

# MittBayNot

Begründet 1864

## 1 | 2021

Januar/Februar 2021

Mitteilungen des  
Bayerischen Notarvereins,  
der Notarkasse und der  
Landesnotarkammer  
Bayern

### Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
Vorübergehend:  
Denninger Straße 169  
81925 München

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Benedikt Mack,  
Notarassessor  
Ann-Kathrin Schmelter,  
Notarassessorin  
ISSN 0941-4193

## AUFSÄTZE

- **Wobst:** Das WeMoG aus notarieller Sicht ..... 1
- **Wälzholz:** Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht ..... 12

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Rapp** zu **OLG München:** Fortdauernde Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG bei Wechsel in der Zustimmungsberechtigung ..... 31
- **Klinger** zu **OLG München:** Verfahren wegen Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks ..... 38
- **Goslich** zu **BGH:** Anwachsung eines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs ..... 49
- **Sträuber** zu **OLG Düsseldorf** und **OLG München:** Verzicht auf die Erbquote im Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein ..... 56
- **B. Strauß** zu **BGH:** Auflassung vor ausländischem Notar ..... 69
- **Regler** zu **BGH:** Notarielle Pflicht zur Klärung der Verbrauchereigenschaft eines Urkundsbeteiligten ..... 79
- **Ihle** zu **BFH:** Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten ..... 85
- **Loose** zu **BFH:** Schenkungsteuer: Vorbehalt eines nachrangigen Nießbrauchs ..... 89

## Impressum

# MittBayNot

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

### Herausgeber:

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

### Herausgeberbeirat:

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

### Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,  
Notarassessorin Ann-Kathrin Schmelter

### Druck:

Universal Medien GmbH  
Geretsrieder Straße 10  
81379 München

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2021

<b>AUFSÄTZE</b>		<b>1</b>	
<b>Wobst:</b> Das WeMoG aus notarieller Sicht		1	
<b>Wälzholz:</b> Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht		12	
<b>BUCHBESPRECHUNGEN</b>		<b>22</b>	
<b>Lehmann-Richter/Wobst:</b> WEG-Reform 2020 ( <b>Rapp</b> )		22	
<b>Horn:</b> NotarFormulare Vorsorgevollmachten ( <b>Wolf</b> )		25	
<b>Hügel:</b> GBO ( <b>Kreuzer</b> )		27	
<b>Schreiber/Ruge:</b> Handbuch Immobilienrecht ( <b>Rapp</b> )		28	
<b>RECHTSPRECHUNG</b>		<b>29</b>	
<b>Bürgerliches Recht</b>			
ALLGEMEINES			
1. Fortdauernde Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG bei Wechsel in der Zustimmungsberechtigung (OLG München, Beschluss vom 15.6.2020, 34 Wx 131/20) mit Anmerkung <b>Rapp</b>		29 31	
2. Änderungen von Miteigentümervereinbarungen (OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.12.2019, 15 W 4008/19)		33	
SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT			
3. Abgrenzung zwischen Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit beim Wohnungseigentum (BGH, Urteil vom 20.3.2020, V ZR 317/18 – Ls.)		35	
4. Verfahren wegen Löschung eines Testamentvollstreckervermerks (OLG München, Beschluss vom 16.7.2020, 34 Wx 463/19) mit Anmerkung <b>Klinger</b>		35 38	
5. Aufteilung eines Grundstücks-Miteigentumsanteils unter WEG (OLG München, Beschluss vom 15.6.2020, 34 Wx 144/20)		40	
6. Zulässiger Gegenstand einer Zwischenverfügung – zum Unrichtigkeitsnachweis bei einer Rückkauflassungsvormerkung (OLG Köln, Beschluss vom 6.1.2020, 2 W 373/19 – Ls.)		42	
7. Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines einheitlichen Rückkauflassungsanspruchs, der mehreren Berechtigten sukzessiv zusteht (OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.10.2019, 8 W 272/19)		42	
FAMILIENRECHT			
8. Nichtigkeit eines Ehevertrages – Sittenwidrigkeit aufgrund Zusammenwirkens aller im Vertrag enthaltenen Regelungen (OLG Hamm, Beschluss vom 23.1.2020, UF 86/17 – Ls.)		44	
9. Ausschluss des Versorgungsausgleichs zum Nachteil des Trägers der Sozialhilfe (OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.6.2019, 10 UF 18/18)		44	
10. Inhalts- und Ausübungskontrolle eines Verzichts auf Versorgungsausgleich; unwahre Behauptung ausreichender Deutschkenntnisse gegenüber dem Notar (OLG Köln, Beschluss vom 2.4.2019, 10 UF 26/19 – Ls.)		45	
ERBRECHT			
11. Anwachsung eines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs (BGH, Urteil vom 3.6.2020, IV ZR 16/19) mit Anmerkung <b>Goslich</b>		46 49	
12. Verzicht auf die Erbquote im Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2019, 25 Wx 55/19)		51	
13. Verzicht auf die Erbquote im Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein (OLG München, Beschluss vom 10.7.2019, 31 Wx 242/19) mit Anmerkung <b>Strähuber</b>		55 56	

# Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 1 | 2021

## Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Nichtigkeit satzungsmäßiger Klauseln zum Ausschluss von GmbH-Gesellschaftern ohne sachlichen Grund (OLG München, Urteil vom 13.5.2020, 7 U 1844/19) 58
15. Zur Zulässigkeit der freiwilligen Einreichung einer GmbH-Gesellschafterliste trotz Fehlens einer Veränderung (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2020, 3 Wx 57/20 – Ls.) 64
16. Zur Formulierung der Einzahlungsversicherung in der Gründungsanmeldung der GmbH (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.2.2020, I-3 Wx 21/20 – Ls.) 64

## Internationales Privatrecht

17. Auflassung vor ausländischem Notar (BGH, Beschluss vom 13.2.2020 – V ZB 3/16) mit Anmerkung **B. Strauß** 65  
69
18. Nachweis über die nach dänischem Recht fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgrund eines Fremdrechtserscheins (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.12.2019, 3 Wx 86/19 – Ls.) 74

## Beurkundungs- und Notarrecht

19. Versagung der Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung „Notar außer Dienst (a.D.)“ (BGH, Beschluss vom 20.7.2020, NotZ (Brfg) 2/19 – Ls.) 75
20. Notarielle Pflicht zur Klärung der Verbrauchereigenschaft eines Urkundsbeteiligten (BGH, Urteil vom 28.5.2020, III ZR 58/19) mit Anmerkung **Regler** 75  
79

## Öffentliches Recht

21. Nachweis der Vertretungsmacht eines Gemeindebeamten für den Vollzug von Grundstücksgeschäften (OLG München, Beschluss vom 30.7.2020, 34 Wx 145/20) 81

## Steuerrecht

22. Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten (BFH, Urteil vom 5.2.2020, II R 1/16) mit Anmerkung **Ihle** 83  
85
23. Schenkungsteuer: Vorbehalt eines nachrangigen Nießbrauchs (BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 11/19) mit Anmerkung **Loose** 87  
89

## SONSTIGES 92

### Hinweise für die Praxis 92

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes

### Neuerscheinungen 97

## STANDESNACHRICHTEN 98

## AUFSÄTZE

# Das WEMoG aus notarieller Sicht

Von Notarassessor Dr. **Felix Wobst**, Berlin

Das am 1.12.2020 in Kraft getretene Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG) ist die größte Reform des WEG seit seinem Bestehen. Der folgende Beitrag stellt die für die notarielle Praxis besonders relevanten Änderungen vor. Dazu gehören vor allem die erweiterten Möglichkeiten der Begründung von Sondereigentum (unten I.), die neuen Vorschriften zur Eintragung von Vereinbarungen und Beschlüssen ins Grundbuch (unten II.) und die Erleichterungen im Rechtsverkehr mit Wohnungseigentümergeinschaften (unten III.). Der sich anschließende Überblick über die sonstigen Änderungen legt den Fokus auf die Neuerungen, die bei der Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen zu berücksichtigen sind (unten IV.). Abschließend wird der Frage nachgegangen, wie sich die gesetzlichen Änderungen zu abweichenden Vereinbarungen aus der Vergangenheit verhalten (unten V.).

## I. Erweiterung der Sondereigentumsfähigkeit

Aus notarieller Sicht von besonderer Bedeutung sind die erweiterten Möglichkeiten, Sondereigentum zu begründen. Künftig sind drei Typen von Sondereigentum zu unterscheiden: Das Sondereigentum an Räumen (§ 3 Abs. 1 Satz 1 WEG), an Stellplätzen (§ 3 Abs. 1 Satz 2 WEG) und an Freiflächen (§ 3 Abs. 2 WEG).

### 1. Sondereigentum an Räumen

Das „klassische“ Sondereigentum an Räumen hat keine inhaltlichen Änderungen erfahren; der neue § 3 Abs. 1 Satz 1 WEG entspricht § 3 Abs. 1 WEG a. F. Nur Kosmetik ist die Aufnahme einer Legaldefinition des Begriffs „Sondereigentum“, die deutlich machen soll, dass es sich dabei um Eigentum im Sinne des BGB handelt,<sup>1</sup> und die zugleich eine Straffung des Wortlauts des § 8 Abs. 1 WEG erlaubt.

### 2. Sondereigentum an Stellplätzen

An einem Garagenstellplatz kann seit 1973 Sondereigentum begründet werden (§ 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F.),<sup>2</sup> an einem Stellplatz im Freien dagegen bislang nur ein Sondernutzungsrecht. Mit dieser Ungleichbehandlung macht das WEMoG Schluss.

<sup>1</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 38.

<sup>2</sup> § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F. wurde angefügt durch das Gesetz zur Änderung des Wohnungseigentumsgesetzes und der Verordnung über das Erbbaurecht vom 30.7.1973, BGBl. I, S. 910.

### a) Stellplätze als fiktive Räume

§ 3 Abs. 1 Satz 2 WEG fingiert die Raumeigenschaft für alle Arten von Stellplätzen. Sondereigentum kann deshalb künftig begründet werden, egal ob sich der Stellplatz *in* einem Gebäude (zum Beispiel in einer Sammelgarage), *auf* einem Gebäude (zum Beispiel auf einem Parkdeck), *unter* einem Gebäude (zum Beispiel zwischen den das Gebäude tragenden Säulen) oder im Freien befindet.<sup>3</sup> Das Sondereigentum an einem Stellplatz kann dabei den alleinigen Gegenstand einer Teileigentumseinheit bilden (zum Beispiel „1/1.000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück [...] verbunden mit dem Sondereigentum an dem Stellplatz Nr. 17 laut Aufteilungsplan“), was sich insbesondere für einen flexiblen Abverkauf anbietet. Alternativ ist es aber auch möglich, das Sondereigentum an einem Stellplatz, genauso wie etwa das Sondereigentum an einem Kellerraum, einer bestimmten Wohnung zuzuschlagen.

### b) Sonderfall: Stellplätze in Mehrfachparkanlagen

Nach der Gesetzesbegründung sind ausdrücklich auch einzelne Stellplätze in einer Mehrfachparkanlage sondereigentumsfähig.<sup>4</sup> Damit erübrigen sich die aufwendigen Ersatzkonstruktionen der Vergangenheit (zum Beispiel Miteigentümergeinschaften nach § 1010 BGB zwischen den Bruchteilseigentümern der Teileigentumseinheit, die die gesamte Mehrfachparkanlage umfasst<sup>5</sup>). Zwei Besonderheiten gilt es jedoch zu beachten:

Zum einen gibt es noch keine Vorschriften zur planerischen Darstellung solcher Stellplätze im Aufteilungsplan. Die AVA<sup>6</sup> wurde noch nicht an die materielle rechtlichen Änderungen durch das WEMoG angepasst; damit ist im Laufe des Jahres 2021 zu rechnen. Bis dahin dürfte jede Darstellung genügen, die dem sachenrechtlichen Bestimmtheitsgebot genügt. So könnte etwa die Fläche, auf der sich mehrere Stellplätze übereinander befinden, im Plan mit mehreren Nummern be-

<sup>3</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 39.

<sup>4</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 39. Zweifelhaft ist die Sondereigentumsfähigkeit von horizontal beweglichen Stellplätzen auf Parkpaletten oder -systemen (dafür *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 30); jedenfalls dürfte das Maßangabenerfordernis des § 3 Abs. 3 Alt. 2 WEG kaum erfüllbar sein.

<sup>5</sup> Vgl. etwa Beck'schesNotarHandbuch/*Rapp*, 7. Aufl. 2019, § 3 Rdnr. 57 f.

<sup>6</sup> Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen gemäß § 7 Abs. 4 Nr. 2 und § 32 Abs. 2 Nr. 2 WEG vom 19.3.1974, BAnz. Nr. 58 vom 23.3.1974.

zeichnet werden und jeder Nummer ein Hinweis darauf angefügt werden, auf welchen Stellplatz sie sich bezieht (zum Beispiel „5/oben“ und „6/unten“). Alternativ könnte auch jede Ebene einer Mehrfachparkanlage planerisch wie ein eigenständiges Stockwerk dargestellt werden.

Zum anderen ist zu bedenken, dass die Hebeanlage und andere konstruktive Teile, die mehr als einem Stellplatz dienen, nach § 5 Abs. 2 WEG weiterhin zwingendes Gemeinschaftseigentum sind.<sup>7</sup> Zu empfehlen ist deshalb eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung, die die diesbezügliche Kostentragung und Verwaltungszuständigkeit den betroffenen Stellplatzeigentümern zuweist, sodass diese etwa über Erhaltungsmaßnahmen<sup>8</sup> alleine entscheiden können.<sup>9</sup>

### c) Gestaltungsüberlegungen: Stellplatz-Sondereigentum vs. Stellplatz-Sondernutzungsrecht

An einem Stellplatz muss freilich kein Sondereigentum begründet werden; die Begründung eines Sondernutzungsrechts bleibt zulässig. Es besteht also eine Wahlmöglichkeit, genauso wie schon in der Vergangenheit bei sondereigentumsfähigen Tiefgaragenstellplätzen. Zivilrechtliche Gestaltungsüberlegungen erübrigen sich, soweit die Baubehörde öffentlichrechtlich vorschreibt, dass die Stellplätze eigentumsmäßig nicht von den Wohnungen getrennt werden dürfen;<sup>10</sup> in diesem Fall kommt nur ein Sondernutzungsrecht in Betracht. Ansonsten werden die besseren Gründe regelmäßig für das Stellplatz-Sondereigentum sprechen:<sup>11</sup> Die Zuweisung von Stellplatz-Sondereigentum ist genauso flexibel wie die Zuweisung von Stellplatz-Sondernutzungsrechten, aber deutlich einfacher. Anstelle der üblichen Konstruktionen, mit deren Hilfe eine Zuweisung der Sondernutzungsrechte ohne Mitwirkung der übrigen Eigentümer erreicht werden soll (zum Beispiel aufschiebend bedingte Sondernutzungsrechte),<sup>12</sup> wird für jeden Sondereigentums-Stellplatz schlicht ein Teileigentumsblatt angelegt, das beim Abverkauf auf den Erwerber umgeschrieben wird. Das erleichtert auch den Überblick im Vollzug, weil das Grundbuch jederzeit Auskunft über die noch nicht veräußerten Stellplätze gibt, ohne dass separate Listen über die schon zugewiesenen Sondernutzungsrechte geführt werden müssen. Nicht außer Acht gelassen werden sollte auch, dass Sonder-

nutzungsrechte formfrei verkauft werden können,<sup>13</sup> weshalb beim Weiterverkauf nur ein Sondereigentümer den Schutz der notariellen Beurkundung genießt (§ 4 Abs. 3 WEG, § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB). Zugleich steht der gutgläubige Erwerb von Sondereigentum außer Frage, während der von Sondernutzungsrechten nicht unumstritten ist.<sup>14</sup> Auch wirtschaftlich betrachtet hat Sondereigentum Vorteile: Weil es anders als Sondernutzungsrechte<sup>15</sup> auch an Nicht-Wohnungseigentümer verkauft werden kann, ist es werthaltiger – nicht nur für den Bauträger, sondern auch für den Erwerber, wenn er den Stellplatz irgendwann weiterveräußern möchte.

### 3. Sondereigentum an Freiflächen

§ 3 Abs. 2 WEG erlaubt es erstmals, Sondereigentum an außerhalb des Gebäudes liegenden Teilen des Grundstücks zu begründen. Diese Möglichkeit ist jedoch in zweierlei Hinsicht beschränkt:

#### a) Einschränkung 1: nur als Annex zu Raum-Sondereigentum

Freiflächen-Sondereigentum kann nicht losgelöst von Raum-Sondereigentum begründet werden. Denn § 3 Abs. 2 WEG erlaubt nur, Raum-Sondereigentum auf Freiflächen zu „erstrecken“, quasi als Annex. Im Grundbuch ist die Freifläche wie ein zusätzlicher Raum zu behandeln (zum Beispiel „27/1.000 Miteigentumsanteil an dem Grundstück [...] verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung im Erdgeschoß mit Gartenfläche, im Aufteilungsplan bezeichnet mit Nr. 5“). Freiflächen-Sondereigentum ist deshalb auch nur eingeschränkt verkehrsfähig und kann – wie ein Sondernutzungsrecht – nur innerhalb der Gemeinschaft übertragen werden. Hierin liegt gerade der Zweck dieser Konstruktion: Das Eindringen reiner „Freiflächen-Eigentümer“ in die Gemeinschaft soll verhindert werden, denn unter ihrem Einfluss könnte die Erhaltung des gemeinschaftlichen Gebäudes leiden.

#### b) Einschränkung 2: Raum-Sondereigentum als wirtschaftliche Hauptsache

Daneben muss das Raum-Sondereigentum wirtschaftlich die Hauptsache sein (§ 3 Abs. 2 Hs. 2 WEG). Diese Voraussetzung lehnt sich an das Erbbau- und Dauerwohnrecht an (vgl. § 1 Abs. 2 ErbbauRG, § 31 Abs. 1 Satz 2 WEG); hier wie dort soll verhindert werden, dass Erbbau-, Dauerwohn- oder Wohnungseigentumsrechte dazu verwendet werden, in erster Linie Rechte an Freiflächen zu begründen, verlangt doch § 7 GBO für die Belastung von Teilflächen im Interesse der Rechtsklarheit eine Realteilung.

7 Palandt/Wicke, 79. Aufl. 2020, § 3 WEG Rdnr. 9; zum früheren Recht BGH, Urteil vom 21.10.2011, V ZR 75/11, ZWE 2012, 81, 82 unter II. 2. a).

8 Unter dem Begriff der „Erhaltung“ fasst das WEG künftig die beiden kaum abgrenzbaren Begriffe „Instandhaltung“ und „Instandsetzung“ zusammen (vgl. § 13 Abs. 2 WEG); das entspricht der Terminologie des Mietrechts (vgl. § 555a BGB).

9 Formulierungsvorschlag bei *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, 2020, Rdnr. 1671 f.

10 Dazu etwa Simon/Busse/Würfel, Bayerische Bauordnung, 138. Aufl. 2020, Art. 47 Rdnr. 278 ff.

11 Vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, Stand: 1.3.2020, § 10 Rdnr. 618, die von einer „enorme(n) Erleichterung“ durch die Begründung von Sondereigentum „an den klassischen Sondernutzungsrechtsflächen (Stellplätze, Gärten, Terrassen)“ spricht; kritisch dagegen *Heinemann*, ZWE 2020, 333, 336.

12 Zu den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten etwa Kölner FormularbuchWEG/Primaczenko, 2020, Kap. 2 Rdnr. 410 ff.

13 BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rdnr. 377; Staudinger/Schumacher, Neub. 2017, § 311b Rdnr. 17.

14 In der Rechtsprechung wurde ein gutgläubiger Erwerb etwa bejaht von OLG Hamm, Beschluss vom 21.10.2008, I-15 Wx 140/08, ZWE 2009, 169, 171, verneint von LG Köln, Urteil vom 15.5.2002, 28 O 631/01, BeckRS 2002, 11552 und ausdrücklich offengelassen von OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.11.2012, 3 W 127/12, ZWE 2013, 85, 85. Die Literatur spricht sich überwiegend für die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs aus, vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 2916 m. N. auch zur Gegenansicht.

15 BGH, Beschluss vom 24.11.1978, V ZB 11/77, NJW 1979, 548, 549 unter III. 2.

Für die Einordnung als Hauptsache sind die Wertverhältnisse zwar nicht allein entscheidend,<sup>16</sup> dürften in der Regel aber ein wichtiges Indiz darstellen. Entscheidend ist, dass die Freifläche dienende Funktion hat. Ob das der Fall ist, richtet sich nach der Verkehrsanschauung, wobei kein zu enger Maßstab anzulegen ist.<sup>17</sup> Eine Wohnung ist jedenfalls dann wirtschaftlich die Hauptsache, wenn die Freifläche lediglich dazu dient, sie aufzuwerten. Das ist bei Terrassen und Gartenflächen in aller Regel der Fall – und zwar auch dann, wenn es sich um größere Flächen handelt. Eine eigenständige wirtschaftliche Bedeutung hat dagegen etwa eine Baulücke, deren Bebauung sich nach den örtlichen Gegebenheiten anbietet. Maßgeblich sind dabei allein die Umstände zum Zeitpunkt der Begründung des Sondereigentums. Denn nachträgliche Veränderungen dieser Umstände (zum Beispiel veränderte Wertverhältnisse) können einmal entstandenes Sondereigentum schon nach der Wertung des § 925 Abs. 2 BGB nicht nachträglich beseitigen.

Aufgrund der negativen Formulierung des § 3 Abs. 2 Hs. 2 WEG ist zu vermuten, dass das Raum-Sondereigentum wirtschaftlich die Hauptsache ist.<sup>18</sup> Im Grundbuchverfahren erfolgt eine Prüfung deshalb nur, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen.

#### c) Gegenstand, Reichweite, Belastung

Grundsätzlich kann Sondereigentum an allen außerhalb des Gebäudes liegenden Teilen des Grundstücks begründet werden. Eine Einschränkung ergibt sich jedoch aus § 5 Abs. 2 WEG: Die Fläche unmittelbar unter dem Gebäude ist – genauso wie die konstruktiven Teile des Gebäudes – zwingendes Gemeinschaftseigentum.<sup>19</sup> Freiflächen-Sondereigentum kann sich aber bis unmittelbar zur Hauswand erstrecken. Gemeinschaftliche Anlagen im Erdreich (zum Beispiel eine Tiefgarage, ein Betonanker zur Stabilisierung des Gebäudes oder Leitungen), die ihrerseits zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen, hindern die Begründung von Sondereigentum an den darüber liegenden Flächen nicht. Die Begründung von Freiflächen-Sondereigentum darf jedoch nicht dazu führen, dass Sondereigentumseinheiten nicht mehr zugänglich sind; Zufahrten und Zuwege müssen deshalb im Gemeinschaftseigentum verbleiben.

Freiflächen-Sondereigentum ist rechtlich grundsätzlich wie Grundstückseigentum zu behandeln, wobei an die Stelle der katastermäßig erfassten Grundstücksgrenzen die amtlich geprüften Angaben des Aufteilungsplans treten. Es erstreckt sich deshalb analog § 905 Satz 1 BGB auf den Raum über und auf den Erdkörper unter der Oberfläche.<sup>20</sup> Die mit der Freifläche fest verbundenen Sachen sind wesentliche Bestandteile des Sondereigentums (§ 5 Abs. 1 Satz 2 WEG, § 94 BGB); mit

Ausnahme gemeinschaftlicher Anlagen, die nach § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen, erstreckt sich das Sondereigentum also auch auf diese Sachen. Insbesondere Gebäude, die bei der Aufteilung vorhanden sind oder später errichtet werden, stehen deshalb vollständig im Sondereigentum.<sup>21</sup> Ob der Sondereigentümer ein Gebäude errichten darf, hängt freilich von den Bestimmungen der § 13 Abs. 2, § 20 WEG und etwaigen Vereinbarungen ab.<sup>22</sup>

Freiflächen-Sondereigentum kann mit dinglichen Rechten belastet werden, deren Ausübungsbereich sich auf die betroffene Fläche beschränkt. Dafür bedarf es allein der Bewilligung des betroffenen Wohnungseigentümers.<sup>23</sup> Ob er die Bewilligung im Innenverhältnis abgeben darf, hängt nach § 13 Abs. 1, § 14 Abs. 2 Nr. 1 WEG von den damit einhergehenden Beeinträchtigungen anderer Wohnungseigentümer ab.

#### d) Gestaltungsüberlegungen: Freiflächen-Sondereigentum vs. Freiflächen-Sondernutzungsrecht

§ 3 Abs. 2 WEG eröffnet mit dem Freiflächen-Sondereigentum eine zusätzliche Gestaltungsmöglichkeit, steht der Begründung von Sondernutzungsrechten aber nicht entgegen. Welcher Variante der Vorzug zu geben ist, hängt vom Einzelfall ab: Das Sondernutzungsrecht hat Vorteile, wenn es um individuelle Gestaltungen geht, insbesondere wenn Flächen mehreren Wohnungseigentümern zugewiesen werden sollen. Geht es dagegen um den klassischen Fall, dass eine Freifläche einem Wohnungseigentümer letztlich „wie Sondereigentum“ gehören soll, spricht nichts dagegen, ihm tatsächlich Sondereigentum zu gewähren. Das Sondereigentum bietet höheren Schutz beim Weiterverkauf durch notarielle Beurkundung und zweifelsfrei möglichen gutgläubigen Erwerb (dazu schon oben unter 2. c)). Zudem hält das WEG für das Sondereigentum gesetzliche Vorschriften bereit, die zwar sinnvollerweise durch individuelle Regelungen in der Gemeinschaftsordnung konkretisiert werden (zum Beispiel inwieweit Sondereigentumsflächen bebaut werden dürfen),<sup>24</sup> aber in jedem Fall eine sachgerechte Rückfallposition darstellen. Daran fehlt es bei den gesetzlichen gänzlich unregulierten Sondernutzungsrechten.

### 4. Maßangaben anstelle von dauerhaften Markierungen

Bei Garagenstellplätzen traten in der Vergangenheit dauerhafte Markierungen funktional an die Stelle des Abgeschlossenheitserfordernisses (§ 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F.). Diesen Ansatz übernimmt das WEMoG nicht. Stattdessen sind Stellplätze und Freiflächen, an denen Sondereigentum begründet

16 Staudinger/Rapp, § 1 WEG Rdnr. 18.

17 MünchKomm-BGB/Heinemann, 8. Aufl. 2020, § 1 ErbbauRG Rdnr. 23. Illustrierende Beispiele bei *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1694 ff.

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

19 *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Aufl. 2021, § 3 Rdnr. 66; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1689.

20 *Hügel/Elzer*, WEG, § 3 Rdnr. 72; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1724; *Müller*, ZWE 2020, 445, 448.

21 DNotl-Report 22/2020, S. 172; *Hügel/Elzer*, WEG, § 5 Rdnr. 18; *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1726; *Palandt/Wicke*, § 3 WEG Rdnr. 10; a. A. *Dötsch/Schultzky/Zschieschack*, WEG-Recht 2021, Kap. 1 Rdnr. 30, die § 5 Abs. 2 WEG nicht nur auf das aufgeteilte gemeinschaftliche Gebäude, sondern auf alle Gebäude beziehen wollen.

22 Näher zu Baumaßnahmen auf Sondereigentumsflächen *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1728 ff.

23 *Heinemann*, ZWE 2020, 333, 335; *Becker/Schneider*, ZfIR 2020, 281, 284; *Wilsch*, FGPrax 2020, 1, 5.

24 Dazu näher *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1731.

werden soll, durch Maßangaben im Aufteilungsplan zu bestimmen (§ 3 Abs. 3 Alt. 2 WEG); die Markierungspflicht entfällt und zwar auch für Garagenstellplätze. Erforderlich, aber auch ausreichend sind bezifferte Angaben, aus denen sich im Streitfall die Grenzen der jeweiligen Sondereigentumsfläche ausgehend von einer katastermäßig bestimmten Grundstücksgrenze bestimmen lassen, also typischerweise Länge, Breite und Grenzabstand.<sup>25</sup>

Das Vorhandensein der Maßangaben ist – parallel zur Abgeschlossenheit der Wohnungen – durch die Baubehörde zu bescheinigen (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 3 Abs. 3 WEG); aus der sog. „Abgeschlossenheitsbescheinigung“ wird also eine „Abgeschlossenheits- und Maßangabenbescheinigung“.

In der Übergangsphase stellt sich die Frage, ob eine vor dem 1.12.2020 erteilte Bescheinigung der Baubehörde, die für Garagenstellplätze dauerhafte Markierungen bescheinigt (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F.), nach dem Inkrafttreten des WEMoG noch verwendet werden kann. Ausdrücklich geregelt ist dieser Punkt nicht. Analog § 48 Abs. 5 WEG wird man jedoch auf den Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchamt abstellen müssen:<sup>26</sup> Vor dem 1.12.2020 eingegangene Anträge bemessen sich nach den damals geltenden verfahrensrechtlichen Vorschriften der § 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2, § 3 Abs. 2 Satz 2 WEG a. F.; für später eingehende Anträge muss eine neue Bescheinigung beantragt werden.

## II. Eintragung von Vereinbarungen und Beschlüssen ins Grundbuch

Neuerungen bringt das WEMoG auch für die Frage, *ob* bestimmte Beschlüsse der Wohnungseigentümer ins Grundbuch einzutragen sind und *wie* bestimmte Regelungen – seien es Vereinbarungen oder Beschlüsse – einzutragen sind.

### 1. Eintragung bestimmter Beschlüsse

Nach bisherigem Recht wirkten Beschlüsse stets gegen Sondernachfolger (§ 10 Abs. 4 WEG a. F.), Vereinbarungen dagegen nur, wenn sie im Grundbuch eingetragen sind (§ 10 Abs. 3 WEG a. F.). Diese Differenzierung nach der Form einer Regelung produzierte kaum nachvollziehbare Ergebnisse: Wurde etwa das Verbot der Kurzzeitvermietung einvernehmlich durch alle Wohnungseigentümer vereinbart, musste es ins Grundbuch eingetragen werden, um gegen Sondernachfolger zu wirken. Wurde dasselbe Verbot mehrheitlich aufgrund einer sog. vereinbarten Öffnungsklausel beschlossen, wirkte es dagegen ohne Weiteres gegen Sondernachfolger. Das WEMoG gibt diese Differenzierung zu Recht auf.

#### a) Eintragungsfähige Beschlüsse

Künftig sind alle Beschlüsse eintragungsfähig, die „aufgrund einer Vereinbarung“ gefasst werden (§ 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG). Weil im Wohnungseigentumsrecht das Dogma gilt, dass Beschlüsse nur gefasst werden können, wenn dafür eine gesetzliche oder vereinbarte Beschlusskom-

petenz existiert,<sup>27</sup> ergibt sich daraus eine sachgerechte Differenzierung nach dem Inhalt einer Regelung: Regelungen in Bereichen, für die das WEG selbst keine Beschlusskompetenz vorsieht, müssen stets in das Grundbuch eingetragen werden, um gegen Sondernachfolger zu wirken; dabei spielt es keine Rolle, ob es sich um eine Vereinbarung handelt oder einen Beschluss, der auf Grundlage einer vereinbarten Öffnungsklausel gefasst wurde. Öffnungsklauseln in Gemeinschaftsordnungen durchbrechen damit künftig nur noch das Einstimmigkeitsprinzip, das ansonsten außerhalb gesetzlicher Beschlusskompetenzen gelten würde; den Erwerberschutz, dem die Grundbucheintragung dient, können sie dagegen zu Recht nicht schmälern.

Ob ein Beschluss „aufgrund einer Vereinbarung“ gefasst wurde, ist objektiv zu bestimmen; die subjektiven Vorstellungen der beschließenden Wohnungseigentümer spielt keine Rolle.<sup>28</sup> Die Testfrage lautet schlicht: Könnte der Beschluss auf Grundlage des WEG gefasst werden? Nur wenn diese Frage zu verneinen ist, kann der Beschluss in das Grundbuch eingetragen werden.<sup>29</sup>

Weil das WEG inzwischen für alle wesentlichen Bereiche gesetzliche Beschlusskompetenzen vorhält, dürfte die Zahl der eintragungsfähigen Beschlüsse überschaubar sein. Etwa über die Verwaltung und die Benutzung kann nach § 19 Abs. 1 WEG beschlossen werden, über die Kostenverteilung nach § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG, über Baumaßnahmen und deren Finanzierung nach § 20 Abs. 1, § 21 Abs. 5 WEG und schließlich über Zahlungsmodalitäten nach § 28 Abs. 3 WEG.

#### b) Eintragungsverfahren

Anstelle der nach § 19 GBO eigentlich erforderlichen Bewilligungen aller Wohnungseigentümer genügt die Vorlage einer Niederschrift über den Beschluss mit beglaubigten Unterschriften (§ 7 Abs. 2 Satz 1 WEG). Das entspricht der bekannten Form für den Verwalternachweis (vgl. § 26 Abs. 3 WEG a. F., jetzt § 26 Abs. 4 WEG); die dazu ergangene Rechtsprechung kann übertragen werden.<sup>30</sup> Auf die Bestandskraft des Beschlusses kommt es nicht an.<sup>31</sup> Sollte der Beschluss ausnahmsweise durch Beschlussersetzungsurteil gefasst worden sein (vgl. § 44 Abs. 1 Satz 2 WEG), ist das Urteil in Ausfertigung

<sup>27</sup> Grundlegend die sog. Zitterbeschluss-Entscheidung des BGH, Beschluss vom 20.9.2000, V ZB 58/99, ZWE 2000, 518.

<sup>28</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 41.

<sup>29</sup> Näher zur Abgrenzung *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1757 ff.

<sup>30</sup> Etwa OLG München, Beschluss vom 30.5.2016, 34 Wx 17/16, ZWE 2016, 331 Rdnr. 17 f., wonach die Funktion des Unterzeichnenden zwingend angegeben, aber nicht nachgewiesen werden muss.

<sup>31</sup> Anders noch der Referentenentwurf (abgedruckt in NZM 2020, 161), der eine „Bestandskraftversicherung“ u. a. des Verwalters vorsah (§ 7 Abs. 4 Satz 1 Nr. 2 WEG-E). Nun gilt: Sollte der Beschluss nachträglich gerichtlich aufgehoben werden, kann das Grundbuch mithilfe einer Ausfertigung oder beglaubigten Abschrift des Urteils nebst Rechtskraftvermerk berichtigt werden (§§ 22, 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Zur Möglichkeit der Eintragung eines Rechtshängigkeitsvermerks *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1789.

<sup>25</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 39.

<sup>26</sup> DNotI-Abbrufgutachten Nr. 180895.

gung oder beglaubigter Abschrift nebst Rechtskraftvermerk (vgl. § 706 ZPO)<sup>32</sup> vorzulegen.

Antragsberechtigt ist die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§ 7 Abs. 2 Satz 2 WEG), die dabei durch den Verwalter vertreten wird (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG). Grundbuchrechtlich ist zudem jeder Wohnungseigentümer nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt und zwar für alle Grundbuchblätter.<sup>33</sup> Von einer individuellen Antragstellung ist gleichwohl abzuraten, weil der Wohnungseigentümer im Innenverhältnis nicht für den Vollzug von Beschlüssen zuständig ist und deshalb die Kosten alleine tragen müsste.<sup>34</sup>

Für die Grundbuchkosten gilt eine Festgebühr in Höhe von 50 € je Grundbuchblatt (GNotKG KV-Nr. 14160 Nr. 5); bei großen Gemeinschaften können also durchaus erhebliche Gebühren anfallen. Es ist jedoch geplant, eine Höchstgrenze von 500 € einzuführen.<sup>35</sup>

### c) Zustimmung Dritter

Die Gleichbehandlung von Vereinbarungen einerseits und Beschlüssen aufgrund einer Vereinbarung andererseits setzt sich bei der Zustimmungsbedürftigkeit fort: Im Ausgangspunkt gelten die §§ 877, 876 BGB zumindest analog.<sup>36</sup> Die nach diesen Vorschriften an sich notwendige Zustimmung von Hypotheken-, Grundschul-, Rentenschuld- oder Reallastgläubigern ist jedoch entbehrlich, soweit es nicht um Sondernutzungsrechte geht (§ 5 Abs. 4 Satz 2 WEG).

Aufgehoben wurde § 5 Abs. 4 Satz 3 WEG a. F., wonach die Zustimmung eines Dritten auch zur Begründung eines Sondernutzungsrechts nicht erforderlich war, wenn das belastete Wohnungseigentum zugleich mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wurde. Die Regelung, die seit ihrer Einführung durch die WEG-Novelle 2007 in der Kritik stand,<sup>37</sup> ging typisierend davon aus, dass eine Beeinträchtigung Dritter in diesen Fällen ausschied. Tatsächlich ist das freilich nur dann der Fall, wenn die Sondernutzungsrechte wertgleich sind, was nicht der Regelfall sein dürfte. In der Vergangenheit bereits wirksam begründete Sondernutzungsrechte bleiben von der Aufhebung der Vorschrift aber unberührt (§ 48 Abs. 2 WEG).

### d) Übergangsfrist für Altbeschlüsse

Die neuen Vorschriften gelten auch für Beschlüsse, die vor dem Inkrafttreten des WEMoG am 1.12.2020 gefasst wurden (§ 48 Abs. 1 Satz 1 WEG). Werden solche Altbeschlüsse nicht

bis zum 31.12.2025 eingetragen, wirken sie nicht gegen später eintretende Sondernachfolger (§ 48 Abs. 1 Satz 2 WEG). Ob ein Beschluss eintragungsfähig ist, bemisst sich nach neuem Recht.<sup>38</sup> So ist etwa ein Beschluss aus dem Jahr 1990, der die Kostenverteilung für bestimmte Erhaltungsmaßnahmen regelt und damals aufgrund einer vereinbarten Öffnungsklausel gefasst wurde, nicht einzutragen, weil er nunmehr aufgrund der Beschlusskompetenz des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gefasst werden könnte.

Für das Eintragungsverfahren gelten bei Altbeschlüssen grundsätzlich keine Besonderheiten. Stehen jedoch die Personen, die die Niederschrift unterschreiben müssten, nicht mehr zur Verfügung, gewährt § 48 Abs. 1 Satz 3 WEG einen Reproduktionsanspruch: Jeder Wohnungseigentümer kann verlangen, dass ein inhaltsgleicher Beschluss erneut gefasst wird. Über diesen „neuen Altbeschluss“ kann dann eine Niederschrift in der notwendigen Form erstellt werden; notfalls kann der Reproduktionsanspruch auch im Wege der Beschlussersetzungsklage (§ 44 Abs. 1 Satz 2 WEG) durchgesetzt und das Urteil vorgelegt werden.

### f) Sonderfall: Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen

Einen Sonderfall stellt die Aufhebung von Veräußerungsbeschränkungen durch Beschluss dar. Dabei handelt es sich um keinen Fall des § 10 Abs. 3 Satz 1 WEG, weil sich die Kompetenz für einen solchen Aufhebungsbeschluss aus § 12 Abs. 4 Satz 1 WEG und damit aus dem Gesetz ergibt. Die Veräußerungsbeschränkung fällt deshalb mit sofortiger Wirkung auch gegen Sondernachfolger weg (§ 10 Abs. 3 Satz 2 WEG);<sup>39</sup> die nach § 12 Abs. 4 Satz 2 WEG vorgesehene Grundbucheintragung dient nur der Rechtsklarheit. Für das Eintragungsverfahren verweist der neue § 12 Abs. 4 Satz 3 WEG – ohne inhaltliche Änderungen gegenüber § 12 Abs. 4 Satz 4 und 5 WEG a. F.<sup>40</sup> – auf § 7 Abs. 2 WEG.

Neu ist lediglich die Gebührenbeschränkung auf 100 € (GNotKG KV-Nr. 14160 Nr. 5 Hs. 3). Dadurch soll verhindert werden, dass die zügige Bereinigung der Grundbücher von gar nicht mehr existenten Veräußerungsbeschränkungen an den Grundbuchkosten scheitert.<sup>41</sup>

## 2. Bezugnahmeverbote für bestimmte Regelungen

Bei der Eintragung in ein Wohnungs- oder Teileigentumsgrundbuch kann seit jeher zum näheren Inhalt des Sondereigentums auf die Eintragungsunterlagen Bezug genommen werden (§ 7 Abs. 3 Satz 1 WEG, entspricht § 7 Abs. 3 WEG a. F.). Der neue § 7 Abs. 3 Satz 2 WEG macht davon zum Schutz von Erwerbenden nun zwei Ausnahmen: für Veräußerungsbeschränkungen und für Haftungsklauseln. Eine bloße Bezugnahme steht in diesen Fällen rechtlich einer Nichteintra-

32 Denn die Gestaltungswirkung des Beschlussersetzungsurteils tritt erst mit Rechtskraft ein, BGH, Urteil vom 24.5.2013, V ZR 182/12, ZWE 2013, 360 Rdnr. 21. Zu unreflektiert noch *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1173.

33 Näher *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1766.

34 Vgl. zum fehlenden Erstattungsanspruch bei eigenmächtigen Erhaltungsmaßnahmen BGH, Urteil vom 14.6.2019, V ZR 254/17, ZWE 2019, 488.

35 Vgl. den Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Justizkosten- und des Rechtsanwaltsvergütungsrechts (Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 – KostRÄG 2021), BR-Drucks. 565/20.

36 Näher *Staudinger/Rapp*, § 5 WEG Rdnr. 107.

37 Bereits *Hügel*, DNotZ 2007, 326, 350 f.

38 Näher *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 1799.

39 BT-Drucks. 19/18791, S. 51, 93.

40 BT-Drucks. 19/18791, S. 51.

41 BT-Drucks. 19/18791, S. 93.

gung gleich; die betroffene Regelung hat dann also keine Wirkungen gegen Sondernachfolger (§ 10 Abs. 3 Satz 1 WEG).<sup>42</sup>

#### a) Veräußerungsbeschränkungen

Ein Bezugnahmeverbot für Veräußerungsbeschränkungen nach § 12 WEG war bislang schon in § 3 Abs. 2 WGV vorgesehen. Weil es sich dabei aber nur um eine Vorschrift der Wohnungsgrundbuchverfügung handelt, war nach altem Recht stark umstritten, ob ein Verstoß der materiellrechtlichen Wirksamkeit einer Veräußerungsbeschränkung entgegensteht.<sup>43</sup> Indem § 7 Abs. 3 Satz 2 WEG das Bezugnahmeverbot im WEG selbst wiederholt, steht nun außer Zweifel: Ohne ausdrückliche Eintragung wirken Veräußerungsbeschränkungen nicht gegen Sondernachfolger.

#### b) Haftungsklauseln

Im Wohnungseigentumsrecht gilt an sich die sog. Fälligkeitstheorie: Schuldner eines Zahlungsanspruchs ist nur derjenige, der im Zeitpunkt der Fälligkeit Wohnungseigentümer ist; ein späterer Erwerber haftet für diese Verbindlichkeiten grundsätzlich nicht.<sup>44</sup> Die Rechtsprechung lässt jedoch abweichende Vereinbarungen zu.<sup>45</sup> Solche Haftungsklauseln müssen künftig ausdrücklich in das Grundbuch eingetragen werden.

#### c) Geltung auch für Altregelungen

Die Bezugnahmeverbote gelten auch für Veräußerungsbeschränkungen und Haftungsklauseln aus der Zeit vor dem Inkrafttreten des WEMoG am 1.12.2020 (§ 48 Abs. 3 Satz 1 WEG). Ihre ausdrückliche Eintragung erfolgt auf Antrag eines Wohnungseigentümers oder der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vertreten durch den Verwalter (§ 48 Abs. 3 Satz 2 WEG). Der Antrag ist formlos und kostenfrei<sup>46</sup> möglich; die Bewilligung liegt ja bereits in der notwendigen Form bei den in Bezug genommenen Grundakten.

42 BT-Drucks. 19/19369, S. 5; vgl. auch KG, Beschluss vom 20.12.1974, 1 W 1512/74, OLGZ 1975, 301, 302; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 1.8.2020, § 874 Rdnr. 19 jeweils für einen Verstoß gegen § 874 BGB.

43 Für die Unwirksamkeit bei fehlender ausdrücklicher Eintragung etwa Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl. 2020, § 12 WEG Rdnr. 4; Staudinger/Kreuzer, § 12 WEG Rdnr. 10 und 38; Staudinger/Rapp, § 7 Rdnr. 8; Palandt/Wicke, § 12 WEG Rdnr. 5; ebenso die Gegenäußerung der Bundesregierung zur Stellungnahme des Bundesrats BT-Drucks. 19/19369, S. 5 f. Für die Unbeachtlichkeit des Verstoßes gegen § 4 Abs. 3 WGV etwa OLG München, Beschluss vom 20.9.2006, 32 Wx 139/06, BeckRS 2006, 11184; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 5. Aufl. 2019, § 12 Rdnr. 17; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2902; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl. 2018, § 12 Rdnr. 9.

44 BGH, Urteil vom 15.12.2017, V ZR 257/16, NZM 2018, 908 Rdnr. 8; Beschluss vom 23.9.1999, V ZB 17/99, NJW 1999, 3713, 3715 unter III. 4. c) ee).

45 BGH, Beschluss vom 22.1.1987, V ZB 3/86, NJW 1987, 1638, 1639.

46 Nach BT-Drucks. 19/18791, S. 86 handelt es sich um einen Sonderfall der Richtigstellung; dafür sieht das GNotKG keinen Gebührentatbestand vor, siehe Korintenberg/Wilch, GNotKG, 21. Aufl. 2020, KV 14160 Rdnr. 3.

Eine Übergangsfrist bis 31.12.2025 ist nur für Haftungsklauseln vorgesehen (§ 48 Abs. 3 Satz 3 WEG). Veräußerungsbeschränkungen haben dagegen schon seit dem 1.12.2020 keine Wirkung mehr gegen eintretende Sondernachfolger, wenn sie – unter Verstoß gegen § 3 Abs. 2 WGV oder vor dessen Inkrafttreten am 1.5.1974<sup>47</sup> – lediglich im Wege der Bezugnahme eingetragen wurden und dies zwischenzeitlich nicht angepasst wurde.

#### d) Konsequenzen für die Gestaltung von Erwerbsverträgen

Die Bezugnahmeverbote erleichtern die Gestaltung von Erwerbsverträgen: Veräußerungsbeschränkungen, die der Wirksamkeit des Vertrags entgegenstehen, sich aber hinter einer allgemeinen Bezugnahme auf die Eintragungsunterlagen verstecken, gibt es seit dem 1.12.2020 nicht mehr. Auch die in der Vergangenheit kontrovers diskutierte Frage, ob und inwieweit der Erwerber vor der Haftung für etwaige Hausgeldrückstände des Veräußerers zu schützen ist, kann ab 1.1.2026 überzeugend beantwortet werden: In den Fällen, in denen eine Haftungsklausel im Grundbuch vermerkt ist, sind die Rückstände beim Verwalter abzufragen und wie abzulösende Lasten zu behandeln.<sup>48</sup>

### III. Rechtsgeschäfte mit Wohnungseigentümergeinschaften

Rechtsgeschäfte mit einer Gemeinschaft der Wohnungseigentümer werden durch das WEMoG vereinfacht.

#### 1. Vollrechtsfähigkeit

Der neue § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG lautet in Anlehnung an § 124 Abs. 1 HGB schlicht:

„Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, vor Gericht klagen und verklagt werden.“

Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ist damit voll rechtsfähig und kann Trägerin grundsätzlich jeden Rechts sein. Die Diskussion um die Bedeutung des § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG a. F., der davon sprach, dass sie dies (nur) „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ könne und damit gefährlich nahe an die dem deutschen Privatrecht eigentlich fremde *ultra-vires*-Lehre rückte,<sup>49</sup> ist damit beendet.

#### 2. Vertretung

Bislang konnte der Verwalter die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer zwar passiv unbeschränkt vertreten (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 WEG a. F.), zu ihrer Aktivvertretung war er dagegen auch im Außenverhältnis grundsätzlich nur aufgrund eines Beschlusses der Wohnungseigentümer befugt (vgl. § 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG a. F.).

47 Durch die Verordnung vom 21.3.1974, BGBl. I, S. 771.

48 So auch Herrler/Hertel/Kessler/Hertel, Aktuelles Immobilienrecht 2020, 2020, S. 262 mit Verweis auf den Formulierungsvorschlag von Herrler/Hertel/Kessler/Kessler, Aktuelles Immobilienrecht 2019, 2019, S. 35 f.

49 Dazu etwa Häublein, ZWE 2017, 429.

Das ändert sich grundlegend: Die organschaftliche Vertretungsmacht des Verwalters ist künftig grundsätzlich unbeschränkt (§ 9b Abs. 1 Satz 1 WEG) und auch unbeschränkbar (§ 9b Abs. 1 Satz 3 WEG). Lediglich für den „Abschluss eines Grundstückskauf- oder Darlehensvertrags“ bedarf er – auch im Außenverhältnis – eines Beschlusses der Wohnungseigentümer (§ 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG).<sup>50</sup> Weil diese Einschränkung aber nur das schuldrechtliche Geschäft betrifft,<sup>51</sup> hat sie für die notarielle Praxis nur geringe Auswirkungen: Beim Erwerb oder der Veräußerung eines Grundstücks durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (zum Beispiel eines Nachbargrundstücks als Parkplatz) besitzt der Verwalter für den Abschluss des schuldrechtlichen Kaufvertrags Vertretungsmacht nur, wenn ein entsprechender Beschluss gefasst wurde. Die Existenz dieses Beschlusses hat der Notar nach § 12 Satz 1 BeurkG zu prüfen; dafür wird in der Regel die Vorlage einer Beschlussniederschrift in der Form des § 24 Abs. 6 WEG genügen, ohne dass die Unterschriften beglaubigt werden müssen. Für Auffassung und Bewilligung hat der Verwalter dagegen schon kraft Gesetzes Vertretungsmacht. Dem Grundbuchamt nachzuweisen ist lediglich die Verwalterstellung durch eine Niederschrift des Bestellungsbeschlusses in der Form des § 26 Abs. 3 WEG, also genauso wie im Rahmen der Veräußerungszustimmung nach § 12 WEG. Dasselbe gilt für alle anderen dinglichen Erklärungen und Bewilligungen, insbesondere Löschungsbewilligungen für Zwangssicherungshypotheken; die gesetzliche Vertretungsmacht des Verwalters ist insoweit unbeschränkt.

Hat die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keinen Verwalter, wird sie durch alle Wohnungseigentümer gemeinschaftlich vertreten (§ 9b Abs. 1 Satz 2 WEG). Die Ermächtigung eines Wohnungseigentümers durch Beschluss (§ 27 Abs. 3 Satz 3 WEG a. F.) ist nicht mehr möglich.

#### IV. Überblick über die sonstigen Änderungen

Auch im Übrigen lässt das WEMoG kaum einen Stein auf dem anderen. Der folgende Überblick fokussiert sich auf die Neuerungen, die bei der Gestaltung von Gemeinschaftsordnungen besonders zu berücksichtigen sind.

##### 1. Neuordnung der Rechtsbeziehungen

Durch das WEMoG werden die Rechtsbeziehungen in der Gemeinschaft neu geordnet. Hinter dem unscheinbaren neuen § 18 Abs. 1 WEG („Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums obliegt der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer.“) verbirgt sich ein grundlegender Systemwechsel, der an dieser Stelle nur grob skizziert werden kann:<sup>52</sup> Im Zentrum der wohnungseigentumsrechtlichen Rechtsbeziehungen steht in Zukunft die rechtsfähige Gemeinschaft der Wohnungseigentümer mit den Wohnungseigentümern als Mitgliedern und dem Verwalter als Organisations- und Exekutivorgan. Als Folge dessen haben die Wohnungseigentümer keine unmittel-

baren Ansprüche mehr gegen den Verwalter persönlich, sondern nur noch gegen die rechtsfähige Gemeinschaft (vgl. § 18 Abs. 2 WEG), als deren Organ der Verwalter handelt.

Die Gemeinschaftsordnung sollte Friktionen mit diesem neuen System vermeiden. Werden Rechte oder Pflichten durch Vereinbarung begründet, muss deshalb besonderes Augenmerk auf die eindeutige Adressierung von Berechtigtem bzw. Verpflichtetem gelegt werden. Wird etwa eine Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG vereinbart, sollte der Zustimmungsberechtigte eindeutig bezeichnet werden, genauso wie etwa bei einer Vinkulierungsklausel nach § 15 Abs. 5 GmbHG klar zwischen der Genehmigung durch die Gesellschaft und durch die Gesellschafter zu unterscheiden ist. Gerade die häufig vorzufindende „Zustimmung des Verwalters“ im Sinne eines persönlichen Rechts des Verwalters war schon in der Vergangenheit selten gewollt. Die Rechtsprechung half, indem sie unterstellte, dass der Verwalter „als Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer“ gemeint sei und die Wohnungseigentümer die Entscheidung deshalb an sich ziehen könnten.<sup>53</sup> Künftig sollte die „Zustimmung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer vertreten durch den Verwalter“ vorgesehen werden. Eine klare Regelung vermeidet die Unwägbarkeiten jeder Auslegung.<sup>54</sup>

##### 2. Regelungen zur Entstehungsphase

Das WEMoG sieht erstmals eine gesetzliche Regelung der Entstehungsphase vor:

###### a) Kodifizierung des sog. werdenden Wohnungseigentümers

§ 8 Abs. 3 WEG kodifiziert im Wesentlichen die richterrechtlich geschaffene Figur des sog. werdenden Wohnungseigentümers. Voraussetzung ist wie bisher ein Vormerkungsgesicherter Übereignungsanspruch und die Übergabe der Wohnung. Neu ist jedoch, dass eine Vormerkung am ungeteilten Grundstück nicht mehr ausreicht.<sup>55</sup> Gestaltungen, die auf eine Besitzübergabe vor Vollzug der Teilungserklärung zielen, sollten deshalb möglichst vermieden werden; wegen § 3 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Hs. 2 MaBV sind sie auch bau-trägervertragsrechtlich nachteilig.

###### b) Ein-Personen-Gemeinschaft

Neu ist auch, dass sich die Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer als Rechtsträger von der Besitzübergabe an den ersten Erwerber löst. Nach § 9a Abs. 1 Satz 2 WEG entsteht sie bereits mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Das gilt ausdrücklich auch bei einer Aufteilung nach § 8 WEG; in diesem Fall entsteht also zunächst eine Ein-Personen-Gemeinschaft. Die damit einhergehende Vorverlagerung hat den Vorteil, dass etwa Versorgungsverträge schon vor dem Einzug des ersten Erwerbers im Namen der Gemein-

50 Zum unklaren Zweck und der fehlenden Analogiefähigkeit dieser Ausnahmen *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 185 ff.

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

52 Eingehend dazu *Wobst*, ZWE 2021, 17.

53 BGH, Urteil vom 20.7.2012, V ZR 241/11, NJW 2012, 3232 Rdnr. 13.

54 Zur Auslegung vor dem Hintergrund der neu geordneten Rechtsbeziehungen *Skauradszun/Harnack*, AnwZert MietR 13/2020 Anm. 1.

55 BT-Drucks. 19/18791, S. 44.

schaft geschlossen werden können. Die nach altem Recht notwendige Überleitung solcher Verträge vom aufteilenden Eigentümer auf die Gemeinschaft wird damit obsolet;<sup>56</sup> diesbezügliche Regelungen in Erwerbsverträgen können gestrichen werden.

Für die Ein-Personen-Gemeinschaft gelten grundsätzlich die allgemeinen Regeln des WEG, insbesondere kann der aufteilende Eigentümer alleine Beschlüsse fassen. Die Ein-Personen-Gemeinschaft ist analog § 13 BGB Verbraucherin, wenn der spätere Eintritt von Verbrauchern nicht ausgeschlossen werden kann;<sup>57</sup> zumindest bei Wohnanlagen wird man das kaum jemals ausschließen können. Verträge, die die Ein-Personen-Gemeinschaft abschließt, müssen deshalb insbesondere den Anforderungen der §§ 308 f. BGB genügen.

### c) Konsequenzen für die Bestellung des Erstverwalters?

Die Vorverlagerung der Entstehung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer könnte auch Konsequenzen für die in der Vergangenheit übliche Bestellung des Erstverwalters in der Teilungserklärung haben. Denn eigentlich verlangt § 26 Abs. 1 WEG für die Verwalterbestellung einen Beschluss. Dass der BGH die Bestellung in der Teilungserklärung dennoch gebilligt hat,<sup>58</sup> dürfte vor allem daran liegen, dass er dem aufteilenden Eigentümer eine Eigentümerversammlung mit den sog. werdenden Wohnungseigentümern ersparen wollte. Eine dogmatisch überzeugende Begründung für die Abweichung von § 26 Abs. 1 WEG blieb er freilich schuldig.<sup>59</sup>

Ob der BGH unter Geltung des WEMoG an dieser Rechtsprechung festhalten wird, ist offen.<sup>60</sup> Denn der aufteilende Eigentümer kann den Verwalter nun unmittelbar nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher durch einen Beschluss bestellen, den er alleine fasst. Damit fällt das praktische Bedürfnis für eine Bestellung schon in der Teilungserklärung weg. Dem vorsichtigen Gestalter ist deshalb zu raten, von einer Bestellung in der Teilungserklärung abzusehen und auf die Möglichkeit der Beschlussfassung nach Anlegung der Wohnungsgrundbücher hinzuweisen.

Eine gleichwohl in der Teilungserklärung erfolgte Verwalterbestellung wird man indes „retten“ können, indem man sie als Vorab-Beschluss des aufteilenden Eigentümers interpretiert.<sup>61</sup> Ob ein solcher Vorab-Beschluss vor Existenz des Rechtsträ-

gers gefasst werden kann, ist freilich nicht zweifelsfrei, zumal das WEG – anders als das GmbHG (vgl. § 6 Abs. 3 Satz 2 Alt. 2 GmbHG) – dies nicht ausdrücklich vorsieht.

### 3. Ausübung von Rechten der Wohnungseigentümer durch die Wohnungseigentümergeinschaft

Bei der Ausübung von Rechten der Wohnungseigentümer durch die Wohnungseigentümergeinschaft bricht das WEMoG mit der Zweispurigkeit des alten § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a. F., wonach „gemeinschaftsbezogene“ Rechte kraft Gesetzes von der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ausgeübt wurden (sog. geborene Ausübungsbefugnis), während „sonstige Rechte (...), soweit diese gemeinschaftlich geltend gemacht werden können“, dafür erst durch Beschluss vergemeinschaftet werden mussten (sog. gekorene Ausübungsbefugnis). Stattdessen definiert der neue § 9a Abs. 2 WEG den Kreis der Rechte abschließend, die die Wohnungseigentümergeinschaft anstelle der Wohnungseigentümer ausübt. Das gilt vor allem für die „sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte“. Diese Formulierung knüpft an § 1011 BGB an<sup>62</sup> und erlaubt so einen Rückgriff auf Rechtsprechung und Literatur zu dieser Vorschrift.<sup>63</sup> Erfasst sind alle gesetzlichen Rechte, die sich aus der Miteigentümergeinschaft am Gemeinschaftseigentum ergeben, egal ob sie dinglicher (zum Beispiel §§ 894, 985, 1004 BGB), possessoriischer (§§ 859 ff. BGB) oder obligatorischer (zum Beispiel §§ 812, 823 BGB) Natur sind.

Für das sog. sachenrechtliche Grundverhältnis besteht jedoch weiterhin keine Zuständigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer. Trotz seiner grundsätzlich unbeschränkten Vertretungsmacht für die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann der Verwalter also nicht über das gemeinschaftliche Grundstück verfügen, etwa Teile davon veräußern oder beschränkt dingliche Rechte an ihm begründen oder aufheben.

Ausweislich der Gesetzesbegründung sollen die gesetzlichen Neuerungen die Rechtsprechung des BGH zum Bauträgervertragsrecht unberührt lassen, wonach bestimmte Mängelrechte von vornherein nur durch die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer ausgeübt werden können oder deren alleinige Ausübungsbefugnis zumindest durch Mehrheitsbeschluss begründet werden kann.<sup>64</sup> Die Begründung: Der Ursprung dieser Rechtsprechung reiche in die 1970er-Jahre zurück und fuße deshalb nicht auf § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a. F., der erst durch die WEG-Novelle 2007 eingefügt wurde; dessen Änderung durch das WEMoG könne die Rechtsprechung deshalb nicht beeinflussen. Weil die dogmatischen Grundlagen dieser Rechtsprechung freilich ungeklärt sind, bleibt abzuwarten, ob diese Prognose tatsächlich eintritt.<sup>65</sup>

56 Zum Überleitungsproblem vgl. BeckOGK-WEG/*Falkner*, § 10 Rdnr. 53 ff.; *Lieder*, DNotZ 2018, 177, 182.

57 BT-Drucks. 19/18791, S. 45; BT-Drucks. 19/22634, S. 42 (Bericht des Rechtsausschusses), Palandt/*Wicke*, § 9 WEG Rdnr. 2; eingehend *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 268; a. A. *Hügel/Elzer*, WEG, § 9a Rdnr. 44, die davon ausgehen, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer nach dem WEMoG generell nicht mehr als Verbraucherin einzuordnen ist.

58 BGH, Beschluss vom 20.6.2002, V ZB 39/01, NJW 2002, 3240, 3244 unter III. 3. b).

59 Vgl. zum Streitstand *Staudinger/Jacoby*, § 26 WEG Rdnr. 53.

60 Deziert gegen die Zulässigkeit einer Bestellung in der Teilungserklärung *Hügel/Elzer*, WEG, § 26 Rdnr. 115.

61 *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 461; Palandt/*Wicke*, § 9a WEG Rdnr. 2.

62 BT-Drucks. 19/18791, S. 46. Die Rechtsfolge des § 1011 BGB wird durch § 9a Abs. 2 WEG freilich umgekehrt; zu den dahinter liegenden Erwägungen *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 97.

63 Vgl. etwa die Liste bei Palandt/*Herrler*, § 1011 Rdnr. 2.

64 BT-Drucks. 19/18791, S. 47.

65 Ausführlich dazu *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 137 ff.

Relativ sicher kann man dagegen sagen, dass die Wohnungseigentümergeinschaft auch nach der Reform nicht befügt ist, das Gemeinschaftseigentum abzunehmen. Denn bei der Abnahme handelt es sich um eine rechtsgeschäftliche Pflicht der Wohnungseigentümer aus den Bauträgerverträgen (§ 650u Abs. 1 Satz 2, § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB). Neben der Wahrnehmung der gesetzlichen Pflichten aus dem Gemeinschaftseigentum (§ 9a Abs. 2 Var. 1 WEG) ist die Wohnungseigentümergeinschaft künftig aber nur noch für Pflichten zuständig, die eine einheitliche Wahrnehmung „erfordern“ (§ 9a Abs. 2 Var. 2 WEG). Das verlangt mehr als das alte Recht, das ein „förderlich sein“<sup>66</sup> genügen ließ und dennoch eine Gemeinschaftszuständigkeit für die Abnahme verneinte.<sup>67</sup>

#### 4. Verwalter

Bei den Zuständigkeiten des Verwalters ändert sich weniger, als die nicht immer sachliche Berichterstattung während des Gesetzgebungsverfahrens vermuten ließ:<sup>68</sup> Wie bisher ist der Verwalter für den Vollzug der Beschlüsse und Vereinbarungen zuständig; wie bisher organisiert er die Willensbildung der Wohnungseigentümer, zum Beispiel indem er die Versammlung einberuft (§ 24 Abs. 1 WEG) und leitet (§ 24 Abs. 5 WEG) sowie die Beschlussfassung vorbereitet. Neu ist lediglich, dass der Verwalter über Maßnahmen der laufenden Verwaltung eigenverantwortlich entscheidet, ohne einen Beschluss der Wohnungseigentümer einholen zu müssen. § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG umschreibt die laufende Verwaltung dabei als die Maßnahmen, die „untergeordnete Bedeutung haben und nicht zu erheblichen Verpflichtungen führen“. Welche dies im Einzelfall sind, hängt insbesondere von der Größe der Anlage ab.<sup>69</sup> Zugleich haben die Wohnungseigentümer die Möglichkeit, die Entscheidungsbefugnisse des Verwalters durch Beschluss einzuschränken und zu erweitern (§ 27 Abs. 2 WEG), etwa indem sie Aufgabenkataloge oder Betragsgrenzen festlegen. In Anbetracht dieses flexiblen Systems sollte im Normalfall davon abgesehen werden, die Entscheidungsbefugnisse des Verwalters zusätzlich in der Gemeinschaftsordnung zu modifizieren.

Neu ist auch, dass der Verwalter künftig jederzeit abberufen werden kann (§ 26 Abs. 3 Satz 1 WEG); der Verwaltervertrag endet sechs Monate später (§ 26 Abs. 3 Satz 2 WEG). Jede Beschränkung dieses Rechts und seiner Folgen ist unzulässig (§ 26 Abs. 5 WEG). Insbesondere kann die Abberufung des Verwalters nicht mehr auf das Vorliegen eines wichtigen Grundes beschränkt werden. Entsprechende Formulierungen in Gemeinschaftsordnungsmustern sollten gestrichen werden; Altvereinbarungen verlieren ihre Wirksamkeit.

<sup>66</sup> So die Auslegung des § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG a. F. durch BGH, Urteil vom 26.10.2018, V ZR 328/17, NJW 2019, 1216 Rdnr. 11.

<sup>67</sup> LG München I, Endurteil vom 7.4.2016, 36 S 17586/15 WEG, ZWE 2017, 39, 41 f. unter II. 5.; BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rdnr. 536; Bärmann/Suilmann, WEG, § 10 Rdnr. 328 f. m. w. N. auch zur Gegenansicht.

<sup>68</sup> Zum Beispiel titelte die FAZ vom 1.4.2020: „Machtverlust der Eigentümergeinschaft – Eigentümer entscheiden, der Verwalter setzt um. Damit macht der Entwurf Schluss.“

<sup>69</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 75; näher *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 474 ff.

#### 5. Formelles Beschlussrecht

Das formelle Beschlussrecht hat lediglich punktuelle, aber bedeutsame Änderungen erfahren:

##### a) Einberufung der Versammlung

Die Einberufungsfrist wurde von zwei auf drei Wochen verlängert (§ 24 Abs. 4 Satz 2 WEG). Für das Einberufungsverlangen einer Minderheit tritt die Text- an die Stelle der Schriftform (§ 24 Abs. 2 WEG). Außerdem können die Wohnungseigentümer durch Beschluss nun auch einen von ihnen ermächtigen, eine Versammlung einzuberufen, falls dies der Verwalter pflichtwidrig unterlässt oder gar kein Verwalter existiert (§ 24 Abs. 3 WEG); bislang hatten diese Möglichkeit nur der Verwaltungsbeiratsvorsitzende und sein Vertreter.

##### b) Durchführung der Versammlung

Die Eigentümerversammlung ist künftig stets beschlussfähig; das in § 25 Abs. 3 WEG a. F. vorgesehene Beschlussfähigkeitsquorum wurde gestrichen und infolgedessen auch die Regelungen zur Einberufung einer Zweitversammlung (§ 25 Abs. 4 WEG a. F.). Stimmrechtsvollmachten bedürfen künftig in Anlehnung an § 47 Abs. 3 GmbHG der Textform (§ 25 Abs. 3 WEG). Zudem können die Wohnungseigentümer in Anlehnung an § 118 Abs. 1 Satz 2 AktG die Online-Teilnahme an Versammlungen durch Beschluss gestatten (§ 23 Abs. 1 Satz 2 WEG); die Präsenzversammlung darf jedoch nicht zugunsten einer reinen Online-Versammlung abgeschafft werden.<sup>70</sup>

##### c) Umlaufbeschlüsse

Vereinfacht wurde die Fassung von Umlaufbeschlüssen: Für die Stimmabgabe gilt nur noch die Text-, nicht mehr die Schriftform (§ 23 Abs. 3 Satz 1 WEG). Grundsätzlich können Umlaufbeschlüsse zwar auch in Zukunft nur bei Mitwirkung aller Wohnungseigentümer gefasst werden (§ 23 Abs. 3 Satz 1 WEG). Für einen einzelnen Gegenstand können die Wohnungseigentümer jedoch künftig einen sog. Absenkungsbeschluss fassen; für diesen Gegenstand genügt dann auch im Umlaufverfahren die einfache Stimmenmehrheit (§ 23 Abs. 3 Satz 2 WEG).<sup>71</sup> So können etwa Tagesordnungspunkte, über die in der Versammlung nicht abschließend entschieden werden kann oder soll, in das Umlaufverfahren „vertagt“ werden.

##### d) Gestaltungsbedarf

Spezifischer Gestaltungsbedarf erwächst aus den Änderungen des formellen Beschlussrechts nicht. Vorhandene Muster sollten jedoch auf Relikte des alten Rechts untersucht und ggf. entschlackt werden. Das gilt insbesondere für alle Regelungen, die die Beschlussfähigkeit der Versammlung und die Einberufung einer Zweitversammlung betreffen.

<sup>70</sup> BT-Drucks. 19/18791, S. 71.

<sup>71</sup> Zu den Einzelheiten des nach wie vor ungeschriebenen Umlaufbeschlussverfahrens *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 638 ff.

## 6. Beschlusskompetenzen

Das WEMoG hat auch bei den Beschlusskompetenzen der Wohnungseigentümer nachjustiert. Zudem kennt das neue Recht qualifizierte Mehrheitserfordernisse generell nicht mehr; maßgeblich ist stets die einfache Mehrheit der abgegebenen Stimmen (§ 25 Abs. 1 WEG).

### a) Verwaltung und Benutzung

Nur ihre Verortung im Gesetz verändert haben die zentralen Beschlusskompetenzen für die Verwaltung (§ 21 Abs. 3 WEG a. F.) und Benutzung (§ 15 Abs. 2 WEG a. F.). Indem der neue § 19 Abs. 1 WEG beide Beschlusskompetenzen zusammenführt, wird die oft schwierige Abgrenzung hinfällig.

### b) Kostenverteilung

Erleichtert wurde eine vom Gesetz oder einer Vereinbarung abweichende Kostenverteilung durch Beschluss. Nach altem Recht konnte mit einfacher Stimmenmehrheit lediglich über die Verteilung von „Betriebskosten“ und von „Kosten der Verwaltung“ beschlossen werden (§ 16 Abs. 3 WEG a. F.); Kosten der „Instandhaltung und Instandsetzung“ konnten nur „im Einzelfall“ und mit doppelt-qualifizierter Mehrheit verteilt werden (§ 16 Abs. 4 WEG a. F.: drei Viertel aller Eigentümer nach Stimmen und zugleich mehr als die Hälfte aller Eigentümer nach Miteigentumsanteilen). Der neue § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG lautet dagegen schlicht:

„Die Wohnungseigentümer können für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten eine von Satz 1 oder von einer Vereinbarung abweichende Verteilung beschließen.“

Er erlaubt es, jede denkbare Kostenposition mit einfacher Stimmenmehrheit zu verteilen. Inhaltliche Vorgaben macht er nicht; sie ergeben sich vielmehr aus dem allgemeinen Prinzip ordnungsmäßiger Verwaltung.<sup>72</sup>

Weiterhin keine Beschlusskompetenz besteht jedoch für die Übertragung der Erhaltungspflicht. Deshalb können den Wohnungseigentümern durch Beschluss zum Beispiel nur die Kosten für den Tausch der im Gemeinschaftseigentum stehenden Fenster ihrer Wohnung auferlegt werden. Sie können aber nicht dazu verpflichtet werden, diesen Tausch selbst vorzunehmen. Ist letzteres gewünscht, muss eine entsprechende Regelung in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden.<sup>73</sup>

### c) Aufhebung des § 21 Abs. 7 WEG a. F.

Aufgehoben wurde § 21 Abs. 7 WEG a. F. Was die Regelung der Art und Weise von Zahlungen und deren Fälligkeit betrifft, tritt § 28 Abs. 3 WEG an seine Stelle. Weggefallen ist dagegen die Möglichkeit, „Kosten für eine besondere Nutzung des gemeinschaftlichen Eigentums oder für einen besonderen Verwaltungsaufwand“ zu beschließen. Denn ungelöst war das Problem, „normale“ Nutzungen und „normalen“ Verwaltungs-

aufwand von den „besonderen“ zu unterscheiden.<sup>74</sup> Tatsächlich anfallende Kosten können freilich nach § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG verteilt werden.

### d) Keine Vertragsstrafen

Der Regierungsentwurf sah eine Beschlusskompetenz für Vertragsstrafen vor, um Verstöße gegen die Gemeinschaftsordnung, die für sich genommen zwar die Entziehung des Wohnungseigentums nicht rechtfertigen, die Gemeinschaft aber dennoch belasten (zum Beispiel wiederholte Verstöße gegen Kurzzeitvermietungsverbote), effektiv ahnden zu können.<sup>75</sup> Auf Veranlassung des Bundesrats wurde sie gestrichen.<sup>76</sup> Die Vereinbarung einer solchen Beschlusskompetenz kann gleichwohl sinnvoll sein, um in der Gemeinschaftsordnung begründete Pflichten abzusichern.

## 7. Bauliche Veränderungen

Die WEG-Reform angestoßen haben die nach altem Recht unzureichenden Vorschriften zu baulichen Veränderungen. Denn nahezu alle Maßnahmen, die über die bloße Erhaltung hinausgingen, mussten durch ein doppelt-qualifiziertes Quorum beschlossen werden (vgl. § 22 Abs. 2 WEG a. F.: drei Viertel aller Wohnungseigentümer nach Stimmen und zugleich mehr als die Hälfte aller Wohnungseigentümer nach Miteigentumsanteilen); viele Maßnahmen bedurften sogar der Zustimmung aller Wohnungseigentümer (vgl. § 22 Abs. 1 WEG a. F.). Bei der Neufassung dieser Vorschriften stand der Gesetzgeber vor dem Problem, die widerstreitenden Interessen in einen angemessenen Ausgleich zu bringen, insbesondere das – auch öffentliche – Interesse an der baulichen Fortentwicklung von Wohnanlagen mit dem Schutz finanzschwacher Wohnungseigentümer. Auf diesen Ausgleich zielen die vollständig neugefassten und im Einzelnen durchaus komplexen Vorschriften der §§ 20 und 21 WEG. Ihre Darstellung würde den Rahmen dieses Beitrags sprengen. Skizziert werden sollen aber die vier wesentlichen gesetzgeberischen Wertentscheidungen, die ihnen zugrunde liegen:

1. *Gestaltungsmacht der Mehrheit* – Grundsätzlich können alle baulichen Veränderungen mit einfacher Stimmenmehrheit beschlossen werden (vgl. § 20 Abs. 1 WEG). Das Bestandsinteresse wird also – anders als früher – nicht höher bewertet als das Veränderungsinteresse.

2. *Schutz vor finanzieller Überlastung* – Der Schutz der überstimmten Minderheit wird durch eine differenzierte Kostentragung gewährleistet: Nur Maßnahmen, die sich innerhalb eines angemessenen Zeitraums amortisieren (§ 23 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 WEG) oder mit besonders großer Mehrheit beschlossen werden (§ 21 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 WEG: mehr als zwei Drittel der abgegebenen Stimmen und zugleich mehr als die Hälfte aller Miteigentumsanteile), sind durch alle Wohnungseigentümer zu finanzieren. An den Kosten aller anderen Maßnahmen

72 Näher *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, Rdnr. 700 ff.

73 Formulierungsvorschlag bei *Kölner Formularbuch WEG/Falkner*, Kap. 3 Rdnr. 241 ff.

74 *Staudinger/Lehmann-Richter*, § 21 WEG Rdnr. 239 ff.

75 Vgl. § 19 Abs. 3 Satz 2 WEG-E („Sie können ferner Regelungen für den Fall beschließen, dass ein Wohnungseigentümer seine Pflichten verletzt.“), dazu *BT-Drucks.* 19/18791, S. 61.

76 *BT-Drucks.* 19/22634, S. 44.

muss sich die überstimmte Minderheit dagegen nicht beteiligen (§ 21 Abs. 3 Satz 1 WEG).

3. *Parallelität von Kosten und Nutzungen* – Nur wer Kosten trägt, darf die bauliche Verbesserung auch nutzen (vgl. § 21 Abs. 1 Satz 2, Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 Satz 2 WEG). Jeder Wohnungseigentümer kann sich auch nachträglich zur Mitnutzung entscheiden, muss dann aber auch anteilig Kosten übernehmen (§ 21 Abs. 4 WEG).

4. *Privilegierung bestimmter Baumaßnahmen* – Jeder Wohnungseigentümer kann auf eigene Kosten bauliche Veränderungen für folgende Zwecke verlangen (§ 20 Abs. 2 WEG): Barrierereduzierung, Elektromobilität, Einbruchschutz, Glasfaserausbau.

In den allermeisten Wohnanlagen werden die gesetzlichen Vorschriften sachgerechte Ergebnisse produzieren. Sie sind zwar abdingbar.<sup>77</sup> Sie ohne besonderen Grund in der Gemeinschaftsordnung abzuändern, ist regelmäßig aber nicht angezeigt. Vielmehr sollten vorhandene Muster auf Relikte des alten Rechts untersucht und ggf. entschlackt werden. Sinnvoll und möglich bleiben im Bedarfsfall freilich individuelle Regelungen, die die gesetzlichen Vorschriften ergänzen, zum Beispiel Ausbaurechte für Dachgeschoß- oder Kellerräume.

## 8. Finanzwesen

Nach altem Recht beschlossen die Wohnungseigentümer schlicht „[ü]ber den Wirtschaftsplan [und] die [Jahres-]Abrechnung“ (§ 28 Abs. 5 WEG a. F.). Von den Gerichten wurde diese Vorschrift überwiegend dahin ausgelegt, dass grundsätzlich jeder Fehler in den Zahlenwerken den Beschluss insgesamt anfechtbar machte.<sup>78</sup> Damit macht das WEMoG Schluss: Beschlussgegenstand sind künftig nur noch die Zahlbeträge der Wohnungseigentümer, also die Vorschüsse auf den Wirtschaftsplan (§ 28 Abs. 1 Satz 1 WEG) und die Nachschüsse infolge der Jahresabrechnung (§ 28 Abs. 2 Satz 1 WEG). Erfolgreich angefochten werden kann ein Beschluss deshalb nur noch, wenn die Zahlbeträge falsch sind; die Begründung, die zugrunde liegenden Zahlenwerke seien unvollständig oder intransparent, ist dagegen nicht mehr ausreichend. Das entlastet die Gerichte und verhindert Liquiditätsengpässe der Gemeinschaft. Neu eingeführt wurde zudem ein jährlicher Vermögensbericht (§ 28 Abs. 4 WEG).

