

# MittBayNot

Begründet 1864

2 | 2025

März | April 2025

**Herausgeber:**  
Landesnotarkammer Bayern  
Ottostraße 10  
80333 München

**Schriftleitung:**  
Christoph Draxinger,  
Notarassessor  
Benjamin Lorenz,  
Notarassessor

**Herausgeberbeirat:**  
Dr. Susanne Frank,  
Notarin in München

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

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

Angelika Strähuber,  
Notarin in Regen

Michael Volmer,  
Notar in Aschaffenburg

Dr. Eckhard Wälzholz,  
Notar in Füssen

Dr. Dietmar Weidlich,  
Notar in Roth

Dr. Felix Wobst,  
Notar in Gerolzhofen

## AUFSÄTZE

**Hagenbucher:** Der auf den Wegfall der Bindungswirkung  
beschränkte Rücktritt – ein Vorschlag zur Gestaltung des  
Rücktrittsvorbehalts bei Erbverträgen 99

**Kemper:** Das Jahressteuergesetz 2024 – Auswirkungen  
auf die notarielle Praxis 103

**Repnow/Schlosser:** Rechtsprobleme bei Widerruf und  
Widerruf des Widerrufs notieller Testamente 110

## RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

**Kaiser zu KG:** Nachweis der Erbfolge gegenüber  
Grundbuchamt durch Erbschein 138

**Fischer zu OLG Oldenburg:** Zur Auslegung des Begriffs  
des Barvermögens in einem Vermächtnis 150

**Baumgartner zu OLG Köln:** Zur Anfechtbarkeit der  
Erbschaftsannahme 155

**Neuhöfer zu OLG Saarbrücken:** Gesetzliche Prozess-  
führungsbefugnis eines BGB-Gesellschafters bei  
dringendem Handlungsbedarf 167

**Eichten zu OLG Schleswig:** Zur unverzüglichen Aufnahme  
in das Handelsregister gemäß § 16 Abs. 1 S. 2 GmbHG 171

**Grziwotz zu OLG Frankfurt a. M.:** Zur Rücknahme eines  
kombinierten Ehe- und Erbvertrags aus der amtlichen  
Verwahrung 189

# Impressum MittBayNot

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

## Herausgeber:

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

## Herausgeberbeirat:

Dr. Susanne Frank, Notarin in München  
Prof. Dr. Dr. Herbert Grziwotz, Notar a. D., Regen  
Priv.-Doz. Dr. Patrick Meier, Notar in Bischofsheim i. d. Rhön  
Angelika Strähuber, Notarin in Regen  
Michael Volmer, Notar in Aschaffenburg  
Dr. Eckhard Wälzholz, Notar in Füssen  
Dr. Dietmar Weidlich, Notar in Roth  
Dr. Felix Wobst, Notar in Gerolzhofen

## Schriftleitung:

Notarassessor Christoph Draxinger,  
Notarassessor Benjamin Lorenz

*Aus Gründen der leichteren Lesbarkeit wird auf eine geschlechterspezifische Differenzierung teilweise verzichtet. Entsprechende Begriffe gelten im Sinne der Gleichbehandlung immer für alle Geschlechter.*

## Design:

INTO Branding GmbH

## Druck:

Universal Medien GmbH  
Fichtenstraße 8  
82061 Neuried

# Inhaltsverzeichnis MittBayNot 2 | 2025



## AUFSÄTZE 99

**Hagenbucher:** Der auf den Wegfall der Bindungswirkung beschränkte Rücktritt – ein Vorschlag zur Gestaltung des Rücktrittsvorbehalts bei Erbverträgen 99

**Kemper:** Das Jahressteuergesetz 2024 – Auswirkungen auf die notarielle Praxis 103

**Repnov/Schlosser:** Rechtsprobleme bei Widerruf und Widerruf des Widerrufs notarieller Testamente 110

## BUCHBESPRECHUNGEN 118

**Bös/Jurkat/Neie/Strangmüller:** Praxishandbuch für Notarfachangestellte (Winkelmann) 118

**Dimitropoulos:** Hypotheken und Grundschulden (Volmer) 119

**Weber/Weber:** Die Testamentsvollstreckung (Menne) 121

## RECHTSPRECHUNG 123

### Bürgerliches Recht

#### ALLGEMEINES

1. Zum Vorliegen einer Beschaffensvereinbarung im Immobilienkaufvertrag (OLG Naumburg, Urteil vom 06.11.2023, 12 U 84/23) 123

#### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

2. Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer betreffend Verteilung der Kosten (BGH, Urteil vom 22.03.2024, V ZR 81/23) 126

3. Wirkung der Vormerkung bei Verlängerung eines befristeten Angebots (BGH, Urteil vom 08.03.2024, V ZR 176/22) 129

4. Eintritt der Bindungswirkung entsprechend § 878 BGB bei der Teilung in Wohnungseigentum bei erforderlicher Vereinigungserklärung (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.05.2024, 20 W 65/24) (LS) 134

5. Erlöschen einer zugunsten einer natürlichen Person bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (OLG München, Beschluss vom 11.01.2024, 34 Wx 1/24e) 135

6. Nachweis der Erbfolge gegenüber Grundbuchamt durch Erbschein (KG, Beschluss vom 09.07.2024, 1 W 27/24) mit Anmerkung Kaiser 137  
138

### FAMILIENRECHT

7. Anspruch des Sozialhilfeträgers aus übergeleittem Recht auf Herausgabe einer Schenkung wegen Verarmung (BGH, Urteil vom 16.04.2024, X ZR 14/23) (LS) 139

8. Vertretungsbefugnis jedes mitsorgeberechtigten Elternteils des im paritätischen Wechselmodell betreuten minderjährigen Kindes im Verfahren auf Kindesunterhalt (BGH, Beschluss vom 10.04.2024, XII ZB 459/23) (LS) 139

9. Entscheidungsbefugnis und Unterhaltpflicht im paritätischen Wechselmodell (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.07.2024, 6 UF 119/2424) (LS) 140

10. Ehevertrag thailändischer Staatsangehöriger (KG, Beschluss vom 19.07.2024, 16 UF 39/22) 140

### ERBRECHT

11. Zur Verfügungsbefugnis des Vorerben (BGH, Urteil vom 26.06.2024, IV ZR 288/22) (LS mit Hinweis auf DNotZ 2024, 868) 148

12. Zur Auslegung des Begriffs des Barvermögens in einem Vermächtnis (OLG Oldenburg, Urteil vom 20.12.2023, 3 U 8/23) mit Anmerkung Fischer 148  
150

13. Zur Anfechtbarkeit der Erbschaftsannahme (OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2023, 2 Wx 68/23) mit Anmerkung Baumgartner 153  
155

### Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

14. Zur Eintragung einer „eGbR“ ohne Angabe des Gesellschaftszwecks (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.08.2024, 14 W 52/24 (Wx)) 157

15. Richtigstellung des Grundbuchs bei identitätswährendem Rechtsformwechsel der GbR zur KG – keine Voreintragung im Gesellschaftsregister (OLG München, Beschluss vom 22.05.2024, 34 Wx 71/24e) 160

AUFSÄTZE

BUCHBESPRECHUNGEN

RECHTSPRECHUNG

SONSTIGES

## Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2025

16. Gesetzliche Prozessführungsbefugnis eines BGB-Gesellschafters bei dringendem Handlungsbedarf (OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.05.2023, 4 U 25/22)	163
mit Anmerkung <b>Neuhöfer</b>	167

17. Zur unverzüglichen Aufnahme in das Handelsregister gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG (OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22) (LS)	171
mit Anmerkung <b>Eichten</b>	171

### **Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht**

18. Keine Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben (LG München, Urteil vom 11.04.2024, 27 O 3771/24)	175
---	-----

### **Beurkundungs- und Notarrecht**

19. Zur Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde (BGH, Beschluss vom 28.08.2024, XII ZR 62/22)	179
20. Kein Anwesenheits- und Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten bei Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses (OLG München Beschluss vom 03.12.2024, 33 W 1034/24e)	182
21. Keine Belehrungspflicht über steuerliche Sparmöglichkeiten (OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2024, 11 U 71/23) (LS)	185
22. Zur Zulässigkeit der Einreichung einer Datei beim Grundbuchamt (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.05.2024, 20 W 184/23) (LS)	185

### **Öffentliches Recht**

23. Zur Ausübung eines Heimfallanspruchs bei vertraglichem Ausschluss der Heimfallvergütung (BGH, Urteil vom 19.01.2024, V ZR 191/22) (LS)	186
--	-----

24. Zur Rücknahme eines kombinierten Ehe- und Erbvertrags aus der amtlichen Verwahrung (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.09.2023, 21 W 63/23)	186
mit Anmerkung <b>Grziwotz</b>	189

### **Steuerrecht**

25. Zu den Besteuerungsfolgen der unentgeltlichen Übertragung eines verpachteten Gewerbebetriebs entweder gegen Versorgungsleistungen oder unter Vorbehalt des Nießbrauchs (BFH, Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20) (LS)	191
---	-----

26. Begünstigungstransfer bei der Erbschaftsteuer (BFH, Urteil vom 15.05.2024, II R 12/21)	191
--	-----

27. Grunderwerbsteuer bei Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch einen Treuhänder (BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 34/21) (LS)	195
---	-----

### **SONSTIGES**

**196**

<b>Tagungsbericht</b>	196
<b>Geldwäsche:</b> Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 06.11.2024	

<b>Veranstaltungshinweise</b>	198
-------------------------------	-----

<b>Neuerscheinungen</b>	200
-------------------------	-----


**AUFSÄTZE**


# Der auf den Wegfall der Bindungswirkung beschränkte Rücktritt – ein Vorschlag zur Gestaltung des Rücktrittsvorbehalts bei Erbverträgen

AUFSÄTZE

Von Notar Florian Hagenbucher, Straubing



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

Die Bindungswirkung bei letztwilligen Verfügungen sollte den Wünschen der Beteiligten entsprechend „maßgeschneidert“ sein. Verheirateten Laien glückt dies bei der gutgemeinten eigenverantwortlichen Errichtung eigenhändiger gemeinschaftlicher Testamente jedoch oft nicht. Jeder Notar wird zahlreiche Fälle aus der Praxis berichten können, in denen Mandanten von der Bindungswirkung (unbewusster) wechselbezüglicher Verfügungen überrascht, wenn nicht gar entsetzt waren. Doch auch die vom Notar maßgeschneiderte Bindungswirkung kann sich, wenn ein Ehegatte geschäftsunfähig wird, als nicht passend und gefährlich erweisen.

## I. Problem: Ein Ehegatte ist dement

Folgendes Beispiel mag die Problematik verdeutlichen:

Ein verheiratetes, betagtes Ehepaar mit zwei gemeinsamen volljährigen Kindern (Sohn und Tochter) hat bereits vor einigen Jahren seine Erbfolge im Stile eines „Berliner Testaments“ gestaltet, also geregelt, dass nach dem Tod des Ersten von ihnen der Überlebende dessen Alleinerbe wird, und nach dem Tod des Zweiten von ihnen die gemeinsamen Kinder zu gleichen Teilen Erben des Überlebenden werden. Bei der Errichtung dieser Verfügungen von Todes wegen<sup>1</sup> wollten sich die Ehegatten eigentlich nur hinsichtlich der wechselseitigen Alleinerbeinsetzung binden, der Überlebende von ihnen sollte die Erbfolge aber frei ändern können. Der Ehemann ist Alleineigentümer des Familienwohnheims, die Ehefrau Alleineigentümerin einer vermieteten Wohnung. Der Ehemann ist dement und damit testierunfähig. Der Kontakt zum Sohn ist abgebrochen. Die Tochter kümmert sich fürsorglich um die Eltern. Die Ehefrau kommt zum Notar und teilt mit, dass sie nicht mehr wolle, dass ihr dementer Ehemann ihr Alleinerbe wird, da er ohnehin „nichts mehr mit der Erbschaft anfangen könne“. Stattdessen möchte sie die Tochter zur Alleinerbin einsetzen (Ziel 1). Falls ihr Ehemann vor ihr versterben würde, möchte sie aber weiterhin seine Alleinerbin bleiben (Ziel 2). Ob der Notar die

Ziele der Ehefrau umsetzen kann, hängt davon ab, wie die genannte „im Stile eines Berliner Testaments gestaltete Erbfolge“ konkret ausgestaltet wurde. Dies hätte typischerweise<sup>2</sup> wie folgt geschehen sein können:

### 1. Möglichkeit 1

Jeder der Ehegatten hat (eigenhändig oder notariell beurkundet) ein Einzeltestament errichtet (und diese beiden Einzeltestamente konnten eindeutig nicht als wechselbezüglich ausgelegt werden<sup>3</sup>). In jedem dieser Testamente setzt der eine Ehegatte den anderen zum Alleinerben ein, ersatzweise die beiden Kinder zu gleichen Teilen.

### 2. Möglichkeit 2

Die Ehegatten haben (eigenhändig oder notariell beurkundet)<sup>4</sup> ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie Folgendes bestimmten: „Wir setzen uns wechselseitig zu Alleinerben ein. Schlusserben beim Tod des Zweiten von uns sind unsere beiden Kinder zu gleichen Teilen“.

### 3. Möglichkeit 3

Die Ehegatten haben notariell beurkundet einen Erbvertrag errichtet, in dem sie sich wechselseitig zu Alleinerben und nach dem Tod des Zweiten die beiden Kinder zu gleichen Teilen zu Schlusserben des Überlebenden einsetzen. Le-

2 Die folgende Darstellung der Möglichkeiten beschränkt sich bewusst auf die in der Praxis am häufigsten vorkommenden und ist nicht abschließend. Es ist beispielsweise möglich, zur Wechselbezüglichkeit von Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten konkrete Regelungen zu treffen.

3 Siehe dazu unten Fn. 6.

4 Manche Notare beurkunden auch gemeinschaftliche Testamente, siehe zum Beispiel die Formulierungsvorschläge von *Najdecki* in *Gebele/Scholz, Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht*, 14. Aufl. 2022, *Erbrecht*, Formular 9 Berliner Testament (Pflichtteilsklausel), oder *Dorsel*, *Kölner Formularbuch Erbrecht*, 4. Aufl. 2024, Kapitel 21 Gesamt muster, II. Testament von Eltern mit gemeinsamen Kindern (Berliner Testament). Diese Formulierungsvorschläge kommen hinsichtlich der darin vorgeschlagenen Regelungen zur Bindung dem Erbvertrag mit freiem Rücktrittsvorbehalt (unten Möglichkeit 3 Variante 2) nahe.

1 „Verfügung von Todes wegen“ ist der Oberbegriff zu Testament und Erbvertrag, *Leipold* in *MünchKomm-BGB*, 9. Aufl. 2022, § 1937 Rdnr. 4.

diglich die wechselseitige Erbeinsetzung ist erbvertraglich bindend, alle übrigen Verfügungen sind einseitig in stets widerruflicher Weise getroffen. In dem Erbvertrag ist Variante 1 kein Rücktrittsvorbehalt<sup>5</sup> enthalten Variante 2 ein freier Rücktrittsvorbehalt ohne besondere Regelungen zu den Rücktrittswirkungen enthalten.

## II. Ziele erreichbar?

Schauen wir, ob und wie der Notar die Ziele der Ehefrau in den einzelnen Fällen umsetzen kann:

### 1. Bei zwei Einzeltestamenten

Für den Fall, dass die Ehegatten zwei Einzeltestamente errichtet haben (Möglichkeit 1), sind beide Ziele von der Ehefrau problemlos<sup>6</sup> durch ein entsprechendes neues Testament erreichbar. Dieses neue Testament, in dem sie die Tochter zu ihrer Alleinerbin einsetzt, hätte auch keine Auswirkung auf das Testament des Ehemannes, in dem er seine Ehefrau zu seiner Alleinerbin eingesetzt hat.

### 2. Bei einem gemeinschaftlichen Testament

Für den Fall, dass die Ehegatten das beschriebene gemeinschaftliche Testament errichtet haben (Möglichkeit 2), sieht die Sache anders aus. Im Zweifel<sup>7</sup> ist die Erbeinsetzung der Ehefrau durch den Ehemann wechselbezüglich zu der Erbeinsetzung der beiden Kinder durch die Ehefrau. Ein Einzeltestament der Ehefrau, in dem sie die Tochter zu ihrer Alleinerbin einsetzt, wäre also ohne Weiteres sowohl für den Fall, dass sie vor, als auch für den Fall, dass sie nach ihrem Ehemann verstirbt, insoweit unwirksam, als sie die Erbeinsetzung des Sohnes verhindert oder mindern sollte.<sup>8</sup> Die Ehefrau könnte aber ihrem Ehemann gegenüber nach der Vorschrift über den Rücktritt vom Erbvertrag ihre Verfügungen im gemeinschaftlichen Testament widerrufen.<sup>9</sup> Der Widerruf wäre notariell zu beurkunden und müsste dem Ehemann in Ausfertigung zugehen. Die Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes hat auf das Bestehen der Widerrufsmög-

lichkeit der Ehefrau keinen Einfluss. Die Widerrufsmöglichkeit besteht auf Lebzeiten beider Ehegatten, § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB. Der Widerruf müsste aber wegen der Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes dessen gesetzlichem Vertreter, also Betreuer, zugehen, § 131 Abs. 1 BGB, oder (vorrangig) dessen (Vorsorge-)Bevollmächtigtem.<sup>10</sup> Der Widerruf hätte zur Folge, dass die wechselbezüglichen Verfügungen unwirksam würden,<sup>11</sup> und somit die Ehefrau ihre Testierfreiheit wieder erlangt hätte und ihr Ziel 1 durch ein entsprechendes Testament erreichen könnte. Allerdings hätte sie ihr Ziel 2 verfehlt; der Widerruf hätte ihre Erbeinsetzung durch ihren Ehemann zerstört. Da ihr Ehemann geschäftsunfähig ist, könnte dies auch nicht mehr „repariert“<sup>12</sup> werden. Es besteht in diesem Fall also ein Zielkonflikt zwischen den beiden Zielen der Ehefrau; sie kann nur das eine oder das andere erreichen, nicht aber beide zugleich.

### 3. Bei einem Erbvertrag

Für den Fall, dass die Ehegatten den beschriebenen Erbvertrag ohne Rücktrittsrecht (Möglichkeit 3, Variante 1) errichtet haben, kann die Ehefrau ihr Ziel 1 nur erreichen, wenn sie ihren Ehemann überlebt. Ihr Ziel 2 ist ihr sicher. Haben die Ehegatten den beschriebenen Erbvertrag mit Rücktrittsrecht (Möglichkeit 3, Variante 2) errichtet, steht die Ehefrau ähnlich wie oben bei der Möglichkeit 2, dem gemeinschaftlichen Testament. Ein Einzeltestament der Ehefrau, in dem sie die Tochter zu ihrer Alleinerbin einsetzt, wäre für den Fall, dass sie vor ihrem Ehemann verstirbt, unwirksam.<sup>13</sup> Die Ehefrau könnte aber ihrem Ehemann gegenüber vom Erbvertrag zurücktreten. Der Rücktritt wäre notariell zu beurkunden und müsste dem Ehemann in Ausfertigung zugehen. Die Geschäftsunfähigkeit des Ehemannes hat auf die Wirksamkeit des Rücktritts keinen Einfluss.<sup>14</sup> Der Rücktritt hätte zur Folge, dass in der Regel der ganze Erbvertrag aufgehoben wäre<sup>15</sup> und somit die Ehefrau ihre Testierfreiheit wieder erlangt hätte, und ihr Ziel 1 durch ein entsprechendes Testament erreichen könnte. Allerdings hätte sie ihr Ziel 2 verfehlt; der Rücktritt hätte ihre Erbeinsetzung durch ihren Ehemann zerstört. Da ihr Mann geschäftsunfähig ist, könnte dies auch nicht mehr „repariert“<sup>16</sup> werden. Es besteht in diesem Fall also ebenso ein Zielkonflikt zwischen den beiden Zielen der Ehefrau; sie kann nur das eine oder das andere erreichen, nicht aber beide zugleich.

5 Keinen Rücktrittsvorbehalt beim Ehegattenerbvertrag mit ausschließlich gemeinsamen Kindern schlagen beispielsweise vor: Dietz/Sammet in Beck'sches Notar-Handbuch, 8. Aufl. 2024, § 17 Erbrecht Rdnr. 523; Egerland, Beck'sche Online-Formulare Vertrag, Stand: 01.12.2023.

6 Zwar kann ein gemeinschaftliches Testament auch in zwei getrennten Urkunden errichtet werden. Dies setzt aber voraus, dass „der Errichtungszusammenhang der Verfügungen der Testamentsurkunde entnommen werden kann“ (Musielak, Anm. zu BayObLG, Beschluss vom 23.07.1993, 1 Z BR 26/93, DNotZ 1994, 791 ff.). „Haben die Eheleute ohne Bezugnahme aufeinander in getrennten Schriftstücken ihre letztwilligen Verfügungen getroffen, liegt ein gemeinschaftliches Testament jedoch nur dann vor, wenn den beiden Testamentsurkunden selbst eine gemeinschaftliche Erklärung zu entnehmen ist“ (OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.07.2002, 3 W 82/02, ZEV 2002, 414).

7 § 2270 Abs. 2 BGB.

8 Analog § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB, vgl. Litzenburger in BeckOK-BGB, Stand: 01.02.2024, § 2271 Rdnr. 28.

9 § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB.

10 BGH, Beschluss vom 27.01.2021, XII ZB 450/20, MittBayNot 2021, 460 m. Anm. Keim) = DNotZ 2021, 528 = ZEV 2021, 245 m. Anm. Reimann) stellt klar, dass der Empfang der Rücktrittserklärung auch durch einen Vorsorgebevollmächtigten möglich ist. Offen ist, ob dies auch gilt, wenn der (von den Beschränkungen des § 181 Alt. 1 BGB befreite) Vorsorgebevollmächtigte der Rücktretende selbst ist.

11 § 2270 BGB.

12 Natürlich auch nicht durch einen (Vorsorge-)Bevollmächtigten, § 2064 BGB.

13 § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB.

14 Siehe oben bei „Möglichkeit 2“ und Fn. 11.

15 § 2298 Abs. 2 Satz 1 BGB.

16 Siehe oben Fn. 13.

### III. Lösungsvorschläge

In einer Gesellschaft mit zunehmendem Anteil an Älteren<sup>17</sup> und signifikanten Demenzquoten der Älteren und Alten<sup>18</sup> ist die Wahrscheinlichkeit, dass man in der notariellen Praxis mit der hier besprochenen Problematik befasst ist, hoch. Um von vorneherein zu vermeiden, in eine Bredouille zu kommen und dem Mandanten nicht helfen zu können, bieten sich zunächst zwei Lösungsmöglichkeiten an:

#### 1. Zwei Einzeltestamente

Beim „Maßschneidern“ der Bindungswirkung sollte auch bedacht werden, dass möglicherweise gar keine Bindung gewollt ist. Nicht alle Ehegatten, die notarielle letztwillige Verfügungen treffen wollen, möchten einen Erbvertrag oder ein gemeinschaftliches Testament errichten. Vielfach streben sie keinerlei Bindungswirkung an. Dann entsprechen zwei Einzeltestamente ihrem Willen (und sind obendrein kostengünstiger als ein Erbvertrag oder gemeinschaftliches Testament<sup>19</sup>).

#### 2. Rücktritt lässt nur Bindung entfallen

Sollten die Ehegatten lediglich wünschen, dass die wechselseitige Alleinerbeinsetzung bindend ist, und zudem ein freier Rücktrittsvorbehalt vereinbart werden soll (ihnen also de facto genügt, dass der andere nicht wie bei zwei Einzeltestamenten heimlich abweichend testieren kann, sondern der Vertragspartner durch den Zugang der notariellen Rücktrittserklärung erfahren soll, dass der andere abweichend testieren will), kann die geschilderte Problematik durch eine entsprechende Ausgestaltung des Rücktrittsvorbehals gelöst werden, da § 2298 Abs. 3 BGB regelt,

dass die Rücktrittswirkungen des § 2298 Abs. 2, Satz 1 BGB zur Disposition der Vertragsschließenden stehen.<sup>20</sup>

Zur Formulierung eines solchen Rücktrittsvorbehalts, bei dessen Ausübung der Rücktritt lediglich die Bindungswirkung der gegenseitigen Erbeinsetzung aufgehoben wird, stelle ich folgenden Vorschlag zur Diskussion:

#### Formulierungsvorschlag „Rücktrittsvorbehalt Ehegattenerbvertrag“:

Jeder von uns behält sich den zu unserer beider Lebzeiten jederzeit möglichen und nicht von weiteren Voraussetzungen abhängigen, notariell zu beurkundenden Rücktritt von diesem Erbvertrag vor. Mit der Ausübung des Rücktrittsrechts wird lediglich die erbvertragliche Bindungswirkung der gegenseitigen Erbeinsetzung aufgehoben, nicht die gegenseitige Erbeinsetzung an sich oder die übrigen Verfügungen von Todes wegen in der heutigen Urkunde. Die Einsetzungen des Überlebenden von uns als Alleinerben des Erstversterbenden von uns gelten dann vielmehr als einseitige Verfügungen und werden hiermit als solche wiederholt. Jeder von uns kann aber seine sämtlichen Verfügungen in der heutigen Urkunde nach dem Rücktritt einseitig widerrufen. Widerruft nur einer von uns alle oder einzelne seiner Verfügungen, hat das auf die Wirksamkeit der Verfügungen des anderen von uns keinen Einfluss. Diesem bleibt dann seinerseits der einseitige Widerruf seiner Verfügungen vorbehalten.

Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die Rücktrittserklärung der notariellen Beurkundung bedarf und dem anderen Teil in Ausfertigung zugehen muss.

Denkbar erschien sogar, vom (erklärten) Willen des Rücktretenden abhängig zu machen, ob der Rücktritt lediglich die Bindungswirkung oder alle Verfügungen des Erbvertrags aufhebt. Dann könnte beispielsweise formuliert werden (Änderungen zum obigen Formulierungsvorschlag sind fett kenntlich gemacht):

20 Der mir zugänglichen Literatur ist nichts zu entnehmen, was gegen die Zulässigkeit der von mir vorgeschlagenen Gestaltung spricht: Für die Wirkung des Rücktritts ist der Wille der Vertragsschließenden maßgebend, vgl. Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2298 Rdnr. 4. „Da es sich um Auslegungsregeln handelt, kann der Erbvertrag die Rechtsfolgen abweichend regeln.“ (BeckOK-BGB /Litzenburger, Stand: 01.08.2024. „Wie sich aus der Vorschrift des § 2298 Abs. 3 BGB ergibt, handelt es sich bei den Bestimmungen, die in den Abs. 1 und 2 enthalten sind, um Auslegungsregeln, die nicht anzuwenden sind, wenn ein anderer Wille der Vertragsschließenden anzunehmen ist“ (Musielak in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2022, § 2298 Rdnr. 7). Röhrl in Reimann/Bengel/Dietz/Sammet, Testament und Erbvertrag, 8. Aufl. 2024, § 2298 BGB Rdnr. 32 empfiehlt generell, wegen der „höchst komplizierten Regelung“ beim Rücktrittsvorbehalt beim zweiseitigen Erbvertrag „durch eine ausdrückliche Regelung Auslegungsschwierigkeiten zu vermeiden“, insbesondere wegen § 2298 BGB „bezüglich des Fortbestands der übrigen Verfügungen“. Ähnlich äußern sich R. Kössinger/Zintl in Kössinger/Najdecki/Zintl, Handbuch der Testamentsgestaltung, 7. Aufl. 2024, § 11 Rdnr. 18.

17 2021 stieg der Anteil der Personen, die 65 Jahre und älter sind, in Deutschland auf mehr als ein Fünftel (22 %), [https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/06/PD\\_22\\_N\\_033\\_12.html](https://www.destatis.de/DE/Presse/Pressemitteilungen/2023/06/PD_22_N_033_12.html).

18 Ende 2021 betrug die geschätzte Zahl Demenzerkrankter in Deutschland rund 1,8 Mio., europaweit sind geschätzt rund 8 % der 75- bis 79-Jährigen, rund 14 % der 80- bis 84-Jährigen und rund 23 % der 85- bis 90-Jährigen dement, vgl. [https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/Alz/pdf/factsheets/infoblatt\\_1\\_haeufigkeit\\_demenzerkrankungen\\_dalzg.pdf](https://www.deutsche-alzheimer.de/fileadmin/Alz/pdf/factsheets/infoblatt_1_haeufigkeit_demenzerkrankungen_dalzg.pdf).

19 Beispielsweise lösen bei einem bereinigten Reinvermögen der Ehegatten von 1 Mio. €, das auf beide gleich verteilt ist, zwei Einzeltestamente beim Notar eine Beurkundungsgebühr von insgesamt 1.870 € + Nebengebühren und USt. aus. Ein Erbvertrag löst dagegen in diesem Fall beim Notar eine Beurkundungsgebühr von insgesamt 3.470 € + Nebengebühren und USt. aus. Der Erbvertrag ist also rund 80 % teurer.



### Alternativer Formulierungsvorschlag Rücktrittsvorbehalt Ehegattenerbvertrag

Jeder von uns behält sich den zu unserer beider Lebzeiten jederzeit möglichen und nicht von weiteren Voraussetzungen abhängigen, notariell zu beurkundenden **Rücktritt** von diesem Erbvertrag vor. **Sofern der Rücktretende in seiner Rücktrittserklärung nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt**, wird mit der Ausübung des Rücktrittsrechts lediglich die erbvertragliche Bindungswirkung der gegenseitigen Erbeinsetzung aufgehoben, nicht die gegenseitige Erbeinsetzung an sich oder die übrigen Verfügungen von Todes wegen in der heutigen Urkunde. Die Einsetzungen des Überlebenden von uns als Alleinerben des Erstversterbenden von uns gelten dann vielmehr als einseitige Verfügungen und werden hiermit als solche wiederholt. Jeder von uns kann aber seine sämtlichen Verfügungen in der heutigen Urkunde nach dem Rücktritt einseitig widerrufen. Widerruft nur einer von uns alle oder einzelne seiner Verfügungen, hat das auf die Wirksamkeit der Verfügungen des anderen von uns keinen Einfluss. Diesem bleibt dann seinerseits der einseitige Widerruf seiner Verfügungen vorbehalten. **Dem Rücktretenden bleibt aber vorbehalten, in seiner Rücktrittserklärung ausdrücklich zu bestimmen, dass mit Ausübung des Rücktritts sämtliche Verfügungen in diesem Erbvertrag erlöschen. In diesem Fall erlöschen mit Ausübung des Rücktritts sämtliche Verfügungen in diesem Erbvertrag, und zwar unabhängig davon, ob sie vertragsmäßig oder einseitig sind.**

## IV. Weiterer Lösungsansatz: Änderungsvorbehalt

Erwägenswert<sup>21</sup> erscheint, ob die hier diskutierte Problematik auch durch eine entsprechende Ausgestaltung eines in den Erbvertrag aufgenommenen Änderungsvorbehalts<sup>22</sup> lösbar ist. Ein Änderungsvorbehalt unterscheidet sich grundlegend vom Rücktrittsvorbehalt, da seine Ausübung nicht zwingend der notariellen Beurkundung bedarf, keine praktischen Zugangsprobleme bestehen und keine zwingende Information des anderen Vertragspartners erfolgt. Das kann, muss aber nicht ein Vorteil einer solchen Gestaltung sein. Typischerweise finden sich in Erbverträgen von Ehegatten Änderungsvorbehalte, die dem überlebenden Ehegatten ein gewisses Maß an oder völlige Änderungsfreiheit seiner Verfügungen einräumen<sup>23</sup>. Hier geht es jedoch um die Frage, ob ein Änderungsvorbehalt auch so ausgestaltet werden kann, dass der eine Ehegatte *zu Lebzeiten des anderen* für den Fall dessen Geschäftsunfähigkeit alle seine Verfügungen, die in dem Erbvertrag enthalten sind,

- 21 Dem Notar Dr. Weidlich, Roth, sei für die Anregung gedankt.
- 22 Umfassend zum Änderungsvorbehalt, dessen grundsätzlicher Zulässigkeit, praktischer Bedeutung und Grenzen vgl. Dietz/Ungerer in Reimann/Bengel/Dietz/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2278 BGB, Rdnr. 14 ff., sowie auch Weidlich in Grüneberg, 84. Aufl. 2025, § 2289 Rdnr. 8 ff.
- 23 Formulierungsvorschläge finden sich etwa bei Dietz/Sammet, Beck'sches Notar-Handbuch, § 17 Erbrecht Rdnr. 523 und Keim, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 4 Kap. 1 Rdnr. 324.

vor allem die Einsetzung des anderen (geschäftsunfähigen) Ehegatten zu seinem Alleinerben, ändern kann.

Weitgehend Einigkeit besteht darüber, dass ein Änderungsvorbehalt nicht als Totalvorbehalt ausgestaltet werden darf, so dass der Erbvertrag seines „eigentlichen Wesens entkleidet wird“.<sup>24</sup> Es muss eine erbvertragliche Verfügung erhalten bleiben, da sich sonst der Erbvertrag nicht von zwei Einzeltestamenten unterscheiden würde<sup>25</sup> (die ja auch erwägenswert sind, siehe oben Ziffer III. 1.).

Nach der stark vordringenden oder gar herrschenden (und meines Erachtens überzeugenden) Lehre vom „spezifizierten Änderungsvorbehalt“<sup>26</sup> ist ein Änderungsvorbehalt stets zulässig und verstößt nicht gegen das bindende Wesen des Erbvertrags, wenn die Ausübung nur unter bestimmten, genau festgelegten Voraussetzungen möglich ist. Diese Voraussetzung könnte die Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten sein, mit dem der Erbvertrag geschlossen wurde. Eine Frage der Gestaltung des Änderungsvorbehalts ist, ob diese im Zeitpunkt der Errichtung der abändernden Verfügung, im Zeitpunkt des Todes des Verfügenden oder zu beiden Zeitpunkten vorliegen muss.

Als weitere Lösung der hier diskutierten Problematik unterbreite ich als Alternative zu den obigen Vorschlägen der Formulierung des Rücktrittsvorbehalts folgenden Formulierungsvorschlag eines **Änderungsvorbehalts im Erbvertrag von Ehegatten** (wobei davon auszugehen ist, dass der Erbvertrag zunächst eine wechselseitige Erbeinsetzung der Ehegatten und beispielsweise eine Ersatzerbeinsetzung der Kinder enthält):

Die gegenseitige Erbeinsetzung treffen wir vertragsmäßig in einseitig unwiderruflicher Weise. Alle übrigen Verfügungen von Todes wegen trifft jeder von uns einseitig in stets widerruflicher Weise. Jedoch ist jeder von uns berechtigt, auch die Einsetzung des Überlebenden zu seinem Alleinerben beliebig zu ändern oder zu widerrufen, falls der andere Ehegatte zum Zeitpunkt seines, des Erstversterbenden Ablebens geschäftsunfähig ist. Macht der eine Ehegatte von diesem Änderungsvorbehalt Gebrauch, hat dies auf die Wirksamkeit der Verfügungen des anderen Ehegatten, insbesondere der Einsetzung des einen Ehegatten als dessen Alleinerben, keinen Einfluss.

Wie zu sehen ist, habe ich mich bei dem Formulierungsvorschlag dafür entschieden, als maßgeblichen Zeitpunkt der Geschäftsunfähigkeit des anderen Ehegatten auf den Zeitpunkt des Todes des erstversterbenden Ehegatten abzustellen. Der Grund dafür ist, dass damit der (natürlich erforderliche) Beweis der Geschäftsunfähigkeit mit den geringsten zusätzlichen Schwierigkeiten geführt werden kann.

Persönlich halte ich die vorgeschlagene Ausgestaltung des

24 Weidlich, a. a. O. Rdnr. 9.

25 Dietz/Ungerer, a. a. O. Rdnr. 20.

26 Vgl. Dietz/Ungerer, a. a. O. Rdnr. 30 ff. m. vielen w. N. und Weidlich, a. a. O.

Änderungsvorbehalts für möglich. Dennoch neige ich nicht dazu, diesen Formulierungsvorschlag in meine Mustersammlung aufzunehmen. Zu groß erscheint mir das Risiko, dass der juristische Laie sich bei der Errichtung eines eigenhändigen abändernden Testaments überschätzt und der nötige Beweis der Geschäftsunfähigkeit ein Gerichtsverfahren nach sich zieht. Demgegenüber haben beide oben vorgeschlagene Formulierungen des Rücktrittsvorbehalts nur den Kostennachteil, dafür aber den Vorteil notarieller Beratung und der Rechtssicherheit, da die Geschäftsunfähigkeit des anderen nicht Voraussetzung für den Rücktritt ist. Zudem werden die Beteiligten, die sich ja bewusst für einen Erbvertrag und nicht zwei Einzeltestamente entschieden haben, das Zugangserfordernis des Rücktritts und die damit grundsätzlich bestehende Information des anderen (so sie nicht an dessen Geschäftsunfähigkeit scheitert) in vielen Fällen begrüßen.

## V. Fazit

Zusammenfassend lässt sich feststellen: Das Risiko, dass einer der Ehegatten (demenzbedingt) geschäftsunfähig wird, sollte bei der Gestaltung von Verfügungen von Todes und deren Bindungswirkung bedacht werden. Eine in einigen Fällen passende Lösung wird die Errichtung zweier (nicht bindender) Einzeltestamente sein. Wünschen die Ehegatten einen Erbvertrag mit Rücktrittsvorbehalt, kann der möglicherweise unerwünschte Umstand, dass bei Demenz des einen Ehegatten der andere, nicht demente Ehegatte bei Ausübung seines Rücktrittsrecht die „eigene“ Erbinsetzung durch den demenzen Ehegatten zerstört, durch eine entsprechende Ausgestaltung des Rücktrittsrechts verhindert werden. Auch die Gestaltung eines spezifizierten Änderungsvorbehalts ist denkbar.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

# Das Jahressteuergesetz 2024 – Auswirkungen auf die notarielle Praxis

Von Notarassessor Dr. Constantin Kemper, München

Der Gesetzgeber hat auch im Jahr 2024 mit dem „Jahressteuergesetz 2024“ (JStG) ein umfangreiches Steueränderungsgesetz erlassen. Das JStG wurde am 18.10.2024 im Bundestag beschlossen, der Bundesrat hat am 22.11.2024 seine Zustimmung erteilt. Am 05.12.2024 wurde das Gesetz verkündet. Ein Großteil der rund 130, inhaltlich kaum miteinander verbundenen Einzelmaßnahmen ist somit am 06.12.2024 in Kraft getreten.<sup>1</sup>

Aus notarieller Perspektive sind vor allem zwei Änderungen des EStG von Interesse: Erstens eine Anpassung in § 23 EStG (1.) und zweitens eine Erweiterung der Buchwertfortführung gemäß § 6 Abs. 5 EStG bei Übertragungen zwischen Schwesternpersonengesellschaften (2.). Das JStG enthält ferner wichtige Neuerungen im GrEStG (3.) und punktuelle Anpassungen des ErbStG (dazu 4.). Schließlich werden die Auswirkungen auf Umwandlungssachverhalte (5.) und sonstige Änderungen (6.) kurz dargestellt.

## I. „Nämlichkeit“ bei Übertragung von Erbteilen (§ 23 Abs. 1 Satz 4 EStG n. F.)

### 1. Problemaufriss

Voraussetzung für das Vorliegen eines steuerbaren privaten Veräußerungsgeschäfts gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG ist, dass ein Grundstück (oder grundstücksgleiches Recht) entgeltlich angeschafft und innerhalb der Spekulationsfrist dasselbe Grundstück entgeltlich veräußert wird. Erforderlich ist somit die (zumindest teilweise) Identität des angeschafften mit dem veräußerten Grundstück.<sup>2</sup> Diese sog. „Nämlichkeit“ ist anhand einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise festzustellen. Entscheidendes Kriterium ist, ob angeschafftes und veräußertes Wirtschaftsgut gleichartig, funktionsgleich und gleichwertig sind.<sup>3</sup>

<sup>2</sup> Ratschow in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, 173. EL 2024, § 23 EStG Rdnr. 130 ff.

<sup>3</sup> BFH, Urteil vom 08.11.2017, IX R 25/15, DStR 2018, 609 Rdnr. 17; Urteil vom 12.06.2013, IX R 31/12, DStR 2013, 1937 Rdnr. 13 f. m. w. N.

1 BGBI. 2024 I Nr. 387 vom 05.12.2024.

Vor diesem Hintergrund hat der BFH – meines Erachtens zu Recht – mit Urteil vom 26.09.2023 entschieden, dass ein Erbteil nicht, auch nicht teilweise, mit einem zum Nachlass gehörenden Grundstück identisch ist.<sup>4</sup> Der Erbteil vermittelt eine gesamthänderische Beteiligung am gesamten Nachlass. Dies ist auch bei wirtschaftlicher Betrachtungsweise eine wesentlich andere Berechtigungsform als sie zum Beispiel ein Bruchteileigentümer innehat, da die gesamthänderische Beteiligung keine eigenständige sachenrechtliche Verfügungsbefugnis an den Nachlassgegenständen begründet. § 39 Abs. 2 Nr. 2 AO führte nach Ansicht des BFH ebenso wenig zu einem anderen Ergebnis wie § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG (a. F.).

Die Entscheidung eröffnete interessante Gestaltungsmöglichkeiten im Zusammenhang mit der Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften. So führte der entgeltliche Erwerb der Erbteile weiterer Miterben mangels „Nämlichkeit“ nicht dazu, dass Nachlassgrundstücke steuerverstrickt wurden. Die nachfolgende Veräußerung eines Nachlassgrundstücks durch den Erbteilkäufer verwirklichte dementsprechend nicht § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG.<sup>5</sup> Umgekehrt konnte die Entscheidung zu einer steuerneutralen Erbausseinandersetzung genutzt werden, wenn ein steuerverstricktes Grundstück Teil des Nachlasses war.<sup>6</sup> Statt einer – als teilweise entgeltliche Veräußerung zu behandelnden<sup>7</sup> – Erbauseinandersetzung gegen Ausgleichszahlung hätte der Miterbe, der die Immobilie übernehmen soll, die Erbteile der anderen Miterben erwerben können. Da dies nicht als Veräußerung des steuerverstrickten Grundstücks anzusehen war, wäre § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG ebenfalls nicht verwirklicht worden. Freilich war bei derartigen Gestaltungen stets der steuerrechtliche Vorteil mit den zivilrechtlichen Gefahren, die der Erwerb eines Erbteils mit sich bringt, abzuwägen.

## 2. Neuregelung: § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG n. F.

Auf Anregung des Bundesrats<sup>8</sup> reagiert der Gesetzgeber auf die Entscheidung des BFH: § 23 Abs. 1 Satz 4 EStG n. F. fingiert nun, dass die Anschaffung und Veräußerung von Anteilen an Gesamthandsgemeinschaften (und damit insbesondere von Anteilen an Erbengemeinschaften) der anteiligen Anschaffung und Veräußerung der zur Gesamthand gehörenden Wirtschaftsgüter gleichgestellt ist. Für die Praxis ist daher künftig zu beachten:

- Entsprechend der bislang für Anteile an Personengesellschaften geltenden Regelung<sup>9</sup> wird nun auch für

Gesamthandsgemeinschaften fingiert, dass der Anteil an der Gemeinschaft mit einem entsprechenden Bruchteil der zum Gesamthandsvermögen gehörenden Grundstücke identisch ist. Der Erwerb eines Erbteils gilt somit als anteiliger Erwerb etwaiger Nachlassgrundstücke. Die Grundstücke werden entsprechend teilweise steuerverstrickt; eine neue Spekulationsfrist läuft an. Gleichermaßen gilt in umgekehrter Richtung: Befindet sich im Nachlass ein steuerverstricktes Grundstück, löst die Veräußerung eines Erbteils anteilig § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 (in Verbindung mit Satz 4) EStG aus. Die oben dargestellten Gestaltungen, die sich die fehlende „Nämlichkeit“ von Erbteil und Nachlassgrundstück zunutze machen, laufen dadurch ins Leere. Leider geht der Gesetzgeber davon aus, dass eine Übergangsregelung mangels schutzwürdigen Vertrauens nicht erforderlich sei, sodass die Regelung für alle offenen Fälle angewendet werden soll.<sup>10</sup>

- Für die Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften sind (nach wie vor) folgende Grundsätze maßgeblich: Eine Erbauseinandersetzung ohne Ausgleichszahlung ist unentgeltlich und stellt keine Anschaffung/Veräußerung des betroffenen Grundbesitzes dar.<sup>11</sup> Eine Erbauseinandersetzung gegen Ausgleichszahlung führt hingegen zur (Teil-)Entgeltlichkeit.<sup>12</sup> Uneinigkeit besteht hinsichtlich der Behandlung von Nachlassverbindlichkeiten: Während der BFH in der überquotalen Übernahme von Nachlassverbindlichkeiten ein Entgelt sieht,<sup>13</sup> behandelt die Finanzverwaltung Auseinandersetzungen gegen Übernahme von Nachlassverbindlichkeiten stets als unentgeltlich.<sup>14</sup>
- Wird ein Erbteil zunächst entgeltlich angeschafft und anschließend entgeltlich weiterveräußert, stellt dies unabhängig von der Zusammensetzung des Nachlasses ein gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG steuerbares Veräußerungsgeschäft dar, da der Erbteil „sonstiges Wirtschaftsgut“ in diesem Sinne ist. Gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Satz 4 EStG ist die Spekulationsfrist auf zehn Jahre verlängert, wenn (wie häufig) mit dem Erbteil Einkünfte erzielt werden.<sup>15</sup> Auf diese Verlängerung der Spekulationsfrist wird es zukünftig in Bezug auf Nachlassgrundstücke nicht mehr ankommen, weil insofern gemäß § 23 Abs. 1 Satz 4, Abs. 1 Nr. 1 EStG ohnehin die zehnjährige Spekulationsfrist zu beachten ist.

4 BFH, Urteil vom 26.09.2023, IX R 13/22, DStR 2024, 22; anders noch Urteil vom 20.04.2004, IX R 5/02, DStR 2004, 1077.

5 BFH, Urteil vom 26.09.2023, IX R 13/22, DStR 2024, 22, 24; ebenso bereits Tiedtke/Wälzholz, ZEV 2004, 296.

6 Trossen, DStR 2024, 22, 24.

7 BFH, Urteil vom 05.07.1990, GrS 2/89, BStBl. II 1990, S. 837; BMF, Schreiben vom 14.03.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06, ZEV 2006, 154, Rdnr. 26 ff.

8 BT-Drucks. 20, 13157, S. 2 f. (Stellungnahme des Bundesrats).

9 Vgl. dazu Niehaus/Wilke, Die Besteuerung der Personengesellschaften, 9. Aufl. 2024, S. 30 f.

10 BT-Drucks. 20, 13157, S. 3 (Stellungnahme des Bundesrats).

11 BMF, Schreiben vom 14.03.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06, ZEV 2006, 154, Rdnr. 22.

12 Siehe Fn. 7.

13 BFH, Urteil vom 14.12.2004, IX R 23/02, DStRE 2005, 383.

14 BMF, Schreiben vom 14.03.2006, IV B 2 – S 2242 – 7/06, ZEV 2006, 154, Rdnr. 23 ff.

15 Vgl. zu § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG BFH, Urteil vom 24.05.2022, IX R 22/21, DStR 2022, 2426, 2428 ff. („Mobilheim“).

## II. Buchwertübertragung zwischen Schwesternpersonengesellschaften (§ 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG n. F.)

### 1. Problemaufriss

Die unentgeltliche Übertragung von betrieblich genutzten Wirtschaftsgütern stellt grundsätzlich eine Entnahme zum Teilwert dar (§ 4 Abs. 1 Satz 1, § 6 Abs. 1 Nr. 4 EStG) und führt dadurch zur gewinnwirksamen Aufdeckung der in dem Wirtschaftsgut „gespeicherten“ stillen Reserven. Etwas anderes gilt, wenn gesetzlich eine „Buchwertfortführung“ ermöglicht bzw. angeordnet wird, die stillen Reserven also in ein anderes Betriebsvermögen und ggf. sogar zu einem anderen Rechtsträger überführt werden können.<sup>16</sup>

In diesem Zusammenhang sind insbesondere die in § 6 Abs. 5 Satz 1 bis 3 EStG genannten Tatbestände zu beachten, die in bestimmten Fällen eine zwingende Buchwertfortführung anordnen. Systematisch kann zwischen den in § 6 Abs. 5 Satz 1, 2 EStG und den in § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG genannten Fällen unterschieden werden: Satz 1 und 2 betreffen Übertragungen von Wirtschaftsgütern zwischen verschiedenen (Sonder-)Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen. Da es in diesem Fall nicht zu einem Rechtsträgerwechsel kommt, ist eine Buchwertfortführung geboten. § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG ermöglicht darüber hinaus wirtschaftlich sinnvolle Übertragungen von Wirtschaftsgütern in Mitunternehmerschaften zum Buchwert und gestattet dabei ein „Überspringen“ stiller Reserven auf andere Rechtsträger, wenn die Übertragung unentgeltlich oder gegen Gewährung von Gesellschafterrechten erfolgt.<sup>17</sup>

Eine Übertragung zwischen den Gesellschaftsvermögen beteiligungsidentischer Schwesternpersonengesellschaften war jedoch (bislang) nicht vom Wortlaut der Norm erfasst. Damit ist folgende Fallgestaltung angesprochen:

A und B sind Kommanditisten der AB-1 GmbH & Co. KG sowie der AB-2 GmbH & Co. KG mit einem Kapitalanteil von je 50 %. Komplementäre ohne Kapitalanteil sind die AB-1 bzw. die AB-2 GmbH. Die AB-1 GmbH & Co. KG ist Eigentümerin eines Betriebsgrundstücks (Verkehrswert 1 Mio. €, Buchwert: 500.000 €). Dieses Grundstück wird auf die AB-2 GmbH & Co. KG übertragen.

Die Finanzverwaltung lehnte in diesen Fällen eine Buchwertfortführung ab.<sup>18</sup> Das ist nicht überzeugend: Da wegen der transparenten Besteuerung von Mitunternehmerschaften auf die Mitunternehmer „durchzuschauen“ ist, kommt es nicht zu einer Verlagerung stiller Reserven auf andere Steuersubjekte, sodass kein Grund besteht, die stillen Reserven aufzudecken. Dementsprechend hat der IV. Senat des BFH § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG bereits im Jahr 2010 verfassungskonform dahin gehend ausgelegt, dass auch in

diesen Fällen eine Buchwertfortführung zu gewähren sei.<sup>19</sup> Der I. Senat des BFH teilte die verfassungsrechtlichen Bedenken, sah sich aber aufgrund des eindeutigen Wortlauts an einer erweiternden Auslegung gehindert und legte die Norm dem BVerfG zur Entscheidung vor.<sup>20</sup> Dieses hat sich der Auffassung des I. Senats angeschlossen und § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG für insoweit mit Art. 3 Abs. 1 GG unvereinbar erklärt, als eine Buchwertübertragung zwischen beteiligungsidentischen Personengesellschaften ausgeschlossen ist.<sup>21</sup>

### 2. Neuregelung: § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG n. F.

Nun bessert der Gesetzgeber nach und ordnet mit § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG n. F. eine zwingende Buchwertfortführung bei unentgeltlicher Übertragung zwischen beteiligungsidentischen Mitunternehmerschaften an. Das ist zu begrüßen, da wirtschaftlich sinnvolle Umstrukturierungen ermöglicht werden, ohne auf umständliche und unsichere „Umgehungsgestaltungen“ ausweichen zu müssen.<sup>22</sup> Der Vorgang löst (derzeit) bei Einhaltung der gesetzlichen Haltefristen auch keine Grunderwerbsteuer aus, da die Befreiungsvorschrift des § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG eingreift (siehe dazu unten III. 1.). Gleichwohl weist § 6 Abs. 5 Nr. 3 Satz 4 EStG diverse „Fallstricke“ auf, die in der Gestaltungspraxis künftig zu beachten sind:

- § 6 Abs. 5 Nr. 3 Satz 4 EStG erfasst nur unentgeltliche Übertragungen, nicht auch solche, bei denen die Genenleistung in einer Gewährung bzw. Minderung von Gesellschafterrechten besteht. Gesellschafterrechte in diesem Sinne werden bei den üblichen „Vier-Konten-Modellen“ durch das Kapitalkonto I abgebildet.<sup>23</sup>
- Würde in o. g. Sachverhalt das Grundstück gegen Minderung der Kapitalkonten I von A und B bei der AB-1 GmbH & Co. KG aus- und gegen Erhöhung der Kapitalkonten I von A und B bei der AB-2 GmbH & Co. KG eingebucht werden, scheidet somit eine Buchwertfortführung aus. Eine die Buchwertfortführung ausschließende Gewährung von Gesellschafterrechten liegt zum Beispiel auch vor, wenn ein Wirtschaftsgut durch Abspaltung gegen Gewährung von Anteilen (Erhöhung des Kapitalanteils) der übernehmenden Schwesterngesellschaft übertragen wird (§ 123 Abs. 2 Nr. 1)

19 BFH, Beschluss vom 15.04.2010, IV B 105/09, DStR 2010, 1070, 1071 f.

20 BFH, Urteil vom 10.04.2013, I R 80/12, DStR 2013, 2158, 2162 ff. Siehe zur Entwicklung auch Lämmle, DStR 2024, 1389, 1390 ff.

21 BVerfG, Beschluss vom 28.11.2023, 2 BvL 8/13, DStR 2024, 155; vgl. dazu Curdt/Kepper, ZEV 2024, 88, 91.

22 Zur Umgehungsgestaltung einer „Kettenübertragung“, bei der das Wirtschaftsgut über das Sonderbetriebsvermögen eines Mitunternehmers „geschleust“ wird (doppelte Anwendung von § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG) und der in diesem Fall drohenden Anwendung der Gesamtplanrechtsprechung (§ 42 AO) vgl. Niehaus/Wilke, Die Besteuerung von Personengesellschaften, S. 259.

23 BFH, Urteil vom 29.07.2015, IV R 15/14, DStR 2016, 217, 218; BMF, Schreiben vom 29.03.2000, BStBl. I 2000, S. 462.



16 Vgl. Hennrichs in Tipke/Lang, Steuerrecht, 24. Aufl. 2021, Rdnr. 9.403 f.; Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1819.

17 Krumm in Brandis/Heuermann, Ertragsteuerrecht, § 6 EStG Rdnr. 1819.

18 BMF, Schreiben vom 08.12.2011, BStBl. I, S. 1279 Rdnr. 19.

UmwG).<sup>24</sup> Ein Buchwertansatz kann in diesen Fällen nur unter den Voraussetzungen von § 24 Abs. 1, Abs. 2 Satz 2 UmwStG gelingen. Das setzt aber voraus, dass nicht nur Einzel-Wirtschaftsgüter übertragen werden, sondern eine Sachgesamtheit (Betrieb, Teilbetrieb, Mitunternehmeranteil). Eine einzelne Immobilie stellt jedoch in der Regel keinen Teilbetrieb in diesem Sinne dar.<sup>25</sup>

- Die Buchwertverknüpfung gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG setzt eine *vollständige* Beteiligungsidentität der Schwestergesellschaften voraus („Mitunternehmerschaften derselben, identisch beteiligten Mitunternehmer“). Eine Buchwertfortführung ist somit bei (mittelbarer oder unmittelbarer) einseitiger Beteiligung eines Dritten ausgeschlossen. Eine schädliche einseitige Beteiligung liegt nach der Gesetzesbegründung bereits dann vor, wenn an einer der Gesellschaften ein Treuhänder beteiligt ist, unabhängig von seiner Mitunternehmereigenschaft.<sup>26</sup> Diese Einschränkung ist verfehlt: § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG stellt auf die Beteiligungsidentität auf Mitunternehmerebene ab. Richtigerweise ist daher danach zu differenzieren, ob der Treuhänder selbst Mitunternehmer wird oder, wie in der Regel, der Treugeber Mitunternehmer bleibt.<sup>27</sup> Ist letzteres der Fall und ist der Treugeber zugleich Mitunternehmer der Schwestergesellschaft, kann die einkommensteuerrechtlich unbeachtliche Zwischen- schaltung des Treuhänders der Buchwertfortführung nicht entgegenstehen.
- Dem Wortlaut nach wäre auch der o. g. Beispielssachverhalt nicht begünstigt: An der AB-1 und der AB-2 sind nicht „dieselben“ Mitunternehmer beteiligt. Vielmehr hat jede Gesellschaft eine „eigene“ Komplementär-GmbH. Hierzu stellt allerdings die Gesetzesbegründung fest, dass „Null-Prozent-Beteiligungen“ unschädlich seien.<sup>28</sup> Solange die Komplementär-GmbHs keine eigene Kapitalbeteiligung halten, sind sie für Zwecke des § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG mithin – trotz ihrer Mitunternehmerstellung – zu ignorieren. Diese praxisrelevante Ausnahme hätte richtigerweise im Wortlaut der Norm Niederschlag finden müssen.
- Darüber hinaus greift § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG auch dann nicht ein, wenn es an einer „identischen“ Beteiligung fehlt: Ist im o. g. Sachverhalt A an der AB-1 GmbH & Co. KG mit 51 %, B mit 49 % beteiligt und

sind die Verhältnisse bei der AB-2 GmbH & Co. KG umgekehrt, scheidet eine Buchwertfortführung aus. Dies ist kritisch zu bewerten: Auf Mitunternehmer- ebene findet nur eine anteilige Verlagerung von stillen Reserven auf ein anderes Steuersubjekt statt, sodass auch nur eine anteilige Einschränkung der Buchwert- fortführung gerechtfertigt wäre.<sup>29</sup>

- Ebenso zu kritisieren ist, dass nach Inanspruchnahme des Buchwertansatzes gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG die Sperrfrist des § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG zu beachten ist. Diese dient der Verhinderung einer steuerlichen „Statusverbesserung“ infolge des Überspringens stiller Reserven auf andere Steuersubjekte. Ein solches „Überspringen“ findet bei § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 4 EStG aufgrund der transparenten Betrachtung von Personengesellschaften aber gar nicht statt.<sup>30</sup>

### III. Änderungen des GrEStG

#### 1. Steuervergünstigungen für die „Gesamthand“, § 23 Abs. 27 GrEStG

Die Einbringung von Grundbesitz in eine Personengesellschaft, an der der Einbringende selbst beteiligt ist (zum Beispiel „Ehegatten-GbR“, „Familienpool-Gesellschaft“) ist grundsätzlich grunderwerbsteuerbar.<sup>31</sup> Allerdings begrenzen die Befreiungstatbestände der § 5 Abs. 1, 2 GrEStG die Steuerpflicht auf den über die Beteiligung des Einbringenden hinausgehenden „Mehrerwerb“ anderer Gesellschafter.<sup>32</sup> Gleiches gilt bei einer Übertragung zwischen Schwesterpersonengesellschaften (§ 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG).<sup>33</sup> Die Einbringung bzw. Übertragung löst in der Folge eine zehnjährige „Haltefrist“ aus, binnen derer sich der Anteil des Einbringenden an der Gesellschaft nicht reduzieren darf, § 5 Abs. 3 Satz 1, § 6 Abs. 3 Satz 2 GrEStG.

Diesbezüglich bestand seit Inkrafttreten des MoPeG folgende Unsicherheit: Aufgrund der (endgültigen) Aufgabe des Gesamthandsprinzips geht der Gesetzgeber offenbar davon aus, dass die §§ 5, 6 GrEStG, die tatbestandlich eine „Gesamthand“ voraussetzen, grundsätzlich nicht mehr auf rechtsfähige Personengesellschaften anwendbar sind.<sup>34</sup> Nur übergangsweise wurde mit § 24 GrEStG mit Wirkung bis zum 01.01.2027 angeordnet, dass rechtsfähige Perso-

29 Ähnlich Lämmle, DStR 1389, 1393 f.

30 Lämmle, DStR 1389, 1393 f.

31 BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 4/20, DStR 2022, 1266, 1267; Englisch in Tipke/Lang, Steuerrecht, Rdnr. 18.27; Meßba-cher-Hönsch in Viskorf, GrEStG, 20. Aufl. 2021, § 1 Rdnr. 73.

32 BFH, Urteil vom 12.01.2022, II R 4/20, DStR 2022, 1266, 1267; Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, Grunderwerbsteuer, 6. Aufl. 2021, S. 295. Gehören die begünstigten Gesellschafter zu dem in § 3 Nr. 2 bis 7 GrEStG genannten Personenkreis, ist auch dieser Mehrerwerb steuerbefreit, sog. Interpolation der Befreiungstatbestände, BFH, Beschluss vom 26.02.2003, II B 202/01, DStR 2003, 777, 778.

33 Strahl, RNotZ 2021, 61, 80.

34 Vgl. BT-Drucks. 20/8628, S. 221 (RegE Wachstumschancengesetz); Heckschen, ZPG 2024, 18, 21.

24 Broemel/Westermann, DStR 2024, 1521, 1522 zweifeln an der verfassungsrechtlichen Zulässigkeit dieser Ungleichbehandlung gegenüber den in § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 1, 2 EStG geregelten Fällen.

25 Meining/Glutsch, GmbHHR 2010, 735, 736; Schmitt in Schmitt/Hörnagl, UmwG, UmwStG, 10. Aufl. 2024, § 20 UmwStG Rdnr. 114.

26 BT-Drucks. 20/12780, S. 121 (RegE).

27 BFH, Urteil vom 16.05.1995, VIII R 18/93, DStR 1995, 1423; Niehaus/Wilke, Die Besteuerung von Personengesellschaften, S. 72 f.

28 BT-Drucks. 20/12780, S. 121 (RegE).

nengesellschaften für Zwecke der Grunderwerbsteuer weiterhin als „Gesamthand und deren Vermögen als Gesamthandsvermögen“ gelten. Dadurch bestand Anlass zur Sorge, dass Vorgänge, hinsichtlich derer die Haltefrist zum 01.01.2027 noch nicht abgelaufen ist, rückwirkend mit Grunderwerbsteuer belastet werden. Denn mit Außerkrafttreten des § 24 GrEStG zum 31.12.2026 wären die Gesellschafter nicht mehr am Vermögen einer *Gesamthand* beteiligt, sodass hierin – analog zum Formwechsel in eine Kapitalgesellschaft – eine schädliche Beteiligungsminderung „auf 0“ gesehen werden könnte.<sup>35</sup>

Diese Gefahr wird durch das JStG gebannt: § 23 Abs. 27 GrEStG n. F. stellt klar, dass das Außerkrafttreten von § 24 GrEStG keinen Haltefristverstoß darstellt. Bei der Einbringung von Grundbesitz in Personengesellschaften bzw. der Übertragung zwischen Personengesellschaften kann daher wieder auf die Befreiungstatbestände aus § 5 Abs. 1, 2, § 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG „vertraut“ werden. Weiterhin unklar ist allerdings, wie mit Erwerbsvorgängen im Zusammenhang mit Personengesellschaften ab dem 01.01.2027 umzugehen sein wird.

## 2. Grunderwerbsteuer: Zugehörigkeit eines Grundstücks zum Vermögen einer Gesellschaft, § 1 Abs. 4a GrEStG n. F.

### a) Problemaufriss

Die Frage, ob ein Grundstück zum Vermögen einer Gesellschaft „gehört“, ist grunderwerbsteuerlich von erheblicher Bedeutung, da die Ergänzungstatbestände gemäß § 1 Abs. 2a bis 3a GrEStG („share deals“) nur in Bezug auf grundbesitzhaltende Gesellschaften verwirklicht werden können. Aus notarieller Perspektive ist zudem zu beachten, dass Vorgänge, die die Übertragung von Gesellschaftsanteilen betreffen (nur) dann gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG angezeigt sind, wenn zum Vermögen der Gesellschaft ein inländisches Grundstück gehört.

Für dieses „Gehören“ sind weder die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse noch eine wirtschaftliche Betrachtungsweise maßgeblich. Entscheidend ist vielmehr die originär grunderwerbsteuerliche Zurechnung. Der BFH hat hierzu die Leitlinie entwickelt, dass ein Grundstück einer Gesellschaft dann „gehört“, wenn sie einen darauf bezogenen Erwerbstatbestand gemäß § 1 Abs. 1, 2, 3 oder 3a GrEStG verwirklicht hat.<sup>36</sup> Dem hat sich die Finanzverwaltung anschlossen, zugleich aber die brisante Schlussfolgerung gezogen, dass ein Grundstück bei mehrstufigen Beteiligungen gleichzeitig mehreren Gesellschaften zugerechnet werden könne: So sei ein Grundstück neben der (aufgrund Zurechnung wegen § 1 Abs. 1, 2 GrEStG) grundbesitzhalten-

<sup>35</sup> Heinze, DStR 2020, 2107, 2108 f.; Gottwald/Behrens/Böing/Seemaier, Grunderwerbsteuer, S. 303 f.

<sup>36</sup> BFH, Urteil vom 01.2.2021, II R 44/18, DStR 2022, 1375, 1377; Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, DStR 2023, 700, 702. Die § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG führen hingegen ausdrücklich *nicht* zu einer abweichenden grunderwerbsteuerlichen Zurechnung, BFH, Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, DStR 2023, 700, 703.

den Gesellschaft *auch* der Gesellschaft zuzurechnen, die in Bezug auf dieses Grundstück einen Erwerbstatbestand gemäß § 1 Abs. 3, 3a GrEStG verwirklicht hat, weil sie zum Beispiel mehr als 90 % der Anteile an der Mutter der grundbesitzhaltenden Gesellschaft erworben hat.<sup>37</sup> Das wird insbesondere in „Signing-Closing-Konstellationen“ bedeutsam. Fallen bei Anteilskaufverträgen schuldrechtliches Verpflichtungs- und dingliches Vollzugsgeschäft auseinander, liegen zwei Erwerbsvorgänge vor: Das Verpflichtungsgeschäft verwirklicht § 1 Abs. 3 GrEStG, erst das Vollzugsgeschäft verwirklicht § 1 Abs. 2a oder 2b GrEStG.<sup>38</sup> Auch wenn die Besteuerung des „Signings“ (§ 1 Abs. 3 GrEStG) gemäß § 16 Abs. 4a GrEStG im Ergebnis entfällt, soll das Grundstück weiterhin sowohl der grundbesitzhaltenden Tochter- als auch der neuen Muttergesellschaft zugerechnet werden.<sup>39</sup> Unklar, nach Ansicht der Finanzverwaltung aber wohl zu bejahen, war bislang, ob diese Doppelzurechnung bei Weiterveräußerung der Anteile an der Muttergesellschaft sogar zu einer Doppelbesteuerung führen kann.<sup>40</sup>

### b) Neuregelung: § 1 Abs. 4a GrEStG n. F.

Diese Unsicherheiten haben den Gesetzgeber bewogen, mit § 1 Abs. 4a GrEStG n. F. erstmals eine gesetzliche Regelung zur grunderwerbsteuerlichen Zurechnung zu schaffen. Grundsätzlich begründet nur noch die Verwirklichung eines Erwerbsvorgangs gemäß § 1 Abs. 1 GrEStG eine entsprechende Zurechnung (§ 1 Abs. 4a Satz 1 GrEStG). Die Zurechnung endet erst, wenn ein anderer Rechtsträger in Bezug auf das Grundstück einen Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 1 GrEStG verwirklicht (§ 1 Abs. 4a Satz 2 GrEStG). § 1 Abs. 4a Satz 3 GrEStG enthält eine Missbrauchsvermeidungsvorschrift: Es soll nicht möglich sein, eine Gesellschaft vorübergehend „grundbesitzlos“ zu machen, um die Ergänzungstatbestände gemäß § 1 Abs. 2a-3a GrEStG zu umgehen.<sup>41</sup>

Zwischenzeitlich verwirklichte Ergänzungstatbestände gemäß § 1 Abs. 3, 3a GrEStG sind somit für die Zuordnung unbeachtlich, sodass es jedenfalls nicht mehr zu der von der Finanzverwaltung propagierten Doppelzurechnung in „Signing-Closing“-Fällen kommen kann.<sup>42</sup> Allerdings ordnet § 1 Abs. 4a Satz 4 GrEStG an, dass ein Grundstück „auch“ der Gesellschaft zuzurechnen ist, die die Verwertungsbefugnis gemäß § 1 Abs. 2 GrEStG innehat. Die Gesetzesbegründung spricht insofern von einer „zeitgleichen“ Zu-

<sup>37</sup> Gleichlautende Ländererlasse vom 16.10.2023, BStBl. I 2023, S. 1872 Ziffer 2.2.; a. A. BFH, Urteil vom 01.02.2021, II R 44/18, DStR 2022, 1375, 1377, 1378 m. w. N.

<sup>38</sup> Gleichlautende Ländererlasse vom 16.10.2023, BStBl. I 2023, S. 1872 Ziffer 3.2; gleichlautende Ländererlasse vom 10.05.2022, BStBl. I 2022, S. 801 Ziffer 8; Broemel/Mörwald, DStR 2023, 73 m. w. N.

<sup>39</sup> Vgl. gleichlautende Ländererlasse vom 16.10.2023, BStBl. I 2023, S. 1872 Ziffer 4 Beispiel 1.

<sup>40</sup> Broemel/Mörwald, DStR 2023, 2750, 2753; Desens/Krohn, DStR 2024, 1162, 1166 ff.

<sup>41</sup> BT-Drucks. 20/12780, S. 193 (RegE); Broemel/Mörwald, DStR 2024, 1102, 1104.

<sup>42</sup> BT-Drucks. 20/12780, S. 193 (RegE).



rechnung.<sup>43</sup> Insofern scheint es also doch wieder zu einer Doppelzurechnung zu kommen. Dies kann insbesondere in Treuhandkonstellationen zu einer (verfassungsrechtlich bedenklichen) Doppelbesteuerung in Bezug auf ein- und daselbe Grundstück führen.<sup>44</sup> Ob dieses Ergebnis von der Rechtsprechung geteilt wird, ist zweifelhaft: Der BFH hat zuletzt entschieden, dass ein Grundstück nur der Gesellschaft zugerechnet werden kann, die die Verwertungsbefugnis innehat.<sup>45</sup> Es scheint somit nicht ausgeschlossen, dass die Rechtsprechung § 1 Abs. 4a Satz 4 GrEStG im Sinne einer alternativen (nicht einer kumulativen) Zurechnung auslegen wird.

Zusammenfassend können für die notarielle Praxis folgende Schlüsse gezogen werden:

- Auch wenn die Neuregelung zu einer begrüßenswerten Vereinfachung der Zurechnungsfrage führt, ist weiterhin eine genaue Kenntnis der tatsächlichen Verhältnisse erforderlich, um sicher beurteilen zu können, ob ein Grundstück zum Vermögen einer Gesellschaft gehört. Insbesondere kann nach wie vor nicht einfach auf die zivilrechtlichen Eigentumsverhältnisse abgestellt werden, da zum Beispiel bereits die Verpflichtung zur Übereignung des Grundstücks zu einer abweichenden Zurechnung führt (§ 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG).<sup>46</sup> Verkompliziert wird die Lage durch die (ggf. kumulative) Zurechnung aufgrund der wirtschaftlichen Verwertungsbefugnis. Gerade in Treuhandkonstellationen sollten die Beteiligten steuerliche Berater zuziehen.
- Auch wenn es in „Signing-Closing“-Fällen nicht mehr zu einer Doppelzurechnung kommt, bleiben die Konstellationen aus notarieller Sicht relevant: Sowohl „Signing“ als auch „Closing“ verwirklichen steuerbare Erwerbsvorgänge. Die das „Signing“ betreffende Steuer wird aber nur dann aufgehoben bzw. nicht festgesetzt, wenn sowohl „Signing“ als auch „Closing“ fristgerecht und in allen Teilen vollständig angezeigt wurden (§ 16 Abs. 5 Satz 2 GrEStG). Auch wenn der Notar nach herrschender Meinung nicht für die Folgen einer unvollständigen oder verspäteten Anzeige haftet,<sup>47</sup> ist dies unbedingt zu beachten. Werden Verpflichtungs- und (aufschiebend bedingtes) Vollzugsgeschäft (wie in der Regel) zusammen beurkundet, muss der Notar den Vorgang gleichwohl nur einmal nach der Beurkundung anzeigen (§ 18 Abs. 3 Satz 1 GrEStG). Der Bedingungseintritt ist durch die Beteiligten selbst anzugeben.

- In Bezug auf den Umfang der Anzeigepflicht gemäß § 18 Abs. 2 Satz 2 GrEStG trifft den Notar meines Erachtens keine eigene Ermittlungspflicht, ob und welche Grundstücke zum Vermögen der Gesellschaft gehören. Dies wäre trotz der mit § 1 Abs. 4a GrEStG vereinfachten Zurechnungsregel durch den Notar nicht zu leisten. Er hat sich aber bei den Beteiligten entsprechend zu erkundigen und darf auf ihre Auskünfte vertrauen.<sup>48</sup> Schildern die Beteiligten in der Beurkundungsverhandlung Umstände, aufgrund derer sie von einer (Nicht-)Zurechnung ausgehen, bietet es sich an, diese wörtlich in die Urkunde aufzunehmen und nicht vorschnell eigene rechtliche Subsumtionen anzustellen.<sup>49</sup>

#### IV. Änderungen des ErbStG

Im Bereich des ErbStG wurden folgende punktuelle Änderungen umgesetzt:

- Der Erbfallkostenpauschbetrag erhöht sich von 10.300 € auf 15.000 €, § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 2 ErbStG n. F.
- Bislang konnten bei beschränkter Steuerpflicht (§ 2 Nr. 3 ErbStG) nur diejenigen Nachlassverbindlichkeiten in Abzug gebracht werden, die mit den der deutschen Besteuerung unterliegenden Vermögensgegenständen in wirtschaftlichen Zusammenhang stehen. „Allgemeine“ Nachlassverbindlichkeiten minderten den Erwerb nicht. Das betraf nach der Rechtsprechung des BFH insbesondere Pflichtteilsverbindlichkeiten des Erben, da diese nicht mit einzelnen Vermögensgegenständen verknüpft werden können.<sup>50</sup>
- Dies hat der EuGH für unionsrechtswidrig erachtet.<sup>51</sup> In Reaktion hierauf lässt § 10 Abs. 6 Satz 3 ErbStG nun zusätzlich den anteiligen Abzug solcher „Allgemeinverbindlichkeiten“ zu. Nicht abzugsfähig sind weiterhin Schulden und Lasten, die in wirtschaftlichem Zusammenhang mit Vermögensgegenständen stehen, die nicht der deutschen Besteuerung unterliegen (§ 10 Abs. 6 Satz 1 ErbStG). In Folge dieser Anpassung wurde § 10 Abs. 6 ErbStG zudem neustrukturiert: § 10 Abs. 6 Satz 3 bis 10 ErbStG a. F., die die (Nicht-)Abzugsfähigkeit von Verbindlichkeiten regeln, die im Zusammenhang mit steuerbefreiten Vermögensgegenständen stehen, finden sich nun in § 10 Abs. 6a ErbStG; § 10 Abs. 6 Satz 11 ErbStG a. F. wurde in § 10 Abs. 6b ErbStG verschoben.
- Gemäß § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 4 ErbStG n. F. führt künftig allein die Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft nicht

43 BT-Drucks. 20/12780, S. 193 (RegE).

44 Broemel/Mörwald, DStR 2024, 1102, 1104 ff.

45 BFH, Urteil vom 14.12.2022, II R 40/20, DStR 2023, 700, 702 Rdnr. 32.

46 OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2021, 11 U 5/21, MittBayNot 2022, 619, 622.

47 BGH, Urteil vom 21.11.1978, VI ZR 227/77, DNotZ 1979, 228; OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2021, 11 U 5/21, MittBayNot 2022, 619, 622; Strahl, RNotZ 2021, 61, 82.

