkt des Zustandekommens des Vertrags für maßgeblich gehalten (*Lemke/D. Schmidt*, Immobilienrecht, § 442 BGB Rdnr. 7; *Palandt/Weidenkaff*, 71. Aufl., § 442 Rdnr. 8). Nach der Gegenansicht ist auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem der Käufer sein Angebot abgibt (*Bamberger/Roth/Faust*, BGB, Online-Edition 24, Stand 1.3.2011, § 442 Rdnr. 7; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, 2004, § 442 Rdnr. 19; unklar *MünchKommBGB/H. P. Westermann*, 6. Aufl., § 442 Rdnr. 6). Dabei soll es unerheblich sein, ob der Käufer seine Vertragserklärung noch nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen könnte, wenn er von dem Mangel erfährt. Ein ähnliches Meinungsbild ergibt sich bei der vergleichbaren Frage danach, ob es bei einem nach § 355 BGB widerrufenen Kaufvertrag auf die Kenntnis des Käufers vom Mangel bei Vertragsschluss ankommt (so *Bamberger/Roth/Faust*, BGB, OnlineEdition 22, Stand 1.3.2011, § 442 Rdnr. 11; *Erman/Grunewald*, BGB, 13. Aufl., § 442 Rdnr. 7; *MünchKommBGB/H. P. Westermann*, 6. Aufl., § 442 Rdnr. 6; *Staudinger/Matusche-Beckmann*, 2004, § 442 Rdnr. 19; *Kiefer*, NJW 1989, 3120, 3125) oder bei Ablauf der Widerrufsfrist (so *Soergel/Huber*, BGB, 12. Aufl., § 460 Rdnr. 18).

Auf welchen Zeitpunkt bei einem notariell beurkundeten Vertragsangebot des Käufers abzustellen ist, wird, soweit ersichtlich, bislang nicht diskutiert. Rechtlich wird ein solches Angebot erst abgegeben, wenn der Notar es dem Verkäufer zuleitet. Wann das geschieht, darauf hat der Käufer regelmäßig keinen Einfluss. In aller Regel erfährt er dies nicht

einmal. Es fragt sich deshalb, ob es auf die Absendung des Angebots durch den Notar ankommt oder auf die Beurkundung der Erklärung.

bb) Nach Auffassung des Senats ist im Grundsatz der Zeitpunkt der Abgabe des Angebots, bei einem notariell beurkundeten Angebot der Zeitpunkt der Beurkundung des Angebots durch den Notar, maßgeblich.

(1) Der Vorschrift des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB liegt der Gedanke zugrunde, dass der Käufer nicht in seinen berechtigten Erwartungen enttäuscht wird, wenn er den Kauf trotz des Mangels gewollt hat. Er ist dann nicht schutzwürdig, denn mit der Geltendmachung von Gewährleistungsansprüchen stellt er sich in Widerspruch zu seinem vorangegangenen Verhalten, nämlich dem Vertragsabschluss in Kenntnis des Mangels (Senat, Urteile vom 3.3.1989, V ZR 212/87, NJW 1989, 2050, und vom 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953, 2954 Rdnr. 14; MünchKommBGB/H. P. Westermann, 6. Aufl., § 442 Rdnr. 1; Soergel/Huber, BGB, 12. Aufl. § 460 Rdnr. 3; Staudinger/Matusche-Beckmann, 2004, § 442 Rdnr. 1). Die Vorschrift stellt deshalb auf die Kenntnis des Käufers von dem Mangel „bei Vertragsschluss“ ab.

(2) Wenn die Annahme des Angebots des Käufers durch den Verkäufer zeitlich versetzt erfolgt, führt das Abstellen auf das förmliche Zustandekommen des Vertrags zu einem von dem Zweck des § 442 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht mehr gedeckten Ausschluss von Mängelrechten. Die Gewährleistungsansprüche des Käufers werden dann nämlich auch für Mängel ausgeschlossen, die er bei Beurkundung seiner Vertragserklärung nicht kannte. Der Haftungsausschluss lässt sich nicht mit einem widersprüchlichen Verhalten des Käufers rechtfertigen. Dieser kann sich von dem Angebot nicht mehr einseitig lösen und den Vertragsschluss verhindern, wenn er nachträglich Kenntnis von einem Mangel erlangt. Das gilt jedenfalls dann, wenn sein Angebot zu diesem Zeitpunkt dem Verkäufer zugegangen ist. Er kann davon ausgehen, dass der Verkäufer das Angebot nur annimmt, wenn er die darin vorgeschlagenen Verkäuferpflichten auch erfüllen kann und sich dessen notfalls vor Annahme des Angebots vergewissert. Die Geltendmachung von Gewährleistungsrechten wegen solcher Mängel kann ihm dann nicht als widersprüchliches Verhalten angelastet werden. Die Vorschrift muss deshalb ihrem Zweck entsprechend eingeschränkt werden. Ausgeschlossen sind nur Mängel, die der Käufer bei Beurkundung seines Angebots kannte.

(3) Nichts anderes gilt, wenn der Käufer in dem Zeitpunkt, in dem er von dem Mangel erfährt, seine Vertragserklärung noch nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB widerrufen könnte. Mit dem Widerruf könnte er sich zwar von der Bindung an sein Angebot lösen. Nutzen kann er diese Möglichkeit aber nur, wenn er die rechtliche Möglichkeit, sich von seiner Erklärung zu lösen, und die tatsächlichen Voraussetzungen dafür kennt oder wenigstens Veranlassung hat, sich nach beidem zu erkundigen. Das hat der Senat für den Fall entschieden, dass der Käufer nach Abschluss eines nichtigen Vertrags, aber vor dessen Heilung von dem Mangel erfährt, von der Nichtigkeit aber keine Kenntnis hatte (Urteile vom 3.3.1989, V ZR 212/87, NJW 1989, 2050 f., und vom 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953, 2954 Rdnr. 14). Für das Fehlen der Kenntnis von einer Widerrufsmöglichkeit nach § 130 Abs. 1 Satz 2 BGB gilt nichts anderes. An der Kenntnis wird es typischerweise fehlen, weil der Käufer die Weiterleitung eines notariell beurkundeten Angebots gewöhnlich nicht verfolgen kann und deshalb nicht weiß, wann es dem Verkäufer zugeht. Deshalb kann dem Käufer auch bei theoretischer Widerruflichkeit seines Angebots der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens nicht gemacht werden.

(4) Das gilt auch für die zusätzliche Lösungsmöglichkeit, die sich für einen Käufer bei der Abgabe eines notariellen Angebots ergeben kann. Bei einem solchen Angebot könnte der Käufer schon die förmliche Abgabe vermeiden, wenn er nachträglich von dem Mangel erfährt. Er müsste den Notar nur anweisen, von der Zuleitung des Angebots an den Verkäufer abzusehen. Voraussetzung dafür ist, dass der Notar das Angebot zu diesem Zeitpunkt noch nicht dem Verkäufer zugeleitet hat. Auch diese Möglichkeit kann der Käufer nur nutzen, wenn er weiß oder wenigstens Anhaltspunkte dafür hat, dass der Notar noch nicht tätig geworden ist. Das ist ein Ausnahmefall. Normalerweise fertigt der Notar ein Angebot unverzüglich aus. Das wird insbesondere dann gelten, wenn es befristet sein soll. Deshalb kann dem Käufer auch unter diesem Gesichtspunkt regelmäßig nicht der Vorwurf widersprüchlichen Verhaltens gemacht werden, wenn er sich auf einen Mangel beruft, von dem er nach Beurkundung seines Angebots Kenntnis erlangt hat.

cc) Etwas anderes gilt indessen, wenn der Käufer die Versendung seines Angebots selbst hinausgezögert oder wenn er Veranlassung hatte, sich nach Möglichkeiten zu erkundigen, den Eintritt der Bindungswirkung seines Angebots zu verhindern, und rechtzeitig hätte entsprechend tätig werden können. Denn dann verhielte er sich widersprüchlich. Er ließe den Vertrag in Kenntnis des Mangels zustande kommen, obwohl er das hätte verhindern können. Das entspricht dem Verhalten, das nach § 442 BGB zum Ausschluss von Mängelrechten führen soll. Eine einschränkende Auslegung der Vorschrift im vorbeschriebenen Sinn wäre dann nicht gerechtfertigt. Es bliebe beim Wortlaut der Regelung in § 442 Abs. 1 BGB, wonach es auf die Kenntnis des Käufers bei Zustandekommen des Vertrags ankommt.

c) Auszugehen ist davon, dass die Kläger zu dem maßgeblichen Zeitpunkt keine Kenntnis von dem Mangel hatten. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts haben die Kläger erst nach der Beurkundung ihres Angebots von den Feuchtigkeitsschäden erfahren. Sie hätten zwar sowohl die Abgabe als auch das Wirksamwerden ihres Angebots verhindern können, weil der Notar es erst mit Schreiben vom 12.12.2006 der Beklagten zugeleitet hat. Feststellungen dazu, ob die Kläger diese Möglichkeit erkannt oder Veranlassung hatten, ihr nachzugehen, hat das Berufungsgericht aber nicht getroffen. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass es an beidem fehlte. Dann wären die Mängelansprüche der Kläger nicht ausgeschlossen.

4. Lassen sich Mängelansprüche nicht ausschließen, kann auch der weiter geltend gemachte Anspruch auf Ersatz von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten nach § 280 Abs. 1 und 2, § 286 BGB begründet sein.

### III.

Die Sache ist noch nicht entscheidungsreif und deshalb zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen. Für die neue Verhandlung weist der Senat auf Folgendes hin:

1. Hinsichtlich des Anspruchsgrunds wird zu prüfen sein, ob die an sich bestehenden Mängelansprüche der Kläger nach § 442 BGB ausgeschlossen sind. Es ist nämlich nach den Umständen nicht auszuschließen, dass diese selbst die verzögerte Versendung des Angebots veranlasst haben oder dass sie Veranlassung hatten, sich zum Beispiel bei dem Urkundsnotar nach der Möglichkeit zu erkundigen, den Eintritt der Bindungswirkung zu verhindern. Das Berufungsgericht hatte bisher keine Veranlassung, dem nachzugehen. Dies wird nachzuholen sein.



2. Die Kläger können den ihnen zu ersetzenden Schaden auf der Grundlage der Mängelbeseitigungskosten berechnen, weil sie von der Beklagten die Herstellung des vertragsgemäßen mangelfreien Zustands verlangen konnten. Dieser Anspruch besteht auch, wenn der Mangel nicht beseitigt werden soll und wenn das Anwesen verkauft ist. Der BGH hat dies für den Nachbesserungsanspruch im Werkvertragsrecht anerkannt (Urteile vom 6.11.1986, VII ZR 97/85, BGHZ 99, 81, 86 ff., und vom 22. 7. 2004, VII ZR 275/03, NJW-RR 2004, 1462, 1463). Für den inhaltsgleichen Nacherfüllungsanspruch im Kaufrecht nach §§ 433, 439 BGB gilt nichts anderes. Die anderen Grundsätzen folgende Rechtsprechung des Senats zu Ansprüchen wegen Beschädigungen eines Grundstücks (Senat, Urteile vom 2.10.1981, V ZR 147/80, BGHZ 81, 385, 390 f., und vom 4.5.2001, V ZR 435/99, BGHZ 147, 320, 322 f.; *Krüger* in FS Wenzel, 2005, S. 491, 493 f.) ist auf diesen Anspruch nicht übertragbar.

3. Einem Anspruch der Kläger stünde auch nicht entgegen, dass sie bei dem Weiterverkauf einen Mehrerlös erzielt haben. Ein solcher Mehrerlös schloss zwar einen Anspruch nach § 463 BGB a. F. aus (Senat, Urteil vom 16.11.2007, V ZR 45/07 NJW 2008, 436, 437). Das beruhte aber darauf, dass der Käufer unter der Geltung von § 463 BGB a. F. keinen Anspruch auf Herstellung der Mangelfreiheit der Kaufsache hatte. Das ist nach § 433 Abs. 1, § 439 BGB anders. Der Mehrerlös führt auch nicht zu einer Einschränkung des Minderungsanspruchs (Senat, Urteil vom 27.5.2011, V ZR 122/10, NJW 2011, 2953, 2954 Rdnr. 9 f.).

2. BGB §§ 752, 2042, 873, 883 Abs. 1 Satz 2, § 885 Abs. 2, § 887; GBO § 44 Abs. 2 Satz 1, §§ 22, 23, 78 Abs. 1, 3 Satz 1 (*Voraussetzungen der Wiederaufladbarkeit einer Vormerkung*)

1. **Die unrichtig gewordene Eintragung einer Vormerkung kann durch nachträgliche Bewilligung für einen neuen Anspruch verwendet werden, wenn Anspruch, Eintragung und Bewilligung kongruent sind.**
2. **An dieser Übereinstimmung fehlt es, wenn die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch des Berechtigten eingetragen ist, die Vormerkung nach der nachfolgenden Bewilligung aber einen anderweitigen, vererblichen Anspruch sichern soll (Fortführung von Senat, BGHZ 143, 175 = NJW 2000, 805).**

BGH, Beschluss vom 3.5.2012, V ZB 258/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Antragstellerin ist seit dem 25.5.2011 Eigentümerin des im Beschlusseingang bezeichneten Wohnungseigentums, das sie mit notariellem Vertrag vom 5.11.2010 von M B gekauft hat.

Diese wurde Eigentümerin der Wohnung aufgrund einer in der notariellen Urkunde vom 13.11.1995 vereinbarten Auseinandersetzung einer aus M W und ihren drei Kindern bestehenden Erbengemeinschaft. M W behielt sich dabei das Recht vor, unter bestimmten Voraussetzungen das Wohnungseigentum (Nr. 2) von ihrer Tochter, M B, zurückzuerlangen. In § 5 des Auseinandersetzungsvertrags wurde dazu Folgendes vereinbart:

„Das Rückforderungsrecht des Übergebers ist nicht übertragbar und nicht vererblich, und zwar auch dann nicht, wenn der Rückforderungsanspruch infolge Bedingungseintritts bereits entstanden, aber noch nicht erfüllt ist.

Zur Sicherung des Rückforderungsrechts bestellt der jeweilige Erwerber hiermit dem Übergeber eine Rückkauflassungsvormerkung am

Wohnungseigentum Nr. 1 bzw. am Wohnungseigentum Nr. 2 und bewilligt, der Übergeber beantragt deren Eintragung in den Wohnungseigentumsbüchern.“

Im Mai 1996 wurde zugunsten von M W in Abteilung II Nr. 2 eine Rückkauflassungsvormerkung gemäß der Bewilligung in der notariellen Urkunde vom 13.11.1995 eingetragen.

Die Antragstellerin hat im März 2011 die Löschung der Auflassungsvormerkung beantragt, da die eingetragene Berechtigte, M W, verstorben sei. Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 25.5.2011 den Löschantrag zurückgewiesen. Die Beschwerde hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde beantragt die Antragstellerin, das Grundbuchamt anzuweisen, die beantragte Löschung vorzunehmen, hilfsweise das Grundbuchamt anzuweisen, die Löschung nicht aus den im Beschluss vom 25.5.2011 genannten Gründen abzulehnen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Beschwerdegericht meint, dass die Voraussetzungen der beantragten Löschung sich nicht nach § 23 GBO, sondern nach § 22 GBO bestimmten. Die Vormerkung sei nicht aufgrund des Todes der Berechtigten zu löschen, weil nicht die Vormerkung, sondern der gesicherte Anspruch auf die Lebenszeit der Berechtigten befristet worden sei. Der nach § 22 GBO erforderliche Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs sei nicht erbracht. Selbst wenn der ursprünglich gesicherte, auf die Lebenszeit von M W befristete Anspruch nicht mehr bestehe, müsse die Vormerkung deswegen nicht erloschen sein. Es sei nämlich nicht auszuschließen, dass die Vormerkung aufgrund eines nach ihrer Eintragung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts nunmehr der Sicherung eines anderweitigen vererblichen Rückübertragungsanspruchs diene.

Der Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs könne deswegen nicht dadurch geführt werden, dass eine Sterbeurkunde über den Tod des Gläubigers des gesicherten Anspruchs vorgelegt werde. Notwendig sei vielmehr die Vorlage einer Löschantragbewilligung der Erben und eines Erbnachweises.

## III.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand.

Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 Satz 1 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde ist in der Sache begründet.

1. Zutreffend ist nur der Ausgangspunkt der angefochtenen Entscheidung. § 23 GBO findet auf Rückkauflassungsvormerkungen keine Anwendung; dies gilt unabhängig davon, ob der durch die Vormerkung gesicherte Anspruch mit dem Tod des Berechtigten erlischt (Senatsbeschluss vom 26.3.1992, V ZB 16/91, BGHZ 117, 390, 392 = MittBayNot 1992, 193) oder auf dessen Erben übergehen kann (Senatsbeschluss vom 21.9.1995, V ZB 34/94, BGHZ 130, 385, 388).

2. Unrichtig ist die Entscheidung jedoch, weil die Vormerkung bei einem Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 GBO infolge des Todes von M W zu löschen ist.

a) Die Löschung einer Vormerkung durch Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs setzt allerdings voraus, dass der Antragsteller in einer jeden Zweifel ausschließenden Weise und in der Form des § 29 GBO nachweist, dass jede Möglichkeit des Entstehens oder des Bestehens des zu sichernden Anspruchs ausgeschlossen ist (BayObLG, NJW-RR 1997, 590). Dafür genügt hier jedoch der Nachweis des Todes der Gläubigerin.

b) Die Vormerkung sicherte – wovon auch das Beschwerdegericht ausgeht – einen auf Lebenszeit von M W befristeten,

nicht abtretbaren und nicht vererblichen Rücküberweisungsanspruch. Dieser Anspruch ist mit dem Tod der Gläubigerin erloschen. Der Untergang eines durch den Tod des Gläubigers auflösend bedingten Anspruchs führt zum Erlöschen der den Anspruch sichernden Vormerkung (vgl. Senatsbeschluss vom 26.3.1992, V ZB 16/91, BGHZ 117, 390, 392 = MittBayNot 1992, 193). Das Grundbuch wird wegen der Akzessorietät der eingetragenen Vormerkung zu dem gesicherten Anspruch unrichtig (vgl. Senatsurteil vom 15.12.1972, V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 50, und BGH, Urteil vom 22.1.2009, IX ZR 66/07, DNotZ 2009, 434, 436 Rdnr. 12 = MittBayNot 2009, 250).

3. Das Beschwerdegericht nimmt zu Unrecht an, dass die Vormerkung aufgrund eines nach ihrer Eintragung abgeschlossenen Rechtsgeschäfts auch einen anderen, übertragbaren und vererblichen Anspruch sichern könne.

a) Die Auffassung, dass Vormerkungen, die zur Sicherung eines durch den Tod des Gläubigers auflösend bedingten, nicht übertragbaren Rückauflassungsanspruchs bewilligt und eingetragen wurden, auch zur Sicherung unbedingter, übertragbarer Ansprüche verwendet werden könnten, ist zwar weit verbreitet (OLG Köln, FGPrax 2010, 14, 15 = MittBayNot 2010, 473; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282, 284; OLG Bremen, DNotZ 2011, 689, 690; KG, Rpfleger 2011, 365, 366; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 23 Rdnr. 32; *Heggen*, RNotZ 2008, 213, 217; *ders.*, RNotZ 2011, 329, 330, und *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1543; a. A. *Amann*, MittBayNot 2010, 451, 456; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., Anhang zu § 44 Rdnr. 90), jedoch nicht richtig. Sie findet insbesondere keine Stütze in der Rechtsprechung des Senats über die sog. „Aufladung“ eingetragener Vormerkungen (Senatsurteile vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 179 = MittBayNot 2000, 104, und Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578, 579 = MittBayNot 2008, 212).

b) Im Ausgangspunkt ist es allerdings richtig, dass eine Vormerkung aufgrund einer ihrer Eintragung nachfolgenden Bewilligung einen anderen Anspruch sichern kann als denjenigen, zu dessen Sicherung ihre Eintragung erfolgt ist. Das ergibt sich daraus, dass auch bei der Vormerkung – wie bei den nach § 873 BGB einzutragenden Rechten – gemäß dem in § 879 Abs. 2, § 892 Abs. 2 BGB zum Ausdruck kommenden Grundsatz die Bewilligung der Eintragung nachfolgen kann (Senatsurteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 179 = MittBayNot 2000, 104) und bei der Vormerkung der ihrer Bewilligung zugrundeliegende Schuldgrund nicht im Grundbuch eingetragen sein muss (vgl. RGZ 133, 267, 270; Senatsurteile vom 2.12.1951, V ZR 47/50, LM Nr. 1 zu § 883 BGB, und vom 7.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578, 579 Rdnr. 12 = MittBayNot 2008, 212).

c) Das Beschwerdegericht hat jedoch nicht die Grenzen beachtet, die der (Wieder-)Verwendung der Eintragung einer Vormerkung durch eine nachfolgende Bewilligung gezogen sind.

aa) Eine Vormerkung wird nicht dadurch, dass die Bewilligung der Eintragung nachfolgen kann, zu einem abstrakten Sicherungsmittel der Art, dass der gesicherte Anspruch ohne Weiteres gegen einen anderen Anspruch ausgetauscht werden könnte (vgl. *Krüger* in FS Krämer, 2009, S. 475, 478). Soweit das Beschwerdegericht dies der Rechtsprechung des Senats zur „Aufladung“ der Vormerkung (Urteil vom 7.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578, 579 Rdnr. 13, 580 Rdnr. 17 = MittBayNot 2008, 212) meint entnehmen zu können, missversteht es diese Rechtsprechung.

Der Senat hat in der Ausgangsentscheidung zu dieser Problematik (Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 181 = MittBayNot 2000, 104) dargestellt, unter welchen Voraussetzungen eine durch Erlöschen des Anspruchs unrichtig gewordene Eintragung einer Vormerkung wieder „werthaltig“ gemacht werden kann. Die stehengebliebene Eintragung kann als erster Teilakt für die Neubegründung einer Vormerkung genutzt werden, wenn die nachfolgende (materiellrechtliche) Bewilligung dieser Eintragung inhaltlich entspricht (a. a. O., S. 181), mit ihr kongruent ist (a. a. O., S. 182). Das, was eingetragen ist, muss mit dem Gegenstand der Bewilligung übereinstimmen. Ob das der Fall ist, lässt sich wegen der Akzessorietät der Vormerkung nicht ohne Berücksichtigung des gesicherten Anspruchs feststellen. Eintragung und (nachträgliche) Bewilligung müssen daher den gleichen sicherungsfähigen, auf dingliche Rechtsänderung gerichteten Anspruch betreffen (a. a. O., S. 181).

Nichts anderes ergibt sich aus der Senatsentscheidung vom 7.12.2007 (V ZR 21/07, NJW 2008, 578 = MittBayNot 2008, 212). Gegenstand dieser Entscheidung ist nicht der Austausch einer durch Vormerkung gesicherten Forderung, sondern deren Erweiterung. Ein an bestimmte Bedingungen geknüpfter Rücküberweisungsanspruch war um zwei weitere Bedingungen erweitert worden, auf die sich die Vormerkung ohne erneute Eintragung erstrecken sollte. Dies hat der Senat für möglich und im konkreten Fall für wirksam erachtet, und zwar im Hinblick darauf, dass zwischen der erweiternden Bewilligung und der (schon) eingetragenen Vormerkung die notwendige inhaltliche Entsprechung bestand (siehe näher *Krüger* in FS Krämer, 2009, S. 475, 484 ff.). Die Ergänzungen betrafen den Schuldgrund, nicht den Inhalt des gesicherten Anspruchs. Eintragung und erweiternde Bewilligung waren kongruent (*Krüger*, a. a. O., S. 487).

bb) Das Beschwerdegericht sieht die Notwendigkeit der Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und Anspruch zwar im Ansatz, wenn es annimmt, dass der neue Anspruch „deckungsgleich“ sein müsse, verkennt aber, dass es daran im konkreten Fall fehlt. Durch die Vormerkung (zur Auslegung der Eintragung sogleich unter cc) war hier ein auf Lebenszeit des Gläubigers befristeter, nicht übertragbarer und nicht vererblicher Anspruch gesichert. Wenn – wie von dem Beschwerdegericht für möglich gehalten – die Vormerkungsberechtigte (M W) mit der Grundstückseigentümerin den gesicherten Anspruch aufgehoben und durch einen unbedingten, vererblichen Anspruch ersetzt hätte, so fehlte es an der notwendigen Übereinstimmung zwischen dem durch die Eintragung vorgemerkten Anspruch und dem Anspruch, dem die Vormerkung nach der Bewilligung nunmehr dienen soll (vgl. *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 885 Anm. 1; *Krüger*, a. a. O., S. 492). Sollte es also eine solche Vereinbarung gegeben haben, so wäre der anderweitige Anspruch durch die eingetragene Vormerkung nicht gesichert, weil Eintragung und Bewilligung nicht übereinstimmten. Die Vormerkung wäre erloschen und erloschen geblieben.

cc) Dass die eingetragene Vormerkung einen nicht übertragbaren und nicht vererblichen Anspruch von M W sicherte, ergibt sich aus einer Auslegung des Eintragungsvermerks und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung.

(1) Welcher Anspruch durch die Vormerkung gesichert wird, ist hier aufgrund einer Bezugnahme im Eintragungsvermerk nach § 44 Abs. 2 Satz 1 GBO der Eintragungsbewilligung zu entnehmen. Bei zulässiger Verweisung ist die in Bezug genommene Urkunde genauso Inhalt des Grundbuchs wie die in ihm vollzogene Eintragung selbst (Senatsbeschlüsse vom 1.6.1956, V ZB 60/55, BGHZ 21, 34, 41, und vom 22.9.1961, V ZB 16/61, BGHZ 35, 378, 381 f.).

(2) Vor diesem Hintergrund erstreckt sich die Eintragung allerdings nicht auf den Schuldgrund des durch die Vormerkung abgesicherten Rückforderungsanspruchs des Übergebers. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung in § 5 der notariellen Urkunde vom 13.11.1995 wird nur das abzusichernde Rückforderungsrecht, nicht aber der Anspruchsgrund bezeichnet. Der Schuldgrund des Anspruchs (eine Vereinbarung zur Auseinandersetzung eines Nachlasses nach §§ 2042, 752 BGB) ist damit auch nicht nach § 885 Abs. 2 BGB Inhalt der Eintragung der Vormerkung geworden, was für deren Wirksamkeit allerdings ohne Bedeutung ist (siehe oben 3. b).

(3) Anders ist es jedoch bezüglich der Vereinbarungen, nach denen die Vormerkung ein höchstpersönliches Rückforderungsrecht der Vormerkungsberechtigten sichern sollte. Die Eintragungsbewilligung erwähnt ausdrücklich, dass die Vormerkung für ein nicht übertragbares und nicht vererbliches Rückforderungsrecht bestellt wird und der Rückforderungsanspruch mit dem Tod von M W – auch wenn er infolge Bedingungseintritts bereits entstanden sein sollte – erlischt. Durch die Bezugnahme auf die Bewilligung ist danach eine Vormerkung für einen durch den Tod von M W auflösend bedingten, nicht abtretbaren Anspruch eingetragen.

(a) Die auflösende Bedingung musste nicht in den Eintragungsvermerk aufgenommen werden. Der Eintragung einer Bedingung im Grundbuch selbst bedarf es nur dann, wenn die Vormerkung bedingt oder befristet sein soll. Ist dagegen der gesicherte Anspruch bedingt oder befristet, genügt die nach § 885 Abs. 2 BGB zulässige Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 44 Rdnr. 21; *KEHE/Erber-Faller*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., Einl. G 37; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1512).

(b) Dasselbe gilt für die Eintragung des vereinbarten Ausschlusses der Abtretbarkeit des gesicherten Rückübertragungsanspruchs nach § 399 Alt. 2 BGB. Die Abrede der Unabtretbarkeit soll zwar nach der überwiegenden Auffassung in den Eintragungsvermerk selbst aufgenommen werden (BayObLGZ 1988, 206, 209; OLG Köln, RNotZ 2004, 263, 264; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., Anh. § 13 Rdnr. 25; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 13. Aufl., Rdnr. 1536; a. A. LG Berlin, Rpfleger 2003, 291, das von einer überflüssigen und damit unzulässigen Eintragung ausgeht), was aber nicht erforderlich ist, da mit einer Bezugnahme auf die Bewilligung nach § 885 Abs. 2 BGB auch diese Abrede Inhalt der Eintragung wird (*Schöner/Stöber*, a. a. O.; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 885 Rdnr. 74 a. E.).

4. Die angefochtenen Entscheidungen des Beschwerdegerichts und des Grundbuchamts sind daher aufzuheben (§ 73 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 5 FamFG). Die Sache ist an das Grundbuchamt mit der Maßgabe zurückzuverweisen, den Antrag nicht aus den Gründen in dem den Antrag zurückweisenden Beschluss abzulehnen (§ 73 Abs. 3 GBO i. V. m. § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG).

(...)

#### Anmerkung:

Die vorliegende Grundbuchsache war kein Einzelfall. Im Fokus stand die Grundbuchpraxis, die Löschung einer Vormerkung wegen nachgewiesener Unrichtigkeit des Grundbuchs mit der Begründung zu verweigern, es könne schließlich im

Sinne der Rechtsprechung des V. Senats<sup>1</sup> eine „Aufladung“ der Vormerkung stattgefunden haben. Die plausible Lösung wäre zwar gewesen, den Blick genauer auf die Einzelheiten des gesicherten Anspruchs zu richten, die über die Bezugnahme (§ 885 Abs. 2 BGB) zum Grundbuchinhalt gemacht werden können.<sup>2</sup> Andererseits konnte die Rechtsprechung des V. Senats aber durchaus vertretbar dahin verstanden werden, dass sich die Identität des vormerkungsgesicherten Anspruchs lediglich nach Schuldner, Gläubiger und Anspruchsziel richte. Insofern war es hohe Zeit, dem BGH die Gelegenheit zu geben, seine Rechtsprechung zu korrigieren oder zumindest zu präzisieren.

Der V. Senat hat seine Grundsatzentscheidung zur Wiederverwendung einer nach dem Wegfall des gesicherten Anspruchs unrichtigen Vormerkungseintragung, die in der Literatur vielfach überaus kritisch aufgenommen wurde und wird,<sup>3</sup> nicht revidiert, aber doch einiges geklärt und vor allem den praktischen Schlussfolgerungen der Grundbuchämter und Beschwerdegerichte eine deutliche Absage erteilt. Die Grundsatzentscheidung aus dem Jahre 1999<sup>4</sup> sei falsch verstanden worden, indem aus der Aussage, die Bewilligung könne der Eintragung nachfolgen, eine Dogmatik der freien Austauschbarkeit des gesicherten Anspruchs gegen einen anderen Anspruch entwickelt wurde. In den dogmatischen Kernaussagen knüpft der Senat dezidiert an die frühere Entscheidung an und betont, dass lediglich die stehengebliebene Eintragung als erster Teilakt für die Neubegründung einer Vormerkung genutzt werden solle. Das Wiederverwenden der Eintragung (nicht: „der Vormerkung“) sei aber nur möglich, wenn Eintragung und Gegenstand der Bewilligung übereinstimmen. Bei der akzessorischen Vormerkung, die die Erfüllbarkeit eines schuldrechtlichen Anspruchs auf dingliche Rechtsänderung sichert, ist dieser Ansatz nicht unproblematisch, da sich die „stehengebliebene Eintragung“ nun einmal auf einen anderen Anspruch bezog und deshalb nicht im eigentlichen Sinne der erste Teilakt für die Neubegründung einer Vormerkung zur Sicherung eines neuen Anspruchs ist.<sup>5</sup> Bei „Gleichheit“ des früheren Anspruchs und des nunmehr zu sichernden Anspruchs soll es aber gleichwohl möglich sein, die „passende“ Eintragung mit der nachfolgenden Bewilligung auszunutzen. Mit dem Erfordernis der Anspruchskongruenz, das hier als der entscheidungserhebliche Gesichtspunkt herausgearbeitet wurde, will der Senat auch dem Akzessorietätsprinzip genügen, da der zu sichernde Anspruch eine „passende“, weil ursprünglich für einen inhaltlich kongruenten Anspruch vorgesehene Vormerkungseintragung erhält. Ist das Entstehen eines gleichen Anspruchs jedoch ausgeschlossen, so ist das Grund-

<sup>1</sup> BGH, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 181 = NJW 2000, 805, 806 f. = MittBayNot 2000, 104; BGH, V ZR 21/07, NJW 2007, 578, 579 = MittBayNot 2008, 212.

<sup>2</sup> Vgl. bereits *Amann*, MittBayNot 2010, 451, 454; siehe auch *ders.*, NotBZ 2012, 201 f., 207 f. *Kohler* verlangt, dass die erneute Bewilligung grundaktenfähig an das Grundbuchamt mitgeteilt wird, so dass aus einem diesbezüglichen „Schweigen der Grundakten“ auf das Fehlen einer Aufladung geschlossen werden könne, DNotZ 2011, 808, 824 f., 840.

<sup>3</sup> *Demharter*, MittBayNot 2000, 106; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 883 Rdnr. 361 m. w. N.; *Kessler*, NJW 2012, 2765, 2768; *Streuer*, Rpfleger 2000, 155 f.; *Zimmer*, NJW 2000, 2978, 2979.

<sup>4</sup> BGH, V ZR 432/98 BGHZ 143, 175, 181 = NJW 2000, 805 = MittBayNot 2000, 104.

<sup>5</sup> In diesem Sinne ist z. T. bereits der dogmatische Ansatzpunkt des BGH, die Bewilligung i. S. v. § 885 Abs. 1 BGB als materiellrechtliche Erklärung und nicht als grundbuchverfahrensrechtliche Bewilligung einzustufen, der Kritik ausgesetzt, vgl. *Kessler*, NJW 2012, 2765, 2767 f.; dagegen z. B. ausführlich *Kohler*, DNotZ 2011, 808, 816, 822 ff.

buch mit der stehengebliebenen Eintragung auf jeden Fall dauerhaft unrichtig.

Mit der vorliegenden Entscheidung, die die Vormerkung für einen höchstpersönlichen, nicht vererblichen und nicht übertragbaren Rückübertragungsanspruch betraf, aber auch mit der Entscheidung vom 10.5.2012, die eine Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs aus einem Rückkaufsrecht zum Gegenstand hatte,<sup>6</sup> vertieft der Senat die Bedeutung der „Anspruchskongruenz“, zeigt damit Grenzen der Wiederverwendbarkeit einer Vormerkungseintragung auf und gibt der Praxis Anhaltspunkte, nicht wiederverwendbare Eintragungen zu identifizieren und als nachweislich unrichtig löschen zu lassen. Im Hinblick auf die Anspruchskongruenz werden nicht nur die Identitätsmerkmale Gläubiger, Schuldner und Anspruchsziel herangezogen, sondern ebenso die sich aus der Bewilligung ergebenden Eigenschaften des Anspruchs, höchstpersönlich, nicht vererblich und nicht übertragbar zu sein. Ein hierzu kongruenter neuer Anspruch kam in diesem Fall nicht in Betracht,<sup>7</sup> so dass das Grundbuch nach dem Versterben der Vormerkungsberechtigten nachweislich (Sterbeurkunde) unrichtig war.

Ist über die Löschung von Vormerkungseintragungen zu befinden, die nach Wegfall des gesicherten Anspruchs unrichtig geworden sein sollen, muss also unter Berücksichtigung der Eintragungsbewilligung geprüft werden, ob es zu dem ursprünglich gesicherten Anspruch überhaupt (noch) eine Anspruchskongruenz geben kann. Umgekehrt muss derjenige, der sich auf die Wiederverwendung einer Eintragung als „ersten Teilakt“ der Vormerkungsbegründung berufen möchte, die Gleichartigkeit des zu sichernden und des ursprünglichen Anspruchs vorbringen. Für die Praxis ist diese Klärung gewiss ein Gewinn.<sup>8</sup>

Prof. Dr. Nicola Preuß, Düsseldorf

<sup>6</sup> BGH, V ZB 156/11, NJW 2012, 2654.

<sup>7</sup> Kritisch Wiggers, FGPrax 2012, 144, die moniert, dass ohne weitere Begründung ein Unterschied zu den Fallkonstellationen, in denen eine Wiederverwendung der Eintragung (und damit eine Anspruchskongruenz) bejaht wurde, nicht zu erkennen sei. Diese Kritik ist namentlich im Hinblick auf die Entscheidung vom 7.12.2007 (BGH, V ZR 21/07, NJW 2007, 578 = MittBayNot 2008, 212), in der es um die Aufnahme weiterer Bedingungen für das Entstehen eines Rückübertragungsanspruchs ging, nicht unberechtigt.

<sup>8</sup> Vgl. Ising, NotBZ 2012, 290, 291; Reymann, EWiR § 883 BGB 1/12, 449.

3. ErbbauRG § 12 Abs. 3; BGB §§ 96, 1004 Abs. 1 Satz 2 (*Grunddienstbarkeiten nach Erlöschen des Erbbaurechts*)

1. **Mit dem Erlöschen des Erbbaurechts werden für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Grunddienstbarkeiten mit dem Inhalt von Wege- und Leitungsrechten Bestandteile des Erbbaugrundstücks.**

2. **Offen bleibt, ob dies auch für andere subjektiv-dingliche Rechte wie andere Dienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte, die nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen, gilt. Ebenfalls bleibt offen, ob ein gesetzlicher Übergang der Grunddienstbarkeiten auf das ehemalige Erbbaugrundstück erfolgt, wenn solche oder ähnliche Rechte als Belastungen am Erbbaurecht bestanden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

BGH, Urteil vom 17.2.2012, V ZR 102/11; mitgeteilt von Wolfgang Wellner, Richter am BGH

Die Kläger sind Eigentümer des Reihenhausgrundstücks R-Straße 25. Den Beklagten gehört das benachbarte Reihenhausgrundstück R-Straße 23, das mit einem Erbbaurecht belastet war. Zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten lastete auf dem Grundstück der Kläger eine Grunddienstbarkeit mit dem Inhalt eines Wegerechts. Im Jahr 2005 erwarben die Beklagten sowohl das auf dem Grundstück R-Straße 23 lastende Erbbaurecht als auch das Eigentum an diesem Grundstück. Sie hoben das Erbbaurecht auf, dessen Eintragung im Grundbuch gelöscht wurde.

Im Jahr 2009 beantragten die Kläger bei dem Grundbuchamt, das als Belastung ihres Grundstücks eingetragene Wegerecht zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten zu löschen. Die Beklagten erteilten keine Löschungsbewilligung. Aufgrund einer Entscheidung des LG im Grundbuchbeschwerdeverfahren nahm das Grundbuchamt im September 2010 die Löschung vor.

Die Kläger haben von den Beklagten verlangt, es zu unterlassen, ihr Grundstück zu betreten oder dies ihren Kindern zu gestatten. Das AG hat der Klage stattgegeben; das LG hat sie abgewiesen. Mit der von diesem zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihren Antrag auf Unterlassung weiter.

*Aus den Gründen:*

#### I.

Das Berufungsgericht bejaht ein Wegerecht der Beklagten am Grundstück der Kläger. Es ist der Ansicht, das zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten eingetragene Wegerecht sei mit der Aufgabe des Erbbaurechts nicht erloschen, sondern gemäß § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteil des von den Beklagten erworbenen Grundstücks geworden. Diese Vorschrift sei auf alle Bestandteile des ehemaligen Erbbaurechts, mithin auch auf die nach § 96 BGB als Bestandteile geltenden subjektiv-dinglichen Rechte anzuwenden.

#### II.

Diese Ausführungen halten revisionsrechtlicher Überprüfung stand. Dem von den Klägern geltend gemachten Unterlassungsanspruch (§ 1004 Abs. 1 Satz 2 BGB) steht das für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellte Wegerecht entgegen.

1. Die Grunddienstbarkeit ist nicht schon dadurch erloschen, dass ihre Eintragung als Belastung im Grundbuch gelöscht worden ist. Ein dingliches Recht geht allein durch die Löschung im Grundbuch nicht unter, wenn die materiellrechtlichen Voraussetzungen für sein Erlöschen nicht vorliegen (BayObLG, MittBayNot 1995, 42, 43). Wird ein bestehendes Recht – wie hier – zu Unrecht im Grundbuch gelöscht, bleibt es gleichwohl außerhalb des Grundbuchs bestehen (KEHE/Dümmig, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 22 GBO Rdnr. 35).

2. Materiellrechtlich ist das als Grunddienstbarkeit nach § 1018 BGB bestellte Wegerecht nicht erloschen.

a) Das Recht kann infolge der Aufhebung des Erbbaurechts allerdings nicht mehr als dessen Bestandteil fortbestehen. Grunddienstbarkeiten nach § 1018 BGB sind subjektiv-dingliche Rechte, die nach §§ 96, 93 BGB als wesentliche, nicht abtrennbare Bestandteile des herrschenden Grundstücks gelten (vgl. RGZ 93, 71, 72; BayObLG, NJW-RR 1990, 1043, 1044 = MittBayNot 1990, 353, und NJW-RR 2003, 451, 452; OLG Hamm, OLGZ 1980, 270, 271; OLG Köln, NJW-RR 1993, 982, 983). Sie sind sonderrechtsunfähig und teilen das Schicksal der Sache, mit der sie verbunden sind (juris-PK/Vieweg, BGB, 5. Aufl., § 96 Rdnr. 7; MünchKommBGB/Stressemann, 6. Aufl., § 96 Rdnr. 7; Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 96 Rdnr. 1).

Für eine zugunsten des jeweiligen Inhabers eines Erbbaurechts bestellte Grunddienstbarkeit gilt nichts anderes. Sie ist nach § 96 BGB ein wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts (vgl. OLG Hamm, OLGZ 1980, 270, 271). Mit dessen Aufhe-

bung gemäß § 875 BGB, § 26 ErbbauRG, kann eine Grunddienstbarkeit nicht mehr als dessen Bestandteil fortbestehen.

b) Das Berufungsgericht geht jedoch zutreffend davon aus, dass die für ein Wegerecht bestellte Grunddienstbarkeit nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteil des Erbbaugrundstücks wurde. Diese Vorschrift bestimmt, dass mit dem Erlöschen des Erbbaurechts die Bestandteile des Erbbaurechts Bestandteile des Grundstücks werden. Ob die Norm jedoch über die mit dem Erbbaugrundstück verbundenen Sachen hinaus, die gemäß § 12 Abs. 1 und 2 ErbbauRG i. V. m. § 94 BGB Bestandteile des Erbbaurechts sind, auch die in § 96 BGB bezeichneten Rechte erfasst, ist streitig.

aa) Das ältere Schrifttum ging ganz überwiegend davon aus, dass die Vorschrift nur auf das Bauwerk und andere körperliche Bestandteile anzuwenden sei. Nur diese würden mit der Beendigung des Erbbaurechts Bestandteile des Erbbaugrundstücks, während die in § 96 BGB bezeichneten Rechte erlöschen und nicht auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks übergängen (*Glass/Scheidt*, Erbbaurecht, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Anm. V; *Kretzschmar*, ErbbauVO, § 12 Anm. 4; *Planck/Strecker*, BGB, 5. Aufl., § 12 ErbbauVO Anm. 4 b; a. A. *Günther*, ErbbauVO, § 12 Anm. 11). In diesem Sinne hat das LG Verden (Nds. Rpfl 1964, 249, 250) entschieden. Der gleichen Auffassung ist auch ein großer Teil des neueren Schrifttums (*Erman/Grziwotz*, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauRG Rdnr. 5; *Ingenstau/Hustedt*, Kommentar zum Erbbaurecht, 9. Aufl., § 12 Rdnr. 33; *Lemke/Czub*, Immobilienrecht, § 12 ErbbauRG Rdnr. 6; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., § 12 ErbbauRG Rdnr. 5; *RGRK/Räffle*, BGB, 12. Aufl., § 12 ErbbauVO Rdnr. 23; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 12 ErbbauVO Rdnr. 4; *Staudinger/Rapp*, 2009, § 12 ErbbauRG Rdnr. 25).

bb) Die dem entgegenstehende Auffassung im Schrifttum, der sich das Berufungsgericht angeschlossen hat, versteht § 12 Abs. 3 ErbbauRG unter Berufung auf den Wortlaut dagegen so, dass alle Bestandteile des Erbbaurechts, mithin auch die subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB, mit dem Erlöschen des Erbbaurechts Bestandteile des Erbbaugrundstücks werden (*Maaß*, NotBZ 2002, 389, 391; *ders.* in *Bamberger/Roth*, BGB, 2. Aufl., § 12 ErbbauVO Rdnr. 7; *Böttcher*, Rpfleger 2004, 21, 23; *ders.*, Praktische Fragen des Erbbaurechts, 6. Aufl., Rdnr. 575; v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 4. Aufl., Rdnr. 5.256; MünchKommBGB/v. *Oefele*, 5. Aufl., § 12 ErbbauRG Rdnr. 10).

c) Der Senat teilt die letztgenannte Auffassung für die Grunddienstbarkeiten für Wege- und Leitungsrechte. Diese Rechte, die regelmäßig der Erschließung des Bauwerks dienen, werden – wie das Bauwerk selbst – mit dem Erlöschen des Erbbaurechts nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteile des Grundstücks.

aa) Für diese Ansicht spricht zunächst der Wortlaut der Vorschrift, da auch die subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB als Bestandteile des Erbbaurechts anzusehen sind.

bb) Diese Auslegung trägt – jedenfalls soweit es um Grunddienstbarkeiten für Wege- und Leitungsrechte geht – zudem dazu bei, den wirtschaftlichen Zweck zu verwirklichen, der mit dem Übergang des Eigentums am Bauwerk auf den Grundstückseigentümer beim Erlöschen des Erbbaurechts herbeigeführt werden sollte.

(1) Der Begründung der Verordnung über das Erbbaurecht (1. Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und zum Preußischen Staatsanzeiger vom 31.1.1919) ist allerdings nicht zu entnehmen, dass nach den Regelungsvorstellungen des Ver-

ordnungsgebers mit dem Erlöschen des Erbbaurechts nicht nur das Bauwerk und die Grundstückserzeugnisse, sondern auch die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten subjektiv-dinglichen Rechte auf den Grundstückseigentümer übergehen sollten. Seine mit dieser Norm verfolgte Absicht war es vielmehr, Zweifelsfragen in Bezug auf die Eigentumsverhältnisse am Bauwerk und an den Erzeugnissen des Grundstücks zu entscheiden, die sich bei den nach §§ 1012 bis 1017 BGB a. F. bestellten Erbbaurechten bei ihrem Erlöschen ergeben hatten. Mit § 12 Abs. 3 ErbbauVO (durch Art. 25 des 2. BMJBBG vom 23.11.2007, BGBI I, S. 2614, in Erbbaurechtsgesetz umbenannt) wurde deshalb festgelegt, dass die Eigenschaft des Bauwerks als Scheinbestandteil des Grundstücks mit dem Erlöschen des Erbbaurechts endet und dieses von Rechts wegen – ohne weiteres Zutun der Beteiligten – Eigentum des Grundstückseigentümers wird.

(2) Der Übergang des Eigentums am Bauwerk und die dem Eigentümer nach § 27 ErbbauRG auferlegte Entschädigungspflicht für das Bauwerk zielten in wirtschaftlicher Hinsicht allerdings darauf ab, dass der Erbbauberechtigte das Bauwerk auch in den letzten Jahren der Laufzeit ordnungsgemäß unterhalten und der Grundstückseigentümer das Bauwerk in dem Zustand erhalten sollte, wie es bei dem Erbbauberechtigten bestand (*Maaß*, NotBZ 2002, 389, 391). Dieses Ziel würde jedoch verfehlt, wenn der Eigentümer des Erbbaugrundstücks mit dem Erlöschen des Erbbaurechts zwar Eigentümer eines ordnungsgemäß unterhaltenen Bauwerks würde, dieses aber wegen des Erlöschens der mit dem Erbbaurecht verbundenen Wege- und Leitungsrechte nicht wie zuvor der Erbbauberechtigte nutzen könnte. Dem entspricht es, § 12 Abs. 3 ErbbauRG auch auf die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten Wege- und Leitungsrechte anzuwenden, die als Bestandteile des Erbbaurechts mit dessen Erlöschen Bestandteile des Grundstücks werden.

cc) Ob § 12 Abs. 3 ErbbauRG auf alle mit dem Erbbaurecht verbundenen subjektiv-dinglichen Rechte nach § 96 BGB, also auch auf andere Dienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte anzuwenden ist, die nicht der weiteren Nutzung des Bauwerks dienen, erscheint zweifelhaft. Dem Zweck dieser Rechte könnte es eher entsprechen, wenn solche Rechte mit dem Erbbaurecht untergingen. Das kann jedoch dahinstehen, weil es hier um den Übergang eines für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten Wegerechts geht.

dd) Einer Ergänzung wird der gesetzliche Übergang der Grunddienstbarkeiten auf das ehemalige Erbbaugrundstück auch in den Fällen bedürfen, in denen gleiche oder ähnliche Rechte als Belastungen am Erbbaurecht bestanden, die wegen der Aufhebung oder des Erlöschens des Erbbaurechts infolge Zeitablaufs an diesem jedoch nicht fortbestehen können.

Ansonsten ginge bei einer wechselseitigen Bestellung von Grunddienstbarkeiten durch die Eigentümer und Erbbauberechtigte benachbarter Grundstücke (für Wege- und/oder Leitungsrechte) die das ehemalige Erbbaurecht belastende Grunddienstbarkeit mit dem Erlöschen des Erbbaurechts unter, während das auf dem benachbarten Grundstück lastende Recht infolge des gesetzlichen Übergangs auf den Eigentümer des Erbbaugrundstücks nach § 12 Abs. 3 ErbbauRG fortbestünde. Eine ähnliche Bevorzugung der Interessen des Eigentümers des Erbbaugrundstücks träte in den Fällen ein, in denen das Erbbaurecht mit einer Reallast nach § 1105 BGB belastet worden war, weil das Recht zur Mitbenutzung nach dem der Grunddienstbarkeit zugrundeliegenden Vertrag nicht unentgeltlich gewährt werden sollte (zu einer solchen Absicherung der „Gegenleistung“: *Bamberger/Roth/Wegmann*, BGB, 2. Aufl., § 1018 Rdnr. 46; *Planck/Strecker*, BGB,

5. Aufl., vor § 1018 Anm. 3). Das Erlöschen der Reallast an dem Erbbaurecht hätte dann zur Folge, dass der Eigentümer des ehemaligen Erbbaugrundstücks das auf ihn übergangene Recht weiter ausüben könnte, ohne aus der mit dem Erbbaurecht untergegangenen Reallast zur Zahlung verpflichtet zu sein.

Wie eine ergänzende Regelung zu § 12 Abs. 3 ErbbauRG in diesen Fällen auszusehen hätte (gesetzlicher Übergang auch der Belastungen auf das Erbbaugrundstück oder schuldrechtlicher Anspruch des Nachbarn auf Neubestellung gleichartiger Rechte am früheren Erbbaugrundstück), bedarf hier jedoch keiner Entscheidung, da für solche Rechte der Kläger an dem erloschenen Erbbaurecht nichts festgestellt oder vorgebracht worden ist.

(...)

### Anmerkung:

Die Entscheidung befasst sich mit der Frage, ob mit dem Erlöschen eines Erbbaurechts die für den jeweiligen Erbbauberechtigten bestellten subjektiv-dinglichen Rechte untergehen oder gemäß § 12 Abs. 3 ErbbauRG Bestandteil (§ 96 BGB) des Erbbaugrundstücks werden, d. h. zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers fortbestehen.

Der BGH hat diese bisher umstrittene Frage im Sinne der Mindermeinung grundsätzlich bejaht, gleichzeitig aber in einem obiter dictum weitere Differenzierungen angedeutet: Zunächst soll ein Übergang der Rechtsinhaberschaft auf den jeweiligen Eigentümer des (vorherigen) Erbbaugrundstücks wohl nur bei Wege- und Leitungsrechten stattfinden, da nach Ansicht des Senats nur solche Rechte den wirtschaftlichen Zweck des Eigentumsübergangs am Bauwerk fördern. Dem Zweck anderer subjektiv-dinglicher Rechte wie sonstige Dienstbarkeiten, Reallasten und dingliche Vorkaufsrechte entspreche es eher, wenn diese mit dem Erbbaurecht erlöschen. Ferner muss nach Auffassung des BGH der eingangs formulierte Grundsatz bei gegenseitigen nachbarrechtlichen Dienstbarkeiten und durch Reallast gesicherten entgeltlichen Rechten ergänzt werden, da andernfalls der Eigentümer des Erbbaugrundstücks gegenüber dem Nachbarn bevorzugt würde. Die am Erbbaurecht zugunsten des Nachbargrundstücks eingetragene Belastung gehe daher beim Erlöschen des Erbbaurechts ihrerseits kraft Gesetzes auf das Grundstück über bzw. deren Neueintragung könne zumindest auf schuldrechtlicher Grundlage verlangt werden.

### 1. Bisherige Gestaltungspraxis

Die entscheidungsgegenständliche Problematik stellt sich erst gar nicht, wenn durch entsprechende Vertragsgestaltung Vorsorge getroffen wurde.

In der Gestaltungspraxis ist wegen der bisher unklaren Rechtslage eine Doppelsicherung der für das Bauwerk notwendigen Versorgungsrechte zugunsten des Erbbaurechts und (ggf. aufschiebend bedingt) zugunsten des jeweiligen Grundstückseigentümers üblich. Folgt man der Ansicht des BGH, könnte man nunmehr auf die zusätzliche Dienstbarkeit für den jeweiligen Grundstückseigentümer jedenfalls dann verzichten, wenn es sich um ein Recht handelt, welches der Nutzung des Bauwerks dient und kein Fall der wechselseitigen Absicherung oder dinglich gesicherter Entgeltlichkeit vorliegt.

Umgekehrt muss die Absicherung „lebensnotwendiger“ subjektiv-dinglicher Rechte für das Nachbargrundstück stets durch Eintragung am Erbbaurecht und am Grundstück erfol-

gen, da die Belastung des Erbbaurechts und damit die Nutzungsbefugnis mit diesem erlischt. Bei Dienstbarkeiten zur Absicherung von Versorgungsleitungen folgt dies schon daraus, dass nur die Eintragung am Grundstück zur Errichtung der Leitung berechtigt, während die Belastung des Erbbaurechts nur das Baurecht oder die Nutzungsbefugnis gemäß § 1 Abs. 1, 2 ErbbauRG einschränkt (v. *Oefele/Winkler*, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 5.110; vgl. auch den Formulierungsvorschlag a. a. O., Vertragsmuster Nr. 6, für die Durchsetzung von Belastungen in Abteilung II gegenüber dem Entschädigungsanspruch des Eigentümers beim Erlöschen des Erbbaurechts und gegenüber Realgläubigern im Heimfall). Der BGH scheint nunmehr bei wechselseitigen Dienstbarkeiten eine Gestaltung retten zu wollen, bei der die Eintragung der Dienstbarkeit am Erbbaugrundstück vergessen wurde.

### 2. Kritik an den Ausnahmefällen

In den bisherigen Kommentierungen wurde die differenzierende Betrachtung des BGH samt den hierfür angeführten Gründen zu Recht kritisiert.

In der Tat lassen sich für eine unterschiedliche Behandlung von Versorgungsrechten und sonstigen subjektiv-dinglichen Rechten nur wirtschaftliche Erwägungen heranziehen (vgl. *Grzivotz*, ZfLR 2012, 431). Der Wortlaut von § 12 Abs. 3 ErbbauRG gibt für eine derartige Sonderbehandlung ebenso wenig her wie die systematische Stellung der Vorschrift, da sich weder der Wortlaut noch der 6. Abschnitt des ErbbauRG ausschließlich auf das „Bauwerk“ bezieht (*Maaß*, NotBZ 2012, 209, 210). Schließlich ist davon auszugehen, dass für das Erbbaurecht eingetragene subjektiv-dingliche Rechte immer dem jeweiligen Eigentümer des Bauwerks dienen, da sie sonst als subjektiv-persönliche Rechte ausgestaltet worden wären (vgl. *Maaß*, a. a. O.).