## 9. Prozessrecht

Grundlegend umgestaltet wurde auch das Beschlussklagerecht: Wenn ein Beschluss angefochten, seine Nichtigkeit festgestellt oder ein nicht gefasster Beschluss gerichtlich ersetzt werden soll, sind künftig nicht mehr die übrigen Wohnungseigentümer passivlegitimiert (§ 46 Abs. 1 Satz 1 WEG a. F.), sondern – wie im Kapitalgesellschaftsrecht – die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (§ 44 Abs. 2 Satz 1 WEG). Das gab dem Gesetzgeber die Möglichkeit, den Großteil der besonderen Verfahrensvorschriften in den §§ 43 ff. WEG a. F.

aufzuheben. Am 1.12.2020 bereits rechtshängige Verfahren sind nach altem Prozessrecht fortzuführen (§ 48 Abs. 5 WEG).

## V. WEMoG und Altvereinbarungen

Jede Gesetzesreform, die ein Dauerschuldverhältnis berührt, muss sich mit der Frage befassen, wie die geänderten Vorschriften auf bereits in Gang gesetzte Dauerschuldverhältnisse einwirken. Der Gesetzgeber des WEMoG hat sich – wenig überraschend – dafür entschieden, dass die neuen Vorschriften auch für Altgemeinschaften gelten. Das ergibt sich aus § 47 WEG, der die Frage regelt, wie mit Vereinbarungen aus der Zeit vor dem 1.12.2020 zu verfahren ist, wenn sie von den neuen Vorschriften abweichen. Die Vorschrift enthält eine Auslegungsregel, wonach im Zweifel das neue Recht gilt, es sei denn, aus der Altvereinbarung selbst ergibt sich ein abweichender Wille. Ein solcher Wille liegt insbesondere dann fern, wenn – was häufig vorkommt – schlicht das damals geltende Recht wiederholt wurde. Bei inhaltlichen Abweichungen ist nach deren ursprünglichem Zielsetzung (unter Geltung des alten Rechts) zu fragen und diese Zielsetzung mit der Wirkung der Vereinbarung (unter Geltung des neuen Rechts) zu vergleichen. Nur wenn die Altvereinbarung ihre erkennbare Zielsetzung weiterhin erfüllen kann, bleibt sie anwendbar. Etwa die Verlängerung der Ladungsfrist auf vier Wochen zielte ursprünglich, als § 24 Abs. 4 Satz 2 WEG a. F. noch zwei Wochen vorsah, auf eine Verlängerung der Vorbereitungszeit für Wohnungseigentümer und bewirkt ebendies auch noch unter Geltung des WEMoG, das nunmehr drei Wochen vorsieht; eine solche Altvereinbarung gilt fort. Anders liegt es dagegen bei einer Altvereinbarung, nach der bauliche Veränderungen stets mit einfacher Mehrheit *aller* Wohnungseigentümer beschlossen werden können: Eine solche Vereinbarung zielte ursprünglich auf eine Erleichterung der Bautätigkeit, indem sie die hohen Quoren des § 22 Abs. 1 und 2 WEG a. F. absenkte; weil § 20 Abs. 1 WEG nunmehr die einfache *Stimmen*mehrheit genügen lässt, würde die Vereinbarung nun das Gegenteil bewirken und ist deshalb nach dem 1.12.2020 nicht mehr anwendbar.

## VI. Fazit

Das WEMoG verändert das Wohnungseigentumsrecht grundlegend. Aus notarieller Sicht sind die Änderungen positiv zu bewerten.<sup>79</sup> Das gilt insbesondere für die Stärkung des Grundbuchs und die zusätzlichen Gestaltungsmöglichkeiten durch die Erweiterung der Sondereigentumsfähigkeit. Daneben machen viele der sonstigen Neuerungen (etwa im Bereich der Beschlussfassung, des Finanzwesens und nicht zuletzt der baulichen Veränderungen) abweichende Vereinbarungen in der Gemeinschaftsordnung regelmäßig entbehrlich. Unerlässlich ist es, bislang verwendete Muster kritisch zu überprüfen und von Relikten des alten Rechts zu befreien.

<sup>77</sup> Vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 84 f. zur Aufhebung des § 22 Abs. 2 Satz 2 WEG a.F.; a. A. ohne Begründung Hügel/Elzer, § 20 Rdnr. 188.

<sup>78</sup> Näher dazu, insbesondere zur vielfach kasuistischen Rechtsprechung Staudinger/Häublein, § 28 WEG Rdnr. 232 ff.

<sup>79</sup> Zum Referentenentwurf schon BeckOGK-WEG/Falkner, § 10 Rdnr. 613: „Das geplante WEMoG bringt bahnbrechende strukturelle Neuregelungen für das Wohnungseigentumsrecht mit sich. (...) Die Änderungen sind nahezu uneingeschränkt zu begrüßen, sie bedeuten z. T. großartige Erleichterungen für die Praxis.“

# Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht

Von Notar Dr. Eckhard Wälzholz, Füssen

Anknüpfend an das Praxisupdate Grunderwerbsteuerrecht aus dem Januar 2020 schildert der Beitrag die Neuerungen im Grunderwerbsteuerrecht seitens des Gesetzgebers, der Rechtsprechung und Finanzverwaltung aus dem vergangenen Jahr. Größte Bedeutung hat insoweit die Serie von BFH-Urteilen zu grunderwerbsteuerfreien Umwandlungen im Konzern, mit denen der (weite) Anwendungsbereich dieser Norm nunmehr rechtssicher festgelegt ist. Die Finanzverwaltung wendet diese neue Rechtsprechung an und hat einen zustimmenden gleichlautenden Ländererlass veröffentlicht. Daneben sind praxisrelevante Entwicklungen u. a. zur freiwilligen (privatrechtlichen) Baulandumlegung, zur Besteuerung von Erbbaurechten zur Übertragung von Erbanteilen und zur Bemessungsgrundlage bei Kaufverträgen zu erwähnen.

## I. (Geplante) Gesetzesänderungen

### 1. Grunderwerbsteuerreform bei Anteilsübertragungen (share-deals)

Das Gesetzgebungsverfahren, das bereits in den beiden letzten Jahresüberblicksaufsätzen thematisiert wurde<sup>1</sup>, wurde in den vergangenen zwölf Monaten nicht mehr weiterverfolgt. Es ist der gesetzgeberischen Hektik des Corona-Jahres zum Opfer gefallen.

Ungeklärt ist derzeit, ob der Gesetzgeber das neue Recht rückwirkend zum 1.1.2020 in Kraft setzen könnte, da er das Gesetz rechtzeitig vorher eingebracht hatte und daher seit 1.1.2020 kein schützenswertes Vertrauen mehr in den Fortbestand der bisherigen Rechtslage besteht. Die bereits im Jahr 2019 in das Gesetzgebungsverfahren eingebrachten Gesetzesentwürfe sehen ein Inkrafttreten zum 1.1.2020 vor.<sup>2</sup> Dies könnte der Gesetzgeber noch in dieser Legislaturperiode aufgreifen und zum Abschluss bringen. Der Bundesrat hat im Rahmen der Stellungnahme zum JStG 2020 ausdrücklich den Bundestag aufgefordert und angemahnt, das Gesetzgebungsverfahren voranzutreiben und zum Abschluss zu bringen.<sup>3</sup>

1 Wälzholz, MittBayNot 2020, 7, 7; Wälzholz, MittBayNot 2019, 1 ff.

2 Siehe BR-Drucks. 355/19 vom 8.9.2019; Beschluss des Bundesrates dazu in BR-Drucks. 355/19 (B) vom 20.9.2019 mit einigen Änderungsanregungen; dazu Wischott/Graessner, NWB 2019, 2914 ff.; siehe ferner Behrens/Waadt, BB 2019, 1367; Broemel/Mörwald, DStR 2019, 1113 und DStR 2018, 1521; Broemel/Lange, DB 2018, 666; Lüdicke, DB 2019, 1864; Schley, GmbHR 2019, 645; Wagner, DB 2019, 1286; Schmid, DStR 2018, 2058; Wagner, DB 2018, 1553; Wischott/Graessner, NWB 2019, 1658.

3 BR-Drucks. 503/1/20, S. 164 f. (Beschlussempfehlungen des Finanzausschusses des Bundesrates); ebenso BR-Drucks. 503/20 (Beschluss), S. 81.

## 2. JStG 2020 – GrEStG

Im Rahmen des JStG 2020 soll auch das GrEStG geändert werden:<sup>4</sup>

- Beschränkung der Steuerbefreiung für Flurbereinigungs- und Umlegungsfälle, wenn diese außerhalb des Marktgeschehens, also insbesondere unfreiwillig erfolgt und die zugewiesenen Grundstücke nicht mehr als 20 % mehr Wert sind als der eigentliche Sollanspruch (Nichtaufgriffsgrenze).
- Erhöhung von Verspätungszuschlägen bei nicht rechtzeitiger Abgabe von Steuererklärungen oder Feststellungserklärungen (nicht nur 25 € pro Monat, sondern 0,25 Prozent der festgesetzten Steuer pro Monat der Verspätung).
- Keine Steuerpflicht nach §§ 5 Abs. 3, 6 Abs. 3 GrEStG, soweit die Steuerpflicht nur auf dem Austritt Großbritanniens aus der EU beruhen würde.

## II. Aktuelle Entwicklungen zur Steuerbefreiung nach § 6a GrEStG

Der BFH hat in sieben Entscheidungen vom 21. und 22.8.2019 Klarheit bei der Auslegung des § 6a GrEStG geschaffen<sup>5</sup>. Alle sieben Entscheidungen sind inzwischen im BStBl. veröffentlicht worden und damit für die Finanzverwaltung verbindlich. Der BFH hat sich in zahlreichen unterschiedlichen Aspekten gegen die sehr enge Auslegung der Finanzverwaltung gewandt und eine großzügige Gesetzesauslegung befürwortet, die teilweise auch den Gesetzeswortlaut durch teleologische Reduktion einschränken musste, um die Norm nicht leerlaufen zu lassen.<sup>6</sup> Die Finanzverwaltung hat daher durch gleichlautende Ländererlasse vom 22.9.2020 ihren früheren gleichlautenden Ländererlass vom 19.6.2012<sup>7</sup> sowie vom 9.10.2013<sup>8</sup> aufgehoben und durch das neue Anwendungsschreiben ersetzt. Damit wird § 6a GrEStG zu einer wichtigen und praxisrelevanten Norm, mit der Unternehmensumstrukturierungen nach dem UmwG grunderwerbsteuerlich wesentlich erleichtert werden. Der neue beträchtliche und wesentlich erweiterte Gestaltungsspielraum durch § 6a GrEStG sei im Folgenden anhand einzelner, vereinfachter Beispiele erläutert:

4 Siehe BR-Drucks. 503/20; BR-Drucks. 503/1/20, S. 165 (Beschlussempfehlungen des Finanzausschusses des Bundesrates); ebenso BR-Drucks. 503/20 (Beschluss), S. 82.

5 Siehe aktuell zu § 6a GrEStG Loose, DB 2020, 919; Wischott/Graessner, NWB 2020, 1320; Behrens/Seemaier, DStR 2020, 1411; Viskorf, DB 2020, 421; Kittl/Lorenz, DStR 2019, 897; Wischott/Graessner, NWB 2019, 566; Wälzholz, DNotZ 2020, 310; Wälzholz/Bayer, GmbH-StB 2020 Heft 5 und Heft 7; Eckstein/Babel, WPg 2020, 660.

6 Zu weiterhin ungelösten Fragen siehe Behrens/Seemaier, DStR 2020, 1411, 1412, 1416 f.

7 BStBl. I 2012, S. 662.

8 BStBl. I 2013, S. 1375.

## 1. Upstream Merger

**Beispiel:** Eine Aktiengesellschaft ist 100 %ige Mutter einer Tochter-GmbH, die über Grundbesitz im Inland verfügt. Die Beteiligungsverhältnisse sind seit mehr als fünf Jahren konstant, sodass die Mutter-AG seit mehr als fünf Jahren unmittelbar an der Tochter-GmbH zu mindestens 95 % beteiligt ist. Die Tochter-GmbH wird nunmehr auf die Mutter-AG verschmolzen.

**Abwandlung:** Würde sich am vorstehenden Beispielfall etwas ändern, wenn anstelle der Mutter-AG eine natürliche Person zu 100 % seit fünf Jahren an der grundstückshaltenden Tochter-GmbH beteiligt wäre? Die natürliche Person ist weder umsatzsteuerlicher Unternehmer noch hält sie die Beteiligung in einem Betriebsvermögen.

Im Ausgangsbeispiel handelt es sich um einen grunderwerbsteuerbaren Vorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG, da das zivilrechtliche Eigentum an einem inländischen Grundstück ohne Auflassung auf einen anderen Rechtsträger, nämlich die Mutter-AG, übergeht. Fraglich ist vorliegend lediglich das Eingreifen der Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 6a GrEStG. Da es sich um eine Verschmelzung im Sinne des UmwG handelt, ist der Tatbestand des § 6a Abs. 1 Satz 1 GrEStG grundsätzlich erfüllt. Es darf sich insoweit also nicht um eine Einzelrechtsnachfolge handeln. Der Verkauf des Grundstückes mit Auflassung erfüllt den Grunderwerbsteuerstatbestand nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und wäre demgegenüber nicht grunderwerbsteuerbefreit.<sup>9</sup>

Ob die Mutter-AG einen eigenen Gewerbebetrieb unterhält, umsatzsteuerrechtlicher Unternehmer im Sinne des UStG ist oder eine reine Holdingfunktion hat, spielt nach der aktuellen Rechtsprechung des BFH keine weitere Rolle mehr.<sup>10</sup>

Im vorstehenden Ausgangsbeispielfall hatte die Finanzverwaltung eine Begünstigung nach § 6a GrEStG früher noch abgelehnt, weil durch die Verschmelzung von Tochter- auf Muttergesellschaft der Verbund des Konzernes erlöschen würde<sup>11</sup>. Diese Auffassung hat der BFH abgelehnt<sup>12</sup>. Im Wortlaut des Gesetzes hat eine derartige einschränkende Auslegung keinerlei Anhaltspunkte gefunden. Der bloße Umstand, dass es sich um ein herrschendes Unternehmen mit einer mindestens 95 %igen Beteiligung seit mindestens fünf Jahren handelt, reicht insoweit.

9 Strittig, siehe Boruttaw/Viskorf, GrEStG, 19. Aufl. 2019, § 6a Rdnr. 35 m. w. N.

10 BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; Urteil vom 22.8.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352; Urteil vom 21.8.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341.

11 So früher gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 6a GrEStG vom 19.6.2012, BStBl. I 2012, S. 662 sowie vom 9.10.2013, BStBl. I 2013, S. 1375. Diese Ansicht gibt auch die Finanzverwaltung nun auf, gleichlautende Ländererlasse vom 22.9.2020 zu § 6a GrEStG unter Ziffer 1.

12 BFH, Urteil vom 22.8.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352; Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; Urteil vom 21.8.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341. Zust. Loose, DB 2020, 919, 920; Behrens/Seemaier, DStR 2020, 1411, 1412 f.; ebenso Boruttaw/Viskorf, GrEStG, § 6a Rdnr. 115.

Problematisch bleibt insoweit lediglich die Frage, ob auch die Voraussetzungen des § 6a Satz 4 GrEStG erfüllt sind. Im Sinne des Satzes 3 abhängig ist nach § 6a Satz 4 GrEStG eine Gesellschaft, an deren Kapital oder Gesellschaftsvermögen das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahre nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar, teils mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt ist. Der Wortlaut dieser Norm wird vorliegend nicht erfüllt. Mit Wirksamwerden der Verschmelzung durch Eintragung im zweiten Handelsregister erlischt die Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der abhängigen Gesellschaft. Das herrschende Unternehmen kann an der abhängigen Gesellschaft nicht mehr beteiligt sein. Der Wortlaut des Gesetzes wird daher nicht erfüllt. Gleichwohl hat der BFH<sup>13</sup> zutreffend entschieden, dass der Wortlaut des Gesetzes für alle Fälle der Verschmelzung in dem Umfang teleologisch reduziert werden muss, dass eine fünfjährige Nachhaltefrist bei allen Umwandlungen nicht einzuhalten ist, wenn der Untergang des übertragenen Rechtsträgers dem jeweiligen Umwandlungsvorgangs wesensimmanent ist. Dies ist bei der Verschmelzung der Fall, sodass daher auch der Upstream Merger auf eine 100 %ige Kapitalgesellschaft begünstigt ist.<sup>14</sup> Dieser Auffassung hat sich auch die Finanzverwaltung in ihrem gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder zu § 6a GrEStG vom 22.9.2020 angeschlossen in Tz. 3.2.2.2.

Auch in der Abwandlung ist der Übergang des Grundstücks im Wege der Verschmelzung von der Tochter-Kapitalgesellschaft auf den Alleingesellschafter als natürliche Person grunderwerbsteuerbefreit. Denn es handelt sich wiederum um eine Umwandlung im Sinne des UmwG.<sup>15</sup> Auch die natürliche Person ist ein herrschendes Unternehmen im Sinne des § 6a GrEStG.<sup>16</sup> Die Finanzverwaltung erkennt in diesem Zusammenhang ebenfalls an, dass es sich um einen beliebigen Rechtsträger handelt, der wirtschaftlich tätig ist.<sup>17</sup> Dies kann auch eine natürliche Person oder eine Personengesellschaft sein.<sup>18</sup> Für die wirtschaftliche Betätigung ist es ausreichend, wenn das herrschende Unternehmen über eine Beteiligung an einer abhängigen Gesellschaft am Markt teilnimmt.<sup>19</sup>

13 BFH, Urteil vom 22.8.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352; Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329.

14 BFH, Urteil vom 22.8.2019, II R 18/19 (II R 62/14), BStBl. II 2020, S. 352; ebenso Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329; Urteil vom 21.8.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341.

15 Die Einzelrechtsnachfolge wäre bereits nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht begünstigt. Siehe gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 2.1.

16 Gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 3.1.; BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329.

17 BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333; Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; ebenso Loose, DB 2020, 919, 920.

18 Ebendort; ebenso BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329.

19 Ebendort Tz. 3.1.; BFH, Urteil vom 21./22.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329; Urteil vom 21.8.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333.

Dass die natürliche Person die Beteiligung im Privatvermögen hält und kein umsatzsteuerrechtlicher Unternehmer im Sinne des § 2 UStG ist, spielt ebenfalls keine Rolle.<sup>20</sup> Die Nichteinhaltung der Nachhaltefrist ist auch bei der Verschmelzung auf eine natürliche Person irrelevant, da diese bei einer Verschmelzung naturgemäß aufgrund des Wesens des Umwandlungsvorgangs nicht eingehalten werden kann. Das Gleiche gilt für alle Fälle der Aufspaltung eines Rechtsträgers. Denn auch hier geht der übertragene Rechtsträger nach dem Wesen des Umwandlungsvorgangs automatisch unter und kann daher nicht fünf Jahre lang weiter fortbestehen.

**Abwandlung:** Die Beteiligten fragen sich, ob eine nachfolgende Veräußerung des Grundbesitzes durch das herrschende Unternehmen in dem vorstehenden Beispielsfall und der dazugehörigen Abwandlung an der steuerlichen Beurteilung etwas ändern würde.

Nach dem klaren Gesetzeswortlaut des § 6a GrEStG kommt es nicht darauf an, ob der übernehmende Rechtsträger den Grundbesitz für eine Mindestdauer weiterhin behält, sondern allein darauf, dass die fünfjährige Vorhaltefrist und – soweit möglich – die fünfjährige Nachhaltefrist eingehalten wird. Die Steuervergünstigung des § 6a GrEStG ist daher nicht grundstücksbezogen auszulegen.<sup>21</sup> Dem hat sich auch der BFH angeschlossen.<sup>22</sup> Die nachfolgende Veräußerung des Grundbesitzes durch das herrschende Unternehmen spielt im vorliegenden Fall also keine Rolle und steht der Grunderwerbsteuerlichen Begünstigung nicht entgegen. § 6a GrEStG lässt sich damit nutzen, um Gewinne aus der Veräußerung von Grundstücken zwischen Gesellschaften ertragsteuerrechtlich zu verlagern, indem der Gewinn aus der Veräußerung eines Grundstücks erst nach Verschmelzung beispielsweise in einer Gesellschaft realisiert wird, die über Verlustvorträge verfügt, was ggf. beim bisherigen übertragenden Rechtsträger nicht der Fall gewesen sein mag.

## 2. Ausgliederungsfälle

**Beispiel:** Der Einzelunternehmer X ist Inhaber eines Maschinenbaubetriebes, den er zukünftig in der Rechtsform einer GmbH betreiben möchte. Eine Beteiligung an einer GmbH hat er bisher noch nicht, sondern möchte diese im Wege der Ausgliederung neu gründen und nach § 20 UmwStG das gesamte Unternehmen einschließlich des Grundbesitzes in die GmbH ausgliedern. Macht es einen Unterschied, ob die Ausgliederung zur Neugründung erfolgt oder die GmbH erst gegründet wird und anschließend im Wege der sog. Stufengründung die Ausgliederung erfolgt?

**Abwandlung:** Macht es einen Unterschied, ob die Einbringung des Einzelunternehmens in die Kapitalgesellschaft als

partielle Gesamtrechtsnachfolge nach § 123 Abs. 3 UmwG erfolgt oder im Wege der Einzelrechtsnachfolge?

Im vorliegenden Ausgangsbeispiel handelt es sich wiederum um einen Grunderwerbsteuerbaren Vorgang nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG, weil ohne Auflassung und schuldrechtliches vorangehendes Rechtsgeschäft ein Rechtsträgerwechsel auf eine Tochtergesellschaft erfolgt. War bereits eine GmbH vorhanden oder wurde eine GmbH als Vorratsgesellschaft erworben oder wird sie zunächst bar gegründet, so erfüllt der ausgliedernde Einzelunternehmer nicht die Anforderungen an § 6a Satz 4 GrEStG, weil er noch keine fünf Jahre an der GmbH beteiligt ist. Soweit hingegen die Ausgliederung zur Neugründung erfolgt, so muss die fünfjährige Vorhaltefrist nach § 6a Satz 4 GrEStG nicht eingehalten werden, weil sie bei diesem begünstigten Umwandlungsvorgang denkbare nicht eingehalten werden kann.<sup>23</sup> Dem folgt auch die Finanzverwaltung.<sup>24</sup> Danach müssen die fünfjährigen Vorbehaltensfristen bei einer Umwandlung auf eine neu gegründete Gesellschaft nicht eingehalten werden bei:

- Aufspaltung zur Neugründung
- Abspaltung zur Neugründung
- Ausgliederung zur Neugründung<sup>25</sup>

Soweit hingegen eine Verschmelzung, Abspaltung oder Ausgliederung zur Aufnahme einer bereits existierenden Gesellschaft erfolgt, so ist zwingend die fünfjährige Vorhaltefrist einzuhalten.<sup>26</sup> Ebenso ist die fünfjährige Nachbehaltensfrist hinsichtlich der neu gegründeten Gesellschaft nach § 6a Satz 4 GrEStG in den Fällen der Umwandlung zur Neugründung zwingend einzuhalten.<sup>27</sup> Sollte der Einzelunternehmer X also seine GmbH-Beteiligung innerhalb von fünf Jahren veräußern, so wäre der Einbringungsvorgang nachträglich der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen.<sup>28</sup>

In der Abwandlung wurde der gleiche Sachverhalt zivilrechtlich und auch umwandlungsteuerrechtlich gleichwertig durch eine Einzelrechtsnachfolge ohne Gesamtrechtsnachfolge nach dem Umwandlungsgesetz gestaltet. Ein solcher Vorgang ist

20 Gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 3.1.; BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 15/19 (II R 50/13), BStBl. II 2020, S. 329; Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337.

21 So auch die Finanzverwaltung im gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 1 am Ende.

22 BFH, Urteil vom 21./22.8.2019, II R 17/19 (II R 58/14), BStBl. II 2020, S. 348.

23 BFH, Urteil vom 21./22.8.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333; Urteil vom 21.8.2019, II R 21/19 (II R 56/15), BStBl. II 2020, S. 344 zur Abspaltung; ebenso *Behrens/See-maier*, DStR 2020, 1411, 1413 f.

24 Gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 3.2.2.1.

25 BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 21/19 (II R 56/15), BStBl. II 2020, S. 344 (zur Abspaltung); Urteil vom 21.8.2019, II R 16/19 (II R 36/14), BStBl. II 2020, S. 333. Warum die Finanzverwaltung die Verschmelzung zur Neugründung nicht ausdrücklich erwähnt, erschließt sich nicht. Für die Verschmelzung zur Neugründung gilt insoweit aber das Gleiche.

26 BFH, Urteil vom 21./22.8.2019, II R 17/19 (II R 58/14), BStBl. II 2020, S. 348.

27 Ein späterer Verstoß stellt ein rückwirkendes Ereignis dar, der zum nachträglichen Wegfall der Steuerfreiheit führt, siehe gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 4.2.

28 Gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 4.2. Insoweit handelt es sich um ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 2 Satz 1 AO.

hingegen nicht Grunderwerbsteuerbegünstigt.<sup>29</sup> Denn nur Erwerbsvorgänge nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG werden nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6a Satz 1 GrEStG von der Begünstigung erfasst, nicht aber der Erwerb per Auflassung auf schuldrechtlicher Grundlage nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.<sup>30</sup>

### 3. Verschmelzung zwischen Schwestergesellschaften

**Beispiel:** Eine Mutter-Kapitalgesellschaft ist an zwei 100 %igen, grundstückshaltenden Tochter-Kapitalgesellschaften seit mindestens fünf Jahren zu mindestens 95 % beteiligt. Die eine Tochtergesellschaft soll nunmehr auf die Schwestergesellschaft verschmolzen werden.

Zwei mindestens 95 % betragende abhängige Gesellschaften ein und desselben herrschenden Unternehmens können Grunderwerbsteuerfrei aufeinander verschmolzen werden, sofern das herrschende Unternehmen an beiden beteiligten Gesellschaften seit mindestens fünf Jahren beteiligt ist und mindestens fünf weitere Jahre an der aufnehmenden Gesellschaft beteiligt bleibt.<sup>31</sup> Auf die Einhaltung einer Nachbehaltensfrist nach § 6a Satz 4 GrEStG am übertragenden Rechtsträger kommt es hingegen nicht an, weil insoweit schon denkbare Fälle bei einer Verschmelzung eine Weiterbeteiligung wegen des Untergehens des Rechtsträgers ohne Liquidation ausgeschlossen ist.<sup>32</sup> Dem folgt auch die Finanzverwaltung.<sup>33</sup> Die Einhaltung einer Nachbehaltensfrist für den übertragenden Rechtsträger ist daher nicht möglich und unbeachtlich in folgenden Fällen:

- Verschmelzung zur Aufnahme
- Verschmelzung zur Neugründung
- Aufspaltung zur Aufnahme
- Aufspaltung zur Neugründung
- Vollübertragung des gesamten Vermögens eines Rechtsträgers
- Vermögensübertragung durch Aufspaltung zur Aufnahme

Der aufnehmende Rechtsträger muss die Nachbehaltensfrist hingegen für volle fünf Jahre einhalten, da anderenfalls ein Nachversteuerungstatbestand eingreifen würde.

<sup>29</sup> Zur Nichtbegünstigung der Einbringung im Wege der Einzelrechtsnachfolge siehe gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 2.3.

<sup>30</sup> BFH, Urteil vom 22.11.2018, II B 8/18, BStBl. II 2020, S. 153 = DStR 2018, 2636; str., siehe die Nachweise bei Boruttau/*Viskorf*, GrEStG, § 6a Rdnr. 35 m. w. N.

<sup>31</sup> Siehe BFH, Urteil vom 22.8.2019, II R 17/19 (II R 58/14), BStBl. II 2020, S. 348.

<sup>32</sup> So auch BFH, Urteil vom 22.8.2019, II R 17/19 (II R 58/14), BStBl. II 2020, S. 348.

<sup>33</sup> Gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 3.2.2.2.

### 4. Unternehmensbegriff im Sinne des § 6a GrEStG

Der Unternehmensbegriff im Sinne des § 6a GrEStG ist denkbar weit.<sup>34</sup> Die Eigenschaft als Unternehmer im Sinne des UStG ist nicht erforderlich. Auch eine gemeinnützige Stiftung kann herrschendes Unternehmen im Sinne des § 6a GrEStG sein.<sup>35</sup> Gleiches würde für eine natürliche Person gelten oder für einen gemeinnützigen Verein.<sup>36</sup> Dass § 6a GrEStG keine Eigenschaft als Unternehmen im Sinne des UStG voraussetzt, entspricht auch der herrschenden Meinung in der Rechtslehre.<sup>37</sup>

Eine besondere Rechtsform des Unternehmens ist nicht erforderlich, sodass es sich sowohl um gemeinnützige Rechtsträger wie Stiftungen, Vereine, Kapitalgesellschaften, Personengesellschaften oder natürliche Personen handeln kann.<sup>38</sup> Auch auf den Umstand, ob die Beteiligungen in einem ertragsteuerrechtlichen Betriebsvermögen gehalten wird, kommt es nach Ansicht des BFH nicht an. Bilanzuelle und ertragsteuerliche Begriffe sind der Grunderwerbsteuer als Verkehrsteuer fremd.<sup>39</sup> Dem hat sich nun auch die Finanzverwaltung angeschlossen.<sup>40</sup>

### III. Weitere aktuelle Rechtsprechung und Anweisungen der Finanzverwaltung

#### 1. Grunderwerbsteuer bei Verlängerung eines Erbbaurechts BFH vom 23.4.2020, II B 80/19, ZfIR 2020, 518 (Ls.)

Dem vom BFH zu entscheidenden Fall lag eine in der Praxis immer wieder anzutreffende Konstellation zugrunde. Der Kläger war Inhaber eines im Jahre 1960 bestellten Erbbaurechts, das zunächst am 30.9.2040 auslief. Durch Vertrag vom 11.10.2016 mit der Grundstückseigentümerin wurde das Erbbaurecht bis zum 30.9.2096 verlängert.<sup>41</sup> Gleichzeitig wurde mit Wirkung vom 1.10.2016 ein Erbbauzins von 3.992 € p. a.

<sup>34</sup> BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; Urteil vom 21.8.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341.

<sup>35</sup> BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, 337; Urteil vom 21.8.2019, II R 20/19 (II R 53/15), BStBl. II 2020, S. 341; ebenso *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1411, 1412; *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 6a Rdnr. 84.

<sup>36</sup> So ausdrücklich *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 6a Rdnr. 85.

<sup>37</sup> *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 6a Rdnr. 84; *Pahlke*, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 6a Rdnr. 43; *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 583.23; *Behrens/Wachter/Lieber*, GrEStG, 1. Aufl. 2018, § 6a Rdnr. 30; *Behrens*, UBG 2010, 845, 846; *Behrens*, DStR 2012, 2149, 2152; *Schafitzel/Götz*, DB 2011, 374; a. A. *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, 11. Aufl. 2017, § 6a Rdnr. 11.

<sup>38</sup> BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337.

<sup>39</sup> BFH, Urteil vom 21.8.2019, II R 19/19 (II R 63/14), BStBl. II 2020, S. 337; ebenso *Behrens/Seemaier*, DStR 2020, 1411, 1412; *Loose*, DB 2020, 919, 920 f.

<sup>40</sup> Gleichlautender Ländererlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 22.9.2020, Tz. 3.1.

<sup>41</sup> Zur Tabestandsmäßigkeit des Vertrages i. S. d. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG siehe *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 2 Rdnr. 187; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 2 Rdnr. 24; *Pahlke*, GrEStG, § 2 Rdnr. 80; ebenso die Finanzverwaltung: gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 16.9.2015, S 4500, BStBl. I 2015, S. 827 Tz. 2.1.3 und 2.1.4.

nebst Wertsicherungsklausel vereinbart. Das FA setzt schließlich die Grunderwerbsteuer auf 3.542,90 € fest. Dem lagen eine Laufzeit vom 1.10.2040 bis zum 30.9.2096 und eine Bemessungsgrundlage von 70.858 €<sup>42</sup> ohne Abzinsung zugrunde. Klage und Revision des Klägers hatten keinen Erfolg.

Das Erbbaurecht gilt als Grundstück im Sinne des GrEStG, § 2 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG. Die Verlängerung der Laufzeit des Erbbaurechts erfüllt ferner einen grunderwerbsteuerpflichtigen Tatbestand im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG<sup>43</sup>. Im Kern ging es daher nur um die Bemessungsgrundlage für die Grunderwerbsteuer. Wird ein Erbbaurecht gegen Vereinbarung eines Erbbauzinses verlängert, so ist nach Ansicht des BMF grunderwerbsteuerrechtliche Bemessungsgrundlage der kapitalisierte Erbbauzins für die Verlängerungszeit, hier also rund 60 Jahre.<sup>44</sup> Es wird also nicht die Summe der zukünftigen Zahlungen als grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage herangezogen, sondern Anlage 9a des BewG angewandt. Gleichzeitig ist die Grunderwerbsteuer nach dieser Besteuerung höher, wenn ein Erbbaurecht für 99 Jahre bestellt wird und anschließend um weitere 99 Jahre verlängert wird, als wenn das Erbbaurecht gleich für 198 Jahre bestellt wird. Denn der Kapitalisierungsfaktor nach Anlage 9a des BewG steigt ab 101 Jahren nicht mehr.

## 2. Zubehör grunderwerbsteuerfrei, BFH vom 3.6.2020, II B 54/19, DStR 2020, 1730

Im Rahmen der Nichtzulassungsbeschwerde hatte der BFH über klassische Fragen der notariellen Gestaltungspraxis zu entscheiden, mit denen der BFH allerdings kaum wirkliches Neuland betrat.<sup>45</sup> Vielmehr bestätigte der BFH in seiner Entscheidung vom 3.6.2020,<sup>46</sup> dass bei einem einheitlichen Kaufvertrag, bei dem neben dem Grundstück weitere nicht dem Grundstücksbegriff des § 2 GrEStG unterfallende Gegenstände veräußert werden, die Gegenleistung für die anderen Gegenstände nicht dem GrEStG unterliege.<sup>47</sup> Zubehör im Sinne von § 97 Abs. 1 Satz 1, § 98 Nr. 1 BGB gehöre daher nicht zu den Grundstücken im Sinne des GrEStG. Die einheitliche Gegenleistung sei nach dem Verhältnis aufzuteilen, in dem sich der Wert des Grundstücks im Verhältnis zum Wert der sonstigen Gegenstände befinde. Maßgeblich sei insoweit der gemeine Wert gemäß § 9 BewG. Die sonstigen Gegenstände seien hingegen mit dem Teilwert im Sinne des § 10 BewG zu bewerten. Damit kommt es auf die Auslegung des Begriffs des Zubehörs an. Dieser Begriff sei zivilrechtlich auszulegen. Zubehör sind danach bewegliche Sachen, die ohne Bestandteil der Hauptsache zu sein, dem wirtschaftlichen Zweck der Hauptsache zu dienen bestimmt sind und zu ihr in einem dieser Bestimmung entsprechenden räumlichen Verhältnis stehen. Inventar eines Betriebs dient dem Betriebsge-

bäude.<sup>48</sup> Hinsichtlich der BFH-Entscheidung vom 3.6.2020 ist das einzig zutreffende Fazit: Insoweit bleibt alles beim Alten.<sup>49</sup>

Beachtlicher ist insoweit die Entscheidung des FG Köln vom 8.11.2017.<sup>50</sup> Das FG Köln bestätigt dabei die auch bisher schon herrschende Meinung, dass die Gegenleistung für eine Einbauküche samt Markise nicht grunderwerbsteuerpflichtig sei. Das FA wollte die Kaufpreisaufteilung der Beteiligten im Kaufvertrag jedoch nicht anerkennen. Der Sachbearbeiter bei der Grunderwerbsteuerstelle hatte im Internet die jeweils handelsüblichen Preise auf Ebay bzw. sonstigen Internetanbietern für Gebrauchtküchen angesehen und festgestellt, dass die Vereinbarung der Beteiligten hiervon abwich. Zutreffend weist das FG Köln in seinen Entscheidungsgründen darauf hin, dass auf derartigen Internetplattformen für gebrauchte Gegenstände regelmäßig überaus geringe Preise zu finden sind und anders als bei separat verkauften Gegenständen insbesondere bei eingebauten Küchen für den Erwerber diese einen höheren Wert darstellen, weil der Erwerber bei Übernahme von voll funktionstüchtigen gebrauchten Gegenständen nicht dafür Sorge tragen müsse, entsprechende Gegenstände selbst von dritter Seite erwerben und einbauen zu lassen. Der Vergleich mit Preisen von Internetportalen sei daher ein Vergleich zwischen Äpfeln und Birnen und damit nicht statthaft.

## 3. Widerruf einer Schenkung als grunderwerbsteuerpflichtiger Erwerbsvorgang, BFH vom 4.3.2020, II R 2/17, DStR 2020, 1432

Der beachtlichen Entscheidung des BFH lag folgender Sachverhalt zugrunde:

### a) Sachverhalt

An der grundstückshaltenden G-GmbH & Co. KG war zu 75 % der Kläger beteiligt und zu 25 % die A-GmbH & Co. KG. An der A-GmbH & Co. KG waren wiederum zu 10 % der Kläger und zu je 45 % die Söhne des Klägers beteiligt. Die Kommanditanteile an der A-GmbH & Co. KG in Höhe von jeweils 45 % hatte der Kläger seinen Söhnen mit Schenkungs- und Abtretungsvertrag vom 21.12.1995 (Schenkungsvertrag) unentgeltlich unter Nießbrauchsvorbehalt übertragen. Der Kläger war unwiderruflich bevollmächtigt, für die Dauer des Nießbrauchs die Stimm- und Verwaltungsrechte bezüglich der Kommanditanteile auszuüben. Ferner behielt sich der Kläger das Recht vor, die Schenkung jederzeit ohne Angabe von Gründen zu widerrufen und die Rückübertragung des jeweiligen Kommanditanteils an sich zu verlangen (freies Widerrufsrecht).<sup>51</sup>

48 Siehe mit Bsp. Behrens/Wachter/Lieber, GrEStG, § 2 Rdnr. 14; Boruttau/Viskorf, GrEStG, § 2 Rdnr. 36 ff.

49 So auch ausdrücklich Schlund, DStRK 2020, 234.

50 FG Köln, Urteil vom 8.11.2017, 5 K 2938/16, n. v.

51 Die zivilrechtliche Wirksamkeit einer solchen Gestaltung ist überaus zweifelhaft. Die Gestaltung dürfte wegen Verstoßes gegen § 138 BGB (Sittenwidrigkeit) unwirksam sein. Siehe zur Problematik der Hinauskündigungsklauseln BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, NZG 2005, 968 = BB 2005, 2430 m. Anm. Gehrlein = DStR 2005, 1913; Urteil vom 19.9.2005, II ZR 342/03, NZG 2005, 971 = BB 2005, 2427 m. Anm. Gehrlein = DStR 2005, 1910; Urteil vom 14.3.2005, II ZR 153/03, NZG 2005, 479 = DStR 2005, 798.

42 Siehe 3.992 € \* Vervielfältiger 17,750 für 56 Jahre nach § 13 Abs. 1 des BewG i. V. m. Anlage 9 a zum BewG.

43 BFH, Urteil vom 18.8.1993, II R 10/90, BStBl. II 1993, S. 766; Urteil vom 23.4.2020, II B 80/19, ZfIR 2020, 518 (Ls.).

44 Ebenso Behrens/Wachter/Konrad, GrEStG, § 9 Rdnr. 199.

45 Schlund, DStRK 2020, 234.

46 BFH, Urteil vom 3.6.2020, II B 54/19, DStR 2020, 1730.

47 Siehe dazu Behrens/Wachter/Lieber, GrEStG, § 2 Rdnr. 14.

Mit Verträgen vom 9.2.2007 widerrief der Kläger die Schenkung der Kommanditanteile und verlangte die Rückübertragung. Weiter trat der jeweilige Sohn seinen Kommanditanteil an den dies annehmenden Kläger (Vater) ab. Die Abtretungen standen unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Kommanditeilererwerbs an der G-GmbH & Co. KG durch den Dritten F oder ein anderes von diesem kontrolliertes Unternehmen im Handelsregister der G-GmbH & Co. KG.

Anschließend veräußerte der Kläger 94,9 % der Kommanditbeteiligung an der A-GmbH & Co. KG an F. Zudem veräußerte die A-GmbH & Co. KG 19,9 % ihrer Kommanditanteile an der grundstückshaltenden G-GmbH & Co. KG ebenfalls an F.

Nach Auffassung des FA war durch den am 9.2.2007 ausgesprochenen Widerruf der Schenkung von Kommanditanteilen eine Vereinigung der Anteile an der grundbesitzenden G-GmbH & Co. KG der Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG verwirklicht worden. Einspruch und Klage hatten keinen Erfolg.

## b) Die Entscheidungsgründe

Der Widerruf der Schenkungen am 9.2.2007 unterliegt nach Ansicht des BFH der Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG.<sup>52</sup> Steuerpflichtig ist nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile der Gesellschaft begründet, wenn durch die Übertragung unmittelbar oder mittelbar mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft in der Hand des Erwerbers vereinigt werden würden.

Voraussetzung dafür ist nicht die tatsächliche Vereinigung der Gesellschaftsanteile in einer Hand. Rechtsgeschäft in diesem Sinne kann sowohl ein einseitiges als auch ein zweiseitiges Rechtsgeschäft sein, wenn dieses einen Anspruch auf Übertragung eines oder mehrerer Anteile an der Gesellschaft begründet. Dieses Rechtsgeschäft muss in einem schuldrechtlichen Geschäft angelegt sein, anderenfalls wäre § 1 Abs. 3 Nr. 2 GrEStG eine Norm ohne Anwendungsbereich. Auch der Widerruf als einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung ist nach Ansicht des BFH ein solches Rechtsgeschäft.

Erforderlich ist nun noch eine Anteilsvereinigung. Diese kann teils unmittelbar und teils mittelbar erfolgen. Der Kläger ist einerseits zu 75 % unmittelbar an der grundstückshaltenden G-GmbH & Co. KG beteiligt. Nunmehr erwirbt der Kläger 90 % an der A-GmbH & Co. KG hinzu, sodass er fortan 100 % an der Gesellschaft hält. Bei einer zwischengeschalteten Personengesellschaft, die unmittelbar an einer grundbesitzenden Gesellschaft beteiligt ist, ist als Anteil im Sinne von § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG – wie bei einer zwischengeschalteten Kapitalgesellschaft – die Beteiligung am Gesellschaftskapital und nicht die sachenrechtliche Beteiligung am Gesamthandsvermögen maßgebend. Die Beteiligung am Gesellschaftskapital der Personengesellschaft vermittelt, soweit sie mindestens 95 % beträgt, die rechtliche Möglichkeit für den beteiligten Gesellschafter den Willen in der Personengesellschaft durchzusetzen. Die Beteiligung an diesen Gesellschaften ist unmittelbar der

zwischengeschalteten Personengesellschaft und mittelbar deren Gesellschaftern zuzurechnen.<sup>53</sup>

Die Steuerbarkeit nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG steht nicht entgegen, dass der Erwerber vor der Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile tatsächlich bereits seinen Willen in der zwischengeschalteten Personengesellschaft in grunderwerbsteuerrechtlich erheblicher Weise durchsetzen konnte, weil er unwiderruflich bevollmächtigt war, für die Dauer eines ihm eingeräumten Nießbrauchs an nicht in seinem Eigentum stehenden Gesellschaftsanteilen die Stimm- und Verwaltungsrechte auszuüben. Diese Gesellschaftsanteile sind nach Ansicht des BFH dem Vollmachtgeber und nicht dem Bevollmächtigten zuzurechnen, sodass der Bevollmächtigte durch einen Anspruch auf Übertragung dieser Anteile den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG verwirklichen konnte. Der BFH hatte bereits entschieden und bestätigt, dass die Einräumung einer umfassenden, unwiderruflichen Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus einem Gesellschaftsanteil nicht ausreichte, um eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG anzunehmen.<sup>54</sup> Gleiches gilt bei unwiderruflicher Bevollmächtigung für die Dauer eines Nießbrauchs zur Ausübung der Stimm- und Verwaltungsrechte. Die Gesellschaftsanteile waren daher bis zur Ausübung des Widerrufsrechts grunderwerbsteuerrechtlich weiterhin den Vollmachtgebern, also den Söhnen des Klägers zuzurechnen.

Damit waren grundsätzlich alle Tatbestandsmerkmale des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG vorliegend durch die Ausübung des Rückforderungsrechts verwirklicht. Fraglich ist damit nur noch, welche Rechtsfolgen sich aus der aufschiebenden Bedingung ergeben: Der BFH lässt es dahingestellt, ob die Anteile an der grundstückshaltenden G-GmbH & Co. KG durch die Abtretung der Kommanditanteile an der A-GmbH & Co. KG tatsächlich in der Hand des Klägers vereinigt wurden oder eine Vereinigung unterblieb, weil die Abtretung der Kommanditanteile an der A-GmbH & Co. KG unter der aufschiebenden Bedingung der Eintragung des Anteilerwerbs an der G-GmbH & Co. KG durch F oder ein anderes durch diesen kontrolliertes Unternehmen im Handelsregister der G-GmbH & Co. KG stand. Denn die aufschiebende Bedingung betraf ausschließlich die dingliche Abtretung der Kommanditanteile, nicht aber die Begründung des schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts. Der bloße, wirksame Widerruf und die Begründung des schuldrechtlichen Rückübertragungsanspruchs reichten daher vorliegend für die Tatbestandsverwirklichung aus.

Die Steuerbarkeit war im vorliegenden Fall auch nicht dadurch ausgeschlossen, weil dem Kläger die Gesellschaftsanteile aufgrund Nießbrauchs mit unwiderruflicher Bevollmächtigung bereits zuzurechnen waren. Dies war im vorliegenden Fall nach den Feststellungen des BFH nicht der Fall. Dem stand auch die unwiderrufliche Bevollmächtigung nicht entgegen.

Die beiden Söhne B und C waren nach Ansicht des BFH keine abhängigen Personen im Sinne des § 1 Abs. 4 GrEStG, solange der Kläger die Schenkungen nicht widerrufen hatte. Die bloße Möglichkeit, die Schenkung zu widerrufen und die Ab-

<sup>53</sup> Siehe auch BFH, Urteil vom 27.9.2017, II R 41/15, BStBl. II 2018, S. 667.

<sup>54</sup> BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 39/15, BStBl. II 2018, S. 786.

<sup>52</sup> Siehe dazu auch Heine, UVR 2020, 286 ff.

tretung zu verlangen, habe einen solchen Herausgabeanspruch nicht begründet. Daran ändern auch Nießbrauch und unwiderrufliche Bevollmächtigung nichts.

### c) Bewertung und Folgerungen

Grundsätzlich ist es nicht überraschend, dass ein Gesellschafter, der 100 % der Anteile an einer grundstückshaltenden GmbH & Co. KG teils unmittelbar und teils mittelbar erwirbt, den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG verwirklicht. Der aufmerksame Leser reibt sich dennoch ungläubig die Augen. Denn der BFH äußert sich mit keinem Wort zu ggf. anwendbaren Steuerbefreiungen. Dies liegt nicht zuletzt daran, dass diese Fragen bereits vom FG<sup>55</sup> als Vorinstanz behandelt worden waren, sodass diese Fragen wohl nicht mehr strittig waren.

Da der Vater Anteile seiner Söhne (zurück-)erwarb, drängt sich einerseits die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG auf. Die Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 i. V. m. § 6 Abs. 2 GrEStG hatte das FA (was zwischen den Beteiligten auch nicht mehr streitig war) wegen § 6 Abs. 4 GrEStG zutreffend mit 25 % angesetzt,<sup>56</sup> wie den Entscheidungsgründen des FG zu entnehmen ist. Es muss also innerhalb der letzten fünf Jahre vor dem Rückforderungsfall Veränderungen gegeben haben, die im Tatbestand nicht näher aufgeführt sind, die eine vollständige Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 6 GrEStG sperrten.

Schließlich sind Rückforderungsrechte Klauseln, die einen bereits verwirklichten Steuertatbestand nach § 16 GrEStG eigentlich wieder entfallen lassen und selbst nicht tatbestandsmäßig sind;<sup>57</sup> sie werden teilweise gezielt zur Steuergestaltung eingesetzt.<sup>58</sup> Eine Aufhebung des Feststellungsbescheids nach § 16 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG kam jedoch in dem BFH-Fall unter anderem nicht in Betracht, weil der Erwerbsvorgang der Grunderwerbsteuerstelle nicht ordnungsgemäß angezeigt wurde.<sup>59</sup>

## 4. Dem Verkäufer vorbehaltene Nutzungen als Grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung, BFH vom 5.12.2019, II R 37/18, DStR 2020, 654

### a) Sachverhalt

Die Klägerin erwarb mit notariell beurkundetem Vertrag vom 9.5.2012 (Kaufvertrag) ein Grundstück vom Verkäufer. Das als Kulturdenkmal erfasste, parkähnliche Gelände war mit acht Gebäuden bebaut, von denen drei (Nr. 1a, 2 und 5) genutzt wurden; die anderen befanden sich in schlechtem baulichem

Zustand und standen leer. In § 2 des Kaufvertrags räumte die Klägerin dem Verkäufer das Recht ein, seine bisherige Nutzung der Gebäude 2 und 5 zunächst für 30 Jahre unentgeltlich fortzusetzen. § 4 des Kaufvertrags lautet:

„Kaufpreis, Verpflichtung des Verkäufers

Objektiv wird festgestellt, dass das Grundstück mit einer Vielzahl alter Bausubstanz sowie einer maroden Erschließung belastet ist und sich im Übrigen zu großen Teilen in einem schlechten Gesamtzustand befindet. Das Grundstück ist daher insgesamt mit einem negativen Kaufpreis zu bewerten. Aus diesem Grunde bestimmen die Vertragsparteien keinen Kaufpreis.

Der Verkäufer verpflichtet sich für die Ablösung aufgezeigter ‚Lasten‘ des Grundstücks zur Zahlung eines einmaligen Geldbetrages in Höhe von 100.000 Euro (...) an den Käufer. (...).“

Das FA setzte Grunderwerbsteuer fest und zog dabei einen nach § 138 BewG gesondert festgestellten Grundbesitzwert als Bemessungsgrundlage heran. Auf den Einspruch hin legte das FA der Besteuerung stattdessen den Kapitalwert der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen als Gegenleistung zugrunde, den es im Ergebnis mit 491.462,20 € bezifferte.

### b) Die Entscheidungsgründe

Verpflichtet sich der Käufer beim Kauf eines Grundstücks, dieses dem Verkäufer ohne angemessenes Entgelt zur Nutzung zu überlassen, liegt darin eine Gegenleistung für das Grundstück.

Nach Ansicht des BFH ist der Wert des unentgeltlichen Nutzungsrechts in die Bemessungsgrundlage einzubeziehen. Gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG bemisst sich die Grunderwerbsteuer grundsätzlich nach dem Wert der Gegenleistung. Was zur Gegenleistung gehört, bestimmt § 9 GrEStG, der eine Legaldefinition des Begriffs enthält und – zusammen mit § 8 Abs. 1 GrEStG – darauf abzielt, die Gegenleistung so umfassend wie möglich zu erfassen. Dem GrEStG liegt nach BFH ein eigenständiger, über das bürgerlich-rechtliche Verständnis hinausgehender Gegenleistungsbegriff zugrunde.

Nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG gilt als Gegenleistung bei einem Kauf der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen.<sup>60</sup> Nutzungen sind gemäß § 100 BGB u. a. die Vorteile, welche der Gebrauch der Sache oder des Rechts gewährt. Sie gebühren nach § 446 Satz 2 BGB von der Übergabe der Sache an dem Käufer. Wird die Norm vertraglich abbedungen, belässt der Grundstückskäufer also die Nutzungen dem Verkäufer über diesen Zeitpunkt hinaus, liegt darin ein geldwerter Vorteil, den der Käufer für den Erwerb der Sache hingibt. Dies rechtfertigt die Einbeziehung der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen in die Gegenleistung.<sup>61</sup> Wenn je-

55 FG Münster, Urteil vom 20.12.2016, 8 K 1686/13 GrE, DStRE 2018, 751 = EFG 2017, 332 (m. Anm. *Bahlau*) = ErbStB 2017, 130 = UVR 2017, 105.

56 FG Münster, Urteil vom 20.12.2016, 8 K 1686/13 GrE, DStRE 2018, 751 = EFG 2017, 332 (m. Anm. *Bahlau*) = ErbStB 2017, 130 = UVR 2017, 105.

57 Siehe Behrens/Wachter/*Koppermann*, GrEStG, § 16 Rdnr. 47 ff.

58 *Götz*, ZEV 2017, 371 ff.; *Sanna/Kiral*, BB 2016, 2583; von *Oertzen/Reich*, IStR 2013, 463 ff.

59 Als Vorinstanz siehe FG Münster, Urteil vom 20.12.2016, 8 K 1686/13 GrE, DStRE 2018, 751 = EFG 2017, 332 (m. Anm. *Bahlau*) = ErbStB 2017, 130 = UVR 2017, 105. Siehe dazu auch BFH, Urteil vom 22. 5. 2019 – II R 24/16, DStR 2019, 2258; sowie dazu *Wälzholz*, DNotZ 2020, 310, 323.

60 Siehe Behrens/Wachter/*Konrad*, GrEStG, § 9 Rdnr. 154.

61 Vgl. *Boruttau/Loose*, GrEStG, § 9 Rdnr. 231; *Pahlke*, GrEStG, § 9 Rdnr. 104; *Hofmann*, Grunderwerbsteuergesetz, § 9 Rdnr. 28; Behrens/Wachter/*Konrad*, GrEStG, § 9 Rdnr. 154; *Wilms/Jochum/Jochum*, ErbStG/BewG/GrEStG, Stand: Oktober 2020, § 9 GrEStG Rdnr. 64.

doch der Grundstücksverkäufer die vorbehaltenen Nutzungen angemessen vergütet, liegt in der Nutzungsüberlassung keine Gegenleistung für das Grundstück im Sinne von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

Für die Bestimmung der Gegenleistung ist nicht maßgebend, was die Vertragsschließenden als Gegenleistung für das Grundstück bezeichnen, sondern zu welchen Leistungen sie sich tatsächlich verpflichtet haben. Ob sich der Verkäufer Nutzungen ohne angemessenes Entgelt vorbehalten hat, ist durch Auslegung des Kaufvertrags zu ermitteln.

Gemäß § 4 des Kaufvertrags hat die Klägerin als Käuferin des Grundstücks keinen Kaufpreis zu entrichten; stattdessen hat der Verkäufer eine Zuzahlung i. H. v. 100.000 € zu leisten. Hieraus ergibt sich der von der Vorinstanz angenommene Kaufpreis von ./. 100.000 €.

Daneben hat die Klägerin aber in § 2 des Kaufvertrags dem Verkäufer das Recht eingeräumt, seine bisherige Nutzung der Gebäude 2 und 5 für 30 Jahre unentgeltlich fortzusetzen. Sie hat Nutzungen des Grundstücks, die mit dessen Übergabe ihr als Käuferin zustünden, dem Verkäufer überlassen, ohne von diesem eine Vergütung zu erhalten. „Unentgeltlich“ bedeutet in diesem Zusammenhang, dass die Klägerin vom Verkäufer kein gesondertes Entgelt für die Überlassung der Gebäude fordert. Der Wert der Nutzungen stellt vielmehr eine grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung der Klägerin für den Erhalt des Grundstücks dar. Bemessungsgrundlage i. S. v. § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist demgemäß der Wert der Nutzungen abzüglich der Zuzahlung des Verkäufers i. H. v. 100.000 €.

### c) Konsequenzen für die Gestaltungspraxis

Diese Grundsätze gelten auch für einen Vorbehaltsnießbrauch und für die Übernahme eines bereits im Grundbuch eingetragenen Nießbrauchsrechtes zugunsten des Verkäufers oder eines Dritten. Dieser Fall ist davon abzugrenzen, dass der Käufer den Vertragsgegenstand zum üblichen Preis an den Verkäufer zurückvermietet. Da dies dann ein selbstständiges Rechtsverhältnis ist und keine weitere Gegenleistung für den Erwerb des Grundbesitzes, wäre bei einem angemessenen fremddrittüblichen Mietvertrag der kapitalisierte Wert der Mietzahlungen keine Gegenleistung im Rahmen der Grunderwerbsteuer.

Auf eine dingliche Sicherung kommt es für die grunderwerbsteuerliche Beurteilung nicht an. Ein schuldrechtliches Nutzungsrecht wird danach ebenso behandelt wie ein dingliches.

## 5. Grunderwerbsteuerpflicht der Übertragung eines Anteils an einem Nachlass, zu dem ein Grundstück gehört, BFH 3.2.2020, II B 28/19, ZEV 2020, 311

Ein Kläger hat einen weit unter 95 % liegenden Anteil an einer Erbengemeinschaft erworben, in dessen Gesamthandsvermögen sich Grundbesitz befand. Das FA erhob auf die Gegenleistung Grunderwerbsteuer. Der Steuerpflichtige begehrte hingegen die Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG.

Nach Auffassung des Klägers und Beschwerdeführers (Kläger) ist die Rechtsfrage ungeklärt, ob auf den Erwerb eines Erbanteils an einer grundbesitzenden Erbengemeinschaft in

Höhe von deutlich weniger als 100 % die Vorschrift des § 1 Abs. 2a GrEStG entsprechend anzuwenden sei, weil es ansonsten zu einer verfassungswidrigen Ungleichbehandlung im Vergleich zum Erwerb eines entsprechenden Anteils an einer grundbesitzenden Personengesellschaft komme.

Der BFH hat in seiner Entscheidung vom 3.2.2020<sup>62</sup> die Steuerpflicht des Erwerbs eines Erbanteils bestätigt. Danach führt die Übertragung eines Anteils an einem Nachlass zu einem kraft Gesetzes eintretenden Übergang von Eigentum an einem zum Nachlass gehörigen Grundstück im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG. Diese rechtliche Beurteilung weicht zwar von dem für Gesamthandsgemeinschaften allgemein geltenden Grundsatz ab, dass der Wechsel im Personenstand als solcher grundsätzlich keine Grunderwerbsteuer auslöst. Die Abweichung rechtfertigt sich jedoch aus der rechtlichen Struktur der Erbengemeinschaft, die auf Auseinandersetzung gerichtet ist (vgl. § 2042 BGB). Zudem kann ein Erbteilsinhaber über seinen Anteil am Nachlass verfügen (§ 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB), sodass die Gesamthandsbindung bei der Erbengemeinschaft im Gegensatz zu anderen Gesamthandsgemeinschaften (vgl. § 719 Abs. 1 BGB) gelockert ist. Durch diese rechtlichen Besonderheiten der Erbengemeinschaft sei ihre gegenüber anderen Gesamthandsgemeinschaften abweichende Behandlung sachlich gerechtfertigt.

Eine entsprechende Anwendung des § 1 Abs. 2a GrEStG sei nicht, auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten. § 1 Abs. 2a GrEStG fingiert einen Grundstückserwerb einer aus den neuen Gesellschaftern bestehenden grundbesitzenden Personengesellschaft von der aus den alten Gesellschaftern bestehenden Personengesellschaft. Ein solcher fiktiver Erwerb ist bei der Erbengemeinschaft nicht möglich. Die einzelnen Miterben verfügen gesondert über ihren Anteil am Nachlass (vgl. § 2033 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Veräußerung führt nicht – wie bei einer Personengesellschaft – zu einem Wechsel im Gesellschafterbestand. Eine Gleichbehandlung sei auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, weil rechtlich unterschiedliche Sachverhalte zu beurteilen sind. Dies entspricht auch der herrschenden Meinung in der Rechtslehre.<sup>63</sup>

## 6. Verfahren der Baulandumlegung, gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 18.2.2020, BStBl. I 2020, S. 282

Der Erlass vom 18.2.2020 behandelt ausführlich die grunderwerbsteuerlichen Fragen der Baulandumlegung. Für die notarielle Praxis der Vertragsgestaltung sind hingegen nur die Ausführungen im Teil 4 zur vertraglichen freiwilligen Baulandumlegung von Bedeutung. Dies umfasst sämtliche Rechtsgeschäfte zur Vermeidung einer förmlichen Umlegung nach dem BauGB. Dabei wird regelmäßig so verfahren, dass die Umlegungsteilnehmer Grundstücke auf eine als GbR gegründete Umlegungsgesellschaft übertragen. Nach Durchführung der Umlegung werden die neu gebildeten Grundstücke von der

<sup>62</sup> II B 28/19, ZEV 2020, 311.

<sup>63</sup> Hofmann, Grunderwerbsteuergesetz, § 1 Rdnr. 57; Pahlke, GrEStG, § 1 Rdnr. 48; Behrens/Wachter/Nienhaus, GrEStG, § 1 Rdnr. 88.

Umlegungsgesellschaft wiederum auf die Umlegungsteilnehmer übertragen. Die Übertragung der Grundstücke auf die Umlegungsgesellschaft und die Übertragung der neu gebildeten Grundstücke auf die Umlegungsteilnehmer unterliegen jeweils der Besteuerung nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Grundstücksübertragungen im Rahmen einer freiwilligen Baulandumlegung sind nicht nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 Satz 2 b) GrEStG von der Besteuerung ausgenommen<sup>64</sup>.

Für die Grundstücksübertragung auf die Umlegungsgesellschaft ist die Grunderwerbsteuer nach § 5 Abs. 1, Abs. 2 GrEStG in Höhe des Anteils nicht zu erheben, zu dem der einzelne Umlegungsteilnehmer am Vermögen der Umlegungsgesellschaft beteiligt ist. Dieser Anteil entspricht in der Regel dem Verhältnis des Werts seines auf die Umlegungsgesellschaft übertragenen Grundstücks zum Wert aller die Umlegungs-masse bildenden Grundstücke.

Die Grundstücke bilden nach der Übertragung auf die Umlegungsgesellschaft nur noch ein Grundstück im Sinne des § 2 Abs. 3 GrEStG, wenn zwischen den Grundstücken ein räumlicher Zusammenhang besteht. Durch das Umlegungsgebiet verlaufende Straßen heben einen räumlichen Zusammenhang nicht auf. Wird ein im Umlegungsverfahren durch Teilung neu entstandenes Grundstück auf einen Umlegungsteilnehmer übertragen, wird die Grunderwerbsteuer nach § 7 Abs. 2 GrEStG nicht erhoben, soweit der Wert des Teilgrundstücks dem Anteil entspricht, mit dem der Umlegungsteilnehmer am Vermögen der Umlegungsgesellschaft beteiligt ist.

Die Grunderwerbsteuer ist unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG weder für die Grundstücksübertragung auf die Umlegungsgesellschaft noch für die Übertragung der neu gebildeten Grundstücke auf die Umlegungsteilnehmer anteilig zu erheben, wenn das durch den Umlegungsteilnehmer erworbene Grundstück teilweise aus dem eigenen, in die Umlegungs-masse eingebrachten Grundstück gebildet wurde.

**Beispiel:**<sup>65</sup>

Ein Umlegungsteilnehmer ist zu 1 % am Vermögen einer Umlegungs-GbR beteiligt, da zu ihrem Vermögen ein 21.000 m<sup>2</sup> großes Gesamtgrundstück gehört und der Umlegungsteilnehmer ein 210 m<sup>2</sup> großes Grundstück eingebracht hat. Der Grundbesitzwert für das eingebrachte Grundstück beträgt 31.500 € (Grundbesitzwert A). Der Grundbesitzwert für das von der Umlegungs-GbR zugeteilte Grundstück beträgt 34.500 € (Grundbesitzwert B). Der Verkehrswert des Grundstücks und damit das Vermögen der Gesellschaft beträgt (21.000 m<sup>2</sup> x 150 € =) 3.150.000 €. Dem Umlegungsteilnehmer wird von der Umlegungs-GbR ein 230 m<sup>2</sup> großes Grundstück gegen eine entsprechende Ausgleichszahlung für die Mehrfläche von 20 m<sup>2</sup> zugeteilt.

**Beispiel 2**

Wie Beispiel 1. Hinsichtlich 60 m<sup>2</sup> der auf den Umlegungsteilnehmer übertragenen 230 m<sup>2</sup> liegt ein Rükckerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG vor.

**Lösung zu Beispiel 1 und 2**

Grundstücksübertragung auf die Umlegungs-GbR	Beispiel 1	Beispiel 2
Bemessungsgrundlage für die Grundstücksübertragung (Grundbesitzwert A nach § 8 Abs. 2 GrEStG):	31.500 €	31.500 €
Abzgl. Rükckerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG (Grundbesitzwert A x 60 m <sup>2</sup> / 210 m <sup>2</sup> ):	-/-	9.000 €
Verbleibender Grundbesitzwert:	31.500 €	22.500 €
Abzgl. Anteil des Grundbesitzwerts, für den nach § 5 Abs. 2 GrEStG die Grunderwerbsteuer nicht erhoben wird (1 %):	315 €	225 €
= Anteil des Grundbesitzwerts, für den die Grunderwerbsteuer zu erheben ist:	31.185 €	22.275 €
Grundstücksübertragung auf den Umlegungsteilnehmer	Beispiel 1	Beispiel 2
Bemessungsgrundlage für die Grundstücksübertragung (Grundbesitzwert B nach § 8 Abs. 2 GrEStG):	34.500 €	34.500 €
Abzgl. Rükckerwerb im Sinne des § 16 Abs. 2 Nr. 1 GrEStG (Grundbesitzwert A x 60 m <sup>2</sup> / 210 m <sup>2</sup> ):	-/-	9.000 €
Verbleibender Grundbesitzwert:	34.500 €	25.500 €
Abzgl. Anteil des Grundbesitzwerts, für den nach § 7 Abs. 2 GrEStG die Grunderwerbsteuer nicht erhoben wird (1 %):		
Verkehrswert des auf die Umlegungs-GbR übertragenen Grundstücks: 210 m <sup>2</sup> x 150 € = 31.500 € Verkehrswert des auf den Umlegungsteilnehmer übertragenen Grundstücks: 230 m <sup>2</sup> x 150 € = 34.500 €		
34.500 € x 31.500 € / 34.500 €:	31.500 €	
25.500 € x 31.500 € / 34.500 €:		23.283 €
Anteil des Grundbesitzwerts, für den die Grunderwerbsteuer zu erheben ist:	3.000 €	2.217 €
Freigrenze nach § 3 Nr. 1 GrEStG:	2.500 €	2.500 €

Im Beispiel 2 ist die Grundstücksübertragung auf den Umlegungsteilnehmer nach § 3 Nr. 1 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen, da der Anteil des Grundbesitzwerts, für den die Grunderwerbsteuer zu erheben ist, die Freigrenze von 2.500 € (2.217 €) nicht übersteigt.

64 BVerfG, Urteil vom 24.3.2015, 1 BvR 2880/11, BStBl. II 2015, S. 622.

65 Beispiel nach dem gleichlautenden Ländererlass vom 18.2.2020, BStBl. I 2020, S. 282.

#### IV. Zusammenfassung

Auch im Jahre 2020 haben sich im Rahmen der Grunderwerbsteuer zahlreiche praxisrelevante Änderungen und Entwicklungen ergeben. Das Gesetzgebungsverfahren zur Versteuerung von *share-deals* im Rahmen der Grunderwerbsteuer wurde zwar entgegen allen Planungen noch nicht zum Abschluss gebracht. Im Rahmen des JStG 2020 wurde jedoch vom Bundesrat erneut auf die zeitnahe Umsetzung dessen gedrängt.

Im Zentrum der Änderungen stehen im Übrigen die Entscheidungen des BFH zu § 6a GrEStG, die nunmehr alle von der Finanzverwaltung zu beachten sind und dazu geführt haben, dass die zugrunde liegenden Erlasse der Finanzverwaltung zum 20.9.2020 vollständig neugefasst werden mussten. Nunmehr lassen sich zahlreiche Gestaltungen im Umwandlungsrecht grunderwerbsteuerneutral und rechtssicher umsetzen. Diese Entwicklung ist zu begrüßen. Daneben sind Entscheidungen bzw. Anwendungsschreiben zu Rückforderungsrechten, zur freiwilligen Baulandumlegung und zur steuerpflichtigen Erbteilsübertragung erwähnenswert.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Arnold Lehmann-Richter/Felix Wobst:**

### WEG-Reform 2020

Otto-Schmidt, 2020. 572 S., 49,80 €

Von Notar a. D. Dr. **Manfred Rapp**, Landsberg am Lech

Das vom Bundestag am 17.9.2020 beschlossene Gesetz zur Förderung der Elektro-Mobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes (WEModG) wurde am 22.10.2020 im Bundesgesetzblatt (BGBl. Teil I, S. 2187) verkündet und ist am 1.12.2020 in Kraft getreten. Der Hochschullehrer Prof. Dr. *Arnold Lehmann-Richter* und der Notar-assessor Dr. *Felix Wobst* haben noch vor dem letztgenannten Termin ein über 500 Seiten umfassendes Buch mit der Darstellung des ab 1.12.2020 geltenden Wohnungseigentumsrechtes vorgelegt. Die Genannten waren für die Zeit der Gesetzgebungsarbeit in das Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz abgeordnet; sie sind somit, was die historische Auslegung des neuen Gesetzes anbelangt, authentische Zeugen aus eigener Kenntnis.

Initialzündung für das neue Gesetz waren ursprünglich zwei aktuelle politische Anliegen:

- Im Zuge der Energiewende soll die Elektro-Mobilität gefördert werden. Eine wichtige Voraussetzung hierfür ist, dass die E-Fahrzeuge während ihrer Ruhezeit bei der Wohnung des Nutzers „aufgetankt“ werden können. Wohnt der Benutzer in einer Eigentumswohnung, so war es in der Rechtsprechung umstritten, ob die baulichen Veränderungen zur Herstellung einer Ladestation in einer Wohnungseigentumsanlage der Zustimmung aller übrigen Wohnungseigentümer oder wenigstens einer Mehrheit derselben bedürfen oder ob der Wohnungseigentümer ohne Zustimmung weiterer Personen auf eigene Kosten einen solchen Anschluss herstellen kann. Politisch war, um die Akzeptanz der E-Mobilität zu erhöhen, das letztgenannte Ergebnis gewünscht. Zur Herstellung der entsprechenden Rechtssicherheit wurde der Gesetzgeber aufgerufen.
- Bauliche Veränderungen sind meist auch dann notwendig, wenn für behinderte Menschen ein rollstuhlfähiger Zugang zu ihrem Wohnungseigentum geschaffen werden soll. Auch hier herrscht die Unsicherheit darüber, ob die hierfür notwendigen Maßnahmen angesichts der Wertentscheidungen des GG (Art. 3. Abs. 3) der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer bedürfen. Hier sollte der Gesetzgeber ebenfalls helfen.

Das zu besprechende Buch beginnt mit einem kurzen Rückblick auf die Gesetzgebungsgeschichte (Rdnr. 1 bis 27). Dabei wurde, gemäß Vorschlägen aus Rechtsprechung und Wissenschaft, der Änderungsumfang bezüglich des WEG erweitert.

Bereits die von der Justizministerkonferenz eingesetzte Bund-Länder-Arbeitsgruppe definierte 14 Themenkomplexe, bei denen Änderungsbedarf gesehen wurde.<sup>1</sup> Die anschließende Regierungs- und Parlamentsarbeit brachte ein Gesetz hervor, das bisherige WEG-Grundsätze in ihr Gegenteil verkehrte und in der Praxis zu tiefgreifenden Veränderungen bei der Gestaltung von Wohnungseigentum führen wird. Aus Sicht der Notare sind folgende Themenkreise besonders relevant:

#### 1. Die Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft (WEG)

Die WEG ist nach neuem Recht eine uneingeschränkte, rechtsfähige Person (Rdnr. 75, 79). Die bisherige Beschränkung in § 10 Abs. 6 Satz 1 WEG a. F. hat für die Zukunft keine Bedeutung mehr; für die Rechtsfähigkeit kommt es nicht mehr darauf an, ob sich die Tätigkeit der WEG „im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums“ bewegt (Rdnr. 80). § 9a Abs. 1 Satz 1 WEG ist dabei § 124 Abs. 1 HGB nachgebildet.

Aus der Rechtsfähigkeit ergibt sich konsequenterweise die in § 9b WEG geregelte umfassende und ausschließliche organ-schaftliche Vertretung der WEG durch den Verwalter. Seine Vertretungsmacht ist im Außenverhältnis unbeschränkbar (§ 9b Abs. 1 Satz 3 WEG), sodass bei Beurkundungen mögliche Beschränkungen des Verwalters im Innenverhältnis nicht geprüft werden müssen (Rdnr. 182). Von diesem Grundsatz gibt es allerdings eine wichtige Ausnahme: § 9b Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 WEG bestimmt, dass die Vertretungsmacht des Verwalters beim Abschluss eines Grundstückskaufvertrages nur gegeben ist, wenn ein Ermächtigungsbeschluss der Wohnungseigentümer vorliegt (Rdnr. 184). Zwar kritisieren die Verfasser zurecht, dass hier ohne überzeugenden Grund „ein verbandsrechtlicher Sonderweg bestritten“ wird, empfehlen jedoch zugleich einen Ausweg derart, dass eine Pauschalermächtigung für Grundstückskaufverträge erteilt wird (Rdnr. 186, 201). Es empfiehlt sich deshalb, jedenfalls bei größeren Gemeinschaften, eine solche Ermächtigung in die Gemeinschaftsordnung aufzunehmen. § 9b Abs. 1 Satz 3 WEG steht dem nicht entgegen, da eine solche Klausel keine Beschränkung, sondern eine Erweiterung des Umfangs der Vertretungsmacht enthält (Rdnr. 202). Für ein ausschließlich dingliches Rechtsgeschäft, wie für die Erklärung oder Entgegennahme einer Auflassung

<sup>1</sup> Siehe Abschlussbericht der Arbeitsgruppe in ZWE 2019, 429.

sowie die Belastung des Gesamtgrundstücks mit beschränkt dinglichen Rechten, gilt der beschriebene Vorbehalt bei der Vertretungsmacht des Verwalters nicht.

Neu ist auch § 9a Abs. 2 WEG. Danach übt die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer „die sich aus dem gemeinschaftlichen Eigentum ergebenden Rechte sowie solche Rechte der Wohnungseigentümer aus, die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern“. Wichtiger Ausgangspunkt für das Verständnis der Vorschrift ist der Umstand, dass es sich bei diesen Rechten immer um solche des einzelnen Wohnungseigentümers handelt, die aber nicht von diesem, sondern aufgrund einer gesetzlichen Ermächtigung von der WEG im eigenen Namen ausgeübt werden. Dies gilt sowohl für dingliche Ansprüche (zum Beispiel §§ 985, 1004 BGB), Besitzschutzansprüche (§§ 859 ff. BGB) oder obligatorische Ansprüche (zum Beispiel §§ 812, 823 BGB). Der einzelne Eigentümer ist hier kraft Gesetzes ausgeschlossen; er kann (nur noch) im Rahmen seines Anspruchs auf ordnungsmäßige Verwaltung die WEG veranlassen, zum Beispiel einen Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB bezüglich des gemeinschaftlichen Eigentums geltend zu machen (Rdnr. 127). Nach § 9a Abs. 2 Var. 1 WEG übt die Gemeinschaft auch solche Rechte aus, „die eine einheitliche Rechtsverfolgung erfordern“. Sie nimmt die entsprechenden Pflichten der Wohnungseigentümer wahr.

Bedeutung hat diese Vorschrift für den Bauträgervertrag. Die Verfasser schließen sich hier bezüglich der Abnahme der herrschenden Meinung an. Danach handelt es sich bei der Abnahme um eine vertragliche Verpflichtung der Wohnungseigentümer aus den Bauträgerverträgen (§ 650u Abs. 1 Satz 2, § 640 Abs. 1 Satz 1 BGB). Da es sich um eine rechtsgeschäftliche Pflicht handelt, kommt es nach neuem Recht nur noch darauf an, ob die Erfüllung der Pflicht „eine einheitliche Wahrnehmung erfordert“. Dies verneinen die Verfasser (Rdnr. 154 f.). Auch für die Mängelrechte aus Bauträgerverträgen verbleibt es nach Auffassung des Buches bei der bisherigen Rechtslage (Rdnr. 137 ff.). Danach hat jeder Bauträgerkäufer Anspruch auf mangelfreies Sonder- und Gemeinschaftseigentum. Den Erfüllungs- und Nacherfüllungsanspruch kann er, auch bezüglich des Gemeinschaftseigentums, allein geltend machen. Eine einheitliche Rechtsverfolgung ist hier nicht erforderlich (Rdnr. 140), ergibt sich jedoch zweckmäßigerweise – und hier folgen die Verfasser dem BGH – aus dem Bauträgervertrag. Die gemeinschaftliche Geltendmachung von Baumängeln am gemeinschaftlichem Eigentum liegt nach dieser Auffassung vor allem im Interesse des Bauträgers.<sup>2</sup>

## 2. Entstehung der rechtsfähigen WEG

Nach § 9a Abs. 1 Satz 2 WEG entsteht die rechtsfähige WEG mit Anlegung der Wohnungsgrundbuchblätter, auch bei einer Teilung gemäß § 8 WEG. Danach anerkennt das neue Recht die „Ein-Personen-WEG“ (Rdnr. 258 ff.). Dies hat weitreichende Konsequenzen:

Da die WEG als solche besteht, kann der alleinige Wohnungseigentümer auch Beschlüsse fassen, etwa (was bisher umstritten war) über die Bestellung des Verwalters gemäß § 26

Abs. 1 WEG. Der Verwalter kann zudem für die WEG die erforderlichen Versorgungsverträge für das Funktionieren eines jeden Wohnungseigentums frühzeitig abschließen (Rdnr. 262); eine Billigung für Verträge oder deren Übernahme nach Entstehung der WEG nach bisherigem Recht ist nicht mehr erforderlich.