48 Loose in Viskorf, GrEStG, § 18 Rdnr. 24 f.

49 Als „Negativbeispiel“ dient der Sachverhalt bei OLG Hamm, Urteil vom 15.09.2021, 11 U 5/21, MittBayNot 2022, 619, 622.

50 BFH, Urteil vom 22.07.2015, II R 12/14, DStR 2015, 2015, 2018; FG Düsseldorf, Beschluss vom 20.07.2020, 4 K 1095/20 Erb, DStRE 2021, 30, 32.

51 EuGH, Urteil vom 21.12.2021, C-394/20, DStR 2022, 45.

mehr zum nachträglichen (anteiligen) Wegfall des Verschonungsabschlags gemäß § 13a Abs. 1 ErbStG. Der Wegfall des Verschonungsabschlags erfolgt erst, wenn es zur Aufgabe des Betriebs oder zur Veräußerung wesentlicher Betriebsgrundlagen kommt. Zuvor hatte der BFH bereits entschieden, dass entsprechendes bei Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen einer Personengesellschaft gilt.<sup>52</sup>

- Die begünstigte Behandlung von Wohnimmobilien wird in zweifacher Hinsicht gestärkt: Zum einen kann der verminderte Wertansatz von 90 % (§ 13d Abs. 1 ErbStG) für zu Wohnzwecken vermietete (also nicht selbstgenutzt) Immobilien nun auch gewährt werden, wenn sie in einem Drittstaat belegen sind, mit dem ein Informationsaustausch in Erbschaftsteuersachen sichergestellt ist. Zum anderen werden die Möglichkeiten zur Steuerstundung von Wohnimmobilien erweitert (§ 28 Abs. 3 ErbStG n. F.): Erstens findet auch insofern eine Öffnung für in Drittstaaten belegene Immobilien statt. Zweitens steht die Möglichkeit einer Steuerstundung künftig für sämtlichen Grundbesitz zur Verfügung, der (eigenen oder fremden) Wohnzwecken dient. Über die bisherige Rechtslage hinaus werden daher zum Beispiel auch Fälle erfasst, in denen das vom Erblasser bzw. Schenker eigengenutzte Grundstück nach dem Erwerb zu Wohnzwecken vermietet wird.<sup>53</sup>

## V. Änderungen mit Auswirkungen auf Umwandlungssachverhalte

Das JStG enthält diverse Änderungen mit Auswirkungen auf Umwandlungs- und Einbringungssachverhalte. Die Neuregelungen betreffen größtenteils Detailprobleme und werden an dieser Stelle nur überblicksweise dargestellt:<sup>54</sup>

- Für die Vorlage der *steuerlichen* Schlussbilanz bei Umwandlungssachverhalten ist nun gemäß § 3 Abs. 2a UmwStG n. F. eine (an die Steuererklärungsfrist gekoppelte) Frist einzuhalten. Die Vorschriften zur Vorlage der *handelsrechtlichen* Schlussbilanz zum Handelsregister (§ 17 Abs. 2 UmwG) bleiben davon unberührt.
- Bei Verschmelzungen von Körperschaften (§§ 11 ff. UmwStG) ist der Antrag auf Buchwertansatz auf Ebene der Anteilseigner der übertragenden Körperschaft zukünftig fristgebunden (§ 13 Abs. 2 Satz 2 UmwStG n. F.).
- Bei Sacheinlagen in Kapitalgesellschaften im Sinne des § 20 Abs. 1 UmwStG wird festgestellt, dass Entnahmen im Rückwirkungszeitraum, die das eingebrachte Betriebsvermögen unter den Wert der Aktivposten mindern, einem Buchwertansatz gemäß § 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG entgegenstehen (§ 20 Abs. 2 Satz 5 UmwStG n. F.). Vielmehr ist ein (wertaufholen-

der) Zwischenwert anzusetzen, sodass es zu einer anteiligen Aufdeckung stiller Reserven kommt.<sup>55</sup>

- Außerdem wurden diverse Sperrfristen verschärft:

- Nach einer Buchwertfortführung gemäß § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG stellt nun auch ein Vorgang, der dazu führt, dass anstelle einer bereits an der Mitunternehmerschaft beteiligten Körperschaft eine andere Körperschaft beteiligt wird, einen Verstoß gegen die siebenjährige Sperrfrist des § 6 Abs. 5 Satz 5, 6 EStG dar („subjektiver Statuswechsel“), § 6 Abs. 5 Satz 7 EStG n. F.<sup>56</sup>
- Nach der Umwandlung einer Kapital- in eine Personengesellschaft führt nun auch die Veräußerung oder Aufgabe von Anteilen einer Personengesellschaft, die an der umgewandelten Personengesellschaft beteiligt ist, zu einem Verstoß gegen die fünfjährige gewerbesteuerliche Sperrfrist aus § 18 Abs. 3 Satz 3 GewStG n. F.<sup>57</sup>
- Nach einer Sacheinlage (§ 20 Abs. 2 Satz 2 UmwStG) oder einem Anteiltausch (§ 21 Abs. 1 Satz 2 UmwStG) zu Buchwerten wird die siebenjährige Sperrfrist gemäß § 22 Abs. 2 Satz 1 UmwStG in Bezug auf zu Buchwerten eingebrachte Anteile („Einbringungsgewinn II“) zukünftig nur noch durch eine Veräußerung der erhaltenen Anteile unterbrochen, die zur Aufdeckung der stillen Reserven führt. Damit wird dem in der Gestaltungspraxis empfohlenen Modell, die Sperrfrist durch eine Veräußerung zu Buchwerten zu unterbrechen („Doppelholding-Modell“), entgegengewirkt.<sup>58</sup>

## VI. Sonstige Änderungen

Abschließend ist noch auf zwei weitere Änderungen hinzuweisen:

- Gemeinnützigkeitsrecht: Gemäß § 52 Nr. 27 AO n. F. sind nun auch wohngemeinnützige Zwecke als Förderung der Allgemeinheit anzuerkennen. „Wohngemeinnützige Zwecke“ werden mit einer vergünstigten Wohnraumüberlassung an hilfebedürftige Personen im Sinne des § 53 AO verfolgt. Voraussetzung hierfür ist,

<sup>55</sup> Dies entspricht der Verwaltungsauffassung, UmwStE 2011, Rdnr. 20.19 und wendet sich gegen das abweichende Urteil des BFH vom 07.03.2018, I R 11/16, DStR 2018, 1560. Vgl. zum Ganzen Hellmann/Krinner, DStR 2018, 2565.

<sup>56</sup> So die Verwaltungsauffassung, BMF, Schreiben vom 08.12.2011, IV C 6 – S 2241/10/10002, DStR 2011, 2401, Rdnr. 31; a. A. BFH, Urteil vom 15.07.2021, IV R 36/18, DStR 2021, 2575.

<sup>57</sup> Zur bisherigen, nun obsoleten Gestaltungsempfehlung, eine doppelstöckige Personengesellschaft einzusetzen vgl. Broemel/Westermann, DStR 2024, 1521, 1525; Suchanek, DStR 2023, 1382, 1389.

<sup>58</sup> BT-Drucks. 20/12780, S. 156 (RegE). Zur bisherigen Gestaltungsempfehlung vgl. Bilitewski in Haritz/Menner/Bilitewski, UmwStG, 6. Aufl. 2024, § 22 Rdnr. 262.

<sup>52</sup> BFH, Urteil vom 01.07.2020, II R 19/18, ZEV 2021, 49.

<sup>53</sup> BT-Drucks. 20/12780, S. 195 f. (RegE).

<sup>54</sup> Ausführliche Darstellung bei Broemel/Westermann, DStR 2024, 1521.



- dass die Miete dauerhaft unter der marktüblichen Miete angesetzt wird. Soweit eine Wohnung nicht vergünstigt oder nicht an eine begünstigte Person vermietet wird, ist diese Vermietungstätigkeit nicht mehr begünstigt. Die Gemeinnützigkeit soll dadurch aber in der Regel nicht insgesamt entfallen.<sup>59</sup>
- BewG: In Reaktion auf eine Entscheidung des BFH<sup>60</sup> wird es Steuerpflichtigen ermöglicht, einen erheblich

59 BT-Drucks. 20/12780, S. 166 (RegE).

60 BFH, Beschluss vom 27.05.2024, II B 78/23 (AdV), DStR 2024, 1355, 1357 f.

niedrigeren gemeinen Wert nachzuweisen, der der Grundsteuerberechnung zugrunde gelegt wird, § 220 Abs. 2 BewG n. F. „Erheblichkeit“ liegt vor, wenn der Grundsteuerwert den nachgewiesenen gemeinen Wert um 40 % oder mehr übersteigt. Der Nachweis kann auch durch einen im gewöhnlichen Geschäftsverkehr innerhalb eines Jahres vor oder nach dem Hauptfeststellungszeitpunkt zustande gekommenen Kaufpreis erfolgen.<sup>61</sup>

61 Bergan/Lätsch, DStR 2024, 2849, 2867 f.

# Rechtsprobleme bei Widerruf und Widerruf des Widerrufs notarieller Testamente

Von wiss. Mitarbeiter Ass. iur. **Robin Repnow**, M. A., Heidelberg, und wiss. Mitarbeiter Ref. iur. **Frederik Schlosser**, Maître en Droit, Heidelberg\*

Testamente und einzelne in einem Testament enthaltene Verfügungen können grundsätzlich jederzeit widerrufen werden. Besondere Schwierigkeiten entstehen, wenn ein Erblasser ein widerrufenes Testament erneut in Kraft setzen möchte. Der Aufsatz bietet einen Überblick über die wichtigsten praxisrelevanten Fragen und die neuere Rechtsprechung aus dem Themenkreis des Widerrufs und des Widerrufs des Widerrufs notarieller Testamente.

## I. Einleitung

Für den Widerruf eines Testaments oder einzelner testamentarischer Verfügungen stehen dem Erblasser mehrere Möglichkeiten zur Verfügung, die sich in ihrem Umfang potenziell unterscheiden: § 2254 BGB ermöglicht den Widerruf durch Testament. Widerrufsgegenstände können dabei ein früheres Testament in seiner Gesamtheit oder einzelne Verfügungen sein.<sup>1</sup> Gemäß § 2255 BGB kann ein Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung eines früheren Testaments erfolgen. Im Regelfall (Vernichtung der Testamentsurkunde) bezieht sich der Widerruf dabei auf das gesamte Testament, aber auch ein teilweiser Widerruf (zum Beispiel

durch Streichung einzelner Passagen) ist denkbar.<sup>2</sup> § 2256 BGB schließlich ermöglicht den Widerruf durch Rücknahme eines Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung. Dabei wird stets das gesamte Testament unwirksam.<sup>3</sup> Bei § 2258 Abs. 1 BGB wird derweil unterschiedlich beurteilt, ob die Vorschrift – wie seit 2002 durch die amtliche Überschrift suggeriert – eine vierte Form des Widerrufs<sup>4</sup> betrifft oder eine neben die Widerruffeststellungen trende Regel für den Fall einander inhaltlich widersprechender Testamente<sup>5</sup> enthält. Einigkeit besteht jedoch darüber, dass die von § 2258 Abs. 1 BGB vorgesehene Rechtsfolge – die Aufhebung eines früheren Testaments, soweit es mit einem späteren in Widerspruch steht – unabhängig davon eintritt, ob der Erblasser das frühere Testament durch das spätere aufheben wollte oder nicht.<sup>6</sup>

Der Widerruf führt – je nach seiner Reichweite – zur vollständigen oder partiellen Unwirksamkeit des widerrufenen Tes-

2 Jauernig/Stürner, BGB, 19. Aufl. 2023, § 2255 Rdnr. 5.

3 Staudinger/Baumann, Neub. 2022, § 2253 Rdnr. 14.

4 BeckOGK-BGB/Grziwotz, Stand: 01.07.2024, § 2258 Rdnr. 1; NK-BGB/Kroiß, 6. Aufl. 2022, § 2258 Rdnr. 2.

5 Staudinger/Baumann, § 2253 Rdnr. 10-12, § 2258 Rdnr. 3-9; Baumann, ErbR 2022, 452, dort auch Kritik an der amtlichen Überschrift (453 f.: „untauglich und irreführend“).

6 Staudinger/Baumann, § 2258 Rdnr. 16 und 20; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2258 Rdnr. 15.

\* Die Verfasser danken Herrn Prof. Dr. Christian Baldus (Heidelberg) und Herrn Notar Dr. Thomas Raff (Ludwigshafen) für hilfreiche Anregungen.

1 MünchKomm-BGB/Sticherling, 9. Aufl. 2022, § 2254 Rdnr. 6.



taments. Damit seine Wirksamkeit überprüft werden kann, ist jedoch auch ein widerrufenes Testament beim Nachlassgericht abzuliefern (§ 2259 BGB) und sein Inhalt den Beteiligten bekanntzugeben (§ 348 Abs. 3 FamFG).<sup>7</sup>

In der Praxis bergen die Vorschriften zum Testamentswiderruf einige Fallstricke, die in jüngerer Zeit wiederholt Anlass zu gerichtlichen Klarstellungen gegeben haben. Dies betrifft bereits den „einfachen“ Widerruf eines Testaments, gilt aber umso mehr, wenn ein Erblasser ein widerrufenes Testament erneut in Kraft setzen möchte. Der vorliegende Aufsatz gibt daher einen Überblick über die wichtigsten Rechtsfragen zum Widerruf (II.) und zum Widerruf des Widerrufs sowie vergleichbaren Instituten (III.).

## II. Widerruf

Mit dem Testamentswiderruf kommt der Notar vor allem dann in Berührung, wenn er in einem Testament einen Widerruf nach § 2254 BGB formuliert. Auch die anderen Widerrufstatbestände können jedoch insoweit Relevanz besitzen, als ggf. schon bei der Errichtung eines notariellen Testaments dessen möglicher späterer Widerruf zu bedenken und/oder entsprechend zu beraten ist. Im Folgenden werden die Bedeutung der einzelnen Widerrufstatbestände für die notarielle Praxis und ihr Verhältnis zueinander näher beleuchtet (I.-3.). Ein Sonderproblem stellt sich, wenn der Erblasser ein notrielles Testament widerrufen will, bevor es in die besondere amtliche Verwahrung gelangt (4.).

### 1. Der Widerruf durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung

Notarielle Testamente sind nach § 34 Abs. 1 BeurkG in einen mit Siegel verschlossenen Umschlag zu geben und in besondere amtliche Verwahrung zu verbringen. Für diese ist (vorbehaltlich eines abweichenden Erblasserverlangens, siehe § 344 Abs. 1 Satz 2 FamFG) nach § 23a Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Abs. 2 Nr. 2 GVG, § 344 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 FamFG das AG zuständig, in dessen Bezirk der Notar seinen Amtssitz hat. Hierbei handelt es sich um unbedingte Amtspflichten des Notars.<sup>8</sup> Der Erblasser kann jedoch nach § 2256 Abs. 2 Satz 1 BGB jederzeit die Rückgabe aus der besonderen amtlichen Verwahrung verlangen, wodurch gemäß § 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB Unwirksamkeit eintritt.

Die besondere amtliche Verwahrung dient dem Schutz öffentlicher Testamente vor Fälschung oder unbefugter Veränderung, indem die Testamentsurkunde dem Zugriff Unbefugter bis zur Testamentseröffnung entzogen wird.<sup>9</sup> Da öffentliche Testamente in der Regel maschinengeschrieben sind, spielt dieser Gesichtspunkt bei ihnen nach der gesetzgeberischen Wertung eine größere Rolle als beim

7 KG, Beschluss vom 19.02.2002, 1 W 3146/00, FamRZ 2002, 1578; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2259 Rdnr. 8.

8 BGH, Beschluss vom 14.08.1989, NotZ 14/88, DNotZ 1990, 436; Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 34 BeurkG Rdnr. 9.

9 Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2256 Rdnr. 1; Schubert, JR 1983, 24, 25.

eigenhändigen Testament.<sup>10</sup> Bestätigt wird dies durch § 2256 Abs. 3 2. Hs. BGB, wonach *eigenhändige* Testamente, die nach § 2248 BGB verwahrt werden, durch die Rückgabe ihre Wirksamkeit gerade nicht verlieren. Endet die Verwahrung, so steht der Inhalt eines maschinengeschriebenen Testaments dagegen nicht mehr mit hinreichender Sicherheit fest.

Gleichsam zwischen einem zur notariellen Niederschrift errichteten und einem privatschriftlich errichteten und nach § 2248 BGB hinterlegten Testament liegt der Fall, in dem ein öffentliches Testament dadurch errichtet wird, dass dem Notar eine Schrift übergeben wird (§ 2232 Alt. 2 BGB). Entspricht diese Schrift ihrerseits den Voraussetzungen des § 2247 BGB, so ist umstritten, ob die Rückgabe eines solchen Testaments zur Unwirksamkeit führt<sup>11</sup> oder ob es als privatschriftliches Testament fortbesteht.<sup>12</sup> Soll ein derartiges Testament widerrufen werden, dürfte es daher am sichersten sein, (ggf. zusätzlich zur Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung) ein Widerrufstestament zu errichten oder das zu widerrufende Testament zu vernichten.

Soweit bei der Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung die Widerrufsfolgen eintreten, geschieht dies unabhängig davon, ob der Erblasser mit Widerrufsabsicht gehandelt hat.<sup>13</sup> Um Irrtümer zu vermeiden, soll das Nachlassgericht den Erblasser bei der Rückgabe gemäß § 2256 Abs. 1 Satz 2 BGB über die eintretenden Folgen belehren. Eine Verletzung dieser Belehrungspflicht ist jedoch auf den Eintritt der Widerrufsfolgen ohne Einfluss (zu möglichen Folgen siehe III. 4.).<sup>14</sup> Im Übrigen treten die Widerrufsfolgen nach § 2256 BGB – unabhängig vom Willen des Erblassers – stets nur bei dem zurückgegebenen Testament ein; die Wirksamkeit anderer, evtl. in inhaltlichem Zusammenhang stehender Testamente bleibt grundsätzlich unberührt.<sup>15</sup>

### 2. Der Widerruf durch Vernichtung oder Veränderung

Die Vorschrift des § 2255 BGB spielt demgegenüber für notarielle Testamente keine große Rolle, denn diese sind durch die besondere amtliche Verwahrung dem Zugriff des

10 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 13.02.1973, BReg. 1 Z 108/72, BayObLGZ 1973, 35, 37; Soergel/Runge-Rannow, BGB, 14. Aufl. 2021, § 2256 Rdnr. 2; Nieder/Kössinger/Kössinger, Testamentsgestaltung, 6. Aufl. 2020, § 16 Rdnr. 7.

11 Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2256 Rdnr. 1; Muscheler, Erbrecht, 2010, Rdnr. 1819; grundsätzlich auch MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2256 Rdnr. 4.

12 BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2256 Rdnr. 26; Soergel/Runge-Rannow, § 2256 Rdnr. 11; differenzierend Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 30-36.

13 BayObLG, Beschluss vom 15.12.2004, 1 Z BR 103/04, BeckRS 2005, 1574 Rdnr. 10; Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 9 und 17.

14 BayObLG, Beschluss vom 15.12.2004, 1 Z BR 103/04, BeckRS 2005, 1574 Rdnr. 10; Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 27; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2256 Rdnr. 15.

15 Ausführlich OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20, MittBayNot 2022, 366 Rdnr. 55-64.

Erblassers entzogen. Wenn der Erblasser in der Lage ist, ein notarielles Testament zu vernichten oder zu verändern, dann hat er es in der Regel zuvor aus der Verwahrung zurückgenommen, sodass es bereits nach § 2256 BGB als widerrufen gilt und die Vernichtung oder Veränderung keine rechtliche Bedeutung mehr hat. Sie kann freilich trotzdem sinnvoll sein, wenn der Erblasser verhindern möchte, dass das widerrufene Testament nach Eintritt des Erbfalls gemäß § 2259 Abs. 1 BGB an das Nachlassgericht abgeliefert und gemäß § 348 Abs. 3 FamFG eröffnet wird (vgl. oben I.).

Der Widerruf eines notariellen Testaments nach § 2255 BGB ist allerdings dann denkbar, wenn ein in die besondere amtliche Verwahrung gebrachtes Testament versehentlich oder auf unrechtmäßige Weise in die Hand des Erblassers zurückgelangt ist.<sup>16</sup> Dies ist etwa der Fall, wenn die Rückgabe ohne vorherigen Antrag<sup>17</sup> nicht an den Erblasser selbst, sondern an einen Dritten<sup>18</sup> oder beim gemeinschaftlichen Testament an einen Ehegatten alleine erfolgt; ferner, wenn der Erblasser zum Zeitpunkt der Rückgabe (vorübergehend) testierunfähig ist,<sup>19</sup> oder wenn das Nachlassgericht das Testament, anstatt es dem Erblasser persönlich auszuhändigen, unzulässigerweise per Post verschickt.<sup>20</sup> Eine letzte Möglichkeit besteht darin, dass das Testament entgegen § 34 Abs. 1 BeurkG gar nicht erst in die besondere amtliche Verwahrung gelangt (hierzu näher unter I. 4.).

Aus dem Begriff „Testamentsurkunde“ in § 2255 BGB ergibt sich, dass die Widerrufswirkung nur eintritt, wenn der Erblasser das Originaltestament vernichtet; die Vernichtung oder Veränderung einer Kopie reicht, wie 2020 auch das OLG München feststellte, nicht aus.<sup>21</sup> Dies gilt auch für vom Notar erteilte beglaubigte Abschriften.<sup>22</sup> Allerdings kann ein schriftlicher Vermerk auf einer Kopie oder Abschrift (etwa: „Dieses Testament soll nicht mehr gelten.“), wenn er eindeutig formuliert ist und seinerseits die Voraussetzungen des § 2247 BGB erfüllt, als Widerruf durch ein neues Testament nach § 2254 BGB anerkannt werden.<sup>23</sup>

### 3. Der Widerruf durch notarielles Testament

Anders als beim Widerruf nach §§ 2255 und 2256 BGB ist der Notar am Widerruf nach § 2254 BGB regelmäßig direkt beteiligt: Es ist (zu Recht) bei der notariellen Neuerrichtung eines Testaments üblich, alle früheren Verfügungen zu

16 BGH, Urteil vom 16.09.1959, V ZR 20/59, NJW 1959, 2113 f.; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2255 Rdnr. 2 und 10.

17 MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2256 Rdnr. 6.

18 Staudinger/Baumann, § 2255 Rdnr. 14; vgl. auch OLG Saarbrücken, Beschluss vom 16.10.1991, 5 W 96/91, NJW-RR 1992, 586 zur Rückgabe an einen Bevollmächtigten.

19 Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 20.

20 Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 24.

21 OLG München, Beschluss vom 05.05.2020, 31 Wx 246/19, 31 Wx 247/19, 31 Wx 248/19, 31 Wx 249/19, 31 Wx 269/19, NJW-RR 2020, 776 Rdnr. 16.

22 Soergel/Runge-Rannow, BGB, § 2255 Rdnr. 3.

23 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 22.09.1949, 2 a W 7/49, NJW 1950, 607; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2255 Rdnr. 19.

widerrufen, um sicherzustellen, dass der im Zeitpunkt der Neuerrichtung zum Ausdruck gebrachte Erblasserwille tatsächlich erreicht wird.

Zwar wird bereits gemäß § 2258 Abs. 1 BGB bei (Neu-)Errichtung eines Testaments ein früheres Testament insoweit aufgehoben, als das spätere Testament mit dem früheren in Widerspruch steht, was ebenfalls dem Zweck dient, den jeweils aktuellen Testierwillen des Erblassers zu verwirklichen.<sup>24</sup> Die Norm erreicht diesen Zweck indes ggf. nur unzureichend. Verließe man sich auf § 2258 Abs. 1 BGB, so bestünde die Gefahr unerwünschter Ergebnisse vor allem durch die Möglichkeit, dass zwei Testamente (ggf. teilweise) nebeneinander treten. Auch wenn kein ausdrücklicher Widerspruch vorliegt, wird in einem solchen Fall der Inhalt des haben, Testaments oft nicht mehr gewollt sein. Unter Umständen kann gerade die Kombination von Verfügungen, die einander vordergründig nicht widersprechen, Folgen haben, die den Erblasserwillen geradezu konterkarieren. So wäre etwa denkbar, dass die kumulierten Vermächtnisse und Auflagen zweier Testamente zu Belastungen führen, die in ihrer Kombination den Erben in Schwierigkeiten bringen oder zur Ausschlagung veranlassen.

Freilich ist der Umfang des Widerspruchs nach § 2253 BGB durch Auslegung zu ermitteln.<sup>25</sup> Diese kann ergeben, dass zwei vordergründig miteinander vereinbare letztwillige Verfügungen dennoch im Sinne des § 2258 Abs. 1 BGB zueinander in Widerspruch stehen.<sup>26</sup> Ein Widerspruch wurde etwa angenommen, wenn ein Erblasser eine bereits in einem früheren Testament enthaltene Erbeinsetzung wiederholt hatte, nicht aber eine ebenfalls in dem früheren Testament enthaltene Einsetzung eines Nach- oder Ersatzersben.<sup>27</sup> Umgekehrt muss die Aussetzung eines Vermächtnisses zugunsten einer in einem früheren Testament als Erbe eingesetzten Person nicht bedeuten, dass die Erbeinsetzung nicht mehr gewollt ist.<sup>28</sup>

Unter Umständen kann die Auslegung sogar ergeben, dass ein späteres Testament trotz sachlicher Vereinbarkeit einen (konkludenten) Widerruf eines früheren Testaments enthält.<sup>29</sup> Gleichwohl drohen insoweit große Unsicherheiten. Es ist daher in jedem Fall sinnvoll, einen gewollten Widerruf zur Sicherheit ausdrücklich zu erklären.<sup>30</sup>

Die beschriebenen Gefahren sind umso größer, wenn der Erblasser sich an die früheren Verfügungen nicht mehr er-

24 Vgl. BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2258 Rdnr. 15.

25 Staudinger/Baumann, § 2253 Rdnr. 11 f.

26 Ausführlich und mit Beispielen BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2258 Rdnr. 11-13.

27 BayObLG, Beschluss vom 24.02.2000, 1 Z BR 40/99, FamRZ 2000, 1538; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 19.12.2023, I-3 Wx 189/23, NotBZ 2024, 231.

28 OLG München, Beschluss vom 05.08.2010, 31 Wx 1/10, FamRZ 2011, 403.

29 Staudinger/Baumann, § 2254 Rdnr. 15; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2254 Rdnr. 8; vgl. auch BayObLG, Beschluss vom 18.03.1965, BReg. 1 b Z 4/65, NJW 1965, 1276, 1277.

30 Vgl. Nieder/Kössinger/Kössinger, Testamentsgestaltung, § 16 Rdnr. 5 und 9 f.



innert, sodass bei der Beratung das durch Anwendung des § 2258 Abs. 1 BGB entstehende Ergebnis gar nicht absehbar ist. Wenn der Erblasser eine lange zurückliegende Verfügung vergessen hat, macht dies den darin enthaltenen Willen nämlich nicht unbeachtlich und kann nicht als Widerruf gewertet werden.<sup>31</sup> Auch verlorene oder versehentlich vernichtete Testamente sind weiterhin wirksam.<sup>32</sup> Der vorsorgliche Widerruf aller früheren Verfügungen ist daher auch dann sinnvoll, wenn vermeintlich gar keine früheren Verfügungen existieren.

#### 4. Der Widerruf vor Abgabe in die besondere amtliche Verwahrung

Wie bereits dargestellt (II. 1.), ist der Notar nach § 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG verpflichtet, ein errichtetes notarielles Testament unverzüglich in die besondere amtliche Verwahrung zu geben. Es kann sich jedoch die Frage stellen, wie zu verfahren ist, wenn der Erblasser direkt nach Testamentserrichtung seine Meinung ändert und sein noch nicht in die Verwahrung des Nachlassgerichts verbrachtes Testament widerrufen möchte. Händigt der Notar das Testament in einer solchen Situation dem Erblasser aus, so bewirkt dies – anders als die Rückgabe durch das Nachlassgericht – keinen Widerruf.<sup>33</sup> Eine solche Herausgabe wäre zudem ein Verstoß gegen die Amtspflichten des Notars, denn von der Pflicht zur Verbringung in die besondere amtliche Verwahrung kann der Erblasser den Notar nicht entbinden.<sup>34</sup> Grundätzlich muss der Notar das Testament also trotz der Widerrufsabsicht des Erblassers in die besondere amtliche Verwahrung geben und der Erblasser muss sich ans Nachlassgericht wenden, um es von diesem zurückzunehmen.

Häufig wird der Erblasser, wenn er seine Meinung geändert hat, freilich ohnehin ein neues Testament errichten und in diesem das erste Testament gemäß § 2254 BGB widerrufen. Dies dürfte allerdings die Pflicht des Notars dazu, das widerrufene Testament in die besondere amtliche Verwahrung zu geben, nicht entfallen lassen,<sup>35</sup> da es jederzeit durch einen Widerruf des Widerrufs seine Gültigkeit zurückgerangen kann (näher III.). Um das Testament mit Blick auf diese Eventualität vor unbefugten Veränderungen zu schützen, muss auch in diesem Fall die Ablieferungspflicht greifen. In der Folge würde das widerrufene Testament, wenn der Erblasser es nicht zwischenzeitlich aus der Verwahrung zurückgenommen hat, bei dessen Tod trotz des Widerrufs eröffnet.

Für den Fall, dass ein Erblasser sein soeben errichtetes Testament völlig „aus der Welt schaffen“ (und/oder kein neues Testament errichten, sondern sich auf den Widerruf beschränken) möchte, ist daher als ungeschriebene Aus-

nahme von der Ablieferungspflicht des § 34 Abs. 1 Satz 4 BeurkG anerkannt, dass der Notar die Ablieferung an das Nachlassgericht kurzzeitig hinauszögern und das Testament dem Erblasser aushändigen darf, damit dieser es in Gegenwart des Notars vernichten und somit nach § 2255 BGB widerrufen kann (vgl. § 33 Abs. 5 NotAktVV).<sup>36</sup> Dringend abzuraten ist allerdings von einer Vernichtung des Testaments durch den Notar, selbst wenn der Erblasser ihn dazu auffordern sollte. Dies wäre nicht nur ein Verstoß gegen die Amtspflichten des Notars, sondern würde wahrscheinlich auch das Ziel des Erblassers verfehlten: § 2255 BGB setzt bereits dem Wortlaut nach ein Handeln des Erblassers selbst voraus und gemäß § 2064 BGB gilt das Erfordernis der Höchstpersönlichkeit.<sup>37</sup> Zwar sind diese Anforderungen grundsätzlich auch dann gewahrt, wenn der Erblasser sich eines Dritten als Werkzeug bedient, doch dies ist nur in sehr engen Grenzen zulässig und die Details sind umstritten.<sup>38</sup> Wünscht der Erblasser, ein noch nicht in die besondere amtliche Verwahrung gegebenes Testament wieder gänzlich „aus der Welt zu schaffen“, dürfte daher an der eigenhändigen Vernichtung des zu widerrufenden Testaments (ggf. ergänzend zur Errichtung eines neuen) kein Weg vorbeiführen.

#### III. „Widerruf des Widerrufs“ und vergleichbare Konstruktionen

Die Regel des § 2253 BGB, wonach ein Testament jederzeit widerrufen werden kann, gilt auch für ein Testament, das seinerseits einen Widerruf enthält. Dies ermöglicht im Ergebnis einen „Widerruf des Widerrufs“ – so lautet seit 2002 die amtliche Überschrift des § 2257 BGB. Präziser wäre die Formulierung „Widerruf des Widerrufstestaments“ oder, da ein Widerruf nicht zwangsläufig das gesamte Testament betreffen muss (vgl. oben I.), noch präziser „Widerruf des testamentarischen Widerrufs“.

Für den Widerruf des testamentarischen Widerrufs gelten die allgemeinen Regeln: Es sind alle drei Widerrufsmodalitäten – durch (ein drittes) Testament, durch Vernichtung oder Veränderung und durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung – möglich.<sup>39</sup> Erfolgt der Widerruf des testamentarischen Widerrufs durch ein drittes Testament, dann kann er auch seinerseits widerrufen werden, sodass der erste Widerruf wieder wirksam und das ursprüngliche Testament erneut aufgehoben wird.<sup>40</sup>

36 BGH, Urteil vom 16.09.1959, V ZR 20/59, NJW 1959, 2113, 2114; BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 34 Rdnr. 29; MünchKomm-BeurkG/Sticherling, 9. Aufl. 2022, § 34 Rdnr. 24 und 27; Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 34 Rdnr. 9.

37 Staudinger/Otte, Neub. 2019, § 2064 Rdnr. 3; Soergel/Runge-Rannow, BGB, § 2253 Rdnr. 5.

38 Näher Staudinger/Baumann, § 2255 Rdnr. 28 f.; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2255 Rdnr. 7 f.; Reimann/Bengel/Dietz/Voit/Sammet, Testament und Erbvertrag, 8. Aufl. 2024, § 2255 BGB Rdnr. 10.

39 Staudinger/Baumann, § 2257 Rdnr. 7.

40 OLG Köln, Beschluss vom 08.02.2006, 2 Wx 49/05, NJOZ 2006, 2152, 2154; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 01.05.2024, § 2257 Rdnr. 3.

31 Staudinger/Baumann, § 2253 Rdnr. 13.

32 BGH, Urteil vom 10.05.1951, IV ZR 12/50, NJW 1951, 559; Staudinger/Baumann, § 2254 Rdnr. 4, § 2255 Rdnr. 35 f.

33 BGH, Urteil vom 16.09.1959, V ZR 20/59, NJW 1959, 2113; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2255 Rdnr. 10; Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, § 34 BeurkG Rdnr. 9.

34 BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Stand: 01.09.2023, § 34 Rdnr. 29; Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, § 34 BeurkG Rdnr. 9.

35 A. A. wohl BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, § 34 Rdnr. 25.

Ein Widerruf des Widerrufs ist, wie unter 2. näher ausgeführt wird, nicht möglich, wenn der (erste) Widerruf nicht durch Testament, sondern durch Zerstörung oder Veränderung nach § 2255 BGB oder durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung nach § 2256 BGB erfolgt ist. Dies führt zu der im Anschluss (3. und 4.) erörterten Frage, ob es in diesen Fällen – insbesondere bei der Rücknahme notarieller Testamente aus der besonderen amtlichen Verwahrung – andere Wege gibt, um ein widerrufenes Testament wieder in Kraft zu setzen. Zuvor werden die Rechtsfolgen des Widerrufs des testamentarischen Widerrufs und die sich daraus für die notarielle Praxis ergebenden Konsequenzen betrachtet (1.).

## 1. Die erneute Wirksamkeit des widerrufenen Testaments

Als unmittelbare Rechtsfolge des Widerrufs eines testamentarischen Widerrufs wird der erste Widerruf, wie jede andere widerrufene testamentarische Verfügung, unwirksam. § 2257 BGB sieht für diesen Fall vor, dass im Zweifel das erste Testament wieder wirksam wird, so als ob es nicht widerrufen worden wäre.<sup>41</sup> Ergänzt wird diese Norm durch § 2258 Abs. 2 BGB, der eine vergleichbare Regelung für den Fall trifft, dass das erste Testament nicht widerrufen, sondern durch ein Widerspruchstestament nach § 2258 Abs. 1 BGB aufgehoben wurde. Diese gesetzlichen Vermutungen sind widerlegbar: Ist ein gegenteiliger Wille des Erblassers feststellbar, so bleibt das ursprüngliche Testament trotz des Widerrufs des Widerrufs unwirksam.<sup>42</sup> Ein solcher Fall kann zum Beispiel dann gegeben sein, wenn das ursprüngliche Testament und das widerrufene Widerrufstestament sich inhaltlich im Wesentlichen decken.<sup>43</sup> Ist die Vermutung widerlegt, führt dies ggf. zum Eintritt der gesetzlichen Erbfolge.<sup>44</sup>

Um allen sich aus der Zweifelsregelung ergebenden Unsicherheiten vorzubeugen, sollte in der notariellen Praxis beim Widerruf eines Widerrufstestaments ausdrücklich klargestellt werden, ob bzw. inwieweit das mit dem Widerrufstestament ursprünglich widerrufene Testament wieder

gelten soll.<sup>45</sup> Dies entspricht auch den Pflichten des Notars aus § 17 Abs. 1 BeurkG.<sup>46</sup> Noch sicherer ist es, zum Ausschluss aller eventuellen Zweifel die Bestimmungen, die wieder gelten sollen, im aktuellen Testament zu wiederholen.<sup>47</sup> Auch wenn kein früheres Testament wieder in Kraft gesetzt werden soll, dürfte es sich empfehlen, dies ausdrücklich klarzustellen. Ansonsten droht die Gefahr, dass, wenn eigentlich nur ein „einfacher“ Widerruf gewollt ist, verkehrt ein dem widerrufenen Testament zeitlich vorgelagertes Testament wieder in Kraft gesetzt wird, an das sich der Erblasser unter Umständen nicht einmal mehr erinnert. Anstelle von spezifischen Formulierungen wie „Das Testament vom (...) wird widerrufen“ dürften sich daher Verallgemeinerungen wie „Alle letztwilligen Verfügungen werden widerrufen, insbesondere das Testament vom (...)“ empfehlen,<sup>48</sup> ggf. ergänzt um Zusätze wie „Maßgeblich sollen allein die folgenden Anordnungen sein“.

Eine größere Rolle spielt die Zweifelsregelung des § 2257 BGB, wenn der Widerruf des Widerrufs nicht durch Testament, sondern nach §§ 2255 oder 2256 BGB erfolgt ist. Bei der Klärung der insoweit maßgeblichen Frage, was genau der Erblasser dachte und wollte, als er das Widerrufstestament aus der besonderen amtlichen Verwahrung nahm bzw. vernichtete, können sich schwierige Auslegungs- und Beweisprobleme stellen.<sup>49</sup> Ein Erblasser, der unerwünschte Ergebnisse vermeiden und seinen Erben juristische Auseinandersetzungen ersparen möchte, sollte es daher im Zweifel nicht bei der vermeintlich einfachen und kostengünstigen Rücknahme aus der Verwahrung des Nachlassgerichts belassen, sondern (ggf. zusätzlich) ein neues Testament errichten.

## 2. Kein Widerruf des nach §§ 2255 oder 2256 BGB erfolgten Widerrufs

Ein durch Zerstörung oder Veränderung nach § 2255 BGB oder durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung nach § 2256 BGB erfolgter Widerruf kann seinerseits *nicht* widerrufen werden.<sup>50</sup> Dies ist bereits aus dem Wortlaut der Widerrufstatbestände (nach §§ 2253–2256 BGB können jeweils nur „Testamente“ widerrufen wer-

41 Staudinger/Baumann, § 2257 Rdnr. 11 f. und 15; zu den Konsequenzen OLG Schleswig, Beschluss vom 30.01.2023, 3 Wx 37/22, NJW-RR 2023, 984, 987.

42 BayObLG, Beschluss vom 18.04.1996, 1 Z BR 52/96, MittBayNot 1996, 311; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.04.2003, 3 W 48/03, NJW-RR 2003, 872, 873; BayObLG, Beschluss vom 22.06.2004, 1 Z BR 60/04, BeckRS 2004, 7222; OLG Köln, Beschluss vom 08.02.2006, 2 Wx 49/05, NJOZ 2006, 2152, 2154; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2257 Rdnr. 4.

43 BayObLG, Beschluss vom 18.03.1965, BReg. 1 b Z 4/65, NJW 1965, 1276, 1277; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 17.04.2003, 3 W 48/03, NJW-RR 2003, 872, 873; BayObLG, Beschluss vom 22.06.2004, 1 Z BR 60/04, BeckRS 2004, 7222; OLG Hamm, Beschluss vom 29.12.2011, 15 W 692/10, NotBZ 2012, 275; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2257 Rdnr. 8.

44 BayObLG, Beschluss vom 18.04.1996, 1 Z BR 52/96, MittBayNot 1996, 311, 312; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2257 Rdnr. 4.

45 Staudinger/Baumann, § 2257 Rdnr. 15.

46 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2257 Rdnr. 3.

47 Nieder/Kössinger/Kössinger, Testamentgestaltung, § 16 Rdnr. 11.

48 Zur Auslegung vergleichbarer Verfügungen vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom 29.12.2011, 15 W 692/10, NotBZ 2012, 275.

49 Beispiele: BayObLG, Beschluss vom 18.04.1996, 1 Z BR 52/96, MittBayNot 1996, 311; Beschluss vom 22.06.2004, 1 Z BR 60/04, BeckRS 2004, 7222.

50 Allg. M.: BayObLG, Beschluss vom 06.07.1990, BReg. 1 a Z 30/90, NJW-RR 1990, 1481; Beschluss vom 21.02.1996, 1 Z BR 35/96, NJW-RR 1996, 1094; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2257 Rdnr. 3. A. A. KG, Beschluss vom 12.12.1969, 1 W 7361/69, NJW 1970, 612, 613: Das Wort „Testament“ in §§ 2254 und 2257 BGB lasse sich so auslegen, dass es auch die Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung umfasse.



den) ersichtlich und lässt sich teleologisch damit begründen, dass der ursprüngliche Testamentsinhalt im Regelfall des § 2255 BGB (Zerstörung) rein tatsächlich nicht, im Falle des amtlich verwahrten Testaments (§ 2256 BGB) nicht fälschungssicher, rekonstruiert werden kann (vgl. II. 1.). Die Worte „durch Testament erfolgte“ in § 2257 BGB sind daher streng genommen überflüssig und haben lediglich klarstellenden Charakter.<sup>51</sup>

Wenn das KG in einem Beschluss aus dem Frühjahr 2022 pauschal feststellt, dass „ein ‚Widerruf des Widerrufs‘ im Gesetz nicht vorgesehen“ sei (woraus in der Folge sogar ein Leitsatz wurde),<sup>52</sup> dann bezieht sich dies ausschließlich auf nach §§ 2255 oder 2256 BGB widerrufene Testamente. Diese können nicht durch einen Widerruf des Widerrufs wieder in Kraft gesetzt werden. Dasselbe gilt für testamentarisch widerrufene Testamente, die vom Erblasser zusätzlich (etwa zur Verhinderung ihrer Eröffnung nach dem Erbfall, siehe oben) nach §§ 2255 oder 2256 BGB widerrufen wurden.<sup>53</sup>

Wurde ein notarielles Testament durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung widerrufen, so kann der Erblasser, wenn er seine Meinung ändert und es doch wieder gelten lassen möchte, es auch nicht einfach in die Verwahrung des Nachlassgerichts zurückgeben. Der Gesetzgeber hat insoweit keine Heilungsmöglichkeit vorgesehen.<sup>54</sup> Dies ist konsequent: Der von § 2256 BGB bezweckte Schutz öffentlicher Testamente vor unbefugten Veränderungen (vgl. II. 1.) ist nicht mehr gewährleistet, wenn sich das Testament zwischenzeitlich außerhalb der besonderen amtlichen Verwahrung befunden hat.<sup>55</sup>

### 3. Wiederinkraftsetzung durch Bezugnahme?

Im Fall des Widerrufs durch Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung stellt sich daher die Frage, ob zur Beseitigung der Widerrufsfolgen zwangsläufig ein neues Testament mit dem Inhalt des widerrufenen errichtet werden muss oder ob auch andere (aufwands- und kostensparende) Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Eine solche könnte auf den ersten Blick darin bestehen, ein neues Testament zu errichten, das auf das widerrufene Testament Bezug nimmt (etwa: „Das Testament vom [...] soll vollumfänglich wieder gelten“ oder „Als Erben werden die in § 1 des Testaments vom [...] genannten Personen eingesetzt“).

51 In Rspr. und Lit. wird allerdings oft mit dem Wortlaut des § 2257 BGB argumentiert, um zu begründen, warum ein Widerruf des Widerrufs nur bei § 2254 BGB möglich ist, vgl. etwa BayObLG, Beschluss vom 13.02.1973, BReg. 1 Z 108/72, BayObLGZ 1973, 35, 36 f.; Beschluss vom 06.07.1990, BReg. 1 a Z 30/90, NJW-RR 1990, 1481, 1482; Staudinger/Baumann, § 2257, Rdnr. 4.

52 KG, Beschluss vom 13.04.2022, 19 W 50/21, ErbR 2023, 613.

53 Staudinger/Baumann, § 2257 Rdnr. 4; a. a. Reimann/Bengel/Dietz/Voit/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2257 BGB Rdnr. 5.

54 BayObLG, Beschluss vom 13.02.1973, BReg. 1 Z 108/72, BayObLGZ 1973, 35, 38; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2256 Rdnr. 18; Burandt/Rojahn/Lauck, Erbrecht, § 2256 BGB Rdnr. 6.

55 Schubert, JR 1981, 24, 25.

Grundsätzlich ist die Bezugnahme auf frühere Testamente in der notariellen Praxis allgemein üblich: Wenn der Erblasser nicht alle seine Verfügungen ändert, sondern zum Beispiel nur einen Vermächtnisnehmer austauschen möchte, empfiehlt sich aus Kostengründen, es bei einem kurzen Nachtrag zu belassen und im Übrigen ergänzend auf das frühere Testament zu verweisen<sup>56</sup> (was nach § 2258 Abs. 1 BGB streng genommen nicht einmal erforderlich wäre, aber aus Klarstellungsgründen sinnvoll ist). Eine derartige Bezugnahme auf Dokumente, bei denen es sich ihrerseits um formwirksam errichtete Testamente handelt, ist unbegrenzt zulässig.<sup>57</sup> Auf Dokumente, die nicht der Testamentsform genügen, kann grundsätzlich ebenfalls verwiesen werden; solche Dokumente können bei der Ermittlung des Erblasserwillens als Auslegungshilfe herangezogen werden. Allerdings muss in einem solchen Fall, wie der BGH 2021 erneut bestätigt hat, der Erblasserwille im Testament mindestens andeutungsweise zum Ausdruck kommen; andernfalls handelt es sich um ein (formunwirksames) *testamentum mysticum*.<sup>58</sup> Entscheidend für die Frage nach der Möglichkeit einer Wiederinkraftsetzung durch Bezugnahme ist somit, ob ein nach § 2256 BGB widerrufenes Testament noch als der testamentarischen Form der § 2231 Nr. 2, § 2232 BGB genügend anzusehen ist.<sup>59</sup>

Dies ist nach vorzugswürdiger, im Jahr 2021 auch vom OLG Frankfurt a. M. sowie in dem bereits erwähnten Beschluss des KG aus dem Jahr 2022 vertretener Auffassung<sup>60</sup> nicht der Fall: Zum einen würde der Zweck des § 2256 BGB (vgl. II. 1.) verfehlt, wenn in einem neuen Testament auf eine zurückgegebene Urkunde Bezug genommen werden könnte, denn eine solche ist nach ihrer Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung nach der gesetzlichen Wertung weniger fälschungssicher.<sup>61</sup> Zum anderen wäre eine Bezugnahme des o. g. Typs kaum von einem Widerruf des nach § 2256 BGB bewirkten Widerrufs zu unterscheiden, der nach der Logik des Gesetzes gerade nicht möglich ist.<sup>62</sup>

56 Vgl. Grziwotz, MittBayNot 2022, 371, 373.

57 BGH, Beschluss vom 15.06.2010, IV ZR 21/09, ZEV 2010, 364; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2247 Rdnr. 33.

58 BGH, Beschluss vom 10.11.2021, IV ZB 30/20, NJW 2022, 474, 475; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2247 Rdnr. 33 m. w. N.

59 Offengelassen in BGH, Urteil vom 29.05.1980, IVa ZR 26/80, BeckRS 1980, 31070512 Rdnr. 18.

60 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20, MittBayNot 2022, 366 Rdnr. 67 f.; KG, Beschluss vom 13.04.2022, 19 W 50/21, ErbR 2023, 613; ebenso bereits BayObLG, Beschluss vom 06.07.1990, BReg. 1 a Z 30/90, NJW-RR 1990, 1481, 1482; aus der Lit. Staudinger/Baumann, § 2247 Rdnr. 80, § 2256 Rdnr. 12 und 28; MünchKomm-BGB/Sticherling, 8. Aufl. 2020, § 2256 Rdnr. 11 (anders dagegen die aktuelle Aufl.); Soergel/Runge-Rannow, BGB, § 2256 Rdnr. 9; Muscheler, Erbrecht, 2010, Rdnr. 1823; Reimann/Bengel/Dietz/Voit/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2256 Rdnr. 11, § 2257 Rdnr. 4.; Schubert, JR 1983, 24, 25.

61 Vgl. Staudinger/Baumann, § 2247 Rdnr. 80, § 2256 Rdnr. 8; ferner Schubert, JR 1981, 24, 25.

62 So auch die Überlegung in KG, Beschluss vom 13.04.2022, 19 W 50/21, ErbR 2023, 613 Rdnr. 5.

Die im neueren Schrifttum im Vordringen befindliche Ge- genansicht, die (zumindest in notariellen Testamenten) die Bezugnahme auf aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurückgegebene öffentliche Testamente zulässt,<sup>63</sup> stützt sich maßgeblich auf § 13a BeurkG. Tatsächlich ist im Anwendungsbereich dieser Norm die Bezugnahme auch auf materiell unwirksame Urkunden möglich.<sup>64</sup> Der Zweck der 1980 geschaffenen<sup>65</sup> Regelung besteht jedoch darin, den Beurkundungsvorgang bei komplexen Vertragswerken (zum Beispiel mehrteilige Grundstückstransaktionen) zu entlasten und die Aufmerksamkeit der Parteien auf die Erläuterung der relevanten Vereinbarungen in einer „Haupturkunde“ zu richten.<sup>66</sup> Im Erbrecht ist hingegen von besonderer Bedeutung, dass die Formvorschriften die möglichst umfassende, zweifelsfreie und fälschungssichere Feststellung des Erblasserwillens sicherstellen sollen; dies wäre durch den Verweis auf eine nicht mehr amtlich verwahrte, maschinengeschriebene Urkunde nicht gewährleistet.<sup>67</sup> Die allgemeine beurkundungsrechtliche Regelung des § 13a BeurkG muss hinter diese spezifisch erbrechtlichen Erfordernisse zurücktreten.

Im Übrigen ist ohnehin kein Bedürfnis danach ersichtlich, Bezugnahmen der beschriebenen Art zuzulassen. Wenn man eine solche Bezugnahme für wirksam hielt, dürfte darin, sofern das in Bezug genommene Testament eine Erbeinsetzung enthält, nämlich eine Verfügung über den ganzen Nachlass im Sinne des § 102 GNotKG zu sehen sein, sodass die Bezugnahme gegenüber der Neuerrichtung keinen Kostenvorteil brächte. Falls man gleichwohl von der umfassenden Neubeurkundung absehen möchte, gibt es zudem noch eine andere, bislang praktisch wenig genutzte, aber deutlich einfachere Option: Der Erblasser kann dem Notar gemäß § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB das widerrufene Testament oder eine Kopie desselben übergeben und dabei erklären, dass diese Schrift seinen letzten Willen enthalte.<sup>68</sup> Damit wird das widerrufene Testa-

ment als neues notarielles Testament wieder in Kraft gesetzt. Um die sicherste Lösung zu wählen, wäre dieser Weg selbst dann vorzugswürdig, wenn man entgegen der hier vertretenen Ansicht die Bezugnahme auf ein nach § 2256 BGB widerrufenes Testament für wirksam halten sollte.

Die Frage nach der Wirksamkeit von Bezugnahmen der beschriebenen Art wird sich praktisch vor allem dann stellen, wenn der Erblasser auf ein sich in der besonderen amtlichen Verwahrung befindliches Testament verwiesen und dieses später aus der Verwahrung zurückgenommen hat. In diesem Fall wird nach hier vertretener Auffassung die Verweisung hinfällig, auch wenn das verweisende Testament für sich genommen noch wirksam ist.<sup>69</sup> Problematisch mag dabei erscheinen, dass das Nachlassgericht den Erblasser zwar gemäß § 2256 Abs. 1 Satz 2 BGB darauf hinweisen wird, dass das zurückgenommene Testament seine Gültigkeit verliert, aber ihn nicht über die Folgen für die Verweisung in dem späteren Testament belehren kann.<sup>70</sup> Um diesem Risiko zu begegnen, sollte der Notar bei der Errichtung des verweisenden Testaments darauf hinweisen, dass das erste Testament nicht aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurückgenommen werden sollte.<sup>71</sup>

#### 4. Wiederinkraftsetzung durch Bedingung oder Anfechtung

Neben den bislang diskutierten Möglichkeiten zur „Rückgängigmachung“ eines Widerrufs sei auf zwei weitere Fälle hingewiesen, in denen die Widerrufsfolgen nicht von Dauer sind. Zu nennen ist zunächst der testamentarische Widerruf unter einer auflösenden Bedingung.<sup>72</sup> Grenzen setzt hier der Grundsatz der Höchstpersönlichkeit (§§ 2064, 2065 BGB), und die Abgrenzung zwischen zulässigen und unzulässigen Bedingungen ist, insbesondere was die Einsetzung willentlicher Handlungen Dritter als (Potestativ-)Bedingung angeht, schwierig.<sup>73</sup>

Prinzipiell möglich ist weiterhin die Anfechtung des Widerrufs. Diese kann allerdings grundsätzlich nicht durch den Erblasser, sondern nur von den in § 2080 BGB genannten Anfechtungsberechtigten vorgenommen werden.<sup>74</sup> Durch eine erfolgreiche Anfechtung wird der Widerruf nach § 142 Abs. 1 BGB nichtig und das widerrufene Testament wieder wirksam.<sup>75</sup> Eine derartige Anfechtung ist jedenfalls beim

63 Die Bezugnahme nur in einem notariellen Testament zulassend BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2256 Rdnr. 20; Grziwotz, MittBayNot 2022, 366, 372 f. (mit Hinweisen auf noch unge löste Folgefragen). Für Zulässigkeit der Bezugnahme sowohl in einem notariellen als auch in einem privatschriftlichen Testament BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2247 Rdnr. 18, § 2256 Rdnr. 4; wohl auch MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2247 Rdnr. 34, § 2256 Rdnr. 14, § 2257 Rdnr. 4; in diesem Sinne außerdem bereits KG, Beschluss vom 12.12.1969, 1 W 7361/69, NJW 1970, 612, 613.

64 OLG Braunschweig, Beschluss vom 15.07.2019, 1 W 12/19, FGPrax 2019, 231, 232; Staudinger/Herrler, Neub. 2023, § 13a BeurkG Rdnr. 422 m. w. N.

65 Zur Entstehungsgeschichte BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 13a Rdnr. 14 f. m. w. N.

66 BeckOGK-BeurkG/Seebach/Rachlitz, § 13a Rdnr. 2.

67 Schubert, JR 1981, 24, 25.

68 Als Alternative auch empfohlen von Staudinger/Baumann, § 2247 Rdnr. 80, § 2257 Rdnr. 6. Anders als nach § 13a Abs. 1 Satz 3 BeurkG ist dabei nicht einmal eine beglaubigte Abschrift des früheren Testaments erforderlich, denn im Rahmen des § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB bestehen an die Qualität der übergebenen Schrift keine besonderen Anforderungen, siehe etwa MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2232 Rdnr. 29.

69 So auch der Fall von OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 20.07.2021, 20 W 9/20, MittBayNot 2022, 366.

70 BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2247 Rdnr. 18.

71 Ähnlich Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 12 a. E., der aber an eine entsprechende Belehrung durch das Nachlassgericht zu denken scheint. Anders dagegen BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2247 Rdnr. 18: Es komme, wenn man die Wirksamkeit der Verweisung nicht aufrechterhalte, „zu nicht vertretbaren Ergebnissen“.

72 Vgl. Staudinger/Baumann, § 2253 Rdnr. 17.

73 Staudinger/Otte, § 2065, Rdnr. 41 ff.

74 BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2253 Rdnr. 17. Eine Testamentsanfechtung durch den Erblasser ist allerdings bei bindend gewordenen wechselbezüglichen Verfügungen möglich, da er dann nicht mehr testieren kann, vgl. Soergel/Zecca-Jobst, BGB § 2281 Rdnr. 1.

75 Nieder/Kössinger/Kössinger, Testamentsgestaltung, § 16 Rdnr. 18.



Widerruf durch Testament gemäß § 2254 BGB unproblematisch.<sup>76</sup> Weniger eindeutig ist die Lage hinsichtlich des nach §§ 2255 oder 2256 BGB erfolgten Widerrufs. So warf bereits das RG die Frage auf, ob hier das Fehlen einer Möglichkeit zum Widerruf des Widerrufs nicht auch einer Anfechtung des Widerrufs entgegenstehe.<sup>77</sup> Insbesondere beim Widerruf nach § 2256 BGB könnte das Argument der Fälschungssicherheit (vgl. oben III. 2.) auch gegen die Anfechtung des Widerrufs angeführt werden.<sup>78</sup>

Indes ist das praktische Bedürfnis nach einer Anfechtung deutlich höher als das nach einem Widerruf des Widerrufs: Zu Lebzeiten kann der Erblasser grundsätzlich stets neu testieren; nach seinem Tod bedarf es dagegen zum Schutz vor Willensmängeln der Anfechtung.<sup>79</sup> Besonders anschaulich zeigt dies das Beispiel des Erblassers, der zur Rücknahme des Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung widerrechtlich durch Drohung bestimmt wird und sodann stirbt, bevor er neu testieren kann.<sup>80</sup> Zu Recht hält daher die überwiegende Auffassung eine Anfechtung des Widerrufs auch bei §§ 2255 und 2256 BGB für grundsätzlich möglich.<sup>81</sup>

Beim Widerruf durch Vernichtung oder Veränderungen ist jedoch eine Anfechtung nach § 2078 Abs. 1 BGB logisch ausgeschlossen, weil nach dem Gesetzeswortlaut die Aufhebungsabsicht zum Tatbestand des § 2255 BGB gehört.<sup>82</sup> Beim Widerruf nach § 2256 BGB erscheint derweil unklar, ob auch ein Irrtum über die Folgen der Rücknahme des Testaments ein Anfechtungsrecht begründen kann.<sup>83</sup> Jedenfalls wenn das Nachlassgericht seiner Belehrungspflicht nach § 2256 Abs. 1 Satz 2 BGB nachgekommen ist, ist ein derartiger Irrtum bei einem testierfähigen Erblasser praktisch schwer vorstellbar;<sup>84</sup> eine entsprechende Entscheidung des OLG Düsseldorf aus dem Jahr 2015 erscheint

76 BGH, Urteil vom 08.05.1985, IVa ZR 230/83, NJW 1985, 2025, 2026; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2254 Rdnr. 11; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2254 Rdnr. 6.

77 RG, Urteil vom 21.03.1921, IV 486/20, RGZ 102, 69, 70.

78 Vgl. Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 39.

79 So bereits RG, Urteil vom 21.03.1921, IV 486/20, RGZ 102, 69, 70; ähnlich MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2255 Rdnr. 22.

80 So der Fall von BayObLG, Beschluss vom 22.12.1960, BReg. I Z 8/1960, BayObLGZ 1960, 490.

81 Staudinger/Baumann, § 2253 Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2253 Rdnr. 10, jew. m. w. N.

82 Staudinger/Otte, § 2078, Rdnr. 10; vgl. auch MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2255 Rdnr. 22; offengelassen in RG, Urteil vom 21.03.1921, IV 486/20, RGZ 102, 69, 70.

83 Mit grundsätzlichen Bedenken Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 39; Soergel/Runge-Rannow, BGB, § 2256 Rdnr. 12; die Möglichkeit bejahend dagegen MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2256 Rdnr. 16; BeckOK-BGB/Litzenburger, § 2256 Rdnr. 4.

84 Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 39; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2256 Rdnr. 20; Nieder/Kössinger/Kössinger, Testamentsgestaltung, § 16 Rdnr. 16; offengelassen von OLG München, Beschluss vom 11.05.2005, 31 Wx 19/05, ZEV 2005, 482, 483.

wenig überzeugend.<sup>85</sup> Denkbar ist allerdings eine Anfechtung wegen Unkenntnis der Auswirkungen, die die Rücknahme eines Testaments auf ein weiteres Testament hat, welches auf das zurückgenommene Testament Bezug nimmt (vgl. III. 3.).<sup>86</sup> Ein möglicher Anfechtungsgrund ist weiterhin ein Motivirrtum darüber, dass es möglich sei, die Widerrufsfolgen durch einen Widerruf des Widerrufs wieder rückgängig zu machen.<sup>87</sup> Ein solcher Irrtum kann sich darin zeigen, dass der Erblasser später erfolglos versucht, das zurückgenommene Testament wieder in Kraft zu setzen. Wenn der Widerruf nach dem Tod des Erblassers unter Verweis hierauf angefochten wird, kann ein solcher Versuch also unter Umständen – gewissermaßen über Umwege – im Ergebnis doch zur Beseitigung der Widerrufsfolgen führen.

#### IV. Fazit

Der pauschale Widerruf aller früheren Testamente zu Beginn eines neuen Testaments, wie er in der notariellen Praxis üblich ist, ist aus vielerlei Gründen sinnvoll. Soll ein konkretes Testament ganz oder teilweise aufgehoben werden, so sollte, wenn nicht Praktikabilitäts- oder Kostengründe dagegen sprechen, der Widerruf durch ein neues Testament erfolgen, das ausdrücklich klarstellt, welche erbrechtliche Gestaltung gewollt ist, und das alle vom aktuellen Erblasserwillen gedeckten Verfügungen enthält. Dies gilt erst recht, falls ein Widerruftestament seinerseits widerrufen werden soll.

Jedenfalls sollte in einem Testament nicht auf frühere, zwischenzeitlich nach §§ 2255 oder 2256 Abs. 1 BGB widerrufene Testamente Bezug genommen werden, denn solche Bezugnahmen sind nach hier vertretener Auffassung unwirksam. Sollte in einem notariellen Testament auf ein anderes (noch gültiges) Testament verwiesen werden, so sollte der Erblasser darauf hingewiesen werden, dass die Bezugnahme nur wirksam ist, solange das in Bezug genommene Testament nicht widerrufen wird.

Ein Erblasser, der sein notarielles Testament widerrufen und sichergehen möchte, dass dessen Inhalt nach seinem Tod von niemandem zur Kenntnis genommen wird, sollte das Testament (zusätzlich zur Errichtung eines neuen) aus der besonderen amtlichen Verwahrung zurücknehmen und vernichten. Befindet sich das Testament noch nicht beim Nachlassgericht, dann kann die Vernichtung des Testaments im Notariat durch den Erblasser erfolgen.

85 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 23.12.2015, I-3 Wx 285/14, RNotZ 2016, 254, 257. Das Gericht begründet den Irrtum mit Handlungen der offenbar betagten Erblasserin mehrere Monate nach der Rücknahme.

86 Staudinger/Baumann, § 2256 Rdnr. 12; Reimann/Bengel/Dietz/Voit/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2256 Rdnr. 11.

87 KG, Beschluss vom 12.12.1969, 1 W 7361/69, NJW 1970, 612, 614; BayObLG, Beschluss vom 06.07.1990, BReg. I a Z 30/90, NJW-RR 1990, 1481, 1482; BeckOGK-BGB/Grziwotz, § 2256 Rdnr. 20; Reimann/Bengel/Dietz/Voit/Sammet, Testament und Erbvertrag, § 2256 Rdnr. 9.

## BUCHBESPRECHUNGEN

**Bernd Bös/Martin Jurkat/Jens Neie/Helmut Strangmüller:**

### **Praxishandbuch für Notarfachangestellte**

5. Aufl., ZAP Verlag, 2024. LXIII, 2468 S. mit Musterdownload, 109 €

Von Notar a. D. Dr. Thomas Winkelmann, München<sup>1</sup>

Die (ehemaligen) fachkundigen Mitarbeiter der Notarkasse *Bernd Bös, Martin Jurkat und Helmut Strangmüller* sowie Notar Dr. *Jens Neie* (nunmehr in Aschaffenburg) haben eine fünfte, umfassend überarbeitete Auflage des „Praxishandbuchs für Notarfachangestellte“ vorgelegt. Im Umfang ist das inzwischen zum Standardwerk avancierte Handbuch gegenüber der Vorlage erneut um rund 300 Seiten und damit seit seinem erstmaligen Erscheinen 2010 um etwa 1.000 Seiten gewachsen. Den seit der zweiten Auflage unveränderten Autorenkreis einen das Fachwissen und die langjährige Erfahrung seiner Mitglieder aus Berufs-, Unterrichts- und Fortbildungstätigkeit. Ihr Wissen und ihre Erfahrung machen die Autoren fruchtbar, um dem seit der Erstaufgabe unveränderten Anspruch des Werks zu genügen: Das Handbuch soll ein Begleiter bei der täglichen Arbeit im Notariat sein, der Notarfachangestellte bei der Bewältigung ihrer Aufgaben unterstützt, Berufsanfängern, Seiteneinsteigern und Wiedereinsteigern nach Elternzeit oder Sonderurlaub hilft, ihr Wissen auszubauen und erfolgreich in die Praxis umzusetzen, und Notarassessoren sowie Anwaltsnotaren zu Beginn ihrer notariellen Tätigkeit die Einarbeitung in alle für die Praxis relevanten Rechtsgebiete erleichtert. Außerdem will das Handbuch eine Hilfestellung für Auszubildende zum Notarfachangestellten, Lehrer an den berufsbildenden Schulen und Ausbilder an den Notarstellen geben.

Der Aufbau des Handbuchs ist gegenüber den Vorauflagen unverändert und soll an dieser Stelle nicht erneut im Einzelnen dargestellt werden.<sup>2</sup> Die Gliederung in acht Teile (Büropraxis und -organisation, Verwaltungstätigkeit des Notars, Beurkundungsverfahren, Kostenrecht, Immobilienrecht, Familienrecht, Erbrecht sowie Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht) hat sich bewährt und die seit der letzten Auflage zu berücksichtigende Tätigkeit des Gesetzgebers keinen Anlass zu Änderungen des Aufbaus gegeben. Fortgeführt wurden auch das Rechtswörterbuch, das zahlreiche Begriffe aus der Rechtssprache erläutert und auf die jeweils einschlägigen Vorschriften verweist, und das Stichwortverzeichnis, das es dank seines Umfangs tatsächlich erleichtert, eine bestimmte Textstelle in dem umfangreichen Band rasch aufzufinden. Die mehr als 600 Formulierungsmuster, auf die im Text Bezug genommen wird und über die zusätzlich das Musterverzeichnis (S. XVII ff.) einen Überblick bietet, können über einen Downloadlink (S. IV) als Worddateien

heruntergeladen und sodann bearbeitet werden. Die Benutzerhinweise (S. 2.467 f.) erleichtern den technischen Umgang mit den Mustertexten.

Gegenüber der Vorauflage haben die Autoren bei der Überarbeitung des Handbuchs insbesondere die Auswirkungen der folgenden Rechtsänderungen auf die notarielle Praxis berücksichtigt:

- Das am 01.12.2020 in Kraft getretene WEMoG vom 16.10.2020 (BGBl. I, S. 2.187) mit einer Vielzahl von Änderungen des WEG wurde insbesondere im Kapitel zum Wohnungseigentum (§ 36) berücksichtigt (zum Beispiel Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen im Freien, Annex-Sondereigentum, Rechtsfähigkeit, Entstehung und Vertretung der Wohnungseigentümergemeinschaft).
- Die Neustrukturierung des Vormundschafts- und Betreuungsrechts zum 01.01.2023 durch das Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts vom 04.05.2021 (BGBl. I, S. 882) hat Anpassungen in vielen Kapiteln erforderlich gemacht, namentlich bei den Erläuterungen zur Beteiligung von Minderjährigen und Betreuten im Bereich des Immobilienrechts (§ 34 Rdnr. 55 ff., § 41 Rdnr. 103) und bei gesellschaftsrechtlichen Vorgängen (vgl. etwa § 55 Rdnr. 24 f., 43 ff., 464 ff., § 57 Rdnr. 121) und in § 47 zur Vorsorgevollmacht. Auch die veränderte Rechtslage bei Vorsorgevollmachten, bei denen die Unterschrift des Erklärenden nach § 7 BtOG von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde beglaubigt wurde, ist berücksichtigt (§ 47 Rdnr. 87).
- Das Kapitel zu „Elektronischen Urkunden“ (§ 13) greift die Neuerungen insbesondere durch das DiRUG vom 05.07.2021 (BGBl. I, S. 3.338) und das DiREG vom 15.07.2022 (BGBl. I, S. 1.146) auf und erläutert die Verfahren zur Beurkundung und öffentlichen Beglaubigung mittels Videokommunikation im Gesellschafts- und Registerrecht und zur Beglaubigung einer qualifizierten elektronischen Signatur. Die Änderungen wurden auch andernorts berücksichtigt, etwa bei der Darstellung des Amtsbereichsprinzip (§ 7 Rdnr. 26) und an zahlreichen Stellen in Teil 8 zum Gesellschaftsrecht (zum Beispiel § 55 Rdnr. 5 ff., 359, 438).
- Die Neuerungen, die das Gesetz zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Errichtung des Elektronischen Urkundenarchivs bei der BNotK vom 01.06.2017 1.396 und 2.246 und die DONot 2022 für die notarielle Praxis gebracht haben, werden

1 Der Autor ist Geschäftsführer der Notarkasse A. d. ö. R. in München. Der Beitrag gibt ausschließlich seine persönliche Auffassung wieder.  
2 Darstellung des Aufbaus bei Schmitz, MittBayNot 2020, 324 (zur 4. Aufl.).



in § 3 mit zahlreichen „Praxistipps“ (auch zur Fehlervermeidung und -bereinigung), die vielfach offensichtlich auf Erfahrungen der Autoren im Praxisalltag zurückgehen, anschaulich erläutert. Behandelt werden insbesondere das Elektronische Urkundenarchiv, das Urkundenverzeichnis und die veränderten Vorgaben zur Behandlung der Urschriften, ferner etwa die veränderten Vorgaben zur Bezeichnung von Urkundsbeteiligten in Urkunden, die an das Handelsregister oder ein ähnliches Register übermittelt werden, und zur Führung des Kostenregisters in den Tätigkeitsbereichen der Notarkasse und der Ländernotarkasse.

- Die Erläuterungen zum GwG (§ 9 Rdnr. 72 ff.) berücksichtigen die verschiedenen Verschärfungen und Erweiterungen des GwG seit der letzten Auflage, insbesondere die GwGMeldV-Immobilien vom 20.08.2020 (BGBl. I, S. 1.965). Auch das Verbot der Barzahlung beim Erwerb von Immobilien mit Vollzugssperre nach § 16a GwG wird behandelt (§ 34 Rdnr. 146 f., 394 ff.).
- Das am 01.01.2024 in Kraft getretene MoPeG vom 10.08.2021 (BGBl. I, S. 3.436) hat eine komplett Neubearbeitung des Kapitels zur Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§ 58) und zahlreiche Änderungen des Kapitels zu den Personenhandelsgesellschaften

(§ 57) erforderlich gemacht. Gegenüber der Vorlage ist dort kein Stein auf dem anderen geblieben. Berücksichtigt wurden insbesondere das neue Gesellschaftsregister, die hierdurch bedingten Änderungen im Immobilien- und Grundbuchrecht und bei den GmbH-Gesellschafterlisten (Voreintragungsobligation) sowie der Statuswechsel einer eGbR (§ 57 Rdnr. 124 ff.).

- Im Kapitel zur Annahme als Kind (§ 48) wurde die Möglichkeit zur Stiefkindadoption durch zwei nicht miteinander verheiratete Personen in „verfestigter Lebensgemeinschaft“ (§ 1766a BGB) berücksichtigt.

Die zum Teil grundstürzenden Gesetzesänderungen haben eine Neuauflage dringend erforderlich gemacht. Dank der sorgfältigen Aktualisierung ist das Praxishandbuch für die Gegenwart gerüstet und wie von den Autoren angestrebt weiterhin bestens geeignet, nicht nur die eingangs skizzierte Begleitfunktion bei der täglichen Arbeit an der Notarstelle zu erfüllen, sondern auch als Lehrbuch zu dienen für Auszubildende, im Rahmen von Fortbildungen der höherqualifizierenden Berufsbildung und bei der Vorbereitung der Inspektoranwärter auf die Anstellungsprüfung der Notarkasse (Inspektorenprüfung). Die Anschaffung kann uneingeschränkt empfohlen werden.

## Darius Dimitropoulos:

### Hypotheken und Grundschulden – Beständigkeit und Wandel im Recht der Bodenverschuldung

Duncker & Humblot, 2023. 264 Seiten, 79 €

Von Notar Michael Volmer, Aschaffenburg

In seiner von *Bruno Rimmelspacher* betreuten Dissertation beschäftigt sich *Darius Dimitropoulos* mit der Entwicklung der Bodenverschuldung, nach einem kurzen geschichtlichen Rückblick auf die mittelalterlichen Vorläufer (S. 27-30) im Schwerpunkt von der aufkommenden Industrialisierung bis zur Novelle durch das Risikobegrenzungsgesetz 2008 (S. 31-36, S. 173-246). Er beleuchtet dabei drei Aspekte ausführlich, nämlich (empirisch) die Zurückdrängung der Hypothek durch die Grundschuld, die dogmatische Einordnung von Hypothek und Grundschuld sowie in einem letzten umfangreichen Abschnitt die Auswirkungen des Risikobegrenzungsgesetzes.

Allein schon der erste große Abschnitt, die empirische Untersuchung (S. 42-94), rechtfertigt das Werk. Nachdem der Autor mit Nachfragen zur Statistik bei den Justizministerien mangels erhobener Daten keinen Erfolg hatte und auch seine Erkundigungen bei den Banken nichts brachten, wandte er sich letztlich mit einem Fragebogen an sämtliche Grundbuchämter, mit unterschiedlicher Rücklaufquote in den einzelnen Bundesländern. Für ihre Mitarbeit gebührt den Äm-

tern dabei herzlicher Dank. Für die Datenerhebung zu Brief-/Buchpfandrechten griff *Dimitropoulos* mit einer pfiffigen Idee auf die Nachbestellung von Vordrucken für Grundschuld- und Hypothekenbriefe zurück. Diese Daten sind nämlich bei den Grundbuchämtern relativ problemlos zugänglich. Das Ergebnis erstaunt nicht: Die Hypothek ist als Sicherungsmittel weitgehend ausgestorben. Und wenn der Autor für einzelne Jahre in Schleswig-Holstein zu einem Hypothekenanteil von 4 % kommt, überrascht nicht, wie wenig es ist, sondern wie viel im Vergleich zu allen anderen Bundesländern, bei denen sich der Hypothekenanteil im Promillebereich bewegt. Bei naturwissenschaftlichen Experimenten würden diese Daten als Ausreißer aus der Statistik gestrichen. Auch von einer Wiederbelebung der Hypothek nach dem Risikobegrenzungsgesetz ist nicht ansatzweise etwas zu spüren.

Im dritten Hauptabschnitt (ab S. 173) stellt *Dimitropoulos* zunächst den Hintergrund der Forderungsverkäufe in den Jahren nach der Jahrtausendwende dar, eine sehr lesenswerte Analyse im Sinne zeitgenössischer Rechtsgeschich-

te. Sodann diskutiert er die Vorbereitung des RisikobegrenzungsG, soweit dieses Einfluss auf die Grundschuld genommen hat, die Vorarbeiten und die Rezeption in der Wissenschaft (S. 189-205). Sein Schwerpunkt liegt dabei auf der Abschaffung des gutgläubigen Wegerwerbs sicherungsvertraglicher Einreden, von der der Autor meint, dieses Ergebnis hätte sich auch durch ein Überdenken der BGH-Rechtsprechung erreichen lassen (S. 227). Das deckt sich mit meiner eigenen Analyse, übersieht aber die Beharrungskräfte einer ständigen Rechtspraxis, sodass es wohl doch eines Anstoßes durch den Gesetzgeber bedurfte. Die aktuell drängende Frage des Kündigungserfordernisses (in Verbindung mit der Vollstreckunterwerfung und dem Nachweisverzicht) handelt *Dimitropoulos* indes lediglich auf einer halben Seite ab (S. 229). Insgesamt geht er davon aus, dass die Novelle 2008 zwar kein großer Wurf war, sie aber auch das System nicht durcheinandergebracht hat und sich die Anwendungsprobleme durch normale Entwicklung der Auslegung bewältigen lassen (S. 229 ff.).