Die Erstreckung des Rechtsübergangs auf Belastungen am Erbbaurecht bei gegenseitigen und entgeltlichen Rechten beruht auf bloßen Billigkeitserwägungen ohne gesetzliche Grundlage. Wäre die Auffassung des BGH richtig, dann könnte der Erbbauberechtigte mit dem Nachbarn gegenseitige Belastungen vereinbaren, die dann – ohne Mitwirkung des Eigentümers – auf das Grundstück übergehen, so dass dieser möglicherweise einen gravierenden Nachteil für die künftige Nutzungsmöglichkeit des ehemaligen Erbbaugrundstücks erleidet (*Oppermann*, ZNotP 2012, 166, 168). Ferner führt der vorgeschlagene Rechtsübergang bei gegenseitigen Rechten zu einem massiven Wertungswiderspruch mit der Rechtslage beim Heimfall. Hier ordnet § 33 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG das Erlöschen der am Erbbaurecht eingetragenen Dienstbarkeit nämlich ausdrücklich an, obwohl die Nutzungsbefugnis des Nachbarn dadurch schon vor dem regulären Ablauf des Erbbaurechts endet und die Rechte zugunsten des jeweiligen Erbbauberechtigten mangels Erlöschen des Erbbaurechts zweifelsfrei fortbestehen. Für das vom BGH behauptete Gerechtigkeitsdefizit fehlt daher nicht nur die Grundlage, vielmehr lässt sich aus § 33 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG die gegenteilige gesetzliche Wertung ableiten.

### 3. Grundsatzfrage

Überzeugend sind allerdings die Ausführungen, mit denen der BGH die Auffassung der bisherigen herrschenden Meinung ablehnt, wonach sich § 12 Abs. 3 ErbbauRG ausschließlich auf Bestandteile im Sinne von §§ 94 und 95 BGB beziehe, also nicht auf subjektiv-dingliche Rechte.

Nachdem der Wortlaut von § 12 Abs. 3 ErbbauRG für die nunmehrige Ansicht des BGH spricht, die Entstehungsge-

schichte allerdings für die gegenteilige Ansicht (was auch der BGH ausführlich darlegt) und die systematische Stellung beide Auffassungen stützt, kommt es für die Auslegung entscheidend auf objektiv-teleologische Kriterien an.

Hier verweist der BGH meines Erachtens überzeugend auf den Zweck der Entschädigungspflicht (§ 27 ErbbauRG) und des Eigentumsübergangs, wonach dem Grundstückseigentümer die Nutzung des Bauwerks wie zuvor dem Erbbauberechtigten zustehen soll (ebenso die bisherige Mindermeinung, vgl. v. Oefele/Winkler, Handbuch des Erbbaurechts, 5. Aufl., Rdnr. 5.256 m. w. N.). Wenn die Nutzbarkeit des Bauwerks aber objektiv erkennbar auf Dauer vom gewährten Recht abhängt, dann ist es wenig einleuchtend, dass der belastete Eigentümer bei Bestellung des Rechts davon ausgegangen sein soll, mit dem Erbbaurecht ende auch die Belastung für sein Grundstück (so aber Grziwotz, ZfIR 2012, 431).

#### 4. Ausblick und Konsequenzen für die Praxis

Der Immobiliensenat des BGH hat mit der vorliegenden Entscheidung die Gelegenheit versäumt, die seit langem umstrittene Auslegung des § 12 Abs. 3 ErbbauRG endgültig zu klären. So werfen die angedeuteten Differenzierungen unnötigerweise neue Fragen auf, bis zu deren höchstrichterlichen Klärung dem vorsichtigen Gestalter nur geraten werden kann, bei der Absicherung dinglicher Rechte im Zusammenhang mit Erbbaurechten wie bisher zu verfahren.

Notar Dr. Florian SatzI, LL.M. (Columbia Univ.), Straubing

#### 4. BGB §§ 1094, 463 (Abgrenzung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vorkaufsrecht)

1. **Bei der Abgrenzung zwischen dinglichem und schuldrechtlichem Vorkaufsrecht ist entscheidend, dass lediglich das dingliche Vorkaufsrecht als solches in das Grundbuch eingetragen werden kann; das schuldrechtliche Vorkaufsrecht lässt sich dagegen nur durch eine Vormerkung grundbuchlich absichern.**
2. **Das dingliche Vorkaufsrecht ist seiner Rechtsnatur nach nicht ein mit dinglicher Wirkung ausgestattetes schuldrechtliches Vorkaufsrecht, sondern ein eigenständiges Sachenrecht, das ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht nicht voraussetzt. Vielmehr sind dingliches und schuldrechtliches Vorkaufsrecht grundsätzlich rechtlich unabhängig voneinander.**
3. **Ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht kann zusätzlich neben einem dinglichen Vorkaufsrecht vereinbart werden. Hierfür bedarf es indes entsprechender konkreter Anhaltspunkte.**
4. **Eine Umdeutung nach § 140 BGB ist nur bei einem nichtigen Rechtsgeschäft, nicht jedoch bei einem unvollständigen Rechtsgeschäft möglich.**

#### (Leitsätze der Schriftleitung)

Pfälzisches OLG Zweibrücken, Urteil vom 28.6.2012, 4 U 147/10

Die Parteien des Rechtsstreits, beide Gesellschaften bürgerlichen Rechts, streiten darüber, ob die Beklagte verpflichtet ist, die Löschung einer Auflassungsvormerkung zu bewilligen, welche für sie in das Grundbuch einer der Klägerin gehörenden Wohnungseigentums-einheit eingetragen ist.

Die Klägerin errichtete und vermarktete als Eigentümerin und Bauträgerin das von ihr nach dem Wohnungseigentumsgesetz in Teileigentum aufgeteilte Büro- und Geschäftsgebäude S 12-14 in L.

Mit Notarvertrag vom 9.7.2009 verkaufte sie einen Miteigentumsanteil von 161/1.000 an dem Grundstück verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit der Nr. 3. bezeichneten Gewerberäumen zum Preis von 630.000 € an die Beklagte und bewilligte zur Sicherung von deren Eigentumsverschaffungsanspruch die Eintragung der streitgegenständlichen Vormerkung.

In Ziffer V.11. der Vertragsurkunde ist unter anderem Folgendes bestimmt:

„Gemäß Angaben des Verkäufers besteht für den Mieter der Einheit Nr. 3, die V B R N eG mit Sitz in M [Streithelferin der Klägerin, zuvor firmierend unter V-B eG L; im Weiteren nur noch: Streithelferin der Klägerin], gemäß Vereinbarung zu notarieller Urkunde des Notars E M in F am Main URNr. ... ein Vorkaufsrecht, welches im Grundbuch jedoch nicht zur Eintragung gelangt ist.

... „Für den Fall wirksamer Ausübung des Vorkaufsrechtes ist der heutige Kaufvertrag zwischen Verkäufer und Käufer auflösend bedingt; der heutige Käufer hat dann keinen Anspruch auf Erfüllung oder Schadensersatz gleich welcher Art. ...“

Diese Regelung erfolgte vor dem Hintergrund, dass die Klägerin bereits zuvor zu notarieller Urkunde des Zeugen M vom 22.9.1999 andere Gewerberäume in dem Gebäudekomplex an ihre Streithelferin veräußert und mit dieser zusätzlich vereinbart hatte:

„§ 14 Mietvertrag/Vorkaufsrecht

14.1 Zwischen Verkäuferin und Käufer wird weiter der Mietvertrag Anlage I abgeschlossen. Dieser Vertrag betrifft die Teileigentums-einheit lfd. Nr. 3 des Teilungsverzeichnisses (Anlage zur Teilungserklärung) ...

14.2 Die Verkäuferin räumt dem Käufer an den in Ziffer 1 bezeichneten Mietflächen ein Vorkaufsrecht ein.

14.3 Die Eintragung des Vorkaufsrechtes gemäß 14.2 in den Wohnungs- bzw. Teileigentumsgrundbüchern wird hiermit bewilligt und zusammen mit der Eigentumsumschreibung beantragt.“

Dem vorausgegangen war – noch vor Teilung des Eigentums an dem Grundstück nach dem Wohnungseigentumsgesetz – ein zwischen der Klägerin und ihrer Streithelferin am 25.2.1998 zu Urkunde des Notars Dr. S geschlossener „Vorvertrag zum Abschluss eines Kaufvertrages und eines Mietvertrages“, worin in Ansehung der Mieträume Folgendes geregelt ist:

„... Die Parteien vereinbaren ferner, zusammen mit dem Kaufvertrag auch einen Mietvertrag über Mietflächen im 1. Obergeschoß abzuschließen.

... Die Parteien vereinbaren ferner, dass für die Teileigentums-einheit bzw. Teileigentums-einheiten, die den Mietgegenstand bildet bzw. bilden, ein Vorkaufsrecht für den ersten Verkaufsfall für den Mieter bestellt werden soll.

Dieses Vorkaufsrecht ist im Grundbuch der entsprechenden Sondereigentums-einheit/Sondereigentums-einheiten einzutragen.“

In der Folgezeit wurde für das in § 14 des Notarvertrages zwischen der Klägerin und ihrer Streithelferin vom 22.9.1999 vereinbarte Vorkaufsrecht wegen eines Versäumnisses im Notariat des Zeugen M kein Antrag auf Eintragung beim Grundbuchamt gestellt.

Nach Kenntniserlangung von dem Kaufvertrag zwischen den Parteien des Rechtsstreits erklärte die Streithelferin der Klägerin im September 2009 die Ausübung des ihr nach ihrer Auffassung zustehenden Vorkaufsrechtes und schloss dazu mit der Klägerin den – im Grundbuch nicht dinglich vollzogenen – Notarvertrag vom 6.1.2010.

Im vorliegenden Prozess nimmt die Klägerin den Rechtsstandpunkt ein, dass sie ihrer Streithelferin in § 14 des Notarvertrages vom 22.9.1999 ein (jedenfalls auch) schuldrechtliches Vorkaufsrecht eingeräumt habe. Mit dessen Ausübung durch die Streithelferin sei die auflösende Bedingung für den Kaufvertrag zwischen den Parteien eingetreten und damit der Eigentumsverschaffungsanspruch der Beklagten erloschen. Die Beklagte schulde deshalb die Bewilligung der Löschung der zu ihren Gunsten in das Grundbuch eingetragenen Auflassungsvormerkung.

Das LG ist dieser rechtlichen Argumentation gefolgt und hat mit dem angefochtenen Urteil die Beklagte zur Abgabe der Löschungsbewilligung verurteilt. Dagegen richtet sich deren Berufung mit weiterhin

dem Ziel der Klageabweisung. Demgegenüber verteidigen die Klägerin und ihre Streithelferin das von ihnen für zutreffend gehaltene Urteil des Erstgerichts. (...)

Der Senat hat – nach Führung eines Zwischenstreits zwischen der Klägerin und dem Zeugen M über dessen Berechtigung zur Zeugnisverweigerung – Beweis erhoben zu den Abreden zwischen der Klägerin und ihrer Streithelferin anlässlich der Vereinbarung des Vorkaufsrechts durch Vernehmung der Zeugen Fa, Fü, Mü (damals als Angestellte bzw. als Organwalter für die Streithelferin tätig) sowie des Urkundsnotars M. (...)

Aus den Gründen:

## II.

Das verfahrensrechtlich bedenkenfreie und somit zulässige Rechtsmittel ist auch in der Sache begründet. Der Klägerin steht gegen die Beklagte weder ein dinglicher (§ 894 BGB) noch ein schuldrechtlicher (§ 812 Abs. 1 BGB) Anspruch auf die begehrte Löschungsbewilligung zu, weil der im Register vorgemerkte Eigentumsverschaffungsanspruch der Beklagten nicht nach Maßgabe von V.11. des notariellen Kaufvertrages der Parteien vom 9.7.2009 gemäß § 158 Abs. 2 BGB in Wegfall gekommen ist und sonach auch das akzessorische (BGHZ 60, 47, 50 = NJW 1973, 323) Sicherungsmittel der Auflassungsvormerkung fortbesteht.

Entgegen der Meinung der Klägerin hat deren Streithelferin nicht „wirksam“ ein für sie im Notarvertrag vom 22.9.1999 vereinbartes Vorkaufsrecht ausgeübt, da ein solches Recht nicht bestand.

Ein dingliches Vorkaufsrecht (§ 1094 BGB) ist mangels Eintragung in das Grundbuch (§ 873 Abs. 1 BGB) nicht zur Entstehung gelangt. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme im zweiten Rechtszug ist auch nicht zur sicheren Überzeugung des Senats erwiesen (§ 286 Abs. 1 ZPO), dass die Klägerin und ihre Streithelferin in § 14 des Notarvertrages vom 22.9.1999 (zusätzlich) ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht im Sinne von § 504 BGB in der bis 31.12.2001 geltenden Fassung (jetzt: § 463 BGB) vereinbart hätten.

Dafür sind folgende Erwägungen maßgeblich:

1. Der Wortlaut von § 14.2 und 14.3 des Notarvertrages vom 22.9.1999, für dessen vollständige und richtige Wiedergabe der zwischen der Klägerin und ihrer Streithelferin dazu getroffenen Vereinbarung eine tatsächliche Vermutung streitet (BGH, NJW-RR 1998, 1470), spricht ganz eindeutig für die Abrede eines dinglichen (sachenrechtlichen) Vorkaufsrechtes. Denn allein ein solches kann, was die rechtsfürsorglich beratenen Vertragspartner übereinstimmend gewollt und auch gemäß §§ 13, 19 GBO in der Notarurkunde formwährend (§ 29 GBO) beantragt und bewilligt haben, in das Grundbuch eingetragen werden. Demgegenüber hätte ein obligatorisches Vorkaufsrecht, so es von den Vertragschließenden bezweckt gewesen wäre, überhaupt nur durch Bewilligung einer Vormerkung zugunsten der Streithelferin (vgl. BGH, NJW 1981, 446, 447; NJW 2000, 1033) gesichert werden können. Dafür sahen die Urkundsbeteiligten aber seinerzeit offenbar keinen Anlass, was plausibel erscheint, weil – wie in § 14 der Urkunde vom 22.9.1999 und ebenso bereits in dem Vorvertrag vom 25.2.1998 ausdrücklich schriftlich festgelegt – das Vorkaufsrecht selbst als (dingliche) Grundstücksbelastung in das Register eingetragen werden sollte.

2. Das nach dem Vertragstext für den Streitfall sonach beabsichtigte dingliche Vorkaufsrecht ist seiner Rechtsnatur nach nicht etwa ein mit dinglicher Wirkung ausgestattetes obligatorisches Vorkaufsrecht (Recht zur Ausübungserklärung nach § 505 BGB a. F., jetzt § 464 BGB), sondern ein eigenständi-

ges Sachenrecht, das ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht gar nicht voraussetzt. Deshalb ist der früher vertretenen Rechtsmeinung nicht zu folgen, dass der Vereinbarung eines dinglichen Vorkaufsrechts zwangsläufig ein obligatorisches Vorkaufsrecht als causa unterlegt sein müsse oder dass Letzteres durch Verdinglichung gesichert werde. Vielmehr sind dingliches und schuldrechtliches Vorkaufsrecht grundsätzlich rechtlich unabhängig voneinander (vgl. *Staudinger/Mader*, Neubearbeitung 2004, Vorbem. zu §§ 463 ff. Rdnr. 5 ff.; *Staudinger/Schermaier*, Neubearbeitung 2009, Einleitung zu §§ 1094 ff. Rdnr. 14; *Palandt/Bassenge*, 71. Aufl., Überblick vor § 1094 Rdnr. 2; *Alpmann* in *Juris PK-BGB*, 5. Aufl. 2010, § 1094 Rdnr. 4; OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 1015, 1016; OLG Hamm, NJW-RR 1996, 849, jeweils m. w. N.).

3. Das schließt es allerdings nicht aus, dass bei der Bestellung eines dinglichen Vorkaufsrechts die Partner eines solchen Rechtsgeschäfts im Einzelfall zusätzlich (daneben) auch ein obligatorisches Vorkaufsrecht verabreden, wenn ein tatsächlich vorhandener Vertragswille zur Begründung dieses nur schuldrechtlich wirkenden Rechtes, etwa für den Fall, dass das dingliche Vorkaufsrecht nicht entstehe, festgestellt werden kann; dafür bedarf es indes entsprechender konkreter Anhaltspunkte (BGH, WM 1970, 1024; OLG Düsseldorf und OLG Hamm, jeweils a. a. O.).

a) Hierauf wollen im Streitfall die Klägerin und ihre Streithelferin mit ihrem Sachvortrag und dem Beweisantritt in zweiter Instanz hinaus. Die Bekundungen der vom Senat dazu gehörten Auskunftspersonen haben jedoch gerade nicht ergeben, dass die am 22.9.1999 für die Klägerin und deren Streithelferin handelnden Personen bei der Vereinbarung des nach ihrem Willen in das Grundbuch einzutragenden Vorkaufsrechts sich der rechtlichen Unterschiede zwischen einem dinglichen und einem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht überhaupt bewusst gewesen wären und sie sich im Wissen darum zusätzlich auch noch auf die vertragliche Begründung eines obligatorischen Vorkaufsrechts verständigt hätten.

b) Soweit die damals für die Streithelferin der Klägerin mit der Angelegenheit befassten Zeugen übereinstimmend von dem Wunsch nach bestmöglicher Absicherung der Kaufoption für die Bank zum späteren Erwerb der von ihr zunächst nur angemieteten Räume berichtet haben, ergibt sich aus dieser Interessenlage allein nichts Aussagekräftiges für die Beantwortung der Beweisfrage nach der tatsächlich erfolgten Vereinbarung eines (auch) obligatorischen Vorkaufsrechts.

Hingegen haben alle gehörten Zeugen nochmals bestätigt, dass das im Notarvertrag vom 22.9.1999 eingeräumte Vorkaufsrecht als solches zur Eintragung in das Grundbuch gelangen sollte, was – wie bereits ausgeführt – gegen die Vereinbarung eines (nicht eintragungsfähigen) schuldrechtlichen Vorkaufsrechts spricht.

Im Übrigen war die Aussage des Zeugen Fa für den Inhalt und das Ergebnis der Vertragsgespräche über die Einräumung des Vorkaufsrechts unergiebig, weil er hierin nicht eingebunden war.

Die bei der notariellen Veraktung am 22.9.1999 für die Streithelferin handelnden damaligen Vorstände Fü und Mü konnten sich an die konkreten Einzelheiten des im Notartermin zu dem Vorkaufsrecht Besprochenen nicht erinnern, insbesondere nicht, ob damals in den Verhandlungen zwischen einem „schuldrechtlichen“ und/oder einem „dinglichen“ Vorkaufsrecht unterschieden worden sei. Danach steht aber schon nicht fest, dass den für die Streithelferin handelnden Zeugen bei Vertragsschluss überhaupt bekannt war, dass es zweierlei Vorkaufrechte gibt und dass diese darüber hinaus auch nebeneinander vereinbart werden können.



c) Der Urkundsnotar M hat glaubhaft ausgesagt, dass über Einzelheiten des zuvor durch eine Notariatsmitarbeiterin im Entwurf vorbereiteten Vertragstextes, insbesondere die Fassung und die Bedeutung von dessen § 14, im Beurkundungstermin am 22.9.1999 nicht mehr gesprochen wurde und er insoweit auch keinen weiteren Bedarf zur Erörterung mit den Urkundsbeteiligten gesehen habe. Soweit der Zeuge darüber hinaus dazu bekundet hat, wie er das in den Vertragstext aufgenommene Vorkaufsrecht damals in eigener Person verstandesmäßig aufgefasst und rechtlich eingeordnet haben will, kann die Klägerin daraus von vornherein nichts für sie Günstiges herleiten. Denn seine hierzu angestellten inneren Überlegungen hat der Notar, dem die Klägerin wegen möglicher Regressansprüche aufgrund der versäumten Registeranmeldung den Streit verkündet hat, laut eigenen Angaben nicht bei der Veraktung gegenüber den Urkundsbeteiligten verlautbart, so dass die entsprechenden Vorstellungen des Zeugen auch nicht in die Bildung von deren Vertragswillen eingeflossen sein können.

4. Eine Umdeutung des nach dem Notarvertrag vom 22.9.1999 beabsichtigten dinglichen in ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht nach § 140 BGB kommt nicht in Betracht, weil eine Umdeutung nur bei einem nichtigen Geschäft, nicht jedoch bei einem unvollständigen Geschäft möglich ist (OLG Düsseldorf, DNotZ 1999, 1015, 1016 f.).

(...)

### Anmerkung:

Kinder, denen man nicht ihr Lieblingseis kauft, wollen aus Trotz oft gar kein Eis mehr haben. Dieses aus dem Alltagsleben bekannte Phänomen macht das Pfälzische OLG Zweibrücken für die Auslegung rechtsgeschäftlicher Erklärungen fruchtbar. Es ist der Auffassung: Wer kein dingliches Vorkaufsrecht bekommt, will auch kein schuldrechtliches. Rechtlich ist das Urteil des Gerichts allerdings nicht haltbar.

### 1. Der Ausgangspunkt

Im Ausgangspunkt folgt das OLG der herrschenden Meinung, nach der das dingliche Vorkaufsrecht ein eigenständiges Sachenrecht und nicht lediglich die Verdinglichung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts ist.<sup>1</sup> „Neben“ dem dinglichen Vorkaufsrecht könne auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellt werden. Davon sei jedoch nur bei Vorliegen „konkreter Anhaltspunkte“ auszugehen.<sup>2</sup>

Zu prüfen war daher, ob die Erklärungen in der Notarurkunde vom 22.9.1999 dahingehend auszulegen, hilfsweise umzu- deuten, sind, dass vor Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts bereits ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestand.

### 2. Zur Auslegung

Das Gericht verkennt den Umfang, in dem die Urkunde der Auslegung bedurfte: Ihr Wortlaut lässt allenfalls den Schluss zu, dass auch ein dingliches Vorkaufsrecht bestellt wurde. Im Hinblick auf die entscheidungserhebliche Frage, ob vor

<sup>1</sup> So bereits *Cosack/Mitteis*, Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts, 7. und 8. Aufl., § 73 II. 1.; aus dem aktuellen Schrifttum vgl. nur *Staudinger/Schermaier*, Neubearb. 2009, Einl. zu §§ 1094 ff., Rdnr. 14 m. w. N. Die etwa von *Planck*, BGB, 3. Aufl., 6. Abschn., Bemerkung 2. vertretene Gegenauffassung, nach der das dingliche Vorkaufsrecht zugleich ein obligatorisches Vorkaufsrecht enthalte, wird heute nicht mehr vertreten.

<sup>2</sup> Ähnlich zuvor bereits OLG Hamm, 22 U 175/94, NJW-RR 1996, 849, und OLG Düsseldorf, 9 U 213/98, MittRhNotK 1999, 280.

Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts bereits ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellt wurde, ist der Wortlaut dagegen zweideutig und nicht „ganz eindeutig“. Die präsentische Formulierung in § 14.2 ließe den Schluss zu, dass auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellt wurde, weil nur ein solches unmittelbar mit Beurkundung entstehen konnte. Ebenso spricht die Verwendung des unspezifizierten Wortes „Vorkaufsrecht“ in § 14.2 dafür, dass auch ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellt wurde, weil dem Wortlaut gerade keine Beschränkung auf ein dingliches Vorkaufsrecht zu entnehmen ist. Notarielle Urkunden, die vom Wortlaut her zweideutig sind, müssen aber nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen ausgelegt werden.<sup>3</sup>

Das Gericht vermengt Beweis- und Auslegungsfragen.<sup>4</sup> Deutlich zeigt sich das darin, wie die Interessenlage der Parteien im Urteil berücksichtigt wird: Das OLG stellt fest, dass die Interessenlage der Parteien dahin ging, die Kaufoption „bestmöglich“ abzusichern. Die Interessenlage ergäbe jedoch „nichts Aussagekräftiges“ für die „Beantwortung der Beweisfrage“ nach der tatsächlich erfolgten Vereinbarung eines (auch) obligatorischen Vorkaufsrechts.<sup>5</sup> Das Gegenteil ist richtig: Die im Rahmen der Auslegung zu berücksichtigende Interessenlage<sup>6</sup> spricht dafür, dass die Parteien vor Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts bereits die Entstehung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts gewollt haben. Denn nur dann ist die Kaufoption „bestmöglich abgesichert“. Eine „Beweisfrage“ stellt sich dagegen nicht mehr, da das Gericht die Interessenlage schon zu seiner Überzeugung festgestellt hat.

Die Auslegung ist auch unvollständig. Im Rahmen der Würdigung der Begleitumstände<sup>7</sup> wäre zu berücksichtigen gewesen, dass sogar die Vertragspartei, die durch die Entstehung eines schuldrechtlichen Vorkaufsrechts im Vorgriff auf das dingliche Vorkaufsrecht stärker belastet wäre, davon ausging, dass bereits vor Grundbucheintragung ein Vorkaufsrecht entstanden ist. Diese nachträgliche Äußerung einer Vertragspartei ist ein Indiz für den übereinstimmenden Willen der Parteien, ein Vorkaufsrecht unabhängig von der Grundbucheintragung zu begründen.

### 3. Zur Umdeutung

Das Gericht lehnt im Anschluss an das OLG Düsseldorf<sup>8</sup> eine Umdeutung ab, da eine Umdeutung nur bei einem nichtigen, nicht jedoch bei einem unvollständigen Rechtsgeschäft möglich sei. Das OLG Düsseldorf beruft sich auf ein Urteil des BGH.<sup>9</sup>

Im Fall des BGH fehlte zu Wirksamkeit einer Annahmeerklärung die Erklärung eines gesamtvertretungsberechtigten Vertreters. Mangels Vertretungsmacht lag keine wirksame Annahme vor. Der BGH stellt in diesem Zusammenhang fest,

<sup>3</sup> BGH, V ZR 132/73, BGHZ 63, 360.

<sup>4</sup> Siehe allgemein zur Abgrenzung zwischen der Auslegung von Rechtsgeschäften und der Feststellung auslegungsrelevanter Tatsachen *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 3. Aufl., § 16 6.

<sup>5</sup> Ebenso argumentiert OLG Düsseldorf, 9 U 213/98, MittRhNotK 1999, 280, 281.

<sup>6</sup> Siehe nur *Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl., § 133 Rdnr. 18.

<sup>7</sup> Zu ihrer Würdigung im Rahmen der Auslegung siehe allgemein *Palandt/Ellenberger*, § 133 Rdnr. 17; zur Berücksichtigung außerurkundlicher Begleitumstände im Rahmen der Auslegung beurkundeter Erklärungen siehe speziell BGH, V ZR 132/73, BGHZ 63, 360, 363.

<sup>8</sup> OLG Düsseldorf, MittRhNotK 1999, 280, 281.

<sup>9</sup> BGH, III ZR 57/80, WM 1982, 155.

dass eine „fehlende Erklärung nicht wie eine nichtige, aber zumindest vorhandene Erklärung im Wege der Umdeutung Rechtswirkung entfalten kann“.

Der hier zu entscheidende Fall hat mit dem Fall des BGH nichts zu tun. Es fehlt keine Erklärung einer Vertragspartei. Es fehlt die Grundbucheintragung. Der Parteiwille konnte aus Rechtsgründen keine Rechtswirkung entfalten, da die Entstehung des dinglichen Vorkaufsrechts die Grundbucheintragung voraussetzt. Eine Nachholung der Grundbucheintragung führt nicht mehr zu dem erstrebten Rechtserfolg, da sich die Käufervormerkung gegenüber dem dann nachrangig entstehenden dinglichen Vorkaufsrecht durchsetzt. Die Rechtsfrage lautet also: Kann § 140 BGB über seinen Wortlaut hinaus auf Fälle angewandt werden, bei denen die Verwirklichung des Parteiwillens nicht daran scheitert, dass die abgegebenen Erklärungen nichtig sind, sondern bei denen der von den Vertragsparteien erstrebte Rechtserfolg aus anderen Rechtsgründen endgültig nicht mehr eintreten kann? Da Sinn und Zweck des § 140 BGB nicht die Belohnung besonders schwerer, zur Nichtigkeit führender Rechtsverstöße ist, ist die Antwort klar. Der BGH gibt sie an anderer Stelle:<sup>10</sup> „Bei zahlreichen Rechtsgeschäften dieser Art ist nämlich die Wirkung in der gleichen Weise wie bei nichtigen Rechtsgeschäften ausgeschlossen, so dass kein Grund besteht, die für nichtige Rechtsgeschäfte geltenden Regeln nicht auch auf sie anzuwenden (...). Es bestehen deshalb keine rechtlichen Bedenken dagegen, die Vorschrift des § 140 BGB (...) anzuwenden.“

#### 4. Willenserklärungen als Rechtserfolgs- erklärungen

Die ältere Rechtsauffassung, nach der dem dinglichen Vorkaufsrecht ein obligatorisches Vorkaufsrecht zugrunde liegt, erkannte richtig: Das dingliche Vorkaufsrecht unterscheidet sich dadurch vom rein obligatorischen Vorkaufsrecht, dass es auch gegenüber Dritten wirkt. Gegenüber dem schuldrechtlichen Vorkaufsrecht stellt es ein „Mehr“ an Rechtserfolg dar. Die ältere Auffassung übersah jedoch, dass das BGB beide Rechtsinstitute, ungeachtet ihrer logischen Verknüpfung, verschiedenen Rechtsregeln unterstellt. Dingliches und schuldrechtliches Vorkaufsrecht sind daher jeweils eigenständige Rechtsinstitute.

Daraus lässt sich jedoch nicht folgern, dass beide Rechtsinstitute auch im Rahmen konkreter Willenserklärungen unverbunden „nebeneinander“ stehen. Willenserklärungen sind nicht auf die Begründung eines bestimmten Rechtsinstituts, sondern auf das Erzielen eines bestimmten Rechtserfolgs gerichtet.<sup>11</sup> Wer aber den Rechtserfolg „Vorkaufsrecht mit Wirkung gegen Alle“ will, will regelmäßig erst recht den Rechtserfolg „Vorkaufsrecht mit Wirkung gegenüber seinem Vertragspartner“. Bei notariell beurkundeten Willenserklärungen ist der Rechtserfolgswille der Beteiligten regelmäßig schon in die Gesetzessprache transformiert. Soweit jedoch der freiwilligen Gerichtsbarkeit nur eine Teiltransformation gelungen ist, bleibt es Aufgabe der streitigen Gerichtsbarkeit, dem Rechtserfolgswillen der Vertragsteile Rechtsgeltung zu verschaffen. Aus praktischer Sicht empfiehlt es sich für den Notar, diesbezügliche Zweifel zu vermeiden und klarzustellen, dass vor Entstehung des dinglichen Vorkaufs-

rechts bereits ein schuldrechtliches Vorkaufsrecht bestellt wurde.<sup>12</sup>

Notar Dr. *Carl Michael Niemeyer*, Eschenbach i. d. Opf.

<sup>12</sup> Siehe die Muster von *Amann* in Beck'sches Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil A VIII Rdnr. 13, und von *Hertel* in Würzburger Notarhandbuch, 2. Aufl., Teil 2, Kapitel 9, Rdnr. 2.

5. BGB § 2276 Abs. 1 Satz 1, § 2295; GBO § 35 Abs. 1 (*Erbvertrag mit Gegenleistungspflicht des Bedachten als Nachweis für Grundbuchamt*)

**Auch ein Erbvertrag, der eine Leistungsverpflichtung des Bedachten enthält, ist grundsätzlich geeignet, die Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.**

OLG München, Beschluss vom 31.5.2012, 34 Wx 15/12; eingeklagt von Notar *Rudolf Huber*, Wolfratshausen, und mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte ist in Erbengemeinschaft mit seiner Mutter M F im Grundbuch zur Hälfte als Eigentümer von Grundbesitz (Gebäude- und Freifläche) eingetragen. Eigentümerin des anderen Hälfteanteils ist seine Mutter, die am ... 2011 verstorben ist. Mit am 20.6.2011 eröffnetem Erbvertrag vom 21.1.1991 hatte die Verstorbene den Beteiligten zum Alleinerben eingesetzt. Bezogen auf diesen Grundbesitz hat der Beteiligte unter IV.2. für die Erbeinsetzung folgende Gegenleistungen übernommen:

.... 2. Frau M F ist berechtigt, vorstehendes Anwesen auf Lebensdauer unentgeltlich zu bewohnen, wobei sie lediglich die Verbrauchskosten (...) zu tragen hat.

Herr ... (= Beteiligter) verpflichtet sich, alle übrigen Kosten, die für den genannten Grundbesitz, insbesondere für den Unterhalt des Hauses anfallen, ab heute allein zu tragen.

Er verpflichtet sich außerdem, das Haus in einem stets bewohnbaren und beheizbaren Zustand zu erhalten. ....“

Mit notarieller Urkunde vom 16.6.2011 bestellte der Beteiligte für ein Kreditinstitut eine Grundschuld i. H. v. 25.000 € auf dem Grundbesitz und beantragte und bewilligte die Eintragung im Grundbuch. Zudem beantragte er unter Verweis auf den Erbvertrag und die Nachlassakte Grundbuchberichtigung.

Mit Zwischenverfügung vom 21.7.2011 setzte das Grundbuchamt dem Beteiligten Frist zur Vorlage eines Erbscheins, da der notarielle Erbvertrag nicht als Erbnachweis genüge. Aus ihm ergebe sich das Erbrecht des Beteiligten nicht in eindeutiger Weise. Wegen der Erbeinsetzung unter der Übernahme von Gegenleistungen durch den Beteiligten könne die Erbeinsetzung wieder weggefallen sein. Zwar bestehe die Möglichkeit, dass der Erblasser nur ein Rücktrittsrecht nach § 2295 BGB erlangt habe, was zur Folge hätte, dass die Nichtausübung des Rücktrittsrechts dem Grundbuchamt nicht nachzuweisen sei. Die Nichterfüllung der Verpflichtung könne aber auch zur auflösenden Bedingung der Erbeinsetzung gemacht worden sein (§ 158 Abs. 2 BGB), und zwar auch stillschweigend, was bei Leistungsverpflichtungen während der Lebensdauer der Erblasserin nahe liege. Eine Auslegung, welche Variante gewollt sei, sei dem Grundbuchamt nicht möglich. Hierauf komme es aber entscheidend an, da bei Vorliegen einer auflösenden Bedingung ein Erbschein verlangt werden müsse. Es stehe nicht fest, dass der Beteiligte alle Kosten – wie vereinbart – getragen und das Haus in einem stets bewohnbaren Zustand erhalten habe. Dass er seinen Verpflichtungen nicht nachgekommen sei, sei nicht nur eine ganz entfernt liegende Möglichkeit.

Mit Beschluss vom 25.10.2011 hat das Grundbuchamt die Eintragungsanträge kostenpflichtig zurückgewiesen, da die in der Zwischenverfügung aufgezeigten Eintragungshindernisse in der gesetzlichen Frist nicht behoben worden seien. (...)

<sup>10</sup> BGH, V ZR 56/62, BGHZ 40, 218, 222.

<sup>11</sup> *Flume*, a. a. O., § 4 5. m. m. N.; aus der älteren Literatur siehe bereits von *Tuhr*. Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Bd. 2, 1. Hälfte, 1914, § 48 II. 1.

Aus den Gründen:

## II.

Die zulässig erhobene Beschwerde (§ 71 Abs. 1, § 73 i. V. m. § 15 Abs. 2 GBO) gegen die Antragszurückweisung hat in der Sache Erfolg. Ihr steht nicht entgegen, dass die Zwischenverfügung nicht angefochten wurde (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 18 Rdnr. 54). Die Erbeinsetzung ist in einer öffentlichen Urkunde enthalten. Die Erbfolge ist durch diese der Auslegung durch das Grundbuchamt zugängliche Urkunde nachgewiesen. Weitergehende Nachweise sind für die begehrte Berichtigung und die Eintragung der Grundschuld nicht zu verlangen. Das Grundbuchamt ist demgemäß anzuweisen, die beantragten Eintragungen vorzunehmen.

1. Nach § 35 Abs. 1 GBO kann der Nachweis der Erbfolge nur durch einen Erbschein geführt werden. Beruht aber die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, wie hier in einem Erbvertrag (vgl. § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB), so genügt es, wenn an Stelle des Erbscheins die Verfügung von Todes wegen und die Niederschrift über die Eröffnung der Verfügung vorgelegt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO). Das Grundbuchamt kann jedoch die Vorlegung des Erbscheins verlangen, wenn die Erbfolge durch diese Urkunden nicht als nachgewiesen erachtet wird (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO).

Dem Grundbuchamt obliegt es, die in der öffentlichen Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen sowohl nach ihrer äußeren Form als auch nach ihrem Inhalt zu prüfen (herrschende Meinung, siehe Senat vom 12.1.2012, 34 Wx 501/11 = NotBZ 2012, 179, und zuletzt vom 25.1.2012, 34 Wx 316/11 bei juris). Es steht auch nicht in dessen Belieben, ob es einen Erbschein verlangen will oder ihm die in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO genannten Beweismittel genügen. Vielmehr hat das Grundbuchamt selbständig zur Frage der Erbfolge Stellung zu nehmen, ggf. auch den Willen des Erblassers durch Auslegung zu ermitteln und Zweifel durch Anwendung des Gesetzes auf die Verfügung zu lösen (Senat, a. a. O.). Es hat in diesem Rahmen auch gesetzliche Auslegungsregeln zu berücksichtigen, wenn das Nachlassgericht voraussichtlich darauf zurückgreifen müsste (OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248). Seine Pflicht zur Auslegung entfällt nur dann, wenn für die Auslegung tatsächliche Umstände wesentlich sind, die erst aufgeklärt werden müssten. Dazu ist nämlich im Grundbucheintragungsverfahren kein Raum (OLG Schleswig und Senat, je a. a. O.).

Die inhaltliche Überprüfung der letztwilligen Verfügung muss zu einem eindeutigen Ergebnis führen. Nicht nachgewiesen ist die Erbfolge, wenn tatsächliche Ermittlungen über Umstände, die sich außerhalb dieser oder anderer öffentlicher Urkunden befinden, angestellt werden müssen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 GBO; vgl. *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39 und 40; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., § 35 Rdnr. 104). Das Grundbuchamt darf die Eintragung nur versagen, wenn sich nach erschöpfender rechtlicher Würdigung konkrete Zweifel ergeben. Abstrakte Zweifel oder bloße Vermutungen genügen nicht (siehe Senat vom 25.1.2012; vgl. *Meikel/Roth*, GBO, 10. Aufl., § 35 Rdnr. 125).

2. Die vom Grundbuchamt geäußerten Zweifel an der nachgewiesenen Erbfolge bestehen bei sachgerechter Auslegung des Erbvertrags nach den Grundsätzen des § 133 BGB nicht.

a) Nach wohl herrschender Meinung (vgl. *Hügel/Wilsch*, § 35 Rdnr. 105 ff. und 110; a. A. LG Kleve, MittRhNotK 1989, 273) können eine Pflichtteilsstrafklausel ebenso wie ein Rücktrittsvorbehalt zu einer Lücke im Nachweis der Erbfolge führen. Solche Klauseln liegen hier nicht vor. Die

immer gegebene Möglichkeit, dass nachträglich die Erbeinsetzung etwa wegen einer späteren Verfügung von Todes wegen entfällt, genügt nicht (OLG Frankfurt, FGPrax 1998, 207 = MittBayNot 1999, 184). Dies sieht auch das Grundbuchamt so.

b) Auch wenn ein Rücktrittsvorbehalt nicht ausdrücklich vereinbart ist, kann sich ein gesetzliches Rücktrittsrecht aus § 2295 BGB ergeben, wenn – wie hier – die Verfügung mit Rücksicht auf eine rechtsgeschäftliche Verpflichtung des Bedachten, dem Erblasser für dessen Lebenszeit wiederkehrende Leistungen zu entrichten, getroffen ist. Voraussetzung für das Rücktrittsrecht ist, dass die Verpflichtung vor dem Tode des Erblassers aufgehoben wird. Hier gilt aber das oben Gesagte, dass ein gesetzliches Rücktrittsrecht als abstrakte Möglichkeit nur unter ganz besonderen Umständen das Erbrecht in Frage stellen kann. Die bloße Möglichkeit genügt nicht. Das Grundbuchamt muss, wenn die auch für Erbverträge geltende Vorschrift des § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO ihren Sinn behalten soll, vom Vorliegen des Regelfalls solange ausgehen, wie es keinen besonderen Anlass zu Bedenken hat (vgl. *Meikel/Roth*, § 35 Rdnr. 125 m. w. N.). Umstände, die hier konkret den Wegfall der Verpflichtung nahe legen, sind nicht ersichtlich.

c) Steht das Erbrecht unter einer auflösenden Bedingung (§ 158 Abs. 2 BGB), so steht, wie bei Pflichtteilsstrafklauseln, nicht fest, ob das Erbrecht tatsächlich entstanden ist. Die Bedingung, unter der es wieder entfällt, muss vertraglich vereinbart sein. Ob damit in jedem Fall eine nicht überbrückbare Nachweislücke entsteht, kann offen bleiben, da eine derartige vertragliche Bedingung hier ausscheidet.

Eine ausdrückliche Klausel dieses Inhalts existiert nicht. Auch die Auslegung des Erbvertrags (§ 133 BGB) ergibt keine solche Bedingung. Allerdings muss das Grundbuchamt aufgrund der Eintragungsunterlagen zu einer abschließenden Würdigung in der Lage sein und durch die Auslegung zu einem eindeutigen Ergebnis kommen (vgl. *Demharter*, § 35 Rdnr. 42).

Zwar mag es Fälle geben, in denen sich die Frage aufdrängt, ob die vertragsmäßige Zuwendung nicht von vorneherein durch den Fortbestand der Leistungspflicht des Bedachten bedingt sein sollte (vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1977, 208). Vorliegend spricht hierfür aber nichts. Vielmehr ist, wie auch § 2295 BGB zeigt, vom Grundsatz auszugehen, dass die Erbeinsetzung Bestand hat. Für einen hiervon abweichenden Willen der Parteien bedarf es zusätzlicher Anhaltspunkte (siehe OLG Hamm, Rpfleger 1977, 208), die hier fehlen. Dies gilt umso mehr für eine auflösende Bedingung dergestalt, dass bereits die Leistung nicht ordentlich erbracht wird. Eine derartige vertragliche Bedingung ist zwar denkbar (vgl. *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2295 Rdnr. 1). Anhaltspunkte für deren konkludente Vereinbarung liegen aber nicht vor. Insoweit weist der Beteiligte zu Recht darauf hin, dass mit einer solchen Bedingung eine erhebliche Rechtsunsicherheit, die nicht im Interesse der Vertragsparteien liegen kann, verbunden wäre. So würde etwa die im Anwesen wohnende Erblasserin bei jeder Pflichtverletzung und einer damit verbundenen automatischen Aufhebung des Erbvertrags ihren Anspruch gegen den Beteiligten darauf, das Anwesen in einem bewohn- und beheizbaren Zustand zu erhalten, verlieren. Eine derartige Konstruktion, noch dazu in einer nach den Regeln der §§ 8 ff. BeurkG notariell beurkundeten Verfügung, kann ohne hinreichende tatsächliche Anhaltspunkte sonstiger Art ausgeschlossen werden.

(...)

**Anmerkung:**

Zum zweiten Mal innerhalb eines guten halben Jahres hatte das OLG München die Gelegenheit, sich zur Anwendung des § 35 Abs. 1 GBO zu äußern. In der vorliegenden Entscheidung geht das Gericht dabei davon aus, dass eine notarielle Erbvertragsurkunde, welche zugleich eine Leistungspflicht des Bedachten enthält, grundsätzlich geeignet ist, die Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen. Der bloße Umstand, dass in der einen Erbvertrag enthaltenden notariellen Urkunde auch Verpflichtungen unter Lebenden vereinbart wurden, welche möglicherweise nicht erfüllt wurden, rechtfertigt weder die Annahme einer durch die Erfüllung dieser Verpflichtungen bedingten Erbeinsetzung, noch gebe eine solche Gestaltung einen hinreichenden Anlass nachzuforschen, ob die Erbeinsetzung infolge eines gesetzlichen Rücktrittsrechts gemäß § 2295 BGB entfallen sei. Vielmehr genüge „die immer gegebene Möglichkeit, dass nachträglich die Erbeinsetzung ... entfällt“ nicht, um neben der notariellen Verfügung noch weitere Erbfolgenachweise zu verlangen.

Dies entspricht sowohl dem Wortlaut als auch dem Sinn und Zweck von § 35 Abs. 1 GBO und verdient daher im Ergebnis und auch in der Begründung Zustimmung. Denn § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO erlaubt es, eine Erbfolge, welche in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, grundsätzlich durch Vorlage der entsprechenden Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung nachzuweisen. Nur falls das Grundbuchamt die Erbfolge nicht als durch diese Urkunden nachgewiesen erachtet, kann es die Vorlegung eines Erbscheins verlangen (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 GBO). Würde nun allein die abstrakte Möglichkeit, dass die Erbeinsetzung – sei es durch Rücktritt, Eintritt einer auflösenden Bedingung oder Aufhebung der letztwilligen Verfügung – nachträglich entfallen sein könnte, für das Grundbuchamt genügen, um die Erbfolge im diesem Sinne als nicht nachgewiesen zu erachten, so würde die Regelung des § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO praktisch leer laufen und keinen rechten Sinn mehr ergeben.<sup>1</sup> Die Vorlage eines Erbscheins kann das Grundbuchamt daher nur verlangen, sofern konkrete Umstände Zweifel an der in der notariellen Urkunde enthaltenen Erbeinsetzung veranlassen.<sup>2</sup> Zu Recht stellt daher das OLG München fest, dass „abstrakte Zweifel oder bloße Vermutungen“ nicht genügen, um die Eintragung einer gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO nachgewiesenen Erbfolge zu versagen. Ebenfalls zu Recht sieht es allein in dem Umstand, dass in der den Erbvertrag enthaltenden Urkunde auch „Leistungsverpflichtungen“ des Bedachten enthalten waren, keinen Anlass zu konkreten Zweifeln am (Fort-)Bestand der Erbeinsetzung.<sup>3</sup> Dabei konnte das Gericht offenlassen, ob bei einem Bedingungszusammenhang zwischen Erbeinsetzung und der Erfüllung der „Leistungsverpflichtungen“ der (Nicht-)Eintritt der Bedingung gesondert nachzuweisen wäre.<sup>4</sup> Denn für eine solche Bedingung ergaben sich weder aus dem Wortlaut der notariellen Urkunde noch aus den sonstigen Umständen hinreichende Anhaltspunkte.

Auch der Umstand, dass angesichts der Leistungspflichten

<sup>1</sup> Vgl. *Meikel/Roth*, GBO, § 35 Rdnr.125.

<sup>2</sup> H. M., vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 788.; *Meikel/Roth*, GBO, § 35 Rdnr. 125 („allgemein anerkannt“); *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39; DNotI-Report 2006, 182 f., jeweils m. w. N.

<sup>3</sup> A. A. offenbar *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2012, 334607.

<sup>4</sup> Vgl. zur Frage weiterer Nachweise bei bedingten Erbeinsetzungen *Hügel/Wilsch*, 2. Aufl. 2010, § 35 Rdnr. 112; LG Kleve, MittRhNotK 1989, 273 f.; DNotI-Report 2006, 182 f.

des Bedachten ein gesetzliches Rücktrittsrecht gemäß § 2295 BGB in Betracht kam, vermochte aus Sicht des OLG München keine konkreten Zweifel an der Erbeinsetzung zu begründen. Vielmehr sieht das Gericht die Ausübung des gesetzlichen Rücktrittsrechts nur „als abstrakte Möglichkeit“ an, die nur unter ganz besonderen Umständen das Erbrecht in Frage stellen kann. Hält man sich vor Augen, dass § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO auch bei einem stets widerruflichen Einzeltestament anwendbar wäre und der Rücktritt vom Erbvertrag an ungleich höhere formale Erfordernisse, nämlich die notarielle Beurkundung und den Zugang der Rücktrittserklärung (§ 2296 Abs. 2 BGB), gebunden ist als ein Testamentswiderruf, so leuchtet diese rechtliche Bewertung ohne Weiteres ein.<sup>5</sup> Dies gilt umso mehr, als § 2295 BGB den Rücktritt nicht in das Belieben des Erblassers stellt, sondern eine Beseitigung der Erbeinsetzung nur unter den dort bestimmten Voraussetzungen ermöglicht. Es bleibt daher auch bei einer notariellen Erbvertragsurkunde, welche eine Leistungspflicht des Bedachten enthält, bei der sich aus § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO ergebenden Regel, dass das Grundbuchamt „vom Vorliegen des Regelfalles“, hier also des Nicht-Rücktritts, „solange ausgehen [muss], wie es keinen besonderen Anlass zu Bedenken hat.“

Die vorliegende Entscheidung ist dabei umso erfreulicher, als das OLG München unlängst<sup>6</sup> noch eine überraschende Ausnahme von dieser Regel postulierte: Erbverträge mit (freiem) Rücktrittsvorbehalt sollten nur in Verbindung mit einer Versicherung an Eides statt, dass der Rücktritt nicht erfolgt ist, zum Rechtsnachfolgenachweis taugen. Angesichts eines im Erbvertrag vorbehaltenen (freien) Rücktrittsrechts bestünde eine „Nachweislücke“ hinsichtlich der „Negativtatsache“, dass dieses Recht nicht ausgeübt wurde. Diese Lücke könne durch Vorlage einer Versicherung an Eides statt, dass ein Rücktritt nicht erfolgt sei, geschlossen werden.

Auf diese Erwägungen geht das Gericht in seiner aktuellen Entscheidung bedauerlicherweise überhaupt nicht mehr ein. Es erspart sich damit die Frage, ob es gerechtfertigt ist, das gesetzliche Rücktrittsrecht gemäß § 2295 BGB und ein vertraglich vereinbartes „freies“ Rücktrittsrecht derart unterschiedlich zu behandeln, wie es das OLG München in seinen beiden Entscheidungen getan hat. Stellt man jedoch diese Frage, so wird man feststellen, dass ein sachliches Kriterium zur Differenzierung zwischen den beiden Sachverhalten nicht besteht. Entweder ist der Rücktritt vom Erbvertrag – unabhängig von der Grundlage des Rücktrittsrechts – eine ausnahmsweise Abweichung vom Regelfall, deren Möglichkeit nur bei konkreten Anhaltspunkten das Verlangen weiterer Nachweise rechtfertigt – oder nicht.<sup>7</sup> Betrachtet man nun des Weiteren, dass nach der Wertung des Gesetzgebers § 35 Abs. 1 Satz 2 Hs. 1 GBO nicht nur für bindende letztwillige Verfügungen, sondern sogar für das Einzeltestament, das per se frei widerruflich ist, gilt, so kann eigentlich kein Zweifel mehr bestehen, dass die bloße Möglichkeit der Aufhebung einer letztwilligen Verfügung, sei es durch Testamentswiderruf, sei es durch Rücktritt vom Erbvertrag, als solche nicht geeignet ist, die Vorlage weiterer Erbnachweise durch das Grundbuchamt zu begründen.<sup>8</sup> Einen Erfahrungssatz, dass der an höhere formale Erfordernisse gebundene Rücktritt vom Erbvertrag häufiger – und vor allem häufiger für das Gericht unbemerkbar – erfolgt als der Widerruf eines Einzeltestaments,

<sup>5</sup> Kritisch jedoch *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2012, 334607.

<sup>6</sup> OLG München, MittBayNot 2012, 293 (m. abl. Anm. S. Braun) = RNotZ 2012, 128 (m. abl. Anm. Tönnies, RNotZ 2012, 326).

<sup>7</sup> Ebenso *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2012, 334607.

<sup>8</sup> *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2012, 334607.

gibt es sicherlich nicht. Im Gegenteil, bei bindenden letztwilligen Verfügungen ist durch § 34a BeurkG – und zwar sowohl nach der bis zum 31.12.2011 geltenden Fassung als auch erst recht nach Einführung des Zentralen Testamentsregisters – sichergestellt, dass die Rücktrittserklärung (deren Vorliegen freilich konkrete Zweifel an der in dem Erbvertrag enthaltenen Erbinsetzung zu begründen vermag) dem Nachlassgericht bekannt wird.<sup>9</sup> Wer schon wegen der Möglichkeit eines (vorbehaltenen) Rücktritts vom Erbvertrag zusätzliche Erbnachweise verlangt, der müsste daher auch wegen der Möglichkeit des Widerrufs eines Einzeltestaments in gleicher Weise verfahren<sup>10</sup> – dies würde die Wertung des Gesetzgebers in § 35 GBO allerdings völlig auf den Kopf stellen.

Es ist daher schade, dass das OLG München nicht ausdrücklich von seiner – nunmehr nicht einmal erwähnten – Entscheidung zum Erbnachweis bei freiem Rücktrittsrecht abgerückt ist und es weiterhin die Auffassung vertritt, es entspräche der wohl herrschenden Meinung, ein Rücktrittsvorbehalt könne zu einer Lücke im Nachweis der Erbfolge führen. Denkt man jedoch die Begründung des gegenwärtigen Beschlusses konsequent zu Ende, so besteht Grund zur Hoffnung, dass sich das im November 2011 aufgestellte Erfordernis einer zusätzlichen Versicherung an Eides statt bei einem Erbnachweis durch notarielle Urkunde weitgehend wieder erledigt hat. Daher ist auch bezüglich der Aufnahme einer voraussetzenden standardmäßigen Versicherung an Eides statt in entsprechende Grundbuchberichtigungsanträge – außer in Eilfällen – Zurückhaltung geboten.<sup>11</sup>

Notar *Stefan Braun*, LL.M. (L. S. E., London),  
Maître en droit (Paris), Erlangen

<sup>9</sup> *Tönnies*, RNotZ 2012, 326, 327; *S. Braun*, MittBayNot 2012, 294.

<sup>10</sup> Ebenso *Tönnies*, RNotZ 2012, 326, 328.

<sup>11</sup> Ebenso *Tönnies*, RNotZ 2012, 326, 328; a. A. *Litzenburger*, Beck FD-ErbR 2012, 334607.

6. GBO § 29 Abs. 1 Satz 1; BGB § 130 Abs. 2 (*Wirksamkeit einer Eintragungsbewilligung im Testament*)

**Grundbuchrecht: Mit dem Tode dessen, der die Erklärung abgegeben hat, verliert die (wirksam gewordene und nicht widerrufen) Eintragungsbewilligung nicht ihre Wirksamkeit. Sie gilt auch dem Erben des Bewilligenden gegenüber, so dass es seiner Eintragungsbewilligung selbst dann nicht bedarf, wenn er inzwischen als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen ist. Die Eintragungsbewilligung kann auch in einem notariell beurkundeten Testament erklärt werden und ist als vor dem Tod des Erblassers abgegeben anzusehen, wenn das spätere Zugehen der Bewilligung an den begünstigten Erklärungsempfänger dadurch gesichert ist, dass die Urkunde vom Erblasser in besondere amtliche Verwahrung gebracht wurde und nach dem Tode aus dieser zu eröffnen sowie den Beteiligten, darunter auch dem Erklärungsempfänger, bekannt zu geben ist.**

OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.3.2012, 8 W 75/12

Mit Antrag vom 29.9.2011 hat die Beschwerdeführerin die Eintragung des bedingten Nießbrauchs an dem im Grundbuch von ... Nr. ... eingetragenen Grundstück, Flurstück ..., ..., Gebäude- und Freifläche, 770 m<sup>2</sup>, begehrt. Das Grundstück gehörte dem am 27.10.2009 verstorbenen ..., der der Antragstellerin in § 4 seines notariellen Testaments vom 14.6.1996 im Wege des Vermächnisses den unentgelt-

lichen Nießbrauch an diesem eingeräumt und zugleich in der Urkunde dessen Eintragung in das Grundbuch bewilligt hatte. Die in amtlicher Verwahrung gewesene letztwillige Verfügung wurde am 12.11.2009 in Abwesenheit der Erben und der Vermächtnisnehmerin eröffnet. Die testamentarisch eingesetzten Erben, die Töchter ... sowie der Sohn ... wurden am 9.2.2010 in Erbengemeinschaft als Grundstückseigentümer im Grundbuch eingetragen.