Neu ist weiterhin § 8 Abs. 3 WEG. Danach hat der Gesetzgeber die Rechtsprechung des BGH zum „werdenden Wohnungseigentümer“ dem im Innenverhältnis der WEG alle Rechte und auch Pflichten eines Wohnungseigentümers zugebilligt wurden, obwohl er noch nicht als solcher im Grundbuch eingetragen war, kodifiziert. Die Verfasser bezeichnen den werdenden Wohnungseigentümer als eine „zweifelhafte richterrechtlich geschaffene Figur“ (Rdnr. 290). Die Lösung sei über § 446 Satz 2 BGB zu treffen. Diese Vorschrift betrifft aber nur das Verhältnis zwischen Verkäufer und Käufer, nicht aber die Rechte und Pflichten aus einer bereits entstandenen Wohnungseigentümergeinschaft. Es liegt also eine planwidrige Lücke vor, die von der Rechtsprechung des BGH geschlossen wurde.

## 3. Bestellung des ersten Verwalters

Nach § 26 Abs. 1 a. F. sowie auch n. F. wird der Verwalter durch Beschluss der Wohnungseigentümer bestellt. Weitgehend üblich war und ist eine Bestellung des ersten Verwalters in der Teilungserklärung mit Gemeinschaftsordnung. Bei Beurkundung derselben besteht jedoch noch keine Wohnungseigentümergeinschaft; auch nach neuem Recht (§ 8 Abs. 1 Satz 2 WEG) entsteht eine solche erst mit Anlegung der Wohnungsgrundbücher. Gleichwohl hat die Rechtsprechung<sup>3</sup> die bisherige Praxis gebilligt. Nach der neuen Rechtslage empfehlen die Verfasser als sichersten Weg die Begründung von Wohnungseigentum und anschließend die Fassung des Bestellungsbeschlusses (Rdnr. 460). Da die Wohnungseigentümergeinschaft jedoch erst mit Anlegung der Wohnungsgrundbuchblätter entsteht (§ 8 Abs. 1 Satz 2 WEG), sollte der Beschluss dahin gehend variiert werden, dass er erst mit Entstehung der WEG aufschiebend bedingt gefasst ist.

## 4. Nachverdichtung

Zur Behebung der Wohnungsnot in Ballungsgebieten wird immer wieder die Nachverdichtung empfohlen. Wege hierzu sind ein Dachgeschossausbau, eine Aufstockung sowie Anbauten. Bei Wohnungseigentumsanlagen treten hier zwei Probleme auf:

- Die Nachverdichtung stellt eine bauliche Veränderung dar, die nach § 20 Abs. 1 WEG nur nach einem entsprechenden Mehrheitsbeschluss zulässig ist. Da die Zustimmung aller Wohnungseigentümer wohl nur in den seltensten Fällen vorliegen dürfte, erfolgt die Nachverdichtung als Gestattung der baulichen Veränderung durch Beschluss (§ 20 Abs. 1 Var. 2 WEG). In diesem Falle trägt die Kosten der baulichen Veränderung der oder die Wohnungseigentümer, dem/denen die Maßnahme beschlussmäßig gestattet wurde (§ 21

<sup>2</sup> Rdnr. 141; BGH, Urteil vom 10.5.1979, VII ZR 30/78, NJW 1979, 2207, 2208.

<sup>3</sup> BGH, Beschluss vom 20.6.2002, V ZB 39/01, NJW 2002, 3240, 3244.

Abs. 1 Satz 1 WEG). Nur diesen Wohnungseigentümern gebühren die Nutzungen (§ 21 Abs. 1 Satz 2 WEG). Die Verfasser sprechen hier von einem „gesetzlichen Sondernutzungsrecht“ (Rdnr. 1057).

- Die durch Nachverdichtung geschaffenen neuen Räume stehen zunächst in gemeinschaftlichem Eigentum, da die Begründung von Sondereigentum nur unter Mitwirkung *aller* Wohnungseigentümer möglich ist. *Lehmann-Richter* und *Wobst* halten eine solche „maßvolle“ Nachverdichtung unter dem Blickwinkel des § 20 Abs. 3 WEG für rechtmäßig (Rdnr. 1263 ff.). Die Absicherung von Finanzierungsmitteln für die baulichen Veränderungen wird sich dabei als schwierig gestalten.

## 5. Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen und Freiflächen

Nach § 3 Abs. 3 WEG können Stellplätze aller Art – hier wird die Raumeigenschaft fingiert, § 3 Abs. 1 Satz 2. WEG – als Sondereigentum ausgewiesen werden. Dies stellt eine Erweiterung der Sondereigentumsfähigkeit gegenüber der früheren Rechtslage dar. Hierzu müssen Maßangaben (Länge, Breite, Grenzabstand) im Aufteilungsplan angegeben werden. Bei Mehrfach-Parkanlagen ist jetzt jeder einzelne Stellplatz sondereigentumsfähig. Dabei kann das Sondereigentum an Stellplätzen – wie bisher – mit dem für die Wohnung gebildeten Miteigentumsanteil verbunden werden oder – was die Verfasser empfehlen – mit einem eigenen Miteigentumsanteil als selbstständig verkehrsfähige Einheit ausgewiesen werden (Rdnr. 1676).

Absolut neu ist die Erstreckung des Sondereigentums auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Grundstücksteil, wenn die sondereigentumsfähigen Räume wirtschaftlich die Hauptsache bleiben (§ 3 Abs. 2 WEG). Dies betrifft bei Wohnungseigentum hauptsächlich Gartenflächen, bei Teileigentum Lagerflächen, Ausstellungsflächen etc. Die Verfasser bezeichnen dies zutreffend als „Annex-Sondereigentum“ (Rdnr. 1682). Auch dieses Sondereigentum ist im Aufteilungsplan durch Maßangaben zu bestimmen. Es kann, wie bei dem entsprechenden Sondernutzungsrecht, innerhalb der Gemeinschaft auch veräußert werden, wobei nach Abtrennung von dem bisherigen Miteigentumsanteil eine Neuverbindung mit einem neuen Wohnungseigentum zwingend erforderlich ist. Ein Miteigentumsanteil, der nur mit einem Freiflächen-Sondereigentum verbunden wäre, ist inhaltlich unzulässig. Für den räumlichen Bereich soll § 905 S. 1 BGB analog gelten (Rdnr. 1724). Zur Übertragung an einen anderen Wohnungseigentümer derselben Anlage ist angesichts der Grundstücksqualität die Beurkundung nach § 311b BGB samt Auflassung nach § 925 BGB und Grundbucheintragung erforderlich. Während das verdinglichte Sondernutzungsrecht dogmatisch als „Inhalt des Sondereigentums“ (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) einzuordnen ist, handelt es sich bei dem Freiflächen-Sondereigentum um den „Gegenstand des Sondereigentums“. Veränderungen dieserhalb betreffen danach das sachenrechtliche Grundverhältnis mit allen hierfür geltenden Vorschriften. Nicht selten werden Wohnungseigentümer den Wunsch haben, Freiflächen-Sondereigentum zu bebauen (typisch ist das Gartenhaus). Die Zulässigkeit bestimmt sich nach § 13 Abs. 2, § 20 Abs. 1 WEG. Streitverhütend und deshalb unbedingt zu empfehlen ist eine

exakte Beschreibung der zulässigen Nutzung dieser Flächen (Rdnr. 1732). Bisher bestehende entsprechende Sondernutzungsrechte können auch in Freiflächen-Sondereigentum umgewandelt werden. Hierfür ist eine Auflassungserklärung unter Mitwirkung aller Wohnungseigentümer sowie einer um die Maßangaben ergänzter Aufteilungsplan notwendig. Für eine solche Umwandlung besteht jedoch normalerweise kein Bedürfnis und erst recht kein Zwang.

## 6. Eintragung von Beschlüssen in das Grundbuch

Die Rechtsprechung des BGH<sup>4</sup> lässt es zu, dass mithilfe einer entsprechenden Öffnungsklausel in der Gemeinschaftsordnung eine Abweichung von dispositiven gesetzlichen Vorschriften des WEG oder von Vereinbarungen in der Gemeinschaftsordnung durch Beschluss der Eigentümerversammlung festgesetzt wird. Das Rechtsverhältnis der Wohnungseigentümer untereinander wird durch einen solchen Beschluss geändert und zwar mit derselben Wirkung, wie sie einer von den Wohnungseigentümern abgeschlossenen und im Grundbuch eingetragenen Vereinbarung zukommen würde. Die Eintragungsfähigkeit solcher Beschlüsse im Grundbuch war lange Zeit umstritten. Der Gesetzgeber des Jahres 2007 dekretierte jedoch hierzu, dass gemäß einer Öffnungsklausel gefasste Beschlüsse, die vom Gesetz abweichen oder eine Vereinbarung ändern, nicht im Grundbuch eintragungsfähig sind (§ 10 Abs. 4 Satz 2 WEG a. F.). Das Grundbuch wurde also durch solche Beschlüsse unrichtig, ohne dass eine Abhilfemöglichkeit gemäß § 894 BGB besteht. Dies widerspricht dem Grundsatz der Publizität des Grundbuchs und dem Erwerberschutz. Der Gesetzgeber des Jahres 2020 hat den Fehler des Jahres 2007 jedenfalls teilweise korrigiert. Besteht eine gesetzliche Beschlusskompetenz für eine gesetzliche oder auch eine vereinbarte Bestimmung der Gemeinschaftsordnung, so kann sich kein Wohnungseigentümer oder Erwerber darauf verlassen, dass von der Beschlusskompetenz noch kein Gebrauch gemacht wurde. Beschlüsse gemäß einer solchen Rechtsgrundlage sind daher nach wie vor nicht eintragungsfähig (Rdnr. 1758). Ergibt sich dagegen eine Beschlusskompetenz nur aus einer Öffnungsklausel, so ist die dadurch bewirkte Änderung der Gemeinschaftsordnung eintragungsfähig und damit auch eintragungsbedürftig. Die Abgrenzung beider Bereiche ist nicht immer einfach; es ist daher zu erwarten, dass die Notare mit Änderungsanträgen befasst werden. Der Gesetzgeber ist, was die Publizität und die Transparenz des Grundbuchs anbelangt, mit der getroffenen Lösung auf halbem Wege stehen geblieben. Wünschenswert wäre es gewesen, alle Änderungen in das Grundbuch einzutragen (so auch der Vorschlag der Bund-Länder-Arbeitsgruppe WEG-Reform ZWE 2019, 429, 432 f.). Nicht gefolgt werden sollte der Ansicht der Verfasser, bei im Grundbuch eingetragenen Sondernutzungsrechten sei ein gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen (Rdnr. 1788 f.). Bei der zitierten Rechtsmeinung bleibt außer Betracht, dass durch die Grundbucheintragung der „Inhalt des Sondereigentums“ (§ 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) bestimmt wird. Rechte mit einem zulässigen Inhalt können jedoch gutgläubig erworben werden.

<sup>4</sup> Beschluss vom 27.6.1985, VII ZB 21/84, BGHZ 95, 137.

## 7. Alt-Vereinbarungen und Übergangsrecht

Für das Außenverhältnis der WEG gilt ab Inkrafttreten des neuen Gesetzes nur noch dieses. Die Vertretung der WEG richtet sich also ab dem 1.12.2020, auch für bereits bestehende Gemeinschaften, nach § 9b WEG (Rdnr. 2001).

Was die (verdinglichten) Vereinbarungen der Wohnungseigentümer anbelangt, so enthält § 47 WEG eine Auslegungsvorschrift. Vereinbarungen, welche vor dem 1.12.2020 getroffen wurden und die von den jetzt gültigen Vorschriften abweichen, gelten nicht mehr weiter, soweit sich aus der damaligen Vereinbarung nicht ein anderer Wille ergibt. Ein solcher Wille ist in der Regel nicht anzunehmen. Wer den Vorrang der Altvereinbarung behauptet, muss also den Vorrang beweisen (Rdnr. 2041).

Beispiel:

In einer Vereinbarung wurden Sondernutzungsrechte an oberirdischen Pkw-Stellplätzen begründet. Solche Stellplätze sind nach dem neuen Recht sondereigentumsfähig (§ 3 Abs. 1 Satz 2, Abs. 3 WEG). Die alte Vereinbarung weicht jedoch nicht von den Möglichkeiten des neuen Rechts ab, da auch nach diesem Sondernutzungsrechte vereinbart werden können

(§ 19 Abs. 1 WEG). Die „alten Sondernutzungsrechte“ gelten danach inhaltlich unverändert weiter.

In der Gemeinschaftsordnung war vereinbart, dass die Frist zur Ladung der Eigentümerversammlung zehn Tage beträgt. Es gilt die Frist von drei Wochen gemäß der neuen Regelung in § 24 Abs. 4 WEG.

Das Buch von *Lehmann-Richter* und *Wobst* behandelt alle notarrelevanten Themen der ab 1.12.2020 gültigen Gesetzeslage. Der Darstellung geht eine 20-seitige Gliederung voraus, die gleichzeitig als Stichwortregister verwendet werden kann. Die insgesamt 19 Kapitel des Buches sind in der Weise gegliedert, dass zu ihrem Beginn jeweils das alte und das neue Recht in Kurzfassung gegenübergestellt werden und anschließend die Einzeldarstellung des neuen Rechtes erfolgt. Dabei sind auch zahlreiche Formulierungsvorschläge enthalten. Eine anhängende Synopse des alten und des neuen Rechts ist für das Verständnis der Materie äußerst hilfreich.

Das Buch ist didaktisch geglückt. Seine Anschaffung und seine Lektüre sowie die Überarbeitung vorhandener Textbausteine anhand des Buches sind zu empfehlen.

**Claus-Henrik Horn (Hrsg.):**

### NotarFormulare Vorsorgevollmachten

#### Gestaltung – Widerruf – Missbrauch

Deutscher Notarverlag, 2019. 611 S., 89 €

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

Vorsorgevollmachten begleiten den Notar nahezu täglich: Bei der Beurkundung von Vorsorgevollmachten sowie bei Fragestellungen, die sich bei der Verwendung von Vorsorgevollmachten (insbesondere auch nach dem Tod des Vollmachtgebers als trans- oder postmortale Vollmacht) ergeben. Beispielhaft seien hierzu folgende Aspekte genannt: Zuständigkeit der Behörde für die öffentliche Beglaubigung von Vorsorgevollmachten? Abweichung vom Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO bei der Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld mittels transmortaler (Vorsorge-)Vollmacht? Erlöschen einer Vorsorgevollmacht durch Konfusion bei (teilweiser) Personenidentität von Bevollmächtigten und Erben?

Das hier zu besprechende Werk, welches auch unter dem Titel „Anwaltsformulare Vorsorgevollmachten“ im zerb Verlag erschienen ist, möchte den Bogen spannen von der Gestaltung von Vorsorgevollmachten bis hin zur Anspruchsdurchsetzung gegen frühere Bevollmächtigte. Dementsprechend stellen unter der Rubrik „Gestaltung von Vorsorgevollmachten“, welche gut die Hälfte des Buches ausmacht, zwei Grundmus-

ter einer Vorsorgevollmacht mit Ergänzungsmöglichkeiten den Ausgangspunkt der Erläuterungen dar. Die Darstellung einzelner Themenbereiche in diesem Kontext folgt, wobei hier die Kapitel zu Geschäftsfähigkeit, der Vorsorgevollmacht des Unternehmers sowie Patientenverfügungen besonders zu erwähnen sind. Die zweite Hälfte des Werkes befasst sich mit der Behandlung des Rechtsverhältnisses zwischen Vollmachtgeber und Bevollmächtigten, des Widerrufs und des Erlöschens von Vorsorgevollmachten, der Durchsetzung von Vorsorgegedokumenten einschließlich der wechselseitigen Ansprüche von Vollmachtgeber und Bevollmächtigten sowie des Abdruckes eines Artikels aus dem Deutschen Ärzteblatt über Hinweise und Empfehlungen im Umgang mit Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen im ärztlichen Alltag. Besonders zu erwähnen ist auch ein Kapitel über die Kollision einer erteilten Vorsorgevollmacht mit erbrechtlichen Instituten. Mittels einer beigefügten CD-ROM können die enthaltenen Formulierungsvorschläge in die eigene Textverarbeitung integriert werden.

Sei die Probe aufs Exempel gemacht und das zu besprechende Werk bei der Beantwortung der genannten Fragestellungen verwendet:

Zu der Frage, ob eine Beglaubigungszuständigkeit der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG bei Vorsorgevollmachten besteht, die auch über den Tod hinaus gelten sollen, wird auf die (dies bejahende) Entscheidung des OLG Karlsruhe vom 14.9.2015, 11 Wx 71/15 abgestellt und dieser Entscheidung zugestimmt. Die Kritik daran,<sup>1</sup> welcher sich jüngst das OLG Köln<sup>2</sup> vollumfänglich angeschlossen hat, ist hingegen nicht Teil der Darstellung. Die insoweit derzeit bestehende Rechtsunsicherheit vor allem bei der Verwendung entsprechend durch eine Betreuungsbehörde öffentlich beglaubigter Vorsorgevollmachten nach dem Tod des Vollmachtgebers im Grundbuchverkehr ergibt sich aus den Ausführungen in § 7 (zu Formvorschriften) leider nicht.

Einem anderen Brennpunkt, nämlich dem Verhältnis erbrechtlicher Institute zur Verwendung einer Vorsorgevollmacht nach dem Tod des Vollmachtgebers, ist mit § 20 hingegen ein eigenes Kapitel mit 23 Seiten gewidmet. Vor allem das Konkurrenzverhältnis zur Testamentsvollstreckung wird näher betrachtet. Aber auch die umstrittene Frage, inwieweit und in welchen Sachverhaltskonstellationen bei einem Bevollmächtigten, der gleichzeitig auch Erbe oder Miterbe eines verstorbenen Vollmachtgebers ist, eine transmortale Vollmacht durch Konfusion erlischt, ist Gegenstand einer Darstellung unter Einbeziehung der dazu ergangenen Rechtsprechung. In einer Neuauflage wären zu dieser Thematik konkrete Vorschläge zum Vorgehen und zur Formulierung in Urkunden eine Bereicherung.

Zur dritten eingangs erwähnten (typischerweise im Zusammenhang mit Vorsorgevollmachten auftauchenden) Fragestel-

lung, ob bei einer Grundbesitzveräußerung durch einen postmortal Bevollmächtigten im Hinblick auf § 40 Abs. 1 GBO eine Voreintragung der Erben bei Bestellung einer Grundschuld (durch den Erwerber) entbehrlich ist, schließt sich *Herzog* in § 20 Rdnr. 10 der (möglicherweise) vordringenden oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung<sup>3</sup> an. In entsprechender Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO (und entgegen der bisherigen ganz herrschenden Meinung) soll eine Zwischeneintragung der Erben entbehrlich sein (und somit auch ggf. ein Erbschein). Ob sich diese Auffassung durchsetzen wird und welche Ansicht hierbei künftig als „herrschend“ zu bezeichnen ist, wird die Zukunft zeigen.

Insgesamt richtet sich die Darstellung, wie auch die Auswahl der behandelten Themen zeigt, nicht nur an den Notar, sondern in gleicher Weise auch an Rechtsanwälte. Denn vor allem für diese dürften Aspekte wie die anwaltliche Vergütung bei Vorsorgedokumenten, die Behandlung der Durchsetzung von Vorsorgedokumenten oder die Würdigung von auftragsrechtlichen Ansprüchen von Vollmachtgeber und Bevollmächtigten gegeneinander relevant sein.

Als Fazit lässt sich festhalten: Die NotarFormulare Vorsorgevollmachten sind eine gewinnbringende Neuerscheinung. Anders als manch andere Werke in der Reihe NotarFormulare des Deutschen Notarverlages liegt hier der Schwerpunkt nicht (nur) in der Zurverfügungstellung zahlreicher Formulierungsvorschläge mit Erläuterungen dazu. Gegenstand ist vielmehr eine umfassende Abhandlung zur Thematik der Vorsorgevollmachten samt Patienten- und Betreuungsverfügungen, wie es diesen Themen auch angemessen ist. Die NotarFormulare Vorsorgevollmachten können jede Notarbibliothek sinnvoll ergänzen.

---

1 Z. B. *Heinemann*, FGPrax 2016, 11 sowie *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 2. Aufl. 2014, § 65 Rdnr. 9.

2 Beschluss vom 30.10.2019, 2 Wx 327/19, DNotZ 2020, 680 m. Anm. *Weigl*.

3 Zuletzt OLG Celle, Beschluss vom 16.8.2019, 18 W 33/19, MittBayNot 2020, 137.

**Stefan Hügel (Hrsg.):**

**GBO**

4. Aufl., C. H. Beck, 2020. 1842 S., 139 €

Von Notar Dr. **Heinrich Kreuzer**, München

Fünf Jahre nach seiner Voraufgabe ist der neue Hügel, GBO, in seiner vierten Auflage erschienen. *Hügel* bezeichnet ihn im Vorwort als „etabliert“ und charakterisiert ihn damit treffend.

Das Autorenteam ist unverändert, entstammt der Richterschaft, den Notaren, der universitären und Fachhochschullehre und vor allem auch der Grundbuchamtlichen Praxis. Es ist damit breit über den gesamten Anwenderbereich gestreut.

Der GBO-Kommentierung vorgeschaltet schildern *Hügel* die Elemente von „*Verfügungsmacht*“ und *Reetz* von „*Vertretungsmacht*“, je in Klarheit und in Kürze. Jungjuristen werden daran ihre Freude haben, aber auch erfahrene Kollegen, wenn ihr Alltag Antworten zur Vertretung von Stiftungen, Kirchen und Verbänden verlangt.

Anschließend sowie in §§ 116 ff. GBO schildert *Holzer* prägnant Zuständigkeiten und Verfahren vor dem Grundbuchamt. Er wie alle Kommentatoren belegen jeder seine Aussagen wissenschaftlich klar und gut. Ob der Hinweis in § 1 Rdnr. 12 auf Art. 11a BayAGGVG noch stimmt, möge er für die nächste Auflage prüfen, denn die Vorschrift scheint abgeschafft, was die Frage an den Gesetzgeber aufwirft, ob Verfahrensrecht wirklich so oft zu ändern ist, wie das zum Ärger der Praxis erfolgt.

Auch an späteren Stellen stellt *Holzer* seine hohe Kompetenz im Bereich des Verfahrensrechts und zu Spezialthemen unter Beweis. Er zeigt vor allem einen Schlüssel zu guter Anwendung auf, indem er als Medium die Rechtsnatur einer Vorschrift als Teil einer komplexen Systematik herausstellt, so etwa zur Löschung von Vormerkungen (§ 25 Rdnr. 2, 4 ff.) oder in Verfahren der Berichtigung (§ 82 Rdnr. 26).

*Kral* behandelt nicht nur die oft mühseligen Grundstücksverbindungs- und -teilungsvorgänge (§§ 6, 6a, 7 GBO), sondern vor allem auch die mit der Grundbuchdigitalisierung spannend gewordenen Fragen der Aufbewahrung bzw. Digitalisierung von Urkunden und Eintragungsunterlagen (§§ 10 ff., insbesondere § 10a GBO) samt Zuständigkeiten (§ 12c). Fein erklärt er insbesondere die Grundlagen einer Eintragung (insbesondere §§ 44, 129 GBO). Seine Kommentierungen belegen seine theoretische und praktische Gewandtheit als Rechtspflegeoberrat im öffentlichen Dienst.

*Wilsch*, getragen von langer Rechtspflegerefahrung an einem der größten deutschen Grundbuchämter, macht sich um die Erläuterung subjektiv-dinglicher Rechte (§ 9 GBO) und anderer materieller Themen verdient, erläutert insbesondere die neuen individual- und datenschutzorientierten materiellen und formellen, insbesondere Protokollierung erfordernden Bestimmungen zur Grundbucheinsicht (§§ 12, 126-133a, 135-141 GBO). Dabei arbeitet er die Flut der dazu ergangenen Entscheidungen auf. Die Entwicklung in diesem Bereich war und

ist rasant und wird die Grundbuchverwaltung auch künftig zeitlich und organisatorisch sehr beanspruchen. *Wilsch* ist auch menschlich zu danken, wie tief er vordergründig „nur“ im Bereich von Verfahrensrecht die dahinter stehenden jeweiligen Individualansprüche erspürt und praxisnahe Lösungen für die sich im Wettstreit befindlichen Informationsansprüche des Geschäftsverkehrs einerseits und die Schutzinteressen der Einzelperson andererseits entwickelt.

*Otto* erläutert in professoraler Klarheit die grundbuchlichen Beibringungsgrundsätze (§§ 29 ff. GBO), handelt vor allem auch güterrechtliche Kollisions- (§ 33 Rdnr. 10) und erbrechtliche Nachweisprobleme (§ 35 Rdnr. 34 ff.) ab, die die Notariate immer stärker und meist nur unter Schlüssigkeitsaspekten beantworten können.

Mit *Zeiser* kommentiert wieder ein diplomierter Rechtspfleger ungeliebte, weil seltene Themen wie Erbnachweise (§ 36 Rdnr. 7 ff.), behördlich veranlasste Eintragungen (§ 38 GBO) sowie erforderliche Nachweise, und dies unmittelbar verständlich. Überhaupt widerstehen er und alle Kommentatoren der Versuchung, in den Hauptteil Nebenthemen aufzunehmen; sie sind nach hinten ausgegliedert, so für *Zeiser* der Sonderbereich der Grundbuchverfügung oder den schon oben gelobten *Kral* wohnungseigentumsrechtliche Themen.

Vom Schwerpunkt her GbR-Themen handelt *Reetz* ab, indem er die hohe Bedeutung von „Bestimmtheit“ und „Klarheit“ als Anfang juristischer Arbeit herausstellt (§ 47 GBO „Überblick“). Seine Kommentierung ist geprägt von der Praxis eines großstädtischen sowie auch gesellschaftsrechtlich gewandten Notars und klarer Dogmatik. Erwähnen wir jedenfalls auch seinen fleißigen Berufskollegen *Krauß*, der im Anhang grundlegend etwaige Besonderheiten der neuen Bundesländer erörtert. 30 Jahre nach der Wende schwinden die Berufskollegen, die aus dieser Zeit noch praktische Erfahrungen einbringen können.

Last not least: Seine richterliche Kompetenz und berufliche Erfahrung zeigt *Kramer*, indem er das Verfahren der Beschwerde erläutert.

Oft übersehen und selten gelobt werden die Bearbeiter eines Sachverzeichnisses. *Hagens* Arbeit lässt keine Fehler und keine unerwarteten Lücken erkennen.

Aus der kleinen Erstauflage ist, um mit *Hügel*s Vorwort zu schließen, ein etabliertes Basiswerk geworden. Der Rezensent verneigt sich in Hochachtung.

**Klaus Schreiber/Niki Ruge (Hrsg.):**

**Handbuch Immobilienrecht**

4. Aufl., Erich Schmidt, 2020. 1851 S., 198 €

Von Notar a. D. Dr. **Manfred Rapp**, Landsberg am Lech

Nach der dritten Auflage im Jahre 2011 liegt nunmehr eine völlig neu bearbeitete und erweiterte vierten Auflage vor. Ziel des Handbuchs ist es, „sowohl Rechtsgrundlagen als auch Detailkenntnisse der wichtigsten Gebiete des Immobilienrechts zu vermitteln“ (*Eickelberg*, DNotZ 2012, 397 in der Besprechung der Voraufgabe). Dieses Ziel wird uneingeschränkt erreicht. Die Autoren aus Wissenschaft und Praxis beschreiben in verständlicher Sprache und mit argumentativer Kraft die sachrechtlichen Grundlagen des gesamten Grundstücksrechtes einschließlich der beschränkt dinglichen Rechte. Die speziellen Eigentumsformen des Wohnungseigentums und des Erbbaurechtes werden umfänglich dargestellt. Die Bearbeitung des Wohnungseigentums fällt jedoch weitgehend dem Wohnungseigentums-Modernisierungsgesetz vom 22. Oktober 2020 (BGBl. I, S. 2187 ff.) zum Opfer. Ein Nachtrag zu der Neuauflage, der den aktuellen Gesetzesstand vermittelt, ist wünschenswert. Äußerst praxisgerecht sind die Ausführungen zum Erbbaurecht (Kapitel 10). *Ruge* zeichnet hier die jüngsten Entwicklungen anhand der Rechtsprechung des BGH nach. Dabei begrüßt er im Interesse der Flexibilität des langfristig angelegten Rechtsverhältnisses die Herabsetzung der detaillierten Beschreibung des zu errichtenden Bauwerkes im Erbbaurechtsvertrag (Kapitel 10 Rdnr. 22). Hilfreich ist auch die Beschreibung zwischen dem möglichen dinglichen Inhalt des Erbbaurechtes und der nur schuldrechtlich zu treffenden Vereinbarungen (Kapitel 10 Rdnr. 35). Breiten Raum nimmt die rechtliche Sicherung des Erbbauzinses ein (Kapitel 10

Rdnr. 57 ff.). Von großer praktischer Bedeutung ist dabei die Entwicklung der Möglichkeiten zur Wertsicherung des Erbbauzinses (Kapitel 10 Rdnr. 60 ff.).

Einen echten Mehrwert für den Notar bilden die Ausführungen zum Bauplanungs- und Bauordnungsrecht sowie zum öffentlichen und privaten Immissionsschutz- und Nachbarrecht (*Sauthoff*, Kapitel 3; *Burbulla*, Kapitel 4). Nahezu bei jeder Veräußerung eines Grundstücks spielt das Bauplanungsrecht eine wichtige Rolle. *Sauthoff* legt hier unter Berücksichtigung der verfassungsrechtlichen Bezüge das Zustandekommen eines Bebauungsplanes, seines Inhalts, der Möglichkeit städtebaulicher Verträge sowie die Ausgestaltung von Einheimischenmodellen dar (Kapitel 3 Rdnr. 69 ff., Rdnr. 102 ff., Rdnr. 119). Beim Teilflächenkauf ist die Beachtung der gesetzlichen Grenzabstände von elementarer Wichtigkeit (Kapitel 3 Rdnr. 313 ff.). In Fragen des privaten und des öffentlichen Immissionsschutzes werden Grundstückserwerber immer sensibler (*Burbulla*, Kapitel 4 Rdnr. 134 ff.).

Die Bearbeitung wird abgerundet durch Darstellungen des Grundsteuerrechtes und der Grunderwerbsteuer (*Halaczinsky*).

Das Buch vermittelt, auch wenn es nicht speziell für die Anforderungen der Notare geschrieben ist, umfassende Informationen zum privaten und zum öffentlichen Grundstücksrecht. Es ist zum Kauf zu empfehlen, da es Wissen aus einer Hand zur Verfügung stellt.

# RECHTSPRECHUNG

## BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

### 1. Fortdauernde Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG bei Wechsel in der Zustimmungsberechtigung

OLG München, Beschluss vom 15.6.2020, 34 Wx 131/20, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

*BGB § 167 Abs. 1*

*ErbbauRG § 5 Abs. 1, § 6 Abs. 1, § 7*

*GBO § 18*

*WEG § 12 Abs. 1*

#### LEITSATZ:

**Die Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG dauert auch dann fort, wenn nachträglich die Berechtigung hierzu durch den Verlust der Eigentümerstellung entfällt, bevor der Eintragungsantrag gestellt worden ist.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Beteiligten zu 1 und 2 sind im Wohnungserbbaugrundbuch in Erbengemeinschaft als Inhaber eines Erbbaurechts, verbunden mit Sondereigentum an einer Wohnung, und eines Miteigentumsanteils am selben Grundstück, verbunden mit dem Sondereigentum an einer Tiefgarage und einem Nutzungsrecht am Kfz-Stellplatz, eingetragen.

**2** Die Veräußerung des Erbbaurechts unterliegt dem ebenfalls im Wohnungserbbaugrundbuch eingetragenen Vorbehalt der Zustimmung des Grundstückseigentümers.

**3** Mit notariellem Vertrag vom 10.12.2018 verkauften die Beteiligten zu 1 und 2 das Wohnungserbbaurecht und die Miteigentumsanteile am Teilerbbaurecht mit dem Nutzungsrecht an die Beteiligte zu 3. Sie einigten sich über den Übergang des Erbbaurechts. Die Beteiligten zu 1 und 2 bewilligten und die Beteiligte zu 3 beantragte die Eintragung einer Vormerkung sowie der Rechtsänderung im Grundbuch. Der Urkundsnotar wurde durch die Parteien bevollmächtigt, die zum Vollzug der Urkunde im Grundbuch erforderlichen oder zweckdienlichen Anträge und Erklärungen abzugeben sowie alle zu dem Vertrag erforderlichen Genehmigungen und Zeugnisse zu beantragen und entgegenzunehmen.

**4** Am 8.1.2019 wurde die Vormerkung im Wohnungserbbaugrundbuch eingetragen.

**5** Am 8.4.2019 stimmten sämtliche eingetragenen Miteigentümer des Grundstücks, darunter S. H. v. H., vertreten durch den Verwalter, für den entsprechende Vollmachten ausgestellt waren, zur Urkunde des Urkundsnotars der Veräußerung zu.

**6** Am 30.9.2019 wurde anstelle von S. H. v. H. die Beteiligte zu 4 als Miteigentümerin eingetragen.

**7** Mit Schreiben vom 24.1.2020 hat der Urkundsnotar beim Grundbuchamt unter Vorlage der Zustimmungserklärungen den Vollzug des Vertrags vom 10.12.2018 und die Löschung der Vormerkung beantragt. Er meint, auf die Zustimmung der weiteren Grundstückseigentümerin komme es nicht an, weil diese erst als solche eingetragen wurde, nachdem die Veräußerung zu seiner Urkunde wirksam geworden war, und auf einen Beschluss des BGH vom 29.6.2017 verwiesen.

**8** Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 13.2.2020 erklärt, der Eintragung stehe das Fehlen der Zustimmung der weiteren Grundstücksmiteigentümerin, der Beteiligten zu 4, entgegen, und zur Begründung auf einen Beschluss des OLG Köln Bezug genommen.

**9** Gegen diese Zwischenverfügung hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 9.3.2020 Beschwerde eingelegt.

**10** Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

**11 II.** Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**12 1.** Die Beschwerde ist zulässig. Insbesondere ist sie gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Zu den Entscheidungen des Grundbuchamts im Sinne dieser Bestimmung zählen auch Zwischenverfügungen nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO (OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; Bauer/Schaub/Budde, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 6; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 1; Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 68).

**13 2.** Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Das Fehlen der Zustimmung der Beteiligten zu 4 steht der Eintragung der Beteiligten zu 3 nicht entgegen.

**14** Ist wie hier als Inhalt des Erbbaurechts nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Rechts die Zustimmung des Grundstückseigentümers benötigt, so darf gemäß § 15 ErbbauRG der Rechtsübergang erst eingetragen werden, wenn dem Grundbuchamt die Zustimmung des Grundstückseigentümers nachgewiesen ist. Vorliegend wurde die Zustimmung bereits am 8.4.2019 durch sämtliche damalige Miteigentümer, vertreten durch den Verwalter, zu notarieller Urkunde erklärt und zusammen mit dem Eintragungsantrag vom 24.1.2020 beim Grundbuchamt eingereicht.

**15 a)** Ob ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung noch vor Stellung des Eintragungsantrags, wie er hier durch den Übergang eines Miteigentumsanteils von S. H. v. H. auf die Beteiligte zu 4 erfolgt ist, dazu führt, dass nun die Zustimmung des neuen Berechtigten nachzuweisen ist, ist allerdings umstritten. § 5 Abs. 1 ErbbauRG lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmungsberechtigung vorliegen muss. Der BGH hat zwar im Beschluss vom 29.6.2017 angedeutet, dass ein Wechsel insoweit irrelevant ist (BGH, NJW 2017, 3514 Rdnr. 12 f.), jedoch keine näheren Ausführungen zu dieser für die dortige Entscheidung nicht maßgeblichen Frage getätigt. Sonstige höchstrichterliche Judikatur hierzu existiert bislang nicht. Die ältere obergerichtliche Rechtsprechung und ihr folgend nach wie vor ein Teil der Literatur verlangen, dass der Zustimmungende bei Eingang des

Antrags auf Eintragung der zustimmungsbedürftigen Veräußerung beim Grundbuchamt Grundstückseigentümer ist (OLG Köln, Rpfleger 1996, 106; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1996, 340; BeckOGK-Erbbaurecht/*Toussaint*, § 5 Rdnr. 12; NK-BGB/*Heller*, 4. Aufl., § 5 ErbbauRG Rdnr. 8 Fn. 17452; Keller/*Munzig/Keller*, GBR, 8. Aufl., § 3 Rdnr. 169). Dies ist Konsequenz des Verständnisses des Zustimmungserfordernisses als Beschränkung der Verfügungsmacht über das Erbbaurecht (BGH, NJW 1963, 36; OLG Hamm, DNotZ 1992, 368, 370; BeckOGK-Erbbaurecht/*Toussaint*, § 5 Rdnr. 10). Nach einer anderen, im Vordringen begriffenen Auffassung handelt es sich bei dem Zustimmungserfordernis nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG um eine an den Gegenstand der Übertragung anknüpfende Beschränkung der Übertragbarkeit, d. h. um eine auf der Ebene des Rechts selbst eintretende sog. Fungibilitätseinschränkung (Bauer/Schaub/*Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 202 f.; Staudinger/*Heinze*, § 878 Rdnr. 29; *Kessler*, RNotZ 2005, 543, 547). Dieses Hindernis werde aber bereits durch die Zustimmungserklärung als solche beseitigt, sodass spätere Veränderungen, insbesondere ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung, nicht von Bedeutung seien (Bauer/Schaub/*Kössinger*, GBO, § 19 Rdnr. 203; *Kessler*, RNotZ 2005, 543, 547; Palandt/*Wicke*, § 5 ErbbauRG Rdnr. 5; Staudinger/*Heinze*, § 878 Rdnr. 29; Staudinger/*Rapp*, § 7 ErbbauRG Rdnr. 1).

**16 b)** Allerdings hat der BGH in dem bereits unter a) erwähnten Beschluss entschieden, dass die erteilte Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG unwiderruflich ist, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist. Das Gericht hat dabei offengelassen, ob das Zustimmungserfordernis eine Verfügungsbeschränkung oder eine Fungibilitätseinschränkung – vgl. oben a) – darstellt, und seine Entscheidung im Wesentlichen auf folgende Erwägungen gestützt: Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte dem Grundstückseigentümer die Möglichkeit eingeräumt werden, den Verkauf des Erbbaurechts zu Spekulationszwecken oder dessen übermäßige Belastung mit – bei vorzeitigem Heimfall nicht erlöschenden – Grundpfandrechten zu verhindern. Deshalb wurde eine Vorschrift für erforderlich gehalten, nach der die Veräußerung und die hypothekarische Belastung des Erbbaurechts von der Zustimmung des Eigentümers derart abhängig gemacht werden kann, dass sie im Falle der Vertragswidrigkeit unwirksam sind. Der Gesetzgeber ging folglich davon aus, dass der Eigentümer der Veräußerung oder Belastung des Erbbaurechts nur einheitlich entweder zustimmen oder diese Zustimmung verweigern kann. Auch § 6 Abs. 1 ErbbauRG, wonach die Verfügung des Erbbauberechtigten über das Erbbaurecht und der Vertrag, durch den er sich zu einer solchen Verfügung verpflichtet, unwirksam sind, solange nicht der Grundstückseigentümer die erforderliche Zustimmung erteilt hat, spricht dafür, dass das Gesetz auf einen Gleichlauf des rechtlichen Schicksals von schuldrechtlichem Kausalgeschäft und dinglichem Verfügungsgeschäft abzielt. Zwar differenziert die Regelung zwischen diesen beiden Geschäften. Dies dient aber nicht dem Ziel, die getrennte und je für sich isoliert zu betrachtende Zustimmungsbefähigung beider Geschäfte anzuordnen. Vielmehr soll der Erbbauberechtigte ersichtlich gerade davor geschützt werden, dass er das schuldrechtliche Kausalgeschäft erfüllen muss, obwohl er

hierzu vor Erteilung der Zustimmung bzw. nach deren Versagung nicht in der Lage ist. Diesem Regelungsziel liefe es zuwider, wenn der Widerruf der Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft zu einem Zeitpunkt möglich wäre, in dem das Verpflichtungsgeschäft bereits wirksam und bindend geworden ist. Der Veräußerer bliebe in einer solchen Situation dem Erwerber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet, ohne diesen Anspruch erfüllen zu können. Zudem liefe der Erwerber regelmäßig Gefahr, dass der Kaufpreis zu einem Zeitpunkt fällig wird, zu dem nicht sichergestellt ist, dass alle Voraussetzungen für die Vertragsdurchführung gegeben sind. Dieses Ergebnis ließe sich nur vermeiden, wenn die Genehmigung des Verpflichtungs- und des Verfügungsgeschäfts als Einheit angesehen würde. Dann führte zwar der Widerruf der Genehmigung des Verfügungsgeschäfts auch zum Fortfall der Genehmigung des Verpflichtungsgeschäfts. Im Ergebnis hinge die Wirksamkeit des Verpflichtungsgeschäfts damit aber von seiner Erfüllung ab. Das entspricht weder praktischen Bedürfnissen noch den Vorstellungen des Gesetzgebers, der in § 6 Abs. 1 ErbbauRG davon ausgeht, dass das Verpflichtungsgeschäft mit der Erteilung der Genehmigung wirksam wird (BGH, NJW 2017, 3514 Rdnr. 14 ff.).

**17 c)** Diese Ausführungen beanspruchen gleichermaßen Geltung für die hier zu klärende Frage der Auswirkungen eines Wechsels in der Zustimmungsberechtigung. Würde man ggf. die Zustimmung auch des neuen Eigentümers zur Veräußerung im Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags fordern, liefe dies ebenfalls dem gesetzgeberischen Regelungsziel zuwider. Denn dann könnte die bereits erklärte Zustimmung zu dem Verfügungsgeschäft auch noch hinfällig werden, wenn das Verpflichtungsgeschäft schon wirksam und bindend geworden ist. Der Veräußerer wäre in diesem Fall dem Erwerber gegenüber schuldrechtlich verpflichtet, könnte den Anspruch aber nicht mehr erfüllen; der Erwerber andererseits sähe sich in der Regel bereits zu einem Zeitpunkt mit der Fälligkeit des Kaufpreises konfrontiert, zu dem nicht feststeht, dass die Eigentümerzustimmung als Voraussetzung für die Vertragsdurchführung Bestand hat. Dieses Ergebnis wäre wiederum nur dadurch zu verhindern, dass man den Mangel der Zustimmung zur Veräußerung rückwirkend gemäß § 6 Abs. 1 ErbbauRG auf das Verpflichtungsgeschäft durchschlagen ließe – dann hinge allerdings dessen Wirksamkeit wie bei Widerruflichkeit der Zustimmung letztlich von seiner Erfüllung ab. Dies deckt sich aber nicht mit den Bedürfnissen der Praxis und auch nicht mit der § 6 Abs. 1 ErbbauRG zugrunde liegenden gesetzgeberischen Intention, dass das Verpflichtungsgeschäft mit der Erteilung der Genehmigung wirksam werden soll. Auch erscheint der Veräußerer, der auf die Wirksamkeit der erteilten Zustimmung vertraut und auf den Wechsel in der Person des insoweit Berechtigten keinen Einfluss nehmen kann, schutzwürdiger als der neue Eigentümer, der diesbezüglich schlicht und einfach genauso gestellt wird wie sein Rechtsvorgänger.

**18 d)** Dass die Wirksamkeit einer einmal erklärten Zustimmung zur Veräußerung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG von einem Wechsel in der Berechtigung nicht berührt wird, deckt sich im Ergebnis mit der Rechtsprechung des BGH zur gleichen Problematik im Rahmen des dieser Vorschrift nachgebildeten (BGH, DNotZ 2019, 844 Rdnr. 15; NJW 2017, 3514 Rdnr. 20) § 12

Abs. 1 WEG. Dort hat das Gericht ebenfalls entschieden, dass die Zustimmung des Verwalters zur Veräußerung von Wohnungseigentum auch dann wirksam bleibt, wenn dessen Bestellung vor Eingang des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt endet (BGH, NJW 2013, 299). Zwar ist das maßgebliche Argument des BGH, die Zustimmung des Verwalters wirke jedenfalls deshalb fort, weil sie eine Entscheidung ersetze, die – ohne die Übertragung der Zustimmungsbefugnis auf ihn – von den Wohnungseigentümern mit Ausnahme des Veräußerers durch Beschluss zu treffen wäre (a. a. O. Rdnr. 12), auf die vorliegende Konstellation der Zustimmung des Eigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts nicht ohne Weiteres übertragbar. Das Ergebnis widerspricht aber zumindest nicht der unter c) dargestellten Lösung für § 5 Abs. 1 ErbbauRG.

19 e) Offenbleiben kann somit auch, ob die erteilte Zustimmung des Eigentümers jedenfalls dann wirksam bleibt, wenn der Wechsel in der Berechtigung auf einer Gesamtrechtsnachfolge – die hier möglich erscheint, aber nicht dargelegt ist – beruht (vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 1996, 340, 341).

20 f) Als einseitige Willenserklärung, die gegenüber dem Erbbauberechtigten abzugeben ist (Staudinger/Rapp, § 7 ErbbauRG Rdnr. 1), wurde die Zustimmung der S H v H bereits am 8.4.2019 gemäß § 164 Abs. 3 i. V. m. Abs. 1 BGB mit Erklärung durch den Verwalter gegenüber dem Notar, die hierzu jeweils nach § 167 Abs. 1 BGB bevollmächtigt waren, wirksam. Der spätere Übergang der Zustimmungsberechtigung auf die Beteiligte zu 4 ist damit ohne Bedeutung.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notar a. D. Dr. Manfred Rapp,  
Landsberg am Lech

Der Beschluss des OLG München betrifft einen – soweit ersichtlich – bisher noch nicht entschiedenen Fall:

Es geht um die Frage, ob die Zustimmung eines Grundstückseigentümers zur Veräußerung des Erbbaurechts (§ 5 Abs. 1 ErbbauRG) wirksam bleibt, wenn dieser Grundstückseigentümer sein Grundstückseigentum veräußert hat, bevor die Veräußerung des Erbbaurechts beim Grundbuchamt beantragt wurde (§ 878 BGB).

a) Nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG kann als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart werden, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf. Eine Parallelvorschrift besteht in § 12 WEG für das Wohnungseigentum mit der Maßgabe, dass vereinbart werden kann, dass zur Veräußerung eines Wohnungseigentums die Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten (meist der Verwalter) erforderlich ist. Man spricht hier von einer Veräußerungsbeschränkung.

aa) Die Veräußerungsbeschränkung ist jedoch nicht gesetzlicher Inhalt des Erbbaurechts bzw. des Wohnungseigentums. Sie besteht nur, wenn sie bei Begründung des Rechtes oder später zwischen dem Grundstückseigentümer und dem Erbbauberechtigten bzw. den Wohnungseigentümern untereinander als Inhalt des Erbbaurechts

bzw. des Sondereigentums vereinbart und in das Grundbuch eingetragen wurde (§ 14 Abs. 1 Satz 3 ErbbauRG, § 10 Abs. 3, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG). Es handelt sich also um einen fakultativen Inhalt dieser Rechte.

bb) Ist eine solche Veräußerungsbeschränkung wirksam getroffen, so ist die Zustimmung des Grundstückseigentümers bzw. anderer Wohnungseigentümer/des Verwalters sowohl zum schuldrechtlichen Grundgeschäft der Veräußerung als auch zu dem dinglichen Erfüllungsgeschäft derselben erforderlich.<sup>1</sup> Beide Rechtsgeschäfte sind bis zur Erteilung der Zustimmung schwebend und bei Versagung endgültig unwirksam (§ 6 Abs. 1 ErbbauRG, § 12 Abs. 3 WEG). Allein der Umstand, dass die Veräußerungszustimmung sowohl zum schuldrechtlichen Geschäft wie auch zum dinglichen Erfüllungsgeschäft erforderlich ist, legt die Überlegung nahe, dass die Zustimmung bezüglich eines Geschäftes wirksam sein kann, bezüglich des anderen Geschäftes jedoch nicht.

b) Die zu besprechende Entscheidung des OLG München gehört zum Kreis jener Fälle, in denen bei bestehender Veräußerungsbeschränkung eine Zustimmung zunächst erteilt wurde, diese später jedoch ihre Wirksamkeit verloren haben soll. Dabei hat die Rechtsprechung zwei Fallgruppen herausgearbeitet:

Die erste Fallgruppe betrifft jene Rechtsgeschäfte, bei denen der Zustimmungsberechtigte die Zustimmung zunächst erteilt, später jedoch *widerrufen* hat (aa)). Die zweite Fallgruppe betrifft die Situation, dass der zunächst Zustimmungsberechtigte zugestimmt hat, die Zustimmungsberechtigung danach jedoch gewechselt hat (bb)). Gleiche Voraussetzung bei beiden Fallgruppen ist, dass das maßgebliche Ereignis – Widerruf der Zustimmung bzw. Wechsel des Zustimmungsberechtigten – vor dem Grundbuchvollzug des zustimmungspflichtigen dinglichen Erfüllungsgeschäftes eingetreten ist. Problemlos ist dabei der Fall der nachträglichen Zustimmung, die vom Gesetz (§ 184 Abs. 1 BGB) als Genehmigung bezeichnet wird: Sie wird zu einem bereits abgeschlossenen Rechtsgeschäft erteilt, verhilft diesem damit zur Wirksamkeit und ist von Gesetzes wegen unwiderruflich.<sup>2</sup> Abweichend ist es bei der vorherigen Zustimmung – vom Gesetz als Einwilligung bezeichnet (§ 183 Satz 1 BGB); sie ist „bis zur Vornahme des Rechtsgeschäfts widerruflich“, soweit nicht aus dem ihrer Erteilung zugrundeliegenden Rechtsverhältnis sich ein anderes ergibt (§ 183 Satz 1 BGB). Dabei werden verschiedene Auffassungen zu der Frage vertreten, wann ein Rechtsgeschäft „vorgenommen“ ist.

aa) Dabei hat sich die Beurteilung der „Widerrufsfälle“ im Laufe der Zeit geändert.

(i) Nach der älteren Rechtsprechung und Literatur ist zwischen dem Verpflichtungsgeschäft und dem dinglichen Verfügungsgeschäft zu unterscheiden.

1 BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 134/17, DNotZ 2019, 844 Rdnr. 17.

2 BGH, Urteil vom 14.10.1963, VII ZR 33/62, BGHZ 40, 156, 164; Palandt/Ellenberger, 79. Aufl. 2020, § 184 Rdnr. 4.

Das schuldrechtliche Grundgeschäft ist vorgenommen, zum Beispiel beim Verkauf eines Erbbaurechtes oder eines Wohnungseigentums, sobald die notarielle Beurkundung des Vertrages gemäß § 311b BGB bzw. § 11 ErbbauRG i. V. m. § 311b BGB abgeschlossen ist. Holt der Notar, wie üblich, nach Abschluss der Beurkundung die Zustimmung ein, so handelt es sich in Bezug auf das Verpflichtungsgeschäft um eine nachträgliche Genehmigung, die gar nicht dem § 183 Satz 1 BGB unterfällt, sondern mit Zugang bei einem der Vertragsteile oder bei dem hierfür regelmäßig bevollmächtigten Notar wirksam wird und damit unwiderruflich ist. Ein Verkäufer ist damit verpflichtet, dem Käufer wirksam das Eigentum am Kaufgegenstand zu verschaffen.

Anders verhält es sich dagegen bei dem dinglichen Rechtsgeschäft, das nach § 873 Abs. 1 BGB aus der „Einigung und Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch“ besteht. Nach der zitierten älteren Lehre und Rechtsprechung<sup>3</sup> ist dieses Rechtsgeschäft erst vorgenommen „im Sinne des § 183 Satz 1 BGB mit Eintragung der Einigung im Grundbuch“.

Bei Zugrundelegung dieser Auffassung ergibt sich für die notarielle Praxis folgende Konsequenz: Auch wenn das schuldrechtliche Grundgeschäft und die dingliche Einigung – wie üblich – in *einer* Urkunde erklärt sind und zu dieser die Zustimmung des Eigentümers bzw. des Verwalters erteilt ist, so führt dies bei Fälligkeit des Kaufpreises zu einer ungesicherten Vorleistung des Käufers. Bezüglich der Zustimmung zum dinglichen Rechtsgeschäft läge nämlich eine Einwilligung vor, die bis zum Grundbuchvollzug widerruflich wäre (§ 183 Satz 1 BGB). Erfolgt ein Widerruf, so hätte der Käufer zwar auf einen schuldrechtlich wirksamen Vertrag geleistet, dessen Erfüllung wegen des wirksam erklärten Widerrufs jedoch unmöglich wäre. Der Käufer könnte wegen Leistungsunvermögen des Verkäufers vom schuldrechtlichen Vertrag zurücktreten und die Rückzahlung des Kaufpreises verlangen. Er trüge dabei das Risiko der Durchsetzbarkeit seines bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruchs, insbesondere bei einer Insolvenz des Verkäufers. Kein anderes Ergebnis ergibt sich, wenn der Begriff der „Vornahme des Rechtsgeschäfts“ auf den Zeitpunkt des § 878 BGB (Antragstellung beim Grundbuchamt unter Vorlage der vollzugsreifen Urkunde) vorverlegt würde. Damit würde lediglich das Zeitfenster der Widerrufsmöglichkeit der Einwilligung eingeschränkt, nicht jedoch die Wirkung eines Widerrufs. Die sichere Vertragsgestaltung würde es hier erfordern, den Kaufpreis auf ein Notaranderkonto zu hinterlegen und die Auszahlung zugunsten des Verkäufers erst dann vorzunehmen, wenn der Widerruf der Einwilligung zu dem dinglichen Rechtsgeschäft wegen dessen grundbuchamtlichen Vollzugs ausgeschlossen ist.

Das Ergebnis und das hieraus resultierende Verfahren überzeugen nicht. Es ist vor allem nicht einzusehen, weshalb der zustimmungsberechtigte Eigentümer bzw. Verwalter sowohl unmittelbar nach der Beurkundung als auch danach in dem

Zeitraum bis zum Grundbuchvollzug zweimal dasselbe Recht haben soll, zu prüfen, ob er zur Zustimmung verpflichtet ist. Zu beiden Zeitpunkten wäre der identische Prüfungsmaßstab anzuwenden.<sup>4</sup> Für die Wirksamkeit eines Kaufvertrages bedeutet dies, dass bei Vorliegen eines Ver sagungsgrundes für die Zustimmung, der aber vom Zustimmungsberechtigten bei seiner Erklärung nicht geltend gemacht wird, der schuldrechtliche Teil auf jeden Fall wirksam wird und bleibt, der dingliche Teil wegen der Einwilligung jedoch bis zum Grundbuchvollzug (oder dem Zeitpunkt des § 878 BGB) widerrufen werden kann, mit der Folge der endgültigen Unwirksamkeit des dinglichen Rechtsgeschäftes.

(ii) Dieses unbefriedigende Ergebnis vermeidet die Lehre von der „Fungibilitätseinschränkung“.<sup>5</sup> Sie besagt, dass es sich bei den Zustimmungserfordernissen nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG bzw. § 12 Abs. 1 WEG um eine an den Gegenstand der Übertragung anknüpfende Beschränkung der Übertragbarkeit handelt, d. h. um eine auf der Ebene des Rechts selbst eintretende sog. Fungibilitätseinschränkung. Dieses Hindernis werde aber bereits durch die Zustimmungserklärung als solche beseitigt, sodass spätere Veränderungen, insbesondere ein Wechsel in der Zustimmungsberechtigung, nicht von Bedeutung seien. Der BGH bezeichnet diese Lehre als „im Ergebnis richtig“.<sup>6</sup> (Ihm folgt auch das OLG München.<sup>7</sup>)

Die Richtigkeit dieses Verständnisses ergibt sich auch daraus, dass die Veräußerungsbeschränkung gemäß § 5 Abs. 1 ErbbauRG bzw. § 12 Abs. 1 WEG vom Gesetz als „Inhalt des Erbbaurechtes“ bzw. als „Inhalt des Sondereigentums“ (§ 10 Abs. 3, § 5 Abs. 4 Satz 1 WEG) bezeichnet werden. Die beiden Gesetze bringen damit zum Ausdruck, dass der Inhalt des Erbbaurechtes bzw. des Sondereigentums vom Inhalt des allgemeinen Eigentums, wie es in §§ 903 ff. BGB beschrieben ist, abweichen kann. So kann beispielsweise die „Verwendung des Bauwerks“ (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG) bzw. der „Gebrauch des Sondereigentums“ (§ 15 Abs. 1 WEG) durch Vereinbarung geregelt werden. Beim allgemeinen Grundstückseigentum sind solche Regelungen, die beispielsweise Einschränkungen gegenüber den allgemeinen privatrechtlichen und öffentlichrechtlichen Nutzungsmöglichkeiten zur Folge haben, nur durch entsprechende Belastung des Eigentums möglich. Bei den Vereinbarungen gemäß §§ 2, 5, 27 Abs. 1 Satz 2, § 32 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG sowie bei den „abweichenden Vereinbarungen“ gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG handelt es sich um verfassungsrechtlich (Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG) zulässige Inhaltsbestimmungen des Eigentums.

Damit kann das Gesetz auch bestimmen, dass der Erbbauberechtigte bzw. der Wohnungseigentümer nur gemeinschaftlich mit dem Grundstückseigentümer bzw. dem Verwalter Verfügungsberechtigt ist. Die Zustimmungsbe-

<sup>3</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.12.2011, 20 W 321/11, ZWE 2012, 273, 274; weitere Nachweise bei BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 134/17, DNotZ 2019, 844 Rdnr. 11.

<sup>4</sup> BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 134/17, DNotZ 2019, 844 Rdnr. 21.

<sup>5</sup> Bauer/Schaub/Kössinger, GBO, 4. Aufl. 2018, § 19 Rdnr. 202 f.; ders., DNotZ 2019, 850; Kessler, RNotZ 2015, 543, 547.

<sup>6</sup> BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 144/16, NJW 2017, 3514 Rdnr. 8, 11, 13.

<sup>7</sup> Rdnr. 15 der besprochenen Entscheidung.

rechtigung des Grundstückseigentümers bzw. des Wohnungseigentumsverwalters ist damit notwendiger Teil der Einigung des Berechtigten mit dem anderen Teil gemäß § 873 Abs. 1 BGB. Es handelt sich um einen gesetzlich geregelten Fall der Gesamtverfügungsbefugnis. Auch wenn, wie in der Praxis üblich, das dingliche Geschäft zusammen mit dem schuldrechtlichen Teil in einer Urkunde beurkundet wird, tritt die gesondert erklärte Zustimmung zum Inhalt der Urkunde der dinglichen Einigung bei, verhilft ihr damit zur vollen Wirksamkeit und zur Bindung der Beteiligten gemäß § 873 Abs. 2 BGB. Damit ist die Zustimmungserklärung zum dinglichen Erfüllungsgeschäft genauso unwiderruflich wie die Erklärung des Erbbauberechtigten bzw. des Wohnungseigentümers.

Folglich sind auch für die Praxis alle Gestaltungsprobleme gelöst. Der Kaufpreis kann bei Zugang der Eigentümerzustimmung bzw. der Verwalterzustimmung beim Erbbauberechtigten bzw. dem bevollmächtigten Notar fällig gestellt werden. Ein Widerruf ist ausgeschlossen.

bb) Das OLG München vervollständigt mit der hier besprochenen Entscheidung die Rechtsprechung zum Wechsel des Zustimmungsberechtigten vor Grundbuchvollzug.

Die Rechtsprechung hat sich bisher im Rahmen des § 12 WEG mit der Frage befasst, ob nach erteilter Verwalterzustimmung ein Personenwechsel beim Verwalter, der vor dem Zeitpunkt des § 878 BGB eintritt, auf die Zustimmung von Einfluss ist.<sup>8</sup> Der BGH hat dies verneint.<sup>9</sup> Der Verwalter sei Treuhänder und mittelbarer Stellvertreter der Wohnungseigentümer. Seine Zustimmung sei so zu behandeln, als ob die Wohnungseigentümer durch Beschluss selbst zugestimmt hätten. In diesem Falle wirke nach § 10 Abs. 4 WEG der Zustimmungsbeschluss auch gegen Sonderrechtsnachfolger und gegen solche Wohnungseigentümer, die nicht zugestimmt haben. Der BGH lässt offen, ob überhaupt eine Widerrufsmöglichkeit bestehe. Die Zustimmung des Verwalters sei nicht anders zu behandeln als rechtsgeschäftliche Erklärungen, die Träger eines vergleichbaren privaten Amtes (zum Beispiel eines Testamentsvollstreckers) während ihrer Amtszeit im eigenen Namen für und gegen Rechtsinhaber abgegeben haben. Der BGH geht ohne Weiteres davon aus, dass Erklärungen solcher privater Amtsträger auch gegenüber einem Nachfolger in dem privaten Amt wirksam sind.

Ob der Sonderrechtsnachfolger eines Grundstückseigentümers, der zur Veräußerung eines Erbbaurechtes seine Zustimmung erklärt hat, an diese gebunden ist, ist gerichtlich bisher, soweit ersichtlich, noch nicht entschieden. Diese Lücke schließt der Beschluss des OLG München. Der Senat wendet dabei die Grundsätze über den Ausschluss des Widerrufs für Zustimmungserklärungen und die Wirksamkeit einer erteilten Verwalterzustimmung<sup>10</sup> entsprechend an. Der Senat hält den Sonderrechtsnachfolger des Grundstückseigentümers, der der Veräußerung des Erbbaurechtes zuge-

stimmt hat, an die Zustimmungserklärung gebunden. Dies ist auch interessengerecht. Die Widerrufsmöglichkeit bezüglich des dinglichen Erfüllungsgeschäftes würde hier einer versteckten Vertragsreue Tür und Tor öffnen. Der Grundstückseigentümer müsste nur das Erbbaurecht auf eine andere Person übertragen, um die Möglichkeit einer Undurchführbarkeit des schuldrechtlichen Grundgeschäftes herbeizuführen. Das OLG München leistet mit seiner zu begrüßenden Entscheidung auch einen wichtigen Beitrag zur Rechtssicherheit.

## 2. Änderungen von Miteigentümergeeinbarungen

OLG Nürnberg, Beschluss vom 4.12.2019, 15 W 4008/19, mitgeteilt von **Andreas Leuzinger**, Richter am OLG Nürnberg

BGB §§ 741, 746, 1008, 1010

GBO § 15 Abs. 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73

### LEITSÄTZE:

- Änderungen von Miteigentümergeeinbarungen kommen durch einzelne Miteigentümer in Betracht, wenn und soweit die zu ändernde Vereinbarung ihnen ausdrücklich oder konkludent eine entsprechende Änderungsbefugnis zuerkennt, mithin die kollektive Zuständigkeit durch Übertragung der Entscheidungsbefugnis durchbrochen wird.**
- Von einer vereinbarungsimmanenten einseitigen Befugnis, einen Stellplatz auf einen anderen Miteigentümer zu übertragen, ist dabei im Fall einer reinen Benutzungsregelung regelmäßig auszugehen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch des AG Fürth von St. wird auf Blatt (...) und yyy jeweils 1/20 Miteigentumsanteil an dem Grundstück mit der Flurnummer zzz/zz geführt. Als (Mit-)Eigentümer zur Hälfte sind die Beschwerdeführer zu 1 und zu 4 bzw. zu 2 und zu 3 vermerkt.

2 Die zweite Abteilung des Blattes (...) enthält die folgende Eintragung:

„Belastung jedes Anteils zugunsten der jeweiligen Miteigentümer:

a) (...)

b) Benutzungsregelung nach § 1010 BGB; (...);

gemäß Bewilligung vom 6.12.2001 URNr. (...), (...), 4.5.2005 URNr. (...) und 4.8.2005 URNr. (...); eingetragen am 26.9.2005.“

3 Aus den in Bezug genommenen Urkunden ergibt sich, dass den Beschwerdeführern zu 2 und zu 3 ein Nutzungsrecht an zwei Kfz-Stellplätzen zusteht, die mit „S. 5“ und „S. 8“ bezeichnet sind.

4 Mit notariellem Vertrag vom 11.1.2019 verkauften die Beschwerdeführer zu 2 und zu 3 „aus ihrem (...) über die Benut-

8 BGH, Beschluss vom 11.10.2012, V ZB 2/12, BGHZ 195, 120 Rdnr. 15 = MittBayNot 2013, 130.

9 Siehe Fn. 8.

10 Siehe oben 2. a) bb).

zungsregelung (...) gesicherten ausschließlichen Benutzungsrecht denjenigen Teilanspruch, der sich auf den Stellplatz ‚S8‘ bezieht“, an die Beschwerdeführer zu 1 und zu 4. Dabei vereinbarten die Beschwerdeführer das Folgende:

„Die Vertragsteile sind über den vorstehenden vereinbarten Rechtsübergang am verkauften Stellplatzbenutzungsrecht einig. Unter entsprechender Inhaltsänderung der bestehenden Benutzungsregelung (...) wird zwischen den Vertragsteilen vereinbart, dass künftig

- beim Miteigentumsanteil (...) im Ausfluss der daran lastenden Benutzungsregelung nunmehr auch das Nutzungsrecht am Stellplatz ‚S. 8‘ ausgeschlossen ist und
- beim Miteigentumsanteil (...) im Ausfluss der daran lastenden Benutzungsregelung das Nutzungsrecht am Stellplatz ‚S. 8‘ auf Grund vorstehender Übertragung nicht mehr ausgeschlossen ist.“

**5** Im Übrigen bewilligten und beantragten die Beschwerdeführer in der notariellen Urkunde die Eintragung der Inhaltsänderung in das Grundbuch.

**6** Mit Schreiben vom 27.2.2019 legte der Urkundsnotar den Vertrag vom 11.1.2019 mit dem Antrag auf Vollzug dem AG – Grundbuchamt – Fürth vor.

**7** Am 25.9.2019 erließ das Grundbuchamt unter Fristsetzung eine Zwischenverfügung. Mit dieser forderte es „für die Inhaltsänderung (...) die Zustimmung aller Miteigentümer“ unter Verweis darauf, dass „diese von der Aufhebung des Ausschlusses der Nutzung von Stellplatz 8 betroffen“ seien.

**8** Dagegen wandte sich der Urkundsnotar „namens der Vertragsbeteiligten“ mit Schreiben vom 21.10.2019. Zur Begründung der Beschwerde verwies er darauf, dass „materiellrechtlich keiner der übrigen Miteigentümer auf Grund [der] Übertragung nachteilig tangiert“ werde. Denn „die übrigen Miteigentümer [seien] ja ohnehin von jedem Rechtsgebrauch (Stellplatz-Nutzungsrecht) bereits ausgeschlossen“. „Für diese anderen Miteigentümer [sei] es daher völlig unerheblich, welchem Miteigentümer innerhalb der Eigentümergemeinschaft die Nutzung letztlich [zustehe].“ Es gebe eine Parallele zum Sondernutzungsrecht, bei dem eine Vereinbarung zwischen dem betroffenen und begünstigten Wohnungseigentümer ausreichend sei. Die Verweigerung einer Eintragung der Inhaltsänderung beeinträchtige das Eigentumsrecht in unzulässiger Weise.

**9** Am 23.10.2019 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuhelfen.

**10** II. Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO, § 15 Abs. 2 GBO, § 10 Abs. 2 Nr. 3 FamFG). Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die Übertragung eines „verdinglichten“ Nutzungsrechts (§ 1010 BGB) bedarf zwar grundsätzlich einer Änderung der ursprünglichen Vereinbarung und damit der Zustimmung aller Miteigentümer (vgl. Punkt 1.). Dies gilt allerdings nicht, wenn – wie im vorliegenden Fall – die zu ändernde Vereinbarung den Miteigentümern zumindest konkludent eine entsprechende

Änderungsbefugnis zuerkennt (vgl. Punkt 2.). Dann müssen nur diejenigen Miteigentümer mitwirken, zugunsten bzw. zu Lasten derer die Änderung geht. Insofern kann im vorliegenden Fall dahingestellt bleiben, ob die angegriffene Entscheidung bereits aus formellen Gründen aufzuheben wäre, weil für den Erlass einer Zwischenverfügung das Vorhandensein eines mit rückwirkender Kraft behebaren Eintragungshindernisses erforderlich ist.

**11** 1. Die Eintragung einer Benutzungsregelung auf der Grundlage von § 1010 BGB erfordert – wie sich aus § 1008 BGB ergibt – Miteigentum an einem Grundstück. Die Miteigentümer eines Grundstücks bilden eine Bruchteilsgemeinschaft, für welche die §§ 741 ff. BGB gelten. Nach dem Recht der Bruchteilsgemeinschaft können Regelungen zur Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands einzelner Miteigentümer untereinander keine Drittwirkung entfalten. Denn § 746 BGB betrifft ausschließlich nach §§ 744 f. BGB in kollektiver Entscheidungszuständigkeit gefasste Regelungen der Miteigentümer, seien sie gemeinschaftlich durch Vereinbarung (§ 744 Abs. 1 BGB), einstimmigen Beschluss oder Mehrheitsbeschluss respektive Urteil getroffen. Nicht kollektiv gefasste Regelungen nur einzelner Miteigentümer untereinander sind damit im Umkehrschluss von § 746 BGB nicht erfasst. Folglich sind sie auch nicht im Rahmen von § 1010 BGB eintragungsfähig (BeckOGK-BGB/P. Müller, Stand: 11.2019, § 1010 Rdnr. 21). Dies bedeutet aber auch, dass eine einmal zustande gekommene Belastung im Sinne von § 1010 Abs. 1 BGB nur durch eine neue wirksame Vereinbarung der Miteigentümer und deren Eintragung im Grundbuch geändert werden kann (OLG München, Beschluss vom 20.2.2018, 34 Wx 109/17, juris Rdnr. 80; Staudinger/Gursky, Neub. 2012, § 1010 Rdnr. 7; a. A. F. Müller, Rpfleger 2002, 554).

**12** Zwar mag es sein, dass eine im Grundbuch eingetragene Nutzungsregelung für die Miteigentümer im Ergebnis die gleiche Wirkung entfaltet wie ein Sondernutzungsrecht, mithin eine positive Komponente (nämlich die Zuweisung) und eine negative Komponente (nämlich den Ausschluss des Mitgebrauchs) aufweist. Anders als ein Sondernutzungsrecht, das zum Inhalt des dem einzelnen (Mit-)Eigentümer ausschließlich zugeordneten Sondereigentums wird, schafft § 1010 BGB aber dennoch lediglich eine interne Bindung. Bei Sondereigentum besteht Eigentum (§ 13 WEG), bei § 1010 BGB kein dingliches Recht, sondern lediglich ein „verdinglichtes“ Rechtsverhältnis zwischen den Mitgliedern betreffend die Benutzung (Keller/Munzig/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Einleitung § 4 Teil D Rdnr. 30), das den einzelnen Miteigentumsanteil durch den (teilweisen) Ausschluss des Mitgebrauchs belastet.

**13** 2. Änderungen von Miteigentümervereinbarungen kommen allerdings durch nur einzelne Miteigentümer in Betracht, wenn und soweit die zu ändernde Vereinbarung ihnen ausdrücklich oder konkludent eine entsprechende Änderungsbefugnis zuerkennt (BeckOGK-BGB/P. Müller, § 1010 Rdnr. 21), mithin die kollektive Zuständigkeit durch Übertragung der Entscheidungsbefugnis durchbrochen wird (zur Zulässigkeit: MünchKomm-BGB/K. Schmidt, 7. Aufl., § 745 Rdnr. 17; vorausgesetzt von BGH, Urteil vom 15.9.1997, II ZR 94/96, juris Rdnr. 14).

**14** Von einer vereinbarungsimmanenten einseitigen Befugnis, einen Stellplatz auf einen anderen Miteigentümer zu übertragen, ist dabei im Fall einer reinen Benutzungsregelung regelmäßig – und so auch hier – auszugehen. Dies gilt jedenfalls dann, wenn – wie hier – die Größe des Miteigentumsanteils vom Umfang des Benutzungsrechts unabhängig ist und das Benutzungsrecht (weil es an mehreren Stellplätzen besteht) nicht vollständig aufgegeben wird. Denn zum einen wird die Rechtsstellung der übrigen Miteigentümer dann durch die Übertragung nicht berührt. Vielmehr verbleibt es dabei, dass sie von einer Nutzung des betroffenen Stellplatzes ausgeschlossen sind. Die Belastung ihres Miteigentums besteht insofern unverändert fort. Zum anderen ist angesichts der Möglichkeit, das Miteigentum (samt Nutzungsrecht) ohne Zustimmung der übrigen Miteigentümer zu übertragen, kein schutzwürdiges Vertrauen am Fortbestand der Nutzung durch eine bestimmte Person begründbar. Im Ergebnis besteht deshalb auch aus grundbuchrechtlicher Sicht (§ 19 GBO) kein Zustimmungsbedürfnis der übrigen Miteigentümer.

**15** III. Die Kostenfolge der zulässigen und begründeten Beschwerde ergibt sich aus dem Gesetz (§ 22 Abs. 1, § 25 Abs. 1 GNotKG). Für eine Kostenerstattungsanordnung zugunsten der Beschwerdeführer auf der Grundlage von §§ 81 ff. FamFG bestand kein Anlass. Die Staatskasse kommt in Grundbuchsachen grundsätzlich nicht als Beteiligte in Betracht, der bei erfolgreicher Beschwerde die außergerichtlichen Kosten der Beschwerdeführer auferlegt werden könnten (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 77 Rdnr. 33).

**16** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor.

## BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

### 3. Abgrenzung zwischen Grundstücksnießbrauch und Benutzungsdienstbarkeit beim Wohnungseigentum

BGH, Urteil vom 20.3.2020, V ZR 317/18 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 21.11.2018, 15 U 1431/18)

*BGB §§ 874, 876, 877, 986 Abs. 1 Satz 1, §§ 1004, 1018 Alt. 1, § 1090 Abs. 1 Alt. 1, § 1030 Abs. 2 WEG § 5 Abs. 4 Satz 2 und 3, § 10 Abs. 2 Satz 3*

#### LEITSÄTZE:

1. Die Abgrenzung zwischen einem Grundstücksnießbrauch und einer Benutzungsdienstbarkeit richtet sich allein formal danach, ob dem Berechtigten eine umfassende Nutzungsbefugnis (ggf. unter Ausschluss einzelner Nutzungen) oder nur einzelne Nutzungsmöglichkeiten eingeräumt werden.
2. Ein Sondernutzungsrecht kann nicht selbstständig mit einer Dienstbarkeit belastet werden.

3. Ausübungsbereich einer Grunddienstbarkeit kann eine Sondernutzungsfläche sein, die dem belasteten Sondereigentum zugeordnet ist; sie kann auch den alleinigen Ausübungsbereich darstellen.
4. Berechtigt eine Dienstbarkeit zur Nutzung von Sondereigentum, ist die Berechtigung vorbehaltlich einer abweichenden Regelung in der Eintragungsbewilligung dahin gehend zu verstehen, dass sie auch die Nutzung der Fläche umfasst, an der ein dem Sondereigentum zugeordnetes Sondernutzungsrecht besteht. Die Befugnis zur Nutzung einer solchen Fläche muss daher nicht schlagwortartig im Grundbuch selbst gekennzeichnet werden.
5. Für eine Aufhebung oder Übertragung des Sondernutzungsrechts ist die Zustimmung des Dienstbarkeitsberechtigten gemäß §§ 876, 877 BGB erforderlich; können die übrigen Wohnungseigentümer jedoch gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG eine Änderung oder Aufhebung des Sondernutzungsrechts verlangen, ist auch der Dienstbarkeitsberechtigte zur Zustimmung verpflichtet.
6. Überschreitet der Dienstbarkeitsberechtigte die Grenzen einer zulässigen Nutzung, wie sie sich aus den Vereinbarungen der Wohnungseigentümer untereinander ergeben, stehen den Wohnungseigentümern – nicht anders als gegen den Mieter – Ansprüche aus § 1004 BGB zu.

### 4. Verfahren wegen Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks

OLG München, Beschluss vom 16.7.2020, 34 Wx 463/19, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

*BGB § 2217  
GBO §§ 52, 22*

#### LEITSÄTZE:

1. Der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung kann in der Form des § 29 GBO nicht nur durch Vorlage eines Erbscheins, der die Testamentsvollstreckung nicht mehr verlautbart, sondern auch eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, das mit einem Vermerk des Nachlassgerichts über die Beendigung der Testamentsvollstreckung versehen ist, geführt werden.
2. Die Beendigung der Testamentsvollstreckung ist für das Grundbuchamt nicht durch Bezugnahme auf Nachlassakten eines anderen AG offenkundig.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1, eine Stiftung, ist im Grundbuch als Wohnungseigentümerin eingetragen. Das Eigentum daran er-

hielt sie aufgrund Erbfolge von zwei Eheleuten. Im notariell errichteten gemeinschaftlichen Testament vom 22.11.2000 hatten sich die Ehegatten gegenseitig als Erben eingesetzt. Zudem war für den Fall des Todes des überlebenden Teils ein Schlusserbe eingesetzt, wobei der Überlebende im Testament ermächtigt wurde, nach dem Ableben des Erstversterbenden die Schlusserbeinsetzung einseitig aufzuheben, abzuändern oder zu ergänzen.

**2** In einem notariellen Testament vom 14.8.2014 hatte der überlebende Ehemann die bisher errichteten Verfügungen von Todes wegen widerrufen und die Beteiligte zu 1 als alleinige und ausschließliche Erbin eingesetzt. Zudem setzte er Vermächtnisse aus. In Ziffer 4. ordnete er Testamentsvollstreckung durch eine Gesellschaft an, wobei er bestimmte:

**3** Der Testamentsvollstrecker hat die Aufgabe, die Vermächtnisse zu erfüllen, den Nachlass abzuwickeln und alle in diesem Zusammenhang zweckdienlichen und notwendigen Handlungen vorzunehmen.