Schwierig in der Bewertung fällt das zweite Hauptkapitel aus (S. 95-172), in dem sich der Autor dem dogmatischen Verhältnis von Grundschuld und Hypothek widmet. Hier stellt sich *Dimitropoulos* gegen so ziemlich alles, was bisher als allgemeingültig akzeptiert ist (so er selbst S. 120).

Die Akzessorietät begreift er nicht als rechtstechnische Ausformung einer gesetzlichen Abhängigkeit von Forderung und Sicherungsrecht, sondern als materielles Gerechtigkeitsprinzip im Umgang mit Sicherungsrechten (S. 117). Diese Begrifflichkeit ermöglicht es ihm, auch die Grundschuld als akzessorisch anzusehen bzw. an die Grundschuld akzessoritätsbegründete Wirksamkeitsanforderungen zu stellen. Mangels Legaldefinition im BGB kann man die Begriffe so neu bestimmen. Es fragt sich nur, ob es weiterführt. Dem Autor fehlt dann nämlich eine klare Termino-

nologie, um den gesetzlichen Verknüpfungsmechanismus von Forderung und Sicherungsgut bei der Hypothek vom vertraglichen bei Grundschulden zu unterscheiden. Die akzessorische Vormerkung bleibt gänzlich unerwähnt. Die Akzessorietät wiederum sieht *Dimitropoulos* nur bei der Bürgschaft voll verwirklicht.

Und nach dieser weitgehenden Wegdefinition der akzessoritätsbedingten Unterschiede soll nach seiner Ansicht die Fremdhypothek in Wahrheit eine Eigentümergrundschuld sein, die mehrfach aufschiebend und auflösend bedingt an den ersten Hypothekar abgetreten wird – und zwar Eigentümergrundschuld nicht als Vergleichsfall für gescheiterte Bestellungen, sondern real als jedes Durchgangsstadium einer Bestellung eine Fremdhypothek (S. 131: „juristische Sekunde“; „Durchgangserwerb“). Das überrascht dann doch. Und es stimmt auch nicht: *Dimitropoulos* übergeht die vielen möglichen Entstehungsakte einer Hypothek, die nicht auf eine Erklärung des Eigentümers zurückgehen: Zwangshypotheken, Bauhandwerkersicherungshypothek und Sicherungshypothek aus Verpfändung des Auflösungsanspruchs (§ 1287 Satz 2 BGB). Eine allgemeine Theorie der Fremdhypothek kann diese Entstehungsgründe nicht außer Acht lassen. Zudem übersieht der Autor, dass der historische Gesetzgeber Eigentümerrechte nur als Ausnahme, nicht als Regel wollte. Die Anerkennung von Eigentümerrechten in Abt. II ist etwa eine ganz moderne Entwicklung, die gegen den historischen Gesetzgeber steht und erst im Laufe der Jahrzehnte in der Rechtsprechung anerkannt wurde.

Fazit: Ich habe die Arbeit mit Gewinn gelesen, muss aber zum zweiten Hauptabschnitt sagen: Mein Gewinn bestand hier in der Erkenntnis, wie überzeugend das dogmatische System im Gegensatz zur Ansicht des Autors gestaltet ist.

**Martin Weber/Juliane Weber:**

## Die Testamentsvollstreckung – mit internationalen Bezügen; FamRZ-Buch Bd. 47

Ernst und Werner Giesecking, 2024. 313 S., 69 €

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

Die Vermögen, die derzeit vererbt werden, steigen unverändert an. Zehntausende von Unternehmen werden von der Nachkriegsgeneration durch Erbgang an die heutige Generation weitergegeben; für ungezählte private Immobilien ist die Nachfolge zu regeln. Zunehmend wird vonseiten der Erblasser gewünscht, dass die Umsetzung ihres letzten Willens durch einen Testamentsvollstrecker abgesichert werden soll. Die Anzahl der jährlich neu bestellten Testamentsvollstrecker ist gleichwohl eher gering: Rechtstatsächlichen Untersuchungen zufolge sollen unter etwa 88.000 eröffneten Testamenten im Jahr 2004 nur ca. 1.840 die Anordnung einer Testamentsvollstreckung beinhaltet haben – das wären etwa 2,1 % aller testamentarischen Nachfolgeregelungen. Dagegen ist die Höhe des von einem Testamentsvollstrecker durchschnittlich abzuwickelnden Nachlasses beträchtlich: Im Jahr 2004 waren es im Mittel grob ca. 450.000 € pro Erbfall bei einer Bandbreite zwischen 5.000 € und 60 Mio. €. In wirtschaftlicher Hinsicht kann die Übernahme einer Testamentsvollstreckung daher durchaus attraktiv sein. Obwohl Notarinnen und Notare für dieses Amt in besonderem Maße qualifiziert sind, werden sie – der Untersuchung zufolge – erstaunlicherweise nur in lediglich 8 % aller Fälle zum Testamentsvollstrecker bestimmt.<sup>1</sup>

Für das erfolgreiche Wirken des Testamentsvollstreckers bietet der vorliegende, von einem Passauer Rechtsanwalt und Testamentsvollstrecker gemeinsam mit einer Referentin am DNotI verfasste Band einen kompakten, zuverlässigen und schnell zu konsultierenden Ratgeber: Das Werk besteht aus zwei großen Teilen. Im ersten Abschnitt werden die eigentliche Arbeit und das konkrete Vorgehen des Testamentsvollstreckers sehr schön – kurz, übersichtlich und „auf den Punkt gebracht“ – erläutert. Im zweiten Abschnitt geht es um die Testamentsvollstreckung im grenzüberschreitenden Kontext. Wichtig zu wissen ist dabei, dass eine Testamentsvollstreckung mit internationalem Bezug nicht erst dann vorliegt, wenn fremdes Recht anwendbar ist, sondern bereits dann, wenn Nachlassbestandteile sich im Ausland befinden – etwa, wenn der Testamentsvollstrecker ein österreichisches Bankkonto des Erblassers abwickeln will – oder wenn Verfahrensbeteiligte im Ausland leben: Die Komplexität der Arbeit steigt dadurch deutlich an und der Testamentsvollstrecker benötigt ein entsprechendes Hintergrundwissen, um seinen Aufgaben auch in einem internationalen Umfeld gerecht werden zu können.

Im ersten Teil werden die einzelnen „Elemente“ der Arbeit des Testamentsvollstreckers dem zeitlichen Ablauf einer Testamentsvollstreckung entsprechend vorgestellt: Auf ei-

ne Einführung, in der Ziele und Zwecke einer Testamentsvollstreckung skizziert werden, werden minutiös die einzelnen „Schritte“ der Testamentsvollstreckung erläutert: Die Anordnung einer Testamentsvollstreckung in einer letztwilligen Verfügung, Auswahl und Ernennung des Testamentsvollstreckers (Rdnr. 60 ff.) und, besonders informativ, ein kurzer Abriss über die Testamentsvollstreckung als Geschäftsfeld: Die beiden Autoren gehen hier auf die Besonderheiten ein, die sich ergeben, wenn Rechtsanwälte, Steuerberater, Notare oder – was mittlerweile zunehmend beworben wird – Banken als Testamentsvollstrecker tätig werden (Rdnr. 116 ff.): Gerade für die Beratung des Erblassers enthält dieser Abschnitt wertvolle Hinweise. Sodann wird auf die Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers eingegangen und es werden die einzelnen, im Rahmen seiner Amtsführung abzuarbeitenden Maßnahmen eingehend erörtert. Schwerpunkte sind dabei natürlich die steuerlichen Pflichten eines Testamentsvollstreckers (Rdnr. 254 ff.), die Prozessführung durch den Testamentsvollstrecker (Rdnr. 270 ff.) sowie die Besonderheiten, wenn der Nachlass überschuldet ist (Rdnr. 303 ff.). Der Abschnitt zur Testamentsvollstreckung im Handels- und Gesellschaftsrecht, wenn also der Nachlass ein Unternehmen umfasst, dass zu leiten ist, wird – wohl zu Recht – allenfalls stichwortartig beleuchtet; die Darstellung beschränkt sich darauf, aufzuzeigen, welche grundsätzlichen Konzepte in Betracht kommen (Rdnr. 289). Auf die Möglichkeiten, wenn testamentarisch die Errichtung einer Stiftung verfügt wurde, wird leider nur sehr kuriosisch und insgesamt zu knapp eingegangen (Rdnr. 302). Auf Besonderheiten, die sich im Rahmen eines Behindertentestaments (Rdnr. 16) ergeben – wenn also der Testamentsvollstrecker den Nachlass vor einem Regress des Sozialleistungsträgers schützen und dem Erben über die von diesem bezogenen Sozialleistungen hinaus Zuwendungen aus dem Nachlass zukommen lassen soll – wird leider nicht näher eingegangen. Weitere Gesichtspunkte, die abgehandelt werden, sind die Rechte der Erben gegenüber dem Testamentsvollstrecker (Rdnr. 343 ff.), die Herausgabepflichten (Rdnr. 390 ff.) und sodann die Beendigung der Testamentsvollstreckung (Rdnr. 407 ff.) einschließlich der Entlassung des Testamentsvollstreckers (Rdnr. 424 ff.): Zu Recht weisen die Verfasser darauf hin, dass eine Entlassung des Testamentsvollstreckers nur in Betracht kommt, wenn die Interessen der Erben erheblich gefährdet sind, und dass eine Entlassung selbst dann, wenn ein Entlassungsgrund gegeben ist, keineswegs zwingend ist, weil das Nachlassgericht – aus Respekt vor dem Erblasserwillen – über ein „Versagungsermessen“ verfügt, wenn die besseren Gründe für eine Belassung des Testamentsvollstreckers im Amt sprechen (Rdnr. 435, 436). Abschließend wird auf die Haftung des Testamentsvollstreckers und einige organisatorische Aspekte eingegangen (Rdnr. 544 ff.; 571 ff.). Ein

1 Vgl. zu den einzelnen angeführten Zahlen ausführlich Schiffer/Rott/Pruns (Hrsg.), *Die Vergütung des Testamentsvollstreckers*, 2. Aufl. 2022, insbesondere § 1 Rdnr. 1; § 10 Rdnr. 8, 11, 13.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

Schwerpunkt ist schließlich – völlig zu Recht – die Vergütung des Testamentsvollstreckers, weil diese Frage durch das Gesetz (§ 2221 BGB) nur höchst unzureichend geregelt ist. Tatsächlich wird die Vergütungsfrage in der Literatur aktuell gerade wieder verstärkt diskutiert.<sup>2</sup> Das OLG Frankfurt a. M.<sup>3</sup> hat hierzu kürzlich klargestellt, dass die Vergütungsempfehlungen des Deutschen Notarvereins – die Neue Rheinische Tabelle – auch dann gelten, wenn sie nicht wörtlich im Testament wiedergegeben sind und damit in diesem Bereich für deutlich mehr Rechtssicherheit gesorgt.

Der zweite große Teil des Bandes beschäftigt sich auf knapp 120 Seiten mit der Testamentsvollstreckung im internationalen Umfeld. Das ist sehr zu begrüßen, weil ein grenzüberschreitender Bezug der Testamentsvollstreckung ganz plötzlich und völlig überraschend eintreten kann. Beispielauf zeigt sich das an einem aktuellen Beschluss des OLG Karlsruhe:<sup>4</sup> Zu entscheiden war, wo sich der letzte gewöhnliche Aufenthalt des Erblassers befand, der aufgrund einer fortschreitenden Demenz nicht in seinem Heimatort Singen am Hohentwiel, sondern in einem polnischen Pflegeheim untergebracht worden war – mit der Folge, dass – falls im Todeszeitpunkt ein gewöhnlicher Aufenthalt in Polen bestanden und das Testament keine Rechtswahl (Art. 22 EuErbVO) enthalten haben sollte – die Rechtsnachfolge von

Todes wegen sich nach polnischem (Sach-)Recht bestimmen würde (Art. 21 Abs. 1 EuErbVO). Derartige Gesichtspunkte sind nicht nur bei der Abfassung einer letztwilligen Verfügung zu beachten, sondern beeinflussen natürlich auch die Abwicklung des Nachlasses. Nachdem die beiden Verfasser in einem kurzen Überblick in die Problematik grenzüberschreitender Erbrechtsfälle bzw. Testamentsvollstreckungen eingeführt und die Grundlagen des Internationalen Privat- und Privatverfahrensrecht knapp, aber mit großer Präzision erläutert haben (Rdnr. 586 ff.; 595 ff.), wird kenntnisreich auf die Frage der Ermittlung des anwendbaren Sachrechts (Rdnr. 642 ff.) und des Statuts der Testamentsvollstreckung (Rdnr. 669 ff.) eingegangen, bevor die internationale Zuständigkeit der inländischen Gerichte für u. a. die Ausstellung eines Erbscheins, eines europäischen Nachlasszeugnisses oder eines Testamentsvollstreckerzeugnisses sowie das jeweilige Verfahren erörtert werden (Rdnr. 730 ff.). Abgerundet wird die gelungene Darstellung durch einen kompakten Überblick zur Frage der Anerkennung thematisch „einschlägiger“ ausländischer Entscheidungen und Urkunden im Inland (Rdnr. 764 ff.). Den Abschluss bildet ein sehr schöner, zu begrüßender Überblick über die der deutschen Testamentsvollstreckung funktional entsprechenden Institutionen und Regelungen in einer ganzen Reihe von ausländischen Jurisdiktionen (Rdnr. 782 ff.). In dem beigefügten Anhang finden sich schließlich zahlreiche Muster und Formulierungsvorschläge, die dem Praktiker eine Hilfe sind.

Alles in allem: Ein sehr zu empfehlendes, außerordentlich kompakt und „punktgenau“ geschriebenes Werk, das dem Praktiker rasch erste Hilfe und Orientierung bietet.

2 Vgl. etwa Rott, ErbR 2024, 588 ff.; Muscheler, notar 2024, 179 ff.; Zimmermann, ErbR 2024, 250 ff.

3 Vgl. OLG Frankfurt, a. M., Urteil vom 23.04.2024, 10 U 191/22, ErbR 2024, 633.

4 Vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 22.07.2024, 14 W 50/24 (Wx), FamRZ 2024, 1504.



# RECHTSPRECHUNG

## Bürgerliches Recht

### ALLGEMEINES

#### 1. Zum Vorliegen einer Beschaffenheitsvereinbarung im Immobilienkaufvertrag

OLG Naumburg, Urteil vom 06.11.2023, 12 U 84/23

BGB § 434 Abs. 1 Satz 1 a. F.

#### LEITSATZ:

**Durch die Angabe der tatsächlichen Mieterträge in einer dem Kaufvertrag als Anlage beigefügten Mieterliste kann eine konkluidente Vereinbarung insofern liegen, als die Vermietbarkeit einer bestimmten Anzahl von Wohneinheiten als Beschaffenheit vereinbart ist.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die verbliebene Klägerin zu 1 macht gegen die Beklagte Ansprüche wegen Sachmängeln an einer Immobilie geltend.

2 Wegen der Einzelheiten des in erster Instanz unstreitigen und streitigen Sachverhalts und der erstinstanzlich gestellten Anträge wird auf den Tatbestand des angefochtenen Urteils Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO).

3 Ergänzend und klarstellend wird ausgeführt:

4 Das LG hat durch Urteil vom 12.05.2023 der Klage bis auf einen Betrag in Höhe von 547,96 € stattgegeben, soweit sie nicht bereits zurückgenommen worden war. Die Rücknahme betraf die ehemaligen Kläger zu 2 und 3, die beiden Gesellschafter der Klägerin zu 1.

5 Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Klägerin zu 1 einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung des Mehrbetrags in Höhe von 97.500 € gemäß § 437 Nr. 2, § 441 Abs. 4 BGB habe, da ihr ein Minderungsrecht zustehe. Die streitgegenständliche Immobilie sei mangelhaft, da für die Dachgeschosswohnung keine Baugenehmigung vorgelegen habe. Der Soll-Zustand sei hingegen eine Immobilie mit acht Wohneinheiten gewesen. Die Vermietbarkeit von acht Wohneinheiten habe die Beklagte garantiert, dies ergebe sich aus der Mieterliste, die Bestandteil des notariellen Kaufvertrags sei. Eine Garantie ergebe sich allein aus der Nennung der Anzahl der Wohnungen und der damit zu erzielenden Netto-Kaltmieten. Hinsichtlich der acht Mietwohnungen und deren Vermietbarkeit, nicht deren tatsächliche Vermietung, handele es sich um eine Beschaffenheitsvereinbarung. Wegen der fehlenden Baugenehmigung sei zumindest die Dachgeschosswohnung aber nicht vermietbar. Die fehlende Baugenehmigung stelle einen Sachmangel dar, da es an der baurechtlich gesicherten Befugnis fehle, das Objekt für den vertraglich vorausgesetzten Zweck zu nutzen.

6 Der vereinbarte Ausschluss der Sachmängelhaftung gelte nicht soweit eine Beschaffenheitsvereinbarung bestehe. Dies sei hinsichtlich der Nettomieten aber der Fall.

7 Eine von der Klägerin zu 1 gesetzte Frist zur Nacherfüllung sei erfolglos abgelaufen. Eine Baugenehmigung konnte nicht vorgelegt werden. Nachfolgend sei die Minderung gegenüber der Beklagten erklärt worden.

8 Die 350 € Nettokaltmiete für die Dachgeschosswohnung machten 9,71 % an den gesamten Nettomieteinnahmen aus, weshalb eine Minderung von 97.100 € gerechtfertigt sei.

9 Darüber hinaus bestehe ein Anspruch auf Ersatz der anteilig zu viel entrichteten Kosten für Makler, Notar, Grundbuch und Grunderwerbsteuer gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 BGB in Höhe von insgesamt 12.144,99 €.

10 Gegen dieses Urteil wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung und führt aus, das LG habe zu Unrecht eine Zahlung an die Kläger tenoriert, obwohl die Kläger zu 2 und 3 ihre Klage zurückgenommen hatten. Dies sei formell fehlerhaft.

11 Darüber hinaus bestehe kein Anspruch der Klägerin zu 1. Der Kaufvertrag formuliere ausdrücklich in Ziffer IV. 1., dass keine Beschaffenheit vereinbart sei und im Übrigen ein Sachmängelhaftungsausschluss im üblichen Umfange bestehe.

12 Zwar stelle das Fehlen einer Baugenehmigung einen Sachmangel dar, aber hier greife der ausdrücklich vereinbarte Ausschluss der Mängelhaftung. Vorsatz oder Arglist sei der Beklagten nicht vorzuwerfen. Sie habe keine Kenntnis von der fehlenden Baugenehmigung gehabt, sondern die Immobilie im besten Wissen und Gewissen an die Klägerin zu 1 verkauft. Seit Juli 2005 seien auch alle Wohnungen vermietet gewesen. Dies sei auch derzeit der Fall.

13 Fehlerhaft habe das LG eine Beschaffenheitsgarantie angenommen, die im Privatverkauf nur bei Vorliegen besonderer Umstände angenommen werden könne. Aus der Mieterliste könne eine solche nicht abgeleitet werden. Bei der Mieterliste gehe es vorrangig darum, dass die Mietzinsen mit dem Tage des Besitzüberganges der Käuferin zu stehen sollen. Daraus die Übernahme einer verschuldensunabhängigen Garantie abzuleiten, gehe fehl. Da diese Garantie insbesondere auch nicht in Ziffer IV. Nr. 1 lit. a) bis j) enthalten sei, sei eine solche nicht vereinbart.

(...)

17 Die gemäß § 511 ZPO statthaften und zulässige, insbesondere gemäß §§ 517, 519, 520 ZPO form- und fristgerecht eingelegte und begründete Berufung der Beklagten hat in der Sache nur in Höhe von 451,45 € Erfolg.

18 Das LG hat der Klage zu Recht dem Grunde nach stattgegeben. Das Urteil beruht insoweit auf keiner Rechtsverletzung im Sinne von § 546 ZPO (§ 513 Abs. 11. Fall ZPO), insbesondere rechtfertigen die vom Gericht des ersten Rechtszuges festgestellten und nach § 529 ZPO von dem Senat bei seiner Entscheidung zugrunde zu legenden Tatsachen keine abweichende Beurteilung (§ 513 Abs. 12. Fall



ZPO) dem Grunde nach. Lediglich in Höhe von 451,45 € hat das LG fehlerhaft zugunsten der Klägerin zu 1 entschieden.

**19** I. 1. Der Klägerin zu 1 steht ein Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises wegen Minderung gemäß § 437 Nr. 2, § 441 Abs. 4 Satz 1, § 346 Abs. 1 BGB in zuerkannter Höhe von 97.100 € zu. Das Vorliegen der hierzu erforderlichen Haftungsvoraussetzungen hat das LG zutreffend bejaht. Die hiergegen erhobenen Berufungsruhen greifen im Ergebnis nicht durch.

**20** Aus § 437 Nr. 2, § 441 Abs. 4 Satz 1, § 346 Abs. 1 BGB ergibt sich zugunsten des Käufers ein Anspruch auf teilweise Rückzahlung des Kaufpreises, wenn dem Kaufgegenstand zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs ein Mangel im Sinne des § 434 Abs. 1 BGB in der bis zum 31.12.2021 geltenden Fassung (im Folgenden a. F.) anhaftete, in Bezug auf diesen Mangel erfolglos eine angemessene Frist zur Nacherfüllung gesetzt wurde, § 437 Nr. 2, § 441 Abs. 1, § 323 Abs. 1 Satz 1 BGB und der Verkäufer gegen seine Inanspruchnahme auch nicht mit Erfolg einwenden kann, dass seine Haftung für den gerügten Mangel aufgrund eines vertraglichen oder gesetzlichen Haftungsausschlusses ausscheidet. Der Verkäufer einer mangelhaften Sache hat nach den genannten Vorschriften den Mehrbetrag zu erstatten, wenn der Käufer mehr als den geminderten Kaufpreis gezahlt hat.

**21** Diese Voraussetzungen sind hier gegeben.

**22** a) Zunächst ist das LG mit Recht davon ausgegangen, dass der Immobilie zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs eine vereinbarte Beschaffenheit im Sinne von § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. gefehlt hat und aus diesem Grund das Kaufobjekt zum Zeitpunkt des Gefahrübergangs mangelhaft war.

**23** Die Parteien hatten die Beschaffenheit der Immobilie dahin gehend vereinbart, dass acht vermietbare Wohneinheiten mit einer zum Zeitpunkt des Verkaufs erzielbaren Nettokaltmiete von 3.601 € bestehen. Hiervon weicht der tatsächliche Zustand der Immobilie ab, denn es bestehen lediglich sieben vermietbare Wohneinheiten, da für das Dachgeschoss die Beklagte keine Baugenehmigung vorlegen konnte. Ohne Baugenehmigung aber ist das Dachgeschoss nicht für Vermietung als Wohneinheit geeignet, weshalb 9,71 % der angegebenen Mieterträge nicht erzielt werden können.

**24** Die aus der Bewirtschaftung eines bebauten, vermieteten Grundstücks erzielten Mieterträge können dabei zu den Eigenschaften gehören, die Gegenstand einer von den Kaufvertragsparteien vereinbarten Beschaffenheit des Grundstücks nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. sind (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 30.03.2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551, und Urteil vom 05.11.2010, V ZR 228/09, NJW 2011, 1217), denn als Beschaffenheit einer Sache im Sinne von § 434 Abs. 1 BGB a. F. sind sowohl solche Faktoren anzusehen, die der Sache selbst anhaften, als auch alle Beziehungen der Sache zur Umwelt, die nach der Verkehrs-auffassung Einfluss auf die Wertschätzung der Sache haben (BGH, Urteil vom 15.06.2016, VIII ZR 134/15, NJW 2016, 2874).

**25** Die Parteien haben eine Vereinbarung über die Vermietbarkeit von insgesamt acht Wohneinheiten als Beschaffenheit der Immobilie getroffen.

**26** Ob und wenn ja mit welchem Inhalt die Parteien eine Beschaffensvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. getroffen haben, ist durch Auslegung zu ermitteln (BGH, Urteil vom 29.06.2016, VIII ZR 191/15, NJW 2016, 3015). Erklärungen und Handlungen sind im Hinblick auf die Frage, ob eine Vereinbarung getroffen wurde, nach dem Empfängerhorizont zu beurteilen, §§ 133, 157, 242 BGB. Dabei ist maßgeblich auf den Inhalt des notariellen Kaufvertrags abzustellen, wie es auch das LG zutreffend getan hat. Das LG hat den Vertrag samt Anlage unter Berücksichtigung der Parteiinteressen dahin gehend ausgelegt, dass sich aus der Mieterliste als Anlage die Beschaffensvereinbarung ergebe, dass ein Mehrfamilienhaus mit acht Mietwohnungen verkauft werde. Diese Annahme des LG ist in der Berufungsinstanz nicht zu beanstanden. Dabei obliegt dem Berufungsgericht eine unbeschränkte Überprüfung der vorinstanzlichen Vertragsauslegung dahin, ob diese bei Würdigung aller dafür im Einzelfall maßgeblichen Umstände sachgerecht erscheint (BGH, Urteil vom 14.07.2004, VIII ZR 164/03, NJW 2004, 2751).

**27** Dies ist hier der Fall.

**28** Soweit die Berufung meint, dass eine Beschaffensvereinbarung nur ausnahmsweise anzunehmen sei, wenn besondere Umstände vorlägen, die beim Käufer die berechtigte Erwartung weckten, der Verkäufer wolle für diese Beschaffenheit einstehen, was hier nicht der Fall sei, irrt sie. Mit der Rechtsprechung des BGH ist davon auszugehen, dass die in einem Kaufvertrag enthaltenen und ausdrücklich zum Gegenstand der Vereinbarungen gemachten Angaben über tatsächlich erzielte Mieterträge als Zusicherung einer Eigenschaft zu verstehen sind, wenn der Käufer nicht aufgrund besonderer Umstände andere Vorstellungen über den Wert des Kaufgrundstücks hegt, als sie nach der Verkehrsanschauung bei solchen Objekten mit dem zugesicherten Mietertrag verbunden sind (BGH, Urteil vom 30.03.2001, V ZR 461/99, NJW 2001, 2551; OLG Köln, Urteil vom 29.11.2018, 3 U 24/18, NJW-RR 2019, 686). Dies zugrunde gelegt, ist davon auszugehen, dass durch die Angabe der tatsächlich erzielten Mieterträge in der als Anlage beigefügten Mieterliste die Beklagte jedenfalls durch konkludente Erklärung für deren Vermietbarkeit im Verhältnis zur Klägerin zu 1 einstehen wollte. Die Klägerin zu 1 als Käuferin durfte bei einer derartigen Erklärung nicht nur erwarten, dass die aufgelisteten Mietverhältnisse tatsächlich zu dem angegebenen Mietzins bestehen. Nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der wechselseitigen Interessen und der Umstände des Einzelfalls durfte sie die entsprechende Erklärung auch als Zusage verstehen, dass der Kaufgegenstand einen baulichen Zustand aufweist, der die versprochene Nutzung objektiv ermöglicht.

**29** Besondere Umstände, die eine abweichende Vorstellung der Klägerin zu 1 begründen könnten, hat die Beklagte nicht aufgezeigt.



**30** Dem steht nicht entgegen, dass die Mietverhältnisse in Ziffer V. Nr. 2 des Kaufvertrags abgehandelt werden und vorrangig Gegenstand der Regelung ist, ab wann die Mieten der Käuferseite zustehen sollen. Hierfür hätte es ausgereicht, die bestehenden Mietverhältnisse zu bezeichnen. Eine Angabe der Mieterlöse als solches wäre hierfür nicht erforderlich gewesen.

**31** Dass die Vermietbarkeit von acht Wohneinheiten nicht Gegenstand der selbstständigen Garantieversprechen in Ziffer IV. Nr. 1 des Kaufvertrags ist, führt nicht dazu, dass eine über die Garantieversprechen hinausgehende Beschaffensvereinbarung zwischen den Parteien ausgeschlossen wäre. Eine Beschaffensvereinbarung ist nicht zugleich eine Garantie im Sinne des § 443 Abs. 1 BGB. Eine Garantie im Sinne des § 443 Abs. 1 BGB steht eigenständig neben den Rechten des Käufers aus der gesetzlichen Mängelhaftung (Grüneberg/Weidenkaff, 82. Aufl. 2023, § 443 Rdnr. 1). Dass die Beklagte eine Garantie hinsichtlich der Vermietbarkeit von acht Wohnungen abgegeben haben soll, macht weder die Klägerin zu 1 geltend noch geht hier von das LG aus. Es handelt sich vielmehr schlicht um eine vereinbarte Beschaffensvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. Dass es sich bei der Mieterliste um eine Beschaffensangabe handelt, stellt sogar die Berufung (...) klar. Dass die Angaben in der Mieterliste im Ergebnis ausnahmsweise nicht als Inhalt einer Beschaffensvereinbarung zu werten sein könnten, ergibt sich jedenfalls nicht daraus, dass sie nicht in Ziffer IV. Nr. 1 des Kaufvertrags als Garantiebestandteil benannt sind.

**32** Weitere Umstände, warum die Klägerin zu 1 die Angaben der Mieterträge nicht als zugesicherte Eigenschaft verstanden haben kann, macht die Berufung nicht geltend.

**33** Ein solcher Umstand liegt auch nicht darin begründet, dass es in Ziffer IV. Nr. 1 des Kaufvertrags lautet, dass eine besondere Beschaffensvereinbarung nicht vereinbart ist. Sind in einem Kaufvertrag zugleich eine bestimmte Beschaffensvereinbarung der Kaufsache und ein pauschaler Ausschluss der Sachmängelhaftung vereinbart, kann dieser in der Regel nur dahin ausgelegt werden, dass der Haftungsausschluss nicht für das Fehlen der vereinbarten Beschaffensvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. gelten soll (BGH, Teilverjährungs- und Schlussurteil vom 29.11.2006, VIII ZR 92/06, NJW 2007, 1346; OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.06.2017, 4 U 30/16, BeckRS 2017, 116290). Die Auslegungsregel, nach der sich ein zwischen den Parteien vereinbarter allgemeiner Ausschluss der Haftung für Sachmängel nicht auf eine von den Parteien nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB vertraglich vereinbarte Beschaffensvereinbarung erstreckt, gilt auch, wenn eine bestimmte Beschaffensvereinbarung der Kaufsache nicht ausdrücklich, sondern „nur“ konkludent vereinbart worden ist (BGH, Urteil vom 19.12.2012, VIII ZR 96/12, NJW 2013, 1074; Urteil vom 06.11.2015, V ZR 78/14, NJW 2016, 1815; OLG Saarbrücken, Urteil vom 22.06.2017, 4 U 30/16, BeckRS 2017, 116290).

**34** Dass womöglich die Wohnung dennoch vermietet wird, führt nicht zum Erfolg der Berufung. Im Rahmen des Gewährleistungsrechts kann es dahinstehen, ob durch den Mangel ein Schaden entstanden ist. Relevant ist der objek-

tiv bestehende Minderwert durch die fehlende Baugenehmigung und die dadurch fehlende (legale) Möglichkeit der Vermietung. Dieser ist wie aufgezeigt gegeben und nicht durch eine dennoch erfolgte Vermietung entfallen.

**35** Auf die Ausführungen der Berufung hinsichtlich der fehlenden Arglist der Beklagten als Verkäuferin kommt es im Ergebnis nicht an, denn für das Vorliegen der vereinbarten Beschaffensvereinbarung greift der vereinbarte Haftungsausschluss wie dargestellt nicht.

**36 b)** Auf die Aufforderung der Klägerin zu 1 zur Vorlage der Baugenehmigung der Dachgeschoßwohnung hat die Beklagte trotz entsprechender Fristsetzung nicht reagiert, sodass die Klägerin zu 1 nach Ablauf der Frist mit Schreiben vom 29.06.2022 die Minderung erklären konnte.

**37 c)** Gegen die Berechnung des Minderungsbetrages wendet sich die Berufung nicht. Er ist auch mit 97.100 € korrekt unter Berücksichtigung des Anteils des Dachgeschoßes von 9,71 % an den in der Mieterliste aufgeführten Mieterträgen berechnet.

**38 2.** Darüber hinaus hat die Klägerin zu 1 gegen die Beklagte auch einen Anspruch auf Zahlung von insgesamt 11.693,54 € Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 BGB wegen zu viel entrichteter Kosten für Maklergebühren, Notarkosten, Grundbuchkosten sowie Grunderwerbsteuer. Die Berufung hat insoweit in Höhe von 451,45 € Erfolg.

**39** Die Berechnung des LG ist in den Punkten Notarkosten, Gerichtskosten sowie Kosten der Vormerkung und Höhe der Maklergebühren nicht zu beanstanden.

**40** Hinsichtlich der Grunderwerbsteuer hingegen ergibt sich eine Reduktion um lediglich 4.355 €. Unstreitig hat die Klägerin zu 1 49.500 € Grunderwerbsteuer tatsächlich gezahlt. Auf den geminderten Kaufpreis von 902.900 € wären lediglich 45.145 € angefallen. Insoweit schied eine prozentuale Minderung aus, da auch bei der Grunderwerbsteuer mit Rundungen gerechnet wird.

(...)

## Bürgerliches Recht

### SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

#### 2. Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer betreffend Verteilung der Kosten

BGH, Urteil vom 22.03.2024, V ZR 81/23 (Vorinstanz:  
LG Lüneburg, Urteil vom 21.03.2023, 9 S 56/22)

WEG § 16 Abs. 2 Satz 2, § 19

#### LEITSÄTZE:

1. Die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG begründet die Kompetenz der Wohnungseigentümer, für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine von dem gesetzlichen Verteilungsschlüssel oder von einer Vereinbarung abweichende Verteilung zu beschließen. Das gilt auch dann, wenn dadurch der Kreis der Kostenschuldner verändert wird, indem Wohnungseigentümer von der Kostentragung gänzlich befreit oder umgekehrt erstmals mit Kosten belastet werden.
2. Beschließen die Wohnungseigentümer für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer eine Änderung der bisherigen Verteilung, dürfen sie jeden Maßstab wählen, der den Interessen der Gemeinschaft und der einzelnen Wohnungseigentümer angemessen ist und insbesondere nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung Einzelner führt. Werden Kosten von Erhaltungsmaßnahmen, die nach dem zuvor geltenden Verteilungsschlüssel von allen Wohnungseigentümern zu tragen sind, durch Beschluss einzelnen Wohnungseigentümern auferlegt, entspricht dies jedenfalls dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die beschlossene Kostenverteilung den Gebrauch oder die Möglichkeit des Gebrauchs berücksichtigt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger ist Mitglied der beklagten Gemeinschaft der Wohnungseigentümer (GdWE). Zu der Anlage gehört eine Tiefgarage, in der sich 20 Kfz-Doppelparkerranlagen (sog. Doppelparker) befinden; vier von diesen Doppelparkern stehen im Teileigentum des Klägers. Nach der Teilungserklärung sind grundsätzlich alle Erhaltungskosten nach den jeweiligen Miteigentumsanteilen von sämtlichen Wohnungs- bzw. Teileigentümern zu tragen. Aufgrund eines Defekts der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden hydraulischen Hebeanlage kann in den Doppelparkern des Klägers lediglich je ein Fahrzeug abgestellt werden. Seit dem Jahre 2018 verlangt der Kläger von der GdWE die Sanierung der Hydraulik. In einer Eigentümersversammlung im Juni 2021 fassten die Wohnungseigentümer den Beschluss, den Verteilungsschlüssel dahin gehend zu ändern, dass die Kosten für etwaige Sanierungs-, Reparatur-, Unterhaltungs- und Modernisierungsarbeiten an den Doppelparkern allein deren Teileigentümer gemeinschaftlich tragen.

2 Mit seiner Anfechtungsklage wendet sich der Kläger gegen diesen Beschluss. Das AG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers ist erfolglos geblieben. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, will der Kläger weiterhin erreichen, dass der angefochtene Beschluss für ungültig erklärt wird.

3 Nach Ansicht des Berungsgerichts ist der Beschluss nicht zu beanstanden. Er sei dahin gehend auszulegen, dass nur die Kosten gemeint seien, die die im Gemeinschaftseigentum stehenden Teile der Doppelparker beträfen. Die Beschlusskompetenz für die Änderung der Kostenverteilung ergebe sich aus § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG. Diese Vorschrift ermögliche die Beschlussfassung auch dann, wenn die Änderung zur Folge habe, dass einzelne Miteigentümer vollständig von den Kosten befreit würden. Die beschlossene Kostenverteilung entspreche auch ordnungsmäßiger Verwaltung. Der beklagten GdWE stehe bei Änderungen des Umlageschlüssels ein weiter Gestaltungsspielraum zu, der eingehalten werde. Ein sachlicher Grund im engeren Sinne sei für die Änderung der Kostenverteilung nicht erforderlich. Die Regelung sei nicht willkürlich, sondern entspreche dem Verursachungs- und Nutzungsprinzip. Der Beschluss verstöße auch nicht gegen das Rückwirkungsverbot, weil er nur Kosten umfasse, die zeitlich nach der Beschlussfassung anfielen.

4 Dies hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand. Zutreffend nimmt das Berungsgericht an, dass der Beschluss über die Verteilung der für die Doppelparker anfallenden Kosten weder richtig noch anfechtbar ist.

5 1. Zu Recht geht das Berungsgericht davon aus, dass die Wohnungseigentümer die Kompetenz hatten, den angefochtenen Beschluss, der nach der von dem Berungsgericht rechtsfehlerfrei vorgenommenen Auslegung nur die Verteilung der auf das Gemeinschaftseigentum bezogenen Kosten regelt, zu fassen.

6 a) Auf der Grundlage des Wohnungseigentumsgesetzes in der bis zum 30.11.2020 geltenden Fassung hat der Senat allerdings zu der nach § 16 Abs. 3 WEG a. F. zulässigen Änderung der Verteilung von Betriebs- und Verwaltungskosten angenommen, dass diese Vorschrift nur die Kompetenz einräume, im Rahmen einer dem Grunde nach bereits bestehenden Kostentragungsverpflichtung einen anderen Verteilungsmaßstab zu beschließen. Die Bestimmung begründe hingegen nicht die Befugnis, einen Wohnungseigentümer, der nach einer bestehenden Vereinbarung von der Tragung bestimmter Kosten oder der Kostentragungs pflicht insgesamt befreit sei, durch Beschluss erstmals an den Kosten zu beteiligen (vgl. Senat, Urteil vom 01.06.2012, V ZR 225/11, NJW 2012, 2578 Rdnr. 13; Urteil vom 13.05.2016, V ZR 152/15, ZWE 2016, 374 Rdnr. 15). Noch weitergehend wurde im Anschluss hieran vertreten, § 16 Abs. 3 WEG a. F. erfasse nur das „Wie“ der Kostenverteilung, nicht aber das „Ob“ der Kostentragungsverpflichtung, sodass auch keine Beschlusskompetenz für eine Kostenbefreiung einzelner Wohnungseigentümer bestehe (vgl. etwa AG Leverkusen, ZMR 2017, 105 f.; Niedenführ in Niedenführ/Schmidt-Räntschi/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl. 2020, § 16 Rdnr. 49;

Bärmann/Becker, WEG, 14. Aufl. 2018, § 16 Rdnr. 83; Becker, ZWE 2017, 386, 387).

**7 b)** Hiervon ausgehend wird auch für § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG angenommen, dass die Vorschrift den Wohnungseigentümern lediglich eine Kompetenz zur Beschlussfassung über das „Wie“ der Kostenverteilung, nicht aber über das „Ob“ der Kostentragung einräume; eine Veränderung des Kreises der Kostenschuldner sei damit nicht von der Beschlusskompetenz umfasst (vgl. Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 16 Rdnr. 47 f.; Grüner in Hügel, Wohnungseigentum, 5. Aufl., § 8 Rdnr. 45; Bärmann/Becker, WEG, 15. Aufl., § 16 Rdnr. 120). Nach diesem engen Verständnis der Regelung wäre ein Beschluss, der eine bisher nicht bestehende Kostentragungspflicht begründet oder einzelne Wohnungseigentümer bzw. – wie hier – bestimmte Gruppen von Wohnungseigentümern von der Kostentragung ausnimmt, mangels Beschlusskompetenz nichtig. Nach der Gegenauflistung begründet § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG auch die Kompetenz, eine von der bisherigen Kostenverteilung abweichende Veränderung des Kreises der Kostenschuldner zu beschließen (vgl. BeckOGK-WEG/Falkner, Stand: 01.05.2023, § 16 Rdnr. 182 u. 183; Jennißen in Jennißen, WEG, 8. Aufl., § 16 Rdnr. 85; MünchKomm-BGB/Scheller, 9. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 52 f.; NK-BGB/Brücher/Schultzky, 5. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 53; Staudinger/Lehmann-Richter, Neub. 2023, § 16 WEG Rdnr. 115; Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 7 Rdnr. 66; Fuhrländer in Fuhrländer/Füllbeck, Praxishandbuch WEG-Verwaltung, § 3 Rdnr. 100; Lehmann-Richter/Wobst, WEG-Reform 2020, Rdnr. 693; Müller/Fichtner, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 7. Aufl., § 24 Rdnr. 50; Neumann in Münchener Handbuch des Wohnungseigentumsrechts, 8. Aufl., § 8 Rdnr. 14). Eine differenzierende Meinung verneint die Beschlusskompetenz lediglich bei der erstmaligen Begründung einer Kostentragungsverpflichtung (vgl. LG Berlin, ZMR 2024, 48, 49 f.; AG Erfurt, WUM 2022, 560, 563; BeckOK-BGB/Hügel, Stand: 01.11.2023, § 16 WEG Rdnr. 16; Grüneberg/Wicke, 83. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 5; PWW/Elzer/Riecke, BGB, 18. Aufl., § 16 WEG Rdnr. 53).

**8 c)** Richtigerweise begründet die Vorschrift des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG die Kompetenz der Wohnungseigentümer, für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der GdWE eine von dem gesetzlichen Verteilungsschlüssel oder von einer Vereinbarung abweichende Verteilung zu beschließen. Das gilt auch dann, wenn dadurch der Kreis der Kostenschuldner verändert wird, indem Wohnungseigentümer von der Kostentragung gänzlich befreit oder umgekehrt erstmals mit Kosten belastet werden.

**9 aa)** Anders als die Revision meint, ergibt sich ein weites Verständnis der Regelung bereits aus dem Gesetzeswortlaut. Danach „können“ die Wohnungseigentümer eine „abweichende Verteilung beschließen.“ Das Wort „können“ definiert dabei die Beschlusskompetenz (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 66). Eine abweichende Verteilung wiederum ist nicht nur bei einer Veränderung des bisherigen Kostenverteilungsschlüssels gegeben, sondern auch dann, wenn – bei gleichbleibendem Verteilungsschlüssel – der Kreis der von der Kostenverteilung erfassten Wohnungs-

eigentümer verändert wird (vgl. MünchKomm-BGB/Scheller, § 16 WEG Rdnr. 53; BeckOGK-WEG/Falkner, § 16 Rdnr. 182).

**10 bb)** Dieses weite Verständnis der Norm entspricht auch dem gesetzgeberischen Ziel des § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG. Durch diese Regelung sollen die Wohnungseigentümer einfacher als bisher über eine nach den Umständen des Einzelfalles angemessene Kostenverteilung entscheiden können (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 56). Hintergrund dessen ist, dass der gesetzlich vorgegebene Verteilungsschlüssel nach Miteigentumsanteilen (§ 16 Abs. 2 Satz 1 WEG) zwar ein hohes Maß an Rechtssicherheit gewährleistet, ihm aber keine besondere Verteilungsgerechtigkeit immanent ist (vgl. Staudinger/Lehmann-Richter, § 16 WEG Rdnr. 121). Der Gesetzgeber hat daher bewusst auf bisherige nach § 16 Abs. 3, Abs. 4 WEG a. F. bestehende Beschränkungen und inhaltliche Vorgaben verzichtet (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 56). § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG erfasst nunmehr – mit Ausnahme der Kosten baulicher Veränderungen (§ 16 Abs. 3 WEG) – sämtliche Kosten und schließt lediglich eine generelle Änderung des Kostenverteilungsschlüssels aus (vgl. hierzu BT-Drucks. 19/18791, S. 56). Die Erhöhung der Verteilungsgerechtigkeit nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls lässt sich aber nicht nur durch eine Änderung des eigentlichen Umlageschlüssels, sondern insbesondere auch durch die Auswahl der Kostenschuldner erreichen. Beispielsweise kann sich eine objektbezogene Kostentrennung als sinnvoll erweisen mit der Folge, dass einzelne Kosten ausschließlich von bestimmten Wohnungseigentümern zu tragen sind, die einen besonderen Nutzen aus dem von der Kostentrennung erfassten gemeinschaftlichen Eigentum ziehen; hierdurch wird der Kreis der Kostenschuldner verkleinert (vgl. dazu etwa Staudinger/Lehmann-Richter, § 16 WEG Rdnr. 122). Eine größere Verteilungsgerechtigkeit kann aber auch dadurch erzielt werden, dass eine nicht sachgerechte Befreiung einzelner Wohnungseigentümer von der Tragung (bestimmter) Kosten beseitigt und damit der Kreis der Kostenschuldner vergrößert wird (vgl. MünchKomm-BGB/Scheller, § 16 WEG Rdnr. 47). Daraus, dass die Gesetzesbegründung zu dieser Frage schweigt, lässt sich nichts Gegenteiliges ableiten (vgl. Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 7 Rdnr. 66; a. A. LG Berlin, ZMR 2024, 48, 50).

**11 cc)** Auch das Gebot der Rechtssicherheit streitet – wie die Revisionserwiderung zutreffend ausführt – dafür, die Kompetenz der Wohnungseigentümer weit zu fassen. Denn eine Nichtigkeit wegen fehlender Beschlusskompetenz hätte zur Folge, dass dieser Mangel auch noch Jahre nach der Beschlussfassung geltend gemacht werden könnte, was mit einer erheblichen Rechtsunsicherheit für die Wohnungseigentümer verbunden wäre. Geht man hingegen von einer Beschlusskompetenz aus, sind etwaige Mängel des Beschlusses wegen der Änderung des Kreises des Kostenschuldners im Rahmen der Anfechtungsklage innerhalb der Anfechtungsfrist (§ 45 Satz 1 WEG) geltend zu machen. Auf diese Weise wird das Vertrauen der Wohnungseigentümer in die Rechtsverbindlichkeit von Beschlüssen geschützt und erreicht, dass unter den Wohnungseigentümern alsbald Klarheit über die Rechtslage besteht und dass nicht



Streitigkeiten über die Wirksamkeit von Beschlüssen das Verhältnis der Wohnungseigentümer untereinander noch längere Zeit belasten (vgl. Senat, Urteil vom 22.06.2018, V ZR 193/17, NJW 2018, 3717 Rdnr. 18).

**12** 2. Rechtsfehlerfrei nimmt das Berufungsgericht weiter an, dass der Beschluss über die Verteilung der Kosten der Doppelparker ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht.

**13** a) Den Wohnungseigentümern ist bei Änderungen des Umlageschlüssels – wie auch nach § 16 Abs. 3 WEG a. F. – aufgrund des Selbstorganisationsrechts der Gemeinschaft ein weiter Gestaltungsspielraum eingeräumt. Der Beschluss über eine Kostenverteilung muss, wie dies grundsätzlich in § 19 Abs. 1 WEG zum Ausdruck gebracht wird und für alle Beschlüsse der GdWE gilt, lediglich ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen (vgl. Senat, Urteil vom 16.09.2022, V ZR 69/21, NJW 2023, 63 Rdnr. 38; BT-Drucks. 19/18791, S. 56). Entgegen der Auffassung der Revision ist die Zulässigkeit der Änderung des Umlageschlüssels auch nicht an das Vorliegen eines sachlichen Grundes als eigene, von der ordnungsmäßigen Verwaltung unabhängige Voraussetzung geknüpft. Dies entsprach bereits der Rechtsprechung des Senats unter Geltung des alten Rechts (vgl. Senat, Urteil vom 01.04.2011, V ZR 162/10, NJW 2011, 2202 Rdnr. 8; Urteil vom 02.10.2020, V ZR 282/19, ZWE 2021, 90 Rdnr. 12 ff.) und gilt erst recht für einen auf der Grundlage von § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gefassten Beschluss.

**14** b) Bei der Frage, ob ein auf der Grundlage von § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG gefasster Beschluss über die Kostenverteilung ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht, kann im Ausgangspunkt auf die bisherige Rechtsprechung des Senats zu § 16 Abs. 3 WEG a. F. zurückgegriffen werden. Beschließen die Wohnungseigentümer für einzelne Kosten oder bestimmte Arten von Kosten der GdWE eine Änderung der bisherigen Verteilung, dürfen sie danach jeden Maßstab wählen, der den Interessen der Gemeinschaft und der einzelnen Wohnungseigentümer angemessen ist und insbesondere nicht zu einer ungerechtfertigten Benachteiligung Einzelner führt. Dabei dürfen an die Auswahl eines angemessenen Kostenverteilungsschlüssels nicht zu strenge Anforderungen gestellt werden, weil sich jede Änderung des Verteilungsmaßstabes zwangsläufig auf die Kostenlast des einen oder des anderen Wohnungseigentümers auswirkt (vgl. zum alten Recht Senat, Urteil vom 02.10.2020, V ZR 282/19, ZWE 2021, 90 Rdnr. 13). Werden Kosten von Erhaltungsmaßnahmen (§ 19 Abs. 2 Nr. 2 WEG), die nach dem zuvor geltenden Verteilungsschlüssel von allen Wohnungseigentümern zu tragen sind, durch Beschluss einzelnen Wohnungseigentümern auferlegt, entspricht dies – wie schon nach § 16 Abs. 4 WEG a. F. – jedenfalls dann ordnungsmäßiger Verwaltung, wenn die beschlossene Kostenverteilung den Gebrauch oder die Möglichkeit des Gebrauchs berücksichtigt (vgl. BT-Drucks. 19/18791, S. 56; Dötsch/Schultzky/Zschieschack, WEG-Recht 2021, Kap. 7 Rdnr. 67 f.).

**15** c) Daran gemessen entspricht die Änderung der Kostenverteilung für die Doppelparker ordnungsmäßiger Verwaltung. Durch die getroffene Regelung werden nur deren Teileigentümer mit Kosten belastet, die – im Gegensatz zu den

übrigen Wohnungseigentümern – auch einen Nutzen aus der Erhaltung des Gemeinschaftseigentums an den Doppelparkern ziehen und denen die Erhaltung des Gemeinschaftseigentums wirtschaftlich zugutekommt. Dass die Beschlussfassung eine erhebliche Mehrbelastung der Teileigentümer im Vergleich zu dem gesetzlichen Verteilungsmaßstab zur Folge hat, führt nicht dazu, dass die Teileigentümer ungerechtfertigt benachteiligt werden; vielmehr ist diese Mehrbelastung durch deren alleinige Gebrauchsmöglichkeit gerechtfertigt (vgl. dazu etwa BeckOGK-WEG/Falkner, § 16 Rdnr. 209). Anders als die Revision meint, haben die Wohnungseigentümer daher vor einer Beschlussfassung nach § 16 Abs. 2 Satz 2 WEG auch grundsätzlich keine Vergleichsberechnung über die sich für einzelne Wohnungseigentümer konkret ergebenden Veränderungen der Kostenbelastung vorzunehmen (so aber AG Potsdam, Urteil vom 20.10.2022, 31 C 43/22, juris Rdnr. 22).

**16** d) Entgegen der Ansicht der Revision ist eine andere Betrachtung auch nicht mit Blick auf die von dem Kläger in der Vergangenheit geleisteten Beiträge zu der Erhaltungsrücklage (§ 19 Abs. 2 Nr. 4 WEG) angezeigt. Richtig ist zwar, dass die Bildung einer Erhaltungsrücklage dazu dient, notwendige größere Erhaltungsmaßnahmen wirtschaftlich abzusichern und durch das Ansparen kleinerer Beträge u. a. das Risiko einer plötzlichen finanziellen Überforderung der einzelnen Wohnungseigentümer durch Sonderumlagen zu vermindern (vgl. BeckOGK-WEG/Skauradszun, Stand: 01.12.2023, § 19 Rdnr. 81). Auch ist die Erhaltungsrücklage entsprechend ihrer Zweckbindung zu verwenden. Ein Anspruch des einzelnen Wohnungseigentümers auf Verwendung für eine bestimmte Erhaltungsmaßnahme besteht aber nicht (vgl. BayObLG, NZM 2004, 745, 746; Bärmann/Dötsch, WEG, 15. Aufl., § 19 Rdnr. 231 m. w. N.). Der Kläger konnte daher nicht auf eine Finanzierung der Instandsetzung der Doppelparker aus Mitteln der Rücklage vertrauen, selbst wenn insoweit ein Sanierungsstau bestanden haben mag.

**17** e) Auch unter dem Aspekt des Rückwirkungsverbots ergibt sich, wie das Berufungsgericht zutreffend ausführt, keine andere Beurteilung. Wahr sind Rückwirkungen, die zu einer nachträglichen Neubewertung eines bereits abgeschlossenen Sachverhalts führen, grundsätzlich unzulässig. Geht es aber um einen noch nicht abgeschlossenen Vorgang, ist eine Rückwirkung – soweit spezialgesetzliche Regelungen fehlen – hinzunehmen, wenn sich bei typisierender Betrachtung noch kein schutzwürdiges Vertrauen herausbildet hat (vgl. Senat, Urteil vom 09.07.2010, V ZR 202/09, NJW 2010, 2654 Rdnr. 11; Urteil vom 01.04.2011, V ZR 162/10, NJW 2011, 2202 Rdnr. 11). So liegt es hier. Die Beschlussfassung betrifft keinen abgeschlossenen Sachverhalt, sondern ändert den Verteilungsschlüssel mit Wirkung für die Zukunft. Bei typisierender Betrachtung konnten die Teileigentümer nicht darauf vertrauen, dass die gesetzlichen Öffnungsklauseln dauerhaft unverändert bleiben und die Mehrheitsmacht nicht erweitert wird. Vielmehr muss mit Änderungen gesetzlicher Rahmenbedingungen grundsätzlich gerechnet werden.

**18** f) Inwieweit auch ein Beschluss, der einen von bestimmten Kosten befreiten Wohnungseigentümer erstmalig mit

Kosten belastet, ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen kann (vgl. hierzu etwa BeckOGK-WEG/Falkner, § 16 Rdnr. 182.1; MünchKomm-BGB/Scheller, § 16 WEG Rdnr. 53), muss hier nicht entschieden werden.

(...)

•

### 3. Wirkung der Vormerkung bei Verlängerung eines befristeten Angebots

BGH, Urteil vom 08.03.2024, V ZR 176/22 (Vorinstanz: OLG München, Endurteil vom 17.08.2022, 7 U 4125/19)

**BGB §§ 883, 894**

#### LEITSATZ:

**Eine Vormerkung, die einen sich aus einem befristeten Vertragsangebot ergebenden künftigen Anspruch sichert, entfaltet bei rechtzeitiger Verlängerung der ursprünglichen Annahmefrist Sicherungswirkung bis zum Ablauf der verlängerten Annahmefrist.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Klägerin, eine philippinische Staatsangehörige, lebte seit 2004 gemeinsam mit ihrem späteren Ehemann, einem deutschen Staatsangehörigen, in Südafrika. Im Jahr 2006 gingen die beiden dort die Ehe ein. Zu diesem Zeitpunkt war der Ehemann der Klägerin Eigentümer der streitgegenständlichen Wohnung in München. Die Eheleute schlossen keinen Ehevertrag und trafen keine Rechtswahl hinsichtlich des auf ihren Güterstand anzuwendenden Rechts. Im Jahr 2013 übertrug der Ehemann der Klägerin ohne deren Zustimmung das Eigentum an der Wohnung auf seinen Sohn aus früherer Ehe. Dieser wurde als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen und bot in der Folge mit notarieller Urkunde vom 30.06.2014 der Beklagten, seiner Ehefrau, unwiderruflich die unentgeltliche Übertragung des Eigentums an der Wohnung an. Dabei setzte er zur Annahme seines Angebots eine Frist bis zum 31.12.2016. Zur Sicherung des künftigen Anspruchs auf Übereignung des Wohnungseigentums bewilligte er zudem eine Vormerkung, die am 04.07.2014 in das Grundbuch eingetragen wurde. Am 07.10.2016 wurde ein Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Ehemannes der Beklagten in das Grundbuch eingetragen. Mit notarieller Urkunde vom 18.10.2016 verlängerte der Ehemann der Beklagten die Frist zur Annahme seines Angebots bis zum 31.12.2026.

2 Mit ihrer Klage verlangt die Klägerin von der Beklagten, der Berichtigung des Grundbuchs dergestalt zuzustimmen, dass die Vormerkung gelöscht wird. Dabei stützt sie sich unter anderem darauf, dass sie nach dem Erachtens anzuwendenden südafrikanischen Güterrecht mit der Eheschließung Gesamthandseigentümerin der Wohnung geworden und die Übertragung des Wohnungseigentums auf den Ehemann der Beklagten ohne ihre Zustimmung unwirksam gewesen sei. Das LG hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hat das OLG zurückgewie-

sen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

3 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung u. a. in MittBayNot 2023, 479 veröffentlicht ist, hält die Klage für zulässig. Insbesondere sei die Klägerin prozessführungsbefugt. Zwar komme für die Prozessführungsbefugnis grundsätzlich die lex fori und damit deutsches Zivilprozessrecht zur Anwendung. Soweit die Prozessführungsbefugnis aber – wie hier – auf einer Vorschrift materiellen Rechts gründe, verweise das deutsche Zivilprozessrecht auf ausländisches Recht, hier auf das südafrikanische Güterrecht. Nach diesem könne die Klägerin im Hinblick auf das Gesamthandseigentum auch ohne Zustimmung ihres Ehemannes gegen Dritte klagen.

4 Die Klage sei allerdings in der Sache nicht begründet. Die Klägerin habe gegen die Beklagte keinen Anspruch auf Grundbuchberichtigung aus § 894 BGB. Dabei könne offenbleiben, ob die Klägerin Gesamthandseigentümerin der Wohnung und damit aktiv legitimiert sei. Denn es fehle schon an einer Unrichtigkeit des Grundbuchs. Die Beklagte habe die Vormerkung nach dem anzuwendenden deutschen Sachenrecht jedenfalls gutgläubig erworben. Zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung sei kein Widerspruch im Grundbuch eingetragen gewesen. Dass der Beklagten die (unterstellte) Unrichtigkeit der Eintragung ihres Ehemannes bekannt gewesen sei, habe die Klägerin nicht bewiesen. Einem gutgläubigen Erwerb stehe nicht entgegen, dass der Erwerb der Vormerkung kein Verkehrsgeschäft gewesen sei. Denn dafür, dass mit dem Schenkungsangebot die Erbfolge habe vorweggenommen werden sollen, lägen keine hinreichenden Anhaltspunkte vor. Die Vormerkung sei auch nicht mit Ablauf der ursprünglichen Befristung erloschen. Vielmehr habe sich durch die rechtzeitige Verlängerung der Angebotsfrist bis zum 31.12.2026 auch der Vormerkungsschutz verlängert. Ob die Verlängerung der Annahmefrist ohne Eintragung der Fristverlängerung in das Grundbuch den Vormerkungsschutz nach Ablauf der ursprünglichen Frist entfallen lasse, sei zwar umstritten. Richtigerweise seien aber die vom BGH zur Frage der Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung entwickelten Grundsätze zur erforderlichen Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und Anspruch zugrunde zu legen. Welcher Anspruch durch die Vormerkung gesichert werde, müsse demnach durch Auslegung des Eintragsvermerks und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung ermittelt werden. Die Auslegung ergebe hier, dass die Vormerkung einen Auflassungsanspruch ohne Rücksicht auf dessen Befristung sichere. Deswegen habe die Annahmefrist ohne Notwendigkeit einer erneuten Eintragung der Vormerkung verlängert werden können.

5 Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 I. Die auch im Revisionsverfahren zu prüfende (vgl. Senat, Urteil vom 18.07.2008, V ZR 11/08, NJW 2008, 3502 Rdnr. 6 m. w. N.) internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ist gegeben. Dabei kann dahinstehen, ob sie sich aus dem dinglichen Gerichtsstand nach Art. 24 Nr. 1 der Verordnung (EU) Nr. 1215/2012 des Europäischen Parlaments und



des Rates vom 12.12.2012 über die gerichtliche Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Zivil- und Handelssachen (Brüssel Ia-VO, nachfolgend EuGVVO) ergibt. Denn auch wenn für den geltend gemachten Anspruch der dingliche Gerichtsstand nicht begründet wäre, ergäbe sich die Zuständigkeit deutscher Gerichte jedenfalls aufgrund des Wohnsitzes der Beklagten in Deutschland aus Art. 4 Abs. 1 EuGVVO.

**7 II.** Die Revision ist begründet. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann die Klage nicht abgewiesen werden.

(...)

**20 2.** Von Rechtsfehlern beeinflusst ist dagegen die Annahme des Berufungsgerichts, die Klage sei unbegründet.

**21 a)** Dabei ist es – anders als die Revision meint – im Ergebnis revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht einen Grundbuchberichtigungsanspruch der Klägerin aus § 894 BGB als der maßgeblichen *lex rei sitiae* verneint. Nach § 894 BGB kann, wenn der Inhalt des Grundbuchs in Ansehung eines Rechts an einem Grundstück mit der wirklichen Rechtslage nicht im Einklang steht, derjenige, dessen Recht durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Der Anspruch aus § 894 BGB richtet sich dabei auf Erteilung der im Grundbuchverfahren nach § 19 GBO formell-rechtlich erforderlichen Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs (vgl. Senat, Urteil vom 09.12.2022, V ZR 91/21, BGHZ 235, 277 Rdnr. 10) und ist auch auf Vormerkungen anwendbar (vgl. Senat, Urteil vom 17.02.2023, V ZR 22/22, NJW 2023, 2343 Rdnr. 33; BGH, Urteil vom 08.01.2015, IX ZR 300/13, NJW-RR 2015, 565 Rdnr. 12). Nach dem revisionsrechtlich zugrunde zu legenden Sachverhalt besteht der Grundbuchberichtigungsanspruch aber deswegen nicht, weil das Grundbuch in Ansehung der für die Beklagte eingetragenen Vormerkung nicht unrichtig ist. Die Vormerkung ist vielmehr entstanden und besteht weiterhin.

**22 aa)** Die Annahme des Berufungsgerichts, die Beklagte habe die Vormerkung im Jahr 2014 jedenfalls gutgläubig erworben, lässt keine Rechtsfehler erkennen.

**23 (1)** Zutreffend ist zunächst, dass der Erwerb ebenso wie der Fortbestand der Vormerkung gemäß Art. 43 Abs. 1 EGBGB dem deutschen Sachenrecht als der *lex rei sitiae* unterliegen. Das Sachstatut des Grundstücks bestimmt auch die Möglichkeiten und Voraussetzungen eines Eigentumserwerbs vom Nichtberechtigten kraft guten Glaubens (vgl. BGH, Urteil vom 10.06.2009, VIII ZR 108/07, NJW 2009, 2824 Rdnr. 10 m. w. N.). Entsprechendes gilt für den gutgläubigen Erwerb einer Vormerkung aufgrund einer Bewilligung durch den Nichtberechtigten (vgl. Staudinger/Mansel, Neub. 2015, Art. 43 EGBGB Rdnr. 612 m. w. N.).

**24 (2)** Richtig ist weiter, dass nach deutschem Recht eine Vormerkung bei ihrer Begründung aufgrund einer Bewilligung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB entsprechend

§ 892 Abs. 1 Satz 1 BGB gutgläubig (erst-)erworben werden kann, das Grundbuch also zugunsten des gutgläubigen Erwerbers der Vormerkung im Hinblick auf den eingetragenen Eigentümer und den Grundbuchstand als richtig gilt; aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung zum gesicherten Anspruch gilt dies aber nur insoweit, als die gesicherte Forderung tatsächlich besteht (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 09.12.2022, V ZR 91/21, BGHZ 235, 277 Rdnr. 23 m. w. N.). Die Voraussetzungen für einen gutgläubigen Erwerb der Vormerkung durch die Beklagte bejaht das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei. Der Vormerkung lag ein vormerkungsfähiger Anspruch zugrunde, die Beklagte war gutgläubig und auch sonstige Umstände standen einem gutgläubigen Erwerb nicht entgegen.

**25 (a)** Der durch die Vormerkung gesicherte künftige Anspruch war vormerkungsfähig. Nach § 883 Abs. 1 Satz 2 Alt. 1 BGB können auch künftige Ansprüche durch eine Vormerkung gesichert werden. Vormerkungsschutz genießen künftige Ansprüche dabei jedenfalls dann, wenn bereits der Rechtsboden für ihre Entstehung durch ein rechtsverbindliches Angebot soweit vorbereitet ist, dass die Entstehung des Anspruchs nur noch vom Willen des künftigen Berechtigten abhängt (vgl. Senat, Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446 f.). Dies war hier der Fall. Das bis zum 31.12.2016 befristete Angebot auf Übereignung des Wohnungseigentums war unwiderruflich. Die Entstehung des Auflassungsanspruchs hing damit nur noch von der Entscheidung der Beklagten ab, das Angebot anzunehmen.

**26 (b)** Die Beklagte war im Hinblick auf das Eigentum ihres Ehemannes gutgläubig. Gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB gilt zugunsten desjenigen, welcher ein Recht an einem Grundstück oder ein Recht an einem solchen Recht durch Rechtsgeschäft erwirbt, der Inhalt des Grundbuchs als richtig, es sei denn, dass ein Widerspruch gegen die Richtigkeit eingetragen oder die Unrichtigkeit dem Erwerber bekannt ist. Dabei kommt es, wenn die Vormerkung – wie hier – einen künftigen Anspruch sichert, für die Frage der Gutgläubigkeit nicht (erst) auf den Zeitpunkt der Entstehung des Anspruchs an; vielmehr bestimmt sich der für die Gutgläubigkeit maßgebliche Zeitpunkt nach den auch sonst geltenden allgemeinen Grundsätzen (vgl. Senat, Urteil vom 31.10.1980, V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447). In der Regel ist daher auf den Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs abzustellen. Liegen alle Entstehungsvoraussetzungen der Vormerkung mit Ausnahme der Grundbucheintragung vor, kommt es entsprechend § 892 Abs. 2 Alt. 1 BGB auf den Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags an (vgl. Senat, Urteil vom 01.10.1958, V ZR 26/57, BGHZ 28, 182, 187 f.).

**27 (aa)** Im Zeitpunkt der Eintragung der Vormerkung am 04.07.2014 war noch kein Widerspruch in dem Grundbuch eingetragen. Entgegen der Ansicht der Revision ist es auch nicht zu beanstanden, dass es das Berufungsgericht im Rahmen seiner nur eingeschränkt überprüfbaren (vgl. Senat, Urteil vom 01.10.2010, V ZR 173/09, NJW 2010, 3774 Rdnr. 13 m. w. N.) tatrichterlichen Würdigung nicht als erwiesen ansieht, dass die Beklagte im Zeitpunkt des Eintragungsantrags Kenntnis von einer nicht gegebenen Eigentümerstellung ihres Ehemannes hatte. Das Berufungsge-



richt überspannt die Anforderungen an den von der Klägerin zu erbringenden Beweis der Bösgläubigkeit nicht, wenn es hierfür eine Kenntnis der die Unrichtigkeit der Eintragung begründenden Tatsachen nicht ausreichen lässt. Denn die Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs setzt positive Kenntnis voraus und ist daher grundsätzlich erst dann gegeben, wenn der Schluss von den Tatsachen auf die Rechtsfolge der Unrichtigkeit des Grundbuchs gezogen wird. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich der Erwerber der sich aus den ihm bekannten Tatsachen ergebenden Rechtsfolge bewusst verschließt, was aber unter anderem voraussetzt, dass sich diese Rechtsfolge für ihn aufdrängt (vgl. Senat, Urteil vom 24.10.2014, V ZR 45/13, NJW 2015, 619 Rdnr. 33). Dass das Berufungsgericht hiervon angesichts der Maßgeblichkeit südafrikanischen Güterrechts nicht ausgeht, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Soweit die Revision geltend macht, das Berufungsgericht habe es unterlassen, den sich aus § 819 Abs. 1 BGB ergebenden Sorgfaltsmaßstab zu beachten, verfängt dies schon deswegen nicht, weil im Rahmen des § 892 BGB nicht die Kenntnis von dem Mangel eines rechtlichen Grundes, sondern die Kenntnis von der Unrichtigkeit der Grundbucheintragung entscheidend ist. Die Kenntnis von einem etwaigen Rechtsmangel des Verpflichtungsgeschäfts führt nicht ohne Weiteres dazu, dass auch die Kenntnis von einer Unwirksamkeit des der Grundbucheintragung zugrunde liegenden Verfügungsgeschäfts gegeben ist (vgl. Staudinger/Picker, Neub. 2019, § 892 Rdnr. 151; BeckOGK-BGB/Hertel, Stand: 15.04.2021, § 892 Rdnr. 76).

**28 (bb)** Zutreffend ist auch, dass ein möglicher Verstoß gegen eine ehegüterrechtliche absolute Verfügungsbeschränkung nach dem anzuwendenden (siehe oben Rdhr. 13-18) südafrikanischen Güterrecht dem gutgläubigen Erwerb nicht entgegensteht. Denn nach den für den Senat bindenden (vgl. Rdnr. 19) Feststellungen des Berufungsgerichts zum Inhalt des südafrikanischen Rechts wäre auch bei einem derartigen Verstoß ein gutgläubiger Erwerb von dem zu Unrecht eingetragenen Bucheigentümer möglich.

**29 (cc)** Richtig ist weiter, dass ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung auch nicht deshalb ausgeschlossen war, weil es an einem Verkehrsgeschäft fehlte. Ob mit dieser Begründung Rechtsgeschäften im Rahmen vorweggenommener Erbfolge überhaupt der Schutz des § 892 BGB versagt werden kann, ist umstritten. Der Senat hat dies bisher offengelassen (vgl. Urteil vom 02.10.1981, V ZR 126/80, NJW 1982, 761, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 81, 395; zum Streitstand vgl. MünchKomm-BGB/H. Schäfer, 9. Aufl., § 892 Rdnr. 31). Eine Entscheidung der Streitfrage ist auch hier nicht erforderlich. Denn die Annahme des Berufungsgerichts, dass die Bewilligung der Vormerkung nicht im Rahmen einer vorweggenommenen Erbfolge erfolgte, begegnet keinen Bedenken. Das Berufungsgericht legt das Schenkungsangebot des Ehemannes der Beklagten dahin aus, dass es nicht im Sinne von § 2301 BGB daran anknüpft, dass die Beklagte ihren Ehemann überlebt. Diese tatächterliche Auslegung ist im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbar (st. Rspr., vgl. nur Senat, Urteil vom 22.04.2016, V ZR 189/15, NJW-RR 2017, 210 Rdnr. 7 m. w. N.) und in diesem Rahmen, anders als die Revision meint, nicht

zu beanstanden. Insbesondere beschränkt das Berufungsgericht seine Auslegung nicht nur auf den Wortlaut der Urkunde, sondern bezieht, worauf die Erwiderung zutreffend hinweist, auch die Angaben der Beklagten im Rahmen der Parteivernehmung und weitere Umstände mit in die Auslegung ein. Die der Auslegung zugrunde liegende Beweiswürdigung ist auch nicht widersprüchlich. Vielmehr geht das Berufungsgericht davon aus, dass das Schenkungsangebot jedenfalls auch zur Sicherung der Finanzierung für den Fall einer schweren Erkrankung des Ehemannes der Beklagten habe dienen sollen, es sich mithin nicht allein um eine Maßnahme für den Todesfall gehandelt habe.

**30 bb)** Im Ergebnis zutreffend nimmt das Berufungsgericht zudem an, dass die Vormerkung weiterhin besteht. Die Vormerkung ist nicht mit dem Ablauf der ursprünglichen Annahmefrist (31.12.2016) erloschen. Vielmehr besteht der künftige Anspruch aufgrund der vor Fristablauf erfolgten Verlängerung der Annahmefrist bis zum 31.12.2026 weiterhin und wird durch die Vormerkung gesichert.

**31 (1)** Im Ausgangspunkt ist die Vormerkung ein streng akzessorisches Sicherungsmittel eigener Art. Sie erlischt, wenn der gesicherte Anspruch nicht mehr besteht (vgl. Senat, Urteil vom 17.02.2023, V ZR 22/22, NJW 2023, 2343 Rdnr. 33 m. w. N.) oder der gesicherte Anspruch unter Aufhebung des alten neu begründet wird (vgl. Senat, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 179). Auch wenn der gesicherte Anspruch erweitert wird oder seine Entstehungsvoraussetzungen erweitert werden, erfasst die Wirkung der Vormerkung diese Erweiterungen wegen ihrer Akzessorietät nicht (vgl. Senat, Urteil vom 07.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578 Rdnr. 15). Soweit die Sicherungswirkung der Vormerkung den neuen Anspruch oder die Erweiterung des alten Anspruchs nicht umfasst, kann sich in der Folge die Frage stellen, ob die Vormerkungseintragung ausnahmsweise (vgl. Krüger, ZNotP 2013, 11, 13) durch eine erneute Bewilligung zur Sicherung des neuen oder des erweiterten Anspruchs genutzt werden kann; dabei bestimmt sich der Rang der Vormerkung dann nach dem Zeitpunkt der neuen Bewilligung (vgl. Senat, Urteil vom 26.11.1999, V ZR 432/98, BGHZ 143, 175, 179 ff.; Urteil vom 07.12.2007, V ZR 21/07, NJW 2008, 578 Rdnr. 15 u. 17).

**32 (2)** Vor diesem Hintergrund ist – wie das Berufungsgericht richtig sieht – umstritten, welche Auswirkungen eine rechtzeitige Verlängerung der Angebotsfrist auf die Sicherungswirkung einer Vormerkung hat, die einen sich aus einem befristeten Vertragsangebot ergebenden künftigen Anspruch sichert.

**33 (a)** Teilweise wird vertreten, dass die Verlängerung der Annahmefrist eine wesentliche Änderung des durch die Vormerkung gesicherten künftigen Anspruchs darstelle. Ergebe sich aus der Grundbucheintragung unter Einbeziehung der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung (§ 44 Abs. 2 Satz 1 GBO) die ursprüngliche Annahmefrist, sichere die eingetragene Vormerkung daher nur diesen künftigen Anspruch und nicht den sich erst aufgrund der Verlängerung der Frist ergebenden künftigen Anspruch. Vormerkungsschutz für diesen künftigen Anspruch bestehe erst ab dem Zeitpunkt, in dem die Verlängerung der Frist in



das Grundbuch eingetragen werde. Der alte Rang der Vormerkung könne insofern nur mit Zustimmung gleich- und nachrangig eingetragener Berechtigter gewahrt werden. Das entspreche der Funktion des Grundbuchs und den schutzwürdigen Interessen des Rechtsverkehrs (vgl. OLG Köln, OLGZ 1976, 335, 337 f.; OLG Frankfurt a. M., DNotZ 1994, 247, 248 f.; KG, HRR 1933 Nr. 1849; LG Kiel, NZM 2002, 629, 630; Grüneberg/Herrler, 83. Aufl., § 885 Rdnr. 20; jurisPK-BGB/Ludwig, 10. Aufl., § 311b Rdnr. 67; Amann, DNotZ 2014, 178, 194 f., 202; Krauß, notar 2012, 317, 322; Volmer, ZfIR 2000, 207).