Das Notariat hat durch einen Zwischenbescheid mit Verfügung vom 14.2.2012 die Behebung eines Eintragungshindernisses bis spätestens 15.5.2012 aufgegeben. Dieses bestehe darin, dass zur Eintragung des Nießbrauchs als Belastung die Zustimmung der eingetragenen Eigentümer in der Form des § 29 GBO (unterschriftsbeglaubigt) erforderlich sei.

Gegen die Zwischenverfügung hat die Antragstellerin beim OLG Stuttgart am 2.3.2012 Beschwerde eingelegt, weil die Eintragungsbewilligung des Erblassers nach seinem Tod wirksam bleibe.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...) 2. Das Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg. Denn das vom Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) angenommene Vollzugshindernis besteht nicht.

Mit dem Tod dessen, der die Erklärung abgegeben hat, verliert die (wirksam gewordene) Eintragungsbewilligung nicht ihre Wirksamkeit. Die (nicht widerrufen) Eintragungsbewilligung gilt auch dem Erben des Bewilligenden gegenüber. Er ist als Gesamtrechtsnachfolger an die Bewilligung in gleicher Weise gebunden wie der bewilligende Erblasser. Die Bewilligung bleibt daher auch nach dem Tod dessen, der sie erklärt hat, noch Eintragungsgrundlage und einer weiteren Bewilligung des Erben bedarf es nicht. Für die Grundbucheintragung genügt die (wirksame) Eintragungsbewilligung des Erblassers daher auch dann, wenn inzwischen der Erbe als Berechtigter in das Grundbuch eingetragen worden ist (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl. 2008, Rdnr. 107a; *Meikel/Böttcher*, Grundbuchrecht, 9. Aufl. 2004, § 19 GBO Rdnr. 58; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, § 19 GBO Rdnr. 58; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 22; *Staudinger/Marotzke*, Neubearb. 2008, § 1922 BGB Rdnr. 328; BGHZ 48, 351; BayObLGZ 1986, 493 = MittBayNot 1987, 87; je m. w. N.).

Die Eintragungsbewilligung wurde vom Erblasser in dem notariellen Testament vom 14.6.1996 abgegeben.

Soweit vereinzelt die Meinung vertreten wird, eine in einem Testament enthaltene Eintragungsbewilligung sei nicht wirksam erklärt worden (*Staudinger/Otte*, Neubearb. 2003, § 2174 Rdnr. 26 unter Bezugnahme auf KG HRR 1933 Nr. 416), kann dem nicht gefolgt werden.

Diese Auffassung ist widerlegt in RGZ 170, 380, und OLG Köln, NJW 1950, 702 (vergleiche *Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 23):

Die notariell beurkundete Eintragungsbewilligung (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) wird als verfahrensrechtliche Grundlage einer Eintragung durch das Grundbuchamt wirksam, wenn die Urkunde mit dem Willen des Erklärenden dem Grundbuchamt oder zur Vorlage bei diesem demjenigen, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll, in Urschrift, Ausfertigung oder beglaubigter Abschrift zugeht (*Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 21 m. w. N.).

Stirbt der Aussteller vor dem Zugang, so ist die Bewilligung wirksam, wenn er vorher alles Erforderliche getan hat, um das Zugehen der Erklärung herbeizuführen. Diese Voraussetzung ist erfüllt, wenn er die Erklärung nicht nur abgefasst, sondern sie an den Adressaten abgesandt hat. Es genügt aber auch,

wenn er die Erklärung in anderer Weise derart in den Rechtsverkehr gebracht hat, dass er mit ihrem Zugehen bei diesem rechnen konnte (*Demharter*, a. a. O., § 19 Rdnr. 22; RG 170, 380; OLG Köln, NJW 1950, 702).

Geht man aber davon aus, dass die Abgabe einer Erklärung auch auf andere Weise als durch unmittelbare Absendung an den Empfänger erfolgen kann, sofern sie nur vom Aussteller mit dem Willen in den Rechtsverkehr gebracht wird, sie solle dem Erklärungsempfänger zugehen, so ist nicht ersichtlich, warum sie nicht in der Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen kann. Auch in diesem Fall muss es zur Abgabe einer empfangsbedürftigen Willenserklärung (§ 130 Abs. 2 BGB) genügen, dass der Aussteller seinerseits das Erforderliche getan hat, die Erklärung wirksam werden zu lassen. Die in einem Testament enthaltene Eintragungsbewilligung wird deshalb schon vor dem Tod des Erblassers dadurch abgegeben, dass sie vor dem Notar in gehöriger Form erklärt und bis zum Tod nicht widerrufen wird. Damit hat der Erklärende das Testament in eine Lage gebracht, die das spätere Zugehen der Bewilligung an den begünstigten Erklärungsempfänger gesichert hat, weil die Urkunde von ihm in besondere amtliche Verwahrung gebracht wurde und nach dem Tode aus dieser zu eröffnen sowie den Beteiligten, darunter auch dem Erklärungsempfänger, bekannt zu geben ist. Dies genügt aber für die Annahme, die Erklärung sei im Sinne des § 130 Abs. 2 BGB abgegeben sowie für die Wirksamkeit der Eintragungsbewilligung in dem notariell beurkundeten Testament, auch wenn sie entsprechend dem Willen des Erklärenden erst nach dessen Tod durch Eröffnung der Verfügung von Todes wegen zur Kenntnis des Empfangsberechtigten kommt (OLG Köln, NJW 1950, 702).

Das notarielle Testament des Erblassers befand sich in amtlicher Verwahrung bis zu seinem Tod und wurde deshalb nicht widerrufen (§ 2256 BGB). Es wurde am 12.11.2009 eröffnet (§ 2263 BGB) und musste danach den Erben sowie der Vermächtnisnehmerin zur Kenntnis gebracht werden, so dass der Erblasser alles Erforderliche getan hatte, um die Erklärung wirksam werden zu lassen. An diese ist die Erbengemeinschaft als Gesamtrechtsnachfolger des Verstorbenen gebunden. Es bedarf deshalb keiner Eintragungsbewilligungen (§§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) der drei zwischenzeitlich als Eigentümer eingetragenen Erben.

Damit besteht das vom Grundbuchamt angenommene Vollzugshindernis nicht, so dass die Zwischenverfügung vom 14.2.2012 aufzuheben und das Notariat anzuweisen war, den Eintragungsantrag der Beschwerdeführerin unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats und nunmehrigen Beteiligung der Erbengemeinschaft erneut zu bescheiden.

(...)

## Anmerkung:

### 1. Der Fall<sup>1</sup>

Der Erblasser hatte in einem notariell beurkundeten Testament einer Person, die nicht Erbe werden sollte, vermächtnisweise einen Nießbrauch zugewendet. Der Einfachheit halber hatte er innerhalb der notariellen Urkunde den Nießbrauch auch zur Eintragung bewilligt. Die in die amtliche Verwahrung gebrachte Verfügung von Todes wegen wurde nach dem Tod des Erblassers in Abwesenheit der Erben und der Vermächtnisnehmerin eröffnet. Die Erben wurden sodann als

<sup>1</sup> MittBayNot 2013, 49 (in diesem Heft) = ZEV 2012, 431 m. Anm. *Otte* = FD-ErbR 2012, 332258 m. Anm. *Litzenburger* = BeckRS 2012, 06661 = NotBZ 2012, 297 = ZErB 2012, 132.

Eigentümer eingetragen. Die Vermächtnisnehmerin hat unter Bezugnahme auf die im Testament enthaltene Bewilligung die Eintragung des Nießbrauchs beantragt.

Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung beanstandet, dass die Zustimmung der eingetragenen Erben in der Form des § 29 GBO vorzulegen sei. Hiergegen wurde Beschwerde eingelegt. Das OLG Stuttgart hat der Beschwerde stattgegeben, die Zwischenverfügung aufgehoben und das Grundbuchamt angewiesen, den gestellten Antrag unter Berücksichtigung der Rechtsauffassung des Senats erneut zu bescheiden.

### 2. Grundbuchrechtlicher Stand: die Bewilligung des Verstorbenen

Die Eintragungsbewilligung eines bewilligungsbefugten Erblassers kann auch dann grundsätzlich taugliche Grundlage einer Grundbucheintragung sein, wenn zwischenzeitlich der Erbe eingetragen ist.<sup>2</sup> Diese auch in der Literatur ganz herrschende Meinung<sup>3</sup> stützt sich im Kern darauf, dass der Erbe nicht nur in die materiellrechtliche Position des Erblassers einrückt, sondern auch in die verfahrensrechtliche Position. Voraussetzung für die verfahrensrechtliche Verwendbarkeit ist, dass die Bewilligung wirksam geworden ist und nicht vorher widerrufen wurde (was ggf. auch den Erben noch möglich wäre). Wirksam geworden ist eine Bewilligung, wenn der Bewilligungsberechtigte in der erforderlichen Form (§ 29 GBO) mit dem notwendigen Inhalt sein Einverständnis mit der Eintragung erklärt hat, die diese Erklärung verkörpernde Erklärung dem Grundbuchamt vorliegt und die Vorlage mit Zustimmung des Bewilligenden erfolgt ist.<sup>4</sup>

Fraglich im vorliegenden Fall könnte die letztgenannte Voraussetzung sein, deren Erfordernis sich aus dem verfahrensrechtlichen Charakter der Bewilligung ergibt.<sup>5</sup> Der Umstand allein, dass die Urkunde dem Grundbuchamt vorliegt, lässt noch nicht zwingend auf den Verwendungswillen schließen, wobei jedoch von der Lebenserfahrung auszugehen ist, dass eine Urkunde im Regelfall nicht ohne Willen des Erklärenden in dritte Hände gelangt.<sup>6</sup> Legt der Dritte (Begünstigte) das Original oder eine auf ihn lautende Ausfertigung vor, kann das Grundbuchamt davon ausgehen, dass der Notar (oder das Gericht, welches eine Urkunde errichtet hat) das Original nur aushändigt oder eine Ausfertigung nur dem erteilt, der hierauf ein Recht hat. Wird nur eine beglaubigte Abschrift vorgelegt, sind weitere Nachweise für den Verwendungswillen des Bewilligenden erforderlich. Stirbt der Bewilligende vor Zugang der Bewilligung beim Grundbuchamt, so kann die Erklärung dennoch wirksam werden, wenn er sie an den Adressaten (d. h. den Begünstigten oder das Grundbuchamt) abgesandt oder übergeben hat oder sie in anderer Weise derart in den Rechtsverkehr gebracht hat, dass er mit ihrem Zugehen rechnen konnte. Dieser zur empfangsbedürftigen materiellrechtlichen Erklärung entwickelten Auffassung<sup>7</sup> ist auch für die verfahrensrechtliche Bewilligung zuzustimmen.<sup>8</sup>

<sup>2</sup> BGH, NJW 1968, 105, 106 = BGHZ 48, 351.

<sup>3</sup> *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 19 Rdnr. 22 f.; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rdnr. 97, 103, 134, 169 f.

<sup>4</sup> *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 5. Aufl. 1999, Einl. C 43, 78, E 88; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 93.

<sup>5</sup> *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 21.

<sup>6</sup> *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 98.

<sup>7</sup> RGZ 170, 380, 382 zum Schenkungswiderruf; OLG Köln, NJW 1950, 702 zur Vollmacht; für notariell beurkundete materiellrechtliche Erklärungen vgl. *Kanzleiter*, DNotZ 1996, 931, 936.

<sup>8</sup> *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 97; ebenso *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 22 f.

### 3. Die Abgabe der Bewilligung innerhalb einer Verfügung von Todes wegen

Fraglich kann nun sein, ob die Aufnahme einer dem Grundbuchverfahrensrecht zuzuordnenden Bewilligung in eine Urkunde, welche ansonsten ausschließlich als Testament zu behandeln ist, diesen Anforderungen genügt. Verneint wird dies von *Otte*<sup>9</sup> vor allem mit der Begründung, der Bewilligende habe nicht seinerseits alles Erforderliche getan, um den Zugang beim Grundbuchamt (nur diesen sieht er als maßgeblich an) herbeizuführen. Dies wird von der herrschenden Grundbuchverfahrensrechtlichen Literatur allerdings auch nicht verlangt, die Herbeiführung des Zugangs beim Begünstigten würde genügen.<sup>10</sup> Das OLG Stuttgart hat dies nun dadurch als erfüllt angesehen, dass der Bewilligende das Testament, welches die Bewilligung enthält, in die besondere amtliche Verwahrung gebracht habe und damit sichergestellt gewesen sei, dass der Begünstigte nach Eröffnung (§ 2263 BGB) hiervon Kenntnis erlange, weil dem Vermächtnisnehmer eine Abschrift zumindest des ihn betreffenden Testamentsinhalts zu erteilen war (§§ 348, 15 FamFG). Ob dieser Schluss zwingend ist, kann mit *Otte* zu Recht bezweifelt werden. Indes, er scheint möglich. Wenn man den Grundsatz des „favor testamenti“ dahingehend erweitert, dass bei mehreren möglichen Beurteilungen auch für eine im Testament enthaltene Erklärung, die keine Verfügung von Todes wegen ist, diejenige den Vorrang verdient, welche dem Willen des Testators zur Wirksamkeit verhilft, kann man den Weg dieser Rechtsprechung gehen. Ob es eine sichere tragfähige Grundlage für eine Gestaltung ist, erscheint allerdings sehr zweifelhaft. Von einer Nachahmung dieser Gestaltung ist abzuraten.<sup>11</sup> Vor allem die Auswirkungen eines Widerrufs des Vermächtnisses oder der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung auf die Wirksamkeit der Bewilligung erscheinen ohne ausdrückliche Regelung völlig unklar.<sup>12</sup>

### 4. Schuldrechtliche Lage

Gegen die Verwendbarkeit der Bewilligung könnte auch eingewandt werden, dass sie von einer Person erteilt wurde, welche zur Bestellung des bewilligten Rechts nie verpflichtet war und auch nicht verpflichtet werden konnte: da causa für den einzutragenden Nießbrauch der Vermächtnisanspruch gemäß § 2174 BGB ist, konnte der Erblasser selbst nie Schuldner dieser Verpflichtung werden. Beschwer mit der Leistungsverpflichtung ist in der Regel der Erbe, wenn der Erblasser nicht einen Vermächtnisnehmer seinerseits beschwert hat, § 2147 BGB. Indes, die Wirksamkeit der Grundbuchverfahrensrechtlichen Bewilligung ist – von besonderen Ausnahmen abgesehen – nicht von irgendeinem Kausalgeschäft abhängig.<sup>13</sup> Schuldrechtliche Abreden der Beteiligten sind für das Grundbuchamt – von Ausnahmen im Falle der Vormerkung, die auf Sicherung eines schuldrechtlichen Anspruchs abzielt, abgesehen – nicht von Interesse.<sup>14</sup>

### 5. Alternative Gestaltungsmöglichkeiten

Will man den Weg, welcher der Entscheidung zugrundeliegt, nicht begehen, so bieten sich folgende Lösungen an:

(1) Es bleibt bei der Anordnung des Vermächtnisses. Die Erben sind dann nach dem Erbfall schuldrechtlich verpflichtet, alles zur Bestellung des Nießbrauchs Erforderliche zu tun, also insbesondere die Bewilligung abzugeben.

(2) Rechnet der Erblasser damit, dass die Erben ihrer Verpflichtung nicht ohne Weiteres nachkommen, oder will er einfach dem Vermächtnisnehmer ersparen, mit den Erben verhandeln oder diese bitten zu müssen, kann er Testamentsvollstreckung anordnen, eine vertrauenswürdige Person zum Testamentsvollstrecker ernennen und diesem unter anderen die Aufgabe der Bestellung des Nießbrauchs auferlegen. Wenn dies die einzige Aufgabe ist, die der Testamentsvollstrecker zu erfüllen hat, kann man den Vermächtnisnehmer selbst zum Testamentsvollstrecker ernennen und ihm die entsprechende Befugnis zuweisen. Der Testamentsvollstrecker gibt sodann die entsprechende Bewilligung ab, was dann zusätzlich die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge erfordern wird.

(3) Der Erblasser errichtet neben dem Testament eine weitere Urkunde (lebzeitiges Geschäft), erklärt in dieser die Bewilligung und legt fest, dass die Eintragung ohne Weiteres erfolgen darf, wenn eine Sterbeurkunde vorgelegt wird (zu deren Einholung dem Vermächtnisnehmer zweckmäßiger Weise Vollmacht erteilt wird). Dem stünde der verfahrensrechtliche Grundsatz der Bedingungsfeindlichkeit<sup>15</sup> nicht entgegen, weil das Gebot der Sicherheit der Verfahrensgrundlage nicht beeinträchtigt wird.<sup>16</sup> Hier sollte dann allerdings klargestellt werden, dass nur (das materiellrechtliche Angebot auf) die dingliche Einigung (§ 873 BGB) und die verfahrensrechtliche Bewilligung (§ 19 GBO) abgegeben wird, aber nicht durch Rechtsgeschäft unter Lebenden ein schuldrechtlicher Anspruch begründet werden soll. Causa bleibt dann allein die Vermächtnisanordnung in der Verfügung von Todes wegen, die dann ja später widerrufen werden könnte, was die abgegebene lebzeitige Erklärung kondizierbar macht.

Will man unbedingt bei einer Urkunde verbleiben, könnte man – um Diskussionen über eine Verwendbarkeit der Bewilligung abzukürzen – in der „Testamentsurkunde“ vorsehen, dass dem Vermächtnisnehmer im Hinblick auf die in Ziffer ... enthaltene Bewilligung sofort eine Ausfertigung der Urkunde zu erteilen ist. Diese Lösung hat allerdings – wie diejenige in Abschnitt (3) – den Nachteil, dass der Vermächtnisnehmer bereits vor dem Erbfall in den Besitz einer (Einigungs- und) Bewilligungsurkunde gelangt, mit der Folge der Bindung gemäß § 873 Abs. 2 BGB bzw. aufgrund verfahrensrechtlicher Grundsätze.<sup>17</sup>

Würde allerdings die Anordnung des Vermächtnisses später wieder aufgehoben und war in der Bewilligung ausdrücklich klargestellt, dass nur diese selbst und nicht etwa eine lebzeitige unentgeltliche Zuwendung als Rechtsgeschäft unter Lebenden vorgenommen wird, wäre die Bewilligung durch die Erben wieder kondizierbar: das Blatt hätte sich gewendet: nun müssen die Erben den nicht Vermächtnisnehmer Gewordenen wegen der Erfüllung des Kondiktionsanspruchs angehen (im Ergebnis ebenso wie vorstehend bei Variante 3).

<sup>9</sup> ZEV 2012, 433 f.; *Staudinger/Otte*, 2003, § 2174 Rdnr. 26.

<sup>10</sup> Vgl. oben Fn. 8.

<sup>11</sup> Ebenso *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 332258.

<sup>12</sup> Hierzu und zu weiteren offenen Fragen *Litzenburger*, FD-ErbR 2012, 332258.

<sup>13</sup> OLG München, JFG 20, 238, 241.

<sup>14</sup> *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 47 ff.

<sup>15</sup> KGJ 44, 191, 197 f.; OLG Oldenburg, MDR 1947, 23, 24.

<sup>16</sup> Vgl. OLG Frankfurt, Rpfleger 1975, 177; 1980, 291, 292; BayObLG, DNotZ 1985, 47 = Rpfleger 1983, 480; *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 56.

<sup>17</sup> Vgl. hierzu näher *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 116 ff.

## 6. Fazit

Die Billigung der gewählten Gestaltung durch das OLG Stuttgart ist nicht zwingend, kann aber als Weiterentwicklung der bisherigen grundbuchrechtlichen Beurteilung angesehen werden. Wegen der mit dieser Gestaltung verbundenen offenen Fragen und Risiken ist von einer Nachahmung dringend abzuraten. Dass sich manchem Erbrentler die Haare sträuben, wenn innerhalb einer Verfügung von Todes wegen plötzlich eine dem Grundbuch- und ggf. auch dem Sachenrecht zuzuordnende „Bewilligung“ auftaucht, ist nachvollziehbar, aber wohl nur als ästhetischer Kollateralschaden zu bewerten.

Notar Dr. Winfried Kössinger, München

## 7. BGB § 313 Abs. 1, § 705 (Ausgleich unbenannter Zuwendungen eines Ehegatten vor und während der Ehe bei Gütertrennung)

**Zum Ausgleich unbenannter Zuwendungen, die im Hinblick auf die künftige Ehe und während der bestehenden Ehe mit Gütertrennung dem anderen Ehegatten geleistet wurden.**

BGH, Urteil vom 19.9.2012, XII ZR 136/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Parteien schlossen am 27.7.1999 die Ehe. Zuvor hatten sie mit notariellem Vertrag vom 22.7.1999 Gütertrennung vereinbart. Am 16.10.2004 trennten sie sich; ihre Ehe wurde am 26.2.2007 geschieden.

Mit der Klage verlangt der Ehemann – soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung – den Ausgleich geleisteter Zuwendungen an die beklagte Ehefrau. Diese hatte am 9.7.1998 – vor Eingehung der Ehe – ein bebautes Grundstück zu einem Kaufpreis von 750.000 DM erworben. Den Kaufpreis brachte sie i. H. v. 290.000 DM oder 300.000 DM aus eigenen Mitteln auf; im Übrigen nahmen beide Parteien am 27.9.1998 ein gemeinsames Darlehen i. H. v. 495.000 DM auf. Die monatlich fälligen Darlehensraten wurden vom Konto des Klägers abgebucht. Die Beklagte ließ das Grundstück teilen. Den bebauten Teil veräußerte sie am 28.2.1999. Mit dem erzielten Kaufpreis von 490.000 DM löste sie das zuvor aufgenommene Darlehen ab; ein Teilbetrag von 64.436,90 DM wurde außerdem an die Beklagte ausbezahlt.

Auf dem der Beklagten verbliebenen, unbebauten Teil des Grundstücks errichteten die Parteien ein Familienheim. Hierzu unterzeichneten sie am 29.6.1999 einen weiteren Darlehensvertrag über 600.000 DM, dessen Annuitäten in der Folgezeit wiederum der Kläger aus seinen laufenden Einkünften bediente. Diese geleisteten Raten und weitere behauptete Aufwendungen für die Errichtung des Familienheims verlangt der Ehemann als ehebedingte Zuwendung von der Beklagten ersetzt. Die nach der Trennung vom Ehemann erbrachten Raten wurden bei der Bemessung des Trennungsunterhalts der Beklagten einkommensmindernd berücksichtigt.

Das LG hat der auf Zahlung von 145.000 € gerichteten Teilklage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das OLG die Klage abgewiesen. Hiergegen richtet sich die zugelassene Revision des Klägers, mit der er die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils verfolgt.

### Aus den Gründen:

Die zulässige Revision führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht. (...)

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft verneint.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kann ein Ausgleich nach den §§ 730 ff. BGB in Betracht kommen, wenn die Par-

teien ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben (Senatsurteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 14 ff. m. w. N.). Die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regelungen kann in Frage kommen, wenn die Partner die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb eines Vermögensgegenstandes, etwa einer Immobilie, einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer ihrer Lebensgemeinschaft nicht nur gemeinsam genutzt werden, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung auch gemeinsam gehören sollte. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus (Senatsurteile BGHZ 165, 1, 10 = FamRZ 2006, 607, 609 = MittBayNot 2006, 420, zur Ehegatteninnengesellschaft und BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 = MittBayNot 2009, 137 Rdnr. 18, zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft).

Der konkludente Abschluss eines Gesellschaftsvertrages kann allerdings dann nicht angenommen werden, wenn die Parteien einen Zweck verfolgen, der nicht über die Verwirklichung der zunächst nichtehelichen und später ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht. Dann bestehen grundsätzlich Zweifel an dem erforderlichen Rechtsbindungswillen. Denn in diesem Punkt haben die Partner regelmäßig keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen (Senatsurteile BGHZ 165, 1, 6 = FamRZ 2006, 607, 608 = MittBayNot 2006, 420, und BGHZ 142, 137, 144 f. = FamRZ 1999, 1580, 1581 = MittBayNot 1999, 565, zur Ehegatteninnengesellschaft sowie BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 = MittBayNot 2009, 137 Rdnr. 20 ff., zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft).

b) Nach den getroffenen Feststellungen sind die Vorinstanzen zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen, unter denen ein gesellschaftsrechtliches Zusammenwirken der Partner in Betracht zu ziehen ist, hier nicht vorliegen.

2. Revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden ist die vom Berufungsgericht getroffene Feststellung, dass es sich bei den hier streitigen Vermögensdispositionen um sog. ehebedingte oder unbenannte Zuwendungen handelt.

a) Nach der Senatsrechtsprechung fallen unter dieses Rechtsinstitut solche Zuwendungen unter Ehegatten, denen die Vorstellung oder Erwartung zugrunde liegt, dass die eheliche Lebensgemeinschaft Bestand haben werde, oder die sonst um der Ehe willen und als Beitrag zur Verwirklichung oder Ausgestaltung, Erhaltung oder Sicherung der ehelichen Lebensgemeinschaft erbracht werden und die darin ihre Geschäftsgrundlage haben (vgl. Senatsurteile vom 30.6.1996, XII ZR 230/96, FamRZ 1999, 1580 = MittBayNot 1999, 565, und vom 17.1.1990, XII ZR 1/89, FamRZ 1990, 600 = MittBayNot 1990, 178 m. w. N.).

b) Das Berufungsgericht leitet die Annahme, dass die Zuwendungen des Klägers an die Beklagte im Vertrauen auf den Fortbestand der Ehe erbracht wurden, daraus her, dass die aufgebrauchten Mittel der Finanzierung des Familienheims dienen sollten. Das ist als tatrichterliche Feststellung revisionsrechtlich jedenfalls im Ergebnis nicht zu beanstanden, wenngleich die maßgeblichen Vereinbarungen der Parteien nicht während bestehender Ehe getroffen wurden, sondern einem bereits vor der Eheschließung gefassten Gesamtplan folgten.

Denn einerseits kommt ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) auch unter nichtehelichen Partnern in Betracht, soweit den gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft werde



Bestand haben (Senatsurteile vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 14; BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 = MittBayNot 2009, 137 Rdnr. 31 ff.; BGHZ 183, 242 = FamRZ 2010, 277 = MittBayNot 2010, 394 Rdnr. 25). Es entspricht deswegen der Rechtsprechung des BGH, dass Rückgewähransprüche nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage – sei es entweder nach Scheitern einer Ehe oder nach Scheitern einer sonstigen Lebensgemeinschaft – grundsätzlich vergleichbaren Regeln folgen (Senatsurteil BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 = MittBayNot 2009, 137). Andererseits ist nicht ausgeschlossen, dass Nichtverheiratete in Erwartung ihrer bevorstehenden Eheschließung besondere Vermögensdispositionen treffen, als deren Geschäftsgrundlage sowohl die Gründung als auch der Fortbestand der ehelichen Lebensgemeinschaft angesehen werden kann. Daher begegnet es keinen Bedenken, die im vorliegenden Fall unmittelbar vor Eheschließung geschehene gemeinsame Darlehensaufnahme über 600.000 DM und die ganz überwiegend während der Ehezeit vom Ehemann geleisteten Annuitäten auf dieses Darlehen einheitlich nach den Grundsätzen einer ehebedingten Zuwendung zu behandeln.

3. Das Berufungsgericht hat jedoch keine hinreichenden Feststellungen zu den Voraussetzungen getroffen, unter denen eine ehebedingte Zuwendung nach Scheitern der Ehe und Wegfall der Geschäftsgrundlage zurückverlangt werden kann.

a) Bei der Abwägung, ob und ggf. in welchem Umfang Zuwendungen wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage zurückerstattet werden müssen, ist auch zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der durch die Leistung geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten und deshalb unbillig ist. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls (Senatsurteile vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 23 ff., und BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 = MittBayNot 2009, 13 Rdnr. 44).

Ob und ggf. inwieweit ein Anspruch besteht, hängt mithin insbesondere von der Dauer der Lebensgemeinschaft, dem Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Leistungen, der Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensmehrung sowie von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ab (Senatsurteil vom 6.7.2011, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 24, und BGHZ 84, 361, 368 = FamRZ 1982, 910). Dabei ist zu beachten, dass auch im Fall der Gütertrennung eine angemessene Beteiligung beider Ehegatten an dem gemeinsam erarbeiteten Vermögen dem Charakter der ehelichen Lebensgemeinschaft als einer Schicksals- und Risikogemeinschaft entspricht (Senatsurteil BGHZ 142, 137, 148 = FamRZ 1999, 1580, 1583 = MittBayNot 1999, 565, und BGH, Urteil vom 4.4.1990, IV ZR 42/89, FamRZ 1990, 855, 856).

Die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Partner können sich während des Bestehens einer Ehe dahin auswirken, dass der Partner mit dem höheren Einkommen in größerem Umfang als der andere zu den Kosten der gemeinsamen Lebensführung beiträgt. Soweit er damit aber einen Vermögenszuwachs des anderen bewirkt hat und die Geschäftsgrundlage hierfür weggefallen ist, gebieten es Treu und Glauben nicht zwangsläufig, die Vermögenszuordnung mit dem Hinweis auf die während der Zeit des Zusammenlebens günstigeren Einkommensverhältnisse des Zuwendenden bei-

zubehalten. Wesentliche Bedeutung kommt vielmehr auch dem Umstand zu, inwieweit eine Vermögensmehrung noch vorhanden ist (Senatsurteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 25, zur nichtehelichen Lebensgemeinschaft).

b) Hinreichende Feststellungen zu diesen Beurteilungskriterien hat das Berufungsgericht nicht getroffen.

Der Kläger betrachtet als rückzuerstattende Zuwendung an die Beklagte einen Betrag i. H. v. 8.706,72 € an Zinsen für das am 27.9.1998 aufgenommene Darlehen, weitere Zins- und Tilgungsleistungen bis zur Trennung i. H. v. 159.593,04 € auf das am 29.6.1999 aufgenommene zweite Darlehen, einen Finanzierungsaufwand in Höhe von umgerechneten 35.790,43 € sowie weitere Zins- und Tilgungsleistungen i. H. v. 11.534,76 € und 6.102,61 € nach der Trennung (im Jahre 2005). Soweit sich diese Beträge aus Zinszahlungen oder einem Finanzierungsaufwand zusammensetzen, dürfte es allerdings bereits an einer noch vorhandenen Vermögensmehrung der Beklagten fehlen. Der Zinsanteil spiegelt die laufenden Wohnkosten im täglichen Zusammenleben der Parteien wider und scheidet schon deshalb vom Ausgleich aus, soweit er nicht mit einem Wertzuwachs der erworbenen Immobilie einhergeht (vgl. Senatsurteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 25 ff.).

Auszugleichen könnten dann allenfalls die Tilgungsanteile sein, um die das Vermögen der Beklagten über den Trennungszeitpunkt hinaus vermehrt sein könnte, sowie die sonstigen werterhöhenden Aufwendungen. Auch insoweit kann eine Vermögensmehrung allerdings nur angenommen werden, soweit der bei der Beklagten verbliebene Gebäudewert die ebenfalls bei ihr verbleibende Restvaluta aus dem dafür aufgenommenen Darlehen übersteigt. Hierzu fehlt es ebenso an Feststellungen wie zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Parteien. Zwar hat das Berufungsgericht Einkünfte des Klägers von monatlich rund 9.000 € sowie bei ihm vorhandene Bankeinlagen in Höhe von insgesamt 140.000 € aufgeführt. Ausreichende Feststellungen zu den Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Beklagten hat es hingegen nicht getroffen.

Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben. Die Sache ist an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, um diesem Gelegenheit zu geben, die für eine Rückgewähr nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage maßgebenden Kriterien vollständig aufzuklären, wobei der Kläger die Darlegungslast sämtlicher Voraussetzungen des von ihm geltend gemachten Rückgewähranspruchs trägt (vgl. Senatsurteil BGHZ 177, 193, 204 = FamRZ 2008, 1822 = MittBayNot 2009, 13 Rdnr. 39).

8. BGB § 1906 (*Fixierung von Heimbewohnern nur mit gerichtlicher Genehmigung auch bei Einwilligung des Bevollmächtigten*)

**1. Das Anbringen von Bettgittern sowie die Fixierung im Stuhl mittels eines Beckengurts stellen freiheitsentziehende Maßnahmen im Sinne des § 1906 Abs. 4 BGB dar, wenn der Betroffene durch sie in seiner körperlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird. Dieses ist dann der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Betroffene zu einer willensgesteuerten Aufenthaltsveränderung in der Lage wäre, an der er durch die Maßnahmen gehindert wird.**

## 2. Das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen wird nicht dadurch verletzt, dass die Einwilligung eines von ihm Bevollmächtigten in eine freiheitsentziehende Maßnahme der gerichtlichen Genehmigung bedarf.

BGH, Beschluss vom 27.6.2012, XII ZB 24/12; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die 1922 geborene Betroffene erteilte ihrem Sohn und ihrer Tochter, den Beteiligten zu 1 und 2, am 11.9.2000 notarielle Vollmacht, „mich soweit gesetzlich zulässig, in allen persönlichen Angelegenheiten, auch soweit sie meine Gesundheit betreffen, sowie in allen Vermögens-, Steuer- und sonstigen Rechtsangelegenheiten in jeder denkbaren Hinsicht zu vertreten und Entscheidungen für mich und an meiner Stelle ohne Einschaltung des Vormundschaftsgerichts zu treffen und diese auszuführen bzw. zu vollziehen (General- und Vorsorgevollmacht)“.

Weiter ist in § 3 der Vollmacht unter der Überschrift „Unterbringung“ geregelt:

„Die Vollmacht berechtigt dazu, meinen Aufenthalt zu bestimmen. Die Generalvollmacht umfasst auch die Befugnis zu Unterbringungsmaßnahmen im Sinne von § 1906 BGB, insbesondere zu einer Unterbringung, die mit Freiheitsentziehung verbunden ist, zur sonstigen Unterbringung in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung sowie zur Vornahme von sonstigen Freiheitsentziehungsmaßnahmen durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente o. a. auch über einen längeren Zeitraum.“

In Ausübung der Vollmacht hat der Sohn eingewilligt, Bettgitter am Bett der Betroffenen anzubringen und sie tagsüber im Stuhl mittels eines Beckengurts zu fixieren, nachdem die Betroffene mehrfach gestürzt war und sich dabei auch einen Kieferbruch zugezogen hatte.

Auf Anregung des Sohns hat das Betreuungsgericht die Einwilligung befristet genehmigt. Hiergegen hat der Sohn im eigenen Namen und im Namen der Betroffenen Beschwerde eingelegt, mit der er rügt, dass eine betreuungsgerichtliche Genehmigung der Einwilligung aufgrund der ihm umfassend erteilten Vollmacht entbehrlich sei und die Betroffene durch die Durchführung des – auch mit Kosten verbundenen – Genehmigungsverfahrens in ihrem grundrechtlich gewährleisteten Selbstbestimmungsrecht verletzt werde. Das LG hat die Beschwerden zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Betroffene und der Sohn mit ihren Rechtsbeschwerden.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die zulässigen Rechtsbeschwerden sind in der Sache nicht begründet.

1. Die Rechtsbeschwerden sind zulässig erhoben. Gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FamFG ist die Rechtsbeschwerde in Unterbringungssachen ohne Zulassung statthaft. Zu den Unterbringungssachen gehört gemäß § 312 Nr. 2 FamFG auch die Genehmigung einer unterbringungsähnlichen Maßnahme nach § 1906 Abs. 4 BGB. Dies umfasst auch die nach § 1906 Abs. 5 BGB in Verbindung mit Abs. 4 der Vorschrift zu erteilende Genehmigung der durch einen Bevollmächtigten zu ergreifenden unterbringungsähnlichen Maßnahme.

2. Das LG hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet: Durch die General- und Vorsorgevollmacht vom 11.9.2000 habe die Betroffene nicht auf das betreuungsgerichtliche Verfahren zur Genehmigung freiheitsentziehender Maßnahmen verzichtet. Die Regelung des § 1906 Abs. 2 BGB, auf die § 1906 Abs. 4 BGB Bezug nehme, konkretisiere die Verfahrensgarantie des Art. 104 Abs. 2 GG. Über die Zulässigkeit und Fortdauer einer Freiheitsentziehung habe danach ein Richter zu entscheiden. Dieser formale Schutz der Freiheit könne nicht durch rechtsgeschäftliche Erklärung eines Betroffenen aufgegeben werden. Es könne auch nicht angenommen werden, dass mit der notariellen General- und Vorsorgevollmacht auf diesen Schutz verzichtet werden sollte.

Vermieden werden sollte durch die Vollmacht nur die Einrichtung einer Betreuung.

Die materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung der freiheitsentziehenden Maßnahmen seien gegeben.

3. Die angegriffene Entscheidung des Beschwerdegerichts hält einer rechtlichen Überprüfung und den Angriffen der Rechtsbeschwerden stand.

a) Gemäß § 1906 Abs. 4 BGB gelten die Vorschriften über die Unterbringung eines Betreuten (Abs. 1 bis 3 der Vorschrift) entsprechend, wenn dem Betreuten, der sich in einer Anstalt, einem Heim oder einer sonstigen Einrichtung aufhält, ohne untergebracht zu sein, durch mechanische Vorrichtungen, Medikamente oder auf andere Weise über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig die Freiheit entzogen werden soll. Diese Regelung schützt – ebenso wie Abs. 1 bis 3 der Vorschrift – die körperliche Bewegungsfreiheit und die Entschließungsfreiheit zur Fortbewegung im Sinne der Aufenthaltsfreiheit (BGHZ 145, 297, 301 f. = FamRZ 2001, 149, 150). Das Anbringen von Bettgittern sowie die Fixierung im Stuhl mittels eines Beckengurts stellen freiheitsentziehende Maßnahmen in diesem Sinne dar, wenn der Betroffene durch sie in seiner körperlichen Bewegungsfreiheit eingeschränkt wird. Dieses ist jedenfalls dann der Fall, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Betroffene zu willensgesteuerten Aufenthaltsveränderungen in der Lage wäre, an denen er durch die Maßnahme über einen längeren Zeitraum oder regelmäßig gehindert wird (vgl. OLG Hamm, FamRZ 1993, 1490; MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 1906 Rdnr. 39). Hier von ist bei einem Beckengurt regelmäßig und bei einem Bettgitter zumindest dann auszugehen, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass der Betroffene in der Lage wäre, das Bett durch seinen natürlichen Willen gesteuert zu verlassen.

Im vorliegenden Fall sind die Merkmale freiheitsentziehender Maßnahmen erfüllt, da die Betroffene nach Angaben des Pflegepersonals noch in der Lage ist, selbständig sowohl aus dem Bett als auch aus dem Stuhl aufzustehen.

b) Gemäß § 1906 Abs. 5 Satz 1 BGB sind die Unterbringung und die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen durch einen Bevollmächtigten zulässig, wenn die Vollmacht schriftlich erteilt ist und die genannten Maßnahmen ausdrücklich umfasst. Für den Fall ordnet § 1906 Abs. 5 Satz 2 i. V. m. Abs. 4 BGB an, dass Abs. 2 der Vorschrift entsprechend gilt. Darin ist bestimmt, dass die Maßnahme nur mit Genehmigung des Betreuungsgerichts zulässig ist.

c) Auf die durch diese Vorschrift angeordnete gerichtliche Überprüfung der durch den Bevollmächtigten erteilten Einwilligung kann der Betroffene nicht vorgreifend verzichten (*Walter*, FamRZ 1999, 685, 691; MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 1906 Rdnr. 119; *Erman/Roth*, BGB, 13. Aufl., § 1906 Rdnr. 63). Das folgt aus der Natur des Überprüfungsgegenstands.

Der Genehmigungsvorbehalt des § 1906 Abs. 5 i. V. m. Abs. 2 BGB dient dem Schutz des Betroffenen. Einerseits sah der Gesetzgeber in der Regelung eine Stärkung der Fähigkeit des Betroffenen, in voller geistiger Klarheit durch die Vorsorgevollmacht über sein künftiges Wohl und Wehe entscheiden zu können. Andererseits wollte der Gesetzgeber sichergestellt wissen, dass einschneidende Maßnahmen, in die der Bevollmächtigte einwilligt, vom Vormundschaftsgericht kontrolliert werden (vgl. BT-Drucks. 13/7158, S. 34).

Das Betreuungsgericht hat daher – zum Schutz des Betroffenen – nicht nur zu überprüfen, ob die Vorsorgevollmacht rechtswirksam erteilt ist, ob sie die Einwilligung in freiheitsentziehende Maßnahmen umfasst und auch nicht zwischen-

zeitlich widerrufen ist, sondern insbesondere, ob die Vollmacht dadurch in Kraft gesetzt ist, dass eine Gefährdungslage nach § 1906 Abs. 1 BGB vorliegt. Unter die Kontrolle des Betreuungsgerichts ist damit nicht die in Ausübung des Selbstbestimmungsrechts erfolgte Entscheidung des Betroffenen gestellt, sondern die gesetzesgemäße Handhabung der Vorsorgevollmacht durch den Bevollmächtigten. Damit soll sichergestellt werden, dass die Vorsorgevollmacht im Sinne des Betroffenen ausgeübt wird. Diese Kontrolle dient der Sicherung des – in Ausübung seines Selbstbestimmungsrechts – artikulierten Willens des Betroffenen (BVerfG, FamRZ 2009, 945, 947).

d) Zwar stellt die unverzichtbare gerichtliche Kontrolle zugleich eine Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen dar, indem ihm die Möglichkeit genommen wird, eine Vorsorgevollmacht über freiheitsentziehende Maßnahmen frei von gerichtlicher Kontrolle zu erteilen. Diese Beschränkung ist jedoch verfassungsrechtlich gerechtfertigt. Art. 2 Abs. 1 GG gewährleistet das Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit nicht schrankenlos, sondern nur im Rahmen der verfassungsmäßigen Ordnung. Diese sieht ein Genehmigungsverfahren nach § 1906 Abs. 2 BGB zwingend vor, dessen Verhältnismäßigkeit angesichts der möglichen Tragweite freiheitsentziehender Maßnahmen außer Zweifel steht.

e) Gegen das Vorliegen der materiellen Voraussetzungen für die Genehmigung der freiheitsentziehenden Maßnahme haben die Rechtsbeschwerden nichts erinnert. Nach den Feststellungen des LG ist die angegriffene Entscheidung auch insoweit aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden.

9. BGB §§ 2274, 2270, 2271 (*Wirksamwerden früher getroffener letztwilliger Verfügungen beider Ehegatten bei Ausschlagung der Erbschaft durch den Überlebenden*)

1. **Die Aufhebung eines gemeinschaftlichen Testaments in einem gerichtlichen Vergleich, geschlossen ohne Anwesenheit der Ehegatten im Termin, ist formunwirksam.**
2. **Schlägt bei einem gemeinschaftlichen Testament der überlebende Ehegatte die Erbschaft wirksam aus, so werden nicht nur seine zuvor getroffenen letztwilligen Verfügungen wirksam, die zunächst mit Rücksicht auf die wechselbezüglichen Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament unwirksam waren; dies gilt vielmehr auch für die entsprechenden des vorverstorbenen Ehepartners (entgegen OLG Karlsruhe, OLG-Report 1999, 26).**

Hanseatisches OLG in Bremen, Beschluss vom 1.8.2012, 5 W 18/12

Mit notariellem „Gegenseitigen Testament“ des Notars S vom 3.3.1981 (URNr. 26/81) setzten sich die Erblasserin und ihr Ehemann gegenseitig zu Alleinerben ein sowie die Tochter H des Ehemannes zur Alleinerbin des Letztversterbenden unter Ausschluss seiner zwei weiteren Töchter. Durch handschriftlichen Nachtrag vom 30.9.1985 ergänzten die Ehegatten dieses Testament dahingehend, dass nunmehr auch die weitere Tochter C des Ehemannes, die Beteiligte zu 2, bedacht werden sollte in Höhe ihres gesetzlichen Erbteils, jedoch nur in Höhe der Hälfte der zunächst allein bedachten Tochter H.

Im weiteren Verlauf kam es zur Trennung der Ehegatten. Am 6.7.2001 schlossen sie vor dem AG Syke – Familiengericht – zu gerichtlichem Protokoll einen als „Trennungsvereinbarung“ bezeichneten Vergleich, u. a. über den Trennungsunterhalt. Hierin hoben sie zudem das genannte notarielle Testament sowie etwaige weitere gegensei-

tige Verfügungen von Todes wegen ersatzlos auf. Anwesend bei dem gerichtlichen Termin waren lediglich die Parteivertreter der Eheleute, nicht diese persönlich.

Im Folgenden testierten beide Eheleute neu, die Erblasserin u. a. durch handschriftliches Testament vom 29.10.2007, durch das sie ihr Patenkind, die Beteiligte zu 1 und Antragstellerin, zur Alleinerbin einsetzte, der Ehemann, indem er durch notarielles Testament vom 29.8.2006 seine nunmehrige Lebensgefährtin zur Alleinerbin einsetzte.

Nach dem Tode der Erblasserin am 28.3.2009 beantragte die Antragstellerin beim AG Bremen unter Berufung auf das Testament vom 29.10.2007 einen Erbschein, durch den sie als Alleinerbin der Verstorbenen ausgewiesen wird.

Mit Verfügungen vom 8.2.2010 und vom 26.3.2010 wies das AG darauf hin, dass das ursprüngliche notarielle Testament nicht formwirksam aufgehoben worden sei, da die Ehegatten bei der Vergleichsprotokollierung nicht anwesend gewesen seien. Die im Testament enthaltenen wechselseitigen Verfügungen stünden dem nachfolgenden Testament der Erblasserin und damit der Erteilung des beantragten Erbscheins entgegen. Dementsprechend lehnte das AG mit Beschluss vom 4.8.2010 dessen Erteilung ab. Hiergegen wendet sich die Antragstellerin mit ihrer Beschwerde.

Schon vor Erlass des angefochtenen Beschlusses hatte der Ehemann mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24.6.2010, eingegangen beim AG am 25.6.2010, die Erbschaft nach seiner verstorbenen Ehefrau ausgeschlagen und zugleich seine in dem gemeinsamen Testament getroffenen Verfügungen widerrufen. Dabei wies er darauf hin, dass er erst am 19. bzw. 21.5.2010 davon Kenntnis erlangt habe, dass die Aufhebung des gemeinsamen Testaments in dem gerichtlichen Vergleich unwirksam sei. Diese Ausschlagungserklärung lag der RichterIn bei Erlass des angefochtenen Beschlusses nicht vor. Auch nach Kenntnis hiervon hielt das AG jedoch an seiner ablehnenden Entscheidung hinsichtlich des begehrten Erbscheines im Nichtabhilfebeschluss vom 24.4.2012 mit der Begründung fest, die wirksame Erbausschlagung durch den Ehemann führe nicht dazu, dass formunwirksam unter Verstoß gegen das gemeinschaftliche Testament getroffene Verfügungen der Erblasserin nachträglich wirksam geworden wären.

Die Antragstellerin und Beschwerdeführerin verfolgt ihren Erbscheinsantrag mit der Beschwerde weiter. Die Beteiligte zu 2 beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen, und beantragt vor dem AG ihrerseits einen Erbschein, durch den ihre Schwester Hildegard und sie entsprechend dem notariellen Testament vom 3.3.1981 und seiner Ergänzung vom 30.9.1985 zu 2/3 bzw. 1/3 Erbinnen der Erblasserin geworden sind.

*Aus den Gründen:*

## II.

1. Die Beschwerde ist zulässig gemäß den §§ 58 ff. FamFG, sie ist insbesondere fristgerecht eingelegt worden. Der angefochtene Beschluss ist vom AG erst am 13.10.2010 an den Notar der Beschwerdeführerin übersandt worden, mit der Beschwerde vom 28.10.2010 ist die Monatsfrist des § 63 Abs. 1 FamFG daher in jedem Falle gewahrt. Auch wird angesichts des angegebenen Nachlasswertes der Beschwerdewert gemäß § 61 Abs. 1 FamFG erreicht.

2. Die Beschwerde ist auch begründet. Das AG hat im angefochtenen Beschluss zu Unrecht die Erteilung eines Erbscheines abgelehnt, der die Antragstellerin als alleinige Erbin der Erblasserin ausweist.

Mit privatschriftlichem Testament vom 29.10.2007, auf das die Beschwerdeführerin ihr Erbrecht stützt, hat die Erblasserin die Antragstellerin wirksam zur Erbin bestimmt. Zwar stand dessen Wirksamkeit zunächst gemäß den §§ 2270, 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments der Erblasserin und ihres Ehemannes gemäß notarieller Urkunde des Notars S vom 3.3.1981 entgegen. Das Testament vom 29.10.2007 verstieß jedenfalls insoweit gegen die im notariellen Testament vom 3.3.1981 enthaltenen wech-

selbstzüglichen Verfügungen, als die Erblasserin anstelle ihres Ehemannes nunmehr die Beschwerdeführerin zur Alleinerbin einsetzte. An der Wechselbezüglichkeit dieses Teils der letztwilligen Verfügung zweifelt keiner der Beteiligten, sie folgt auch aus § 2270 Abs. 2 BGB. Nicht maßgeblich ist dagegen, ob die weitere Erbeinsetzung einer der Töchter des Ehemannes als Erbin des Letztversterbenden in diesem Testament oder die noch einer weiteren Tochter, der Beteiligten zu 2, durch den Nachtrag vom 30.9.1985 ebenfalls wechselbezügliche Verfügungen darstellten; dies kann dahingestellt bleiben.

Das notarielle Testament war zum Zeitpunkt der privatschriftlichen letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 29.10.2007 auch noch wirksam, worauf das AG im angefochtenen Beschluss zutreffend hingewiesen hat.

Insbesondere ist das gemeinschaftliche Testament nicht durch den im Verfahren vor dem AG Syke am 6.7.2001 geschlossenen Vergleich der Ehepartner wirksam aufgehoben worden, wie das AG ebenfalls zutreffend ausgeführt hat: für den wirksamen Abschluss eines Erbvertrages, um den es im fraglichen Vergleich auch ging, hätte es der persönlichen Anwesenheit der beiden testierenden Ehegatten beim Vergleichsabschluss sowie der persönlichen Genehmigung des Vergleichs bedurft. Soweit die Auffassung vertreten wird, ein Prozessvergleich ersetze „jede für das Rechtsgeschäft vorgesehene Beurkundungsform, einschließlich der gleichzeitig und in Anwesenheit beider Teile vor der Urkundsbehörde abzugebenden Erklärungen“ (BGHZ 14, 381; OLG Köln, OLGZ 70, 114), bedeutet dies lediglich, dass die notarielle Beurkundungsform durch den Vergleich ersetzt werden kann, nicht jedoch, dass die persönliche Anwesenheit der Beteiligten beim Abschluss eines Erbvertrages entbehrlich wäre. Diese ist vielmehr wegen § 2274 BGB unverzichtbar (vgl. OLG Düsseldorf, NJW 2007, 1290; BayObLG, NJW 1965, 1276; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl., § 2276, Rdnr. 1; *Palandt/Ellenberger*, a. a. O., § 127a, Rdnr. 3). Dies alles gilt nicht nur für den Abschluss eines neuen Erbvertrages, sondern auch für die Aufhebung eines Erbvertrages bzw. eines gemeinschaftlichen Testaments (*Palandt/Ellenberger*, a. a. O., § 125 Rdnr. 10). An der persönlichen Anwesenheit der Parteien fehlte es indessen ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung vor dem AG Syke vom 6.7.2001.

Gemäß den § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB wurde allerdings die letztwillige wechselseitige Verfügung der Erblasserin im gemeinschaftlichen Testament vom 3.3.1981 durch die Ausschlagung der Erbschaft und eine anderweitige letztwillige Verfügung seitens des Ehemannes unwirksam und stand einer abweichenden letztwilligen Verfügung der Erblasserin nicht mehr entgegen.

Diese Erbausschlagung des Ehemannes vom 24.6.2010, eingegangen beim AG am 25.6.2010, ist gemäß den §§ 1942 ff. BGB wirksam, insbesondere fristgerecht gemäß § 1944 BGB erfolgt. Sie ist innerhalb der Frist von sechs Wochen nach Kenntniserlangung des Erben von dem Anfall der Erbschaft und dem Grund der Berufung erklärt worden. Aufgrund der Besonderheiten des vorliegenden Falles erlangte der Ehemann von den Umständen seiner Berufung als Erbe und den Gründen hierfür erst Kenntnis, als ihm mitgeteilt wurde, dass entgegen seiner Annahme, die ersichtlich sowohl das AG Syke wie auch die beiden beteiligten Rechtsanwälte teilten, das gemeinschaftliche Testament eben nicht durch den gerichtlichen Vergleich vom 6.7.2001 aufgehoben worden war und es daher bei seiner Erbenstellung aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments vom 3.3.1981 geblieben war. Hiervon hat er, wie er mit Erbausschlagung vom 24.6.2010 an das AG mitteilt, am 19.5. bzw. 21.5.2010 Kenntnis erlangt.

Ungeachtet des offensichtlichen Zahlendrehers bei diesen Angaben gibt es keinen Anhaltspunkt für die Annahme, dies sei früher geschehen und die Sechs-Wochen-Frist sei im Zeitpunkt der Ausschlagung schon verstrichen gewesen.

Die Ausschlagung ist auch formwirksam gemäß den §§ 1945, 129 BGB durch öffentliche Beglaubigung der Erklärung durch den Notar T vom 24.6.2010 erfolgt.

Die wirksame Erbausschlagung des Ehemannes allein hatte allerdings noch nicht die Unwirksamkeit der im vorangegangenen gemeinschaftlichen Testament enthaltenen wechselbezüglichen Verfügung der vorverstorbenen Erblasserin zur Folge. Vielmehr war es erforderlich, dass der Ehemann gemäß § 2271 Abs. 2 BGB von seiner wiedergewonnenen Testierfreiheit Gebrauch machte durch eine von der bisherigen wechselbezüglichen Verfügung abweichende neue Verfügung (vgl. BGH, NJW 2011, 1353 = MittBayNot 2011, 313; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 17). Diese liegt nicht in dem in derselben Urkunde vom 24.6.2010 enthaltenen Widerruf des Ehemannes bezogen auf seine letztwillige Verfügung im gemeinschaftlichen Testament vom 3.3.1981. Zwar reicht ein solcher Widerruf grundsätzlich als eine anderweitige letztwillige Verfügung aus. Der Widerruf ist vorliegend jedoch formunwirksam: Gemäß den §§ 2253, 2254 BGB erfolgt der Widerruf eines Testaments ebenfalls durch ein Testament, d. h. auch in dessen Form. Durch die bloße Unterschriftsbeglaubigung der maschinenschriftlichen Erklärung des Ehemannes seitens des Notars vom 24.6.2010 wird die testamentarische Form der §§ 2231 ff. BGB nicht eingehalten.

Allerdings hatte der Ehemann bereits zuvor durch notarielles Testament vom 29.8.2006 zugunsten seiner nunmehrigen Lebenspartnerin anderweitig verfügt, wenn auch, im Hinblick auf die Bindungswirkung des zu diesem Zeitpunkt noch wirksamen gemeinschaftlichen Testaments vom 3.3.1981, gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB zunächst unwirksam. Mit der Ausschlagung der Erbschaft durch den Ehemann verlor das gemeinschaftliche Testament allerdings seine Bindungswirkung und stand einer abweichenden letztwilligen Verfügung des Ehemannes nicht mehr entgegen. Das gilt auch für solche, die er bereits zuvor, und nach den genannten Bestimmungen zunächst unwirksam, getroffen hatte (*MünchKommBGB/Musielak*, 5. Aufl., § 2271 Rdnr. 22 m. w. N.); diese werden infolge der wirksamen Erbausschlagung nunmehr wirksam (a. a. O.).