**4** Im Rahmen der Umschreibung des Grundbuchs nach Vorlage des notariellen Testaments und der Eröffnungsniederschrift wurde in Abteilung II des Grundbuchs jeweils für die Nacherbfolge und die Schlusserbfolge nach den beiden Ehegatten unter Bezugnahme auf das notarielle Testament und die Eröffnungsniederschrift ein Testamentsvollstreckervermerk eingetragen.

**5** Am 28.2.2019 hat der Notar (Beteiligter zu 2) unter Vorlage einer Löschungsbewilligung von zwei Vertreterinnen der als Testamentsvollstreckerin eingesetzten Gesellschaft und einer Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses die Löschung der Testamentsvollstreckervermerke beantragt. In der Urkunde heißt es, die Testamentsvollstreckung sei beendet.

**6** Daraufhin hat das Grundbuchamt am 25.3.2019 eine fristsetzende Zwischenverfügung erlassen, wonach die Berichtigungsbewilligung des Testamentsvollstreckers nicht genüge, da in Anbetracht der Dauervollstreckung die Beendigung der Testamentsvollstreckung nicht offenkundig sei. Dem Grundbuchamt sei es nicht möglich, die Beendigung der Testamentsvollstreckung anhand objektiver Merkmale eindeutig festzustellen. Die Beendigung der Testamentsvollstreckung sei daher durch Vorlage eines Erbscheins nachzuweisen.

**7** Der Notar hat mit Schreiben vom 27.3.2019 auf die Nachlassakten bei einem anderen AG sowie durch Vorlage von Kopien auf die Löschung der Testamentsvollstreckervermerke in Grundbuchblättern eines anderen AG verwiesen; daraus ergebe sich die Offenkundigkeit der Beendigung der Testamentsvollstreckung.

**8** Im Weiteren hat der Notar ein Schreiben der Beteiligten zu 1 vorgelegt, wonach der Nachlass vollständig auf die Stiftung übertragen, die Testamentsvollstreckung erledigt und daher zum 28.2.2019 beendet worden sei. Außerdem hat er ein Schreiben der Gesellschaft an das Nachlassgericht vorgelegt, in dem gebeten wird, zu prüfen, ob es einen anderen Weg der Bestätigung der Beendigung der Testamentsvollstreckung gebe als einen Erbschein. Auf diesem Schreiben findet sich ein gestempelter Vermerk des Nachlassgerichts mit dem Wortlaut: „Der Eingang des oben genannten Schriftstückes wird

bestätigt.“ Daneben ist das Siegel des Nachlassgerichts angebracht.

**9** Mit Beschluss vom 24.6.2019 hat das Grundbuchamt den Antrag zurückgewiesen. Dagegen wendet sich die Beschwerde vom 18.7.2019, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

**10** II. 1. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 ist zulässig.

**11** Das Rechtsmittel gegen die Zurückweisung des von ihr gestellten Antrags ist als unbeschränkte Beschwerde gemäß § 11 Abs. 1 RPfLG mit § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Die Beteiligte zu 1 ist als von der Eintragung betroffene Buchberechtigte auch beschwerdeberechtigt. Auch im Übrigen ist die Beschwerde formgerecht eingelegt (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

**12** 2. Soweit der Beteiligte zu 2 gleichzeitig auch im eigenen Namen Beschwerde eingelegt hat, ist diese hingegen unzulässig. Der Beteiligte zu 2 ist als Urkundsnotar nicht selbst beschwerdeberechtigt und -befugt. Beschwerdebefugt ist grundsätzlich der Beschwerdeberechtigte (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 60; *Hügel/Kramer*, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 218). Das ist regelmäßig jeder, dessen Rechtsstellung durch die Entscheidung des Grundbuchamts unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt wäre, falls diese in dem vom Beschwerdeführer behaupteten Sinn unrichtig wäre (OLG Hamm, FGPrax 1995, 181; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 58; *Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 178). Im Antragsverfahren deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit dem Antragsrecht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO (*Hügel/Kramer*, GBO, § 71 Rdnr. 181). Ein eigenes Antragsrecht steht dem Notar nicht zu. Insbesondere folgt dies nicht aus § 15 Abs. 2 GBO. Diese Norm begründet allein die Vermutung einer Vollmacht, den Antrag im Namen des Antragsberechtigten zu stellen (BayObLG, NJW-RR 1989, 1495; 1993, 530; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 74).

**13** 3. Die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat in der Sache allerdings keinen Erfolg. Der Testamentsvollstreckervermerk kann derzeit nicht gelöscht werden.

**14** Die beantragte Löschung soll aufgrund einer von der Beteiligten zu 1 geltend gemachten Beendigung der Testamentsvollstreckung erfolgen. Dies stellt eine Grundbuchberichtigung dar, die im vorliegenden Fall ausschließlich aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 Abs. 1 GBO erfolgen kann. Dieser Nachweis ist nicht geführt.

**15** a) Eine Löschung des Testamentsvollstreckervermerks aufgrund Berichtigungsbewilligung durch den Testamentsvollstrecker gemäß § 19 GBO scheidet aus systematischen Gründen von vornherein aus (Senat vom 11.12.2014, 34 Wx 429/14, NJW 2015, 2271, 2272; offengelassen von BayObLGZ 1990, 51, 54 f.), weil der Testamentsvollstrecker auch nicht auf die Eintragung des Vermerks verzichten kann (*Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 27; *Hügel/Zeiser*, GBO, § 52 Rdnr. 40 und 102; *Meikel/Böhringer*, GBO, 11. Aufl. § 52 Rdnr. 74; *Bauer/Schaub/Schaub*, GBO, 4. Aufl., § 52 Rdnr. 96; a. A. *KEHE/Munzig*, GBO, 8. Aufl., § 52 Rdnr. 31).

**16** Zutreffend hat das Grundbuchamt daher die Löschung aufgrund der Löschungsbewilligung durch die Bevollmächtigten der als Testamentsvollstreckerin eingesetzten Gesellschaft zurückgewiesen.

**17 b)** Eine Löschung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises scheidet derzeit ebenfalls aus, weil die Beendigung der Testamentsvollstreckung für das Grundbuchamt nicht in der Form des § 29 GBO nachgewiesen und auch sonst nicht offenkundig ist.

**18 aa)** Unrichtig i. S. v. § 22 Abs. 1 GBO ist das Grundbuch nach der Vorgabe des § 894 BGB dann, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbeschränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wahren, also materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt (BayObLG, Rpfleger 1988, 254, 255; Senat vom 21.11.2018, 34 Wx 105/18, FGPrax 2019, 60, 61; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 4; Hügel/*Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 25). Das ist bei einem Testamentsvollstreckervermerk nach § 52 GBO der Fall, wenn – wie behauptet – die Testamentsvollstreckung infolge vollständiger Erfüllung der Aufgaben der Testamentsvollstrecker beendet ist (vgl. BGHZ 41, 23; *Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 30; NK-BGB/*Kroiß*, 5. Aufl., § 2203 Rdnr. 18; Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl., § 2225 Rdnr. 3).

**19 bb)** Der Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit ist, wenn dies nicht offenkundig ist, durch Vorlage geeigneter Urkunden in der Form des § 29 GBO zu erbringen (*Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 30; Meikel/*Böhringer*, GBO, § 52 Rdnr. 81; a. A. KEHE/*Munzig*, GBO, § 52 Rdnr. 32, der hingegen vertritt, dass vom Grundbuchamt nicht verlangt werden kann, die Offenkundigkeit der endgültigen und vollständigen Beendigung der Testamentsvollstreckung zu prüfen).

**20 (1)** Der erforderliche Nachweis kann dabei in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO regelmäßig nur durch Vorlage eines Erbscheins, der die Testamentsvollstreckung nicht mehr verlautbart, oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, das mit einem Vermerk des Nachlassgerichts über die Beendigung der Testamentsvollstreckung versehen ist, geführt werden (vgl. BayObLGZ 1990, 51, 55 f.; Hügel/*Zeiser*, GBO, § 52 Rdnr. 54). Ein solches Zeugnis kann auch noch nach Beendigung der Testamentsvollstreckung erteilt werden (BayObLGZ 1990, 51, 56).

**21** Dagegen genügt die bloße Erklärung des Testamentsvollstreckers, dass die der Abwicklung des Nachlasses dienende Testamentsvollstreckung erloschen sei, aus den Gründen, aus denen auch eine Löschungsbewilligung durch den Testamentsvollstrecker für unzulässig gehalten wird, nicht, selbst wenn diese in öffentlich beglaubigter Form abgegeben wurde (*Demharter*, GBO, § 52 Rdnr. 27).

**22 (2)** Eine wirksame Freigabeerklärung gemäß § 2217 BGB durch die Testamentsvollstreckerin ist vorliegend ebenfalls nicht nachgewiesen.

**23** Die Freigabeerklärung ist ein einseitiges, abstraktes dingliches Rechtsgeschäft und erfolgt durch empfangsbedürftige Erklärung des Verzichts über den betreffenden Gegenstand (Palandt/*Weidlich*, § 2217 Rdnr. 5). Sie kann sich ggf. auch konkludent (OLG München, Rpfleger 2005, 661) daraus ergeben, dass der Testamentsvollstrecker in der Form des § 29 GBO den Gegenstand rechtswirksam und endgültig so aufgibt, dass der Erbe im Rechtsverkehr darüber frei verfügen kann (Palandt/*Weidlich*, § 2217 Rdnr. 5). Eindeutige Grund-

bucherklärungen sind hingegen nicht auslegungsfähig (BayObLG 1990, 51, 55).

**24** Die Eintragung der Beteiligten zu 1 erfolgte allerdings nicht aufgrund Auflassung durch die Testamentsvollstreckerin, sondern im Rahmen der Berichtigung nach Vorlage des notariellen Testaments und der Eröffnungsniederschrift. Insofern scheidet aus, dass dabei eine Freigabe gemäß § 2217 BGB erklärt wurde. Abgesehen davon, dass die Bewilligung vom 27.2.2019 als Grundbucheklärung eindeutig ist und daher nicht als Erklärung im Sinne von § 2217 BGB ausgelegt werden kann, war sie an das Grundbuchamt und nicht an die Beteiligte zu 1 gerichtet, so dass auch aus diesem Grund eine Freigabe nach § 2217 BGB darin nicht gesehen werden kann.

**25 (3)** Die Erklärung der Beteiligten zu 1 zur vollständigen Übertragung des Nachlasses auf die Stiftung und der Erledigung aller sonstigen Aufgaben des Testamentsvollstreckers scheidet als Nachweis der Unrichtigkeit ebenfalls aus. Abgesehen davon, dass die Erklärung nur privatschriftlich ist, ergibt sich aus dem Schreiben schon nicht, inwiefern die Beteiligte zu 1 Auskunft zur Erfüllung aller Vermächtnisse und der sonstigen Aufgaben des Testamentsvollstreckers geben kann.

**26 (4)** Auch die vorgelegte privatschriftliche Erklärung der Gesellschaft als Testamentsvollstreckerin gegenüber dem Nachlassgericht, dass geprüft werden möge, ob es einen anderen Weg der Bestätigung der Beendigung der Testamentsvollstreckung gebe als einen Erbschein, auf dem sich gesiegelt die Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts befindet, genügt nicht. Aus der Siegelung der Eingangsbestätigung durch das Nachlassgericht ergibt sich nicht die Richtigkeit des Vortrags der Testamentsvollstreckerin.

**27 cc)** Selbst wenn der Senat mit der herrschenden Meinung davon ausgeht, dass das Grundbuchamt auch die Offenkundigkeit der Beendigung der Testamentsvollstreckung zu prüfen hat, war dies hier jedenfalls für das Grundbuchamt – und im Beschwerdeverfahren für den Senat – nicht offenkundig.

**28** Offenkundig sind Tatsachen für das Grundbuchamt dann, wenn sie ihm zweifelsfrei bekannt sind. Auch Tatsachen, die sich aus Akten desselben AG ergeben, sind für das Grundbuchamt nicht nur aktenkundig, sondern auch offenkundig, wenn sich zudem ergibt, dass diese Tatsachen zur Entstehung gelangt sind (*Demharter*, GBO, § 29 Rdnr. 60 f.; Bauer/*Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 174; Meikel/*Hertel*, GBO, § 29 Rdnr. 617 ff.).

**29** Die Bezugnahme auf die Akten eines anderen Gerichts genügt allerdings im Antragsverfahren nach § 22 GBO nicht, da es dem Antragsteller obliegt, den Unrichtigkeitsnachweis zu führen (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 36); eigene Ermittlungen des Grundbuchamts scheiden aus (*Demharter*, GBO, § 1 Rdnr. 66). Mithin genügt die Bezugnahme auf die Nachlassakten eines anderen AG im Antrag nicht, um eine Offenkundigkeit der Beendigung der Testamentsvollstreckung für das Grundbuchamt zu begründen.

**30** Die Tatsache, dass andere Grundbuchämter den Testamentsvollstreckervermerk gelöscht haben, führt ebenfalls nicht zu einer Offenkundigkeit der Beendigung des Amtes durch die Testamentsvollstreckerin. Abgesehen davon, dass

die Unterlagen nur in Abschrift vorliegen, ergibt sich aus den Eintragungen nämlich schon nicht, aus welchem Grund der Vermerk gelöscht wurde. Für die Bezugnahme auf die dortigen Grundakten gilt ebenfalls das zu den Nachlassakten Gesagte.

(...)

**33** 3. Grund zur Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO besteht nicht.

#### ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. **Julian Klinger**, München

Die Entscheidung beschäftigt sich mit den Anforderungen an die Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks im Grundbuch bei Beendigung der Testamentsvollstreckung. In der Praxis stellt sich hierbei regelmäßig die Frage, auf welche Weise die Beendigung der Testamentsvollstreckung nachgewiesen werden kann.

#### 1. Allgemeines zur Löschung eines Testamentsvollstreckervermerks

Ein Testamentsvollstreckervermerk im Grundbuch kann von Amts wegen (§§ 84 ff. GBO) oder auf Antrag (§ 46 GBO) gelöscht werden.<sup>1</sup> Der Anlass für die Löschung des Vermerks ist in beiden Fällen die materiellrechtliche Beendigung der Testamentsvollstreckung insgesamt (Gesamtbeendigung) oder gegenständlich beschränkt auf einzelne der Verwaltung unterliegenden Nachlassgegenstände<sup>2</sup> (gegenständliche Beendigung).<sup>3</sup> Die Beendigung des konkreten Testamentsvollstreckeramtes (§§ 2225, 2226, 2227 BGB) ist grundsätzlich kein Beendigungsgrund der Testamentsvollstreckung insgesamt, da der Name des Testamentsvollstreckers im Grundbuch nicht eingetragen wird. Ausnahmsweise kann die Beendigung des konkreten Amtes die Beendigung der Testamentsvollstreckung nach sich ziehen, wenn der Erblasser dieses von einer bestimmten Person abhängig gemacht, also keinen Ersatzvollstrecker ernannt hat (§ 2197 Abs. 2 BGB) und weder einen Dritten ermächtigt hat, diesen zu bestimmen (§ 2198 BGB) noch das Nachlassgericht darum ersucht hat (§ 2200 BGB). Das Verfahren der Löschung richtet sich nach dem jeweiligen Beendigungsgrund.<sup>4</sup>

Im Streitfall ging es um die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks auf Antrag (§ 13 GBO) aufgrund behaupteter Gesamtbeendigung der Testamentsvollstreckung. Der Fokus der Entscheidung liegt auf den Anforderungen, die an den Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO gestellt werden. Unrichtig im Sinne von § 22 Abs. 1 GBO ist das Grundbuch nach der Vorgabe des § 894 BGB dann, wenn sein Inhalt hinsichtlich eines Rechts an einem Grundstück, eines Rechts an einem solchen Recht oder einer Verfügungsbe-

schränkung der in § 892 Abs. 1 BGB bezeichneten Art mit der wahren, also materiellen Rechtslage nicht übereinstimmt.<sup>5</sup>

#### 2. Formerfordernis des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO

Im Antragsverfahren ist der erforderliche Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO zu führen. Das heißt entweder durch Vorlage eines Erbscheins, welcher keinen Testamentsvollstreckervermerk enthält, oder – worauf das OLG zu Recht hinweist – etwa durch Vorlage eines Testamentsvollstreckerzeugnisses, welches aufgrund eines gerichtlichen Vermerks über die Beendigung der Testamentsvollstreckung „entwertet“ ist.<sup>6</sup> Denkbar ist auch eine gemäß § 35 GBO entsprechende in öffentlicher Urkunde enthaltene Verfügung von Todes wegen in Verbindung mit der Eröffnungsniederschrift, aus der sich die Beendigung der Vollstreckung ergibt.<sup>7</sup> Daneben dürfte auch ein mit Rechtskraftvermerk versehener Beschluss des Nachlassgerichts (§ 46 FamFG), aus dem sich die Beendigung der Testamentsvollstreckung zweifelsfrei ergibt (etwa bei Zurückweisung der Ernennung eines Ersatztestamentsvollstreckers) als Nachweis tauglich sein.<sup>8</sup>

An die Führung des Unrichtigkeitsnachweises sind strenge Anforderungen zu stellen.<sup>9</sup> Grundbucheintragungen sollen eine möglichst sichere Grundlage haben.<sup>10</sup> Ausnahmen von der Formenstrenge des Grundbuchverfahrens sind deshalb nur dort geboten, wo es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen, und sich der Antragsteller auch sonst in Beweisnot befindet.<sup>11</sup> Dies wird für den Bereich der Löschung von Testamentsvollstreckervermerken nur vertreten, wenn die Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentsvollstreckers (§ 2205 Satz 3 BGB) nachgewiesen werden soll. Es wird dann ins Feld geführt, dass die Entgeltlichkeit nicht durch öffentliche Urkunden nachgewiesen werden kann.<sup>12</sup>

1 Bengel/Reimann/Klinger, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl. 2020, § 7 Rdnr. 9 ff.; ebd. Dietz, Rdnr. 149.

2 Zum Beispiel aufgrund einer Freigabe gemäß § 2217 BGB.

3 Ausführlich Bengel/Reimann/Dietz, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 7 Rdnr. 152 ff.

4 Bengel/Reimann/Dietz, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 7 Rdnr. 152 ff.

5 OLG München, Beschluss vom 21.11.2018, 34 Wx 105/18, FGPrax 2019, 60/61 m. w. N.; Demharter, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018, § 22 Rdnr. 4; Hügel/Holzer, Grundbuchordnung, 4. Aufl. 2020, § 22 Rdnr. 25.

6 Demharter, Grundbuchordnung, § 52 Rdnr. 27; Hügel/Zeiser, Grundbuchordnung, § 52 Rdnr. 40 und 102; Meikel/Böhringer, Grundbuchverfügung, 11. Aufl. 2019, § 52 Rdnr. 74; Bauer/Schaub, Grundbuchordnung, 4. Aufl. 2018, § 52 Rdnr. 96; a. A. KEHE/Munzig, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2018, § 52 Rdnr. 31.

7 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3473.

8 KG, Beschluss vom 9.12.2014, W 266-269/14, NJW-RR 2015, 787; DNotl, Gutachten vom 15.5.2020, Abruf-Nr. 175985.

9 Umfangreiche Nachweise bei BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.6.2020, § 22 Rdnr. 5.

10 BayObLG, Beschluss vom 11.5.1988, BReg. 2 Z 44/88, BayObIGZ 1988, 148.

11 BGH, Beschluss vom 24.9.1971, V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 95; KG, Beschluss vom 26.8.1997, 1 W 2905-97, FGPrax 1997, 212, 214; BayObLG, Beschluss vom 13.6.1986, BReg. 2 Z 47/86, BayObIGZ 1986, 208; KG, Beschluss vom 26.2.2004, 1 W 557/03, BeckRS 2004, 05188.

12 Vgl. OLG Düsseldorf, Beschluss vom 18.10.2019, I-3 Wx 99/19, BeckRS 2019, 33579; Bauer/Schaub, Grundbuchordnung, § 52 Rdnr. 99 i. V. m. 85 ff.; Bengel/Reimann/Dietz, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 7 Rdnr. 154; siehe a. DNotl, Abruf-Nr. 175985, vom 15.5.2020.

Ein solcher Fall der Beweisnot lag im Streitfall jedoch nicht vor. Das OLG München hält zu Recht kurz und knapp fest, dass ein Testamentsvollstreckervermerk nicht aufgrund einer Erklärung des Ernanneten erfolgen kann und zwar aus den gleichen Gründen wie im Fall einer Löschungsbewilligung durch den Ernanneten gemäß § 19 GBO.

### 3. Offenkundigkeit von Tatsachen

Eine weitere Ausnahme vom Strengbeweis sieht das Gesetz selbst vor, nämlich wenn dem Grundbuchamt die Voraussetzungen für die Löschung offenkundig sind (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO). Offenkundig sind Tatsachen für das Grundbuchamt u. a. dann, wenn sie ihm zweifelsfrei bekannt sind. Diese Tatsachen kann das Grundbuchamt im Freibeweis würdigen bzw. bedürfen aufgrund der Evidenz keines Beweises. Gleichwohl trifft den Antragsteller die Darlegungslast hinsichtlich der Grundbuchunrichtigkeit. Er muss also zumindest substantiiert darlegen, dass und warum die Testamentsvollstreckung nicht mehr besteht.<sup>13</sup> Dieser Nachweis kann grundsätzlich durch Bezugnahme auf die Nachlassakten geführt werden, wenn sich aus den aktenkundigen Tatsachen ergibt, dass die Voraussetzungen des Erlöschens erfüllt sind. In einfach gelagerten Fällen hat das Grundbuchamt die Beendigung der Testamentsvollstreckung selbst festzustellen.<sup>14</sup> Hierauf hat das OLG Saarbrücken in seinem Beschluss vom 15.10.2019, 5 W 61/19, hingewiesen. Im dortigen Streitfall konnte das Grundbuchamt die vollständige Erledigung aller Aufgaben des Testamentsvollstreckers unschwer selbst feststellen.<sup>15</sup> Das Grundbuchamt ist gehalten, die offenkundigen Tatsachen in der Eintragungsverfügung aktenkundig zu machen (Ziffer 3.2.1.2 BayGBGA).

### 4. Keine Offenkundigkeit bei Bezugnahme auf die Akten eines anderen AG

Mit der vorliegenden Entscheidung bestätigt der Senat seinen Beschluss vom 24.8.2016, 34 Wx 216/16<sup>16</sup> sowie den des OLG Bremen vom 12.10.2010, 3 W 14/10.<sup>17</sup> Danach können Tatsachen nur dann offenkundig werden, wenn sie bei demselben Gericht aktenkundig sind und auf diese Bezug genommen wird.<sup>18</sup> Der Antragsteller kann den Unrichtigkeitsnachweis demgegenüber nicht dadurch erbringen, dass er auf Akten verweist, die bei einem anderen Gericht geführt werden. Das Grundbuchamt ist aufgrund des Beibringungsgrundsatzes auch nicht verpflichtet, sich Kenntnisse aus Akten anderer Gerichte als desjenigen zu ver-

schaffen, zu dem das Grundbuchamt gehört.<sup>19</sup> Das bedeutet freilich nicht, dass die bei einem anderen Gericht geführte Nachlassakte nicht in gleicher Weise eine zuverlässige Quelle sein kann wie eine des Gerichts, bei dem das für die Löschung des Testamentsvollstreckervermerks zuständige Grundbuchamt angesiedelt ist. Der Antragsteller kann sich eine beglaubigte Abschrift aus den Nachlassakten des anderen Gerichts im Rahmen seiner Darlegungslast zunutze machen. Das Gesetz will dem Grundbuchamt also nur die Beschaffung der bei einem anderen Gericht geführten Nachlassakte ersparen.

### 5. Fazit

Für die Praxis bleibt der Hinweis, dass der Nachweis über die Beendigung der Testamentsvollstreckung nicht nur durch Vorlage eines neuen „testamentsvollstreckungsfreien“ Erbscheins, sondern auch durch Vorlage eines Testamentsvollstreckervermerks, das mit dem Vermerk des Nachlassgerichts über die Beendigung der Testamentsvollstreckung versehen ist, geführt werden kann. Dies erspart den Beteiligten Zeit und Kosten für die Erteilung des „neuen“ Erbscheins. Auch wird die Praxis sich daran ausrichten müssen, dass hinsichtlich Tatsachen, die bei einem anderen AG aktenkundig sind, kein Fall der Offenkundigkeit im Sinne von § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO vorliegt.

Der Lösungsantrag gehört zu den letzten Aufgaben des Testamentsvollstreckers. Eine Löschungsbewilligung durch den Testamentsvollstreckter nach § 19 GBO kommt nicht in Betracht. Bei einer vorzeitigen Beendigung der Testamentsvollstreckung, etwa wenn Erbe und Testamentsvollstreckter eine dahin gehende Vereinbarung treffen<sup>20</sup> und der Erblasser für keinen Ersatz gesorgt hat, ist darauf zu achten, dass im Zeitpunkt der Beendigung sämtliche den Nachlass betreffende Grundbücher umgeschrieben sind. Denn das Nachlassgericht wird den durch die Beendigung der Testamentsvollstreckung unrichtig gewordenen Erbschein einziehen (§ 2361 BGB). Sollte bei einem privatschriftlichen Testament dann noch Grundbesitz umgeschrieben werden müssen, wird der Erbe nicht darumkommen, einen neuen „testamentsvollstreckungsfreien“ Erbschein zu beantragen, verbunden mit der Kostenfolge.

Im Übrigen gibt die Entscheidung Anlass darauf hinzuweisen, dass der Urkundsnotar nicht im eigenen Namen beschwerdeberechtigt und -befugt ist.<sup>21</sup>

13 Bengel/Reimann/Dietz, Handbuch der Testamentsvollstreckung, § 7 Rdnr. 154.

14 OLG Saarbrücken, Beschluss vom 15.10.2019, 5 W 61/19, ZEV 2020, 97; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 8.11.2016, I-3 Wx 47/16, FGPrax 2017, 35; OLG München, Beschluss vom 8.9.2005, 32 Wx 58/05, ZEV 2006, 173.

15 ZEV 2020, 97.

16 MittBayNot 2017, 271.

17 ZEV, 2001, 586.

18 So bereits OLG München, Beschluss vom 24.8.2016, 34 Wx 216/16, MittBayNot 2017, 271; OLG Bremen, Beschluss vom 12.10.2010, 3 W 14/10, ZEV, 2001, 586; Bauer/von Oefele/Knothe, Grundbuchordnung, 3. Aufl. 2013, § 29 Rdnr. 162; Meikel/Hertel, Grundbuchordnung, 11. Aufl. 2014, § 29 Rdnr. 622.

19 OLG München, Beschluss vom 24.8.2016, 34 Wx 216/16, MittBayNot 2017, 271; OLG Bremen, Beschluss vom 12.10.2010, 3 W 14/10, ZEV 2001, 586; Meikel/Hertel, Grundbuchordnung, § 29 Rdnr. 621/622; BeckOK-GBO/Otto, § 29 Rdnr. 213; a. A. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 789.

20 Siehe hierzu Steiner, ZEV 2020, 334; Muscheler, NJW 2009, 2081; Reimann, NJW 2005, 780.

21 Siehe etwa Hügel/Kramer, Grundbuchordnung, § 71 Rdnr. 218.

## 5. Aufteilung eines Grundstücks-Miteigentumsanteils unter WEG

OLG München, Beschluss vom 15.6.2020, 34 Wx 144/20

BGB § 1008

GBO § 15 Abs. 2, § 71 Abs. 1

GNotKG § 22 Abs. 1, § 25

WEG § 1 Abs. 2 und 3, §§ 3, 8

### LEITSATZ:

**Ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück kann nicht im Wege eines Teilungsvertrags nach § 3 WEG zerlegt und mit Sondereigentum verbunden werden, wenn die dadurch neu gebildeten Einheiten sämtlich in der Hand des ursprünglichen Miteigentümers verbleiben sollen; hierfür bedarf es zusätzlich einer Teilungserklärung nach § 8 WEG.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligten zu 1 bis 4 sind mit Anteilen von 50/100, 30/100, 8/100 bzw. 12/100 als Miteigentümer von Grundbesitz, auf dem sich ein Mehrfamilienhaus mit acht Wohnungen befindet, im Grundbuch eingetragen, für die Beteiligten zu 5 und 6 sind Nießbrauche sowie für den Beteiligten zu 6 zudem eine Rückauflassungsvormerkung eingetragen.

**2** Mit notarieller Urkunde vom 21.12.2018 schränkten die Beteiligten zu 1 bis 4 unter gegenseitiger Einräumung von Sondereigentum an bestimmten Räumen des Gebäudes gemäß § 3 WEG ihr Miteigentum an dem Grundstück dahin gehend ein, dass in Bezug auf die Wohnungen samt Keller mit den Nr. 1 bis 8 Miteigentumsanteile von 80/1000, 172/1000, 118/1000, 123/1000, 128/1000, 120/1000, 173/1000 bzw. 86/1000 eingeräumt wurden. Von den neugebildeten Sondereigentumseinheiten erhielten jeweils zu Alleineigentum der Beteiligte zu 1 die Nr. 3, 4, 7 und 8, der Beteiligte zu 2 die Nr. 5 und 2, die Beteiligte zu 3 die Nr. 1 sowie die Beteiligte zu 4 die Nr. 6. Mit Schreiben vom 20.3.2019 beantragte der Urkundsnotar den Vollzug.

**3** Auf formlose Beanstandungen durch das Grundbuchamt hin teilte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 8.11.2019 mit, eine Aufteilung gemäß § 8 WEG sei nicht zu erkennen, und stellte mit weiterem Schreiben vom 4.12.2019 noch einmal klar, dass eine Teilung nach § 3 WEG vorliege.

**4** Daraufhin hat das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 17.3.2020 erklärt, der Eintragung stehe folgendes Hindernis entgegen: Die Urkunde teile den Grundbesitz gemäß § 3 WEG auf. Da einige Eigentümer ihren Anteil weiter unterteilten, liege ebenfalls eine Teilung nach § 8 WEG vor. Um notarielle Feststellung, dass es sich hierbei um eine Teilung nach §§ 3 und 8 WEG handle, werde gebeten.

**5** Hiergegen hat der Urkundsnotar mit Schreiben vom 19.3.2020 Beschwerde eingelegt. Es liege eindeutig ausschließlich eine Teilung gemäß § 3 WEG vor, ob dabei ein ursprünglicher Eigentümer eine Einheit zum Alleineigentum erhalte oder mehrere zum Alleineigentum, spiele keine Rolle. Nur wenn sich genau die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse

vor Teilung bei einer Einheit genau in der ursprünglichen Form und genau den Beteiligungsverhältnissen/Miteigentumsquoten wie vor Teilung fortsetzten, liege eine Teilung gemäß § 8 WEG vor, so auch die Kommentierung bei Palandt zu § 8 Rdnr. 4.

**6** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 26.3.2020 nicht abgeholfen.

**7** II. Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**8** 1. Die Beschwerde ist zulässig.

**9** a) Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet sie gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts statt. Zu diesen zählen auch Zwischenverfügungen (OLG Hamm, FGPrax 2010, 177; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 1; *Hügel/Kramer*, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 112; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 469).

**10** b) Die Beschwerde wurde wirksam eingelegt. Nach § 10 Abs. 2 Satz 2 Nr. 3 FamFG können sich die Beteiligten insoweit durch einen Notar vertreten lassen. Dabei gilt der Urkundsnotar gemäß § 15 Abs. 2 GBO nicht nur als ermächtigt, die Eintragung zu beantragen, sondern auch Beschwerde gegen die darauf ergehende Entscheidung einzulegen (*Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 189).

**11** 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache vorläufig Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung hätte aus formalen Gründen nicht ergehen dürfen.

**12** Eine Zwischenverfügung soll es dem Antragsteller ermöglichen, Eintragungshindernisse vor einer endgültigen Zurückweisung des Antrags zu beheben (OLG Düsseldorf, NJOZ 2012, 1394, 1395; *Demharter*, GBO, § 18 Rdnr. 29). Hier hat der Notar indes wiederholt klargestellt, dass keine Teilung nach § 8 WEG, sondern ausschließlich eine solche nach § 3 WEG vorliege. Damit hat er ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass er sich nicht in der Lage sieht bzw. nicht gewillt ist, die Beurkundungsbasis seines Eintragungsantrags in einem der Rechtsauffassung des Grundbuchamts entsprechenden Sinne anzupassen. In einem solchen Fall ist aber für eine Zwischenverfügung kein Raum, sondern über den Eintragungsantrag zu entscheiden (OLG Düsseldorf, NJOZ 2012, 1394, 1395).

**13** 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat – insoweit allerdings ohne Bindungswirkung für das Grundbuchamt – darauf hin, dass die Aufteilung des Eigentums am Grundstück in Miteigentumsanteile verbunden mit Sondereigentum an den einzelnen Wohnungen jeweils samt Keller in der vorliegenden Form einer zusätzlichen Teilungserklärung nach § 8 Abs. 1 WEG bedarf.

**14** a) Das Eigentum an einer Sache kann ideell nach Bruchteilen mehreren Rechtsträgern zustehen, vgl. § 1008 BGB. Bei Allein- wie auch bei bereits bestehendem Miteigentum ist eine – ggf. weitere – ideelle Aufteilung indes grundsätzlich nur bei gleichzeitiger Teilveräußerung möglich, eine Vorratsteilung in der Hand des alten (Mit-)Eigentümers gibt es nach allgemeinem bürgerlichem Recht nicht (BGHZ 49, 250, 253; NJW 2013, 934, 935; BeckOGK-WEG/*Schultzky*, § 8 Rdnr. 4; *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 2 Rdnr. 9; *Weitnauer/Briesemeister*,

WEG, 9. Aufl., § 8 Rdnr. 1). Fallen mehrere Bruchteile in einer Hand zusammen, vereinigen sie sich in der Regel zu einem einzigen Bruchteil (Timme/Kral, WEG, 2. Aufl., § 8 Rdnr. 1).

**15 b)** Dieser Grundsatz erfährt eine Ausnahme im Rahmen von Wohnungs- und Teileigentum.

**16** Nach § 1 Abs. 2 und 3 WEG kann Sondereigentum an einer Wohnung bzw. nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum gebildet werden, zu dem es gehört. Dabei ist in Durchbrechung des unter a) dargestellten Grundsatzes die Vereinigung mehrerer mit Sonder- bzw. Teileigentum verbundener Miteigentumsanteile in einer Hand möglich, ohne dass letztere hierdurch zu einem einzigen Miteigentumsanteil verschmelzen würden. So statuiert § 8 WEG ausdrücklich, dass der Eigentümer eines Grundstücks das Eigentum hieran in Miteigentumsanteile in der Weise teilen kann, dass mit jedem Anteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen verbunden ist (BeckOGK-WEG/Schultzky, § 8 Rdnr. 2; Hügel/Elzer, WEG, § 8 Rdnr. 1). Es bestehen auch keine Bedenken, unter direkter oder zumindest analoger Anwendung von § 8 WEG einen mit mehreren Sondereigentumseinheiten verbundenen Miteigentumsanteil seinerseits in mehrere eigenständige Miteigentumsanteile zu zerlegen und jedem von ihnen wiederum Sondereigentum zuzuordnen (Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl., § 2 Rdnr. 12; BeckOGK-WEG/Schultzky, § 8 Rdnr. 4; Staudinger/Rapp, Neub. 2018, § 2 WEG Rdnr. 4; Timme/Munzig, WEG, § 2 Rdnr. 18; Weitnauer/Briesemeister, WEG, § 2 Rdnr. 3).

**17 c)** Umstritten ist, ob auch im Rahmen einer bloßen Aufteilung nach § 3 WEG ein Miteigentumsanteil in mehrere selbstständige Anteile aufgespalten werden kann, die in einer Hand verbleiben und jeweils im Sinne von § 1 WEG mit Sondereigentum verbunden werden (KG, NJW 1995, 62, 64; LG Bochum, NJW-RR 1999, 887; BeckOGK-WEG/Müller, § 3 Rdnr. 24; Palandt/Wicke, 79. Aufl. 2020, § 3 WEG Rdnr. 2; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, 5. Aufl., § 2 Rdnr. 17; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 2814; Timme/Munzig, WEG, § 2 Rdnr. 18; DNotI-Gutachten DNotI-Report 2015, 169, 170), oder ob dies stets eine Teilungserklärung gemäß oder analog § 8 WEG, die ggf. auch in Kombination mit einem Teilungsvertrag nach § 3 WEG abgegeben werden kann, erfordert (Bärmann/Armbrüster, WEG, § 2 Rdnr. 12; Staudinger/Rapp, § 2 Rdnr. 4; Weitnauer/Briesemeister, WEG, § 2 Rdnr. 3).

**18** Der Senat schließt sich der letztgenannten Ansicht an.

**19 aa)** Die von der Gegenauffassung verschiedentlich (LG Bochum, NJW-RR 1999, 887; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2015, 169, 170) zur Begründung angeführte Entscheidung des BGH aus dem Jahr 1983 ist für die Beurteilung des hier verfahrensgegenständlichen Sachverhalts unergiebig. Denn ihr lag gerade die umgekehrte Konstellation zugrunde, nämlich die Verringerung der Zahl der Miteigentumsanteile durch Zusammenlegung bei gleichzeitiger Zuweisung von Sondereigentum jeweils an die einzelnen neugebildeten Anteile in einem Teilungsvertrag gemäß § 3 WEG. Der BGH begründete die Zulässigkeit eines solchen Vorgehens mit der praktischen Er-

wägung, dass ansonsten ein sachlich unnötiger Umweg über eine Zwischeneintragung der beteiligten Miteigentümer zu beschreiten wäre, die zusätzlich gezwungen wären, für ihre Beteiligung an dem vereinigten Miteigentumsanteil zumindest übergangsweise entgegen ihrem Willen eine BGB-Gesellschaft zu bilden. Die Zusammenlegung der Anteile solle die Entstehung von Wohnungseigentum nur ermöglichen und vorbereiten (BGH, NJW 1983, 1672, 1673 f.). Dieser Vorgang berührt indes im Gegensatz zur Erhöhung der Miteigentumsanteile von vornherein nicht den Regelungsbereich des § 8 WEG, weshalb der Entscheidung insoweit keine Aussage über das Verhältnis dieser Bestimmung zu § 3 WEG entnommen werden kann. Ebenso wenig lassen sich die sonstigen Ausführungen des BGH auf die hier verfahrensgegenständliche Konstellation der Erhöhung der Miteigentumsanteile übertragen. Denn eine Zwischeneintragung wird auch dann für entbehrlich gehalten, wenn der Erwerber eines Grundstücks eine Teilung nach § 8 WEG vornimmt (OLG Düsseldorf, DNotZ 1976, 168; BeckOGK-WEG/Schultzky, § 8 Rdnr. 7; Staudinger/Rapp, § 8 WEG Rdnr. 6); warum dies anders zu beurteilen sein sollte, wenn der Teilung anstelle eines Kaufs eine Vereinbarung nach § 3 WEG vorangegangen ist, ist nicht ersichtlich (DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2015, 169, 171). Die Frage der Bildung einer BGB-Gesellschaft stellt sich in der hier verfahrensgegenständlichen Konstellation ohnehin nicht, da nicht mehrere Miteigentümer ihre Anteile zusammenlegen, sondern umgekehrt ein Miteigentümer seinen Anteil aufspaltet und somit die neugebildeten Anteile gerade in einer Hand verbleiben.

**20 bb)** Argumentativ unergiebig ist auch der Verweis im Beschwerdevorbringen darauf, dass sich im Falle des § 8 WEG anders als bei einer Vereinbarung nach § 3 WEG die Eigentumsverhältnisse am Grundstück vor Teilung genau in der ursprünglichen Form und genau in den ursprünglichen Beteiligungsverhältnissen bzw. Miteigentumsquoten fortsetzen (so auch KG, NJW 1995, 62, 64, in dieser Form allerdings nicht wie angeführt Palandt/Wicke, § 8 WEG Rdnr. 4). Dies ist nicht Voraussetzung, sondern lediglich Folge einer Teilung nach § 8 WEG. Ist anlässlich der Begründung von Sondereigentum auch eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse oder Miteigentumsquoten gewünscht, kann dies im Teilungsvertrag nach § 3 WEG vereinbart werden, der sich nach allgemeiner Ansicht mit einer Erklärung nach § 8 WEG in ein und derselben Urkunde kombinieren lässt (LG Bochum, NJW-RR 1999, 887; Bärmann/Armbrüster, WEG, § 2 Rdnr. 12; BeckOGK-WEG/Müller, § 3 Rdnr. 24; BeckOGK-WEG/Schultzky, § 8 Rdnr. 4; Jennißen/Zimmer, WEG, 6. Aufl., § 2 Rdnr. 11; Riecke/Schmid/Schneider, WEG, § 2 Rdnr. 13; Staudinger/Rapp, § 2 WEG Rdnr. 4; Timme/Munzig, WEG, § 2 Rdnr. 17; Weitnauer/Briesemeister, WEG, § 2 Rdnr. 3; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2015, 169, 170). Insoweit besteht auch kein praktisches Bedürfnis für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 3 WEG.

**21 cc)** Vielmehr sprechen systematische Gründe dafür, die Aufteilung eines Miteigentumsanteils in mehrere selbstständige Anteile, die jeweils mit Sondereigentum verbunden werden und in einer Hand bleiben, stets § 8 WEG, ggf. auch in Kombination mit § 3 WEG, zu unterwerfen. Mag auch der Wortlaut des § 3 WEG der Annahme, dasselbe Ergebnis ließe sich ebenso auf dem Weg über diese Vorschrift zu erreichen,

nicht entgegenstehen (LG Bochum, NJW-RR 1999, 887), so zeigt doch schon die schlichte Existenz des § 8 WEG, dass der Gesetzgeber das geschilderte Problem gesehen und einer Lösung zugeführt hat. Für eine Ausweitung des Anwendungsbereichs des § 3 WEG besteht somit kein Anlass.

22 III. Eine Entscheidung über die Kosten des Beschwerdeverfahrens war nicht veranlasst, weil die diesbezügliche Haftung der Beteiligten aus § 22 Abs. 1 GNotKG aufgrund des Erfolgs des Rechtsmittels gemäß § 25 Abs. 1 GNotKG erloschen ist. Deshalb bedurfte es auch keiner Festsetzung des Geschäftswerts.

## 6. Zulässiger Gegenstand einer Zwischenverfügung – zum Unrichtigkeitsnachweis bei einer Rückauflassungsvormerkung

OLG Köln, Beschluss vom 6.1.2020, 2 Wx 373/19

GBO §§ 18, 22, 29

### LEITSÄTZE:

1. Mit einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO kann weder auf die Vornahme eines Rechtsgeschäfts hingewirkt werden, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung sein soll, noch dem Antragsteller aufgegeben werden, eine erst noch zu erklärende Eintragungsbewilligung eines betroffenen Dritten beizubringen. Das gilt auch, wenn eine Vormerkung wegen Erlöschens des gesicherten Anspruchs gelöscht werden soll und der Unrichtigkeitsnachweis nicht geführt ist. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Der Nachweis des Todes des Berechtigten genügt als Nachweis für die Unrichtigkeit eines Grundbucheintrags über eine Rückauflassungsvormerkung, wenn sich aus der zugrunde liegenden Vereinbarung explizit oder durch Auslegung ergibt, dass mit dem Tod des Berechtigten der Sicherungsfall nicht mehr eintreten kann. Allerdings reicht in diesen Fällen der Todesnachweis dann nicht zum Beleg für die Grundbucheinrichtigkeit, wenn nicht ausgeschlossen werden kann, dass die Vormerkung auch einen zu Lebzeiten entstandenen, aber bis zum Tod des Berechtigten nicht mehr durchgesetzten und nach § 1922 BGB auf die Erben übergegangenen Übertragungsanspruch sichert. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Ist in der Bewilligung zwar ausdrücklich bestimmt, dass der Rückübertragungsanspruch nicht vererblich und nicht übertragbar ist und mit dem Tode des Veräußerers erlischt, aber nicht eindeutig geregelt, ob dies auch für den Fall gelten soll, dass der Anspruch bereits zu Lebzeiten entstanden ist, aber infolge des Todes des Berechtigten nicht mehr durchgesetzt werden konnte, kann nicht mit der im Rahmen des Unrichtigkeitsnachweises erforderlichen Eindeutigkeit ausgeschlossen werden, dass

die Bewilligenden die Unvererblichkeit und das Erlöschen des Anspruchs in diesem Fall nicht gewollt hätten. (Leitsatz der Schriftleitung)

## 7. Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines einheitlichen Rückauflassungsanspruchs, der mehreren Berechtigten sukzessiv zusteht

OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.10.2019, 8 W 272/19

BGB §§ 158, 398, 883

GBO § 16 Abs. 2, § 71

### LEITSÄTZE:

1. Zur Sicherung eines Rückauflassungsanspruchs, der im Voraus an einen Dritten bedingt durch den Tod des zunächst Berechtigten und unabhängig von einer Geltendmachung des Anspruchs durch diesen abgetreten wurde, ist nur eine Vormerkung im Grundbuch einzutragen.
2. Zur Verlautbarung der sukzessiven Berechtigung des Dritten im Grundbuch ist die Eintragung eines Vermerks über die aufschiebend bedingte Abtretung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs zumindest zulässig.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligte zu 1, Ehefrau des Beteiligten zu 2 und Mutter des Beteiligten zu 3, ist Eigentümerin des im Grundbuch von (...) Nr. (...), BV Nr. 5 eingetragenen Grundstücks. Die Beteiligten zu 1 und 2 leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Mit Urkunde des Notars (...) in D (UR [...]) vom 11.2.2019 ließ die Beteiligte zu 1 einen hälftigen Miteigentumsanteil an dem genannten Grundbesitz im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an den Beteiligte zu 3 auf. Die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch wurde vom Veräußerer bewilligt und vom Erwerber beantragt.

2 Gemäß § 7 der Urkunde verpflichtete sich der Beteiligte zu 3 zur Rückübertragung des Vertragsgegenstands unter bestimmten bezeichneten Bedingungen, wenn die Beteiligte zu 1 das Rückübertragungsverlangen stellt. Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Rückübertragung bewilligte der Beteiligte zu 3 die Eintragung einer Eigentumsvormerkung gemäß § 883 BGB zugunsten der Beteiligten zu 1 und beantragte die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch.

3 Gleichzeitig trat die Beteiligte zu 1 den bedingten Rückübertragungsanspruch an den Beteiligten zu 2 ab unter der Bedingung, dass die Beteiligte zu 1 vor dem Beteiligten zu 2 stirbt und die Voraussetzungen für den Entfall des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB am Todestag nicht gegeben sind. Die Eintragung des Vermerks über die Abtretung bei der für die Beteiligte zu 1 bewilligten Vormerkung im Grundbuch wurde gleichfalls bewilligt und beantragt.

**4** Mit Schriftsatz vom 18.2.2019 stellte der Urkundsnotar bei dem Grundbuchamt Waiblingen die in der Urkunde enthaltenen Eintragungsanträge.

**5** Mit Zwischenverfügung vom 8.8.2009 vertrat das Grundbuchamt die Auffassung, der Abtretungsvermerk sei nicht eintragungsfähig, die aufschiebend bedingte Abtretung habe zur Folge, dass die Forderung und damit auch die Vormerkung (§ 401 BGB) erst mit Bedingungseintritt übergehe und das Grundbuch erst dann wegen Unrichtigkeit zu berichtigen sei. Eine künftige Grundbuchunrichtigkeit könne nicht vermerkt werden; würde der Zessionar vor Bedingungseintritt als Berechtigter der Vormerkung eingetragen werden, würde gerade dadurch das Grundbuch unrichtig werden. Zur Prüfung, ob der Antrag auf Eintragung eines Abtretungsvermerks zurückgenommen werde, um den Vollzug der weiteren in der Urkunde gestellten Anträge zu ermöglichen, setzte das Grundbuchamt Frist bis zum 13.9.2019 unter Androhung der Antragszurückweisung.

**6** Gegen diese Entscheidung hat der Urkundsnotar namens der Beteiligten mit Schriftsatz vom 6.8.2019 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 29.8.2019 nicht abgeholfen hat.

**7** II. Das Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPfG, § 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO.

**8** Es hat auch in der Sache Erfolg.

**9** Obgleich das Grundbuchamt mit dem angegriffenen Beschluss eine Frist zur Rücknahme des Antrags auf Eintragung eines Abtretungsvermerks binnen gesetzter Frist aufgegeben hat, war die Entscheidung durch Zwischenverfügung (§ 18 GBO) zulässig. Zwar lag aus Sicht des Grundbuchrechtspflegers für den Antrag auf Eintragung des Abtretungsvermerks kein behebbares Eintragungshindernis vor. Eine Zwischenverfügung kann aber auch dann erlassen werden, wenn einer von mehreren im Sinne von § 16 Abs. 2 GBO verbundenen Anträgen zurückzuweisen wäre und dem Antragsteller aufgegeben wird, den beanstandeten Antrag oder den Vorbehalt zurückzunehmen (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 16 Rdnr. 12). Zwar wurde vorliegend ein Vorbehalt im Sinne des § 16 Abs. 2 GBO antragstellerseits nicht ausdrücklich erklärt. Jedoch ist auch eine stillschweigende Bestimmung möglich. Von einer solchen ist regelmäßig auszugehen, wenn – wie hier – zwischen den Anträgen ein innerer Zusammenhang rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur besteht, der die Einheitlichkeit der Erledigung als gewollt vermuten lässt (*Demharter*, GBO, § 16 Rdnr. 11; *Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl., § 16 Rdnr. 15).

**10** Der Auffassung des Grundbuchamtes, der Abtretungsvermerk sei nicht eintragungsfähig, vermag der Senat indes nicht zu folgen.

**11** Der aufschiebend bedingte Rückübertragungsanspruch der Beteiligten zu 1 gegen den Beteiligten zu 3, der unter bestimmten Voraussetzungen an den Beteiligten zu 2 abgetreten wurde, kann durch eine Vormerkung gesichert werden.

**12** In Fällen, in denen ein im Grundbuch zu verlautbarendes Recht mehreren Berechtigten im zeitlichen Nacheinander zustehen soll, wird zwischen Sukzessivberechtigung und Alter-

nativberechtigung differenziert. Eine Sukzessivberechtigung liegt vor, wenn von vornherein für den Eintritt bestimmter Ereignisse ein Wechsel auf der Gläubigerseite vereinbart ist, jedoch die Identität des einen und einzigen Rechtsverhältnisses nicht beeinträchtigt wird. Unter einer Alternativberechtigung wird der Fall verstanden, dass ein Recht verschiedenen Personen jeweils allein zusteht mit der Maßgabe, dass das Recht nur entweder für den einen oder für den anderen bestehen kann (*Meikel/Böhringer*, GBO, 11. Aufl., § 47 Rdnr. 301 f.). Im Fall der Alternativberechtigung liegen also zwei selbstständige Rechte vor, sodass auch im Grundbuch je selbstständige Rechte einzutragen bzw. vorzumerken sind (OLG Köln, MittRhNotK 1997, 84; BayObLGZ 1984, 252; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 261a). Für den vorliegenden Fall der Vorausabtretung des Rückkaufanspruchs an einen Dritten, bedingt durch den Tod des zunächst Berechtigten und unabhängig von einer Geltendmachung des Anspruchs durch diesen liegt eine Sukzessivberechtigung vor. Hier entsteht nur ein Recht, das bei Eintritt der Bedingung bestehen bleibt und lediglich von dem Zessionar statt von dem Zedenten ausgeübt wird. Zur Sicherung dieses einheitlichen, wechselnden Gläubigern zustehenden Anspruchs ist demzufolge auch nur eine Vormerkung einzutragen (OLG München, Beschluss vom 28.6.2017, 34 Wx 42/16, FGPrax 2017, 248; OLG Thüringen, Beschluss vom 31.3.2014, 3 W 82/14; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 11; Anh. zu § 44 Rdnr. 108). Zur Verlautbarung der sukzessiven Berechtigung im Grundbuch ist die Eintragung eines Vermerks über die aufschiebend bedingte Abtretung des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs zumindest zulässig, wenn nicht gar geboten (geboten: OLG München, a. a. O.; *Demharter*, GBO, § 44 Rdnr. 11; *Reymann*, MittBayNot 2018, 146; jedenfalls zulässig: OLG Thüringen, a. a. O.; OLG Hamm, Beschluss vom 1.7.2016, 15 W 112/16; BayObLG, Rpfleger 1986, 217). Der von dem Grundbuchamt vertretenen Gegenauffassung (*Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 1516), wonach die aufschiebend bedingte Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruchs zur Folge habe, dass erst mit Bedingungseintritt die Forderung und damit die Vormerkung übergehe (§ 401 BGB), weshalb erst zu diesem Zeitpunkt eine zu berichtigende Grundbuchunrichtigkeit eintrete, vermag nicht zu überzeugen. Zu Recht weist das OLG München im Beschluss vom 28.6.2017 (a. a. O.) darauf hin, dass nur die Tatsache der bedingten Abtretung und nicht ein bereits erfolgter Übergang des Anspruchs infolge der Abtretung eingetragen werden soll.

**13** Demnach war der Beschwerde der Beteiligten stattzugeben.

**14** Im Hinblick auf den Erfolg der Beschwerde ist weder eine Entscheidung bezüglich der Gerichtskosten und der Wertfestsetzung noch zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde veranlasst.

## BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

### 8. Nichtigkeit eines Ehevertrages – Sittenwidrigkeit aufgrund Zusammenwirkens aller im Vertrag enthaltenen Regelungen

OLG Hamm, Beschluss vom 23.1.2020, UF 86/17

BGB § 121 Abs. 2, § 125 Satz 1, § 138 Abs. 1, § 142 Abs. 1, §§ 155, 242, 1570, 1571 Nr. 3, §§ 1572, 1615 FamFG § 74 Abs. 6 Satz 4  
EGBGB Art. 229 § 6 Abs. 1, 4 und 5

#### LEITSÄTZE:

1. Auch wenn die ehevertraglichen Einzelregelungen zu einem weitgehenden Ausschluss des nachehelichen Unterhalts (bis auf den Betreuungsunterhalt) sowie zu einem Ausschluss des Versorgungsausgleichs und des Zugewinnausgleichs für sich genommen den Vorwurf der Sittenwidrigkeit noch nicht zu rechtfertigen vermögen, kann das objektive Zusammenwirken aller in dem Vertrag enthaltenen Regelungen erkennbar auf die einseitige Benachteiligung eines der Ehegatten abzielen und damit zur objektiven Sittenwidrigkeit führen (im Anschluss an den in gleicher Sache ergangenen Beschluss des BGH vom 20.3.2019, XII ZB 310/18, FamRZ 2019, 953).
2. Eine subjektive Vertragsimparität des benachteiligten Ehegatten kann sich vor dem Hintergrund seiner wirtschaftlichen Abhängigkeit sowie seiner sprachlichen Unterlegenheit im Beurkundungsverfahren ergeben. Dies gilt insbesondere dann, wenn der benachteiligte Ehegatte im Falle eines Verzichts auf die Eheschließung zusammen mit dem von ihm betreuten gemeinsamen Kind, welches sich noch im Säuglings- oder Kleinkindalter befindet, aus wirtschaftlichen Gründen in sein Heimatland zurückkehren müsste und dort einer ungesicherten wirtschaftlichen Zukunft entgegensehen würde (im Anschluss an den in gleicher Sache ergangenen Beschluss des BGH vom 20.3.2019, XII ZB 310/18, FamRZ 2019, 953).
3. Ergibt sich die Sittenwidrigkeit einzelner Abreden in einem Ehevertrag aus der Gesamtwürdigung des Vertrages, so erfasst die Nichtigkeitsfolge den gesamten Vertrag. (Leitsatz der Schriftleitung).

### 9. Ausschluss des Versorgungsausgleichs zum Nachteil des Trägers der Sozialhilfe

OLG Brandenburg, Beschluss vom 6.6.2019, 10 UF 18/18

BGB § 138 Abs. 1, § 242

VersAusglG § 6 Abs. 2, § 7 Abs. 1, § 8 Abs. 2

#### LEITSATZ:

**Die Sittenwidrigkeit eines Ausschlusses des Versorgungsausgleichs kann sich daraus ergeben, dass eine Vereinbarung bewusst zum Nachteil des Trägers der Sozialhilfe bzw. Grundsicherung getroffen wird, weil der verzichtende Ehegatte auf entsprechende Leistungen angewiesen ist. Dies gilt aber nur, wenn die Bedürftigkeit auf ehebedingten Nachteilen beruht. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Auf den am 11.11.2015 zugestellten Antrag hat das AG durch den angefochtenen Beschluss die am 16.11.1985 geschlossene Ehe der beteiligten Eheleute geschieden und den Versorgungsausgleich durchgeführt.

2 Die Beteiligten haben durch Urkunde des Notars B(...) in E vom 13.10.2015 zur Urkundenrolle Nr. (...)/2015 den Versorgungsausgleich ausgeschlossen und dies durch Urkunde vom 17.8.2016 zur Urkundenrolle Nr. (...)/2016 bekräftigt.

3 Gegen die Entscheidung zum Versorgungsausgleich wendet sich der Antragsgegner mit der Beschwerde, mit der er eine auf Ausschluss des Versorgungsausgleichs gerichtete Entscheidung erstrebt. Zur Begründung beruft er sich auf die notariellen Vereinbarungen.

(...)

11 bb) Die Vereinbarung vom 13.10.2015 hält einer Inhalts- und Ausübungskontrolle im Sinne von § 8 Abs. 1 VersAusglG stand.

12 Im Rahmen der Wirksamkeitskontrolle ist zu prüfen, ob die Vereinbarung schon im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derart einseitigen Lastenverteilung für den Scheidungsfall führt, dass ihr – und zwar losgelöst von der zukünftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen ist, dass an ihre Stelle die gesetzlichen Regelungen treten, § 138 Abs. 1 BGB. Erforderlich ist dabei eine Gesamtwürdigung, die auf die individuellen Verhältnisse bei Abschluss der Vereinbarung abstellt (BGH, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 6/07, FamRZ 2008, 2011 Rdnr. 10). Auch wenn der Versorgungsausgleich zum Kernbereich der Scheidungsfolgen zählt, wird sein Ausschluss – für sich genommen – unter dem Gesichtspunkt des § 138 Abs. 1 BGB zumeist schon deshalb keinen Bedenken begegnen, weil im Zeitpunkt des Vertragsschlusses regelmäßig noch nicht absehbar ist, ob, wann und unter welchen wirtschaftlichen Gegebenheiten der Versorgungsfall eintritt (BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, FamRZ 2013, 195 Rdnr. 20 f.). Insoweit reicht auch eine etwaige Unausgewogenheit des Vertragsinhalts für die

Annahme der Sittenwidrigkeit nicht aus (BGH, Urteil vom 31.10.2012, a. a. O. Rdnr. 24). Sittenwidrig ist die Vereinbarung erst dann, wenn sie erkennbar einseitig auf die Benachteiligung eines Ehegatten abzielt (BGH, Urteil vom 31.10.2012, a. a. O. Rdnr. 22). Bei der Annahme, dass eine offenkundig einseitige Lastenverteilung vorliegt, ist Zurückhaltung geboten, weil die privatautonome Gestaltung der Ehegatten grundsätzlich zu respektieren ist (Kemper, Versorgungsausgleich in der Praxis, 2011, Kap. VII Rdnr. 127). Dafür, dass die beteiligten Ehegatten die Tragweite ihrer Entscheidung erkannt haben, spricht im Übrigen die Bekräftigung der notariellen Vereinbarung vom 13.10.2015 durch die Urkunde vom 17.8.2016 nach Belehrung durch den Notar.

**13** Soweit ein Vertrag der Wirksamkeitskontrolle standhält, hat sodann grundsätzlich eine Ausübungskontrolle nach § 242 BGB zu erfolgen. Dafür sind nicht nur die Verhältnisse im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung bzw. des Vertrages maßgebend. Entscheidend ist vielmehr, ob sich nunmehr – im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft – aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die hinzunehmen für den belasteten Ehegatten unzumutbar ist (BGH, Urteil vom 9.7.2008, a. a. O. Rdnr. 11).

**14** Vorliegend fallen Wirksamkeits- und Ausübungskontrolle zusammen, da die Vereinbarung im Zuge der Trennung der beteiligten Ehegatten geschlossen worden ist. Die Vereinbarung hält der danach allein erforderlichen Wirksamkeitskontrolle stand.

**15** Allerdings ergibt sich aus den von den Versorgungsträgern in ihren Auskünften mitgeteilten korrespondierenden Kapitalwerten, dass der Antragsgegner in der Ehezeit insgesamt die deutlich höheren Anrechte erworben hat, wie sich der Übersicht in dem angefochtenen Beschluss entnehmen lässt (...). Somit führt der Ausschluss des Versorgungsausgleichs zu einem Nachteil eher aufseiten des Antragsgegners. Dies allein rechtfertigt aber nach den vorstehenden Ausführungen einen Eingriff in die Privatautonomie nicht.

**16** Der Ausschluss des Versorgungsausgleichs ist auch nicht deshalb sittenwidrig, weil er in Kenntnis des Umstands vereinbart worden ist, der andere Teil werde nicht in der Lage sein, eine eigene Altersversorgung aufzubauen, und demgemäß die Gefahr besteht, dass er später zum Sozialfall wird. Eine Sittenwidrigkeit nach § 138 BGB kann sich daraus ergeben, dass eine Vereinbarung bewusst zum Nachteil des Trägers der Sozialhilfe bzw. Grundsicherung getroffen wird, weil der verzichtende Ehegatte auf entsprechende Leistungen angewiesen ist (vgl. BGH, Urteil vom 5.11.2008, XII ZR 157/06, FamRZ 2009, 198 Rdnr. 37; OLG Hamm, Beschluss vom 11.4.2013, 4 UF 232/12, FamRZ 2013, 1311, 1313). Dies gilt aber nur, wenn die Bedürftigkeit auf ehebedingten Nachteilen beruht (BGH, Urteil vom 25.10.2006, XII ZR 144/04, FamRZ 2007, 197, 199; OLG Brandenburg, Beschluss vom 3.7.2014, 13 UF 245/13, juris Rdnr. 23; OLG Nürnberg, FamRZ 2016, 980; Erman/Norpoth/Sasse, BGB, 15. Aufl., § 8 VersAusglG Rdnr. 15; jurisPK-BGB/Breuer, 8. Aufl., § 8 VersAusglG Rdnr. 41). Für eine Sittenwidrigkeit spricht, wenn der Ausgleich eines Nachteils ausgeschlossen oder eklatant gemindert wird, der aus der Aufgabe der Erwerbstätigkeit zum

Zweck der Haushaltsführung oder aus der zeitweise oder dauerhaften Erwerbsunterbrechung infolge von Schwangerschaft und Kinderbetreuung entstanden ist. Hingegen spricht es für die Wirksamkeit eines Ausgleichsverzichts, wenn die Vertragspartner die Vereinbarung als wirtschaftlich Eigenständige, voneinander Unabhängige verhandelt und abgeschlossen haben (OLG Brandenburg, a. a. O.). Mangels Vorhersehbarkeit der künftigen Erwerbslage reicht die allgemeine Gefahr einer späteren Sozialhilfebedürftigkeit für die Annahme der Sittenwidrigkeit des Ausschlusses des Versorgungsausgleichs nicht aus, sodass die erforderliche Prognose bei rentenfernen Ehegatten kaum zu treffen ist (jurisPK-BGB/Breuer, a. a. O., § 8 VersAusglG Rdnr. 40; MünchKomm-BGB/Eichenhofer, 7. Aufl., § 8 VersAusglG Rdnr. 16).

**17** Die Voraussetzungen für die Annahme von Sittenwidrigkeit sind hier nicht gegeben. Dass die Antragstellerin im Alter auf Leistungen der Grundsicherung angewiesen sein wird, kann schon allein deswegen nicht angenommen werden, weil sie erst im Jahr 2034 und damit 19 Jahre nach Ende der Ehezeit das Renteneintrittsalter erreicht. Hinzu kommt, dass die Antragstellerin selbstständige Gastronomin ist und zur Altersvorsorge am 1.8.1991 eine Kapitallebensversicherung bei der A(...) L AG mit der Versicherungsnummer 2(...) abgeschlossen hat. Nach dem vorliegenden Versicherungsschein hat sie im Falle der Berufsunfähigkeit einen Anspruch auf eine monatliche Rente von 714,68 € und mit Ablauf der Versicherung Anspruch auf Auszahlung der Versicherungssumme i. H. v. 139.779 DM (= 16.773,50 DM: 1,95583: 12 Monate = 71.467,87 €). Dass die Versicherung bei Ehezeitende noch bestanden hat, ergibt sich aus der Auskunft der A(...) L AG vom 8.11.2016, mit der die Frage nach dem Versorgungsausgleich unterliegenden Anrechten aus einer privaten Altersversorgung mit dem Hinweis verneint wurde, dass es sich um eine Kapitallebensversicherung handele. Vor dem Hintergrund, dass die Antragstellerin ihre selbstständige Tätigkeit bereits im Jahr 1991 aufgenommen hat, sind auch keine ehebedingten Nachteile erkennbar.

(...)

## 10. Inhalts- und Ausübungskontrolle eines Verzichts auf Versorgungsausgleich; unwahre Behauptung ausreichender Deutschkenntnisse gegenüber dem Notar

OLG Köln, Beschluss vom 2.4.2019, 10 UF 26/19

BGB § 138 Abs. 1, §§ 242, 1587 Abs. 2 Satz 3  
VersAusglG § 6 Abs. 2, 8, § 8 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Eine im Zeitpunkt ihrer Beurkundung noch genehmigungsbedürftige Vereinbarung zum Versorgungsausgleich ist nach der gesetzlichen Novellierung des Versorgungsausgleichs nun genehmigungsfrei wirksam.

2. **Wer bei einer notariellen Beurkundung auf Nachfrage des Notars die (nach seinem Vortrag unrichtige) Behauptung ausreichender Deutschkenntnisse aufgestellt hat, kann aus einer solcherart eigenen falschen Angabe in einem nachfolgenden Rechtsstreit keine Rechte gegen die Wirksamkeit des Notarvertrags herleiten.**
3. **Für die Wirksamkeit eines Ausgleichsverzichts spricht es, wenn die Vertragspartner die Vereinbarung als wirtschaftlich Eigenständige und voneinander Unabhängige verhandelt und abgeschlossen haben; ein solcher Verzicht hält auch der Ausübungskontrolle stand, wenn sich nachfolgend nicht ehebedingte, sondern gänzlich eheunabhängige Risiken des Arbeitslebens (hier: unerwartete Schwierigkeiten im beruflichen Fortkommen eines der Ehegatten) verwirklicht haben.**

## BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

### 11. Anwachsung eines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs

BGH, Urteil vom 3.6.2020, IV ZR 16/19 (Vorinstanz: OLG Hamburg, Urteil vom 15.1.2019, 2 U 3/18)

BGB §§ 516, 518 Abs. 2, § 2301 Abs. 2, §§ 2314, 2325

#### LEITSATZ:

**Die bei einer zweigliedrigen, vermögensverwaltenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts für den Fall des Todes eines Gesellschafters vereinbarte Anwachsung seines Gesellschaftsanteils beim überlebenden Gesellschafter unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs kann eine Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB sein.**

#### SACHVERHALT:

1 Der Kläger verlangt von der Beklagten die Ermittlung des Wertes zweier Eigentumswohnungen. Er ist der Sohn aus erster Ehe des 1946 geborenen und am 2.1.2017 verstorbenen Erblassers, der seit 1991 in zweiter Ehe mit der 1953 geborenen Beklagten verheiratet war.

2 Mit notariellem Kaufvertrag vom 25.7.2008 erwarb eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts, bestehend aus dem Erblasser und der Beklagten, eine Eigentumswohnung in der L-Straße 55 in H. Der Erblasser und die Beklagte in Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurden nachfolgend als Eigentümer eingetragen. Zur Finanzierung nahmen sie ein durch Grundschuld gesichertes Darlehen über 125.000 € auf, für das sie zu gleichen Teilen hafteten; der restliche Kaufpreis wurde aus Eigenmitteln finanziert. Zins und Tilgung des Darlehens wurden aus den Mieteinnahmen der Wohnung gezahlt. Die Wohnung ist zu einem unter der ortsüblichen Miete liegenden Mietzins an den gemeinsamen Sohn des Erblassers und der Beklagten vermietet.

3 Mit notariellem Kaufvertrag vom 27.12.2011 erwarb eine zugleich gegründete und aus dem Erblasser und der Beklagten bestehende

Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine noch zu errichtende Eigentumswohnung im H-Weg 30 in H. In diesem Vertrag hieß es unter anderem:

„Die Gesellschaft wird mit dem Tode eines Gesellschafters aufgelöst; der Anteil des verstorbenen Gesellschafters wächst dem Überlebenden an. Die Erben erhalten – soweit gesetzlich zulässig – keine Abfindung; [...]. Dieser wechselseitige Abfindungsausschluss beruht auf dem beiderseits etwa gleich hohen Risiko des Vorversterbens und ist im Interesse des jeweils überlebenden Gesellschafters vereinbart.“

4 Der zu zahlende Gesamtkaufpreis für die Wohnung nebst Stellplätzen von 3.224.739,51 € wurde i. H. v. 3.200.000 € aus dem Verkaufserlös für ein Grundstück, dessen Eigentümer der Erblasser und die Beklagte in Gesellschaft bürgerlichen Rechts gewesen waren, erbracht. Nach Fertigstellung der Wohnung zogen der Erblasser und die Beklagte dort ein. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts wurde als Eigentümerin eingetragen.

5 Am 11.9.2014 schlossen der Erblasser und die Beklagte eine „Gesellschaftsrechtliche Vereinbarung“ für mehrere aus den beiden bestehende Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die jeweils Eigentümer von Wohnungen, unter anderem derjenigen im H-Weg 30 und in der L-Straße 55, waren. Für die darin genannten Gesellschaften wurde dort eine mit der vorstehend zitierten Passage aus dem Kaufvertrag vom 27.12.2011 wortgleiche Regelung getroffen.

6 Mit notariellem Testament vom 24.2.2016 setzte der Erblasser die Beklagte als Alleinerbin und den gemeinsamen Sohn als Ersatzerben ein.

7 Der Kläger forderte von der Beklagten die Ermittlung des Wertes der beiden Wohnungen durch Sachverständigengutachten jeweils bezogen auf den Todestag des Erblassers und auf das Datum der Eintragung der Gesellschaften als Eigentümer. Das LG hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das OLG unter Zurückweisung des weitergehenden Rechtsmittels die Beklagte verurteilt, den Wert der beiden Wohnungen am Todestag des Erblassers durch Vorlage von Gutachten öffentlich bestellter und vereidigter Sachverständiger zu ermitteln. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf vollständige Klageabweisung weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

8 Die Revision hat keinen Erfolg.

9 I. Das Berufungsgericht hat – soweit für die Revision noch von Bedeutung – ausgeführt, dem Kläger stehe ein Wertermittlungsanspruch nach § 2314 BGB hinsichtlich der beiden Wohnungen bezogen auf den Todestag des Erblassers zu, weil er einen Pflichtteilergänzungsanspruch in Bezug auf die zwischen der Beklagten und dem Erblasser für den Todesfall vereinbarte Übertragung von Anteilen der Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die Eigentümer der Wohnungen waren, habe. In der auf den Todesfall bezogenen Verfügung des Erblassers über seinen Anteilswert an den Gesellschaften liege eine Zuwendung zugunsten der Beklagten. Es liege auch eine Einigung über die Unentgeltlichkeit dieser Zuwendung vor.

10 Die höchstrichterliche Rechtsprechung und der noch überwiegende Teil der Literatur gehe davon aus, dass eine gesellschaftsrechtliche Regelung, nach der eine Gesellschaft beim Tod eines Gesellschafters unter den verbleibenden Mitgesellschaftern fortgesetzt werde und gleichzeitig Abfindungsansprüche ausgeschlossen würden, grundsätzlich keine ergänzungsbedürftige Schenkung im Sinne des § 2325 BGB darstelle, wobei jeweils eine Einzelfallprüfung zu erfolgen habe. Die von der Rechtsprechung entwickelten Grundsätze

ließen sich aber nicht ohne Weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen. Bei den zwischen der Beklagten und dem Erblasser getroffenen Vereinbarungen habe nicht die Fortführung eines Unternehmens oder zumindest einer Gesellschaft im Vordergrund gestanden, da letztere mit dem Tod eines Gesellschafters habe aufgelöst werden sollen. Eine konkrete Arbeitsleistung der Beklagten für die Verwaltung der beiden Eigentumswohnungen sei nicht vorgetragen. Ein Haftungsrisiko sei nicht ersichtlich oder als äußerst gering zu betrachten.

**11** Darüber hinaus sei auch unter dem Gesichtspunkt des aleatorischen Geschäfts von einer Vereinbarung der Eheleute über die Unentgeltlichkeit der Zuwendung auszugehen. Soweit das LG in diesem Zusammenhang feststelle, jeder Gesellschafter sei das gleiche Risiko eingegangen, dass seine Erben im Falle seines Vorversterbens am Wert des Anteils nicht berücksichtigt würden, sei dem nicht zuzustimmen. Dies habe ohnehin der Zielrichtung des Erblassers, der die Beklagte als Alleinerbin eingesetzt habe und damit die Übertragung seines Anteils auf die Beklagte allein unter Ausschluss des Klägers habe erreichen wollen, entsprochen.

**12** II. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht angenommen, dass dem Kläger als Pflichtteilsberechtigtem gegen die beklagte Erbin gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Anspruch auf Wertermittlung hinsichtlich der Gesellschaftsanteile des Erblassers zusteht, der sich jedenfalls auch auf den Wert der beiden Wohnungen als jeweils einzigem Vermögensgegenstand der Gesellschaften richtet.

**13** 1. Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB setzen voraus, dass der Erblasser eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB gemacht hat, d. h. eine Zuwendung, die den Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichert und bei der beide Teile darüber einig sind, dass sie unentgeltlich erfolgt (vgl. Senatsurteile vom 14.3.2018, IV ZR 170/16, NJW 2018, 1475 Rdnr. 14; vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178 unter II. 1., juris Rdnr. 13). Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes (auf den kein Rechtsanspruch besteht) ist unentgeltlich, wenn er nicht rechtlich abhängig ist von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (vgl. Senatsurteile vom 14.3.2018, a. a. O. Rdnr. 22; vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II. 2. a), juris Rdnr. 15).

**14** 2. Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass die vereinbarte Anwachsung der Gesellschaftsanteile des Erblassers unter Ausschluss eines Abfindungsanspruchs im Fall seines Vorversterbens eine Schenkung des Erblassers an die Beklagte im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB war. Die Beklagte wurde durch die abfindungsfreie Anwachsung der Gesellschaftsanteile aus dem Vermögen des Erblassers bereichert. Das Berufungsgericht nimmt in aus Rechtsgründen nicht zu beanstandender Weise an, dass dieser Erwerb nach dem Willen der Beteiligten nicht durch eine Gegenleistung der Beklagten ausgeglichen werden sollte.

**15** a) Dies steht im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung des BGH.

**16** aa) Als Mittel der gewillkürten Weitergabe von Vermögensgegenständen im Todesfall stehen dem Erblasser im deutschen Recht neben den Verfügungen von Todes wegen auch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten außerhalb des Erbrechts offen. Insbesondere im Recht der Personengesellschaften besteht die Möglichkeit der Zuwendung von Rechtspositionen auf den Todesfall kraft gesellschaftsvertraglicher Regelungen (Senatsbeschluss vom 3.12.2014, IV ZB 9/14, NJW 2015, 623 Rdnr. 37 m. w. N.).

**17** Der allseitige Abfindungsausschluss für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters wurde dabei für sich allein nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich nicht als Schenkung gewertet (vgl. Senatsurteil vom 26.3.1981, IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 unter 2. b), juris Rdnr. 15; BGH, Urteil vom 20.12.1965, II ZR 145/64, WM 1966, 367 unter I. 2.; obiter dictum zu § 2301 BGB: BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 unter II. 6. und 7., juris Rdnr. 20 f.; offengelassen in BGH, Urteil vom 14.7.1971, III ZR 91/70, WM 1971, 1338 unter B. 2., juris Rdnr. 38). Zum einen geht die – bisher zu Personenhandelsgesellschaften ergangene – Rechtsprechung davon aus, dass gesellschaftsvertragliche Nachfolgevereinbarungen, auch wenn sie Abfindungsansprüche der Erben völlig ausschließen, im Allgemeinen nicht den Sinn haben, dem jeweils in Aussicht genommenen Nachfolger in den Gesellschaftsanteil letztwillig etwas zuzuwenden, sondern sie sollen in erster Linie gewährleisten, dass das Gesellschaftsunternehmen beim Tod eines Gesellschafters erhalten bleibt und seine Fortführung durch die oder den verbliebenen Gesellschafter nicht durch Abfindungsansprüche erschwert wird (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1965, a. a. O. unter I. 1.). Aufgrund der Zwecke einer gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung passe schon das Begriffspaar entgeltlich-unentgeltlich nicht, sondern vielmehr liege eine gesellschaftsrechtliche Regelung der Mitgliedschaft zur Erhaltung eines gesellschaftlich gebundenen Zweckvermögens vor (vgl. – die Frage einer Schenkung offen lassend – BGH, Urteil vom 14.7.1971, a. a. O.).

**18** Zum anderen soll es sich in der Regel beim allseitigen Abfindungsausschluss nicht um eine Zuwendung an die Mitgesellschafter, sondern um ein aleatorisches (zufallsabhängiges) Geschäft handeln (vgl. obiter dictum zu § 2301 BGB: BGH, Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, BGHZ 22, 186 unter II. 6., juris Rdnr. 20 mit Zitat von *Buchwald*, JR 1955, 173, 174; *ders.*, AcP 154 (1955), 22, 24 [Fn. 4]). Denn jeder Gesellschafter wende dem anderen das gleiche zu, und jeder nehme das gleiche Risiko auf sich, dass der Vorteil der Nachfolge in den Anteil dem anderen zufällt (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1965, II ZR 145/64, WM 1966, 367 unter I. 2.).