**34 (b)** Nach anderer Ansicht beeinflusst eine Verlängerung der Annahmefrist die Sicherungswirkung der eingetragenen Vormerkung nicht. Denn durch die Fristverlängerung verändere sich nicht der Inhalt des künftigen Anspruchs, sondern nur dessen zeitliche Entstehungsgrundlage. Eine mit der Fristverlängerung ggf. verbundene Drittbelastung sei unbedenklich, da die Beteiligten dieselbe Wirkung auch auf andere Weise herbeiführen könnten (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 244, 245 f.; BeckOGK-BGB/Assmann, Stand: 01.02.2024, § 883 Rdnr. 85.2; BeckOK-BGB/Eckert, Stand: 01.02.2024, § 885 Rdnr. 18; Erman/Artz, BGB, 17. Aufl., § 885 Rdnr. 20; MünchKomm-BGB/Lettmaier, 9. Aufl., § 885 Rdnr. 37; NK-BGB/Krause, 5. Aufl., § 883 Rdnr. 113; Staudinger/Kesseler, Neub. 2020, § 885 Rdnr. 2; Bauer/Schaub/Lieder, GBO, 5. Aufl., AT C Rdnr. 87 f.; Promberger, Rpfleger 1977, 157, 158 f.; Krüger in FS Krämer, 2009, S. 475, 490 f.; Kohler, DNotZ 2011, 808, 830 Fn. 102).

**35 (c)** Richtigerweise entfaltet eine Vormerkung, die einen sich aus einem befristeten Vertragsangebot ergebenden künftigen Anspruch sichert, bei rechtzeitiger Verlängerung der ursprünglichen Annahmefrist Sicherungswirkung bis zum Ablauf der verlängerten Annahmefrist.

**36 (aa)** Durch die Verlängerung der Annahmefrist bleibt der künftige Anspruch selbst unverändert; es wird weder ein neuer künftiger Anspruch begründet noch wird der künftige Anspruch um zusätzliche Entstehungsvoraussetzungen erweitert (vgl. Krüger in FS Krämer, 2009, S. 475, 491). Zwar wird der Schwebezustand bis zur Entstehung des künftigen Anspruchs verlängert; dadurch wird aber lediglich der Zeitraum, in dem der Anspruch entstehen kann, geändert, nicht der Inhalt des Anspruchs selbst. Die Konstellation ist daher nicht mit der Änderung einer Bedingung bei einem bereits bestehenden, aber bedingten Anspruch vergleichbar (vgl. Promberger, Rpfleger 1977, 157, 159). Da der durch die Vormerkung gesicherte künftige Anspruch auch nach Verlängerung der Annahmefrist derselbe bleibt, bedarf es keiner Eintragung der Fristverlängerung im Grundbuch. Wegen der Identität des gesicherten künftigen Anspruchs geht es nicht um die Wiederverwendung einer Vormerkungseintragung zur Sicherung eines anderen Anspruchs. Aus diesem Grund ist – anders als das Berufungsgericht meint – auch nicht zu prüfen, inwieweit nach der Verlängerung des Angebots eine Kongruenz von Eintragung, Bewilligung und Anspruch vorliegt. Gleichermaßen ist es unerheblich, ob sich die ursprüngliche Befristung des Angebots aus der Grundbucheintragung ergibt. Auf die in diesem Zusammenhang

von der Revision erhobene Verfahrensrüge kommt es daher nicht an.

**37 (bb)** Auch die Publizitätsfunktion des Grundbuchs erfordert kein Ende der Sicherungswirkung mit Ablauf der ursprünglichen Annahmefrist. Zwar hat das Grundbuch die Aufgabe, zuverlässig Auskunft über die gegenwärtigen und vergangenen Rechtsverhältnisse an dem Grundstück zu geben (vgl. Senat, Beschluss vom 21.09.2023, V ZB 17/22, NJW 2024, 440 Rdnr. 26). Auf den Bestand und Inhalt der durch die Vormerkung gesicherten Forderung erstrecken sich die Publizität des Grundbuchs und der Schutz des öffentlichen Glaubens aber nicht (vgl. oben Rdnr. 24). Aus dem Grundbuch ergibt sich zudem nicht, ob das befristete Angebot bereits angenommen worden ist (vgl. OLG Düsseldorf, FGPrax 2013, 244, 245 f.; Promberger, Rpfleger 1977, 157, 159). Der Erwerber eines mit einer Vormerkung für einen künftigen Anspruch belasteten Grundstücks kann dem Grundbuch mithin nie entnehmen, ob der künftige Anspruch bereits zu einem gegenwärtigen Anspruch erstarkt ist. Auch wenn die Annahmefrist abgelaufen ist, kann der Anspruch noch vor Fristablauf entstanden sein. Durch die Eintragung der Vormerkung ist der Erwerber aber hinreichend dahin gehend gewarnt, dass ein Auflassungsanspruch noch entstehen oder bereits vor Fristablauf entstanden sein kann. Diese Warnfunktion geht auch dann nicht verloren, wenn die Angebotsfrist – außerhalb des Grundbuchs – verlängert wird.

**38 (cc)** Die schutzwürdigen Interessen des Rechtsverkehrs stehen dem fortdauernden Vormerkungsschutz bei rechtzeitiger Verlängerung der Annahmefrist zudem deswegen nicht entgegen, weil dasselbe Ergebnis auch dadurch erreicht werden könnte, dass der Gläubiger das Angebot innerhalb der ursprünglichen Frist annimmt, Gläubiger und Schuldner aber gleichzeitig einen aufschiebend bedingten Aufhebungsvertrag schließen (vgl. NK-BGB/Krause, 5. Aufl., § 883 Rdnr. 113). Die Verlängerung der Angebotsfrist stellt sich insofern als ein Minus zur Entstehung des Anspruchs dar (vgl. Promberger, Rpfleger 1977, 157, 159).

**39 (dd)** Schließlich würde die Vormerkung als das Sicherungsmittel der Wahl bei Grundstücksverträgen ganz erheblich entwertet, wenn der Ablauf der Annahmefrist trotz rechtzeitiger Verlängerung das Erlöschen der Vormerkung nach sich zöge. Denn die Vertragsbeteiligten könnten ohne die Gefahr des Rangverlustes nicht mehr flexibel auf veränderte Umstände reagieren.

**40 (3)** Aufgrund der erfolgten Verlängerung der Annahmefrist besteht daher die Vormerkung weiterhin. Dass im Zeitpunkt der Verlängerung der Annahmefrist ein Widerspruch gegen das Eigentum des Ehemannes der Beklagten eingetragen war, hat auf den Bestand der Vormerkung keinen Einfluss. Denn ein Neuerwerb der Vormerkung hat zu diesem Zeitpunkt – wovon auch das Berufungsgericht ausgeht – nicht stattgefunden.

**41 b)** Die Revision rügt allerdings zu Recht, dass das Berufungsgericht einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB nicht prüft. Nach dem im Revisionsverfahren zugrunde zu legenden Sachverhalt ergibt sich näm-

lich aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB ein Anspruch der Klägerin gegen die Beklagte auf Zustimmung zur Löschung der Vormerkung in Gestalt einer grundbuchrechtlichen Bewilligung gemäß § 19 GBO.

**42 aa)** Nach § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB ist dann, wenn ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine unentgeltliche Verfügung trifft, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, derjenige, der aufgrund der Verfügung einen unmittelbaren rechtlichen Vorteil erlangt, zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Die Vorschrift findet auch Anwendung, wenn eine Vormerkung aufgrund einer Bewilligung im Sinne von § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gutgläubig erworben wird. Dabei kann offenbleiben, ob es sich bei der Bewilligung einer Vormerkung um eine Verfügung im Rechtssinne handelt; jedenfalls rechtfertigen es die materiellrechtlichen Wirkungen der Bewilligung, sie einer Verfügung über ein Recht gleichzustellen, sobald die Vormerkung eingetragen wird (vgl. Senat, Beschluss vom 21.06.1957, V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23). § 816 Abs. 1 BGB dient insbesondere dem Ausgleich von Rechtsverschiebungen, die aufgrund der Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb eintreten (vgl. Senat, Urteil vom 02.10.1981, V ZR 126/80, BGHZ 81, 395, 396), und richtet sich auf deren Rückgängigmachung (vgl. Erman/Artz, BGB, § 892 Rdnr. 47). Hat der Anspruchsgegner durch gutgläubigen Erwerb ein dingliches Recht erlangt, kann der Gläubiger – bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen – nach § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB die Aufhebung dieses Rechts verlangen (vgl. zum Inhalt eines Anspruchs aus § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB bei der Belastung mit einer Grundschrift Senat, Urteil vom 15.03.2002, V ZR 396/00, BGHZ 150, 187, 192 ff.). Ist das Erlangte eine Vormerkung, ist der Schuldner aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB zur Zustimmung zur Löschung der Vormerkung in Form der grundbuchrechtlichen Bewilligung gemäß § 19 GBO verpflichtet. Denn mit einer solchen Bewilligung kann der Gläubiger die Vormerkung beseitigen.

**43 bb)** Anders als die Erwiderung geltend macht, ist der Streitgegenstand des Prozesses nicht auf einen Grundbuchberichtigungsanspruch aus § 894 BGB begrenzt.

**44 (1)** Nach der in der Rechtsprechung des BGH anerkannten prozessrechtlichen Auffassung vom Streitgegenstand im Zivilprozess wird mit der Klage nicht ein bestimmter materiellrechtlicher Anspruch geltend gemacht; vielmehr ist Gegenstand des Rechtsstreits der als Rechtsschutzbegehren oder Rechtsfolgenbehauptung aufgefasste eigenständige prozessuale Anspruch, der durch den Klageantrag und den Lebenssachverhalt (Anspruchs- oder Klagegrund) bestimmt wird, aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet (vgl. Senat, Urteil vom 28.01.2022, V ZR 99/21, NJW 2022, 2400 Rdnr. 13 m. w. N.). Zu dem Lebenssachverhalt, der die Grundlage der Streitgegenstandsbestimmung bildet, rechnen alle Tatsachen, die bei einer vom Standpunkt der Parteien ausgehenden natürlichen Betrachtungsweise zu dem durch den Vortrag der Klagepartei zur Entscheidung gestellten Tatsachenkomplex gehören. Das ist dann der Fall, wenn der Tatsachenstoff nicht sinnvoll auf verschiedene eigenständige, den Sachverhalt in seinem

Kerngehalt verändernde Geschehensabläufe aufgeteilt werden kann, selbst wenn diese einer eigenständigen rechtlichen Bewertung zugänglich sind (Senat, Urteil vom 17.02.2023, V ZR 22/22, NJW 2023, 2343 Rdnr. 26 m. w. N.).

**45 (2)** Danach umfasst der Streitgegenstand hier auch einen bereicherungsrechtlichen Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB.

**46 (a)** Die von der Klägerin begehrte Rechtsfolge ist die Zustimmung zur Löschung der Vormerkung aus dem Grundbuch in Gestalt einer grundbuchrechtlichen Bewilligung gemäß § 19 GBO. Der Klageantrag ist nach seinem Wortlaut zwar auf eine Grundbuchberichtigung gerichtet. Die Aufnahme eines materiellrechtlichen Begründungselements in den Wortlaut des Klageantrags führt aber ebenso wenig zu einer Beschränkung des Streitgegenstandes auf einen bestimmten materiellrechtlichen Anspruch wie die rechtlichen Ausführungen der Klägerin in den Vorinstanzen. Denn die Subsumtion des vorgetragenen Sachverhalts unter die in Betracht kommenden gesetzlichen Tatbestände ist Sache des Gerichts (vgl. BGH, Urteil vom 12.12.2019, IX ZR 328/18, NJW-RR 2020, 373 Rdnr. 34). Es ist daher entgegen der Ansicht der Erwiderung unerheblich, dass die Klägerin ausdrücklich keine „schuldrechtlichen Bereicherungsansprüche“ geltend machen wollte. Der Anspruch auf Erteilung einer grundbuchrechtlichen Bewilligung gemäß § 19 GBO zur Löschung der Vormerkung kann hier sowohl auf § 894 BGB (vgl. Rdnr. 21) als auch auf § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. Rdnr. 42) gestützt werden. Da beide Ansprüche jeweils (nur) auf die grundbuchrechtliche Bewilligung der Löschung der Vormerkung gerichtet sind, haben sie in der hier vorliegenden Fallkonstellation den gleichen Inhalt. Inwieweit im Verhältnis der Ansprüche aus § 894 BGB und § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB etwas Anderes gilt, wenn der bereicherungsrechtliche Anspruch nicht lediglich auf eine grundbuchrechtliche Bewilligung gerichtet ist (vgl. Senat, Urteil vom 02.10.1981, V ZR 126/80, NJW 1982, 761, 762, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 81, 395), ist hier nicht zu entscheiden.

**47 (b)** Beide Ansprüche beruhen auch auf demselben Lebenssachverhalt. Die für einen Anspruch aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB zusätzlich erforderliche Unentgeltlichkeit der Verfügung gehört nach natürlicher Betrachtungsweise zu demselben Tatsachenkomplex.

**48 bb)** Von dem Vorliegen der Voraussetzungen des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB ist im Revisionsverfahren auszugehen. Mangels Feststellungen des Berufungsgerichts ist zugunsten der Klägerin zu unterstellen, dass diese im Hinblick auf das Wohnungseigentum Berechtigte und der Ehemann der Beklagten Nichtberechtigter war. Die Bestellung der Vormerkung war zudem unentgeltlich und der Klägerin und ihrem Ehemann gegenüber wirksam. Die Beklagte hat mit der wirksamen Bestellung der Vormerkung zu ihren Gunsten auch unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt.

**49 cc)** Anders als das Berufungsgericht möglicherweise meint, steht der Prüfung des Anspruchs aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB nicht entgegen, dass die



Klage im dinglichen Gerichtsstand gemäß § 24 Abs. 1 Alt. 3 ZPO erhoben wurde. Dabei kann offenbleiben, ob sich auch für einen Anspruch auf Erteilung der Löschungsbewilligung aus § 816 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 BGB die Zuständigkeit direkt aus § 24 Abs. 1 Alt. 3 ZPO ergibt (vgl. zur Anwendbarkeit des § 24 Abs. 1 Alt. 3 ZPO auf schuldrechtliche Ansprüche BeckOK-ZPO/Toussaint, Stand: 01.03.2024, § 24 Rdnr. 11a m. w. N.). Jedenfalls muss dem Gericht des ausschließlichen dinglichen Gerichtsstandes aus prozessökonomischen Gründen eine umfassende Entscheidungskompetenz über den hier gegebenen einheitlichen prozessualen Anspruch zukommen; die – insbesondere auf § 17 Abs. 2 GVG gestützte – Argumentation des BGH bezüglich der umfassenden Zuständigkeit im Rahmen des besonderen Gerichtsstandes des § 32 ZPO ist insofern übertragbar (vgl. zu § 32 ZPO BGH, Urteil vom 10.12.2020, X ARZ 208/02, BGHZ 153, 173, 176 ff.).

**50 3.** Die Abweisung der Klage durch das Berufungsgericht erweist sich auch nicht deswegen als richtig (§ 561 ZPO), weil die Prozessführungsbefugnis der Klägerin nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz entfallen und deswegen die Klage unzulässig geworden ist. Zwar steht zwischen den Parteien nicht im Streit, dass der Ehemann der Klägerin nach Abschluss des Berufungsverfahrens verstorben und zur Verwaltung seines Nachlasses vom Master of High Court (Cape Town) ein Testamentsvollstrecker (executor) bestellt worden ist. Anders als die Erwiderung meint, ist der Senat aber nicht gehalten, darüber zu entscheiden, ob deswegen die Prozessführungsbefugnis der Klägerin nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz entfallen ist.

**51 a)** Für das Vorliegen oder Fehlen der von Amts wegen zu prüfenden Prozessführungsbefugnis kommt es – wie ausgeführt (Rdnr. 8) – grundsätzlich darauf an, ob die tatsächlichen Voraussetzungen der Prozessführungsbefugnis in dem Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz vorgelegen haben.

**52 b)** Allerdings hat der BGH von diesem Grundsatz Ausnahmen aus Gründen der Prozessökonomie zugelassen. Die Vorschrift des § 559 Abs. 1 ZPO ist einschränkend dahin auszulegen, dass in bestimmtem Umfang auch Tatsachen, die nach Schluss der mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz eingetreten sind, in die Urteilsfindung einfließen können, soweit sie unstreitig sind oder ihr Vorliegen in der Revisionsinstanz ohnehin von Amts wegen zu beachten ist und schützenswerte Belange der Gegenseite nicht entgegenstehen (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.2017, I ZR 273/14, NJW-RR 2017, 676 Rdnr. 44; Urteil vom 02.10.2019, I ZR 19/19, WRP 2020, 195 Rdnr. 28 jew. m. w. N.). Bei einer solchen Fallgestaltung ist es aus prozessökonomischen Gründen nicht gerechtfertigt, die vom Tatsachenausschluss betroffene Partei auf einen weiteren, ggf. durch mehrere Instanzen zu führenden Prozess zu verweisen. Vielmehr ist in einem derartigen Fall durch die Zulassung neuen Vorbringers im Revisionsverfahren eine rasche und endgültige Streitbereinigung herbeizuführen (vgl. BGH, Urteil vom 02.03.2017, I ZR 273/14, NJW-RR 2017, 676 Rdnr. 44).

**53 c)** Diese Grundsätze gebieten hier keine Prüfung, ob die Prozessführungsbefugnis nach der letzten mündlichen Verhandlung in der Berufungsinstanz durch den Tod des Ehemannes der Klägerin und der Bestellung eines executors entfallen ist. Denn die Zulassung des Vortrags würde nicht zu einer raschen und endgültigen Streitbereinigung im Revisionsverfahren führen. Der Senat müsste aufgrund noch zu ermittelnder Tatsachen prüfen, welches Erbstatut Anwendung findet, welchen Einfluss das Güterrechtsstatut hat und, soweit ausländisches Recht Anwendung findet, weiterhin den Inhalt dieses Rechts ermitteln. Dies führte nicht nur zu einer erheblichen Verlängerung des Revisionsverfahrens, sondern auch dazu, dass das Revisionsgericht entgegen seiner eigentlichen Aufgabe der Rechtskontrolle in erheblichem Umfang mit der Bewertung von Tatsachen belastet wäre. In einer derartigen Konstellation muss das Revisionsgericht, und zwar auch, soweit es um die von Amts wegen zu berücksichtigende Prozessführungsbefugnis geht, neue Tatsachen nicht berücksichtigen; es verbleibt dann bei dem Grundsatz, dass es für das Vorliegen der Prozessführungsbefugnis auf den Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung in der Tatsacheninstanz ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 06.05.1981, VIII ZR 45/80, MDR 1981, 1012, 1013). Dies ändert aber nichts daran, dass das Berufungsgericht bei der erneuten Befassung mit der Sache etwaige neue Tatsachen berücksichtigen muss.

(...)

•

#### 4. Eintritt der Bindungswirkung entsprechend § 878 BGB bei der Teilung in Wohnungseigentum bei erforderlicher Vereinigungserklärung

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 13.05.2024, 20 W 65/24

BauGB § 250 Abs. 1 Satz 3, Abs. 5 Satz 1

BGB §§ 878, 890

WEG § 8

UmwandlGV § 3 Abs. 1 und 2

##### LEITSÄTZE:

1. § 878 BGB findet entsprechende Anwendung bei Eintritt eines öffentlichrechtlichen Genehmigungserfordernisses infolge des Inkrafttretens einer Rechtsverordnung nach § 250 Abs. 1 Satz 3 BauGB, hier der UmwandlGV (Hessen), für die Aufteilung einer Immobilie in Wohnungs- bzw. Teileigentum nach § 8 WEG durch den Eigentümer.
2. Bezieht sich die Teilungserklärung nach § 8 WEG auf zwei Grundstücke im Rechtssinne, führt erst der Eingang der auf Verfügung des Rechtspflegers nachgebrachten Vereinigungserklärung nach § 890 BGB bei dem Grundbuchamt zum Eintritt einer Bindungswirkung entsprechend § 878 BGB. Eine Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Eingangs der Teilungserklärung ist ausgeschlossen, weil der Antrag zu diesem Zeitpunkt auf einen nicht eintragungsfähigen Inhalt gerichtet war.

## 5. Erlöschen einer zugunsten einer natürlichen Person bestellten beschränkten persönlichen Dienstbarkeit

OLG München, Beschluss vom 11.01.2024, 34 Wx 1/24e

BGB § 14 Abs. 1, § 158 Abs. 2, §§ 873, 1059a, 1061, 1090, 1092  
EnWG § 45  
GBO § 53

### LEITSÄTZE:

1. Die Erlöschenstatbestände des § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB knüpfen nicht an die Art der Tätigkeit des Berechtigten, sondern an dessen Eigenschaft als natürliche Person einerseits oder als juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft andererseits an.
2. Die Regelung des § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1 BGB ist nicht abdingbar.
3. Zur Übertragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit bedarf es gemäß § 873 Abs. 1 BGB der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch.
4. Die grundsätzliche Möglichkeit der Übertragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gemäß § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB ändert nichts an deren Erlöschen nach § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1 BGB, wenn vor dem Tod des Berechtigten keine Übertragung erfolgt ist.
5. Das öffentlichrechtliche Verfahren der Enteignung zur Durchführung eines Vorhabens zum Zwecke der Energieversorgung nach § 45 EnWG kann nicht durch Perpetuierung einer gemäß den Vorschriften des bürgerlichen Rechts bestellten und später erloschenen Dienstbarkeit umgangen werden.

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligte zu 2 wendet sich gegen die Löschung einer auf dem Grundbesitz des Beteiligten zu 1 im Zusammenhang mit dem Betrieb eines Kraftwerks bestellten Dienstbarkeit.

2 Am 15.02.1961 wurde an dem verfahrensgegenständlichen Grundbesitz zugunsten der Energieversorgung O(...) AG ein Hangrohrleitungsrecht und Unterhaltungsrecht sowie Befahrungs-, Befahrungs- und Grabungsrecht für die Dauer des Kraftwerkbetriebes eingetragen. Am 21.11.1997 wurde die Abtretung des Rechts an A M vermerkt. Dieser verstarb am 15.01.2013.

3 Mit Schreiben vom 23.11.2022 bat der Beteiligte zu 1 unter Vorlage der Sterbeurkunde um Löschung der Dienstbarkeit.

4 Dem widersprachen die Beteiligte zu 2 und deren Geschäftsführer A S M mit Anwaltsschriftsatz vom 28.12.2022. Die Energieversorgung O(...) AG habe die Kraftwerksgruppe G 1996 an A M als Unternehmer veräußert. Dieser habe die Kraftwerksgruppe 2012 an seinen Sohn A S M und an dessen Unternehmen, die Beteiligte zu 2, übertragen. Der Beteiligte zu 1 gehe zu Unrecht davon aus, dass die Dienstbar-

keit mit dem Tod des A M erloschen sei. Bei der Eintragung von A M sei für jeden erkennbar, dass es sich um den Einzelunternehmer, nicht um den Privatmann gehandelt habe. Zusätzlich sei die gesetzliche Auslegungsregel des § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB zu beachten. Bestehe eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die dazu berechtige, ein Grundstück für Anlagen zur Fortführung von Wasser einschließlich aller dazugehörigen Anlagen, die der Fortleitung unmittelbar dienen würden, zu benutzen, so sei die Dienstbarkeit übertragbar. Dies sei hier der Fall, weil erkennbar gewesen sei, dass A M die Rechte nicht als Privatperson, sondern als Einzelunternehmer auf dem Energie- und Kraftwerkssektor erworben habe. Dies werde im Übrigen in der Energiewirtschaft millionenfach so praktiziert. Dienstbarkeiten der Energieversorgungsunternehmen würden nicht erlöschen, sondern sie beständen fort, und zwar „für die Dauer des Kraftwerkbetriebes“, wie es in der Grundbucheintragung ausdrücklich heiße. Maßgeblich sei auch die Regelung des § 1091 BGB, wonach sich der Umfang einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit im Zweifel nach dem persönlichen Bedürfnis des Berechtigten bestimme. Berechtigt sei seit 1996 A M. Sein persönliches Bedürfnis als Kraftwerksunternehmer müsse immer berücksichtigt werden, und zwar „für die Dauer des Kraftwerkbetriebes“. Zu beachten sei auch das öffentliche Recht. Nach § 45 Abs. 1 Nr. 2 EnWG sei die Beschränkung von Rechten am Grundeigentum im Wege der Enteignung zulässig, soweit sie zur Durchführung eines Vorhabens zum Zwecke der Energieversorgung erforderlich sei. So sei die Lage hier.

5 Im Anschluss an den Erlass einer Zwischenverfügung durch das Grundbuchamt nahm der Beteiligte zu 1 seinen Antrag mit Schreiben vom 23.01.2023 zurück.

6 Nach weiterem Schriftwechsel beantragte der Beteiligte zu 1 mit Schreiben vom 20.09.2023 erneut die Löschung der Dienstbarkeit, die schließlich am 26.09.2023 erfolgte. Am selben Tag teilte das Grundbuchamt der Beteiligten zu 2 mit, die Dienstbarkeit sei spätestens mit dem Tod des A M erloschen. Der Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO sei durch Vorlage der Sterbeurkunde erbracht. Die Dienstbarkeit sei nicht mehr übertragbar, da der Berechtigte keine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft sei. § 1092 Abs. 2 und 3, § 1059a BGB gälten nicht für Einzelkaufleute. Im Übrigen sei auch keine Übertragung des Rechts gemäß § 1059 a BGB dargelegt. Möglicherweise sei die Dienstbarkeit bereits 2012 erloschen, da A M das Kraftwerk nicht mehr betrieben habe. Ob Ansprüche beständen, die Leitung weiter zu dulden, sei vom Grundbuchamt nicht zu prüfen.

7 Mit Anwaltsschriftsatz vom 07.12.2023 legte die Beteiligte zu 2 gegen die Löschung Beschwerde ein mit dem Ziel, das Grundbuchamt anzuweisen, einen Amtswiderspruch gemäß § 53 GBO einzutragen.

8 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 20.12.2023 nicht abgeholfen. Zur Begründung hat es auf das Schreiben vom 26.09.2023 verwiesen.

9 Die zulässige Beschwerde ist unbegründet.

10 1. Die Beschwerde ist zulässig.



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

**11 a)** Sie ist insbesondere statthaft. Gemäß § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO kann im Wege der Beschwerde verlangt werden, dass das Grundbuchamt angewiesen wird, nach § 53 GBO einen Widerspruch einzutragen.

**12 b)** Die Beteiligte zu 2 ist auch beschwerdeberechtigt. Bei einer beschränkten Beschwerde nach § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO ist jedenfalls der unmittelbar Beeinträchtigte berechtigt, der einen Grundbuchberichtigungsanspruch nach § 894 BGB geltend machen kann (Senat, NJW-RR 2011, 235; BayObLG, NJW 1983, 1567, 1568; Bauer/Schaub/Sellner, GBO, 5. Aufl., § 71 Rdnr. 81; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 69). Das setzt vorliegend zwar grundsätzlich voraus, dass die Beteiligte zu 2 Berechtigte der Dienstbarkeit ist, was indes dann nicht der Fall ist, wenn die Dienstbarkeit erloschen ist. Diese Frage ist jedoch zugleich Gegenstand der Begründetheitsprüfung. In einer solchen Konstellation einer sog. doppeltrelevanten Tatsache genügt es, dass eine Rechtsbeeinträchtigung möglich ist, falls die angefochtene Entscheidung in dem vom Beschwerdeführer behaupteten Sinn unrichtig ist (Hügel/Kramer, GBO, 4. Aufl., § 71 Rdnr. 178). Ein solcher Fall ist hier gegeben.

**13 2.** In der Sache bleibt das Rechtsmittel indes ohne Erfolg.

**14** Die Eintragung eines Amtswiderspruchs setzt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist. Unrichtig ist das Grundbuch, wenn im Sinne von § 894 Abs. 1 BGB die im Grundbuch verlautbarte von der wirklichen Rechtslage abweicht (Demharter, GBO, § 53 Rdnr. 25; Hügel/Holzer, GBO, § 53 Rdnr. 25). Eine solche Divergenz ist vorliegend jedoch nicht gegeben. Denn die Dienstbarkeit ist materiellrechtlich erloschen, weshalb das Grundbuchamt sie zu Recht auch im Grundbuch gelöscht hat.

**15 a)** Bei dem verfahrensgegenständlichen Recht handelt es sich um eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit im Sinne von § 1090 Abs. 1 BGB. Kennzeichnend für eine solche ist, dass – im Unterschied zur Grundaufmerksamkeit – die Belastung zugunsten einer natürlichen oder juristischen Person erfolgt (MünchKomm-BGB/Mohr, 9. Aufl., § 1090 Rdnr. 1; NK-BGB/Otto, 5. Aufl., § 1090 Rdnr. 1; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1092 Rdnr. 6). Vorliegend war Berechtigter A M, mithin eine natürliche Person.

**16 b)** Gemäß § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1 BGB erlischt eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die zugunsten einer natürlichen Person bestellt ist, mit deren Tod. Der Erwerb einer Dienstbarkeit als Unternehmer führt demgegenüber nicht zur Anwendung von § 1061 Satz 2 BGB, wonach ein einer juristischen Person oder rechtsfähigen Personengesellschaft zustehendes Recht mit dieser erlischt. Denn gemäß § 14 Abs. 1 BGB kann auch eine natürliche Person Unternehmer sein. Für die in § 1061 BGB vorgenommene Differenzierung ist dies also unergiebig. Ebenso wenig relevant ist insoweit eine Einstufung als Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB. § 1061 BGB knüpft nicht an die Art der Tätigkeit des Berechtigten, sondern an dessen Eigenschaft als natürliche Person einerseits oder als juristische Person oder

rechtsfähige Personengesellschaft andererseits an. Vorliegend unterfiel A M als natürliche Person § 1061 Satz 1 BGB, mit seinem Tod ist die Dienstbarkeit folglich erloschen. Das Versterben des A M ist hier durch die nach Rücknahme des Antrags vom 23.11.2022 bei den Grundakten verbliebene Sterbeurkunde in der nach § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO erforderlichen Form nachgewiesen.

**17 c)** Am Erlöschen ändert die Klausel „für die Dauer des Kraftwerkbetriebes“ nichts. Damit wird nicht etwa die Rechtsfolge des § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1 BGB ausgeschlossen; diese Bestimmungen beinhalten ein wesentliches Merkmal der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit und sind deshalb ohnehin nicht abdingbar (MünchKomm-BGB/Mohr, § 1090 Rdnr. 53). Vielmehr wird über die Konstruktion einer auflösenden Bedingung im Sinne von § 158 Abs. 2 BGB die Berechtigung an den Kraftwerksbetrieb geknüpft. Ein persönliches Bedürfnis der Beteiligten zu 2 betreffend die Dienstbarkeit kann nur für die Bestimmung von deren Umfang nach § 1091 BGB eine Rolle spielen, wirkt aber nicht rechtsbegründend.

**18 d)** Die Dienstbarkeit war auch nicht aufgrund einer vor dem Tod des Berechtigten A M erfolgten Übertragung auf einen Dritten gemäß § 1092 Abs. 2 i. V. m. § 1059a BGB oder § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB der Rechtsfolge des § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 Satz 1 BGB entzogen. Zwar hatte A M dem Vortrag der Beteiligten zu 2 zufolge die Kraftwerksgruppe an diese und A S M übergeben. Grundvoraussetzung für die Übertragung einer Dienstbarkeit nach den oben genannten Vorschriften ist aber jeweils, dass es sich bei dem Berechtigten um eine juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft handelt. Vorliegend war Berechtigter jedoch A M gewesen, also eine natürliche Person. Auch eine Einstufung als Kaufmann im Sinne der §§ 1 ff. HGB ändert hieran nichts (Bauer/Schaub/Lieder, GBO, AT C. Rdnr. 446). Ergänzend wird angemerkt, dass es zur Übertragung einer Dienstbarkeit nach § 1092 Abs. 2 i. V. m. § 1059a Abs. 1 Nr. 2 BGB wie auch nach § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB jedenfalls gemäß § 873 Abs. 1 BGB der Eintragung der Rechtsänderung in das Grundbuch bedarf (OLG Jena, MDR 2013, 967; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1092 Rdnr. 21; NK-BGB/Otto, § 1092 Rdnr. 15; Staudinger/Reymann, § 1092 Rdnr. 39); diese ist vorliegend nicht erfolgt. Ein allgemeiner Grundsatz wiederum, dass – wie die Beteiligten zu 2 offenbar meint – ein Erlöschen gemäß § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB schon durch die grundsätzliche Übertragbarkeit nach § 1092 Abs. 3 Satz 1 BGB gehindert werde, ist der letztgenannten Vorschrift gerade nicht zu entnehmen. Vielmehr bedarf es, wie sich aus ihr in der Zusammenfassung eben mit § 1090 Abs. 2 i. V. m. § 1061 BGB ergibt, hierzu einer vorab vollzogenen Übertragung, an der es vorliegend aber fehlt.

**19 e)** Unergiebig ist schließlich der Verweis auf § 45 Abs. 1 Nr. 2 EnWG. Die Bestimmung sieht zwar die Möglichkeit einer Enteignung zur Durchführung eines Vorhabens zum Zwecke der Energieversorgung vor. Dies ist jedoch einem gesonderten öffentlichrechtlichen Verfahren nach § 45 Abs. 2 Satz 2, Abs. 3 EnWG vorbehalten, das nicht durch Perpetuierung einer gemäß den Vorschriften des bürgerli-

chen Rechts bestellten und später erloschenen Dienstbarkeit umgangen werden kann.

**20 f)** Ob die Dienstbarkeit bereits 2012 aufgrund zwischenzeitlicher Aufgabe des Kraftwerksbetriebes erloschen war, kann somit, wie das Grundbuchamt zutreffend angemerkt hat, offenbleiben. Denn spätestens mit dem Tod des A M 2013 ist die Dienstbarkeit in jedem Fall erloschen.

(...)

•

## 6. Nachweis der Erbfolge gegenüber Grundbuchamt durch Erbschein

KG, Beschluss vom 09.07.2024, 1 W 27/24

BGB § 2111 Abs. 1 Satz 1, § 2139

GBO § 35 Abs. 1

### LEITSATZ:

**Werden in einer öffentlichen Verfügung von Todes wegen namentlich nicht bezeichnete Kinder als Erben bestimmt, kann das Grundbuchamt gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 2. Hs. GBO die Vorlage eines Erbscheins (oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses) verlangen. Geburtsurkunden in Verbindung mit einer Versicherung an Eides statt, es seien keine weiteren Kinder geboren worden, genügen für den Nachweis der Erbfolge nicht.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Eingetragener Eigentümer war der 1980 verstorbene A(...). Mit notariellem Testament von 1978 (...) setzte er seine namentlich bezeichneten Kinder B(...) und C(...) als freie Vorerben zu je 1/2 ein und ordnete für die Teilung an, B(...) solle das im Beschlusseingang genannte Grundstück erhalten. Weiter heißt es,

„Erben – und zwar sowohl Ersatz- als auch Nacherben – nach meinen Kindern sollen auf das, was diese jeweils aus meinem Nachlass erhalten, deren jeweilige Kinder je zu gleichen Teilen sein“.

**2** B(...) wurde nach entsprechender Auflösung (...) in Abt. I gebucht. Aufgrund notarieller Verhandlung von 2000 (...) übertrug sie schenkungshalber je einen Bruchteil von 30/100 auf die als ihre Kinder bezeichneten (zwei) Beteiligten und behielt sich insoweit einen lebenslangen Nießbrauch vor.

**3** Die Beteiligte zu 1 hat beantragt, die Beteiligten hinsichtlich des 40/100 Anteils der 2022 verstorbenen B(...) in ungeteilter Erbengemeinschaft einzutragen. Mit der angefochtenen Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt hierfür die Vorlage eines Erbscheins verlangt, der die Beteiligten als Nacherben des A(...) ausweist. Voraussetzung für einen solchen Erbschein sei wiederum ein Erbschein, der die Beteiligten als alleinige Erben der B(...) ausweise, was der Beteiligten zu 1 bereits durch das Nachlassgericht mitgeteilt worden sei.

**4** Die Beteiligten haben Beschwerde gegen die Zwischenverfügung eingelegt. Die Beteiligte zu 1 ist der Ansicht, das notarielle Testament des A(...) genüge in Verbindung mit Geburtsurkunden der Beteiligten für den Nachweis der Erbfolge. Der Beteiligte zu 2 hat beantragt, die Zwischenverfügung dahin zu ergänzen, dass der Nachweis auch durch beglaubigte Kopien der Geburtsurkunden der Beteiligten sowie deren Versicherung an Eides statt geführt werden könne, die einzigen Nachfahren der B(...) zu sein.

**5** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Akten (...) verwiesen.

**6** Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO), jedoch nicht begründet. Die Zwischenverfügung ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO veranlasst.

**7** Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist allein das Verlangen, einen Erbschein nach A(...) vorzulegen. Der – unzutreffende – Hinweis, die Beteiligten könnten den Erbschein nach A(...) nur beantragen, wenn sie im Erbscheinsverfahren ihre Stellung als Erben der B(...) nachwiesen, greift nur einen Hinweis des Nachlassgerichts auf und statuiert kein Erfordernis für die beantragte Grundbuchberichtigung.

**8** Das Grundbuchamt kann gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 2. Hs. GBO für den Nachweis der geltend gemachten Erbfolge einen Erbschein (oder alternativ ein Europäisches Nachlasszeugnis) nach A(...) verlangen. Der 40/100 Anteil der B(...) ist nicht gemäß § 1922 Abs. 1 BGB auf ihre Erben übergegangen, sondern gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1, § 2139 BGB auf die von A(...) bestimmten Nacherben. Diese Erbfolge ist durch das notarielle Testament von 1978 nicht hinreichend nachgewiesen.

**9** Dem Testament ist nicht zu entnehmen, wer die Kinder der B(...) sind. Mit Geburtsurkunden der Beteiligten ist nur zu beweisen, dass diese von B(...) abstammen (§ 54 Abs. 1 Satz 1, § 55 Abs. 2, § 59 PStG), nicht jedoch, dass keine weiteren Kinder vorhanden sind oder waren (§ 2069 BGB).

**10** Eine eidesstattliche Versicherung der Beteiligten, sie seien die einzigen Kinder der B(...), genügt zum Nachweis dieser negativen Tatsache im Grundbuchverfahren nicht (a. A. Demharter, GBO, 33. Aufl., § 35 Rdnr. 41 m. w. N.; vgl. auch Senat, NJW-RR 2012, 847, 846) – auch wenn das Nachlassgericht eine solche eidesstattliche Versicherung ohne weitere Ermittlungen der Erbscheinserteilung zugrunde legen würde. Denn im Gegensatz zum Nachlassgericht (§ 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG) ist das Grundbuchamt für den vorliegenden Fall nicht befugt, eine eidesstattliche Versicherung abzunehmen (vgl. BGH, MDR 2022, 509 Rdnr. 32). Die eidesstattliche Versicherung bietet nur dann eine höhere Richtigkeitsgewähr, wenn sie gemäß §§ 156, 161 StGB strafbewehrt ist (BGH, a. a. O.). Das ist für die nur richterrechtlich zugelassene eidesstattliche Versicherung im Grundbuchverfahren nicht der Fall (Art. 103 Abs. 2 GG). Eine Erklärung der Beteiligten in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, sie seien die einzigen Kinder der B(...), beweise nur, dass sie diese Erklärung abgegeben haben, nicht deren inhaltliche Richtigkeit.



**11** Der Nachweis, dass keine weiteren Kinder vorhanden sind oder waren, ist nicht nur dann zu erbringen, wenn konkrete Anhaltspunkte für das Gegenteil bestehen (vgl. BGH, DNotZ 2022, 703 zur Scheidungsklausel). § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. BGB läuft durch ein allgemeines Nachweiserfordernis bei der Erbeinsetzung von Abkömmlingen nicht leer. Dem Senat sind aus seiner Praxis zahllose öffentliche Verfüungen von Todes wegen bekannt, in denen erb berechtigte Abkömmlinge namentlich bezeichnet werden. Für den Nachweis der Erbfolge ist die Vorlage der in § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO genannten Urkunden die Regel und § 35 Abs. 1 Satz 2 1. Hs. GBO die Ausnahme (vgl. BGH, ZEV 2024, 162 Rdnr. 11 zum Testamentsvollstreckezeugnis). Die Ausnahme ist nicht zu erweitern, wenn – wie hier – keine Beweisnot besteht.

**12** Nur ergänzend sei darauf hingewiesen, dass auch aus der Schenkung an die Beteiligten nichts anderes folgt. Dem Senat sind zahlreiche Sachverhalte bekannt, in denen – nach Streitigkeiten innerhalb der Familie oder aus sonstigen Gründen – Vermögen nur an einzelne von mehreren Kindern übertragen wird.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Roman Kaiser, Berlin

Das notarielle Testament weist neben einer größeren Rechtssicherheit<sup>1</sup> auch den Vorteil auf, zusammen mit der Niederschrift über die zugehörige Eröffnung in der Regel als Nachweis der Erbenstellung zu genügen,<sup>2</sup> sodass die vom Erblasser aufgewendeten Beurkundungskosten die Erben vom finanziellen<sup>3</sup> und zeitlichen Aufwand des Erbscheinsverfahrens entlasten. Für das Grundbuchverfahren ist dieser Grundsatz in § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO niedergelegt. Ebenfalls geregelt ist, in Hs. 2, die Ausnahme (eigentlich: die Ausnahme von der Ausnahme): Erachtet das Grundbuchamt die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen, so kann es die Vorlegung eines Erbscheins oder eines Europäischen Nachlasszeugnisses verlangen. Das Grundbuchamt trifft folglich die Aufgabe, das Testament nach Form und Inhalt eigenständig zu prüfen.<sup>4</sup> Einen Erbschein kann es (nur) dann verlangen, wenn begründete Zweifel bestehen, die nur mittels weiterer Ermittlungen behoben werden können.<sup>5</sup>

Um taugliches Mittel für den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs sein zu können, muss das notarielle Testament insbesondere die Erben zweifelsfrei bezeichnen.<sup>6</sup>

1 Vgl. Schröder/Meyer, NJW 2006, 3253, 3254 f.

2 Für Banken-AGB BGH, Urteil vom 08.10.2013, XI ZR 401/12, BGHZ 198, 250 = MittBayNot 2014, 345.

3 Litzenburger, MittBayNot 2014, 349, 350.

4 KG, Beschluss vom 25.08.2022, 1 W 262/22, MittBayNot 2023, 382; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 5. Aufl. 2023, § 35 Rdnr. 135 m. w. N.

5 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rdnr. 788 m. w. N.

6 Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 159.

Probleme ergeben sich hier zum einen, wenn die Erbenstellung von Bedingungen abhängt,<sup>7</sup> zum anderen, wenn die Erben nicht namentlich oder anderweitig bestimmt genug bezeichnet sind,<sup>8</sup> zum Beispiel bei Erbeinsetzung der „Kinder“. Weist das Testament in diesem Sinne eine Lücke auf, so stellt sich die Frage, ob diese durch weitere Beweismittel geschlossen werden kann. Anerkannt ist insoweit, dass öffentliche Urkunden, etwa Personestandsurkunden zum Nachweis der Abstammung, vom Grundbuchamt zu beachten sind.<sup>9</sup> Umstritten ist hingegen die Zulässigkeit einer eidestattlichen Versicherung. Die herrschende Meinung<sup>10</sup> lässt sie als Nachweis zu, wenn auch das Nachlassgericht ohne weitere Ermittlungen eine Versicherung an Eides statt (§ 352 Abs. 3 Satz 3 FamFG) der Erbscheinerteilung zugrunde legen würde.<sup>11</sup> So verhält es sich insbesondere beim Nachweis der Negativtatsache, dass der Erblasser keine weiteren Kinder neben den Antragstellern hat.<sup>12</sup>

Das KG stellt sich in seinem aktuellen Beschluss gegen diese herrschende Meinung (ohne dies allerdings offenzulegen). Der im Grundbuch eingetragene Eigentümer hatte in einem notariellen Testament zwar seine als Vorerben eingesetzten Kinder namentlich bezeichnet, als Nacherben jedoch „deren jeweilige Kinder“ eingesetzt. Das KG akzeptiert zwar, dass mit den Geburtsurkunden der Enkel deren Abstammung vom verstorbenen Vorerben nachgewiesen werden kann. Den darüber hinaus erforderlichen Nachweis, dass der Vorerbe keine weiteren Kinder hat bzw. hatte, sieht das Gericht jedoch mit einer eidestattlichen Versicherung der Antragsteller nicht als erbracht an. Das Grundbuchamt sei nämlich, anders als das Nachlassgericht, nicht zur Abnahme einer solchen eidestattlichen Versicherung befugt, sodass die eidestattliche Versicherung nicht gemäß §§ 156, 161 StGB strafbewehrt sei und folglich auch keine höhere Richtigkeitsgewähr biete. Das KG beruft sich bei diesen Ausführungen auf eine Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2022, die den Nachweis der Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers für die Löschung einer Grundschuld bei verstorbenem GbR-Gesellschafter betroffen hatte. Der BGH äußerte dabei unter dem Gesichtspunkt

7 Zur Pflichtteilsstrafklausel BGH, Beschluss vom 02.06.2016, V ZB 3/14, MittBayNot 2017, 161; zum Meinungsstand bei Rücktrittsvorbehalt BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 02.09.2024, § 35 Rdnr. 121.

8 Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 160 f.

9 BayObLG, Beschluss vom 08.06.2000, 2 Z BR 29/00, DNotZ 2001, 385, 386; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 150; vgl. auch BGH, Beschluss vom 09.07.1980, V ZB 3/80.

10 So auch die Einschätzung von DNotl-Report 2008, 153, 154.

11 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 11.03.2021, 20 W 96/20, DNotZ 2021, 977; OLG München, Beschluss vom 12.01.2012, 34 Wx 501/11, NJOZ 2013, 253; BayObLG, Beschluss vom 08.06.2000, 2 Z BR 29/00, DNotZ 2001, 385; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, § 35 Rdnr. 150; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 790; w. N., auch zur a. A., bei Stegbauer, FGPrax 2024, 199.

12 Für das Erbscheinsverfahren Sternal/Zimmermann, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 352 Rdnr. 70.



des Art. 103 Abs. 2 GG – zur Erinnerung für den Zivilisten: „nullum crimen, nulla poena sine lege“ (!) – Zweifel an der Strafbewehrung einer lediglich richterrechtlich zugelassenen Versicherung an Eides statt. Eine im Vergleich zu einer einfachen Erklärung höhere Richtigkeitsgewähr könnte eine eidesstattliche Versicherung jedoch nur bieten, wenn sie strafbewehrt sei.<sup>13</sup>

Auf den ersten Blick mag es überraschen, dass bei gleichem Befund der BGH im Rahmen des § 29 GBO zur Zulässigkeit einfacher Erklärungen, das KG im Rahmen des § 35 GBO hingegen zur Notwendigkeit einer besonderen Nachweisform gelangt. Der Widerspruch ist aber nur ein scheinbarer. Während nämlich im Fall des Testamentsvollstreckers keine Möglichkeit gegeben war, das Nichtbestehen gesellschaftsvertraglicher Abreden für den Todesfall zu beweisen, kann für den Nachweis der Erbenstellung stets auf die Option des Erbscheins zurückgegriffen werden.<sup>14</sup> Das KG stellt diesen Unterschied nicht im Einzelnen dar, hält aber an ihm entsprechend fest, dass im hiesigen Fall „keine Beweisnot besteht“.

Der BGH hat die Frage nach der Tauglichkeit eidesstattlicher Versicherungen für den Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren explizit offengelassen.<sup>15</sup> Gegen den Beschluss des KG ist dort indes die Rechtsbeschwerde anhängig (Az. V ZB 40/24). Eine Klärung durch Karlsruhe steht also bevor. Angesichts der durchaus grundlegenden<sup>16</sup> Ausführungen des BGH zur eidesstattlichen Versicherung steht zu befürchten, dass beim Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren bald ein strengerer Wind wehen wird. Inhaltlich lässt sich den Argumenten des KG wenig entgegensetzen, denn bei Lichte betrachtet handelt es sich bei der außerhalb gesetzlicher Zuständigkeiten abgegebenen eidesstattlichen Versicherung in der Tat um eine „lediglich in die äußere Form einer Versicherung an Eides statt gekleidete einfache Erklärung“.<sup>17</sup> Für die Verkürzung des Grundbuchverfahrens<sup>18</sup> durch Verzicht auf die Vorlage des Erbscheins spricht freilich die größere Praktikabilität: Den Beteiligten wird die Notwendigkeit, die eidesstattliche Versicherung gegenüber einer anderen Abteilung des – nicht selten selben – AG abgeben und dafür extra bezahlen zu müssen, als die oft beschworene „bloße Förmlein“ erscheinen. Sollte die Entscheidung des KG Bestand haben, wäre dies für den Nutzen des notariellen Testaments, zumindest in manchen Konstellationen, ein misslicher Dämpfer.

13 BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, MittBayNot 2023, 389 Rdnr. 32.

14 Stegbauer, FGPrax 2024, 199.

15 BGH, Beschluss vom 10.02.2022, V ZB 87/20, MittBayNot 2023, 389 Rdnr. 32; Beschluss vom 17.02.2022, V ZB 14/21, MittBayNot 2022, 553 Rdnr. 19.

16 So auch Lautner, MittBayNot 2023, 394, 396 („grundätzliche Bedeutung“).

17 Litzenburger, FD-ErbR 2024, 816869.

18 Böhringer, ZEV 2017, 68, 69.

## Bürgerliches Recht

### FAMILIENRECHT

#### 7. Anspruch des Sozialhilfeträgers aus übergeleitetem Recht auf Herausgabe einer Schenkung wegen Verarmung

BGH, Urteil vom 16.04.2024, X ZR 14/23 (Vorinstanz: OLG München, Endurteil vom 12.01.2023, 8 U 2430/22)

BGB § 528 Abs. 1, § 529 Abs. 2, § 818  
SGB XII § 93 Abs. 1, § 94 Abs. 1a

#### LEITSATZ:

Für die Bemessung des angemessenen Unterhalts eines Beschenkten gemäß § 529 Abs. 2 BGB kommt der nach § 94 Abs. 1a SGB XII für den Übergang von Unterhaltsansprüchen auf Sozialhilfeträger maßgeblichen Einkommensgrenze von 100.000 € pro Jahr keine Bedeutung zu.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 760.

•

#### 8. Vertretungsbefugnis jedes mitsorgeberechtigten Elternteils des im paritätischen Wechselmodell betreuten minderjährigen Kindes im Verfahren auf Kindesunterhalt

BGH, Beschluss vom 10.04.2024, XII ZB 459/23 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 04.07.2023, 2 UF 185/23e)

BGB §§ 181, 1606, 1628, 1629 Abs. 1 Satz 2 1. Hs., Satz 3, Abs. 2 Satz 1 2. Hs., Satz 2, §§ 1678, 1680, 1824 Abs. 1 Nr. 1 und 3  
BGB § 1795 (i. d. F. bis zum 01.01.2023)  
GG Art. 6 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

1. Allein aus dem Ausschluss eines Elternteils von der (gemeinsamen) elterlichen Sorge für die Geltendmachung von Kindesunterhalt für ein minderjähriges Kind folgt bei nicht miteinander verheirateten Eltern noch nicht, dass auch der andere Elternteil von der Vertretung des Kindes ausgeschlossen ist (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 229, 239 = FamRZ 2021, 1127).
2. Befindet sich das Kind in der alleinigen Obhut eines Elternteils, so ist dieser allein vertretungsbefugt.
3. Im Fall des Wechselmodells sind beide (nicht miteinander verheirateten) Elternteile hinsichtlich des gegen den jeweils anderen Elternteil gerichteten Unterhaltsanspruchs vertretungsbefugt. Der Bestellung eines Ergänzungspflegers oder einer Entscheidung nach § 1628 BGB bedarf es nicht (Aufgabe von Senatsurteil vom 21.12.2005, XII ZR 126/03, FamRZ 2006, 1015).

## 9. Entscheidungsbefugnis und Unterhaltpflicht im paritätischen Wechselmodell

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 18.07.2024, 6 UF 119/24

BGB § 1606 Abs. 3 Satz 1, §§ 1628, 1629 Abs. 2 Satz 2, § 1697a Abs. 1  
FamFG §§ 23, 52 Abs. 2, §§ 58 ff., 68 Abs. 3 Satz 2, § 84  
ZPO § 130a Abs. 3 Satz 1 Alt. 2, Abs. 4 Nr. 2, § 253 Abs. 2 Nr. 2

### LEITSÄTZE:

1. Wird ein minderjähriges Kind von seinen miteinander verheirateten Eltern im Wechselmodell betreut, so bedarf es auch nach der Entscheidung des BGH vom 10.04.2024, XII ZB 459/23 für die Geltendmachung des Kindesunterhalts der vorherigen Bestellung eines Ergänzungspflegers oder der teilweisen Übertragung des Sorgerechts nach § 1628 BGB. § 1629 Abs. 3 BGB ist hier nicht analog anzuwenden (entgegen OLG Karlsruhe, NJW 2024, 1890).
2. Die Geltendmachung von Kindesunterhalt im paritätischen Wechselmodell erfordert die Übertragung der Entscheidungsbefugnis auf einen Elternteil gemäß § 1628 BGB, wenn die Eltern sich nicht einigen können.
3. Ein Antrag auf Einleitung des Hauptsacheverfahrens ist auch ohne qualifizierte elektronische Signatur wirksam, wenn er auf einem sicheren Übermittlungsweg eingereicht wird und eine maschinenschriftliche Unterschrift enthält. Im paritätischen Wechselmodell sind beide Eltern barunterhaltpflichtig, wobei der leistungsfähigere Elternteil einen höheren Haftungsanteil zu tragen hat.

•

## 10. Ehevertrag thailändischer Staatsangehöriger

KG, Beschluss vom 19.07.2024, 16 UF 39/22

BeurkG § 16 Abs. 1  
BGB §§ 138, 242  
EuGüVO Art. 5 Abs. 1, Art. 24 Abs. 1

### LEITSÄTZE:

1. Wenn der Beteiligte einer Beurkundungsverhandlung gegenüber dem beurkundenden Notar unzutreffende Angaben zu seinen Sprachkenntnissen macht, sich der Notar aufgrund dieser Angaben eine (möglichstens unzutreffende) Überzeugung von den Sprachkenntnissen des Beteiligten verschafft und der Beteiligte im Verlauf der Beurkundung auch nicht auf seine (angeblich) fehlenden bzw. unzureichenden Sprachkenntnisse aufmerksam macht, muss der Beteiligte die vom beurkundenden Notar getroffenen, in der Urkunde vermerkten Feststellungen gegen sich gelten lassen mit der Folge, dass es ihm in einem nachfolgenden Rechtsstreit verwehrt ist, aus diesem Umstand Bedenken in Bezug auf die Gültigkeit des nota-

riell beurkundeten Ehevertrags herzuleiten (Bejahung der Kenntnis der thailändischen Amtssprache, obwohl angeblich nur ein thailändischer Regionaldialekt beherrscht werden soll).

2. Von einer Sittenwidrigkeit eines Ehevertrages kann im Allgemeinen nicht ausgegangen werden, wenn:
  - a) der vereinbarte modifizierte Zugewinnausgleich, wonach es bei einer Beendigung der Ehe durch Tod eines Ehegatten bei den gesetzlichen Bestimmungen sein Bewenden haben soll, wohingegen im Scheidungsfall kein Zugewinnausgleich erfolgen soll, dazu dient, im Scheidungsfall den Bestand des (kleinen) Unternehmens eines der beiden Ehegatten abzusichern, das für diesen Ehegatten dessen Lebensgrundlage und alleinige Altersvorsorge darstellt und dessen Bestand deshalb nicht durch eventuelle Ausgleichszahlungen gefährdet werden soll;
  - b) der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgrund der konkreten Umstände des Einzelfalles ausschließlich dem wirtschaftlich schwächeren Ehegatten zugutekommt, weil der andere, als Unternehmer selbstständig erwerbstätige Ehegatte keinerlei spezifische Altersvorsorge betrieben hat und dies auch künftig nicht beabsichtigt, wohingegen der wirtschaftlich schwächere Ehegatte aufgrund einer abhängigen Erwerbstätigkeit bzw. aufgrund der Betreuung eventueller, aus der Ehe hervorgehender Kinder Versorgungsansprüche in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben soll (und auch tatsächlich erworben hat), die ihm im Scheidungsfall auf diese Weise ungeschmälert erhalten bleiben;
  - c) der vereinbarte Ausschluss nachehelicher Unterhaltsansprüche die Unterhaltsansprüche wegen Kinderbetreuung und wegen Alters nach §§ 1570, 1571 BGB und damit solche Unterhaltsansprüche vom vereinbarten nachehelichen Unterhaltsverzicht annimmt, die nach der Kernbereichslehre des BGH an erster und zweiter Stelle rangieren. Dass die vom Unterhaltsausschluss ausgenommenen Unterhaltsansprüche im Hinblick auf Höhe und Dauer beschränkt werden, ist unschädlich, wenn die Beschränkung insgesamt maßvoll ausfällt und sich an den „Eckwerten“ des früheren, bis zur Unterhaltsrechtsreform üblichen „Altersphasenmodells“ orientiert;
  - d) die verbliebenen Nachteile aus dem Ehevertrag zugunsten des wirtschaftlich schwächeren Ehegatten durch eine angemessene Abfindungsleistung kompensiert werden, deren Höhe sich an dem letzten, vom wirtschaftlich schwächeren Ehegatten unmittelbar vor der Eheschließung erzielten monatlichen Erwerbseinkommen orientiert und sich in einer Größenordnung von grob etwa 75 % des monatlichen Durchschnittseinkommens im Heimatland des betreffenden Ehegatten im Zeitpunkt des Ehevertragsabschlusses bewegt, wenn dieser Ehegatte – dem Ehevertrag zufolge – im Scheidungsfall beabsichtigt, in sein Heimatland zurückzukehren.

## AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Antragstellerin begeht Verfahrenskostenhilfe für die Rechtsverfolgung in zweiter Instanz für die von ihr am 17.03.2022 angebrachte Beschwerde gegen den am 19.01.2022 verkündeten Teilbeschluss, mit der ihr (Stufen-)Antrag zurückgewiesen wurde, den Antragsgegner zu verpflichten, im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung bestimmte Auskünfte zu erteilen und die zu erteilenden Auskünfte zu belegen.

**2** Die beiden Beteiligten – die Antragstellerin ist thailändische Staatsangehörige, der Antragsgegner besitzt die deutsche Staatsangehörigkeit – sind geschiedene Ehegatten. Die Ehe wurde mit dem am 07.07.2021 verkündeten Beschluss des Familiengerichts geschieden (...). Ein Versorgungsausgleich fand nicht statt. Der Scheidungsbeschluss ist seit dem 14.08.2021 rechtskräftig.

**3** Die Beteiligten haben sich im Januar 2009 in Thailand kennengelernt: Die seinerzeit etwa 25 Jahre alte Antragstellerin stammt aus einem Dorf in der im Nordosten Thailands, nahe der Grenze zu Laos, gelegenen Provinz Khon Kaen, dem Isan. Sie war bereits seit mehreren Jahren in Thailand als Controllerin bei einem Zulieferer des Autoherstellers T(...) berufstätig. Sie verfügte damals über ein durchschnittliches monatliches Einkommen zwischen etwa 10.000 und 12.000 Baht. Diese Summe entsprach im Mai 2010 grob etwa einem Betrag zwischen 250 € und 300 € bzw. zwischen 72 % und 87 % des thailändischen Monatsdurchschnittseinkommens, das im Jahr 2011 etwa 345 € betragen hat. Am Goethe-Institut in Thailand hat sie die deutsche Sprache auf dem Niveau A1 gelernt; ein einfacher Kenntnisstand, der dazu befähigt, Deutsch in alltäglichen, vertrauten Ausdrücken und einfachen Sätzen zu verstehen und anzuwenden. Sie war bereits einmal verheiratet und betreute ihre aus dieser Ehe hervorgegangene, im Februar 2004 geborene Tochter N(...). Der damals, im Jahr 2009, etwa 30 Jahre alte Antragsgegner ist gelernte Fachkraft für Veranstaltungstechnik. Im Mai 2010 war er angestellter Geschäftsführer in seinem eigenen Unternehmen, einer GmbH für Veranstaltungstechnik, und bezog ein monatliches Gehalt von etwa 1.700 €. Nach mehreren wechselseitigen Besuchen, davon ein Besuch der Antragstellerin in Deutschland, reiste die Antragstellerin am 02.04.2010 nach Deutschland ein und zog zum Antragsgegner. Die Ehe wurde am 28.05.2010 geschlossen. Die Tochter N(...) reiste im Mai 2011 der Antragstellerin nach Deutschland nach. Der Antragsgegner hat die Tochter im gemeinsamen, ehelichen Haushalt aufgenommen und für sie gesorgt. Die Antragstellerin hat zeitweilig im Unternehmen des Antragsgegners gearbeitet und im Übrigen Deutschkurse belegt, zuletzt auf dem Niveau B2. Im April 2011 wurde der gemeinsame Sohn L(...) geboren. In der Folgezeit, bis zur Trennung der Beteiligten im April 2019, betreute die Antragstellerin den gemeinsamen Sohn L(...) und ihre Tochter und kümmerte sich um den gemeinsamen Haushalt. Ab Dezember 2019 war die Antragstellerin als 450-€-Kraft in diversen Positionen, zuletzt als Reinigungskraft, berufstätig oder hat Arbeitslosengeld bzw. staatliche Transferleistungen bezogen. Das Geschäftsführergehalt des Antragsgegners betrug im Jahr

2020/2021, als er seinen Scheidungsantrag anbrachte, lediglich noch 450 €/Monat: Aufgrund der seinerzeitigen Coronapandemie durchlief das Veranstaltungstechnik-Unternehmen eine schwere, existenzbedrohende Krise.

**4** Am 27.05.2010 – einen Tag vor der Eheschließung am 28.05.2010 – schlossen die Beteiligten zur Urkunde des Notars (...) (...), B(...) (UR-Nr. [...] /2010) einen Ehevertrag. Bei der Beurkundung wurde eine im Büro des Notars beschäftigte Rechtsanwaltsfachangestellte als Dolmetscherin für die thailändische Sprache hinzugezogen, auf deren Vereidigung alle Beteiligten verzichtet hatten. In diesem Vertrag haben die Beteiligten u. a. für die allgemeinen Ehwirkungen sowie die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe das deutsche Recht gewählt und u. a. vereinbart, dass ein Zu- gewinnausgleich, soweit die Ehe nicht durch Tod eines Ehegatten enden sollte, ausgeschlossen sein soll. Weiter wurde für den Fall der Scheidung der Versorgungsausgleich ausgeschlossen, wobei die Beteiligten im Vertrag hervorgehoben haben, dass der Antragsgegner als selbstständig tätiger Unternehmer weder in der gesetzlichen Rentenversicherung noch in einer privaten Versicherung Anwartschaften erworben hat und dies auch in Zukunft nicht beabsichtige, wohingegen beabsichtigt sei, dass die Antragstellerin versicherungspflichtig tätig werden wird und auf diese Weise eigene Anwartschaften erwirbt. Auf nachehelichen Unterhalt haben beide Beteiligten wechselseitig verzichtet mit Ausnahme des nachehelichen Unterhalts wegen der Betreuung gemeinschaftlicher Kinder und wegen Alters: In Bezug auf diese beiden Unterhaltstatbestände sollte es bei einem Unterhaltsanspruch verbleiben, der jedoch der Höhe nach auf einen indexierten Höchstbetrag von 900 €/Monat begrenzt wird bzw. auf einen indexierten Höchstbetrag von 250 €/Monat, falls ein Ehegatte seinen Lebensmittelpunkt nach Thailand verlegen sollte. In der Präambel der Vereinbarung heißt es dazu, die Antragstellerin beabsichtige, im Alter oder im Fall einer Scheidung ihren Lebensmittelpunkt eventuell nach Thailand zu verlegen. Die Dauer eines eventuellen Bezuges von nachehelichem Unterhalt wurde im Fall, dass Betreuungsunterhalt geschuldet werden sollte, auf das zehnte Lebensjahr des jüngsten Kindes begrenzt und im Fall von Altersunterhalt auf eine Dauer von fünf Jahren gerechnet ab Rechtskraft der Scheidung. Weiter haben die Beteiligten vereinbart, dass der Antragsgegner an die Antragstellerin zur Abgeltung etwaiger weiterer Ansprüche aus der Ehe eine Abfindung i. H. v. 250 €/Monat bezahlt, gerechnet ab dem 49. Monat nach Eheschließung bis einschließlich des Monats, in dem der Scheidungsantrag rechtshängig wird oder der Antragsgegner Rente bezieht. Soweit aus der Ehe gemeinsame Kinder hervorgehen, soll die Abfindungssumme beginnend ab dem Monat der Geburt des Kindes berechnet werden. Die Abfindungsvereinbarung wurde durch weitere Klauseln ergänzt und ausgestaltet. Weiter haben die Beteiligten Regelungen für den Fall getroffen, dass aufgrund einer Übersiedlung von ihnen nach Thailand auf die Vereinbarung thailändisches Recht Anwendung finden sollte: Auch in diesem Fall sollte der nacheheliche Unterhalt, abgesehen vom Unterhalt wegen Kinderbetreuung und wegen Alters, ausgeschlossen bzw. der Höhe und der Dauer nach begrenzt sein; der Antrags-



gegner hat sich verpflichtet, auch in diesem Fall eine Abgeltungszahlung zu leisten. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Ehevertrag Bezug genommen.

**5** Den von der Antragstellerin gegen den Antragsgegner geltend gemachten Anspruch auf güterrechtliche Auskunft und Belegvorlage zum Tag der Eheschließung am 28.05.2010, zum Trennungstag am 16.01.2020 sowie zum 08.10.2020, dem Tag der Zustellung des Scheidungsantrags im Verfahren (...), hat das Familiengericht mit Teilbeschluss vom 22.09.2021 zurückgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen darauf verwiesen, dass der von den Beteiligten abgeschlossene Ehevertrag wirksam sei mit der Folge, dass der Antragstellerin, nachdem für den Fall der Ehescheidung ein Zugewinnausgleichsanspruch ausdrücklich abbedungen worden sei, vom Antragsgegner weder Auskunft noch Belege fordern könne. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Teilentscheidung Bezug genommen.

**6** Gegen diese Entscheidung wendet sich die Antragstellerin, die in zweiter Instanz ihre erstinstanzlichen Anträge weiterverfolgt. Sie meint, der abgeschlossene Ehevertrag habe im Zeitpunkt der Unterzeichnung, am 27.05.2010, eine erhebliche, zu ihrem Nachteil einseitige Lastenverteilung für den Scheidungsfall vorgesehen. Die Vereinbarung verstößt deshalb gegen die guten Sitten und sei nichtig mit der Folge, dass die gesetzlichen Regelungen für die Zugewinngemeinschaft Anwendung finden müssten und sie vom Antragsgegner Auskunft zu den güterrechtlich relevanten Stichtagen verlangen könne. Insbesondere rügt sie, dass sie den Vertrag überhaupt nicht verstanden habe, weil die vom Notar anlässlich der Beurkundung beigezogene Dolmetscherin, die keine thailändische Muttersprachlerin gewesen sei, den Vertrag lediglich in die thailändische Amts- bzw. „Standard“-Sprache übersetzt habe, die in den gebildeten Kreisen der Hauptstadt Bangkok gesprochen werde, aber nicht in den von ihr gesprochenen Dialekt ihrer thailändischen Heimatprovinz, dem Isan. Die mündliche Übersetzung der Vereinbarung sei daher unzureichend gewesen. Es sei davon auszugehen, dass der Antragsgegner diesen Umstand bewusst ausgenutzt habe, um einen Vertragsabschluss zu erzielen. Auch in der Sache sei der Vertrag unausgewogen und benachteilige sie, weil sie in Thailand sämtliche Brücken abgebrochen habe und bei einer Rückkehr dorthin wirtschaftlich vor dem „Aus“ stünde. Durch die vereinbarte Abfindungsregelung, wonach ihr nach ihrem Dafürhalten eine Zahlung in Höhe von etwa 28.000 € zu stünde, werde dieser Nachteil nicht ausgeglichen, zumal der Antragsgegner in Bezug auf die Zahlung des Abfindungsbetrages keine Zwangsvollstreckungsunterwerfung erklärt habe.

**7** Der Antragsgegner verteidigt die ergangene Entscheidung als zutreffend und richtig. Er verweist darauf, dass der Ehevertrag gerade keinen „Globalverzicht“ vorsehe, sondern in Bezug auf den nachehelichen Unterhalt eine abgewogene Regelung vereinbart worden sei, durch die die Unterhaltsansprüche wegen Kinderbetreuung und wegen Alters vom vereinbarten Unterhaltsausschluss ausdrücklich ausgenommen seien. Der vereinbarte Verzicht auf den Ver-

sorgungsausgleich wirke sich ausschließlich zugunsten der Antragstellerin aus, weil die Regelung – da er als selbstständiger Unternehmer weder in die gesetzliche Rentenversicherung eingezahlt habe noch eine anderweitige, private Altersvorsorge betreibe – bewirke, dass die Antragstellerin die von ihr in der gesetzlichen Rentenversicherung erworbenen Anrechte einschließlich der von ihr dort erlangten Kindererziehungszeiten ungeteilt für sich behalten könne und ihre Anrechte nicht, wie das unter Geltung der gesetzlichen Regelung vorgesehen sei, zur Hälfte auf ihn übertragen würden. In der gegebenen verfahrensrechtlichen Situation – der isolierten Geltendmachung güterrechtlicher Ansprüche, nachdem die Scheidung und der in jenem Verfahren (...) ausgesprochene Ausschluss der Durchführung eines Versorgungsausgleichs inzwischen rechtskräftig seien – erweise sich ihr Verlangen als rechtsmissbräuchlich, weil sie die ihr nachteiligen Seiten des Ehevertrages angreife, ohne zugleich auf die ihr günstigen Aspekte des Ehevertrages – den allein ihr zugutekommenden Ausschluss des Versorgungsausgleichs – verzichten zu müssen, da hierüber bereits rechtskräftig erkannt worden sei. Ihre Rechtsverfolgung stelle sich damit insoweit als „Rosinenpickerei“ dar, was nicht toleriert werden könne. Der vereinbarte Ausschluss güterrechtlicher Ansprüche sei sachgerecht: Die Regelung diene dazu, sein Unternehmen von jeglichem güterrechtlichen Ausgleich auszunehmen und damit in seinem wirtschaftlichen Bestand zu sichern, weil es sich bei dem Betrieb sowohl um seine alleinige Lebensgrundlage als auch um seine Altersvorsorge handele. Weiter sei zu berücksichtigen, dass der vereinbarte (teilweise) Verzicht auf gesetzliche Ansprüche durch eine Abfindungszahlung zugunsten der Antragstellerin kompensiert werde. Die Rüge, die vertraglichen Regelungen nicht verstanden zu haben, weil die Vereinbarung anlässlich der Beurkundung lediglich in die in Bangkok gesprochene thailändische Amts- bzw. Standardsprache, nicht aber in den spezifischen, in der thailändischen Heimatprovinz der Antragstellerin gebräuchlichen (Isan-)Dialekt übersetzt worden sei, müsse fehlgehen, weil in den zahlreichen, von den Beteiligten mittlerweile geführten Gerichtsverfahren stets nur ein Dolmetscher für die thailändische Amtssprache hinzugezogen worden sei, ohne dass die Antragstellerin jemals bemängelt hätte, der Verhandlung mangels ausreichender Beherrschung der thailändischen Amtssprache nicht folgen zu können. Zudem sei zu berücksichtigen, dass die Antragstellerin – anders als der Antragsgegner – bereits einmal geschieden sei und für eine aus ihrer ersten Ehe hervorgegangene Tochter Verantwortung trage: Bei diesem „Hintergrund“ sei nicht davon auszugehen, dass die Antragstellerin sich ohne Weiteres habe „überrumpeln“ lassen, sondern dass ihr die Risiken eines (erneuten) Scheiterns der Ehe durchaus bewusst gewesen seien und damit auch der Umstand, dass in diesem Fall die abgeschlossene Vereinbarung zum Tragen kommen werde. Der Antragsgegner verweist weiter darauf, dass die Antragstellerin vor Unterzeichnung des Ehevertrages eine Beratung durch eine namhafte, u. a. auf thailändisches Recht spezialisierte B(...) Familienrechtsanwältin in Anspruch genommen habe. Die Beratung habe Ergebnisse gezeigt, was u. a. daran ersichtlich werde, dass der Ehevertrag Regelungen vorsehe, wie zu



verfahren sei, falls – etwa aufgrund eines Wechsels des gewöhnlichen Aufenthalts – thailändisches Recht anwendbar werden sollte und dass ausdrücklich auch in diesem Fall – zum Schutz der Antragstellerin – die vereinbarte Abfindungsregelung gelten solle. Schließlich sei auch die besondere Situation der Beteiligten zu berücksichtigen; nämlich, dass der Antragsgegner ein selbständiger Unternehmer sei und die Beteiligten eine Patchwork-Familie begründet hätten, in der dem Antragsgegner die Versorgung der – im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses – sechsjährigen Tochter der Antragstellerin aus erster Ehe oblag.

(...)

**9 II.** Der Antrag der Antragstellerin, ihr für die Rechtsverfolgung in zweiter Instanz gemäß ihrem Beschwerdeantrag vom 17.03.2022 Verfahrenskostenhilfe zu gewähren, bleibt ohne Erfolg und ist deshalb zurückzuweisen (§ 113 Abs. 1 FamFG, § 119 Abs. 1 Satz 1, § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO):

(...)