Damit verlor allerdings nicht nur auch die wechselseitige bindende testamentarische Verfügung der Erblasserin ihre Wirksamkeit gemäß § 2270 Abs. 1 BGB, sondern auch der Wirksamkeit der seitens der Erblasserin zunächst unwirksam getroffenen letztwilligen Verfügungen stand kein Hindernis mehr entgegen (so bereits ausdrücklich das RG in RGZ 65, 271, und RGZ 149, 200; *Staudinger/Kanzleiter*, 1998, § 2270 Rdnr. 34; ferner *Keim*, ZEV 1999, 413, 415). Die Gegenauffassung des OLG Karlsruhe (OLG-Report 1999, 26) verkennt, dass das gemeinschaftliche Testament dem späteren der Erblasserin vom 29.10.2007 nur als äußeres Hindernis entgegenstand. Nachdem es weggefallen ist, steht der Wirksamkeit des neuen Testaments nichts mehr im Wege (so RG, a. a. O.). Zudem ist ein Grund dafür, vom gemeinschaftlichen Testament abweichende letztwillige Verfügungen der Erstversterbenden und des Überlebenden unterschiedlich zu behandeln, nachdem das Wirksamkeitshindernis für beide gleichermaßen weggefallen ist, nicht ersichtlich (*Keim*, a. a. O.).

Ist damit das privatschriftliche Testament der Erblasserin für die Rechtsnachfolge nach ihr maßgeblich (geworden), kommt auch den weiteren Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament der Eheleute vom 3.3.1981 und seiner Ergänzung vom

30.9.1985, auf die sich die Beteiligte zu 2 beruft, keine Bedeutung mehr zu: war die Erbeinsetzung der Töchter des Ehemannes wechselbezüglich, wurde die Verfügung der Erblasserin bereits gemäß § 2270 Abs. 1 BGB durch die Erbausschlagung und das anderweitige Testament des Ehemannes unwirksam, andernfalls ohnehin durch die abweichende testamentarische Bestimmung der Erblasserin vom 29.10.2007, die in diesem Falle gegen keine wechselbezüglichen Bestimmungen im gemeinschaftlichen Testament verstieß. Dies wird das AG bei seiner noch ausstehenden Entscheidung über den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 zu berücksichtigen haben.

(...)

### Anmerkung:

Die Entscheidung des OLG Bremen beschäftigt sich mit dem klassischen Problem des Widerrufs wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament – dies allerdings in einem etwas exotischen Zusammenhang. Dem einseitigen Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments ging zunächst ein in einem gerichtlichen Vergleich geschlossener Aufhebungsvertrag und sodann eine Erbausschlagung des Ehemannes voraus. Der Beschluss – dem sowohl in der Begründung als auch im Ergebnis voll zuzustimmen ist – ist dazu geeignet, sich einige Grundprobleme im Zusammenhang mit wechselbezüglichen bzw. erbvertraglichen Verfügungen in Erinnerung zu rufen.

1. Die erste Frage, die das OLG Bremen zu klären hatte, war die, ob die wechselbezüglichen Verfügungen des gemeinschaftlichen Testaments durch die im amtsgerichtlichen Vergleich enthaltenen Vereinbarungen aufgehoben wurden. Es verneint dies, weil die Ehegatten ausweislich des Protokolls über die mündliche Verhandlung im Termin nicht persönlich anwesend waren. Es handelt sich hierbei um die generelle Frage, wieweit die Formersatzfunktion des § 127a BGB reicht. Gemäß § 127a BGB ersetzt der protokollierte Prozessvergleich grundsätzlich die notarielle Beurkundung (und somit gemäß § 126 Abs. 4 BGB auch die Schriftform oder andere Formerfordernisse). Die Errichtung eines Erbvertrags – sei es, dass dieser Verfügungen zugunsten einer Person enthält oder, wie hier, nur in der Aufhebung anderer Verfügungen besteht – setzt jedoch gemäß § 2276 Abs. 1 BGB die gleichzeitige Anwesenheit aller Vertragsteile vor dem Notar voraus. Der Erblasser, d. h. alle Vertragsteile, die selbst erbrechtliche Verfügungen in dem Vertrag treffen, müssen zudem gemäß § 2274 BGB persönlich handeln; eine Stellvertretung ist insoweit ausgeschlossen. Es ist demgemäß ungeklärt, inwieweit am Erfordernis der Höchstpersönlichkeit festzuhalten bzw. diesem entsprochen werden kann, wenn der Erbvertrag nicht vor dem Notar, sondern im Wege eines Prozessvergleichs geschlossen wird.

Nach weitestgehender Auslegung könnte man zunächst zu dem Ergebnis kommen, dass § 127a BGB nicht nur das Erfordernis der notariellen Beurkundung, sondern auch das der gleichzeitigen persönlichen Anwesenheit der Beteiligten ersetzt. In diese Richtung könnte die zumindest missverständliche Aussage des BGH in BGHZ 14, 381 = NJW 1954, 1886 verstanden werden, wonach der Prozessvergleich jede für das Rechtsgeschäft vorgesehene Beurkundungsform, „einschließlich der gleichzeitig und in Anwesenheit beider Teile vor der Urkundsbehörde abzugebenden Erklärungen“ ersetze. Diese Auslegung lehnt das OLG Bremen im vorliegenden Beschluss jedoch zu Recht und mit der ganz herrschenden Meinung (OLG Düsseldorf, NJW 2007, 1290; BayObLG, NJW 1965,

1276; Palandt/Weidlich, § 2276 Rdnr. 1) ab. Es ist auch nicht davon auszugehen, dass der BGH in seiner vorgenannten Entscheidung so verstanden werden wollte. § 127a BGB erfasst schon nach seinem klaren Wortlaut ausdrücklich nur die Ersetzung der notariellen Beurkundung und keine weiteren Anforderungen wie die persönliche und gleichzeitige Anwesenheit. § 127a BGB bezieht sich zudem aufgrund seiner systematischen Stellung auf den in § 128 BGB geregelten Begriff der notariellen Beurkundung; gerade in § 128 BGB ist jedoch klargestellt, dass im Normalfall die gleichzeitige persönliche Anwesenheit der Vertragsteile keine Wesensvoraussetzung der notariellen Beurkundung ist, sondern diese auch durch Angebot und Annahme erfolgen kann. Dieses zusätzliche Erfordernis ist also keine Formfrage gemäß §§ 125 ff. BGB, sondern stellt als allgemeine Ausprägung der Höchstpersönlichkeit eine zusätzliche Voraussetzung bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen dar (vgl. § 2064 BGB bei der Testamenterrichtung oder § 2347 Abs. 2 BGB beim Erbverzicht). Es ist daher nicht anzunehmen, dass die Ersatzfunktion des § 127a BGB weiter reichen soll als der Anwendungsbereich der Grundnorm § 128 BGB, auf die sich die Vorschrift bezieht.

Das OLG Bremen musste nicht weiter auf die Frage eingehen, welche Anforderungen neben der persönlichen Anwesenheit der Parteien in der mündlichen Verhandlung für die Erfüllung der Formerfordernisse gemäß §§ 127a, 2276 BGB erforderlich gewesen wären. Hierzu werden soweit ersichtlich drei verschiedene Meinungen vertreten (vgl. auch *Damrau*, ZEV 2007, 95):

Nach der strengsten Ansicht ist erforderlich, dass neben dem Prozessbevollmächtigten auch der Erblasser selbst den gerichtlichen Vergleich genehmigt und diese Erklärung des Erblassers auch ausdrücklich in dem Protokoll festgestellt wird (*Erman/Schmidt*, BGB, § 2274 Rdnr. 2; *Staudinger/Kanzleiter*, § 2276 Rdnr. 4). Nach anderer Ansicht ist hingegen nur erforderlich, dass der Erblasser in der mündlichen Verhandlung selbst anwesend ist; er muss jedoch neben seinem Prozessbevollmächtigten selbst keine Erklärung abgeben (vgl. *Soergel/Wolf*, BGB, § 2276 Rdnr. 12). Vorzugswürdig dürfte die vermittelnde Meinung sein, wonach zwar eine eigene Genehmigungserklärung des Erblassers erforderlich ist, diese jedoch nicht ausdrücklich in das Protokoll mit aufgenommen werden muss (OLG Düsseldorf, ZEV 2007, 85). Die Meinung, die allein auf die persönliche Anwesenheit des Erblassers abstellt, genügt zwar dem Erfordernis der persönlichen Anwesenheit gemäß § 2276 BGB, vernachlässigt jedoch die Anforderungen des § 2274 BGB, wonach eine Stellvertretung des Erblassers beim Abschluss eines Erbvertrags gerade nicht zulässig ist – hieran ändert § 127a BGB ausweislich seines Wortlauts und seiner systematischen Stellung nichts. Eine eigene Erklärung des Erblassers ist somit erforderlich; es besteht richtigerweise jedoch nicht das Erfordernis, dass diese Erklärung im Protokoll selbst ausdrücklich erwähnt wird. Der Wortlaut des § 160 Abs. 3 Nr. 1 ZPO verlangt nämlich nur, dass „der Vergleich“, also die Tatsache des Abschlusses und dessen Inhalt, notwendiger Bestandteil des Protokolls sein müssen. Auch was die Genehmigung des Protokolls selbst gemäß § 162 ZPO betrifft, entspricht es ganz herrschender Meinung, dass nur die Genehmigung selbst, nicht aber deren Feststellung im Protokoll, Wirksamkeitsvoraussetzung für den Vergleich und die Beurkundungsersatzfunktion des § 127a BGB ist (vgl. BGH, NJW 1989, 1934; BGH, NJW 1999, 2806). Es ist daher kein Grund ersichtlich, warum die Genehmigungserklärung in Bezug auf den Vergleich strengeren Anforderungen unterliegen soll, als die Genehmigung des gesamten Protokolls.

2. Für die notarielle Tätigkeit noch relevanter dürfte der zweite Teil des Beschlusses sein, in dem sich das Gericht mit der Möglichkeit und den Voraussetzungen des Widerrufs bindend gewordener wechselbezüglicher Verfügungen nach Ausschlagung befasst. Gemäß § 2271 Abs. 2 Hs. 2 BGB kann der überlebende Ehegatte bekanntlich seine wechselbezüglichen Verfügungen aufheben, wenn er das ihm Zugewendete ausschlägt. Es lohnt sich in diesem Zusammenhang, sich zwei Grundfragen dieser Konstellation bewusst zu machen:

a) Noch nicht höchstrichterlich geklärt ist die Frage, worauf sich die Ausschlagungserklärung des längerlebenden Ehegatten beziehen muss, damit dieser seine Testierfreiheit zurückerlangt: nur auf das im gemeinschaftlichen Testament Zugewandte (wofür der Wortlaut von § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB sprechen würde) oder zusätzlich auch auf den gesetzlichen Erbteil, jedenfalls dann, wenn dieser nicht erheblich kleiner ist (so KG, NJW-RR 1991, 330, 331). Die wohl überwiegende Auffassung hält dies für eine Frage der (ergänzenden) Auslegung des Testaments, wonach die letztwillige Verfügung dahin ausgelegt werden könne, dass der Überlebende unter der aufschiebenden Bedingung enterbt und damit auch nicht gesetzlicher Erbe wird, dass er ausschlägt und der testamentarische Erbteil im Wesentlichen dem gesetzlichen entspricht (*Soergel/Wolf*, BGB, 13. Aufl., § 2271 Rdnr. 19; *Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 2006, § 2271 Rdnr. 43; *Münch-KommBGB/Musielak*, 5. Aufl., § 2271 Rdnr. 25; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 18). Jedenfalls in Fällen, in denen der gesetzliche Erbteil nicht wesentlich kleiner ist als der testamentarisch zugewandte Erbteil, ist wohl sicherheitshalber zu einer umfassenden Ausschlagung aus allen Berufungsgründen zu raten.

b) Hinsichtlich einer weiteren Frage zu § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 BGB konnte sich das OLG Bremen in seinem Beschluss bereits einer ganz herrschenden Meinung (BGH, NJW 2011, 1353 = MittBayNot 2011, 313; *Palandt/Weidlich*, § 2271 Rdnr. 17) anschließen: Die wirksame Erbausschlagung allein führt noch nicht zur Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügungen. Der ausschlagende Ehegatte erhält hierdurch lediglich seine Testierfreiheit zurück – macht er von dieser keinen Gebrauch, d. h. widerruft er seine wechselbezüglichen Verfügungen in der Folge nicht, bleiben diese bestehen. Diese Feststellung kann für die Beteiligten unter Umständen wichtig sein: Ausschlagung und Widerruf hängen nicht zwingend zusammen. Der überlebende Ehegatte kann auch erst einmal nur ausschlagen und sich die Entscheidung über den Widerruf seiner Verfügungen vorbehalten. Auf die Rechtsfolge ist er jedoch besonders hinzuweisen; versäumt er es nämlich in der Folge, erneut zu testieren – z. B. in der irrigen Annahme, allein die Ausschlagung habe bereits zur Aufhebung des gemeinschaftlichen Testaments geführt –, bleiben die wechselbezüglichen Verfügungen wirksam.

Widerruft der Ehegatte hingegen nach Ausschlagung seine wechselbezüglichen Verfügungen, hat dies gemäß § 2070 Abs. 1 BGB auch die Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügungen des vorverstorbenen Ehegatten zur Folge. An dieser einmal eingetretenen Unwirksamkeit ändert sich nach einer relativ aktuellen Entscheidung des BGH (NJW 2011, 1353 = MittBayNot 2011, 313) auch dann nichts mehr, wenn der längerlebende Ehegatte seine widerrufenden Verfügungen nachträglich wieder aufhebt und erneut ändert oder gar zur ursprünglichen Fassung im gemeinschaftlichen Testament zurückkehrt. Der BGH führt in der vorgenannten Entscheidung zu Recht aus, dass es aus Gründen der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit nicht sein könne, dass das Schicksal der Verfügung des vorverstorbenen Ehegatten bis zum Tod des längerlebenden Ehegatten in der Schwebe bleibe; erst in diesem Mo-

ment stehe nämlich fest, ob jener seinen nach Ausschlagung erklärten Widerruf wieder rückgängig gemacht habe. Es lässt sich somit zusammenfassen: Die Ausschlagung durch den längerlebenden Ehegatten allein führt noch nicht zur Unwirksamkeit der wechselbezüglichen Verfügungen. Diese tritt erst durch den anschließenden Widerruf ein – dann jedoch endgültig und unabhängig von einer späteren Aufhebung des Widerrufs.

3. Von noch größerer Relevanz für den Notar dürfte die Frage nach einer anderen Reihenfolge sein: Muss zuerst wirksam ausgeschlagen und dann neu testiert werden oder kann auch die umgekehrte Reihenfolge gewählt werden? Dieses Problem kann auch in ganz anderem Zusammenhang auftreten. Es handelt sich allgemein um die Frage, ob eine neue testamentarische Regelung, die gegen eine bindend gewordene wechselbezügliche oder erbvertragliche Verfügung gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB verstößt, unheilbar nichtig ist oder noch nachträglich Geltungskraft erlangt, wenn die Bindung später wegfällt. Eher selten wird wohl wie im vorliegenden Beschluss des OLG Bremen ein zumindest derzeit unwirksames Testament im Vertrauen darauf errichtet werden, dass später einmal der andere Ehegatte die Erbschaft ausschlagen werde. Diese Konstellation kann aber auch in viel alltäglicheren Fällen eintreten, in denen der Testierende bereits bei Testamentserrichtung davon ausgehen kann, dass die Bindungswirkung des bereits bestehenden gemeinschaftlichen Testaments bzw. Erbvertrags in Kürze wegfällt, sei es infolge Zustellung eines Rücktritts vom Erbvertrag an den anderen Vertragsteil oder Gegenstandslosigkeit der bindenden Verfügung infolge Zuwendungsverzicht oder eines sonstigen sich abzeichnenden Wegfalls des einzigen Begünstigten, wie z. B. durch ersatzloses Versterben. In all diesen Fällen kann es durchaus praktisch relevant sein, ob das neue Testament aufgrund terminlicher Wünsche der Beteiligten bereits vor dem endgültigen Wegfall der Bindungswirkung errichtet werden kann, ohne dann nachträglich wiederholt werden zu müssen. Dies ist insbesondere zur Vermeidung von zwei Beurkundungsterminen an zwei verschiedenen Tagen wichtig, wenn die erste Beurkundung noch nicht direkt zum Wegfall der Bindungswirkung führt, weil noch ein Vollzugsakt (z. B. Zustellung der Rücktrittserklärung vom Erbvertrag, Einholung der Zustimmung eines nicht bei der Beurkundung des Zuwendungsverzichts anwesenden Verzichtenden etc.) notwendig ist.

Insoweit darf der vorliegende Beschluss des OLG Bremen und die dort zitierte abweichende Meinung des OLG Karlsruhe (OLG-Report 1999, 26) nicht missverstanden werden. Für den eben beschriebenen Normalfall entspricht es allgemeiner Meinung, dass ein Verstoß gegen die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB (direkt beim Erbvertrag bzw. analog beim gemeinschaftlichen Testament) nicht dazu führt, dass die neue Verfügung nichtig ist; sie ist grundsätzlich nur derzeit unwirksam und lebt auf, sobald die Bindungswirkung nachträglich wegfällt. Umstritten ist lediglich der dem Beschluss des OLG Bremen zugrundeliegende Sonderfall, dass der Wegfall der Bindungswirkung durch die Ausschlagungserklärung des einen Ehegatten erst nach dem Tod des anderen Ehegatten eingetreten ist und sich damit die Frage stellt, ob dies auch für den bereits verstorbenen Ehegatten zum nachträglichen Aufleben seiner abweichenden Verfügungen führt. Während das OLG Karlsruhe in diesem Fall ein nachträgliches Wirksamwerden aus Gründen der Rechtssicherheit verneint, betont das OLG Bremen, dass die Verfügungen des Erstversterbenden und die des Längerlebenden gleichbehandelt werden müssten. Für die Normalfälle, in denen der Wegfall der Bindungswirkung (z. B. durch Rücktritt

vom Erbvertrag, Zuwendungsverzicht etc.) zu Lebzeiten aller Beteiligten eintritt, bleibt hingegen festzuhalten, dass zuvor errichtete abweichende Verfügungen nachträglich wirksam werden.

Notar *Martin Soutier*, Roth

10. BGB §§ 516, 2314, 2329 (*Übertragung von GbR-Anteilen als Schenkung*)

1. **Die Übertragung von Anteilen an einer allein mit der Verwaltung von Vermögen befassen Gesellschaft bürgerlichen Rechts in Familienhand innerhalb der Familie kann nach den Umständen des Einzelfalls eine (ggf. gemischte) Schenkung sein.**
2. **Die Parteien eines unentgeltlichen Geschäfts können nachträglich – ggf. konkludent – eine Entgeltvereinbarung treffen, die der Pflichtteilsberechtigte hinnehmen muss, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes grobes Missverhältnis besteht.**
3. **Für den Wertermittlungsanspruch nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB muss der Pflichtteilsberechtigte die grundsätzliche Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum (ggf. fiktiven) Nachlass darlegen und beweisen.**

Schleswig-Holsteinisches OLG, Urteil vom 27.3.2012, 3 U 39/11

Die Klägerin macht als Tochter des Erblassers aus dessen erster Ehe gegen die Beklagte – die dritte Ehefrau des Erblassers und dessen testamentarische Alleinerbin – Pflichtteilsansprüche im Wege der Stufenklage geltend. (...)

Die Beklagte hat einen Teil der mit der Klage in der ersten Stufe geltend gemachten Auskunftsansprüche anerkannt. Insoweit ist Anerkenntnis-Teil-Urteil vom 26.11.2008 ergangen.

Das LG hat die Beklagte mit dem angefochtenen Teilurteil verurteilt, durch Vorlage eines Gutachtens eines vereidigten und öffentlich bestellten Sachverständigen den Wert

– der der Beklagten zugewendeten Beteiligung an der Grundstücksgesellschaft X GbR auf den 31.5.1977 und

– der der Beklagten zugewendeten Beteiligung an derselben Grundstücksgesellschaft auf den 27.12.1995

zu ermitteln. Zur Begründung hat das LG ausgeführt:

Der Wertermittlungsanspruch ergebe sich für die Klägerin aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB. Es handele sich bei den beiden Zuwendungen um gemischte Schenkungen. (...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Berufung hat keinen Erfolg, denn das LG hat zutreffend entschieden. Der Klägerin als Pflichtteilsberechtigter steht gegen die beklagte Erbin ein Wertermittlungsanspruch aus § 2314 Abs. 1 Satz 2 letzte Alt. BGB zu, wie in dem angegriffenen Teilurteil ausgeführt.

Es geht dabei um die der Beklagten vom Erblasser mit Verträgen vom 31.5.1977 und 27.12.1995 übertragenen je 25%igen Geschäftsanteile an der X GbR. Die Gesellschaft beschäftigt sich mit der Vermietung und Verpachtung von zwei Betriebsgrundstücken in ...

Es ist anerkannt, dass § 2314 BGB auch einen Auskunftsanspruch über den sog. fiktiven Nachlass – also im Hinblick auf einen Pflichtteilsersatzanspruch aus den §§ 2325, 2329 BGB – einräumt (etwa BGH, NJW 1984, 784, bei juris

Rdnr. 8). Geht es allerdings nicht (mehr) um den allgemeinen Auskunftsanspruch aus § 2314 Abs. 1 Satz 1 BGB, sondern um den Anspruch auf Ermittlung des Wertes der Nachlassgegenstände, kann dem Pflichtteilsberechtigten nicht allein auf den begründeten Verdacht hin, der Erblasser könne einen bestimmten Ergebnisstand innerhalb der Frist des § 2325 BGB weggeschenkt haben, ein Wertermittlungsanspruch zugebilligt werden. Vielmehr muss der Pflichtteilsberechtigte die Zugehörigkeit des betreffenden Gegenstandes zum (fiktiven) Nachlass darlegen und beweisen. Dem Wertermittlungsanspruch kommt nicht die Funktion zu, dem Pflichtteilsberechtigten die Beweisführung über die Zugehörigkeit des fraglichen Gegenstandes zum (fiktiven) Nachlass zu erleichtern (BGH, a. a. O., bei juris Rdnr. 11-13; Senat, Urteil vom 15. 8.2006, 3 U 63/05, bei juris Rdnr. 11).

Auch unter Berücksichtigung dieses Gesichtspunktes besteht hier aber der ausgerichtete Wertermittlungsanspruch.

1. Die Beklagte meint im Ergebnis ohne Erfolg, eine (auch nur gemischte) Schenkung der fraglichen GbR-Anteile scheidet schon nach der grundsätzlichen Rechtsprechung des BGH aus, wonach die Übertragung von Gesellschaftsanteilen auch dann, wenn der neue Gesellschafter keine Einlage erbringe, grundsätzlich – mit Ausnahme von Missbrauchsfällen – keine Schenkung darstelle.

a) Allerdings hat der zweite, für Gesellschaftsrecht zuständige Senat des BGH schon vor geraumer Zeit entschieden, dass es an dem Merkmal der unentgeltlichen Zuwendung in Fällen fehle, in denen jemand in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Geschäft eines Einzelkaufmannes als persönlich haftender Gesellschafter aufgenommen werde, ohne selbst eine Einlage leisten zu müssen. Der BGH hat darin eine Gegenleistung gesehen, dass der neu eintretende Gesellschafter die persönliche Haftung sowie die Beteiligung an einem etwaigen Verlust übernimmt und im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist. Dies verbiete grundsätzlich die Annahme einer – sei es auch nur gemischten – Schenkung (BGH, WM 1959, 719, bei juris Rdnr. 22; BGH, BB 1965, 472, bei juris Rdnr. 15; BGH, NJW 1990, 2616 = MittBayNot 1990, 316, bei juris Rdnr. 15 – dort unter ausdrücklichem Hinweis auf verschiedene Bedenken im Schrifttum gegen diese Rechtsprechung, auf die der BGH in jener Entscheidung allerdings nicht eingeht, weil es dort um die Zuwendung eines Kommanditanteiles ging und insoweit eine Schenkung gerade in Betracht kam, denn der Kommanditist haftet nicht persönlich und ist im Regelfall auch nicht zur Geschäftsführung verpflichtet; dem II. Senat des BGH folgend KG, DNotZ 1978, 109, 111).

Der IVa-Senat des BGH hat diese Grundsätze in seinem Urteil vom 26.3.1981 (NJW 1981, 1956 = WM 1981, 623, hier ging es nun um einen Anspruch auf Pflichtteilsersatz) in Bezug genommen (bei juris Rdnr. 11), indes dort unter Auswertung der Umstände jenes Einzelfalles die Möglichkeit einer Ausnahme dargelegt.

Die Rechtsprechung des II. Senats des BGH (Fallgestaltungen jeweils mit gesellschaftsrechtlichem Hintergrund) hat in der Literatur zahlreiche Kritiker gefunden. Die Zuwendung eines Anteils an einer gesunden Gesellschaft könne durchaus zu einem Vermögenszuwachs auf Seiten des Empfängers führen, weshalb auch eine – ggf. gemischte – Schenkung in Betracht komme. Der BGH übersehe, dass sich in der persönlichen Haftung des oHG-Gesellschafters und seiner Pflicht, seine Arbeitsleistung voll einzubringen, nur der gesetzliche Inhalt seiner Gesellschafterstellung ausdrücke. Dies könne nicht als Gegenleistung für die Einräumung der Gesellschafterstellung qualifiziert werden (etwa MünchKommBGB/

Koch, 6. Aufl. 2012, § 516 Rdnr. 91, mit Hinweis darauf, dass diese Gegenmeinung die „ganz herrschende Meinung im Schrifttum“ sei und mit zahlreichen weiteren Nachweisen; ähnlich *Staudinger/Wimmer-Leonhardt*, Neubearb. 2005, § 516 Rdnr. 153).

b) Indes betrifft die zitierte Rechtsprechung unmittelbar nur die Übertragung des Anteils an einer oHG oder die Aufnahme eines Dritten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter, nicht aber die GbR. Zur GbR ist in den Kommentaren teilweise zu lesen, die Übertragung eines Anteils an einer BGB-Gesellschaft stelle nach der Rechtsprechung in der Regel eine gemischte Schenkung dar (etwa juris PK-BGB/*Sefrin*, 5. Aufl. 2010, § 516 Rdnr. 89). Zitiert wird dazu regelmäßig das Urteil des OLG Frankfurt (NJW-RR 1996, 1123, bei juris Rdnr. 10) und – dort allerdings Ausführungen nur am Rande – das Urteil des OLG Koblenz (ZEV 2002, 321, bei juris Rdnr. 17). Allerdings findet sich auch die Auffassung, dass der BGH seine Grundsätze zu im Regelfall fehlenden Schenkungen bei Aufnahme eines Dritten ohne eigene Kapitaleinlage als persönlich haftender Gesellschafter in eine oHG oder eine KG auf die unentgeltliche Aufnahme in eine Außen-GbR übertragen werde (MünchKommBGB/*Koch*, a. a. O., § 516 Rdnr. 90). In der Tat hat er die Dogmatik der GbR zwischenzeitlich stark derjenigen der oHG angenähert und folgt (seit BGH, NJW 1999, 3483 = MittBayNot 1999, 577) der sog. Akzessorietätstheorie. Insbesondere kann ein Gesellschaftsgläubiger den GbR-Gesellschafter persönlich, unbeschränkt, unmittelbar und primär auf die gesamte Leistung in Anspruch nehmen (vgl. nur *Palandt/Sprau*, 71. Aufl. 2012, § 714 Rdnr. 12).

Deshalb kommt zwar grundsätzlich in Betracht, dass die zitierte ältere Rechtsprechung betreffend die oHG/KG vom BGH auch auf die GbR übertragen werden könnte. Indes ergibt sich gerade aus der Entscheidung des IVa-Senats des BGH (NJW 1981, 1956 f. = WM 1981, 623 f.) deutlich, dass die Frage, ob die Aufnahme eines Gesellschafters in die oHG – oder eben auch in eine GbR – eine Schenkung darstellt, anhand des jeweiligen Einzelfalles unter Berücksichtigung einer Vielzahl von Umständen zu entscheiden ist und sich „nicht mit einem flüchtigen Blick in den Kommentar beantwortet“ (*Mayer*, ZEV 2003, 355, 356; *Pawlytta in Mayer/Siß u. a.*, Handbuch des Pflichtteilsrechts, 2. Aufl. 2010, § 7 Rdnr. 71). Erforderlich ist vielmehr eine Gesamtbetrachtung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen und aller maßgeblichen Umstände, wie etwa Kapitaleinsatz, Arbeitsleistung, Haftungsrisiko und für den Todesfall getroffene Abfindungsregelungen. In der Literatur wird dazu zutreffend hervorgehoben, dass sich unter Berücksichtigung einer solchen Einzelfallbetrachtung eine gemischte Schenkung insbesondere dann – und zwar durchaus bereits nach den Kriterien der Rechtsprechung – ergeben könne, wenn es sich um eine lediglich vermögensverwaltende Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts mit geringem Haftungsrisiko handele (ausführlich *Mayer*, ZEV 2003, 355, 356; *Damrau/Riedel*, Erbrecht, 2. Aufl. 2011, § 2325 BGB Rdnr. 35; *Pawlytta*, a. a. O., § 7 Rdnr. 74, dort mit zahlreichen weiteren Nachweisen für diese Meinung Fn. 227; *Burandt/Rojahn/G. Müller*, Erbrecht, 2011, § 2325 BGB, Rdnr. 60; *Frieser/Lindner*, Erbrecht, 2. Aufl. 2008, § 2325 BGB Rdnr. 13; vgl. auch juris PK-BGB/*Birkenheier*, a. a. O., § 2325 Rdnr. 90). Gerade dieser Fall liegt hier vor.

Darauf aber stellt der Sache nach zutreffend auch das LG ab. Es folgt damit letztlich nur den schon in BGH, NJW 1981, 1956 f., vorgegebenen Kriterien. Diese Kriterien bestimmen letztlich auch die zitierten Entscheidungen des OLG Frankfurt und des OLG Koblenz. Dort ging es – wie hier – jeweils

gerade um vermögensverwaltende GbRs, beide Gerichte haben Schenkung angenommen. Maßgeblich ist bei einer derartigen mit der Verwaltung eigenen Vermögens befassten GbR, dass der Gesichtspunkt der persönlichen Haftung und des Einsatzes der Arbeitskraft in den Hintergrund tritt. Deshalb können die Ausführungen des BGH zur Aufnahme eines Gesellschafters als Kommanditist (hier ist die Annahme einer gemischte Schenkung auch nach der Rechtsprechung des für Gesellschaftsrecht zuständigen II. Senats möglich, BGH, NJW 1990, 2616 = MittBayNot 1990, 316) entsprechend angewendet werden (so OLG Frankfurt, a. a. O.). *Mayer* (ZEV 2003, 355, 356) macht für solche Fallgestaltungen zutreffend deutlich, dass für die Frage, ob eine Schenkung vorliege, auch die persönlichen Beziehungen der beteiligten Personen nicht außer Acht gelassen werden dürfen. Insbesondere wäre zur Kontrolle des Ergebnisses zu fragen, ob der jeweilige Vertrag auch mit einem Familienfremden geschlossen worden wäre – dies als Indiz gegen eine Schenkung – oder aber nicht. Für die Betrachtung des Einzelfalles seien das Bestehen einer verwandtschaftlichen Beziehung zwischen den Beteiligten, der Zweck einer Gesellschaft – Betrieb eines Gewerbes einerseits oder aber bloße Verwaltung eines Vermögens andererseits – und auch der Wert der übertragenen Beteiligung von Bedeutung.

Hinter der zitierten älteren Rechtsprechung des Gesellschaftsrechts-Senats des BGH steht der Gesichtspunkt, das Interesse an der Fortführung eines Unternehmens über den Tod eines Gesellschafters hinaus zu stützen und zwar unter möglichst weitgehender Vermeidung von die Fortführung erschwerenden Abfindungsansprüchen (so analysiert gerade der IVa-Senat des BGH die Rechtsprechung des II. Senats, NJW 1981, 1956 f. bei juris Rdnr. 12; siehe auch *Pawlytta*, a. a. O., § 7 Rdnr. 70). Dieses Interesse ist bei der rein vermögensverwaltenden GbR bereits nicht sehr hoch einzustufen. Vor allem müssen aber unter erbrechtlichen Gesichtspunkten auch die schutzwürdigen Belange der Nachlassbeteiligten, insbesondere auch der Pflichtteilsberechtigten, gesehen werden (BGH, a. a. O.).

Das Pflichtteilsrecht wird durch die Erbrechtsgarantie von Art. 14 Abs. 1 GG i. V. m. Art. 6 Abs. 1 GG gewährleistet und ist also verfassungsrechtlich geschützt, wie in der jüngeren Rechtsprechung des Bundesverfassungsrecht sehr deutlich herausgearbeitet worden ist (BVerfG, NJW 2005, 1561). Es erscheint mit dieser verfassungsrechtlichen Garantie nicht vereinbar, wenn Grundvermögen über die Gründung einer GbR und die Übertragung von GbR-Anteilen an bestimmte Familienmitglieder der Pflichtteilergänzung wirksam entzogen werden könnte. Die – wie aufgezeigt – letztlich differenzierte und den Einzelfall berücksichtigende Rechtsprechung führt indes auch nicht zu solchen Ergebnissen.

2. Im vorliegenden Fall handelt es sich gerade um eine Weitergabe des GbR-Anteils innerhalb der Familie (nämlich an die Ehefrau) und um eine von ihren Aufgaben her lediglich vermögensverwaltende (Familien-)Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Die beiden Übertragungen 1977 und 1995 sind Schenkungen des Erblassers an die Beklagte, weshalb der Wertermittlungsanspruch der Klägerin besteht.

a) Legt man die Rechtsprechung des II. Zivilsenats des BGH zugrunde, fehlt es hier bereits an dem von dieser Rechtsprechung zentral hervorgehobenen und gegen eine (ggf. gemischte) Schenkung sprechenden Gesichtspunkt, dass der in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter Eintretende im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist.



Die Beklagte hebt zwar in ihrem Schriftsatz vom 14.2.2012 hervor, welche maßgeblichen Arbeitsleistungen sie seit ihrer Eheschließung im Jahre 1973 für die GbR erbracht habe (nämlich die gesamte monatliche Buchführung einschließlich der Abschlüsse; die Umsatzsteuervoranmeldung und die Steuererklärungen; die Unterstützung des Erblassers bei Verhandlungen mit Banken und bei Betriebsprüfungen; intensive Arbeit bei der stetigen Verpachtung des ...geschäfts mit wechselnden Pächtern; Durchführung umfangreicher Sanierungsmaßnahmen an dem Wohnhaus und dem Geschäftshaus sowie an der Verkaufs- und Ausstellungshalle ...). Sie führt weiter aus, dass ihr aufgrund schwerwiegender Erkrankungen des Erblassers in den Jahren 1971 bis 1980 und dann von 1990 bis zu seinem Tod 2007 die alleinige Geschäftsführung obliegen hätte. Letztlich verweist sie für den Umfang ihrer Tätigkeiten in der Zeit von 1973 bis 2007 zusammenfassend auf ihre Zusammenstellung, woraus sich ergeben solle, dass sie in dieser Zeit – 34 Jahre – der Gesellschaft Kosten i. H. v. 348.960 € erspart habe, also im Schnitt rund 10.000 € pro Jahr. Die Beklagte rechnet in der Anlage B 19 von 1973 bis 1982 mit einer Arbeitsleistung von 20 Tagen zu zwei Stunden im Monat, von 1983 bis 1990 mit einer solchen von 15 Tagen zu je zwei Stunden im Monat und von 1991 bis 2007 wieder mit einer Arbeitsleistung von 20 Tagen pro Monat zu je zwei Stunden. Die Beklagte will danach also im Schnitt über diese 34 Jahre jedenfalls nicht mehr als zwei Stunden Arbeitsaufwand werktätig erbracht haben.

Dann aber liegt der Regelfall, von der die Rechtsprechung des BGH im Rahmen des Belegs der Gegenleistung ausgeht, gerade nicht vor, wonach nämlich der aufgenommene Gesellschafter zum vollen Einsatz seiner Arbeitskraft im Dienste des Unternehmens verpflichtet und schon darin eine entsprechende Gegenleistung zu erblicken sei, die die Annahme einer auch nur gemischten Schenkung ausschließe.

Der konkrete Umfang der Arbeitsleistung ist deshalb vom LG richtig als Abweichung von der zitierten BGH-Rechtsprechung im hier vorliegenden Einzelfall gewertet worden. Es hat auch zutreffend darauf hingewiesen, dass die Beklagte selbst einen Arbeitsvertrag vom 2.6.1977 vorgelegt hat, wonach sie für ein monatliches Gehalt von 370 DM in der Firma C Büroarbeiten zu erledigen hatte, und dass sie darüber hinaus in ihrer Parteivernehmung Angaben zu einer eigenen Bauträgerfirma gemacht hat.

b) Die Beklagte hebt mit Aufstellung über die Arbeitsleistungen für die GbR allerdings hervor, dass sie mit der genannten Stundenzahl jeweils unentgeltlich für die GbR gearbeitet und dieser über die 34 Jahre insgesamt 348.960 € erspart habe. Sie rechnet insoweit mit einem Stundenlohn zwischen 15 € (ab 1973) bis zu 30 € (ab 2001). Die Beklagte übersieht aber, dass sie ausweislich der von ihr zeitlich geordnet hergegebenen Unterlagen über die Wirtschaftslage der GbR regelmäßig erhebliche Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung erzielt hat. Ab Erwerb des Gesellschaftsanteils 1977 sind ihrem eigenen Kapitalkonto bis 2007 (in Euro umgerechnet) rund 750.000 € zugeschrieben worden.

Der Sinn und Zweck einer GbR, die vermietete bzw. verpachtete Gewerbeimmobilien verwaltet, besteht ersichtlich in der Erzielung von Miet- und Pachteinnahmen, wie sie hier auch ganz regelmäßig über die 34 Jahre erzielt worden sind. Trotz teilweise sehr umfangreicher, aus den Einnahmen bestrittener Sanierungsmaßnahmen ist jedes Jahr ein beträchtlicher Reingewinn verblieben, der dem Kapitalkonto der Beklagten ab 1977 anteilmäßig zugeschrieben worden ist. Bei einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise liegt es hinsichtlich der zu erbringenden Arbeitsleistung deshalb anders als bei einer ge-

werbetreibenden Handelsgesellschaft. Die von der Beklagten zu erbringende Arbeitsleistung in der Verwaltung des Vermögens der GbR war keineswegs vollschichtig, sondern nur zeitlich eingeschränkt und wurde regelmäßig mehr als ausgeglichen durch ihren Anteil an dem Reingewinn aus den Miet- und Pachteinnahmen. Dieser Umstand steht aber entgegen, die Arbeitsleistung zugleich als Gegenleistung für die Übertragung der GbR-Anteile 1977 und 1995 zu werten.

c) Das LG hat noch einen weiteren Umstand zutreffend hervorgehoben: Hinsichtlich des Schwerpunkts ihrer Arbeitsleistung hat die Beklagte nach der Übernahme des ersten 25%igen Gesellschaftsanteils durch Vertrag von 1977 nur fortgesetzt, was sie nach ihrer eigenen Darstellung bereits seit 1973 für die GbR geleistet hatte. Ein entsprechender Gesichtspunkt war auch für den IVa-Senat des BGH in dem zitierten Urteil vom 26.3.1981 (ausweislich Rdnr. 15 bei juris) als Anhaltspunkt für das Vorliegen einer gemischten Schenkung von Bedeutung. Der BGH hat nämlich dort hervorgehoben:

„Die dem gegenüberstehende Einlage der Beklagten fiel nicht ins Gewicht; sie sollte aus den ihr zufließenden Gewinnen bezahlt werden und dürfte nach den Zahlen des vom LG eingeholten Sachverständigengutachtens in wenigen Monaten erledigt gewesen sein. Die Mitarbeit der Beklagten war nach deren eigenem Vortrag vor dem Abschluss des Gesellschaftsvertrages nicht weniger umfangreich als danach; allerdings nahm ihre Verantwortung zu. Hinzu kam auch das von ihr übernommene Haftungsrisiko. Diese Leistungen der Beklagten müssen gewiss Berücksichtigung finden. Insoweit bedarf es einer Bewertung von Leistung und Gegenleistung. Erst der Vergleich beider kann aber ergeben, ob das auffallende, grobe Missverhältnis vorliegt, das den Schluss auf die für § 516 BGB erforderliche Einigung über die (teilweise) Unentgeltlichkeit nahelegt (BGHZ 59, 132, 136), und inwieweit besondere Umstände vorliegen, die eine Abweichung von den Grundsatz rechtfertigen, die Aufnahme eines Gesellschafters in eine offene Handelsgesellschaft stelle im Allgemeinen keine Schenkung im Sinne von § 516 BGB dar.“

d) Im vorliegenden Fall ist aber auch das Haftungsrisiko anders zu bewerten als im Normalfall einer oHG. Im Grundsatz gilt zwar die unbeschränkte Gesellschafter(außen)haftung auch in der GbR. Aber in der hier vorliegenden vermögensverwaltenden Familien-GbR ist das Haftungsrisiko der Beklagten auch angesichts der konkret bekannten Zahlen und der vorhandenen werthaltigen Gewerbeimmobilien stets äußerst gering gewesen. Die sich aus den Bilanzen ergebenden Verbindlichkeiten lagen ersichtlich über die Jahrzehnte hinweg immer weit unter dem Wert dieser Immobilien.

Für die Frage, ob es 1977 und 1995 um Schenkungen des Erblassers an die Beklagte ging, kommt es allerdings nicht auf den Wert dieser Immobilien im gegenwärtigen Zeitpunkt an, den die Klägerin auf 2,5 bis 3 Millionen Euro einschätzt. Es geht vielmehr um den Wert im Schenkungszeitpunkt. Andererseits weist die Klägerin zu Recht darauf hin, dass nicht Buch- oder Bilanzwerte maßgeblich sein können, sondern nur die tatsächlichen Verkehrswerte. Dazu ergibt sich aus der maßgeblichen Bilanz per Ende 1976, dass das bilanzierte Anlagevermögen insgesamt mit 290.652,05 DM angegeben war (damaliger Stand des Buchwertes, der sich regelmäßig um Abschreibungen reduziert – kein Verkehrswert). Dem standen Verbindlichkeiten von 157.447 DM gegenüber. Vor diesem Hintergrund ist es zwar einerseits richtig, dass die Beklagte seinerzeit nur einen 25%igen Anteil übernommen hatte, der gemessen am Bilanz-Buchwert rund 75.000 DM ausmachen würde, andererseits aber nach außen hin als Gesamtschuldne-

rin voll für Verbindlichkeiten von 157.447 DM haftete. Indes stand ihr im Innenverhältnis stets ein Ausgleichsanspruch aus § 426 Abs. 1 BGB gegen die anderen Gesellschafter nach Maßgabe ihrer Beteiligung zu (vgl. *Palandt/Sprau*, a. a. O., § 714 Rdnr. 16). Dieser Ausgleichsanspruch war unabhängig von den sonstigen Vermögensverhältnissen der Gesellschafter auch werthaltig, weil das werthaltige Grundvermögen zur Verfügung stand.

Das LG hat nachvollziehbar darauf abgestellt, dass allerdings in dem notariellen Vertrag vom 31.5.1977 – wo es insgesamt um die Übertragung von 35 % der Anteile an der GbR gegangen ist – der Wert dieses Vertrages „im Kosteninteresse“ mit 300.000 DM angegeben worden ist. Diese Angabe spiegelt jedenfalls die Vorstellung aller Vertragsbeteiligten über den Verkehrswert der Anteile im Vertragszeitpunkt wieder. Daraus würde sich dann ein Gesamtwert des GbR-Vermögens von 850.000 DM ergeben und es erschließt sich ausreichend deutlich, dass der Verkehrswert seinerzeit wesentlich höher als der Buchwert in der Bilanz gewesen ist. In dem Vertrag vom 27.12.1995 ging es um die Übertragung von insgesamt 30 %-Anteilen der GbR. Dort ist der Wert „der Verhandlung“ allerdings nur mit 150.000 DM angegeben worden. Daraus würde sich ein Gesamtwert für das GbR Vermögen von jedenfalls 500.000 DM rechnerisch ergeben. Die Bilanz per Ende 1995 weist Verbindlichkeiten von nur knapp 153.000 DM aus.

Unter Bewertung dieser Zahlen bestand jedenfalls kein tatsächliches Haftungsrisiko für die Beklagte, das auch nur im Ansatz mit dem gewöhnlichen Haftungsrisiko des Gesellschafters einer oHG vergleichbar wäre. Die fraglichen Verbindlichkeiten der GbR lagen ersichtlich stets deutlich unter dem Wert der Immobilien. Für eine andere, abweichende Einschätzung gibt es keine tatsächliche Grundlage und keinen konkreten Vortrag.

Diese Betrachtung würde auch dann gelten, wenn man aus der Bilanz per Ende 1995 noch zu den Verbindlichkeiten von knapp 153.000 DM das negative Kapitalkonto der in diesem Jahr verstorbenen Mutter des Beklagten von 51.261,72 DM hinzuzählen würde, wie dies die Beklagte geltend macht (das Kapitalkonto der Beklagten per Ende 1995 war allerdings positiv).

e) Werden die genannten Zahlen zugrunde gelegt – Hinweise auf den Verkehrswert der Immobilien aus den Verträgen von 1977 bzw. 1995 und bekannte Angaben über den Stand der Verbindlichkeiten zu diesen Zeitpunkten – und wird die Arbeitsleistung der Beklagten auch mit Rücksicht auf die Gewinnerzielung nicht als Gegenleistung berücksichtigt, kann auch im Sinne der zitierten Rechtsprechung des BGH festgestellt werden, dass hier jedenfalls eine ergänzungspflichtige Schenkung vorliegt, für die dann auch der Wertermittlungsanspruch besteht.

Insoweit ist – dieses Ergebnis unterstützend – zudem von indizieller Bedeutung, wie die Beteiligten an der seinerzeitigen Anteilsübertragung 1977 und 1995 diese jeweils selbst eingestuft haben. Denn bereits der II. Senat des BGH hat in der von der Beklagten zitierten Entscheidung, NJW 1959, 1433 = WM 1959, 719 f., bei juris Rdnr. 22, wie folgt hervorgehoben: „Im Regelfall ist der aufgenommene Gesellschafter – wie auch im vorliegenden Fall – zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft im Dienste des Gesellschaftsunternehmens verpflichtet, so dass schon darin und in der Übernahme der persönlichen Haftung eine entsprechende Gegenleistung zu erblicken ist. Es müssen schon besondere Umstände vorliegen, um in einem solchen Fall gleichwohl das Vorliegen einer sog. gemischten Schenkung annehmen zu können, nament-

lich müssen auch die Beteiligten bei der Aufnahme des neuen Gesellschafters die Vorstellung einer teilweise unentgeltlichen Zuwendung an diesen haben. Davon kann im vorliegenden Fall nicht gesprochen werden ...“

Was für den BGH-Fall nicht galt, gilt im vorliegenden Fall dagegen durchaus: Denn in dem notariellen Vertrag vom 27.12.1995 haben die Beteiligten die Übertragung des Gesellschaftsanteils von 25 % – von dem Erblasser auf seine Ehefrau, die Beklagte – ausdrücklich als „im Wege der Schenkung“ erfolgend bezeichnet. In dem Übertragungsvertrag vom 31.5.1977 haben sie ausdrücklich die Befreiung von der Grunderwerbsteuer „mit Rücksicht darauf (beantragt), dass sie die Miteigentumsanteile als Gesellschafter bürgerlichen Rechts unentgeltlich von den Überlassern erworben haben.“

Die Berufung geht zwar zutreffend davon aus, dass die Parteien eines Zuwendungsgeschäfts nicht durch bloße Einigung aus einer objektiv entgeltlichen Zuwendung eine unentgeltliche machen können. Aber im vorliegenden Fall fehlt es gerade auch objektiv an Gegenleistungen, die die Überlassung zu einem insgesamt entgeltlichen Geschäft machen würden.

3. Die Beklagte hat allerdings schon erstinstanzlich zu Recht hervorgehoben, dass Parteien eines unentgeltlichen Geschäftes nachträglich eine Entgeltvereinbarung treffen könnten (BGH, NJW-RR 1986, 164; FamRZ 1989, 732, bei juris Rdnr. 10; ZEV 2007, 326 = MittBayNot 2008, 225, bei juris Rdnr. 14). Der Pflichtteilsberechtigte muss auch nachträgliche Vereinbarungen über die Entgeltlichkeit von lebzeitigen Geschäften des Erblassers hinnehmen, solange zwischen Leistung und Gegenleistung kein auffallendes, grobes Missverhältnis besteht. Eine solche Vereinbarung mag im Einzelfall auch konkludent denkbar sein. Im vorliegenden Fall ergibt sich aber nicht, dass hier durch nachträgliche Vereinbarung ein insgesamt entgeltliches Geschäft zustande gekommen ist.

a) Für die Einzahlung von 60.000 DM im Jahre 1978 auf ihr eigenes Kapitalkonto ausweislich der Bilanz per 31.12.1978 macht die Beklagte (nur) geltend, dass sich eine solche Vereinbarung zwischen ihr und dem Erblasser aus den Umständen konkludent ergebe.

Das lässt sich aber mangels überzeugender Hinweise für eine solche konkludente Vereinbarung nicht feststellen. Denn richtig bleibt, dass diese Einlage auf dem eigenen Kapitalkonto der Beklagten dem Erblasser nicht direkt zugutegekommen ist. Die Beklagte argumentiert, die Einlage habe aber zugleich die Finanzkraft der GbR verstärkt, die „belegtermaßen“ Jahr für Jahr hohe Aufwendungen für Reparaturen gehabt habe. Indes lässt sich den Bilanzen und den Gewinn- und Verlustrechnungen per 31.12.1978 aber auch per 31.12.1979 nicht entnehmen, dass diese zusätzliche Einlage seinerzeit tatsächlich für besondere Baumaßnahmen oder Reparaturmaßnahmen der GbR erforderlich gewesen wäre. Ein Vorteil für den Erblasser oder auch nur für die GbR insgesamt ist nicht erkennbar. Insoweit kann deshalb nicht ausreichend sicher auf eine nachträgliche konkludente Entgeltlichkeitsvereinbarung in Bezug auf das Geschäft vom 31.5.1977 geschlossen werden.

b) Anderes ergibt sich auch nicht wegen der Einlage von 50.000 € im Jahre 2003, von der die Beklagte tatsächlich schon erstinstanzlich in dem nachgelassenen Schriftsatz vortragen hatte, sie habe das Eigenkapitalkonto des Erblassers erhöht, was die Bilanz per 31.12.2003 ausweise.

Die Beklagte macht in Bezug auf diesen Vortrag Verfahrensfehler des LG geltend. Das LG hat beiden Parteien Schriftsatznachlass auf die Erörterungen in der letzten mündlichen Verhandlung ausdrücklich gewährt, woraufhin auch neue Tat-

sachen vorgetragen worden sind – z. B. zu den fraglichen 50.000 € –, die es sodann im Urteil verwertet hat. Es könnte damit unbeabsichtigt in ein schriftliches Verfahren übergegangen sein, auch wenn die Frage der nachträglichen Entgeltvereinbarung durchaus schon Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen war. Das kann dahinstehen, weil sich ein etwaiger Verfahrensfehler nicht ausgewirkt hat, denn auch unter Berücksichtigung des zweitinstanzlichen Vortrags der Beklagten ergibt sich für sie nichts Günstigeres. Die Berufungsbegründungsschrift stellt in das Zeugnis des Herrn B, dieser wisse, dass die Problematik der erheblichen krankheitsbedingten Aufwendungen für den Erblasser und der deshalb hohen Privatentnahmen (aus der GbR, zulasten seines Kapitalkontos) mehrfach Gesprächsthema zwischen der Beklagten und dem Erblasser gewesen sei und dass der Erblasser und die Beklagte deshalb „eine nachträgliche Entgeltvereinbarung in Bezug auf Überlassung von Beteiligungen und Übertragungen von Grundvermögen getroffen hätten, bevor die Beklagte im Jahre 2003 weitere 50.000 € in die Gesellschaft eingelegt habe“.

Insoweit ergibt sich aber schon aus dem Tatbestand des erstinstanzlichen Urteils, dass seitens des Erblassers weitere Grundstücksübertragungen auf die Beklagte vorgenommen worden sind, etwa im Jahr 1975 auch ausdrücklich als unentgeltlich bezeichnet. Die Beklagte hat in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat bestätigt, dass sich die 50.000 € auf die beiden GbR-Anteile und die Schenkung der ... verteilen sollten, ohne dass genauere Absprachen zur Verteilung der Höhe nach getroffen worden seien. Wird dann aber weiter bedacht, dass die auf die GbR-Anteilsübertragungen 1977 und 1995 und die ... zu verteilenden 50.000 € aus dem Jahr 2003 zunächst inflationsbereinigt heruntergerechnet werden müssten auf die jeweiligen Schenkungszeitpunkte, bleibt es dabei, dass sich die GbR-Anteile einerseits und der Anteil an der möglichen Gegenleistung 2003 andererseits in einem groben Missverhältnis gegenüberstehen würden. Dann aber ändert sich an dem Vorliegen jedenfalls einer gemischten Schenkung nichts. Das aber reicht als Grundlage für den Anspruch auf Wertermittlung aus.

(...)

### Anmerkung:

Die pflichtteilsdämpfende Wirkung des Gesellschaftsrechts wird häufig falsch eingeschätzt. Für den Berater ergibt sich hier ein großes Potenzial darüber nachzudenken, ob nicht zu einer „Flucht ins Gesellschaftsrecht“ geraten werden sollte. Dabei ist zu differenzieren: Einerseits besteht Pflichtteilsrelevanz bei gesellschaftsvertraglichen Klauseln, die beim Tod eines Gesellschafters den verbleibenden Mitgesellschaftern oder Dritten den Erwerb von dessen Beteiligung unter Ausschluss von Pflichtteilsberechtigungen ermöglichen sollen<sup>1</sup> – um diese bekannte, auch kautelarjuristische Problematik, geht es in der Besprechungsentscheidung nicht. In einer Anmerkung kann hierzu auch nichts Näheres ausgeführt werden.<sup>2</sup>

Andererseits hat aber auch die direkte Einräumung von Gesellschafterstellungen pflichtteilsrechtliche Relevanz und bietet dem Kautelarjuristen Möglichkeiten zur Pflichtteilsminimierung. Nimmt der Erblasser/Übergeber die als Nachfolger in Aussicht genommene Person als Gesellschafter auf,

z. B. durch originäre Einräumung einer Beteiligung oder Teilabtretung einer solchen, ohne dass der Aufgenommene hierfür etwas „mitbringen“ muss, so könnte im Hinblick auf den Kreis der pflichtteilsberechtigten Personen des Zuwendenden grundsätzlich ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gemäß § 2325 ff. BGB in Betracht kommen. Mit solchen, gegenüber der Abfindungsproblematik in der Praxis bei Weitem nicht so häufig beleuchteten Maßnahmen, beschäftigt sich nun ausführlich und lehrbuchmäßig das OLG Schleswig.

### 1. Aufnahme in oHG oder Einzelhandelsgeschäft

Allerdings entscheidet der II., für Gesellschaftsrecht zuständige Senat des BGH bei Fallgestaltungen mit rein gesellschaftsrechtlichem Hintergrund schon seit geraumer Zeit dahingehend, dass es an dem Merkmal der für die Pflichtteilsergänzung entscheidenden unentgeltlichen Zuwendung in denjenigen Fällen fehle, in denen jemand in eine bestehende offene Handelsgesellschaft oder in das Geschäft eines Einzelkaufmannes als persönlich haftender Gesellschafter aufgenommen werde, ohne selbst eine Einlage leisten zu müssen. Der BGH hat eine ergänzungsausschließende Gegenleistung darin gesehen, dass der neu eintretende Gesellschafter die persönliche Haftung sowie die Beteiligung an einem etwaigen Verlust übernimmt und im Regelfall zum Einsatz seiner vollen Arbeitskraft verpflichtet ist. Dies verbiete grundsätzlich die Annahme einer – sei es auch nur gemischten – Schenkung.<sup>3</sup> Der IVa-Senat des BGH hat sich in einem speziell zur Pflichtteilsergänzung, wenn auch einer grundlegend anderen Thematik, zur pflichtteilsverringenden Abfindungsgestaltung ergangenem Urteil auf diese Grundsätze bezogen,<sup>4</sup> indes dort unter Betonung und Auswertung der Umstände jenes Einzelfalles die Möglichkeit einer Ausnahme dargelegt. Die Rechtsprechung des II. Senats des BGH hat in der Literatur zahlreiche Kritiker gefunden,<sup>5</sup> worauf hier jedoch aus Raumgründen nicht näher eingegangen werden kann.