**19** bb) Diese Rechtsprechung lässt aber für andere Fallgestaltungen hinreichend Raum, um auch bei Berücksichtigung des Fortführungsinteresses aus der Sicht eines Unternehmens die schutzwürdigen Belange der Nachlassbeteiligten wie zum Beispiel der Pflichtteilsberechtigten zur Geltung zu bringen. Dabei hat das Gericht den Umständen des jeweils vorliegenden Geschäftes im Einzelnen sorgfältig nachzugehen (vgl. Senatsurteil vom 26.3.1981, IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 unter

2.a), juris Rdnr. 12). Es ist zu prüfen, ob besondere Umstände, die die Annahme einer in dem Abfindungsausschluss liegenden Schenkung rechtfertigen könnten, vorliegen (vgl. Senatsurteil, a. a. O. unter 2. b), juris Rdnr. 13).

**20 b)** Auf dieser Grundlage ist es aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht hier eine nach dem Willen der Beteiligten unentgeltliche Zuwendung des Erblassers festgestellt hat.

**21 aa)** Zutreffend – und von der Revision daher zu Recht nicht in Frage gestellt – geht das Berufungsgericht davon aus, dass der Vereinbarung einer Nachfolgeklausel mit Abfindungsausschluss hier keine gesellschaftsrechtliche Zwecksetzung zur Sicherung des Fortbestands des Gesellschaftsunternehmens zugrunde lag. Dabei kommt es zwar entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht entscheidend darauf an, dass die hier betroffenen Gesellschaften nur aus zwei Gesellschaftern bestanden und daher durch den Tod des Erblassers aufgrund der Anwachsungsregelung aufgelöst wurden; das Ziel, das Gesellschaftsunternehmen für den Todesfall eines Gesellschafters zu sichern, kann auch bei Zweipersonengesellschaften bestehen (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1965, II ZR 145/64, WM 1966, 367 unter I. 2. in Verbindung mit dem Tatbestand). Das Berufungsgericht erkennt aber rechtsfehlerfrei, dass die Fortführung eines Unternehmens bei dieser Vereinbarung nicht im Vordergrund stand. Die Gesellschaften dienten vielmehr allein der Wahrnehmung der Eigentümerposition für jeweils eine Wohnung, die selbstgenutzt bzw. zu nicht marktgerechtem Mietzins an einen Angehörigen vermietet war.

**22 bb)** Das Berufungsgericht nimmt im Ergebnis auch rechtsfehlerfrei an, dass die Beklagte nach der getroffenen Vereinbarung keine Gegenleistung für die Zuwendung in Form von Arbeitsleistungen oder der Übernahme eines Haftungsrisikos erbringen sollte. Dabei kommt es nicht darauf an, ob – wie das Berufungsgericht annimmt – als Gegenleistung für eine vereinbarte Anwachsung von Gesellschaftsanteilen die Übernahme eines Haftungsrisikos überhaupt in Betracht kommt. Die Haftung für Verbindlichkeiten der Gesellschaft, die als Gegenleistung für die Aufnahme in eine Personengesellschaft übernommen werden kann (vgl. dazu BGH, Urteil vom 2.7.1990, II ZR 243/89, BGHZ 112, 40 unter I. 1. a) bb), juris Rdnr. 15; OLG Schleswig, NZG 2012, 1423, 1425 f., juris Rdnr. 56 ff.), trifft einen Mitgesellschafter bereits vor einer Anwachsung weiterer Gesellschaftsanteile beim Tod eines anderen Gesellschafters. Jedenfalls geht das Berufungsgericht aber rechtsfehlerfrei davon aus, dass die Übernahme der Gesellschaftsanteile des Erblassers hier für die Beklagte kein relevantes Risiko einer Haftung für mit dem Erwerb der Wohnungen verbundene Verbindlichkeiten mit sich brachte. Nach den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Berufungsgerichts war die Wohnung H-Weg 30 aus Eigenmitteln finanziert; für das zur Finanzierung der Wohnung L-Straße 55 aufgenommene Darlehen haftete die Beklagte ohnehin mit. Weiter hat die Beklagte für die Verwaltung der beiden Wohnungen nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts keine konkrete Arbeitsleistung übernommen.

**23 cc)** Das Berufungsgericht geht außerdem rechtsfehlerfrei davon aus, dass nach dem Willen der Beteiligten die Zuwendung des Erblassers auch nicht durch die entsprechende Er-

klärung der Beklagten ausgeglichen wurde, ihre Gesellschaftsanteile sollten im Fall ihres Vorversterbens abfindungsfrei dem Erblasser anwachsen. Entgegen der Begründung im Kaufvertrag H-Weg 30 und in der „Gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung“, der wechselseitige Abfindungsausschluss beruhe auf dem beidseits etwa gleich hohen Risiko des Vorversterbens und sei im Interesse des jeweils überlebenden Gesellschafters vereinbart, haben die Beteiligten nach den rechtsfehlerfreien Feststellungen des Berufungsgerichts diese Vereinbarung nicht getroffen, um unter Übernahme des Risikos eines abfindungsfreien Verlusts der eigenen Gesellschaftsanteile eine Chance auf den Erwerb der Anteile ihres Mitgesellschafter zu erwerben.

**24** Das in den zitierten Entscheidungen des BGH für den Fall eines allseitigen Abfindungsausschlusses angenommene aleatorische (zufallsabhängige) Geschäft zeichnet sich dadurch aus, dass die Gesellschafter das Risiko, im Fall ihres Vorversterbens den Gesellschaftsanteil ohne Abfindungsanspruch ihrer Erben zu verlieren, eingehen, um als Gegenleistung die Chance auf den abfindungsfreien Erwerb der Anteile ihrer Mitgesellschafter zu erlangen (vgl. *Hölscher*, ErbR 2016, 422, 428; *Beckervordersandfort*, ZErB 2016, 189, 192; *Lange*, ZErB 2014, 121, 125; *Winkler*, BB 1997, 1697, 1703). Diese Voraussetzungen lagen hier aber nicht vor.

**25** Das Berufungsgericht geht rechtsfehlerfrei davon aus, dass der Erblasser mit der Vereinbarung kein Verlustrisiko einging, sondern die abfindungsfreie Übertragung der Gesellschaftsanteile gerade seiner Zielsetzung entsprach. Obgleich es nicht Voraussetzung für die Annahme einer Schenkung ist, dass die Beteiligten den Gesellschaftsvertrag auch oder sogar allein zu dem Zweck geschlossen haben, die Pflichtteilsansprüche der Abkömmlinge des Erblassers zu vermindern, spräche dies in besonderem Maße für den Schenkungswillen der Beteiligten (vgl. Senatsurteil vom 26.3.1981, IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956 unter 3., juris Rdnr. 16). Den Willen des Erblassers, die Gesellschaftsanteile der Beklagten zuzuwenden, legte hier bereits deren Stellung als seine Ehefrau nahe; ein Übergang seiner Anteile auf eine familienfremde Person durch die gesellschaftsvertragliche Vereinbarung war damit ausgeschlossen. Das weitere Ziel, erbrechtliche Ansprüche des Klägers auszuschließen, wurde nach den Feststellungen des Berufungsgerichts durch die Einsetzung der Beklagten als Alleinerbin bestätigt. Dabei kam es entgegen der Ansicht der Revision nicht entscheidend darauf an, dass der Erblasser erst nach der „gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung“ zugunsten der Beklagten testierte und er an diese letztwillige Verfügung nicht gebunden war. Das Berufungsgericht hat darin nur rechtsfehlerfrei eine Bestätigung der bestehenden Willensrichtung des Erblassers gesehen, der Beklagten Vermögen unter Ausschluss des Klägers zuzuwenden; der Ausdruck dieses Willens setzt keine bindende letztwillige Verfügung voraus. Die Möglichkeit, dass die Beklagte vor dem Erblasser hätte sterben können, steht der Annahme des Berufungsgerichts entgegen der Ansicht der Revision nicht entgegen. In diesem Fall hätten die Gesellschaftsanteile der Beklagten nicht ohne Weiteres den späteren Pflichtteilsanspruch des Klägers nach dem Erblasser erhöht, sodass der Kläger letztlich durch die Vereinbarung sogar begünstigt worden wäre. Es wäre nur das Ziel des Erblassers, der Beklagten etwas zuzuwenden, weggefal-

len, doch hätte er neu testieren oder unter Lebenden über sein Vermögen verfügen können. Umgekehrt besteht kein Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser diese Vereinbarung traf, um auf ein Vorversterben der Beklagten zu spekulieren und eine Chance auf den Erwerb ihrer Gesellschaftsanteile zu erhalten.

**26** Entgegen der Ansicht der Revision ist auch ohne Bedeutung, ob eine Ausgestaltung des gemeinsamen Eigentums an den Wohnungen als Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Gegensatz zur Bruchteilsgemeinschaft rechtliche Vorteile hat. Für die Frage der Unentgeltlichkeit kommt es allein darauf an, ob die mit dem abfindungsfreien Übergang der Gesellschaftsanteile verbundene Entreichung des Erblassers gerade aus dem Vermögen der Beklagten als Zuwendungsempfängerin ausgeglichen werden sollte. Das war hier nicht der Fall.

**27 3.** Das Berufungsgericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Schenkungen – auch soweit der Abfindungsausschluss für die Gesellschaft zur Wohnung L-Straße 55 nur privatschriftlich vereinbart wurde – wirksam waren. Die Schenkung war bereits durch Abschluss der gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung im Sinne von § 2301 Abs. 2 BGB vollzogen und der Formmangel nach § 518 Abs. 2 BGB geheilt. Denn ein Geschäft unter Lebenden ist vollzogen, wenn der Erblasser zu Lebzeiten alles getan hat, was von seiner Seite zur Zuordnung des Gegenstandes an den Begünstigten erforderlich ist, und seinen Zuwendungswillen in entsprechendem Umfang in die Tat umgesetzt hat (BGH, Urteil vom 14.7.1971, III ZR 91/70, WM 1971, 1338 unter A. I. 2. c), juris Rdnr. 21 m. w. N.). Das gilt auch dann, wenn der Erwerb befristet oder – wie hier durch das Vorversterben des Zuwendenden – bedingt ist. Es genügt für den Vollzug einer Schenkung, dass für den Beschenkten ein Erwerbs- oder Anwartschaftsrecht begründet wird, das sich bei Eintritt der Bedingung zwangsläufig zu einem Vollrecht entwickelt (vgl. BGH, Urteil vom 29.11.2011, II ZR 306/09, NZG 2012, 222 Rdnr. 20 m. w. N.). Das ist bei der gesellschaftsvertraglichen Vereinbarung einer Nachfolgeklausel unter Abfindungsausschluss der Fall (vgl. BGH, Urteil vom 14.7.1971, a. a. O.).

#### ANMERKUNG:

Von Notar **Benedikt Goslich**, Dipl.-Kfm, LL.M. (Harvard), Günzburg

Der BGH setzt nach längerer Zeit einen wichtigen Orientierungsstein für die schenkungsrechtliche Behandlung von gesellschaftsrechtlichen Abfindungsklauseln. Vereinfacht geht es um eine immobilienverwaltende Ehegatten-GbR, bei der im Falle des Todes eines Gesellschafters die liquidationslose Vollbeendigung unter Anwachsung des Gesellschaftsvermögens beim verbleibenden Gesellschafter eintreten soll. Der Abfindungsanspruch des ausscheidenden Gesellschafters bzw. dessen Erben wurde ausgeschlossen. Im Gewande einer Entscheidung über das pflichtteilsrechtliche Auskunftsbegehren eines einseitigen Sohnes des erstverstorbenen Ehemannes stuft der BGH den Vermögenszuwachs beim verbleibenden Gesellschafter als potenziell pflichtteilsergänzungspflichtige Schenkung im Sinne von § 2325 BGB ein.

## 1. Widerstreitende Linien: Erhaltungsschutz von Unternehmen vs. Aushöhlungsschutz des Pflichtteils

Ein gesellschaftsrechtlicher Abfindungsausschluss bei abtodesbedingtem Ausscheiden eines Gesellschafters bewirkt eine Vermögensverschiebung an die verbleibenden Gesellschafter zulasten der Erben. Pflichtteilsrechtliche Streitigkeiten sind die logische Folge. Da sich der Vermögenserwerb außerhalb des Erbrechts vollzieht und sich der Anteilswert daher nicht in der Berechnung des ordentlichen Pflichtteils niederschlägt,<sup>1</sup> entzündeten sich die Streitfragen am Merkmal der pflichtteilsergänzungspflichtigen Schenkung i. S. v. §§ 516, 2325 BGB. Die widerstreitenden Linien liegen auf der Hand: Pflichtteilsansprüche können bei wirtschaftlich potenten Unternehmen zu erheblichen und existenzgefährdenden Liquiditätsabflüssen führen. Andererseits darf aber auch das Pflichtteilsrecht nicht einer Aushöhlung durch gezielte rechtstechnische Gestaltungen preisgegeben werden.

Die Rechtsprechung hat in den bislang vorliegenden Entscheidungen dem Erhaltungsinteresse des Unternehmens regelmäßig den Vorrang vor dem Aushöhlungsschutz des Pflichtteilsrechts eingeräumt und insoweit den schenkungsrechtlichen Gehalt allseitiger Abfindungsausschlüsse verneint.<sup>2</sup> Die Lehre ist dem BGH im Wesentlichen beigetreten.<sup>3</sup> Es wurde aus genannten Gründen aber auch Kritik an der Ausgrenzung von Abfindungsausschlüssen aus dem schenkungsrechtlichen Regelungskontext geübt.<sup>4</sup> Der BGH war sich der Missbrauchsanfälligkeit einer allzu pauschalen Anwendung seiner Judikatur stets bewusst und hat auch bislang schon zur sachgerechten Würdigung des konkreten Falls gemahnt.<sup>5</sup> Dogmatischer Ansatzpunkt hierfür ist die für den Schenkungsbegriff i. S. v. § 516 Abs. 1 BGB konstitutive Einigung über die Unentgeltlichkeit. Dieses subjektive Element lässt ausreichend Raum für eine am jeweiligen Motiv der Beteiligten orientierte Einzelfallbetrachtung. Eine für die Vertragsgestaltung missliche Einzelfallrechtsprechung ist gleichwohl nicht zu befürchten. Das vom BGH mit der vorliegenden Entscheidung aufgespannte Netz zur Missbrauchsvermeidung ist so engmaschig, dass sich der gesellschaftsvertragliche Abfindungsausschluss in aller Regel nicht (mehr) zur Pflichtteilsvermeidung eignen wird.

<sup>1</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 14.7.1971, III ZR 91/70, FamRZ 71, 645.

<sup>2</sup> BGH, Urteil vom 26.3.1981, IVa ZR 154/80, NJW 1981, 1956; vgl. auch Urteil vom 14.7.1971, a. a. O. (Fn. 1) (dort offengelassen); Urteil vom 20.12.1965, II ZR 145/64, DNotZ 66, 620, 622; Urteil vom 22.11.1956, II ZR 222/55, NJW 1957, 180; KG, Urteil vom 10.3.1977, 12 U 1601/76, OLGZ 1978, 463, 467.

<sup>3</sup> Vgl. nur MünchKomm-BGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 516 Rdnr. 98; Winkler, ZEV 2005, 89, 93 f.; umfassend Hölscher, ErbR 2016, 422, 426; ders., ZEV 2010, 609, 611, jew. m. w. N.

<sup>4</sup> MünchKomm-BGB/Schäfer, 8. Aufl. 2020, § 738 Rdnr. 62; MünchKomm-HGB/Schmidt, 4. Aufl. 2016, § 131 Rdnr. 162; Werner, ZEV 2013, 66, 67 f.; Worm, RNotZ 2003, 535, 542 f.

<sup>5</sup> Vgl. BGH, Urteil vom 26.3.1981, a. a. O. (Fn. 2).

## 2. Indizielle Voraussetzungen des entgeltlichen Ausschlusses von Abfindungsansprüchen

Den Stellungnahmen des BGH lassen sich zwei indizielle Voraussetzungen dafür entnehmen, dass ein allseitiger Ausschluss eines gesellschaftsrechtlichen Abfindungsguthabens nicht als (pflichtteilsergänzungspflichtige) Schenkung zu werten ist. Wenn dies auch nicht ausdrücklich angesprochen wird, wird man den Senat dahin verstehen müssen, dass beide Voraussetzungen zwar grundsätzlich kumulativ gegeben sein müssen, jeweils aber nur indizieller Natur sind. Das Gericht will ausreichend Raum für Einzelfallgerechtigkeit schaffen und daher jede Selbstbindung durch Aufstellung abschließender (kumulativer oder alternativer) Voraussetzungen vermeiden.

### a) Unternehmensbezogene Zwecksetzung

Als erste Voraussetzung nennt der Senat die unternehmensbezogene Zwecksetzung des Abfindungsausschlusses, bei welcher weniger die Bereicherung der Mitgesellschafter als vielmehr der Fortbestand und die wirtschaftliche Potenz des Unternehmens im Vordergrund steht. Wenn gleich einzuräumen ist, dass es *das Unternehmen* als rechtliche Entität nicht gibt, so ist das unternehmerisch zweckgebundene Vermögen doch taugliche subjektive Motivation, welche den personenbezogenen Zuwendungswillen verdrängt. Der BGH stellt sehr bewusst auf das Unternehmen als solches und nicht auf den Unternehmensträger ab. Letzterer würde bei zweigliedrigen Gesellschaften im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters gerade erlöschen, sodass dessen Fortbestand schwerlich leitendes Interesse für den Abfindungsausschluss sein kann.<sup>6</sup> Überdies verdient nicht der Unternehmensträger, sondern ausschließlich das durch diesen geführte Unternehmen den Schutz vor existenzgefährdenden Pflichtteilsansprüchen. Absehbar sind nun jedoch die Streitfragen um den schutzwürdigen Unternehmensbegriff.<sup>7</sup> Jedenfalls einer ausschließlich immobilienverwaltenden Gesellschaft hat der BGH mit der vorliegenden Entscheidung den Pflichtteilsschutz durch Abfindungsausschluss versagt.

### b) Beidseitiges Wagnisgeschäft (aleatorisches Rechtsgeschäft)

Als zweite Voraussetzung für die Ausgrenzung des Abfindungsausschlusses aus dem Schenkungsfolgenregime nennt der BGH die Gegenseitigkeit des Abfindungsausschlusses, bei der für alle Beteiligten die gleichen Chancen und Risiken bestehen, durch die Vereinbarung einst beoder entreichert zu werden. Bei einem solchen aleatorischen Rechtsgeschäft stelle das gegenseitig übernommene Wagnis eine die Unentgeltlichkeit ausschließende Gegenleistung dar.<sup>8</sup> Das so begründete subjektive Gegenleistungsverhält-

nis kann jedoch gleichsam durch subjektive Umstände widerlegt werden. Hier eröffnet der Senat nun Raum für die von ihm postulierte Einzelfallbetrachtung. Dabei dürfte in erster Linie die unterschiedliche Lebenserwartung der Beteiligten eine Rolle spielen, aufgrund derer die erforderliche Beidseitigkeit des Wagnisgeschäfts faktisch entfallen kann. Die Rechtsprechung nimmt dabei durchaus detailliert auch etwaige Krankheitsverläufe und die Zeitpunkte der entsprechenden Diagnosen in Blick.<sup>9</sup>

Erstaunliche Bedeutung misst der BGH nun zudem dem Umstand bei, dass der Erblasser-Gesellschafter zugleich seine Mitgesellschafterin und Ehefrau zur Alleinerbin bestimmt hat. Hier wird deutlich, dass eigentlicher Zweck des Kriteriums des beidseitigen Wagnisgeschäfts die Missbrauchsvermeidung ist. Bei Identität von begünstigtem Mitgesellschafter und Erbe realisiert sich durch das eigene Vorversterben gerade kein unerbetenes Risiko, sondern der vorgefasste Nachfolgeplan, sodass keine Veranlassung für eine pflichtteilsrechtliche Besserbehandlung besteht. Nach dieser Ratio ist die gleiche Wertung auch ohne eine solche Personenidentität angezeigt, wenn aus sonstigen Gründen das eigene Vorversterben mit dem langfristigen persönlichen Nachfolgeplan des betreffenden Gesellschafters korreliert (etwa wenn nicht der Mitgesellschafter-Ehegatte zum Erben bestimmt wird, sondern beiderseits unmittelbar deren gemeinsamer Sohn). Allgemein dürfte sich den Aussagen des Gerichts entnehmen lassen, dass bei Kongruenz von gesellschaftsrechtlicher und erbrechtlicher Nachfolgeplanung die Missbräuchlichkeit der Gestaltung indiziert und die Pflichtteilsfestigkeit zu versagen ist.

Die Konsequenzen sind freilich nicht unproblematisch: Familienfremde Dritte könnten durch den Abfindungsausschluss tendenziell pflichtteilsfest begünstigt werden, die Familie selbst nicht.<sup>10</sup> Zugleich beraubt der BGH seine Rechtsprechung zum aleatorischen Rechtsgeschäft ihres wesentlichen praktischen Anwendungsbereichs, denn mit einem auch nur potenziellen kompensationslosen Verlust einer werthaltigen Gesellschaftsbeteiligung zugunsten außerhalb der persönlichen Nachfolgeplanung stehender Dritter werden nur die wenigsten Unternehmer einverstanden sein.<sup>11</sup> Und dennoch ist die Rechtsprechung des Senats alternativlos, will man das Pflichtteilsrecht nicht einer einfachen kautelarjuristischen Aushöhlung aussetzen. Diese Missbrauchsgefahr stellt sich nun einmal vornehmlich im Kreise von Familien. Zudem bleibt der Senat seiner in anderem Zusammenhang konsequent gehaltenen Linie treu, wonach zur entäußerungsbedingten Pflichtteilsreduzierung ein echtes Vermögensopfer erforderlich ist.<sup>12</sup> Als solches wird

6 Insoweit verfährt die Befürchtung einer Ungleichbehandlung von zweigliedrigen Gesellschaften nicht, vgl. *Worm*, a. a. O. (Fn. 4), S. 543.

7 Vgl. unten bei Fn. 16.

8 BGH, Urteil vom 22.11.1956, a. a. O. (Fn. 2) zurückgehend auf *Buchwald*, JR 1955, 173; *Hölscher*, ZEV 2020, 420, 423; *Lienenlücke/Kurth*, ErbR 2020, 633 f.

9 Vgl. BGH, Urteil vom 26.3.1981, a. a. O. (Fn. 2), NJW 1981, 1956, 1957; KG, Urteil vom 10.3.1977, a. a. O. (Fn. 2), OLGZ 1978, 463, 468.

10 In diese Richtung bereits *Mayer*, ZEV 2003, 355, 358.

11 Vgl. zur Schlussfolgerung einer recht generellen Untauglichkeit der Gestaltung zur Pflichtteilsvermeidung auch *Litzenburger*, FD-ErbR 2020, 430206; *Müller-Engels*, NotBZ 2020 389, 390.

12 Vgl. zur Vermögensübertragung unter Vorbehalt von Nutzungsrechten BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15, MittBayNot 2017, 408; Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, MittBayNot 1994, 340.

der Verlust einer Gesellschaftsbeteiligung zugunsten der ohnehin in Aussicht genommenen persönlichen Vermögensnachfolger nicht empfunden.

### 3. Pflichtteilsrecht de lege ferenda

Der BGH zielt mit seiner Rechtsprechung zum entgeltlichen Abfindungsausschluss auf einen gesetzlich nicht vorgesehenen unternehmensbezogenen Pflichtteilsschutz ab. Das Kriterium des aleatorischen Rechtsgeschäfts hat keinen materiellen Gehalt, sondern dient lediglich einer auf dem Boden des geltenden Rechts unentbehrlichen Verhinderung von Gestaltungsmissbrauch.<sup>13</sup> Eine widerspruchsfreie Lösung wäre de lege ferenda aber auch stimmiger erreichbar: Durch eine echte pflichtteilsrechtliche Verschonung unternehmerischen Vermögens. Die Ungleichbehandlung gewerblicher und landwirtschaftlicher Betriebe (vgl. § 2312 BGB) lässt sich aufgrund der zunehmenden Industrialisierung letzterer kaum noch rechtfertigen.<sup>14</sup> Volkswirtschaftliche Gründe sprechen ohnehin für einen umfassenden Unternehmensschutz.<sup>15</sup> Die sachverwandte erbschaftsteuerliche Lösung zur Betriebsvermögensverschonung stellt in dieser Hinsicht ein durchaus modellhaftes Regelungskonzept auf: Sowohl die grundsätzliche Steuerpflichtigkeit (vgl. für den Erwerb im Wege der Anwachsung § 3 Abs. 1 Nr. 2 Satz 2; § 7 Abs. 7 Satz 1 ErbStG) als auch die zum Unternehmenserhalt erforderliche Privilegierung über besondere Bewertungs- und Verschonungstatbestände (vgl. § 11 Abs. 2 Satz 4, §§ 199 ff. BewG; §§ 13a, b, c, 28 ErbStG) sind gestaltungsunabhängig. Der Blick in die erbschaftsteuerlichen Verschonungsregeln und ihre bewegte legislatorische Historie<sup>16</sup> rückt zugleich die eigentliche Sachproblematik in den Fokus, nämlich die schwierige Abgrenzung von verschonungswürdigem echtem unternehmerischem Vermögen und unproduktivem Verwaltungsvermögen. Eine Neuerzählung dieser Geschichte auf Ebene des Pflichtteilsrechts bleibt künftigen gesetzgeberischen Entscheidungen vorbehalten.

### 4. Fazit

Die richtige Entscheidung des BGH stellt klar, dass sich gesellschaftsvertragliche Abfindungsausschlüsse zur Pflichtteilsvermeidung im Großteil der Fälle nicht eignen. Im Beratungsspektrum ist für sie allenfalls dann noch Platz, wenn der Erblasser tatsächlich mit einem potenziellen Verlust einer (echten) unternehmerischen Beteiligung an außerhalb seiner persönlichen Nachfolgeplanung stehende Dritte einverstanden ist. Das wird aber allenfalls bei für den Erblasser und damit auch für den Pflichtteilsberechtigten wertlosen Beteiligungen der Fall sein.

<sup>13</sup> Ähnlich *Schönenberg-Wessel*, NJW 2020, 2398, 2399.

<sup>14</sup> Anders noch BVerfG, Beschluss vom 14.12.1994, 1 BvR 720/90, NJW 1995, 2977, 2979.

<sup>15</sup> Vgl. MünchKomm-BGB/Lange, 8. Aufl. 2020, § 2312 Rdnr. 8 m. w. N.

<sup>16</sup> Vgl. nur BVerfG, Beschluss vom 7.11.2006, 1 BvL 10/02, DStR 2007, 235 mit gesetzgeberischer Reaktion durch das ErbStRG 2009 (BGBl. I 2008, S. 3018) sowie BVerfG, Urteil vom 17.12.2014, 1 BvL 21/12, DStR 2015, 31 mit gesetzgeberischer Reaktion durch das ErbStRG 2016 (BGBl. I 2016, S. 2464).

## 12. Verzicht auf die Erbquote im Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.12.2019, 25 Wx 55/19

BGB §§ 133, 157, 2084, 2087

FamFG §§ 352a, 352e

### LEITSÄTZE:

1. Für die Erteilung des quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG genügt es, dass nur der antragstellende Miterbe den Verzicht auf die Angabe der Erbteilsquote erklärt. Ein entsprechender Verzicht aller (potenziellen) Miterben ist nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Die nicht verzichtenden Miterben sind jedoch ausreichend dadurch gesichert, dass sie selbst einen (gegenläufigen) Erbscheinsantrag stellen und damit das Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzung für die Erteilung eines quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins verhindern können. (Leitsatz der Schriftleitung)

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Erblasser ist der am (...) geborene (...). Er verstarb zwischen dem 12.3.2016, 8:00 Uhr und dem 13.3.2016, 20:41 Uhr in W, wo er auch seinen letzten Wohnsitz hatte. Der Erblasser war zuletzt in zweiter Ehe mit (...) verheiratet, welche am 6.4.2008 vorverstarb. Der Erblasser und seine vorverstorbene Ehefrau hinterließen Abkömmlinge, jedoch keine gemeinsamen. Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn des Erblassers und die Beteiligten zu 2 und zu 3 sind Sohn und Tochter von (...).

2 Im August 2007 errichteten die Eheleute (...) zwei inhaltsgleiche Testamente, welche (...) eigenhändig schrieb und beide Ehegatten anschließend unterzeichneten (...).

3 Die Testamente haben folgenden identischen Inhalt:

„Testament

Der Eheleute (...) und (...)

wohnhafte in (...)

Begünstigte (...)

Hiermit geben wir unseren letzten Willen bekannt:

Nach dem Tod eines Ehepartners soll das Vermögen auf den verbleibenden Partner übergehen.

Nach dem Tod des zweiten Ehepartners soll das Vermögen wie folgt verteilt werden:

(Kinder von ...) erben den Anteil am Objekt (...) in Wuppertal zu gleichen Teilen (50 % pro Kind)

(...) (Sohn von ...) erbt das Objekt zur (...)

(Unterzeichnet mit)“

4 (...) Eines der Testamente reichte der Erblasser nach dem Tod seiner Ehefrau beim Nachlassgericht ein, welches am

4.7.2008 nach der Erblasserin eröffnet wurde (...). Er beantragte einen Erbschein, welcher ihn als Alleinerben ausweist. Dieser wurde ihm am 1.10.2008 erteilt.

**5** Die Ehefrau des Erblassers vererbte ihm unter anderem das Eigentum an den Grundstücken Elberfeld Bl. (...), W, Mehrfamilienhaus, ½ Miteigentumsanteil und Barmen Bl. (...), W, Eigentumswohnung im Erdgeschoss links. Der Wert des Miteigentumsanteils wurde vom Erblasser mit 136.000 € und für die Eigentumswohnung mit 60.000 € angegeben. Im Übrigen besaß die Ehefrau wertvolle Gegenstände des persönlichen Gebrauchs, Guthaben bei Banken und einen PKW im Gesamtwert von ca. 15.500 €. Dem standen Darlehensverbindlichkeiten i. H. v. 63.959 € gegenüber.

**6** Der Erblasser war zum Zeitpunkt der Errichtung der Testamente Alleineigentümer von fünf Eigentumswohnungen (...), W, Erdgeschoss rechts, 1. Obergeschoss rechts und links und 2. Obergeschoss rechts und links Die ursprünglich dem Erblasser ebenfalls gehörende Wohnung im Erdgeschoss rechts hatte er bereits im Jahre 1998 seiner Ehefrau für 150.000 DM verkauft. Dem Beteiligten zu 1 war insoweit ein Vorverkaufsrecht eingeräumt worden. Gegenüber dem Grundbuchamt gab der Verstorbene den Wert für die übrigen fünf Eigentumswohnungen mit einem Gesamtwert von 560.000 DM (= 332.339 €) an.

**7** Der Erblasser veräußerte sodann den ½ Miteigentumsanteil an dem Mehrfamilienhaus in der (...) für 160.000 € und zahlte den Beteiligten zu 2 und zu 3 jeweils 25 % des Kaufpreiserlöses aus.

**8** Nach dem Tode des Erblassers stellte der Beteiligte zu 1 am 8.7.2016 einen notariellen Erbscheinsantrag mit dem Inhalt, ihn als Alleinerben nach dem Erblasser auszuweisen (...). Der für die Beteiligten zu 2 und zu 3 vorgesehene Grundbesitz sei veräußert und diesen der Veräußerungserlös zugewendet worden, sodass nur noch der Nachlass für ihn verbleibe. Am 2.5.2016 wurde das erste Testament nach der vorverstorbenen Ehefrau und beide Testamente nach dem Erblasser und seiner Ehefrau eröffnet (...). Bei den Angaben zum Wert des Nachlasses hat den Beteiligte zu 1 den Gesamtwert des Mehrfamilienhauses (...) mit ca. 180.000 € angegeben. Die Guthaben bei der Deutschen Bank und der Sparkasse hat er mit insgesamt 15.212 € konkretisiert, des Weiteren Wertpapiere im Wert von 4.212 € und einen PKW Daihatsu im Wert von 1.500 €. Dem stünden Hypothekenverbindlichkeiten i. H. v. 70.539,01 € gegenüber.

**9** Der Antrag des Beteiligten zu 1 vom 8.7.2016 wurde mit Beschluss des AG – Nachlassgericht – Wuppertal vom 12.4.2018, rechtskräftig seit dem 11.6.2018, zurückgewiesen. Nach dem Inhalt des Testaments hätten die Ehegatten ihre jeweiligen Abkömmlinge mit ihrem ursprünglichen Vermögen in Form ihrer jeweiligen Immobilien bedenken wollten. Da eine Erbfolge in einen Einzelgegenstand jedoch nicht möglich sei, die Erblasser aber den jeweiligen Kindern einen Anteil am Vermögen hinterlassen und die Objekte die Beteiligten konkret zuordnen wollten, stelle diese Zuordnung eine Teilungsanordnung im Rahmen einer Miterbeneinsetzung dar. Die Veräußerung einer der Immobilien führe nicht dazu, dass die Miterbenstellung entfalle. Die Immobilien hätten für die Erblasser als ihr

wertvollster Vermögenswert stellvertretend für ihr gesamtes Vermögen gestanden. Veräußere nunmehr der Längerlebende nach dem Tod des Erstversterbenden einen der Hauptvermögensgegenstände, so ändere dies zwar faktisch die Teilungsanordnung, jedoch nicht die Intention der Ehegatten, ihren Abkömmlingen weiter mit ihrem Anteil bedenken zu wollen. Denn der Erstversterbende hätte dem Letztversterbenden nicht die Alleinerbenstellung zugedacht, wenn er gewusst hätte, dass, wenn eine Immobilie aus welchen Gründen auch immer veräußert werde, die Zuwendung an den eigenen Abkömmling entfalle.

**10** Am 18.10.2018 hat der Beteiligte zu 1 einen neuen Erbscheinsantrag (...) gestellt und die Erteilung eines Erbscheins beantragt, welcher ihn als Miterben zu ½ und die Beteiligten zu 2 und 3 als Miterben zu je ¼ ausweise, hilfsweise einen Erbschein ohne Quoten. Er stützt sich auf den Standpunkt, dass der Nachlass zum Zeitpunkt der Testamentserstellung aus zwei Grundstücken bestanden habe, sodass aus der getroffenen Teilungsanordnung auf das Verhältnis der Erbanteile geschlossen werden könne. Auf das Verhältnis der Grundstückswerte komme es dabei nicht an. Selbst wenn man aber die Werte der zugeordneten Immobilien heranziehen würde, ergäbe sich eine identische Quotelung. Ausweislich der Gerichtsakte habe die verstorbene Ehefrau abzüglich der Verbindlichkeiten einen Nachlass i. H. v. 140.000 € gehabt. Der Wert der sechs Eigentumswohnungen sei zum Todeszeitpunkt des Erblassers mit 180.000 € angegeben worden, sodass sich nach Abzug der Darlehensverbindlichkeiten ein Nachlasswert von 130.000 € ergebe. Hilfsweise werde aber ein quotenloser gemeinschaftlicher Erbschein beantragt. Die übrigen Beteiligten hätten bisher an einer Übertragung der Immobilie nicht mitgewirkt, was anhand eines quotenlosen Erbscheins umgesetzt werden könne.

**11** Die Beteiligten zu 2 und zu 3 haben gegen die Erteilung des beantragten Erbscheins Einwände erhoben. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass unter Berücksichtigung der Benennung der drei Erben alle drei Beteiligten zu je 1/3 Erbe geworden seien.

**12** Das AG – Nachlassgericht – Wuppertal hat nach Erteilung eines vorherigen Hinweises mit Beschluss vom 28.6.2018 die Tatsachen, die zu Begründung des Hilfsantrags vom 18.10.2018 des Beteiligten zu 1 erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Die sofortige Wirkung des Beschlusses wurde ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt.

**13** Zur Begründung hat es angeführt, dass die Zuordnung der Immobilien im gemeinschaftlichen Testament an die Beteiligten zu 1-3 eine Teilungsanordnung darstelle, zumal die vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers Alleineigentümerin einer der Eigentumswohnungen im Objekt (...) gewesen sei, also das dem Sohn des Erblassers zugedachte Objekt (...) zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments nicht gänzlich im Vermögen des Erblassers gestanden habe. Da die Ehefrau des Erblassers wertmäßig weniger besessen habe als der Erblasser, ergebe die Auslegung des Testaments, dass eine Verteilung nach Köpfen nicht gewollt gewesen sei. Auch scheide eine Quote entsprechend der gesetzlichen Erbfolge aus, da die Testierenden ihre größten Vermögenswerte als den Vertei-

lungsmaßstab angenommen hätten, welcher der gesetzlichen Erbfolge nicht entspreche. Die genauen Erbquoten seien jedoch schwer zu ermitteln. Der Antragsteller mache von der Möglichkeit eines Erbscheins ohne Quoten Gebrauch. Dazu sei er auch berechtigt. Denn es könne gemäß § 352a Abs. 1 FamFG ein einzelner Miterbe einen gemeinschaftlichen Erbschein beantragen und gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG auf die Angabe von Quoten verzichten. Dieser Verzicht habe der Beteiligte zu 1 als Antragsteller in seinem Erbscheinsantrag vom 18.10.2018 erklärt. Soweit die Beteiligten zu 2 und zu 3 dem widersprächen, sei der Einwand unberechtigt. Für die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins ohne Quoten sei dem Gesetzeswortlaut entsprechend nur der Verzicht des Antragstellers (ggf. mehrere Antragsteller) notwendig und nicht der Miterben, die den gemeinschaftlichen Erbschein nicht selbst beantragt hätten. Die Beteiligten zu 2 und 3 seien hingegen keine Antragsteller.

**14** Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 3, die einwendet, dass ein Verzicht aller Miterben erforderlich sei und nicht nur des Antragstellers.

(...)

**18** Mit Beschluss vom 31.7.2019 hat das AG – Nachlassgericht – Wuppertal der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat vorgelegt.

(...)

**20** II. Die Beschwerde der Beteiligten zu 3 ist gemäß § 58 Abs. 1, § 63 Abs. 1, § 64 Abs. 1, § 352e FamFG statthaft und zulässig, in der Sache jedoch ohne Erfolg.

**21** Das Nachlassgericht Wuppertal hat zu Recht dem Hilfsantrag des Beteiligten zu 1 entsprochen und die Tatsachen, die zu Begründung seines Hilfsantrages vom 18.10.2018 erforderlich sind, für festgestellt erachtet.

**22** 1. Der Beteiligte zu 1 ist – wie das Nachlassgericht in seinen Beschlüssen vom 12.4.2018 und 3.6.2019 im Ergebnis zutreffend ausgeführt hat – neben den Beteiligten zu 2 und zu 3 Miterbe nach dem verstorbenen (...) geworden, wobei derzeit noch nicht sicher ermittelt werden kann, mit welcher Erbquote die Beteiligten an dem Vermögen des Letztverstorbenen beteiligt werden sollten.

**23** Der Verstorbene hat mit seiner vorverstorbenen Frau (...) im August 2007 zwei der Form nach wirksame gemeinschaftliche eigenhändige Testamente verfasst, § 2231 Nr. 1, §§ 2247, 2267 BGB. Die beiden Testamente sind allerdings inhaltlich nicht eindeutig und bedürfen der Auslegung.

**24** Bei der Testamentsauslegung ist der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und im Zweifel diejenige Auslegung zu wählen, welche zur Wirksamkeit der Verfügung führt, § 133 i. V. m. § 2084 BGB. Dabei ist nicht im buchstäblichen Sinn des Wortlauts zu haften, sondern immer der Wortsinn der benutzten Ausdrücke zu erfragen, um festzustellen, was die Testierenden mit ihren Worten sagen wollten und ob sie mit ihnen genau und unmissverständlich wiedergaben, was sie zum Ausdruck bringen wollten. Dabei ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen.

Bei wechselbezüglichen Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten ist gemäß §§ 157, 242 BGB auch auf den Erklärungsempfänger abzustellen. Es ist also zu prüfen, ob ein nach dem Verhalten des einen Testierenden mögliches Auslegungsergebnis auch dem Willen des anderen entsprochen hat, wobei es auf den übereinstimmenden Willen zur Zeit der Testamentserrichtung ankommt (BGHZ 112, 229, 233; Palandt/Weidlich, 77. Aufl., Vor § 2265 Rdnr. 9).

**25** Die Testamente der Eheleute (...) werden damit eingeleitet, dass die jeweiligen Kinder, namentlich die drei Beteiligten, ausdrücklich als „Begünstigte“ benannt werden. Anschließend setzten sich die Ehegatten zunächst gegenseitig als Alleinerben ein. Nach dem Letztverstorbenen sollte das Immobilienvermögen sodann den Kindern zufallen, wobei die einzigen beiden Immobilienobjekte aufgeteilt wurden und zwar das der vorverstorbenen Ehefrau zu ½ gehörende Objekt (...) in W an ihre Kinder, den Beteiligten zu 2 und zu 3, zu je 1/2 und das gesamte Objekt (...) 42 in W zu 100 % an den Beteiligten zu 1, Sohn des Verstorbenen. Wie das sonstige Vermögen des Letztverstorbenen verteilt werden sollte, ergibt sich aus den Testamenten nicht. Gleichfalls verhalten sich die Testamente ausdrücklich nicht dazu, ob der Letztversterbende als Vorerbe von den Verfügungsbeschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB befreit werden sollte.

**26** Die eingangs erfolgte Einleitung, dass alle drei Beteiligten Begünstigte sein sollen, spricht dafür, dass alle Beteiligten als Miterben an dem gesamten Vermögen des Letztverstorbenen, einschließlich der Immobilien und sonstiger Barvermögen beteiligt werden sollten. Die den größten Teil des Vermögens ausmachenden Immobilien sollten jedoch den einzelnen Beteiligten zugeordnet werden. Diese Zuordnung kann in Abweichung zu § 2087 Abs. 2 BGB ausnahmsweise als Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen oder aber als Teilungsanordnung ausgelegt werden (§ 2087 Abs. 1, § 2048 Satz 1 BGB), die allerdings die Höhe der Erbteile und deren Wert grundsätzlich nicht verschiebt, sondern unangetastet lässt (BGH, FamRZ 1985, 62; Palandt/Weidlich, § 2048 Rdnr. 1).

**27** Unabhängig davon, in welchem Sinne die Testamente hier ausgelegt werden können, ist die Ermittlung der Erbanteile daran angeknüpft, welchen Wert den jeweiligen Grundstücken zum Zeitpunkt der gemeinschaftlichen Testamentserrichtung zukam. Im Falle der Erbeinsetzung nach Vermögensgruppen kommt es ohnehin auf die Höhe der jeweiligen Vermögensgruppe „Immobilie“ an. Aber auch bei Zugrundelegung einer Teilungsanordnung ist für die Ermittlung der Erbquoten der Wert der Immobilien für die Gewichtung der einzelnen Vermögen der Eheleute heranzuziehen. Denn ob die vorverstorbenen Ehefrau des Erblassers tatsächlich wertmäßig weniger besaß als der Erblasser (über den Wert der Immobilie [...] und der Erdgeschosswohnung links [...] zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung im August 2007 liegen derzeit keine ausreichenden Informationen vor), ist entgegen der Annahme des Nachlassgerichts Wuppertal nicht sicher anzunehmen, sodass der Schluss, eine von den Testierenden gewünschte Erbfolge zu je 1/3 sei nicht gewollt gewesen, derzeit nicht zulässig ist. Gleichfalls ist aber auch die Annahme des Beteiligten zu 1, aus der getroffenen Teilungsanordnung könne auf das Verhältnis der Erbanteile geschlossen werden, nämlich ½ und ¼ und ¼, nicht möglich.

**28** Die Ermittlung der Grundstückswerte zum Zeitpunkt der Testamentserstellung ist jedoch komplex und wird nur mit unverhältnismäßig hohem Aufwand möglich sein und geraume Zeit in Anspruch nehmen, sodass die Angabe der Erbteile gegenwärtig nicht möglich ist.

**29** 2. Für diesen Fall sieht § 352a FamFG die Möglichkeit eines Erbscheins ohne Quoten vor. Gemäß § 352a Abs. 1 Satz 2 FamFG kann für einen gemeinschaftlichen Erbschein auch ein einzelner Miterbe einen Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein stellen und gemäß § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG auf die Angabe der Erbteile verzichten. Ob für die Erteilung des quotenlosen Erbscheins alle (potenziellen) Miterben einen (ausdrücklichen) Verzicht auf die quotenmäßige Feststellung der Erbteile erklären müssen oder ob es genügt, dass lediglich der antragstellende Miterbe diesen Verzicht erklärt, ist in Rechtsprechung und Literatur allerdings streitig.

**30** a. Ein Teil vertritt die Auffassung, dass in Anbetracht der Tragweite des Verzichts eine (evtl. unzutreffende) Versicherung eines Miterben zum Verzicht der übrigen nicht genügen könne, sondern dass alle Miterben den Verzicht ausdrücklich selbst erklären müssten, allerdings nicht notwendig gleichzeitig (Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352a Rdnr. 14 und Zimmermann, ZEV 2015, 520, 521 in 3.2.; OLG München, NJW-RR 2019, 971-972; Hausleiter/Schemmann, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 352a Rdnr. 5; BeckOK-FamFG/Schlögel, § 352a Rdnr. 3 jeweils ohne weitere Begründung).

**31** Da vorliegend ein solcher Verzicht von den übrigen beiden Miterben ausdrücklich verweigert worden ist, wäre ein quotenloser Erbschein nicht möglich.

**32** b. Ein anderer Teil vertritt dagegen die Auffassung, dass nach dem Wortlaut des durch Art. 11 IntErbRErschÄndG neu geschaffenen § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG nur verlangt werde, dass „alle Antragsteller“, nicht notwendig alle Miterben, auf die Aufnahme der persönlichen Erbquote verzichteten (Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, 4. Aufl. 2018, § 352a Rdnr. 26; Barenfuss/Schaal, FamFG, 3. Aufl. 2017, § 352a Rdnr. 11-13; Bork/Jacoby/Schwab/Rellermeyer, FamFG, 3. Aufl. 2018, § 352a Rdnr. 3), Ein Verzicht allein der Antragsteller genüge daher.

**33** c. Eine weitere Einzelmeinung vertritt in diesem Rahmen den differenzierenden Standpunkt, dass zwar der Verzicht des oder der Antragsteller genüge, allerdings im Falle des Widerspruchs der übrigen Miterben oder einer Beschwerdeeinlegung dieser gegen den Feststellungsbeschluss nach § 352e Abs. 1 die Erteilung eines quotenlosen Erbscheines unterbleiben müsse (Bumiller/Harders/Harders, 12. Aufl. 2019, FamFG Rdnr. 5).

**34** Der Senat schließt sich der unter b. genannten Meinung an. Wie Teile der Literatur hierzu zutreffend hinweisen, war bereits vor Inkrafttreten des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG durch § 11 IntErbRErschÄndG in der Rechtsprechung anerkannt, dass von dem grundsätzlichen Erfordernis der zahlenmäßig bestimmten Angabe der Erbquoten aller Miterben im Erbscheinsverfahren ausnahmsweise abgesehen werden kann bzw. diese auch noch im Beschwerdeverfahren nachgeholt werden können und stattdessen zunächst die Mitteilung der zu deren Berechnung für maßgeblich gehaltenen Grundlagen

ausreichend ist, wenn die genaue Erbquotenbezeichnung des Antragsteller der Natur der Sache nach praktisch überfordert, zum Beispiel bei unvermeidlichen Spielräumen im Rahmen der Ermittlung des Wertes einzelner Nachlassgegenstände (wenn – wie hier – der Erblasser sein Vermögen nicht nach Bruchteilen, sondern nach Gegenständen verteilt hat), die entgegen § 2087 Abs. 2 BGB eine Erbeinsetzung begründen (Prütting/Helms/Fröhler, FamFG, § 352a Rdnr. 25; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 9.11.1977, 3 W 178/77, DNotZ 1978, 683-685). In der Begründung zum Gesetzesentwurf der Bundesregierung (BT-Drucks. 18/4201, S. 60, 61) heißt es insoweit auch, dass § 352a FamFG die bislang in § 2357 BGB vorgesehene Regelung zum gemeinschaftlichen Erbschein enthält. Anders als nach bisheriger Rechtslage sollte dabei aber künftig die Angabe der Erbteile der Miterben nicht mehr erforderlich sein, wenn alle Antragsteller im Antrag auf die Angabe der Erbteile im Erbschein verzichteten. Hintergrund seien aus der Praxis bekannt gewordene Fälle, in denen die Miterben unproblematisch feststünden, die Größe der Erbteile aber erst noch aufwendig geklärt werden müsste. Ein klassischer Anwendungsfall sei, der auch dem bereits oben zitierten Beschluss des OLG Düsseldorf vom 9.11.1977 zugrunde lag, dass der Erblasser sein Vermögen nicht nach Bruchteilen, sondern nach Gegenständen verteilt hat, deren Wertverhältnis schwer zu ermitteln sei. Dies könne zu erheblichen zeitlichen Verzögerungen bei der Erteilung des Erbscheins führen, der aber mitunter rasch benötigt würde. Um in der entsprechenden Konstellation zeitliche Verzögerungen bei der Erteilung des gemeinschaftlichen Erbscheins zu vermeiden, habe sich die Rechtsprechung unter anderem mit der Erteilung eines vorläufigen gemeinschaftlichen Erbscheins beholfen. Zukünftig solle aber in Fällen, in denen der Kreis der Erben feststehe und die Antragsteller auf eine Angabe der Erbteile im gemeinschaftlichen Erbschein verzichteten, ein Antrag auch ohne entsprechende Angabe zulässig sein (so auch Barenfuss/Schaal, FamFG, § 352a Rdnr. 10-11 und BT-Drucks. 18/4201, S. 60, 61).

**35** Die neue Regelung des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG stellt aus Sicht des Senats daher bewusst allein auf „alle Antragsteller“ und nicht auch auf sämtliche Miterben ab. Würde dennoch ein Verzicht aller Miterben – auch ohne entsprechenden Antrag – notwendig sein, wie dies die erste Meinung verlangt, oder der Widerspruch der übrigen Miterben einem fehlenden Verzicht gleichkommen, wie es eine einzelne Literaturmeinung vertritt, würde dies auf eine Verzögerung der Verfahren hinauslaufen, die einen unverhältnismäßig hohen Ermittlungsaufwand erfordern und deren Beschleunigung die Neuregelung des § 352a FamFG (zumindest auch) bezwecken wollte. Sicherlich ist die Erteilung eines quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins eine Entscheidung mit Tragweite für alle Miterben. Die übrigen Miterben sind jedoch dadurch ausreichend gesichert, dass sie selbst einen (gegenläufigen) Erbscheinsantrag stellen und damit das Vorliegen der Voraussetzung des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG verhindern können. Denn in diesem Fall läge nicht mehr der Verzicht „aller Antragsteller“ vor.

**36** d. Da damit allein der Verzicht des Beteiligten zu 1 als Antragsteller auf die Angabe der Erbteilsquote notwendig ist, sind die Voraussetzungen des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG zu bejahen. Der Antragsteller hat seine Angaben

gemäß § 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG auch eidesstattlich versichert (...). Die Tatsachen, die zur Begründung des Hilfsantrags vom 18.10.2018 erforderlich sind, sind daher für festgestellt zu erachten (§ 352e Abs. 1 Satz 1 FamFG).

(...)

**38** Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, da die vorliegende Sache im Hinblick auf die streitige Auslegung des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG grundsätzliche Bedeutung hat und zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung notwendig erscheint, § 70 Abs. 2 Nr. 1 und 2 FamFG.

(...)

### 13. Verzicht auf die Erbquote im Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein

OLG München, Beschluss vom 10.7.2019, 31 Wx 242/19

BGB §§ 2353, 2361, 2371

FamFG § 352 Abs. 2 Satz 2; § 352a Abs. 1 Satz 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Der Grundsatz der (strengen) Bindung des Nachlassgerichts an den gestellten Erbscheinsantrag führt zur Aufhebung einer Entscheidung, in der das Nachlassgericht die Tatsachen für die Erteilung eines Erbscheins als festgestellt erachtet, der die Erbteile ausweist, der Antrag hingegen auf die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins gerichtet ist.**
- 2. Die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins setzt voraus, dass alle in Betracht kommenden Miterben auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten. Da ein Erbschaftsverkauf die Erbenstellung des Veräußerers unberührt lässt, ist auch dessen Verzichtserklärung für die erstrebte Erteilung erforderlich.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Die Beschwerde ist zulässig und führt zur Aufhebung der Entscheidung des Nachlassgerichts. Für dessen im Ergebnis angeordnete Erteilung eines Erbscheins, der die Beteiligten als Miterben zu je 1/3 ausweist, ist kein Raum, da die Voraussetzungen hierfür im Sinne des § 2353 BGB i. V. m. § 352 FamFG nicht vorliegen.

**2 1.** Das Nachlassgericht ist bei seiner Entscheidung irrtümlich davon ausgegangen, dass die Beteiligte zu 2 einen Erbschein beantragt hat, der die Quoten der Miterben ausweist. Dies ist vorliegend nicht der Fall.

**3** Die Beteiligte zu 2 hat am 10.12.2018 zwar die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der die Beteiligten zu 1, 2 und 3 als Miterben ausweist, jedoch einen solchen ohne Quoten (sog. quotenloser Erbschein im Sinne des § 352 Abs. 2 Satz 2 FamFG). Demgemäß liegt für die von dem Nachlassgericht beabsichtigte Erteilung eines (quotalen) Erb-

scheins im Sinne des § 352 Abs. 2 Satz 1 FamFG kein entsprechender Antrag vor. Ein entsprechender Antrag ist auch nicht im Nachgang dazu gestellt worden, womit eine Heilung des Verfahrensfehlers erfolgt wäre. Im Hinblick auf den Grundsatz der strengen Antragsbindung des Nachlassgerichts betreffend die Entscheidung (vgl. dazu Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, 3. Aufl. 2019, § 352e FamFG Rdnr. 41 und 176), wäre ein auf der Grundlage der Entscheidung des Nachlassgerichts erteilter Erbschein einzuziehen (vgl. Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, § 2361 BGB Rdnr. 8).

**4 2.** Für eine Anweisung des Nachlassgerichts durch den Senat, den beantragten (quotenlosen) Erbschein zu erteilen, ist kein Raum. Insofern liegen die Voraussetzungen für die von der Beteiligten zu 2 erstrebte Erteilung eines quotenlosen Erbscheins nicht vor.

**5** Nach der Neuregelung in § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG bedarf es zwar nicht mehr der Aufnahme der Erbquoten von mehreren Erben in dem Erbschein, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile verzichten. Vorliegend hat aber allein die Beteiligte zu 2 den Antrag gestellt, nicht aber die Beteiligten zu 1 und 3. Der Beteiligte zu 1 hat vielmehr der Aufnahme seiner Erbenstellung in den Erbschein ausdrücklich widersprochen. Insofern liegt kein allgemeiner Verzicht aller Miterben auf die Aufnahme der Erbteile in dem zu erteilenden Erbschein vor.

**6** Ein solcher Verzicht muss zwar nicht in der Antragstellung selbst, jedoch von allen in Frage kommenden Miterben ausdrücklich gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden (vgl. Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, § 352a FamFG Rdnr. 10; Keidel/Zimmermann, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352a Rdnr. 14; a. A. MünchKomm-BGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2017, Anh. § 2353 Rdnr. 56: generelle Unzulässigkeit eines Antrags durch einen Miterben allein). Eine solche Erklärung der Beteiligten zu 1 und 3 liegt aber nicht vor. Der Verkauf ihres Erbanteils an die Beteiligte zu 2 lässt ihre Erbenstellung unberührt (vgl. Burandt/Rojahn/Gierl, Erbrecht, § 2371 Rdnr. 23). Im Erbschein ist weiterhin der Verkäufer/Erbe auszuweisen (vgl. Firsching/Graf/Krätzsche, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 38 Rdnr. 119; Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2371 Rdnr. 4 a. E.). Insofern bedarf es für die Erteilung des von der Beteiligten zu 2 erstrebten quotenlosen Erbscheins einer Verzichtserklärung der Beteiligten zu 1 und 3 im Sinne des § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG gegenüber dem Nachlassgericht.

**7 II.** Der Senat gibt das Verfahren dem Nachlassgericht zurück, damit die Beteiligte zu 2 die Gelegenheit erhält, entweder den Antrag betreffend die Erteilung eines quotalen Erbscheins nachzuholen oder die Abgabe der Erklärungen der Beteiligten zu 1 und 3 bezüglich des Verzichts auf Erteilung eines quotalen Erbscheins gegenüber dem Nachlassgericht zu bewirken.

(...)

**9 IV.** Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

**ANMERKUNG:**

Von Notarassessorin **Angelika Sträuber**,  
München

Die von § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG eröffnete Möglichkeit, einen quotenlosen gemeinschaftlichen Erbschein zu beantragen, scheint in der Praxis bislang ein Schattendasein zu führen. Nunmehr ergingen in kurzer zeitlicher Folge zwei obergerichtliche Entscheidungen, die hinsichtlich der Voraussetzungen des Verzichts auf die Angabe der Quote zu entgegengesetzten Ergebnissen gelangen. § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG regelt, dass die Angabe der Erbteile nicht erforderlich ist, wenn alle Antragsteller in dem Antrag auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein verzichten.

**1. Entscheidungen**

In den beiden Verfahren hatte jeweils nur einer der potenziellen Erben den Erbscheinsantrag gestellt. Jeweils ein Miterbe hatte seiner Aufnahme in bzw. dem Verzicht auf Quoten in den Erbschein im Laufe des Verfahrens widersprochen. In seinem Beschluss geht das OLG München davon aus, dass sämtliche in Betracht kommenden Erben auf die Aufnahme der Erbteile in den Erbschein zu verzichten hätten.<sup>1</sup> Einige Monate später entschied das OLG Düsseldorf, dass es für die Erteilung eines quotenlosen gemeinschaftlichen Erbscheins ausreichend sei, wenn der antragstellende Miterbe den Verzicht auf die quotenmäßige Feststellung der Erbteile erklärt.<sup>2</sup> In materieller Hinsicht hatte das OLG München darüber zu entscheiden, ob die Übertragung eines Erbanteils die Erbenstellung unberührt lässt, und das OLG Düsseldorf über die Auslegung eines Testaments hinsichtlich der Höhe der Erbquoten. In verfahrensrechtlicher Hinsicht betreffen beide Beschlüsse die Frage nach der/den Person/en des Verzichtenden im Sinne von § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG.

**2. Argumentation**

Das OLG München geht unter Bezugnahme auf einige Stimmen in der Literatur und ohne weitere Begründung davon aus, dass ein Verzicht sämtlicher in Frage kommenden Miterben auf die Ausweisung der Erbquote zwar nicht in der Antragstellung, jedenfalls aber ausdrücklich gegenüber dem Nachlassgericht erklärt werden müsse.<sup>3</sup>

Das OLG Düsseldorf hingegen orientiert sich zunächst am Wortlaut des Gesetzes und ist der Auffassung, dass § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG hinsichtlich der Angabe der Erbteile im Erbschein nur den Verzicht des bzw. – im Falle mehrerer Antragsteller – aller Antragsteller, nicht jedoch aller Miterben verlange. Zudem verweist das OLG Düsseldorf auf die Begründung zum Gesetzesentwurf. Auch hier werde hinsichtlich des Verzichts auf die Antragsteller Bezug genommen. Durch quotenlose Erbscheine sollten zeitliche Verzögerungen bei nur aufwendig zu bestimmenden Erbteilen vermie-

den werden.<sup>4</sup> Aus diesem Grund sei, so das OLG Düsseldorf, nicht darauf abzustellen, ob sämtliche Miterben im Verfahren ausdrücklich verzichten oder ein Widerspruch hinderlich wäre, da dies jeweils mit Verzögerungen des Erbscheinverfahrens verbunden sei, während die Neuregelung des § 352a FamFG jedenfalls auch eine Beschleunigung bezwecke.<sup>5</sup> Die übrigen Miterben seien durch die Möglichkeit, einen gegenläufigen Erbscheinsantrag zu stellen, ausreichend gesichert, da in diesem Fall kein Verzicht „aller Antragsteller“ mehr vorliege.<sup>6</sup>

**3. Stellungnahme****a) Wortlaut und Systematik**

Der Wortlaut der Vorschrift, der von „Antragsteller“ spricht, gibt zunächst keinen Anlass zu Zweifeln, wer den Verzicht erklären muss.<sup>7</sup> Dennoch sind, betrachtet man die vorliegenden Sachverhalte, in welchen ein ausdrücklicher Widerspruch durch einen Miterben erklärt wird, Vorbehalte berechtigt, ob der quotenlose Erbschein über dessen Kopf hinweg erteilt werden darf.

§ 352a Abs. 1 Satz 2 FamFG eröffnet jedoch bereits jedem Miterben die Möglichkeit, den Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein zu stellen. Ein einheitlicher Antrag wird nicht verlangt; ein Erbschein soll demgemäß auf einseitigen Wunsch hin ohne Zustimmung der Miterben erteilt werden. Schwer vorstellbar scheint es, dass es sich in Absatz 2 Satz 2 der Norm um ein gesetzgeberisches Versehen handelt,<sup>8</sup> wenn von „Antragsteller“ die Rede ist.

Hier wird schon nicht (wie es im Anschluss an die alleinige Antragstellung eines Erben nach Absatz 1 etwa naheliegen würde) an *den* Antragsteller, sondern ausdrücklich an *alle* Antragsteller angeknüpft. Es wird also bewusst davon ausgegangen, dass der Antrag von einem oder mehreren Miterben, nicht notgedrungen allen, gestellt werden kann. Hätte der Gesetzgeber die Verzichtserklärung auch von nicht am Antrag beteiligten Miterben voraussetzen wollen, hätte er wohl schlicht wie an anderer Stelle innerhalb der Norm von „allen Erben“ gesprochen.<sup>9</sup>

Dies wird noch deutlicher, wenn man Absatz 3 in den Blick nimmt, der für den Fall, dass der Antrag nicht von allen Erben gestellt wird, anordnet, der Antrag müsse sich zur Annahme der Erbschaft durch die übrigen Erben äußern. Hier werden, anders als bei Absatz 2, sämtliche Miterben also explizit mit einbezogen. Es scheint konstruiert, den im Wortlaut abweichenden Absatz 2 im Ergebnis gleich auszulegen. Auch dem Verweis auf § 352 Abs. 3 FamFG lässt sich nicht entnehmen, dass der Verzicht sämtlicher Erben vorliegen

1 Ls. der besprochenen Entscheidung des OLG München.

2 Ls. der besprochenen Entscheidung des OLG Düsseldorf.

3 Rdnr. 6 der besprochenen Entscheidung des OLG München.

4 Vgl. BT Drucks. 18/4201, S. 60.

5 Rdnr. 35 der besprochenen Entscheidung des OLG Düsseldorf.

6 Rdnr. 35 der besprochenen Entscheidung des OLG Düsseldorf.

7 Sich für einen Verzicht lediglich der Antragsteller aussprechend auch Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2353 Rdnr. 61.

8 In diese Richtung Zimmermann, ZEV 2020, 167, 170; Junk, notar 2020, 236, 237.

9 Ebenso Bumiller/Harders/Schwamb/Harders, FamFG, 12. Aufl. 2019, § 352a Rdnr. 5.

muss. Dieser ordnet an, dass die sich auf die übrigen Erben beziehenden Angaben nachzuweisen sind. Zwar könnte man dies so verstehen, dass dazu auch der Verzicht der Miterben zu zählen ist.<sup>10</sup> Allerdings ist der Verweis schon alleine aufgrund der Notwendigkeit der sonstigen von § 352 FamFG geforderten Angaben angezeigt, sodass nicht ersichtlich ist, wieso neben diesen auch der Verzicht erfasst sein sollte. Zudem stellt die Angabe der Erbteile das Ergebnis einer rechtlichen Bewertung dar, welches nicht eidesstattlich zu versichern ist.<sup>11</sup> Auch spricht Absatz 3 einheitlich von „Angaben“, welche enthalten sein müssen, während nach dem Wortlaut des Absatz 2 gerade nicht auf die „Angabe“ Bezug genommen wird, dass die übrigen Erben auf die Aufnahme der Erbteile verzichtet haben.

Möchte man beim Wortlaut bleiben, mag man hier noch ein weiteres Argument für den Verzicht nur der Antragsteller finden: Nach § 352a Abs. 2 Satz 2 FamFG sollen die Antragsteller *in dem Antrag* verzichten. Dies wäre beim Verzichtsersfordernis sämtlicher Miterben schon nicht möglich, da diese ja ausweislich des Absatzes 1 Satz 2 gerade nicht am Antrag beteiligt sein müssen.

#### b) Historische Auslegung

In der Gesetzesbegründung<sup>12</sup> finden sich keine Hinweise, ob bewusst auf den oder die Antragsteller Bezug genommen wurde, und auch nicht dazu, ob der Gesetzgeber davon ausgegangen ist, der quotenlose Erbschein werde von allen Miterben beantragt.<sup>13</sup> Allerdings wird als Motiv der Kodifikation der zu § 2357 BGB a. F. ergangenen Rechtsprechung die Vermeidung zeitlicher Verzögerungen bei aufwendigen Ermittlungen genannt. Insofern lässt sich anführen, dass lediglich der Verzicht der Antragsteller vorausgesetzt wird und nicht, wie vom OLG München und der wohl überwiegenden Meinung in der Literatur verlangt, die Äußerung sämtlicher Miterben.<sup>14</sup> Für das Ziel der Vermeidung von Verzögerungen im Erbscheinverfahren scheint der oftmals vorgeschlagene Weg, den Verzicht aller Miterben nicht im Antrag selbst, sondern direkt gegenüber dem Nachlassgericht zu erklären,<sup>15</sup> lediglich bedingt förderlich. Zwar können so sicherlich unnötige Schwierigkeiten bei der eigentlichen Antragstellung vermieden werden, indem die Erklärungen nachgereicht werden. Allerdings wird eine nicht unerhebliche Verzögerung des Verfahrens durch die Beibringung sämtlicher Verzichtserklärungen regelmäßig zu erwarten sein. Auch der Vorschlag, den Verzicht der übrigen Erben in Schriftform

dem Antrag bereits beizufügen,<sup>16</sup> verlagert lediglich den Zeitpunkt der Verzögerung vor die Antragstellung, beschleunigt die Erteilung des Erbscheins als solche jedoch nicht.

#### c) Teleologische Auslegung

Eine Verzögerung des Verfahrens wäre zweifelsohne hinzunehmen, sofern schützenswerte Interessen Dritter sie fordern würden.

Der Rechtsverkehr erfährt durch die Erteilung eines Erbscheins ohne Erbteile entgegen dem Willen der Miterben keinen Nachteil. Verfügungsbefugt sind unabhängig von der Angabe einer Quote stets alle im Erbschein genannten Miterben gemeinsam. Die Aufteilung innerhalb der Erbengemeinschaft ist für den Rechtsverkehr unerheblich, Handlungsfähigkeit wird jedoch grundsätzlich hergestellt.

Auch die Erben erleiden durch die Erteilung eines quotenlosen Erbscheins aufgrund der ausschließlich gemeinsamen Verfügungsbefugnis dem Grunde nach keinen Schaden. Sollte ein fehlerhafter Erbschein erteilt werden, können sie jederzeit die Einziehung des Erbscheins anregen. Zwar ist die Erbquote innerhalb der Erbengemeinschaft bedeutsam für die Auseinandersetzung, Stimmrechte, Anteile am Ertrag und an den Lasten und unter Umständen Haftung für Nachlassverbindlichkeiten.<sup>17</sup> Allerdings hat der Erbschein bekanntlich lediglich Wirkung für den Rechtsverkehr und keine materielle Wirkung (§ 2365 BGB), sodass die Quote (ob mit oder ohne erteilten Erbschein) im Streitfall für die Erben verbindlich stets nur klageweise festgestellt werden könnte. Für einen zwingenden Verzicht aller Erben (sofern nicht im Erbscheinantrag, dann jedenfalls gegenüber dem Nachlassgericht) drängen sich daher keine Gründe auf und werden auch in der Literatur, soweit ersichtlich, nicht genannt.<sup>18</sup> Verfahrensbeschleunigung und Vermeidung unverhältnismäßigen Ermittlungsaufwands durch die Gerichte sind durchaus erstrebenswert, sofern dadurch keine entgegenstehenden Bedürfnisse verletzt werden.<sup>19</sup>

Es stellt sich jedoch die Frage, ob die Ansicht des OLG Düsseldorf, die widersprechenden Miterben könnten jederzeit einen gegenlautenden Antrag stellen und somit die Erteilung verhindern, zielführend ist oder ob einem ausdrücklichen Widerspruch gegenüber dem Nachlassgericht nicht doch im Sinne der Verfahrensökonomie Beachtung geschenkt werden sollte.<sup>20</sup> Eine Verzögerung des Verfahrens träte auch durch einen entgegengesetzten Antrag ein. Hier führte der Weg über einen beachtlichen Widerruf unter Umständen sogar schneller zum Ergebnis.

Problematisch erscheint, dass bei Anerkennung des Widerspruchsrechts eines Miterben gegen die Erteilung eines

10 Dies vertritt *Zimmermann*, ZEV 2020, 167, 170.

11 Palandt/*Weidlich*, § 2353 Rdnr. 61.

12 BT Drucks. 18/4201, S. 60 f.

13 So jedoch *Zimmermann*, ZEV 2020, 167, 170.

14 BeckOK-FamFG/*Schlögel*, Stand: 1.7.2020, § 352a Rdnr. 3; Burandt/*Rojahn/Gierl*, FamFG, 3. Aufl. 2019, § 352a Rdnr. 10; Haußleiter/*Schemmann*, FamFG, 2. Aufl. 2017, § 352a Rdnr. 5; Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 352a Rdnr. 14; MünchKomm-FamFG/*Grziwotz*, 3. Aufl. 2019, § 352a Rdnr. 18.

15 Dafür Bumiller/*Harders/Schwamb/Harders*, FamFG, § 352a Rdnr. 5, Burandt/*Rojahn/Gierl*, FamFG, § 352a Rdnr. 10; Haußleiter/*Schemmann*, FamFG, § 352a Rdnr. 5; MünchKomm-FamFG/*Grziwotz*, § 352a Rdnr. 18.

16 BeckOK-FamFG/*Schlögel*, § 352a Rdnr. 3.

17 Keidel/*Zimmermann*, FamFG, § 352a Rdnr. 17.

18 Keidel/*Zimmermann*, FamFG, § 352a Rdnr. 14 und Bumiller/*Harders/Schwamb/Harders*, FamFG, § 352a Rdnr. 5 sprechen ohne nähere Erläuterung von einer großen Tragweite des Verzichts.

19 Dies scheint *Zimmermann*, ZEV 2020, 167, 170 f. pauschal abzulehnen.

20 Hierzu *Junk*, notar 2020, 236, 237.

quotenlosen Erbscheins die Erteilung eines Erbscheins vorübergehend ausscheidet, solange die Erbquoten etwa aufgrund unglücklich formulierter letztwilliger Verfügungen (noch) nicht beziffert werden können. Ein Miterbe hätte es unter Umständen in der Hand, die Erteilung eines Erbscheins zu blockieren. Dies wiederum widerspräche der Anordnung in § 352a Abs. 1 Satz 2 BGB, wonach der Antrag eines Erben ausreichen soll, damit ein Erbschein erteilt wird. Jedem Erben soll die Möglichkeit seiner Legitimation mittels Erbscheins offen stehen, die nicht von Miterben, die beispielsweise schlicht kein Interesse an einem Erbschein haben, konterkariert werden soll. Es ist nicht ersichtlich, wieso dieses vom Gesetzgeber normierte Recht hinsichtlich der Erteilung eines Erbscheins ohne Quoten eingeschränkt werden sollte. Insbesondere wurde bislang nicht überzeugend dargetan, warum der Widerspruch eines Miterben der Erteilung eines zwar quotenlosen, aber sachlich zutreffenden Erbscheins entgegenstehen sollte.

Freilich mag der praktische Nutzen eines quotenlosen Erbscheins zweifelhaft sein, ist doch anzunehmen, dass einstimmige Verfügungen in der Folge nicht erreicht werden dürften, diese aber sowohl vom Grundbuchamt, als auch etwa von Banken vorausgesetzt werden. Jedenfalls eine Grundbuchberichtigung würde, da dort die Erbquoten nicht eingetragen werden, jedoch ermöglicht, sodass das für die Erteilung erforderliche Rechtsschutzbedürfnis wohl kaum je fehlen dürfte.<sup>21</sup>

#### 4. Ausblick

Da beide Entscheidungen rechtskräftig sind, obliegt es dem einen Antrag auf Erteilung eines quotenlosen Erbscheins beurkundenden Notar, den oder die vor ihm Erschienenen darauf hinzuweisen, dass ein Verzicht etwaiger (weiterer) Miterben vom Nachlassgericht möglicherweise gefordert werden wird, die Rechtmäßigkeit dieses Verlangens allerdings höchststrichterlich nicht geklärt ist. Gegebenenfalls kann man die Antragsteller, um Verfahrensverzögerungen zu vermeiden, auch bereits darauf hinweisen, die Verzichtserklärungen in Schriftform zum Beurkundungstermin vorzulegen, um diese gesammelt mit dem Erbscheinsantrag dem Nachlassgericht einzureichen.

<sup>21</sup> Hierzu Zimmermann, ZEV 2020, 167, 170.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 14. Nichtigkeit satzungsmäßiger Klauseln zum Ausschluss von GmbH-Gesellschaftern ohne sachlichen Grund

OLG München, Schlussurteil vom 13.5.2020, 7 U 1844/19

*AktG § 241 Nr. 3 und 4*

*BGB §§ 134, 138, 242*

*GmbHG § 33 Abs. 2 Satz 1, § 38 Abs. 1, § 50 Abs. 1 und 2*

*HGB § 272 Abs. 2 Nr. 4*

#### LEITSÄTZE:

1. Sind schuldrechtliche Zusatzbestimmungen zu einer Satzung wegen Sittenwidrigkeit nichtig, sind auch die darauf beruhenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nichtig. Die Rechtsnatur der sittenwidrigen Regelung, auf der die angegriffenen Beschlüsse beruhen, spielt für die Frage der Sittenwidrigkeit dieser Beschlüsse keine Rolle. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Gesellschaftsvertragliche Regelungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit in einer GmbH das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, sind grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig, soweit nicht wegen besonderer Umstände bereits ein sachlicher Grund für die freie Ausschlussmöglichkeit selbst gegeben ist. (Leitsatz der Schriftleitung)

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Parteien streiten um die Stellung des Klägers als Gesellschafter der Beklagten.

2 Am 24.11.2016 schlossen der Kläger und weitere 16 natürliche und juristische Personen den Gesellschaftsvertrag (...), sowie die Gesellschaftervereinbarung (...), die als Anlage 6 die „CEO-Zusatzbestimmungen“ (...) beinhaltete. Die Gesellschaftervereinbarung ergänzt gemäß ihres Abschnitts P.5 S. 1 den Gesellschaftsvertrag.

3 Jedenfalls bis zu den auf der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2018 gefassten streitgegenständlichen Beschlüssen war der Kläger Gesellschafter der Beklagten, die ein Stammkapital von 25.000 €, bestehend aus 25.000 Geschäftsanteilen zu je 1 €, hat. Der Kläger hielt davon 25 %, nämlich die Geschäftsanteile mit den laufenden Nummern 16.126 bis 22.375. Neben dem darauf anteilig entfallenden Stammkapital von 6.250 € leistete der Kläger noch eine „Einlage in Rücklagen“ i. H. v. 293.750 € und damit insgesamt 300.000 € (vgl. Abschnitt P.2 der Gesellschaftervereinbarung [...]). Diese Zahlung bildet den sog. „CEO-Erwerbspreis“. Von der „Einlage in die Rücklage“ zahlte die Beklagte nach der Feststellung, dass der Kapitalbedarf der Beklagten niedriger als erwartet war, 75.000 € an den Kläger zurück.

**4** Die restlichen 75 % der Gesellschaftsanteile werden von insgesamt 16 natürlichen und juristischen Personen gehalten. Auch diese leisteten neben den auf sie entfallenden Anteil des Stammkapitals jeweils eine „Einlage in die Rücklagen“, deren Höhe – wie beim Kläger – proportional zum Umfang des jeweiligen Gesellschaftsanteils war (vgl. Abschnitt P.2 der Gesellschaftervereinbarung [...]).

**5** Abschnitt 1.2.2 der Gesellschaftervereinbarung lautet wie folgt:

„Ist die Fremd- oder Mezzaninkapitalfinanzierung nicht zu angemessenen Gesamtkonditionen zu erhalten, werden die Beteiligten die Möglichkeit der Gewährung von Gesellschafterdarlehen erörtern. Es besteht jedoch keine Finanzierungspflicht der Gesellschafter. (...)“

**6** Abschnitt 1.3 der Gesellschaftervereinbarung lautet wie folgt:

„Ungeachtet der Regelungen der vorstehenden Ziffer 1.2 ist jeder Investor verpflichtet, der Gesellschaft zusätzliche Mittel zur Verfügung zu stellen, soweit diese zur Deckung einer etwaigen Nachfinanzierungsverpflichtung der Gesellschaft aus Ziffer 8.4 des V-Kaufvertrages erforderlich sind. Über Art und Höhe der zusätzlichen Mittel entscheidet die Gesellschafterversammlung mit der Maßgabe, dass alle Investoren stets nur im Verhältnis ihrer Beteiligungen zueinander verpflichtet werden dürfen.“

**7** Abschnitt 3 „Ausschüttungen an die Gesellschafter“ lautet wie folgt:

„Der Jahresüberschuss, Gewinnvträge sowie Gewinn- und Kapitalrücklagen sind von der Ausschüttung an die Gesellschafter ausgeschlossen und werden bzw. bleiben thesauriert, es sei denn, die Gesellschafterversammlung beschließt mit einfacher Mehrheit etwas anderes und diese beabsichtigte Beschlussfassung steht im Einklang mit allen Anforderungen aus bestehenden Finanzierungsverträgen der Gesellschaft und der V-Gruppengesellschaften.“

**8** Nach der Gesellschaftervereinbarung vom 24.11.2016 (Anl. K 1) (Abschnitt 6), gelten für

„die Beteiligung des CEO an der Gesellschaft, die er gemäß besonderer Vereinbarung kauft und erwirbt, (...) die in Anlage 6 (zur Gesellschaftervereinbarung) niedergelegten CEO-Zusatzbestimmungen“.