**13 2.** In der Sache selbst bietet die von der Antragstellerin angebrachte Beschwerde keine Aussicht auf Erfolg, sodass ihr für die Rechtsverfolgung keine Verfahrenskostenhilfe gewährt werden kann:

**14 a)** Zwar liegt aufgrund der thailändischen Staatsangehörigkeit der Antragstellerin ein Fall mit Auslandsberührung vor (Art. 3 EGBGB). Gleichwohl hat das Familiengericht im Ergebnis zu Recht deutsches (Sach-)Recht angewandt. Das ergibt sich zwar noch nicht aus Art. 22 Abs. 1, Art. 26 Abs. 1 EuGÜVO, weil die kollisionsrechtlichen Bestimmungen nach dem dritten Kapitel der EuGÜVO (= Art. 20ff. EuGÜVO) nur für Ehegatten gelten, die am 29.01.2019 oder danach die Ehe eingegangen sind, die Beteiligten hier jedoch bereits am 28.05.2010 geheiratet haben (vgl. nur Winter, Internationales Familienrecht bei Fällen mit Auslandsbezug, 1. Aufl. 2023, Rdnr. 1023). Vielmehr verbleibt es vorliegend gemäß Art. 229 § 47 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB bei den bis zum 28.01.2019 geltenden, autonomen kollisionsrechtlichen Bestimmungen nach Art. 14, 15, Art. 4 Abs. 2 EGBGB a. F. (vgl. Winter, Internationales Familienrecht bei Fällen mit Auslandsbezug, Rdnr. 1031, 1039 ff.). Die danach für die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe zulässige Wahl des (Sach-)Rechts des Staates, dem ein Ehegatte angehört (Art. 15 Abs. 2 Nr. 1, Art. 4 Abs. 2 EGBGB a. F.), haben die Beteiligten getroffen: Im notariell beurkundeten Ehevertrag vom 27.05.2010 haben sie unter Ziffer II. 1. 2. Abs. die güterrechtlichen Wirkungen ihrer Ehe ausdrücklich dem deutschen Recht unterstellt. Die Rechtswahl ist, wie sich aus Art. 15 Abs. 3, Art. 14 Abs. 4 EGBGB a. F. ergibt, formgültig, weil sie in einem notariell beurkundeten Ehevertrag getroffen wurde (§ 1410 BGB). Die Rechtswahl gilt, obwohl die Antragstellerin mit ihrem Rechtsmittel die Rechtswirksamkeit des notariell beurkundeten Ehevertrages als sittenwidrig und nichtig angreift, als wirksam getroffen: Das folgt aus Art. 31 Abs. 1 EGBGB a. F., der seinerzeit geltenden Bestimmung zur materiellen Wirksamkeit einer Rechtswahlvereinbarung, die inzwischen im Kerngehalt wortgleich in Art. 24 Abs. 1 EuGÜVO und in Art. 10 Abs. 1 Rom I-VO übernommen wurde: Danach beurteilen sich das Zustandekommen und die Wirksamkeit

einer Rechtswahlvereinbarung nach dem Recht, das anzuwenden wäre, wenn der (Ehe-)Vertrag wirksam wäre. Das ist das deutsche materielle Recht und nach diesem bestehen, nachdem der Ehevertrag notariell beurkundet wurde – abgesehen von der von der Antragstellerin gerügten Sittenwidrigkeit des Inhalts der ehevertraglichen Regelungen im Übrigen –, keine Bedenken im Hinblick auf das Zustandekommen oder die Wirksamkeit der Rechtswahlvereinbarung. Die von der Antragstellerin bestrittene Gültigkeit und die Wirksamkeit des Ehevertrages ist damit am Maßstab des deutschen (Sach-)Rechts zu messen.

**15 b)** Auf der Basis des deutschen Rechts kann die Rechtsverfolgung der Antragstellerin keinen Erfolg haben: Nach § 1408 Abs. 1 BGB ist das Familiengericht an die ehevertragliche Vereinbarung der Beteiligten gebunden, soweit die notarielle Vereinbarung formwirksam zustande gekommen ist und sie einer an Art. 2 Abs. 1, Art. 6 Abs. 1 GG in Verbindung mit §§ 138, 242 BGB zu messenden Inhalts- und Ausübungskontrolle standhält (vgl. Grüneberg/Siede, 83. Aufl. 2024, § 1408 Rdnr. 7 ff.). Beide Voraussetzungen sind vom Familiengericht zu Recht bejaht worden (unter (aa), (bb) und (cc)):

**16 (aa) (i)** Der von den Beteiligten am 27.05.2010 zur Urkunde des Notars (...) zu dessen UR-Nr. (...) /2010 abgeschlossene, notariell beurkundete Ehevertrag entspricht den gesetzlichen Anforderungen an die Form der Vereinbarung (Art. 11 Abs. 1 EGBGB, § 1410 BGB).

**17 (ii)** Die weiteren formalen Voraussetzungen an ein Beurkundungsverfahren unter Beteiligung einer der deutschen Sprache nicht ausreichend mächtigen Vertragspartei sind ebenfalls gewahrt: Der Urkundsnotar hat eingangs der Urkunde, im Urkundsrubrum, die nach § 16 Abs. 1 BeurkG erforderlichen Feststellungen zu den fehlenden Sprachkenntnissen der Antragstellerin getroffen. Er hat deshalb eine Dolmetscherin für die thailändische Sprache hinzugezogen (§ 16 Abs. 3 Satz 1 BeurkG). Dass die hinzugezogene Dolmetscherin nicht vereidigt war, ist – entgegen der Auffassung der Antragstellerin (...) – unschädlich, weil alle Beteiligten – zulässigerweise (§ 16 Abs. 3 Satz 3 2. Hs. BeurkG) – auf eine Vereidigung verzichtet haben. Dessen ungeachtet wird die Wirksamkeit der Beurkundung durch die Vereidigung des Dolmetschers, deren Fehlen oder deren fehlerhafte Vornahme nicht berührt (vgl. nur Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 3. Aufl. 2018, § 16 Rdnr. 46). Darauf, dass die Antragstellerin eine schriftliche Übersetzung des Ehevertrages in die thailändische Sprache verlangen könne, wurde sie ebenfalls ordnungsgemäß hingewiesen (§ 16 Abs. 2 Satz 3 BeurkG); hierauf hat die Antragstellerin verzichtet. Die entsprechenden Feststellungen finden sich im letzten Absatz der Urkunde (Ehevertrag S. 17 und § 16 Abs. 2 Satz 4 BeurkG). Da es sich hierbei um eine reine Ordnungsvorschrift handelt, lassen eventuelle Fehler – für die nichts ersichtlich ist – die Wirksamkeit der Urkunde ebenfalls unberührt (vgl. Grziwotz/Heinemann, BeurkG, § 16 Rdnr. 69).

**18 (iii)** Der Vortrag der Antragstellerin, mangels ausreichender Kenntnisse der thailändischen Amtssprache habe sie der Beurkundungsverhandlung nicht folgen können mit der Folge, dass ein Verhandlungsungleichgewicht vorgelegen



habe und der Ehevertrag deshalb sittenwidrig und nichtig sei, verfängt nicht. Denn die – nicht unter Beweis gestellte und vom Antragsgegner bestrittene – Behauptung der Antragstellerin, sie habe der Beurkundung nicht folgen können, weil die Dolmetscherin die Niederschrift des Ehevertrages lediglich in die thailändische Amts- bzw. Standardsprache, aber nicht in den von ihr gesprochenen Dialekt ihrer Heimatprovinz in Thailand, dem Isan, übersetzt habe, ist nicht nachvollziehbar:

**19** Die Antragstellerin hat vorgetragen, dass die thailändische Amts- und Standardsprache insbesondere vom Bildungsbürgertum der Hauptstadt Bangkok gesprochen werde. Aus ihrem weiteren Vortrag ergibt sich, dass sie in Bangkok gelebt haben muss und mit hoher Wahrscheinlichkeit auch zum thailändischen Bildungsbürgertum zählt: Denn die Antragstellerin hat, wie sie vorträgt, in Thailand am Goethe-Institut Deutsch gelernt. Das einzige thailändische Goethe-Institut hat seinen Sitz jedoch in Bangkok (...), so dass die Antragstellerin in Bangkok (bzw. im Großraum Bangkok) gelebt haben muss, was in der Präambel des Ehevertrages (Ziffer I. 3.) auch ausdrücklich vermerkt ist. Der Umstand, dass sie in Thailand begonnen hat, die deutsche Sprache zu lernen, und sie zusätzlich – wie in der Präambel des Ehevertrages festgehalten (Ziffer I. 3.) – über solide Kenntnisse der englischen Sprache verfügt, deutet (mindestens) auf eine gewisse Nähe zum Bildungsbürgertum hin. Zudem hat sie in Thailand mehrere Jahre als Controllerin bei einem Zulieferer von T(...) gearbeitet: Ein Controller muss nicht unbedingt über einen Hochschulabschluss verfügen, aber zu den Aufgaben eines Controllers gehört es, das betriebsinterne Abrechnungswesen zu prüfen und zu analysieren sowie ggf. auch die Geschäftsleitung zu beraten bzw. an sie zu berichten. Das setzt ein deutliches Maß an Bildung voraus und das spricht ebenfalls klar gegen die Annahme, die Antragstellerin sei mangels ausreichender Kenntnis der thailändischen Amtssprache nicht in der Lage gewesen, der Beurkundungsverhandlung zu folgen. Im Gegen teil: Der beurkundende Notar hat sich von den Sprachkenntnissen der Antragstellerin eine eigene Überzeugung gebildet (§ 16 Abs. 1 BeurkG) und im Rubrum der Urkunde vermerkt, dass sie thailändisch spricht (vgl. *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, § 16 Rdnr. 12 ff.). Davon, dass die Antragstellerin der thailändischen Amts- bzw. Standardsprache nicht ausreichend kundig sei, sondern ausschließlich den thailändischen Dialekt des Isan sprechen bzw. verstehen würde, ist in der Urkunde keine Rede: Die Feststellungen zu den thailändischen Sprachkenntnisse und deren Bejahung durch den Notar aufgrund dessen Prüfung muss die Antragstellerin gegen sich gelten lassen: Gerade wenn ihre Erklärung gegenüber dem Notar, thailändisch zu verstehen, nicht richtig gewesen sein sollte, ist es ihr verwehrt, aus ihren unzutreffenden Angaben gegenüber dem Urkundsnotar eine Unwirksamkeit der Urkunde herzuleiten (so ausdrücklich OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2019, 10 UF 26/19, FamRZ 2019, 1689 Rdnr. 16). Tatsächlich ist es schlechterdings nicht nachvollziehbar, weshalb die Antragstellerin, wenn sie, wie sie behauptet, der Verhandlung mangels ausreichender Sprachkenntnisse nicht habe folgen können, hierauf nicht den Antragsgegner, den Notar oder die thailändische Dol-

metscherin aufmerksam gemacht, sondern gleichwohl den Ehevertrag unterzeichnet hat (vgl. auch *Bergschneider/Wolf* in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 4. Aufl. 2023, § 7 Rdnr. 71: „Die Behauptung des ausländischen Partners, man habe den Vertrag nicht verstanden, ist fast als Standardausrede zu bezeichnen“).

**20 (bb)** Im Rahmen der materiellen (inhaltlichen) Wirksamkeitskontrolle ist zu prüfen, ob die Vereinbarung im Zeitpunkt ihres Zustandekommens offenkundig zu einer derartig einseitigen Lastenverteilung im Scheidungsfall führt, dass sie als sittenwidrig anzusehen und ihr deshalb nach § 138 Abs. 1 BGB die Anerkennung durch die Rechtsordnung zu versagen ist. Ein eventuelles „Sittenwidrigkeitsurteil“ ist aufgrund einer umfassenden Gesamtwürdigung aller Umstände zu treffen, bei dem zunächst – unter (i) – zu prüfen ist, ob und in welchem Umfang durch die Vereinbarung Regelungen aus dem Kernbereich des gesetzlichen Scheidungsfolgenrechts abbedungen werden und, falls das zu bejahren sein sollte, ob derartige Nachteile durch Vorteile an anderer Stelle wieder kompensiert werden – unter (ii) –, bevor sodann eine umfassende Gesamtabwägung zu erfolgen hat, die sich in objektiver Hinsicht u. a. auf die Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten, den beabsichtigten oder bereits verwirklichten Zuschnitt ihrer Ehe und auf die Auswirkungen der Vereinbarung auf sie sowie ggf. auf ihre gemeinsamen Kinder erstrecken muss (unter (iii)). In subjektiver Hinsicht sind im Rahmen dieser Gesamtabwägung die Zwecke zu berücksichtigen, die die Ehegatten mit der Abrede verfolgt haben und die beiderseitigen Gründe, die sie dazu bestimmt haben, die in Rede stehende Vereinbarung abzuschließen (unten (iv)) (vgl. BVerfG, Urteil vom 06.02.2001, 1 BvR 12/92, BVerfGE 103, 89 = FamRZ 2001, 343 Rdnr. 31ff.; Beschluss vom 29.03.2001, 1 BvR 1766/92, FamRZ 2001, 985 Rdnr. 6ff. sowie Senat, Beschluss vom 04.09.2023, 16 UF 21/23, NJ 2023, 542 Rdnr. 15ff. und *Frank* in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, 7. Aufl. 2021, Kap. 1 Rdnr. 1850).

**21 (i)** Die Beteiligten haben die folgenden Vereinbarungen getroffen:

- In güterrechtlicher Hinsicht haben die Beteiligten einen modifizierten Zugewinnausgleich vereinbart (Ehevertrag Ziffer III. 1. ff.): Für den Fall der Beendigung der Ehe durch Tod eines Ehegatten sollte es bei den gesetzlichen Bestimmungen sein Bewenden haben, wohingegen ein Zugewinnausgleich im Fall, dass die Ehe geschieden wird, nicht stattfinden soll. Gegen eine derartige Regelung bestehen keine Bedenken, weil der Zugewinnausgleich vom Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts nicht umfasst wird, das Güterrecht vom Grundsatz der Vertragsfreiheit geprägt ist und ehevertraglichen Gestaltungen am weitesten zugänglich ist. Deshalb sind Vereinbarungen zur Zugewinngemeinschaft unter dem Gesichtspunkt der richterlichen Inhaltskontrolle grundsätzlich nicht zu beanstanden (vgl. BGH, Urteil vom 17.10.2007, XII ZR 96/05, FamRZ 2008, 386 Rdnr. 20ff.; OLG Düsseldorf, Urteil vom 27.03.2003, 4 UF 212/02, FamRZ 2003, 1287 Rdnr. 11: Vereinbarung von Gütertrennung zwischen Ehegatten mit beiderseits türkischer Staatsangehörigkeit sowie *Bergschneider*, Verträge



in Familiensachen, 7. Aufl. 2022, Rdnr. 599 f.; Grüneberg/*Siede*, § 1408 Rdnr. 21, 24). Hier kommt hinzu, dass ausweislich der Präambel des Ehevertrages (Ziffer I. 4.) beide Beteiligten – auch wenn der (tatsächlich eingetretene) Wunsch nach gemeinsamen Kindern nicht ausgeschlossen sein sollte – beabsichtigt haben, weiterhin berufstätig zu sein und ihren Lebensunterhalt jeweils selbst absichern wollten: In einem solchen Fall, in dem keiner der beiden Ehegatten bei Eheschließung über ein nennenswertes Vermögen verfügt und eine beiderseitige Berufstätigkeit geplant ist, ist ein notarieller Ehevertrag, der für den Fall der Scheidung den Ausschluss des Zugewinns und des Versorgungsausgleichs vorsieht, auch dann nicht sittenwidrig, wenn für die Zukunft – so wie hier (Ehevertrag Ziffer I. 4. 4. Abs.) – ein allgemeiner Kinderwunsch besteht (vgl. OLG Koblenz, Beschluss vom 23.06.2003, 13 UF 257/03, FamRZ 2004, 200 Rdnr. 4 f.).

**22** Nachdem der Antragsgegner Inhaber eines Unternehmens ist, erscheint die getroffene Gestaltung letztlich auch sachgerecht, um im Falle einer Scheidung den Bestand des Unternehmens nicht zu gefährden (vgl. *Bergschneider/Wolf* in Münch, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 7 Rdnr. 184): Denn das erkennbare Interesse des Antragsgegners, den Fortbestand des Unternehmens als seiner Lebensgrundlage und (einzig) Altersvorsorge nicht durch etwaige Ausgleichszahlungen, die jedenfalls einen eventuellen Wertzuwachs des Unternehmens bis zu den maßgeblichen Stichtagen erfassen würden, im Rahmen einer güterrechtlichen Auseinandersetzung gefährden zu wollen, ist – wie der BGH ausdrücklich festgestellt hat (vgl. BGH, Urteil vom 28.03.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1310 Rdnr. 17) – legitim und kann deshalb nicht als Ausnutzung einer ungleichen Verhandlungsposition qualifiziert werden.

Im Ehevertrag haben die Beteiligten weiter den Versorgungsausgleich ausgeschlossen (Ehevertrag Ziffer IV.). Das ist, worauf der Notar die Beteiligten eigens hingewiesen hat (Ehevertrag Ziffer IV. 4.), zwar im Hinblick auf die Inhaltskontrolle der Vereinbarung durchaus kritisch zu beurteilen, weil der Versorgungsausgleich als vorweggenommener Altersunterhalt anzusehen ist, der innerhalb der Kernbereichslehre auf der zweithöchsten Stufe, unmittelbar nach dem Betreuungsunterhalt, rangiert (vgl. BGH, Beschluss vom 06.10.2004, XII ZB 110/99, FamRZ 2005, 26 Rdnr. 8). Allerdings darf auch insoweit keine isolierte Betrachtung erfolgen, sondern es hat eine an den individuellen Verhältnissen orientierte Gesamtabwägung stattzufinden (vgl. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, 7. Aufl. 2022, Rdnr. 821). Dabei zeigt sich, dass der Ausschluss des Versorgungsausgleichs hier eine Klausel ist, die von vornherein und ganz eindeutig allein der Antragstellerin zugutekommt und von der ausschließlich sie profitiert: Denn aus dem Ehevertrag (Ehevertrag Ziffer I. 3. 1. Abs.; Ziffer I. 4. 2. Abs.; Ziffer IV. 4.) ergibt sich, dass der Antragsgegner während der Ehezeit keinerlei Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben soll, weil er als selbstständiger Unternehmer nicht rentenversicherungspflichtig ist. Tatsächlich hat er ausweislich der im Scheidungsverfahren erteilten Auskunft auch keinerlei spezifische Vorsorge für

das Alter betrieben; etwa durch den Abschluss von (Rente- oder Lebens-)Versicherungsverträgen. Umgekehrt war nach dem Ehevertrag zu erwarten, dass die Antragstellerin Anwartschaften in der gesetzlichen Rentenversicherung erwerben wird, weil sie erwerbstätig sein und selbst für ihren Lebensunterhalt sorgen sollte (Ehevertrag Ziffer I. 4. 2. Abs.) und ihr – soweit aus der Ehe (wie tatsächlich geschehen) ein Kind hervorgehen sollte – damit auch die entsprechenden Kindererziehungszeiten zugeordnet werden (§ 56 Abs. 2 SGB VI sowie *Kreikebohm* in Knickrehm/Kreikebohm/Waltermann, Kommentar zum Sozialrecht, 4. Aufl. 2015, § 56 SGB VI Rdnr. 5). Genau dieser Fall ist tatsächlich eingetreten, sodass gegen den Ausschluss des Versorgungsausgleichs aufgrund der besonderen Umstände des konkreten Falles keine Bedenken bestehen (vgl. auch OLG Köln, Beschluss vom 02.04.2019, 10 UF 26/19, FamRZ 2019, 1689 LS 3 und Rdnr. 22; OLG Koblenz, Beschluss vom 23.06.2003, 13 UF 257/03, FamRZ 2004, 200 LS und Rdnr. 4 f.).

Weiter haben die Beteiligten im Ehevertrag den nachehelichen Unterhalt grundsätzlich ausgeschlossen (Ehevertrag Ziffer V. 1.). Ausdrücklich von dem Ausschluss ausgenommen sind jedoch nacheheliche Unterhaltsansprüche wegen Kinderbetreuung und wegen Alters (§§ 1570, 1571 BGB) und damit Ansprüche, die nach der Kernbereichslehre des BGH an erster und zweiter Stelle rangieren (vgl. *Frank* in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, Kap. 1 Rdnr. 1853): Lediglich nachrangige Unterhalts- und Anschlussunterhaltsansprüche sind ausgeschlossen worden. Im praktischen Ergebnis haben die Beteiligten im Ehevertrag aus dem Jahr 2010 damit im Wesentlichen dasjenige umgesetzt, was der Familienrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins im Januar 2017 als Initiativstellungnahme für eine erneute Reform des nachehelichen Unterhaltsrechts vorgeschlagen hat (Stellungnahme Nr. 4/2017; im Internet auf der Homepage des Deutschen Anwaltvereins bzw. <https://anwaltverein.de/de/newsroom/sn-4-17-reform-unterhaltsrecht> und dazu u. a. *Battes*, FamRZ 2019, 10fff.; *Horndasch*, FuR 2017, 295 ff.): Eine Vereinbarung, die einem Gesetzgebungsvorschlag entspricht, kann kaum sittenwidrig sein und tatsächlich bestehen gegen Vereinbarungen, durch die lediglich Unterhaltsansprüche, die nach der Kernbereichslehre nur nachrangig sind, ausgeschlossen werden, grundsätzlich keine Bedenken (vgl. *Bergschneider*, Verträge in Familiensachen, Rdnr. 497; *Frank* in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, Kap. 1 Rdnr. 1871). In der Person des hier von betroffenen Ehegatten liegende (subjektive) Gesichtspunkte, die geeignet wären, eine andere Beurteilung zu rechtfertigen – beispielsweise, dass die Entstehung einer besonderen, durch einen der abbedungenen Unterhaltsansprüche abgedeckte Bedürfnislage absehbar gewesen wäre – sind weder ersichtlich noch vorgetragen.

**23** Dagegen, dass die Beteiligten darüber hinaus den Betreuungs- und Altersunterhalt der Höhe und der Dauer nach beschränkt haben, bestehen – schon im Hinblick auf die entsprechenden, vom Gesetz (§ 1578b BGB) ausdrücklich vorgesehenen Möglichkeiten, den nachehelichen Unterhaltsanspruch zu begrenzen – keine Bedenken. Dies gilt umso mehr, als die vorgesehenen Beschränkungen maßvoll

ausfallen: So soll die Unterhaltshöhe maximal 900 €/Monat betragen und der Betrag ist zusätzlich indexiert, wird also entsprechend der Entwicklung der Lebenshaltungskosten angepasst. Nachdem der Antragsgegner, den Feststellungen in der Präambel zufolge, bei Vertragsabschluss 1.700 €/Monat verdient hat, geht der vereinbarte Unterhaltshöchstbetrag weit über die seinerzeit, bei Vertragsabschluss, noch geltende Ehegatten-Unterhaltsquote von 3/7 hinaus (vgl. *Bergschneider, Verträge in Familiensachen*, Rdnr. 488, 498; *Frank in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess*, Kap. 1 Rdnr. 1859, 1864, 1869 sowie Ziffer 15.2 der im Jahr 2010 geltenden unterhaltsrechtlichen Leitlinie des KG). Gegen eine zeitliche Begrenzung des Betreuungsunterhalts bis zum zehnten Lebensjahr des jüngsten Kindes bestehen im Hinblick auf die Regelung nach § 1570 Abs. 1 Satz 1 BGB ebenfalls keine Bedenken: Für eine Sittenwidrigkeit bestehen insoweit keine Anhaltspunkte, zumal die Regelung sich im Kern ersichtlich an den „Eckwerten“ des früheren, bis zur Unterhaltsrechtsreform 2008 üblichen Altersphasenmodells orientiert (vgl. BGH, Urteil vom 28.03.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1310 Rdnr. 19: eine Begrenzung des Betreuungsunterhalts bis zur Vollendung des sechsten Lebensjahres des Kindes ist nicht zu beanstanden; *Menne, Frank in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess*, Kap. 1 Rdnr. 248; Kap. 1 Rdnr. 1866; *Bergschneider, Verträge in Familiensachen*, Rdnr. 490). Für die Begrenzung des Altersunterhalts auf fünf Jahre seit Rechtskraft der Scheidung bestehen im Hinblick auf die Regelung in § 1578b Abs. 2 BGB ebenfalls keine Bedenken (vgl. *Frank in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess*, Kap. 1 Rdnr. 1869).

Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass durch die Regelungen des Ehevertrages keine Regelungen aus dem Kernbereich des Scheidungsfolgenrechts abbedungen werden bzw. – soweit die Regelungen den Versorgungsausgleich betreffen – sie sich jedenfalls ersichtlich nicht zulasten der Antragstellerin auswirken.

**24 (ii)** Der Antragstellerin verbleibende Nachteile aus dem Ehevertrag – etwa der Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Scheidungsfall, der Ausschluss des nachehelichen Unterhalts, soweit es sich nicht um Ansprüche nach §§ 1570, 1571 BGB handelt oder die vereinbarte Begrenzung der Unterhaltsansprüche nach §§ 1570, 1571 BGB in Höhe und Dauer – werden in zweifacher Hinsicht zugunsten der Antragstellerin kompensiert:

Das betrifft zunächst einmal den Versorgungsausgleich: Der vereinbarte Ausschluss des Versorgungsausgleichs stellt sich aufgrund der gegebenen, individuellen Konstellation und des beabsichtigten Ehemodells – das tatsächlich auch eingetreten ist bzw. verwirklicht wurde – als eine Kompensationsleistung zugunsten der Antragstellerin dar, weil sie sämtliche von ihr erlangte Anrechte der Altersvorsorge einschließlich der für die Kindererziehungszeiten gewährten rentenrechtlichen Entgeltpunkte ungeschmälert für sich behalten konnte.

Darüber hinaus haben die Beteiligten eine besondere Abfindungsleistung zugunsten der Antragstellerin vereinbart (Ehevertrag Ziffer VI. bzw. Ziffer IX. 2. c): Die Antragstellerin

sollte in jedem Fall ab einer Ehedauer von vier Jahren für jeden Monat der Ehezeit, bis zur Anhängigkeit eines Scheidungsantrages, einen Betrag von 250 € erhalten. Für den Fall, dass aus der Ehe Kinder hervorgehen sollten, sollte der Abfindungsbetrag bereits ab dem Monat der Geburt des Kindes geschuldet sein: Nachdem aus der Ehe der gemeinsame, im April 2011 geborene Sohn L(...) hervorgegangen ist, ist der Abfindungsbetrag ab April 2011 zu berechnen; er soll den – vom Antragsgegner bestätigten – Berechnungen der Antragstellerin zufolge (April 2011 bis Juli 2020: 112 Monate x 250 €/Monat =) 28.000 € betragen (...). Unter Berücksichtigung der in der Präambel mitgeteilten Einkommens- und Vermögensverhältnisse der Ehegatten unmittelbar bei bzw. vor Abschluss des Ehevertrages und der Absicht der Antragstellerin, im Fall einer Scheidung nach Thailand zurückkehren zu wollen (Ehevertrag Ziffer I. 4. 3. Abs.), ist die vereinbarte Kompensationsleistung angemessen: Vor Abschluss des Ehevertrages hat die Antragstellerin in Thailand zuletzt zwischen 10.000 und 12.000 Baht/Monat verdient. Dieser Betrag entsprach seinerzeit, bei Vertragsabschluss, in etwa einem Eurobetrag zwischen grob 250 € und 300 €. Das thailändische Durchschnittseinkommen im Jahr 2011 soll, Erhebungen der Weltbank zufolge, im Jahr 2011 etwa 368 US\$/Monat (bzw. grob etwa 345 €/Monat) betragen haben. Konkret heißt das: Aufgrund der vereinbarten Kompensationsleistung hat die Antragstellerin damit Anspruch auf einen Geldbetrag, der bezogen auf den Monat im großen Ganzen dem letzten, von ihr in Thailand erzielten Gehalt entspricht und sich in etwa in einem Bereich zwischen 72 % und 87 % des Durchschnittseinkommens bewegt, dass – ebenfalls stark verallgemeinernd – in Thailand im Zeitpunkt des Vertragsabschlusses erzielt wurde. Wenn berücksichtigt wird, dass die Antragstellerin dem Ehevertrag zufolge beabsichtigt hat, im Fall der Scheidung nach Thailand zurückzukehren, kann diese Regelung nicht als sittenwidrig angesehen werden, zumal zu dem Abfindungsbetrag auch dann, wenn die Antragstellerin nach Thailand zurückkehren sollte, zusätzlich ggf. die vereinbarten Unterhaltszahlungen in Höhe von bis zu 250 €/Monat hinzukommen (Ehevertrag Ziffer IX. 2. b): für den Fall, dass die Antragstellerin nach Thailand zurückkehrt, wurde ein Unterhaltshöchstsatz von lediglich 250 €/Monat vereinbart). Auch unter Berücksichtigung des Umstands, dass die Antragstellerin ihrem Vortrag zufolge mit der Übersiedlung in das Inland in Thailand „alle Brücken abgebrochen“ hat, stellt die danach geschuldete Summe – zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses beurteilt – eine insgesamt betrachtet angemessene Kompensation dar, durch die die Antragstellerin in die Lage versetzt wird, sich beispielsweise in Thailand (wieder) eine eigene Existenz aufzubauen.

Im Ergebnis erhält die Antragstellerin dadurch, dass sie die von ihr erlangten Versorgungsanrechte ungeschmälert behalten darf und Anspruch auf die vereinbarte Abfindungsleistung hat, eine Kompensation für die von ihr mit dem Ehevertrag übernommenen Nachteile. Das schließt es aus, den Ehevertrag als sittenwidrig anzusehen.

**25 (iii)** Im Rahmen der vorzunehmenden Gesamtwürdigung ist zu berücksichtigen, dass die Nachteile, die die Antrag-



stellerin mit dem Abschluss des Ehevertrages hat hinnehmen müssen, im Wesentlichen kompensiert werden. In die Gesamtabwägung ist dabei letztlich auch einzustellen, dass der Antragsgegner die aus der ersten Ehe der Antragstellerin hervorgegangene Tochter seit deren Einreise in das Inland im Mai 2011 in die Familie aufgenommen und während der Ehezeit, bis zur Trennung der Beteiligten im April 2019, in materieller Hinsicht durchgängig – während etwa acht Jahren – vollständig versorgt hat. Beide Aspekte erscheinen als geeignet, das zwischen den Ehegatten bestehende wirtschaftliche Gefälle auszugleichen: Vor Abschluss des Ehevertrages hat die Antragstellerin etwa 250 € bis 300 €/Monat verdient (bzw. ganz grob zwischen 72 % und 87 % des thailändischen Durchschnittseinkommens), wohingegen der Antragsgegner 1.700 €/Monat und damit ganz grob etwa 80 % des deutschen Durchschnittseinkommens des Jahres 2010 verdient hat. Bei dieser Sachlage ist dafür, dass der Ehevertrag im Zeitpunkt seines Abschlusses eine evident einseitige Lastenverteilung zu Ungunsten der Antragstellerin beinhaltet hätte und damit sittenwidrig wäre, nichts ersichtlich. Bei dieser Einschätzung bleibt es auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass die Antragstellerin den vereinbarten Abfindungsbetrag – mangels gesonderter Zwangsvollstreckungsunterwerfung – nicht unmittelbar aus der Urkunde vollstrecken kann, sondern ggf. gesondert einklagen muss.

**26 (iv)** Da der abgeschlossene Ehevertrag einer Inhaltskontrolle danach in objektiver Hinsicht standhält, kommt es auf die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit nach § 138 Abs. 2 BGB – das Ausnutzen einer Zwangslage, die Unerfahrenheit oder des Mangels an Urteilsvermögen – nicht weiter an. Hinzukommt, dass für eine einseitige Dominanz des Antragsgegners und damit für eine Störung der subjektiven Vertragsparität nichts ersichtlich ist: Denn eine lediglich auf die Einseitigkeit der Lastenverteilung gegründete tatsächliche Vermutung für die subjektive Seite der Sittenwidrigkeit kann bei familienrechtlichen Verträgen nicht aufgestellt werden (vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, FamRZ 2013, 195 Rdnr. 24 sowie Grüneberg/Ellenberger, § 138 Rdnr. 47). Zusätzlich ist zu bedenken, dass der höchstgerichtlichen Rechtsprechung zufolge das im abgeschlossenen Ehevertrag zum Ausdruck kommende Interesse des Antragsgegners, den Fortbestand seines Unternehmens als seiner Lebensgrundlage nicht durch die von der Antragstellerin mit ihrem Antrag angestrebten güterrechtlichen Ausgleichszahlungen gefährden zu wollen, ausdrücklich als legitim und nicht als Ausnutzung einer ungleichen Verhandlungsstärke gilt (vgl. BGH, Urteil vom 28.03.2007, XII ZR 130/04, FamRZ 2007, 1310 Rdnr. 17). Genau hierauf – auf den existenzsichernden Zweck des Ehevertrages – hat der Antragsgegner ausdrücklich hingewiesen (...).

**27 (v)** Im Ergebnis ist damit nichts dafür ersichtlich, dass der Ehevertrag schon im Zeitpunkt seines Zustandekommens offenkundig zu einer derartig einseitigen Lastenverteilung im Scheidungsfall führt, dass der Vereinbarung – losgelöst von der künftigen Entwicklung der Ehegatten und ihrer Lebensverhältnisse – wegen eines Verstoßes gegen die guten Sitten die Anerkennung der Rechtsordnung ganz oder teilweise mit der Folge zu versagen wäre, dass an die Stelle der

ehevertraglichen Abreden die gesetzlichen Regelungen treten müssten (§ 138 Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 31.10.2012, XII ZR 129/10, FamRZ 2013, 195 Rdnr. 17).

**28 (cc)** Die sich an die Prüfung der Sittenwidrigkeit anschließende zweite Prüfungsstufe, die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB und damit die Prüfung, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Lebensgemeinschaft aus dem ehevertraglich vereinbarten Ausschluss von gesetzlichen Scheidungsfolgen eine evident einseitige Lastenverteilung ergibt, die der dadurch belastete Ehegatte nach Treu und Glauben nicht hinnehmen muss (vgl. Frank in Eschenbruch/Schürmann/Menne, Unterhaltsprozess, Kap. 1 Rdnr. 1879), ist von der Antragstellerin nicht geltend gemacht worden: Sie hat ihre Beschwerde allein auf die Behauptung einer Sittenwidrigkeit des Ehevertrages gestützt.

**29** Anhand der aus den Akten ersichtlichen Tatsachen kann tatsächlich auch nicht festgestellt werden, dass der Antragsgegner, wenn er sich gegenüber dem Verlangen der Antragstellerin nach einem güterrechtlichen Ausgleich auf die ehevertraglichen Regelungen beruft, damit die ihm durch den Ehevertrag eingeräumte Rechtsmacht in trewidriger Weise missbrauchen würde: Zwar ist aus der Ehe im April 2011 der gemeinsame Sohn L(...) hervorgegangen, der von der Antragstellerin betreut wird. Aber L(...) ist inzwischen 13 Jahre alt und für eine besondere Betreuungsbedürftigkeit des Kindes ist nichts ersichtlich. Seine weitere Betreuung und Versorgung durch die Antragstellerin steht ihrer Erwerbstätigkeit daher nicht grundsätzlich entgegen. Der entscheidende Gesichtspunkt ist freilich, dass das Unternehmen des Antragsgegners im Zeitpunkt, zu dem das Scheidungsverfahren eingeleitet wurde, aufgrund der damals herrschenden „Hochphase“ der Coronapandemie praktisch vor dem wirtschaftlichen „Aus“ stand. Da wegen der seinerzeitigen Coronapandemie sämtliche öffentlichen Veranstaltungen untersagt waren, musste der Antragsgegner mit seinem Unternehmen für Veranstaltungstechnik und Eventmarketing um die eigene wirtschaftliche Existenz kämpfen. Anstatt des im Ehevertrag vermerkten Einkommens von 1.700 €/Monat erzielte er, seinen Angaben im Scheidungsantrag zufolge, lediglich noch Einkünfte i. H. v. 450 €/Monat: Vor diesem Hintergrund liegt es auf der Hand, dass eine Anpassung des Ehevertrages nicht geboten ist bzw. jedenfalls nicht der Antragstellerin zum Vorteil gereichen würde.

(...)

•

## Bürgerliches Recht

### ERBRECHT

#### 11. Zur Verfügungsbefugnis des Vorerben

BGH, Urteil vom 26.06.2024, IV ZR 288/22 (Vorinstanz:  
OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 06.07.2022, 12 U 3/22)

BGB § 280 Abs. 1 Satz 1, § 2111 Abs. 1 Satz 1, §§ 2113, 2120  
Satz 1, § 2128 Abs. 1, § 2130 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Die Nutzungen der Vorerbschaft, wie zum Beispiel Mieteinnahmen, gebühren gemäß § 2111 Abs. 1 Satz 1 BGB grundsätzlich dem Vorerben, und zwar auch dem befreiten Vorerben, und fließen ihm als freies Vermögen zu (Festhaltung an Senatsurteil vom 29.06.1983, IVa ZR 57/82, NJW 1983, 2874).
2. Bestand eine Gütergemeinschaft zwischen dem Erblasser und dem Vorerben, kann Letzterer über ein zum Gesamtgut gehörendes Grundstück ohne Zustimmung des Nacherben verfügen; § 2113 BGB findet insoweit keine Anwendung (Fortsetzung des Beschlusses vom 15.03.2007, V ZB 145/06, BGHZ 171, 350 Rdnr. 6).
3. Auch bei einer wirksamen Verfügung des Vorerben kann dem Nacherben nach § 280 Abs. 1 Satz 1 BGB ein Schadensersatzanspruch wegen Verletzung der Herausgabepflicht nach § 2130 Abs. 1 Satz 1 BGB zustehen, wenn der Vorerbe seine Pflicht zur ordnungsmäßigen Verwaltung gemäß § 2120 Satz 1 BGB verletzt hat. Der Vorerbe trägt die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass die Verfügung zur ordnungsmäßigen Verwaltung erforderlich war.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 868.

•

#### 12. Zur Auslegung des Begriffs des Barvermögens in einem Vermächtnis

OLG Oldenburg, Urteil vom 20.12.2023, 3 U 8/23

BGB §§ 2147, 2174

#### LEITSATZ:

Der Begriff des Barvermögens umfasst heutzutage das gesamte Geld, das sofort, also auch über eine Kartenzahlung, verfügbar ist. Wertpapiere fallen nicht unter den Begriff des Barvermögens. Vielmehr werden Wertpapiere durch den erweiterten Begriff des Kapitalvermögens mit abgedeckt, der das Barvermögen einschließlich weiterer Kapitalwerte in Geld beschreibt.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Parteien streiten um die Erfüllung eines Vermächtnisses und hierbei um den Begriff des „Barvermögens“.

2 Die Klägerin und die Beklagten sind neben einem weiteren Bruder die Kinder des zwischen dem (...) 2020 und dem (...) 2020 in (...) verstorbenen Erblassers DD.

3 Mit notariellem Testament vom 16.04.2018 setzte der Erblasser die Beklagten als Erben ein. Zuvor wurde der Klägerin vom Erblasser eine Immobilie in (...) mit Grundstücksübertragungsvertrag vom 15.12.2017 unentgeltlich im Weg der vorweggenommenen Erbfolge unter Anrechnung auf spätere Erb- und Pflichtteilsansprüche zugewandt.

4 In § 3 des notariellen Testaments vom 16.04.2018 beschwerte der Erblasser die Beklagten mit einem Vermächtnis zugunsten der Klägerin wie folgt:

„Das bei Eintritt des Erbfalls vorhandene Barvermögen soll zu einem 1/3 Anteil an meine Tochter CC, geb. am (...) 1968, ausgezahlt werden.“

5 Die Klägerin hat zunächst im Wege der Stufenklage Auskunft über den Bestand des gesamten Kapitalvermögens begehrt. Nach schriftlicher Auskunft der Beklagten beläuft sich das Kapitalvermögen des Erblassers (Depotwerte und Bankguthaben) auf insgesamt 192.108,98 €, wobei das Kontovermögen bei der EE insgesamt 152.778,88 €, die Genossenschaftsanteile 3.000 €, das Depotvermögen insgesamt 34.291,87 €, im Nachlass vorgefundenes Bargeld 70,15 € und das von der Klägerin aufgefundene und in Besitz genommene weitere Bargeld 1.968,08 € betrug.

(...)

10 Das LG hat mit angefochtenem Urteil vom 21.04.2023 die Beklagten als Gesamtschuldner verurteilt, an die Klägerin 64.036,32 € nebst Zinsen zu zahlen.

11 Zur Begründung hat das LG ausgeführt, dass der Klägerin der geltend gemachte Zahlungsanspruch aufgrund des Vermächtnisses des Erblassers gemäß §§ 2147, 2174 BGB zustehe. Nach Auffassung des Gerichts enthalte das Testament zugunsten der Klägerin ein Vermächtnis, das vorhandene Barvermögen im Sinne des Kapitalvermögens inklusive Guthaben bei Kreditinstituten, Wertpapieren und Bargeld im engeren Sinne an die Klägerin zu 1/3 auszuzahlen.

12 Zur Ermittlung des Inhalts der niedergelegten letztwilligen Verfügung bedürfe es der sog. erläuternden Testamentsauslegung. Diese habe zum Ziel, den in der Testamentsurkunde erklärten wirklichen Erblasserwillen bei der Testamentserrichtung zu erforschen. Habe ein Notar die Erklärung beurkundet, so spreche eine gewisse Vermutung dafür, dass objektiver Erklärungsinhalt und Erblasserwille übereinstimmen. Der Sinn, den der Notar einer Erklärung des Erblassers beigemessen habe, lasse regelmäßig den Schluss darauf zu, was der Erblasser gewollt habe.

13 Der Erblasser wollte zur Überzeugung des LG eine vollumfängliche Regelung treffen, welche nicht nur das Bargeld im engeren Sinne, sondern auch die sonstigen Geldwerte im Rahmen des Kapitalvermögens umfassen sollte. Zu die-



ser Überzeugung gelange das Gericht im Rahmen der ihm zustehenden freien Beweiswürdigung.

**14** Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer form- und fristgerecht erhobenen Berufung. Mit dieser begehren sie die Abänderung des landgerichtlichen Urteils und die Abweisung der Klage.

**15** Zur Begründung tragen sie vor, dass das LG aufgrund falscher Beweiswürdigung zu dem Ergebnis gelange, dass der Klägerin der geltend gemachte Klageanspruch zustehe. Der Zeuge FF (Notar) habe keine Klarheit darüber herstellen können, was der Erblasser unter dem Begriff des Barvermögens verstanden habe. Der Zeuge habe in seiner Vernehmung lediglich mehrfach erklärt, was er, der Zeuge, unter Barvermögen verstehe. Der Erblasser habe seinen gesamten Nachlass zwischen den Kindern gleichmäßig aufteilen wollen. Durch die Auslegung des LG komme es zu einer deutlichen Bevorteilung der Klägerin gegenüber den anderen drei Kindern. Dies sollte nach der Aussage des Zeugen FF gerade nicht der Fall sein.

**16** Hätte der Erblasser das Vermächtnis zugunsten der Klägerin in Bezug auf sein Kapitalvermögen aussetzen wollen, hätte er dies in das Testament aufnehmen lassen müssen. Dies sei aber gerade unterblieben. Im Ergebnis sei die Klägerin damit beweisfällig geblieben und die Klage sei abzuweisen.

(...)

**20** Nach Schluss der mündlichen Verhandlung hat die Klägerin den von ihr aufgefundenen Bargeldbetrag i. H. v. 1.968,08 € an die Beklagten zu Händen ihres Rechtsbeistandes ausgezahlt.

**21** Der Senat hat daraufhin mit Beschluss vom 08.11.2023 die mündliche Verhandlung gemäß § 156 Absatz 1 ZPO wiedereröffnet und mit Zustimmung der Parteien das schriftliche Verfahren angeordnet.

**22** Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg.

**23** Die Klägerin hat einen Anspruch gegen die Beklagten auf Zahlung von 51.605,70 € gemäß §§ 2147, 2174 BGB aufgrund des Vermächtnisses des Erblassers im notariellen Testament vom 16.04.2018. In diesem heißt es:

„Das bei Eintritt des Erbfalls vorhandene Barvermögen soll zu einem 1/3 Anteil an meine Tochter CC, geb. am (...) 1968, ausgezahlt werden.“

**24** Der Begriff des Barvermögens ist zwischen den Parteien streitig. Das LG hat zutreffend darauf abgestellt, dass es zur Ermittlung des Inhalts der niedergelegten letztwilligen Verfügung es der sog. erläuternden Testamentsauslegung bedürfe. Diese habe zum Ziel, den in der Testamentsurkunde erklärten wirklichen Erblasserwillen bei der Testamentserrichtung zu erforschen.

**25** Danach ist es der Klägerin nicht gelungen zu beweisen, dass der Erblasser mit dem Begriff „Barvermögen“ das gesamte Kapitalvermögen, welches er besaß, gemeint hatte.

**26** Der Begriff des Barvermögens ist zur Überzeugung des Senats in der heutigen Zeit des überwiegend bargeldlosen

Zahlungsverkehrs so zu verstehen, dass damit das Bargeld im engeren Sinne (vorliegend also das von der Klägerin aufgefundene und in Besitz genommene Bargeld i. H. v. 1.968,08 € und das weitere im Nachlass vorgefundene Bargeld i. H. v. 70,15 €) einschließlich der bei Banken befindlichen sofort verfügbaren Gelder zu verstehen ist. Die Verwendung von Bargeld im eigentlichen Sinne ist heute bei Weitem nicht mehr in dem Maße üblich, wie dies früher einmal der Fall war. Durch die vermehrte Kartenzahlung hat sich damit auch die Verkehrsanschauung des Begriffes „bar“ verschoben. Der Begriff des Bargeldes umfasst heutzutage das gesamte Geld, das sofort, also auch über eine Kartenzahlung, verfügbar ist. Wertpapiere fallen nicht unter den Begriff des „Barvermögens“. Vielmehr werden Wertpapiere durch den erweiterten Begriff des Kapitalvermögens mit abgedeckt, der das „Barvermögen“ einschließlich weiterer Kapitalwerte in Geld beschreibt.

**27** Die Klägerin konnte nicht beweisen, dass der Erblasser entgegen der grundsätzlichen Begriffsbestimmung mit dem Begriff des „Barvermögens“ vorliegend auch das weitere nicht sofort verfügbare Kapital in Form der Genossenschaftsanteile und der Wertpapiere gemeint hat, also sein gesamtes Kapitalvermögen.

**28** Die Aussage des Zeugen FF, auf die sich das LG maßgeblich stützt, bietet für diese Auslegung keinen ausreichenden Beweis. So bekundet der Zeuge zwar gleich zu Beginn seiner Vernehmung vom 31.03.2023, dass der Erblasser das Barvermögen im Sinne der Beweisfrage verstanden habe, also als gesamtes Kapitalvermögen einschließlich von Wertpapieren. Der Zeuge schränkt seine eigene Aussage aber zugleich wieder dahin gehend ein, dass er dies nicht definitiv wisse. Vielmehr habe er den Erblasser so verstanden. Das Verständnis des beurkundenden Notars kann aber nicht mit dem Willen des Erblassers gleichgesetzt werden. Soweit der Zeuge zur Bekräftigung seines Verständnisses ergänzt, dass der Erblasser seinen gesamten Nachlass zwischen den Erben aufteilen wollte, folgt hieraus nicht zwingend, dass er das gesamte Kapitalvermögen im Rahmen des Vermächtnisses aufteilen wollte. Eine Aufteilung seines gesamten Nachlasses liegt auch vor, wenn die Wertpapiere und Genossenschaftsanteile im Rahmen der Erbfolge bei den Beklagten zu je 1/2 verbleiben und das Barvermögen im Rahmen des Vermächtnisses gedrittelt wird. Auch aus der Aussage, dass der Erblasser mehrmals Wert darauf gelegt habe, sein Vermögen zwischen den Kindern gleichmäßig aufzuteilen, folgt kein zwingender Rückschluss auf die Dreiteilung des gesamten Kapitalvermögens. Auch bei Ausnahme der Wertpapiere und der Genossenschaftsanteile aus dem Vermächtnis zugunsten der Klägerin kann nicht ausgeschlossen werden, dass eine ungefähr gleichmäßige Aufteilung durch den Erblasser beabsichtigt war und auch erzielt worden ist. Ein auffälliges Missverhältnis vermag der Senat insoweit nicht festzustellen. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass insbesondere im Hinblick auf die verteilten Grundbesitze eine genaue Bewertung nicht vorliegt (die Parteien haben insoweit teilweise unterschiedliche Wertvorstellungen) und insbesondere nicht mehr feststellbar ist, welche Wertvorstellung der Erblasser zum Zeitpunkt der Errichtung des notariellen Testaments hatte.

**29** Soweit der Zeuge sich auf konkrete Nachfrage an den Erblasser notiert hatte, dass dieser mit Geldmitteln auch Guthaben meinte, lässt sich daraus nicht sicher schlussfolgern, dass mit Guthaben wiederum auch Wertpapierguthaben gemeint sind. Vielmehr spricht diese Notiz in erster Linie zunächst einmal dafür, dass nicht nur das vorgefundene Bargeld gemeint war, sondern auch das Bankguthaben.

**30** Bezeichnend ist, dass der Zeuge den Erblasser konkret zu seinem Begriffsverständnis von „Guthaben“ gefragt hat, insbesondere ob der Erblasser auch Bankguthaben oder Aktien oder ähnliches habe. Eine konkrete Antwort erhielt der Zeuge nicht. Der Erblasser habe nur erklärt, dass sein Nachlass aus Grundbesitz und allem Barvermögen bestehe. Eine Klärung, was mit Barvermögen gemeint sei, ist damit gerade nicht erfolgt. Dies hat der Zeuge auf Nachfrage auch nochmal bestätigt, nämlich dass der Erblasser auf die Frage nach Bankguthaben oder Aktien nicht konkret geantwortet habe. Später ergänzt der Zeuge diese Antwort sogar dahin gehend, dass er den Erblasser ausdrücklich nach Aktien gefragt habe, aber hierzu keine Antwort erhalten habe. Aus der Aussage des Zeugen kann damit nicht zur Überzeugung des Senats geschlussfolgert werden, dass der Erblasser unter Barvermögen auch Aktien verstanden wissen wollte. Andernfalls hätte es nahegelegen, auf die konkrete Frage nach Aktien, dies zu bestätigen. In diesem Zusammenhang ist auch festzuhalten, dass der Erblasser selbst nach Angaben des Zeugen immer den Begriff des Barvermögens gewählt hatte. Der Begriff des Kapitalvermögens wurde zu keinem Zeitpunkt verwendet.

**31** Im Übrigen widerspricht sich der Zeuge FF auch in seinem dargelegten Verständnis von der Begriffsauslegung „Barvermögen“ durch den Erblasser. Der Zeuge bekundet nämlich auch, dass wenn der Erblasser A erwähnt hätte, er diese auch extra im Testament erwähnt hätte. Dies spricht dafür, dass auch der Zeuge nicht ohne Weiteres vom Begriff des Barvermögens Aktien mitumfasst sah. Andernfalls hätte es einer expliziten Erwähnung nicht bedurft.

**32** Im Ergebnis konnte damit auch der Zeuge keine konkreten Aussagen zum Willen des Erblassers in Bezug auf Wertpapiere und dessen Begriffsverständnis vom Begriff „Barvermögen“ machen. Die Klägerin vermochte damit entgegen dem allgemeinen Begriffsverständnis von „Barvermögen“ im Vergleich zum Begriff des „Kapitalvermögens“ nicht zu beweisen, dass der Erblasser im Ergebnis unter „Barvermögen“ sein „Kapitalvermögen“ verstanden wissen wollte.

**33** Die Entscheidung des BGH vom 22.10.1975 (IV ZR 17/74) führt zu keinem anderen Ergebnis. Der der Entscheidung zugrunde liegende Fall ist mit der vorliegenden Konstellation nicht vergleichbar. Der BGH hatte in der zitierten Entscheidung eine Auslegung des Berufungsgerichts gebilligt, die unter Barvermögen auf der GG Bank auch die dort befindlichen Wertpapiere ansah. Der Fall unterscheidet sich insoweit, als in dem dortigen Testament explizit die GG Bank genannt wurde, sodass alle dort befindlichen Vermögenswerte im Rahmen der Auslegung des Begriffs „Barvermögen“ im konkreten Fall mitumfasst waren. Vorliegend erfolgte jedoch keine konkrete Bestimmung des „Barver-

mögens“ bei einer bestimmten Bank, auch wenn die HH ein Teil der genossenschaftlichen Finanzgruppe ist. Eine Vergleichbarkeit wäre allenfalls dann gegeben, wenn es im notariellen Testament geheißen hätte, „das bei Eintritt des Erbfalls vorhandene Barvermögen bei der EE“, obgleich auch dann die Frage zu klären gewesen wäre, ob damit auch das Depot bei der HH mitumfasst wäre.

**34** Zum „Barvermögen“ zählen damit das aufgefundene Bargeld i. H. v. 1.968,08 € und 70,15 € und das Bankguthaben bei der EE in Höhe von insgesamt 152.778,88 €, mithin insgesamt 154.817,11 €. Die Genossenschaftsanteile und Wertpapiere zählen nicht dazu. Hieraus folgt ein Anspruch aufgrund des Vermächtnisses i. H. v. 51.605,70 €. Nachdem die Klägerin den von ihr zunächst vereinnahmten Betrag i. H. v. 1.968,08 € nach Schluss der mündlichen Verhandlung an die Beklagten ausgezahlt hat, war dieser Betrag nicht mehr in Abzug zu bringen.

**35** Der Zinsanspruch folgt aus Verzug. Die Beklagten wurden mit Schreiben vom 19.03.2021 unter Fristsetzung bis zum 07.04.2021 in Verzug gesetzt.

(...)

#### **ANMERKUNG:**

Von Notarassessor Dr. Johannes Fischer, Weilheim i. OB.

#### **1. Bisherige Rechtsprechung**

Zur Auslegung des Begriffs „Barvermögen“ und ähnlicher Begriffe sind bereits mehrere divergierende höchst- bzw. obergerichtliche Entscheidungen ergangen, sodass der Vertragsgestalter eigentlich wissen müsste, dass er den Begriff nicht verwenden sollte – jedenfalls nicht, ohne ihn zu definieren.

- Der *BGH* hatte 1975 die Auslegung des OLG München als *rechtlich vertretbar gebilligt*, dass der Begriff des „Barvermögen auf der B. V. bank“ in einem privatschriftlichen Testament (neben Buchgeld) auch Wertpapiere erfasse.<sup>1</sup>
- Das *BayObLG* entschied, der Begriff der „Barschaft“ könne auch leicht verfügbare Bankguthaben umfassen.<sup>2</sup>
- Das *OLG Karlsruhe* ging davon aus, dass sich frei veräußerliche Kapitalanlagen (Depotvermögen) zwangsläufig dem Begriff des „Bargeldes“ zuordnen ließen. Anders sei dies für nicht frei veräußerliche Gesellschaftsbeteiligungen.<sup>3</sup>
- Das *OLG Düsseldorf* verstand den Begriff „Bargeld“ als „Geld oder Geldanlagen, mithin nach betriebswirt-

1 BGH, Urteil vom 22.10.1975, IV ZR 17/74, WKRS 1975, 12923 = WM 1975, 1259.

2 BayObLG, Beschluss vom 08.05.2003, 1 Z BR 124/02, DNotZ 2003, 870.

3 OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.05.2007, 19 U 58/05, BeckRS 2007, 13297; ebenso *Reymann* in *juris PK-BGB*, 10. Aufl. 2023, § 2174 Rdnr. 102 ff.



schaftlicher Sichtweise im Sinne liquider Vermögenswerte“.<sup>4</sup>

- Das *OLG München* äußerte jüngst, dass der Begriff „vorhandenes Bargeld“ zwar im Einzelfall auch andere Anlageformen erfassen könne. Bereits, dass das auf Konten vorhandene Buchgeld umfasst wäre, sei jedoch nicht zwingend. Das Gericht betont dabei – unter Verweis auf Aussagen der Deutschen Bundesbank – die alltagssprachliche Bedeutung des Begriffs „Bargeld“.<sup>5</sup>

Das *OLG Oldenburg* vertrat nun zur Auslegung eines Quotenvermächtnisses die Auffassung, Wertpapiere fielen anders als Bankguthaben nicht unter den Begriff des „Barvermögens“.

Die zitierten Gerichte betonen selbst, dass es sich um *Einzelfallentscheidungen* handelt. Die Entscheidungen betreffen zudem unterschiedliche Begriffe (Bargeld, Barvermögen, Barschaft), unterschiedliche Testamentsformen (notariell, eigenhändig), unterschiedlich geschäftsgewandte Erblasser und unterschiedliche Verfügungen (Quotenvermächtnis, Vermächtnis über das gesamte Geldvermögen, Erbeinsetzung durch Zuwendung von Einzelgegenständen). Eine generelle Regel lässt sich hieraus nicht ableiten.

## 2. Auslegung des Begriffs „Barvermögen“

- a) Die Auslegung eines Testaments richtet sich allein nach §§ 133, 2084 BGB: Es kommt nicht auf das Verständnis eines objektiven Dritten an, sondern darauf, was der Erblasser mit dem Begriff sagen wollte.<sup>6</sup> Für die Ermittlung des Erblasserwillens sind auch alle außerhalb der Urkunde liegenden Umstände heranzuziehen.<sup>7</sup> Die Auslegung kann dazu führen, dass der Erblasser einem scheinbar klaren Begriff eine Bedeutung geben wollte, die im Widerspruch zum allgemeinen oder juristischen Sprachgebrauch steht.<sup>8</sup> Allerdings kommt einem *eindeutigen* Wortlaut erhebliches Gewicht im Sinne einer widerleglichen Vermutung zu, dass der Erblasser keine andere Bedeutung gemeint habe.<sup>9</sup>

4 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.03.2015, I-3 Wx 197/14, ErbR 2015, 386.

5 OLG München, Beschluss vom 05.04.2022, 33 U 1473/21, MittBayNot 2022, 463, 468 f.

6 BGH, Urteil vom 28.01.1987, IVa ZR 191/85, BeckRS 2010, 27947; Beschluss vom 27.03.2013, XII ZB 679/11, NJW 2013, 1879, 1880.

7 BGH, Urteil vom 28.01.1987, IVa ZR 191/85, BeckRS 2010, 27947; *Otte* in Staudinger, Neub. 2019, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 55: „Selbstverständlichkeit“.

8 BGH, Urteil vom 08.12.1982, IVa ZR 94/81, NJW 1983, 672, 673; OLG München, Beschluss vom 18.06.2020, 31 Wx 164/18 u. a., NJW-RR 2020, 1461; Grüneberg/Weidlich, 83. Aufl. 2024, § 2084 Rdnr. 1; *Otte* in Staudinger, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 33, 57.

9 OLG München, Beschluss vom 18.06.2020, 31 Wx 164/18 u. a., NJW-RR 2020, 1461; Grüneberg/Weidlich, § 2084 Rdnr. 1; *Otte* in Staudinger, Vor §§ 2064 ff. Rdnr. 54; vgl. auch BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256.

- b) Aber besteht für den Begriff des Barvermögens überhaupt ein solches *eindeutiges*, „allgemeines Begriffsverständnis“ (*OLG Oldenburg*)? Diese Annahme sollte, wie die Entscheidung zeigt, nicht vorschnell getroffen werden. Denn die daraus folgende Verschärfung der Beweisanforderungen nimmt regelmäßig das Ergebnis der Auslegung vorweg, insbesondere wenn dem Gericht – wie häufig – keine eindeutigen Begleitumstände außerhalb des Testamentsinhalts vorliegen.

Umgangssprachlich gebräuchlich ist der Begriff des *Bargeldes*, der nach dem üblichen Wortgebrauch nur Scheine und Münzen umfasst.<sup>10</sup> Der Begriff des Barvermögens scheint mir hingegen ein Kunstbegriff zu sein, der – wenngleich er nicht völlig ungebräuchlich ist – weder auf einem klaren, einheitlichen alltagssprachlichen Vorverständnis<sup>11</sup> basiert noch fachsprachliche Konturen aufweist. Der Begriff ist – mit dem *BGH* – „unklar und auslegungsbedürftig“.<sup>12</sup> Die apodiktische Unterscheidung zwischen „Barvermögen“ und „Kapitalvermögen“, die das *OLG Oldenburg* zum amtlichen Leitsatz erhebt, ist vor diesem Hintergrund erstaunlich. Ein *uneindeutiger* Wortlaut kann gerade keine Vermutung für den Erblasserwillen begründen.

- c) Der Begriff des „Barvermögens“ geht von dem umfassenden (vgl. § 1922 BGB), sämtliche geldwerten Rechtsbeziehungen einer Person umfassenden, Begriff des *Vermögens* aus, der dann auf das „bare“ Vermögen eingeschränkt wird. Insoweit leuchtet mir insbesondere die Ungleichbehandlung von Buchgeld und Wertpapieren nicht ein. Beides ist ebenso „Vermögen“, wie es „unbar“<sup>13</sup> ist. Dass Wertpapiere *alltagssprachlich* unter den Wortlaut „bar“ fallen, mag fernliegen,<sup>14</sup> für Bankguthaben gilt jedoch nichts anderes. Woher das *OLG Oldenburg* die Erkenntnis zieht, das allgemeine Verständnis von „bar“ habe sich verschoben und der Begriff des „Bargeldes“ erfasse nach dem „grundsätzlichen Begriffsverständnis“ heute alles Geld, das sofort verfügbar ist, bleibt unklar. Anders als etwa hinsichtlich des englischen Begriffs „cash“ gibt es ein solches erweitertes Verständnis im

10 Dem entspricht auch die gesetzliche Terminologie, etwa in § 675t Abs. 2, § 1840 BGB, § 16a GwG.

11 Anders *Krätschel*, ErbR 2024, 282, 283: Schwierigkeiten bei der Auslegung „alltäglicher“ Begriffe.

12 BGH, Urteil vom 22.10.1975, IV ZR 17/74, WKRS 1975, 12923 = WM 1975, 1259, zum Begriff „Barvermögen“ auf der B. V. bank“. Um einen Widerspruch zum Urteil des BGH auszuräumen, betont das *OLG Oldenburg* den Unterschied, dass dort der Erblasser eine bestimmte Bank genannt hatte, bei der sich Buchgeld und Wertpapiere befanden. Dass die Auslegung eines Begriffs unter verschiedenen Umständen zu verschiedenen Ergebnissen kommen kann, ist eine Selbstverständlichkeit. Es ist unklar, warum das *OLG* gerade diesen Aspekt derart heraushebt.

13 Vgl. OLG München, Beschluss vom 05.04.2022, 33 U 1473/21, MittBayNot 2022, 463, 468; *Krätschel*, ErbR 2024, 282, 283; *Kurth*, ZEV 2024, 225, 226 mit Hinweis auf den Eintrag für „bar“ im Duden.

14 Vgl. *Krätschel*, ErbR 2024, 282, 283; *Kurth*, ZEV 2024, 225, 226.

Deutschen grundsätzlich nicht.<sup>15</sup> Der Begriff des *Bargeldes* war vorliegend im Übrigen nicht Gegenstand der Auslegung (sondern der des Barvermögens).

d) Die Subsumtion von „Buchgeld“ unter den Begriff des „Barvermögens“ gelingt letztlich auch dem OLG Oldenburg nur, indem es nicht am Wortsinn haftet (§ 133 BGB), sondern diesen hinterfragt<sup>16</sup> und einen lebensnahen Willen des Erblassers unterstellt: Denn regelmäßig handelt es sich bei dem vorhandenen *Bargeld* um wirtschaftlich unbedeutende<sup>17</sup> und zudem erheblich schwankende Beträge – so auch im vorliegenden Fall. Das Gericht wollte offensichtlich nicht den Schluss ziehen,<sup>18</sup> der Erblasser habe ausdrücklich über ein Drittel von 2.000 € Bargeld verfügen, nicht aber den 75-fachen Wert<sup>19</sup> an Bankguthaben erwähnen wollen. „Bar“ wird folglich im vorliegenden Kontext – abweichend vom allgemeinen Sprachgebrauch – durch das OLG Oldenburg (und ähnlich durch die anderen zitierten OLG) *funktional* als leicht bzw. „sofort“ verfügbar verstanden.<sup>20</sup> Wenn man sich so mit der Einbeziehung von Buchgeld über den alltagssprachlichen Wortlaut „bar“ hinwegsetzt und als maßgebliches Kriterium die sofortige Verfügbarkeit (OLG Oldenburg) ansieht, fragt sich aber, warum – vorbehaltlich der Umstände des Einzelfalls – dann die Begriffsgrenze zwischen Buchgeld und Aktiendepots liegen soll.<sup>21</sup> Ein Aktiendepot ist mitunter ebenso *leicht liquidierbar*<sup>22</sup> und *wertmäßig bezifferbar* wie ein Tagesgeldkonto.

- 15 Ebenso OLG München, Beschluss vom 05.04.2022, 33 U 1473/21, MittBayNot 2022, 463, 468: „dem Senat [ist] eine solche Regel nicht bekannt; im Gegenteil.“
- 16 Allgemein BGH, Urteil vom 07.10.1992, IV ZR 160/91, NJW 1993, 256; Urteil vom 24.06.2009, IV ZR 202/07, NJW-RR 2009, 1455, 1457.
- 17 Vgl. BayObLG, Beschluss vom 08.05.2003, 1 Z BR 124/02, DNotZ 2003, 870; Krätzschel, ErbR 2024, 282, 283.
- 18 Anders OLG München, Hinweisbeschluss vom 26.10.2021, 33 U 1473/21, BeckRS 2021, 50763 Rdnr. 48. Auch wenn der Erblasser „unvernünftig und wirtschaftlich sinnlos“ testieren darf (OLG München, Rdnr. 44), wird doch im Regelfall davon auszugehen sein, dass er dies nicht will.
- 19 Es befanden sich ca. 2.000 € Bargeld im Nachlass, demgegenüber standen gut 152.000 € Bankguthaben und ca. 34.000 € Depotvermögen.
- 20 Anders Kurth, ZEV 2024, 225, 226: Buchgeld ist nicht erfasst.
- 21 Es sei denn, man nimmt die Formulierung „sofort, also auch über eine Kartenzahlung, verfügbar“ wörtlich und zieht die Grenze innerhalb des Buchgeldes. Auch von Tagesgeldkonten oder Sparbüchern muss das Geld zunächst als Zwischen-schritt auf das Girokonto gebucht werden. Jedenfalls Fest-geldkonten sind nicht „sofort“ verfügbar. Derartige Differen-zierungen mit dem bloßen Begriff des „Barvermögens“ treffen zu wollen, sollte man dem Erblasser aber nicht unterstellen.
- 22 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 27.03.2015, I-3 Wx 197/14, ErbR 2015, 386. In dieser Eigenschaft stehen die Geldanlagen im Kontrast zu dem *illiquiden* und *bewertungsbürtigen* Immobilienvermögen, vgl. Reymann in juris PK-BGB, § 2174 Rdnr. 102; sowie zu nicht frei veräußerlichen Gesellschaftsbeteiligungen, vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 03.05.2007, 19 U 58/05, BeckRS 2007, 13297.

Auch die leichte *Umschichtbarkeit* innerhalb des liquiden Vermögens spräche für die Gleichbehandlung. Wertpa-piere lassen sich schnell und einfach (erst recht bei digi-talem Banking bzw. Trading) in Buchgeld umwandeln – und umgekehrt. Der Erblasser wird regelmäßig erwarten, dass das Testament auch bei üblichen Umschichtungen der Geldanlagen (etwa aufgrund geänderter Renditeer-wartungen) noch „passt“.<sup>23</sup>

e) Ein Unterschied zu den eingangs zitierten Urteilen lag darin, dass es sich nicht um ein eigenhändiges, son-dern um ein *notarielles* Testament handelte. Dass es, wie das OLG Oldenburg meint, auf das Verständnis des Be-teiligten, nicht des Notars, ankommt, ist zwar richtig, aber verkürzt. Denn das Begriffsverständnis des Notars lässt in der Regel den Schluss auf den Willen des Beteiligten zu (der sich regelmäßig nach den Belehrungen des Notars richtet).<sup>24</sup> Vorliegend wird aus der Beweiswürdigung durch das OLG Oldenburg nicht deutlich, ob der beurkundende Notar selbst eine sichere Vorstellung über den Inhalt des verwendeten Begriffs hatte. Dennoch ergeben sich aus der Zeugenaussage des Notars Indizien,<sup>25</sup> mit denen sich das OLG hätte auseinandersetzen müssen.<sup>26</sup> Erforderlich ist eine Auslegung anhand der konkreten Umstände. Zu welchem Ergebnis die Auslegung kommt, ist über den Einzelfall hinaus uninteressant – man darf sich ihr jedoch nicht durch eine Vorfestlegung auf einen scheinbar ein-deutigen Wortlaut entziehen.

### 3. Schlussfolgerungen für die Gestaltung

- a) Die wichtigste Konsequenz aus der vorstehenden Entscheidung ist meines Erachtens, dass der Begriff des „Barvermögens“ in der Testamentsgestaltung vermieden werden sollte. Er genügt nicht den Anforderungen an eine klare eindeutige Regelung (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG) – zumal, wenn er im Widerspruch zum allgemeinen Sprach-sinn „bar“ gemeint ist.
- b) Für den Regelfall bieten sich für das Quotengeld-vermächtnis die Begriffe des Kapitalvermögens oder des Geldvermögens an, die jedoch jeweils nicht unkommen-tiert verwendet, sondern näher definiert und erläutert werden sollten.<sup>27</sup> Dabei gibt es keine universelle Lösung,
- 23 Wenngleich späterer Anpassungsbedarf nie ausgeschlossen werden kann.
- 24 BGH, Urteil vom 21.12.1960, V ZR 54/60, WKRS 1960, 14385 = WM 1961, 407; OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 04.06.2018, 16 U 118/17, BeckRS 2018, 13799; Grüneberg/Weidlich, § 2084 Rdnr. 2; Otte in Staudinger, Vor § 2064 ff. Rdnr. 63.
- 25 Insoweit weitgehend BayObLG, Beschluss vom 20.02.1997, 1 Z BR 44/96, NJW-RR 1997, 835, wonach dem Eindruck des Notars als „einiger mit dem Beurkundungsvorgang selbst vertrauten Auskunftsperson“ auch dann Indizwirkung zu-kommen soll, wenn er sich an die Beurkundungsverhand-lung selbst nicht erinnert.
- 26 Beispielsweise gab der Erblasser an, „Barvermögen“ und Grundbesitz zu haben – die Gegenüberstellung spricht systematisch für ein weites Verständnis.
- 27 Vgl. etwa Kössinger/Goslich in Beck'sches Formularhand-buch Erbrecht, 5. Aufl. 2023, C. V. 3 Anm. 3, S. 214; siehe auch Roth, NJW-Spezial 2017, 39.



vielmehr ist im Einzelfall der konkrete Sachverhalt mit den Beteiligten zu ermitteln.

- c) Regelmäßig wird es genügen, *positiv* auf das zum Zeitpunkt des Erbfalls vorhandene Bargeld sowie den Geldwert aller Guthaben<sup>28</sup> bei Kreditinstituten und Wertpapiere abzustellen und *negativ* nicht in den Nachlass fallende Lebensversicherungen auszunehmen.<sup>29</sup> Es bietet sich zudem an, zur Verdeutlichung die *derzeit* vorhandenen Geldanlagen aufzuzählen. Bei Erblassern mit höherer Affinität zu neuartigen Geldanlagen und regelmäßigen Umschichtungen mag man den Begriff *weiter* fassen und zum Beispiel sämtliche „frei veräußerliche Kapitalanlagen“ in die Begriffsdefinition aufnehmen, um möglichst viele denkbare Veränderungen im Anlageportfolio aufzufangen.<sup>30</sup> Aufgrund der Vielzahl möglicher (ggf. zukünftiger) Anlageformen können diese selbstverständlich nicht *abstrakt* erschöpfend aufgezählt werden.<sup>31</sup>
- d) Zur Vermeidung von ungewollten Ergebnissen durch *Vermögensumschichtungen* kann eine explizite (ggf. befristete) Ausnahme von Surrogaten für Immobilien (insbesondere Verkaufserlöse oder Versicherungsleistungen) oder Gesellschaftsanteile (insbesondere Abfindungen oder Liquidationserlös) angebracht sein,<sup>32</sup> ebenso im Einzelfall eine ausdrückliche Regelung zu erheblichen offenen Geldforderungen des Erblassers. In jedem Fall sollte klargestellt werden, ob sich das Vermächtnis auf das Aktivgeldvermögen bezieht oder ob (und welche) Erblasserverbindlichkeiten und Erbfallverbindlichkeiten hiervon vorab abzuziehen sind.<sup>33</sup>

28 Hierunter fällt auch das (nicht „sofort“ verfügbare) Festgeld.

29 Vgl. Kössinger/Goslich in Beck'sches Formularhandbuch Erbrecht, C. V. 3 Anm. 3, S. 214.

30 Beteiligungen an GmbHs oder Personengesellschaften (als nicht frei veräußerliche Anlageformen) können klarstellend ausdrücklich ausgegrenzt werden. Insoweit muss der Notar ohnehin prüfen, unter welchen Voraussetzungen eine Rechtsnachfolge möglich ist.

31 Vgl. Kössinger/Goslich in Beck'sches Formularhandbuch Erbrecht, C. V. 3 Anm. 3, S. 214.

32 Vgl. dazu OLG Koblenz, Urteil vom 28.11.1997, 10 U 491/96, juris: Der Erlös aus einer Immobilienveräußerung vier Jahre nach der Testamentserrichtung falle nicht unter das Sparguthaben; OLG Naumburg, Urteil vom 15.05.2007, 9 U 26/07, ErBr 2009, 93 für ein Privatkonto, auf dem Gewinnanteile eines Gesellschafters verbucht werden.

33 Auszunehmen sind regelmäßig Verbindlichkeiten, die wirtschaftlich einem bestimmten Gegenstand (insbesondere einer Immobilie) zuzuordnen sind (siehe auch Kössinger/Goslich in Beck'sches Formularhandbuch Erbrecht, C. V. 3 Anm. 3, S. 214 f.), und die stattdessen der Erben oder Vermächtnisnehmer tragen soll, der die Immobilie erhält. Zudem sollte die (Nicht-)Berücksichtigung der Erbschaftsteuer, deren Qualifikation als Erbfallschuld umstritten ist, klargestellt werden, vgl. Reymann in juris PK-BGB, § 2174 Rdnr. 101 m. w. N.

### 13. Zur Anfechtbarkeit der Erbschaftsannahme

OLG Köln, Beschluss vom 04.07.2023, 2 Wx 68/23

BGB §§ 1956, 1954 Abs. 1

#### LEITSATZ:

**Der Wille zur Erbschaftsannahme fehlt, sofern der Erbe die Möglichkeit zur Erbschaftsausschlagung nicht kennt. War die Unkenntnis für die konkludente Annahme kausal, so kann der Erbe die konkludente Erbschaftsannahme wegen eines Erklärungssirrums anfechten. Die Kausalität setzt voraus, dass er bei Kenntnis der rechtlichen Möglichkeit zur Ausschlagung die Erbschaft auch tatsächlich ausgeschlagen hätte. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

11. Der ledige Erblasser verstarb am (...) ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung und Abkömmlingen.

2 Die Eltern, die Großeltern des Erblassers sowie sein Bruder sind vorverstorben. Der Vater des Erblassers, I L R C, war das einzige gemeinsame Kind der Großeltern des Erblassers väterlicherseits; die Beteiligte zu 1 ist die aus einer anderen Verbindung stammende Tochter der Großmutter väterlicherseits. Die Mutter des Erblassers, O H C, geb. A, war das einzige gemeinsame Kind der Großeltern des Erblassers mütterlicherseits; die Beteiligte zu 2 ist die Tochter des aus einer anderen Verbindung stammenden vorverstorbenen Sohnes der Großmutter (K P B) mütterlicherseits. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die Kinder der Beteiligten zu 2

3 Am 14.09.2022 hat die Beteiligte zu 1 zur Niederschrift des Nachlassgerichts die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der als Erben des Erblassers sie selbst und die Beteiligte zu 2 zu je  $\frac{1}{2}$  Anteil ausweist (...). Nachdem die Beteiligte zu 2 dem Nachlassgericht am 06.10.2022 telefonisch mitgeteilt hatte, der Erbschein könne erlassen werden, sie habe keine Einwände (...), hat die Nachlassrechtspflegerin am 06.10.2022 die zur Erteilung des Erbscheins erforderlichen Tatsachen festgestellt und einen gemeinschaftlichen Erbschein mit dem beantragten Inhalt erteilt (...).

4 Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 24.10.2022 (UV Nr. N01 des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 3) hat die Beteiligte zu 2 die Annahme der Erbschaft angefochten und die Erbschaft aus allen möglichen Berufungsgründen ausgeschlagen; wegen der Begründung der zunächst nicht zu den Nachlassakten gelangten Erklärung wird auf (...) Bezug genommen.