### 2. Einräumung einer Beteiligung als Kommanditist oder stiller Gesellschafter; Unterbeteiligungen

Hinsichtlich der Beteiligung an einer KG (als Kommanditist), für eine stille Beteiligung oder eine Unterbeteiligung gilt das zuvor Erwähnte allerdings nicht. Denn der BGH<sup>6</sup> hat wiederholt auch entschieden, dass ein Kommanditanteil als geschenkt anzusehen sei, wenn der Kommanditist nichts für seinen Erwerb aufzuwenden habe, und die Parteien über die Unentgeltlichkeit einig seien, da den Kommanditist anders als einen Komplementär nach Erbringung seiner Einlage keine persönliche Haftung treffe und er regelmäßig nicht zur Geschäftsführung verpflichtet sei. Auf stille Gesellschafter oder Unterbeteiligte lässt sich das ohne Weiteres übertragen. Im Falle der unentgeltlichen Beteiligung als Kommanditist (oder als stiller Gesellschafter oder bei Unterbeteiligung) können also ggf. Pflichtteilsergänzungsansprüche ausgelöst werden.<sup>7</sup>

<sup>3</sup> BGH, WM 1959, 719; BB 1965, 472; NJW 1990, 2616 = MittBayNot 1990, 316; dem folgend z. B. KG, DNotZ 1978, 109, 111.

<sup>4</sup> BGH, NJW 1981, 1956.

<sup>5</sup> Siehe hierzu nur MünchKommBGB/Koch, 6. Aufl. 2012, § 516, Rdnr. 91 m. N.

<sup>6</sup> BGH, NJW 1990, 2616, 2617 = MittBayNot 1990, 316.

<sup>7</sup> Im Zusammenhang mit der Einräumung einer Unterbeteiligtenstellung ist darauf hinzuweisen, dass das vorstehende Judikat in keinem Zusammenhang mit der aktuellen „Unselb“-Entscheidung des BGH steht (DNotZ 2012, 713 = ZEV 2012, 167 m. Anm. Reimann = MittBayNot 2012, 479 m. Anm. Lutz), da es dort nur um das Problem der Einbeziehung in den ordentlichen Pflichtteil ging, nicht aber um die Pflichtteilsergänzung.

<sup>1</sup> Leitentscheidung hierzu nach wie vor BGH, NJW 1981, 1956.

<sup>2</sup> Instruktive und praxisnahe Übersicht z. B. bei G. Müller in Schlitt/Müller, Handbuch Pflichtteilsrecht, 2010, § 10 Rdnr. 137 ff., 151 ff.; ausführlich zudem Hölcher, ZEV 2010, 609 ff., auch zur Entwicklung der Rechtsprechung.

Sofern aber eine Leistung im Sinne des § 2325 Abs. 3 BGB vorliegt (und der Erblasser nicht beispielsweise durch Vorbehalt von Nutzungsrechten den Schenkungsvollzug verhindert<sup>8</sup>), wären nach der Pro-rata-Regelung in § 2325 Abs. 3 Satz 2 BGB mit jedem Jahr nach Vollzug der Schenkung  $\frac{1}{10}$  des Schenkungswertes ergänzungsfrei ausgeschieden. Mit dem Ablauf von zehn Jahren wären Pflichtteilergänzungsansprüche also auch in diesen Fällen ganz ausgeschlossen.<sup>9</sup>

### 3. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Noch unklar ist die Rechtslage zu Pflichtteilergänzungsansprüchen bei der Einräumung von GbR-Beteiligungen. Höchststrichterliche Rechtsprechung existiert hierzu noch nicht. Die zitierte Rechtsprechung des BGH<sup>10</sup> betrifft eben unmittelbar nur die Übertragung des Anteils an einer oHG oder die Aufnahme eines Dritten in das Geschäft eines Einzelkaufmanns als persönlich haftender Gesellschafter, nicht aber die GbR. Das OLG Schleswig leistet zur Klärung nun einen Beitrag.

#### a) Bisheriger Diskussionsstand

Für die Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze des BGH auf die GbR könnte sprechen, dass die Dogmatik der GbR zwischenzeitlich stark derjenigen der oHG angenähert ist und der sog. Akzessorietätstheorie folgt.<sup>11</sup> Insbesondere kann ein Gesellschaftsgläubiger den GbR-Gesellschafter persönlich, unbeschränkt, unmittelbar und primär auf die gesamte Leistung in Anspruch nehmen.<sup>12</sup> Folgerichtig findet sich im Schrifttum die Auffassung, dass der BGH seine Grundsätze zu im Regelfall fehlenden Schenkungen bei Aufnahme eines Dritten ohne eigene Kapitaleinlage als persönlich haftender Gesellschafter in eine oHG oder eine KG auf die unentgeltliche Aufnahme in eine Außen-GbR übertragen werde.<sup>13</sup>

#### b) Gesamtbetrachtung

Richtigerweise wird man, ausgehend von der schon erwähnten Entscheidung des IVa-Senats des BGH<sup>14</sup> und aktuell mit der Entscheidung des OLG Schleswig davon ausgehen müssen, dass eine Gesamtbetrachtung der gesellschaftsrechtlichen Regelungen und aller maßgeblichen Umstände, wie etwa Kapitaleinsatz, Arbeitsleistung, Haftungsrisiko und für den Todesfall getroffene Abfindungsregelungen anzustellen ist. Zugegebenermaßen stellt dies für die Praxis nicht unbedingt den Gipfel der Rechtsklarheit dar, man wird sich daher hier nur fallgruppenartig-tastend vorwärts bewegen können und auf weitere Klärung durch die Rechtsprechung hoffen müssen.

#### c) Abgrenzungsaspekte für die Praxis

Eine (ggf. gemischte) ergänzungspflichtige Schenkung kann sich insbesondere dann ergeben, wenn es sich um eine lediglich vermögensverwaltende Familiengesellschaft bürgerlichen Rechts mit geringem Haftungsrisiko handelt und/oder die Bedingungen der Aufnahme mit familienfremden Dritten

vermutlich so nicht geschlossen worden wären.<sup>15</sup> Maßgeblich ist bei einer derartigen, mit der Verwaltung eigenen Vermögens befassten GbR, dass der Gesichtspunkt der persönlichen Haftung und des Einsatzes der Arbeitskraft in den Hintergrund tritt.

Hinter der Rechtsprechung des Gesellschaftsrechts-Senats des BGH<sup>16</sup> steht nämlich der Gesichtspunkt, das Interesse an der Fortführung eines Unternehmens über den Tod eines Gesellschafters hinaus zu stützen und zwar unter möglichst weitgehender Vermeidung von die Fortführung erschwerenden Abfindungsansprüchen; dieses Interesse sei bei der rein vermögensverwaltenden GbR bereits nicht sehr hoch einzustufen, so das OLG Schleswig.<sup>17</sup> Vor allem müssten aber unter erbrechtlichen Gesichtspunkten eben auch die schutzwürdigen Belange der Nachlassbeteiligten, insbesondere auch der Pflichtteilsberechtigten, gesehen werden. Dieses Argument mutet zwar zirkulär an, kann sich aber auf die grundlegende Rechtsprechung des BGH stützen<sup>18</sup>

Im Bereich der Vermögensverwaltung dürfte also die Einräumung der Gesellschafterstellung für §§ 2325 ff. BGB unerheblich sein. Ein Gegenbeispiel in pflichtteilsrechtlicher Hinsicht (also keine Ergänzung) könnte demnach die unentgeltliche Einräumung einer Beteiligung an einerwerbenden gewerblichen oder freiberuflichen GbR sein, z. B. eines kleineren Werkstatt- oder Softwareunternehmens bzw. einer Rechtsanwalts-gesellschaft. Bei Letzterer besteht freilich die – ausgehend vom BGH – pflichtteilsrechtlich sicherste Gestaltungsalternative zum hier behandelten Thema, nämlich die Gründung als/Umwandlung in eine oHG, gerade nicht.

### 4. Kapitalgesellschaften

Der Vollständigkeit halber sei abschließend noch Folgendes angemerkt: Wird nicht die Beteiligung an einer Personengesellschaft, sondern der Anteil an einer Kapitalgesellschaft unentgeltlich auf den Beschenkten übertragen oder ihm sonst eine solche Stellung im Zuge von Gründung oder Kapitalerhöhung unentgeltlich eingeräumt, sind der Schenkungscharakter und damit die Pflichtteils-Ergänzungspflichtigkeit aufgrund der fehlenden persönlichen Haftung des Gesellschafters unproblematisch zu bejahen.<sup>19</sup> Der Aspekt der Arbeitskraft tritt dahinter zurück, zumal dieser ebenfalls nicht über die Gesellschafterstellung, sondern über einen Anstellungsvertrag mit der Gesellschaft als Geschäftsführer oder Vorstand abgebildet wird. Daneben kann eine ergänzungspflichtige Schenkung aber auch im Zuge der Kapitalgesellschaftsgründung oder einer Kapitalerhöhung dann in Betracht kommen, wenn ein Gesellschafter eine Sacheinlage erbringt, deren Wert weit über den Wert seines Gesellschaftsanteils hinausgeht.<sup>20</sup>

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

<sup>8</sup> Grundlegend BGH, NJW 1994, 1791.

<sup>9</sup> G. Müller in Schlitt/Müller, a. a. O. (Fn. 2), § 11 Rdnr. 150.

<sup>10</sup> Siehe oben Fn. 3 f.

<sup>11</sup> Seit BGH, NJW 1999, 3483 = MittBayNot 1999, 577.

<sup>12</sup> Vgl. nur Palandt/Sprau, 71. Aufl. 2012, § 714 Rdnr. 12.

<sup>13</sup> MünchKommBGB/Koch, a. a. O. (Fn. 5), § 516 Rdnr. 90.

<sup>14</sup> NJW 1981, 1956; siehe oben Fn. 4.

<sup>15</sup> So schon J. Mayer, ZEV 2003, 355, 356.

<sup>16</sup> Siehe oben Ziffer 1.

<sup>17</sup> Unter II. 2. b) a. E. der Gründe.

<sup>18</sup> BGH, NJW 1981, 1956.

<sup>19</sup> Statt aller MünchKommBGB/Koch, a. a. O. (Fn. 5), § 516 Rdnr. 92 m. w. N.

<sup>20</sup> Vgl. Mylich, ZEV 2012, 229 ff.

11. BGB §§ 2290, 2352 Satz 2 (*Umdeutung einer unwirksamen Erbvertragsaufhebung in Zuwendungsverzicht*)

1. **Ein mehrseitiger Erbvertrag kann nicht durch Verzicht des Erblassers mit einem der letztwillig Bedachten aufgehoben werden.**
2. **Der gebotenen Umdeutung einer solchen Vereinbarung in einen Zuwendungsverzicht mit dem Bedachten steht bei einem mehrseitigen Erbvertrag § 2352 Satz 2 BGB nicht entgegen (im Anschluss an BayObLGZ 1965, 188).**

OLG Hamm, Beschluss vom 2.12.2011, I-15 W 603/10; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Der Erblasser schloss am 6.9.1957 mit seiner ersten Ehefrau, Frau I2, geborene H, einen „Ehe- und Erbvertrag“ (URNr. .../1957 des Notars C2 in C), in dem es heißt:

§ 1. Für unsere Ehe vereinbaren wir hiermit die allgemeine Gütergemeinschaft des Bürgerlichen Gesetzbuches in der bis zum 31.3.1953 geltenden Fassung.

§ 2. Indem die Fortsetzung der Gütergemeinschaft mit unseren Kindern ausgeschlossen sein soll, setzen wir uns gegenseitig zu Erben ein dergestalt, dass der Letztlebende Erbe des Verstorbenen sein soll.

§ 3. Nach dem Tode des Letztlebenden soll unser Vermögen unseren gemeinschaftlichen Kindern zufallen, dergestalt jedoch, dass der Letztlebende befugt ist, die Art und Weise, wie das Vermögen auf unsere Kinder sich verteilen und übergehen soll, unter Lebenden und von Todeswegen zu bestimmen. Insbesondere ist der Letztlebende befugt, durch Testament oder Übertragsvertrag einem unserer Kinder das Vermögen zuzuwenden und die Abfindungsleistungen für die übrigen Kinder festzusetzen. ...

Die Beteiligten sind die aus der ersten Ehe des Erblassers hervorgegangenen Kinder, die Beteiligten zu 1 bis 3 waren im Zeitpunkt der Errichtung des Ehe- und Erbvertrages bereits geboren.

Die erste Ehefrau des Erblassers verstarb im Jahr 1963.

Am 3.9.1984 schloss der Erblasser mit seinen Kindern und seiner zweiten Ehefrau, Frau I, geborene K, einen notariellen „Erb- und Abfindungsvertrag“ (URNr. .../84 des Notars T in B). In § 1 dieses Vertrages setzte er die Beteiligte zu 2 zu seiner alleinigen Erbin ein, die Beteiligte zu 2 nahm in § 8 die Erbinsetzung zu den im Vertrag genannten Auflagen und Bedingungen an. Die Beteiligte zu 2 verpflichtete sich

– in § 2, ihrer Stiefmutter, der zweiten Ehefrau des Erblassers, in dem zum Nachlass gehörenden Haus I-Weg in B ein lebenslangliches Wohnrecht einzuräumen,

– in § 4, bei Eintritt des Erbfalls den Hausrat der Stiefmutter bzw. ihren Geschwistern zu überlassen,

– in § 5, bei Eintritt des Erbfalls das Geld und evtl. Wertpapiere nur unter ihren Geschwister aufzuteilen, so dass diesen mindestens 10.000 DM zukommen, ggf. sollte sie verpflichtet sein, das Gesamtguthaben aus eigenen Mitteln aufzustocken, damit die Geschwister mindestens 10.000 DM erhalten.

§ 7 lautet: „Die Erschienenen zu 4 bis 7 (das sind die Beteiligten zu 1, 3, 4 und 5) erklären sich durch die vorgenannten Vermächtnisse und sonstigen Zuwendungen als vom beiderseitigen elterlichen Vermögen für restlos abgefunden und verzichten auf etwaige Mehransprüche.“

Der vorgenannte Verzicht wird von den übrigen Erschienenen hiermit angenommen.“

Am 21./28.1.1992 schlossen der Erblasser, vertreten aufgrund notariell beurkundeter Vollmachtserklärung vom 15.1.1992 (URNr. .../1992) durch den Bürovorsteher B2 des Notars T in B und die Beteiligte zu 1, 3, 4, 5 in getrennten Urkunden eine Vereinbarung (URNr. ...., ... und .../1992), in dem sich der Erblasser jeweils verpflichtete, an die genannten Beteiligten „zur Abgeltung der Erb- und Pflichtteilsansprüche, insbesondere zur Abgeltung der nach der Urkunde vom 3.9.1984 genannten Beträge, einen einmaligen Betrag von 10.000 DM ... zu zahlen.“ Die Beteiligten zu 1, 3 bis 5 erklärten jeweils, dass „mit der Zahlung des Betrages von 10.000 DM sämtliche Ansprüche aus der Urkunde vom 3.9.1984 (URNr. .../84 des

Notars T in B) abgegolten sind. Er/Sie verzichtet hiermit ausdrücklich auf die Geltendmachung weitergehender Ansprüche.“ Diese Verzichtserklärungen nahm der Bürovorsteher B2 namens des Erblassers an.

In notarieller Verhandlung vom 6.2.1992 (URNr. .../1992 des Notars T in B) übertrug der Erblasser der Beteiligten zu 2 die Eigentumswohnung Nr. 2 in der Anlage I-Weg in B. In § 9 dieses Vertrages hoben der Erblasser, seine zweite Ehefrau und die Beteiligte zu 2 den Erbvertrag vom 3.9.1984 einvernehmlich auf; gleichzeitig verpflichtete sich der Erblasser, die Beteiligte zu 2 von der Zahlung der Abfindungsbeträge und Vermächtnisse freizustellen.

Am 20.2.1992 errichtete der Erblasser ein notarielles Testament (URNr. .../1992 des Notars T in B), in dem er die Beteiligte zu 5 zu seiner Alleinerbin und deren Sohn B2 zum Ersatzerben einsetzte.

Am 9.10.2001 schloss der Erblasser mit den Beteiligten zu 3 bis 5 einen notariellen Erbvertrag (URNr. .../2001 des Notars T in B), in dem nur der Erblasser eine letztwillige Verfügung traf. Er widerrief sein Testament vom 20.2.1992 und setzte die Beteiligten zu 3 bis 5 zu je  $\frac{1}{3}$  Anteil zu seinen Erben ein. § 4 des Vertrages lautet: „Durch Urkunde vom 6.2.1992 – URNn. .../1992 – habe ich, der Erschienene zu 1 (= der Erblasser), meiner Tochter Frau H, geborene I, geboren am ... 1959, bereits die im Haus „Ost“ der Grundbesitzung B, I-Weg, gelegene Eigentumswohnung übertragen. In jedem Falle hat sich meine Tochter H die Übertragung der Eigentumswohnung auf ihre eventuellen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche anrechnen zu lassen. Seit Jahren habe ich kein Verhältnis mehr zu meiner Tochter H. Ich habe für ihr Verhalten mir gegenüber kein Verständnis. Sofern es gesetzlich zulässig wäre, würde ich meiner Tochter H, geborene I, hinsichtlich ihrer eventuellen Pflichtteils- bzw. Pflichtteilsergänzungsansprüche ausschließen.“

Am ... 2009 verstarb der Erblasser. Am 22.11.2009 schlugen die Beteiligte zu 3, die Beteiligte zu 4 – gleichzeitig für ihren Sohn I5 – sowie die Beteiligte zu 5 die Erbschaft nach ihrem Vater bzw. Großvater in unterschrittsbeglaubigten Erklärungen aus (URNr. ..., ... und .../2009 des Notars H2 in B). Am 10.2.2010 schlugen auch der Sohn T4 und der Enkel K der Beteiligten zu 3 die Erbschaft aus (URNr. ... und .../2010 des Notars M in I4). Am 10.3.2010 schlug schließlich der Sohn B2 der Beteiligten zu 5 die Erbschaft aus (URNr. .../2010 des Notars H2 in B).

Den Antrag der Beteiligten zu 2 vom 25.3.2010 auf Erteilung eines Erbscheins, der sie und den Beteiligten als Miterben zu je  $\frac{1}{2}$  Anteil ausweist, wies das AG mit Beschluss vom 11.5.2010 mit der Begründung zurück, der Erblasser habe die Beteiligte zu 2 in dem Erbvertrag vom 9.10.2001 enterbt. Gegen diese Entscheidung ist kein Rechtsmittel eingelegt worden.

Am 26.8.2010 beantragte der Beteiligte zu 1 zur Niederschrift des Notars L in T2 (URNr. .../2010) die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben nach seinem Vater ausweist. Dabei gab er unter anderem an, die zweite Ehefrau des Erblassers sei vorverstorben. Diesen Antrag wies das AG mit Beschluss vom 15.10.2010 zurück. Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 1, der das AG durch Beschluss vom 30.11.2010 nicht abhalf.

*Aus den Gründen:*

## II.

(...) Die Beschwerde ist auch begründet, so dass der Senat einen Feststellungsbeschluss nach § 352 Abs. 1 FamFG erlassen hat, weil der Beteiligte zu 1 gesetzlicher Alleinerbe nach seinem Vater ist.

1. Es ist keine erbvertragliche oder testamentarische Erbfolge eingetreten.

a) Der Erblasser hat mit den Beteiligten und seiner zweiten Ehefrau am 3.9.1984 einen formwirksamen Erbvertrag geschlossen, §§ 2274, 2276 BGB. Aufgrund der Regelung in § 3 des Ehe- und Erbvertrags vom 6.9.1957 mit seiner ersten Ehefrau war er befugt, unter Lebenden und von Todes wegen die Art und Weise, wie das Vermögen auf die gemeinschaftlichen Kinder sich verteilen und übergehen soll, zu bestimmen. Er war daher aufgrund dieser vertraglichen Bindung nicht gehin-

dert, den notariellen Erbvertrag vom 3.9.1984 zu schließen und die Beteiligte zu 2 als Alleinerbin einzusetzen, da es ihm ausdrücklich auch gestattet war, durch Testament oder Übertragungsvertrag einem der Kinder das Vermögen zuzuwenden und die Abfindungsleistungen für die übrigen Kinder festzusetzen.

b) Der Erbvertrag ist nicht durch den notariellen Vertrag vom 6.2.1992 wirksam aufgehoben worden. Nach § 2290 Abs. 1, 4 BGB kann ein Erbvertrag durch notariellen Vertrag sowie einzelne vertragsmäßige Verfügungen von den Personen aufgehoben werden, die den Erbvertrag geschlossen haben, eine einseitige Aufhebung ist nur bei einem Vorbehalt in dem Vertrag möglich, § 2393 BGB (vgl. *Palandt/Weidlich*, 70. Aufl., § 2289 Rdnr. 8, § 2290 Rdnr. 1). Ein Vorbehalt war hier nicht erklärt, gleichwohl ist die Aufhebung des Erbvertrages vom 3.9.1984 in der notariellen Verhandlung vom 6.2.1992 nicht von allen Vertragsbeteiligten, sondern nur von dem Erblasser, dessen zweiter Ehefrau und der Beteiligten zu 2 erfolgt. Vertragsbeteiligte waren nämlich auch die Beteiligten zu 1 und 3 bis 5, weil sie selbst formell und materiell an dem Vertrag beteiligt waren. Ihr Vater hatte nämlich auch ihnen in dem notariellen Vertrag etwas durch Verfügung von Todes wegen zugewendet. Die Nichtbeteiligung der Beteiligten zu 1 und 3 bis 5 an dem Aufhebungsvertrag verstößt gegen § 2290 Abs. 1 BGB, weil diese Vorschrift es nicht zulässt, dass der Aufhebungsvertrag von dem Erblasser und nur einem Teil der Vertragsbeteiligten geschlossen wird (vgl. auch *MünchKommBGB/Musielak*, 5. Aufl., § 2290 Rdnr. 4).

c) Jedoch sind die Erklärungen des Erblassers und der Beteiligten zu 2 in § 9 des Vertrages vom 6.2.1992 in einen Zuwendungsverzichtsvertrag nach § 2352 BGB umzudeuten. Zwar kann nach Satz 2 dieser Vorschrift ein Zuwendungsverzichtsvertrag bei einem Erbvertrag nur zwischen dem Erblasser und einem Dritten, d. h. einem nicht am Vertrag Beteiligten, abgeschlossen werden. Jedoch ist in der Rechtsprechung und weitgehend in der Literatur anerkannt, dass der Bedachte dann „Dritter“ im Sinne des § 2352 BGB ist, wenn an dem Erbvertrag mehr als zwei Personen beteiligt sind, so dass die Mitwirkung sämtlicher Vertragspartner zu einer Aufhebung der lediglich zugunsten des einzelnen Vertragspartners getroffenen Zuwendung nicht erforderlich ist. Das BayObLG hat hierzu unter Auswertung der Gesetzesmaterialien ausgeführt (*BayObLGZ* 1965, 188), der Gesetzgeber sei von dem Regelfall ausgegangen, dass ein Erbvertrag nur zwischen zwei Personen geschlossen werde, und sei deshalb der Auffassung gewesen, der Vertragspartner könne und müsse sich, um sein vertragsmäßiges Erbrecht aufzugeben, der Vertragsaufhebung nach dem § 2290 BGB bedienen. Die Möglichkeit, dass ein Erbvertrag zwischen mehr als zwei Personen abgeschlossen werden kann, sei vom Gesetzgeber nicht in Betracht gezogen worden. In einem solchen Fall sei aber einem bedachten Vertragspartner, wenn ihm der Weg eines Erbverzichts nach § 2352 BGB versagt sei, die Möglichkeit genommen, durch einen nur zwischen ihm und dem Erblasser abzuschließenden Vertrag sein vertragsmäßiges Erbrecht aufzugeben, da zur Aufhebung nach § 2290 BGB sämtliche anderen Vertragspartner mitwirken müssten. Nach dem Tode auch nur eines dieser Partner bestünde für den Bedachten überhaupt keine Möglichkeit mehr, sich mit dem Erblasser über eine Aufgabe des Erbrechts zu einigen, obwohl in den Motiven (V. 484) ausdrücklich anerkannt sei, dass gerade im Fall des Ablebens des (eines) Vertragsschließenden auch der Verfügende infolge einer Änderung der Verhältnisse ein dringendes, berechtigtes Interesse daran haben könne, sich durch eine Verständigung mit dem hierzu bereiten Bedachten frei zu machen.

Der Senat folgt dieser Auffassung aus den dargelegten Gründen (er hatte die Frage offengelassen in *DNotZ* 1977, 751 = *Rpfleger* 1977, 208; auch der BGH hat sie auf die Vorlage des BayObLG offen gelassen), die in der Literatur weitgehend unterstützt wird (*MünchKommBGB/Wegerhoff*, 5. Aufl., Rdnr. 2; *RGRK/Johannsen*, 12. Aufl., Rdnr. 4; *Staudinger/Schotten*, 2004, Rdnr. 25 ff.; *Bamberger/Roth/J. Mayer*, 1. Aufl., Rdnr. 12, jeweils zu § 2352; a. A. *Soergel/Damrau*, 13. Aufl., Rdnr. 3; *Ermann/Schlüter*, 13. Aufl., Rdnr. 2; unklar *Palandt/Weidlich*, Rdnr. 3, jeweils zu § 2352). Da der notarielle Vertrag vom 6.2.1992 den Voraussetzungen des § 2347 BGB und dem Formerfordernis des § 2348 BGB entspricht, ist der Zuwendungsverzicht wirksam und hat die Folge, dass die Beteiligte zu 2 nicht Vertragserbin nach ihrem Vater ist; ihr gesetzliches Erbrecht ist hingegen durch den Zuwendungsverzicht nicht berührt worden.

Dieser Zuwendungsverzicht gilt auch für etwaige Abkömmlinge der Beteiligten zu 2 – entsprechende Feststellungen, ob die Beteiligte zu 2 Kinder hat, enthält die Akte nicht. Zwar gilt § 2349 BGB erst für Erbfälle seit Inkrafttreten der geänderten Vorschrift des § 2352 Satz 3 BGB, d. h. ab dem 1.1.2010 (vgl. *Palandt/Weidlich*, a. a. O., Rdnr. 5). Es bestand aber auch schon zum alten Recht die gefestigte Rechtsprechung, dass in diesen Fällen zu prüfen ist, ob sich im Wege – ggf. ergänzender – Vertragsauslegung ein (hypothetischer) Wille der Parteien des Erbvertrages dahingehend feststellen lässt, dass mit dem Zuwendungsverzicht des Erben auch eine etwaige Ersatzerbfolge seiner Abkömmlinge ausgeschlossen sein soll (vgl. Senat, *FGPrax* 2009, 227 = *FamRZ* 2009, 2122). Ein dementsprechender Wille ergibt sich vorliegend aus dem Vertrag vom 6.2.1992, in dem der Erblasser der Beteiligten zu 2 eine Eigentumswohnung übertragen hat, und die Beteiligte zu 2 im Gegenzug mit dem Erblasser in § 9 sämtliche Regelungen aus dem Erbvertrag vom 3.9.1984, die sie betreffen, seien es begünstigende oder belastende, aufgehoben: Die Beteiligte zu 2 verzichtete auf das vertragliche Erbrecht und der Erblasser verpflichtete sich, die Beteiligte zu 2 von der Zahlung der Abfindungsbeträge und Vermächtnisse freizustellen. Damit war klar, dass der Erblasser in Bezug auf die Regelung seiner Erbfolge wieder völlig frei sein sollte, der erklärte Zuwendungsverzicht nach dem Willen der Vertragsschließenden sich also auf den gesamten Stamm erstrecken sollte, so dass eine Ersatzerbenanordnung für diesen Fall nicht gelten sollte.

d) Von der ihm eingeräumten Möglichkeit, wieder frei über seinen Nachlass zu verfügen, hat der Erblasser schon wenige Tage später Gebrauch gemacht, indem er in dem notariellen Testament vom 20.2.1992 die Beteiligte zu 5 als Alleinerbin eingesetzt hat. Dieses Testament hat er aber in dem Erbvertrag vom 9.10.2001 widerrufen, in dem er anschließend die Beteiligten zu 3 bis 5 als Erben zu je  $\frac{1}{3}$ -Anteil bestimmt hat. Die eingesetzten Erben und deren Nachkommen haben jedoch die Erbschaft form- und fristgerecht gemäß § 1944 Abs. 1, § 1945 Abs. 1 BGB ausgeschlagen.

2. Es ist daher gesetzliche Erbfolge eingetreten. Die Beteiligten sind als Abkömmlinge des Erblassers gesetzliche Erben nach § 1924 Abs. 1 BGB.

a) Da die Beteiligten zu 3 bis 5 jedoch die Erbschaft wirksam ausgeschlagen haben, gilt der Anfall ihrer Erbschaft (§ 1942 Abs. 1 BGB) als nicht erfolgt (§ 1953 Abs. 1 BGB).

b) Auch die Beteiligte zu 2 ist nicht Erbin geworden. Denn sie ist von ihrem Vater in dem Erbvertrag vom 9.10.2001 wirksam enterbt worden. Eine Enterbung kann ausdrücklich geschehen, indem der Erblasser eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge positiv ausschließt, ohne einen

Erben einzusetzen (§ 1938 BGB), oder dadurch, dass der Erblasser eine andere oder mehrere andere Personen als Erben einsetzt und damit einen gesetzlichen Erben übergeht. Der Erblasser hat in dem Erbvertrag vom 9.10.2001 die Beteiligten zu 3 bis 5 zu seinen Erben bestimmt und damit korrespondierend die Beteiligten zu 1 und 2 von der Erbfolge ausgeschlossen. Entfällt – wie hier aufgrund der Ausschlagungserklärungen der Beteiligten zu 3 bis 5 und ihrer Abkömmlinge (§ 2069 BGB) – die Erbeinsetzung, so entfällt damit im Regelfall auch die Enterbung. Etwas anderes gilt aber dann, wenn die Verfügung des Erblassers etwas anderes erkennen lässt (BayObLG, FamRZ 2001, 516 = ZEV 2001, 151; MünchKommBGB/Leipold, § 1938 Rdnr. 7). Das ist hier in Bezug auf die Beteiligte zu 2 der Fall, wie eine Auslegung des Erbvertrages ergibt. Denn der Erblasser hat nicht nur die Beteiligten zu 3 bis 5 zu seinen Erben eingesetzt, sondern in Bezug auf die Beteiligte zu 2 in § 4 deutlich zu erkennen gegeben, warum er sie nicht als Erbin berücksichtigt hat und weshalb er sie, wenn es gesetzlich zulässig wäre, hinsichtlich ihrer eventuellen Pflichtteils- und Pflichtteilergänzungsansprüche ausschließen würde: er hat sie wegen der Übertragung der Eigentumswohnung nicht als Erbin eingesetzt und wollte ihr keine weiteren erbrechtlichen Ansprüche wegen ihres Verhaltens ihm gegenüber zukommen lassen. Hieraus hat das AG in seinem Beschluss vom 11.5.2010 zutreffend den Schluss gezogen, dass der Erblasser mit diesen Worten seine Tochter enterben wollte. Es liegt daher hier ein dem § 1938 BGB vergleichbarer Fall vor, wonach ein Erblasser einen Verwandten von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen kann, ohne einen Erben einzusetzen.

c) Der Beteiligte zu 1 ist hingegen nicht von seinem Vater enterbt worden. Denn der Erbvertrag vom 9.10.2001 enthält in Bezug auf ihn keine positive Regelung, die eine Enterbung enthält oder als solche auszulegen wäre.

Der Beteiligte zu 1 ist auch nicht aufgrund seiner im Erbvertrag vom 3.9.1984 abgegebenen Verzichtserklärung von der Erbfolge ausgeschlossen. Zwar hatte er wirksam gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 1 BGB auf sein gesetzliches Erbe verzichtet, so dass er gemäß § 2346 Abs. 1 Satz 2 BGB von der Erbfolge ausgeschlossen war, wie wenn er zur Zeit des Erbfalls nicht mehr leben würde. Da er aber ein Abkömmling des Erblassers ist, ist sein Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht nach der Auslegungsregel des § 2350 Abs. 2 BGB dadurch bedingt, dass sein gesetzlicher Erbteil tatsächlich den übrigen Erben erster Ordnung (§ 1924 BGB) zugutekommt. Diese Bedingung ist hier nicht eingetreten, weil die Beteiligte zu 2 enterbt ist und die Beteiligten zu 3 bis 5 ihre Erbschaft ausgeschlagen haben. Anhaltspunkte dafür, dass die Verzichtserklärung des Beteiligten zu 1 anders als nach der gesetzlichen Auslegungsregel auszulegen ist, bestehen nicht. Vielmehr spricht alles dafür, dass der Beteiligte zu 1 wie auch die Beteiligten zu 3 bis 5 am 3.9.1984 ausschließlich deshalb auf das gesetzliche Erbrecht verzichtet haben, um ihre Schwester zu begünstigen, nicht aber andere Personen, die nicht Abkömmlinge des Erblassers sind.

Der Erbscheinsantrag des Beteiligten zu 1 ist daher begründet.

(...)

#### Anmerkung:

Es gibt Entscheidungen, die unterhaltssamer sind als dieser Beschluss des OLG Hamm. Trotzdem lohnt es sich, ihn zu lesen. Die teilweise unglücklich gestalteten Urkunden werfen Fragen auf, die das Gericht entweder gar nicht stellt oder nur unzureichend beantwortet:

#### 1. Enthält der Vertrag von 1957 überhaupt eine Schlusserbeneinsetzung?

Die zur Regelung des Schlusserbfalls gewählte Formulierung genügte wohl schon 1957 nicht unbedingt den Anforderungen an eine kunstgerechte Nachlassplanung:

Der Wortlaut legt zunächst nahe, dass E und seine damalige Ehefrau F1 noch gar keine Schlusserben eingesetzt haben: „... soll unser Vermögen unseren gemeinschaftlichen Kindern zufallen, dergestalt jedoch, dass der Letztlebende befugt ist, die Art und Weise, wie das Vermögen ... übergehen soll, unter Lebenden und von Todes wegen zu bestimmen.“ Das kann man als (nach § 2302 BGB nichtige) Verpflichtung des Längerlebenden verstehen, später eine entsprechende Verfügung von Todes wegen errichten zu müssen.

Mit Blick auf das Gebot wirksamkeitsfreundlicher Auslegung (§ 2084 BGB) ist die Anordnung stattdessen wohlwollend als Erbeinsetzung zu interpretieren. Die Erbquoten ergeben sich dabei allerdings erst aus der Auslegungsregel des § 2091 BGB („Unbestimmte Bruchteile sind gleiche Bruchteile.“). Die dem Längerlebenden eingeräumte Befugnis, „die Art und Weise, wie das Vermögen auf unsere Kinder sich verteilen und übergehen soll, unter Lebenden und von Todes wegen zu bestimmen“, ist dann als umfassender Abänderungsvorbehalt zu verstehen. Dem Längerlebenden wird lediglich der „Bindungsrahmen“<sup>1</sup> vorgegeben, innerhalb dessen er sich später frei bewegen darf, ohne die Sanktionen des § 2287 oder § 2289 BGB auszulösen.

#### 2. Worauf wurde im „Erb- und Abfindungsvertrag“ von 1984 verzichtet?

Der Einsetzung von B2 als Alleinerbin 1984 durch den E stand diese missglückte Formulierung im Erbvertrag von 1957 jedenfalls nicht entgegen. Das hat auch das OLG zutreffend erkannt.

Doch wofür sollten die übrigen Beteiligten des „Erb- und Abfindungsvertrages“ von 1984 eigentlich „als vom beiderseitigen elterlichen Vermögen für restlos abgefunden“ werden? Bestanden noch Pflichtteilsansprüche gegen E als Alleinerben der 1963 verstorbenen F1? Kaum vorstellbar, dass diese nach 21 Jahren noch nicht verjährt waren. Doch selbst dann wären sie durch Erlass und nicht durch Verzicht zu beseitigen gewesen.

Eine den Vater bindende Schlusserbeneinsetzung, die einen Zuwendungsverzicht erforderlich gemacht hätte, enthielt der Ehe- und Erbvertrag von 1957 nicht. Das Gericht glaubt, einen Verzicht auf das gesetzliche Erbrecht zu erkennen. Da B3, B4 und B5 nach dem Tod des E ohnehin ausgeschlagen haben, stellt es folgerichtig nur den Erbverzicht des B1 auf den Prüfstand. Es behandelt ihn als unwirksam, weil es die Auslegungsregel des § 2350 Abs. 2 BGB anwendet und folgert, B1 habe den Erbverzicht nur zugunsten seiner Schwester B2 abgeben wollen, die später jedoch enterbt worden sei.

Das überzeugt aus mehreren Gründen nicht: Bei anderer Gelegenheit hat der BGH bereits einer vorschnellen Anwendung der Auslegungsregel des § 2350 BGB eine Abfuhr erteilt.<sup>2</sup> Vorrangig muss versucht werden, den tatsächlichen Willen der am Verzichtsvertrag Beteiligten zu ermitteln. Bedeutsam kann dabei auch eine für den Verzicht vereinbarte Abfindung sein: B1 ist im selben Vertrag (wie seine übrigen verzichtenden Geschwister auch) vertragsmäßig bindend mit Vermäch-

<sup>1</sup> Zum Begriff vgl. z. B. NK-BGB/Kornel, 3. Aufl., § 2278 Rdnr. 20.

<sup>2</sup> BGH, IV ZR 266/06, MittBayNot 2008, 13.

nissen bedacht worden. Eine Unwirksamkeit des Verzichts würde auf die Wirksamkeit der Abfindungsregelung durchschlagen, unabhängig von der dogmatischen Einordnung dieser Verknüpfung.<sup>3</sup> Es liegt nahe, dass die Geschwister der B2 mit ihrem Verzicht (zumindest auch) eigene wirtschaftliche Interessen verfolgt haben, die der Annahme eines relativen Verzichts im Sinne des § 2350 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Zudem war der Erbverzicht objektiv nicht erforderlich und wirkte sich konkret auch nicht auf die Erbfolge aus. Denn E hatte B2 in derselben Urkunde als Alleinerbin eingesetzt, was sämtlichen übrigen Geschwistern bekannt war. Zweifelhafte ist daher bereits, ob deren Erklärungen überhaupt als (wirkungsloser) Erbverzicht ausgelegt werden dürfen, zumal dieser dann immer noch die (ungewollte) Nebenfolge des § 2310 Satz 2 BGB („Erhöhung anderer Pflichtteilsquoten“) und eine Haftung des Notars auslösen könnte.<sup>4</sup>

Das vom OLG Hamm gefundene Ergebnis ist dennoch richtig: Das Gericht hat zwar (unzutreffend) einen Verzicht des B1 auf sein gesetzliches Erbrecht angenommen, dies dann aber mit einer (ebenfalls unzutreffenden) Anwendung des § 2350 Abs. 2 BGB wieder korrigiert.

Um die im selben Vertrag verfügte Nachlassplanung des E abzusichern, war objektiv ein Pflichtteilsverzicht seiner übrigen Kinder völlig ausreichend. Darauf beschränkte sich meines Erachtens auch der Inhalt der Verzichtsvereinbarung.

### 3. Unwirksamkeit der „Verzichtsvereinbarungen“ vom Januar 1992!

Der „Erb- und Abfindungsvertrag“ von 1984 belastet die Alleinerbin B2 mit Vermächtnissen, welche wirtschaftlich die Gegenleistung für den Verzicht der Geschwister sein sollten. Durch die Vereinbarungen Ende Januar 1992 sollten diese Vermächtnisansprüche wieder beseitigt werden. Dieses Ziel wurde jedoch verfehlt:

#### a) Kein wirksamer Zuwendungsverzicht

Die Vereinbarungen „zur Abgeltung der Erb- und Pflichtteilsansprüche“ (gegen Einmalzahlung von je 10.000 DM) wurden in getrennten Urkunden getroffen. Der Erblasser wurde dabei durch den Bürovorsteher des Notars aufgrund notariell beurkundeter Vollmacht vertreten.<sup>5</sup> Keiner dieser Verträge erfüllte deshalb die in § 2347 Abs. 2 BGB festgelegten Anforderungen an einen wirksamen Erb-, Pflichtteils- oder Zuwendungsverzicht.

#### b) Keine wirksame Aufhebung des Verzichts aus 1984

Aus demselben Grund konnte auch der Verzicht von B1 und B3 bis B5, der im „Erb- und Abfindungsvertrag“ von 1984 enthalten war, nicht wirksam aufgehoben werden; § 2351 BGB verweist für den Aufhebungsvertrag auf § 2347 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB, was eine rechtsgeschäftliche Vertretung des Erblassers ausschloss.

#### c) Ungerechtfertigte Bereicherung aus der trotzdem bezahlten Abfindung

Das Ziel der Vereinbarungen vom Januar 1992, die im Vertrag von 1984 begründeten künftigen Ansprüche der Kinder B1 und B3 bis B5 zu beseitigen, ist verfehlt worden. Damit ist auch die Pflicht des E, einen Abgeltungsbetrag von jeweils 10.000 DM zu bezahlen, unwirksam gewesen (§ 139 BGB). Wurde die Abfindung bezahlt, ist der Empfänger ungerechtfertigt bereichert.

### 4. Der Überlassungsvertrag des E mit B2 vom 6.2.1992

#### a) Zuwendungsverzicht statt Aufhebung

Um eine erbvertraglich bindend getroffene Verfügung zu beseitigen, können sämtliche Erbvertragspartner einen Aufhebungsvertrag (§ 2290 BGB) schließen. Dieser Weg ist allerdings verbaut, wenn auch nur einer von ihnen ihn nicht mitgehen will oder kann. „Notausstiegs Luke“ ist dann der Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB). Bei ihm genügt es, wenn sich der (gebundene) Erblasser durch Vertrag mit dem bindend Bedachten zurück in die Testierfreiheit zwingt. Die Argumente der herrschende Meinung, der sich das OLG Hamm lediglich anschließt, werden durch die Kernaussagen des BGH zur „negativen Erbfreiheit“ gestärkt.<sup>6</sup> Diese legt einen weiten Anwendungsbereich für den Zuwendungsverzicht nahe, um bereits vorzeitig ein ungewolltes Erbe abzuwehren. Gelegenheit also für die immer noch vertretene Gegenauffassung,<sup>7</sup> die eigene Position kritisch zu hinterfragen.

#### b) Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge der verzichtenden B2?

Völlig neben der Spur liegt das OLG mit seiner Argumentation, weshalb sich der Zuwendungsverzicht der B2 auf deren etwa vorhandene Abkömmlinge erstrecken soll: Enthält der Erbvertrag von 1984 eine Ersatzberufung, hätten die Ersatzerben selbst grundsätzlich einen Zuwendungsverzicht abgeben müssen. Entbehrlich ist das, wenn die Ersatzberufung entweder nicht vertragsmäßig bindend war; der Erblasser konnte sie dann einseitig problemlos widerrufen. Oder sie stand unter der auflösenden Bedingung, dass der vorrangig berufene Erbe (also B2) einen Zuwendungsverzicht abgibt. Der Erbvertrag von 1984 enthielt eine derartige Bedingung nicht ausdrücklich. Das OLG Hamm findet sie trotzdem – im Wege ergänzender Vertragsauslegung. Allerdings begnügt es sich damit, einen entsprechenden Parteiwillen von E und B2 dem acht Jahre später geschlossenen Zuwendungsverzicht zu entnehmen. Nach einer Andeutung des so ermittelten (angeblichen) Parteiwillens im Erbvertrag, in welchem die Bedingung eigentlich zu finden sein müsste, sucht das Gericht gar nicht erst. Und ignoriert damit die absolut herrschende Meinung zu den Erfordernissen einer ergänzenden Auslegung.<sup>8</sup>

#### c) Die Freistellungspflicht des E gegenüber B2 im Vertrag vom Februar 1992

Rätselhaft ist auch, von welchen Pflichten E die B2 aufgrund der Vereinbarung vom Februar 1992 freistellen sollte: An den

<sup>3</sup> Dazu eingehend *Kornexl*, Der Zuwendungsverzicht, 1998, Rdnr. 89 ff.

<sup>4</sup> Statt aller *J. Mayer*, ZEV 2007, 566. Zur Haftung des Notars, BGH, IV ZR 344/88, DNotZ 1991, 539.

<sup>5</sup> Diese Information fehlt in der Entscheidungsveröffentlichung in ZEV 2012, 266 m. Anm. *Gockel*.

<sup>6</sup> BGH, IV ZR 7/10, MittBayNot 2012, 138 m. Anm. *Spall*.

<sup>7</sup> *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2352 Rdnr. 3; *Erman/Schlüter*, BGB, 13. Aufl., Rdnr. 2. Zuletzt auch *Gockel*, ZEV 2012, 268 in seiner Anmerkung zu der hier besprochenen Entscheidung.

<sup>8</sup> BGH, IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242, 244 = NJW 1981, 1737; NK-BGB/*Fleindl*, 3. Aufl., § 2084 Rdnr. 15 m. w. N.



(ohnehin unwirksamen) Verträgen des E mit den übrigen Kindern Ende Januar 1992 war B2 nicht beteiligt; die darin festgelegten Abfindungspflichten konnten also nicht gemeint sein. Die Zahlungspflichten, welche im Erbvertrag von 1984 angeordnet waren, beschwerten die B2 in ihrer Eigenschaft als künftige Alleinerbin des E. Mit dem Zuwendungsverzicht gab B2 diese Stellung auf. Wieso sollte sie dann noch mit den Vermächtnissen belastet sein?

## 5. Fazit

Die Entscheidung des OLG Hamm ist nur richtig, falls B2 entweder keine Abkömmlinge hat oder diese im Erbvertrag von 1984 nicht bindend als Ersatzerben eingesetzt waren. Anlass zur Kritik bieten die Entscheidungsgründe allemal. Leider gilt das auch für die notariellen Urkunden, welche für das Verfahren ursächlich gewesen sind.

Notar Dr. *Thomas Kornexl*, Nürnberg

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

12. GG Art. 103 Abs. 1; GmbHG § 19 Abs. 4 n. F. (*Verdeckte Sacheinlage in Form des Hin- und Herzahlens*)

1. **Tritt im Laufe eines Rechtsstreits eine Gesetzesänderung in Kraft, die sofortige Wirksamkeit entfaltet, gebieten es die Grundsätze des fairen Verfahrens und die Fürsorgepflicht des Gerichts, dass es der erstinstanzlich erfolgreichen Partei rechtzeitig einen Hinweis darauf erteilt, dass es die Rechtslage anders beurteilt als das erstinstanzliche Gericht. Dies gilt auch dann, wenn der Prozessgegner der anwaltlich vertretenen Partei auf Schlüssigkeitsbedenken hingewiesen hat, für das Gericht aber offen zu Tage tritt, dass der Hinweis nicht richtig verstanden wurde.**
2. **Zahlt der Gesellschafter den Einlagebetrag (hier: aus einer Kapitalerhöhung) nach Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses ein zweites Mal an die Gesellschaft verbunden mit der Anweisung, die Zahlung an ihn zur Tilgung seiner Bereicherungsforderung aus einem ersten, fehlgeschlagenen Erfüllungsversuch zurück zu überweisen, liegt darin eine verdeckte Sacheinlage in Form des Hin- und Herzahlens.**

BGH, Beschluss vom 10.7.2012, II ZR 212/10; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Die Beklagten zu 1 bis 4 sind Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts (im Folgenden: GbR), die ihrerseits ab August 2000 Alleingesellschafterin der Insolvenzschnuldnerin, einer GmbH, war. Mit Gesellschafterbeschluss vom 11.10.2000 wurde das Stammkapital der Insolvenzschnuldnerin um 969.322,49 € erhöht und die GbR zur Übernahme des Erhöhungsbetrages zugelassen. Die Kapitalerhöhung wurde am 6.11.2000 beim Registergericht angemeldet, die Eintragung erfolgte am 4.12.2000. Am 25. und 26.9.2000 waren auf Konten der Insolvenzschnuldnerin 2 Mio. DM eingegangen mit dem Vermerk „T Gruppe – Stammkapitalerhöhung“. Die von den Beklagten beherrschte T KG hatte der GbR insoweit ein Darlehen gewährt. Im Zeitpunkt der Fassung des Kapitalerhöhungsbeschlusses waren die überwiesenen 2 Mio. DM bis auf einen Betrag von 83.359,64 DM für das operative Geschäft der Insolvenzschnuldnerin verbraucht. Am 26.10.2000 gewährte die S Bank eG der GbR ein Darlehen i. H. v. 2 Mio. DM für den Verwendungszweck „Finanzierung Gesellschaftereinlagen“. Am 4.11.2000 mit Wertstellung am 15.11.2000 überwies die GbR die ihr von der Bank gewährte Darlehenssumme von 2 Mio. DM an die Insolvenzschnuldnerin unter Angabe des Verwen-

dungszwecks „Stammeinlage“. Am selben Tag überwies die Insolvenzschnuldnerin diesen Betrag weiter an die T KG, um deren Darlehensforderung gegen die GbR zu tilgen.

Mit Beschluss vom 1.2.2007 wurde das Insolvenzverfahren über das Vermögen der Insolvenzschnuldnerin eröffnet und der Kläger zum Insolvenzverwalter bestellt. Dieser hat mit der Behauptung, die aus der Kapitalerhöhung geschuldete Einlage sei i. H. v. 926.701,38 € nicht erbracht worden, es liege insoweit keine schuldtilgende Voreinzahlung vor, im August 2007 Klage gegen die Beklagten zu 1 bis 4 erhoben. Am 25.4.2008 fand eine mündliche Verhandlung vor dem LG statt. Das erstinstanzliche Teilurteil gegen die Beklagten zu 1, 2 und 4 wurde nach im Mai 2009 erfolgtem Übergang ins schriftliche Verfahren am 21.7.2009 verkündet. Im Hinblick auf das im Laufe des erstinstanzlichen Verfahrens am 1.11.2008 in Kraft getretene Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) hat das LG die Klage mit der Begründung abgewiesen, es liege eine verdeckte Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG n. F. vor. Wegen des gleichwertigen und vollständigen Bereicherungsanspruchs der Beklagten aus der fehlgeschlagenen Voreinzahlung, der mit dem Anspruch der Insolvenzschnuldnerin aus der Kapitalerhöhung konnex gewesen sei, sei die Klage aus § 19 Abs. 4 GmbHG unbegründet. Das Berufungsgericht hat auf die Berufung des Klägers der Klage stattgegeben. Hiergegen richten sich die Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten zu 1 und 2 und des Nebenintervenienten der Beklagten.

Aus den Gründen:

## II.

Die Nichtzulassungsbeschwerden der Beklagten zu 1 und 2 (künftig: Beklagte) und des Nebenintervenienten der Beklagten sind begründet und führen zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 544 Abs. 7 ZPO). Das Berufungsgericht hat mit seiner Entscheidung, der Vortrag der Beklagten zur Werthaltigkeit der Bereicherungsforderung aus der fehlgeschlagenen Voreinzahlung sei unsubstantiiert, darüber hinaus verspätet und biete keinen Anlass zur Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung, den Anspruch der Beklagten auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) in entscheidungserheblicher Weise verletzt.

1. Die nicht näher begründete Annahme des Berufungsgerichts, der Vortrag der Beklagten in den Schriftsätzen vom 28.9.2010 und vom 7.10.2010 zu der fehlenden insolvenzrechtlichen Überschuldung der Insolvenzschnuldnerin im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung sei unsubstantiiert, verletzt die Beklagten in ihrem Anspruch auf rechtliches Gehör. Es entspricht ständiger Rechtsprechung, dass Vortrag einer Partei dann hinreichend substantiiert ist, wenn sie Tatsachen anführt, die in Verbindung mit einem Rechtsatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen. Der Pflicht zur Substantiierung ist nur dann nicht genügt, wenn das Gericht aufgrund der Darstellung nicht beurteilen kann, ob die gesetzlichen Voraussetzungen der an eine Behauptung geknüpften Rechtsfolgen erfüllt sind (BVerfG, WM 2012, 492 Rdnr. 16; BGH, Beschluss vom 9.2.2009, II ZR 77/08, WM 2009, 1154 Rdnr. 4; Beschluss vom 21.5.2007, II ZR 266/04, ZIP 2007, 1524 Rdnr. 8; Urteil vom 25.7.2005, II ZR 199/03, WM 2005, 1847, 1848 m. w. N.). Überspannt das Gericht die Anforderungen an die Substantiierung und erhebt deshalb nicht die von der Partei angebotenen Beweise, verletzt es den Anspruch auf rechtliches Gehör (BVerfG, WM 2012, 492 Rdnr. 20 f.; BGH, Beschluss vom 9.2.2009, II ZR 77/08, WM 2009, 1154 Rdnr. 4). So liegt der Fall hier. Die Beklagten haben ausführlich unter Vorlage von zahlreichen Unterlagen und unter Beweisanztritt vorgetragen, dass zwar eine bilanzielle, nicht jedoch eine insolvenzrechtliche Überschuldung der Insolvenzschnuldnerin vorgelegen habe.

2. Dieser Verstoß des Berufungsgerichts gegen Art. 103 Abs. 1 GG ist entscheidungserheblich, weil auch die weitere Begründung des Berufungsgerichts, der Vortrag der Beklagten sei verspätet (§ 531 Abs. 2 ZPO) und – auch – deshalb unbeachtlich, auf einem Verstoß gegen Art. 103 Abs. 1 GG beruht.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH darf eine – wie hier die Beklagten – in erster Instanz siegreiche Partei darauf vertrauen, vom Berufungsgericht rechtzeitig einen Hinweis nach § 139 ZPO zu erhalten, wenn es der Beurteilung der Vorinstanz nicht folgen will, insbesondere aufgrund seiner abweichenden Ansicht eine Ergänzung des Vorbringens oder einen Beweisantritt für erforderlich hält (st. Rspr., siehe nur BGH, Beschluss vom 4.5.2011, XII ZR 86/10, NJW-RR 2011, 1109 Rdnr. 12; Beschluss vom 15.3.2006, IV ZR 32/05, NJW-RR 2006, 937 Rdnr. 4; Urteil vom 27.4.1994, XII ZR 16/93, WM 1994, 1823, 1824; BAG, NJW 2006, 2716 Rdnr. 10 ff.). Gerichtliche Hinweispflichten dienen der Vermeidung von Überraschungsentscheidungen und konkretisieren den Anspruch der Parteien auf rechtliches Gehör (BVerfGE 84, 188, 189 f.). Rechtliche Hinweise müssen danach den Parteien in ihrer konkreten Situation so erteilt werden, dass es diesen auch tatsächlich möglich ist, vor einer Entscheidung zu Wort zu kommen, um Einfluss auf das Verfahren und sein Ergebnis nehmen zu können, sie also nicht gehindert werden, rechtzeitig ihren Sachvortrag zu ergänzen (BVerfGE 84, 188, 189; 86, 133, 144).

Ein rechtlicher Hinweis ist zwar regelmäßig nicht geboten, wenn eine Partei in erster Instanz obsiegt hat, die dem ihr günstigen Urteil zugrundeliegende Auffassung des erstinstanzlichen Gerichts als zentraler Streitpunkt zur Überprüfung durch das Berufungsgericht gestellt wird und das Berufungsgericht sich sodann der Auffassung des Berufungsklägers anschließt. In diesem Fall muss die in erster Instanz erfolgreiche Partei von vornherein damit rechnen, dass das Berufungsgericht anderer Auffassung ist; seine dementsprechende Entscheidung kann im Grundsatz nicht überraschend sein. Das Berufungsgericht hat regelmäßig keinen Anlass zu der Annahme, trotz der in der Berufung zentral geführten Auseinandersetzung über den Streitpunkt bestehe noch Aufklärungsbedarf und müsse der Partei Gelegenheit zu weiterem Vortrag und Beweisantritt gegeben werden (siehe nur BGH, Urteil vom 19.8.2010, VII ZR 113/09, NJW 2010, 3089 Rdnr. 18 m. w. N.).