**9** Nach Ziffer 1 dieser „CEO-Zusatzbestimmungen“ (Anl. K 5) bot der CEO

„hiermit schon jetzt verbindlich und unwiderruflich aufschiebend bedingt durch den Eintritt eines der nachstehend beschriebenen Fälle seines Ausscheidens als Geschäftsführer der Gesellschaft der V. oder einer anderen V-Gruppengesellschaft („Ausscheidensfall“) [scil. an.] seine Beteiligung an die Gesellschaft oder einen oder mehrere (...) Dritte gemäß den nachstehenden Bestimmungen zu verkaufen und abzutreten.“

**10** Der „Ausscheidensfall“ war in Ziffer 1.2 der CEO-Zusatzbestimmungen wie folgt definiert:

„1.2.1 Jedwede Beendigung des Dienstvertrages oder der Organstellung als Geschäftsführer der Gesellschaft, der V oder einer V-Gruppengesellschaft;

1.2.2 Freistellung als Geschäftsführer von seiner Tätigkeit gemäß Dienstvertrag; “

**11** Der von der Gesellschaft im Falle eines „Ausscheidensfalles“ an den Kläger zu zahlende Kaufpreis war in Ziffer 6 der CEO-Zusatzbestimmungen geregelt, die wie folgt lautet:

„Der Kaufpreis für die Managementbeteiligung bei der Ausübung von Andienungs- oder Ankaufsrechten bestimmt sich in Abhängigkeit von der Art des Ankaufsbzw. Andienungsinteresses nach dem Verkehrswert (...) oder nach dem vom CEO in die Gesellschaft investierten in Höhe von EUR [d. h. der vom CEO investierte Anteil an der anfänglichen Investition von 1,2 Mio. EUR] wie folgt:

Sofern ein Akzeptiertes Ereignis (...) vorliegt, entspricht der Kaufpreis dem anteiligen Verkehrswert der Beteiligung, mindestens jedoch dem CEO-Erwerbspreis der Beteiligung.“

Nachdem die Beklagte mit notariellem Geschäftsanteilskauf- und -abtretungsvertrag vom 11.11.2016 (...) sämtliche Geschäftsanteile an der S V GmbH erworben hatte, wurde der Kläger am 1.12.2016 zum alleinigen Geschäftsführer der S V GmbH bestellt, die am 19.12.2016 in V D GmbH umfirmierte. Vor dem Erwerb der S V GmbH war der Kläger dort bereits Prokurist gewesen (vgl. insoweit den Handelsregisterauszug [...]).

**12** Mit Beschluss der Gesellschafter der Beklagten vom 26.3.2018 (...) wurde der Kläger mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der V D GmbH abberufen und von der Verpflichtung zur Arbeitsleistung freigestellt.

**13** Mit Schreiben vom 26.3.2018 (...) wurde der Geschäftsführerdienstvertrag mit dem Kläger von der V D GmbH ordentlich zum 30.9.2018 gekündigt.

**14** Eine außerordentliche Gesellschafterversammlung der Beklagten fasste am 23.4.2018 jeweils gegen die Stimmen des Klägers folgende Beschlüsse (Protokoll vom 23.4.2018 [...]):

zu TOP 1:

„Die Gesellschafterversammlung stimmt dem Erwerb der derzeit von dem Gesellschafter Dr. K A gehaltenen Geschäftsanteile (6.250 Geschäftsanteile mit den laufenden Nr. 16.126 bis 22.375) und damit dem Erwerb dieser Geschäftsanteile als eigene Geschäftsanteile der Gesellschaft zu“.

zu TOP 2:

„Die Gesellschafterversammlung bestimmt, dass die Gesellschaft die Angebote nach Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzvereinbarung annehmen soll und damit zugleich, dass auf die Benennung eines Dritten als Erwerber der von dem Gesellschafter Dr. K A gehaltenen Geschäftsanteile an der Gesellschaft verzichtet wird. Die für den Beschlussantrag stehenden Gesellschafter erklären auch für sich selbst, dass die Gesellschaft die Angebote nach Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzvereinbarung annehmen soll und dass sie auf

die Benennung eines Dritten als Erwerber der von dem Gesellschafter Dr. K A gehaltenen Geschäftsanteile an der Gesellschaft verzichten.“

zu TOP 3:

„Die Gesellschafterversammlung stimmt gemäß Ziffer 10 des Gesellschaftsvertrages der Verfügung über die Geschäftsanteile an der Gesellschaft, welche sich durch die Annahme der Angebote nach Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzvereinbarung ergibt, zu.“

zu TOP 4:

„Der Geschäftsführer der Gesellschaft, Herr C B, wird

(i) angewiesen, die in der vorliegenden Gesellschafterversammlung gefassten Gesellschafterbeschlüsse unverzüglich umzusetzen,

(ii) ermächtigt, alle zur Umsetzung dieser Gesellschafterbeschlüsse zweckmäßigen Handlungen für die Gesellschaft vorzunehmen und die Gesellschaft bei allen zweckmäßigen Erklärungen zu vertreten, und

(iii) angewiesen, insbesondere eine (notarielle) Annahmeerklärung der CEO-Zusatzbestimmungen durch die Gesellschaft abzugeben und dabei ebenfalls für die Gesellschaft zu versichern, dass die aufschiebende Bedingung für das Wirksamwerden des Angebots des Gesellschafters K A nach Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzbestimmungen eingetreten ist und dass die Voraussetzung für den Erwerb eigener Geschäftsanteile nach § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG erfüllt ist.“

**15** Für den Erwerb der Geschäftsanteile mit den laufenden Nr. 16.126 bis 22.375 erhielt der Kläger von der Beklagten 225.000 €.

**16** Mit notariellem Vertrag vom 21.12.2018 (...) 2 verkaufte die Beklagte ihre Anteile an der V D GmbH.

**17** Der Kläger behauptete, die zu Tagesordnungspunkt 1 bis 4 der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2018 gefassten Beschlüsse der Gesellschafterversammlung seien nichtig. Denn sie wirkten in der Gesamtschau wie die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers, die jedoch entsprechend § 241 Nr. 3 und 4 AktG nichtig sei, wenn bereits bei Beschlussfassung feststehe, dass die Abfindung ganz oder teilweise nur aus gebundenem Vermögen gezahlt werden könne und der Beschluss nicht klarstelle, dass die Zahlung nur bei Vorhandensein ungebundenen Vermögens erfolgen dürfe.

**18** Die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung seien aber auch bereits wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten nichtig. Sie dienten nämlich dem Zweck, dem Kläger aufgrund eines unwirksamen Angebots in den CEO-Zusatzbestimmungen aus der Gesellschaft auszuschließen und ihm damit die Beteiligung an der Gesellschaft, das heißt den Kern seiner Minderheitsposition zu nehmen. Hintergrund der Hinauskündigung des Klägers sei, dass die V D GmbH einen Verkehrswert von 10.000.000 € habe, von dem bei einem 25 %igen Anteil des Klägers an der Beklagten 2.500.000 € auf den Kläger entfielen, während die Beklagte nach seiner Hinauskündigung nur den CEO-Erwerbswert i. H. v. 300.000 € an ihn zahlen wolle.

**19** Die CEO-Zusatzbestimmungen seien insgesamt nichtig, da sie nach der Rechtsprechung des BGH gegen das Hinauskündigungsverbot verstießen. Darüber hinaus läge ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz vor, da der Kläger als einziger Investor mit dem „Damoklesschwert“ der Hinauskündigung belastet sei. Schließlich würden die CEO-Zusatzbestimmungen gegen § 622 Abs. 6 BGB sowie §§ 305 ff., 134, 138, 242 BGB verstoßen. Aufgrund der Nichtigkeit der CEO-Zusatzbestimmungen gebe es schon kein wirksames Angebot des Klägers, seine Geschäftsanteile zu verkaufen.

**20** Wenn die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2018 nicht nichtig seien, seien sie jedenfalls anfechtbar.

(...)

**22** Die Beklagte erwiderte, dass es auf die Zahlbarkeit des Kaufpreises aus freiem Vermögen der Beklagten nicht ankomme. Denn dies sei nur bei Einziehungsfällen nach § 34 GmbHG zu fordern, da dort der Einziehungsbeschluss unmittelbar zum Anteilsverlust des betroffenen Gesellschafters führe. Im streitgegenständlichen Fall würden die Gesellschafterbeschlüsse jedoch gerade keine unmittelbare rechtsgestaltende Wirkung entfalten. Vielmehr zielten sie nur darauf ab, das in den CEO-Zusatzbestimmungen abgegebene Rückkaufangebot des Klägers anzunehmen. Sollten die CEO-Zusatzbestimmungen – wie vom Kläger behauptet – unwirksam sein, würde dies nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse führen. Die Beschlüsse würden in diesem Fall lediglich leerlaufen.

**23** Aufgrund dieser vorzunehmenden inhaltlichen Trennung der Gesellschafterbeschlüsse einerseits und der CEO-Zusatzbestimmungen andererseits seien die Gesellschafterbeschlüsse selbst bei einer vom Kläger behaupteten Sittenwidrigkeit der CEO-Zusatzbestimmungen inhaltlich sittlich indifferent und daher selbst nicht sittenwidrig.

**24** Im Übrigen seien die CEO-Zusatzbestimmungen aber auch nicht unwirksam. Diese müssten sich zwar an den Grundsätzen des Hinauskündigungsverbots messen lassen. Im streitgegenständlichen Fall handle es sich aber um ein nach der Rechtsprechung des BGH zulässiges Managermodell. Denn der Kläger sei an der Beklagten mit einer Minderheitsbeteiligung unterhalb der Schwelle einer Sperrminorität beteiligt gewesen, er habe stets die Sicherheit gehabt, zumindest sein Anfangsinvestment zurückzuerhalten, und die Rückabtretung seiner Geschäftsanteile sei an die Beendigung seines Geschäftsführeramts bzw. seiner Anstellung geknüpft gewesen.

**25** Ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz läge nicht vor, da die Beteiligung des Klägers an der Beklagten und seine Geschäftsführerstellung einen sachlichen Grund für die im Vergleich zu den übrigen Gesellschaftern andersartige Behandlung darstelle.

(...)

**28** Mit ausführlich begründetem Endurteil vom 15.3.2019, 10 HK O 6998/18, stellt das LG München I antragsgemäß fest, dass die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 23.4.2018 zu den Tagesordnungspunkten 1, 2, 3 und 4 nichtig sind (Ziffer 1 des Tenors). Gleichzeitig stellte das LG München I fest, dass das Verfügungsgeschäft, mit dem die Geschäftsanteile der Beklagten mit der laufenden

Nr. 16126 bis 22375 erworben wurden, nichtig bzw. unwirksam ist (Ziffer 2 des Tenors). Schließlich verurteilt das LG München I die Beklagte, eine neue Gesellschafterliste für die Beklagte beim Handelsregister einzureichen, in der der Kläger als Inhaber der Geschäftsanteile mit der laufenden Nr. 16126 bis 22375 ausgewiesen ist (Ziffer 3 des Tenors). (...)

**29** Das LG begründete seine Entscheidung damit, dass das in Ziffer 1 der CEO-Zusatzbestimmungen vorgesehene Ankaufsrecht der Beklagten im Falle eines Ausscheidens des Klägers gemäß § 138 Abs. 1 BGB nichtig sei und diese Nichtigkeit auf die streitgegenständlichen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung durchschlage, sodass auch diese nichtig seien.

(...)

**47 B.** Die zulässige Berufung der Beklagten ist nur insoweit begründet, als der Kläger auf die Hilfswiderklage der Beklagten laut Nr. 4 des Berufungsantrags zur Zahlung von 6.250 € an die Beklagte zu verurteilen war. Im Übrigen ist die Berufung der Beklagten unbegründet, da das LG der Klage zu Recht vollumfänglich stattgegeben hat.

**48 I. 1.** Die vom Kläger angegriffenen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2018 zu TOP 1 bis 4 sind sittenwidrig und damit nichtig, da sie auf Ziffer 1 der CEO-Zusatzbestimmungen beruhen, die ihrerseits inhaltlich sittenwidrig und nichtig ist. Entgegen der Ansicht der Berufung gehen die angegriffenen Beschlüsse damit nicht nur ins Leere (vgl. zur Nichtigkeit von Gesellschafterbeschlüssen, die an sittenwidrige Satzungsklauseln anknüpfen BGH, Urteil vom 29.4.2014, II ZR 216/13, Rdnr. 10). Dass es sich bei Ziffer 1 der CEO-Zusatzbestimmungen um eine schuldrechtliche Vereinbarung und nicht – wie in der BGH-Entscheidung um eine Satzungsregelung – handelt, spielt insoweit keine Rolle. Die Natur der sittenwidrigen Regelung, auf der die angegriffenen Beschlüsse beruhen, spielt für die Frage der Sittenwidrigkeit dieser Beschlüsse keine Rolle.

**49** Die streitgegenständlichen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten beruhen auch auf Ziffer 1 der CEO-Zusatzbestimmungen. Denn schon dem Wortlaut der angegriffenen Beschlüsse zu TOP 2 bis 4 nach beziehen sich diese auf das in Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzvereinbarung vom Kläger abgegebene Angebot auf Verkauf- und Abtretung seiner Geschäftsanteile. Der Beschluss zu TOP 1 enthält zwar keine ausdrückliche Bezugnahme auf Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzbestimmungen, regelt aber den Erwerb der Geschäftsanteile des Klägers durch die Beklagte, der seinerseits das in Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzbestimmungen enthaltene Verkaufs- und Abtretungsangebot des Klägers voraussetzt.

**50 2.** Zutreffend ist das LG auf der Grundlage der Rechtsprechung des BGH zum sog. Managermodell auch davon ausgegangen, dass das in Ziffer 1 der CEO-Zusatzbestimmungen stipulierte Ankaufsrecht der Beklagten nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig und damit nichtig ist. Zu Recht hat das LG zur Begründung der Sittenwidrigkeit unter Bezugnahme auf die der BGH-Entscheidung zugrunde liegende Sachverhaltskonstellation auch entscheidend darauf abgestellt, dass es dem Kläger aufgrund des von ihm gehaltenen 25 %igen Anteils und der Vielzahl der übrigen Gesellschafter nicht faktisch unmöglich gewesen sei, in der Gesellschafterversammlung seinen

Willen durchzusetzen (...), und dass der Kläger gleichzeitig mit seiner Beteiligung das erhebliche wirtschaftliche Risiko der Bereitstellung zusätzlicher Mittel eingegangen sei (...), weshalb die Beteiligung des Klägers an der Beklagten nicht nur Annex zu seiner Stellung als Geschäftsführer der V D GmbH war (...).

**51 a.** Nach der Rechtsprechung des BGH sind gesellschaftsvertragliche Regelungen, die einem Gesellschafter, einer Gruppe von Gesellschaftern oder der Gesellschaftermehrheit in einer GmbH das Recht einräumen, einen Mitgesellschafter ohne sachlichen Grund aus der Gesellschaft auszuschließen, grundsätzlich nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig. Das gleiche gilt für neben dem Gesellschaftsvertrag getroffene schuldrechtliche Regelungen (BGH, Urteil vom 19.9.2005, II ZR 173/04, Rdnr. 10) und damit im streitgegenständlichen Fall für die Gesellschaftervereinbarung und deren Anlage 6, die CEO-Zusatzbestimmungen. Die freie Ausschließungsmöglichkeit könnte nämlich vom betroffenen Gesellschafter als Disziplinierungsmittel empfunden werden, das ihn daran hindert, von seinen Mitgliedschaftsrechten nach eigener Entscheidung Gebrauch zu machen und seine Mitgliedschaftspflichten zu erfüllen (BGH, a. a. O.).

**52** Von diesem Grundsatz der Sittenwidrigkeit macht der BGH jedoch dann eine Ausnahme, wenn wegen besonderer Umstände ein sachlicher Grund für die freie Ausschließungsmöglichkeit gegeben ist (BGH, a. a. O., Rdnr. 11), wobei eine Rückkauf- und -abtretungsvereinbarung nach den Umständen des Einzelfalles einen derartigen sachlichen Grund darstellen kann (BGH, a. a. O. Rdnr. 12).

**53** In dem von ihm entschiedenen Fall sah der BGH dies als gegeben an. Denn die gesellschaftsrechtliche Beteiligung des jeweiligen Geschäftsführers mit bis zu 10 % hatte nach dem Unternehmenskonzept die Funktion, den Geschäftsführer stärker an das Unternehmen zu binden, seine Motivation zu steigern und seine Stellung als „geschäftsführender Gesellschafter“ innerhalb des Betriebes und nach außen aufzuwerten. Dabei stand wirtschaftlich die Teilhabe am Gewinn der Gesellschaft, der jeweils vollständig ausgeschüttet wurde, im Vordergrund. Damit wurde dem Geschäftsführer eine – von seinem Geschick bei der Unternehmensführung mitabhängige und diesen Erfolg widerspiegelnde – Einnahmequelle neben seinem Gehalt eingeräumt. Demgegenüber waren die Möglichkeiten des Geschäftsführers, in der Gesellschafterversammlung seine Vorstellungen gegen den Willen der einzigen Mitgesellschafterin durchzusetzen, praktisch ausgeschlossen. Alle gesetzlichen und satzungsmäßigen Mehrheiten hatte die einzige Mitgesellschafterin. Dafür war das finanzielle Risiko des Geschäftsführers gering. Er brauchte für den Erwerb des Geschäftsanteils nicht mehr als den Nennwert zu zahlen. Im Ergebnis erlangte der Geschäftsführer eine treuhänderähnliche Stellung, deren wirtschaftlicher Wert – bei denkbar geringem eigenen Risiko – in dem erheblichen Gewinnausschüttungspotential während der Dauer seiner organschaftlichen und dienstvertraglichen Bindung an die Gesellschaft lag. Mit deren Beendigung war es selbstverständlich, dass die weitere Beteiligung ihren rechtfertigenden Sinn – Bindung an das Unternehmen, Motivationssteigerung und Belohnung für erfolgreichen Einsatz – verlor. Nur durch die Rückübertragung

wurde der Mitgeschafterin unter Wahrung ihres mindestens 90 %igen Gesellschaftsanteils die Möglichkeit eröffnet, den Nachfolger im Amt des Geschäftsführers in gleicher Weise zu beteiligen und damit das Geschäftsmodell auf Dauer fortzuführen (BGH, a. a. O. Rdnr. 13).

**54** Bei dieser Sachlage folgte der BGH, dass der das Hinauskündigungsverbot tragende Gedanke, den Gesellschafter bei der Wahrnehmung seiner Mitgliedschaftsrechte nicht unter unangemessenen Druck zu setzen, nicht berührt sei. Der Verlust der Gesellschafterstellung des Geschäftsführers falle insoweit nicht entscheidend ins Gewicht, weil die – von vornherein auf Zeit eingeräumte – Beteiligung in dem „Managermodell“ nur einen Annex zur Geschäftsführerstellung darstelle.

**55 b.** Im streitgegenständlichen Fall ist der Sachverhalt jedoch ein grundlegend anderer.

**56 aa.** Schon die Höhe des Anteils des Klägers an der Gesellschaft (25 %) spricht dagegen, die Beteiligung des Klägers als reinen Annex zu seiner Geschäftsführertätigkeit zu qualifizieren. Dies wäre nämlich nur dann der Fall, wenn es – wie im Fall des BGH aufgrund des zuletzt über 90 %igen Anteils der Mehrheitsgeschafterin – praktisch ausgeschlossen wäre, dass der Kläger seine Vorstellungen in der Gesellschafterversammlung durchsetzen kann. Gerade dies ist aber aufgrund der 25 %igen Beteiligung des Klägers und der Vielgliedrigkeit der Beklagten (neben dem Kläger noch sechzehn weitere Gesellschafter) nicht tatsächlich unmöglich.

**57** Zunächst kann der Kläger nach Ziffer 8.8 lit. b des Gesellschaftsvertrages und entsprechend § 50 Abs. 1 und Abs. 2 GmbHG die Einberufung einer außerordentlichen Gesellschafterversammlung und die dortige Behandlung von „Gegenständen zur Beschlussfassung“ erzwingen, was dem Geschäftsführer im BGH-Fall bei einem zuletzt 9,95 %igen Anteil schon nicht möglich war.

**58** Dass die sechzehn weiteren Gesellschafter in einer dergestalt vom Kläger erzwingbaren Gesellschafterversammlung sodann in jedem Fall einhellig gegen ihn stimmen, deshalb der Beklagte in der Gesellschafterversammlung praktisch immer gegen die Einheitsfront der übrigen Gesellschafter unterliegen würde und folglich faktisch von seiner Gesellschafterstellung gar keinen Gebrauch machen kann, ist von der Beklagten in erster Instanz nicht und in der Folge auch nicht einmal in der Berufungsbegründung behauptet worden. Dies unterblieb, obwohl die Stimmverhältnisse bereits in erster Instanz von den Parteien thematisiert wurden (z. B. im Schriftsatz der Beklagtenvertreter vom 6.12.2018 [...]). Auch nach den Ausführungen des LG im angegriffenen Urteil zum Einfluss des Klägers auf das Abstimmungsergebnis in der Gesellschafterversammlung der Beklagten (...) trug die Beklagte nur vor, dass es sich bei den weiteren 16 Gesellschaftern „um einen Kreis befreundeter Familien (handle), die sich zum Zwecke der privaten Geldanlage koordinieren“ (...), und dass „sich der Kläger einerseits und die persönlich verbundenen und gemeinsam agierenden anderen Gesellschafter als Gruppen“ gegenüberstünden (...). Auch die Bildung einer Gruppe bedeutet jedoch nicht ein notwendigerweise gleiches Stimmverhalten aller Gesellschafter in jeder Abstimmung einer Gesellschafterversammlung. So wird folglich auch im Schriftsatz der Beklagten-

vertreter vom 12.3.2020, mit dem auf die Berufungserwiderung repliziert wurde und in dem die Einflussmöglichkeiten des Klägers in der Gesellschafterversammlung der Beklagten erneut erörtert wurden, ein notwendigerweise stets einheitliches Stimmverhalten der übrigen 16 Gesellschafter nicht behauptet (...).

(...)

**60** Da der Kläger somit nicht von vornherein von jeglicher Mitgestaltungsmöglichkeit innerhalb der Gesellschaft ausgeschlossen ist, besteht damit aber gerade diejenige Gefahr, der nach der Rechtsprechung des BGH durch den Ausschluss der freien Hinauskündbarkeit begegnet werden soll: nämlich dass der Kläger als Gesellschafter bei der Abstimmung in der Gesellschafterversammlung unangemessen unter Druck gesetzt wird, weil er jederzeit durch eine einfache Mehrheit der übrigen Gesellschafter über die Beendigung seiner Geschäftsführerstellung aus der Gesellschaft hinausgekündigt werden kann.

**61 bb.** Darüber hinaus spricht für eine Sittenwidrigkeit der vereinbarten freien Hinauskündigung auch, dass der Kläger nach Abschnitt 1.3 der Gesellschaftervereinbarung verpflichtet ist, der Beklagten zusätzliche Mittel zur Verfügung zu stellen, soweit diese zur Deckung einer etwaigen Nachfinanzierungsverpflichtung der Gesellschaft aus dem V-Kaufvertrag erforderlich ist. Diese ggf. vom Kläger neben dem Nennbetrag seines Kapitalanteils und der Einlage in die Rücklage zusätzlich einzubringenden Mittel fallen jedoch nicht unter die Regelung der Ziffer 6.1. der CEO-Zusatzbestimmungen, wonach der Kläger bei seinem Ausscheiden jedenfalls den CEO-Erwerbspreis und damit den Nominalwert seiner Beteiligung zuzüglich der in die Rücklage geleisteten Einlage von der Beklagten zurück erstattet erhält. Der Kläger trägt damit nach der vertraglichen Gestaltung nicht nur das Insolvenzrisiko hinsichtlich seines Anspruchs gegen die Beklagte auf Rückzahlung des Nennwerts seiner Gesellschaftsanteile sowie der „Einlage in die Rücklage“, sondern ein weitergehendes, von der Insolvenz der Gesellschaft unabhängiges wirtschaftliches Risiko. Dies hebt den Kläger aber von der Stellung eines reinen GmbH-Geschäftsführers ab, der grundsätzlich nicht für Verbindlichkeiten der Gesellschaft einzustehen hat, sodass die Gesellschafterstellung des Klägers auch nicht mehr nur als bloßer Annex zu seiner Geschäftsführertätigkeit angesehen werden kann. Da nach der Rechtsprechung des BGH diese Annex-eigenschaft der Gesellschafterstellung aber gerade der Grund dafür ist, dem Verlust der Gesellschafterstellung des Geschäftsführers gegenüber der in § 38 Abs. 1 GmbHG vorgesehenen jederzeitigen Abberufbarkeit eines Geschäftsführers keine entscheidende Bedeutung beizumessen (vgl. BGH, a. a. O. Rdnr. 14), kommt umgekehrt, das heißt, wenn die Gesellschafterstellung nicht nur bloßer Annex der Geschäftsführertätigkeit ist, dem Verlust der Gesellschafterstellung ein die jederzeitige Abberufbarkeit übersteigendes Gewicht bei. Dies hat dementsprechend die Sittenwidrigkeit der streitgegenständlichen Hinauskündigungsregelungen zur Folge. Das LG Stuttgart geht deshalb in seiner von der Beklagten in Bezug genommenen Entscheidung vom 10.10.2018 (Az. 40 O 26/18 KfH, dort Rdnr. 69) fehl, wenn es pauschal annimmt, dass „(d)ie Übernahme eines unternehmerischen Risikos (...) letzt-

lich nicht ausschlaggebend für die Frage der Sittenwidrigkeit einer Hinauskündigungsklausel sei“. Unerheblich ist nach Auffassung des Senats vielmehr nur, wie hoch das vom Geschäftsführer mit seiner Beteiligung eingegangene Insolvenzrisiko betragsmäßig ist, da dieses bei dem vom BGH grundsätzlich für zulässig erklärten Managermodell nicht vermeidbar ist.

**62** cc. Hinzu kommt schließlich, dass sich im Gegensatz zu dem dem BGH-Urteil zugrunde liegenden Sachverhalt (und im Übrigen auch anders als nach dem Sachverhalt des Urteils des LG Stuttgart vom 10.10.2018, 40 O 26/18 KfH, Rdnr. 5 und 6) der Gesellschaftervereinbarung schon nicht entnehmen lässt, dass bei der Beteiligung des Klägers wirtschaftlich die Teilhabe am Gewinn der Beklagten im Vordergrund stand, um dadurch die Bindung des Klägers an das Unternehmen zu verstärken, seine Motivation zu steigern und/oder eine Belohnung für seinen erfolgreichen Einsatz zu gewähren. Weder der Gesellschaftsvertrag, die Gesellschaftervereinbarung noch die CEO-Zusatzbestimmungen enthält nämlich diesbezüglich irgendwelche Anhaltspunkte. Insbesondere bezeichnet die Gesellschaftervereinbarung alle Gesellschafter unterschiedslos als „Investoren“.

**63** Gegen ein „erhebliches Gewinnausschüttungspotential“ im Sinne der BGH-Entscheidung und damit eine Belohnungs- oder Anreizfunktion spricht schon, dass nach Abschnitt 3.1 der Gesellschaftervereinbarung ein etwaiger Jahresüberschuss, Gewinnvorträge sowie Gewinn- und Kapitalrücklagen grundsätzlich thesauriert werden, es sei denn die Gesellschafterversammlung beschließt anderweitig. Ein solcher anderweitiger Gewinnverwendungsbeschluss der Gesellschafterversammlung setzt aber nach Abschnitt 3.1 der Gesellschaftervereinbarung auch noch zusätzlich voraus, dass die Gewinnausschüttung „im Einklang mit allen Anforderungen aus bestehenden Finanzierungsverträgen der Gesellschaft und der V-Gruppengesellschaften“ steht. Dies bedeutet, dass eine Gewinnausschüttung an den Kläger nicht nur von der wirtschaftlichen Situation der von ihm geführten Tochtergesellschaft, nämlich der V D GmbH, abhängt, sondern darüber hinaus auch noch von der finanziellen Situation der Beklagten als Muttergesellschaft und etwaiger anderer Tochtergesellschaften, auf die der Kläger als Geschäftsführer nur der V D GmbH aber gar keinen Einfluss hat. Auch schlägt nicht jeder bei der V D GmbH als Tochter erzielte Gewinn notwendigerweise auf die Beklagte als Mutter durch. Damit wird der Kläger aber mit seinem Gesellschaftsanteil nicht in erster Linie für den eigenen wirtschaftlichen Erfolg bei der Leitung der V D als Geschäftsführer belohnt, sodass es sich bei der Gesellschaftsbeteiligung auch nicht um einen bloßen Annex zu seiner Geschäftsführertätigkeit handelt. Vielmehr stellt sich seine Beteiligung als ein unternehmerisches Investment dar, dessen Erfolg von einer Vielzahl von Faktoren bestimmt werden kann, die von seiner Tätigkeit als Geschäftsführer der V D GmbH unbeeinflusst sind.

**64** Selbst wenn man – wie die Beklagte (...) – argumentiert, dass durch die in Abschnitt 3.1 der Gesellschaftervereinbarung vorgesehene grundsätzliche Thesaurierung etwaiger Gewinne der Verkehrswert der Beklagten erhöht würde und sich dies auf den dem Kläger bei seinem Ausscheiden aus der

Beklagten zustehenden Abfindungsbetrag übertragen würde, würde der Verkehrswert der Beklagten – wie soeben oben dargelegt – maßgeblich von Faktoren mitbestimmt, auf die der Kläger als Geschäftsführer nur der V D keinen Einfluss hat. Im Übrigen hätte die Gewinnthesaurierung im streitgegenständlichen Fall nach dem eigenen Vortrag der Beklagten auch gar keine für den Kläger wirtschaftlich vorteilige Auswirkungen gehabt. Denn der Verkehrswert der Beteiligung des Klägers betrage aufgrund der vertraglich vereinbarten Berechnung des Abfindungswertes zum Ausscheidenszeitpunkt 0 € (...).

**65** Insgesamt spricht nach der vertraglichen Gestaltung im streitgegenständlichen Fall mehr dafür, dass es sich bei der Beteiligung des Klägers um ein „normales“ Investment in eine Gesellschaft handelt.

**66** Nach alledem kommt es für die Unbedenklichkeit eines Managermodells entscheidend darauf an, dass es in Anbetracht des prozentualen Anteils des Geschäftsführers an der Gesellschaft und unter Berücksichtigung deren Gesellschafterstruktur praktisch ausgeschlossen ist, dass der Geschäftsführer durch sein Stimmverhalten Entscheidungen der Gesellschafterversammlung beeinflussen kann, dass er kein über das bloße Insolvenzrisiko hinausgehendes wirtschaftliches Risiko übernimmt und dass mit der Gesellschaftsbeteiligung eine Anreiz- und Belohnungsfunktion verbunden ist. Da diese Voraussetzungen allesamt nicht erfüllt sind, ist – wie das LG zutreffend angenommen hat – die Regelung der Ziffer 1 der CEO-Zusatzbestimmungen nach § 138 Abs. 1 BGB sittenwidrig, womit auch die angegriffenen Beschlüsse zu TOP 1 bis 4 der Gesellschafterversammlung vom 23.4.2018 nichtig und nicht nur anfechtbar sind.

**67** II. Zutreffend hat das LG auch die Nichtigkeit des Verfügungsgeschäfts, mit dem die Geschäftsanteile mit der laufenden Nummer 16.126 bis 22.375 von der Beklagten erworben wurden, festgestellt (...). Mit ihrer Behauptung, eine Unwirksamkeit der CEO-Zusatzbestimmungen ließe die Wirksamkeit des Verfügungsgeschäfts unberührt (...), weshalb das LG die Feststellung (...) zu Unrecht getroffen habe, vermag die Beklagte nicht durchzudringen. Denn dabei übersieht sie schon, dass Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzbestimmungen ausdrücklich auch das Angebot des Klägers, „seine Beteiligung (...) abzutreten“ und damit nicht nur ein Angebot zur Vornahme eines Verpflichtungsgeschäfts, sondern gleichzeitig auch das Angebot auf Vornahme des Verfügungsgeschäfts enthält. Die Sittenwidrigkeit erstreckt sich schon deshalb auch auf das Verfügungsgeschäft.

**68** III. Ebenfalls zu Recht hat das LG die Beklagte (...) zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste, die den Kläger als Inhaber der Geschäftsanteile mit der laufenden Nummer 16.126 bis 22.375 ausweist, verurteilt.

**69** 1. Unzutreffend ist insoweit der Einwand der Beklagten, dass, wenn man annehmen wollte, dass die Nichtigkeit der CEO-Zusatzbestimmungen zur Unwirksamkeit des angegriffenen Verfügungsgeschäfts führt, dies auch in gleicher Weise für das Verfügungsgeschäft gelte, mit dem der Kläger die Beteiligung an der Beklagten erworben habe. § 138 Abs. 1 BGB schützt nämlich mit der grundsätzlichen Sittenwidrigkeit der freien Hinauskündbarkeit eines Gesellschafters eben diesen

und nur diesen. Wird aber gegen ein Gesetz verstoßen, das eine Vertragspartei vor bestimmten nachteiligen Klauseln wie Streitgegenständlich der freien Hinauskündbarkeit schützen soll, beschränkt sich die Nichtigkeit nach dem Zweck der Verbotsnorm auf die verbotene Klausel, das Geschäft im Übrigen bleibt wirksam (vgl. Palandt/*Ellenberger*, 79. Aufl. 2020, § 139 Rdnr. 18), wovon bei Gesellschaftsverträgen ohnehin grundsätzlich auszugehen ist (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 139 Rdnr. 15)

**70 2.** Im Übrigen trägt aufgrund der salvatorischen Klausel in Abschnitt 10.6 der Gesellschaftervereinbarung abweichend von § 139 BGB die Beklagte die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Sittenwidrigkeit von Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzbestimmungen und damit einer Einzelnorm zur Gesamtnichtigkeit des Rechtsgeschäfts, das heißt nicht nur der CEO-Zusatzbestimmungen, sondern auch der Gesellschaftervereinbarung und des Gesellschaftsvertrages führt (vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 139 Rdnr. 17). Dies behauptet allerdings nicht einmal die Beklagte. Denn sie führt in der Berufungserwiderung nur aus, dass eine Nichtigkeit der CEO-Zusatzbestimmungen auch die Nichtigkeit des ursprünglichen Anteilserwerbs durch den Kläger gemäß § 139 BGB nach sich zöge (...). Eine Nichtigkeit des gesamten Gesellschaftskonstrukts wird nicht vorgetragen. Die Beklagte kann sich allerdings im Rahmen des § 139 BGB nicht auf die Nichtigkeit nur der ihr nicht konvenierenden Vertragsbestandteile berufen. Denn entweder ist nach § 139 BGB das gesamte Rechtsgeschäft und damit alle gesellschaftsrechtlichen Regelungen nichtig (womit im Übrigen eine faktische Gesellschaft unter Einschluss des Beklagten bestünde) oder es verbleibt bei der Nichtigkeit der sittenwidrigen Einzelklausel mit der Folge, dass nur die freie Hinauskündbarkeit des Klägers aus der Beklagten nicht möglich ist.

**71 3.** Die Folgen der Sittenwidrigkeit der Ziffer 1.1 der CEO-Zusatzbestimmungen kann die Beklagten auch nicht durch die Berufung auf einen angeblichen Wegfall der Geschäftsgrundlage abwenden.

(...)

**88 III.** Die Revision gegen dieses Urteil war nicht zuzulassen, da Revisionsgründe (§ 543 ZPO) nicht vorliegen. Weder hat die Sache grundsätzliche Bedeutung noch erfordern die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Revisionsgerichts. Zu würdigen waren ausschließlich die Umstände des Einzelfalles.

## 15. Zur Zulässigkeit der freiwilligen Einreichung einer GmbH-Gesellschafterliste trotz Fehlens einer Veränderung

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 17.4.2020, 3 Wx 57/20

*FamFG §§ 58, 59, 70 Abs. 2*

*GmbHG § 40 Abs. 1 Satz 1*

### LEITSATZ:

**Die Einreichung einer den neuen gesetzlichen Vorgaben entsprechenden Liste der Gesellschafter einer GmbH ohne sonstige Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder im Umfang ihrer Beteiligung ist zulässig (Leitsatz der Schriftleitung)**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in der DNotZ 2020, 786.

## 16. Zur Formulierung der Einzahlungsversicherung in der Gründungsanmeldung der GmbH

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.2.2020, I-3 Wx 21/20

*BGB § 366 Abs. 1, Abs. 2*

*GmbHG § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2, § 19 Abs. 1*

### LEITSÄTZE:

1. Verbindet die zur Geschäftsführung bestellte Gesellschafterin die Anmeldung der Gesellschaft (hier: GmbH) zum Handelsregister mit der Versicherung, „dass sie als Gesellschafterin auf die Geschäftsanteile Nr. 1-25.000 einen Barbetrag von 12.500 € eingezahlt“ habe, so genügt sie damit nicht der Verpflichtung des mehrere Geschäftsanteile inne habenden Gesellschafters, die Einlageleistung für jeden einzelnen Geschäftsanteil gesondert zu beziffern.
2. Gibt der Antragsteller ernsthaft und endgültig zu erkennen, dass er nicht gewillt ist, seine Anmeldung entsprechend den vom Registergericht genannten Anforderungen (hier: gesonderte Bezifferung der Einlageleistung für jeden einzelnen Geschäftsanteil des mehrere Geschäftsanteile übernehmenden Gesellschafters) zu ergänzen, so darf das Registergericht nicht durch Zwischenverfügung entscheiden, bzw. diese nicht aufrechterhalten, sondern muss – auf der Basis seiner eigenen Rechtsauffassung – über den Eintragungsantrag entscheiden (Bestätigung der Senatsrechtsprechung, FGPrax 2013, 14; ZEV 2016, 707).

## INTERNATIONALES PRIVATRECHT

### 17. Auflassung vor ausländischem Notar

BGH, Beschluss vom 13.2.2020, V ZB 3/16 (Vorinstanz: OLG Karlsruhe, Beschluss vom 3.12.2015, 14 Wx 3/15)

BGB § 925 Abs. 1 Satz 2, § 925a

EVÜ Art. 9 Abs. 6

GBO § 78 Abs. 1 und 3

#### LEITSATZ:

**Die in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Auflassung bestimmte Form kann im Fall des Satzes 2 der Vorschrift nur durch deren Erklärung durch die gleichzeitig anwesenden Beteiligten vor einem im Inland bestellten Notar gewahrt werden.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1 I.** Der Beteiligte zu 1 ist als Alleineigentümer des (...) in Deutschland unweit der Schweizer Grenze gelegenen Grundstücks eingetragen. Mit Vertrag vom 30.5.2014 verpflichtete er sich zur Übertragung eines hälftigen Miteigentumsanteils an dem vorbenannten Grundstück auf die Beteiligte zu 2. Die Beteiligten einigten sich dabei über den Eigentumsübergang; der Beteiligte zu 1 bewilligte und die Beteiligte zu 2 beantragte, sie als jeweils hälftige Miteigentümer in das Grundbuch einzutragen. Der Vertrag wurde durch einen Schweizer Notar mit Amtssitz in Basel beurkundet.

**2** Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung des Eigentumswechsels zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1 hat das OLG zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde wendet sich dieser weiterhin gegen die Verfügung des Grundbuchamtes.

**3 II.** Das Beschwerdegericht meint, bei einem Schweizer Notar handele es sich nicht um eine im Sinne des § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB zuständige Stelle. Auch wenn dies dem Wortlaut und dem Sinn und Zweck der Vorschrift nicht eindeutig zu entnehmen sei, so spreche doch die Entstehungsgeschichte für diese Auslegung. Aus der Gesetzgebungshistorie ergebe sich, dass der Gesetzgeber von der Zuständigkeit nur deutscher Notare ausgegangen sei. Es könne nicht angenommen werden, dass er die in § 925a BGB niedergelegte Pflicht ausländischer Notaren habe übertragen wollen. Die häufig fehlende Vertrautheit ausländischer Notare mit dem sachenrechtlichen Institut der Auflassung und deren Ortsferne wie auch die Sicherung der rechtzeitigen Information der Genehmigungs- und Steuerbehörden rechtfertige die ausschließliche Zuständigkeit deutscher Notare. Aus dem Abkommen zwischen der Schweizerischen Eidgenossenschaft einerseits und der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten andererseits über die Freizügigkeit vom 21.6.1999 ergebe sich nichts anderes, da die dort vereinbarte Dienstleistungsfreiheit nicht für die Ausübung hoheitlicher Befugnisse gelte, wozu die Beurkundungstätigkeit der Notare gehöre.

**4 III.** Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige

Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Das Grundbuch hat die Eintragung der Auflassung zu Recht verweigert.

**5 1.** Das Beschwerdegericht geht zutreffend von § 20 GBO aus. Danach darf die Eintragung der Auflassung nur erfolgen, wenn die dazu erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist und dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird. Die Beteiligten haben dem Grundbuchamt eine von einem in Basel, Schweiz, ansässigen Notar errichtete öffentliche Urkunde vorgelegt, nach deren § 4 sie vor ihm die Auflassung eines hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück durch den Beteiligten zu 1 an die Beteiligte zu 2 erklären. Richtig nimmt das Beschwerdegericht weiter an, dass diese Einigung nicht wirksam ist und deshalb den Anforderungen des § 925 BGB nicht genügt.

**6 2.** Die Wirksamkeit der Auflassung richtet sich nicht nur in materiellrechtlicher Hinsicht, sondern auch hinsichtlich der zu beachtenden Form nach deutschem Sachrecht. Die Formwirksamkeit von Verträgen bestimmt sich zwar nach dem im Verhältnis zur Schweiz anwendbaren Art. 9 Abs. 1 EVÜ, der inhaltlich Art. 11 Abs. 1 EGBGB und Art. 11 Abs. 1 der Verordnung (EG) Nr. 593/2008 über das auf vertragliche Schuldverhältnisse anzuwendende Recht (Rom I) entspricht, alternativ nach dem auf den Vertrag anwendbaren Recht oder nach dem Recht des Staates, in dem er geschlossen wurde (sog. Ortsform). Die Form wäre deshalb schon gewahrt, wenn der Vertrag der Ortsform entspricht. Danach wäre das der hier einzutragenden Auflassung zugrunde liegende Verpflichtungsgeschäft der Beteiligten wirksam, wenn und weil es der für solche Verträge in der Schweiz geltenden Form genügt. Diese Regelung gilt aber nach Art. 9 Abs. 6 EVÜ, der inhaltlich Art. 11 Abs. 5 der Rom I Verordnung und hier im Ergebnis auch der etwas anders gefassten Regelung in Art. 11 Abs. 4 EGBGB entspricht, nicht für Verträge, die ein dingliches Recht an einem Grundstück zum Gegenstand haben. Dingliches Recht an einem Grundstück im Sinne dieser Vorschriften ist auch ein Miteigentumsanteil an einem Grundstück (für die korrespondierende Regelung in Art. 43 EGBGB: BGH, Urteil vom 20.7.2017, IX ZB 69/16, WM 2017, 1618 Rdnr. 19). Für solche Rechte gelten die zwingenden Formvorschriften des Staates, in dem das Grundstück belegen ist, sofern sie nach dem Recht dieses Staates ohne Rücksicht auf den Ort des Abschlusses des Vertrages und auf das auf ihn anzuwendende Recht gelten. Danach bestimmt sich nicht nur die materiellrechtliche, sondern auch die Formwirksamkeit der Auflassung nach deutschem Sachrecht, weil Gegenstand der Auflassung das (Mit-)Eigentum an einem in Deutschland belegenen Grundstück ist.

**7 3.** Die Maßgeblichkeit deutschen Sachrechts muss allerdings nicht bedeuten, dass ein darin bestimmtes Formerfordernis der notariellen Beurkundung nur mit der Beurkundung durch einen im Inland bestellten Notar und nicht durch einen im Ausland bestellten Notar erfüllt werden könnte. In Abhängigkeit von den Zwecken, die mit der im deutschen Sachrecht bestimmten Form verfolgt werden, kann die notarielle Beurkundung durch einen im Ausland bestellten Notar dem Formerfordernis des deutschen Sachrechts genügen. Anerkannt ist dies im Gesellschaftsrecht. Für die Abtretung des Geschäftsanteils an einer deutschen GmbH ist in § 15 Abs. 3 GmbHG

die notarielle Form vorgeschrieben. Dieses Formerfordernis des deutschen Rechts kann durch eine Beurkundung durch einen in der Schweiz bestellten Notar erfüllt werden, wenn sie der Beurkundung durch einen in Deutschland bestellten Notar gleichwertig ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 und vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rdnr. 13 ff. sowie Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, NJW-RR 1989, 1259, 1261). Für Beurkundungen durch einen in Basel bestellten Notar ist die Gleichwertigkeit anerkannt (BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZB 6/13, a. a. O. Rdnr. 23; Nachweise zu anderen Schweizer Kantonen bei MünchKomm-BGB/Spellenberg, 7. Aufl., Art. 11 EGBGB Rdnr. 88).

**8 4.** Im Unterschied dazu kann die in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB für die Auflassung bestimmte Form im Fall des Satzes 2 der Vorschrift nur durch deren Erklärung durch die gleichzeitig anwesenden Beteiligten vor einem im Inland bestellten Notar gewahrt werden.

**9 a)** Die Frage ist allerdings umstritten.

**10 aa)** Nach weit überwiegender Ansicht ist nur ein im Inland bestellter Notar für die Entgegennahme der Auflassungserklärung nach § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB zuständig (vgl. KG, DNotZ 1987, 44, 45 ff.; OLG Köln, OLGZ 1972, 321, 322; LG Ellwangen, BWNNotZ 2000, 45, 46; Palandt/Thorn, 79. Aufl., Art. 11 EGBGB Rdnr. 10; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Vierter Teil Rdnr. 3337; Staudinger/Hertel, Neub.2017, BeurKG Rdnr. 855; LNotK Bayern, DNotZ 1964, 451; Blumenwitz, DNotZ 1968, 712, 736; Döbereiner, ZNotP 2001, 465, 466 ff.; Kanzleiter, DNotZ 2007, 222, 224 f.; Kropholler, ZHR 140 [1976], 394, 410 f.; Riedel, DNotZ 1955, 521; Rothoefl in FS Esser, 1975, S. 113 ff., 127; Saage, DNotZ 1953, 584, 587; Schäuble, BWNNotZ 2018, 60, 65; offen gelassen von OLG Brandenburg, Beschluss vom 17.9.2009, 5 Wx 6/09, juris Rdnr. 15). Nach der Gegenauffassung ist auch ein im Ausland bestellter Notar zuständige Stelle im Sinne von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Erman/Hohloch, BGB, 15. Aufl., Art. 11 EGBGB Rdnr. 34; MünchKomm-BGB/Spellenberg, 8. Aufl., Art. 11 EGBGB Rdnr. 81; ders. in FS Schütze, 1999, S. 887 ff., 894 f., 897; Staudinger/Winkler von Mohrenfels, Neub. 2019, Art. 11 EGBGB Rdnr. 302; Heinz, RIW 2001, 928, 929 ff.; Küppers, DNotZ 1973, 645, 677; Mann, NJW 1955, 1177, 1178 und ZHR 138 [1974], 448, 456; Stauch, Die Geltung ausländischer notarieller Urkunden in der Bundesrepublik Deutschland, [1983], 119-122).

**11 bb)** Der BGH hat sich mit der Frage bislang nur beiläufig befasst. Er hat nur entschieden, es sei revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, wenn die durch einen amerikanischen Notar beurkundete Auflassung von in Deutschland belegenen Grundstücken als den Anforderungen des § 925 BGB nicht genügend angesehen werde (BGH, Urteil vom 10.6.1968, III ZR 15/66, WM 1968, 1170, 1171).

**12 b)** Der Senat entscheidet die Frage im Sinne der überwiegenden Ansicht.

**13 aa)** Der Wortlaut des § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB lässt allerdings die Auslegung zu, dass die Formulierung „jeder Notar“ auch ausländische Notare erfasst. Für ein solches Verständnis der Vorschrift ließe sich der Vergleich zu der

Regelung über die Beurkundung einer Vollstreckungsunterwerfung in § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO anführen, die auf in Deutschland zugelassene Notare beschränkt sein soll und dies ausdrücklich so bestimmt. An einer expliziten Regelung dieser Art fehlt es in § 925 BGB. Weit verstanden wird der Begriff „eines in notarieller Form geschlossenen Vertrags“ in § 15 Abs. 3 GmbHG. Dieser Form genügt nach der Rechtsprechung des BGH, wie ausgeführt, auch die Beurkundung der Abtretung eines GmbH-Anteils durch einen ausländischen Notar, wenn sie – wie im Fall eines Schweizer Notars – gleichwertig ist (vgl. BGH, Beschlüsse vom 16.2.1981, II ZB 8/80, BGHZ 80, 76, 78 und vom 17.12.2013, II ZB 6/13, BGHZ 199, 270 Rdnr. 13 ff. sowie Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, NJW-RR 1989, 1259, 1261). Andererseits kann auch im Gesellschaftsrecht nicht ohne Weiteres davon ausgegangen werden, dass die den inländischen Notaren übertragenen Aufgaben auch von ausländischen Notaren übernommen werden können. So regelt etwa § 8 Abs. 3 Satz 2 GmbHG ausdrücklich, dass die Belehrung der Geschäftsführer einer GmbH auch durch einen im Ausland bestellten Notar erfolgen kann. Eine solche Regelung enthält § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls nicht. Die der vorliegenden strukturell vergleichbare Frage, ob die in den westlichen Bundesländern bestellten Notare vor dem Wirksamwerden des Beitritts im Beitrittsgebiet wirksam Beurkundungen vornehmen konnten, hat der Gesetzgeber mit Art. 231 § 7 Abs. 1 EGBGB durch eine ausdrückliche gesetzliche Regelung im positiven Sinne geklärt (BT-Drucks. 12/2480, S. 76 f.).

**14 bb)** Die Entstehungsgeschichte der Norm ergibt indessen eindeutig, dass in § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB nur ein im Inland bestellter Notar gemeint ist.

**15 (1)** Das Reichsjustizamt hatte mit der Vorschrift des § 925 BGB erreichen wollen, dass die Auflassung ausschließlich vor dem Grundbuchamt erklärt werden konnte. Es war nämlich der Überzeugung, dass nur so eine überlegte, missbrauchsfreie, zügige und rechtssichere Erklärung und Umsetzung der Auflassung zu erreichen war (Mugdan, Gesamte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. III S. 174; Einzelheiten bei Pajunk, Die Beurkundung als materielles Formerfordernis der Auflassung, 2002, 109-116). Dieses Ziel konnte das Reichsjustizamt in den parlamentarischen Beratungen zum Bürgerlichen Gesetzbuch nur teilweise erreichen. Nach § 925 Abs. 1 BGB in der letztlich verabschiedeten Ursprungsfassung des BGB vom 18.8.1896 (RGBl. S. 195) musste die Auflassung zwar vor dem Grundbuchamt erklärt werden. Nach dem gleichzeitig verabschiedeten früheren Art. 143 Abs. 1 EGBGB blieben aber die landesgesetzlichen Vorschriften unberührt, welche für die im Gebiet des jeweiligen Landes liegenden Grundstücke bestimmten, dass die Einigung der Parteien im Fall des § 925 BGB außer vor dem Grundbuchamt auch vor Gericht, vor einem Notar, vor einer anderen Behörde oder vor einem anderen Beamten erklärt werden konnte.

**16 (2)** Damit waren nur von dem jeweiligen Land bestellte Notare angesprochen; die Länder konnten die Entgegennahme der Auflassungserklärung durch „ihre“ Notare auch nur für Auflassungserklärungen vorsehen, die Grundstücke in ihrem jeweiligen Gebiet betrafen. Das ergibt sich mittelbar aus § 1 der Verordnung über Auflassungen, landesrechtliche Ge-

bühren und Mündelsicherheit vom 11.5.1934 (RGBl. I, S. 378). Nach Satz 1 dieser Bestimmung konnten unabhängig von dem Bestehen oder Nichtbestehen landesgesetzlicher Vorschriften Auffassungen in allen Ländern außer vor dem Grundbuchamt oder einer sonstigen nach Landesrecht zuständigen Stelle auch vor einem Notar erklärt werden. Das galt nach Satz 2 der Vorschrift auch für Grundstücke, die außerhalb des Amtsbezirks des Notars oder des Landes, von dem er bestellt war, lagen. Hieraus folgt, dass es nur um im Inland bestellte Notare ging.

**17** (3) Daran hat sich durch die Überführung dieser und der begleitenden Vorschrift in § 2 der Verordnung von 1934 in das BGBB durch das Gesetz zur Wiederherstellung der Gesetzes einheit auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts vom 5.3.1953 (BGBl. I, S. 33) nichts geändert. Mit der Formulierung „jeder Notar“ sollten die Regelungen in § 1 der Verordnung von 1934 redaktionell gestrafft, aber inhaltlich unverändert mit dem heutigen § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB in das BGB integriert werden (BT-Drucks. I/3824, S. 17; weitere Einzelheiten bei *Riedel*, DNotZ 1955, 521, 522 f.). Mit dem Inkrafttreten des BeurkG am 1.1.1970 hielt der Gesetzgeber an dieser Regelung uneingeschränkt fest. Mit dem Gesetz fielen mit Ausnahme der Zuständigkeit der Konsularbeamten nach § 925 Abs. 1 Satz BGB i. V. m. § 12 KonsG und der gerichtlichen Zuständigkeit nach § 925 Abs. 1 Satz 3 BGB alle anderen Zuständigkeiten für die Entgegennahme der Auflassung, auch die Zuständigkeit der Grundbuchämter, weg. Zu keinem Zeitpunkt hat der Gesetzgeber erwogen, eine Zuständigkeit zur Entgegennahme der Auflassungserklärung für im Ausland bestellte Notare zu begründen.

**18** c) Die Zuständigkeit von im Ausland bestellten Notaren zur Entgegennahme der Einigung über die Übertragung des Eigentums an im Inland belegenen Grundstücken lässt sich auch nicht im Wege einer analogen Anwendung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB begründen. Eine solche Auslegung setzt einen entsprechenden Willen des Gesetzgebers voraus (vgl. Senat, Urteil vom 22.2.2019, V ZR 225/17, NJW-RR 2019, 845 Rdnr. 35), an dem es aber fehlt.

**19** aa) Die mit der Einführung des Abstraktionsprinzips bewirkte „völlige Lösung des dinglichen Vertrages von dessen obligatorischem Grunde“ (Mugdan, *Gesammte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. III, S. 175) erforderte nach der Auffassung des Gesetzgebers bei der Begründung beschränkter dinglicher Rechte keine besonderen flankierenden Maßnahmen. Er hat deshalb für den auch hierfür nach § 873 Abs. 1 BGB erforderlichen dinglichen Vertrag keine Form vorgeschrieben und als Grundlage für die Eintragung in das Grundbuch die öffentlich zu beglaubigende Bewilligung des Eigentümers gemäß §§ 19, 29 GBO ausreichen lassen. Anders wurde dagegen die Situation bei dem dinglichen Vertrag über die Übertragung des Eigentums an Grundstücken beurteilt. Sie hatte aus der Sicht des Gesetzgebers als Grundlage beschränkter dinglicher Rechte eine deutlich größere wirtschaftliche und rechtliche Bedeutung. Er befürchtete, dass ohne besondere Vorkehrungen Übertragungen des Eigentums leichtfertig und ohne Veranlassung, aber auch ohne Kenntnis von zwischenzeitlichen Verfügungen über das Eigentum, vorgenommen werden könnten und dass die Richtigkeit des

Grundbuchs durch die an sich mögliche getrennte Erklärung von Antrag und Annahme des Antrags und eine verzögerte Übermittlung der Erklärungen an das Grundbuchamt, aber auch durch technisch unzureichende Erklärungen gefährdet werden könnte (Mugdan, *Gesammte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. III, S. 174 f.).

**20** bb) Diesen Gefahren ließ sich aus der Sicht des Gesetzgebers am besten dadurch begegnen, dass die Auflassung bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor dem Grundbuchamt zu erklären ist. Durch die gleichzeitige Anwesenheit kommt die Einigung sofort zustande. Die Notwendigkeit, die Auflassung gemeinsam „vor offenem Buche“ und gegenüber dem für die Eintragung zuständigen Grundbuchbeamten zu erklären, würde den Beteiligten die Bedeutung ihrer Erklärung schon deshalb bewusst machen, weil sie mit ihrer sofortigen Eintragung in das Grundbuch rechnen müssten. Gleichzeitig hätten sie auch die Möglichkeit, durch Einsicht in das offene Buch festzustellen, ob zwischenzeitlich über das Eigentum verfügt worden war. Übermittlungsprobleme ergäben sich nicht, weil die Auflassung gegen der das Grundbuch führenden Stelle erklärt würde (Mugdan, *Gesammte Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, Bd. III, S. 175).

**21** d) Eine andere Auslegung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB folgt nicht aus dem Zweck der Vorschrift. Dieser lässt sich nur mit einer hoheitlichen Bestellung der Notare im Inland erreichen.

**22** aa) Der Gesetzgeber hat allerdings das Prinzip der Erklärung der Auflassung vor offenem Buche aufgegeben, wenn auch nur zögernd und vollständig erst mit dem Inkrafttreten des BeurkG am 1.1.1970. Die schrittweise Übertragung der Zuständigkeit für die Entgegennahme der Auflassungserklärung im Inland auf die Notare (Einzelheiten bei *Riedel*, DNotZ 1955, 521, 522 f.) und die Begründung der Zuständigkeit für die Entgegennahme der Auflassung im Ausland durch die Konsularbeamten hat er zudem mit Vorkehrungen versehen, durch die die mit dem Erfordernis der durch gleichzeitig anwesenden Beteiligten abzugebenden Auflassungserklärung verfolgten Zwecke weitgehend sichergestellt werden.

**23** bb) Da es sich bei den Notaren nicht um die buchführende Stelle handelt, kann die Erklärung der Auflassung nicht mehr „vor offenem Buche“ erfolgen. Der Gesetzgeber setzt die mit dieser Form der Erklärung der Auflassung verknüpften Schutzzwecke deshalb anderweitig um.

**24** (1) Den Notaren, aber auch den Konsularbeamten, wird mit dem heutigen § 925a BGB, der auf § 2 der Verordnung über Auflassungen, landesrechtliche Gebühren und Mündelsicherheit vom 11.5.1934 (RGBl. I, S. 178) zurückgeht, aufgegeben, die Erklärung der Auflassung nur entgegenzunehmen, wenn die erforderliche Urkunde über das schuldrechtliche Grundgeschäft vorgelegt oder gleichzeitig errichtet wird. Sie sollen die Beurkundung des Grundgeschäftes und seine Übereinstimmung mit dem Verfügungsgeschäft ebenso wie die materielle Richtigkeit der Auflassungserklärungen prüfen (vgl. BeckOGK-BGB/J. *Weber*, Stand: 1.2.2020, § 925a Rdnr. 2). Ebenso sollen sie nach § 21 BeurkG das Grundbuch einsehen, um die Eintragungsfähigkeit der Erklärungen zu prüfen. Die Pflicht des Notars zur Vorprüfung und damit zur Gewähr der Richtigkeit

und Verlässlichkeit des Grundbuchs ist jetzt mit § 15 Abs. 3 Satz 1 GBO auch verfahrensrechtlich abgesichert worden.

**25 (2)** Der Notar hat gemäß § 17 BeurkG die Parteien über Inhalt und Tragweite der beabsichtigten Auflassung zu belehren. Die Auflassung unterliegt nach § 925 Abs. 1 BGB zwar nicht der Form der notariellen Beurkundung; es genügt vielmehr, wenn sie bei gleichzeitiger Anwesenheit der Beteiligten vor einem Notar erklärt wird. Die Einhaltung dieser Form kann dem Grundbuchamt gegenüber nach § 29 GBO aber nur durch eine notarielle Urkunde nachgewiesen werden, für deren Errichtung das Verfahren nach den §§ 6 ff. BeurkG einzuhalten ist, das eine Belehrung der Parteien nach § 17 BeurkG einschließt. Dieses Verfahren muss der Notar einhalten, auch wenn ihm dabei unterlaufende Verfahrensfehler nicht zur Unwirksamkeit der Beurkundung führen (dazu Senat, Urteile vom 5.12.1956, V ZR 61/56, BGHZ 22, 312, 316 f., vom 3.12.1958, V ZR 28/57, BGHZ 29, 6, 9 f. und vom 25.10.1991, V ZR 196/90, NJW 1992, 1101, 1102; BGH, Urteil vom 7.7.1983, IX ZR 69/82, NJW 1983, 2933). An die Erklärung der Auflassung vor dem Notar sind die Beteiligten zudem vor ihrer Eintragung in das Grundbuch nach § 873 Abs. 2 BGB, soweit hier von Interesse, nur gebunden, wenn sie notariell beurkundet worden ist. Damit soll gewährleistet werden, „dass nicht übereilt und leichtfertig über die Rechte an Grund und Boden verfügt wird“ (vgl. Senat, Urteil vom 14.9.2018, V ZR 213/17, MDR 2018, 1308 Rdnr. 13).

**26 (3)** Die fachliche Expertise der im Inland bestellten Notare und die fachlichen Anforderungen an die zur Entgegennahme von Auflassungen ermächtigten Konsularbeamten (vgl. § 19 Abs. 1 u. 3 KonsG) stellen sicher, dass die Auflassungen nicht nur den materiellrechtlichen Vorgaben etwa in § 925 Abs. 2 BGB, sondern auch den grundbuchtechnischen Vorgaben entsprechen. Bei den im Inland bestellten Notaren und den zur Entgegennahme von Auflassungen ermächtigten Konsularbeamten kann auch davon ausgegangen werden, dass sie die mit den Vorgaben für die Auflassung in § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB verknüpften Verbraucherschützenden Ziele, nämlich den Schutz der Beteiligten vor unüberlegten, weil zum Beispiel gar nicht geschuldeten, Auflassungen und die Unterrichtung über zwischenzeitliche Verfügungen durch Einsichtnahme in das Grundbuch sicherstellen.

**27 (4)** Die Einhaltung dieser Vorgaben kann durch inländische Behörden, nämlich durch die für die Notaraufsicht zuständigen Stellen der Justizverwaltung und die Dienstaufsicht des Auswärtigen Amtes, durchgesetzt werden. Diese Möglichkeit war Grundvoraussetzung für die Übertragung der Zuständigkeit für die Entgegennahme der Auflassung durch die Notare und die Konsularbeamten. Sie ist bei im Ausland bestellten Notaren nicht gegeben.

**28 e)** Die Erstreckung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB auf ausländische Notare ist auch unter dem Gesichtspunkt einer unionsrechtskonformen Auslegung der Vorschrift weder veranlasst noch geboten.

**29 aa)** Es spricht allerdings viel dafür, dass die in § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB bestimmte Zuständigkeit nur der im Inland bestellten Notare für die Entgegennahme der Auflassung eine Beschränkung des durch Art. 5 des Abkommens zwischen

der Europäischen Gemeinschaft und ihren Mitgliedstaaten einerseits und der Schweizerischen Eidgenossenschaft andererseits über die Freizügigkeit vom 4.4.2002 (ABl. EG Nr. L 114, S. 6 – fortan: Freizügigkeitsabkommen) garantierten freien Dienstleistungsverkehrs darstellt. In der Regelung in § 53 Abs. 1 des österreichischen Grundbuchgesetzes, der zufolge die bücherliche Anmerkung für eine beabsichtigte Veräußerung nur bewilligt werden kann, wenn nach dem Grundbuchstand die Einverleibung des einzutragenden Rechts zulässig wäre und wenn die Unterschrift entsprechender Gesuche gerichtlich oder notariell beglaubigt ist, hat der EuGH eine Beschränkung des mit Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehrs gesehen, der den Dienstleistungserbringern ähnliche Rechte vermittelt. Diese Regelung hindere österreichische wie in anderen Mitgliedstaaten der Europäischen Union ansässige Rechtsanwälte an der Beglaubigung von Anmerkungs gesuchen und beeinträchtige damit die Dienstleistungsfreiheit (EuGH, Urteil vom 9.3.2017, Piringer, Rs. C-342/15 Rdnr. 50-52). Im vorliegenden Fall geht es zwar nicht um die Frage, ob die Auflassung auch vor einem Rechtsanwalt erklärt werden könnte, sondern darum, dass sie auch nicht vor einem im Ausland bestellten Notar erklärt werden kann. Das macht aber, anders als das Beschwerdegericht meint, unionsrechtlich keinen Unterschied. Nach der Rechtsprechung des EuGH ist die Beurkundungstätigkeit der Notare nicht Ausübung öffentlicher Gewalt im Sinne der Bereichsausnahme nach Art. 51 Abs. 1 AEUV (vgl. EuGH, Urteile vom 24.5.2011, Kommission/Österreich, Rs. C-53/08, Rdnr. 91 f. und vom 9.3.2017, Piringer, Rs. C-342/15, Rdnr. 54), sondern unionsrechtlich eine Dienstleistung.

**30 bb)** Eine etwaige Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit von in der Schweiz ansässigen Notaren wäre jedenfalls nach Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I des Freizügigkeitsabkommens gerechtfertigt.

**31 (1)** Danach dürfen die durch das Freizügigkeitsabkommen eingeräumten Rechte nur durch Maßnahmen eingeschränkt werden, die aus Gründen der öffentlichen Ordnung, Sicherheit und Gesundheit gerechtfertigt sind. Für die inhaltlich entsprechende Einschränkung des freien Dienstleistungsverkehrs nach Art. 56 AEUV hat der EuGH entschieden, dass eine diskriminierungsfreie Beschränkung angewandt werden kann, wenn sie aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt ist (EuGH, Urteile vom 28.1.2016, Laezza, Rs. C-375/14, Rdnr. 31 und vom 9.3.2017, Piringer, C-342/15, Rdnr. 53), geeignet ist, die Erreichung des mit ihr verfolgten Ziels zu gewährleisten, und nicht über das zu seiner Erreichung erforderliche Maß hinausgeht (vgl. EuGH, Urteile vom 17.3.2011, Peñarroja, Rs. C-372/09 und C-373/09, Rdnr. 54 und vom 9.3.2017, Piringer, C-342/15, Rdnr. 53).

**32 (2)** Diese Voraussetzungen hat der EuGH in Bezug auf den mit Art. 56 AEUV garantierten freien Dienstleistungsverkehr für den Beglaubigungsvorbehalt für Notare nach § 53 Abs. 3 des österreichischen Grundbuchgesetzes bejaht (EuGH, Urteil vom 9.3.2017, Piringer, C-342/15, Rdnr. 55 ff.). Bei einer Beeinträchtigung der mit Art. 5 des Freizügigkeitsabkommens garantierten Dienstleistungsfreiheit Schweizer Dienstleistungserbringer in Deutschland durch die Beschränkung der Zuständigkeit zur Entgegennahme von Auflassungen auf im Inland

bestellte Notare in § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB liegt es nicht anders. Diese Beschränkung steht in Übereinstimmung mit Art. 5 Abs. 1 des Anhangs I des Freizügigkeitsabkommens.

**33** (a) Dem Grundbuch kommt in bestimmten Mitgliedstaaten, die das lateinische Notariat kennen, darunter auch Deutschland, unter anderem im Rahmen von Grundstückstransaktionen entscheidende Bedeutung zu. Ebenso wie nach österreichischem Recht, um das es in der Entscheidung *Piringer* ging, setzt eine Verfügung über ein Grundstück und insbesondere die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück nach § 873 Abs. 1 BGB neben der Einigung der Beteiligten über die Verfügung die Eintragung in das Grundbuch voraus, sodass die Verfügung erst mit der Eintragung wirksam wird. Die ordnungsgemäße Führung des Grundbuchs ist auch in Deutschland ein wesentlicher Teil der vorsorgenden Rechtspflege. Sie soll die ordnungsgemäße Rechtsanwendung und die Rechtssicherheit von Verfügungen zwischen Privatpersonen gewährleisten und gehört damit zu den Aufgaben und Zuständigkeiten des Staates. Die Verpflichtung der an der Auflassung eines in Deutschland gelegenen Grundstücks Beteiligten, diese Auflassung entweder vor einem deutschen Konsularbeamten im Ausland oder vor einem in Deutschland bestellten Notar im Inland zu erklären, soll sicherstellen, dass die notwendige Einigung über den Eigentumsübergang tatsächlich erfolgt, technisch richtig und in Übereinstimmung mit dem Inhalt des Grundbuchs erklärt und dem Grundbuchamt unverzüglich zur Eintragung zugeleitet wird. Der aus der unüberlegten und unrichtigen Auflassung eines Grundstücks folgenden Gefährdung der Interessen der Beteiligten, aber vor allem der Gefährdung der Richtigkeit des Grundbuchs, soll der Notar durch entsprechende Hinweise an die Beteiligten, notfalls aber auch dadurch entgegenwirken, dass er die Entgegennahme der Auflassungserklärung ablehnt.

**34** (b) Dieses Schutz- und Sicherungskonzept des Gesetzgebers setzt vertiefte Kenntnisse des deutschen Sachenrechts, insbesondere auch des Abstraktionsprinzips und seiner Wirkungsweise, und weiter voraus, dass die zuständigen staatlichen Stellen bei Fehlern (vgl. dazu etwa die pr. Allgemeinverfügung vom 23.5.1921, pr. JMBL. 1921, S. 317) auf die Notare einwirken können. Diese Bedingungen liegen bei im Ausland bestellten Notaren schon deshalb nicht vor, weil diese nicht die Pflichten der im Inland bestellten Notare treffen (KG, DNotZ 1987, 44, 47), insbesondere die Pflichten nach § 925a BGB, und weil sie nicht der Notar- oder Dienstaufsicht der deutschen staatlichen Stellen unterliegen, die damit außerstande wäre, die Einhaltung der Vorschriften zur Gewährleistung der Richtigkeit des Grundbuchs sicherzustellen.

**35** Diese Beschränkung der Dienstleistungsfreiheit ist auch verhältnismäßig. Die Beteiligten haben nach Art. 11 der Verordnung (EU) Nr. 593/2008 (Rom I) bzw. im Verhältnis zur Schweiz nach Art. 9 EÜV die Möglichkeit, einen Vertrag, der zur Übertragung des Eigentums an einem in Deutschland gelegenen Grundstück verpflichtet, außerhalb Deutschlands unter Beachtung der am Abschlussort geltenden Formvorschriften wirksam abzuschließen. Sie können die Auflassung vor dem für den Abschlussort zuständigen deutschen Konsularbeamten erklären oder Vertreter ermächtigen, die Erklärung für sie vor einem in Deutschland ansässigen Notar abzugeben.

## ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. **Benedikt Strauß**, Berlin

Das Ergebnis dieses Beschlusses ist folgerichtig und nachvollziehbar, dessen Begründung in weiten Teilen ebenfalls, was die tragenden Gründe zum Immobilienrecht anbelangt (1.). Insbesondere die *obiter* getanen Aussagen zur Substitution im Gesellschaftsrecht fordern jedoch zu einer kritischen Einordnung und zu weiteren ergänzenden Anmerkungen heraus (2.).

### 1. Ergebnis und tragende Entscheidungsgründe

#### a) Anknüpfung

Am Anfang eines Sachverhalts mit Auslandsberührung stehen bekanntlicherweise Qualifikation und Anknüpfung, also das Auffinden der für den Sachverhalt maßgeblichen Kollisionsnormen und die Subsumtion unter diese Normen, um einen Anwendungsbefehl für Sachnormen eines oder mehrerer Rechtssysteme zu erhalten. Diese Schritte unternimmt der BGH hier in Rdnr. 6 und kommt zum richtigen Ergebnis: § 925 BGB findet auf den zugrunde liegenden Sachverhalt Anwendung. Denn das Formstatut ist in Anknüpfung an die Grundstücksbelegenheit deutsch; die der deutschen Rechtsordnung entstammende Formvorschrift<sup>1</sup> des § 925 BGB ist damit zur Anwendung berufen.

Nicht verschwiegen werden kann in diesem Zusammenhang allerdings, dass der BGH auf mehr als „abenteuerliche“ Weise zu diesem Ergebnis gelangt. Denn er wendet mit Art. 9 Abs. 6 EVÜ eine in zweierlei Hinsicht unpassende Kollisionsnorm an: Zum einen ist das EVÜ zeitlich nicht anwendbar, denn es wird bereits seit dem 17.12.2009 vor deutschem *forum* durch die Rom-I-VO ersetzt, Art. 42 Abs. 1 Rom-I-VO i. V. m. Art. 29 Abs. 2 Rom-I-VO. Dies gilt auch im Verhältnis zur Schweiz, weil es sich bei den in der Verordnung enthaltenen Kollisionsnormen gemäß Art. 2 Rom-I-VO um *lois uniformes* handelt, die universell, also gegenüber jedem Drittstaat, anzuwenden sind. Zum anderen wäre auch der sachliche Anwendungsbereich des EVÜ nicht eröffnet. Denn dieser erstreckt sich nur auf vertragliche Schuldverhältnisse, worunter die Auflassung nicht fällt. Zwar handelt es sich auch bei der Auflassung nach deutschem Verständnis um einen Vertrag, aber aufgrund seiner dinglichen Prägung fällt dieser Vertrag in übereinkommensautonomer Auslegung des EVÜ nicht unter den Begriff des vertraglichen Schuldverhältnisses.<sup>2</sup>

Richtigerweise wäre stattdessen – so auch von der Vorinstanz gehandhabt<sup>3</sup> – auf Art. 11 Abs. 4 i. V. m. Art. 43 Abs. 1 EGBGB zurückzugreifen gewesen. Am korrekten Ergebnis, nämlich der ausschließlichen Maßgeblichkeit der

<sup>1</sup> Zur Qualifikation als Formvorschrift vgl. statt vieler MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2020, § 925 Rdnr. 60.

<sup>2</sup> So zur – wortlautgleichen – Rom-I-VO Staudinger/*Magnus*, Neub. 2014, Art. 1 Rom-I-VO Rdnr. 28; MünchKomm-BGB/*Martiny*, 8. Aufl. 2020, Art. 1 Rom-I-VO Rdnr. 12.

<sup>3</sup> OLG Karlsruhe, Beschluss vom 3.12.2015, 14 Wx 3/15, BeckRS 2015, 128450 Rdnr. 11.

Belegenheit in Deutschland und damit der Anwendbarkeit des § 925 BGB, ändert dies freilich nichts, weshalb es insoweit bei dieser kurzen Notiz bewenden soll.

## b) Substitution

Die Substitution im internationalprivatrechtlichen Sinne beschäftigt sich mit der Frage, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen ein Tatbestandsmerkmal einer inländischen Norm auch durch eine ausländische Rechtserscheinung ausgefüllt werden kann. Substitutionsprobleme stellen sich meist – so auch hier – auf materiellrechtlicher Ebene, also im Rahmen von Sachnormen (hier: § 925 BGB), deren internationalprivatrechtliche Anwendung bereits feststeht. Der hier zu besprechende Beschluss bezieht sich auf das geradezu klassische Beispiel einer Substitution, nämlich ob eine nach deutschem Sachrecht erforderliche notarielle Beurkundung auch durch einen ausländischen Notar erfolgen kann.

Im Rahmen der Substitution ist in einem ersten Schritt die *Substituierbarkeit* der entsprechenden Norm zu ermitteln. Dabei handelt es sich um eine klassische Normauslegung, die der Frage nachgeht, ob die entsprechende Norm einer Substitution überhaupt zugänglich ist (sog. „offene Rechtsnorm“) oder nicht (sog. „geschlossene Rechtsnorm“).<sup>4</sup> Liegt eine offene Rechtsnorm vor, schließt sich der eigentliche *Substitutionsvorgang* an. Dieser ist nichts anderes als die Subsumtion der ausländischen Rechtserscheinung unter das entsprechende Tatbestandsmerkmal der inländischen Rechtsnorm. Ausgangspunkt ist hierbei die Frage, ob die ausländische Rechtserscheinung der inländischen gleichwertig ist, weshalb dieser Schritt oftmals auch als Gleichwertigkeitsprüfung bezeichnet wird.

Der BGH kommt in seinem Beschluss zu dem eindeutigen Ergebnis, dass § 925 BGB bereits nicht substituierbar ist. Es handelt sich somit um eine geschlossene Norm, die einer Substitution grundsätzlich nicht zugänglich ist. Infolgedessen scheidet hier der oben genannte zweite Schritt, also die eigentliche Gleichwertigkeitsprüfung, von vornherein aus.

Damit entscheidet der BGH die Frage der Substitutionsfähigkeit von § 925 BGB nunmehr höchstrichterlich im Sinne der bereits bisher in Literatur und obergerichtlicher Rechtsprechung überwiegenden Ansicht.<sup>5</sup> Im Ergebnis können die Voraussetzungen des § 925 BGB also nur durch eine Auffassung vor einem deutschen Notar erfüllt werden; eine wie immer geartete Auffassung vor einem ausländischen Notar genügt diesen Voraussetzungen nicht.

<sup>4</sup> Vgl. dazu MünchKomm-GmbHG/*Reichert/Weller*, 3. Aufl. 2018, § 15 Rdnr. 143; MünchKomm-BGB/*von Hein*, 8. Aufl. 2020, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 252.

<sup>5</sup> OLG Köln, Beschluss vom 29.11.1971, 2 Wx 78/71, DNotZ 1972, 489; BayObLG, Entscheidung vom 1.8.1977, 3 Z 103/75, DNotZ 1978, 58; KG, Beschluss vom 27.5.1986, 1 W 2627/85, DNotZ 1987, 44; LG Ellwangen/Jagst, Beschluss vom 26.11.1999, 1 T 205/99, MittRhNotK 2000, 252; KG, Beschluss vom 25.9.2012, 1 W 270-271/12, ZEV 2013, 153; *Einsele*, LMK 2020, 430295; MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, § 925 Rdnr. 15; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 3337.