5 In notarieller Urkunde vom 24.10.2022 (UV Nr. N02 des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 3, [...]) hat die Beteiligte zu 3 die Erteilung eines gemeinschaftlichen Erbscheins beantragt, der als Erben des Erblassers die Beteiligte zu 1 zu  $\frac{1}{2}$  Anteil sowie sie selbst und den Beteiligten zu 4 zu je  $\frac{1}{4}$  Anteil ausweist.

6 Mit Schreiben vom 20.01.2023 hat der Notar unter Bezugnahme auf einen Antrag vom 31.10.2022 nach dem Sach-

stand angefragt. Weil das Schreiben nicht zur Akte gelangt war, ist es vom Nachlassgericht am 24.01.2023 telefonisch angefordert worden (...). Eine beglaubigte Abschrift der Ausschlagungserklärung vom 24.10.2022 sowie des Erbscheinsantrags der Beteiligten zu 3 vom selben Tage zusammen mit einer Abschrift des Übersendungsschreibens vom 31.10.2022 sind daraufhin mit bei dem AG Brühl am 27.01.2023 eingegangenem Notarschriftsatz vom 26.01.2023 zu den Akten gelangt (...). Mit am 03.02.2023 bei dem AG eingegangenem Schriftsatz vom 02.02.2023 hat der Notar ausgeführt, er habe die Urschrift der Ausschlagungserklärung und eine beglaubigte Abschrift des Erbscheinsantrags mit Schreiben vom 31.10.2022 dem Nachlassgericht übersandt. Ferner hat er, da sich der Verbleib der mit Schreiben vom 31.10.2022 übersandten Urkunden nicht aufklären lasse, eine beglaubigte Erklärung der Beteiligten zu 2 vom 02.02.2023 eingereicht, mit welcher sie die Versäumung der Ausschlagungsfrist sowie die Annahme der Erbschaft angefochten und die Erbschaft aus allen möglichen Berufungsgründen ausgeschlagen hat (...).

**7** Mit Beschluss vom 28.03.2023 hat die Nachlassrechtspflegerin den Erbscheinsantrag vom 24.10.2022 zurückgewiesen und ausgeführt, die seitens der Beteiligten zu 2 erklärte Anfechtung der Annahme greife nicht durch. Wegen der Einzelheiten wird auf (...) Bezug genommen.

**8** Gegen den ihr am 01.04.2023 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligten zu 3 mit ihrer Beschwerde, die mit einem am 21.04.2023 dem AG per Einschreiben über sandten Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 19.04.2023 eingelegt und begründet worden ist. Zur Begründung ist im Wesentlichen ausgeführt, die Beteiligte zu 2 sei einem Irrtum über den Inhalt ihrer Erklärung und das Ausschlagungsrecht sowie einem Irrtum über eine verkehrswesentliche Eigenschaft unterlegen; wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift verwiesen (...). Mit Beschluss vom 01.05.2023 hat die Rechtspflegerin des Nachlassgerichts der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt.

**9** Unter dem 09.05.2023 hat der Berichterstatter des Senats den Verfahrensbevollmächtigten der Beschwerdeführer darauf hingewiesen, dass die Form des § 14b Abs. 1 FamFG nicht gewahrt ist.

**10** Mit Beschluss vom 22.05.2023 hat der Senat die Beschwerde als unzulässig verworfen.

**11** Die Beteiligte zu 3 hat durch den verfahrensbevollmächtigten Notar Wiedereinsetzung in den vorigen Stand beantragt und, auch auf einen Hinweis des Vorsitzenden hin, zu den Abläufen in der Notarkanzlei vorgetragen.

**12** 2. Der Beteiligten zu 3 ist hinsichtlich der Versäumung der Beschwerdefrist Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, da sie ohne eigenes oder ihr zuzurechnendes Verschulden ihres Verfahrensbevollmächtigten an der Einhaltung der Frist gehindert war (§ 17 Abs. 1 FamFG). Der verfahrensbevollmächtigte Notar hat dezidiert dargelegt, dass die Nichtbeachtung der Form des § 14b Abs. 1 FamFG – also die Nichtübersendung der Beschwerdeschrift als elektronisches Dokument – auf einem Einzelversehen

einer hinreichend ausgebildeten Notariatsangestellten beruhte, wobei stichprobenartige Kontrollen seitens des Notars stattfinden.

**13** Als Folge ist der die Beschwerde als unzulässig verwerfende Beschluss des Senats vom 22.05.2023 gegenstandslos, was der Senat klarstellend im Tenor ausgeführt hat (vgl. Sternal, FamFG, 21. Aufl. 2023, § 19 Rdnr. 8).

**14** Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Erben des Erblassers sind – entsprechend dem Antrag der Beteiligten zu 3 vom 24.10.2022 – die Beteiligte zu 1 zu  $\frac{1}{2}$  Anteil sowie die Beteiligten zu 3 und 4 zu je  $\frac{1}{4}$  Anteil geworden.

**15** Der Erblasser wäre von der Beteiligten zu 1 und 2 als den – ungeachtet ihrer eigenen Abkömmlinge – einzigen lebenden Abkömmlingen der Großeltern des Erblassers zu gleichen Teilen beerbt worden (§ 1926 Abs. 3 Satz 1 BGB). An die Stelle der Beteiligten zu 2 sind als deren Abkömmlinge die Beteiligten zu 3 und 4 zu gleichen Teilen getreten, weil sie als Erbin durch wirksame Ausschlagung der Erbschaft wegfallen ist (§ 1953 Abs. 1, 2 BGB).

**16** Zwar ist die Ausschlagungserklärung vom 24.10.2022 nicht in Verbindung mit dem Übersendungsschriftsatz vom 31.10.2022 (...) zu den Akten gelangt, sondern erst am 27.01.2023 mit Schriftsatz vom 26.01.2023 (...). Indes hat die Beteiligte zu 2 die Versäumung der Ausschlagungsfrist wirksam mit der am 03.02.2023 bei dem Nachlassgericht eingegangenen Erklärung vom 02.02.2023 (...) nach § 1956 i. V. m. § 1954 Abs. 1 BGB angefochten. Damit war die sechs-wöchige Anfechtungsfrist gewahrt. Denn der verfahrensbevollmächtigte Notar hatte erst nach Sachstandsanfrage im Telefonat am 24.01.2023 erfahren, dass der Schriftsatz vom 31.10.2022 mit der Ausschlagungserklärung nicht zur Akte gelangt war. Die in der Fristversäumung liegende Annahme kann wegen Irrtums angefochten werden, wenn der als Erbe Berufene die Ausschlagungsfrist nur deshalb versäumt hat, weil er davon ausging, die Erbschaft bereits wirksam ausgeschlagen zu haben (BayObLG, NJW-RR 1994, 586; OLG Zweibrücken, NJW-RR 2006, 1594; Thüringer OLG, FamRZ 2011, 1759).

**17** Zugleich hat die Beteiligte zu 2 mit ihrer vorgenannten – fristwährenden – Erklärung die zum Verlust des Ausschlagungsrechts (§ 1943 BGB) führende Annahme der Erbschaft wirksam angefochten, die in ihrer telefonischen Erklärung vom 06.10.2022 lag, der Erbschein (d. h. ein sie als Miterbin zu  $\frac{1}{2}$  Anteil ausweisender Erbschein entsprechend dem vorausgegangenen Antrag vom 14.09.2022) könne erlassen werden. Es lag ein Anfechtungsgrund in Gestalt eines beachtlichen Irrtums (§ 119 Abs. 1 BGB) zugrunde. Ein Wille, der die rechtliche Bedeutung und Tragweite eines sich objektiv als Annahme darstellenden Verhaltens voll erfasst, kann begrifflich nur dann vorhanden sein, wenn der Erbe das Rechtsinstitut der Ausschlagung an sich kennt. Ist ihm die rechtliche Möglichkeit der Ausschlagung als solche schlechthin unbekannt, fehlt es an einem Annahmewillen. In solchen Fällen kann der Erbe seine schlüssig erklärte Annahme wegen Erklärungsrücksichts anfechten, sofern seine Unkenntnis für die Annahme durch schlüssige Handlung ursächlich war, er also ausgeschlagen hätte, wenn ihm das

Rechtsinstitut der Ausschlagung bekannt gewesen wäre (BayObLG, FamRZ 1983,1061; Staudinger/Otte, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/*Leipold*, 9. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 6).

**18** In ihrer Anfechtungserklärung hat die Beteiligte zu 2 nachvollziehbar und glaubhaft ausgeführt, dass ihr die Möglichkeit einer Ausschlagung bei dem Telefonat am 06.10.2022 nicht bekannt war. Zwar war in dem Schreiben des Nachlassgerichts vom 04.10.2022 (...) davon die Rede, die Beteiligte zu 2 solle es binnen einer Woche mitteilen, falls sie mit der Erteilung des Erbscheins nicht einverstanden sei. Indes ist daraus gerade vor dem Hintergrund, dass der Beteiligten zu 2 nach ihren Angaben Behördenschreiben kaum verständlich sind, noch keine Kenntnis des gesetzlichen sechswöchigen Ausschlagungsrechts herzuleiten. Hiervon hat die Beteiligte zu 2 nach ihren nicht zu widerlegenden Angaben erst durch ein Gespräch mit dem Notar am 19.10.2022 erfahren.

**19** Dieser Irrtum war auch ursächlich für die Annahmeerklärung, weil die Beteiligte zu 2 bei Kenntnis des Ausschlagungsrechts die Erbschaft ausgeschlagen hätte, anstelle deren Annahme zu erklären. Denn nach ihren nicht zu widerlegenden Angaben ist sie nicht in der Lage, die – mangels valutierender Grundschatdbelastungen – aus dem Nachlasswert resultierenden Belastungen wie etwa die Erbschaftsteuer zu tragen, was sie zu einer Ausschlagung bewogen hätte.

**20** Die Erteilung eines entsprechenden gemeinschaftlichen Erbscheins und die Einziehung des erteilten Erbscheins fallen in die Zuständigkeit des AG.

(...)

#### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Jakob Baumgartner, LLM  
Cambridge, München

In dem Beschluss des OLG Köln vom 04.07.2003, 2 Wx 68/23 geht es um zwei bekannte Problemkreise im Rahmen der Erbausschlagung, nämlich um die Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist sowie um die Anfechtung der Annahme durch konkludentes Verhalten.

#### 1. Entscheidung

Die Beteiligte konnte die in der Fristversäumung liegenden Annahme wirksam anfechten, weil ein Irrtum dergestalt vorlag, dass sie davon ausgegangen ist, dass die Erbschaft bereits wirksam ausgeschlagen worden sei. Denn sie hat die Anfechtung ursprünglich bereits erklärt, aber dieses Schreiben ging dem Nachlassgericht nicht zu.

Ferner konnte die Annahme der Erbschaft wirksam angefochten werden. Die Annahme ergibt sich nach Auffassung des Gerichts daraus, dass die Beteiligte telefonisch erklärte, der Erbschein könne wie von der Miterbin beantragt erlassen werden. Es handelt sich hier um keine ausdrückliche, sondern vielmehr um eine konkludente Annahme. Das Gericht geht an dieser Stelle von einem

Erklärungsirrtum aus, denn die Beteiligte kannte die Möglichkeit der Ausschlagung nicht und erfasste daher die rechtliche Bedeutung und Tragweite eines sich objektiv als Annahme darstellen Verhaltens nicht. Der Annahmewille fehlte daher. Das hierfür notwendige Fehlen des Annahmewillens durch schlüssiges Verhalten ergibt sich nach Auffassung des Gerichts daraus, dass die Beteiligte nicht ausdrücklich auf die Möglichkeit einer Anfechtung in dem Anschreiben hingewiesen wurde und sie generell Verständnisschwierigkeiten bei Behördenschreiben hatte.

Die Ursächlichkeit des Irrtums sei gegeben, weil sie bei Kenntnis der Möglichkeit der Erbausschlagung auch ausgeschlagen hätte. Dies ergebe sich insbesondere aufgrund der Belastungen des Nachlasses.

Die Beteiligte ist daher keine (Mit-)Erbin und der Erbschein ist einzuziehen.

#### 2. Stellungnahme

Dieser Gerichtsbeschluss bestätigt in mehrfacher Hinsicht die bisherige Rechtsprechung zur Versäumung der Ausschlagungsfrist sowie zur Anfechtung der Annahme der Erbschaft.<sup>1</sup>

Die Entscheidung entspricht den Rechtsprechungsgrundsätzen für die Anforderungen zur Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Verhalten (pro heredere gestio)<sup>2</sup> – zum Beispiel Auszahlung von Nachlassgläubigern,<sup>3</sup> Verbrauch von Nachlassgegenständen, Erbscheinsantrag<sup>4</sup> oder Verfügung hierüber ohne Kenntnis der Zugehörigkeit zur Erbschaft.<sup>5</sup> Im konkreten Fall reiht sich die Annahme in Form des Einverständnisses mit der Erteilung des Erbscheins mit der Beteiligten als Miterbin in diese von Rechtsprechung und Literatur herausgearbeitete Kasuistik der konkludenten Annahme ein.

Gemäß § 1956 BGB kann die Versäumung der Ausschlagungsfrist – genauer ausgedrückt die in der Fristversäumung liegenden Annahme – wegen Irrtums angefochten werden. Bei der Anwendung von § 119 BGB ist anstelle des Tatbestandsmerkmals „Abgabe einer Willenserklärung“ vielmehr „Versäumung der Ausschlagungsfrist“ zu lesen.<sup>6</sup> In diesem Zusammenhang geht das Gericht nicht genauer darauf ein, ob es sich um einen Inhalts- oder Er-

- 1 BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064; Beschluss vom 13.10.1993, 1 Z BR 54/93, NJW-RR 1994, 586; *Weidlich* in Grüneberg, 83. Aufl. 2024, § 1956 Rdnr. 2; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.02.2006, 3 W 6/06, NJW-RR 2006, 1594; Thüringer OLG, Beschluss vom 09.05.2011, 6 W 51/11, juris.
- 2 BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1063.
- 3 *Leipold* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 5.
- 4 BGH, Urteil vom 12.07.2006, IV ZR 298/03, NJW 2006, 3064; BayObLG, Beschluss vom 11.01.1999, 1 Z BR 113–98, NJW-RR 1999, 590; *Siegmann/Höger* in BeckOK-BGB, Stand: 01.02.2024, § 1943 Rdnr. 7.
- 5 *Leipold* in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 5.
- 6 Thüringer OLG, Beschluss vom 09.05.2011, 6 W 51/11, juris.



klärungsirrtum handelt.<sup>7</sup> Auch wenn nach überzeugender Auffassung ein Erklärungsirrtum vorliegt,<sup>8</sup> ist dies im praktischen Ergebnis nicht weiter entscheidungserheblich.

Neben der Anfechtung der Fristversäumung geht es auch um die Anfechtung der konkludenten Annahme: Das Gericht bestätigt die Rechtsprechung zur Anfechtung wegen Erklärungsirrtums, wenn der Erbe die Erbschaft durch schlüssiges Verhalten angenommen hat, ohne Kenntnis von der Möglichkeit der Ausschlagung gehabt zu haben, und davon ausging, die Erbschaft bereits wirksam ausgeschlagen zu haben.<sup>9</sup> Es fehlt nämlich am Annahmewillen, wenn der Erbe die rechtliche Möglichkeit der Ausschlagung als solche nicht kennt.<sup>10</sup>

Nach der Rechtsprechung handelt es sich um einen Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB), weil der Irrtum über den Erklärungsinhalt bestand und die Bedeutung und Tragweite der als Annahmeerklärung gewerteten tatsächlichen Handlungen nicht bekannt war.<sup>11</sup>

In rechtsdogmatischer Hinsicht stellt sich die Frage, ob es sich in diesen Fällen der Annahme durch schlüssiges Verhalten wirklich um einen Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 2 BGB) oder doch eher um einen Inhaltsirrtum (§ 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB) handelt, ohne dass es hierauf im Ergebnis ankommt. Die Einordnung als Inhaltsirrtum im Sinne von § 119 Abs. 1 Alt. 1 BGB wird ebenfalls häufig vertreten.<sup>12</sup> Hierfür spricht, dass bei der Annahme durch schlüssiges Verhalten kein Erklärungswillen notwendig sei, sondern der Wille ausreiche, die Erbschaft endgültig behalten zu wollen. Daher sei auf die Diskrepanz zwischen dem objektiven Sinn des Tuns und der inneren Vorstellung

über das Behaltenwollen abzustellen.<sup>13</sup> Dem ist allerdings entgegenzuhalten, dass der Erbe gar nicht den Willen hatte, eine Erklärung hinsichtlich des Nachlasses abzugeben und infolgedessen seinem Verhalten keinen Erklärungswert beigelegt hat,<sup>14</sup> was eben dem Erklärungsirrtum stärker als dem Inhaltsirrtum entspricht. Ferner ist für den Erklärungsirrtum wesentlich, dass der Erklärende seine Willenserklärung in einer Gestalt abgibt, in der er sie nicht abgeben wollte.<sup>15</sup>

In praktischer Hinsicht bietet es sich an, die Erbausschaltung nach notarieller Beglaubigung – wie üblich – umgehend auszufertigen und den Beteiligten mitzugeben, damit diese das Schreiben dem Nachlassgericht zukommen lassen; Verzögerungen und Risiken einer etwaigen Fristversäumung liegen folglich nicht mehr in der Sphäre des Notars.

Die Gerichtsentscheidung ist weiter insofern sehr vorteilhaft, als sie keine allzu hohen Anforderungen an die Kenntnis des Beteiligten von der Möglichkeit der Ausschlagung stellt und daher die „Reparatur“ unvorteilhafter Erbschaftsannahmen ermöglicht. So reicht es bereits aus, dass die Beteiligte das Behördenschreiben bzw. solche generell als kaum verständlich wahrnimmt. An dieser Stelle ist allerdings Vorsicht geboten und ohne genauere Kenntnis des Einzelfalls, insbesondere den Inhalt der Mitteilung des Nachlassgerichts, können die Prüfungsmaßstäbe des Gerichts nicht abschließend bewertet werden.

Ferner eröffnet das Gericht insoweit einen gewissen Spielraum für das Tatbestandsmerkmal der Ursächlichkeit, als dass Belastungen, die aus dem Nachlasswert resultieren (wie die exemplarisch aufgeführte Erbschaftsteuer), als ausreichend angesehen werden. Genauere Anforderungen werden hierzu nicht weiter aufgestellt. Freilich ist die Ursächlichkeit im konkreten Fall weniger leicht begründbar als in Fällen der Überschuldung.<sup>16</sup> Bei der Bewertung der Ursächlichkeit hat grundsätzlich das wirtschaftliche Ergebnis besonderes Gewicht.<sup>17</sup> Teilweise wird vertreten, dass die Ursächlichkeit zu verneinen sei, wenn ein wesentlicher Reinnachlass verbleibt.<sup>18</sup> Diese Einschränkung nimmt das Gericht nicht vor; sie wäre aber angesichts der Tatsache, dass nur auf die aus dem Nachlasswert resultierenden Belastungen wie die Erbschaftsteuer abgestellt wird, gut nachvollziehbar.

7 Ebenfalls keine Differenzierung: OLG Hamm, Beschluss vom 10.06.1985, 15 W 131/85, Rpfleger 1985, 364; so auch eine Literaturauffassung: Beide Irrtumsvarianten werden als eine Einheit betrachtet, vgl. *Leipold* in MünchKomm-BGB, § 1956 Rdnr. 7; RG, Urteil vom 19.02.1934, IV 394/33, RGZ 143, 419, 423 nimmt hingegen einen Erklärungsirrtum mit der Begründung an, dass „durch eine irrite Vorstellung über den Lauf der Frist [der Anfechtende] daran gehindert worden [ist], die Erklärung rechtzeitig abzugeben, [und] so hat er (im Sinne des § 1943 BGB) eine ‚Erklärung‘ abgegeben, die er in Wirklichkeit nicht hat abgeben wollen“.

8 Siegmann/Höger in BeckOK-BGB, § 1954 Rdnr. 3.

9 BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064; Thüringer OLG, Beschluss vom 09.05.2011, 6 W 51/11, juris; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 23.02.2006, 3 W 6/06, NJW-RR 2006, 1594; Weidlich in Grüneberg, § 1956 Rdnr. 2; Leipold in MünchKomm-BGB, § 1956 Rdnr. 7 ff.

10 BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064.

11 BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064; so auch: Otte in Staudinger, Neub. 2017, § 1954 Rdnr. 4; Najdecki in Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 1954 Rdnr. 8.

12 Weidlich in Grüneberg, § 1954 Rdnr. 3; Leipold in MünchKomm-BGB, § 1954 Rdnr. 5; Siegmann/Höger in BeckOK-BGB, § 1954 Rdnr. 6.

13 Leipold in MünchKomm-BGB, § 1954 Rdnr. 5.

14 Otte in Staudinger, § 1954 Rdnr. 4; BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064.

15 Armbrüster in MünchKomm-BGB, 9. Aufl. 2021, § 119 Rdnr. 46.

16 BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064.

17 OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.03.2021, I-3 Wx 197/20, ErbR 2021, 603, 605; Leipold in MünchKomm-BGB, § 1954 Rdnr. 17.

18 BayObLG, Beschluss vom 11.01.1999, 1 Z BR 113-98, NJW-RR, 1999, 590; Siegmann/Höger in BeckOK-BGB, § 1954 Rdnr. 12.



Schließlich ist die Gerichtsentscheidung nicht ganz korrekt und vollständig, weil Ausführungen zur Rechtzeitigkeit<sup>19</sup> der Anfechtungserklärung fehlen; davon ist aber angesichts der umgehenden Anfechtungserklärung nach der Besprechung mit dem Notar auszugehen.

### 3. Zusammenfassung

Das Gericht bestätigt die bislang geltende Rechtsprechung zur Anfechtung der Fristversäumung bei der Erbschaftsausschlagung sowie der Annahme der Erbschaft durch schlüssiges Verhalten. Es werden keine erhöhten Anforderungen für die einzelnen Tatbestandsmerkmale der Anfechtung angesetzt.

<sup>19</sup> BayObLG, Beschluss vom 24.06.1983, BReg. 1 Z 124/82, FamRZ 1983, 1061, 1064.

## HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

### 14. Zur Eintragung einer „eGbR“ ohne Angabe des Gesellschaftszwecks

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 02.08.2024,  
14 W 52/24 (Wx)

BGB § 707 Abs. 2  
GesRV § 3 Abs. 1

#### LEITSÄTZE:

1. Die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als „eGbR“ in das Gesellschaftsregister kann grundsätzlich nicht von der Angabe des Zwecks der Gesellschaft abhängig gemacht werden.
2. Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck sowohl des § 707 Abs. 2 BGB als auch des § 3 Abs. 1 GesRV erfordern die Angabe des Gesellschaftszwecks bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister nicht.
3. Auch der in § 26 FamFG verankerte Amtsermittlungsgrundsatz rechtfertigt ohne das Vorliegen besonderer Umstände die Pflicht zur Angabe des Gesellschaftszwecks für die Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister nicht.

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die Beteiligten begehrten die Eintragung der Gesellschaft „K (...) GbR“ in das Gesellschaftsregister.

2 Am 12.03.2024 stellten die Beteiligten beim AG – Registergericht – Freiburg einen notariell beglaubigten Antrag auf Eintragung der genannten Gesellschaft in das Gesellschaftsregister. Die Anmeldung enthielt Angaben zu dem Namen der Gesellschaft, dem Sitz der Gesellschaft, der inländischen Geschäftsanschrift der Gesellschaft, den Gesellschaftern einschließlich dem jeweiligen Geburtsdatum und Wohnort und der jeweiligen Vertretungsbefugnis sowie

die Versicherung, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder Partnerschaftsregister eingetragen ist. Eine Angabe zum Gegenstand der Gesellschaft enthielt die Anmeldung nicht.

3 Das Registergericht bat daraufhin mit Verweis auf § 1 GesRV, § 24 Abs. 4 HRV um die Ergänzung der Anmeldung hinsichtlich des Gegenstands des Unternehmens.

4 Nach Schriftwechsel zwischen dem Notar und dem Registergericht erließ das Registergericht am 26.04.2024 eine Zwischenverfügung, in der den Beteiligten Gelegenheit gegeben wurde, den Unternehmensgegenstand binnen vier Wochen mitzuteilen, da andernfalls die Anmeldung der Beteiligten kostenpflichtig zurückgewiesen werde. Zur Begründung wird darin ausgeführt, die Anmeldung der Beteiligten entspreche – abgesehen von der fehlenden Angabe des Gesellschaftsgegenstands – den gesetzlichen Voraussetzungen des § 707 BGB. In dieser Vorschrift sei eine Anmeldung des Gegenstands des Unternehmens nicht normiert. Auch werde der Gegenstand nicht in das Gesellschaftsregister eingetragen, § 707a BGB. Dennoch sei seitens des Registergerichts zu prüfen, ob der Eintragung in das Gesellschaftsregister sonstige Hindernisse entgegenstünden. So sei zu prüfen, ob die Gesellschaft zur Verfolgung eines rechtlich zulässigen Zwecks gegründet worden sei. Die Autonomie der Gesellschaft bei der Bestimmung des gemeinsamen Zwecks finde ihre Grenze insoweit, als es um die Vereinbarung gesetzes- oder sittenwidriger Zwecke gehe. In diesen Fällen dürfe es zu keiner Eintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister kommen. Weiter seien seitens des Gerichts spezialgesetzliche Rechtsformverbote zu beachten, wie zum Beispiel die in § 124 Abs. 1 Satz 1 KAGB, § 149 Abs. 1 Satz 1 KAGB, welche die Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Trägerin eines Investmentfonds ausschlössen. Auch sei vor einer Eintragung zu prüfen, ob es des Nachweises einer Erlaubnis – zum Beispiel nach den Vorschriften des Kreditwesengesetzes – bedürfe. Die Eintragung einer Gesellschaft in ein öffentliches Register ohne die Möglichkeit der Prüfung einer Erlaubnispflicht sei daher nicht denkbar. § 3 GesRV, wonach bei der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister auch der Gegenstand der Gesellschaft angegeben werden solle, sei nicht weniger als eine Muss-Vorschrift zu beachten. Ein Ermessensspielraum bestehe nicht. Auf die Zwischenverfügung wird Bezug genommen.

5 Gegen diese den Beteiligten Ziffer 1 und Ziffer 3 am 04.05.2024 und der Beteiligten Ziffer 2 am 06.05.2024 zugestellte Zwischenverfügung richtet sich die auf den 14.05.2024 datierte und am 21.05.2024 in Schriftform, am 29.05.2024 als elektronisches Dokument beim Registergericht eingegangene Beschwerde, die der Notar im Namen der Beteiligten eingelegt hat. Zur Begründung wird ausgeführt, das vom Registergericht gerügte Eintragungshindernis bestehe nicht. Die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister dürfe nicht von der Angabe des Gegenstands der Gesellschaft abhängig gemacht werden. Die Anmeldung der Gesellschaft sei in § 707 BGB geregelt; in Abs. 2 der Vorschrift seien die Angaben und Versicherungen genannt, welche die Anmel-

dung enthalten müsse. Diese Auflistung sei abschließend. Der Gegenstand einer Gesellschaft sei darin nicht genannt. Aus den Gesetzesmaterialien ergebe sich der ausdrückliche und bewusste Wille des Gesetzgebers, den Unternehmensgegenstand nicht zu einer Pflichtangabe zu machen und die in § 707 Abs. 2 BGB aufgeführten Angaben abschließend zu regeln. § 3 Abs. 1 GesRV verlange keine zusätzlichen, darüber hinausgehenden Angaben für die Erstanmeldung. Bei der darin genannten Angabe des Gegenstands der Gesellschaft handele es sich lediglich um eine Soll-Anordnung. Die Eintragung dürfe bei Fehlen der Angabe nicht verweigert werden. Auch hierbei handele es sich ausweislich der Gesetzesmaterialien um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers. Mit Blick auf Art. 80 Abs. 1 Satz 1 GG bestehe zudem keine Ermächtigung zur Regelung einer weiteren Voraussetzung für die Registeranmeldung, die Angabe des Gegenstands der Gesellschaft, durch den Verordnungsgeber. Eine Verordnungsermächtigung bestehে allenfalls für die in § 387 Abs. 2 Satz 2 FamFG ausdrücklich aufgeführten Fälle, zu denen jedoch die Angabe des Unternehmens- bzw. Gesellschaftsgegenstands nicht zähle. Die Angabe des Gegenstands der Gesellschaft sei auch nicht aus Gründen des Verkehrsschutzes erforderlich. Die Publizität des Gesellschaftsregisters gemäß § 707a Abs. 3 Satz 1 BGB i. V. m. § 15 HGB erstrecke sich nicht auf den Gegenstand einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Denn dieser Gegenstand sei nicht in das Gesellschaftsregister einzutragen und § 15 HGB sei nur auf einzutragende Tatsachen anwendbar. Aus der bloßen Tatsache der Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister könne nicht auf den Gegenstand der Gesellschaft oder dessen Zulässigkeit geschlossen werden. So könnten die Gesellschafter den Gesellschaftsgegenstand nach der Eintragung jederzeit ändern, ohne dass eine entsprechende Anmeldung zum Gesellschaftsregister erforderlich werden würde. Auch bei anderen Personengesellschaften – im Gegensatz zu Kapitalgesellschaften – bestehে keine Pflicht zur Mitteilung des Unternehmensgegenstandes. Insbesondere bestehে bei der Anmeldung der offenen Handelsgesellschaft keine Pflicht zur Angabe des Unternehmensgegenstands. Die Regelungen der Eintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts seien aber denjenigen zur Eintragung der OHG nachgebildet. Die Prüfpflicht des Registergerichts sei beschränkt. Nur bei aufgrund der Pflichtangaben konkret erwachsenden Zweifeln an der Eintragungsfähigkeit bestehে Anlass zu weiteren Ermittlungen. Die rechtlich zulässige Nichtangabe des Gesellschaftsgegenstands rechtfertige keine erweiterten Prüfpflichten des Registergerichts. Weder würden dadurch Zweifel an der Gesetzmäßigkeit des Gesellschaftsgegenstands begründet noch Anhaltspunkte für ein spezielles gesetzliches Erlaubnisfordernis geschaffen.

**6** Das AG – Registergericht – Freiburg hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.05.2024 nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Darin wird ergänzend ausgeführt, § 387 Abs. 2 FamFG ermächtige den Verordnungsgeber zur Regelung näherer Bestimmungen zum Verfahren bei Anmeldungen, Eintragungen und Bekanntmachungen im Zusammenhang mit der Führung eines

Gesellschaftsregisters. Bei den in Abs. 2 Satz 2 genannten zusätzlichen Angaben der Geburtsdaten der Gesellschafter sowie der Anschrift der einzutragenden Unternehmen und Zweigniederlassungen handele es sich nicht um abschließende Beispiele. Dies ergebe sich aus der Formulierung „kann auch“. In der GesRV könnten daher – wie in § 3 geschehen – auch weitere Mitteilungspflichten statuiert werden, die unabhängig von der Eintragung nach pflichtgemäßem Amtsermittlung gemäß § 26 FamFG bei der Entscheidung zu berücksichtigen seien. Hinsichtlich der weiteren Ausführungen wird auf den Inhalt der Entscheidung verwiesen.

**7** Mit Schriftsatz vom 08.07.2024, auf dessen Inhalt insgesamt verwiesen wird, haben die Beteiligten die Beschwerde ergänzend begründet.

**8** Für Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

**9** Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

(...)

**11 2.** Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das in der angefochtenen Zwischenentscheidung aufgeführte Eintragungshindernis, die fehlende Angabe des Gegenstands der Gesellschaft, besteht aus Rechtsgründen nicht. Weder der Wortlaut der normierten Voraussetzungen der Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts als „eGbR“ in das Gesellschaftsregister (dazu a)) noch deren Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck (dazu b)) noch der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG (dazu c)) rechtfertigen es, die Eintragung der K (...) GbR in das Gesellschaftsregister von der Mitteilung des Gegenstands der Gesellschaft abhängig zu machen.

**12 a)** Nach dem Wortlaut der einschlägigen Bestimmungen wird die Angabe des Gegenstands der Gesellschaft als Voraussetzung für die Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Gesellschaftsregister nicht verlangt.

**13 aa)** Die Voraussetzungen der Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Gesellschaftsregister sind gesetzlich in § 707 BGB geregelt. Abs. 2 der Vorschrift führt diejenigen Angaben zur Gesellschaft sowie zu den Gesellschaftern an, welche die Anmeldung enthalten muss. Die Angabe des Gegenstands der Gesellschaft ist dort nicht genannt.

**14 bb)** Weitere normierte Bestimmungen zur Anmeldung und Eintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister finden sich in § 3 GesRV. Nach dessen Abs. 1 Satz 1 soll in der Anmeldung der Gesellschaft zur Eintragung in das Gesellschaftsregister auch der Gegenstand der Gesellschaft angegeben werden, soweit er sich nicht aus deren Namen ergibt. Die Verordnung ist auf der gesetzlichen Grundlage des § 387 Abs. 2 Satz 1 FamFG erlassen worden, wonach das Bundesministerium der Justiz ermächtigt wird, durch Rechtsverordnung mit Zustimmung des Bundesrates die näheren Bestimmungen über die Errichtung und Führung des Handels-, Genossenschafts-, Gesellschafts- und Partnerschaftsregisters sowie weitere in der Ermächtigung bestimmte Einzelheiten hierzu, insbe-



sondere das Verfahren bei Anmeldungen, Eintragungen und Bekanntmachungen zu treffen. Nach § 387 Abs. 2 Satz 2 FamFG kann auch vorgeschrieben werden, dass das Geburtsdatum von in das Register einzutragenden Personen zur Eintragung anzumelden sowie die Anschrift der einzutragenden Unternehmen und Zweigniederlassungen bei dem Gericht einzureichen ist.

**15** Durch die „Soll“-Formulierung in § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRV wird jedoch zum Ausdruck gebracht, dass die Eintragung nicht von der Angabe des Gegenstands der Gesellschaft abhängig gemacht werden kann (siehe die Verordnungsbegründung, BR-Drucks. 560/22, S. 15; MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 707d Rdnr. 11; BeckOGK-GesRV/Kafka, Stand: 01.07.2024, § 3 Rdnr. 33; Herrler, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, 6. Aufl. 2024, § 10 Rdnr. 2 und Rdnr. 15). Eine Pflichtangabe wurde damit – ausgehend vom Wortlaut – nicht geschaffen. Dabei ist ohnehin zweifelhaft, ob § 387 Abs. 2 FamFG als Rechtsgrundlage für eine derartige Anforderung der Verordnung dienen kann (dazu BeckOK-BGB/Enders, Stand: 01.05.2024, § 707d Rdnr. 17).

**16 b)** Entstehungsgeschichte, Systematik sowie Sinn und Zweck sowohl des § 707 Abs. 2 BGB als auch des § 3 Abs. 1 GesRV erfordern die Angabe des Gesellschaftszwecks bei der Anmeldung der Gesellschaft zum Gesellschaftsregister nicht.

**17** Die neue und erstmalige Einführung eines Gesellschaftsregisters mit der Möglichkeit der Eintragung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist wichtiger Bestandteil einer seit Langem diskutierten Reform des BGB-Gesellschaftsrechts, die in das am 17.08.2021 verkündete und zum 01.01.2024 in Kraft getretene MoPeG vom 10.08.2021 (BGBl. 2021 I, S. 3436) mündete (MünchKomm-BGB/Schäfer, Vor § 705 Rdnr. 31). Ziel war es, ein öffentliches Register zur Be seitigung allseits bekannter Publizitätsdefizite der Gesellschaft bürgerlichen Rechts – vor allem in Hinblick auf Identität der Gesellschaft, ihre Vertretungsverhältnisse und ihre Gesellschafter – einzurichten (MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 1). Die Eintragung ist freiwillig, das heißt nicht konstitutiv, sodass weiterhin jede Außengesellschaft unabhängig von einer Registrierung Rechtsfähigkeit hat (BeckOGK-BGB/Kafka, Stand: 01.01.2024, § 707 Rdnr. 4; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 1). Sie bietet den Vorteil der „Subjektpublizität“, das heißt, die sichere Nachweisbarkeit von Existenz, Gesellschaftern und Vertretungsverhältnissen mit der Möglichkeit, durch Transparenz ein erhöhtes Vertrauen bei Geschäftspartnern zu erreichen. Weitere Anreize zur Eintragung werden dadurch gesetzt, dass der Erwerb und die Veräußerung registrierter Rechte, insbesondere von Grundstücken und Gesellschaftsanteilen an registrierten Gesellschaften, der eingetragenen Gesellschaft vorbehalten sind (MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 1 f.).

**18** Die Registeranmeldung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts gemäß § 707 Abs. 2 BGB ist den bei der Handelsregisteranmeldung einer offenen Handelsgesellschaft geltenden Vorgaben des § 106 Abs. 2 HGB nachgebildet (Begr. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129). Die angemeldeten Um-

stände sind in das Gesellschaftsregister einzutragen und haben gemäß § 707a Abs. 3 BGB i. V. m. § 15 HGB Publizitätswirkung (BeckOGK-BGB/Kafka, § 707 Rdnr. 28). Die im Gesellschaftsregister einzutragenden Tatsachen sind – wie im Handelsregister für Personenhandelsgesellschaften – auf die Umstände beschränkt, die für Existenz, Vertretungs- und Haftungsverhältnisse der Gesellschaft von entscheidender Bedeutung sind, sodass insbesondere der Gesellschaftszweck nicht einzutragen ist (Begr. RegE, BT-Drucks. 19/27635, S. 129; BeckOGK-BGB/Kafka, § 707 Rdnr. 29; Grüneberg/Retzlaff, 83. Aufl. 2024, § 707 Rdnr. 4; Noack, ZPG 2023, 95, 96, beck-online). Die in § 707 Abs. 2 BGB aufgezählten Angaben sind ebenso zwingend wie abschließend (MünchKomm-BGB/Schäfer, § 707 Rdnr. 12). Insofern gilt der Grundsatz des Spiegelbilds zwischen Anmelde- und Eintragungsinhalt (BeckOGK-BGB/Kafka, § 707 Rdnr. 27). Dies war bereits in Hinblick auf die als Vorbild dienende Vorschrift des § 106 HGB, welche die Eintragungsvoraussetzungen der offenen Handelsgesellschaft regelt, anerkannt (Hessler/Strohn/Servatius, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 707 BGB Rdnr. 3; Hopt/Roth, HGB, 43. Aufl. 2024, § 106 Rdnr. 2).

**19** Etwas anderes ergibt sich nicht aus der Entstehungsgeschichte des § 3 Abs. 1 GesRV. Die Norm ist dem § 24 Abs. 4 HRV nachgebildet, wonach das Registergericht im Rahmen des Anmelde- und Eintragungsverfahrens von Personenhandelsgesellschaften auf die Angabe des Unternehmensgegenstands hinwirken soll, soweit sich dieser nicht aus der Firma ergibt. Dieses Hinwendungserfordernis wurde früher damit in Zusammenhang gebracht, dass der Unternehmensgegenstand zwar nicht eingetragen, aber gemäß § 34 HRV a. F. bekannt gemacht wurde (Hessler/Strohn/Steitz, Gesellschaftsrecht, § 106 HGB Rdnr. 29). Nachdem § 34 HRV a. F. jedoch durch das DiRUG vom 05.07.2021 (BGBl. 2021 I, S. 3338) entfallen ist, wird das Erfordernis nunmehr für den Bereich der Personenhandelsgesellschaften für weitgehend obsolet gehalten; § 24 Abs. 4 HRV habe seinen Sinn weitgehend verloren (Ebenroth/Boujoung/Born, HGB, 5. Aufl. 2024, § 106 Rdnr. 50). Vor diesem Hintergrund kann auch für die Gesellschaft bürgerlichen Rechts die Angabe des Gegenstands der Gesellschaft nicht als Eintragungsvoraussetzung angenommen werden.

**20 c)** Der in § 26 FamFG verankerte Amtsermittlungsgrund satz rechtfertigt ohne das Vorliegen besonderer Umstände nicht die Pflicht zur Angabe des Gesellschaftszwecks für die Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister.

**21** § 3 Abs. 1 GesRV schränkt die Pflicht zur Amtsermittlung nicht ein (vgl. BeckOGK-GesRV/Kafka, § 3 Rdnr. 34). Aus Sicht des Registergerichts kann es selbstverständlich geboten sein, weitere Ermittlungen anzustellen, um den Rechtsverkehr vor Missbräuchen oder gesetzeswidriger Verwendungen der Gesellschaftsform der Gesellschaft bürgerlichen Rechts zu schützen.

**22** Dieses – grundsätzlich bestehende – Prüfungsrecht besteht aber nicht voraussetzungslos. Nach der Rechtsprechung des BGH hat das Registergericht die Pflicht, darüber zu wachen, dass Eintragungen im Handelsregister den ge-

setzlichen Erfordernissen und der tatsächlichen Rechtslage entsprechen. Eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht bei deklatorischen Eintragungen aber nur dann, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen. Der Umfang der Ermittlungstätigkeit steht grundsätzlich im pflichtgemäßen Ermessen des Registergerichts, dessen Grenzen einzuhalten sind, sodass inhaltliche Bedenken gegen eine Eintragung nicht ohne Grund angeführt werden dürfen (BGH, Beschluss vom 08.04.2020, II ZB 3/19, juris Rdnr. 12). In diesem Sinne reicht insbesondere die lediglich allgemeine Möglichkeit eines Missbrauchs nicht aus, um – jenseits der gesetzlich für die Anmeldung normierten Pflichtangaben – ein Prüfungsrecht auszulösen.

**23** Nach der gesetzlichen Konzeption (siehe oben unter b)) ist Zweck des Registers die Verlautbarung der für die Sicherung des Rechtsverkehrs in seiner Außenwirkung maßgeblichen Rechtsverhältnisse, soweit das Gesetz deren Eintragung vorsieht. Weiter ist nach allgemeinen registerrechtlichen Grundsätzen regelmäßig davon auszugehen, dass der zur Eintragung angemeldete Beschluss wirksam zu stande gekommen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.08.2008, I-3 Wx 182/08, juris Rdnr. 10). Im Falle nur deklatorischer Eintragungen ist das Registergericht daher grundsätzlich der Prüfung enthoben, ob die angemeldete Tatsache richtig ist. Nur wenn trotz ordnungsgemäßer Anmeldung begründete Zweifel an der Richtigkeit bestehen, ist das Registergericht zur Aufklärung des wahren Sachverhalts gemäß § 26 FamFG berechtigt und verpflichtet (vgl. BayObLG, Beschluss vom 28.03.1977, BReg 3 Z 4/76, juris Rdnr. 14 m. w. N. zur älteren Rechtsprechung; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 22.08.2008, I-3 Wx 182/08, juris Rdnr. 10).

**24** Ein sich regelmäßig aus dem Gegenstand der Gesellschaft ergebendes, konstituierendes Merkmal besteht bei den grundsätzlich zweckoffenen (MünchKomm-BGB/Schäfer, § 705 Rdnr. 6) Gesellschaften bürgerlichen Rechts nicht. Dies unterscheidet sie von Personenhandelsgesellschaften, bei denen im Rahmen der Eintragung zu prüfen sein kann, ob der Zweck der Gesellschaft auf den Betrieb eines Handelsgewerbes gerichtet ist, was wiederum konstitutives Merkmal einer Personenhandelsgesellschaft und damit Voraussetzung für eine Eintragung gerade in das Handelsregister ist (vgl. BGH, Beschluss vom 15.07.2014, II ZB 2/13, juris Rdnr. 8; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.08.2012, 3 W 99/12, juris Rdnr. 6).

**25** Die in der Zwischenverfügung des AG – Registergericht – Freiburg mitgeteilten Gründe für die Prüfung des Gegenstands der Gesellschaft – Prüfung auf etwaige Gesetzes- oder Sittenwidrigkeit oder spezialgesetzliche Verbotstatbestände – sind lediglich allgemein gehalten. Konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen solcher Gründe in Hinblick auf die von den Beschwerdeführern begehrte Eintragung der „K (...) eGbR“ sind weder aufgezeigt noch ersichtlich.

(...)

## 15. Richtigstellung des Grundbuchs bei identitätswährendem Rechtsformwechsel der GbR zur KG – keine Voreintragung im Gesellschaftsregister

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

BGB § 707c

EGBGB Art. 229 § 21

FamFG §§ 26, 29 Abs. 1

GBO § 15 Abs. 2, §§ 22, 71 Abs. 1

### LEITSATZ:

Wechselt eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts unter Wahrung ihrer Identität ihre Rechtsform in eine Kommanditgesellschaft, so setzt deren Eintragung im Grundbuch als Eigentümer nicht die Voreintragung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Gesellschaftsregister voraus.

### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Beteiligte begeht die Richtigstellung der Bezeichnung des Grundstückseigentümers.

**2** Im Grundbuch sind in Abteilung I unter Nr. 1a-c als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes seit 03.08.2000 M K, M W und M R als Gesellschafter bürgerlichen Rechts eingetragen. Der Grundbesitz ist wesentliche Betriebsgrundlage der von den Vorgenannten gehaltenen operativ tätigen M Bau GmbH.

**3** Zu notarieller Urkunde vom 02.01.2024 gründeten M K, M W und M R die KWR M Verwaltungs-GmbH, die als weiterer Gesellschafter in die oben angesprochene Gesellschaft bürgerlichen Rechts, die in O ansässige M GbR, eintrat. So dann wurde letztere in eine Kommanditgesellschaft umgewandelt, wobei die KWR M Verwaltungs-GmbH die Stellung des Komplementärs und M K, M W sowie M R jeweils die eines Kommanditisten erhielten.

**4** Mit weiterer Urkunde vom selben Tag meldete der Urkundsnotar die errichtete Kommanditgesellschaft unter der Firma KWR M GmbH & Co. KG mit Sitz in O zur Eintragung im Handelsregister an (Ziffer I.) und teilte informatorisch mit, dass die Gesellschaft die bereits bisher unter den künftigen Kommanditisten bestehende im Wesentlichen gegenstands- und vermögensidentische Gesellschaft bürgerlichen Rechts fortsetze (Ziffer II.), weiter dass sämtliche künftige Kommanditisten im Grundbuch als Gesellschafter der dort eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vermerkt seien. Alle Beteiligten würden bewilligen, die Bezeichnung des Eigentümers dahin gehend richtigzustellen, dass die unter I. angemeldete KWR M GmbH & Co. KG eingetragen werde. Die Kommanditgesellschaft stimme der Namensberichtigung des Eigentümers zu und beantrage sie (Ziffer III.).

**5** Mit Schreiben vom 26.02.2024 an das Grundbuchamt beantragte der Urkundsnotar die Richtigstellung des Grundbuchs dahingehend, dass Eigentümer die KWR M GmbH & Co. KG sei. Zugleich bestätigte er deren Identität mit der M GbR.



**6** Das Grundbuchamt wies den Antrag mit Beschluss vom 29.02.2024 zurück. Es liege keine Berichtigung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, sondern eine Gründung der Kommanditgesellschaft vor. Somit müsse eine Auflassung an die Kommanditgesellschaft erfolgen, sofern das Eigentum auf diese übergehen solle. Die Kommanditgesellschaft sei nicht personengleich mit der Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Hierfür spreche sowohl die Formulierung in Ziffer II. der Anmeldung, dass die neu gegründete Firma lediglich eine im Wesentlichen gegenstands- und vermögensidentische, aber eben nicht personenidentische Gesellschaft sei, als auch die nunmehrige Beteiligung einer weiteren Gesellschaft mit beschränkter Haftung als persönlich haftende Gesellschafterin. Insofern stelle dies auch keinen reinen Wechsel der Gesellschaftsform dar. Auch in Ziffer III. werde bestätigt, dass nicht alle Gesellschafter der Kommanditgesellschaft bereits im Bestand der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch als Eigentümer vermerkt seien, sondern lediglich die Kommanditisten. Der hinzugetretene Komplementär habe keinen Bezug zur bisher eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts.

**7** Mit Schreiben vom 14.03.2024 hat der Urkundsnotar Beschwerde gegen den Zurückweisungsbeschluss eingelegt. Das Grundbuchamt verkenne, dass Träger des Eigentums an dem Grundstück die rechtsfähige bisherige Gesellschaft bürgerlichen Rechts als solche sei, § 705 Abs. 2 BGB. Dies sei bereits nach alter Rechtslage so gewesen (BGH, NJW 2006, 3716). Es verkenne ferner, dass die Identität dieses Rechtsträgers sowohl von einer Veränderung des Gesellschafterbestands unberührt bleibe als auch von einer Änderung des Gesellschaftsvertrags, insbesondere der Verfassung der Gesellschaft (OLG München, 34 Wx 70/15). Der identitätswahrende Formwechsel sei keine Verfügung über das Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, selbst dann nicht, wenn er – wie hier – zusammen mit der Aufnahme eines neuen Gesellschaftern vorstatten gegangen sei. Die Rechtslage habe sich durch das MoPeG nicht geändert. Dieses habe insoweit lediglich den Stand der Rechtsprechung in das Gesetz übernommen (BT-Drucks. 19/27635, S. 101 und 125). Das Grundbuchverfahren sei identisch mit demjenigen zur Eintragung einer im Grundbuch nach altem Recht eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts in das Gesellschaftsregister mit anschließender Richtigstellung des Namens des eingetragenen Eigentümers. Es gelte das formelle Konsensprinzip, § 19 GBO. Nach Art. 229 § 21 Abs. 3 Satz 2 EGBGB n. F. bedürfe es für die Eintragung der registrierten Gesellschaft der Bewilligung der nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO a. F. eingetragenen Gesellschafter und der Zustimmung der einzutragenden Gesellschaft. Beides liege vor. Weitere Nachweise habe der Gesetzgeber bewusst nicht vorgesehen (BT-Drucks. 19/27635, S. 218). Der Nachweis der Identität der nach altem Recht eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der neu einzutragenden, registrierten Gesellschaft erfolge im Übrigen durch eine Bescheinigung des Notars. Diese sei im Antrags schriftsatz vom 26.02.2024 enthalten.

**8** Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 11.04.2024 nicht abgeholfen. Die der Entscheidung des OLG München zugrunde liegende Rechtslage beinhaltet das Procedere, als

die Gesellschaft bürgerlichen Rechts bei Grundbuchbezug noch nicht im Gesellschaftsregister einzutragen gewesen sei. Nachweise für einen identitätswahrenden Formwechsel lägen nicht in grundbuchtauglicher Form vor, weshalb von der Notwendigkeit einer Auflassung ausgegangen werde. Alternativ könnte der Formwechsel durch die Voreintragung ins Gesellschaftsregister erfolgen, hierzu sei nichts vorge tragen worden. Zutreffend gehe das Notariat davon aus, dass gemäß der zitierten Entscheidung des OLG die Zwischen eintragung des neu hinzugekommenen Gesellschafters entfallen könne. Dies sei aber hier belanglos, weil bei Antragstellung nach dem 01.01.2024 ohnehin keine Eintragung des Gesellschafterwechsels mehr im Grundbuch erfolge, da dies dann über die nunmehr notwendige Eintragung im Gesellschaftsregister verlautbart sei. Nach Art. 229 § 21 EGBGB n. F. komme eine Grundbucheintragung ohne vorherige Eintragung ins Gesellschaftsregister nur in Frage, wenn vor dem 01.01.2024 die Urkunde erstellt und der Antrag ebenfalls vorher gestellt sei. Dies sei hier nicht der Fall. Auf die Notwendigkeit der Voreintragung ins Gesellschaftsregister bei hier ggf. vorliegendem Statuswechsel sei insoweit verwiesen, als § 707c BGB diesen lediglich für bereits eingetragene Gesellschaften bürgerlichen Rechts vorsehe. Auch aus dem Umkehrschluss zu § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB, nach dem ein Rückwechsel in eine nicht eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht möglich sei, sowie analog § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG folge, dass im Zuge der Sicherheit der Identitätswahrung und dessen Nachweises eine Voreintragung im Gesellschaftsregister unumgänglich erscheine, umso mehr als vorliegend die bisherigen Gesellschafter der Gesellschaft bürgerlichen Rechts beim Statuswechsel ihre Haftung Dritten gegenüber massiv einschränken würden. Auch sei bei einer wie in der Urkunde aufgeführt lediglich im Wesentlichen, somit eben nicht vollständigen gegenstands- und vermögensidentischen Weiterführung eine reine Berichtigung nicht möglich. Ergänzend sei ange merkt, dass kein Statuswechsel, sondern eine Errichtung der Kommanditgesellschaft zur Eintragung beim Handelsregister angemeldet worden sei.

**9** Der Senat hat einen Auszug aus dem Handelsregister eingeholt.

**10** Die zulässige Beschwerde ist begründet.

**11.1** Die Beschwerde ist zulässig.

**12 a)** Sie ist insbesondere statthaft. Die Beteiligte begeht die Korrektur nicht eines unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens stehenden Rechtsverhältnisses, sondern der Bezeichnung des Rechtsinhabers, mithin eine bloße Richtigstellung. Gegen die Zurückweisung eines diesbezüglichen Antrags ist die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO eröffnet (OLG Naumburg, FGPrax 2019, 258; Senat, ErbR 2014, 539, 540; Demharter, GBO, 33. Aufl., § 71 Rdnr. 46; Hügel/Holzer, GBO, 4. Aufl., § 22 Rdnr. 97; Meikel/Schmidt-Rätsch, GBO, 12. Aufl., § 71 Rdnr. 49; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdnr. 484 ff.).

**13 b)** Die Beschwerde konnte durch den Urkundsnotar erhoben werden. Hat dieser – wie hier – gemäß § 15 Abs. 2 GBO bereits für den Beteiligten einen Antrag gestellt, gilt er

auch als ermächtigt, gegen die darauf ergangene Zurückweisung Rechtsmittel einzulegen (Senat, FGPrax 2024, 61; *Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20; *Hügel/Reetz*, GBO, § 15 Rdnr. 62; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 15 Rdnr. 36; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 189).

**14 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.**

**15 a)** Bei einem bloßen identitätswahrenden Wechsel der Rechtsform des Berechtigten ist, da dessen Bezeichnung nicht unter dem Schutz des öffentlichen Glaubens steht, das Grundbuch in Abteilung I nicht nach § 22 GBO zu berichtigen, sondern lediglich richtigzustellen (Senat, NZG 2016, 275; KG, FGPrax 2009, 54, 55; *Demharter*, GBO, § 47 Rdnr. 31; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 95; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 88; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4281; DNotl-Report 2020, 41, 43; *Böhringer*, BWNotZ 2016, 154, 162). Dies gilt auch beim Eintritt eines weiteren Gesellschafters im Zuge der Umwandlung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts in eine Kommanditgesellschaft. Denn Rechtsträger war die rechtlich verselbstständigte, insofern von ihrem Gesellschafterbestand unabhängige (BGHZ 79, 374, 379) Gesellschaft bürgerlichen Rechts; es waren nicht die Gesellschafter als solche (Senat, NZG 2016, 275, 276), auch wenn sie – gemäß § 47 Abs. 2 GBO a. F. richtigerweise – in dieser Eigenschaft im Grundbuch vermerkt waren (BGH, NJW 2006, 3716; KG, FGPrax 2009, 54, 55). Die Richtigstellung erfolgt ggf. nach § 26 FamFG von Amts wegen. Die relevanten Tatsachen werden dabei im Freizeisverfahren nach § 29 Abs. 1 Satz 1 FamFG ermittelt, ein Nachweis in der Form des § 29 Abs. 1 GBO ist nicht erforderlich (OLG Naumburg, FGPrax 2019, 258; Senat, RNotZ 2016, 665, 666; KG, FGPrax 2009, 54, 55; *Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 22; *Hügel/Holzer*, GBO, § 22 Rdnr. 97; *Meikel/Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 88; *Böhringer*, BWNotZ 2016, 154, 162; a. A. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4281). Eine Bewilligung nach § 19 GBO stellt ein hierzu taugliches Mittel dar (*Meikel/Böttcher*, GBO, § 22 Rdnr. 88; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 985; DNotl-Report 2020, 41, 43). Auch die Anmeldung zum Handelsregister (*Hügel/Reetz*, GBO, § 47 Rdnr. 111), jedenfalls zusammen mit einem Registerauszug, kommt insoweit in Betracht (DNotl-Report 2020, 41, 43; *Böhringer*, BWNotZ 2016, 154, 162), ebenso eine auf diesen gründende notarielle Identitätsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO (vgl. *Böttcher*, ZNotP 2023, 333, 334; *Bolkart*, MittBayNot 2021, 319, 330; a. A. DNotl 2020, 41, 43).

**16 b)** Dass nach der Reform durch das MoPeG die Eintragung eines identitätswahrenden Formwechsels einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Kommanditgesellschaft im Grundbuch nun per se deren Voreintragung im Gesellschaftsregister voraussetzen würde, ist dem Gesetz nicht zu entnehmen. § 707c Abs. 1 BGB n. F. bestimmt lediglich, dass die Anmeldung eines Statuswechsels nur bei dem Gericht erfolgen kann, das das Register führt, in dem die Gesellschaft eingetragen ist; Abs. 2 bis 4 beinhalten weitere Vorschriften zum Verfahren, Abs. 5 eine Haftungsregelung. Gemäß § 161 Abs. 2 i. V. m. § 106 Abs. 3 HGB n. F. hat die Anmeldung der Kommanditgesellschaft zum Handelsregister im Wege eines Statuswechsels im Gesellschafts- oder

im Partnerschaftsregister zu erfolgen, wenn sie bereits dort eingetragen ist. Es handelt sich, abgesehen von dem insoweit nicht relevanten § 707c Abs. 5 BGB n. F., um reine Verfahrensvorschriften, die für den Fall einer Voreintragung regeln, wie und wo in einer solchen Konstellation die Anmeldung vorzunehmen ist. Dass die Eintragung nach einem identitätswahrenden Formwechsel eine Voreintragung erfordern würde, ergibt sich daraus nicht. Aus § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n. F., § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F. folgt nichts anderes. In der erstgenannten Vorschrift wird u. a. die Beteiligung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts an einer Verschmelzung an ihre vorangegangene Eintragung im Gesellschaftsregister geknüpft, in der letztgenannten die Fortsetzung einer offenen Handelsgesellschaft als Gesellschaft bürgerlichen Rechts nur im Wege eines Statuswechsels nach § 707c BGB n. F. zugelassen. Angesichts dieser expliziten Regelungen wäre zu erwarten gewesen, dass der Gesetzgeber, hätte er die Eintragung eines identitätswahren Formwechsels einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ebenfalls hiervon abhängig machen wollen, eine entsprechende Bestimmung geschaffen hätte. Dies war aber nicht der Fall. Vielmehr beschränkte er sich auf die Einführung von Verfahrensregeln für besondere Konstellationen. Aus den Materialien zum MoPeG ergibt sich nichts anderes. Vielmehr wird dort sogar explizit ausgeführt, dass die Sondervorschrift des Art. 229 § 21 Abs. 1 EGBGB n. F., die ein Voreintragungserfordernis für alle Fälle der Verfügung über ein Grundstück durch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts statuiert, auf eine bloße Richtigstellung nicht anwendbar ist (BT-Drucks. 19/27635, S. 216 f.). Dies gilt auch und gerade für die Eintragung eines identitätswahrenden Formwechsels im Grundbuch. Ein solcher stellt anerkanntermaßen keine Verfügung über das Recht der Gesellschaft am Grundbesitz dar (Senat, NZG 2016, 275, 276; *Demharter*, GBO, § 39 Rdnr. 2; *Hügel/Kral*, GesR, Rdnr. 92; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 985).

**17 c)** Nach dieser Maßgabe ist vorliegend von einem bloßen identitätswahrenden Wechsel der Rechtsform der Berechtigten auszugehen.

**18** Die Gesellschafter der M GbR haben in Ziffer II. der vorliegenden Registeranmeldung ausdrücklich die Fortsetzung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Kommanditgesellschaft erklärt. Ausweislich des vom Senat im Rahmen seiner auch im Beschwerdeverfahren geltenden Amtsermittlungspflicht (*Demharter*, GBO, § 77 Rdnr. 4; *Hügel/Kramer*, GBO, § 77 Rdnr. 13; *Meikel/Schmidt-Räntsche*, GBO, § 77 Rdnr. 24) eingeholten Auszugs aus dem Handelsregister ist die KWR M GmbH & Co. KG dort seit 16.02.2024 auch eingetragen. Ihr Sitz ist O, wie es auch bei der M GbR der Fall war. Unternehmensgegenstand ist offensichtlich weiterhin zumindest u. a. die Verwaltung des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes. Der Beitritt der KWR M Verwaltungs-GmbH zur M GbR berührt aufgrund deren rechtlicher Selbstständigkeit deren Identität nicht. Der Urkundsnotar hat die Identität auch bestätigt. Einer Voreintragung im Gesellschaftsregister bedarf es zu deren Nachweis nicht. Der identitätswahrende Formwechsel stellt, wie bereits unter b) festgehalten, keine Verfügung über das Recht der Gesellschaft am Grundbesitz dar, die gemäß Art. 229 § 21 Abs. 1



EGBGB n. F. eine Voreintragung erfordern würde. Diese Regelung würde ausgehebelt, wenn auf dem Umweg über die Nachweisführung im Ergebnis doch eine Voreintragungsobligation begründet würde. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Gesetzgeber mit dem MoPeG die unter a) dargelegten Anforderungen an die Feststellung der Identitätswahrung beim Formwechsel verschärfen wollte. Unerheblich ist wiederum der Verweis auf § 3 Abs. 1 Nr. 1 UmwG n. F., § 107 Abs. 2 Satz 2 HGB n. F.; auch insoweit wird auf die Ausführungen unter b) verwiesen. Die Bewilligungen der Gesellschafter der M GbR und die Zustimmung der KWR M GmbH & Co. KG zur Richtigstellung liegen vor, und zwar sogar in der Form einer öffentlichen Urkunde.

**19** Der Annahme der Identitätswahrung beim vorliegenden Formwechsel steht nicht entgegen, dass in der Registeranmeldung lediglich von einer im Wesentlichen gegenstands- und vermögensidentischen Weiterführung die Rede ist. Diese Formulierung impliziert bereits, dass gerade in den entscheidenden Punkten Übereinstimmung besteht. Welche Umstände gleichwohl Zweifel an einer Identitätswahrung begründen könnten, ist nicht ersichtlich.

**20** Dass kein Statuswechsel, sondern eine Errichtung der Kommanditgesellschaft zur Eintragung im Handelsregister angemeldet wurde, erklärt sich ohne Weiteres daraus, dass die M GbR nicht im Gesellschaftsregister eingetragen und somit ein Statuswechsel nach § 161 Abs. 2 i. V. m. § 106 Abs. 3 HGB n. F. nicht möglich war. Angesichts des in Ziffer II. der Registeranmeldung explizit zum Ausdruck gebrachten Willens zur Fortführung der M GbR als Kommanditgesellschaft erscheint es zudem fernliegend, dass mit der Verwendung des Begriffs der Errichtung in Ziffer I. die Vorstellung einer Neugründung verbunden gewesen sein sollte.

**21** In der Gesamtschau hat der Senat daher keine Zweifel an der Identität der M GbR und der KWR M GmbH & Co. KG.

(...)

•

## 16. Gesetzliche Prozessführungsbefugnis eines BGB-Gesellschafters bei dringendem Handlungsbedarf

OLG Saarbrücken, Urteil vom 11.05.2023, 4 U 25/22

BGB § 744 Abs. 2

### LEITSATZ:

**Gesetzliche Prozessführungsbefugnis eines BGB-Gesellschafters analog § 744 Abs. 2 BGB bei dringendem Handlungsbedarf wegen einer Gefahr für die Gesellschaft oder ihr Vermögen.**

### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger und Herr A S gründeten mit Gesellschaftsvertrag vom 01.08.2018 (...) die „A B A-K & S GbR“ (im Folgenden: GbR) zum Betrieb der industriellen Herstellung von Fladenbroten, dem Groß- und Einzelhandel mit verpackten

Lebensmitteln sowie dem Im- und Export von verpackten Lebensmitteln in Homburg. Die GbR betrieb in der Folge eine Bäckerei für arabisches und syrisches Brot in Homburg.

2 Mit Kaufvertrag vom 01.02.2019 (...) veräußerte die GbR die Bäckerei an den Beklagten. Dieser verpflichtete sich in § 2 des Vertrags in Verbindung mit einer „Anlage 4“ (...) zur Zahlung von 20.000 € und zur Übernahme verschiedener Verbindlichkeiten, nämlich offener Mieten für drei Monate, einer Steuerberaterrechnung („in Höhe von ca. 700 €) sowie Müll-, Gas- und Stromrechnungen.

3 Nach Zahlung der 20.000 € und Begleichung der offenen Mieten, der Steuerberaterrechnung und einer Müllrechnung von 1.000 € veräußerte der Beklagte, der sich in finanziellen Schwierigkeiten befand, die Bäckerei mit Vertrag vom 01.08.2019 (...) an den Zeugen A. Dieser verpflichtete sich neben der Zahlung eines Kaufpreises von 10.000 € ebenfalls zur Übernahme von Verbindlichkeiten. Anlage 4 dieses Weiterveräußerungsvertrags (...) enthält hierzu folgende Regelung:

„Verbindlichkeitenübernahme:

Herr Y A übernimmt von Folgenden Rechnungen, die Herr Y F übernommen hat und bezahlen muss, bis dem Betrag 15.000 € (fünfzehntausend €).

- Rechnung von Müll von A B A-K & S GbR.
- Rechnung von Strom von A B A-K & S GbR.
- Rechnung von Gas von A B A-K & S GbR.“

4 Der Zeuge A leistete auf die Vereinbarung zwei Teilzahlungen von jeweils 1.300 € an den Kläger.

5 Der Kläger hat behauptet, sein Mitgesellschafter S sei schon bald nach dem Verkauf der Bäckerei verschwunden, unbekannten Aufenthalts und daher faktisch aus der GbR ausgeschieden.

6 Er, der Kläger (bzw. seine Familienangehörigen für ihn), habe Rechnungen der GbR für Müll i. H. v. 4.490,10 €, für Stromkosten inkl. Inkassokosten i. H. v. 4.449,43 € sowie für Kosten der Gasversorgung inkl. Mahn- und Gerichtskosten von 7.603,28 € bezahlt. Insgesamt habe er anstelle des nach dem Unternehmenskaufvertrag verpflichteten Beklagten Rechnungen i. H. v. 16.542 € beglichen, sodass nach Abzug der beiden Zahlungen durch den Dritterwerber in Höhe von je 1.300 € ein die Klageforderung deutlich übersteigender Betrag (13.942,81 €) verbleibe (...). Der Beklagte selbst habe die entsprechenden Rechnungen weitergegeben mit dem Hinweis, dass er kein Geld habe.

7 Dem Kläger sei der Weiterverkauf der Bäckerei erst im Nachhinein angezeigt worden. Eine Schuldübernahme durch den Zeugen A mit einer den Beklagten von den Verpflichtungen aus dem Kaufvertrag vom 01.02.2019 befreien Wirkung habe er nicht akzeptiert.

8 Der Kläger hat beantragt (...),

1. den Beklagten zu verurteilen, an ihn – hilfsweise an die GbR – 12.400 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz ab 01.04.2021 zu zahlen;

2. den Beklagten zu verurteilen, an ihn vorgerichtliche Anwaltskosten i. H. v. 1.054,10 € zu erstatten.

9 Der Beklagte hat beantragt (...),

die Klage abzuweisen.

10 Der Beklagte hat behauptet, der Zeuge A habe nicht nur zwei, sondern insgesamt drei Teilzahlungen zu je 1.300 € geleistet. Er selbst habe (am 16.02.2019) 1.000 € auf offensichtende Müllrechnungen gezahlt.

11 Zwischen den Parteien und dem Zeugen A sei am 01.08.2019 bei Abschluss des Kaufvertrags zwischen dem Beklagten und dem Zeugen vereinbart worden, dass der Zeuge A die streitgegenständlichen Verbindlichkeiten – auch im Außenverhältnis – übernehmen und der Beklagte für diese Verbindlichkeiten nicht mehr haften solle. Der Kläger sei damit einverstanden gewesen.

12 Mit dem am 14.04.2022 verkündeten Urteil (...) hat das LG den Beklagten unter Klageabweisung im Übrigen gemäß dem Hilfsantrag des Klägers zur Zahlung von 12.400 € an die GbR verurteilt.

13 Zwar habe der Kläger, der für Ansprüche gegen die GbR in Vorlage getreten sei, keine eigenen Ansprüche gegen den Beklagten (Hauptantrag) und sei im gesellschaftsrechtlichen Innenverhältnis gehalten, seine Vorleistung in die Auseinandersetzung einzubringen. Er könne aber, entsprechend dem Hilfsantrag, Ansprüche der GbR gegen den Beklagten geltend machen und sei insoweit analog § 744 Abs. 2 BGB prozessführungsbefugt. Nach der Beendigung der GbR stehe die Geschäftsführung den beiden Gesellschaftern zwar grundsätzlich gemeinsam zu. Da die GbR jedoch, wie vom Kläger glaubhaft bestätigt, durch das Verschwinden des Mitgesellschafters S praktisch beschlussunfähig geworden sei, sei die Geltendmachung der Ansprüche im Rahmen einer Notgeschäftsführung die einzige Möglichkeit, die Gesellschaftsfordernungen noch zu realisieren und vor der Verjährung zu retten (...). Der Kläger könne Zahlung des eingeklagten Betrags von 12.400 € an die GbR verlangen. In Ansehung der vorgelegten Belege (...) sei davon auszugehen, dass bereits zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses Müll-, Strom- und Gasrechnungen der Bäckerei in Höhe von jedenfalls 15.000 € offen gestanden hätten. Der Beklagte habe nicht nachgewiesen, dass der Zeuge A eine dritte Teilzahlung an den Kläger erbracht habe. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme stehe auch nicht fest, dass der Beklagte aus der Schuld entlassen worden wäre.

14 Der Senat nimmt gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen dieses Urteils Bezug.

15 Der Beklagte hat gegen seine Verurteilung nach dem Hilfsantrag Berufung eingelegt.

16 Er wendet sich gegen die Annahme einer Prozessführungsbefugnis des Klägers analog § 744 Abs. 2 BGB. Das LG habe ohne hinreichende Grundlage unterstellt, der Mitgesellschafter S sei verschwunden.

17 Überdies beanstandet der Beklagte die Beweiswürdigung des LG zur Frage einer befreienden Schuldübernahme.

18 Der Beklagte beantragt (...),

das Urteil des LG Saarbrücken vom 14.04.2022, 6 O 146/21 abzuändern und die Klage abzuweisen.

19 Der Kläger beantragt (...),

die Berufung zurückzuweisen.

20 Der Kläger verteidigt die angefochtene Entscheidung.

21 Hinsichtlich der Einzelheiten des Sachverhalts und des Parteivortrags wird Bezug genommen auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, die Sitzungsniederschriften des LG vom 03.12.2021 und vom 25.03.2022 und des Senats vom 20.04.2023 sowie auf das Urteil des LG vom 14.04.2022 (...).

22 Die Berufung des Beklagten ist nach den §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO statthaft und zulässig.

23 1. Die Abweisung der Klage im Hauptantrag ist nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Der Kläger hat kein Rechtsmittel eingelegt, sodass das Bestehen etwaiger eigener Ansprüche des Klägers gegen den Beklagten im zweiten Rechtszug nicht zu überprüfen ist.

24 Die Berufung des Beklagten ist unbegründet. Das LG hat die Voraussetzungen für eine Prozessführungsbefugnis des Klägers zur Geltendmachung von Ansprüchen der GbR gegen den Beklagten aus dem Unternehmenskaufvertrag im Ergebnis zu Recht angenommen. Auch die sonstigen Berufungseinwände des Beklagten sind unberechtigt.

25 a. Bei der Prozessführungsbefugnis handelt es sich um eine Prozessvoraussetzung, die in jeder Lage des Verfahrens von Amts wegen zu prüfen ist.

26 Ein Kläger ist prozessführungsbefugt, wenn er berechtigt ist, über das behauptete Recht einen Prozess als Partei im eigenen Namen zu führen. Grundsätzlich ist hierzu (nur) der Inhaber des Rechts befugt. Wer ein Recht einklagt, das nicht ihm selbst zusteht (Prozessstandschaft), muss seine Befugnis zur Führung des Prozesses darlegen und notfalls beweisen (vgl. BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, juris Rdnr. 22 f.).

27 b. Vorliegend macht der Kläger im eigenen Namen einen Anspruch geltend, der der A B A-K & S GbR zusteht (zur - anerkannten – Rechtsfähigkeit der [Außen-]GbR Schäfer in MünchKomm-BGB, 8. Aufl. 2020, § 705 Rdnr. 309 m. w. N.).

28 (1) Anspruchsgrundlage ist § 2 des Kaufvertrags vom 01.02.2019 in Verbindung mit der dort in Bezug genommenen Anlage 4 (...).

29 Der Anspruch war ursprünglich auf Freistellung der GbR von den in der Anlage genannten Verbindlichkeiten gerichtet. Zweck dieser Vereinbarung war ersichtlich eine Vereinfachung des Zahlungsflusses im Sinne einer Erfüllungsübernahme (§ 329 BGB). Ein Teil des gesamten Kaufpreises sollte nicht an die Gesellschaft gezahlt werden, die in der Folge dann ihrerseits die noch offenen Ansprüche ihrer Gläubiger hätte begleichen können. Stattdessen sollte jener Kaufpreisanteil der GbR wirtschaftlich dadurch zufließen, dass sie von diesen Zahlungspflichten entbunden werde-



den wäre. Dem Unternehmenskaufvertrag zwischen der GbR und dem Beklagten ist im Wege der Auslegung zu entnehmen, dass der Freistellungsanspruch sich für den – hier eingetretenen – Fall einer Begleichung der Verbindlichkeiten durch die Gesellschaft bzw. durch einen Gesellschafter für sie (zu den Folgen der Erfüllung einer Gesellschaftsschuld durch einen Gesellschafter *H* in Dauner-Lieb/Langen, BGB-Schuldrecht, 4. Aufl. 2021, § 705 Rdnr. 28 m. w. N.) in einen entsprechenden Zahlungsanspruch der GbR gegen den Beklagten umwandeln sollte (zur Auslegung solcher Übernahmevereinbarungen *KI* in Staudinger, Neub. 2020, § 329 Rdnr. 25).

**30** Aus der vertraglichen Vereinbarung ist lediglich die Gesellschaft und sind nicht die Gesellschafter unmittelbar berechtigt und verpflichtet (vgl. BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, MDR 2021, 1204, juris Rdnr. 26).

**31 (2)** Unter den besonderen Umständen des Streitfalls ist die Befugnis des Klägers, den Anspruch der GbR gerichtlich geltend zu machen, zu bejahen.

**32 (a)** Die Einziehung einer Gesellschaftsforderung ist bei einer Personengesellschaft ein Akt der Geschäftsführung, die grundsätzlich den geschäftsführenden Gesellschaftern obliegt. Die Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts können nach § 709 Abs. 1 BGB und, falls sich die Gesellschaft im Abwicklungsstadium befindet, nach § 730 Abs. 2 BGB die Geschäfte der Gesellschaft, falls nicht ein anderes vereinbart ist, nur gemeinschaftlich führen. Eine der Gesellschaft zustehende Forderung können sie dann prinzipiell auch nur gemeinschaftlich einklagen und nicht ein Gesellschafter allein. Dies gilt selbst dann, wenn er Zahlung an die GbR verlangt. Denn dieser Schutz reicht nicht aus, um die Belange der (übrigen) Gesellschafter zu wahren. Unabhängig vom Ausgang des Prozesses kann allein die Tatsache, dass ein Rechtsstreit geführt worden ist, der Gesellschaft (mittelbar) schaden. Demgemäß braucht prinzipiell kein Gesellschafter zu dulden, dass ein nichtberechtigter Gesellschafter die in der klageweisen Geltendmachung einer Forderung gegen Dritte liegende Geschäftsführungsmaßnahme allein trifft und damit die gesetzlichen oder gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Geschäftsführungsbefugnis durchbricht (BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, MDR 2021, 1204, juris Rdnr. 29).