Andererseits befreit der Umstand, dass der Prozessgegner Bedenken gegen die Schlüssigkeit des Vortrags der anderen Partei geltend gemacht hat, das Gericht dann nicht von seiner Pflicht zu einem Hinweis, wenn es für das Gericht offenkundig ist, dass der Prozessbevollmächtigte der Partei die Bedenken des Prozessgegners nicht zutreffend aufgenommen hat (siehe nur BGH, Urteil vom 17.6.2004, VII ZR 25/03, NJW-RR 2004, 1247, 1248; Urteil vom 7.12.2000, I ZR 179/98, NJW 2001, 2548, 2549 jeweils m. w. N.).

b) Gemessen an diesen Grundsätzen durfte das Berufungsgericht den Vortrag der Beklagten in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen nicht als verspätet zurückweisen und die Wiedereröffnung der mündlichen Verhandlung nicht ablehnen.

Der Hinweis des Berufungsgerichts in der mündlichen Verhandlung, dass es die Frage der Vollwertigkeit der Bereicherungsforderung anders beurteile als das LG und dementsprechend weiteren Vortrag der Beklagten und Beweisantritte für erforderlich halte, war gemessen an § 139 Abs. 4 Satz 1 ZPO ohnehin recht spät; angesichts dessen hätte das Berufungsgericht, nachdem es bei der Erörterung der Sach- und Rechts-

lage erstmalig diesen Hinweis erteilt hatte, dem Antrag der Beklagten auf Gewährung einer Schriftsatzfrist stattgeben müssen (§ 139 Abs. 5 ZPO). Jedenfalls aber musste es den substantiierten, beweisebewehrten Vortrag der Beklagten in den nicht nachgelassenen Schriftsätzen zum Anlass nehmen, die mündliche Verhandlung wieder zu eröffnen. Dadurch, dass es dies unterlassen und den Vortrag der Beklagten unberücksichtigt gelassen hat, hat es gegen Art. 103 Abs. 1 GG verstoßen (siehe hierzu BGH, Beschluss vom 18.9.2006, II ZR 10/05, WM 2006, 2328 Rdnr. 4 ff.; Beschluss vom 15.10.2009, VII ZR 2/09, BauR 2010, 246 Rdnr. 3 f., jeweils m. w. N.).

Zwar trifft es zu, dass der Berufungskläger darauf hingewiesen hatte, dass das LG die Frage der Vollwertigkeit des Bereicherungsanspruchs nicht richtig beurteilt habe und die Beklagten bislang dazu den erforderlichen Vortrag nicht gehalten hätten. Darin lag jedoch nicht „der“ zentrale Streitpunkt zwischen den Parteien. Vielmehr ging es vorrangig um die Frage, ob ein Fall des Hin- und Herzählens oder ein Fall einer verdeckten Sacheinlage vorlag.

Zudem hatten die Parteien in der ersten Instanz nur über die Frage der Zulässigkeit der Voreinzahlung auf die Kapitalerhöhung gestritten. Erst nachdem während des Verfahrens in der ersten Instanz das MoMiG in Kraft getreten war, bestand für die Beklagten erstmals Anlass, sich mit der Frage der Vollwertigkeit der Bereicherungsforderung zu befassen, da die Vollwertigkeit der Verteidigung der Beklagten zuvor nicht hätte zum Erfolg verhelfen können (vgl. nur BGH, Urteil vom 7.7.2003, II ZR 235/01, BGHZ 155, 329, 337 ff.). Vortrag zu der neuen Rechtslage findet sich dementsprechend in der ersten Instanz nur in ganz geringem Umfang – geschweige denn sind diese Fragen in einer mündlichen Verhandlung erörtert worden –, und auch die Begründung der erstinstanzlichen Entscheidung bot den Beklagten keinen Anlass zu der Annahme, sie müssten zur Frage der Vollwertigkeit weiteren Vortrag halten. Jedenfalls musste für das Berufungsgericht aber erkennbar sein, dass die anwaltlichen Vertreter der Beklagten die Frage der Vollwertigkeit offensichtlich fehlerhaft allein auf die Zahlungsfähigkeit der Gesellschaft bezogen und den Hinweis in der Berufungsbegründung des Klägers nicht richtig verstanden hatten. Tritt, wie hier, im Laufe des Verfahrens eine Gesetzesänderung ein und besteht auch wegen Fehlens einer (höchstrichterlichen) Rechtsprechung bei den anwaltlichen Prozessbevollmächtigten hinsichtlich der Anwendbarkeit und der Voraussetzungen der neuen Vorschriften eine verständliche Unsicherheit, erfordern es die Grundsätze eines fairen Verfahrens und die Fürsorgepflicht des Gerichts in besonderem Maße, dass das Gericht rechtzeitig Hinweise erteilt und sich nicht darauf zurückzieht, die betroffene Partei sei schon durch Vorbringen des Gegners auf die Fragen, die nach der vom Gericht erst in der mündlichen Verhandlung dargelegten Rechtsauffassung von Bedeutung sind, hingewiesen worden.

3. Der Erfolg der Rechtsverteidigung der Beklagten hängt von der Frage ab, ob bzw. in welcher Höhe die Bereicherungsforderung aus der fehlgeschlagenen Voreinzahlung gegen die Insolvenzschuldnerin im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung werthaltig war (§ 19 Abs. 4 Satz 3, 5, § 56 Abs. 2 GmbHG). Es ist nicht auszuschließen, dass das Berufungsgericht diese Frage anders beurteilt hätte, wenn es den Vortrag der Beklagten zur Kenntnis genommen hätte.

a) Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Voreinzahlung der GbR auf die Kapitalerhöhung nicht zum Erlöschen der Einlageforderung geführt hat (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, BGHZ 168, 201 ff.).

b) Im Ansatz zutreffend hat das Berufungsgericht – im Anschluss an die wegen der aus § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG folgenden Subsidiarität rechtsfehlerhaften Prüfung des Eingreifens von § 19 Abs. 5 GmbHG – weiter erkannt, dass hier ein Fall der verdeckten Sacheinlage nach § 19 Abs. 4 GmbHG in der Form des Hin- und Herzählens vorliegt. Die GbR hat mit der zweiten, an sie zurückgeflossenen Einzahlung auf ihre Einlageverpflichtung aus der beschlossenen Kapitalerhöhung zu verdecken versucht, dass sie ihre Bereicherungsforderung gegen die Insolvenzschuldnerin aus der fehlgeschlagenen Voreinzahlung als Sacheinlage auf die Kapitalerhöhung eingebracht hat.

c) Hat der Gesellschafter auf eine geplante Kapitalerhöhung gezahlt, ist aber eine Tilgung seiner Einlageschuld dadurch nicht eingetreten, kann er seinen daraus resultierenden Bereicherungsanspruch als (offene) Sacheinlage einbringen. Geschieht das nicht, liegt eine verdeckte Sacheinlage im Sinne des § 19 Abs. 4 Satz 1 GmbHG vor. Denn bei wirtschaftlicher Betrachtung wird die Einlage nicht durch Geldleistung, sondern durch Einbringung der Bereicherungsforderung des Gesellschafters erfüllt (siehe hierzu Goette in FS Priester, 2007, S. 95, 98). Eine entsprechende Abrede wird zwar – so auch hier – förmlich in der Regel nicht getroffen werden. Das ist aber auch nicht erforderlich, da sie bei einem – wie hier gegebenen – engen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang vermutet wird (st. Rspr., siehe nur BGH, Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 = MittBayNot 2011, 65 Rdnr. 14 m. w. N. – ADCOCOM).

Die (nochmalige) Zahlung des Einlagebetrages hat die Einlageforderung der Insolvenzschuldnerin ebenfalls nicht zum Erlöschen gebracht. Dieser Betrag ist auf Anweisung der Inferentin am selben Tag an sie zurückgeflossen, um ihren Bereicherungsanspruch gegen die Insolvenzschuldnerin zu erfüllen. An der Rückzahlung an die GbR ändert der Umstand nichts, dass die Gesellschaft den Betrag nicht unmittelbar an die GbR, sondern auf deren Anweisung an die von den Beklagten beherrschte T KG gezahlt hat, um die Darlehensverbindlichkeit der GbR gegenüber der T KG zu erfüllen (§ 267 Abs. 1 Satz 1, § 362 Abs. 2 BGB).

Diese Art der gegenläufigen Überweisungen stellt keinen Fall des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 5 GmbHG, sondern eine verdeckte Sacheinlage in der Form des Hin- und Herzählens nach § 19 Abs. 4 GmbHG dar (so zutreffend Priester, DStR 2010, 454, 500). Die Bestimmung des § 19 Abs. 5 GmbHG betrifft nicht alle Fälle gegenläufiger Zahlungen, sondern nur solche, bei denen die Gesellschaft mit der Rücküberweisung einen – dazu noch vollwertigen und liquiden – Anspruch gegen den Gesellschafter erwirbt (siehe hierzu BGH, Urteil vom 20.7.2009, II ZR 273/07, BGHZ 182, 103 = MittBayNot 2010, 58 Rdnr. 11, 26 ff. – Cash-Pool II). Genau das war hier aber nicht der Fall: Die Insolvenzschuldnerin tilgte durch die Zahlung an die T KG eine bereits bestehende „Altverbindlichkeit“ gegenüber der Inferentin (deren Bereicherungsanspruch) und erwarb gerade keine neue Forderung gegen die Gesellschafterin. Die GbR wollte ihrerseits mit der (erneuten) Zahlung keine neue Verbindlichkeit gegenüber der Insolvenzschuldnerin eingehen; sie wollte vielmehr von ihrer Einlageverpflichtung frei werden.

Die Erfüllung der fortbestehenden Geldeinlagepflicht des Inferenten kann bei der vorliegenden „verdeckten verdeckten Sacheinlage“ nur nach Maßgabe von § 19 Abs. 4 Satz 3, 5, § 56 Abs. 2 GmbHG gelingen, d. h. wenn der Inferent nachweist, dass seine Bereicherungsforderung gegen die Gesellschaft im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung vollwertig, nämlich durch entsprechendes Vermögen der

Gesellschaft vollständig abgedeckt war (siehe nur BGH, Urteil vom 21.2.1994, II ZR 60/93, BGHZ 125, 141, 145 f. m. w. N.). Daran fehlt es, soweit eine Überschuldung der Gesellschaft vorgelegen hat. Eine Unterbilanz schadet dagegen im Grundsatz nicht. Bei der Ermittlung des Vermögensstands dürfen stille Reserven berücksichtigt werden, denn es geht nicht um eine Ausschüttungsbegrenzung wie im Falle des § 30 GmbHG, sondern allein um eine hinreichende Vermögensdeckung. Die Erfüllung eines Anspruchs kann eine Unterbilanz oder Überschuldung weder herbeiführen noch vertiefen, weil der Verminderung der Aktivseite eine entsprechende Verringerung der Verbindlichkeiten gegenübersteht, die Erfüllung also bilanzneutral ist (siehe nur MünchKommGmbHG/Ekkenga, § 30 Rdnr. 227).

4. In der wiedereröffneten Berufungsverhandlung wird das Berufungsgericht dem beweisbewehrten Vortrag der Beklagten zur Vollwertigkeit des Bereicherungsanspruchs im Zeitpunkt der Anmeldung der Kapitalerhöhung (siehe hierzu BGH, Urteil vom 22.3.2010, II ZR 12/08, BGHZ 185, 44 = MittBayNot 2011, 65 Rdnr. 19 – ADCOCOM) nachzugehen haben.

13. GmbHG § 40 Abs. 2 (Einreichung der Gesellschafterliste durch den das Angebot auf Anteilsabtretung beurkundenden Notar)

**Das Registergericht kann eine Gesellschafterliste nicht zurückweisen, die der Notar einreicht, der nur das Angebot und nicht auch die Annahme der Abtretung des Geschäftsanteils beurkundet hat.**

OLG München, Beschluss vom 24.10.2012, 31 Wx 400/12; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die eingereichte notarbescheinigte Gesellschafterliste vom 20.9.2012 entspricht den Anforderungen des § 40 Abs. 2 GmbHG. Der Notar, der die Liste unterzeichnet und eingereicht hat, hat das an zahlreiche Gesellschafter gerichtete Angebot zu Erwerb und Abtretung von Geschäftsanteilen beurkundet. Damit hat er an der Veränderung in der Person der Gesellschafter mitgewirkt. Dass die Annahmen des Angebots vor anderen Notaren erklärt worden sind, ändert daran nichts. Daraus ergibt sich lediglich, dass an der Veränderung mehr als ein Notar mitgewirkt hat. Diesen Sachverhalt regelt das Gesetz nicht ausdrücklich. Soweit vertreten wird, nur die Beurkundung der Annahme sei als „entscheidende“ Mitwirkung anzusehen (so MünchKommGmbHG/Heidinger, 2012, § 40 Rdnr. 134), überzeugt das nicht, denn sowohl Angebot als auch Annahme sind für die Abtretung des Geschäftsanteils unabdingbar.

Weder aus dem Wortlaut noch aus dem Sinn und Zweck des § 40 Abs. 2 GmbHG ergibt sich, dass die Einreichung der Liste nur durch den Notar erfolgen darf, der die Annahme beurkundet hat. Sinn der gesetzlichen Regelung ist es, der Aufwertung der Gesellschafterliste Rechnung zu tragen; der Notar soll als Dritter und Träger eines öffentlichen Amtes für die Richtigkeit der Gesellschafterliste sorgen. Dass bei Beteiligung mehrerer Notare an einer Veränderung nur einer von ihnen unter Ausschluss der anderen zur Unterzeichnung und Einreichung befugt sein soll, kann § 40 Abs. 2 GmbHG nicht entnommen werden. Es mag nahe liegen, dass bei gesonderter Beurkundung von Angebot und Annahme regelmäßig der Notar die Liste unterzeichnet und einreicht, der die Annahme

beurkundet hat. Das schließt es jedoch nicht aus, dass der Notar, der das Angebot beurkundet hat, die Gesellschafterliste unterzeichnet und einreicht (ebenso *Baumbach/Zöllner/Noack*, GmbHG, 19. Aufl. 2010, § 40 Rdnr. 53). Wie die Beschwerde zu Recht hervorhebt, kann auch der Notar, der das Angebot beurkundet hat, das Wirksamwerden der Veränderung feststellen, auch wenn er hierzu Umstände außerhalb seiner Urkunde prüfen muss. Dass er das nicht dürfte, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. Hinzu kommt, dass bei der hier vorliegenden Fallgestaltung der Notar, der das Angebot beurkundet hat und Abschriften aller Annahmen erhält, den besseren Überblick über die Reihenfolge der eingetretenen Veränderungen hat.

Nach welchen Gesichtspunkten unter mehreren beteiligten Notaren festgelegt wird, wer von ihnen die Unterzeichnung und Einreichung der Gesellschafterliste vorzunehmen hat, bedarf hier keiner Entscheidung. Das Registergericht ist für die Gesellschafterliste nur Verwahrstelle, es kann sie nur ausnahmsweise zurückweisen, wenn sie nicht den Anforderungen des § 40 GmbHG entspricht oder offenkundig falsch ist. Die Vorgaben des § 40 Abs. 2 GmbHG sind eingehalten, wenn einer der beteiligten Notare die Liste unterzeichnet und einreicht. Es ist nicht Aufgabe des Registergerichts, über die Rangfolge der Zuständigkeit der beteiligten Notare zu entscheiden.

14. GmbHG § 19 Abs. 5 (*Erneute Einlagenleistung keine eintragungsfähige Tatsache bei verdeckter Sacheinlage nach „altem“ Recht*)

**Die erneute Leistung von Einlagen zum Zwecke der Heilung einer vor Inkrafttreten des MoMiG erbrachten verdeckten Sacheinlage stellt keine eintragungsfähige Tatsache dar.**

OLG München, Beschluss vom 17.10.2012, 31 Wx 352/12; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Die Beschwerdeführerin (eine GmbH) wurde am 15.12.1993 errichtet und am ... 1994 in das Handelsregister eingetragen. Sie wurde mit einem Stammkapital i. H. v. 32.000 € gegründet. Die Gesellschaftsatzung sah Barzahlung der Gesellschaftereinlagen vor. Die vier Gesellschafter zahlten zunächst auf ein Konto der errichteten GmbH die Einlagen auf die Geschäftsanteile ein (16.000 €; 10.400 €; 3.200 €; 1.600 €). Die GmbH leitete diese Einlagen abredgemäß als Darlehen an die B M GmbH & Co. KG weiter, an der die Beschwerdeführerin persönlich haftende Gesellschafterin und deren Gesellschafter als Kommanditisten beteiligt sind. Nachdem die Gesellschafter realisierten, dass nach der Rechtsprechung eine sog. „verdeckte Sacheinlage“ vorliegt, zahlten sie am 25.11.2011 nochmals mit Wertstellung vom 24.11.2011 auf ein Konto der Beschwerdeführerin den Betrag von 32.000 € ein. Der Einlagebetrag soll der B M GmbH & Co. KG wiederum darlehensweise zur Verfügung gestellt werden. Ein entsprechender Darlehensvertrag wurde geschlossen, der u. a. das Recht beinhaltet, dass die Beschwerdeführerin das Darlehen jederzeit durch eine fristlose Kündigung fällig stellen kann. Des Weiteren wurde eine erstrangige Buchgrundschuld i. H. v. 60.000 € bestellt. Eine Bescheinigung eines Wirtschaftsprüfers über die Vollwertigkeit der Forderung liegt vor.

Mit Antrag vom 1.12.2011 wurde zur Eintragung in das Handelsregister wie folgt angemeldet:

„Aufgrund der Rechtsprechung des BGH zum Hin- und Herzahlen von Einlagen bestand bei der Gesellschaft die Situation, dass die Einlagen auf die Geschäftsanteile Nrn. 1-4 noch offen waren.

Zwischenzeitlich wurden die offenen Einlageleistungen auf die Geschäftsanteile der Gesellschaft nochmals erbracht und zwar

von Herrn O M zu 16.800 €, von Herrn H M zu 10.400 €, von Herrn E R zu 3.200 € und von Herrn J S zu 1.600 €; zum Nachweis wird ein Einzahlungsbetrag über 32.000 € auf ein auf den Namen der GmbH lautendes, im Haben stehendes Konto vorgelegt. Es wird versichert, dass der Betrag von 32.000 € auf ein auf den Namen der GmbH lautendes Konto gutgeschrieben wurde. Es besteht folgende Vereinbarung:

Der Betrag von 32.000 € wird der B M GmbH & Co. KG durch Vertrag vom 1.12.2011 am 20.12.2011 darlehensweise verzinslich zur Verfügung gestellt. Das Darlehen kann durch eine fristlose Kündigung der Gesellschaft jederzeit fällig gestellt werden. Das Darlehen wird wie folgt grundbuchmäßig gesichert: 60.000 € erstrangige Buchgrundschuld am Grundstück Fl. Nr. ... der Gemarkung (...), eingetragen im Grundbuch des AG (...) von (...) Blatt (...).

Der Darlehensvertrag, die Vollzugsmitteilung über die Eintragung der Grundschuld und die Bescheinigung des Wirtschaftsprüfers J über die Vollwertigkeit der Forderung sind dieser Anmeldung beigelegt.“

Mit Beschluss vom 25.7.2012 wies das Registergericht die Anmeldung mit der Begründung zurück, diese benenne keine konkrete eintragungsfähige Tatsache. Hiergegen richtet sich die Beschwerde.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das Registergericht hat es zu Recht abgelehnt, die Anmeldung in den Registerordner einzutragen.

1. Für die von der Beschwerdeführerin angemeldete Eintragung ist kein Raum. Sie betrifft im Kern die „Heilung einer verdeckten Sacheinlage“ mittels erneuter Erbringung der geschuldeten Leistung durch die Gesellschafter. Der Umstand, dass die Art der Erbringung dabei von dem Wortlaut des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbH erfasst wird, führt entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht zur beantragten Eintragung in den Registerordner, sofern die Anforderungen der Vorschrift erfüllt sind. § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG regelt lediglich die Voraussetzungen, unter denen die Erbringung der Einlage durch die Gesellschafter als Erfüllung zugelassen wird, obwohl die Leistung aufgrund der vorherigen Vereinbarung der Gesellschafter in wirtschaftlicher Hinsicht einer Rückzahlung der Einlage entspricht. Zutreffend hat das Registergericht darauf hingewiesen, dass bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG nicht dieser Umstand als solcher, sondern der diesem zugrundeliegende Vorgang, der zur Leistung von Einlagen im Sinne des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG führt, in das Handelsregister eingetragen wird. Die Anmeldung betrifft aber weder eine Neugründung der Gesellschaft noch eine Kapitalerhöhung bzw. eine Satzungsänderung, in deren Zuge das Gebot im Sinne des § 19 Abs. 5 GmbHG zum Tragen kommt. Die hier inmitten stehenden Tatsachen geben lediglich die Anforderungen an die Leistung einer Einlage im Sinne des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG wieder.

2. Aus der von der Beschwerdeführerin zitierten Entscheidung (BGHZ 132, 141, 150 ff. = MittBayNot 1996, 222) ergibt sich nichts Gegenteiliges. Kern der Entscheidung ist u. a., dass bei einer Kapitalerhöhung die Heilung einer verdeckten Sacheinlage durch nachträgliche Änderung der Einlagendeckung von Bar- zur Sacheinlage mit satzungsänderndem Mehrheitsbeschluss der Gesellschafter zulässig ist. Dass die Heilung als solche in den Registerordner aufgenommen wird, lässt sich der Entscheidung des BGH nicht entnehmen.

Der Umstand, dass eine „verdeckte Sacheinlage“ nach „altem“ GmbH-Recht vorliegt, die nunmehr nach „neuem“ geheilt werden soll, führt entgegen der Meinung der Beschwerdeführerin nicht zur Eintragung der Heilung als solche, da im

Rahmen des § 19 Abs. 5 GmbHG die Einlagenleistung keine eintragungsfähige Tatsache darstellt (siehe oben). Auch aus § 19 Abs. 5 Satz 2 GmbHG lässt sich eine Eintragungspflicht für die zur Eintragung angemeldeten Tatsachen nicht herleiten. Die Vorschrift regelt lediglich eine Pflicht zur Anzeige einer Leistung im Sinne des § 19 Abs. 5 Satz 1 GmbHG bzw. der Vereinbarung einer solchen Leistung. Sie nimmt ausdrücklich auf die Anmeldung der Errichtung der Gesellschaft gemäß § 8 GmbHG, also nur auf die Anmeldung der Errichtung der Gesellschaft Bezug. Es besteht somit keine Pflicht zur Offenlegung betreffend Einlageleistungen vor Inkrafttreten des MoMiG, sofern nicht eine wirtschaftliche Neugründung der Gesellschaft erfolgt (*Kühn in Krafska/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 938), wengleich es den Gesellschaftern – wie vorliegend – unbenommen ist, eine Heilung der „verdeckten Sacheinlage“ zu bewirken. Ob dies tatsächlich der Fall ist, unterliegt jedoch mangels Vorliegens eintragungspflichtiger Tatsachen nicht dem registerrechtlichen Prüfungs- und Eintragungsverfahren.

(...)

## Internationales Privatrecht

15. EGBGB Art. 6, 15; BGB § 1371 Abs. 1 (*Zugewinnausgleich bei deutschem Güterrechtsstatut und iranischem Erbstatut*)

**Bei deutschem Güterrechtsstatut und iranischem Erbstatut findet der pauschalierte Zugewinnausgleich statt. Das gilt auch dann, wenn die Erbquote der Witwe wegen des ordre public erhöht wird.**

OLG München, Beschluss vom 16.4.2012, 31 Wx 45/12; mitgeteilt von *Margaretha Förth*, Richterin am OLG München

Der kinderlose Erblasser ist im März 2010 in München verstorben. Er war iranischer Staatsangehöriger schiitischer Religionszugehörigkeit und lebte seit 1967 in Deutschland. Die Beteiligte zu 1 ist seine Ehefrau. Sie ist seit Geburt deutsche Staatsangehörige. Seit der Eheschließung, die 1978 in T./Dänemark erfolgte, lebten die Ehegatten in M. Einen Ehevertrag haben sie nicht geschlossen. Die Beteiligte zu 1 ist wie der Erblasser Muslimin. Die Beteiligten zu 2 bis 8 sind die Brüder und Schwestern des Erblassers; seine Eltern sind vorverstorben. Der Beteiligte zu 2 wohnt in Deutschland, die Beteiligten zu 3-8 leben im Iran.

Der Nachlass besteht aus Guthaben bei deutschen Banken in Höhe von rund 42.000 € und der Abfindung für die Anteile des Erblassers an einer GmbH mit Sitz in M. Der Reinnachlasswert beträgt rund 70.500 €. Unbewegliches Vermögen ist nicht vorhanden; im Iran hatte der Erblasser kein Vermögen.

Es liegt ein handschriftliches gemeinschaftliches Testament vom 27.11.1996 vor, das von der Ehefrau geschrieben und von beiden Ehegatten unterschrieben wurde. Darin setzen sich beide gegenseitig als Alleinerben ein. Das Testament wurde von beiden Ehegatten gemeinsam beim Nachlassgericht in besondere amtliche Verwahrung gegeben.

Die Beteiligte zu 1 hat zunächst beantragt, ihr einen Alleinerbschein aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments zu erteilen. Mit Schriftsatz vom 26.8.2010 hat sie den Antrag dahin abgeändert, dass sie Miterbin zu  $\frac{3}{4}$  sei und das restliche Viertel unter die Geschwister des Erblassers nach islamischem Recht aufzuteilen sei. Die Beteiligten zu 2 bis 8 haben die Erbschaft angenommen. Das AG hat mit Beschluss vom 12.12.2011 den Antrag der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen mit der Begründung, diese sei Miterbin nur zu  $\frac{1}{2}$  neben den Geschwistern des Erblassers geworden. Anzuwenden sei iranisches

Recht, nach dem nicht wirksam testamentarisch verfügt werden könne. Es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten; die Erbquote der Ehefrau betrage  $\frac{1}{4}$ . Diese erhöhe sich nach § 1371 Abs. 1 BGB um  $\frac{1}{4}$ , da deutsches Güterrecht anwendbar sei. Damit belaufe sich die Erbquote der Beteiligten zu 1 auf  $\frac{1}{2}$ , was der Erbquote entspreche, die dem Erblasser beim Tod seiner Ehefrau nach iranischem Recht zugestanden hätte. Eine nochmalige Erhöhung der Erbquote aufgrund des ordre public sei nicht angezeigt.

Gegen diese Entscheidung richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1, die darauf verweist, dass die gleichheitswidrige Erbquote nach iranischem Recht nicht durch den pauschalierten Zugewinnausgleich nach deutschem Güterrecht ausgeglichen werde, der dem Ehemann zusätzlich zu seiner nach iranischem Erbrecht doppelt so hohen Erbquote ebenfalls zugestanden hätte.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die zulässige Beschwerde ist begründet.

1. Maßgeblich für die Erbfolge ist das iranische Recht, da der Erblasser ausschließlich iranischer Staatsangehöriger war (Art. 3 Nr. 2 EGBGB i. V. m. Art. 8 Abs. 3 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens).

Nach dem iranischen Recht ist eine Erbeinsetzung durch Testament nicht möglich; der Erblasser kann nur im Wege des Vermächtnisses über höchstens  $\frac{1}{3}$  des Nachlasses testamentarisch verfügen. Die Erbfolge wird deshalb allein durch die Vorschriften des iranischen Zivilgesetzbuches bestimmt (im Folgenden zitiert nach *Yassari in Ferid/Firsching/Dörmer/Hausmann*, Internationales Erbrecht, Länderteil Iran, Bearbeitungsstand 1.1.2002; zu Art. 946 ZGB in der Fassung vom 11.3.2009 vgl. *Yassari*, *RabelsZ* 2009, 985, 998; *Krüger*, *IPrax* 2009, 375). Hat der Erblasser – wie hier – keine Kinder hinterlassen, erbt die Witwe ein Viertel des beweglichen Vermögens und ein Viertel vom Wert des unbeweglichen Vermögens (Art. 913 Satz 2, Art. 900 Nr. 2 ZGB, Art. 946 ZGB in der Fassung vom 11.3.2009). Der Ehemann erbt im gleichen Fall von allen Gütern der Ehefrau die Hälfte (Art. 913 Satz 2, Art. 899 Nr. 1, Art. 946 ZGB).

Die Beteiligte zu 1 erbt folglich nach den Vorschriften des iranischen Rechts ein Viertel des Nachlasses. Dem deutschen Ehemann einer kinderlosen iranischen Ehefrau stünde hingegen die Hälfte des Nachlasses zu.

2. Das iranische Recht bleibt allerdings nach Art. 6 EGBGB insoweit unangewendet, als es der Beteiligten zu 1 nur die Hälfte dessen zuspricht, was bei sonst gleichem Sachverhalt ein Mann beanspruchen könnte, denn dieses Ergebnis der Anwendung iranischen Erbrechts auf den hier zu entscheidenden Fall ist mit dem im Grundgesetz verankerten Gleichheitsgrundsatz (Art. 3 Abs. 2 Satz 1 GG) nicht vereinbar.

a) Nach Art. 6 EGBGB ist die Rechtsnorm eines anderen Staates nicht anzuwenden, wenn ihre Anwendung zu einem Ergebnis führt, das mit wesentlichen Grundsätzen des deutschen Rechts offensichtlich unvereinbar ist. Sie ist insbesondere dann nicht anzuwenden, wenn die Anwendung mit den Grundrechten unvereinbar ist. Art. 8 Abs. 3 des deutsch-iranischen Niederlassungsabkommens schließt einen Rückgriff auf Art. 6 EGBGB nicht aus, denn Art. 8 Abs. 3 Satz 2 des Abkommens erlaubt es dem anderen vertragsschließenden Staat, die Anwendung der Gesetze des Vertragspartners ausnahmsweise und nur insoweit auszuschließen, als ein solcher Ausschluss allgemein gegenüber jedem anderen Staat erfolgt (OLG Düsseldorf, *NJW-RR* 2009, 732, 734; OLG Hamm, *FamRZ* 1993, 111, 114).

Die Anwendung der Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB setzt voraus, dass nicht nur abstrakt die ausländische Rege-

lung selbst, sondern das Ergebnis der Anwendung des ausländischen Rechts im konkreten Fall in so starkem Widerspruch zu den Grundgedanken der deutschen Regelungen und den in ihnen enthaltenen Gerechtigkeitsvorstellungen steht, dass es nach inländischen Vorstellungen untragbar erscheint (BGHZ 118, 312, 330; KG, NJW-RR 2008, 1109, 1111). Darüber hinaus muss der zu beurteilende Tatbestand einen hinreichenden Inlandsbezug aufweisen; die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte genügt dafür nicht (*Palandt/Thorn*, 71. Aufl. 2012, Art. 6 EGBGB Rdnr. 5, 6 m. w. N.).

b) Diese Voraussetzungen liegen hier vor. Die Beteiligte zu 1 erhält als Ehefrau des Erblassers eine Erbquote von einem Viertel, während ein Ehemann bei gleichem Sachverhalt eine Erbquote in Höhe der Hälfte des Nachlasses beanspruchen kann. Das ist nicht vereinbar mit dem verfassungsrechtlich verankerten Grundsatz, dass niemand wegen seines Geschlechts benachteiligt werden darf (ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 732, 733; *Staudinger/Dörner*, 2007, Anhang zu Art. 25 f. EGBGB Rdnr. 327; a. A. noch OLG Hamm, FamRZ 1993, 111, 114 f.).

Es besteht zudem ein stark ausgeprägter Inlandsbezug. Der Erblasser hat seit über 40 Jahren in Deutschland gelebt. Die Beteiligte zu 1 ist in Deutschland geboren und hat – abgesehen von der Ehe mit dem Erblasser – keine familiären Verbindungen zum Iran. Beide Ehegatten hatten während ihrer gesamten Ehezeit ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Das Vermögen des Erblassers besteht aus Bankguthaben bei deutschen Banken und seinem Anteil bzw. dem Abfindungsanspruch an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in M.

Es kann auch nicht angenommen werden, dass es nach dem Willen des Erblassers bei der Erbquote von einem Viertel für die Ehefrau verbleiben sollte. Vielmehr hat der Erblasser mit dem gemeinschaftlichen Testament vom 27.11.1996 deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er seinen Nachlass allein seiner Ehefrau zukommen lassen wollte.

c) Greift die Vorbehaltsklausel des Art. 6 EGBGB ein, ist grundsätzlich zunächst eine Lösung im fremden Recht zu suchen; deutsches Recht ist nur hilfsweise als Ersatzrecht anzuwenden (KG, NJW-RR 2008, 1109, 1111). Es erscheint sachgerecht, an Stelle der gleichheitswidrigen Bestimmung über den Erbteil der Witwe die Vorschrift des iranischen ZGB anzuwenden, die bei gleicher Sachverhaltsgestaltung die Erbquote des Witwers regelt, nämlich Art. 899 Nr. 1 ZGB, wonach der überlebende Ehegatte die Hälfte des Nachlasses erhält (ebenso OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 732, 734; *Schotten*, ZEV 2009, 193; *Dörner*, IPrax 1994, 33, 37).

Entgegen der Ansicht des Nachlassgerichts erübrigt sich die Korrektur der gleichheitswidrigen Vorschriften des iranischen Erbrechts nicht etwa deshalb, weil die Ehefrau mit Zubilligung des pauschalierten Zugewinnausgleichs nach § 1371 Abs. 1 BGB die Erbquote von  $\frac{1}{2}$  erreicht, die das iranische Erbrecht dem Ehemann zuspricht. Wie die Beschwerde zu Recht hervorhebt, stünde dem Mann bei gleicher Sachverhaltsgestaltung von vornherein eine doppelt so hohe Erbquote zu, so dass sich sein Anteil am Nachlass mit dem pauschalierten Zugewinnausgleich auf drei Viertel belaufen würde. Die erbrechtliche Ungleichbehandlung wird somit durch güterrechtliche Erhöhung des Erbteils nicht ausgeglichen (so auch *Dörner*, IPrax 1994, 33, 37; a. A. OLG Hamm, FamRZ 1993, 111, 115).

3. Die im Erbschein auszuweisende quotale Beteiligung der Beteiligten zu 1 am Nachlass des Erblassers erhöht sich nach § 1371 Abs. 1 BGB um ein Viertel, beträgt also insgesamt drei Viertel, weil die Ehegatten im Güterstand der Zugewinnge-

meinschaft gelebt haben. Aus der Anwendung iranischen Erbrechts und deutschen Güterrechts ergibt sich hier kein Normenwiderspruch.

a) Nach inzwischen herrschender Meinung, der sich der Senat anschließt, ist die Vorschrift des § 1371 Abs. 1 BGB güterrechtlich zu qualifizieren (vgl. *Palandt/Thorn*, Art. 15 EGBGB Rdnr. 26 m. w. N.; *Staudinger/Mankowski*, 2010, Art. 15 EGBGB Rdnr. 341 m. w. N. und ausführlicher Darstellung des Meinungsstandes). Das hat zur Folge, dass sich der gesetzliche Erbteil des überlebenden Ehegatten grundsätzlich auch dann um  $\frac{1}{4}$  erhöhen kann, wenn die Erbfolge ausländischem Recht unterliegt. Güterstatut ist hier nach Art. 220 Abs. 3 Satz 2 und 3, Art. 15 Abs. 1 i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB deutsches Recht. Nachdem der Erblasser und die Beteiligte zu 1 keinen Ehevertrag geschlossen hatten, galt in ihrer Ehe der gesetzliche Güterstand der Zugewinngemeinschaft (§ 1363 Abs. 1 BGB).

b) Der pauschalen Erhöhung der Erbquote nach deutschem Güterrecht steht hier nicht deren Unvereinbarkeit mit den anzuwendenden Vorschriften des ausländischen Erbrechts entgegen. Aus der Kombination des iranischen Erbrechts mit dem deutschen Güterrecht ergibt sich keine höhere Erbquote für die Beteiligte zu 1, als ihr bei Anwendung einer der beiden Rechtsordnungen für Güter- und Erbrecht zukäme, denn bei ausschließlicher Anwendung deutschen Rechts würde die Erbquote der Ehefrau ebenfalls  $\frac{3}{4}$  betragen. Dass ihr bei ausschließlicher Anwendung iranischen Rechts – das von Gütertrennung ausgeht – insgesamt eine geringere Beteiligung am Nachlass ihres Ehemannes zustünde, hindert die Anwendung des § 1371 Abs. 1 BGB nicht, denn das ist regelmäßig die Folge des Zusammentreffens dieser Vorschrift des deutschen Güterrechts mit einem ausländischen Erbrecht, das dem Ehegatten eine dem deutschen Erbrecht entsprechende oder niedrigere Erbquote einräumt (vgl. *Schotten*, ZEV 2009, 193, 194; *Looschelders*, IPrax 2009, 505, 509; *Dörner*, IPrax 1994, 33, 34; a. A. OLG Düsseldorf, NJW-RR 2009, 732, 734).

Wie im Einzelfall ein Normenwiderspruch zwischen einem ausländischen Erbrecht und dem deutschen Güterrecht zu lösen ist, bedarf hier keiner Entscheidung (vgl. OLG Frankfurt, ZEV 2010, 253 zum schwedischen Erbrecht; OLG Stuttgart, NJW-RR 2005, 740 zum österreichischem Erbrecht; *Clausnitzer*, FGPrax 2005, 169; *Ludwig*, DNotZ 2005, 586).

4. Die Entscheidung des Nachlassgerichts ist deshalb aufzuheben. Es wird ein Erbschein zu erteilen sein, der die Beteiligte zu 1 als Miterbin zu  $\frac{3}{4}$  ausweist. Bisher ist allerdings noch kein Erbscheinsantrag gestellt, der auch die Erbquoten der Geschwister des Erblassers beziffert, so dass der Senat keine Anweisung zur Erteilung des der Erbrechtslage entsprechenden Erbscheins aussprechen kann.

(...)

#### Anmerkung:

Das OLG München nimmt zu zwei „Standardproblemen“ des internationalen Erbrechts Stellung:

#### 1. Gesetzliche Ehegattenerbquote nach islamischem Recht und deutscher ordre public

Der iranische Erblasser und seine Ehefrau hatten sich gegenseitig testamentarisch zu Alleinerben eingesetzt. Das Gericht hielt die Erbeinsetzung für unwirksam, da das iranische Recht nur Vermächtnisse kenne. Zu der Frage, ob die Ehefrau dann wenigstens ein Vermächtnis über das verfügbare Drittel erhalten habe, nimmt das Gericht – da für den Erbschein ohne

Relevanz – leider nicht Stellung. Da das iranische Erbrecht das gemeinschaftliche Testament nicht kennt, würde es darauf angekommen, ob das OLG München die gemeinschaftliche Testamentserrichtung als Frage des Inhalts (dann gilt das iranische Erbstatut) oder der Form (dann genügt die Wirksamkeit nach dem deutschen Ortsrecht) qualifiziert.<sup>1</sup>

Daraufhin stellt sich das altbekannte Problem der gesetzlichen Ehegattenerbquote nach islamischem Recht. Hier erbt der Ehemann nach seiner Ehefrau (neben Kindern) ein Viertel bzw. (neben Verwandten weiterer Ordnungen) ein Halb. Die Ehefrau erhält nach dem Tod des Ehemannes dagegen ein Achtel bzw. ein Viertel. Die Literatur<sup>2</sup> und die überwiegende Rechtsprechung<sup>3</sup> erkennen hierin einen Verstoß gegen den Gleichheitssatz (Art. 3 Abs. 2 GG), der bei hinreichendem Inlandsbezug gegen den deutschen ordre public verstoße und über Art. 6 EGBGB eine Korrektur des Ergebnisses erzwingt. Bei der Korrektur des Ergebnisses folgt das OLG München der allgemeinen Ansicht, die zur Gleichbehandlung der Ehefrau dieser die höhere Mannesquote (also  $\frac{1}{4}$  bzw.  $\frac{1}{2}$ ) zubilligt.<sup>4</sup> Die Ehefrau erhält also dieselbe Erbquote, die der Ehemann nach ihrem Tod erhielt. Konsequenz wäre freilich, dass bei Tod der Ehefrau sich der Ehemann nicht auf die Mannesquote berufen dürfte, sondern die niedrigere Frauenerbquote (also  $\frac{1}{8}$  bzw.  $\frac{1}{4}$ ) erhielte. Die geschlechtsspezifische Ungleichbehandlung würde damit nicht eliminiert, sondern wechselt nur die Vorzeichen. Damit erscheint dieser Ansatz nur vordergründig hilfreich. Eine systeminterne Lösung im iranischen Recht ließe sich am ehesten durch eine Angleichung der Erbquote für beide Ehegatten in der Mitte (also in casu bei  $\frac{3}{8}$ ) finden. Das vom OLG angestrebte Ergebnis dagegen ließe sich am überzeugendsten mit einem Rückgriff auf die deutsche lex fori begründen. Das würde aber das Eingeständnis bedeuten, dass sich eine überzeugende systemkonforme Lösung im iranischen Recht nicht finden lässt, da jede Manipulation der Erbquoten so erheblich ist, dass man sie schwerlich als „geringstmöglich“ bewerten kann.

## 2. Güterrechtliches Viertel und ausländisches Erbstatut

Das zweite Problem stellt einen der Dauerbrenner des internationalen Erbrechts dar: Im deutschen Güterrecht wird der Zugewinnausgleich bei Auflösung der Ehe durch Tod eines der Ehegatten nicht güterrechtlich auseinandergesetzt, sondern mündet in eine pauschale Erhöhung der gesetzlichen Erbquote des Überlebenden. Charakterisiert man dieses Viertel güterrechtlich, so genügt zur Anwendung die Berufung deutschen Güterrechts gemäß Art. 15 EGBGB, selbst wenn

ausländisches Erbrecht gilt („güterrechtliche Qualifikation“).<sup>5</sup> Geht man davon aus, dass ausschließlich das Erbstatut die gesetzlichen Erbquoten des Ehegatten (und mittelbar der Verwandten) festlegt, so kann sich nur dann die Ehegattenerbquote um das Viertel erhöhen, wenn deutsches Recht auch Erbstatut ist (erbrechtliche Qualifikation bzw. Doppelqualifikation).<sup>6</sup> Nachdem sich das OLG München in dem Beschluss schon mit so exotischen Fragen wie der Alleinerbsetzung nach schiitischem Recht und dem ordre public auseinandersetzen musste, hat man Verständnis dafür, wenn es sich einer Auseinandersetzung mit den Argumenten in dieser Frage durch einen Hinweis „auf die inzwischen herrschende Meinung“ entzieht. Allerdings hat sich die Rechtsprechung der Obergerichte in den letzten Jahren so sehr der erbrechtlichen Qualifikation zugewandt,<sup>7</sup> dass sich das OLG kaum ohne Auseinandersetzung mit dieser Rechtsprechung der Lehrmeinung anschließen durfte. Damit bleibt die Rechtslage in Deutschland in dieser Frage weiterhin unsicher und gespalten.

## 3. Änderungen durch die Erbrechtsverordnung

Art. 21 der Europäischen Erbrechtsverordnung (EU-ErbVO)<sup>8</sup> unterstellt die Erbfolge dem Recht des Staates, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte. Mit islamischem Erbrecht werden deutsche Gerichte ab 2015 daher voraussichtlich nur noch dann beschäftigt werden, wenn der Erblasser gemäß Art. 22 EU-ErbVO ein islamisch geprägtes Heimatrecht gewählt hatte. Für bilaterale Abkommen (wie mit dem Iran) enthält Art. 75 Abs. 1 EU-ErbVO einen Vorbehalt. Iranische Erblasser werden also nach 2015 weiterhin nach dem iranischen ZGB beerbt.

Gemäß Art. 23 Abs. 2 lit. b EU-ErbVO bestimmt das Erbstatut die gesetzlichen Erbquoten. Ob sich hier in den anderen Mitgliedstaaten der Union Verständnis dafür finden lässt, dass zur Vermeidung des rechnerischen Zugewinnausgleichs nach dem deutschen Güterrecht die Ehegattenerbquote um ein Viertel erhöht und die gesetzliche Erbquote der Kinder bzw. sonstigen Verwandten entsprechend gekürzt wird, ist eher unwahrscheinlich. Die einheitliche Auslegung der EU-ErbVO wird daher möglicherweise die güterrechtliche Qualifikation von § 1371 Abs. 1 BGB weiter in Bedrängnis bringen.

Rechtsanwalt Dr. Rembert Süß, Würzburg

<sup>1</sup> Dazu *Bamberger/Roth/Lorenz*, 3. Aufl. 2012, Art. 25 EGBGB Rdnr. 28.

<sup>2</sup> MünchKommBGB/*Sonnenberger*, 5. Aufl. 2010, Art. 6 EGBGB Rdnr. 50; *Staudinger/Dörner*, Neubearb. 2007, Art. 25 EGBGB Rdnr. 727; *Looschelders*, IPRax 2009, 508.

<sup>3</sup> OLG Düsseldorf, I-3 Wx 51/08, FamRZ 2009, 1013 = RNotZ 2009, 247; zurückhaltend OLG Hamm, 15 W 117/04, ZEV 2005, 436 = RNotZ 2005, 436.

<sup>4</sup> So z. B. *Dörner*, IPRax 1994, 37; *Lorenz*, IPRax 1993, 150; *Looschelders*, IPRax 2009, 508, mit der Begründung, es handele sich um den „geringstmöglichen Eingriff“ im Wege einer „systemimmanenten Lückenfüllung“.

<sup>5</sup> *Staudinger/Dörner*, Art. 25 EGBGB Rdnr. 34; *Staudinger/Mankowski*, Neubearb. 2011, Art. 15 EGBGB Rdnr. 342; *Bamberger/Roth/Mörnsdorf-Schulte*, 3. Aufl. 2012, Art. 15 EGBGB Rdnr. 47; *Palandt/Thorn*, 71. Aufl. 2011, Art. 25 EGBGB Rdnr. 26; *Kropholler*, Internationales Privatrecht, 6. Aufl. 2006, § 45 IV 2.

<sup>6</sup> *Schotten/Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rdnr. 2881.

<sup>7</sup> OLG Stuttgart, 8 W 96/04, ZEV 2005, 443 = DNotZ 2005, 590; OLG Frankfurt a. M., 20 W 80/07, ZEV 2010, 253; OLG Düsseldorf, I-3 Wx 51/08, FamRZ 2009, 1013 = RNotZ 2009, 247; OLG Köln, I-2 Wx 115/11, ZEV 2012, 205.

<sup>8</sup> Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und die Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines europäischen Nachlasszeugnisses vom 4.7.2012, ABl. EU L 201/107 vom 27.7.2012.

## Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

16. GBO § 29; InsO § 80; BGB §§ 891, 892 (*Nachweis der Insolvenzfregabe eines Grundstücks gegenüber dem Grundbuchamt*)

**Der Wegfall der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters und deren damit verbundene Wiedererlangung durch den Schuldner ist im Grundbuchverfahren in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, wenn der Schuldner während eines fortdauernden Insolvenzverfahrens über den Grundbesitz verfügen will. Das Fehlen des Insolvenzvermerks, sei es, dass er noch nicht eingetragen ist, oder sei es, dass er wieder gelöscht wurde, ändert daran nichts. (Leitsatz der Schriftleitung)**

Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 18.1.2012, 5 Wx 114/11

Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch von K Blatt ..., Flur ..., Flurstück ... als Eigentümerin eingetragen. Mit Grundstückskaufvertrag vom 14.5.2009 (URNr. ... der Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin) wurde das vorbezeichnete Grundstück an die Beteiligte zu 2, die Beschwerdeführerin verkauft. Unter Bezugnahme auf diesen Vertrag beantragte die Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin am 20.7.2009 die Eigentumsumschreibung auf diese.

Mit Zwischenverfügung vom 17.8.2009 wies das Grundbuchamt darauf hin, dass der Eintragung entgegenstehe, dass über das Vermögen der Beteiligten zu 1 das Insolvenzverfahren eröffnet und ein entsprechender Vermerk im Grundbuch eingetragen worden sei. Im Hinblick auf die fehlende Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 1 sei eine formgerechte Genehmigung des Insolvenzverwalters erforderlich. Der Insolvenzvermerk im Grundbuch datiert vom 23.7.2009. (...)

Mit Schreiben vom 17.2.2011 überreichte die Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin die Kopie eines Schreiben des Insolvenzverwalters Rechtsanwalt F, gerichtet an den Vertreter der Beteiligten zu 1, mit dem die Freigabe des streitgegenständlichen Grundstücks aus der Insolvenzmasse erklärt wurde. In dem formlosen, von dem Insolvenzverwalter unterzeichneten Schreiben heißt es unter anderem:

„Sehr geehrter Herr G,

in vorbezeichneter Angelegenheit gehört folgende Liegenschaft zur Insolvenzmasse: Grundstück K, eingetragen im beim AG Fürstenwalde geführten Grundbuch von K, Blatt ...

Ich gebe hiermit dieses Grundstück aus der Insolvenzmasse an Sie als Geschäftsführerin der Komplementärin der Schuldnerin frei, so dass der unmittelbare Besitz von Ihnen ausgeübt werden kann.“

Das Grundbuchamt erließ daraufhin eine Zwischenverfügung mit Datum vom 17.3.2011, in der darauf hingewiesen wurde, dass aufgrund der Fortdauer des Insolvenzverfahrens grundsätzlich der Insolvenzverwalter als Verfügungsbefugter anzusehen sei. Der Wegfall der Verfügungsbefugnis und die hiermit verbundene Wiedererlangung der Verfügungsbefugnis des Schuldners sei dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachzuweisen.

Nachdem am 4.4.2011 ein Ersuchen des AG Halle auf Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch gestellt worden war, ergänzte das Grundbuchamt die Zwischenverfügung vom 17.3.2011 mit Schreiben vom 5.4.2011 und wies darauf hin, dass sich unabhängig von dem Ersuchen des AG Halle auf Löschung des Insolvenzvermerks die Vorgaben aus der Zwischenverfügung vom 17.3.2011 nicht erübrigt hätten, da das Lösungsersuchen lediglich zur Löschung des Insolvenzvermerks im Grundbuch führe, aber nichts zur materiellen Rechtslage aussage. Die Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse sei nach wie vor in Form des § 29 GBO gegenüber dem Grundbuchamt nachzuweisen.

Mit Schreiben vom 2.9.2011 führte die Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin unter Bezugnahme auf das Ersuchen des AG Halle auf Löschung des Insolvenzvermerks aus, dass nicht ersichtlich

sei, welche Hinderungsgründe der beantragten Löschung des Insolvenzvermerks entgegenstünden.

Das Grundbuchamt teilte daraufhin mit, dass es das Schreiben vom 2.9.2011 als Beschwerde gegen die Zwischenverfügungen vom 17.8.2009 und vom 17.3.2011 (Letztere ergänzt durch Schreiben vom 5.4.2011) ansehe, sofern nicht bis zum 10.10.2011 eine gegenteilige Äußerung abgegeben werde. Mit Schreiben vom 10.10.2011 vertrat die Verfahrensbevollmächtigte der Beschwerdeführerin die Auffassung, dass das Grundbuchamt dann, wenn es die Erklärungen des Insolvenzverwalters und des Insolvenzgerichts für nicht formgerecht erachte, diesen eine entsprechende Auflage machen müsse.

Mit Beschluss vom 1.11.2011 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Brandenburgischen OLG zur Entscheidung vorgelegt. In dem Nichtabhilfebeschluss ist ausgeführt, dass alternativ zur Auslegung als Beschwerde auch die Zurückweisung des Antrags hätte in Betracht kommen können. Es wäre sodann der Vollzug des Lösungsersuchens des AG Halle vorzunehmen, bei der dann zu erwartenden erneuten Antragstellung der Beschwerdeführerin sei jedoch die gleiche Beanstandung erforderlich gewesen, nämlich das Fehlen des Nachweises der formgerechten Freigabe des Grundstücks durch den Insolvenzverwalter.

*Aus den Gründen:*

### II.

Die Beschwerde, über die gemäß § 72 GBO das OLG zu entscheiden hatte, ist zulässig, das Rechtsmittel bleibt in der Sache jedoch ohne Erfolg.

Das Grundbuchamt hat zu Recht den Nachweis der Freigabe des Grundstücks aus der Insolvenzmasse in der Form des § 29 GBO gefordert, und zwar unabhängig davon, dass zwischenzeitlich ein Ersuchen des AG Halle auf Löschung des Insolvenzvermerks beim Grundbuchamt eingegangen war.

Im Einzelnen:

Während eines fortdauernden Insolvenzverfahrens ist stets vom Bestehen einer Verfügungsbeschränkung im Sinne des § 80 InsO auszugehen. Die Verfügungsbeschränkung des § 80 InsO tritt durch die Eröffnung des Insolvenzverfahrens ein. Der Eintragung im Grundbuch kommt lediglich deklaratorische Bedeutung zu. Gleiches gilt für die Löschung, fällt doch der Insolvenzbeschluss nicht durch die Löschung des Vermerks weg, sondern durch außerhalb des Grundbuchs liegende Umstände, wie etwa der Aufhebung des Insolvenzverfahrens.

Für das Grundbuchverfahren ergibt sich daraus, worauf das Grundbuchamt unter Hinweis auf die einschlägige Rechtsprechung zutreffend hingewiesen hat (LG Berlin, Beschlüsse vom 15.7.2003, 86 T 549/03, sowie vom 9.9.2003, 86 T 856/03; OLG Naumburg, Beschluss vom 28.2.2011, 12 Wx 14/11), dass die Funktion des Insolvenzvermerks sich darauf beschränkt, den nach § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB geschützten öffentlichen Glauben des Grundbuchs an die unbeschränkte Verfügungsmacht des eingetragenen Eigentümers über den Gegenstand zu zerstören (*Uhlenbruck*, InsO, 4. Aufl., § 4 Rdnr. 17). Aus dem Fehlen des Vermerks folge nicht, dass die Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters nicht oder nicht mehr bestehe. Das gilt sowohl dann, wenn der Vermerk noch nicht eingetragen ist, als auch dann, wenn er bereits eingetragen war, aber wieder gelöscht worden ist. In diesen Fällen spricht keine Vermutung für die Verfügungsmacht des eingetragenen Eigentümers. Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, die auch vom Grundbuchamt zu beachten ist, erstreckt sich nicht auf den Umstand, dass der eingetragene Rechtsinhaber über sein Recht unbeschränkt verfügen kann (KG, NJW 1973, 428, 430; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl., § 891 Rdnr. 5). Ist demnach im Grundbuchverfahren von der Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters auszugehen, so ist der Wegfall



dieser Befugnis und die hiermit verbundene Wiedererlangung der Befugnis des Schuldners nachzuweisen, wenn der Schuldner während eines fortdauernden Insolvenzverfahrens wie hier über den Grundbesitz verfügen will. Für diesen Nachweis gilt die Formvorschrift des § 29 GBO (*Uhlenbruck*, a. a. O., Rdnr. 27 m. w. N.), der die von der Beschwerdeführerin eingereichte formlose schriftliche Erklärung des Insolvenzverwalters nicht genügt.

Sofern seitens der Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführerin darauf hingewiesen wird, dass die Formbedürftigkeit gemäß § 29 GBO nicht erforderlich sei, weil auch der Eintrag des Insolvenzvermerks nach § 32 InsO durch formlosen Antrag des Insolvenzverwalters erfolgen könne, verfängt dieses nicht. Zwar kann der Antrag auf Eintragung des Insolvenzvermerks in einfacher Schriftform eingereicht werden, diesem sind indes weitere Nachweise durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden als zwingendes Antragserfordernis beizufügen, wie etwa die gerichtliche Bestallungsurkunde (§ 56 Abs. 2 InsO) oder die Ausfertigung einer öffentlich beglaubigten Abschrift des Eröffnungsbeschlusses.