Dem ist vollumfänglich zuzustimmen. Geradezu schulmäßig wendet der Senat hier die gängigen Auslegungsmethoden an. Die diesbezüglichen Ausführungen im Beschluss sprechen für sich, weshalb sie nachfolgend nur kurz angerissen werden sollen:<sup>6</sup>

- Der Wortlaut von § 925 BGB steht einer derartigen Auslegung zumindest nicht entgegen (Rdnr. 13).
- Bei historischer Auslegung ergibt sich ganz klar, dass der Gesetzgeber die Auffassung nur vor deutschen Hoheitsträgern als gültig ansah (Rdnr. 15 ff.).
- Für eine Analogie besteht mangels planwidriger Regelungslücke kein Anlass (Rdnr. 18 ff.).
- Schließlich führt auch eine teleologische Auslegung zu dem zwingenden Ergebnis, dass nur in Deutschland bestellte Notare von § 925 BGB erfasst sind, denn nur diese Amtsträger unterliegen den Pflichten nach §§ 925a BGB, §§ 17 und 21 BeurkG (Rdnr. 24 f.), weisen die spezifische inländische Expertise auf (Rdnr. 26), sind der inländischen Notaraufsicht unterstellt (Rdnr. 27) und führen die besondere Bindungswirkung nach § 873 Abs. 2 BGB herbei (Rdnr. 25).

## c) Freizügigkeitsabkommen

Auch den Ausführungen des BGH zur freizügigkeitsrechtlichen Seite der Entscheidung (Rdnr. 28 ff.) ist beizupflichten. Kommt eine sorgfältige Prüfung der Substitution zum Ergebnis, dass die Rechtsnorm nicht substituierbar ist oder dass im konkreten Fall keine Gleichwertigkeit vorliegt, dürfte dies auch unions- bzw. freizügigkeitsrechtlich in der Regel zulässig sein. Sollte es sich um einen Eingriff<sup>7</sup> in die Dienstleistungsfreiheit handeln, ist dieser nämlich, wie die Rechtsache *Piringer*<sup>8</sup> anschaulich zeigt, aus zwingenden Gründen des Allgemeininteresses gerechtfertigt. Neben den vom BGH vorgebrachten Argumenten im konkreten Fall, nämlich der entscheidenden Bedeutung des Grundbuchsystems in Deutschland und der Kenntnis des Schutz- und Sicherungskonzepts des Gesetzgebers, können hier die im Rahmen der Substitutionsprüfung angestellten Erwägungen ebenfalls Einfluss auf die Rechtfertigungsebene finden. Insgesamt dürfte sich das hier gefundene unions- bzw. freizügigkeitsrechtliche Ergebnis auch auf andere Rechtsbereiche, insbesondere das Gesellschaftsrecht, übertragen lassen, soweit eine Substitution im Ergebnis abgelehnt wird.

Auch wenn die Ablehnung der Beurkundung durch einen ausländischen Notar im Grundsatz erfordert, dass ausländische Beteiligte vor einem deutschen Notar erscheinen, verfährt, wie der BGH richtig ausführt (Rdnr. 35), insoweit der Vorwurf der Unverhältnismäßigkeit nicht, weil diesen

<sup>6</sup> Siehe hierzu näher *Herrler*, NotBZ 2020, 391.

<sup>7</sup> In Gestalt der diskriminierungsfreien Beschränkung, wie die Entscheidung in Rdnr. 29 richtigerweise darlegt. So ausdrücklich auch *Thode*, jurisPR-BGHZivilR 12/2020 Anm. 2. Ähnlich *Einsele*, LMK 2020, 430295. A.A. *Ransiek*, jurisPR 4/2020 Anm. 3.

<sup>8</sup> EuGH, Urteil vom 9.3.2017, *Piringer*, C-342/15, DNotZ 2017, 447.

Schwierigkeiten durch Vollmachtlösungen oder durch Beurkundung bei einem Konsularbeamten begegnet werden kann.

## 2. Ergänzende Anmerkungen zur Substitution

Da der Senat die Substituierbarkeit des § 925 BGB generell verneint, hätte der Beschluss – und auch diese Anmerkung – an dieser Stelle abbrechen können, denn der Substitutionsvorgang, also die Gleichwertigkeitsprüfung, erübrigt sich in diesem Fall. Jedoch sah sich der BGH – insoweit überschießend<sup>9</sup> – zu weiteren Ausführungen über die Substitution im Gesellschaftsrecht veranlasst. Diese Ausführungen nötigen zu einer Klarstellung und geben Gelegenheit, weitere interessante und aktuelle Einzelaspekte zur Substitutionsfrage herauszugreifen, ohne den Anspruch auf Vollständigkeit zu erheben.

### a) Keine generelle Substituierbarkeit im Gesellschaftsrecht

*Obiter* lässt sich der V. Zivilsenat im Beschluss dahin gehend ein, dass – anders als bei § 925 BGB – im Gesellschaftsrecht die Substituierbarkeit im Grundsatz „anerkannt“ sei; überdies sei auch die Gleichwertigkeit der Beurkundung durch einen in Basel bestellten Notar „anerkannt“ (Rdnr. 7 und 13). Hierfür wird auf drei Entscheidungen des II. Zivilsenats des BGH aus den Jahren 1981, 1989 und insbesondere 2013 verwiesen.<sup>10</sup>

Diese Ausführungen des V. Zivilsenats sind zu kurz gesprungen und pauschalieren die Judikatur des II. Zivilsenats.

Zum einen ist die Substituierbarkeit nach der bisherigen Rechtsprechung des BGH nicht allgemein „im Gesellschaftsrecht“ anerkannt. Vielmehr hat sich der BGH in diese Richtung bislang nur zur Geschäftsanteilsabtretung<sup>11</sup> und zur Satzungsänderung<sup>12</sup> bei der GmbH, ferner auch zur Beurkundung der Hauptversammlung einer AG<sup>13</sup> geäußert. Nicht judiziert wurde hingegen zu Strukturmaßnahmen wie etwa zur Gründung einer GmbH oder zu umwandlungsrechtlichen Transformationen.<sup>14</sup> Strukturmaßnahmen zeichnen sich durch einen korporativen Organisationsakt aus, der in den Status der Haftungssubjekte eingreift, indem er etwa ein neues, rechtsfähiges Haftungssubjekt schafft, zwei Haftungssubjekte zusammenführt oder auch ein Haftungssubjekt auflöst. Derartige Strukturmaßnahmen haben in der Rechtsordnung eine ganz herausragende Bedeutung. So sind sie für die Gläubiger und deren Haftungszugriff von Relevanz, aber auch für ggf. später neu eintretende Gesellschafter, da diese eine durch den Korporationsakt bereits

vorgeprägte Gesellschaftsverfassung vorfinden. Mithin bedarf eine Strukturmaßnahme einer rechtlich besonders einwandfreien, zukunftsicheren Gestaltung. Dies betrifft etwa die genaue Ausgestaltung der Vertretungsberechtigungen, die korrekte Umschreibung des Unternehmensgegenstands, die Wahl der Firma oder die rechtssichere Formulierung von Abfindungsklauseln. Bei haftungsbeschränkten Gesellschaften wie der GmbH ist es außerdem von überragender Wichtigkeit, die Beteiligten über die gläubigerschützenden Vorschriften zur Kapitalaufbringung und Kapitalerhaltung (zumal bei einer Sachgründung) und die haftungs- wie strafrechtlichen Folgen eines Verstoßes zu belehren, um im Wege präventiver Rechtspflege gläubigergefährdendes Verhalten von vornherein zu verhindern. Hier kommt dem Notar im Rahmen seiner Beratungs- und Belehrungsfunktion eine besonders entscheidende Rolle zu.<sup>15</sup> Daher kann aus einer punktuellen Rechtsprechung es BGH zu Geschäftsanteilsabtretungen, Satzungsänderungen und Hauptversammlungsprotokollen – die beiden letzteren noch dazu lediglich in Gestalt eines Tatsachenprotokolls, das mit einer gegenüber der Beurkundung verminderten Belehrungspflicht verbunden ist<sup>16</sup> – keine allgemeine Substituierbarkeit im Bereich des Gesellschaftsrechts abgeleitet werden.

Weiter leitet der V. Zivilsenat in der hier zu besprechenden Entscheidung aus dem Beschluss des II. Zivilsenats aus dem Jahr 2013 zur Geschäftsanteilsabtretung ab, die Gleichwertigkeit von Beurkundungen durch einen in Basel bestellten Notar sei anerkannt (Rdnr. 7). Diese Schlussfolgerung kann aus dieser Entscheidung jedoch nicht gezogen werden. Denn dem Beschluss von 2013 lag nicht etwa die Frage zugrunde, ob eine von einem Baseler Notar beurkundete Geschäftsanteilsabtretung wirksam ist. Vielmehr stand lediglich die formelle Frage inmitten, ob ein Schweizer Notar für die Einreichung einer Gesellschafterliste zuständig sein kann oder nicht.<sup>17</sup> Zur Substitutionsfrage äußert sich der II. Zivilsenat nur mittelbar. Die einzige Aussage, die insoweit getroffen wird, ist, dass die Wirksamkeit einer Beurkundung einer Geschäftsanteilsabtretung durch einen ausländischen Notar – und damit also die Substituierbarkeit – nicht grundsätzlich auszuschließen ist. Mit Blick auf die gegenwärtige Rechtslage macht der Senat aber gerade keine positive Aussage, sondern äußert sich nur insoweit, dass eine Gleichwertigkeit bis zum Inkrafttreten des MoMiG und der Reform des Schweizer Obligationenrechts von 2008 anerkannt gewesen sei.<sup>18</sup> Eine explizite Aussage zur Gleichwertigkeit enthält diese Entscheidung daher nicht.

Der Rechtsprechung des II. Zivilsenats zur Substitution von Beurkundungserfordernissen durch einen nicht inländischen Notar kann also lediglich entnommen werden, dass die Substituierbarkeit in einigen Teilbereichen nicht grundsätz-

9 Vgl. dazu auch *Lieder*, NZG 2020, 1081, 1083.

10 BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160; Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, NJW-RR 1989, 1259; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026.

11 BGH, Urteil vom 22.5.1989, II ZR 211/88, NJW-RR 1989, 1259; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026.

12 BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160.

13 BGH, Urteil vom 21.10.2014, NZG 2015, 18 Rdnr. 16.

14 Diesen Unterschied betonend *Herrler*, NJW 2018, 1787, 1788.

15 Vgl. dazu etwa *Herrler*, NJW 2018, 1787, 1788; *Wicke*, ZIP 2006, 977.

16 Dies betonend *Cramer*, DStR 2018, 746, 749.

17 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 Rdnr. 10.

18 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 Rdnr. 23.

lich ausgeschlossen ist. Die Befürwortung einer allgemeinen Substituierbarkeit einer notariellen Beurkundung im Gesellschaftsrecht durch nicht im Inland bestellte, insbesondere Baseler Notare ist der Judikatur des II. Zivilsenats hingegen – anders als die hier zu besprechende Entscheidung auf den ersten Blick vorgeben mag – nicht zu entnehmen.

#### b) Abstrakt-typisierender Charakter der Gleichwertigkeitsprüfung

Es ist aber zuzugeben, dass bei nicht strukturelevanten Maßnahmen nach der Rechtsprechung des BGH der Weg für den Substitutionsvorgang, also die Gleichwertigkeitsprüfung, eröffnet ist. Will man diese Gleichwertigkeitsprüfung ordnungsgemäß durchführen, ist es notwendig, sich zunächst über die methodischen Grundlagen der Substitution klar zu werden. Von Interesse ist hier insbesondere der Maßstab, nach dem sich die Gleichwertigkeit einer ausländischen notariellen Beurkundung mit der Beurkundung durch einen inländischen Notar bemisst.

Nach ständiger Rechtsprechung des BGH liegt Gleichwertigkeit dann vor, wenn die ausländische Urkundsperson „nach Vorbildung und Stellung im Rechtsleben eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt und für die Errichtung der Urkunde ein Verfahrensrecht zu beachten hat, das den tragenden Grundsätzen des deutschen Beurkundungsrechts entspricht.“<sup>19</sup>

Bereits der Formulierung „eine der Tätigkeit des deutschen Notars entsprechende Funktion ausübt“ (und nicht: „Tätigkeit ausübt“) ist zu entnehmen, dass es im Rahmen der Gleichwertigkeitsprüfung auf eine abstrakt-typisierte Prüfung der Gleichwertigkeit ankommt, es ist also ein funktionaler Vergleich zwischen der ausländischen Urkundsperson und dem im Inland bestellten Notar vorzunehmen. Daher ist es nicht von Belang, ob der einzelne Notar Sonderkenntnisse im für ihn ausländischen Recht aufweist oder ob er im Einzelfall das inländische Beurkundungsverfahren nachbildet, sondern es ist allein darauf zu achten, ob das notarielle Berufs- und Beurkundungsrecht im Ausland generell mit demjenigen im Inland vergleichbar ist.<sup>20</sup> Dies verkennen zwei vor einiger Zeit ergangene Entscheidungen des KG,<sup>21</sup> die zurecht auf großen Widerstand im Schrifttum gestoßen sind.<sup>22</sup> Nur die abstrakt-typisierende Betrachtung gewähr-

leistet nämlich, dass der ausländische Notar mit einer vergleichbaren Praxiserfahrung im Verfahrensrecht ausgestattet ist wie der im Inland bestellte Notar und nicht nur im Einzelfall das vom inländischen Recht verlangte Verfahren simuliert. Anders gewendet geht es um die institutionelle Vergleichbarkeit<sup>23</sup> und nicht um eine Vergleichbarkeit im Einzelfall. Eine typisierte Prüfung ist ferner auch deshalb zwingend, weil eine Einzelfallprüfung kaum durchführbar wäre und insbesondere einer schnellen und effizienten Registerführung widerspräche.<sup>24</sup>

#### c) Beurkundungszwecke als Ausgangspunkt der Gleichwertigkeitsprüfung

Ausgangspunkt und Maßstab der Gleichwertigkeitsprüfung sind die Formzwecke und damit – wenn es um notarielle Beurkundung geht – die Beurkundungszwecke.<sup>25</sup> Nur wenn die durch die inländische Beurkundung gewährten Zwecke, die durch Stellung des Notars und Beurkundungsverfahren gleichermaßen vermittelt werden, auch durch den ausländischen Notar gewährleistet sind, kann eine Gleichwertigkeit vorliegen. Zwar ist nicht notwendig, dass das ausländische Berufs- und Beurkundungsrecht mit dem inländischen völlig kongruent ist. Die wesentlichen Beurkundungszwecke müssen aber durch das ausländische Verfahren gewahrt sein.

Die klassischen Zwecke der notariellen Beurkundung sind die Warnfunktion, der Übereilungsschutz, die Beweissicherung und die Klarstellungsfunktion.

Darüber hinaus existieren weitere Beurkundungszwecke, insbesondere was das Verfahren anbelangt, die ebenfalls eine maßgebliche Rolle für die Gleichwertigkeitsprüfung spielen. Der hier zu besprechende Beschluss nimmt mit Blick auf § 925 BGB einige dieser Aspekte in Bezug, die sich ohne Weiteres vom Liegenschaftsrecht auf andere Rechtsbereiche, insbesondere das Gesellschaftsrecht, übertragen lassen. Dies betrifft etwa die materielle Richtigkeitsgewähr durch Notare aufgrund ihrer besonderen Qualifikation für das inländische materielle wie Verfahrensrecht (Rdnr. 26) oder die Beratungs- und Belehrungsfunktion (Rdnr. 25).

#### d) Relevanz von Soll-Vorschriften

Bisweilen wird vorgebracht, dass reine Soll-Vorschriften<sup>26</sup> des Beurkundungsverfahrens im Rahmen der Substitution keine Rolle spielen dürften, weil ein Verstoß gegen sie nicht zur Nichtigkeit der Urkunde führe und diese daher im Rahmen der Substitution ohne Relevanz seien. Vielmehr könnten die Beteiligten auf diese Vorschriften verzichten und täten dies konkludent, wenn sie sich für eine Beurkundung im

19 BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 Rdnr. 14; Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NZG 2015, 18 Rdnr. 16.

20 *Diehn*, DNotZ 2019, 146, 147; Großkomm-GmbHG/Löbbecke, 3. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 146; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105; MünchKomm-BGB/von Hein, Einleitung zum Internationalen Privatrecht Rdnr. 257.

21 KG, Beschluss vom 24.1.2018, 22 W 25/16, DNotZ 2019, 134; Beschluss vom 26.7.2018, 22 W 2/18, DNotZ 2019, 141.

22 *Cramer*, DSiR 2018, 746; *Cziupka*, EWiR 2018, 137; *Diehn*, DNotZ 2019, 146; *Heckschen*, DB 2018, 685; *Hermanns*, RNotZ 2018, 271; *Herrler*, NJW 2018, 1787; *Lieder*, ZIP 2018, 805; *Mayer/Barth*, IWRZ 2018, 128; *Pogorzelski*, notar 2018, 403; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103; *Stelmaszczyk*, RNotZ 2019, 177; *Szalai*, GWR 2018, 137; *J. Weber*, MittBayNot 2018, 215; *Wicke*, GmbHR 2018, 380.

23 Dies besonders betonend *Diehn*, DNotZ 2019, 146, 147; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105.

24 *Diehn*, DNotZ 2019, 146, 147; *Stelmaszczyk*, GWR 2018, 103, 105.

25 So ausdrücklich BGH, Urteil vom 21.10.2014, II ZR 330/13, NZG 2015, 18 Rdnr. 17; vgl. ferner *Staudinger/Looschelders*, Einleitung IPR Rdnr. 1220.

26 Vgl. dazu näher *Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurKG, DONot, 8. Aufl. 2019, Einleitung Rdnr. 22.

Ausland entschieden. Diese Ansicht wird insbesondere am Beispiel der Beratungs- und Betreuungsfunktion des Notars nach § 17 BeurkG vertreten,<sup>27</sup> u. a. auch im Beschluss des BGH von 2013.<sup>28</sup>

Erfreulicherweise scheint sich im vorliegenden Urteil nun eine Abkehr von dieser Haltung abzuzeichnen. Denn der BGH verweist im Rahmen seiner Substituierbarkeitsprüfung ausdrücklich darauf, dass der Notar seine Belehrungsfunktion ausfüllen muss, obwohl Verstöße dagegen nicht zur Unwirksamkeit der Urkunde führen, und begreift dies als Argument gegen die Substituierbarkeit bei § 925 BGB (Rdnr. 25). Damit korrigiert der BGH eine Ansicht, die bereits bislang nur schwer nachvollziehbar war. Denn daraus, dass ein Verstoß gegen verfahrensrechtliche Soll-Vorschriften nicht zur Nichtigkeit der Urkunde führt, lässt sich nichts für die Frage ableiten, ob diese Vorschrift im Rahmen der Substitution von Bedeutung sein kann. Vielmehr dient das fehlende Nichtigkeitsverdict bei diesen Vorschriften lediglich der Rechtssicherheit, welche etwa erfordert, dass Urkunden nicht im Nachhinein mit der Behauptung, eine fachgerechte Beratung sei nicht erfolgt, angegriffen werden können. Der Gesetzgeber verbindet damit aber gerade nicht, dass die entsprechenden Vorschriften bloße Ordnungsvorschriften ohne weitergehende Bedeutung wären, die man im Rahmen der Substitution ignorieren könnte. Dies wird am augenscheinlichsten an den verbraucherschützenden Vorschriften des § 17 Abs. 2a BeurkG deutlich, welche der Gesetzgeber in den letzten Jahren nochmals verschärft hat. Auch der BGH hatte in jüngster Zeit mehrmals über Verstöße von Notaren gegen diese Vorschrift zu entscheiden und judizierte – zu Recht – im Sinne einer strengen Auslegung dieser Vorschrift.<sup>29</sup> Hierzu stünde in Widerspruch, wenn diese Vorschrift im Rahmen der Substitution ohne jegliche Bedeutung wäre.

Das in diesem Zusammenhang vorgetragene Argument, die Beratungs- und Belehrungsaufgabe des Notars sei verzichtbar und in der Wahl eines ausländischen Notars liege ein konkludenter Verzicht darauf,<sup>30</sup> ist nicht einsichtig. Neben der Willenserforschung hat der in Deutschland bestellte Notar darauf zu achten, dass unerfahrene und ungewandte Beteiligte nicht benachteiligt werden, § 17 Abs. 1 Satz 2 BeurkG. Insbesondere ist der Notar nach dem deutschen Beurkundungsrecht dazu berufen, Garant des Verbraucherschutzes zu sein. Dies bringen insbesondere die in § 17 Abs. 2a BeurkG niedergelegten besonderen Vorschriften für Verbraucherverträge zum Ausdruck. Gerade im Zusammenhang mit dem verbraucherschützenden Gehalt von § 17 Abs. 2a BeurkG hat der BGH selbst mehrmals zum Ausdruck gebracht, dass ein Verzicht auf diesen verfahrens-

rechtlichen Schutz nicht möglich ist, weil es „offensichtlich sinnwidrig wäre, wenn derjenige, der durch eine Regelung vor einem übereilten Vertragsschluss geschützt werden soll, auf sie verzichten könnte.“<sup>31</sup> Ebenso sinnwidrig ist es, wenn – um in geographischer Nähe zum hier zu besprechenden Beschluss zu bleiben – ein Verbraucher aus Lörrach – ggf. unter Hinweis auf vermeintliche Kostenersparnis – nur dazu gebracht werden müsste, einen Notar auf der anderen Rheinseite zu besuchen, um eine Vorschrift, die in Deutschland zu den Kardinalpflichten des Notars zählt und nicht verzichtbar ist, zu umgehen.

Nun könnte man freilich einwenden, es handle sich insoweit um eine rein „intern zwingende“ Vorschrift, die nicht „international zwingend“ ist. Diese aus dem Internationalen Privatrecht bei Eingriffsnormen bekannte Unterscheidung zwischen intern zwingenden und international zwingenden Normen kann im Rahmen des Substitutionsvorgangs aber schon strukturell nicht herangezogen werden. Denn hier geht es nicht um die Anwendung ausländischen materiellen Rechts, dem zwingende Normen des inländischen Rechts entgegenstehen, sondern es steht die Substitution im Rahmen der Anwendung inländischen Rechts inmitten. Ferner spricht der Charakter von § 17 BeurkG als Kardinalpflicht dafür, auch international keine Umgehungsmöglichkeiten zu eröffnen.

Vor dem Hintergrund der jüngsten Rechtsprechung müssen nach alledem auch verfahrensrechtliche Soll-Vorschriften, allen voran die Beratungs- und Belehrungsfunktion, Eingang in die Substitutionsprüfung finden. Ferner ist die Existenz von Soll-Vorschriften auch für den Rechtsschutz gegen den Notar im Falle eines Verstoßes von Bedeutung.

#### e) Rolle des Notars bei der Geldwäscheprävention

Die Rolle des Notars als externer Funktionsträger des Staates hat sich in vielerlei Hinsicht bewährt: So teilt er etwa dem FA nach § 34 ErbStG schenkungs- und erbschaftsteuerrelevante Vorgänge und nach § 18 GrEStG grunderwerbsteuerrelevante Vorgänge mit: Er prüft nach § 15 Abs. 3 GBO und nach § 378 Abs. 3 FamFG Grundbuch- und Registeranträge auf ihre Eintragungsfähigkeit und wirkt durch Übersendung von Kaufvertragsurkunden an der Kaufpreissammlung der Gutachterausschüsse mit, § 195 BauGB.

Aus diesen Gründen verwundert es nicht, dass im Rahmen der Geldwäscheprävention dem Notar in Deutschland vor kurzem weitere deutliche staatliche Funktionen übertragen worden sind. In Zukunft wird die Rolle des Notars im Rahmen der Geldwäscheprävention daher auch verstärkt in internationalprivatrechtliche Substitutionsprüfungen einzubeziehen sein. So hat der Notar als Verpflichteter nach dem GwG, § 2 Nr. 10 GwG, nunmehr erweiterte Meldepflichten im Rahmen geldwäscherelevanter Vorgänge, § 43 Abs. 6

27 Lehmann/Krysa, RIW 2020, 464, 466; Ransiek, jurisPR-IWR 4/2020 Anm. 3.

28 BGH, Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 Rdnr. 14.

29 BGH, Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, NJW 2013, 1451; Urteil vom 23.1.2020, III ZR 28/19, DNotZ 2020, 617; Urteil vom 28.5.2020, III ZR 58/19, BeckRS 2020, 12794.

30 So etwa BGH, Beschluss vom 16.2.1981, II ZB 8/80, NJW 1981, 1160; Beschluss vom 17.12.2013, II ZB 6/13, NJW 2014, 2026 Rdnr. 14.

31 BGH, Urteil vom 28.8.2019, NotSt(Brfg) 1/18, BeckRS 2019, 23329 Rdnr. 92; vgl. auch Urteil vom 7.2.2013, III ZR 121/12, NJW 2013, 1451; Urteil vom 28.5.2020, III ZR 58/19, BeckRS 2020, 12794.

GwG.<sup>32</sup> Insbesondere aber trifft den in Deutschland bestellten Notar nach § 10 Abs. 9 Satz 4 GwG sogar ein Beurkundungsverbot, wenn ihm bei Gesellschaften keine Eigentümer- und Kontrollstruktur oder – bei ausländischen Gesellschaften – eine Eintragung im Transparenzregister vorliegt. Geldwäscherprävention hat im politischen Diskurs der vergangenen Jahre in Deutschland zu Recht einen hohen Stellenwert eingenommen. Dem würde aber komplett zuwiderlaufen, wenn durch Beurkundung im Ausland die durch das GwG verfolgten Ziele umgangen werden könnten. Denn im Ausland bestellte Notare sind oftmals nicht in so hohem Maße geldwäscherechtlichen Pflichten unterworfen wie in Deutschland. Dies gilt auch in EU-Mitgliedstaaten, weil der deutsche Gesetzgeber im Geldwäscherecht u. a. die erweiterten Meldepflichten und die Beurkundungsverbote richtlinienüberschießend<sup>33</sup> geregelt hat. Außerhalb der EU gilt dies in noch verstärktem Maße. Dies trifft – um auf den Sachverhalt der hier zu besprechenden Entscheidung zurückzukommen – namentlich auf die Schweiz zu. Denn zum einen ist bereits der Anwendungsbereich des Schweizer Geldwäschereigesetzes deutlich enger als derjenige des deutschen GwG. Zum anderen sind Schweizer Notare selbst insoweit von geldwäscherechtlichen Meldepflichten befreit, Art. 9 Abs. 2 des Schweizer Bundesgesetzes über die Bekämpfung der Geldwäscherei und der Terrorismusfinanzierung.

Der Aspekt der Geldwäsche wird daher in zukünftige Substitutionsprüfungen Eingang finden müssen.<sup>34</sup>

#### f) Aufsicht

Der BGH betont in der zu besprechenden Entscheidung schließlich zu Recht, dass die Einhaltung der materiellen und formellen Vorgaben durch Behörden der Notaraufsicht durchgesetzt werden muss (Rdnr. 27). Weiter müssen die staatlichen Stellen bei Fehlern auf die Notare einwirken können.<sup>35</sup> Auch dieser Aspekt wird bei der Substitutionsprüfung – auch im gesellschaftsrechtlichen Bereich – regelmäßig zu berücksichtigen sein. Denn nur wenn die entsprechenden Verfahrensvorschriften auch durch eine effektive Aufsicht kontrolliert und durchgesetzt werden können, können sie als gleichwertig gelten.

<sup>32</sup> Vgl. hierzu auch die seit 1.10.2020 in Kraft befindliche Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung-Immobilien, BGBl. 2020/I, S. 1965.

<sup>33</sup> Vgl. Art. 5 der Richtlinie (EU) 2015/849.

<sup>34</sup> Ähnlich Raff, DNotZ 2020, 750, 753 ff.

<sup>35</sup> Thode, jurisPR-BGHZivilR 12/2020 Anm. 2.

## 18. Nachweis über die nach dänischem Recht fortgesetzte Gütergemeinschaft aufgrund eines Fremdrechtserscheins

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.12.2019, 3 Wx 86/19

BGB § 1366 Abs. 1, 3 und 4, §§ 1423, 1424 Satz 1, § 1427 Abs. 1, §§ 1487, 1507 Satz 1 und 2, §§ 2366, 2367

FamFG § 68 Abs. 1 Satz 1, §§ 105, 343 Abs. 3, § 352

Abs. 3, § 352c

GBO § 35 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. Haben dänische Staatsangehörige in Dänemark geheiratet und dort dauerhaft ihren Wohnsitz gehabt und hat das dänische Nachlassgericht ein „Skiftetsattest om uskiftet bo“ erteilt, mit welchem bescheinigt wird, dass der Nachlass des Erblassers der überlebenden Ehefrau für die Fortsetzung der Gütergemeinschaft ausgeliefert worden ist, so kann diese als erforderlichen Nachweis für eine im Zuge des beabsichtigten Verkaufs eines auf den Erblasser als Eigentümer in BGB-Gesellschaft eingetragenen Grundstücks in einem ersten Schritt durchzuführende Grundbuchberichtigung vom international zuständigen deutschen Nachlassgericht ein Zeugnis über die fortgesetzte Gütergemeinschaft nach dänischem Recht in der Form eines Fremdrechtserscheins, ausschließlich bezogen auf das im Inland gelegene Grundstück, verlangen.
2. In einem solchen Fremdrechtserschein können nur dem deutschen Recht bekannte Rechtsinstitutionen und Umstände genannt werden, die nach den Wertungen des deutschen Rechts eintragungsfähig sind. Erforderlich ist eine „Gleichwertigkeitsprüfung“. (Leitzatz der Schriftleitung)

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 19. Versagung der Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 20.7.2020, NotZ (Brfg) 2/19 (Vorinstanz: OLG Celle, Beschluss vom 1.7.2019, Not 3/19)

*BNotO § 52 Abs. 2 und 3, § 111d Satz 2*  
*VwGO § 124 Abs. 2, § 124a Abs. 5 Satz 2*

#### LEITSATZ:

**Für die Versagung der Erlaubnis zur Führung der Bezeichnung „Notar außer Dienst (a. D.)“ bedarf es keiner Dienstverfehlung, die derart schwerwiegend ist, dass sie bei Fortbestehen der Notartätigkeit zu einer Entfernung aus dem Amt geführt hätte, und auch keines Disziplinarverfahrens, welches Letzteres zum Ziel gehabt hätte. Erforderlich, aber auch ausreichend, ist, dass der Notar seine Dienstpflichten in grob unredlicher Weise verletzt und dadurch das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Sicherheit notarieller Amtsausübung schwer erschüttert hat.**

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

### 20. Notarielle Pflicht zur Klärung der Verbrauchereigenschaft eines Urkundsbeteiligten

BGH, Urteil vom 28.5.2020, III ZR 58/19 (Vorinstanz: OLG Zweibrücken, Urteil vom 17.4.2019, 1 U 125/17)

*BeurkG § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2*  
*BGB §§ 13, 14*  
*BNotO § 19 Abs. 1 Satz 1*

#### LEITSÄTZE:

1. Der Notar muss, wenn er um Beurkundung einer auf einen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung ersucht wird, klären, ob es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 17 Abs. 2a BeurkG handelt, sofern der Status des Urkundsbeteiligten nicht offensichtlich ist.
2. Verbleiben hiernach Zweifel an der Verbrauchereigenschaft des Urkundsbeteiligten, muss der Notar den sichersten Weg wählen und den Beteiligten wie einen Verbraucher behandeln. Auf die Einhaltung der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ist auch in diesem Fall hinzuwirken.

#### SACHVERHALT:

1 Der Kläger nimmt den Beklagten wegen notarieller Amtspflichtverletzung auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Der Kläger – ein angestellter Pharmavertreter – kaufte mit von dem Beklagten am 12.11.2010 beurkundetem Vertrag vier in einem Mehrfamilienhaus in P belegene, teilweise vermietete Eigentumswohnungen zum Kaufpreis von insgesamt 140.000 €. Diese und drei weitere Wohnungen in dem Objekt hatten die Verkäufer ihrerseits in der Zwangsversteigerung zum Gesamtpreis von 54.000 € erworben. Das Geschäft hatte dem Kläger der Zeuge H-G K – mit dem er damals noch befreundet war – vermittelt und als gute Kapitalanlage angepriesen. Darüber hinaus hatte K ihm für den Fall des Ankaufs die Zahlung von 20.000 € in Aussicht gestellt. Einen Vertragsentwurf hatte der Kläger vor dem Beurkundungstermin nicht erhalten. Der Beklagte beurkundete den Vertrag, ohne dies geklärt und auf die Einhaltung der Wartefrist hingewirkt zu haben.

3 Zur Finanzierung des Vorhabens schloss der Kläger zwei Darlehensverträge über 109.600 € und über 29.900 €. Den letztgenannten Betrag vereinnahmte er selbst.

4 Im Sommer 2013 erklärte der Kläger, der die Wohnungen vor der Beurkundung nicht mehr hatte besichtigen können und mittlerweile festgestellt hatte, dass weder eine Renovierung stattgefunden hatte noch die Mieteinnahmen die Erwartungen erreichten, die Anfechtung seiner Vertragserklärung gegenüber den Verkäufern und nahm diese in einem Vorprozess erfolglos auf Rückabwicklung in Anspruch. Im vorliegenden Verfahren verlangt er von dem Beklagten Schadensersatz unter dem Vorwurf, den Vertrag beurkundet zu haben, obwohl die zu seinem Schutz als Verbraucher bestehende Zwei-Wochen-Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a. F.) noch nicht abgelaufen gewesen sei. Bei Einhaltung der gesetzlichen Wartefrist hätte er die Zeit genutzt, um anwaltlichen Rat einzuholen. Den Vertrag hätte er dann nicht mehr abgeschlossen.

5 Der Beklagte ist dem entgegengetreten. Der Kläger habe die Eigentumswohnungen zu gewerblichen Zwecken erworben, weswegen er nicht gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG zu belehren gewesen sei. Aber selbst wenn der Kläger Verbraucher gewesen wäre, hätte er bei Einhaltung der Wartefrist den Vertrag genauso, wie von ihm beurkundet, abgeschlossen.

6 Das LG hat die Klage nach Anhörung des Klägers sowie Vernehmung von Zeugen abgewiesen. Die dagegen gerichtete Berufung hat das OLG zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Schadensersatzanspruch weiter.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

7 Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an die Vorinstanz.

8 I. Das OLG hat – soweit im dritten Rechtszug noch von Bedeutung – seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Dem Kläger fehle bereits die Verbrauchereigenschaft, weshalb § 17 Abs. 2a Satz 2 BeurkG nicht anwendbar sei. Der vollfinanzierte Erwerb von vier Eigentumswohnungen sei nicht mehr im Rahmen privater Vermögensverwaltung, sondern in Ausübung einer gewerblichen Nebentätigkeit erfolgt. Es sei dem Kläger – anders als erstinstanzlich vorgetragen – nicht um eine Maßnahme zur Altersvorsorge gegangen. Er habe – persönlich vor dem Berufungssenat angehört – eingeräumt, dass das Geschäft so an ihn herangetragen worden sei, dass die Wohnungen nach Renovierung an bereits vorgemerkte Erwerber mit Gewinn von ca. 3.000 € hätten weiterverkauft werden sollen. Er habe „sozusagen eine Zwischenfinanzierung des Geschäfts“ vornehmen sollen. Aus der Finanzierung

hätten dann die Renovierungskosten und die ihm versprochene Zahlung von 20.000 € bestritten werden sollen. Dieser Betrag habe sein Entgelt für die Übernahme der Finanzierung des Geschäfts sein sollen ebenso wie ein möglicher Erlös aus dem Weiterverkauf. Die Option, die Wohnungen nach Renovierung ggf. zu behalten, wenn sie gut vermietet seien, sei ihm erst später von dem Zeugen K aufgezeigt worden.

**10** Selbst wenn man von einem Verbrauchergeschäft ausginge, könne sich der Beklagte mit Erfolg darauf berufen, dass der Kläger die Beurkundung nach Ablauf der Regelfrist genauso, wie geschehen, hätte vornehmen lassen. Aus der Anhörung des Klägers habe sich ergeben, dass er sich vollumfänglich auf die Angaben des Zeugen K verlassen habe, der ihm das Geschäft als „super Anlage in einer aufstrebenden Stadt“ angepriesen habe. Die Investition habe sich selbst tragen sollen. Der Zeuge K habe dem Kläger hiernach außerdem erklärt, die Wohnungen hätten eine gehobene Ausstattung bzw. würden hochwertig renoviert. Ohne die Wohnungen zu besichtigen und ohne sich näher für die Miethöhe zu interessieren, habe der Kläger den Kaufentschluss allein aufgrund der Angaben des Zeugen K getroffen. Dass der Kläger die Überlegungsfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG dazu genutzt hätte, den Vertragsentwurf durch einen Rechtsanwalt prüfen zu lassen, sei nicht wahrscheinlich. Zwar habe er angegeben, er hätte in jedem Fall anwaltlichen Rat eingeholt. Dagegen spreche jedoch sein überwiegend passives Verhalten. Auch nachdem dem Kläger – nachvertraglich – klar geworden sei, dass die Investition sich nicht tragen würde, habe er anwaltliche Hilfe zunächst nicht, sondern erstmals im Jahr 2013 in Anspruch genommen, obwohl der Schuldendienst für die Wohnung schon 2011 begonnen habe. Eine Vernehmung der Ehefrau des Klägers als Zeugin dazu, dass dieser darüber gesprochen habe, er hätte den Vertragsentwurf durch einen Rechtsanwalt prüfen lassen, sei nicht erforderlich gewesen. Der Berufungssenat gehe davon aus, dass der Kläger dies seiner Ehefrau gegenüber geäußert habe. Er habe aber eingeräumt, dass solche Überlegungen nicht zeitnah zur notariellen Beurkundung angestellt worden seien, sondern dies erst erörtert worden sei, als er erkannt habe, dass die Zusagen nicht vollständig eingehalten würden. Noch im Februar/März 2011 sei er davon ausgegangen, „etwas Tolles“ gemacht zu haben. Des Weiteren habe er damals finanziellen Bedarf im Bereich seiner privaten Lebensführung gehabt.

**11** II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Überprüfung nicht stand. Mit der vom Berufungsgericht gegebenen Begründung lässt sich der vom Kläger geltend gemachte Schadensersatzanspruch gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO nicht ablehnen.

**12** 1. Der Beklagte verstieß gegen seine Amtspflichten als Notar, weil er es unterließ, den Sachverhalt in Bezug auf die Frage, ob der Kläger als Verbraucher handelte, zu klären. Bereits dann, wenn nach einer solchen Klärung Zweifel in Bezug auf die Verbrauchereigenschaft verblieben wären, hätte er gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (in der damals maßgeblichen bis zum 30.9.2013 geltenden Fassung des OLG-Vertretungsänderungsgesetzes vom 23.7.2002 [BGBl. I, S. 2850], a. F.) verfahren müssen. Hierzu sind bislang keine Feststellungen getroffen worden.

**13** a) Gemäß § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F. soll der Notar bei Verbraucherverträgen darauf hinwirken, dass der Verbraucher ausreichend Gelegenheit erhält, sich vorab mit dem Gegenstand der Beurkundung auseinanderzusetzen; bei Verbraucherverträgen, die der Beurkundungspflicht nach § 311b Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 BGB unterliegen, geschieht dies in der Regel dadurch, dass dem Verbraucher der beabsichtigte Text des Rechtsgeschäfts zwei Wochen vor der Beurkundung zur Verfügung gestellt wird.

**14** b) Der Notar muss, wenn er um Beurkundung einer auf einen Vertragsschluss gerichteten Willenserklärung ersucht wird, klären, ob es sich um einen Verbrauchervertrag im Sinne des § 17 Abs. 2a BeurkG handelt, sofern der Status des Urkundsbeteiligten nicht offensichtlich ist (vgl. Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG und DNotO, 8. Aufl., § 17 Rdnr. 200 f.; BeckOGK-BeurkG/*Regler*, Stand: 1.4.2020, § 17 Rdnr. 153; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl., § 17 Rdnr. 99). Dazu muss er versuchen, den Zweck des Vertragsschlusses zu erkunden. Führt dies zu keinem eindeutigen Ergebnis, hat er, dem Gebot des sichersten Weges folgend, die Vorschriften zum Schutze des Verbrauchers – wie § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG – zu beachten (Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, DNotO, § 17 Rdnr. 201; *ders.* in FS 25 Jahre DNotI, S. 287, 296; BeckOGK-BeurkG/*Regler*, a. a.O.; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 599).

**15** c) Für eine solche Klärung hatte der Beklagte Anlass, da er allein aufgrund der Tatsache, dass der Kläger eine für ein durchschnittliches Privatgeschäft unübliche Anzahl von Wohnungen erwarb, nicht als offensichtlich annehmen durfte, dass kein Verbrauchergeschäft vorlag. Die Abgrenzung, ob ein Verbrauchervertrag – das heißt ein Vertrag zwischen einem Verbraucher (§ 13 BGB) und einem Unternehmer (§ 14 BGB) – oder ein Vertrag zwischen Unternehmern vorliegt, richtet sich vielmehr nach den folgenden Kriterien.

**16** aa) Nach § 13 BGB (in der auf den Streitfall anwendbaren, bis zum 12.6.2014 geltenden Fassung der Bekanntmachung der Neufassung des BGB vom 2.1.2002, BGBl. I, S. 42) ist Verbraucher jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu einem Zweck abschließt, der weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbstständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden kann, wohingegen der Unternehmerbegriff in § 14 Abs. 1 BGB als das kontradiktorische Gegenteil des Verbraucherbegriffs ausgestaltet ist. Nach dem Wortlaut der Verbraucherdefinition in § 13 BGB ist die – objektiv zu bestimmende – Zweckrichtung des Rechtsgeschäfts entscheidend (Senat, Beschluss vom 24.2.2005, III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 257; BGH, Urteile vom 18.10.2017, VIII ZR 32/16, NJW 2018, 150 Rdnr. 31 und vom 27.9.2017, VIII ZR 271/16, NJW 2018, 146 Rdnr. 41, jew. m. w. N.). Es kommt darauf an, ob das Verhalten der Sache nach dem privaten – dann Verbraucherhandeln – oder dem gewerblich-beruflichen Bereich – dann unternehmerisches Handeln – zuzuordnen ist (Senat, a. a. O). Dabei fällt auch eine nebenberufliche Tätigkeit unter den Unternehmerbegriff des § 14 BGB (OLG Celle, NJW-RR 2004, 1645, 1646; Erman/*Saenger*, BGB, 15. Aufl., § 13 Rdnr. 14; jurisPK-BGB/*Martinek*, 8. Aufl., § 14 Rdnr. 21).

**17** Für die Abgrenzung maßgeblich sind die jeweiligen Umstände des Einzelfalls, insbesondere das Verhalten der

Vertragsparteien (BGH, a. a. O.). Abzustellen ist auf den Zeitpunkt des Vertragsschlusses bzw. der Abgabe der auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts gerichteten Willenserklärung (vgl. MünchKomm-BGB/Micklitz, 8. Aufl., § 13 Rdnr. 36 f.; Erman/Saenger, BGB, § 13 Rdnr. 19).

**18 bb)** Unter einer gewerblichen Tätigkeit versteht man ein planmäßiges, auf eine gewisse Dauer angelegtes Anbieten entgeltlicher Leistungen am Markt unter Teilnahme am Wettbewerb (zum Beispiel BGH, Urteile vom 27.9.2017, a. a. O. Rdnr. 40; vom 29.3.2006, VIII ZR 173/05, BGHZ 167, 40 Rdnr. 14 und vom 23.10.2001, XI ZR 63/01, BGHZ 149, 80, 86). Eine Gewinnerzielungsabsicht ist nicht erforderlich (BGH, Urteil vom 27.9.2017, a. a. O.). Dabei setzt ein solchermaßen planvolles Handeln einen gewissen organisatorischen Mindestaufwand voraus (MünchKomm-BGB/Micklitz, § 14 Rdnr. 20; jurisPK-BGB/Martinek, § 14 Rdnr. 13).

**19** Die hier in Rede stehende Verwaltung eigenen Vermögens stellt hingegen regelmäßig keine gewerbliche Tätigkeit dar, sondern ist dem privaten Bereich zuzuordnen (zum Beispiel BGH, Urteile vom 3.3.2020, XI ZR 461/18, WM 2020, 781 Rdnr. 12; vom 20.2.2018, XI ZR 445/17, WM 2018, 782 Rdnr. 21 und vom 23.10.2001, a. a. O. S. 86 f.; jew. m. w. N.). Dazu gehört auch der Erwerb oder die Verwaltung einer Immobilie (BGH, jew. a. a. O.). Die Höhe der verwalteten Werte ist ebenso wenig maßgeblich wie der Umfang der Fremdfinanzierung, die beim Immobilienerwerb regelmäßig zur ordnungsgemäßen Verwaltung gehören kann (BGH, Urteile vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 13; vom 20.2.2018, a. a. O. Rdnr. 21 f. und vom 23.10.2001, a. a. O.). Die Aufnahme von Fremdmitteln lässt daher für sich genommen nicht auf ein Gewerbe schließen (BGH, Urteile vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 12; vom 20.2.2018, a. a. O.; vom 23.10.2001, a. a. O. und vom 23.9.1992, IV ZR 196/91, BGHZ 119, 252, 256; *Armbrüster* in FS 25 Jahre DNotI, S. 287, 296).

**20** Ausschlaggebende Kriterien für die Abgrenzung der privaten von der berufsmäßig betriebenen Vermögensverwaltung sind vielmehr der Umfang, die Komplexität und die Anzahl der damit verbundenen Vorgänge (BGH, Urteile vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 13 und vom 20.2.2018, a. a. O. Rdnr. 21 f.). Erfordern diese einen planmäßigen Geschäftsbetrieb – wie etwa die Unterhaltung eines Büros oder einer Organisation – so liegt eine gewerbliche Betätigung vor (zum Beispiel BGH, Urteile vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 12; vom 20.2.2018, a. a. O. Rdnr. 21; vom 23.10.2001, a. a. O.; vom 23.9.1992, a. a. O. S. 256 f. und vom 25.4.1988, II ZR 185/87, BGHZ 104, 205, 208). Ob der mit der Vermögensverwaltung verbundene organisatorische und zeitliche Aufwand das Bild eines planmäßigen Geschäftsbetriebes vermittelt, ist eine Frage des Einzelfalls (BGH, Urteile vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 13; vom 20.2.2018 a. a. O. Rdnr. 22 und vom 23.10.2001, a. a. O.). Die Anzahl der erworbenen Immobilien ist für sich betrachtet nicht maßgeblich (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.2001, a. a. O. S. 86 f.).

**21** Auch der Weiterverkauf erworbenen Grundbesitzes fällt grundsätzlich in den Bereich privater Vermögensverwaltung; ein unternehmerischer Grundstückshandel kommt erst dann in Betracht, wenn ein bestimmtes Maß überschritten wird (*Struck*, MittBayNot 2003, 259, 262; vgl. auch *Armbrüster*, a. a. O. S. 295). Ob ein bei Erwerb einer oder mehrerer Immo-

bilien bereits geplanter oder potenziell in Betracht gezogener Verkauf – im Gegensatz zur Vermietung – einen gewerbsmäßigen Grundstückshandel darstellen kann, beurteilt sich ebenfalls nach den Umständen des Einzelfalls und insoweit vor allem nach dem erforderlichen Aufwand und der Notwendigkeit einer geschäftsmäßigen Organisation.

**22 cc)** Auf die Beurteilung des Gewerbebegriffs in anderen Rechtsgebieten kann demgegenüber nicht zurückgegriffen werden.

**23** Nach der Rechtsprechung des BGH und anderer oberster Gerichtshöfe des Bundes ist er vielmehr für jedes Gesetz selbstständig nach Inhalt und Zweck der jeweiligen Vorschrift und unabhängig von dem Verständnis des Begriffs in anderen Rechtsgebieten zu bestimmen (BGH, Urteile vom 16.3.2000, VII ZR 324/99, BGHZ 144, 86, 88 und vom 7.7.1960, VIII ZR 215/59, BGHZ 33, 321, 327; BSG, NJW 1997, 1659, 1660; BVerwG, NJW 1977, 772 f.; BFHE 104, 321, 323; BVerfGE 25, 28, 35).

**24** Insbesondere können entgegen der Ansicht des Beklagten die zu § 15 EStG und § 2 GewStG entwickelten Maßstäbe nicht auf die Abgrenzung zwischen Verbraucher und Unternehmer im Sinne der §§ 13, 14 BGB bzw. des auf dieser Unterscheidung beruhenden § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG übertragen werden (ähnlich LG Kleve, Beschluss vom 25.8.2014, 4 OH 2/14, juris Rdnr. 12, insoweit nicht abgedruckt in NotBZ 2015, 359 f.; Blümich/Bode, EStG KStG GewStG, 15. Aufl., Stand: Dezember 2018, § 15 EStG Rdnr. 14; Kirchhof/Krumm, Einkommensteuergesetz, 19. Aufl., § 15 Rdnr. 13; vgl. auch BGH, Urteil vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 16 zu der autonomen Auslegung von § 2 UStG). Dies gilt auch für die im Einkommen- und Gewerbesteuerrecht angewandte sog. Drei-Objekt-Grenze, nach der steuerlich ein gewerbsmäßiger Grundstückshandel indiziert wird, wenn der Steuerpflichtige binnen eines Zeitraums von regelmäßig fünf Jahren seit dem Erwerb mehr als drei Grundstücke oder Eigentumswohnungen wieder veräußert (st. Rspr.: zum Beispiel BFH/NV 2010, 212, 213 f.; BFHE 233, 28, Rdnr. 17 ff.; BFHE 197, 240, 243 f.; BFHE 148, 480, 483).

**25** Im Steuerrecht geht es um die fiskalische Erfassung von Einkünften und deren Besteuerung (*Struck*, a. a. O. S. 261). Die „Drei-Objekte-Grenze“ dient der Vereinfachung (vgl. BFHE 148, a. a. O.). Damit schafft sie zugleich Rechtssicherheit bei der Besteuerung.

**26** Demgegenüber unterliegen die §§ 13 und 14 BGB von vornherein einer anderen Zielrichtung. Zweck dieser zur Vereinheitlichung der Begrifflichkeiten der in den Allgemeinen Teil des BGB eingefügten Verbraucherschutzvorschriften (vgl. BT-Drucks. 14/2658, S. 47; 14/3195, S. 32) ist es, in Verbindung mit den sonstigen dem Schutz des Verbrauchers dienenden Bestimmungen (hier § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG a. F.) eine vermutete wirtschaftliche Ungleichheit des Verbrauchers auszugleichen, um ihn als weniger geschäftserfahrenen – strukturell unterlegenen – Teilnehmer am Rechtsverkehr im Verhältnis zu seinem Vertragspartner zu schützen (vgl. zum Beispiel BGH, Urteil vom 3.3.2020, a. a. O. Rdnr. 17; Erman/Saenger, BGB, § 14 Rdnr. 17; MünchKomm-BGB/Micklitz, § 14 Rdnr. 20; *Struck*, a. a. O. S. 262).

**27** Bei der hier inmitten stehenden Frage der Anwendbarkeit der Verbraucherschutzvorschrift des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a. F.) tritt hinzu, dass es – anders als bei der Beurteilung steuerbarer Vorgänge, die in Fällen einer bei Erwerb von Grundbesitz nur bedingt bestehenden Veräußerungsabsicht von einer retrospektiven Betrachtung geprägt sein kann – allein auf eine Einschätzung im Zeitpunkt der in Aussicht genommenen Beurkundung ankommt.

**28 d)** Die vom Berufungsgericht für die Abgrenzung des Verbraucher vom Unternehmergegeschäft herangezogenen Umstände sind hiernach nicht maßgeblich. Dies betrifft sowohl die Absicht des Klägers, das Wohnungsgeschäft als Altersvorsorge zu tätigen, als auch die Erwartung eines Gewinns durch die baldige Weiterveräußerung nach einem Zwischenerwerb, die versprochene „Kickback-Zahlung“ von 20.000 € und die Option, die Wohnungen nach Renovierung zu behalten, falls sie attraktiv vermietet sein sollten. All diese Gesichtspunkte sind auch mit der nichtunternehmerischen Verwaltung von Privatvermögen vereinbar.

**29 e)** Dementsprechend sind Feststellungen dazu nachzuholen, ob der Beklagte, hätte er eine pflichtgemäße, an den vorstehenden Kriterien ausgerichtete Klärung des Status des Klägers vorgenommen, aus seiner Sicht zum Zeitpunkt des Beurkundungsersuchens zu dem Ergebnis gekommen wäre, dass der Kläger bei Abgabe seiner Willenserklärung nicht als Verbraucher handelte.

Wenn hieran auch nur Zweifel verblieben wären, hätte der Beklagte nach § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a. F.) verfahren müssen. Hierauf kommt es allerdings nur an, wenn die Schadensersatzforderung nicht ohnedies an anderen Anspruchsvoraussetzungen scheitert.

**30 2.** Das Berufungsurteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

**31 a)** Auf die allgemeine Richtlinie, dass einen Amtsträger in der Regel kein Verschulden trifft, wenn ein mit mehreren Rechtskundigen besetztes Kollegialgericht die Amtstätigkeit als objektiv rechtmäßig angesehen hat (siehe dazu zum Beispiel Senat, Urteile vom 21.2.2019, III ZR 115/18, WM 2019, 801 Rdnr. 20; vom 2.8.2018, III ZR 466/16, VersR 2019, 28 Rdnr. 24; vom 7.9.2017, III ZR 618/16, BGHZ 215, 344 Rdnr. 25; vom 6.2.1997, III ZR 241/95, NVwZ 1997, 1243, 1245 und vom 6.2.1986, III ZR 109/84, BGHZ 97, 97, 107; jew. m. w. N.), kann sich der Beklagte hier nicht berufen. Die sog. Kollegialgerichtsrichtlinie greift nicht ein, wenn das Gericht eine gesetzliche Bestimmung „handgreiflich falsch“ ausgelegt hat, ferner, wenn und soweit es für die Beurteilung des Falles wesentliche Gesichtspunkte unberücksichtigt gelassen hat oder sich bereits in seinem rechtlichen Ausgangspunkt von einer rechtlich verfehlten Betrachtungsweise nicht hat freimachen können (Senat, Urteile vom 21.2.2019; vom 2.8.2018 und vom 6.2.1997; jew. a. a. O.). Jedenfalls Letzteres liegt hier vor. Das Berufungsgericht hat im Ausgangspunkt seiner Beurteilung einer Amtspflichtverletzung des Beklagten die bereits seit langer Zeit gefestigte Rechtsprechung des BGH zu den bürgerlich-rechtlichen Kriterien der Abgrenzung der privaten von der unternehmerischen Vermögensverwaltung (siehe oben unter 1. c) bb) und insbesondere bereits BGH, Urteile vom 25.4.1988, II ZR

185/87, BGHZ 104, 205, 208 und vom 23.9.1992, IV ZR 196/91, BGHZ 119, 252, 256) übersehen.

**32 b)** Das Berufungsurteil ist auch mit Blick auf die Hilferwägung, der Kläger hätte – unterstellt, er hätte als Verbraucher gehandelt – die Beurkundung auch bei Einhaltung der Wartefrist genauso, wie geschehen, vornehmen lassen, nicht im Ergebnis richtig (§ 561 ZPO). Mit Recht rügt die Revision, dass das Berufungsgericht insoweit prozessrechtswidrig entscheidungserheblichen Sachvortrag des Klägers als widerlegt angesehen und einen Beweisantritt hierzu unberücksichtigt gelassen hat.

**33** Nach der Rechtsprechung des Senats bewirkt bereits die Beurkundung eines Vertrags unter Missachtung der Wartefrist den in dem – für den beteiligten Verbraucher – nachteiligen Vertrag liegenden Schaden (vgl. Senat, Urteil vom 25.6.2015, III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rdnr. 21). Der Notar kann sich jedoch darauf berufen, der Käufer hätte, wenn er die Beurkundung abgelehnt hätte, diese nach Ablauf der Regelfrist genauso – wie geschehen – vornehmen lassen. Für diesen hypothetischen Verlauf trifft ihn die Darlegungs- und Beweislast, weshalb Zweifel zu seinen Lasten gehen (Senat, a. a. O.). Dabei dürfen die Anforderungen an die Beweisführung aber nicht überspannt werden; es gilt – zugunsten des Schädigers – das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO (Senat, a. a. O. m. w. N.). Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH gebietet ferner der Grundsatz von Treu und Glauben eine sekundäre Darlegungslast des Gegners, wenn die darlegungs- und beweisbelastete Partei außerhalb des von ihr darzulegenden Geschehensablaufs steht und keine Kenntnisse von den maßgeblichen Tatsachen besitzt, während der Prozessgegner angesichts des unterschiedlichen Informationsstands beider Parteien zumutbar nähere Angaben machen kann (zum Beispiel Senat, Urteil vom 19.5.2016, III ZR 274/15, NJW-RR 2016, 842 Rdnr. 40 m. w. N.).

**34** Der hiernach sekundär darlegungsbelastete Kläger hat insoweit vorgetragen, dass er, hätte er rechtzeitig vor dem Beurkundungstermin einen Vertragsentwurf erhalten, diesen auch auf Drängen seiner zur Vorsicht neigenden Ehefrau durch einen Rechtsanwalt hätte prüfen lassen, welcher dann von einem Vertragsschluss abgeraten hätte (...). Hierfür hat er Beweis angetreten durch Benennung seiner Ehefrau als Zeugin. Das Berufungsgericht hat die Richtigkeit dieser Behauptung für unwahrscheinlich gehalten und deshalb von der beantragten Zeugenvernehmung abgesehen. Der Kläger habe vollständig auf den Zeugen K vertraut und selbst, nachdem sich herausgestellt habe, dass sich die Investition anders als versprochen entwickelt habe, zunächst keine anwaltliche Hilfe in Anspruch genommen. Hierbei handelt es sich – unbeschadet der Frage, ob das Berufungsgericht mit seinen Ausführungen die Beweislast verkannt hat, wozu die Revision ebenfalls Rügen erhebt – jedenfalls um eine unzulässige vorweggenommene Beweiswürdigung. Denn die Vorinstanz hat die Beurteilung der von ihr selbst zutreffend als erheblich erachteten Tatsachenbehauptung vorgenommen, ohne den dazu angebotenen Beweis zu erheben.

**35** Da die Würdigung des Berufungsgerichts schon aus dem vorstehenden Grund rechtsfehlerhaft ist, braucht der Senat auf die weiteren Revisionsangriffe nicht mehr einzugehen.

**36** III. Da die Sache wegen der nachzuholenden tatrichterlichen Feststellungen noch nicht zur Endentscheidung reif ist, ist das angefochtene Urteil aufzuheben und das Verfahren an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

**37** Für das weitere Verfahren weist der Senat vorsorglich auf Folgendes hin:

**38** Sollte der Beklagte infolge der Verletzung seiner Aufklärungspflicht gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a. F.) verstoßen haben (siehe oben II. 1. b), c) und e)), sich demgegenüber bei einer objektiven ex post-Betrachtung aber ergeben, dass der Kläger als Unternehmer handelte, fielen der verursachte Schaden nicht in den Schutzbereich der verletzten Norm.

**39** Die Haftung des Notars für einen von ihm durch eine Amtspflichtverletzung verursachten Schaden – hier: der Abschluss des dem Kläger nachteiligen Vertrages infolge der Verletzung der Pflicht des Beklagten zur Sachverhaltsaufklärung und nachfolgend von § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG (a. F.) – kommt, wie allgemein im Schadensersatzrecht, nur in Betracht, wenn ihm dieser bei wertender Betrachtung zugerechnet werden kann. Auch im Notarhaftungsrecht kann Ersatz nur für solche Schadensfolgen verlangt werden, die im Schutzbereich der verletzten Norm liegen. Es muss sich mithin um Folgen handeln, die in den Bereich der Gefahren fallen, um deren Vermeidung die Rechtsnorm erlassen wurde (vgl. Senat, Urteil vom 4.4.2019, III ZR 338/17, BGHZ 221, 363 Rdnr. 16).

**40** Der Zweck der vorstehend erörterten Aufklärungspflicht besteht darin, dass der Notar erkennt, ob die zum Schutz des Verbrauchers gebotene Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG eingehalten werden muss. Einem unternehmerisch tätigen Urkundsbeteiligten kommt diese Wartefrist aber nicht zugute. Beurkundet ein Notar den Vertrag zwischen zwei Unternehmern, ohne vorher die gebotene Klärung des Status der Beteiligten vorgenommen zu haben und gemäß der oben ausgeführten Zweifelsregel (siehe oben II. 1. b)) die Wartefrist einzuhalten, liegt ein etwaiger ihnen durch den Abschluss eines nachteiligen Geschäfts entstandener Schaden nicht im Schutzbereich der verletzten Amtspflicht. Denn ein nach dem Zweck der Wartefrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG ausgleichendes typisches wirtschaftliches Ungleichgewicht zwischen den Vertragspartnern besteht in diesen Fällen nicht. Dem Beklagten wäre der vom Kläger geltend gemachte Schaden daher nicht zuzurechnen, wenn dieser objektiv in Ausübung eines – ggf. erst in Aussicht genommenen (vgl. Senat, Beschluss vom 24.2.2005, III ZB 36/04, BGHZ 162, 253, 256) – Nebenerwerbsgeschäfts tätig war.

#### ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Rainer Regler**, München

Das vorstehende Judikat des BGH stellt zum einen die notariellen Pflichten bei der Umsetzung des beurkundungsverfahrensrechtlichen Verbraucherschutzes gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG klar, zum anderen gibt es eine Handreichung für die Einordnung eines Vertrags als Verbrauchervertrag. Hintergrund des streitigen Sachverhaltes war der en-bloc-Erwerb von vier Eigentumswohnungen zum Zweck

des Weiterverkaufs mit Gewinn. Nach (rechtlich erfolgloser) „Kaufreue“ trägt der Erwerber (Kläger) vor, dass er bei Einhaltung der Wartefrist von zwei Wochen den Vertrag nach und aufgrund Beiziehung anwaltlichen Rechtsrates nicht abgeschlossen hätte. Die Ausführungen des BGH zur Anwendung von § 17 Abs. 2a BeurkG sind denkbar kurz. Im Hinblick auf die praktische Bedeutung der Ausführungen des BGH ist zu bemerken:

a) Die Pflicht des Notars aus § 17 Abs. 1 BeurkG zur Ermittlung des Sachverhalts gilt (nunmehr ausdrücklich) auch für die Ermittlung des Tatbestandsvoraussetzungen für den notariellen Verbraucherschutz im Verfahren nach § 17 Abs. 2a BeurkG. Demgemäß ist es Amtspflicht des Notars zu klären, ob bei einem Immobilienkaufvertrag ein Verbraucher beteiligt ist.

Etwas anderes gilt nur, wenn der Status der Beteiligten – Unternehmer oder Verbraucher – offensichtlich ist.

b) Die besondere Pflichtenbindung des Notars bei Verbraucherverträgen nach § 17 Abs. 2a BeurkG bedingt, dass im Zweifel von einem Verbrauchervertrag auszugehen ist. Insofern ist in nicht eindeutigen Fällen zu empfehlen, den beabsichtigten Text des Vertrags an die Beteiligten – ggf. nochmals – selbst zu versenden und die Zwei-Wochen-Frist vor der Beurkundung zu wahren. Dies entsprach bisher auch der im Schrifttum vertretenen bzw. empfohlenen Auffassung.<sup>1</sup> Hiermit ist das Verfahren in Zweifelsfällen auf Verbraucherschutzniveau zu heben; dies gilt unabhängig von der tatsächlichen oder endgültigen Qualifizierung der Beteiligten als Verbraucher oder Unternehmer. Fehlginge daher ein Verständnis des Judikats, wonach bei Zweifeln über die Anwendbarkeit des § 17 Abs. 2a BeurkG stets ein Beteiligter als Verbraucher und ein Beteiligter als Unternehmer qualifiziert werden müsse. Dies würde zu Friktionen bei anderen Vorgängen führen, wo aufgrund der dort bestehenden Umstände gerade der Schutz eines anderen Beteiligten das Verbraucherschutzniveau fordert. Ein Beteiligter hat bei unterschiedlichen Beurkundungsvorgängen nicht einmal die Rolle des Verbrauchers und einmal die Rolle des Unternehmers (es sein denn die Art der Tätigkeit ändert sich im Lauf der Zeit, vgl. 4.).

Der BGH hat zur Förderung des Verbraucherschutzes „das Gebot des sichersten Weges“ bemüht. Das Gebot des sichersten Weges konkretisiert die notariellen Kardinalpflichten des § 17 Abs. 1 BeurkG dahin gehend, dass der Notar bei mehreren möglichen rechtlichen Gestaltungen zunächst den für die Beteiligten sichersten Weg aufzeigen muss, wobei ihm insoweit ein Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>2</sup> Vorliegend ging es zwar nicht um verschiedene rechtliche Gestaltungen, sondern allein um die Frage der Anwendbarkeit oder Nichtanwendbarkeit der verbraucherschützenden Vor-

1 Armbrüster/Preuß/Renner/*Armbrüster*, BeurkG, DNot, 8. Aufl. 2019, § 17 BeurkG Rdnr. 200; BeckOGK-BeurkG/*Regler*, Stand: 1.10.2020, § 17 Rdnr. 153; *Sorge*, DNotZ 2002, 593, 599.

2 Vgl. RG, Urteil vom 10.9.1935, III 42/35, RGZ 148, 321, 325; BGH, Urteil vom 15.1.1962, III ZR 177/60, DNotZ 1962, 263; *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 17 Rdnr. 210.

schriften von § 17 Abs. 2a BeurkG. Im Hinblick auf die Gewährung effektiven Verbraucherschutzes gilt aber, dass bei Zweifelsfällen deren Anwendung sicherzustellen ist.

c) Mit Blick auf einen Haftungsprozess ist zu vergegenwärtigen:

Nach den Ausführungen des BGH entsteht der Schaden für den Verbraucher bereits dadurch, dass ihm nicht das vom Gesetzgeber vorgesehene Verfahren im Vorfeld der Beurkundung zuteil geworden ist. Daraus folgt, dass der Notar die Beweislast dafür trägt, dass der Verbraucher den Vertrag unter Einhaltung des verbraucherschützenden Vorverfahrens (rechtmäßiges Alternativverhalten) genauso abgeschlossen hätte. Dies erweist sich in der Praxis, wie der vorstehende Fall trotz der Feststellungen des Obergerichts zeigt, als schwierig.

Der BGH hat zudem jüngst entschieden, dass die Verjährungsfrist des Notarhaftungsanspruchs wegen eines Arglistvorwurfs nicht zu laufen beginnt, wenn der Notar gegenüber den Beteiligten den Eindruck erweckt, die Einhaltung der Frist stehe zu ihrer Disposition.<sup>3</sup>

d) Einen wichtigen Punkt für die Anwendung des § 17 BeurkG betrifft Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung. Hier stellt der BGH klar, dass es für den Notar für die Beurteilung der Frage „Verbrauchervertrag ja oder nein“ auf die Einschätzung im Zeitpunkt der Beurkundung ankommt. Damit bleiben – auch im Hinblick auf die aufsichtliche und haftungsrechtliche Beurteilung des gewählten Verfahrens – weitere Erkenntnisse, die sich aus einer ex-post-Betrachtung ergeben, außen vor. Allerdings muss auch die verfahrensrechtliche Prüfung des Notars stets aktuell auf den Zeitpunkt der Beurkundung abgestellt sein.

In der notariellen Praxis stellen sich häufig die Fragen,

- ob eine Person im konkreten Kaufvertrag privat handelt, insbesondere im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung, oder ob sie als Unternehmer anzusehen ist, weil sie bei anderen Beurkundungsvorgängen als Gesellschafter und ggf. Geschäftsführer von Gesellschaften auftritt, die gewerbsmäßig unbewegliches Vermögen an- und verkaufen;
- ob und wenn ja: Ab welchem Zeitpunkt eine Person, bei der keine Anhaltspunkte für ein unternehmerisches Handeln vorliegen, durch den Abschluss weiterer Verträge ins Gewerbliche bzw. in das Unternehmerische abdriftet.

Kurz gesagt: Einmal Verbraucher heißt nicht immer Verbraucher!

e) Für die Einordnung als Verbraucher und Unternehmer gelten ausschließlich die §§ 13 und 14 BGB. Folgende Gesichtspunkte sind den Ausführungen des BGH folgend nach den Umständen des Einzelfalls maßgeblich:

- Handelt ein Beteiligter im Rahmen der privaten Vermögensverwaltung, dann liegt keine gewerbliche

Tätigkeit vor, welche die Unternehmereigenschaft begründen würde. Der finanzierte Erwerb und/oder der beabsichtigte Weiterverkauf führen noch nicht zu einem Abdriften ins Gewerbliche.

- Die Unternehmereigenschaft kann jedoch zu bejahen sein, wenn ein bestimmter Umfang sowie eine bestimmte Komplexität und Häufigkeit der Vorgänge eintritt, die eine geschäftsmäßige Organisation erfordern.
- Für die Beurteilung der Unternehmereigenschaft ist der Zweck des § 17 Abs. 2a BeurkG maßgeblich, nicht die im Einkommensteuer- und Gewerberecht entwickelten Grundsätze zur Erfassung von Einkünften. Die dort entwickelten Grundsätze zur „Drei-Objekt-Grenze“ sind daher nicht entscheidend; allerdings kann ihnen aufgrund der Maßgeblichkeit der Umstände des Einzelfalls nach Auffassung des Verfassers eine gewisse Indizwirkung nicht ganz abgesprochen werden.

Im Ergebnis ist das Judikat im Hinblick auf die Anwendung der Vorschrift des § 17 Abs. 2a BeurkG in der notariellen Praxis zu begrüßen. Im Zweifel Verbraucherschutz bedeutet zunächst, dass – beurkundungsverfahrensrechtlich und in der Folge haftungsrechtlich – mehr Verträge dem Vorverfahren des § 17 Abs. 2a BeurkG unterzogen werden. Eigenversand des beabsichtigten Textes des Rechtsgeschäfts durch den Notar und Einhaltung der Frist bedingen mehr Verbraucherschutz, was an sich nur positiv bewertet werden kann. Als Beigeschmack hinzunehmen ist in der Folge, dass der (pauschale) beurkundungsverfahrensrechtliche Verbraucherschutz nicht punktgenau ist. Dies ermöglicht und verlangt dagegen die Grundnorm des § 17 Abs. 1 BeurkG, wonach die Belehrungspflicht fall- und adressatenbezogen auszufüllen ist und zwar nach Maßgabe „was die Lage erfordert“. Bereits die Genese der Entstehung des § 17 Abs. 2a BeurkG zeigte:<sup>4</sup> Je mehr Fallgestaltungen durch den Gesetzgeber und durch die Rechtsprechung – in der Regel auf der Basis unzureichender notarieller Pflichterfüllung – in den § 17 Abs. 2a BeurkG einbezogen werden, desto mehr weicht die persönliche Verantwortung des Notars für die pflichtgemäße Gestaltung des Beurkundungsverfahrens der pauschalen Verfahrensgestaltung. Zu vergegenwärtigen bleibt auch, dass der im Hinblick auf die Ermöglichung einer zeitnahen Beurkundung ausgeübte Druck nicht vom Notar, sondern von den Beteiligten selbst, deren Vertretern oder den beteiligten Maklern stammt. Der Notar hat bereits seit Einführung des § 17 Abs. 2a BeurkG und künftig noch mehr bei allen Beteiligten um Verständnis zu werben, wenn er seinen Pflichten entsprechend die Wahrung der Zwei-Wochen-Frist nach Erhalt des vom Notar versandten Entwurfs verlangt oder erst recht die erneute Einhaltung bzw. Durchführung des Verfahrens fordert, wenn sich Änderungen zum bislang versandten Text ergeben, sei es durch

3 BGH, Urteil vom 7.3.2019, III ZR 117/18, BGHZ 221, 253 = DNotZ 2019, 713.

4 OLGVertrÄndG vom 23.7.2002, BGBl. 2002 I, S. 2850; Rieger, MittBayNot 2002, 325; Schmucker, DNotZ 2002, 510.

- Hinzutreten oder Wegfalls eines Beteiligten,
- inhaltliche Änderungen, die nicht von vornherein als Unwesentlich angesehen werden können.<sup>5</sup>

Das seit dem Jahr 2002 entwickelte Narrativ „im Zweifel Verbraucherschutz“ ist zwar im Hinblick auf eine bislang geübte best practice nichts Neues, wird durch das Judikat aber Amtspflicht und bedingt noch mehr Vorsicht und Zurückhaltung des Notars bei der Annahme eines Verbraucher-Verbraucher-Vertrags.

<sup>5</sup> Armbrüster/Preuß/Renner/Armbrüster, BeurkG, DONot, § 17 BeurkG Rdnr. 222; BeckOGK-BeurkG/Regler, § 17 Rdnr. 213 m. w. N.

## ÖFFENTLICHES RECHT

### 21. Nachweis der Vertretungsmacht eines Gemeindebeamten für den Vollzug von Grundstücksgeschäften

OLG München, Beschluss vom 30.7.2020, 34 Wx 145/20, mitgeteilt von Dr. **Andreas Stegbauer**, Richter am OLG München

*BayGO Art. 37 Abs. 1, Art. 38 Abs. 1, Art. 39 Abs. 2 Satz 2 GBO § 18 Abs. 1, § 29 Abs. 1 Satz 1*

#### LEITSATZ:

**Zum Erfordernis des Nachweises der Vertretungsmacht eines Gemeindebediensteten einer bayerischen Gemeinde beim Vollzug von Grundstücksgeschäften (hier: Freigabeerklärung) gegenüber dem Grundbuchamt.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Die Beteiligte zu 1 ist als Eigentümerin von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. Dieser ist bezüglich einer Teilfläche mit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Gasrohr-einlegungs-, -belassungs- und -betriebsrecht) für die Landeshauptstadt M belastet, die am 16.6.1961 aufgrund Bewilligung vom 28.6.1957 in Abteilung II lfd. Nr. 3 des Grundbuchs eingetragen wurde.

**2** Mit notariellem Vertrag vom 16.1.2019 verkaufte die Beteiligte zu 1 eine Teilfläche ihres Grundbesitzes an die Gemeinde T (Beteiligte zu 2). Die Beteiligte zu 1 hat nach dem Vertrag der Beteiligten zu 2 lastenfreies Eigentum zu verschaffen.

**3** Am 1.8.2019 hat der Notar die Löschung der in Abt. II lfd. Nr. 3 eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit beantragt und dabei eine Pfandfreigabeerklärung vom 18.7.2019 vorgelegt. Diese ist vom Kommunalreferat – Immobilienservice Kaufmännische Dienstleistungen Grundstücksverkehr Süd der Landeshauptstadt ausgestellt und mit Dienst-siegel und Unterschrift einer Oberverwaltungs-rätin X versehen.

**4** Mit Zwischenverfügung vom 19.12.2019 hat das Grundbuchamt Frist bis zum 10.2.2020 zur Vorlage eines Stadtratsbeschlusses gesetzt, wonach Frau Oberverwaltungs-rä-

tin X zur Abgabe der Pfandfreigabeerklärung befugt sei. Falls es einen solchen Beschluss nicht gebe, sei die Genehmigung des Oberbürgermeisters der Landeshauptstadt nebst eines Stadtratsbeschlusses bzw. die Genehmigung eines beschließenden Ausschusses nebst des Nachweises, dass er dazu befugt ist, vorzulegen. Die Vertretungsmacht nach außen hänge nach Art. 38 Abs. 1 Satz 1 BayGO von der Zustimmung des Stadtrats ab. Habe ein bevollmächtigter Bediensteter der Stadt gehandelt, sei eine Vollmacht nach Art. 39 Abs. 2 Satz 2 BayGO vorzulegen.

**5** Die Beteiligten zu 1 und 2 erklärten daraufhin, es handele sich bei dem Geschäft um laufende Angelegenheiten, die der Bürgermeister nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO in eigener Zuständigkeit erledige. Eine Delegation der Aufgabe sei möglich, eine wirksame Bevollmächtigung wegen § 29 Abs. 3 GBO aber nicht nachzuweisen.

**6** Daraufhin teilte das Grundbuchamt am 19.2.2020 mit, der Nachweis einer lückenlosen Bevollmächtigungskette vom Bürgermeister auf die handelnde Gemeindebedienstete in der Form des § 29 GBO sei für eine Eintragung ausreichend.

**7** Mit Schreiben des Notars vom 19.3.2020 haben die Beteiligten zu 1 und 2 gegen die Zwischenverfügung Beschwerde eingelegt. Diese begründen sie damit, dass nur eine Teilfläche von 34 m<sup>2</sup> vom Gasleitungsrecht freigegeben worden sei, so dass es sich eindeutig um eine laufende Angelegenheit handele. Nach § 29 Abs. 3 GBO sei das Handeln der Kommune vom Grundbuchamt nicht zu überprüfen.

**8** Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

**9** II. 1. Das Rechtsmittel gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist als unbeschränkte Grundbuchbeschwerde (§ 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO) zulässig. Die Beschwerde wurde auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

**10** 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, denn die Beteiligten haben zu erkennen gegeben, dass sie nicht gewillt sind, das in der Zwischenverfügung genannte Hindernis zu beseitigen, sodass die Zwischenverfügung nicht aufrechtzuerhalten ist.

**11** a) Voraussetzung einer Zwischenverfügung ist, dass ein Eintragungshindernis und unter Setzung einer Frist das Mittel zu dessen Beseitigung unmissverständlich benannt werden (Senat vom 11.4.2011, 34 Wx 160/11, FGPrax 2011, 173; Bauer/Schaub/Wilke, GBO, 4. Aufl., § 18 Rdnr. 9 ff.; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 18 Rdnr. 29 ff.; Hügel/Zeiser, GBO, 4. Aufl., § 18 Rdnr. 32). Auf die Angabe, wie das angegebene Hindernis beseitigt werden kann, kann auch dann nicht verzichtet werden, wenn der Adressat anwaltlich oder durch einen Notar vertreten ist und sich daher juristisch über die Möglichkeiten der Beseitigung beraten lassen kann (Senat vom 23.5.2014, 34 Wx 135/14, NotBZ 2014, 348; Hügel/Zeiser, GBO, § 18 Rdnr. 34).