**33** Anderes kann sich aus einer analogen Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB ergeben. Besteht ein dringender Handlungsbedarf wegen einer Gefahr für die Gesellschaft oder ihr Vermögen, die keinen Aufschub bis zu einer Entscheidung der Gesellschafter duldet, hat jeder Gesellschafter entsprechend § 744 Abs. 2 BGB die Befugnis zu den Maßnahmen, die zur Erhaltung eines zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstands oder der Gesellschaft selbst notwendig sind (BGH, Beschluss vom 23.09.2014, II ZB 4/14, juris Rdnr. 15). Das Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 Abs. 2 BGB kann auch die Erhebung einer Klage umfassen und verleiht dem Notgeschäftsführer dann eine gesetzliche Prozessführungsbefugnis (vgl. BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, MDR 2021, 1204, juris Rdnr. 29; Urteil vom 26.06.2018, II ZR 205/16, juris Rdnr. 24, für eine gesellschaftsrechtliche Beschlussanfechtungsklage). Sie

kann etwa dann zum Tragen kommen, wenn die Führung des Rechtsstreits zur Sicherung einer Forderung, etwa vor einer drohenden Verjährung, notwendig ist (vgl. BGH, Urteil vom 21.03.1985, VII ZR 148/83, BGHZ 94, 117, juris Rdnr. 15; allgemein zu notwendigen Erhaltungsmaßnahmen im Sinne des § 744 Abs. 2 BGB *Fehrenbacher* in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BGB, Stand: 15.12.2022, § 744 Rdnr. 23).

**34** Für die entsprechende Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB im Bereich der Gesamthandsgemeinschaften ist eine Verwaltungsmaßregel nicht nur durch die Erforderlichkeit der Maßnahme als solche bedingt, sondern mit Rücksicht auf den Vorrang der für die Gemeinschaft geltenden Regelungen als subsidiäres Recht zu verstehen, das nur eingreift, wenn die handlungsbefugten Organe der Gemeinschaft nicht handeln (vgl. BGH, Urteil vom 06.06.2003, V ZR 320/02, juris Rdnr. 6). Der BGH hat eine Prozessführungsbefugnis einzelner Gesellschafter etwa in einem Fall angenommen, in dem die anderen Gesellschafter sich unter Zurückstellung der Gesellschaftsinteressen im bewussten Zusammenwirken mit dem Schuldner weigerten, an der Geltendmachung einer Gesellschaftsforderung mitzuwirken; es sei ein unnötiger Umweg, den klagenden Gesellschafter hier darauf zu verweisen, zunächst die anderen Gesellschafter auf Mitwirkung an der Geltendmachung der Forderung zu verklagen (BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, juris Rdnr. 37 f.).

**35 (b)** Gemessen an diesen Grundsätzen und nach dem Ergebnis der vom Senat wiederholten persönlichen Anhörung des Klägers ist dieser als prozessführungsbefugt anzusehen.

**36 (aa)** Die Annahme des LG, die GbR sei infolge der Veräußerung des Gewerbebetriebs im Februar 2018 gemäß § 726 BGB aufgelöst worden, wird von der Berufung nicht infrage gestellt und begegnet auch keinen Bedenken. Damit erlosch die nach § 3 des Gesellschaftsvertrags vorgesehene Befugnis zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung. Die Geschäftsführung stand von der Auflösung an allen Gesellschaftern gemeinsam zu (§ 730 Abs. 2 Satz 2 BGB). Die organische Vertretungsbefugnis der Abwickler richtete sich ab diesem Zeitpunkt nach § 714 BGB (vgl. Schöne in Hau/Poseck, BGB, Stand: 01.05.2022, § 730 Rdnr. 27; Schäfer in MünchKomm-BGB, § 730 Rdnr. 43; Habermeier in Staudinger, Neub. 2003, § 730 Rdnr. 16). Grundsätzlich waren die Gesellschafter damit nur gemeinsam zur Vertretung der Gesellschaft berechtigt. Nicht zu beanstanden ist auch die Grundannahme des LG, dass – unter der Prämisse einer grundsätzlichen Notgeschäftsführungslage – die hier erhobene Klage erforderlich gewesen wäre, um die Ansprüche der GbR aus dem im Jahr 2019 geschlossenen Vertrag zu realisieren und eine Verjährung zu verhindern. Dem kann der Beklagte nicht entgegenhalten, der Kläger hätte ihn vor der gerichtlichen Geltendmachung zunächst auffordern müssen, auf die Einrede der Verjährung zu verzichten. Der Beklagte hatte seine Einstandspflicht bereits mit Schreiben seiner Prozessbevollmächtigten vom 17.03.2021 unter Verweis auf den behaupteten Schuldnerwechsel in Abrede gestellt. Damit bestand unzweifelhaft ein Bedarf für eine gerichtliche Klärung. Der Klä-

ger musste nicht zunächst auf einen Verzicht des Beklagten auf die Einrede der Verjährung drängen, auch wenn – wie die Berufung weiter geltend macht – in absehbarer Zeit keine Zahlungen des Beklagten zu erwarten sein sollten (vgl. BGH, Urteil vom 21.03.1985, VII ZR 148/83, BGHZ 94, 117: auch dort wurde allein darauf abgestellt, dass die Verjährung nur durch Klageerhebung unterbrochen werden konnte, ohne dass der Kläger für verpflichtet gehalten wurde, zuvor zu versuchen, einen Verzicht auf die Verjährungsrede zu erlangen). Am Fortbestehen des der GbR zustehenden vertraglichen Anspruchs und dem Bedarf, ihn zu realisieren, ändert es auch nichts, dass der Kläger als für die Gesellschaftsschulden mit haftender Gesellschafter – bzw. seine Familienangehörigen für ihn und auf seine Veranlassung – die gegen die GbR gerichteten Forderungen ausgeglichen hatten.

**37 (bb)** Die Berufung wendet sich dagegen, dass das LG es für bewiesen erachtet hat, der Mitgesellschafter des Klägers sei verschwunden und unbekannten Aufenthalts. Der Kläger hatte vor dem LG erklärt, er habe mehrfach versucht, seinen ehemaligen Mitgesellschafter zu erreichen, und wisse nicht, wo dieser sich aufhalte (...). Das LG hat insoweit festgestellt, der Mitgesellschafter habe sich seinen Mitwirkungspflichten auf unabsehbare Zeit entzogen, wodurch die Gesellschaft faktisch handlungsunfähig und an der Einziehung der ihr zustehenden Außenstände gehindert worden sei (...). Aus Sicht des Senats war auf dieser Grundlage nicht zweifelsfrei festzustellen, ob der Kläger tatsächlich im gebotenen Maße versucht hatte, den Mitgesellschafter ausfindig zu machen, bzw. ob es zu irgendeinem früheren Zeitpunkt einen Kontakt gegeben hatte und, falls ja, was dabei in Bezug auf eine gerichtliche Geltendmachung der Ansprüche aus dem Unternehmensverkauf besprochen worden war.

**38** Der Senat hat den Kläger erneut angehört, um abschließend zu klären, ob für die Klageerhebung ein dringender Handlungsbedarf wegen einer Gefahr für die Gesellschaft oder ihr Vermögen bestand, die keinen Aufschub bis zu einer Entscheidung beider Gesellschafter duldet.

**39 (cc)** Nach dem Ergebnis der zweitinstanzlichen Anhörung ist die Frage zu bejahen.

**40** Der Kläger, der auf den Senat einen uneingeschränkt glaubwürdigen Eindruck gemacht hat, hat glaubhaft geschildert, er habe nach dem Verkauf der Bäckerei und nach der Aufteilung des Kaufpreises einziges Mal (telefonischen) Kontakt mit seinem Mitgesellschafter, Herrn S, gehabt. Bei dieser Gelegenheit habe er Herrn S mitgeteilt, der Beklagte bezahle – die übernommenen Gesellschaftsverbindlichkeiten – nicht, und gefragt, was man nun tun solle. Herr S habe erklärt, er unternehme nichts, sei aber auch nicht bereit gewesen, dem Kläger mit den Zahlungen zu helfen. Da er selbst nicht über hinreichende Mittel verfügt habe, habe er seine Familie nach Geld fragen müssen. Herr S habe in der Folgezeit seine Telefonnummer gewechselt und sei einfach weg gewesen.

**41** Angesichts dieser Umstände hält der Senat eine Konstellation für gegeben, die mit der vom BGH im oben zitierten

Urteil vom 07.07.2021 (VIII ZR 52/20, juris Rdnr. 37 f.) entschieden zu vergleichen war. Der Mitgesellschafter des Klägers hatte die Hälfte des vom Beklagten in bar zu entrichtenden Kaufpreisanteils entgegengenommen, den Kläger bei der Erfüllung der vom Beklagten vertragswidrig nicht beglichenen Verbindlichkeiten dann aber ebenso im Stich gelassen wie beim Einklagen jener Forderungen. Vor diesem Hintergrund war es dem Kläger nicht zumutbar, vor Erhebung der Klage zunächst seinen Mitgesellschafter auf Mitwirkung an der gerichtlichen Geltendmachung der Forderung zu verklagen.

**42** Unabhängig davon konnte der Kläger den Prozess auch nach den Grundsätzen der gewillkürten Prozessstandschaft führen (vgl. zum Folgenden BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, juris Rdnr. 40 ff.). Nach anerkannter Rechtsprechung darf jemand ein fremdes Recht aufgrund einer ihm von dem Berechtigten erteilten Ermächtigung im eigenen Namen im Prozess verfolgen, sofern er hieran ein eigenes schutzwürdiges Interesse hat. Eine solche – offen zu legende – gewillkürte Prozessstandschaft ist auch in Fällen wie dem vorliegenden möglich. Denn deren Regeln finden auch im Verhältnis des Gesellschafters einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zum Gesellschaftsschuldner Anwendung. Die Ermächtigung zu einer Prozessführung in gewillkürter Prozessstandschaft kann auch konkludent erteilt werden. Die oben wiedergegebenen, vom Kläger geschilderten Erklärungen des Mitgesellschafters S können als konkludente Erteilung in diesem Sinne ausgelegt werden.

**43 2.** Ohne Erfolg wendet sich die Berufung dagegen, dass das LG eine Schuldbefreiung des Beklagten im Zuge der Weiterveräußerung des Bäckereibetriebs für nicht bewiesen erachtet hat.

**44 a.** Gemäß § 414 BGB kann eine Schuld von einem Dritten durch Vertrag mit dem Gläubiger in der Weise übernommen werden, dass der Dritte an die Stelle des bisherigen Schuldners tritt. Wird die Schuldübernahme von dem Dritten mit dem Schuldner vereinbart, so hängt ihre Wirksamkeit von der Genehmigung des Gläubigers ab (§ 415 Abs. 1 BGB).

**45** Wer sich darauf beruft, durch eine derartige Vereinbarung von seiner Schuld frei geworden zu sein, trägt hierfür die Darlegungs- und Beweislast (vgl. Heinig in Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, BGB, Stand: 01.12.2022, § 414 Rdnr. 206; Rieble in Staudinger, Neub. 2022, § 414, Rdnr. 108).

**46 b.** Das LG hat sich nach der Anhörung der Parteien und Durchführung der Beweisaufnahme nicht davon überzeugen können, dass zwischen der GbR als Gläubigerin und dem Zeugen A – dem Dritterwerber des Bäckereibetriebs – eine Vereinbarung im Sinne des § 414 BGB geschlossen wurde bzw. dass die GbR die Schuldübernahmevereinbarung zwischen dem Beklagten und dem Zeugen A genehmigt hätte.

**47** Das ist nicht zu beanstanden.

**48** Das LG hat, gestützt auf die vom BGH mit Urteil vom 12.04.2012 (VII ZR 13/11, NJW-RR 2012, 741) dargelegten Grundsätze, zutreffend hervorgehoben, dass die befreien-



de Schuldübernahme ein ungewöhnliches und bedeutsames Rechtsgeschäft ist, das in untrennbarer Verknüpfung die Verpflichtung des Übernehmers und die Verfügung über die Forderung des Gläubigers enthält. In aller Regel hat sie eine solche Bedeutung, dass kein Gläubiger ohne Weiteres auf seinen bisherigen Schuldner verzichten wird. Ein hierauf gerichteter Wille des Gläubigers kann nur dann angenommen werden, wenn er deutlich zum Ausdruck gebracht worden ist oder wenn die Umstände den in jeder Hinsicht zuverlässigen Schluss darauf zulassen. Dabei sind wegen der regelmäßig für den Gläubiger nachteiligen Folgen strenge Anforderungen an seine Erklärung zu stellen und ein Schluss auf den Entlassungswillen des Gläubigers ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände, insbesondere der wirtschaftlichen Interessen der Parteien und des Zwecks der Vereinbarung, zulässig. Dass das LG sich von einem entsprechenden Entlassungswillen des Klägers nicht zu überzeugen vermochte, begegnet keinen Bedenken. Das LG hat zutreffend ausgeführt, dass bereits der von beiden Parteien geschilderte Umstand, dass der Kläger eine Begleichung der Schulden aus dem von dem Zeugen A an den Beklagten zu zahlenden Kaufpreis forderte, ebenso gegen die Annahme eines Entlassungswillens spricht wie der von dem Zeugen A-A geschilderte Umstand, dass der Kläger nicht nur bei dem Zeugen A, sondern auch weiterhin bei dem Beklagten um die Bezahlung der Schulden nachsuchte. Vonseiten des Klägers bzw. der GbR bestand keine Veranlassung, den Beklagten aus der Schuld zu entlassen.

**49** Die Rüge des Beklagten, das LG habe unerwähnt gelassen, dass der Zeuge A-A seine Aussage als Einziger ohne Dolmetscher getätigt habe, ist unbegründet. Der Beklagte setzt insoweit seine eigene Beweiswürdigung an die Stelle derjenigen des LG und meint, auf Grundlage der Aussage des Zeugen A-A sei der Beweis einer befreienden Schuldübernahme geführt. Dies genügt nicht, um die Richtigkeit des Ergebnisses der Beweiswürdigung des LG in Zweifel zu ziehen (§ 529 Abs. 1 Nr. 1 ZPO; vgl. OLG Schleswig, Beschluss vom 21.10.2022, 7 U 140/22, juris; OLG Bamberg, Beschluss vom 25.08.2021, 1 U 194/21, juris).

**50** Dessen ungeachtet stand die Geschäftsführung, wie oben ausgeführt, den Mitgesellschaftern der GbR nur gemeinschaftlich zu (§ 730 Abs. 2 Satz 2 BGB). Damit konnten die Gesellschafter die GbR auch nur gemeinschaftlich vertreten (§ 714 BGB). Ein rechtsgeschäftlich wirksames Handeln der Gesellschaft nach außen hätte ein Zusammenwirken der Gesellschafter erfordert (vgl. Schäfer in MünchKomm-BGB, § 714 Rdnr. 27). Daran fehlte es im Streitfall. Für die Vereinbarung/Genehmigung einer befreienden Schuldübernahme stand dem Kläger – evident – auch kein Notgeschäftsführungsrecht analog § 744 Abs. 2 BGB zu.

(...)

## ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Stefan Neuhöfer, München

Die Entscheidung des OLG Saarbrücken befasst sich mit der Prozessführungsbefugnis des Notgeschäftsführers, der nunmehr durch das MoPeG in § 715 Abs. 3 und § 715a BGB eine ausdrückliche Normierung erfahren hat. Das Judikat bietet insbesondere Anlass zur Betrachtung der Figur des Notgeschäftsführers und dessen Befugnissen in der notariellen Praxis.

### 1. Die Entscheidung des OLG Saarbrücken

Das Gericht hatte sich mit der Frage zu befassen, ob nur ein Gesellschafter einer zweigliedrigen GbR einen Anspruch der Gesellschaft gegen einen Dritten prozessual durchsetzen kann. In dem der Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt veräußerte eine GbR einen Bäckereibetrieb, wobei der Ersterwerber (der Beklagte) sich zur Erfüllung von Verbindlichkeiten der GbR verpflichtete. Der Erwerber veräußerte seinerseits den Betrieb, der Zweiterwerber wiederum übernahm die Verpflichtung zur Zahlung der Verbindlichkeiten der GbR (gegenüber dem Ersterwerber und Beklagten). Erst- und Zweiterwerber zahlten nicht. In der Folge erfüllte ein Gesellschafter der GbR und machte im eigenen Namen die Forderung der GbR gegen den Beklagten klageweise geltend.

Vor dem MoPeG galt – wie heute – beim Handeln einer GbR der Grundsatz der Gesamtvertretung (§ 720 Abs. 1 BGB). Ausnahmen hiervon waren prozessual (und unter engen Voraussetzungen im materiellen Recht) anerkannt. Die Rechtsprechung – im Fall auch das OLG – und Lehre knüpften hierfür normativ an § 744 Abs. 2 BGB analog an. Im Anschluss an den BGH<sup>1</sup> bejaht das OLG im Fall eine gesetzliche Prozessführungsbefugnis, die sich aus dem Notgeschäftsführungsrecht ergebe.<sup>2</sup> Zwar bestehe grundsätzlich organschaftliche Vertretungsbefugnis sämtlicher Gesellschafter (im Fall: der Abwickler aufgrund der Auflösung der Gesellschaft).<sup>3</sup> Im Sachverhalt sei aber wegen der Notwendigkeit der verjährungshemmenden Klage der Kläger alleine befugt, den streitgegenständlichen Anspruch geltend zu machen. Das OLG begründet dies mit den Besonderheiten des Sachverhalts: Mit dem weiteren Gesellschafter habe der Kläger seit dem Verkauf des Bäckereibetriebs nur einmal telefonisch Kontakt gehabt, dieser habe erklärt, „er unternehme nichts“ und habe dem Kläger nicht mit den Zahlungen geholfen.<sup>4</sup> Weil der weitere Gesellschafter zwar die Hälfte des Kaufpreises vereinnahmt hatte, den Kläger aber sowohl mit der Begleichung der Verbindlichkeiten (die der Beklagte nicht vertragsgemäß tilgte) und der nachfolgenden prozessualen Geltendmachung im Stich ließ, bejahte das OLG die Prozessführungsbefugnis des Klägers.

<sup>1</sup> BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500 Rdnr. 35.

<sup>2</sup> Rdnr. 33 der besprochenen Entscheidung.

<sup>3</sup> Rdnr. 36 der besprochenen Entscheidung.

<sup>4</sup> Rdnr. 40 der besprochenen Entscheidung.

## 2. Einordnung der Entscheidung

Grundsätzlich sind in der GbR sämtliche Gesellschafter zur Geschäftsführung befugt und vertreten die Gesellschaft gemeinschaftlich (§ 715 Abs. 1, § 720 Abs. 1 BGB). Jenseits vertraglicher Gestaltungsmöglichkeiten, die die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch einzelne Geschäftsführer ermöglichen können, war nach alter Rechtslage neben der Gesellschafterklage zur Geltendmachung von Sozialansprüchen (*actio pro socio*) nur in engen Ausnahmefällen die Geltendmachung von Rechten der Gesellschaft durch einzelne Gesellschafter im eigenen Namen möglich. In der Rechtsprechung waren hierfür zwei Fallgruppen anerkannt. In analoger Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB kam die Klage eines einzelnen Gesellschafters in Betracht, wenn es sich dabei um eine Maßnahme handelte, die zur „Erhaltung eines der Gemeinschaft gehörenden Gegenstandes erforderlich ist“.<sup>5</sup> Daneben konnte ein einzelner Gesellschafter im eigenen Namen einen Anspruch der Gesellschaft durchsetzen, wenn die Geltendmachung des Rechts durch bewusstes Zusammenwirken der anderen Gesellschafter (die eine Mitwirkung aus gesellschaftswidrigen Gründen verweigern) mit einem Dritten vereitelt wurde.<sup>6</sup> In letztem Fall muss sich der klagende Gesellschafter nicht darauf verweisen lassen, zunächst die anderen Gesellschafter über den Umweg der Klage in Anspruch zu nehmen, um sodann gegen den Dritten vorzugehen.<sup>7</sup>

Welcher der vorliegenden Gruppen der Fall nach Auffassung des OLG zuzuordnen ist, wird aus den Ausführungen nicht ganz klar. Die Begründung spricht eher für die erste Fallgruppe; eine Geltendmachung der Forderung durch sämtliche Gesellschafter schien in der konkreten Situation praktisch nicht erreichbar zu sein, da der weitere Gesellschafter seine Mitwirkung verweigerte. Ein bewusstes Zusammenwirken zwischen dem Beklagten und dem weiteren Gesellschafter (zweite Fallgruppe) stand hingegen nicht im Raum.

In der ersten Fallgruppe hatte der BGH die Prozessführungsbefugnis des einzelnen Gesellschafters allerdings grundsätzlich davon abhängig gemacht, dass der betreffende Gesellschafter zunächst gegen die übrigen Gesell-

schafter klageweise vorgeht. Nur wenn dies zeitlich nicht möglich war, kam die Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB und damit das unmittelbare Vorgehen gegen den Außenstehenden in Betracht.<sup>8</sup> Dies folgt aus dem Charakter der Notgeschäftsführungsbefugnis, die ein Handeln nur ermöglicht, wenn die Zustimmung der weiteren Gesellschafter nicht mehr rechtzeitig erreicht werden kann.<sup>9</sup> In dem Sachverhalt der zu besprechenden Entscheidung hatte der Kläger die Inanspruchnahme des untätigen Gesellschafters unterlassen, obwohl bei rechtzeitigem Vorgehen ein Versäumnisurteil gegen den weiteren Gesellschafter möglicherweise zu erlangen gewesen wäre. Vor diesem Hintergrund bestehen Zweifel, ob die Ausführungen des OLG Saarbrücken tatsächlich mit den Anforderungen des BGH in Einklang gebracht werden können.

Gleichwohl ist das Urteil im Ergebnis wahrscheinlich zutreffend, da der Kläger das in Rede stehende Recht jedenfalls in gewillkürter Prozessstandschaft geltend machen konnte, wie das OLG richtig ausführt.<sup>10</sup> Die erforderliche Ermächtigung zur Führung der Klage kann möglicherweise der Äußerung des untätigen Gesellschafters entnommen werden, dass er nichts unternehme, sofern dieser damit die Verantwortung für die Geltendmachung des Anspruchs in die Hand des Klägers legen wollte (Tatfrage).<sup>11</sup>

## 3. Bedeutung für die notarielle Praxis

Für die notarielle Praxis sind Handlungen durch Notgeschäftsführer insbesondere relevant und von Interesse, soweit sie auch materiellrechtlich die betroffene Gesellschaft berechtigen und verpflichten. Vor der Modernisierung des Personengesellschaftsrechts war zu differenzieren: Die Figur des Notgeschäftsführers leitete sich wegen des Grundsatzes der Selbstorganschaft<sup>12</sup> aus § 744 Abs. 2 BGB (analog) her, nicht – wie bei Körperschaften – aus § 29 BGB (analog).<sup>13</sup> Der Notgeschäftsführer hatte gegenüber Dritten grundsätzlich keine Vertretungsmacht zum Abschluss von Kausalgeschäften,<sup>14</sup>

- 5 BGH, Urteil vom 04.05.1955, IV ZR 185/54, NJW 1955, 1027, 1028; Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61, NJW 1963, 641; Urteil vom 19.06.2008, III ZR 46/06, NZG 2008, 588, 590; Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500 Rdnr. 36; verneint bei BayObLG, Beschluss vom 27.09.1990, BReg. 2 Z 47/90, BayObLGZ 1990, 260, 263.
- 6 BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500 Rdnr. 37; zu den Voraussetzungen MünchKomm-BGB/Schäfer, 9. Aufl. 2024, § 705 Rdnr. 266; deutliche Differenzierung der Fallgruppen bereits bei BGH, Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61, NJW 1963, 641.
- 7 BGH, Urteil vom 30.10.1987, V ZR 174/86, NJW 1988, 558, 559; Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500 Rdnr. 38; in der Entscheidung BGH, Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61, NJW 1963, 641 lagen diese Voraussetzungen nicht vor; dort führte der BGH auch aus, dass in dieser Konstellation der klagende Gesellschafter sich auch bei Verjährung zunächst gegen seinen Mitgesellschafter halten müsse.

- 8 BGH, Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61, NJW 1963, 641.
- 9 BGH, Urteil vom 10.01.1963, II ZR 95/61, NJW 1963, 641, 644.
- 10 Rdnr. 42 der besprochenen Entscheidung; so auch BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500 Rdnr. 40.
- 11 Zur Möglichkeit der konkludenten Ermächtigung BGH, Urteil vom 07.07.2021, VIII ZR 52/20, NZG 2021, 1500 Rdnr. 43; Urteil vom 03.07.2002, XII ZR 234/99, NJW-RR 2002, 1377.
- 12 Zweifelnd an diesem Grundsatz im Zuge des MoPeG BeckOK-BGB/Schöne, Stand: 01.11.2024, § 715 Rdnr. 8 ff.; für den Fremdgeschäftsführer als Notgeschäftsführer ließe sich normativ nunmehr an die analoge Anwendung des § 715a BGB anknüpfen, BeckOK-BGB/Schöne, § 715a Rdnr. 2.
- 13 Ebenroth/Boujong/Noack, HGB, 5. Aufl. 2024, § 124 Rdnr. 18; BeckOK-HGB/Klimke, Stand: 01.10.2024, § 124 Rdnr. 57; vor dem MoPeG: BGH, Beschluss vom 23.09.2014, II ZB 4/14, NZG 2014, 1302; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 30.01.2014, 20 W 368/13, NZG 2014, 421; BeckOGK-HGB/Kilian, Stand: 01.10.2021 § 125 Rdnr. 26.
- 14 BGH, Urteil vom 04.05.1955, IV ZR 185/54, NJW 1955, 1027; BeckOGK-HGB/Kilian, § 125 Rdnr. 26; BeckOK-BGB/Gehrlein, Stand: 01.11.2023, § 744 Rdnr. 6.



sondern allenfalls zur Vornahme zwingend notwendiger Verfügungsgeschäfte, um Schaden von der Gesellschaft abzuwenden.<sup>15</sup>

Im Zuge des MoPeG hat der Gesetzgeber die damit zusammenhängenden Fragen aufgegriffen und einer ausdrücklichen Regelung zugeführt. Dabei differenziert er zwischen a) der Möglichkeit der prozessualen Geltendmachung von Rechten durch einen Gesellschafter, b) der Notgeschäftsführung und c) der Vertretungsmacht des Notgeschäftsführers.

#### a) Prozessuale Geltendmachung

Der Gesetzgeber hat in § 715b Abs. 1 Satz 1 BGB die *actio pro socio* kodifiziert und dabei auch die Möglichkeit der klageweisen Geltendmachung eines Anspruchs der Gesellschaft gegen einen Dritten durch einen einzelnen Gesellschafter im eigenen Namen in § 715b Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt.<sup>16</sup> Der Wortlaut des Gesetzes setzt in diesem Fall voraus, dass der Dritte an dem pflichtwidrigen Unterlassen (der Geltendmachung durch die geschäftsführungsbefugten Gesellschafter) mitwirkte oder es konnte. Dies entsprach vor dem MoPeG der zweiten Fallgruppe der Rechtsprechung.<sup>17</sup> Sehr weitgehend lässt der Gesetzeswortlaut die bloße „Kenntnis“ des Dritten genügen, die der prozessierende Gesellschafter ohne Weiteres selbst herbeiführen könnte. Da der Gesetzgeber die materiellrechtlichen Kriterien der Fallgruppen aber nicht ändern wollte, ist die Kenntnis richtigerweise als Beweiserleichterung zu verstehen.<sup>18</sup>

Die Prozessführungsbefugnis in analoger Anwendung des § 744 Abs. 2 BGB (erste Fallgruppe) erfuhr im Wortlaut des Gesetzes keine Erwähnung. Nach Auffassung der Literatur soll diese weiter in § 715a (bzw. § 715 Abs. 3) BGB (Notgeschäftsführungsbefugnis, dazu sogleich) zu verorten sein.<sup>19</sup> Dafür spricht, dass die Gesetzgebungsmaterialien keinen Hinweis darauf enthalten, dass die Fallgruppe entfallen soll.<sup>20</sup>

#### b) Notgeschäftsführung in der GbR

Die Notgeschäftsführung behandelt der Gesetzgeber nunmehr in zwei Normen. Dabei ist die Geschäftsführungsbefugnis des Notgeschäftsführers inhaltlich begrenzt auf unaufschiebbare Maßnahmen zur Schadensverhütung und kann nicht weiter gehen als die der ordentlichen Geschäftsführer. Folglich ist der Notgeschäftsführer nicht zu Maßnahmen der außergewöhnlichen Geschäftsführung befugt: Hierzu ist die Zustimmung der Gesellschafter erforderlich (§ 715 Abs. 2 Satz 2 BGB).<sup>21</sup>

§ 715 Abs. 3 Satz 1 2. Hs. BGB behandelt die Notgeschäftsführung bei der Nacherreichbarkeit von Geschäftsführern in geschäftsführungsbefugter Zahl,<sup>22</sup> § 715a BGB betrifft hingegen den Fall, dass überhaupt kein zur Geschäftsführung berufener Gesellschafter hierzu (Geschäftsführung nach § 715 Abs. 3 BGB) in der Lage ist.<sup>23</sup> Hierin kommt ein Stufenverhältnis dergestalt zum Ausdruck, dass § 715a BGB nur anwendbar ist, wenn die Voraussetzungen des § 715 Abs. 3 Satz 1 2. Hs. BGB nicht vorliegen. Die Zuständigkeit der grundsätzlich von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter ist also subsidiär und erst dann gegeben, wenn überhaupt kein geschäftsführender Gesellschafter handeln kann.

Die Notgeschäftsführungsbefugnis nach beiden Normen setzt voraus, dass „mit dem Aufschub Gefahr für die Gesellschaft oder das Gesellschaftsvermögen verbunden ist“, also das Handeln zeitlich dringend ist und durch das Unterlassen der Geschäftsführungsmaßnahme ein Schaden (auch ein entgangener Gewinn ist umfasst) droht.<sup>24</sup> Bei mehreren Geschäftsführern kann durch das Notgeschäftsführungsrecht nach § 715 Abs. 3 BGB auch der

21 So auch *Servatius*, GbR, § 715 Rdnr. 14; a. A. MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715 Rdnr. 36.

22 Umstritten ist, ob bei mehreren geschäftsführungsbefugten Geschäftsführern und Unerreichbarkeit eines der Geschäftsführer dann Einzelgeschäftsführungsbefugnis im Rahmen des § 715 Abs. 3 BGB besteht (dazu BeckOK-BGB/Schöne, § 715 Rdnr. 21) oder (vorzugswürdig, weil mit dem gesetzlichen Grundmodell der Gesamtgeschäftsführungsbefugnis besser vereinbar) die verbleibenden geschäftsführungsbefugten Gesellschafter wiederum gemeinsam zur Geschäftsführung berechtigt sind (MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715 Rdnr. 36); auch dann besteht Einzelgeschäftsführungsbefugnis, wenn sämtliche weiteren geschäftsführungsbefugten Gesellschafter unerreichbar sind. Im Außenverhältnis wirkt sich die Frage ohnehin nicht aus, dazu so gleich.

23 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715a Rdnr. 4 geht davon aus, dass beispielsweise im Falle des Widerspruches auch dem eigentlich geschäftsführungsbefugten Geschäftsführer die Notgeschäftsführungsbefugnis nach § 715a BGB zustehe. Dagegen spricht, dass die tatbestandlichen Voraussetzungen der § 715 Abs. 3, § 715a BGB identisch sind, sodass der Widerspruch dann wirkungslos bleibt; zutr. aber *Servatius*, GbR, § 715a Rdnr. 6, nach dem § 715a allein zugunsten der von der Geschäftsführung ausgeschlossenen Gesellschafter greift.

24 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715 Rdnr. 37 m. w. N.

- 15 Zu § 744 Abs. 2 BGB in unmittelbarer Anwendung MünchKomm-BGB/K. Schmidt, § 745 Rdnr. 45; BeckOK-BGB/Gehrlein, § 744 Rdnr. 6; ablehnend hinsichtlich der Kostenhaftung BayObLG, Beschluss vom 10.06.1980, BReg. 3 Z 71/77, BayObLGZ 1980, 162.
- 16 BGH, Urteil vom 25.01.2022, II ZR 50/20, NZG 2022, 516 Rdnr. 21 sieht das als Kodifizierung der Rechtsprechung zum Notgeschäftsführer; vgl. auch BT-Drucks. 19/27635, S. 155.
- 17 Krit. Schöne in BeckOK-BGB, § 715b Rdnr. 14, 14.1, der darauf hinweist, dass das Tatbestandsmerkmal aus der vorherigen Rspr. „berechtigtes Interesse des klagenden Gesellschafters“ keinen Eingang in den Gesetzeswortlaut gefunden hat und der daher eine Ausweitung der Klagebefugnis durch den Gesetzgeber sieht.
- 18 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715b Rdnr. 17.
- 19 *Servatius*, GbR, 2023, § 715b Rdnr. 18; § 715a Rdnr. 2, 15.
- 20 BT-Drucks. 19/27635, S. 155 spricht davon, dass die Geltendmachung durch einen Gesellschafter „nur“ unter den Voraussetzungen möglich sei, die nunmehr in das Gesetz übernommen wurden.

bereits erklärte Widerspruch (§ 715 Abs. 4 BGB) oder die verweigerte Zustimmung anderer geschäftsführender Gesellschafter nicht überwunden werden.<sup>25</sup> Hingegen ist dies bei der Notgeschäftsführungsbefugnis durch einen nicht zur Geschäftsführung befugten Gesellschafter (der zuvor erklärte Widersprüche möglicherweise nicht kennen wird) nach § 715a BGB durchaus möglich.<sup>26</sup> Dies rechtfertigt sich aus dem Stufenverhältnis und der daraus folgenden geänderten Zuständigkeit.

#### c) Vertretungsmacht des Notgeschäftsführers

Gesondert von der Geschäftsführung zu betrachten ist die Frage der Vertretungsmacht eines Geschäftsführers gegenüber Dritten. Im Verhältnis der §§ 715, 715a BGB (Geschäftsführung) zu § 720 BGB (Vertretung) kommt im Normgefüge eine stärkere Differenzierung als vor dem MoPeG (Zweifelsregelung des § 714 BGB a. F.) zum Ausdruck. Das betrifft auch die Stellung des Notgeschäftsführers. Denn in der Norm zur Vertretung im Außenverhältnis (§ 720 BGB) findet sich keine Verknüpfung mit der Notgeschäftsführung und kein Verweis auf § 715 Abs. 3, § 715a BGB. Daher wird bereits aus der Systematik deutlich, dass der Notgeschäftsführer nur Geschäftsführer im Innenverhältnis, nicht aber auch „Notvertreter“ im Außenverhältnis ist.<sup>27</sup>

Es handelt sich dabei keineswegs um ein gesetzgeberisches Versehen. Aus den Materialien ergibt sich klar, dass der Notgeschäftsführer keine Vertretungsmacht im Außenverhältnis haben soll. Ist eine unaufschiebbare Vertretung der Gesellschaft im Außenverhältnis erforderlich, muss der Notgeschäftsführer vielmehr im eigenen Namen als Vertreter ohne Vertretungsmacht der Gesellschaft handeln und ist auf die nachträgliche Genehmigung der vertretungsberechtigten Gesellschafter (§ 177 BGB) angewiesen.<sup>28</sup>

Systematisch und auch mit Blick auf die Registerpublizität überzeugt dieses Ergebnis. Der Notgeschäftsführer wäre im Gesellschaftsregister (mangels einer gesetzlichen Grundlage, aber auch aufgrund der regelungsimmanenten Kurzfristigkeit der Maßnahme) nicht eintragungsfähig,<sup>29</sup> sodass seine Vertretungsbefugnis der

Registerpublizität nicht zugänglich ist.<sup>30</sup> Hierin liegt ein Unterschied zum Notgeschäftsführer nach § 29 BGB bei Körperschaften,<sup>31</sup> der an der Registerpublizität teilnimmt und auch zur Vertretung befugt ist.<sup>32</sup>

#### d) Konsequenz für die notarielle Praxis

Nimmt ein Notgeschäftsführer ein Rechtsgeschäft für die Gesellschaft vor, ohne einzelvertretungsberechtigt zu sein, handelt er als Vertreter ohne Vertretungsmacht. Die Notgeschäftsführungsbefugnis vermag zwar Geschäftsführungsmaßnahmen im Innenverhältnis zu legitimieren, sie wirkt aber bei Personengesellschaften niemals im Außenverhältnis. Da die Prüfung der ordnungsgemäßen Vertretung eine Amtspflicht des Notars ist,<sup>33</sup> sollte in diesem Fall deren Fehlen mit den Beteiligten erörtert und ausdrücklich in der Urkunde offengelegt werden.<sup>34</sup> Eine Ablehnung der Beurkundung kommt in Betracht, wenn die nachträgliche Genehmigung durch den/die Vertretungsberechtigten ausgeschlossen erscheint.<sup>35</sup>

Bestehen die Beteiligten auf Beurkundung, hängt die Wirksamkeit des Vertrags (nebst etwaigem Vollzug) von der Genehmigung durch die Vertretungsberechtigten ab. Zwar hat der Notgeschäftsführer unter Umständen gegen diese einen Anspruch auf die Genehmigung. Keinen Anspruch hat allerdings der Vertragspartner. Schadenser-satzansprüche scheiden nach § 179 Abs. 3 Satz 1 BGB wegen Kenntnis des Mangels der Vertretungsmacht regelmäßig aus, sodass der Geschäftspartner mit leeren Händen dasteht, wird die nachträgliche Genehmigung verweigert. Die Beurkundung mit dem Notgeschäftsführer wird damit eine absolute Ausnahme bleiben.

30 Ähnlich zustimmend zur fehlenden Vertretungsmacht *Servatius*, GbR, § 715 Rdnr. 15, wonach das „Streben nach Rechtssicherheit zum Schutz des Rechtsverkehrs ernst zu nehmen [sei]“, krit. ders., § 715a Rdnr. 3.

31 Bzw. § 85 AktG bei der mitbestimmten GmbH; dazu beispielweise *Habersack/Casper/Löbbecke/Paefgen*, GmbHG, 3. Aufl. 2020, Rdnr. 84 ff.

32 Statt aller *Habersack/Casper/Löbbecke/Paefgen*, GmbHG, § 6 Rdnr. 98.

33 Statt aller BeckOGK-BeurkG/Bord, Stand 01.01.2025 § 12 Rdnr. 6.

34 BGH, Urteil vom 21.01.1988, IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43; die Vermerkpflicht folgt aus § 17 Abs. 2 Satz 2 BeurkG.

35 § 29 Abs. 2 BNotO a. F., dessen Regelungen weiter für die notariellen Pflichten maßgeblich sind, die sich nunmehr normativ aus § 17 Abs. 2 BeurkG ergeben, BGH, Beschluss vom 13.11.2017, NotSt (Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443 Rdnr. 9; Urteil vom 21.01.1988, IX ZR 252/86, DNotZ 1989, 43, 44; *Wolf*, MittBayNot 1996, 266.

25 BT-Drucks. 19/27635, S. 153; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715 Rdnr. 36.

26 MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715a Rdnr. 4.

27 BT-Drucks. 19/27635, S. 154; *Servatius*, GbR, § 715 Rdnr. 15 krit. dahin gehend, dass keine Differenzierung bei der Vertretungsmacht zwischen § 715 Abs. 3 und § 715a BGB vorgesehen ist; *Servatius*, GbR, § 715a Rdnr. 3; MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715a Rdnr. 6.

28 Ausdrücklich BT-Drucks. 19/27635, S. 154; auf diese Genehmigung kann ein Anspruch kraft Treuepflicht bestehen, MünchKomm-BGB/Schäfer, § 715 Rdnr. 39.

29 Im Gegensatz zu § 29 BGB, wonach der Notgeschäftsführer durch das Gericht bestellt wird, beziehen sich § 715 Abs. 3 und § 715a BGB auf kurzfristiges Handeln des Geschäftsführers in einer unaufschiebbaren Situation.



## 17. Zur unverzüglichen Aufnahme in das Handelsregister gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22

BGB § 278

FamFG § 378 Abs. 2

GmbHG § 40 Abs. 2

### LEITSÄTZE:

1. Im Rahmen von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG kommt es für die Unverzüglichkeit auf die Einreichung der Gesellschafterliste beim Handelsregister an.
2. Dabei ist auch die verspätete Einreichung durch die Notarin als schuldhaftes Zögern im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG anzusehen.
3. Unverzüglich im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist eine Einreichung zum Handelsregister allenfalls dann, wenn sie innerhalb einer Frist von höchstens zwei Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt. Eine Zeitspanne von über zwei Wochen lässt sich schon begrifflich nicht mehr als unverzüglich ansehen und ist weder mit dem Normzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG noch mit dem Ausnahmearakter von § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vereinbar.

Diese Entscheidung ist abgedruckt in MittBayNot 2024, 69.

### ANMERKUNG:

Von Notarassessor Dr. Rouven Eichten, Stuttgart

#### 1. Vorbemerkung und Sachverhalt

Die Entscheidung des OLG Schleswig beschäftigt sich mit der Norm des § 16 Abs. 1 GmbHG. Hiernach gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist. Eine vom Erwerber in Bezug auf das Gesellschaftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlung gilt als von Anfang an wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird.

In dem vom OLG Schleswig beurteilten Fall übertrug ein Alleingesellschafter und Geschäftsführer einer GmbH (Veräußerer) seine Gesellschafterstellung auf einen Erwerber. Der Erwerber hielt sodann eine Gesellschafterversammlung ab, in welcher er

- den Veräußerer von seiner Geschäftsführerposition abberief,
- sich selbst zum Geschäftsführer bestellte und
- im Wege der Satzungsänderung den Sitz der Gesellschaft verlegte.

Gleichzeitig unterschrieb der Erwerber am selben Tag auch die Handelsregisteranmeldung als neuer Geschäftsführer. Die Notarin reichte die Anmeldung mitsamt den

dazu gehörenden Unterlagen (d. h. offenbar auch die Gesellschafterliste, welche den Erwerber als neuen Alleingesellschafter auswies) aber erst knapp vier Wochen später beim Handelsregister ein.

Das zuständige Registergericht forderte die Rücknahme der Anmeldung, da der Antrag ansonsten zurückzuweisen sei, lehnte sodann die Eintragung der Satzungsänderung (Sitzverlegung) ab.<sup>1</sup> Hiergegen wurde Beschwerde eingelegt.

#### 2. Rechtliche Würdigung des OLG Schleswig

Das OLG Schleswig bestätigte die Entscheidung des Registergerichts und hat der Beschwerde der Notarin nicht abgeholfen, weil mangels eines wirksamen Gesellschafterbeschlusses durch den Erwerber

- keine wirksame Änderung des Satzungssitzes vorliege, die angemeldet werden könne, und
- keine Handelsregisteranmeldung durch das vertretungsbefugte Organ vorliege.<sup>2</sup>

Beide Hinderungsgründe seien auf eine Unwirksamkeit der Beschlussfassung im Rahmen der Gesellschafterversammlung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zurückzuführen. Denn zum Zeitpunkt der Beschlussfassung hinsichtlich der Satzungssitzverlegung und Geschäftsführerabberufung und Geschäftsführerneubestellung sei der beschließende Erwerber nicht als Alleingesellschafter in der Gesellschafterliste eingetragen gewesen. Der Veräußerer hätte also den Gesellschafterbeschluss erneut fassen und dies sodann anmelden müssen. Dies gelte selbst dann, wenn für das Registergericht erkennbar war, dass zum Zeitpunkt der Beschlussfassung die Gesellschaftanteile an den Erwerber abgetreten worden seien – im Lichte der eindeutigen gesetzlichen Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG komme es allein auf die Eintragung in der Gesellschafterliste zum Zeitpunkt der Beschlussfassung an.<sup>3</sup>

Ein Wirksamwerden des vorgenannten Beschlusses gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG läge nicht vor. Eine neue Gesellschafterliste, die den Erwerber als Alleingesellschafter ausweise, könne im vorliegenden Fall nicht mehr als unverzüglich (verstanden im Sinne des § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“) in das Handelsregister aufgenommen gelten. Hierbei geht das Gericht von folgenden drei Punkten in seiner Begründung aus:

- Es ist – anders als es der Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vermuten ließe – für ein Wirksamwerden des Beschlusses eine Eintragung in die Gesellschafterliste erforderlich.
- 1 Ob auch die begehrte Eintragung der Änderung auf Geschäftsführerebene zurückgewiesen wurde (was naheliegend wäre), lässt sich dem Beschluss des OLG Schleswig nicht entnehmen.
- 2 Der Vollständigkeit halber sei in diesem Zusammenhang erwähnt, dass nach Ansicht des OLG Schleswig damit auch keine wirksame Abberufung und Neubestellung auf Geschäftsführerebene vorgelegen haben kann, die hätte angemeldet werden können. Hierauf ging der Beschluss des OLG Schleswig aber nicht gesondert ein.
- 3 Rdnr. 16 der besprochenen Entscheidung.

- den des Beschlusses nach dieser Vorschrift nicht maßgeblich, dass die Liste unverzüglich in das Handelsregister aufgenommen werde, wenn nur die Liste unverzüglich zum Handelsregister eingereicht worden sei.<sup>4</sup>
- Von Unverzüglichkeit könne in der Regel allenfalls dann ausgegangen werden, wenn die Einreichung zum Handelsregister innerhalb einer Frist von höchstens zwei Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung – hier der Beschlussfassung – erfolge.<sup>5</sup> Nur mit dieser strengen Auslegung der Ausnahmeverordnung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG könne dem Zweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, Transparenz über die Anteilseignerstrukturen der GmbH zu schaffen und Geldwäsche zu verhindern,<sup>6</sup> ausreichend Rechnung getragen werden.
  - Für die Verneinung der Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG reiche es aus, wenn die Verspätung der Einreichung auf ein Verschulden des Notars (und nicht des betreffenden Beteiligten) zurückzuführen sei. Das Gericht verwies zur Begründung in diesem Zusammenhang u. a. auf § 378 Abs. 2 FamFG und darauf, dass „der Notar für die anmeldende Person tätig wird und sie im Verfahren gegenüber den Registergerichten vertritt“.<sup>7</sup>

### 3. Bewertung der Entscheidung des OLG Schleswig

Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist im notariellen Alltag von herausragender Bedeutung, statuiert diese doch in Abkehr von dem bis zum MoMiG<sup>8</sup> maßgeblichen Anmeldeprinzip, dass die Ausübung von sämtlichen Gesellschafterrechten gegenüber der Gesellschaft im Ausgangspunkt streng formal demjenigen zusteht, der im Zeitpunkt der Rechtsausübung in der zum Handelsregister genommenen Gesellschafterliste als Gesellschafter vermerkt ist (sog. formelle Legitimationswirkung).<sup>9</sup> Die Vorschrift des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG bestimmt demgegenüber eine wichtige Ausnahme von dem vorgenannten Prinzip.

- 4 Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung.
- 5 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung. Unter welchen (außergewöhnlichen) Umständen im Ausnahmefall auch eine Einreichung jenseits der vorgenannten Zwei-Wochen-Frist noch unschädlich für das Merkmal der Unverzüglichkeit i. S. d. § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist, ließ das Gericht ausdrücklich offen. Ein schlichter Verweis auf die Coronapandemie sowie den Fachkräftemangel könne hier jedenfalls in keinem Fall ausreichen (siehe Rdnr. 33 der besprochenen Entscheidung).
- 6 Siehe Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung mit Verweis auf BT-Drucks. 16/6140, S. 37.
- 7 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.
- 8 MoMiG vom 23.10.2008, siehe BGBl. 2008 I, S. 2026.
- 9 Siehe Noack/Servatius/Haas /Servatius, GmbHG, 23. Aufl. 2022, § 16 Rdnr. 3.

Die Entscheidung überzeugt jedoch nur zum Teil und stellt für die Praxis noch einmal einige wichtige Grundwertungen des § 16 Abs. 1 GmbHG zusammen.

#### a) Zu § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG

Im Bereich des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG stellt das OLG Schleswig noch einmal klar, dass es sich hierbei um eine unwiderlegliche Vermutung handelt.<sup>10</sup> Selbst wenn (für das Registergericht) klar erkennbar ist, dass der in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter im Zeitpunkt der Beschlussfassung seine Geschäftsanteile bereits teilweise oder ganz verloren hat, kommt es gegenüber der Gesellschaft zur Bestimmung des Inhabers der gesellschaftlichen Rechte und Pflichten und des Umfangs derselben grundsätzlich nur auf die im Zeitpunkt der Beschlussfassung zuletzt zum Handelsregister genommene Gesellschafterliste an. In diese Richtung entschied der BGH in der Vergangenheit bereits mehrmals,<sup>11</sup> insoweit führt das OLG Schleswig diesen Gedanken nur konsequent fort. Dessen ungeachtet ist der Entscheidung des OLG Schleswig nicht zu entnehmen, dass man mit den vom BGH entwickelten Ausnahmen von der Maßgeblichkeit der formellen Legitimationswirkung brechen möchte.<sup>12</sup> Denn hierfür bedarf es stets besonderer Umstände, die eine Berufung auf die formelle Legitimation unbillig erscheinen lassen. Solche Umstände waren nach Ansicht des OLG Schleswig im gegenständlichen Fall nicht ersichtlich.<sup>13</sup> Selbst wenn man konstatiert, dass es sich um eine Alleingesellschafterstruktur gehandelt hat, bei welcher schützenswerte Interessen anderer Gesellschafter/Geschäftsführer nicht beeinträchtigt sind, dürfte wohl kein solcher besonderer Umstand anzunehmen sein. So ist die in § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verankerte formelle Legitimationswirkung zwar auf das Innenverhältnis der Gesellschafter zur Gesellschaft beschränkt.<sup>14</sup> Doch ist diese Wirkung nur bloßes Mittel, um den mit § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG verbundenen Normzweck zu verfolgen.<sup>15</sup> Hiernach sollen durch § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG Missbräuche verhindert werden, die im Rahmen des vor

10 So auch Kafka, Registerrecht, 12. Aufl. 2024, Rdnr. 1102a.

11 Siehe BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, NZG 2019, 269, 272 Rdnr. 40 ff. zur Abstimmung durch eine in der Gesellschafterliste ausgewiesene Person, deren Anteil eingezogen wurde; siehe auch Urteil vom 10.11.2020, II ZR 211/19, NZG 2021, 117, 118 Rdnr. 14 und 17 zur Hinderung des materiell berechtigten (jedoch aus der maßgeblichen Gesellschafterliste gelöschten) Gesellschafters an der Ausübung seiner Gesellschafterrechte.

12 Siehe Rdnr. 33 der besprochenen Entscheidung.

13 Siehe hierzu etwa BGH, Urteil vom 02.07.2019, II ZR 406/17, NZG 2019, 979, 982 f. Rdnr. 42.

14 Siehe hierzu Noack/Servatius/Haas /Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 3.

15 Instruktiv insofern BT-Drucks. 16/6140, S. 38: „Durch die Neuregelung wird der Gesellschafterbestand stets aktuell, lückenlos und unproblematisch nachvollziehbar sein, denn es entspricht nunmehr einem Eigeninteresse des Erwerbers, für die Eintragung in die Gesellschafterliste durch den Geschäftsführer Sorge zu tragen“.



dem MoMiG geltenden Anmeldeprinzips möglich waren<sup>16</sup> und zugleich die Beteiligungstransparenz erhöht sowie Geldwäsche bekämpft werden.<sup>17</sup> An der Einhaltung dieser Zwecke haben auch außenstehende Dritte sowie die Allgemeinheit ein Interesse, für die es keinen Unterschied machen kann, ob es sich um eine Gesellschaft mit mehreren oder lediglich mit einem einzigen Gesellschafter handelt.<sup>18</sup>

b) Zu § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

Die Auslegung des Merkmals der Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG durch das OLG Schleswig überzeugt jedoch nur teilweise. Unverzüglichkeit bedeutet nach der im BGB enthaltenen Legaldefinition im Sinne des § 121 Absatz 1 Satz 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Das OLG Schleswig hatte sich also mit zwei Rechtsbegriffen zu beschäftigen und diese im Lichte des Normzwecks entsprechend auszulegen.

aa) Ohne Zögern – Der Zwei-Wochen-Zeitraum als anzuerkennender Regelzeitrahmen

Hierbei konstatiert das OLG Schleswig, dass „unverzüglich [...] eine Einreichung zum Handelsregister allenfalls dann (ist), wenn sie innerhalb einer Frist von höchstens zwei Wochen nach Vornahme der Rechtshandlung erfolgt.“<sup>19</sup>

Das OLG Schleswig hat hiermit also das Merkmal „ohne Zögern“ konkretisiert und einen Zeitrahmen bestimmt, bei dessen Überschreitung regelmäßig substantiierte Gründe für eine Entschuldigung der verzögerten Einreichung der Liste vorliegen müssen.<sup>20</sup> Hierbei lässt die Entscheidung des OLG Schleswig durch den Begriff „höchstens“ aber ungünstige Auslegungsspielräume: Bedeutet dies nun, dass Registergerichte im konkreten Einzelfall auch niedrigere Zeitrahmen zur Bestimmung der Unverzüglichkeit für angemessen erachten können, zwei Wochen mit anderen Worten ein Maximalzeitrahmen zur Bestimmung der Unverzüglichkeit ist, oder wollte das Gericht damit nur unterstreichen, dass der von diesem aufgestellte Zwei-Wochen-Zeitraum der nun zur Bestimmung der Unverzüglichkeit maßgebliche Regelzeitrahmen ist, der grundsätzlich (d. h. vorbehaltlich besonderer Ausnahmen im Einzelfall) nicht überschritten werden darf, um noch von einer Unverzüglichkeit auszugehen? Ange-

- 16 Siehe hierzu MünchKomm-GmbHG/Heidinger, 4. Aufl. 2022, § 16 Rdnr. 18.
- 17 BT-Drucks. 16/6140, S. 37. Dass die beiden letzteren Normzwecke im heutigen Rechtszustand freilich anders zu gewichten (aber keinesfalls gänzlich obsolet) sind, siehe noch 3. b) aa).
- 18 Dies gilt umso mehr, wenn man sich vor Augen führt, dass die formelle (aus der Gesellschafterliste ersichtliche) Legitimation wegen § 16 Abs. 3 GmbHG auch einen Rechtscheinstatbestand mit sich bringt, der für potenzielle Erwerber relevant sein kann.
- 19 Rdnr. 27 der besprochenen Entscheidung.
- 20 Ähnlich argumentiert das BAG zur Anfechtung von Arbeitsverträgen, siehe m. w. N. MünchKomm-BGB/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, § 121 Rdnr. 7, 12.

sichts der einschneidenden Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ist es in der Sache unabdingbar, den vorbezeichneten Zwei-Wochen-Zeitraum als Regelzeitrahmen zu verstehen, bei dessen Einhaltung die Unverzüglichkeit nicht verneint werden kann. Denn nur mit diesem Verständnis wird der Praxis die zur Bewältigung der täglichen Aufgaben erforderliche Rechtssicherheit an die Hand gegeben. Außerdem bestünde dann auch Kohärenz zu einer in der Literatur bereits seit langem vertretenen Ansicht zu § 121 BGB.<sup>21</sup> Auch die vom MoMiG-Gesetzgeber verlautbarten (und vom OLG Schleswig rezipierten<sup>22</sup>) Normzweckerwägungen zu § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, nämlich für Transparency hinsichtlich der Anteilseignerstrukturen zu sorgen und Geldwäsche zu verhindern, verlangen es wohl nicht, den ohnehin schon überschaubaren Zwei-Wochen-Zeitraum im Einzelfall einer Verkürzung zugänglich zu machen. Jedenfalls scheint dieser im Jahre 2008 bestimmte Normzweck vor dem Hintergrund der zwischenzeitlichen Einführung des Transparencyregisters und dessen Aufwertung zum Vollregister auch im Bereich der GmbH<sup>23</sup> im heutigen Rechtsgefüge einer Neubewertung zugänglich,<sup>24</sup> die es recht fertigt, den Zwei-Wochen-Zeitraum als Regelzeitrahmen anzusehen, in dem Gesellschafterlisten beim Handelsregister ohne Darlegung besonderer Entschuldigungsgründe eingereicht werden können, um die Rechtsfolgen des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zu erhalten. Es wäre für die Praxis zu wünschen, wenn dieses Verständnis von der Rechtsprechung künftig noch einmal explizit klargestellt wird, um so das Judikat des OLG Schleswig zu präzisieren.

bb) Ohne Verschulden – Die Zurechnung des Notarverhaltens

Auch auf das zweite Tatbestandselement des Rechtsbegriffs „unverzüglich“, nämlich auf das fehlende Verschulden, ging das OLG Schleswig ein.

- 21 Noack/Servatius/Haas /Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 21b Fn. 174 m. w. N. Zu § 121 BGB: MünchKomm-BGB/Armbrüster, § 121 Rdnr. 7, 12.
- 22 Siehe Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung mit Verweis auf BT-Drucks. 16/6140, S. 37. Siehe zu diesen Zwecken auch Herrler/Görner, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2021, § 6 Rdnr. 1379.
- 23 Dies wurde hervorgerufen durch den Wegfall der sog. Mitteilungsfiktion in § 20 Abs. 2 Satz 1 GWG a. F. durch das Gesetz zur europäischen Vernetzung der Transparencyregister und zur Umsetzung der Richtlinie (EU) 2019/1153 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.06.2019 zur Nutzung von Finanzinformationen für die Bekämpfung von Geldwäsche, Terrorismusfinanzierung und sonstigen schweren Straftaten (Transparencyregister- und Finanzinformationsgesetz), siehe BGBI. 2021 I, S. 2083. Für die Rechtslage davor, insbesondere zur Verknüpfung von Transparencyregister und Gesellschafterliste, siehe Herrler/Görner, Gesellschaftsrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 6 Rdnr. 1379.
- 24 Neu zu bewerten heißt damit nicht, dass diese gesetzgeberischen Erwägungen gegenstandslos geworden sind. Denn die Hürden zur Einsichtnahme in das Transparencyregister sind höher als für die jedermann gestattete Einsichtnahme in das Handelsregister.

Im vorliegenden Fall war es wegen § 40 Abs. 2 GmbHG die Notarin, die für die Listeneinreichung zu sorgen hatte; dem Erwerber der Geschäftsanteile, der sich insofern in einer passiven Rolle wiederfand, konnte daher kein eigener Verschuldensvorwurf gemacht werden. Es war somit vom Gericht zu entscheiden, ob – entgegen der Ansicht namhafter Stimmen im Schrifttum<sup>25</sup> – auch das Verschulden des Notars einer Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG entgegenstehen kann. Dies bejaht das OLG Schleswig, sodass es für das Gericht auf ein Verschulden des Erwerbers nicht mehr ankam. Man begnügte sich allerdings mit der etwas kryptisch anmutenden Begründung, wonach die Notarin „für die anmeldende Person tätig wird und sie im Verfahren gegenüber dem Registergericht vertritt“; daneben führte das Gericht unterstützend die Vorschrift des § 378 Abs. 2 FamFG ins Feld.<sup>26</sup> Damit schimmert es m. E. durch, dass man in der Entscheidung an diesem Punkt auf den Rechtsgedanken einer Zurechnung kraft Repräsentantenverschuldens aufbaut. Hierbei scheint aufgrund des prozessualen Kontextes die Anwendung von § 85 Abs. 2 ZPO (zumindest dem Rechtsgedanken nach) denkbar, der über § 11 Satz 5 FamFG auch in der freiwilligen Gerichtsbarkeit entsprechende Anwendung findet. Da der Notar mit der Einreichung der Liste gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG aber zuvörderst die Erfüllung einer eigenen öffentlichen, von den Beteiligten nicht verzichtbaren Amtspflicht besorgt,<sup>27</sup> verbietet sich ein Vergleich mit einer dem § 85 Abs. 2 ZPO zugrunde liegenden klassischen (Verfahrens-)Vertreterkonstellation.<sup>28</sup> Selbiges gilt für eine Zurechnung über § 278 Satz 1 BGB.<sup>29</sup> Gewiss, die Einreichung der Gesellschafterliste dient dem Erwerber mit Blick auf § 16 Abs. 1 GmbHG (und dem Geschäftsführer mit Blick auf seine andernfalls wiederauflebende subsidiäre Einreichungspflicht<sup>30</sup>). Dies allerdings ausreichen zu lassen, um eine Zurechnung eines etwaigen Notarverschuldens – über

den Rechtsgedanken des § 11 Satz 5 FamFG i. V. m. § 85 Abs. 2 ZPO bzw. § 278 Satz 1 BGB – im Rahmen des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zu begründen, wäre schlechterdings mit der unabhängigen Stellung des Notars bei der Erstellung und Einreichung der Gesellschafterliste unvereinbar. Die Entscheidung kann insoweit nicht überzeugen.

Es ist auch vom Ergebnis her gedacht fraglich, ob ein etwaiges Verschulden des Notars i. R. d. § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zur Bestimmung der Unverzüglichkeit für maßgeblich zu erachten ist. So beruht der Einsatz des Notars bei der Listeneinreichung nicht auf einer freiverantwortlichen Entscheidung (wie dies beim Einsatz von Bevollmächtigten oder Erfüllungsgehilfen der Fall ist), sondern auf der gesetzlich angeordneten Aufgabenzuweisung des § 40 Abs. 2 GmbHG. Dem Erwerber von Geschäftsanteilen steht der Notar somit ähnlich wie das Registergericht als außerhalb seines Machtbereichs liegende Stelle gegenüber. Dass das OLG Schleswig also eine schuldhafte Verzögerung des Registergerichts zur Bestimmung der Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG für unmaßgeblich,<sup>31</sup> eine etwaige verschuldete Verzögerung des Notars dagegen für maßgeblich hält, ist nicht schlüssig und daher abzulehnen.

cc) Die Einreichung beim Handelsregister als zur Beurteilung der Unverzüglichkeit maßgeblicher Verfahrensschritt

Als (im Ergebnis) konsequent und inhaltlich richtig muss jedoch die Entscheidung des OLG Schleswig bezeichnet werden, soweit es auf die Einreichung beim Handelsregister als maßgeblichen Zeitpunkt abstellt, um zu entscheiden, ob Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG vorliegt.<sup>32</sup> Allenfalls auf den ersten Blick entfernt man sich mit diesem Verständnis vom Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG, der ausdrücklich auf die Aufnahme der Liste im Handelsregister abstellt, worunter gemäß § 9 Abs. 1 HRV eigentlich die Aufnahme in den Registerordner durch das Registergericht zu verstehen ist.<sup>33</sup> Dieses Merkmal ist jedoch zusammen mit dem Merkmal der Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG auszulegen und anzuwenden („ohne schuldhaftes Zögern“). Denn wie lange der Zeitraum zwischen der Einreichung beim Handelsregister und der Aufnahme in den Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) ist, liegt allein im Herrschaftsbereich des Registergerichts. Es ist daher dem OLG Schleswig im Ergebnis beizupflichten, dass dieser Zeitraum bei § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nicht zu berücksichtigen ist.<sup>34</sup> Dies resultiert jedoch nicht aus einer Abweichung vom Wortlaut des § 16 Abs. 1 Satz 2

25 Hessler/Strohn/Versch, Gesellschaftsrecht, 6. Aufl. 2024, § 16 GmbHG Rdnr. 25; Wicke, GmbHG, 5. Aufl. 2024, § 16 Rdnr. 11; Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 21b.

26 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

27 Ähnlich: Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 21b.

28 Bezeichnend auch: Heckschen/Heidinger/Knaier, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 5. Aufl. 2023, Kapitel 13 Rdnr. 557: „Der Notar wird von Amts wegen und nicht als Vertreter (...) tätig.“

29 Denn § 278 Satz 1 BGB gilt nur bei Vorhandensein einer Sonderverbindung zu der Person, dem das Fremdverschulden zugerechnet werden soll. Siehe etwa MünchKomm-BGB/Grundmann, 9. Aufl. 2022, § 278 Rdnr. 15. Dies jedoch ist wegen der allein den Notar adressierenden Pflicht in § 40 Abs. 2 GmbHG fraglich. Zur fehlenden Erfüllungsgehilfeneigenschaft des Notars siehe auch Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 16 Rdnr. 21b.

30 Wobei die konkreten Voraussetzungen der subsidiären Einreichungspflicht (und ob eine solche überhaupt besteht) umstritten sind, siehe Noack/Servatius/Haas/Servatius, GmbHG, § 40 Rdnr. 57; Hessler/Strohn/Versch, Gesellschaftsrecht, § 16 GmbHG Rdnr. 37a.

31 Siehe sogleich in Ziffer 3. b) cc).

32 Ähnlich bereits: Kafka, Registerrecht, Rdnr. 1102a.

33 Heckschen/Heidinger/Knaier, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kapitel 13 Rdnr. 709.

34 Das OLG Schleswig begründet dies dabei mit dem Rechtsgedanken des § 167 ZPO. Siehe Rdnr. 21 der besprochenen Entscheidung mit Verweis auf Gasteyer/Goldschmidt, ZIP 2008, 1906, 1909.



GmbHG (insoweit als dort auf die Aufnahme der Liste im Handelsregister als maßgeblichen Zeitpunkt abgestellt wird),<sup>35</sup> sondern aus einer umfassenden Auslegung der Norm, insbesondere unter Berücksichtigung des Merkmals der Unverzüglichkeit.<sup>36</sup>

#### 4. Schlussfolgerung für die Praxis

Die vorliegende Entscheidung des OLG Schleswig sollte in Erinnerung rufen, dass bei Geschäftsanteilsabtretungen mehr noch als bisher auf eine unverzügliche Listeneinreichung zu achten ist. Denn das OLG Schleswig nimmt die Notare für eine zügige Listeneinreichung in die Verantwortung,<sup>37</sup> weil es – wiewohl rechtsdogmatisch nicht haltbar – Verzögerungen des Notars bei der Einreichung für geeignet hält, die Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG – zum Nachteil von Anteilsverwerbern – in Frage zu stellen. Trotz seiner zweifelhaften Begründung ist das Judikat somit schon aus haftungsrechtlichen Gesichtspunkten für den Notar von unmittelbarem Interesse und sollte daher besonders beachtet werden.

Der vom OLG Schleswig verlautbarte Zwei-Wochen-Zeitraum ist richtigerweise nicht als Maximalzeitrahmen für die Annahme der Unverzüglichkeit im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG zu verstehen, sondern als Regelzeitrahmen anzusehen, innerhalb dessen eine Listeneinreichung auch ohne Darlegung besonderer Gründe stets unverzüglich im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG erfolgt. Literaturstimmen, die bis heute sogar noch großzügigere Fristen vertreten, wurden vom OLG Schleswig ausdrücklich verworfen.<sup>38</sup>

Generell mag es sich bei der Fassung von Gesellschafterbeschlüssen im Gefolge von Geschäftsanteilsabtretungen anbieten, den Veräußerer stets noch mitwirken zu lassen, um möglichen Komplikationen mit § 16 Abs. 1 GmbHG schon präventiv zu entgehen.<sup>39</sup> Dies ist vor allem dann ratsam, wenn (i) die Geschäftsanteilsabtretung von einem anderen Notar beurkundet wurde als der Gesellschafterbeschluss und (ii) zu diesem Zeitpunkt die neue Gesellschafterliste noch nicht zum Registerordner im Sinne des § 9 Abs. 1 HRV genommen wurde und keine Informationen vorliegen, ob der betreffende Kollege die Gesellschafterliste schon zum Handelsregister eingereicht hat. Aber auch dann, wenn der Notar die Listeneinreichung in Vollziehung eigener Urkunden besorgt, ist diese Vorgehensweise zu empfehlen; dies gilt schon

ganz allgemein mit Blick auf unvorhersehbare Störungen im Büroablauf (mit denen immer zu rechnen ist) und sogar noch verstärkt in besonderen Konstellationen, etwa sofern es um die Eintragung einer bisher nicht in das Gesellschaftsregister eingetragenen GbR geht, da diese wegen § 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG n. F. seit dem 01.01.2024 vor Aufnahme in die Gesellschafterliste vorher zum Gesellschaftsregister anzumelden ist (§ 707 BGB) und dort eingetragen sein muss.<sup>40</sup> Zwar wird auch die in diesem Fall zusätzlich erforderliche Zeit bis zur Eintragung der GbR in das Gesellschaftsregister regelmäßig mit Blick auf die Unverzüglichkeit unschädlich gegenüber den Wirkungen des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sein, jedoch sollte die Praxis zur Vermeidung von Haftungsrisiken unbedingt den sichersten Weg beschreiten und somit den Veräußerer mitwirken lassen.<sup>41</sup>

40 Siehe hierzu BNotK, Rundschreiben 8/2023, S. 6.

41 Siehe hierzu BNotK, Rundschreiben 8/2023, S. 11 f., auch zur Möglichkeit von Stimmrechtsvollmachten und vertraglichen Absicherungen.

## ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

### 18. Keine Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben

LG München I, Endurteil vom 11.04.2024, 27 O 3771/24

BGB § 1922

InsO §§ 134, 143 Abs. 1 Satz 1

#### LEITSÄTZE:

1. Eine Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers durch den Insolvenzverwalter des Erben würde dem Zweck der Nachlassinsolvenz widersprechen, da diese ein geordnetes Verfahren für den Fall regelt, dass die Nachlassverbindlichkeiten den Nachlass überschreiten. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Es gibt weder eine Notwendigkeit noch eine gesetzliche Grundlage, ein zusätzliches Verfahren, wie die Anfechtung von Rechtsgeschäften der Erblasserin durch den Insolvenzverwalter des Erben, parallel zum Nachlassinsolvenzverfahren zuzulassen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Wenn die Vermögenswerte des Erblassers ausreichen, um die Nachlassverbindlichkeiten zu decken, werden die Gläubiger des Erblassers nicht benachteiligt. Eine Gläubigerbenachteiligung, die für eine Anfechtung notwendig wäre, kann daher ausgeschlossen werden. (Leitsatz der Schriftleitung)
4. Wenn die Vermögenswerte des Erblassers nicht ausreichen, um die Gläubiger zu befriedigen, ist der Nachlass überschuldet. In diesem Fall ist der Erbe

35 Diese Erwägung scheint das OLG Schleswig unterstützend heranzuziehen, siehe Rdnr. 20 f. der besprochenen Entscheidung.

36 Rdnr. 22 der besprochenen Entscheidung.

37 Siehe auch Leuring/Rubner, Anm. zu OLG Schleswig, Beschluss vom 20.03.2023, 2 Wx 56/22, NJW-Spezial 2023, 272.

38 Siehe Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung, auch m. w. N. Siehe auch Wicke, GmbHG, § 16 Rdnr. 11 (vier Wochen).

39 So etwa Wicke, NotBZ 2009, 1, 12; ähnlich: Kafka, Registerrecht, Rdnr. 1102a.

**gemäß § 1980 Abs. 1 BGB verpflichtet, unverzüglich einen Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu stellen. Die Vermögenswerte des Nachlasses stehen dann ausschließlich den Nachlassgläubigern zur Verfügung (§ 325 InsO), und es muss eine Sondermasse gebildet werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

5. **Im Rahmen einer Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschaft gibt es keine gesetzliche Grundlage, neben dem Nachlassinsolvenzverfahren ein weiteres Verfahren, wie die Anfechtung von Rechtsgeschäften des Erblassers durch den Insolvenzverwalter des Erben gemäß § 134 InsO, zuzulassen. Eine Nachlassinsolvenz sorgt dafür, dass die Vermögenswerte des Erblassers primär den Gläubigern des Nachlasses zur Verfügung stehen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
6. **Die Ziele der Insolvenzanfechtungsvorschriften sind der Schutz der Gläubiger vor einer unrechtmäßigen Reduzierung der Insolvenzmasse und die Gleichbehandlung der Gläubiger. Im Falle einer Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschaft ist eine Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers durch den Insolvenzverwalter im Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben nicht möglich und auch nicht erforderlich. (Leitsatz der Schriftleitung)**

#### AUS DEN GRÜNBEN:

1 Die Parteien streiten darüber, ob der Insolvenzverwalter des Erben Verfügungen der Erblasserin nach § 134 InsO anfechten kann.

2 Der Verfügungskläger ist Insolvenzverwalter über das Vermögen des (Insolvenzschuldners). Über das Vermögen des Insolvenzschuldners hat aufgrund der Anträge vom 04.08.2021 und 07.09.2021 mit Beschluss vom 23.06.2022 das Insolvenzverfahren eröffnet (...). Der Insolvenzschuldner war der Ehemann und ist der Erbe der am 29.09.2021 verstorbenen (im Folgenden: Erblasserin), (...).

3 Die Erblasserin war Eigentümerin des Anwesens (...).

4 Das Grundstück war mit einer Grundschuld in Höhe von 2.360.000 € belastet. Diese Grundschuld sicherte eine valutierte Forderung der gegenüber der Verfügungsbeklagten (...). Die Erblasserin als Eigentümerin des Grundstücks war nicht Schuldnerin der gesicherten Forderung (sog. Drittssicherheit). Mit notariellem Kaufvertrag vom 30.01.2018 veräußerte die Erblasserin dieses Grundstück an die Verfügungsbeklagte (...). Als Gegenleistung übernahm die Verfügungsbeklagte die für das Grundstück eingetragene und valutierte Grundschuld in Höhe von 2.360.000 €.

5 Das FA meldete im Insolvenzverfahren gegen den Erblasser/Insolvenzschuldner Forderungen in Höhe von 5.135.941,23 € zur Insolvenztabelle an (...). Die Steuerfestsetzung erfolgte mit Bescheid vom 30.07.2020 und richtete sich sowohl gegen den Insolvenzschuldner als auch gegen seine Ehefrau/Erblasserin. Die Forderung wurde durch den Verfügungskläger bestritten. Ein dazu anhängiges Klageverfahren ist derzeit nach § 240 ZPO unterbrochen.

6 Zudem machen zwei Kinder der Erblasserin noch unbeifizierte Pflichtteilsansprüche gegen den Erben/Insolvenzschuldner geltend (...).

7 Der Verfügungskläger begeht Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Insolvenzanfechtungsanspruchs aus § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO i. V. m. § 134 Abs. 1 InsO betreffend das Anwesen.

8 Der Verfügungskläger trägt vor, der Wert des Grundstücks belaufe sich nach den Bodenrichtwerten auf 7.181.600 € bis 7.792.800 € (...). Es liege keine wertausschöpfende Belastung des übertragenen Grundstücks vor. Die im Grundbuch eingetragenen Belastungen (Wohnrechte) fielen im Vergleich zum Wert des Grundstücks nicht ins Gewicht.

9 Bislang stünden den Nachlassforderungen des FA und den Pflichtteilsansprüchen lediglich der Insolvenzanfechtungsanspruch gegenüber.

10 Der Verfügungskläger meint, er sei aufgrund der Gesamtrechtsnachfolge nach § 1922 BGB des Insolvenzschuldners anfechtungsberechtigt. Für den Bestand des Insolvenzanfechtungsanspruchs sei es irrelevant, dass der Insolvenzschuldner nicht am notariellen Kaufvertrag beteiligt gewesen sei, da er Gesamtrechtsnachfolger der Erblasserin sei. Der Verfügungskläger als Insolvenzverwalter könne auch die Rechtshandlungen der nicht mehr existierenden Vorgängerin (Erblasserin) anfechten, da er nun für das gesamte Vermögen einheitlich verantwortlich sei.