Soweit im Schreiben der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 vom 2.9.2011 auf das Ersuchen des AG Halle hingewiesen wird, rechtfertigt dies keine andere Bewertung. Den Anforderungen des § 29 GBO genügt das Ersuchen des Insolvenzgerichts schon deshalb nicht, weil es sich hier lediglich um eine einfache Wissenserklärung des Insolvenzgerichts handelt, die keinen urkundlichen Beweis für die in ihr bekundeten Tatsachen erbringt. Dies gilt auch dann, wenn die Erklärung in gesiegelter und unterschriebener Form abgegeben wird, da die Beweiskraft der Urkunde sich nur auf den Umstand der von der Behörde abgegebenen Erklärung erstreckt, nicht aber auf den Inhalt derselben (vgl. LG Berlin, Beschluss vom 15.7.2003, 86 T 549/03).

Angesichts dessen ist auch die Anmerkung des Grundbuchamts, dass eine Zurückweisung des Antrags angesichts des Ersuchens um Löschung durch das Insolvenzgericht in Betracht gekommen wäre, zutreffend, entbindet die Erledigung desselben doch nicht vom Erfordernis einer formgerechten Erklärung nach § 29 GBO.

Soweit schließlich seitens der Beschwerdeführerin geltend gemacht wird, dass es dem Grundbuchamt obliegt, mittels Auflagen für formgerechte Erklärungen zu sorgen, wird darauf hingewiesen, dass § 26 FamFG im Antragsverfahren keine Anwendung findet, es vielmehr Sache des Antragstellers ist, die erforderlichen Unterlagen einzureichen (*Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 29 Rdnr. 23).

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch den Beitrag von *Reul*, MittBayNot 2013, 16 (in diesem Heft).

## Beurkundungs- und Notarrecht

17. BGB § 129; BeurkG § 40; ZPO § 440; GBO § 29 (*Nachträgliche Textveränderungen bei bloßer Unterschriftsbeglaubigung*)

1. **Nachträgliche Veränderungen des Textes einer Urkunde, deren Unterzeichnung notariell beglaubigt ist, beeinträchtigen die Formwirksamkeit der notariellen Beglaubigung nicht.**
2. **Steht fest, dass eine Bewilligung nach der Beglaubigung der Unterschrift nicht von dem Unterzeichner, sondern von einem Dritten geändert worden ist, so ist die Vollmacht des Dritten zur Änderung der Erklärung im Grundbuchverfahren gemäß § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen.**

KG, Beschluss vom 4.9.2012, 1 W 154/12 (n. rkr.)

Die Beteiligte zu 1 veräußerte in notarieller Urkunde vom 31.8.2011 (URNr. .../2 ... des Notars Dr. C S) an die Beteiligte zu 2 das im Beschlusseingang bezeichnete Teileigentum. Die Beteiligten zu 3 und 4 bewilligten in öffentlich beglaubigter Urkunde vom 5.1.2012 (URNr. .../2 ... des Notars K B) die Löschung der im Grundbuch des AG Schöneberg von Schöneberg Blatt 2 ... in Abteilung II lfd. Nr. 4 eingetragenen Eigentumsvormerkung. Mit Antrag vom 14.3.2012 beantragte Notar Dr. S zum Grundbuch von Schöneberg Blatt 2 ... die Eigentumsumschreibung und die Löschung der Rechte Abt. II lfd. Nr. 4.

Das Grundbuchamt beanstandete mit Zwischenverfügung vom 19.3.2012, dass die Löschungsbewilligung nicht auf das von der Veräußerung betroffene Grundbuchblatt 2 ..., sondern auf das Grundbuchblatt 2 ... laute, und gab eine Berichtigung in der nach § 29 GBO vorgeschriebenen Form, alternativ die Vorlage einer neuen Löschungsbewilligung auf. Auf Bitten des Verfahrensbevollmächtigten sandte das Grundbuchamt diesem die eingereichte Bewilligung zurück. Unter Verlängerung der Frist für die Hindernisbehebung wies das Grundbuchamt dabei mit Verfügung vom 29.3.2012 darauf hin, dass der Notar, wenn er wie angekündigt die Löschungsbewilligung selbst berichtigen wolle, hierfür einer in der Form des § 29 GBO nachgewiesenen Vollmacht bedürfe.

Die erneut eingereichte Löschungsbewilligung vom 5.1.2012 weist nunmehr über der Textstelle „Blatt 2 ...“ ein Korrekturzeichen auf. Auf einem gesonderten Blatt, das der Verfahrensbevollmächtigte unterzeichnet, gesiegelt und urkundlich mit der Löschungsbewilligung verbunden hat, ist unter der Überschrift „Berichtigungsvermerk“ mit Datum vom 27.4.2012 festgehalten, dass bei dem Korrekturzeichen wegen offensichtlicher Unrichtigkeit die Zahl „2 ...“ gestrichen und durch „2 ...“ ersetzt und die Erklärung damit richtig gestellt worden sei, und zwar nach Abstimmung mit den Beteiligten. Weiter wird in dem Vermerk auf die dem Verfahrensbevollmächtigten ausdrücklich erteilte privatschriftliche Vollmacht der Beteiligten zu 3 und 4 vom 21.8.2012 verwiesen, die der Urkunde beigelegt ist.

Für den Fall, dass die Bewilligung in dieser Form nicht akzeptiert werde, legte der Verfahrensbevollmächtigte Beschwerde ein.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Rechtsmittel ist gemäß §§ 71 ff. GBO zulässig. Da der Notar die Beschwerdeführer nicht bezeichnet hat, ist davon auszugehen, dass er die Beschwerde im Namen sämtlicher antragsberechtigten Beteiligten eingelegt hat (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 15 Rdnr. 20 m. w. N.).

Die Beschwerde ist allerdings unbegründet. Das in Ziffer 2 der Zwischenverfügung vom 19.3./29.3.2012 aufgezeigte

Hindernis steht der beantragten Löschung entgegen (§ 18 Abs. 1 GBO).

1. Die Bewilligung der Beteiligten zu 3 und 4 vom 5.1.2012 bezog sich in der ursprünglich eingereichten Form nicht auf das hier betroffene Grundbuchblatt, zu dem die Beteiligten zu 1 und 2 die Löschung beantragt haben. Es handelt sich insoweit nicht um eine offensichtliche Unrichtigkeit, die das Grundbuchamt im Rahmen der Auslegung selbst korrigieren könnte, denn die Löschungsbewilligung enthält außer der – unzutreffenden – Grundbuchblatt-Nummer keinen Hinweis darauf, für welches Grundstück die Eintragung der Löschung bewilligt wird. Insbesondere wird nicht auf den Kaufvertrag vom 31.8.2011 Bezug genommen, so dass das Grundbuchamt dessen Inhalt nicht zur Auslegung des Inhalts der Bewilligung heranziehen konnte. Für das Grundbuchamt war deshalb nach Einsichtnahme in das genannte Grundbuchblatt allenfalls offensichtlich, dass die Bewilligung dieses Blatt nicht betreffen sollte – nicht dagegen, auf welchem Grundbuchblatt die Beteiligten zu 3 und 4 tatsächlich eine Löschung bewilligen wollten.

2. Das Hindernis ist durch den mit der Löschungsbewilligung verbundenen Berichtigungsvermerk nicht behoben worden. Dabei kann dahingestellt bleiben, dass dieser Vermerk schon inhaltlich unklar ist, da er auf eine Streichung verweist, die in der eingereichten Urkunde tatsächlich nicht vorgenommen wurde. Selbst wenn die Bewilligung als durch die Eintragung korrigiert verstanden wird, ist die geänderte Erklärung nicht geeignet, im Grundbuchverfahren nachzuweisen, dass die Beteiligten zu 3 und 4 die Löschung der im Grundbuch von Schöneberg Blatt 2 ... Abt. II lfd. Nr. 4 gebuchten Vormerkung bewilligt haben.

a) (1) Zwar handelt es sich – wie die Beschwerde zutreffend ausführt – auch nach der Änderung des Bewilligungstextes um eine Erklärung in einer öffentlich beglaubigten Urkunde im Sinne des § 29 Abs. 1 GBO. Nach inzwischen ganz herrschender Ansicht in Literatur und Rechtsprechung beseitigt die nachträgliche Veränderung des Textes einer Urkunde, deren Unterzeichnung notariell beglaubigt ist, nicht die Formwirksamkeit der Beglaubigung (OLG Brandenburg, FGPrax 2010, 210; OLG Frankfurt, DNotZ 2006, 767; Demharter, a. a. O., § 29 Rdnr. 44; Hügel/Otto, GBO, 2. Aufl., § 29 Rdnr. 192; MünchKommBGB/Einsele, 6. Aufl., § 129 Rdnr. 5; Palandt/Ellenberger, 71. Aufl., § 129 Rdnr. 2; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rdnr. 163; Staudinger/Hertel, 2012, § 129 Rdnr. 4; Winkler, MittBayNot 1984, 209; offen gelassen noch in BayObLG, Rpfleger 1985, 105). Denn der Beglaubigungsvermerk bescheinigt nur die Echtheit der Unterschrift, sagt aber nichts über den Inhalt der schriftlich abgefassten Erklärung aus.

(2) Das Grundbuchamt muss allerdings vor einer Eintragung gemäß § 19 GBO nicht nur prüfen, ob der Betroffene irgendeine Erklärung unterzeichnet hat, sondern auch, dass die zu den Grundakten gereichte, über der Unterschrift stehende Bewilligung von dem Unterzeichnenden stammt oder mit dessen Willen abgefasst wurde. Diese Feststellung wird bei einer intakten Urkunde durch § 440 Abs. 2 ZPO ermöglicht. Denn gemäß § 440 Abs. 2 ZPO wird, wenn die Echtheit der Unterschrift feststeht, die Echtheit der über der Unterschrift stehenden Schrift vermutet.

Die Vermutungswirkung des § 440 Abs. 2 ZPO entfällt hingegen, wenn und soweit feststeht, dass nach Fertigstellung und Unterzeichnung der Urkunde Einfügungen vorgenommen worden sind (BGH, WM 1965, 1062, 1063). In einem solchen Falle muss deshalb dem Grundbuchamt oder dem an seine Stelle tretenden Beschwerdegericht auf andere Weise nach-

gewiesen werden, dass die Änderung des unterzeichneten Textes dem Willen des Unterzeichners entspricht. Die Beweismittel, die hierfür zur Verfügung stehen, sind im Grundbuchverfahren durch § 29 GBO beschränkt. Steht fest, dass eine Bewilligung nach der Beglaubigung der Unterschrift nicht von dem Unterzeichner, sondern von einem Dritten geändert worden ist, so ist die Vollmacht des Dritten zur Änderung der Erklärung gemäß § 29 GBO durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachzuweisen (OLG Celle, Rpfleger 1984, 230; Demharter, a. a. O., § 29 Rdnr. 44). Denn eine Vollmacht zur Abgabe einer Bewilligung gehört zu den „zur Eintragung erforderlichen Erklärungen“ im Sinne des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO (Demharter, a. a. O. § 29 Rdnr. 10; Hügel, a. a. O., § 29 Rdnr. 74; Schöner/Stöber, a. a. O., Rdnr. 3579). Es besteht kein Grund, eine Vollmacht zur Änderung oder Ergänzung einer Bewilligung insoweit anders zu behandeln als die Vollmacht zu deren erstmaligen Abgabe. Die Zulassung freier Beweiswürdigung in Abweichung von § 29 Abs. 1 GBO ist auch nicht erforderlich, weil eine Vollmacht regelmäßig durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde bewiesen werden kann.

(3) Hier ergibt sich bereits aus dem Änderungsvermerk selbst, dass die Beteiligten zu 3 und 4 die nachträgliche Textänderung vom 27.4.2012 in der Bewilligung vom 5.1.2012 nicht selbst vorgenommen haben. Deshalb hat das Grundbuchamt mit Recht gefordert, dass die auf den Verfahrensbevollmächtigten erteilte Vollmacht zur Änderung in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen ist.

b) Der Vollmachtsnachweis konnte auch nicht durch notarielle Eigenurkunde des Verfahrensbevollmächtigten erbracht werden (vgl. dazu DNotI-Report 1997, 133, 134). Notarielle Eigenurkunden setzen eine vorangegangene Beurkundungs- oder Beglaubigungstätigkeit des Notars voraus (BGH, Rpfleger 1980, 465). Der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten hatte jedoch eine solche Tätigkeit für die Beteiligten zu 3 und 4 im Zusammenhang mit der Löschungsbewilligung nicht vorgenommen. Er hat weder die Erklärung der Bewilligung beurkundet noch die Unterschriften der Beteiligten zu 3 und 4 beglaubigt.

c) Mangels eigener Urkundstätigkeit des Verfahrensbevollmächtigten kam auch eine Berichtigung gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG nicht in Betracht.

(...)

## Kostenrecht

18. KostO § 16 Abs. 1 Satz 1, § 147 Abs. 2 (*Unrichtige Sachbehandlung i. S. v. § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO für den Ansatz einer Überwachungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, wenn der Käufer im Kaufvertrag schon die Löschung seiner Auflassungsvormerkung für den Fall des Rücktritts des Verkäufers bewilligt*)

1. Die **Betreuungsgebühr nach § 147 Abs. 2 KostO** wird schon mit der Annahme eines Auftrags durch den Notar ausgelöst, die von den Parteien vorab für den Vollzug oder die Rückabwicklung des Vertrags abgegebenen Erklärungen (Auflassung, Löschungsbewilligung) zu überwachen, wenn der Notar aufgrund einer von ihm zu beachtenden Ausfertigungssperre keine vollständigen Ausfertigungen erteilen darf.

**2. Die eine solche Gebühr auslösende Vertragsgestaltung stellt grundsätzlich eine unrichtige Sachbehandlung im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 KostO dar, wenn der Notar beauftragt wird, die vertragsgemäße Verwendung einer für den Fall eines Rücktritts des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs bereits von dem Käufer vorab erklärten Bewilligung zur Löschung der Auflassungsvormerkung zu überwachen.**

BGH, Beschluss vom 26.7.2012, V ZB 288/11; mitgeteilt von *Wolfgang Wellner*, Richter am BGH

Der Kostengläubiger beurkundete einen Vertrag, mit dem der Kostenschuldner ein bebautes Grundstück kaufte. In dem Kaufvertrag wurden zugleich die Auflassung und die Bewilligung des Verkäufers zur Eintragung einer den Anspruch auf Übereignung sichernden Vormerkung beurkundet. Der Kostenschuldner bewilligte zugleich die Löschung dieser Vormerkung, unabhängig von der Eigentumsumschreibung. Der Kostengläubiger war berechtigt, aber nicht verpflichtet, den Antrag auf Löschung der Auflassungsvormerkung zu stellen, wenn der Kostenschuldner nicht nach Fälligkeit den Kaufpreis zahlte, der Verkäufer den Rücktritt von dem Vertrag erklärte und der Kostenschuldner auch auf Aufforderung des Kostengläubigers diesem gegenüber die Zahlung des Kaufpreises nicht nachwies. Vor der Beantragung der Umschreibung des Eigentums oder Löschung der Vormerkung sollte der Kostengläubiger den Vertragsparteien keine vollständige Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift des Vertrags erteilen.

Der Kostengläubiger erstellte gegenüber dem Kostenschuldner eine Kostenberechnung, in der er – hier von Interesse – auch eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO für die Überwachung der Löschungsbewilligung für die Auflassungsvormerkung in Ansatz brachte. Der Präsident der LG hat im Rahmen der Geschäftsprüfung die Kostenberechnung hinsichtlich dieser Gebühr beanstandet und dem Kostengläubiger aufgegeben, im Wege der Beschwerde die Entscheidung des LG herbeizuführen. Das LG hat die Kostenberechnung abgeändert und unter Herausrechnung der Betreuungsgebühr für die Überwachung der Löschung der Vormerkung neu gefasst. Das OLG hat die Beschwerde des Kostengläubigers zurückgewiesen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Das Beschwerdegericht bejaht zwar die Entstehung einer Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO, weil diese nicht durch eine andere Gebühr abgedeckt sei und mit der Annahme des Auftrags ausgelöst werde, wenn der Notar aufgrund einer von ihm zu beachtenden Ausfertigungssperre den Parteien keine vollständigen Ausfertigungen habe erteilen dürfen. Die Gebühr müsse aber außer Ansatz bleiben, da sie nach § 16 KostO wegen unrichtiger Sachbehandlung nicht zu erheben sei.

Das von den Vertragsparteien angestrebte Ziel, mit der Bewilligung der Auflassungsvormerkung für den Käufer zugleich auch den durch den Rücktritt bedingten Anspruch des Verkäufers auf deren Löschung zu sichern, könne auf verschiedenen Wegen erreicht werden, die für den Verkäufer gleich sicher, für den Käufer jedoch mit unterschiedlichen Kosten verbunden seien. Wenn der Notar, statt sogleich die Löschungsbewilligung des Käufers zu beurkunden, sich von dem Käufer bevollmächtigen lasse, erst nach einem Rücktritt des Verkäufers wegen Nichtzahlung des Kaufpreises die Löschung der Vormerkung zu bewilligen, werde bei ungestörter Vertragsabwicklung die Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nicht ausgelöst, so dass für die Parteien durch diese Sicherung keine zusätzlichen Kosten entstünden.

Die Wahl derjenigen Gestaltung, die auch für die Mehrzahl der problemlos abzuwickelnden Kaufverträge höhere Kosten entstehen lasse, sei nicht durch das einem Notar grundsätzlich zustehende Gestaltungsermessen gedeckt. Zwar gehöre es nicht zu dessen Amtspflichten, einen mit der Übernahme

einer Vollmacht verbundenen Betreuungsauftrag anzunehmen. Auf das Fehlen einer dienstrechtlichen Verpflichtung könne sich der Kostengläubiger aber deshalb nicht berufen, wenn er für den Vollzug des Vertrags umfangreiche Bevollmächtigungen seiner Angestellten in den Vertrag aufgenommen habe, sich aber ohne jede sachliche Begründung weigere, eine Bevollmächtigung für den von ihm selbst vorgesehenen Fall einer Rückabwicklung zu akzeptieren. Vor diesem Hintergrund verstoße das Verhalten des Kostengläubigers gegen das Gebot, von mehreren, gleich sicheren Gestaltungen die für die Vertragsparteien kostengünstigste zu wählen.

## III.

Die Rechtsbeschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

Die angefochtene Entscheidung ist in allen Punkten rechtsfehlerfrei begründet worden. Das Vorbringen des Kostengläubigers in der Rechtsbeschwerdeinstanz führt zu keiner anderen Beurteilung. Die Auslegung des § 16 KostO durch das Beschwerdegericht stellt insbesondere keinen unzulässigen Eingriff in ein dem Notar zuzugestehendes Gestaltungsermessen dar.

1. Richtig ist allerdings, dass ein Notar nicht verpflichtet ist, einen Betreuungsvertrag im Sinne des § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO anzunehmen. Daraus lässt sich jedoch nicht der von der Rechtsbeschwerde gezogene Schluss ziehen, dass ein Notar die für die Vertragsparteien teurere Gestaltung wählen dürfe, weil es keine Rechtsvorschrift gebe, die einen Notar zur Annahme einer Vollmacht verpflichte. Eine solche Norm kann es schon deshalb nicht geben, weil die Erteilung einer Vollmacht eine selbständige, einseitige Erklärung des Vollmachtgebers ist, die keiner Annahme durch den Bevollmächtigten bedarf (vgl. nur BGH, Urteil vom 5.12.2006, XI ZR 341/05, NJW-RR 2007, 1202, 1203). Da für Notare nichts anderes gilt, kann ein Notar nicht die Erteilung der Vollmacht, sondern nur die Annahme des ihr zugrundeliegenden Betreuungsauftrags ablehnen.

2. Es gibt keine anzuerkennenden Sachgründe für einen Notar, der eine Betreuungspflicht übernimmt, dabei die für die Parteien mit höheren Kosten verbundene Gestaltung zu wählen. Solche Gründe werden von dem Kostengläubiger auch in dem Rechtsbeschwerdeverfahren nicht aufgezeigt.

a) Dem Notar ist es weder durch Rechtsvorschriften noch durch Standesrichtlinien untersagt, zum Zweck der Vertragsdurchführung oder -abwicklung Betreuungsaufträge mit solchen Vollmachten für sich oder seine Angestellten anzunehmen und von den erteilten Bewilligungsvollmachten gemäß dem Auftrag Gebrauch zu machen (*Reithmann*, ZNotP 2005, 322, 326; *Weingärtner/Wöstmann*, Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer, B. II Rdnr. 91).

b) Mit der Bevollmächtigung ist für den Notar weder ein höherer Prüfungsumfang noch ein größeres Haftungsrisiko als bei einer Vorabewilligung der Löschung der Vormerkung durch den Käufer verbunden. Maßgebend dafür ist allein der Inhalt des Betreuungsauftrags. Nach dessen Bestimmungen muss der Notar – wenn der Verkäufer ihm den Vertragsrücktritt wegen Nichtzahlung des Kaufpreises anzeigt – bei beiden Gestaltungen prüfen und entscheiden, ob er die Löschung der Auflassungsvormerkung herbeizuführen hat. Ob der Notar bei dem Grundbuchamt den Antrag auf deren Löschung unter Einreichung einer vom Käufer vorab erteilten Bewilligung oder unter Vorlage der von ihm aufgrund der Vollmacht des Käufers erklärten Löschungsbewilligung stellt, ist lediglich eine Frage der technischen Abwicklung des Betreuungsauf-

trags, die für den Inhalt der vertraglichen Verpflichtungen des Notars nicht wesentlich ist.

(...)

#### Hinweis der Schriftleitung:

Der BGH bestätigt mit dieser Entscheidung die Auffassung der Notarkasse A. d. Ö. R., München (Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1576 ff.).

19. KostO § 30 Abs. 1, §§ 141, 147 Abs. 2 (*Ermessensfehlgebrauch bei pauschaler Bemessung des Geschäftswertes der Betreuungsgebühren für Fälligkeitsmitteilung und Kaufpreisüberwachung*)

**Ein Ermessensfehlgebrauch liegt vor, wenn der Notar den Bewertungsrahmen für die Bemessung des Geschäftswertes der Betreuungsgebühren für eine Fälligkeitsmitteilung und eine Kaufpreisüberwachung zu verschieben versucht, indem er ohne Rücksicht auf die seine Tätigkeit maßgebend erleichternden Umstände des Einzelfalles den Geschäftswert pauschal mit 30 % des Kaufpreises bemisst.**

OLG Hamm, Urteil vom 5.6.2012, 15 W 246/11; mitgeteilt von *Helmut Engelhardt*, Richter am OLG Hamm

Überprüfungsgegenstand ist die Bemessung des Geschäftswertes für zwei Gebühren nach § 147 Abs. 2 KostO, die der Beteiligte zu 1 im Zusammenhang mit der Durchführung des zu URNr. ... beurkundeten Immobilienkaufvertrages für die Feststellung und Mitteilung der Kaufpreisfälligkeit sowie für die Überwachung der Kaufpreiszahlung als Voraussetzung für die Einreichung des Antrags auf Eigentumsumschreibung angesetzt hat.

#### Aus den Gründen:

Das LG ist auf der Grundlage gefestigter Rechtsprechung davon ausgegangen, dass der Geschäftswert für die beiden genannten Gebührenansätze nach §§ 141, 30 Abs. 1 KostO nach pflichtgemäßem Ermessen zu bestimmen ist (vgl. etwa die vom LG herangezogene Entscheidung des Senats in FGPrax 2006, 36). Dieses Ermessen hat in erster Linie der Notar auszuüben. Im Rahmen des gerichtlichen Überprüfungsverfahrens nach § 156 Abs. 1 KostO kann sie daher nur eingeschränkt überprüft werden, nämlich darauf, ob der Notar von seinem Ermessen Gebrauch gemacht, alle wesentlichen Umstände beachtet und die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens eingehalten hat. Wenn das Gericht einen solchen Ermessensfehler feststellt, ist es jedoch befugt, nach eigenem Ermessen über eine mögliche Abweichung von dem gesetzlichen Regelwert zu entscheiden (BGH, NJW-RR 2009, 228 = MittBayNot 2009, 321).

Das LG hat zu Recht einen Ermessensfehlgebrauch des Beteiligten zu 1 bei dem Ansatz des Geschäftswertes für die genannten Gebühren festgestellt, und zwar bezogen auf den von ihm geänderten Wertansatz in seiner Kostenberechnung vom 19.5.2010, den er in seine aus formellen Gründen neu gefasste Kostenberechnung vom 5.4.2011 übernommen hat. Hinsichtlich der Bemessung des Geschäftswertes für die Notargebühren gemäß § 30 Abs. 1 KostO ist allgemein anerkannt, dass es – ausgehend von dem sog. Beziehungswert (hier dem Kaufpreis) – auf eine Abwägung aller wertrelevanten Umstände des Einzelfalles ankommt, wozu in jedem Fall das Ausmaß der Verantwortlichkeit des Notars, der Umfang seines Haftungsrisikos, der Umfang seiner Tätigkeit sowie die Bedeutung der Sache für die Beteiligten zählen (vgl. Senat, a. a. O.). Von diesen Kriterien ist das LG ausdrücklich ausgegangen. Der Beteiligte zu 1 beschränkt sich auch im Beschwerdever-

fahren darauf, den ihm zustehenden Ermessenspielraum hervorzuheben, hat indessen seine Ermessensentscheidung, die er im Laufe des vorliegenden Verfahrens durch Herabsetzung des Geschäftswertes von ursprünglich 50 % auf 30 % des Kaufpreises für beide Gebühren geändert hat, nicht näher begründet.

Das LG hat in tatsächlicher Hinsicht zutreffend festgestellt, dass die beiden Gebühren zugrundeliegende Tätigkeit des Beteiligten zu 1 nach Umfang und Bedeutung als deutlich unterdurchschnittlich zu bewerten sind: Hinsichtlich der Fälligkeitsüberwachung beschränkte sich die Tätigkeit des Notars auf die Entgegennahme der Mitteilung des Grundbuchamtes über die Eintragung der Auflassungsvormerkung, nachdem die weiteren Fälligkeitsvoraussetzungen bereits bei der Beurkundung des Kaufvertrages vorlagen. Hinsichtlich der Überwachung der Kaufpreiszahlung hatte der Beteiligte zu 1 lediglich die mit Schreiben vom 14.7.2009 erteilte Bestätigung der Verkäufer entgegenzunehmen, dass die Kaufpreiszahlung erfolgt war.

In Übereinstimmung mit dem LG kann der Senat nicht erkennen, dass der Beteiligte zu 1 bei seiner Ermessensausübung den Umfang und die Bedeutung seiner Tätigkeit im deutlich unterdurchschnittlichen Umfang angemessen berücksichtigt hat. Der kommentarlose Ansatz des Geschäftswertes mit 30 % des Kaufpreises ist vielmehr auf eine pauschalierende Bewertung gerichtet, die im Ergebnis unabhängig von der tatsächlich ausgeübten Tätigkeit auf einen Mindestwert von 30 % des Kaufpreises hinausläuft. Diese Art der Ermessensausübung führt zu einer Verengung und Verschiebung des Bewertungsrahmens: Wenn schon eine nach Umfang und Bedeutung deutlich unterdurchschnittliche Tätigkeit einen Geschäftswertansatz von 30 % des Kaufpreises zuließe, müsste bereits eine etwas weitergehende, an einen durchschnittlichen Umfang heranreichende Tätigkeit einen deutlich höheren Wertansatz rechtfertigen mit dem Ergebnis, dass bereits für eine durchschnittliche Tätigkeit ein Ansatz von bis zu 50 % als ermessenfehlerfrei akzeptiert werden müsste, obwohl eine solche Bewertung nach der Rechtsprechung einer Tätigkeit deutlich überdurchschnittlichen Umfangs und Bedeutung vorbehalten ist.

Aufgrund des festgestellten Ermessensfehlers war das LG zu einer ersetzenden Ermessensausübung anstelle des Beteiligten zu 1 berechtigt. Die unter Berücksichtigung der konkreten Umstände vorgenommene Bewertung des LG, das den Geschäftswert für die Fälligkeitsmitteilung mit 20 %, denjenigen für die Überwachung der Kaufpreiszahlung mit 10 % des Kaufpreises angesetzt hat, lässt keinen Ermessenfehler erkennen. Konkrete Beanstandungen erhebt der Beteiligte zu 1 insoweit auch in seiner Beschwerdebegründung nicht.

(...)

#### Anmerkung:

##### 1. Allgemeines

Die Bewertung von Betreuungstätigkeiten ist in regelmäßigen Abständen Gegenstand von obergerichtlichen und höchstrichterlichen Entscheidungen. Dabei geht es nicht nur um die Frage, ob für mehrere Betreuungstätigkeiten, die der Notar im Rahmen der Abwicklung eines Rechtsgeschäftes übernimmt, auch mehrere Gebühren anfallen, sondern auch um den jeweiligen Geschäftswert.<sup>1</sup> Klarer sind die Bewertungsgrundsätze

<sup>1</sup> BGH, DNotZ 2005, 867 = MittBayNot 2005, 433 = ZNotP 2005, 354 = NotBZ 2005, 289 = JurBüro 2005, 485: Kaufpreisfälligkeitsüberwachung und Überwachung des Vollzugs der Auflassung als verschiedene Betreuungstätigkeiten bejaht.

für die Vollzugsgebühr nach § 146 Abs. 1 KostO. Hier gilt Folgendes: Eine  $\frac{1}{10}$ -Gebühr fällt an, wenn sich die Tätigkeit auf die Anfrage über ein Vorkaufsrecht nach BauGB beschränkt, sie erhöht sich auf eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr, wenn weitere Vollzugstätigkeiten hinzutreten. Insgesamt fällt aber für mehrere Vollzugstätigkeiten nur eine  $\frac{5}{10}$ -Gebühr nach § 146 Abs. 1 KostO an. Der Wert bestimmt sich nach § 146 Abs. 4 KostO nach dem Wert des zugrundeliegenden Vertrags.

Bei einigen obergerichtlichen Verfahren der jüngsten Zeit zur Bewertung von Betreuungstätigkeiten ging es insbesondere darum, welcher Wert für die einzelne Betreuungstätigkeit sachgerecht und angemessen ist.

Nicht selten ist in der notariellen Praxis festzustellen, dass z. B. für die Fälligkeitsmitteilung oder die Vollzugsüberwachung starre Teilwerte angenommen werden (häufig: Teilwert von 30 %). Die Annahme eines Teilwertes von 30 % dürfte dabei bei Einzelfallbetrachtung kaum angreifbar sein, weil er sich für Tätigkeiten geringeren Umfangs zwar im oberen Bereich des Ermessensrahmens bewegt, ein Ermessensfehlergebrauch dürfte jedoch kaum vorliegen. Bei umfangreicheren, schwierigen und haftungsträchtigen Betreuungstätigkeiten liegt ein Teilwert von 30 % eher im unteren Ermessensrahmen des Notars. Im Vergleich mit unterschiedlichen Sachverhalten liegt allerdings wegen der Gleichbehandlung ungleicher Sachverhalte ein Ermessensnichtgebrauch bzw. -fehlergebrauch vor, wenn der Notar stets den gleichen Teilwert annimmt. Eine Beanstandung durch die Kostenprüfung der Aufsichtsbehörde ist dann – wie in dem vom OLG Hamm entschiedenen Fall – die logische Folge.

## 2. Ermessensausübung

Nach herrschender Meinung in Literatur und Rechtsprechung ist der Geschäftswert für eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO nach § 30 Abs. 1 KostO mit einem Bruchteil des Wertes für das Hauptgeschäft zu bestimmen.<sup>2</sup> Der Notar muss dabei sein Ermessen auszuüben, je nach dem, um welche Tätigkeit es sich handelt. Maßgebliche Kriterien für die Ermessensausübung sind das Ausmaß der Verantwortlichkeit des Notars, seine Haftung, der Umfang seiner Tätigkeit und die Gebührengerechtigkeit.<sup>3</sup>

Wird der vom Notar festgesetzte Teilwert nach § 156 Abs. 1 KostO durch das LG überprüft, ist die pflichtgemäße Ermessensausübung durch den Notar nur auf Rechtsfehler nachprüfbar. Die Ermessensausübung des Notars ist daher im Beschwerdeverfahren nur eingeschränkt überprüfbar. Das Gericht muss somit prüfen, ob der Notar die Grenzen des ihm eingeräumten Ermessens überschritten hat, ob er von ungenügenden Feststellungen ausgegangen ist, ob er wesentliche Gesichtspunkte außer Acht gelassen oder sich mit den Denkgesetzen oder allgemeinen Grundsätzen der Lebenserfahrung in Widerspruch gesetzt hat. Weiter ist zu prüfen, ob ein sonstiger dem Sinn und Zweck des Gesetzes zuwiderlaufender Ermessensfehler vorliegt. Die Angemessenheit der in der angefochtenen Wertbestimmung enthaltenen Angaben über einen Prozentsatz ist der Nachprüfbarkeit durch das Beschwerdegericht entzogen.<sup>4</sup> Eine eigene Ermessensentscheidung

kann das Gericht nur treffen, wenn ein Ermessensfehler des Notars vorliegt.<sup>5</sup> Ein Ermessensfehler liegt nur vor, wenn die Notwendigkeit der Ermessensausübung selbst verkannt wird (Ermessensnichtgebrauch) oder von dem Ermessen in einer mit der gesetzlichen Grundlage nicht vereinbaren Weise Gebrauch gemacht wird (Ermessensfehlergebrauch), insbesondere die nach der gesetzlichen Grundlage maßgebenden Gesichtspunkte nicht oder unvollständig gegeneinander abgewogen worden sind.<sup>6</sup>

Der sachgerechte Teilwert soll daher nach Abwägung aller wertrelevanten Umstände des Einzelfalls bestimmt werden. Ein Teilwert von 50 % sollte unter Beachtung der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur nur dann überschritten werden, wenn es sich um einen ungewöhnlich schwierigen, aufwändigen und risikobehafteten Fall handelt.<sup>7</sup> Ein Geschäftswert von 50 % des Kaufpreises für eine Fälligkeitsmitteilung oder Vollzugsüberwachung dürfte für Normalfälle die absolute Obergrenze sein, wobei bereits ein Wert von mehr als 30 % eine erhebliche Bedeutung der Amtstätigkeit voraussetzt.<sup>8</sup> Nicht ausgeschlossen ist für besonders begründete Ausnahmefälle auch ein Überschreiten, ggf. sogar einen Wertansatz bis 100 % des Ausgangswertes.<sup>9</sup> Das könnte beispielsweise für Fälligkeitsüberwachungen bezüglich des Kaufpreises sein, wenn im Grundbuch ein Zwangsversteigerungsvermerk eingetragen ist und der Notar auch die Rücknahme der Zwangsversteigerungsanträge der betreibenden Gläubiger zu überwachen hat.

## 3. BGH-Rechtsprechung zur Vollzugsüberwachung

Mit Beschluss vom 12.5.2005 hat der BGH<sup>10</sup> zur Höhe des Geschäftswerts für eine Vollzugsüberwachung bezüglich der Auflassung bei einem Kaufvertrag entschieden. Die Überwachungstätigkeit des Notars bestand darin mit der Veranlassung des Vollzugs der Auflassung abzuwarten, bis der Verkäufer bestätigt hat, den Kaufpreis erhalten zu haben. Der BGH hat ausgeführt, dass die Prüfung der Bestätigung des Verkäufers für den Notar in einem solchen Fall wenig Aufwand bereitet, wenn der Verkäufer zudem das vom Notar vorbereitete Schreiben verwendet und ohne Zusätze oder Abänderungen dem Notar zügig zusendet. In anderen Fällen kann jedoch die Prüfung der Bestätigung dem Notar mehr Mühe bereiten als der Einsatz anderer Aufklärungsmittel. So kann es notwendig sein, den Verkäufer zur Erteilung der Bestätigung anzuhalten, wenn er untätig bleibt. Die Bestätigung kann auch auslegungsbedürftig oder deshalb schwierig zu prüfen sein, wenn der Kaufpreis etwa in Raten zu zahlen ist oder dem Verkäufer nicht vollständig zugutekommt, sondern teilweise für die Lastenfreistellung zu verwenden ist. Der Kaufpreis kann auch an mehrere Verkäufer anteilig zu zahlen sein, was den Prüfungsaufwand des Notars deutlich ansteigen lässt. Im entschiedenen Fall hatte der Notar eine „einfache“ Kaufpreisüber-

<sup>5</sup> Begründet wird dieser Eingriff in das Notarermessen mit prozessökonomischen Überlegungen, BGH, JurBüro 2009, 153.

<sup>6</sup> OLG Köln, NJW-RR 1996, 364; OLG Hamm, FGPrax 2006, 36.

<sup>7</sup> OLG Düsseldorf, FGPrax 1995, 246 ff.; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 226; *Bengel/Tiedtke*, DNotZ 2004, 258, 280 ff.

<sup>8</sup> Vgl. zur Vollzugsüberwachung BGH, ZNotP 2005, 354 = DNotZ 2005, 867 = JurBüro 2005, 485 = MittBayNot 2005, 433 = NotBZ 2005, 289; OLG Düsseldorf, JurBüro 2009, 204.

<sup>9</sup> *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 147 Rdnr. 185 ff.; *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1847.

<sup>10</sup> DNotZ 2005, 867 = MittBayNot 2005, 435 = ZNotP 2005, 354 m. Anm. *Tiedtke* = RNotZ 2006, 342 m. Anm. *Klein* und *H. Schmidt* = JurBüro 2005, 485 = NotBZ 2005, 289.

<sup>2</sup> *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 147 Rdnr. 187 ff.; BayObLG, DNotZ 1980, 185 m. w. N.; *Mümmeler*, JurBüro 1988, 1372.

<sup>3</sup> *Korintenberg/Bengel/Tiedtke*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 147 Rdnr. 187 mit Hinweis auf OLG Köln, Rpfleger 1980, 491; OLG Hamm, FGPrax 2006, 36.

<sup>4</sup> BayObLG, JurBüro 1982, 1385; dasselbe, JurBüro 1997, 487; OLG Düsseldorf, JurBüro 1996, 101; OLG Köln, MittRhNotK 1991, 226, 227; KG, VIZ 1995, 117, 118.

wachung durchzuführen und der Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO einen Teilwert von 10 % des Kaufpreises zugrunde gelegt. Der BGH hat dies nicht beanstandet. Daraus kann aber nicht die Schlussfolgerung gezogen werden, dass stets nur von einem Teilwert von 10 % auszugehen ist. Auch hier wird man dem Notar einen Ermessensrahmen zugestehen müssen. § 30 Abs. 1 KostO bietet dem Notar einen Ermessensrahmen, den er im Einzelfall unter Abwägung aller Umstände auszuüben hat. Deshalb dürfte auch ein Teilwert von 30 % für eine einfache Überwachungstätigkeit noch innerhalb des dem Notar zustehenden Ermessensrahmens liegen, wenn auch an der oberen Grenze. Es kann angenommen werden, dass der BGH auch einen Teilwert von 20 % oder 30 % noch für angemessen gehalten hätte. Bei Tätigkeiten mit erhöhtem Risiko und größerem Aufwand wird ein Teilwert zwischen 30 % und 50 % angemessen sein. Ein darüber liegender Teilwert kann aber nur in besonders begründeten Ausnahmefällen sachgerecht und vertretbar sein.<sup>11</sup>

#### 4. Praxishinweise

Den Notarinnen und Notaren ist dringend zu empfehlen, für unterschiedliche Betreuungstätigkeiten mit unterschiedlichem Aufwand, Haftungsrisiko unter Berücksichtigung der Schwierigkeit der Tätigkeit usw. unterschiedliche Teilwerte anzusetzen. Die Spannbreite des Ermessensrahmens sollte dabei angemessen ausgeschöpft werden.

In der Praxis ist festzustellen, dass für einfache Tätigkeiten im Rahmen der Kaufpreisüberwachung ein Teilwert von ca. 20-30 % angesetzt wird, wenn die vertragskonforme Eintragung der Auflassungsvormerkung geprüft werden muss und evtl. eine Vorkaufsrechtsanfrage nach dem BauGB hinzukommt. Die Überwachung des Eintritts weiterer Fälligkeitsvoraussetzungen (z. B. weitere behördliche Genehmigungen, Lastenfreistellung) kann zu einer sukzessiven Erhöhung bis max. 50 % führen.

Gleiches gilt für die Überwachung des Vollzugs der Auflassung. Hängt die Vorlage von der Mitteilung des Verkäufers ab, den Kaufpreis erhalten zu haben, dürfte die Spannbreite von 10-30 % trotz anderer Auffassung des OLG Hamm nach wie vor vertretbar sein. Müssen Teilzahlungen an Verkäufer und Gläubiger geprüft werden, kann der Wert schrittweise bis zu 50 % angehoben werden.

#### 5. Ausblick auf die KostO-Reform

Das 2. KostRMOG und mit ihm das GNotKG als Nachfolgesetz zur KostO soll nachzeitigem Stand am 1.7.2013 in Kraft treten. Für diesen Termin des Inkrafttretens hat sich auch der Bundesrat ausgesprochen (Beschluss vom 12.10.2012).

Nach dem GNotKG entsteht, auch bei Durchführung mehrerer Betreuungstätigkeiten zu einem Rechtsgeschäft, nur eine 0,5-Gebühr aus dem vollen Wert der Urkunde (Stichwort: Verfahrenswert), KV-Nr. 22200 GNotKG, § 113 Abs. 1 GNotKG. Für die Überwachung von Treuhandaufträgen, z. B. gegenüber den Gläubigern des Verkäufers im Rahmen der Lastenfreistellung des Vertragsobjekts, fallen gesonderte Treuhandgebühren an. Für sie entsteht gemäß KV Nr. 22201 GNotKG eine 0,5-Gebühr aus dem vollen Wert der Auflage (§ 113 Abs. 2 GNotKG). Mehrere Treuhandaufträge (z. B. bei Löschung mehrerer Grundpfandrechte verschiedener Gläubiger) lösen gesonderte Gebühren aus.

Mit dem Inkrafttreten des GNotKG wird das hier besprochene Problem der zutreffenden Teilwertbestimmung im Sinne der Vereinheitlichung des Rechts beseitigt.

Notariatsoberrat *Werner Tiedtke*,  
Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

### Öffentliches Recht

20. EGBGB Art. 120 Abs. 1; GBO §§ 18, 22, 29, 84 Abs. 2 lit. b, § 85 Abs. 2; Unschädlichkeitszeugnisgesetz (Bay.) Art. 1 (*Anwendbarkeit des Unschädlichkeitszeugnisgesetzes nur bei Veräußerungsvorgang*)

1. **Zu den Voraussetzungen für die Löschung von Forst- und Weiderechten im Grundbuch.**
2. **Die Anwendbarkeit des Unschädlichkeitszeugnisgesetzes setzt einen Veräußerungsvorgang voraus. Ist die Veräußerung im Grundbuch vollzogen, kommt eine Löschung der Belastung auf dieser Grundlage nicht mehr in Betracht.**

OLG München, Beschluss vom 26.9.2012, 34 Wx 30/12; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Im Grundbuch war die Beteiligte zu 1, ein Kraftwerksunternehmen in der Rechtsform der Kommanditgesellschaft, als Eigentümerin (unter anderem) des Grundstücks ... (Landwirtschaftsfläche, Gebäude- und Freifläche) eingetragen. Das Grundstück wurde zerlegt (Flst. ... : Gebäude- und Freifläche; Flst. ... : Landwirtschaftsfläche). Das Grundstück Flst. ... wurde sodann am 16.12.2011 an den Beteiligten zu 2, den Komplementär der Beteiligten zu 1, aufgelassen und mit dem Vollzug der Auflassung die Aufhebung der Vereinigung beider Flurstücke beantragt. Demgemäß wurde es am 29.3.2012 auf ein neues Grundbuchblatt übertragen; zugleich wurde der Beteiligte zu 2 als Eigentümer eingetragen.

Der Beteiligte zu 2 hat mit anwaltlichem Schreiben vom 16.11.2011 die Löschung der im Grundbuch in der Zweiten Abteilung (Nr. 1) vorgetragenen und am 14.11.1911 eingetragenen Forst- und Weiderechte für die auf einem anderen Grundbuchblatt näher bezeichneten Berechtigten beantragt. Er hat dies für das Grundstück Flst. ... damit begründet, dass es mit einem Wohnhaus bebaut und umzäunt sei und er bereits 1995 an die Weidegenossenschaft eine von deren Vorstand bestätigte Ablöse bezahlt habe. Das dingliche Recht sei nur noch eine „leere Hülse“. Grunddienstbarkeiten, die als solche nicht mehr ausgeübt werden könnten, seien von Amts wegen zu löschen.

Mit Zwischenverfügung vom 13.1.2012 hat das Grundbuchamt die fehlenden Löschungsbewilligungen der Forst- und Weiderechtigen bzw. ihrer Rechtsnachfolger beanstandet. Soweit die Forst- und Weiderechte als subjektiv dingliche Rechte beim berechtigten Anwesen gebucht seien, sei weiterhin auch die Bewilligung der Drittberechtigten erforderlich. Im Fall einer Löschungsbewilligung durch die Gemeinschaft bzw. Vereinigung (Rechtlerverband) sei weiter der Nachweis der entsprechenden Vertretungsberechtigung bzw. einer Vollmacht jeweils in der Form des § 29 GBO vorzulegen.

Das Grundbuchamt vertritt die Auffassung, bei den Belastungen handle es sich um dingliche Rechte auf wiederkehrende Entnahme oder wiederkehrende Lieferung von Walderzeugnissen sowie Heim- und Almweiderechte. Für diese Art von Rechten käme nur eine Löschung nach § 84 Abs. 2 lit. b GBO in Betracht, wenn sie aus tatsächlichen Gründen nicht mehr ausgeübt werden könnten. Eine objektive oder dauerhafte Unmöglichkeit der Ausübung sei jedoch nicht gegeben. Bebauung und Umzäunung machten die Ausübung der Rechte nicht dauerhaft und für alle Zukunft unmöglich, da der Berechtigte gerade deswegen die Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes verlangen könne.

Was die Ablöse angehe, sei nicht feststellbar, inwieweit sämtliche eingetragenen Berechtigten und deren Rechtsnachfolger ordnungsgemäß durch den Verband vertreten würden. Etwaige frühere Vollmachten seien mittlerweile durch diverse Erbgänge und Veräußerungen

<sup>11</sup> Vgl. *Notarkasse A. d. ö. R.*, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 1847 m. w. N.

nicht mehr aktuell. Auch dürften wohl nicht sämtliche eingetragenen Berechtigten und deren Rechtsnachfolger Mitglieder der Vereinigungen sein.

Demnach seien Löschungsbewilligungen bzw. eine Pfandfreigabe von sämtlichen Berechtigten (bzw. deren Rechtsnachfolgern) in jeweils notariell beglaubigter Form erforderlich, bei Buchung als subjektiv dingliche Rechte ferner noch die Bewilligung der Drittberechtigten. Eine Abschreibung (nach § 1026 BGB) scheidet aus.

Eine „Freiveräußerungsklausel“, die die Freigabeerklärungen der Berechtigten überflüssig machen würden, liege dem AG lediglich als unbeglaubigte Kopie vor.

Gegen die am 13.1.2012 zugestellte Zwischenverfügung richtet sich die Beschwerde. Es sei unmöglich, 465 Berechtigte zur formgerechten Abgabe einer Löschungsbewilligung zu bewegen. Mittels Ortsbesichtigung könne sich das AG davon überzeugen, dass sich das Grundstück in einem Baugebiet befinde, selbst eingezäunt und bebaut sei und das Forstrecht nur noch eine „leere Hülse“ darstelle. Das AG hätte zudem prüfen müssen, ob und inwieweit ein Unschädlichkeitszeugnis hätte erteilt werden können.

Schließlich wird auf die vom Grundbuchamt angesprochene Freiveräußerungsklausel („Konstatierung“ vom 18.12.1911) hingewiesen.

Das AG hat nicht abgeholfen.

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Zwischenverfügung ist – aus formellen Gründen – aufzuheben.

1. Das Rechtsmittel ist als Beschwerde der Beteiligten zu 1 gegen die Zwischenverfügung (§ 71 Abs. 1 i. V. m. § 18 Abs. 1 GBO) zulässig. Die Beteiligte zu 1 ist insbesondere (noch) beschwerdeberechtigt. Es spielt in diesem Zusammenhang keine Rolle, ob sie im ersten Rechtszug wirksam Anträge gestellt hat (vgl. BayObLGZ 1980, 37, 40; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 71 Rdnr. 63). Sie ist Eigentümerin eines der betroffenen Grundstücke, das mit Rechten in Abteilung II belastet ist. Ihre Antragsberechtigung ergibt sich insoweit aus § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO.

Nichts anderes ergibt sich hinsichtlich des Beteiligten zu 2, der nun – im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts – Eigentümer des Grundstücks Flst. ... ist. Auch er wäre, jedenfalls jetzt, berechtigt, einen Antrag auf Löschung der Forst- und Weiderechte zu stellen (vgl. § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO).

2. Aus formellen Gründen kann die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO keinen Bestand haben.

Zwischenverfügungen sind ein Mittel, um der beantragten Eintragung dem nach dem Eingang des Antrags sich bestimmenden Rang zu sichern, der bei sofortiger Zurückweisung nicht gewahrt bliebe. Eine Zwischenverfügung ist daher nicht zulässig, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann; denn andernfalls erhielte die beantragte Eintragung einen Rang, der ihr nicht gebührt; in diesem Fall ist der Antrag sofort zurückzuweisen (st. Rspr. des Senats; vgl. *Demharter*, § 18 Rdnr. 8 m. w. N.; aus der Rechtsprechung BayObLG, NJW-RR 1991, 465; OLG Schleswig, FGPrax 2010, 282; OLG Köln, FGPrax 2010, 14 = MittBayNot 2010, 473; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2012, 520). Das gilt für die fehlende Berichtigungsbewilligung nicht anders als für eine rechtsändernde Bewilligung (BayObLG, MittBayNot 1995, 42; OLG Düsseldorf, a. a. O.).

3. In der Sache ist – ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt – anzumerken:

a) Die Voraussetzungen des § 22 GBO – Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit – liegen nicht vor. An die Führung des Nachweises sind strenge Anforderungen zu stellen; ein

gewisser Grad von Wahrscheinlichkeit genügt nicht. Vielmehr hat der Antragsteller alle Möglichkeiten auszuräumen, die der Richtigkeit der begehrten (neuen) Eintragung entgegenstehen würden (etwa BayObLG, Rpfleger 1992, 19; OLG Düsseldorf, Rpfleger 2012, 520 f.; *Demharter*, § 22 Rdnr. 37). Ganz entfernte Möglichkeiten brauchen aber nicht widerlegt zu werden (BayObLG 1995, 416). Sind alte Forstberechtigungen im Grundbuch eingetragen, muss die behauptete Unrichtigkeit ebenso nachgewiesen werden, und zwar unabhängig davon, ob die Eintragung am Gutgläubensschutz des Grundbuchs teilnimmt oder nicht (siehe BayObLGZ 1972, 267).

(1) Die vorgelegte – unbeglaubigte – Ablösebestätigung vom 17.1.1995 belegt nach diesen – strengen – Maßstäben die Unrichtigkeit nicht. Das Grundbuchamt führt zutreffend an, dass nicht bewiesen ist, inwieweit die eingetragenen Berechtigten und deren Rechtsnachfolger ordnungsgemäß vertreten sind.

(2) Eine Abschreibung nach § 1026 BGB kann schon deshalb nicht vorgenommen werden, weil die Ausübung der Rechte nicht auf einem bestimmten Teil der belasteten Grundstücke beschränkt ist.

(3) Eine sog. Freiveräußerungsklausel, die bei Forstberechtigungen grundsätzlich in Betracht zu ziehen ist (BayObLGZ 1972, 267), ist im Grundbuch nicht eingetragen. Die Frage, ob sie im Weg der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) eingetragen und die Berechtigungen sodann unter erleichterten Voraussetzungen gelöscht werden könnten, stellt sich hier nicht. Dies würde im Übrigen den Nachweis voraussetzen, dass eine solche Beschränkung der Berechtigungen schon immer besteht. Die dem Grundbuchamt vorliegende „Konstatierung“ vom 18.12.1911 ist für einen derartigen Nachweis schon deshalb nicht ausreichend, weil sie dem Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 GBO vorliegt.

b) Eine Löschung der Forst- und Weiderechte kommt grundsätzlich nach Art. 1 Unschädlichkeitszeugnisgesetz (UnschZG; BayRS IV, 582) in Betracht, wenn Teilflächen eines belasteten Grundstücks veräußert werden. Dann wird das Trennstück ohne Einwilligung der Berechtigten von den Belastungen frei, wenn von dem AG, bei welchem das Grundbuch für das Grundstück geführt wird, festgestellt ist, dass die Veräußerung für die Berechtigten unschädlich ist. Anwendungsbereich des Unschädlichkeitszeugnisses ist entsprechend der Vorbehaltssnorm in Art. 120 Abs. 1 EGBGB die Veräußerung des belasteten Grundbesitzes. Maßgeblich ist die Änderung der rechtlichen Zuordnung von (Teil-)Flächen, gerade hierfür soll das Unschädlichkeitszeugnis als Ersatz für die sonst notwendige Bewilligung Betroffener erteilt werden. Nicht anwendbar ist hingegen das Gesetz etwa bei bloßen Abschreibungen von Fremdflächen im eigenen Besitz (vgl. *Kirchmayer*, Rpfleger 2004, 203 f.). Denn für Löschungen außerhalb des Anwendungsbereichs des Art. 120 EGBGB fehlt eine rechtliche Grundlage.

Deshalb ist hier für das Grundstück Flst. ... schon offensichtlich die Anwendbarkeit der Regeln über das Unschädlichkeitszeugnis ausgeschlossen, weil eine Veränderung in der eigentumsrechtlichen Zuordnung nicht stattgefunden hat. Hinsichtlich des Grundstücks Flst. ... ist die eigentumsrechtliche Zuordnung abgeschlossen, ohne dass der für das Unschädlichkeitszeugnis notwendige Antrag (Art. 4) gestellt und das Zeugnis erteilt wurde. Nach eigentumsrechtlicher Neuzuordnung fehlt eine Grundlage, das Gesetz noch anzuwenden. Zudem hat der Erwerber gemäß der Auflassungsurkunde das Grundstück mit den eingetragenen Belastungen ausdrücklich übernommen.

c) Bei den eingetragenen Belastungen handelt es sich um Forst- und Weiderechte, die sich ihrerseits entweder als

Grunddienbarkeit oder Reallast darstellen. Deren Löschung als gegenstandslos setzt nach § 84 Abs. 2 lit. b GBO voraus, dass das Recht, auf das sich die Eintragung bezieht, aus tatsächlichen Gründen dauernd nicht ausgeübt werden kann. Damit sind Fälle gemeint, in denen die Rechtsausübung wegen eines andauernden widrigen Zustands des belasteten Grundstücks unmöglich ist, und dies auch nur dann, wenn der Berechtigte die ausübungshindernden Grundstücksveränderungen hinnehmen muss, er also kraft seines dinglichen Rechts keinen Anspruch auf Wiederherstellung des ursprünglichen Zustandes mehr hat (BayObLGZ 1986, 218, 221). Für die Löschung von Forst- und Weiderechten wird eine derartige Möglichkeit in der Literatur erörtert, etwa bei völliger Überbauung eines Grundstücks (Kohler in *Bauer/von Oefele*, GBO, 2. Aufl., § 84 Rdnr. 16; *Peter*, BWNotZ 1983, 49, 50 f.). Das Grundbuchamt hat inzident im Rahmen der Zwischenverfügung die Voraussetzungen für eine Löschung von Amts wegen verneint. Der Senat hat dies schon deshalb nicht zu beurteilen, weil die Entscheidung des Grundbuchamts, ein Verfahren zur Löschung gegenstandsloser Eintragungen von Amts wegen (nicht) durchzuführen, in dessen Ermessen steht und nicht mit dem Rechtsmittel der Beschwerde angreifbar ist (vgl. § 85 Abs. 2 GBO; dazu *Demharter*, § 85 Rdnr. 6 einerseits; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 85 Rdnr. 13 andererseits zur strittigen Frage der Zulässigkeit einer Rechtspflegereinerinerung).

(...)