**12** Prüfungsgegenstand des Beschwerdeverfahrens ist nicht der Eintragungsantrag, sondern nur die angegriffene Zwischenverfügung (BGH, FGPrax 2014, 2; BayObLG, NJW-RR 1987, 1204; Demharter, GBO, § 77 Rdnr. 15). Beanstandungen, die nicht Gegenstand der Zwischenverfügung sind, sind

auch nicht Gegenstand der Überprüfung im Beschwerdeverfahren (OLG Schleswig, Rpfleger 2005, 356).

**13 b)** Vorliegend geht die Zwischenverfügung davon aus, dass die Abgabe der Pfandfreigabeerklärung eine Aufgabe des Stadtrats der Landeshauptstadt sei, sodass ein Beschluss des Stadtrates oder eines Ausschusses für erforderlich gehalten wurde.

**14** Insofern hat der Notar aber klargestellt, dass nach seiner Ansicht eine laufende Angelegenheit, die dem Oberbürgermeister zugewiesen ist, vorliege. Damit steht auch fest, dass die Beteiligten nicht gewillt sind, die Beschlüsse des Stadtrates oder Ausschusses, die das Grundbuchamt für erforderlich hält, vorzulegen. In diesem Falle ist aber für eine Aufrechterhaltung der Zwischenverfügung kein Raum mehr (OLG Düsseldorf, MDR 2012, 274).

**15 c)** Soweit das Grundbuchamt durch Schreiben vom 19.2.2020 den Nachweis einer lückenlosen Bevollmächtigungskette vom Bürgermeister auf die handelnde Gemeindebedienstete in der Form des § 29 GBO anfordert, stellt sich das Schreiben nicht als Zwischenverfügung dar, sondern als bloße Meinungsäußerung. Das Grundbuchamt hat nämlich keine Frist zur Behebung des angenommenen Hindernisses gesetzt. Mangels einer anfechtbaren Entscheidung war daher über das in dem Schreiben angezeigte Mittel der Behebung des vom Grundbuchamt angenommenen Hindernisses nicht zu befinden.

**163.** Der Senat weist für das weitere Verfahren – ohne Bindungswirkung – auf Folgendes hin:

**17** Gemäß § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO soll eine Eintragung nur vorgenommen werden, wenn die entsprechende Grundbucherklärung durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen wird. Unter den Begriff der Eintragung fällt, wie sich aus § 46 Abs. 1 GBO ergibt, auch eine Löschung (Bauer/Schaub/Weber, GBO, § 46 Rdnr. 1; Demharter, GBO, § 19 Rdnr. 3; KEHE/Keller, GBO, 8. Aufl., § 46 Rdnr. 1).

**18** Bewilligungsberechtigt ist dabei gemäß § 19 GBO derjenige, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird. Dies ist hier die Landeshauptstadt als eingetragene Inhaberin der Dienstbarkeit. Eine Eintragung ist nur abzulehnen, wenn das Grundbuchamt berechnete Zweifel hat, dass die Landeshauptstadt die Bewilligung durch die Oberverwaltungspräsidentin X wirksam erklären konnte.

**19 a)** Nach § 29 Abs. 3 Satz 1 GBO sind Erklärungen und Ersuchen einer Behörde, aufgrund deren die Eintragung vorgenommen werden soll, zu unterschreiben und zu siegeln. Zweck ist dabei zum einen, dem Grundbuchamt die Prüfung zu ersparen, ob der Erklärung überhaupt die Eigenschaft einer öffentlichen Urkunde zukommt (Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, § 19 Rdnr. 151). Zum anderen soll damit aber den Behörden auch der Nachweis der Legitimation der Personen, die für sie Erklärungen unterzeichnen, erleichtert werden (Demharter, GBO, § 29 Rdnr. 45). Daher ist die unterschriebene und mit dem Gemeindegel siegelte Freigabeerklärung einer Gemeinde eine öffentliche Urkunde, die für das Grundbuchamt die Vermutung begründet, dass der Unterzeichner der Urkunde zur Vertretung der Gemeinde befugt ist.

Diese darf das Grundbuchamt nur in Zweifel ziehen, wenn tatsächliche Anhaltspunkte für eine mangelnde Vertretungsbefugnis des Unterzeichners bestehen (BayObLG, MittBayNot 1978, 10, 11). Zweifel können sich dabei für das Grundbuchamt ergeben, wenn nicht feststeht, dass es sich überhaupt um eine laufende Angelegenheit im Sinne von Art. 37 BayGO handelt. Zudem können sich Zweifel unter anderem dann ergeben, wenn nur bekannt ist, dass ein anderer Gemeindebediensteter den Handelnden bevollmächtigt hat, ohne dass formgerecht nachgewiesen wäre, dass wiederum der Bevollmächtigende seinerseits in Vollmacht gehandelt hat. In einem solchen Fall kann etwa ergänzend die fehlende Vollmacht, aus der sich dann eine Vollmachtenkette ergibt, zum Nachweis der ordnungsgemäßen Bevollmächtigung erforderlich sein (vgl. Senat vom 28.1.2013, 34 Wx 390/12, NJOZ 2013, 1046, 1047).

**20 b)** Vorliegend wird es daher darauf ankommen, ob für das Grundbuchamt schon feststeht, dass es sich bei der Freigabeerklärung – wie geltend gemacht – um eine laufende Angelegenheit nach Art. 37 BayGO handelt oder Tatsachen bekannt sind, die die Bevollmächtigung der Gemeindebediensteten in Zweifel ziehen.

**21 aa)** Nach Art. 29 BayGO wird die Gemeinde durch den Gemeinderat verwaltet, soweit nicht der Bürgermeister nach Art. 37 BayGO selbstständig entscheidet. Nach Art. 37 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 BayGO erledigt der Bürgermeister in eigener Zuständigkeit die laufenden Angelegenheiten, die für die Gemeinde keine grundsätzliche Bedeutung haben und keine erheblichen Verpflichtungen erwarten lassen. Nach dessen Satz 2 kann der Gemeinderat Richtlinien für diese laufenden Angelegenheiten aufstellen und nach Art. 37 Abs. 2 Satz 1 BayGO weitere Angelegenheiten übertragen. Ist nicht offenkundig, dass es sich bei der Freigabeerklärung um eine Angelegenheit der laufenden Verwaltung handelt und das Handeln eines bevollmächtigten Gemeindebediensteten daher möglich war, muss dies in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden (OLG Nürnberg, MittBayNot 2019, 621). Regelt eine Geschäftsordnung des Gemeinderates die laufenden Angelegenheiten, so kann die Vorlage einer formgerechten Abschrift dieser Geschäftsordnung jedenfalls dann vom Grundbuchamt gefordert werden, wenn diese nicht offenkundig oder aktenkundig ist. Dabei erscheint fraglich, ob die Veröffentlichung einer Geschäftsordnung des Gemeinderates im Internet schon zur Offenkundigkeit führen kann (OLG Zweibrücken, FGPrax 2013, 162). Allerdings ist nicht auszuschließen, dass die Geschäftsordnung dem Grundbuchamt jedenfalls aktenkundig ist. Davon wäre auszugehen, wenn die Gemeinde für den betreffenden Zeitraum dem Grundbuchamt schon einmal die Geschäftsordnung formgerecht vorgelegt hat.

**22 bb)** Soweit eine Zuweisung von Aufgaben an den Bürgermeister durch oder gemäß Art. 37 BayGO erfolgt ist, gibt Art. 38 Abs. 2 Satz 3 BayGO diesem die Möglichkeit, einzelne Gemeindebedienstete zu bevollmächtigen, Erklärungen, durch welche die Gemeinde verpflichtet werden soll, zu unterzeichnen. Dies gilt auch im Fall von Verfügungen über dingliche Rechte (BGH, NJW 2017, 2412). In einem solchen Fall wird bei gesiegelten und unterschriebenen Erklärungen eines Gemeindebediensteten die Erteilung der Vollmacht vermutet. Soweit sich für das Grundbuchamt Zweifel ergeben, weil etwa

aktenkundig oder auch nachgewiesen ist, dass ein anderer Gemeindebediensteter vom Bürgermeister zu diesen Geschäften bevollmächtigt wurde oder der Handelnde nicht vom Bürgermeister selbst bevollmächtigt war, hat das Grundbuchamt diese konkret darzulegen. Es würde dann nämlich der Nachweis der wirksamen Vollmachtserteilung nach § 29 Abs. 3 GBO oder die Vorlage der fehlenden Bevollmächtigung genügen; der Vorlage aller Vollmachten zum Nachweis der vollständigen Vollmachtsskette bedürfte es hingegen nicht. Das vorliegende Schreiben vom 19.2.2020 wäre daher insofern bei weitem nicht ausreichend.

**23** III. Eine Kostenentscheidung ist nicht erforderlich, da die Beschwerde – jedenfalls einstweilen – Erfolg hat.

## STEUERRECHT

### 22. Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten

BFH, Urteil vom 5.2.2020, II R 1/16 (Vorinstanz: FG Hessen, Urteil vom 3.11.2015, 1 K 1059/14)

AO § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2  
ErbStG § 10 Abs. 3 und 5

#### LEITSÄTZE:

- 1. Im Erbschaftsteuerrecht gelten die infolge des Erb-anfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung zivilrechtlich erloschenen Rechtsverhältnisse gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG als nicht erloschen. Diese Fiktion umfasst auch das Recht des Pflichtteilsberechtigten, der der Alleinerbe des Pflichtteilsverpflichteten ist, die Geltendmachung des Pflichtteils fiktiv nachzuholen.**
- 2. Die Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG reicht jedoch nicht so weit, dass der zivilrechtlich aufgrund Konfusion erloschene Pflichtteilsanspruch auch dann noch geltend gemacht werden kann, wenn er im Zeitpunkt der Geltendmachung zivilrechtlich verjährt war.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** I. Der Kläger und ursprüngliche Revisionskläger (Pflichtteilsberechtigter) ist während des Revisionsverfahrens verstorben. Alleinerbin ist die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), seine Ehefrau.

**2** Der Vater des Pflichtteilsberechtigten verstarb am 9.1.2008. Er wurde von dessen Ehefrau, der Stiefmutter des Pflichtteilsberechtigten, allein beerbt. Der Pflichtteilsberechtigte machte zunächst keine Pflichtteilsansprüche geltend. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) setzte die Erbschaftsteuer für den Erwerb von Todes wegen gegenüber der Stiefmutter des Pflichtteilsberechtigten mit Bescheid vom 9.10.2008 auf 0 € fest.

**3** Die Stiefmutter des Pflichtteilsberechtigten verstarb am 1.1.2011. Der Pflichtteilsberechtigte war ihr Alleinerbe. Das FA setzte mit Bescheid vom 26.9.2011 die Erbschaftsteuer gegen den Pflichtteilsberechtigten wegen des Erwerbs von Todes wegen nach seiner verstorbenen Stiefmutter auf 61.965 € fest. Der Bescheid wurde bestandskräftig. Am 29.6.2012 erließ das FA wegen nachträglich geltend gemachter Nachlassverbindlichkeiten einen nach § 173 Abs. 1 Nr. 2 AO geänderten Bescheid und setzte die Erbschaftsteuer auf 61.785 € herab. Dieser Bescheid wurde ebenfalls bestandskräftig.

**4** Am 4.9.2013 beantragte der Pflichtteilsberechtigte, den Erbschaftsteuerbescheid gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern und den von ihm geltend gemachten Pflichtteilsanspruch i. H. v. 97.774 € nachträglich als Nachlassverbindlichkeit zu berücksichtigen. Er habe, nachdem seine Stiefmutter verstorben und er deren alleiniger Erbe geworden sei, mit einem an sich selbst gerichteten Schreiben vom 14.8.2013 seinen Pflichtteilsanspruch aus der Erbschaft nach seinem Vater geltend gemacht. Erbschaftsteuer für den Erwerb des Pflichtteilsanspruchs entstehe nicht, da der Wert des Reinnachlasses den geltenden Freibetrag nicht übersteige. Die Geltendmachung des Pflichtteils wirke auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer gegenüber dem Erben, also auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers zurück und stelle somit ein Ereignis mit steuerlicher Rückwirkung i. S. d. § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar. Die Verjährung des Pflichtteilsanspruchs stünde der Geltendmachung nicht entgegen. Sie führe lediglich zu einer Einrede, die der Schuldner geltend machen könne. Hier sei die Einrede der Verjährung nicht geltend gemacht worden, so dass der Pflichtteilsanspruch weiterhin bestehe.

**5** Das FA lehnte den Änderungsantrag am 21.11.2013 ab. Den dagegen eingelegten Einspruch wies das FA mit Einspruchsentscheidung vom 29.4.2014 als unbegründet zurück. Als Nachlassverbindlichkeiten seien zwar grundsätzlich auch Verbindlichkeiten aus der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen zu berücksichtigen. Im Streitfall fehle es jedoch an der dafür erforderlichen wirtschaftlichen Belastung des Erben.

**6** Die Klage hatte keinen Erfolg. Nach Ansicht des FG hat das FA den Antrag auf Änderung des Erbschaftsteuerbescheides zu Recht abgelehnt. Ist der Pflichtteilsberechtigte der Alleinerbe des Verpflichteten, so würden sowohl der Pflichtteilsanspruch als auch die entsprechende Verbindlichkeit des ursprünglichen Erben durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person erlöschen. Im Erbschaftsteuerrecht würden zwar die erloschenen Rechtsverhältnisse nach § 10 Abs. 3 ErbStG als nicht erloschen gelten. Der Abzug des Pflichtteilsanspruchs als Nachlassverbindlichkeit sei jedoch nicht mehr möglich, wenn dieser im Zeitpunkt der Geltendmachung bereits verjährt gewesen sei. Aufgrund des Zusammenfallens von Berechtigung und (verjährt) Verpflichtung in der Person des Pflichtteilsberechtigten treffe diesen keine wirtschaftliche Belastung. Der Eintritt der Verjährung habe zur Folge, dass es allein in der Hand des (vermeintlichen) Pflichtteilsschuldners liege, ob er einen geltend gemachten Pflichtteilsanspruch noch erfülle oder sich auf die Einrede der Verjährung berufe. Das Urteil ist in EFG 2016, 298 veröffentlicht.

**7** Dagegen richtet sich die Revision. Nach Auffassung der Klägerin ist die wirtschaftliche Belastung im Rahmen der Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG nicht zu berücksichtigen. Durch den Eintritt der Verjährung habe der Verpflichtete lediglich das Recht, die Einrede der Verjährung geltend zu machen. Ob er dies tue, müsse ihm überlassen bleiben.

**8** Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und das FA zu verpflichten, den Erbschaftsteuerbescheid vom 29.6.2012 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 29.4.2014 dahin gehend zu ändern, dass die Erbschaftsteuer auf 40.050 € herabgesetzt wird.

**9** Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**10** II. Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zutreffend hat das FG entschieden, dass die Ablehnung des Antrags auf Änderung des Erbschaftsteuerbescheides rechtmäßig war. Die Geltendmachung eines Pflichtteils nach dem Tod des Pflichtteilsverpflichteten ist zwar auch dann möglich, wenn der Pflichtteilsberechtigte zugleich der Erbe des Pflichtteilsverpflichteten ist. Der aufgrund Konfusion zivilrechtlich erloschene Pflichtteilsanspruch ist gleichwohl nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehbar, wenn er im Zeitpunkt der Geltendmachung nach zivilrechtlichen Grundsätzen verjährt ist.

**11** 1. Zu den nach § 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG i. V. m. § 10 Abs. 3 bis Abs. 9 ErbStG abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten gehören gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG u. a. Verbindlichkeiten aus geltend gemachten Pflichtteilen (§§ 2303 ff. BGB). Damit übereinstimmend gilt der originär beim Pflichtteilsberechtigten entstandene Pflichtteilsanspruch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alternative 3 ErbStG erst dann als Erwerb von Todes wegen, wenn er geltend gemacht wird.

**12** a) Dem bloßen Entstehen des Anspruchs auf einen Pflichtteil mit dem Erbfall (§ 2317 Abs. 1 BGB) kommt erbschaftsteuerrechtlich noch keine Bedeutung zu, und zwar weder bei dem Berechtigten noch bei dem Verpflichteten. Dieses zeitliche Hinausschieben der erbschaftsteuerrechtlichen Folgen eines Pflichtteilsanspruchs ist im Interesse des Berechtigten geschehen und soll ausschließen, dass bei ihm auch dann Erbschaftsteuer anfällt, wenn er seinen Anspruch zunächst oder dauerhaft nicht erhebt (BFH, Urteil vom 19.2.2013, II R 47/11, BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 11 m. w. N.).

**13** b) Die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs besteht in dem ernstlichen Verlangen auf Erfüllung des Anspruchs gegenüber dem Erben. Der Berechtigte muss seinen Entschluss, die Erfüllung des Anspruchs zu verlangen, in geeigneter Weise bekunden (BFH-Urteile vom 19.7.2006, II R 1/05, BFHE 213, 122 = BStBl. II 2006, S. 718 und in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 12). Ist dies geschehen, entsteht die Erbschaftsteuer für den Erwerb des Pflichtteilsanspruchs (§ 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG) nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG mit dem Zeitpunkt der Geltendmachung. Hinsichtlich des Abzugs des Pflichtteils als Nachlassverbindlichkeit wirkt dessen Geltendmachung hingegen auf den Zeitpunkt der Entstehung der Steuer gegenüber dem Erben, also auf den Zeitpunkt des Todes des Erblassers (§ 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG) zurück, stellt also ein rückwirkendes Ereignis i. S. d. § 175 Abs. 1 Satz 1

Nr. 2 AO dar (BFH-Urteil in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 12).

**14** 2. Verstirbt der Pflichtteilsverpflichtete seinerseits, bevor der Pflichtteilsanspruch durch Erfüllung (§ 362 Abs. 1 BGB) oder aus anderen Gründen, etwa aufgrund eines Erlassungsvertrags (§ 397 Abs. 1 BGB), erloschen ist, geht die Verbindlichkeit gemäß §§ 1922, 1967 Abs. 1 BGB zivilrechtlich auf dessen Erben über, ohne dass es auf die vorherige Geltendmachung des Anspruchs ankommt.

**15** a) Die Verpflichtung zur Zahlung des Pflichtteils stellt dabei – abweichend vom Zivilrecht – erbschaftsteuerrechtlich nur dann eine vom Pflichtteilsverpflichteten als Erblasser herührende Schuld und somit eine gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abziehbare Nachlassverbindlichkeit dar, wenn der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteilsanspruch zu Lebzeiten des Verpflichteten geltend gemacht hatte oder ihn nach dessen Tod nunmehr geltend macht.

**16** b) Geschieht dies vor der Verjährung des Anspruchs (§§ 195, 202 Abs. 2 BGB, früher § 2332 Abs. 1 BGB, vgl. dazu Art. 229 § 23 EGBGB), gilt der Pflichtteilsanspruch gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alternative 3 ErbStG als Erwerb des Pflichtteilsberechtigten von Todes wegen vom ursprünglichen Erblasser, dessen persönliches Verhältnis zu dem von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten den Pflichtteilsanspruch begründet hat. Der Erbe des verstorbenen Pflichtteilsverpflichteten kann dann die Verbindlichkeit aus dem geltend gemachten Pflichtteilsanspruch gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit abziehen.

**17** c) Dies gilt auch dann, wenn der ursprüngliche Verpflichtete nicht damit rechnen musste, den Pflichtteilsanspruch zu Lebzeiten erfüllen zu müssen, und deshalb durch diesen (zunächst) nicht wirtschaftlich belastet war; denn die Geltendmachung des Pflichtteils wirkt, wie bereits dargelegt, auf den Eintritt des ursprünglichen Erbfalls zurück (vgl. BFH-Urteil in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 13 bis 15).

**18** 3. Dieselben Grundsätze sind anzuwenden, wenn der Pflichtteilsberechtigte zugleich der Erbe des verstorbenen Pflichtteilsverpflichteten ist. Der geltend gemachte Pflichtteilsanspruch ist in diesem Fall jedoch nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehbar, wenn er im Zeitpunkt der Geltendmachung zivilrechtlich verjährt war.

**19** a) Ist der Pflichtteilsberechtigte der Alleinerbe des Pflichtteilsverpflichteten, erlöschen durch den Tod des Pflichtteilsverpflichteten – zivilrechtlich betrachtet – sowohl dessen Verbindlichkeit als auch der Pflichtteilsanspruch durch die Vereinigung von Forderung und Schuld in einer Person (Konfusion, vgl. dazu zum Beispiel Urteil des BGH vom 23.4.2009, IX ZR 19/08, NJW-RR 2009, 1059 Rdnr. 19 f.; BFH-Urteile vom 7.3.2006, VII R 12/05, BFHE 212, 388 = BStBl. II 2006, S. 584 und in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 17; Palandt/Weidlich, 79. Aufl. 2020, § 1922 Rdnr. 6).

**20** b) Im Erbschaftsteuerrecht hingegen gelten die infolge des Erbanfalls durch Vereinigung von Recht und Verbindlichkeit oder von Recht und Belastung zivilrechtlich erloschenen Rechtsverhältnisse gemäß § 10 Abs. 3 ErbStG als nicht erlo-

schen. Diese Fiktion umfasst auch das Recht des Pflichtteilsberechtigten, die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs als Alleinerbe des Pflichtteilsverpflichteten nachzuholen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 18). Gibt der Pflichtteilsberechtigte dem zuständigen FA gegenüber eine entsprechende Erklärung ab, hat es diese zu berücksichtigen und sowohl hinsichtlich der Besteuerung des Erwerbs des Pflichtteils gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 Alt. 3 ErbStG als auch hinsichtlich des Abzugs der Pflichtteilsschuld als Nachlassverbindlichkeit die sich hieraus unter Berücksichtigung der jeweils maßgebenden Freibeträge ergebenden steuerrechtlichen Folgerungen zu ziehen (BFH-Urteil in BFHE 240, 186 = BStBl. II 2013, S. 332 Rdnr. 18, m. w. N.).

**21 c)** Die Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG reicht jedoch nicht so weit, dass der aufgrund Konfusion zivilrechtlich erloschene Pflichtteilsanspruch erbschaftsteuerrechtlich auch dann noch geltend gemacht werden kann, wenn er im Zeitpunkt der Geltendmachung zivilrechtlich verjährt war.

**22** Dem bloßen Entstehen des Pflichtteilsanspruchs kommt – wie bereits ausgeführt – erbschaftsteuerrechtlich weder für den Abzug als Nachlassverbindlichkeit noch für die Besteuerung Bedeutung zu. Dies ändert sich erst mit dessen Geltendmachung. Ist zu diesem Zeitpunkt der durch Konfusion zivilrechtlich erloschene Pflichtteilsanspruch bereits verjährt, können aus der Geltendmachung nachträglich nicht die erbschaftsteuerrechtlichen Folgen gezogen werden. Zwar hindert zivilrechtlich die Verjährung einer Forderung grundsätzlich nicht deren Geltendmachung, denn die Forderung ist nur dauerhaft mit der Einrede der Verjährung behaftet; der Schuldner ist berechtigt, die Leistung zu verweigern (§ 214 Abs. 1 BGB). Dies gilt jedoch nicht für den durch Konfusion erloschenen Pflichtteilsanspruch. § 10 Abs. 3 ErbStG lässt den Pflichtteilsanspruch für Zwecke der Erbschaftsteuer zunächst (fiktiv) fortbestehen, begründet jedoch kein Recht des Pflichtteilsberechtigten, den Anspruch auch noch nach Eintritt der Verjährung fiktiv gegen sich selbst geltend zu machen. Anderenfalls würde allein aufgrund der Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG die Funktion der Verjährung, Rechtsfrieden herbeizuführen, insoweit aufgehoben. Der Erbe könnte zeitlich unbefristet jederzeit seinen zivilrechtlich erloschenen Pflichtteilsanspruch als Nachlassverbindlichkeit mit Rückwirkung gegen sich selbst geltend machen. Das ist vom Regelungsgehalt des § 10 Abs. 3 ErbStG nicht umfasst.

**23** 4. Ausgehend von diesen Grundsätzen ist der Pflichtteilsanspruch im Streitfall nicht als Nachlassverbindlichkeit abziehbar.

**24** Der Pflichtteilsberechtigte (früherer Kläger) konnte den zivilrechtlich bereits erloschenen Pflichtteilsanspruch nachträglich nicht mehr gegen sich selbst als Alleinerben seiner Stiefmutter geltend machen. Es steht zwischen den Beteiligten nicht im Streit, dass der Pflichtteilsanspruch des Pflichtteilsberechtigten gegen seine Stiefmutter wegen des Todes seines Vaters im Zeitpunkt der Geltendmachung im August 2013 zivilrechtlich bereits verjährt war. Die Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG umfasst nicht die Geltendmachung verjährter und zivilrechtlich durch Konfusion erloschener Pflichtteilsansprüche.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Jörg Ihle**, Bergisch Gladbach

Die Entscheidung des BFH liegt auf einer Linie mit dem Urteil des BFH vom 7.12.2016<sup>1</sup> zur Besteuerung eines durch Erbanfall erworbenen Pflichtteilsanspruchs. Beiden Entscheidungen ist gemeinsam, dass sie in ihren Auswirkungen die Gestaltungsmöglichkeiten erheblich einschränken, die sich für Steuerpflichtige auf den ersten Blick aus dem Urteil des BFH vom 19.2.2013<sup>2</sup> eröffnen. Darin hat der II. Senat des BFH unter Hinweis auf die Fortbestandsfiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG entschieden, dass ein Pflichtteilsberechtigter den Pflichtteil auch dann noch mit steuerlicher Wirkung geltend machen könne, wenn der den Pflichtteil schuldende Erbe verstorben und von dem Pflichtteilsberechtigten allein beerbt worden sei. Für eine solche Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden sei es ausreichend, wenn die Erklärung gegenüber dem FA abgegeben werde.

Die Literatur hat das Urteil des BFH vom 19.2.2013 schnell als Chance aufgefasst, die erbschaftsteuerlichen Nachteile eines Berliner Testaments zumindest bei einem zeitnahen Versterben beider Ehegatten mit einem Kind als Schlusserbe abzumildern.<sup>3</sup> Durch die Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs nach dem zweiten Erbfall könne der erbschaftsteuerliche Kinderfreibetrag nach dem erstversterbenden Elternteil noch genutzt und eine doppelte Besteuerung des vom erstversterbenden Elternteils stammenden Vermögens vermieden werden.<sup>4</sup> Zugleich könne der Schlusserbe die Pflichtteilslast als Nachlassverbindlichkeit gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 2 ErbStG bei seinem Erwerb vom nachverstorbenen Elternteil bereicherungsmindernd abziehen und so möglicherweise Progressionsvorteile durch Erfassung des Erwerbs in einer niedrigeren Tarifstufe erzielen.

Bis zur Entscheidung vom 19.2.2013 hatte der BFH die steuerliche Abzugsfähigkeit von Nachlassverbindlichkeiten davon abhängig gemacht, dass diese auch mit einer wirtschaftlichen Belastung des Erblassers einhergehen. So hatten in einem vom BFH entschiedenen Fall Kinder, die aufgrund eines Berliner Testaments zu Schlusserven eingesetzt waren, mit dem überlebenden Elternteil vereinbart, jeweils gegen Zahlung einer erst mit dessen Tod fälligen Abfindung auf die Geltendmachung ihrer Pflichtteile am Nachlass des erstverstorbenen Elternteils zu verzichten.<sup>5</sup> Mangels wirtschaftlicher Belastung für den überlebenden Ehegatten hatte der BFH es den Kindern verwehrt, die vom überlebenden Elternteil vertraglich übernommene Abfindungsverpflichtung bei dessen Tod als Nachlassverbindlichkeit i. S. d. § 10 Abs. 5 Nr. 1 ErbStG abzuziehen. Dass der BFH demgegenüber den steuerlichen Abzug der Pflichtteilslast als

1 BFH, II R 21/14, MittBayNot 2018, 81.

2 BFH, II R 47/11, MittBayNot 2013, 342.

3 Vgl. dazu Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, Stand: Mai 2020, § 3 Rdnr. 226; Geck, DStR 2013, 1368 ff.; Zehentmeier, NWB 2013, 3309 ff.

4 Wachter, ZEV 2013, 222; Mensch, FamRZ 2013, 1128 f.

5 Vgl. BFH, Urteil vom 27.6.2007, II R 30/05, MittBayNot 2008, 324.

Nachlassverbindlichkeit bei einer fiktiven Nachholung der Geltendmachung des Pflichtteils nach dem Ableben des überlebenden Ehegatten zulässt, ohne dass dieser dadurch zu seinen Lebzeiten wirtschaftlich belastet wurde, liegt an der Besonderheit, dass der Pflichtteilsanspruch nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 3. Var., § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b ErbStG erst berücksichtigt wird, wenn er tatsächlich geltend gemacht worden ist (Anfallprinzip) und dies gemäß § 175 Abs. 1 Nr. 1 AO auf den Tag des ursprünglichen Erbfalls zurückwirkt.

Da der BFH in seinem Urteil vom 19.2.2013 indes noch offengelassen hatte, ob dies auch dann gelte, wenn der Pflichtteilsanspruch zivilrechtlich bereits verjährt sei,<sup>6</sup> hatte die Literatur als Reaktion darauf vorsorglich die Ergreifung verjährungshindernder Maßnahmen empfohlen. So könne der Erblasser selbst schon die Verjährungsfrist in seiner letztwilligen Verfügung verlängern.<sup>7</sup> Eine andere Variante wäre der Abschluss einer Vereinbarung über die Verlängerung der Verjährungsfrist zwischen dem überlebenden Elternteil und dem Schlusserben, die überdies unter die aufschiebende Bedingung gestellt werden könne, dass der Pflichtteilsberechtigte auch Schlusserbe des Überlebenden werde.<sup>8</sup> Ob diese Gestaltungsempfehlungen jedoch nach der Besprechungsentscheidung tatsächlich erfolversprechend sind, bleibt ungewiss. Ausgehend von seiner These, dass die Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG nicht mehr die Konstellation erfasse, dass der zivilrechtlich durch Konfusion untergegangene Pflichtteilsanspruch auch noch nach seiner Verjährung geltend gemacht werde, ist nicht auszuschließen, dass der BFH die Frist für die Verjährung des Anspruchs nach §§ 195, 202 Abs. 2 BGB erbschaftsteuerrechtlich im Sinne einer starren unabdingbaren Ausschlussfrist interpretiert. Zwar begründet der BFH seine Auffassung auch damit, dass die Funktion der Verjährung, Rechtsfrieden herbeizuführen, insoweit nicht unterlaufen werden dürfe. Doch gerade in dem von § 10 Abs. 3 ErbStG vorausgesetzten Fall, in dem der Pflichtteilsberechtigte den Pflichtteil als Erbe des Pflichtteilsschuldners quasi gegen sich selbst geltend macht, geht es gar nicht um den vom Rechtsinstitut der Verjährung bezweckten Schuldnerschutz und Rechtsfrieden.<sup>9</sup> Stattdessen ist es dem BFH erkennbar daran gelegen, nach § 10 Abs. 3 ErbStG fortbestehende, verjährte Pflichtteilslasten aus dem Kreis der gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten auszuschließen. Ob vor diesem Hintergrund verjährungsverlängernde Vereinbarungen zwischen dem längerlebenden Elternteil und dem Schlusserben vom BFH erbschaftsteuerlich anerkannt werden, erscheint daher zweifelhaft.

Anders zu beurteilen sind dagegen die Fälle, in denen mehrere Kinder zur Schlusserbfolge gelangen und den ihnen jeweils zustehenden Pflichtteil am Nachlass des erstversterbenden Elternteils nach dem Tod des überlebenden Elternteils gegenüber der aus ihnen bestehenden Erbengemeinschaft geltend machen. Da es zivilrechtlich aufgrund der Personenverschiedenheit der Pflichtteilsberechtigten einerseits und des Pflichtteilschuldners andererseits nicht zu einem Erlöschen des Pflichtteilsanspruchs im Wege der Konfusion kommt, greifen die an der Reichweite der Fiktion des § 10 Abs. 3 ErbStG ausgerichteten Erwägungen des BFH hier nicht. In diesen Konstellationen müsste es daher zu einer steuerlichen Gleichbehandlung von geltend gemachten verjährten und nicht verjährten Pflichtteilsansprüchen kommen, wenn sich die Erbengemeinschaft gegenüber den Pflichtteilsberechtigten nicht auf Verjährung beruft.<sup>10</sup> Wird die Einrede der Verjährung nach § 214 Abs. 1 BGB nicht erhoben und der Pflichtteilsanspruch von der Erbengemeinschaft erfüllt, ist der Anspruch von dem Pflichtteilsberechtigten mit dem Wert der zur Erfüllung bewirkten Leistung als Erwerb nach dem zuerstverstorbenen Elternteil zu versteuern. Umgekehrt können die verpflichteten Schlusserben die Pflichtteilslast in gleicher Höhe von ihrem Erwerb nach dem zweitverstorbenen Elternteil als Nachlassverbindlichkeit abziehen.

Der Abschluss einer verjährungsverlängernden Vereinbarung zwischen dem überlebenden Elternteil und den pflichtteilsberechtigten Schlusserben ist auch angesichts des bereits erwähnten Urteils des BFH vom 7.12.2016 nicht frei von erbschaftsteuerlichen Risiken. In dieser Entscheidung hat der BFH einen vom Erblasser selbst nicht geltend gemachten Pflichtteilsanspruch, der von Todes wegen auf dessen Erben übergegangen war, bei diesem als Erwerb durch Erbanfall gemäß § 3 Abs. 1 Nr. 1 1. Var. ErbStG der Besteuerung unterworfen. Anders als bei einem originär entstandenen Pflichtteilsanspruch komme es für die Besteuerung eines geerbten Pflichtteilsanspruch nicht darauf an, ob dieser durch den Erben des Pflichtteilsberechtigten geltend gemacht werde.

Das Urteil ist im Schrifttum zu Recht kritisiert worden.<sup>11</sup> Es missachtet die Entscheidungsfreiheit des Erben eines Pflichtteilsberechtigten, von der Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs möglicherweise aus dem gleichen Grund wie der Pflichtteilsberechtigte abzusehen, nämlich eines zum Pflichtteilsschuldner bestehenden Näheverhältnisses. Dogmatisch wäre es ohne Weiteres möglich gewesen, mit Blick auf die im Wesentlichen gleiche Interessenlage und Schutzbedürftigkeit des Erben des Pflichtteilsberechtigten das für letzteren geltende, in § 3 Abs. 1 Nr. 1 3. Var., § 9 Abs. 1 Nr. 1 lit. b) ErbStG verankerte Anfallprinzip auch im Fall eines derivativ erworbenen Pflichtteilsanspruchs zur Anwendung zu bringen. So aber kann sich der Erbe des Pflichtteilsberechtigten, der die Erbschaft zur Vermeidung einer Besteuerung entgegen der Empfehlung des BFH in seinem Urteil vom 7.12.2016 nicht ausgeschlagen hat, zur

6 Dies bejahend Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Gottschalk, ErbStG, § 3 Rdnr. 223; Geck, DStR 2013, 1368, 1369 f.; Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 9 Rdnr. 32; Muscheler, ZEV 2001, 377, 383 f.

7 Wachter, ZEV 2013, 222; a. A. Palandt/Ellenberger, 79. Aufl. 2020, § 202 Rdnr. 6; Lange, ZEV 2003, 433, 436.

8 Vgl. hierzu Geck, DStR 2013, 1368, 1370.

9 Zu den Verjährungszwecken vgl. MünchKomm-BGB/Grothe, 8. Aufl. 2018, Vor § 194 Rdnr. 6 ff.

10 Vgl. dazu auch Geck, DStR 2013, 1368, 1370.

11 Vgl. nur Schmidt/Holler, ErbR 2017, 412 ff.; Selbherr, MittBayNot 2018, 84 f.; Paus, ErbStB 2018, 47 ff.; Wälzholz, NZG 2017, 554 f.

Beschaffung der Mittel für seine Steuerschuld gezwungen sehen, den Pflichtteilsanspruch tatsächlich gegenüber dem Pflichtteilsschuldner geltend zu machen, ohne es zu wollen.

Besonders misslich ist die Situation des Erben eines pflichtteilsberechtigten Schlusserben, in dessen Nachlass sich ein in Kürze verjährender Pflichtteilsanspruch befindet. Nach den Grundsätzen der beiden Entscheidungen des BFH vom 7.12.2016 und vom 5.2.2020 hat der Erbe den geerbten Pflichtteilsanspruch des Schlusserben auch dann zu versteuern, wenn er den Anspruch wegen Eintritts der Verjährung nicht mehr durch Geltendmachung gegenüber dem FA als Nachlassverbindlichkeit vom Erwerb des Pflichtteilsberechtigten nach dessen überlebenden Elternteil abziehen kann. Da nicht vorhersehbar ist, wann ein originär Pflichtteilsberechtigter verstirbt, kann es daher eher ratsam sein, dass dieser nach Eintritt des Erbfalls in Form eines Erlassvertrags (§ 397 BGB) gegenüber dem Erben auf den entstandenen Pflichtteilsanspruch verzichtet, statt mit diesem eine die Verjährung verlängernde Vereinbarung zu schließen und bei einem vorzeitigen Ableben des Pflichtteilsberechtigten eine Versteuerung des auf seine Erben übergehenden Pflichtteilsanspruchs auch ohne dessen spätere Geltendmachung zu riskieren. Nur wenn der derivativ erworbene Pflichtteilsanspruch im Zeitpunkt des Todes des Pflichtteilsberechtigten bereits verjährt und daher mangels Durchsetzbarkeit als uneinbringliche Forderung mit Null zu bewerten ist, kann ansonsten dessen Ansatz als Nachlassbestandteil vermieden werden.<sup>12</sup>

<sup>12</sup> So auch *Wälzholz*, NZG 2017, 554; *Schmidt/Holler*, ErbR 2017, 412, 413.

## 23. Schenkungsteuer: Vorbehalt eines nachrangigen Nießbrauchs

BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 11/19 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 15.11.2017, 4 K 204/15)

*BewG* § 6 Abs. 1, § 14

*BGB* § 158 Abs. 1

*ErbStG* § 12 Abs. 1, § 25 Abs. 1 Satz 2

### LEITSÄTZE:

- Ein vom Schenker vorbehaltener lebenslanger Nießbrauch mindert den Erwerb des Bedachten auch dann, wenn an dem Zuwendungsgegenstand bereits ein lebenslanger Nießbrauch eines Dritten besteht. Der Nießbrauch des Schenkers erhält einen Rang nach dem Nießbrauch des Dritten. § 6 Abs. 1 BewG gilt nicht für einen am Stichtag entstandenen, aber nachrangigen Nießbrauch.**
- Bei der Schenkungsteuerfestsetzung sind der vorrangige und der nachrangige lebenslange Nießbrauch (als einheitliche Last) nur einmal mit dem höheren Vervielfältiger gemäß § 14 BewG zu berücksichtigen.**

### SACHVERHALT:

**1** I. Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) war Gesellschafterin einer GbR. Ihren Gesellschaftsanteil hatte sie schenkweise von ihrer Mutter (M) unter dem Vorbehalt des lebenslangen Nießbrauchs erhalten. Mit notariell beurkundetem Schenkungsvertrag vom (...) 2008 übertrug sie u. a. die Hälfte dieses Anteils schenkweise auf ihre Tochter S und behielt sich den lebenslangen Nießbrauch vor. Der Nießbrauch der M bestand fort. Ziffer 3 des Schenkungsvertrags vom (...) 2008 lautete:

**2** „3. Bestellung und Gegenstand des Nießbrauchs

3.1 Der Schenker behält sich – im Nachrang zum Nießbrauch von M, demgemäß mit Auswirkung erst mit dem Ende dieses Nießbrauchs – an der vorstehend (...) übertragenen Gesellschaftsbeteiligung den lebenslänglichen Nießbrauch (...) vor. Vorsorglich wird dieser Nießbrauch hiermit auch durch die Beschenkte zugunsten des Schenkers bestellt. (...)“

**3** Bei der Festsetzung der Schenkungsteuer gegenüber der Klägerin mit Bescheid vom 10.12.2009 in Gestalt des Änderungsbescheids vom 7.6.2010 brachte der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) lediglich den Nießbrauch der M, nicht aber den Nießbrauch der Klägerin zum Abzug. Zur Begründung führte er aus, beim Nießbrauch der Klägerin handele es sich um eine Last, deren Entstehung vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängige. Solche Lasten würden gemäß § 6 BewG nicht berücksichtigt.

**4** Hiergegen wandte sich die Klägerin mit dem Einspruch und machte geltend, eine aufschiebende Bedingung liege nicht vor. Bei der Auslegung des Begriffs der aufschiebenden Bedingung folge das Bewertungsrecht dem § 158 Abs. 1 BGB. Bei Anwendung dieser Vorschrift sei ihr Nießbrauch am (...) 2008 unbedingt, aber nachrangig zum Nießbrauch der M, entstanden. Dass er bis zum Erlöschen des vorrangigen Nießbrauchs wirtschaftlich ins Leere laufe, führe zu keiner anderen Beurteilung. Der nachrangige Nießbrauch unterliege dem Abzugsverbot und der Stundungsregelung des § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbStG in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung (a. F.), soweit sein Wert den Wert des vorrangigen Nießbrauchs übersteige.

**5** Das FA änderte die Schenkungsteuerfestsetzung mit Einspruchsentscheidung vom 22.12.2014 aus hier nicht streitigen Gründen und wies den Einspruch im Übrigen als unbegründet zurück. Während des Klageverfahrens, unter dem 18.3.2015, änderte es den Bescheid erneut.

**6** Das FG wies die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, der Nießbrauch der Klägerin und der Nießbrauch der M stünden in einem Stufenverhältnis dergestalt, dass Ersterer in seiner Ausübung und zwangsweisen Durchsetzung nachrangig gegenüber Letzterem sei. Der nachrangige Nießbrauch stelle bis zum Erlöschen des vorrangigen Nießbrauchs keine tatsächliche Belastung für die Bedachte dar. Es könne nicht einmal mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass er jemals zum Tragen komme. Daher liege eine aufschiebende Bedingung i. S. d. § 6 Abs. 1 BewG vor, mit der Folge, dass eine Steuerstundung nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F. ausscheide.

**7** Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung des § 6 Abs. 1 BewG. Darüber hinaus macht sie geltend, das FG habe ihren Prozessbevollmächtigten trotz entsprechenden Antrags nicht als Zeugen vernommen.

**8** Die Klägerin beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und den Schenkungsteuerbescheid vom 18.3.2015 dahin gehend zu ändern, dass der anteilige Kapitalwert des zu ihren Gunsten bestellten Nießbrauchs zum (...) 2008, gemindert um den anteiligen Kapitalwert des zugunsten der M bestellten Nießbrauchs zum (...) 2008, die Grundlage für die zinslos zu stundende Steuer und den Ablösebetrag für die gestundete Steuer nach § 25 ErbStG a. F. bildet.

**9** Das FA beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**10 II.** Die Revision ist begründet. Sie führt gemäß § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO zur Aufhebung des Urteils und zur Änderung des angefochtenen Schenkungsteuerbescheids dahin gehend, dass die begehrte Steuerstundung gewährt wird. Das FG hat § 6 Abs. 1 BewG zu Unrecht angewandt.

**11 1.** Bei einer Schenkung gilt als steuerpflichtiger Erwerb grundsätzlich die Bereicherung des Bedachten (§ 1 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Hat sich der Zuwendende ein dingliches Nutzungsrecht (Nießbrauch, hier: § 1068 Abs. 1 und 2 i. V. m. §§ 1030 ff. BGB) am Zuwendungsgegenstand vorbehalten, ist diese vorübergehende Einschränkung der Bereicherung durch Abzug der Last zu berücksichtigen, wenn ein gesetzliches Abzugsverbot nicht entgegensteht (vgl. BFH-Urteile vom 12.4.1989, II R 37/87, BFHE 156, 244 = BStBl. II 1989, S. 524 unter 3. b) und vom 17.10.2001, II R 72/99, BFHE 196, 296 = BStBl. II 2002, S. 25 unter II. 2.).

**12 2.** Gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 BewG werden Lasten, deren Entstehung vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs nicht berücksichtigt. Erst wenn die Bedingung eintritt, ist eine Schenkungsteuerfestsetzung auf Antrag nach dem tatsächlichen Wert des Erwerbs zu berichtigen (§ 6 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 Satz 1 BewG).

**13 a)** § 6 Abs. 1 BewG untersagt den Abzug von Verpflichtungen, die am Bewertungsstichtag zivilrechtlich (noch) nicht entstanden sind (vgl. BFH, Urteil vom 29.7.1998, II R 84/96, BFH/NV 1999, 293, unter II. 1. b)). Die Norm stellt ihrem Wortlaut nach auf die rechtliche „Entstehung“ der Verpflichtungen, nicht auf die Möglichkeit ihrer Geltendmachung oder zwangsweisen Durchsetzung durch den Berechtigten ab.

**14 b)** Mit dem Ausdruck „Bedingung“ knüpft § 6 Abs. 1 BewG an das bürgerliche Recht an (BFH, Urteil vom 11.1.1961, II 272/58 U, BFHE 72, 440 = BStBl. III 1961, S. 162). Bedingung ist danach die einem Rechtsgeschäft beigefügte Bestimmung, dass die Wirkungen des Rechtsgeschäfts von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis abhängen. Gemäß § 158 Abs. 1 BGB tritt die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Solange die Bedingung nicht eingetreten ist, liegt die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts im Ungewissen bzw. schwebt (BFH, Urteil vom 30.4.1959, III 121/58 S, BFHE 69, 142 = BStBl. III 1959, S. 315).

**15 c)** Behält sich ein Schenker den Nießbrauch vor, obwohl der Zuwendungsgegenstand bereits mit dem Nießbrauch eines Dritten belastet ist, hängt die Entstehung des Nießbrauchs des Schenkers nicht vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung i. S. d. § 158 Abs. 1 BGB, § 6 Abs. 1 BewG ab. Der Nießbrauch des Schenkers entsteht vielmehr mit der Schenkung und erhält einen Rang nach dem älteren Nießbrauch. Die Nachrangigkeit hat zur Folge, dass der Nießbrauch des Schenkers zunächst nicht geltend gemacht oder zwangsweise durchgesetzt werden kann. Seine zivilrechtliche Entstehung wird durch die Existenz des älteren Nießbrauchs aber nicht verhindert (vgl. zum Rangrücktritt BFH, Urteil vom 25.2.1983, III R 21/82, juris unter 3.; zum Rangverhältnis dinglicher Rechte zum Beispiel Staudinger/S. *Heinze*, Neub. 2018,

§ 879 Rdnr. 1 bis 3, 5; MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl., § 879 Rdnr. 1 bis 3; Palandt/Herrler, 79. Aufl. 2020, § 879 Rdnr. 1; Erman/Artz, BGB, 15. Aufl., § 879 Rdnr. 1 f.).

**16 d)** Hiervon zu unterscheiden sind die Fälle, in denen bei einer Schenkung mehreren Berechtigten ein Nießbrauch in der Weise eingeräumt wird, dass der Nießbrauch des einen erst mit dem Ableben des anderen entstehen soll (sog. Sukzessivnießbrauch). Bei der Schenkungsteuerfestsetzung ist der für die Zeit nach dem Ableben des zunächst Berechtigten vereinbarte Nießbrauch gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 BewG nicht zu berücksichtigen. Er hat am Stichtag rechtlich nicht bestanden. Seine Entstehung hängt von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis, dem Vorversterben des zunächst Berechtigten, ab (vgl. BFH, Urteil vom 21.10.1955, III 183/55 U, BFHE 61, 367 = BStBl. III 1955, S. 342; Beschlüsse vom 20.9.2000, II B 109/99, BFH/NV 2001, 455 und vom 28.2.2019, II B 48/18, BFH/NV 2019, 678 Rdnr. 12).

**17 e)** Für eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 1 BewG auf einen am Stichtag entstandenen, aber nachrangigen Nießbrauch besteht kein Anlass. Eine Abweichung von den Regeln des Zivilrechts ist insbesondere nicht wegen einer fehlenden „wirtschaftlichen Belastung“ des Bedachten geboten. Bürgerlichrechtlich geprägte Begriffe, wie der der aufschiebenden Bedingung in § 6 Abs. 1 BewG, können nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgelegt werden. Ob eine Last aufschiebend bedingt ist, weil sie erst bei Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses entsteht, hängt nicht davon ab, ob der Eintritt des Ereignisses mehr oder weniger wahrscheinlich ist (vgl. BFH-Urteile in BFHE 69, 142 = BStBl. III 1959, S. 315; vom 14.7.1967, III R 74/66, BFHE 89, 569 = BStBl. III 1967, S. 770 und vom 4.12.1991, II R 122/87, BFHE 166, 173 = BStBl. II 1992, S. 226 unter II. 1. a); Beschlüsse vom 11.3.1977, III B 39/75, BFHE 121, 516 = BStBl. II 1977, S. 406 unter 3. und in BFH/NV 2019, 678 Rdnr. 11).

**18 f)** Ein vom Schenker vorbehaltener lebenslanger Nießbrauch mindert den Erwerb des Bedachten danach grundsätzlich auch dann, wenn an dem Zuwendungsgegenstand bereits ein lebenslanger Nießbrauch eines Dritten besteht. Bei der Schenkungsteuerfestsetzung sind die Nutzungsrechte in der Weise zu berücksichtigen, dass der vorrangige und der nachrangige Nießbrauch (als einheitliche Last) nur einmal, aber mit dem höheren Vervielfältiger (§ 14 BewG) abgezogen werden. Die Mehrheit von Nutzungsberechtigten bedeutet keine zusätzliche Last, sondern allenfalls eine Verlängerung der Belastungsdauer.

**19 3.** Die bis zum 31.12.2008 geltende Regelung des § 25 Abs. 1 Sätze 1 und 2 ErbStG a. F. untersagt den Abzug des vom Schenker vorbehaltenen, nachrangigen Nießbrauchs. Die auf diesen Nießbrauch entfallende Schenkungsteuer ist aber zu stunden.

**20 a)** Gemäß § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. wird der Erwerb von Vermögen, dessen Nutzungen dem Schenker zustehen, ohne Berücksichtigung dieser Belastung besteuert. Die Steuer, die auf den Kapitalwert der Belastung entfällt, ist jedoch bis zu deren Erlöschen zinslos zu stunden (§ 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F.). Die gestundete Steuer kann auf Antrag des Erwerbers jederzeit mit ihrem Barwert nach § 12

Abs. 3 BewG abgelöst werden (§ 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG a. F.). Die Vorschriften gelten nur für solche Belastungen, die ohne das Abzugsverbot des Satzes 1 bereicherungsmindernd zu berücksichtigen wären (vgl. BFH-Beschluss in BFH/NV 2001, 455).

**21 b)** Die Stundung der Steuer ist untrennbarer Bestandteil der Steuerfestsetzung (BFH-Urteile in BFHE 156, 244 = BStBl. II 1989, S. 524 unter 1. und vom 11.11.2009, II R 31/07, BFHE 228, 158 = BStBl. II 2010, S. 504 unter II. 4.). Der Stundungsbetrag ergibt sich aus der Differenz zwischen der unter Beachtung des Abzugsverbots festzusetzenden Steuer und derjenigen Steuer, die ohne das Abzugsverbot entstanden wäre (BFH, Urteil vom 6.7.2005, II R 34/03, BFHE 210, 463 = BStBl. II 2005, S. 797 unter II. 1. a)). Hat sich der Schenker den lebenslangen Nießbrauch vorbehalten, obwohl der Zuwendungsgegenstand bereits mit dem lebenslangen Nießbrauch eines Dritten belastet war, erfasst das Abzugsverbot die Differenz zwischen den Kapitalwerten des nachrangigen Nießbrauchs des Schenkers und des vorrangigen Nießbrauchs des Dritten. Die hierauf entfallende („Mehr-“)Steuer wird bis zum Erlöschen des Nießbrauchs des Schenkers zinslos gestundet.

**22 4.** Das FG ist von anderen Grundsätzen ausgegangen. Die Vorentscheidung war daher aufzuheben.

**23** Auf die von der Klägerin erhobene Verfahrensrüge kommt es wegen der Aufhebung des Urteils nicht mehr an.

**24 5.** Die Sache ist spruchreif. Die Klage hat Erfolg, die begehrte Stundung ist zu gewähren.

**25** Der Anwendungsbereich des § 25 ErbStG a. F. ist eröffnet, da der von der Klägerin vorbehaltene Nießbrauch nicht dem Abzugsverbot des § 6 Abs. 1 BewG unterliegt. Mit der Schenkung des hälftigen GbR-Anteils am (...) 2008 durch die Klägerin an ihre Tochter ist dieser Nießbrauch entstanden und hat einen Rang nach dem Nießbrauch der M erhalten. Soweit der anteilige – d. h. der auf den GbR-Anteil der Tochter entfallende – Kapitalwert des Nießbrauchs der Klägerin den anteiligen Kapitalwert des Nießbrauchs der M übersteigt, besteht ein Abzugsverbot nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. Insoweit ist die Schenkungsteuer nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F. zu stunden. Der Ablösebetrag gemäß § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG a. F. ist entsprechend festzusetzen.

**26 6.** Die Berechnung der zu stundenden Schenkungsteuer und des Ablösebetrags wird nach § 121 Satz 1 i. V. m. § 100 Abs. 2 Satz 2 FGO dem FA übertragen.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Richter am BFH Prof. Dr. **Matthias Loose**, München

### 1. Problemstellung

Die unentgeltliche Übertragung von Gesellschaftsanteilen oder Immobilien unter einem vorbehaltenen Nießbrauch ist in der Praxis eine übliche Methode der vorweggenommenen Erbfolge, bei der man – bei geschickter und gestreckter Anwendung – steuerliche Freibeträge mitunter mehrfach nutzen kann. Andererseits verliert der Schenker nicht seine Erwerbsquelle, weil ihm weiterhin die Einnahmen aus der Beteiligung oder der Immobilie zufließen. Der Wert des Nießbrauchs mindert den Erwerb des Bedachten. Häufig behält sich der Schenker den Nießbrauch bis zum Tod vor. In diesem Fall bemisst sich der Wert des Nießbrauchs nach den durchschnittlichen Netto-Jahreserlösen multipliziert mit der amtlichen Lebenserwartung.

Nicht selten schließt sich nach dem Tod des Nießbrauchsberechtigten ein weiterer Nießbrauch an, zum Beispiel zugunsten des überlebenden Ehepartners. In dem vom BFH entschiedenen Fall und dem Parallelfall<sup>1</sup> war nun streitig, ob ein vom Schenker vorbehaltener lebenslanger Nießbrauch den Erwerb des Bedachten auch dann mindert, wenn an dem Zuwendungsgegenstand bereits ein lebenslanger Nießbrauch eines Dritten besteht.

### 2. Entscheidung des BFH

Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) war Gesellschafterin einer GbR. Ihren Gesellschaftsanteil hatte sie schenkweise von ihrer Mutter unter dem Vorbehalt des lebenslangen Nießbrauchs erhalten. Mit einem notariell beurkundeten Schenkungsvertrag übertrug sie u. a. die Hälfte dieses Anteils schenkweise auf ihre Tochter und behielt sich ihrerseits den lebenslangen Nießbrauch vor. Der Nießbrauch der Mutter<sup>2</sup> bestand fort.

Bei der Festsetzung der Schenkungsteuer gegenüber der Klägerin brachte das FA lediglich den Kapitalwert des Nießbrauchs der Mutter, nicht aber den des Nießbrauchs der Klägerin zum Abzug. Beim Nießbrauch der Klägerin handele es sich um eine Last, deren Entstehung vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängige. Solche Lasten würden gemäß § 6 BewG nicht berücksichtigt.

Hiergegen wandte sich die Klägerin mit dem Einspruch und machte geltend, eine aufschiebende Bedingung liege nicht vor. Ihr Nießbrauch sei zwar nachrangig, aber gleichwohl unbedingt entstanden. Dass er bis zum Erlöschen des vorrangigen Nießbrauchs wirtschaftlich ins Leere laufe, führe zu keiner anderen Beurteilung. Der nachrangige Nießbrauch unterliege dem Abzugsverbot und der Stundungsregelung des § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbStG in der bis zum 31.12.2008 geltenden Fassung (a. F.), soweit sein Wert den Wert des vorrangigen Nießbrauchs übersteige. Der Einspruch hatte im Ergebnis keinen Erfolg.

<sup>1</sup> BFH, Urteil vom 6.5.2020, II R 12/19, BeckRS 2020, 21291.

<sup>2</sup> Aus Sicht der Bedachten der Nießbrauch der Oma.

Das FG wies die Klage ab. Der Nießbrauch der Klägerin und der Nießbrauch der Mutter stünden in einem Stufenverhältnis: Ersterer sei seiner Ausübung und zwangsweisen Durchsetzung nachrangig gegenüber Letzterem. Der nachrangige Nießbrauch stelle bis zum Erlöschen des vorrangigen Nießbrauchs keine tatsächliche Belastung für die Bedachte dar. Es könne nicht einmal mit Sicherheit davon ausgegangen werden, dass er jemals zum Tragen komme.

Die Revision hatte Erfolg. Der BFH hob die Vorentscheidung auf und änderte den angefochtenen Schenkungsteuerbescheid. Er gewährte die begehrte Steuerstundung. Der Anwendungsbereich des § 25 ErbStG sei eröffnet, da der von der Klägerin vorbehaltene Nießbrauch nicht dem Abzugsverbot des § 6 Abs. 1 BewG unterliege. Mit der Schenkung des hälftigen GbR-Anteils sei der Nießbrauch entstanden und habe lediglich einen Rang nach dem Nießbrauch der Mutter erhalten. Soweit der anteilige, auf den GbR-Anteil der Tochter entfallende Kapitalwert des Nießbrauchs der Klägerin den anteiligen Kapitalwert des Nießbrauchs der Mutter übersteige, bestehe ein Abzugsverbot nach § 25 Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. Insoweit sei die Schenkungsteuer nach § 25 Abs. 1 Satz 2 ErbStG a. F. zu stunden. Der Ablösebetrag gemäß § 25 Abs. 1 Satz 3 ErbStG a. F. sei entsprechend festzusetzen.

### 3. Einordnung der Entscheidung

Bei einer Schenkung gilt als steuerpflichtiger Erwerb grundsätzlich die Bereicherung des Bedachten (§ 1 Abs. 2 i. V. m. § 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Hat sich der Zuwendende ein dingliches Nutzungsrecht (Nießbrauch, hier: § 1068 Abs. 1 und 2 i. V. m. §§ 1030 ff. BGB) am Zuwendungsgegenstand vorbehalten, ist diese vorübergehende Einschränkung der Bereicherung durch Abzug der Last zu berücksichtigen.<sup>3</sup>

Nach § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 BewG werden Lasten, deren Entstehung vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung abhängt, bei der Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs nicht berücksichtigt. Erst wenn die Bedingung eintritt, ist eine Schenkungsteuerfestsetzung auf Antrag nach dem tatsächlichen Wert des Erwerbs zu berichtigen (§ 6 Abs. 2 i. V. m. § 5 Abs. 2 Satz 1 BewG). § 6 Abs. 1 BewG untersagt jedoch den Abzug von Verpflichtungen, die am Bewertungsstichtag zivilrechtlich (noch) nicht entstanden sind.<sup>4</sup> Mit dem Ausdruck „Bedingung“ knüpft § 6 Abs. 1 BewG an das bürgerliche Recht an. Nach § 158 Abs. 1 BGB tritt die von einer aufschiebenden Bedingung abhängig gemachte Wirkung des Rechtsgeschäfts erst mit dem Eintritt der Bedingung ein.

Behält sich ein Schenker nun den Nießbrauch vor, obwohl der Zuwendungsgegenstand bereits mit dem Nießbrauch eines Dritten belastet ist, hängt die Entstehung des Nießbrauchs des Schenkers nicht vom Eintritt einer aufschiebenden Bedingung i. S. d. § 158 Abs. 1 BGB, § 6 Abs. 1 BewG ab. Der Nießbrauch des Schenkers entsteht vielmehr bereits

im Zeitpunkt der Schenkung und erhält lediglich einen Rang nach dem älteren Nießbrauch. Die Nachrangigkeit hat zwar zur Folge, dass der Nießbrauch des Schenkers zunächst nicht geltend gemacht oder zwangsweise durchgesetzt werden kann. Seine zivilrechtliche Entstehung wird durch die Existenz des älteren Nießbrauchs aber nicht verhindert.<sup>5</sup>

Hier liegt der entscheidende Unterschied zu den in der Praxis häufigen Fällen, in denen bei einer Schenkung mehreren Berechtigten, zum Beispiel den Eltern, ein Nießbrauch in der Weise eingeräumt wird, dass der Nießbrauch des einen Elternteils erst mit dem Ableben des anderen Elternteils entstehen soll (sog. Sukzessivnießbrauch). Bei der Schenkungsteuerfestsetzung ist der für die Zeit nach dem Ableben des zunächst Berechtigten vereinbarte Nießbrauch gemäß § 12 Abs. 1 ErbStG i. V. m. § 6 Abs. 1 BewG nicht zu berücksichtigen. Er hat am Stichtag rechtlich nicht bestanden. Seine Entstehung hängt von einem zukünftigen, ungewissen Ereignis, nämlich dem Vorversterben des zunächst Berechtigten, ab.<sup>6</sup>

Der BFH hat nun ausdrücklich klargestellt, dass eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 1 BewG auf einen am Stichtag bereits entstandenen, aber nachrangigen Nießbrauch nicht in Betracht komme. Das ist zutreffend, denn eine entsprechende Anwendung des § 6 Abs. 1 BewG würde eine Abweichung vom Zivilrecht bedeuten. Bürgerlichrechtlich geprägte Begriffe, wie der der aufschiebenden Bedingung in § 6 Abs. 1 BewG, können nicht nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten ausgelegt werden. Ob eine Last aufschiebend bedingt ist, weil sie erst bei Eintritt eines zukünftigen, ungewissen Ereignisses entsteht, hängt nicht davon ab, ob der Eintritt des Ereignisses mehr oder weniger wahrscheinlich ist. Vielmehr mindert ein vom Schenker vorbehaltener lebenslanger Nießbrauch den Erwerb des Bedachten danach grundsätzlich auch dann, wenn an dem Zuwendungsgegenstand bereits ein lebenslanger Nießbrauch eines Dritten besteht – und zwar unabhängig davon, wie wahrscheinlich es ist, dass der nachrangige Nießbrauch überhaupt wirksam wird. Die beiden Nutzungsrechte sind jedoch nicht doppelt, sondern in der Weise zu berücksichtigen, dass der vorrangige und der nachrangige Nießbrauch (als einheitliche Last) nur einmal, aber mit dem höheren Vervielfältiger (§ 14 BewG) abgezogen werden. Die Mehrheit von Nutzungsberechtigten bedeutet keine zusätzliche Last, sondern allenfalls eine Verlängerung der Belastungsdauer.

### 4. Zusammenfassende Hinweise

Die Entscheidung ist zu der bis zum 31.12.2008 geltenden Regelung des § 25 Abs. 1 Satz 1 und 2 ErbStG a. F. ergangen. Diese Regelung untersagte den Abzug des vom Schenker vorbehaltenen, Nießbrauchs. Die auf den Nießbrauch entfallende Schenkungsteuer war nach altem Recht lediglich zu stunden. Die Grundsätze der Entscheidung sind

3 Vgl. BFH, Urteil vom 12.4.1989, II R 37/87, BFHE 156, 244 = BStBl. II 1989, S. 524; Urteil vom 17.10.2001, II R 72/99, BFHE 196, 296 = BStBl. II 2002, S. 25 unter II. 2.).

4 BFH, Urteil vom 29.7.1998, II R 84/96, BFH/NV 1999, 293.

5 Herrschende Meinung; vgl. Staudinger/S. Heinze, Neub. 2018, § 879 Rdnr. 1 bis 3, 5; MünchKomm-BGB/Kohler, 8. Aufl. 2020, § 879 Rdnr. 1 bis 3; Palandt/Hertler, 79. Aufl. 2020, § 879 Rdnr. 1; Erman/Arzt, BGB, 15. Aufl. 2017, § 879 Rdnr. 1 f.

6 Vgl. BFH, Urteil vom 28.2.2019, II B 48/18, BFH/NV 2019, 678 Rdnr. 12.

aber auch im aktuellen Recht zu beachten, in denen der Nießbrauch grundsätzlich in vollem Umfang seines Kapitalwertes vom Erwerb abgezogen wird. Es kommt künftig also ganz genau auf die konkrete zivilrechtliche Ausgestaltung des Nießbrauchs an. Ist – wie im Streitfall – der Nießbrauch unbedingt entstanden, kommt im Ergebnis der höhere Nießbrauchswert zum Abzug. Hängt das Entstehen des nachrangigen Nießbrauchs von einer Bedingung ab, ist er nach § 6 BewG im Zeitpunkt der Übertragung noch nicht zu berücksichtigen und darf konsequenterweise auch noch nicht als Erwerb erfasst werden. Zur letzten Frage ist bereits ein Verfahren beim BFH anhängig.<sup>7</sup> Beim Abzug des Kapitalwerts für einen lebenslangen Nießbrauch ist in der Praxis zudem § 14 Abs. 2 BewG zu beachten. Danach wird der Kapitalwert unter bestimmten Voraussetzungen, abhängig vom Alter, nach groben Maßstäben korrigiert, wenn der Berechtigte deutlich früher verstirbt als nach der amtlichen Sterbetabelle im Zeitpunkt der Bewertung zu vermuten war.

<sup>7</sup> Vgl. das unter II R 23/19 anhängige Verfahren.

## SONSTIGES

### HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

# Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrand- versicherungswertes<sup>1</sup>

Neue Richtzahl ab 1.10.2020: 19,9

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2020 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 19,9. 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 das GNotKG, 12. Aufl. 2017, 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) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen. Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 46 Rdnr. 59).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 ff.).

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 dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks.17/11471 (neu), S. 168).

#### Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBL. 1976, S. 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2020 für Gebäude 19,9

#### 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, Gz. 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.

<sup>1</sup> Anschluss an MittBayNot 2020, 95.

## Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesem Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs in Erfahrung gebracht werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (ZB unter <http://www.versicherung-vergleiche.de/gebäudeversicherung/gebäudevergleich.php> oder: [www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm](http://www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm) oder [www.mr-money.de/vergleiche/wohngebäude/wert1914/](http://www.mr-money.de/vergleiche/wohngebäude/wert1914/)

772.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderliche Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz-Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mit Hilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsbauwerke, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	15,761	15,761	15,761	15,602	15,442
2	15,602	15,761	15,442	15,283	14,806
3	15,442	15,602	15,283	14,965	14,328
4	15,283	15,602	15,124	14,646	13,850
5	15,124	15,442	14,965	14,328	13,214
6	14,965	15,442	14,646	14,010	12,736
7	14,806	15,283	14,487	13,691	12,258
8	14,646	15,283	14,328	13,373	11,622
9	14,487	15,124	14,169	13,054	11,144
10	14,328	14,965	13,850	12,736	10,666
11	14,169	14,965	13,691	12,418	10,030
12	14,010	14,806	13,532	12,099	9,552
13	13,850	14,806	13,373	11,781	9,074
14	13,691	14,646	13,054	11,462	8,438
15	13,532	14,487	12,895	11,144	7,960
16	13,373	14,487	12,736	10,826	7,482
17	13,214	14,328	12,577	10,507	6,846
18	13,054	14,169	12,258	10,189	6,368

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
19	12,895	14,169	12,099	9,870	5,890
20	12,736	14,010	11,940	9,552	5,254
21	12,577	13,850	11,781	9,2345	4,776
22	12,418	13,850	11,462	8,915	und darüber (Restwert = 30 %)
23	12,258	13,691	11,303	8,597	
24	12,099	13,532	11,144	8,278	
25	11,940	13,373	10,985	7,960	
26	11,781	13,373	10,666	7,642	
27	11,622	13,214	10,507	7,323	
28	11,462	13,054	10,348	7,005	
29	11,303	12,895	10,189	6,686	
30	11,144	12,736	9,870	6,368	
31	10,985	12,736	9,711	6,050	
32	10,826	12,577	9,552	5,731	
33	10,666	12,418	9,393	5,413	
34	10,507	12,258	9,074	5,094	
35	10,348	12,099	8,915	4,776	
36	10,189	12,099	8,756	und darüber (Restwert = 30 %)	
37	10,030	11,940	8,597		
38	9,870	11,781	8,278		
39	9,711	11,622	8,119		
40	9,552	11,462	7,960		
41	9,393	11,303	7,801		
42	9,234	11,144	7,482		
43	9,074	10,985	7,323		
44	8,915	10,826	7,164		
45	8,756	10,666	7,005		
46	8,597	10,507	6,686		
47	8,438	10,348	6,527		
48	8,278	10,189	6,368		
49	8,119	10,030	6,209		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
50	7,960	9,870	5,890		
51	7,801	9,711	5,731		
52	7,642	9,552	5,572		
53	7,482	9,393	5,413		
54	7,323	9,234	5,094		
55	7,164	9,074	4,935		
56	7,005	8,915	4,776		
57	6,846	8,756	und darüber (Restwert = 30 %)		
58	6,686	8,597			
59	6,527	8,438			
60	6,368	8,278			
61	6,209	8,119			
62	6,050	7,960			
63	5,890	7,801			
64	5,731	7,642			
65	5,572	7,323			
66	5,413	7,164			
67	5,254	7,005			
68	5,094	6,846			
69	4,935	6,686			
70	4,776	6,368			
71	und darüber (Restwert = 30 %)	6,209			
72		6,050			
73		5,890			
74		5,731			
75		5,413			
76		5,254			
77		5,094			
78		4,935			
79		und darüber (Restwert = 30 %)			
80					

## Veranstaltungen des DAI

1. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Erbrecht – Januar 2020**  
(Aigner)  
5.1.2021 online
2. **Online-Vortrag-LIVE: Aktuelles Steuerrecht für Notare**  
(Wälzholz)  
19.1.2021 online
3. **Online-Vortrag-LIVE: Neue Meldepflichten nach dem Geldwäschegesetz in der notariellen Praxis**  
(Thelen)  
29.1.2020 online
4. **Online-Vortrag-LIVE: Wohnungseigentum einschließlich Neuerungen des WEG für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Tondorf)  
30.1.2021 online
5. **Klausurenkurs zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung – Familienrecht – Februar 2021**  
(Aigner)  
2.2.2021 online
6. **Online-Vortrag-LIVE: GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Herzog)  
5.2.2021 online
7. **Online-Vortrag-LIVE: Professioneller Umgang mit Klienten - Seminar für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**  
(Musold)  
9.2.2021 online
8. **Online-Vortrag LIVE: AGB-Recht in der notariellen Praxis**  
(Forschner)  
10.2.2021 online
9. **Online-Vortrag-LIVE: Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
(Berkefeld)  
12.2.2021 online
10. **Online-Vortrag-LIVE: Praxis der WEG-Reform**  
(Elzer/Hügel)  
19.2.2021 online
11. **Online-Vortrag-LIVE: 2. Kompaktkurs Vorbereitung notarieller Urkunden einschließlich Gebührenrecht der Notare für fortgeschrittene Mitarbeiter und Fachwirte**  
(Tondorf)  
22.2.2021 bis 26.2.2021 online

**Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare.** Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

## NEUERSCHEINUNGEN

1. Abramenko: Das neue Wohnungseigentumsrecht. WEG-Reform 2020. Deutscher Notarverlag, 2020. 320 S., 39 €
2. Altmeppen: Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung. 10. Aufl., Beck, 2020. 1.573 S., 129 €
3. Basty: Der Bauträgervertrag. 10. Aufl., Carl Heymanns Verlag, 2021. 652 S., 149 €
4. Beckervordersandfort/Fritsch: Gestaltungen zum Erhalt des Familienvermögens. NWB Verlag, 2020. 462 S., 59 €
5. Beuthien/Gummert/Schöpflin: Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts. Band 5: Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts. 5. Aufl., Beck, 2021. 2.146 S., 189 €
6. Demharter: Grundbuchordnung. 32. Aufl., Beck, 2021. 1.344 S., 85 €
7. Grziwotz: Materielles Ehe-, Familien- und Kindschaftsrecht, Recht der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der eingetragenen Lebenspartnerschaft. 6. Aufl., Hagerer Wissenschaftsverlag, 2020. 213 S., 33,95 €
8. Hügel/Elzer: Wohnungseigentumsgesetz. 3. Aufl., Beck, 2021. 1.408 S., 99 €
9. Herzog: Geldwäschegesetz. GwG. 4. Aufl., Beck, 2020. 1.173 S., 179 €
10. Jauernig: Bürgerliches Gesetzbuch. 18. Aufl., Beck, 2020. 2.831 S., 69 €
11. Lange/Bilitewski/Götz: Personengesellschaften im Steuerrecht. 11. Aufl., NWB Verlag, 2020. 1.304 S., 154 €
12. Lehmann-Richter/Wobst: WEG-Reform 2020. Praxishilfen für Verwaltung und Beratung. Otto Schmidt, 2020. 572 S., 49,80 €
13. Münch: Handbuch Familiensteuerrecht. 2. Aufl., Beck, 2020. 583 S., 119 €
14. Petersheim: Satzungsdurchbrechung. Eine rechtsformübergreifende Studie unter besonderer Berücksichtigung des Beschlussmängelrechts. Duncker & Humblot, 2020. 224 S., 74,90 €
15. Röthel/Schmidt: Grundfragen der Organisation von Familienunternehmen. 8. Jahrestagung des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen 2019. Nomos, 2020. 160 S., 42 €
16. Schmidt: Grenzüberschreitender Formwechsel. Verfahrens- und Registerrecht im Lichte des Company Law Package und die praktische Umsetzung. Nomos, 2020. 272 S., 72 €
17. Staudinger: BGB. Buch 2: §§ 677 – 704 (Geschäftsführung ohne Auftrag). Sellier – De Gruyter, 2020. 587 S., 209 €
18. Staudinger: BGB. Buch 2: Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz. 18. Aufl., Sellier – De Gruyter, 2020. 459 S., 179 €
19. Staudinger: BGB. Buch 3: §§ 903 – 924 (Eigentum 1 – Privates Nachbarrecht), Sellier – De Gruyter, 2020. 572 S., 199,95 €
20. Ulmer/Schäfer: Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft. 8. Aufl., Beck, 2021. 706 S., 109 €
21. Wachter: Praxis des Handels- und Gesellschaftsrechts. 5. Aufl., ZAP, 2020. 3.532 S., 249 €

# STANDESNAHRICHTEN

## PERSONALÄNDERUNGEN

### 1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Herbert Schlierf  
verstorben am 24.11.2020

### 2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 3.1.2021:

Notar Dr. Bastian Endrulat, Bad Bergzabern

### 4. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.12.2020:

Hof dem Notarassessor  
Dr. Julius Forschner  
(Geschäftsführer beim  
Deutschen Notarinstitut,  
Würzburg)

Hof dem Notarassessor  
Dr. Sebastian Löffler  
(Geschäftsführer  
bei der Bundesnotarkam-  
mer, Berlin)

Hof dem Notarassessor  
Dr. Andreas Salzmann  
(bisher in München,  
Notarstellen Ruhland/  
Ruhwinkel)

Mit Wirkung zum 1.1.2021:

Memmingen der Notarassessorin  
(in Sozietät mit Notarin Lisa Kestler  
Dr. Ulrike Gropengießer) (bisher in Ingolstadt,  
Notarstelle Lichtenwimmer)

Passau der Notarin a. D.  
(in Sozietät mit Notar Silvia Paulöhl  
Jan-Frederic Worring)

Mit Wirkung zum 2.1.2021:

Erlangen dem Notar  
(in Sozietät mit Notar Dr. Stefan Gloser  
Dr. Carl Niemeyer) (bisher in Naila)

### 4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.11.2020:

Dr. Gerrit Bulgrin, Weiden i. d. Opf.  
(Notarstellen Dr. Schiffner/Pflieger)

Jan Christian Gather, Landstuhl  
(Notarstelle Dr. Stuppi)

Sebastian Schwarz, Rosenheim  
(Notarstellen Dr. Leiß/Wartenburger)

Wenzel Steinmetz, Vilsbiburg  
(Notarstelle Dr. König)

Marcel Satzger, Straubing  
(Notarstellen Bolkart/Dr. Schreindorfer)

Tim Kraus, Landsberg a. Lech  
(Notarstellen Kuhn/Regensburger)

### 5. Sonstige Veränderungen:

Die Sozietät Dr. Alexander Martini/Anja Siegler, Erlangen,  
wurde mit Wirkung vom 1. Januar 2021 aufgehoben.

## ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN-ÄNDERUNGEN:

Erlangen, Notarstelle Anja Siegler  
Nägelsbachstraße 33  
91052 Erlangen  
Homepage: [www.notarin-siegler.de](http://www.notarin-siegler.de)  
E-Mail: [willkommen@notarin-siegler.de](mailto:willkommen@notarin-siegler.de)  
Telefon: 09131/940950  
Telefax: 09131/9409529

Erlangen, Notarstelle Dr. Alexander Martini  
Hofmannstraße 32  
91052 Erlangen  
Homepage: [www.notar-martini.de](http://www.notar-martini.de)  
E-Mail: [kontakt@notar-martini.de](mailto:kontakt@notar-martini.de)  
Telefon: 09131/976060  
Telefax: 09131/97606030

Vohenstrauß,  
Notarstelle Claudia Stenzel  
E-Mail: [mail@notarin-stenzel.de](mailto:mail@notarin-stenzel.de)





## Abonnement

# MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: [info@mittbaynot.de](mailto:info@mittbaynot.de), bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München, Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: [www.universalmedien.de/notarkammer](http://www.universalmedien.de/notarkammer).



Notare Bayern

[www.notare.bayern.de](http://www.notare.bayern.de)