## Steuerrecht

21. AO § 39 Abs. 2 Nr. 1; EStG § 17 Abs. 2 (*Vorbehaltsnießbraucher als wirtschaftlicher Eigentümer der Gesellschaftsanteile*)

**Wem Gesellschaftsanteile im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs übertragen werden, erwirbt sie nicht im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG, wenn sie weiterhin dem Nießbraucher nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen sind, weil dieser nach dem Inhalt der getroffenen Abrede alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsverrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann.**

BFH, Urteil vom 24.1.2012, IX R 51/10

Der Vater des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) war im Jahr 2001 mit 90 % an einer Gebäude Service GmbH (GmbH) beteiligt, deren Stammkapital 70.000 DM betrug. Er schenkte dem Kläger im Jahr 2001 einen Gesellschaftsanteil im Nennbetrag von 21.000 DM (30 %). Die Anschaffungskosten des Vaters betragen 175.392,86 DM. Im Jahr 2002 erwarb der Kläger einen Geschäftsanteil im Nennbetrag von 2.300 DM (3,29 %) für 150.000 DM von einer (weiteren) Anteilseignerin. Im Rahmen der Euroumstellung wurde das Stammkapital der GmbH im Jahr 2004 geringfügig auf 36.000 € angehoben.

Aufgrund notariell beurkundeten Vertrags vom 16.3.2004 übertrug der Vater dem Kläger drei weitere Gesellschaftsanteile von 12.550 €, 8.700 € und 2.450 €, insgesamt also 23.700 € (65,83 %). Die Anschaffungskosten des Vaters für diese GmbH-Anteile beliefen sich auf 293.270,11 €. Der Vater behielt sich gemäß Ziffer III dieses Vertrags an den übertragenen Beteiligungen den lebenslänglichen unentgeltlichen Nießbrauch vor. Dem Nießbraucher gebührten danach die während des Nießbrauchs auf die Beteiligungen entfallenden ausgeschütteten Gewinnanteile. Zwar standen die mit den übertragenen Beteiligungen verbundenen Mitgliedschaftsrechte wie z. B. das Stimmrecht dem Kläger zu. Er bevollmächtigte jedoch den Vater unwiderruflich zur Ausübung des Stimmrechts in sämtlichen

Gesellschaftsangelegenheiten und verpflichtete sich gegenüber dem Vater (unter anderem), von seinem eigenen Stimmrecht hinsichtlich der übertragenen Anteile keinen Gebrauch zu machen bzw. ersatzweise nach Weisung des Nießbrauchers (des Vaters) zu stimmen. Außerdem wurde vereinbart, dass der Kläger im Falle des früheren Ablebens seines Vaters seiner Mutter als dauernde Last einen monatlichen Betrag in Höhe von 2.000 € zahlen musste. Nach Vertragsdurchführung betragen die Anteile des Klägers am Stammkapital der GmbH 35.700 € (99,17 %) und der Anteil des Vaters 300 € (0,83 %).

Der Kläger und sein Vater verkauften sämtliche Anteile an der GmbH aufgrund des notariell beurkundeten Vertrags vom 29.11.2006 für 3.220.000 € an eine KG. Die Übertragung war aufschiebend bedingt bis zur – nicht vor dem 8.1.2007 zu erfüllenden – Zahlung des Kaufpreises. Im Rahmen einer Vereinbarung vom 15.12.2006 verzichtete der Vater des Klägers auf seine eingeräumten Nießbrauchrechte und die Mutter des Klägers auf die aufschiebend bedingte dauernde Last. Als Gegenleistung für den Verzicht vereinbarten die Vertragsparteien (Vater, Mutter und der Kläger) einen Ablösebetrag von 1.679.800 €, der für den Kläger unmittelbar von der KG auf das Konto des Vaters zu zahlen war.

In seiner Einkommensteuererklärung für das Streitjahr (2007) erklärte der Kläger einen Veräußerungsgewinn von 525.636,90 €, den er wie folgt ermittelte:

Veräußerungserlös	3.220.000 €	
	x 99,17 %	= 3.193.166,67 €
./. Anschaffungskosten (AK)	459.727,74 €	
	(eigene und nach § 17 Abs. 2 Satz 5 des Einkommensteuergesetzes EStG maßgebende AK des Vaters)	
	+ 1.679.800,00 €	
	(Ablösezahlung)	= 2.139.527,74 €
./. Veräußerungskosten		2.365,13 €
Veräußerungsgewinn		1.051.273,80 €
Anzusetzen nach Halbeinkünfteverfahren		525.636,90 €

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA) erkannte den vom Kläger an den Vater gezahlten Ablösebetrag nicht als nachträgliche Anschaffungskosten an, ermittelte einen Veräußerungsgewinn von 2.731.073 € und unterwarf diesen in Anwendung des Halbeinkünfteverfahrens zur Hälfte der Besteuerung.

Die Klage hatte Erfolg. Das FG gelangte in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte 2011, 131 veröffentlichten Urteil zu der Auffassung, dass der Kläger Gesellschaftsanteile aufgrund der notariellen Schenkungsurkunde unentgeltlich erworben habe und dass er die Ablösezahlung von 1.679.800 € als nachträgliche Anschaffungskosten habe aufwenden müssen, um sich die vollständige rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht an den Anteilen zu verschaffen. Das FG setzte die Einkommensteuer für das Streitjahr im Urteil vom 6.8.2010 zunächst auf 274.468 € fest, änderte diese Festsetzung allerdings auf Antrag des Klägers durch Ergänzungsurteil vom 17.9.2010, indem es die Einkommensteuer 2007 auf nunmehr 269.269 € festsetzte.

Hiergegen richten sich die Revisionen des FA, die es auf rechtsfehlerhafte Anwendung des § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG in der Fassung des Streitjahres (2007) stützt. (...)

*Aus den Gründen:*

## II.

Die Revisionen des FA sind begründet und führen nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO zur Aufhebung der angefochtenen Urteile und zur Zurückverweisung der Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG.

Die Urteile sind aufzuheben, weil das FG von einem unentgeltlichen Erwerb der Gesellschaftsanteile durch den Kläger



aufgrund des notariell beurkundeten Vertrags vom 16.3.2004 gemäß § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG ausgegangen ist, ohne zu prüfen, ob ihm die Gesellschaftsanteile nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen sind.

1. Zu den Einkünften aus Gewerbebetrieb gehört auch der Gewinn aus der Veräußerung von Anteilen an einer Kapitalgesellschaft, wenn der Veräußerer innerhalb der letzten fünf Jahre am Kapital der Gesellschaft unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 1 % beteiligt war. Ist danach die im Streitjahr vollzogene Veräußerung an die KG unstreitig steuerbar, so ist problematisch, welche Anschaffungskosten bei der Ermittlung des Gewinns nach § 17 Abs. 2 EStG zu berücksichtigen sind.

a) Das FG geht mit den Beteiligten davon aus, der Kläger habe die Gesellschaftsanteile vom Vater unentgeltlich im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG erworben. Indes kann der Senat aufgrund der Feststellungen des FG nicht prüfen, ob die Gesellschaftsanteile dem Kläger aufgrund des notariell beurkundeten Vertrags auch nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zuzurechnen waren oder ob das wirtschaftliche Eigentum an den Anteilen erst mit dem Verzicht des Vaters auf das Nießbrauchrecht – und damit entgeltlich gegen Zahlung des Ablösebetrags – übergegangen ist.

b) Wirtschaftsgüter sind dem Eigentümer zuzurechnen (§ 39 Abs. 1 AO). Abweichend von der zivilrechtlichen Eigentümerstellung an Wirtschaftsgütern sind Wirtschaftsgüter demjenigen zuzurechnen, der die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO). Das wirtschaftliche Eigentum an einem Kapitalgesellschaftsanteil geht nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO auf einen Erwerber über, wenn er aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht) sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind (st. Rspr. des BFH, vgl. die Urteile vom 26.1.2011, IX R 7/09, BFHE 232, 463, BStBl II 2011, S. 540, und vom 20.7.2010, IX R 38/09, BFH/NV 2011, 41, jeweils m. w. N.).

Diese Grundsätze gelten auch, wenn zu entscheiden ist, ob der Veräußerer den veräußerten Anteil unentgeltlich im Sinne von § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG „erworben“ hat. Hat er kein wirtschaftliches Eigentum an dem Gesellschaftsanteil erlangt, hat er ihn nicht erworben.

c) Ist der Gesellschaftsanteil unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs „unentgeltlich“ übertragen worden, fehlt es am Erwerb des Gesellschaftsanteils, wenn der übertragene Geschäftsanteil als wirtschaftliches Eigentum nach § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO dem Vorbehaltsnießbraucher zuzurechnen ist (vgl. in diesem Sinne auch BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07, BFHE 224, 144, BStBl II 2009, S. 312 = MittBayNot 2010, 156). Bereits zivilrechtlich ist der Nießbraucher einem Gesellschafter mit der Folge einer Zurechnung nach § 39 Abs. 1 AO gleichzustellen, wenn der Nießbrauch die gesamte Beteiligung umfasst und ihm eine Position vermittelt, die ihm (z. B. durch ihm eingeräumte Stimmrechtsvollmachten) entscheidenden Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft verschafft (Beschluss des BGH vom 5.4.2011, II ZR 173/10, DStR 2011, 1475 ff. m. w. N. aus Rechtsprechung und Schrifttum).

Erst recht ist dem Nießbraucher unter diesen Voraussetzungen der Gesellschaftsanteil steuerrechtlich nach § 39 Abs. 2 Nr. 1

AO zuzurechnen. Er ist wirtschaftlicher Eigentümer, wenn er nach dem Inhalt der getroffenen Abrede alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann (BFH, Urteil vom 6.10.2009, IX R 14/08, BFHE 228, 10, BStBl II 2010, S. 460, zur Quotentreuhand).

2. Nach diesen Maßstäben sind die angefochtenen Urteile aufzuheben. Das FG hat einen unentgeltlichen „Erwerb“ der Anteile durch den Kläger von seinem Vater angenommen, ohne § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO, § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG zu prüfen. Trotz des vom FG in Bezug genommenen Notarvertrags vom 16.3.2004 und der darin dem Vater als Nießbraucher eingeräumten unwiderruflichen Stimmrechtsvollmacht in sämtlichen Gesellschaftsangelegenheiten hat es die Anteile schon ab diesem Zeitpunkt dem Kläger zugerechnet und ist deshalb von einem unentgeltlichen Erwerb ausgegangen. Sofern aber das wirtschaftliche Eigentum an den übertragenen Anteilen zunächst beim Vater verblieben ist, hat dieser die Anteile wirtschaftlich erst mit dem Verzicht auf den Nießbrauch im Jahr 2006 an den Kläger übertragen, und zwar entgeltlich gegen die Ablösezahlung als Gegenleistung.

Auch dann sind dem Kläger allerdings Anschaffungskosten in Höhe der nämlichen Ablösezahlung gemäß § 255 Abs. 1 HGB entstanden. Das führt aber nicht dazu, dass sich das Urteil deshalb aus anderen Gründen als richtig darstellte (§ 126 Abs. 4 FGO): Denn das FG hätte dann einen zu niedrigen Gewinn der Besteuerung unterworfen. Es hat nach § 17 Abs. 2 Satz 5 EStG den maßgeblichen Gewinn – neben dem Ausgleichsbetrag als nachträgliche Anschaffungskosten – um die Anschaffungskosten des Vaters gemindert. Diese Vorschrift ist aber nicht anzuwenden und der Gewinn damit nicht um die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers zu mindern, wenn die Gesellschaftsanteile erst im Jahr 2006 entgeltlich übertragen worden sind.

(...)

## Anmerkung:

### 1. Sachverhalt

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt zusammengefasst: Mit notarieller Urkunde vom 16.3.2004 überträgt der Vater Geschäftsanteile zu insgesamt 65,83 % an einer GmbH unentgeltlich an seinen Sohn. Dabei behält er sich an diesen übertragenen Anteilen einen unentgeltlichen Nießbrauch auf seine Lebensdauer vor. Danach gebühren dem Nießbraucher die während des Nießbrauchs auf die Anteile entfallenden ausgeschütteten Gewinnanteile. Außerdem bevollmächtigt der Sohn seinen Vater unwiderruflich zur Ausübung des Stimmrechtes aus den übertragenen Anteilen in sämtlichen Gesellschaftsangelegenheiten und verpflichtet sich gegenüber dem Vater, von seinem eigenen Stimmrecht hinsichtlich der übertragenen Anteile keinen Gebrauch zu machen bzw. ersatzweise nach Weisung des Vaters, dem Nießbraucher, zu stimmen. Außerdem wird vereinbart, dass der Sohn im Falle des früheren Ablebens des Vaters an seine Mutter als dauernde Last einen monatlichen Betrag zu zahlen hat.

Mit notariellem Vertrag vom 29.11.2006 verkauft der Sohn sämtliche Anteile an der GmbH. Im Rahmen einer weiteren Vereinbarung zwischen dem Sohn und seinen Eltern verzichtet der Vater auf sein eingeräumtes Nießbrauchsrecht und die Mutter auf die aufschiebend bedingte dauernde Last. Als Gegenleistung verpflichtet sich der Sohn, an den Vater einen Ablösebetrag i. H. v. 1.679.800 € zu bezahlen, der auch geleistet wurde.

In seiner Einkommensteuererklärung geht der Sohn davon aus, dass der nach § 17 Abs. 2 EStG sich für ihn ergebende Veräußerungsgewinn in der Weise sich berechnet, dass vom erzielten Veräußerungserlös die an den Vater erbrachte Ablösezahlung abgezogen wird. Das Finanzamt erkannte jedoch den an den Vater gezahlten Ablösebetrag nicht als nachträgliche Anschaffungskosten an. Das FG Düsseldorf<sup>1</sup> entschied, dass die Ablösezahlung für einen Nießbrauch an einem unentgeltlich übertragenen Anteil an einer Kapitalgesellschaft nachträgliche Anschaffungskosten im Sinne des § 17 Abs. 1 EStG darstellt, wenn die Nießbrauchsablösung nicht im sachlichen Zusammenhang mit der unentgeltlichen Übertragung steht. Die dagegen vom Finanzamt eingelegte Revision führte gemäß der vorstehend abgedruckten Entscheidung des BFH zur Zurückverweisung an das FG zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung.

## 2. Problemstellung

Veräußerungsgewinn ist bei der Veräußerung einer wesentlichen Beteiligung im Sinne von § 17 EStG gemäß der Regelung in § 17 Abs. 2 Satz 1 EStG der Betrag, um den der Veräußerungspreis nach Abzug der Veräußerungskosten die Anschaffungskosten übersteigt. Hat der Veräußerer den veräußerten Anteil unentgeltlich erworben, so sind als Anschaffungskosten des Anteils die Anschaffungskosten des Rechtsvorgängers maßgebend, der den Anteil zuletzt entgeltlich erworben hat (§ 17 Abs. 2 Satz 5 EStG).

Unentgeltliche Rechtsgeschäfte sind jedoch keine Veräußerungen im Sinne von § 17 EStG, auch wenn die Übertragung der Anteile unter dem Vorbehalt des Nießbrauchs im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgt.<sup>2</sup>

Verzichtet der Nießbraucher gegen Abstandszahlung auf sein Nießbrauchsrecht, kommt es dadurch nicht zu einer Anteilsveräußerung, sofern der Verzicht auf einer neuen Entwicklung der Verhältnisse beruht, hatte der BFH bereits in einem Urteil vom 14.6.2005<sup>3</sup> entschieden, das auf einem ähnlichen Lebenssachverhalt beruhte. Er hatte es damit abgelehnt, bei der Besteuerung des Nießbrauchers die später erhaltene Abstandszahlung für den Verzicht auf das Nießbrauchsrecht als steuerpflichtige Einkünfte aus dem übertragenen Geschäftsanteil anzusehen. Diese Zahlung sei nicht als ein rückwirkendes Ereignis im Sinne von § 175 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO 1977 anzusehen, weil diese Zahlung nicht bereits im ursprünglichen Rechtsgeschäft angelegt war. Zu den steuerlichen Auswirkungen beim die Ablöse zahlenden Erwerber des Geschäftsanteiles waren in der Entscheidung keine Festlegungen erforderlich.

Das FG Düsseldorf sah sich durch diese Entscheidung nicht daran gehindert, die Abfindungszahlung als nachträgliche Anschaffungskosten zu berücksichtigen. Zum einen sei gemäß der in der Rechtsprechung üblichen weiten Auslegung des Begriffs der Anschaffungskosten im Sinne von § 17 EStG die Zahlung als nachträgliche Aufwendungen anzusehen, da diese durch das Gesellschaftsverhältnis veranlasst sei. Zum anderen bezog es sich auf die Rechtsprechung zur Ablösung von dinglichen Grundstücksbelastungen. Danach entstehen durch die Aufwendungen für die Ablösung eines dinglichen Nutzungsrechtes nachträgliche Anschaffungskosten des Vermögensgegenstandes „Grundstück“ im Sinne von § 255

Abs. 1 HGB.<sup>4</sup> Begründet wird dies im Grundstücksbereich damit, dass durch die Ablösezahlung der Grundstückseigentümer die Beschränkung seiner Eigentümerbefugnisse durch das dingliche Nutzungsrecht beseitigt und er sich die vollständige rechtliche und wirtschaftliche Verfügungsmacht an dem Grundstück verschaffe. In gleicher Weise sei daher auch die Ablösung des Nießbrauchsrechtes an einem Gesellschaftsanteil zu werten, so dass die Aufwendungen zur Ablösung eines Nießbrauchsrechtes regelmäßig als nachträgliche Anschaffungskosten im Sinne von § 17 Abs. 2 EStG anzusehen seien.<sup>5</sup>

Auch Literaturstimmen<sup>6</sup> schließen aus der Entscheidung des BFH vom 14.6.2005, dass der Abfindungsbetrag für den Verzicht des Vorbehaltsnießbrauchers bei diesem nicht der Einkommensteuer unterliegt, während er beim zahlenden zivilrechtlichen Eigentümer zu nachträglichen Anschaffungskosten führt.<sup>7</sup> Dies hat die für die Finanzverwaltung nachteilige Folge, dass durch den Ansatz des Ablösebetrages als Anschaffungskosten zwar beim zahlenden Beschenkten ein steuerlicher Vorteil entsteht, da er um den Betrag der Anschaffungskosten einen zukünftigen Veräußerungsgewinn mindern kann. Im Gegenzug hat jedoch niemand die erhaltene Ablössumme zu versteuern.<sup>8</sup> Lediglich dann, wenn beim Nießbraucher auf den übertragenen Geschäftsanteil ein Veräußerungserlös im Sinne von § 17 Abs. 1 EStG entsteht, würde dieser bei ihm steuerpflichtig erfasst werden können.

Daher verweist der BFH das Verfahren an das FG mit dem Prüfungsauftrag zurück, ob mit dem Verzicht gegen Abfindungszahlung erst das wirtschaftliche Eigentum auf den Erwerber des Geschäftsanteils übertragen wird. Dadurch würde es beim Nießbraucher erst im Zeitpunkt dieses Verzichts auf das Nießbrauchsrecht zum entgeltlichen Veräußerungsvorgang (Übertragung des wirtschaftlichen Eigentums) kommen und somit erst jetzt bei ihm ein nach § 17 EStG steuerpflichtiger Veräußerungserlös entstehen.

<sup>4</sup> St. Rspr. des BFH, siehe BFH, Urteil vom 22.2.2007, IX R 29/05, BFH/NV 2007, 1100 = BeckRS 2007, 25011370; Urteil vom 21. 7. 1992, IX R 14/89, BFHE 169, 313 = BStBl II 1993, S. 484 = DStR 1993, 196; Urteil vom 15.12.1992, IX R 323/87, BFHE 169, 386 = BStBl II 1993, S. 488 = DStR 1993, 198.

<sup>5</sup> FG Düsseldorf, Urteil vom 6.8.2010, 1 K 2690/09 E = DStRE 2012, 278.

<sup>6</sup> Geck, ZEV 2008, 2010, 2012; Anm. von HG, DStR 2005, 1853.

<sup>7</sup> Vgl. dazu auch Daragan, ZEV 2012, 286 in seiner Anmerkung zu diesem BFH-Urteil. Diese Ansicht kann durchaus richtig sein, gibt es doch im Steuerrecht kein allgemeines Korrespondenzprinzip von Einnahmen und Ausgaben in der Weise, dass die Abzugsmöglichkeit beim Zahlenden und die Besteuerung beim Empfänger nach Art, Höhe oder Zeitpunkt übereinstimmen müssten; klassisches Beispiel ist, dass zwar auch im privaten Vermögensbereich Mieteinkünfte steuerpflichtig sind, die Mietzahlung aber nicht steuermindernd geltend gemacht werden kann; vgl. auch Krüger in Schmidt, EStG, 31. Aufl., § 8 Rdnr. 11.

<sup>8</sup> Zu hinterfragen ist meines Erachtens jedoch, ob mit der Ablösezahlung tatsächlich auch nachträgliche Anschaffungskosten auf den Geschäftsanteil geleistet werden oder ob nicht damit die dem Nießbraucher vorbehaltenen Nutzungsrechte entgeltlich von diesem erworben werden. So wird im Bereich des ErbStG bei unentgeltlichem vorzeitigem Verzicht auf das Nießbrauchsrecht in den dem Nießbraucher zustehenden Nutzungen ein selbständiges Zuwendungs- und Bereicherungsobjekt gesehen, das nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG der Besteuerung unterliegt (Geck, DStR 2009, 1005, 1009; Götz/Hülsmann, DStR 2010, 2377, 2376 m. w. N.; Meincke, ErbStG, 15. Aufl., § 7 Rdnr. 55 a. E. unter Hinweis auf BFH/NV 90,373).

<sup>1</sup> Urteil vom 6.8.2010, 1 K 2690/09 E = DStRE 2012, 278.

<sup>2</sup> BFH, Urteil vom 14.6.2005, VIII R 14/04 = BStBl II 2006, S. 15 = ZEV 2005, 537 m. Anm. Fleischer = DStR 2005, 1853 = NJW-RR 2005, 1702.

<sup>3</sup> Siehe oben Fn. 2.

### 3. Begriff des wirtschaftlichen Eigentums

§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO regelt: Übt ein anderer als der Eigentümer die tatsächliche Herrschaft über ein Wirtschaftsgut in der Weise aus, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, so ist ihm das Wirtschaftsgut zuzurechnen.

Das wirtschaftliche Eigentum an einem Kapitalgesellschaftsanteil geht nach ständiger Rechtsprechung des BFH<sup>9</sup> auf einen Erwerber über (§ 39 Abs. 2 Nr. 1 AO), wenn der Erwerber des Anteils

- (1) aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und
- (2) die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen (Verwaltungs- und Vermögens-)Rechte (insbesondere Gewinnbezugsrecht und Stimmrecht) sowie
- (3) Risiko und Chance von Wertveränderungen auf ihn übergegangen sind.

Danach erlangt wirtschaftliches Eigentum, wer nach dem Inhalt der getroffenen Abrede alle mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte, insbesondere Gewinnbezugs- und Stimmrecht) ausüben und im Konfliktfall effektiv durchsetzen kann.<sup>10</sup>

Der Übergang des wirtschaftlichen Eigentums wird vom BFH nach dem Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall beurteilt. Eine von der zivilrechtlichen Inhaberstellung abweichende Zuordnung eines Wirtschaftsguts könne auch anzunehmen sein, wenn die vorstehend genannten Voraussetzungen nicht in vollem Umfang erfüllt sind. Demgemäß sei auch bei der Bestimmung des wirtschaftlichen Eigentums nicht das formal Erklärte oder formal-rechtlich Vereinbarte, sondern das wirtschaftlich Gewollte und das tatsächlich Bewirkte ausschlaggebend.<sup>11</sup>

Die Rechtstellung des wirtschaftlichen Eigentümers im Sinne von § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO werde dadurch gekennzeichnet, dass er den zivilrechtlichen Eigentümer im Regelfall von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann. Ihm müsse etwa auch der wirtschaftliche Erfolg aus einer Weiterveräußerung gebühren.<sup>12</sup>

Auch wenn der BFH diese Definition des wirtschaftlichen Eigentums in seinen Entscheidungen stets wörtlich wiederholt, verweist er in der Regel dann doch darauf, dass diese Voraussetzungen nicht jeweils im vollen Umfang erfüllt sein müssen. Ausschlaggebend ist meistens eine allgemeine Wertung, die sich daran ausrichtet, wer die mit der Beteiligung verbundenen wesentlichen Rechte (Vermögens- und Verwaltungsrechte, insbesondere Gewinnbezugs- und Stimmrecht) ausüben und effektiv durchsetzen kann. Ist dies nicht der

zivilrechtliche Eigentümer, wird der so mit Rechtsmacht Ausgestattete als wirtschaftlicher Eigentümer angesehen.

Allein das Nießbrauchsrecht nach den gesetzlichen Bestimmungen an einem GmbH-Anteil kann jedoch dem Nießbraucher nicht das wirtschaftliche Eigentum vermitteln.<sup>13</sup> Selbst wenn bei der Überlassung eines Grundstücks unter Nießbrauchsvorbehalt auch ein schuldrechtliches Veräußerungsverbot vereinbart und dieses durch eine Rückkauflassungsvormerkung gesichert wird, geht der BFH<sup>14</sup> bei einer unentgeltlichen Übertragung eines Grundstückes davon aus, dass das wirtschaftliche Eigentum auch zusammen mit dem zivilrechtlichen Eigentum auf den Erwerber übergeht. Eine andere Wertung kann auch bei der Übertragung von Gesellschaftsanteilen nicht zugrunde gelegt werden.<sup>15</sup> Verschenkt jedoch jemand GmbH-Anteile unter Nießbrauchsvorbehalt und regelt er die Ausübung des Stimmrechtes durch den Beschenkten in der Gesellschafterversammlung in der Weise, dass der Beschenkte entsprechend der Weisung des Schenkers zu verfahren hat, ansonsten der Widerruf der Schenkung angedroht ist, so bleibt der Schenker wirtschaftlicher Eigentümer der Anteile.<sup>16</sup>

Den Begriff des wirtschaftlichen Eigentums benutzt somit die Rechtsprechung als Besteuerungsinstrument, welches es ihr ermöglicht, nicht eindeutige Sachverhalte der Besteuerung zuführen zu können. Ob dieses bei der Überlassung von Kapitalgesellschaftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt und weiteren vereinbarten Beschränkungen sachgerecht ist, kann durchaus kritisch gesehen werden.<sup>17</sup> Zunächst wird man sich aber auf die aktuelle Rechtsprechung einstellen müssen.

### 4. Schenkungsteuerliche Folgen

Ob wirtschaftliches Eigentum übergeht oder zurückbleibt, spielt aber auch für die Schenkungsteuer eine Rolle, damit der Erwerber die Steuerbegünstigungen der §§ 13a, 13b ErbStG in Anspruch nehmen kann.

Eine ähnliche Problemstellung ist im Bereich der Personengesellschaften schon weitgehend ausdiskutiert. Der Beschenkte wird nicht steuerlicher Gesellschafter, also Mitunternehmer, wenn ihm dadurch die Mitunternehmerinitiative und das Mitunternehmerrisiko vorenthalten werden, dass der Schenker sich neben dem lebenslangen Nießbrauch auch die Ausübung der Gesellschafterrechte durch Stimmrechtsvollmacht vorbehält.<sup>18</sup> In diesem Fall kann dann auch das Steuerprivileg der §§ 13a, 13b ErbStG nicht für geschenkte Anteile an Personengesellschaften in Anspruch genommen werden.<sup>19</sup> Lediglich dann, wenn dem neuen Gesellschafter der Personengesellschaft (Kommanditist) zumindest die Stimmrechte im Bereich

<sup>9</sup> Vgl. BFH-Urteile vom 24.1.2012, IX R 69/10 (NV); vom 9.10.2008, IX R 73/06, BFHE 223, 145 = BStBl II 2009, S. 140, vom 11.7.2006, VIII R 32/04, BFHE 214, 326 = BStBl II 2007, S. 296, m. w. N.

<sup>10</sup> BFH, Urteil vom 18.5.2005, VIII R 34/01, BFH/NV 2009, 269 = BStBl II 2009, S. 140 = DStRE 2009, 313 = NJW-RR 2009, 467; Urteil vom 8.11.2005, VIII R 11/02, BFHE 211, 277 = BStBl II 2006, S. 253 = DStRE 2006, 247; Urteil vom 22.7.2008, IX R 61/05, BFH/NV 2008, 2004 = GmBH 2008, 1229.

<sup>11</sup> BFH, Urteil vom 11.7.2006, VIII R 32/04, a. a. O. (Fn. 9); Urteil vom 9.10.2008, IX R 73/06, a. a. O. (Fn. 9).

<sup>12</sup> BFH, Urteil vom 25.5.2011, IX R 23/10 = BStBl II 2012, S. 3.

<sup>13</sup> H. M., siehe *Ratschow* in *Klein*, AO, 11. Aufl., § 39 Rdnr. 23 m. w. N.

<sup>14</sup> Beschluss vom 20.12.2005, XB 128/05.

<sup>15</sup> BFH, Urteil vom 17. 2. 2004, VIII R 26/01 = BStBl II 2004, S. 651 = DStRE 2004, 744 = BFHE 205, 204.

<sup>16</sup> So bereits FG Niedersachsen, Urteil vom 19.3.2002, 1 K 178/97 rechtskräftig = DStRE 2003, 123 = ZEV 2003, 299.

<sup>17</sup> Siehe dazu *Daragan*, ZEV 2012, 286, in seiner Anmerkung zu diesem BFH-Urteil.

<sup>18</sup> Ein nach den Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch ist dagegen nicht schädlich, BFH, BStBl II 1983, S. 179.

<sup>19</sup> BFH, Urteil vom 10.12.2008, II R 34/07 = MittBayNot 2010, 156 = ZEV 2009, 149 m. Anm. *Götz*; siehe BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08 = DStR 2010, 868 = ZEV 2010, 320 (m. Anm. *Thomas Wachter*) zum alten § 13 ErbStG, wobei aber sich durch die Neuregelung ab 1.1.2009 keine Änderung ergibt (vgl. Anm. von *Schm*, DStR 2010, 868). Zu Gestaltungsüberlegungen siehe *Hochheim/Wagenmann*, DStR 2010, 1707.

der Grundlagengeschäfte verbleiben, wird der Übergang der Mitunternehmerstellung von der Rechtsprechung anerkannt.<sup>20</sup>

Nach neuem Recht kann zwar sowohl bei der Zuwendung von Anteilen an Personen- wie auch Kapitalgesellschaften unter Nießbrauchsvorbehalt infolge der Aufhebung des § 25 ErbStG der Wert des Nießbrauches vollständig von der Steuerbemessungsgrundlage abgezogen werden. Wird später auf das Nießbrauchsrecht verzichtet, handelt es sich schenkungsteuerlich aber um den Erwerb der Nutzungsrechte,<sup>21</sup> welche kein steuerprivilegiertes Betriebsvermögen im Sinne von § 13b ErbStG sind.<sup>22</sup>

Bei Kapitalgesellschaftsanteilen kommt es zwar auf die Kriterien von Mitunternehmerinitiative und -risiko nicht an. Jedoch bleibt die Frage offen, ob die Schenkung des neben dem vorbehaltenen Nießbrauch auch mit anderen Vorbehalten belasteten Kapitalgesellschaftsanteiles nach §§ 13a, 13b ErbStG noch steuerprivilegiert ist. Ob der ertragsteuerlich erst dann als vollzogen geltende steuerliche Rechtsübergang auch schenkungsteuerlich ebenso gewertet wird, muss aufgrund des rein an das Zivilrecht und nicht an wirtschaftliche Betrachtungen anknüpfenden Schenkungsteuerrechts<sup>23</sup> kritisch gesehen werden. Der BFH<sup>24</sup> hat für den Schenkungsvollzug die wirtschaftliche Betrachtungsweise im Erbschaftsteuerrecht bisher abgelehnt. Jedoch hat er bezüglich der Betriebsvermögensbegünstigung nach § 13a Abs. 4 Nr. 1 ErbStG a. F. (entspricht § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG n. F.) erst jüngst bei Übertragung von Personengesellschaftsanteilen die wirtschaftliche Betrachtungsweise herangezogen.<sup>25</sup> Begünstigt

**20** BFH, Urteil vom 16.12.2009, II R 44/08 = GmbHR 2010, 499; BFH/NV 2010, 690: Dem Beschenkten sollte das Stimmrecht bei folgenden Beschlüssen verbleiben, welches er aber nur mit Zustimmung des Schenkers und Vorbehaltsnießbrauchers ausüben durfte oder sollte: a) Änderung des Gesellschaftszwecks, b) Änderung der Beteiligungsverhältnisse, c) Änderung der Berechnung der Höhe der Auszahlungskonditionen und des Schlüssels für die Verteilung des Gewinns, Auseinandersetzungsguthabens oder Liquidationserlöses, d) Änderung der Regelungen über die Zuführung zu den Rücklagen und die Entnahmebefugnisse, e) Änderung des Zinssatzes für Guthaben auf den Gesellschafterkonten, f) Einlagenerhöhungen oder -herabsetzungen, g) Auflösung, Fortsetzung oder Umwandlung der Gesellschaft, h) sonstige Änderungen des Gesellschaftsvertrages, die die Rechtsstellung des Klägers als Nießbraucher beeinträchtigen würden.

Nur mit Zustimmung des Vorbehaltsnießbrauchers sollte der Beschenkte folgende „Gestaltungs- und Verfügungsrechte“ ausüben können: a) die Kündigung der KG, b) die Erhebung der Auflösungsklage gemäß § 133 HGB, c) die ganze oder teilweise Veräußerung des Kommanditanteils, d) die Erhebung sonstiger Klagen aus dem Gesellschaftsverhältnis, soweit sie die Angelegenheiten zu a) bis c) betreffen.

**21** Siehe oben Fn. 8.

**22** ErbStRi H E 13 b.5.

**23** ErbStRi H E 13 b.5.

**24** BFH, Urteil vom 28.6.2007, II R 21/05, BFHE 217, 254 = BStBl II 2007, S. 669 = ZEV 2007, 440.

**25** Nach der neueren Rechtsprechung des BFH (Urteil vom 1.9.2011, II R 67/09 = ZEV 2012, 51 m. Anm. *Viskorf/Haag*, ZEV 2012, 24) ist für die Anwendung des § 13b ErbStG im Bereich der Zuwendung eines Nießbrauchs an einem Personengesellschaftsanteil, welcher aufgrund seiner Ausgestaltung dem Nießbraucher die Mitunternehmerstellung vermittelt, die ertragsteuerliche und damit die wirtschaftliche Betrachtungsweise des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO maßgeblich.

werden sollen außerdem nach BVerfG<sup>26</sup> bei Betriebsvermögen ausdrücklich nur solche Erwerber, die den Betrieb „weiterführen“, „aufrechterhalten“ und „fortführen“.<sup>27</sup> Ob somit der Erwerber eines Geschäftsanteiles,<sup>28</sup> aus dem er letztlich keine eigenen grundlegenden unternehmerischen Entscheidungen treffen kann, die Begünstigungsvoraussetzungen von § 13b ErbStG erfüllt, ist jedoch durchaus fraglich.

## 5. Fazit

Die Ausgestaltung eines Nießbrauchsrechtes an einem Gesellschaftsanteil hat nicht nur im Personengesellschaftsbereich weitreichende Auswirkungen. Dort geht es um die Frage, ob der Nießbraucher oder der Erwerber steuerlicher Mitunternehmer ist, was sich danach entscheidet, wer gemäß den ihm an dem Personengesellschaftsanteil zustehenden Rechten die Mitunternehmerinitiative entfalten kann und das Mitunternehmerisiko trägt.<sup>29</sup> Auch bei der Übertragungsvereinbarung von GmbH-Anteilen unter Nießbrauchsvorbehalt hat die Art und Weise der Nießbraucher darüber hinaus vorbehaltenen Befugnisse unter Umständen weitreichende steuerliche Folgen. Verbleibt dem Veräußerer durch den Vorbehalt von über die gesetzlichen Regelungen des Nießbrauchsrechts hinausgehenden Befugnissen an dem übertragenen Geschäftsanteil das wirtschaftliche Eigentum, führt die Ablösezahlung für den späteren Verzicht auf das Nießbrauchsrecht beim Veräußerer zu einer Steuerbelastung aus dem Veräußerungserlös im Sinne von § 17 EStG. Der Erwerber hat dagegen den steuerlichen Vorteil durch nachträgliche Anschaffungskosten in Höhe des Ablösebetrages, die später bei einer Weiterveräußerung des Anteiles durch ihn sich erlösmindernd und damit steuerverringern auswirken. Bei jeder Vertragsgestaltung bezüglich der Übertragung von Gesellschaftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt ist daher dringend anzuraten, vor Abschluss der notariellen Urkunde das vorgesehene Rechtsgeschäft steuerlich detailliert überprüfen zu lassen.

Notar *Martin Wachter*, Günzburg

**26** BVerfG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 BvR 552/91, BVerfGE 93, 165 = BStBl II 1995, S. 671 = ZEV 1995, Beilage zu Heft 9, S. 10 = DSStR 1995, 1348.

**27** BFH, Urteil vom 23.2.2010, II R 42/08, a. a. O. (Fn. 19); ebenso Urteil vom 1.9.2011, II R 67/09, a. a. O. (Fn. 25).

**28** Nötig ist nach § 13b Abs. 1 Nr. 3 ErbStG n. F. eine unmittelbare Beteiligung oder über einen Pool i. S. d. § 13b Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 ErbStG vermittelte Beteiligung von mindestens 25 %.

**29** Siehe hierzu *Frank*, MittBayNot 2010, 96, 103; *Hochheim/Wagenmann*, ZEV 2010, 109 m. w. N.; *Levedag*, GmbHR 2010, 855, 860; *M. Wachter* in *Kersten/Bühling*, Formularbuch, 23. Aufl., § 131 Rdnr. 45 m. w. N. bzgl. Rechtsprechung.

## HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

### **Bewertung von Gebäuden gemäß § 19 KostO. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2012, 80). Neue Richtzahl ab 1.10.2012: 16,0**

*Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München*

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz und für Verbraucherschutz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2012 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 16,0. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80, und in Streifzug durch die KostO, 9. Aufl. 2012, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall wird auf *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 19 Rdnr. 58a, verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, a. a. O., § 19 Rdnr. 58a, am Ende).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

### 2012

Stand: 1.10.2012

#### Tabelle

#### **zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert**

#### Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2012 für Gebäude: 16,0

#### Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	12,672	12,672	12,672	12,544	12,416
2	12,544	12,672	12,416	12,288	11,904
3	12,416	12,544	12,288	12,032	11,520
4	12,288	12,544	12,160	11,776	11,136
5	12,160	12,416	12,032	11,520	10,624
6	12,032	12,416	11,776	11,264	10,240
7	11,904	12,288	11,648	11,008	9,856
8	11,776	12,288	11,520	10,752	9,344
9	11,648	12,160	11,392	10,496	8,960
10	11,520	12,032	11,136	10,240	8,576
11	11,392	12,032	11,008	9,984	8,064
12	11,264	11,904	10,880	9,728	7,680
13	11,136	11,904	10,752	9,472	7,296
14	11,008	11,776	10,496	9,216	6,784
15	10,880	11,648	10,368	8,960	6,400
16	10,752	11,648	10,240	8,704	6,016
17	10,624	11,520	10,112	8,448	5,504
18	10,496	11,392	9,856	8,192	5,120
19	10,368	11,392	9,728	7,936	4,736
20	10,240	11,264	9,600	7,680	4,224
21	10,112	11,136	9,472	7,424	<b>und darüber (Restwert = 30%): 3,840</b>
22	9,984	11,136	9,216	7,168	
23	9,856	11,008	9,088	6,912	
24	9,728	10,880	8,960	6,656	
25	9,600	10,752	8,832	6,400	
26	9,472	10,752	8,576	6,144	
27	9,344	10,624	8,448	5,888	
28	9,216	10,496	8,320	5,632	
29	9,088	10,368	8,192	5,376	
30	8,960	10,240	7,936	5,120	

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
31	<b>8,832</b>	<b>10,240</b>	<b>7,808</b>	<b>4,864</b>	
32	<b>8,704</b>	<b>10,112</b>	<b>7,680</b>	<b>4,608</b>	
33	<b>8,576</b>	<b>9,984</b>	<b>7,552</b>	<b>4,352</b>	
34	<b>8,448</b>	<b>9,856</b>	<b>7,296</b>	<b>4,096</b>	
35	<b>8,320</b>	<b>9,728</b>	<b>7,168</b>	<b>und darüber (Restwert = 30%): 3,840</b>	
36	<b>8,192</b>	<b>9,728</b>	<b>7,040</b>		
37	<b>8,064</b>	<b>9,600</b>	<b>6,912</b>		
38	<b>7,936</b>	<b>9,472</b>	<b>6,656</b>		
39	<b>7,808</b>	<b>9,344</b>	<b>6,528</b>		
40	<b>7,680</b>	<b>9,216</b>	<b>6,400</b>		
41	<b>7,552</b>	<b>9,088</b>	<b>6,272</b>		
42	<b>7,424</b>	<b>8,960</b>	<b>6,016</b>		
43	<b>7,296</b>	<b>8,832</b>	<b>5,888</b>		
44	<b>7,168</b>	<b>8,704</b>	<b>5,760</b>		
45	<b>7,040</b>	<b>8,576</b>	<b>5,632</b>		
46	<b>6,912</b>	<b>8,448</b>	<b>5,376</b>		
47	<b>6,784</b>	<b>8,320</b>	<b>5,248</b>		
48	<b>6,656</b>	<b>8,192</b>	<b>5,120</b>		
49	<b>6,528</b>	<b>8,064</b>	<b>4,992</b>		
50	<b>6,400</b>	<b>7,936</b>	<b>4,736</b>		
51	<b>6,272</b>	<b>7,808</b>	<b>4,608</b>		
52	<b>6,144</b>	<b>7,680</b>	<b>4,480</b>		
53	<b>6,016</b>	<b>7,552</b>	<b>4,352</b>		
54	<b>5,888</b>	<b>7,424</b>	<b>4,096</b>		
55	<b>5,760</b>	<b>7,296</b>	<b>3,968</b>		
56	<b>5,632</b>	<b>7,168</b>	<b>und darüber (Restwert = 30%): 3,840</b>		
57	<b>5,504</b>	<b>7,040</b>			
58	<b>5,376</b>	<b>6,912</b>			
59	<b>5,248</b>	<b>6,784</b>			
60	<b>5,120</b>	<b>6,656</b>			

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
61	<b>4,992</b>	<b>6,528</b>			
62	<b>4,864</b>	<b>6,400</b>			
63	<b>4,736</b>	<b>6,272</b>			
64	<b>4,608</b>	<b>6,144</b>			
65	<b>4,480</b>	<b>5,888</b>			
66	<b>4,352</b>	<b>5,760</b>			
67	<b>4,224</b>	<b>5,632</b>			
68	<b>4,096</b>	<b>5,504</b>			
69	<b>3,968</b>	<b>5,376</b>			
70	<b>und darüber (Restwert = 30%): 3,840</b>	<b>5,120</b>			
71		<b>4,992</b>			
72		<b>4,864</b>			
73		<b>4,736</b>			
74		<b>4,608</b>			
75		<b>4,352</b>			
76		<b>4,224</b>			
77		<b>4,096</b>			
78		<b>und darüber (Restwert = 30%): 3,968</b>			
79					
80					



## STANDESNAHRICHTEN

### 1. Verstorben:

Notar Dr. Hans-Jürgen Ringel, Arnstorf,  
verstorben am 5.11.2012

Amtsrat i. N. Walter Kapp, Höchstädt a. d. Donau,  
verstorben am 24.10.2012

### 2. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung vom 1.1.2013:

Notar Herbert Pöppelmann, München

Mit Wirkung vom 16.1.2013:

Notar Dr. Dieter Karl, München

Mit Wirkung vom 1.3.2013:

Notar Christoph Predel, München

Mit Wirkung vom 1.5.2013:

Notar Dr. Manfred Rapp, Landsberg a. Lech

### 3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung vom 1.1.2013:

Lauingen	dem Notar Dr. Sebastian Franck (bisher in Neu-Ulm)
----------	--

Mit Wirkung vom 2.1.2013:

München (in Sozietät mit Notar Dr. Schöner)	dem Notar a. D. Dr. Rainer Regler (bisher in München Geschäfts- führer der Landesnotarkammer Bayern)
---	--

### 4. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notar Thomas Wachter, München, wurde mit Wirkung  
vom 20.11.2012 promoviert

Notarassessor Stefan Gloser, Regensburg, wurde  
mit Wirkung vom 12.6.2012 promoviert

Notarassessor Dr. Florian Mächtel, Hammelburg  
(Notarstelle Dr. Kamp), ab 5.11.2012 in München  
(Notarstelle Dr. Bohrer)

Notarassessor Dr. Florian Meininghaus, München,  
ab 15.11.2012 Geschäftsführer der Landesnotarkammer  
Bayern

Notarassessor Jörg Theilig, Bamberg (Notarstelle  
Dr. Weiler), ab 1.2.2013 in Bamberg (Notarstellen  
Dr. Eue/Dr. Dietz)

Inspektor i. N. Daniel Nather, Landsberg a. Lech  
(Notarstellen Dr. Krafka/Schneider), ab 12.11.2012  
in Ochsenfurt (Notarstellen Zöpfl/Grömer)

Oberinspektorin i. N. Monika Eblicher, Wolfratshausen  
(Notarstelle Dr. Wübben), ab 1.12.2012  
in Bad Tölz (Notarstellen Dolp/Leitenstorfer)

Oberinspektorin i. N. Simone Gimpl, Amberg (Notar-  
stelle Dr. Frank), ab 1.12.2012 in Amberg (Notarstellen  
Hantke/Engelhard)

### 5. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2013:

*Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):*

Bernd Bös, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Ott/  
Dr. Dörnhöfer)

*Zum Oberamtsrat i. N. (Entgeltgruppe 12):*

Stefan Lutz, München (Notarstellen Siller-Bauer/  
Dr. Pfisterer)

Helmut Pfister, München (Notarstellen Kirchner/  
Thiede), zum 1.2.2013

*Zum Amtsrat i. N./zur Amträtin i. N. (Entgeltgruppe 11):*

Johann Hinterschwepfinger, Burghausen (Notarstelle  
Burgmann)

Maria Hottner, Schwandorf (Notarstelle Dr. Merkle)

Martin Jurkat, Kandel/Pfalz (Notarstellen Bechberger/  
Freunscht) zum 1.2.2013

Marianne Liebhart, Dachau (Notarstellen Bock/  
Dr. Triller)

Udo Mayer, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/  
Dr. Kiefer)

Roland Meister, Schweinfurt (Notarstellen Dr. Weiß/  
Muschel)

*Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10):*

Katrin Ferwagner, Vilsbiburg (Notarstelle Dr. König)

Mirko Gahn, Lichtenfels (Notarstelle Kroier)

Stefan Hüttner, Würzburg (Notarstelle Böhmer)

Sabine Kaufmann, Regen (Notarstellen Prof. Dr.  
Dr. Grziwotz/Vogt-Grziwotz)

Yvonne Meister, Uffenheim (Notarstelle Rebhan)

Juliane Poschenrieder, München (Notarstelle Dr. Krauß)

Martina Ragaller, Vilshofen (Notarstellen Schuller/  
Schuller)

Doreen Scheffler, Neu-Ulm (Notarstellen Dr. Winkler/  
Stelzer)

Claudia Schmidt, München (Notarstellen Dr. Schöner/  
von Grafenstein)

Ulrike Schmidt, Bad Aibling (Notarstellen Dr. Kleeber-  
ger/Dr. Schlögel)

Christian Stiller, Freyung (Notarstelle Massinger),  
zum 1.2.2013

*Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N.  
(Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):*

Birgit Balko, Nürnberg (Notarstellen Dr. Budnick/  
Pöllmann-Budnick)

Nadine Baumeister, Münnerstadt (Notarstelle  
Dr. Roßmann)

Claudia Bender, Bischofsheim a. d. Rhön  
(Notarstelle Koch)

Julia Bernauer, Traunstein (Notarstellen Jenewein/  
Zahnbrecher)

Tiziana Brummer, München (Notarstellen Dr. Frank/  
Dr. Schneeweiß), zum 1.2.2013

Michaela König, Eichstätt (Notarstellen Philipp/  
Dr. Wolf)

Heike Numberger, München (Notarstelle Dr. Streber)

Anja Röß, Bayreuth (Notarstellen Dr. Franz/Eberl)

Christiane Stenglein, Bamberg (Notarstelle Dr. Wirth)

Nicole Unverdorben, Passau (Notarstelle Dr. Bandel)

Tanja Weigl, Schwabach (Notarstellen Dr. Böhmer/  
Dr. Schneider)

#### 6. Ausgeschiedene Beschäftigte:

Amtsrat i. N. Josef Tahedl, Buchloe (Notarstelle  
Dr. Winkelmann), ab 1.5.2012 im Ruhestand

Amtsrat i. N. Alexander Gebhart, Memmingen  
(Notarstellen Gropengießer/Dr. Gropengießer),  
ab 1.1.2013 im Ruhestand

Notariatsrat i. N. Johann Hoffmann, Erlangen  
(Notarstellen Dr. Rieder/Dr. Schwanecke), ab 1.1.2013  
im Ruhestand

Oberamtsrat i. N. Werner Holl, Neu-Ulm (Notar-  
stellen Dr. Munzig/Dr. Feierlein), ab 1.2.2013  
im Ruhestand

#### **Anschriften- und Rufnummernänderungen:**

Bad Staffelstein, Notarstelle Richter  
Homepage: [www.notar-badstaffelstein.de](http://www.notar-badstaffelstein.de)

Dachau, Notarstelle Dr. Jursnik  
Münchener Straße 12 a, 85221 Dachau



---

Schriftleitung: Notarassessorin Dr. Bernadette Bord  
Notarassessor Boris Pulyer

Ottostraße 10, 80333 München  
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt.  
Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

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:  
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter [www.mediengruppe-universal.de/notarkammer](http://www.mediengruppe-universal.de/notarkammer).

## Neuerscheinungen

1. Bauer/v. Oefele: GBO. 3. Aufl., Vahlen, 2013. 1959 S., 199 €
2. Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann: ZPO. 71. Aufl., Beck, 2013. 3195 S., 159 €
3. Ettinger/Jaques: Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand. Beck, 2012. 603 S., 119 €
4. Hettler/Stratz/Hörtnagl: Beck'sches Mandatshandbuch Unternehmenskauf. 2. Aufl., Beck, 2013. 709 S., 125 €
5. Honzen: Pflichtteil und Unternehmensnachfolge – Plädoyer für eine Begrenzung des Pflichtteilsrechts zur Erleichterung von Unternehmensnachfolgelösungen. Zerb, 2012. 252 S., 39 €
6. Münchener Kommentar zur ZPO. Bd. 1: §§ 1-354. 4. Aufl., Beck, 2013. 2316 S., 319 €, Vorzugspreis bei Gesamtabnahme 304 €
7. Münchener Kommentar zur ZPO. Bd. 2: §§ 355-1024. 4. Aufl., Beck, 2012. 2472 S., 319 €, Vorzugspreis bei Gesamtabnahme 304 €

## SONSTIGES

### „Der Notar als Berater und Gestalter im GmbH-Recht“

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Freitag, 11. Januar 2013

in den Rosensälen der Friedrich-Schiller-Universität, Fürstengraben 27, 07743 Jena

**15:30 Uhr** Professor Dr. *Walter Bayer*, Direktor des Instituts für Notarrecht, Jena

Begrüßung und Einführung

**15:45 Uhr** Notar a. D. Professor Dr. *Hans Joachim Priester*, Hamburg

Stimmrechtsverbote und Gestaltungsmöglichkeiten in der Satzung

**17:00 Uhr** Notar Prof. Dr. *Heribert Heckschen*, Dresden

Aktuelle Rechtsfragen rund um die UG

**18:00 Uhr** Neujahrsempfang

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion.

#### Anmeldung und Information:

Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Telefon 03641 942510, Fax 03641 942512, E-Mail: [notarinstitut@uni.jena.de](mailto:notarinstitut@uni.jena.de)

Die Teilnahme an der Veranstaltung ist kostenfrei. Um Anmeldung wird gebeten

### „Betreutes Wohnen“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 6. Februar 2013, 16:30 Uhr s. t.

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München, Senatssaal (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

**Begrüßung:** Professor Dr. *Johannes Hager*, München

**Referate:** Notar *Sven Schünemann*, Regensburg:  
„Betreutes Wohnen in der Teilungserklärung und im Bauträgervertrag“

**Privatdozent Dr. iur. Hannes Ludyga, M. A., München:**

„Vererben im betreuten Wohnen – Zur Bedeutung der „Landesheimgesetze“ in der testamentarischen Gestaltungspraxis“

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

#### Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München; Telefon 089 2180-1420, Fax 089 2180-13981, E-Mail: [FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de](mailto:FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de)

Die Teilnahme steht jedem Interessierten offen und ist kostenfrei. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine Zahlung von 50 € (nur Barzahlung) persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter [www.notarrechtsinstitut.de](http://www.notarrechtsinstitut.de).

## Veranstaltungen des DAI

- Sonstiges
1. Einführung in die Praxis des Notarberufs (van Kell, Tondorf)  
18.–19.1.2013 in Heusenstamm
  2. 12. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen, Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Internationalen Privatrechts (Diehn, Reetz, Tiedtke, Wandel)  
21.–26.1.2013 in Oldenburg  
Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzüge des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts (Fumi, Leitzen, Reul, Weiler)  
18.–23.2.2013 in Oldenburg
  3. 15. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts, Grundzüge des Insolvenzrechts, Grundzüge des Haftungsrechts, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit, Bauträgervertragsrecht, Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht (Blank, Block, Bormann, Diehn, Krauß, Reul)  
21.–26.1.2013 in Berlin  
Teil 2 – Erbrechtliche Gestaltung, Nachlass- und Teilungssachen, Überlassungsverträge, Rechte in Abt. II und III (Heggen, Herrler, Münch, Oertel, Wegerhoff)  
18.–23.2.2013 in Berlin
  4. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2012/13 (Frenz, Herrler, Hertel, Kessler)  
1.2.2013 in Heusenstamm  
2.2.2013 in Köln  
8.2.2013 in Kiel  
9.2.2013 in Berlin
  5. 14. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
Teil 3 – Familienrecht einschließlich des Verfahrensrechts in Betreuungs- und Unterbringungssachen, Notarielles Kostenrecht, Grundzüge des Internationalen Privatrechts (Diehn, Reetz, Tiedtke, Wandel)  
4.–9.2.2013 in Bochum
  - Teil 4 – Recht der Personengesellschaften nebst Handelsregisteranmeldung und Handelsrecht, Recht der Kapitalgesellschaften und Umwandlungsrecht nebst Handelsregisteranmeldung, Stiftungsrecht und Grundzüge des Internationalen Privatrechts der Gesellschaften, Handelsregisteranmeldung, Wohnungseigentumsrecht, Bauträgervertragsrecht (Blank, Hügel, Leitzen, Weiler)  
4.–9.3.2013 in Bochum
  6. Aktuelle Fragen zu Betreuungsrecht, Vorsorgevollmacht und Patientenverfügung (Müller, Renner)  
8.2.2013 in Oldenburg
  7. Intensivkurs Bauträgerrecht (Blank)  
15.–16.2.2013 in Bochum
  8. Aktuelles zum Recht der Hauptversammlung (Reul, Ziemons)  
27.2.2013 in Heusenstamm
  9. 16. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung  
Teil 1 – Notarielles Berufsrecht, Grundlagen des Grundstücksrechts, Grundzüge des Grunderwerbsteuerrechts und des Erbschaft- und Schenkungsteuerrechts, Erbbaurecht, Notarielle Verwahrungstätigkeit, Bauträgervertragsrecht, Grundstücksrecht und Gestaltung von Grundstückskaufverträgen mit Grundbuchverfahrensrecht und Beurkundungsrecht (Blank, Block, Bormann, Diehn, Fumi, Krauß)  
4.–9.3.2013 in Heusenstamm
- 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.



Landesnotarkammer Bayern, Ottostr. 10, 80333 München  
PVSt, Deutsche Post AG • Entgelt bezahlt • B 13022 F