11 Es handele sich bei der Grundstücksübertragung um eine unentgeltliche Leistung im Sinne des § 134 InsO. Die Erblasserin habe der Verfügungsbeklagten aus reiner Freigiebigkeit das Grundstück im Wert von über 7 Mio. € schenkungswise überlassen. Daran ändere die Übernahme der Grundschuld nichts, da schuldrechtlich Verpflichtete der zugrunde liegenden Forderung ohnehin die Verfügungsbeklagte gewesen sei.

12 Die gemäß § 129 InsO erforderliche Gläubigerbenachteiligung sei gegeben, da sich durch die Grundstücksübertragung die Befriedigungsmöglichkeiten der Insolvenzgläubiger verschlechtert hätten. Daher habe der Erbe/Insolvenzschuldner gemäß § 143 Abs. 1 InsO einen Anspruch auf Übertragung des Grundstücks. Die Zugehörigkeit zur Insolvenzmasse werde durch entsprechenden Grundbucheintrag sichergestellt.

13 Es seien auch noch Nachlassgläubiger, nämlich das FA und die Pflichtteilsberechtigten vorhanden, sodass die Voraussetzungen einer Anfechtung, die teilweise in der Literatur für diese Konstellation vertreten würden, erfüllt seien. Ggf. sei eine Sondermasse zu bilden.

14 Die Pflichtteilsansprüche seien als Nachlassverbindlichkeiten zu berücksichtigen.

15 Der Verfügungskläger beantragte zunächst:

- I. Zu Lasten der als Eigentümerin eingetragenen Antragsgegnerin eine Vormerkung zur Sicherung des insolvenzanfechtungsrechtlichen Rückgewähranspruchs des Antragstellers gemäß § 143 Abs. 1 InsO, resultierend aus der in insolvenzrechtlich anfechtbarer Weise auf Grundlage des



notariellen Kaufvertrags vom 30.01.2018 (Notar) erfolgten Eigentumsübertragung an die Antragsgegnerin, gerichtet auf Abgabe der Erklärung, dass das Eigentum an dem Grundstück eingetragen werde.

**II.** Das zuständige Grundbuchamt wird gemäß § 941 ZPO ersucht, die Eintragung der Vormerkung vorzunehmen und dem Antragsteller vom Eingang des Ersuchens unverzüglich Kenntnis zu geben.

**III.** Es wird zudem beantragt, den Antrag auf Eintragung der Vormerkung durch das erkennende Gericht beim zuständigen Grundbuchamt einzureichen.

**16** Mit Beschluss vom 18.03.2024 (...) erließ das AG München ohne vorherige Anhörung der Verfügungsbeklagten die beantragte einstweilige Verfügung.

**17** Mit Schriftsatz vom 27.03.2024 (...) legte die Verfügungsbeklagte Widerspruch ein.

**18** Der Verfügungskläger beantragt,

Die einstweilige Verfügung des AG München vom 18.03.2024 (...) wird bestätigt.

**19** Die Verfügungsbeklagte beantragt,

1. Die einstweilige Verfügung des AG München vom 18.03.2024, (...) wird aufgehoben.

2. Die Vollstreckung aus der einstweiligen Verfügung wird mit sofortiger Wirkung notfalls gegen Sicherheitsleistung eingestellt.

**20** Die Verfügungsbeklagte meint, ein insolvenzrechtlicher Anfechtungsanspruch bestehe nicht.

**21** Dieser scheide schon deswegen aus, weil bei der fraglichen Grundstücksübertragung im Jahre 2018 nicht das Vermögen des Insolvenzschuldners betroffen gewesen sei, sondern das Vermögen der Erblasserin. Dadurch, dass der Insolvenzschuldner gemäß § 1922 BGB Gesamtrechtsnachfolger der Erblasserin geworden sei, sei er lediglich in die Rechte und Pflichten eingetreten, die zum Zeitpunkt des Erbfalls bestanden hätten. Keinesfalls könnten durch die Gesamtrechtsnachfolge neue Rechte erworben werden. Dies bedeute, dass nur dann ein Anfechtungsrecht betreffend die Grundstücksübertragung bestehen könne, wenn dieses auch der Erblasserin zugestanden hätte. Dies sei nicht der Fall. Es sei auch nicht vorgetragen, dass der Nachlass der Erblasserin zahlungsunfähig oder die Erblasserin durch Erbverträge oder Testamente über die Verfügung ihres Vermögens gebunden gewesen sei. Anhaltspunkte für eine Nachlassinsolvenz bestünden nicht.

**22** Pflichtteilsansprüche von Pflichtteilsberechtigten der Erblasserin bestünden jedenfalls im Hinblick auf die streitgegenständliche Immobilie nicht, da sich diese aufgrund der Veräußerung nicht mehr im Nachlass befunden hätte.

**23** Hinsichtlich der vom FA angemeldeten Steuerschuld, welche neben dem Insolvenzschuldner auch die Erblasserin betroffen haben soll, sei festzuhalten, dass diese jedenfalls nicht zur Tabelle festgestellt worden sei. Außerdem werde bestritten, dass die Erblasserin überhaupt rechtmäßig

Big vom FA als Steuerschuldnerin in die Mithaftung mit einbezogen worden sei. Die Steuerschulden hätten lediglich den Erben/Insolvenzschuldner betroffen, eine gemeinsame Veranlagung sei nicht erfolgt. Die Verfügungsbeklagte trägt vor, für eine Forderung des FA gegen die Erblasserin gäbe es keine Nachweise. Die gesamte Kapitalertragsteuer habe den Insolvenzschuldner betroffen.

**24** Eine Anfechtung komme nicht in Betracht. Die Regelung des § 145 InsO sei abschließend. Dort sei klar geregelt, dass eine Anfechtung nur dann möglich sei, wenn der Anfechtungsgegner beerbt worden ist und nicht auch dann, wenn der Insolvenzschuldner Erbe eines Vermögens geworden ist.

**25** Eine Anfechtbarkeit von Rechtshandlungen von Rechtsvorgängern bei Gesamtrechtsnachfolge sei lediglich in Konstellationen des § 20 UmwG und in den Fällen des § 331 InsO möglich. Diese Voraussetzungen seien hier nicht gegeben.

**26** Die Veräußerung des Grundstücks sei nicht unentgeltlich im Sinne des § 134 InsO erfolgt, da die Verfügungsbeklagte die Grundschuld übernommen habe, allenfalls handele es sich um eine teilunentgeltliche Leistung. Eine Wertermittlung anhand der Bodenrichtwerte sei nicht ordnungsgemäß.

**27** Mit Beschluss vom 27.03.2024 (...) hat das AG München auf Antrag der Verfügungsbeklagten den Rechtsstreit an das LG München I verwiesen.

(...)

**29** Der Antrag auf einstweilige Verfügung ist zulässig, jedoch unbegründet. Ein Verfügungsanspruch besteht nicht. Die durch das AG München erlassene einstweilige Verfügung war daher auf den Widerspruch der Verfügungsbeklagten aufzuheben.

**30** Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Eintragung einer Vormerkung, da ein insolvenzrechtlicher Anfechtungsanspruch nicht besteht.

**31** Ein Anfechtungsanspruch nach § 143 Abs. 1 Satz 1 InsO i. V. m. § 134 InsO setzt voraus, dass eine unentgeltliche Leistung des Insolvenzschuldners vorliegt. Hieran fehlt es vorliegend, da es sich bei dem notariellen Kaufvertrag nicht um eine Leistung des Insolvenzschuldners handelt. Der Kaufvertrag wurde zwischen der Erblasserin und der Antragsgegnerin geschlossen. Der Insolvenzschuldner war hieran nicht beteiligt.

**32** Zwar ist der Insolvenzschuldner nach § 1922 Abs. 1 BGB Gesamtrechtsnachfolger der Erblasserin geworden. Dies führt indes nicht dazu, dass hierdurch unentgeltliche Handlungen der Erblasserin nach § 134 InsO angefochten werden könnten.

**33** Hiergegen sprechen der Wortlaut und der Sinn und Zweck der Anfechtungsregeln:

**34** § 134 InsO spricht von Leistungen „des Schuldners“. Ziele der Insolvenzanfechtungsvorschriften sind ein Schutz der Gläubiger vor ungerechtfertigter Schmälerung der In-

solvenzmasse und eine Gläubigergleichbehandlung. Der Vorschrift des § 134 InsO will konkret die Insolvenzgläubiger gegen unentgeltliche Leistungen des Insolvenzschuldners schützen. Der in Vermögensverfall geratene Insolvenzschuldner soll sich nicht auf Kosten seiner Gläubiger frei- giebig zeigen dürfen (BGH, Urteil vom 13.03.2008, IX ZR 117/07).

**35** Die hier in Frage stehende Verfügung (Übertragung des Grundstücks an die Antragsgegnerin) erfolgte indes nicht durch den Insolvenzschuldner, sondern durch die Rechtsvorgängerin (Erblasserin) des Insolvenzschuldners. Damit kann die Grundstücksübertragung nicht das Vermögen des Insolvenzschuldners, sondern allenfalls das Vermögen der Erblasserin geschmälert haben. Zum Zeitpunkt der Grundstücksübername wurden die vorhandenen und ggf. später hinzukommenden Gläubiger des Insolvenzschuldners gerade nicht beeinträchtigt, da sie auf das Vermögen der Erblasserin keinen Zugriff hatten. Ein solcher Zugriff konnte erst durch den Erbfall entstehen.

**36** Soweit in der Literatur vertreten wird, bei einer Gesamtrechtsnachfolge könne der Insolvenzverwalter des Gesamtrechtsnachfolgers/Insolvenzschuldners Handlungen des Rechtsvorgängers (hier der Erblasserin) anfechten (vgl. Uhlenbrück/Borries/Hirte, InsO, 15. Aufl. 2019, § 129 Rdnr. 132, K. Schmidt-InsO/K. Schmidt, 20. Aufl. 2023, § 129 Rdnr. 37, BeckOK-InsR/Raupach, Stand: 15.01.2024, § 129 InsO Rdnr. 30), folgt das Gericht dem für den Fall der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbschaft nicht. Die dort vertretene Auffassung beruht im Wesentlichen auf dem Urteil des BGH vom 10.05.1978, VIII ZR 32/77. Dieses bezog sich auf eine Anfechtung nach § 32 Nr. 1 KO nach einer Umwandlung einer KG in eine GmbH. Der BGH hat in diesem Verfahren eine Anfechtung von Rechtshandlungen der Rechtsvorgängerin zugelassen, wenn noch Gläubiger der Rechtsvorgängerin vorhanden sind und die Anfechtung ausschließlich zu deren Gunsten erfolgen würde. Es sei hierbei eine Sondermasse zu errichten (vgl. BGH, Urteil vom 10.05.1978, VIII ZR 32/77). Der BGH führte hierzu aus:

„Der Konkursverwalter muss nämlich das infolge der Anfechtung von Rechtshandlungen der übernommenen Gesellschaft Erlangte ausschließlich denjenigen Gläubigern zur Verfügung stellen, denen bereits vor der Verschmelzung nicht befriedigte Forderungen gegen die KG zustanden.“

Maßgeblich hierfür war, dass Gläubigern der Rechtsvorgängerin nach der Gesamtrechtsnachfolge keine Möglichkeit offensteht, auf die Vermögenswerte der Rechtsvorgängerin zuzugreifen. Zentraler Grundsatz bei dem vom BGH entschiedenen Fall war, dass die Vermögenswerte des Rechtsvorgängers vorrangig den Gläubigern des Rechtsvorgängers zur Verfügung stehen müssen. Eine Vermischung der Gläubiger des Rechtsvorgängers und des Rechtsnachfolgers durch die Rechtsnachfolge und damit eine Schmälerung der Befriedigungsaussichten der Gläubiger durch die Rechtsnachfolge sollte so vermieden werden.

**37** Bei einer Gesamtrechtsnachfolge im Wege der Erbschaft führt – legt man die Wertungen des BGH zugrunde –

dies dazu, dass eine Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers durch den Insolvenzverwalter (Verfügungskläger) in dem Insolvenzverfahren über das Vermögen des Erben (Insolvenzschuldners) nicht möglich und auch nicht notwendig ist: Reichen die Vermögenswerte des Erblassers aus, um die Nachlassverbindlichkeiten zu befriedigen, werden die Gläubiger des Erblassers nicht benachteiligt. Eine Gläubigerbenachteiligung durch Rechtshandlungen, welche für eine Anfechtung stets erforderlich ist, scheidet daher aus (vgl. Uhlenbrück, InsO, § 129 Rdnr. 165). Reichen die Vermögenswerte des Erblassers nicht aus, um dessen Gläubiger zu befriedigen, ist der Nachlass überschuldet. In diesem Fall ist der Erbe nach § 1980 Abs. 1 BGB verpflichtet, unverzüglich einen Antrag auf Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens zu stellen. Diese Pflicht trifft auch den Insolvenzverwalter des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Erben (vgl. BGH, Urteil vom 11.05.2006, IX ZR 42/05, Uhlenbrück/Lüer/Weidmüller, InsO, § 317 Rdnr. 10). In diesem Fall stehen die Vermögenswerte des Nachlasses ausschließlich den Nachlassgläubigern zur Verfügung, § 325 InsO. Es ist diesbezüglich eine Sondermasse zu bilden (BGH, Urteil vom 11.05.2006, IX ZR 42/05). Damit kommt es in jedem Fall zu der vom BGH geforderten notwendigen Trennung der Vermögensmassen (Urteil vom 10.05.1978, VIII ZR 32/77).

**38** Die Zulassung einer Anfechtung von Rechtshandlungen des Erblassers durch den Insolvenzverwalter im Verfahren über das Vermögen des Erben würde dem Sinn der Nachlassinsolvenz widersprechen, welche ein geordnetes Verfahren für den Fall vorsieht, dass die Nachlassverbindlichkeiten den Nachlass übersteigen. Es besteht keinerlei Notwendigkeit und keine gesetzliche Grundlage dafür, neben dem Nachlassinsolvenzverfahren noch ein zweites – weiteres – Verfahren, wie die hier in Frage stehende Anfechtung von Rechtsgeschäften der Erblasserin durch den Insolvenzverwalter des Erben (Insolvenzschuldners), zuzulassen. Dies widerspräche dem gesetzgeberischen Zweck des Nachlassinsolvenzverfahrens.

**39** Dies gilt umso mehr, als hierdurch etwa die gesetzlich vorgesehenen Fristen unterlaufen werden könnten. Die Frist des § 134 Abs. 1 InsO beginnt mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens. Würde man trotz der Möglichkeit eines Nachlassinsolvenzverfahrens die Anfechtung im Insolvenzverfahren des Erben zulassen, würde es für die Frist nach dem Wortlaut des § 134 ZPO auf die Eröffnung des Insolvenzverfahrens des Erben ankommen. Erfolgt der Erbfall im laufenden Insolvenzverfahren, könnten so Rechtsgeschäfte anfechtbar werden, welche bei Durchführung eines Nachlassinsolvenzverfahrens außerhalb der Frist des § 134 ZPO liegen würden. Auch dies zeigt, dass eine Anfechtung von Handlungen des Erblassers außerhalb des Nachlassinsolvenzverfahrens den gesetzgeberischen Zwecken widersprechen würde.

**40** Es steht dem Verfügungskläger frei, sofern die Vermögenswerte des Nachlasses nicht ausreichen sollten, die Nachlassgläubiger zu befriedigen, ein Nachlassinsolvenzverfahren herbeizuführen. Zu dessen Durchführung ist der Erbe nach § 1980 Abs. 1 BGB verpflichtet. Ergibt sich im



Nachlassinsolvenzverfahren ein Überschuss, wird dieser an den Erben (Insolvenzschuldner) ausgekehrt. Dieser kann sodann in dem Insolvenzverfahren des Erben (Insolvenzschuldners) an die Gläubiger des Insolvenzschuldners verteilt werden.

(...)

## BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

### 19. Zur Beweiskraft einer öffentlichen Urkunde

BGH, Beschluss vom 28.08.2024, XII ZR 62/22 (Vorinstanz: OLG Celle, Urteil vom 25.05.2022, 16 U 84/19)

BGB § 1901 (i. d. F. bis zum 31.12.2022)

GG Art. 103 Abs. 1

ZPO § 415 Abs. 1 und 2

#### LEITSÄTZE:

- Sind öffentliche Urkunden im Sinne von § 415 Abs. 1 ZPO echt und mangelfrei, erbringen sie den vollen Beweis dafür, dass die Erklärung des Urkundsbeauftragten mit dem niedergelegten Inhalt so, wie beurkundet und nicht anders, abgegeben wurde.**
- Die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung ist nicht von der Beweiskraft erfasst; ob durch die Erklärung über eine Tatsache diese Tatsache selbst bewiesen wird, hat das Gericht im Wege der freien Beweiswürdigung zu entscheiden.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Kläger ist der Rechtsnachfolger der verstorbenen vormaligen Klägerin (im Folgenden auch: Erblasserin). Die Beklagte zu 1 ist Tochter der Erblasserin, der Beklagte zu 2 ist Sohn der Beklagten zu 1 und Enkelsohn der Erblasserin. Der Kläger nimmt – soweit für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren noch von Interesse – den Beklagten zu 2 auf Schadensersatz wegen einer Pflichtverletzung als Betreuer der Erblasserin bei der Veräußerung einer Immobilie in Anspruch.

2 Der Beklagte zu 2 war im Zeitraum von September 2015 bis Februar 2016 als vorläufiger Betreuer und im Zeitraum von März 2016 bis März 2017 als (endgültiger) Betreuer für die 1935 geborene Erblasserin bestellt, zuletzt unter anderem mit dem Aufgabenbereich „Vermögenssorge einschließlich des Verkaufs des Eigentums an der Wohnung in (...) H.“.

3 Am 30.12.2015 schloss der Beklagte zu 2 als Betreuer im Namen der Erblasserin einen notariell beurkundeten Kaufvertrag, mit dem die Wohnung der Erblasserin für 120.000 € an eine Person aus dem Bekanntenkreis der Beklagten zu 1 veräußert und die Erblasserin als Verkäuferin zur Übernahme sämtlicher mit dem Vertrag und seiner Durchführung verbundenen Kosten sowie zur Tragung der Grunderwerbsteuer verpflichtet wurde. Der Bildung des Kaufpreises lag dabei eine zweiseitige und als „gutachterliche Stellungnah-

me“ bezeichnete Wertermittlung durch einen Immobilienmakler zugrunde. Der den Vertrag beurkundende Notar legte den Kaufvertrag dem Betreuungsgericht zur gerichtlichen Genehmigung vor. Das Betreuungsgericht teilte dem Beklagten zu 2 durch Verfügung vom 31.03.2016 mit, dass gegen die Veräußerung der Wohnung angesichts des im Betreuungsverfahren mehrfach geäußerten Wunsches der Erblasserin im Grundsatz keine Bedenken bestünden, die Angemessenheit des Kaufpreises aber durch Gutachten eines vereidigten Sachverständigen zu belegen sei, da die Wertermittlung durch den Hausmakler kein Verkehrswertgutachten darstelle.

4 Mit notarieller Urkunde vom 05.04.2016 erklärte die unstreitig geschäftsfähige Erblasserin die Genehmigung des Kaufvertrags. Die Niederschrift der Beurkundungsverhandlung hat auszugsweise den folgenden Inhalt:

„Die Beteiligte erklärte: (...)

Den wesentlichen Inhalt des Kaufvertrags hat mir der heute amtierende Notar erklärt. Er hat mich insbesondere darauf hingewiesen, dass das Objekt gemäß § 2 des vorgenannten Vertrages zu einem Kaufpreis von 120.000 € (...) verkauft wird.

Mir ist ebenfalls bekannt, dass dieser Betrag einer gutachterlichen Stellungnahme des Hausmaklers H (...) vom 21.12.2015 entspricht. Auch der Inhalt dieser gutachterlichen Stellungnahme wurde mit dem heute amtierenden Notar besprochen.

Ich erkläre hiermit ausdrücklich die Genehmigung aller Erklärungen, die mein Enkelsohn als gerichtlich bestellter Betreuer für mich im Kaufvertrag vom 30.12.2015 (...) abgegeben hat, wobei sich diese Genehmigung insbesondere auf den vereinbarten Kaufpreis von 120.000 € bezieht. Ein Verkauf der Immobilie zu diesem Preis entspricht meinem hiermit ausdrücklich bestätigten Willen.“

5 In dem vorliegenden Verfahren hat die seit März 2017 durch einen Berufsbetreuer vertretene vormalige Klägerin den Beklagten zu 2 auf Zahlung von Schadensersatz i. H. v. 57.901,09 € wegen behaupteter Pflichtverletzungen bei der Veräußerung ihrer Wohnung in Anspruch genommen und daneben Herausgabeansprüche gegen die beiden Beklagten im Zusammenhang mit belastenden Verfügungen des Beklagten zu 2 über das Girokonto der Erblasserin geltend gemacht. Das LG hat die Klage insgesamt abgewiesen. Hiergegen hat sich die vormalige Klägerin mit der Berufung gewendet. Sie ist im Verlauf des Berufungsverfahrens verstorben und von dem Kläger – einen von einer anderen Tochter der Erblasserin abstammenden Enkelsohn – allein beerbt worden. Nach Aufnahme des Verfahrens durch den Kläger hat das OLG die Berufung zurückgewiesen. Gegen die Nichtzulassung der Revision wendet sich der Kläger mit seiner zunächst uneingeschränkt eingelebten Beschwerde, die er nach Teilrücknahme noch i. H. v. 57.901,09 € nebst Zinsen gegen den Beklagten zu 2 weiterverfolgt.

6 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Nichtzulassungsbeschwerde ist im Umfang der Anfechtung des Be-



rufungsurteils begründet. Die zugelassene Revision führt gemäß § 544 Abs. 9 ZPO zur Aufhebung des angegriffenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

**7 1.** Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Hinblick auf mögliche Pflichtverletzungen des Beklagten zu 2 bei der Veräußerung der Immobilie das Folgende ausgeführt: Ob eine solche Pflichtverletzung des Beklagten zu 2 gegeben sein könne, richte sich zunächst nach der streitigen Frage, ob die Erblasserin die Wohnung zum Kaufpreis von 120.000 € in Kenntnis eines ggf. höheren Marktwerts unter Übernahme der Kosten, Gebühren und Steuern habe verkaufen wollen und sodann danach, ob der erzielte Kaufpreis unangemessen niedrig gewesen sei. Insofern könnte sich ein Betreuer zwar nur dann auf einen dem objektiven Wohl des Betreuten zuwiderlaufenden Wunsch des Betreuten berufen, wenn dieser Wunsch auf ausreichender tatsächlicher Grundlage gefasst worden sei. Hinsichtlich des Umfangs der gebotenen Aufklärung entfalte die notarielle Urkunde über die Genehmigung des Wohnungsverkaufs durch die Erblasserin aber die volle Beweiswirkung hinsichtlich des beurkundeten Vorgangs, wobei der Beweis der unrichtigen Beurkundung zulässig sei (§ 415 ZPO). Der Kläger habe ebenso wenig wie die Erblasserin als vormalige Klägerin dargelegt und Beweis dafür angeboten, dass der Vorgang unrichtig beurkundet worden sei. Die Vernehmung des Notars sei dabei erstinstanzlich nur von den Beklagten beantragt worden. Daher habe der Kläger nicht bewiesen, dass der Verkauf der Eigentumswohnung gegen den Willen der Erblasserin erfolgt sei, sodass er diesbezüglich keine Ansprüche gegen den Beklagten zu 2 herleiten könne.

**8 2.** Diese Ausführungen lassen erkennen, dass dem Berufungsgericht eine entscheidungserhebliche Verletzung des klägerischen Anspruchs auf rechtliches Gehör (Art. 103 Abs. 1 GG) unterlaufen ist.

**9 a)** Art. 103 Abs. 1 GG verpflichtet das Gericht, die Ausführungen der Prozessbeteiligten zur Kenntnis zu nehmen und bei seiner Entscheidung in Erwägung zu ziehen. Dabei soll das Gebot des rechtlichen Gehörs als Prozessgrundrecht sicherstellen, dass die Entscheidung frei von Verfahrensfehlern ergeht, welche ihren Grund in unterlassener Kenntnisnahme und Nichtberücksichtigung des Sachvertrags der Parteien haben. Daraus folgt zwar nicht, dass das Gericht verpflichtet wäre, jedes Vorbringen der Beteiligten in den Entscheidungsgründen ausdrücklich zu bescheiden. Die wesentlichen, der Rechtsverfolgung oder Rechtsverteidigung dienenden Tatsachenbehauptungen müssen in den Gründen aber behandelt werden. Geht ein Gericht auf den wesentlichen Kern des Tatsachenvertrags einer Partei zu einer Frage, die für das Verfahren von zentraler Bedeutung ist, in den Entscheidungsgründen nicht ein, so lässt dies nach ständiger Rechtsprechung des BGH auf die Nichtberücksichtigung des Vortrags schließen, sofern er nicht nach dem Rechtsstandpunkt des Gerichts unerheblich oder offensichtlich unsubstantiiert war (vgl. Senatsbeschluss vom 05.02.2020, XII ZB 252/19, FamRZ 2020, 784 Rdnr. 16 m. w. N.).

**10 b)** Mit Recht beanstandet die Nichtzulassungsbeschwerde, dass das Berufungsgericht das zentrale Vorbringen der Klagepartei zur Aufklärung der Erblasserin in der notariellen Beurkundungsverhandlung unberücksichtigt gelassen hat.

**11 aa)** Dabei begegnet bereits die Anwendung des § 415 ZPO durch das Berufungsgericht durchgreifenden Bedenken. Die notarielle Urkunde vom 05.04.2016 über die Genehmigung des Kaufvertrags ist zwar eine öffentliche Urkunde im Sinne von § 415 Abs. 1 ZPO. Sind solche Urkunden echt und mangelfrei, erbringen sie den vollen Beweis dafür, dass die Erklärung des Urkundsbevollmächtigten mit dem niedergelegten Inhalt so, wie beurkundet und nicht anders, abgegeben wurde (vgl. BGH, Urteil vom 10.06.2016, V ZR 295/14, WM 2018, 475 Rdnr. 6 m. w. N.). Bewiesen wird die Richtigkeit der Beurkundung, also die Abgabe der Erklärung nach Inhalt und Begleitumständen, auf den Ort und die Zeit der Abgabe der Erklärung sowie auf die Anwesenheit der Urkundsperson (vgl. Wieczorek/Schütze/Ahrens, ZPO, 5. Aufl., § 415 Rdnr. 28). Die inhaltliche Richtigkeit der Erklärung ist hingegen nicht von der Beweiskraft erfasst (vgl. BGH, Urteil vom 16.04.2015, IX ZR 68/14, FamRZ 2015, 1389 Rdnr. 13). Ob durch die Erklärung über eine Tatsache diese Tatsache selbst bewiesen wird, hat das Gericht im Wege der freien Beweiswürdigung zu entscheiden (vgl. Stein/Jonas/Berger, ZPO, 23. Aufl., § 415 Rdnr. 26).

**12** Die Rechtsfolge des § 415 Abs. 1 ZPO erstreckt sich im vorliegenden Fall damit (nur) auf die richtige Beurkundung der von der Erblasserin abgegebenen Erklärung, der Notar habe ihr den „wesentlichen Inhalt“ des Kaufvertrags erklärt, sie insbesondere auf den Kaufpreis von 120.000 € hingewiesen und mit ihr den Inhalt der „gutachterlichen Stellungnahme“ besprochen. Verfahrensfehlerhaft ist demgegenüber die Annahme des Berufungsgerichts, es sei bereits aufgrund der Urkunde – unter Ausschluss einer davon abweichenden richterlichen Beweiswürdigung – die Tatsache bewiesen, dass die Erklärung der Erblasserin inhaltlich trifft und der Notar mit ihr den Kaufvertrag und die Wertermittlung durch den Immobilienmakler tatsächlich erörtert hat, weil der Kläger den ihm obliegenden Nachweis einer unrichtigen Beurkundung nach § 415 Abs. 2 ZPO nicht führen können.

**13 bb)** Ob dieser Verfahrensfehler, mit dem sich das Berufungsgericht schon im beweisrechtlichen Ausgangspunkt den Zugang zum Klägervortrag hinsichtlich des Inhalts der Beurkundungsverhandlung und den in diesem Zusammenhang angebotenen Beweisen verstellt hat, bereits zu einem Verstoß gegen das Verfahrensgrundrecht des Klägers auf rechtliches Gehör führt, braucht indessen nicht entschieden zu werden. Denn es ist auch dann von einem Gehörsverstoß des Berufungsgerichts auszugehen, wenn man – wie das Berufungsgericht wohl meint – annehmen wollte, dass die Aufklärung der Erblasserin durch den Notar über den „wesentlichen Inhalt“ des Kaufvertrags und die Besprechung der „gutachterlichen Stellungnahme“ mit der Erblasserin aufgrund der Urkunde bereits bewiesen seien. Auch von seinem Rechtsstandpunkt aus hätte sich das Berufungsgericht jedenfalls die Frage vorlegen müssen, was der „wesentliche Inhalt“ des Kaufvertrags gewesen ist, auf den



die Erblasserin durch den Notar hingewiesen worden war und welchen Inhalt die Besprechung der „gutachterlichen Stellungnahme“ des Hausmaklers zwischen dem Notar und der Erblasserin hatte.

**14 (1)** Wie die Nichtzulassungsbeschwerde mit Recht geltend macht, lässt sich der in diesem Zusammenhang gehaltene und teilweise wiederholte Parteivortrag der Klägerseite im instanzengerichtlichen Verfahren wie folgt zusammenfassen: Der Erblasserin seien von dem Notar weder der Kaufvertrag noch die „gutachterliche Stellungnahme“ des Hausmaklers vollständig vorgelesen worden. Die notarielle Urkunde sei in Bezug auf den Umfang der Aufklärung der Erblasserin „inhaltslos“ und „im Streitfall nichts wert“. Der Notar habe die Erblasserin nicht darauf hingewiesen, dass ihr nach dem Wortlaut des Kaufvertrags „ganz gegen jede Regel“ die üblicherweise vom Käufer zu übernehmenden Vertragskosten und Steuern überbürdet worden seien. Man habe die Erblasserin auch nicht darüber aufgeklärt, dass es sich bei der „gutachterlichen Stellungnahme“ lediglich um die einfache Schätzung eines Grundstücksmaklers, nicht aber um das Wertgutachten eines Sachverständigen gehandelt habe. Auch habe die Erblasserin nicht gewusst, dass bei der Schätzung der im Kaufvertrag mitveräußerte Stellplatz nicht berücksichtigt worden sei. Der von dem Makler angesetzte Schätzbetrag habe im Übrigen auch deshalb zu niedrig gelegen, weil er auf der Annahme eines eilbedürftigen Verkaufs beruhe, für den es keine Veranlassung gegeben habe.

**15 (2)** Das Berufungsgericht hat den dargestellten Klägervortrag zwar teilweise im Tatbestand referiert. Es hat sich aber mit diesem Vorbringen bei der Beurteilung der – auch aus seiner Sicht – maßgeblichen Frage nach der (ausreichenden) Aufklärung der Erblasserin in der Beurkundungsverhandlung vom 05.04.2016 inhaltlich nicht auseinandergesetzt. Dies lässt den Rückschluss darauf zu, dass das Berufungsgericht den Klägervortrag nur seinem Wortlaut nach, nicht aber – wie nach Art. 103 Abs. 1 GG geboten – vollständig und in seinem Kerngehalt zur Kenntnis genommen hat.

**16 (a)** Das Berufungsgericht hat insbesondere nicht erörtert, ob die zulasten des Verkäufers getroffene Regelung zur Kostentragung zu dem „wesentlichen Inhalt“ des Kaufvertrags gehörte, über den der Notar die Erblasserin aufgeklärt hatte. Der grundsätzlich zutreffende Hinweis der Nichtzulassungsbeschwerde widerlegt darauf, dass es bei der Beurkundung der in notarieller Form zu erteilenden Genehmigung einer von einem vollmachtlosen Vertreter abgeschlossenen Grundstückskaufvertrags nicht der Verlesung des in Bezug genommenen Vertrags bedarf (vgl. BGH, Urteil vom 23.06.1988, III ZR 84/87, NJW 1989, 164, 165), trägt zur Beantwortung dieser Frage nichts bei, weil es nicht um Verstöße gegen Beurkundungsverfahrensrecht (§§ 13, 13a BeurkG), sondern darum geht, ob die dem Beklagten zu 2 als Betreuer gegenüber der Erblasserin obliegenden Aufklärungspflichten mit der Aufklärung durch den Notar erfüllt worden sind. Ob – wie die Nichtzulassungsbeschwerde widerlegt wohl meint – aus dem Umstand, dass die Überbürdung der Beurkundungs- und Grundbuchkosten sowie

der Grunderwerbsteuern auf die Erblasserin als Verkäuferin von der gesetzlichen Regel des § 448 Abs. 2 BGB abweichen (vgl. dazu BGH, Urteil vom 11.06.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 21), darauf geschlossen werden könne, dass die Kostentragungsregelung zu dem in der Beurkundungsverhandlung erörterten „wesentlichen Inhalt“ des Kaufvertrags gehört habe, ist Gegenstand der freien Beweiswürdigung durch das Gericht im Rahmen einer Sachverhaltaufklärung, der sich das Berufungsgericht aber gerade verschlossen hat. Im Übrigen lässt der Inhalt der Urkunde schon nach seinem Wortlaut nicht erkennen, dass die Erblasserin wenigstens überschlägig über den Umfang der wirtschaftlichen Folgen einer von der gesetzlichen Regel abweichenden Übernahme von Vertragskosten und Grunderwerbsteuern – die nach den Feststellungen des Berufungsgerichts zu einer Reduzierung des der Erblasserin zufließenden Nettoverkaufserlöses von 120.000 € auf 112.098,91 € geführt hat – in Kenntnis gesetzt worden ist.

**17 (b)** Das Berufungsgericht ist auch nicht auf das klägerische Vorbringen eingegangen, wonach der Erblasserin nicht bekannt gewesen sei, dass es sich bei der „gutachterlichen Stellungnahme“ des Hausmaklers nicht um ein Verkehrswertgutachten gehandelt habe, sondern um eine Werteinschätzung, die zudem auf die Ermittlung eines kurzfristig erzielbaren Erlöses gerichtet gewesen sei. Auch hat das Berufungsgericht nicht erörtert, ob die der Kaufpreisbildung zugrunde liegende Wertermittlung durch den Hausmakler den zur Wohnung gehörenden und mitveräußerten Stellplatz unberücksichtigt gelassen habe und die Erblasserin darüber aufgeklärt worden sein könnte. Auch wenn die „gutachterliche Stellungnahme“ bei der Beschreibung der Wohnung durchaus einen mit dem Sondereigentum verbundenen „Außen-Stellplatz“ erwähnt, ist mangels entgegenstehender tatrichterlicher Feststellungen für das Nichtzulassungsbeschwerdeverfahren davon auszugehen, dass das Vorhandensein eines Stellplatzes als werterhöhender Faktor bei der Wertermittlung durch den Hausmakler nicht berücksichtigt worden ist. Dass die genannten Umstände in der Beurkundungsverhandlung zur Sprache gekommen worden sind, lässt sich allein auf der Grundlage der notariellen Urkunde aus der pauschalen Formulierung, die „gutachterliche Stellungnahme“ sei von dem Notar mit der Erblasserin „besprochen“ worden, nicht ohne Weiteres entnehmen.

**18 c)** Der Gehörsverstoß ist auch entscheidungserheblich.

**19 aa)** Nach den – hier noch anwendbaren – § 1833 Abs. 1 Satz 1, § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB a. F. in Verbindung mit ist der Betreuer dem Betreuten für den aus einer Pflichtverletzung entstehenden Schaden verantwortlich, wenn ihm ein Verschulden zu Last fällt. Die Pflichten des Betreuers werden in § 1901 Abs. 2 Satz 1 BGB a. F. konkretisiert, wonach der Betreuer innerhalb des ihm übertragenen Aufgabenkreises die Angelegenheiten des Betreuten so zu besorgen hat, wie es dessen Wohl entspricht. Veräußert der Betreuer eine Immobilie des Betreuten, ist er schon wegen der typischerweise besonders hohen wirtschaftlichen Bedeutung dieses Geschäfts zu einer sorgfältigen Ermittlung des Werts dieser Immobilie verpflichtet, um diese im objektiven Interesse des Betreuten bestmöglich verwerten zu können (vgl.

Senatsurteil, BGHZ 182, 116 = NJW 2009, 2814 Rdnr. 32 f.). Das wird in der Regel die Beauftragung eines Verkehrswertgutachtens gebieten, wenn nicht der Betreuer ausnahmsweise selbst über die erforderliche Sachkunde verfügt oder im Einzelfall – was im vorliegenden Fall vom Berufungsgericht nicht festgestellt wurde – beispielsweise wegen einer besonderen Eilbedürftigkeit des Verkaufs im Einzelfall die Einholung der Markteinschätzung eines Immobilienmaklers über den kurzfristig zu erlösenden Kaufpreis sachgerecht erscheint. Unabhängig davon ist der Betreuer vor dem Verkauf des Grundstücks zu einer kritischen Würdigung der Wertermittlung verpflichtet (vgl. auch BGH, Urteil vom 05.05.1983, III ZR 57/82, FamRZ 1983, 1220 zur Haftung des Amtsvormunds).

**20 bb)** Das Wohl des Betreuten kann indessen nicht allein nach objektiven Kriterien bestimmt werden. Vielmehr gehört zum Wohl des Betreuten auch die Möglichkeit, im Rahmen seiner Fähigkeiten sein Leben nach seinen eigenen Wünschen und Vorstellungen zu gestalten (§ 1901 Abs. 2 Satz 2 BGB a. F.). Deshalb ist die individuelle Lebenssituation des Betreuten und dessen subjektive Sicht seiner Interessen in die Beurteilung einzubeziehen, was dem Wohl des Betreuten entspricht. Der Wunsch des Betreuten ist im Grundsatz auch dann beachtlich, wenn dieser seinen objektiven Interessen zuwiderläuft, sofern die Erfüllung des Wunsches nicht höherrangige Rechtsgüter des Betreuten gefährden oder seine gesamte Lebens- und Versorgungssituation erheblich verschlechtern würde. Allerdings gilt der Vorrang des Willens des Betreuten nur für solche Wünsche, die Ausfluss des Selbstbestimmungsrechts des Betreuten sind und sich nicht nur als bloße Zweckmäßigkeitserwägungen darstellen. Beachtlich sind auch nur solche Wünsche, die nicht Ausdruck der Erkrankung des Betreuten sind und auf der Grundlage ausreichender Tatsachenkenntnis gefasst wurden (vgl. Senatsurteil, BGHZ 182, 116 = NJW 2009, 2814 Rdnr. 20 f., 24). Der Betreuer kann sich deshalb nur dann auf einen objektiv interessengwidrigen Wunsch des Betreuten berufen, wenn er ihn – in Anlehnung an die für die Anhaftshaftung entwickelten Grundsätzen – über die mit der Wunscherfüllung verbundenen Risiken aufgeklärt und ihm andere weniger nachteilige Wege zur Erreichung des verfolgten Ziels aufgezeigt hat, wobei sich der Grad der erforderlichen Aufklärung des Betreuten zum einen nach der Wichtigkeit des Geschäfts und zum anderen danach richtet, was in den Lebenskreisen, denen der Betreuer angehört, billigerweise erwartet werden kann (vgl. Senatsurteil, BGHZ 182, 116 = NJW 2009, 2814 Rdnr. 24).

**21 cc)** Nach den insoweit rechtsfehlerfrei getroffenen und auch von der Nichtzulassungsbeschwerde nicht beanstandeten Feststellungen des Berufungsgerichts hat die Veräußerung der Wohnung nicht zu einer Verschlechterung der Lebens- und Versorgungssituation der Erblasserin geführt, sodass es unter den hier obwaltenden Umständen allein zweifelhaft sein könnte, ob die Erblasserin den mit der Genehmigungserklärung dokumentierten Willen, die Wohnung gerade zu den im Kaufvertrag festgelegten Bedingungen zu veräußern, auf einer ausreichenden Tatsachengrundlage gebildet hat. Auch dann, wenn – wie hier – im Regressverfahren gegen den Betreuer streitig ist, ob die erforderliche

Aufklärung des Betreuten stattgefunden hat, gilt der allgemeine Grundsatz, dass diejenige Partei, die eine Aufklärungspflichtverletzung behauptet, dafür die Beweislast trägt. Die mit dem Nachweis einer negativen Tatsache verbundenen Schwierigkeiten werden dadurch ausgeglichen, dass die andere Partei die behaupteten Aufklärungsdefizite substantiiert bestreiten und darlegen muss, wie im Einzelnen aufgeklärt worden sein soll. Dem Anspruchsteller obliegt dann der Nachweis, dass diese Darstellung nicht trifft (vgl. zur Anhaftshaftung: BGH, Urteile vom 07.03.2019, IX ZR 221/18, NJW 2019, 1870 Rdnr. 28 und vom 11.10.2007, IX ZR 105/06, FamRZ 2008, 144 Rdnr. 12 m. w. N.).

**22** Das Berufungsgericht hat nicht festgestellt, dass die Erblasserin zur Kaufpreisbildung und zu den vertraglichen Bestimmungen des Kaufvertrags durch den Beklagten zu 2 selbst ausreichend informiert worden ist, sodass es – auch aus Sicht des Berufungsgerichts – allein darauf ankam, welchen Inhalt die Aufklärung durch den Notar in der Beurkundungsverhandlung hatte oder nicht hatte. Zwar hat sich die Klagepartei nicht auf das Zeugnis des die Genehmigungserklärung beurkundenden Notars berufen. Sie hat aber, wie die Nichtzulassungsbeschwerde zu Recht geltend macht, jedenfalls mit Schriftsatz vom 27.01.2022 und in der Berufsbegründung vom 27.07.2019 noch hinreichend deutlich die Vernehmung des Rechtsanwalts B zu den Schilderungen angeboten, welche die Erblasserin ihm gegenüber als ihrem vorinstanzlichen Prozessbevollmächtigten bezüglich der in der Beurkundungsverhandlung vermittelten Kenntnisse über den Inhalt des Kaufvertrags gemacht haben soll. Es ist nicht vollständig ausgeschlossen, dass das Berufungsgericht zu einer anderen Entscheidung gelangt wäre, wenn es diesen – nicht offensichtlich ungeeigneten (vgl. auch Senatsbeschluss vom 12.12.2018, XII ZR 99/17, NZM 2019, 255 Rdnr. 14 f.) – Beweis erhoben hätte.

•

## 20. Kein Anwesenheits- und Einsichtsrecht des Pflichtteilsberechtigten bei Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses

OLG München, Beschluss vom 03.12.2024, 33 W 1034/24e

*BeurkG § 36*

*BGB § 2314*

*ZPO § 888*

### LEITSÄTZE:

- 1. Das notarielle Nachlassverzeichnis ist eine Tatsachenbescheinigung des Notars über seine Ermittlungen und Wahrnehmungen. Sie wird durch Errichtung einer öffentlichen Zeugnisurkunde über die vom Notar festgestellten Tatsachen errichtet; eine Verlesung findet nicht statt. Der Pflichtteilsberechtigte hat an einer Anwesenheit bei diesem Vorgang grundsätzlich kein Interesse.**
- 2. Das Zuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten bei der Aufnahme des amtlichen Verzeichnisses durch**



**einen Notar besteht nicht bei einzelnen notariellen Ermittlungshandlungen.**

- 3. Der Pflichtteilsberechtigte hat grundsätzlich keinen Anspruch, die vom Notar im Rahmen der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses auszuwartenden Unterlagen einzusehen.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Der Antragsteller nimmt die Antragsgegnerin (im Folgenden: die Erbin) im Wege der Zwangsvollstreckung auf Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses in Anspruch.

**2** Die Erbin ist durch rechtskräftiges Teil-Anerkenntnisurteil des LG Memmingen vom (...)07.2023 zur Auskunftserteilung über den Nachlass des am (...)2019 verstorbenen Erblassers durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses verurteilt worden.

**3** Mit Schriftsatz vom 09.10.2023 beantragte der Antragsteller, gegen die Erbin ein Zwangsgeld zu verhängen, weil ein notarielles Nachlassverzeichnis noch nicht vorgelegt worden war. Mit Beschluss vom 16.02.2024 verhängte das LG ein entsprechendes Zwangsgeld gegen die Erbin i. H. v. 1.000 €, ersatzweise Ordnungshaft von zehn Tagen. Auf die Beschwerde der Erbin vom 08.03.2024 hob das LG diesen Beschluss mit Beschluss vom 22.05.2024 mit der Begründung auf, dass jedenfalls durch das zwischenzeitlich vorgelegte Nachlassverzeichnis vom 11.10.2023 und einzelne erstellte Nachträge der Anspruch des Antragstellers erfüllt worden sei.

**4** Dagegen richtet sich nunmehr der Antragsteller mit seiner sofortigen Beschwerde vom 07.06.2024, mit der er seinen Zwangsgeldantrag weiterverfolgt. Er ist im Wesentlichen der Ansicht, dass sein Zuziehungsrecht bei der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses verletzt worden sei, weswegen diesem allein deswegen keine Erfüllungswirkung zukomme. Bei dem Termin im Notariat vom 10.05.2023, bei dem er vertreten war, habe es sich lediglich um ein informatorisches Gespräch gehandelt. Im Übrigen läge durch die einzelnen Nachträge kein übersichtliches Verzeichnis vor; die Notarin habe zudem keine eigene Ermittlungstätigkeit entfaltet und den Zeitpunkt des Vollzugs von Schenkungen nicht ermittelt.

**5** Das LG hat der sofortigen Beschwerde mit Beschluss vom 24.06.2024 nicht abgeholfen und die Akten dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

**6** Der Senat hat mit Beschluss vom 29.07.2024 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die sofortige Beschwerde zurückzuweisen. Zu diesem Hinweis haben sich die Parteien am (...) geäußert.

**7** Die sofortige Beschwerde ist zulässig, bleibt im Ergebnis aber ohne Erfolg. Zur Vermeidung von Wiederholungen nimmt der Senat zunächst Bezug auf seinen Hinweisbeschluss vom 29.07.2024, an dem nach erneuter Überprüfung festgehalten wird. Das weitere Vorbringen im Beschwerdeverfahren verhilft der sofortigen Beschwerde nicht zum Erfolg.

**8 1.** Soweit der Antragsteller rügt, dass sein titulierte und geltend gemachtes Anwesenheitsrecht bei der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses verletzt worden sei, weshalb diesem keine Erfüllungswirkung zukommen könne, trifft dies nicht zu.

**9 a)** Der Erfüllung des titulierten Anspruchs steht nicht entgegen, dass die maßgebliche Besprechung mit der Notarin (bzw. deren amtlich bestelltem Vertreter) am 10.05.2023 und damit noch vor der Titulierung des klägerischen Anspruchs stattfand. Vorliegend ist die geschuldete Leistung die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses, bei dessen Aufnahme der Gläubiger zuzuziehen ist. Ein solches notarielles Nachlassverzeichnis lag bei Erlass des Teil-Anerkenntnisurteils am 27.07.2023 noch nicht vor, d. h. Erfüllung im Sinne des § 362 Abs. 1 BGB war nicht eingetreten, sodass die Auskunftsschuldnerin auch nach materiellem Recht und im Übrigen antragsgemäß zu verurteilen war. Ungeachtet dessen verlieren bereits erbrachte Teilleistungen zur Herbeiführung des geschuldeten Leistungserfolgs (Errichtung eines notariellen Nachlassverzeichnisses) ihre Wirksamkeit nicht mit einer nachfolgenden Titulierung und müssen demzufolge nicht wiederholt werden.

**10 b)** Der Erfüllung des titulierten Anspruchs steht ebenfalls nicht entgegen, dass der Antragsteller über den Termin vom 10.05.2023 hinaus nicht (erneut) von der Notarin zugezogen worden ist.

**11 aa)** In Rechtsprechung und Schrifttum ist bislang nicht abschließend geklärt, wie das Zuziehungsrecht des Pflichtteilsberechtigten bei der Errichtung des notariellen Nachlassverzeichnisses ausgestaltet ist (vgl. Außner/Schönenberg-Wessel, ZErb 2024, 361). Soweit in Rechtsprechung und Schrifttum (mitunter stillschweigend) davon ausgegangen wird, dass es sich insoweit um ein physisches Anwesenheitsrecht des Pflichtteilsberechtigten bei der notariellen Tätigkeit handelt (OLG Düsseldorf, I-7 U 9/17, ErbR 2018, 605 „beizuhören“; OLG Brandenburg, 8 W 207/03, ZErb 2004, 104 „mehrere Terminvorschläge“; OLG Köln, 24 W 54/17, BeckRS 152846 „keine gleichzeitige Anwesenheit“, Horn, NJW 2016, 2150 „über die Schulter schauen“, Staudinger/Herzog, Neub. 2021, § 2314 Rdnr. 190), vermag der Senat weder in den Gesetzesmaterialien noch im Wortlaut, dem Telos oder der Systematik der Norm einen Anhaltpunkt hierfür zu erkennen (Überblick bei: Außner/Schönenberg-Wessel, ZErb 2024, 361 ff m. w. N.).

**12 bb)** Letztlich bedarf diese Frage vorliegend allerdings keiner abschließenden Entscheidung, weil der Antragsteller (durch seinen Vertreter) bei einem notariellen Termin zugezogen war und ein darüber hinausgehendes Anwesenheitsrecht jedenfalls im vorliegenden Fall nicht bestand.

**13 (1)** Dass der Antragsteller bei dem Termin, an dem das notarielle Nachlassverzeichnis förmlich errichtet wurde, nicht zugegen war, steht der Erfüllungswirkung des vorliegenden Nachlassverzeichnisses nicht entgegen.

**14 (i)** Das notarielle Nachlassverzeichnis selbst ist keine Willenserklärung des Erben oder des Notars, sondern eine Tatsachenbescheinigung über die Ermittlungen und Wahrnehmungen des Notars gemäß § 36 BeurkG, die durch

Errichtung einer öffentlichen Zeugnisurkunde über die von dem Notar festgestellten Tatsachen errichtet wird (BeckOK-BeurkG/Boor, Stand: 01.03.2024, § 36 Rdnr. 4). Das Nachlassverzeichnis wird nicht verlesen, einen Beurkundungstermin gibt es nicht (*Litzenburger*, Fachdienst Erbrecht 2021, 442755).

**15 (ii)** Nach Ansicht des Senats liegt es deswegen fern, dass ein schutzwürdiges Interesse besteht, bei dieser Tatsachenbescheinigung, die über das Ausdrucken eines Dokuments samt Unterschriftenleistung nicht hinausgeht, anwesend zu sein. Ein allein darauf gerichtetes Verlangen wäre jedenfalls dann zurückzuweisen, wenn, wie hier, ein vorheriger Besprechungsstermin stattfand, bei dem der Auskunfts-gläubiger zugegen sein und sich äußern konnte.

**16 (2)** Alle Beteiligten haben zudem auf eine Besichtigung der Erblasserwohnung zum Zwecke der Inventarisierung durch den Notar verzichtet, sodass eine Zuziehung zu einem solchen Besichtigungsstermin ebenfalls nicht in Betracht kam und insoweit ein etwa bestehendes Anwesenheitsrecht schon nicht verletzt sein kann.

**17 (3)** Schließlich steht dem Auskunftsgläubiger bei den einzelnen (sonstigen) Ermittlungshandlungen des Notars kein Anwesenheitsrecht zu. Selbst wenn sich die praktische Frage lösen ließe, dass der Notar dann vor jeder einzelnen Ermittlungshandlung (Durchsicht von Unterlagen, Erstellen und Versenden von Anschreiben, telefonische Einholung von Auskünften, etc.) dem Auskunftsgläubiger rechtzeitig mehrere Terminvorschläge unterbreiten müsste, wie dies von einzelnen Obergerichten und im Schrifttum gefordert wird (OLG Brandenburg, 8 W 207/03, ZErb 2004, 104; Staudinger/Herzog, § 2314 Rdnr. 190), liefert dies dem Zweck des notariellen Nachlassverzeichnisses, dem Gläubiger schnell einen umfassenden Überblick über den Nachlass zu verschaffen, zuwider, ohne dass ein solches Vorgehen für den Pflichtteilsberechtigten Vorteile hätte, da er weder ein Mitwirkungsrecht bei einzelnen Handlungen noch ein Einstichtsrecht in Unterlagen hat (KG, 12 U 4352/94, NJW 1996, 2312; Lange, ZEV 2020, 253; a. A. Horn, ZEV 2018, 376).

**18** Soweit vertreten wird, der Auskunftsgläubiger könne dem Notar bei der Durchsicht der Unterlagen „über die Schulter“ schauen (*van der Auwera*, ZEV 2008, 359 (für das einfache Nachlassverzeichnis); Burandt/Rojahn/Horn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2314 BGB Rdnr. 64a; Riedel in Praxiskommentar Erbrecht, § 2314 BGB; Papenmeier, ErbR 2020, 783; *Fleischer*, ErbR 2013, 242), teilt der Senat diese Ansicht nicht.

**19** Im Rahmen des Auskunftsanspruchs gemäß § 2314 Abs. 1 BGB besteht grundsätzlich kein Anspruch auf Vorlage von Belegen (vgl. Senat, 33 U 325/21, NJW-RR 2021, 1376). An dieser Rechtsprechung hält der Senat fest. Würde man dem Pflichtteilsberechtigten nun gestatten (und den Notar verpflichten, dies zu ermöglichen), dem Notar bei der Durchsicht von Belegen „über die Schulter“ zu schauen, würde der nicht bestehende Anspruch auf Belegvorlage faktisch leerlaufen (*Koroch*, RNotZ 2020, 537, 556). Zudem könnte der Pflichtteilsberechtigte dann das Verfahren nach seinem Belieben beeinflussen, indem er sich zum Beispiel

übermäßig viel Zeit für die Durchsicht nimmt und dem Notar somit seinen Zeitplan „diktiert“. Hinzu kommt, dass durch Offenlegung der Kontounterlagen des Erblassers gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten schwerwiegend in das postmortale Persönlichkeitsrecht des Erblassers eingegriffen wird, indem dem Pflichtteilsberechtigten Informationen zugänglich gemacht werden, die einerseits keine pflichtteilsrechtliche Relevanz haben, an deren Geheimhaltung der Erblasser andererseits aber auch nach seinem Tod ein erhebliches Interesse haben kann (*Heinze*, DNotZ 2019, 413). Im Gegensatz zum Notar, der hinsichtlich der im Wege der Einsicht in die Kontounterlagen erlangten Informationen der Amtsverschwiegenheit unterliegt, sofern keine Pflichtteilsrelevanz gegeben ist (§ 18 BNotO), bestünde die Gefahr, dass der Pflichtteilsberechtigte, dem keine Verschwiegenheitspflicht obliegt, die erlangten Informationen auch an Dritte weitergibt.

**20 2.** Soweit der Antragsteller rügt, dass kein einheitliches notarielles Nachlassverzeichnis vorläge, verhilft das der Beschwerde ebenfalls nicht zum Erfolg.

**21 a)** Der Senat hat bereits darauf hingewiesen, dass der Notar, der seine eigene Ermittlungspflicht sorgfältig und umfassend wahrnimmt, in eine schwierige Situation geraten kann, wenn seine Anfragen bei Banken, Versicherungen, etc. längere Zeit unbeantwortet bleiben: Einerseits soll das Nachlassverzeichnis zeitnah vorgelegt werden, um dem Pflichtteilsberechtigten die Durchsetzung seiner Pflichtteilsansprüche zu ermöglichen, andererseits soll das Nachlassverzeichnis vollständig sein und alle relevanten Angaben zu Aktiva und Passiva enthalten. Je mehr Anfragen der Notar bei Banken, Versicherungen etc. tätigt, d. h. die ihm obliegende Ermittlungspflicht wahrnimmt, umso größer wird für ihn das Risiko, dass jedenfalls nicht alle Anfragen (zeitnah) beantwortet werden. Dann hat der Notar nur die Möglichkeiten, erneut nachzufragen, (was vorliegend auch geschehen ist, vgl. [...] ), da ihm Zwangsmittel nicht zur Verfügung stehen und abzuwarten, bis die letzte Anfrage beantwortet ist oder aber das Nachlassverzeichnis zu erstellen und das Risiko einzugehen, dass später Ergänzungen nötig werden.

**22 b)** Angesichts dieser Ausgangssituation ist es im vorliegenden Fall nicht zu beanstanden, dass die Notarin Nachträge erstellt hat, nachdem weitere Erkenntnisse zu Tage getreten sind.

**23 aa)** Im ersten Nachtrag vom 05.12.2023 (...) wird nur ausgeführt, dass sich aus der Antwort der D B AG keine relevanten Informationen ergeben. Die Übersichtlichkeit der erteilten Auskunft gerät dadurch nicht in Gefahr.

**24 bb)** Im zweiten Nachtrag vom 27.02.2024 (...) führt die Notarin ebenfalls weder weitere Aktiva noch Passiva auf, vielmehr erläutert sie den Umfang der von ihr angestellten Ermittlungen nochmals detaillierter. Die Gefahr der Unübersichtlichkeit vermag der Senat insoweit ebenfalls nicht zu erkennen.

**25 cc)** Im dritten Nachtrag (...) berichtigt die Notarin zunächst einen Schreibfehler, was ohne Weiteres jederzeit möglich ist. Hinsichtlich der sodann dargestellten Überwei-



sungen erscheint schon zweifelhaft, ob diese tatsächlich Gegenstand des Nachlassverzeichnisses sein müssten.

**26** 3. Soweit der Antragsteller in seinem Schriftsatz vom 29.08.2024 (zutreffend) darauf hinweist, dass für die Be-rechnung der Pflichtteilsansprüche der Zeitpunkt des Schenkungsvollzugs maßgeblich ist, vermag der Senat nicht zu erkennen, wie dies der Beschwerde zum Erfolg ver-helfen soll. Offensichtlich knüpft der Antragsteller hier an einzelne Banküberweisungen an (die Übertragung eines Grundstücks steht nicht inmitten).

**27** a) Hinsichtlich dieser Überweisungen kann die Notarin nur die Kontoauszüge des Erblassers auswerten, aus de-nen sich ergibt, wann das Konto des Erblassers entspre-chend belastet wurde. Dass sie dies getan hat, wird auch vom Antragsteller nicht bestritten.

**28** b) Für eine Nachfrage bei den Empfängen besteht darü-ber hinaus schon kein Bedürfnis: Dass Forderungen zum Nennwert am nächsten oder übernächsten Bankarbeitstag beim Zahlungsempfänger gutgeschrieben werden, legt der Senat seiner Entscheidung als gerichtsbekannt zugrunde. Im Übrigen sind Wertunterschiede bei zum Nennwert gut-geschriebenen Forderungen ausgeschlossen.

**29** 4. Soweit der Antragsteller moniert, es seien weder Rechnungen noch Kontoauszüge vorgelegt worden, wurde die Beklagte nicht zur Belegvorlage verurteilt, sodass sie die Vorlage auch nicht schuldet.

**30** 5. Soweit der Antragsteller hinsichtlich bestimmter Zah-lungen an Dritte (...) weitere Nachforschungen verlangt, be-steht ein diesbezüglicher Anspruch nicht. Im Nachlassver-zeichnis wird zu diesen Zahlungen vermerkt, es handele sich um Zahlungen für „Pflegeleistungen“, „Pflegevertre-tung“ etc., zu denen die Erbin entsprechende Angaben ge-macht habe (...). Die dort abgegebenen Erklärungen sind plausibel und nachvollziehbar. Der Senat vermag nicht zu erkennen, welche weitergehenden Auskünfte die Notarin hätte einholen müssen oder erteilen können. Legt man zu-grunde, dass der Notar (nur) die Ermittlungen anzustellen hat, die auch ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubi-gers für erforderlich halten würde (BGH, Beschluss vom 13.09.2018, I ZB 109/17, NJW 2019, 231), waren vorliegend angesichts des Alters des Erblassers, seiner Pflegebedürf-tigkeit und seiner Einkommensverhältnisse weitere Ermitt-lungen nicht veranlasst, zumal keine Anhaltspunkte dafür zutage getreten sind, dass die Erbin ihre Angaben wahr-heitswidrig gemacht hätte.

(...)



## 21. Keine Belehrungspflicht über steuerliche Sparmöglichkeiten

OLG Hamm, Urteil vom 29.05.2024, 11 U 71/23

BeurkG § 17 Abs. 1

BNotO § 14 Abs. 1, § 19 Abs. 1

### LEITSATZ:

Ein Notar ist nicht verpflichtet, einen Grundstücksüber-tragungsvertrag im Hinblick auf mögliche Steuererspar-nisse der Beteiligten zu gestalten, wenn die Beteiligten von einem Steuerberater beraten werden und dem Notar keine Vorstellungen für eine bestimmte, aus steuerlichen Gründen zu wählende Vertragsgestaltung mitteilen. Mit einem Hinweis auf die mit einem Vertrag kraft Gesetzes verbundenen Steuerpflichten genügt der Notar auch sei-ner Belehrungspflicht, wenn ihm aus der Vertragsgestal-tung resultierende evtl. Steuernachteile nicht bekannt sind und nicht bekannt sein müssen.



## 22. Zur Zulässigkeit der Einreichung einer Datei beim Grundbuchamt

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 06.05.2024, 20 W 184/23

BeurkG §§ 39a, 42

GBO §§ 29, 135, 137

### LEITSÄTZE:

1. Die Einreichung einer qualifiziert von dem Notar sig-nierten Datei, die den Scan mehrerer in Papierform errichteter Urkunden und einen Vermerk des Notars enthält, in welchem er die elektronische Anschrift be-glaubigt, bei dem Grundbuchamt verstößt nicht ge-gen § 3 Abs. 3 JustITV (Hessen), der im Wortlaut dem im Grundbuchverfahren nicht anwendbaren § 4 Abs. 2 ERVV entspricht.
2. Im Fall der Errichtung eines elektronischen Doku-ments, mit dem die Beglaubigung mehrerer Urkun-den mit einem Vermerk entsprechend § 42 Abs. 1 BeurkG in Form eines einfachen elektronischen Zeug-nisses des Notars im Sinne von § 39a BeurkG erfolgt, wird eine untrennbare Verbindung der zu beglaubi-genden elektronischen Abschriften der Urkunden mit dem Vermerk durch Anbringung der qualifizierten elektronischen Signatur des Notars an diesem Doku-ment hergestellt; diese Signatur stellt keine unzuläs-sige Container-Signatur dar, weil sie an einer Datei und nicht an mehreren Dateien angebracht ist.



## ÖFFENTLICHES RECHT

### 23. Zur Ausübung eines Heimfallanspruchs bei vertraglichem Ausschluss der Heimfallvergütung

BGH, Urteil vom 19.01.2024, V ZR 191/22 (Vorinstanz:  
OLG Stuttgart, Urteil vom 13.09.2022, 10 U 278/21)

BauGB § 11 Abs. 2 Satz 1

ErbbauRG § 32 Abs. 1 Satz 2

GG Art. 4 Abs. 1 und 2, Art. 14 Abs. 1 Satz 1, Art. 140

WRV Art. 138 Abs. 2

#### LEITSÄTZE:

- 1. Vereinbart eine Gemeinde als Grundstückseigentümerin mit einem Privaten in einem Erbbaurechtsvertrag den Ausschluss der Heimfallvergütung, verstößt dies für sich genommen nicht gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung aus § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB.**
- 2. Der Ausschluss der Heimfallvergütung führt dazu, dass die Geltendmachung des Heimfallanspruchs einer strengen Ausübungskontrolle im Hinblick auf die Verhältnismäßigkeit des gemeindlichen Handelns unterliegt. Die Forderung nach der vergütungslosen Rückübertragung des Erbbaurechts kann sich insbesondere dann als unverhältnismäßig darstellen, wenn der Heimfall nicht auf einer schwerwiegenden Vertragsverletzung des Erbbauberechtigten beruht, das Bauwerk ganz oder weitestgehend fertiggestellt ist, der Erbbauberechtigte erhebliche Investitionen getätigt hat und die Gemeinde absehbar in der Lage sein wird, das Bauwerk anderweitig zu nutzen oder zu verwerten.**

Diese Entscheidung ist abgedruckt in DNotZ 2024, 263.

•

### 24. Zur Rücknahme eines kombinierten Ehe- und Erbvertrags aus der amtlichen Verwahrung

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.09.2023,  
21 W 63/23

BeurkG § 34

BGB §§ 2256, 2300

ZPO §§ 322, 325

#### LEITSÄTZE:

- 1. Das der Rückgabe der letztwilligen Verfügung aus der amtlichen Verwahrung vorangehende Herausgabeverlangen kann durch einen Bevollmächtigten gestellt werden.**
- 2. Ein kombinierter Ehe- und Erbvertrag kann auch dann nicht aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen werden, wenn dieser aufgehoben wurde.**

#### AUS DEN GRÜNDEN:

**1** Die Beteiligten zu 1 und 2 begehrten die Rückgabe zweier in amtliche Verwahrung gegebene Urkunden, die letztwillige Verfügungen enthalten.

**2** Die Beteiligten zu 1 und 2 schlossen mit notarieller Urkunde vom 22.06.2011 des Notars (...) (UR-Nr. [...]) einen Vertrag. Mit diesem wurde zunächst gemäß Ziffer I. ein Ehevertrag vom 09.06.1988 abgeändert. Unter Ziffer II. errichteten die Ehegatten einen Erbvertrag. Wegen der Verfügungen im Einzelnen wird auf die Urkunde des Notars B – UR-Nr. (...) – (...) Bezug genommen. Die Urkunde wurde gemäß der dortigen Regelung in Ziffer II. § 4 Nr. 2 in amtliche Verwahrung gegeben (...).

**3** Mit notarieller Urkunde vom 04.06.2018 (...) errichteten die Beteiligten zu 1 und 2 ein gemeinschaftliches Testament. Darin erklärten sie u. a. den Widerruf von Ziffer II. (Erbvertrag) der notariellen Urkunde UR-Nr. (...), wobei es im Übrigen bei der Änderung des Ehevertrags gemäß Ziffer I. verbleiben sollte. Auch dieses Testament wurde in amtliche Verwahrung gegeben (...).

**4** Die Beteiligten zu 1 und 2 hatten am 03.07.2018 die Rückgabe der Urkunde Nr. (...) beantragt (...). Dabei wurden sie von dem zuständigen Rechtspfleger darauf hingewiesen, dass dies nicht möglich sei, da diese auch ehevertragliche Regelungen enthalte. Nachdem der beurkundende Notar sich nicht zu einer Rücknahme in die dortige Verwahrung geäußert hatte, wies das Nachlassgericht mit Beschluss vom 01.02.2019 den Antrag zurück.

**5** Mit Schreiben vom 29.07.2019 teilten die Beteiligten zu 1 und 2 gegenüber dem Nachlassgericht sodann mit, dass sie die Änderung des Ehevertrags widerrufen würden und begehrten die Entnahme der beiden notariellen Urkunden aus der amtlichen Verwahrung (...). Am 14.08.2019 beantragten sie die Rückgabe beider Verfügungen vor dem Nachlassgericht und legten gegen den Beschluss vom 01.02.2019 Beschwerde ein. Das Nachlassgericht hatte mit Beschluss vom 15.08.2019 der Beschwerde nicht abgeholfen und den Antrag auf Herausgabe der weiteren letztwilligen Verfügung zurückgewiesen, da es sich bei diesem auch um einen Erbvertrag handele, der sich in § 1 Ziffer 5. auf den Ehevertrag beziehe. Der Senat hat die Beschwerde mit Beschluss vom 29.08.2019 wegen Verfristung als unzulässig verworfen (...). In einem Schreiben vom 26.08.2019 an das Nachlassgericht hatten die Beteiligten zu 1 und 2 nochmal Beschwerde gegen den Beschluss vom 15.08.2019 eingelagert (...). Mit Schreiben vom 12.10.2019 haben sie auf das eingelegte Rechtsmittel verzichtet (...).

**6** Mit Schreiben vom 06.11.2019 wandten sich die Beteiligten zu 1 und 2 erneut an das Nachlassgericht mit dem Ersuchen auf Rückgabe beider Urkunden (...), welches mit Verfügung des Nachlassgerichts vom 12.11.2019 unter Hinweis auf die vorangegangene Korrespondenz abgelehnt wurde (...).

**7** Die Beteiligten zu 1 und 2 erklärten mit notarieller Urkunde vom 20.12.2022 die Aufhebung der am 22.06.2011 und 04.06.2018 geschlossenen Verträge rückwirkend ab Ver-



tragsschluss (...). Sodann beantragten sie mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigen vom 14.02.2023 die Rückgabe des Erbvertrags vom 22.06.2011 sowie die Rückgabe der Verfügung von Todes wegen vom 04.05.2018 (...). Sie sind der Auffassung, § 2300 Abs. 2 Satz 1 BGB stehe der Rückgabe nicht entgegen, da die Verträge rückwirkend ab Vertragsschluss aufgehoben worden seien. Es bedürfe keiner Aufhebungsfiktion, da die Aufhebung bereits erklärt worden sei, sodass der Sinn und Zweck der Vorschrift, Auslegungsprobleme und Rechtsunsicherheiten zu vermeiden, nicht berührt werde.

**8** Das Nachlassgericht hat mit Verfügung vom 20.02.2023 darauf hingewiesen, dass es den Antrag dahin gehend auslege, dass die beiden Verfügungen nur gemeinsam aus der amtlichen Verwahrung entnommen werden sollten und dass es sich auch bei der Verfügung vom 04.06.2018 um einen kombinierten Erb-/Ehevertrag handele (...). Eine Herausgabe sei daher nicht möglich, auch wenn sie zwischenzeitlich durch Aufhebungsvertrag aufgehoben worden seien.

**9** Die Beteiligten zu 1 und 2 haben daraufhin klargestellt, dass die Herausgabe beider Verträge auch unabhängig voneinander verlangt werde und um Erlass einer rechtsmitelfähigen Entscheidung gebeten (...).

**10** Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 22.03.2023 die Anträge der Beteiligten zu 1 und 2 zurückgewiesen. Hinsichtlich der Rückgabe des Erbvertrags vom 22.06.2011 sei bereits eine rechtskräftige Entscheidung ergangen, der Aufhebungsvertrag stelle keine neue Ausgangslage für eine Rückgabe dar. Bezüglich der letztwilligen Verfügung vom 04.06.2018 werde auf den Beschluss des Nachlassgerichts vom 01.02.2019 Bezug genommen.

**11** Gegen diesen Beschluss, der den Beteiligten zu 1 und 2 am 27.03.2023 zugestellt worden ist (...), haben diese am 14.04.2023 unter Wiederholung ihrer Rechtsauffassung Beschwerde eingelegt (...).

**12** Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 15.05.2023 nicht abgeholfen, sondern das Verfahren dem OLG zur Entscheidung vorgelegt (...).

**13** Nach einem Hinweis der Berichterstatterin vom 14.06.2023 zur Frage der Einordnung des gemeinschaftlichen Testaments als Erbvertrag sowie zur Vertretungsbefugnis beim Herausgabeverlangen – wegen des Inhalts im Übrigen auf (...) Bezug genommen wird – haben die Beteiligten zu 1 und 2 ergänzend vorgetragen.

**14 1.** Die Beschwerde vom 14.04.2023 ist zulässig, insbesondere fristgerecht gemäß § 63 FamFG innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses bei dem Nachlassgericht eingegangen. Zudem sind die Beteiligten zu 1 und 2 als Antragsteller wegen der Zurückweisung ihrer Anträge beschwerdebefugt im Sinne des § 59 FamFG.

**15 2.** In der Sache hat das Rechtsmittel teilweise Erfolg.

**16 a)** Einer Entscheidung über die Anträge vom 14.02.2023 steht die Zurückweisung des Antrags vom 03.07.2018 betreffend den Erbvertrag durch Beschluss vom 01.02.2019 sowie des Antrags vom 14.08.2019 betreffend das gemein-

schaftliche Testament durch Beschluss vom 15.08.2019 nicht entgegen.

**17** Zwar ist die Zurückweisung der Anträge jeweils in formelle Rechtskraft erwachsen, hinsichtlich des Antrags vom 03.07.2019 durch den Senatsbeschluss vom 29.08.2019, hinsichtlich des Antrags vom 14.08.2019 durch die als Rücknahme der Beschwerde auszulegende Erklärung vom 12.10.2019. Die Entscheidungen entfalten jedoch keine materielle Rechtskraft hinsichtlich der nunmehrigen Anträge. Diese beruhen bereits auf einem geänderten Sachverhalt, sodass der Verfahrensgegenstand nicht mehr identisch ist. Denn die Beteiligten zu 1 und 2 verlangen nunmehr die Herausgabe von nach Rechtskraft der Entscheidung aufgehobener Urkunden. Zudem erwächst die Entscheidung über den Herausgabeantrag nicht in materielle Rechtskraft. Dies ist nur dann der Fall, wenn mangels vergleichbarer Regelungen zu den §§ 322, 325 ZPO in FamFG-Verfahren es einer Analogie zum Ausgleich widerstreitender Interessen einer verbindlichen Klärung bedarf. Dies ist in den Verfahren der rein vorsorgenden Gerichtsbarkeit, so auch in Nachlassverfahren oder in nicht streitigen Antragsverfahren, regelmäßig nicht der Fall (Sternal/Jokisch, FamFG, 21. Aufl., § 45 Rdnr. 28, 30; BeckOK-FamFG/Obermann, Stand: 01.08.2023, § 45 Rdnr. 2a). Einer wiederholten Antragsstellung – bei gleichbleibendem Sachverhalt – kann dann über das in der Regel fehlende Rechtsschutzbedürfnis Rechnung getragen werden.

**18 b)** Das Herausgabeverlangen ist hinsichtlich des gemeinschaftlichen Testaments vom 04.06.2018 begründet.

**19 aa)** Es handelt sich entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts schon nicht um einen Erbvertrag, jedenfalls nicht um einen kombinierten Erb- und Ehevertrag. Denn die ausdrücklich als Testament bezeichnete letztwillige Verfügung enthält – worauf auch die Beteiligten zu 1 und 2 zutreffend hingewiesen haben – keine ehevertraglichen Regelungen. In dem Testament wird lediglich in § 1 Ziffer 5. im Hinblick auf den Widerruf nur betreffend die unter Ziffer II. der Urkunde vom 22.06.2011 als Erbvertrag geschlossenen Verfügungen informatorisch klargestellt, dass damit keine Änderung des Ehevertrages gemäß Ziffer I. verbunden ist. Es handelt sich daher allein um eine informatorische Bezugnahme und nicht um eine – allenfalls relevante – echte Verweisung (vgl. hierzu Staudinger/Raff, Neub. 2022, § 2300 Rdnr. 10). Im Übrigen ist die Einschränkung des § 2300 Abs. 2 BGB auf gemeinschaftliche Testamente nicht anwendbar (OLG Karlsruhe, Beschluss vom 24.02.2022, 14 W 6/22, juris Rdnr. 14).

**20 bb)** Das Herausgabeverlangen konnte auch wirksam durch die Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 und 2 gestellt werden. Denn das Gesetz sieht lediglich vor, dass aufgrund der Wirkung der Rücknahme die Rückgabe nur an den bzw. die Erblasser persönlich erfolgen kann (§ 2256 Abs. 2 Satz 2 BGB und entsprechend für den Erbvertrag § 2300 Abs. 2 Satz 2 BGB). Erst die Rückgabe an die Testierenden persönlich führt zum Eintritt der Widerrufswirkung und damit zu einer, einer Verfügung von Todes wegen vergleichbaren Wirkung, sodass die Rückgabe an einen Vertretungsbevollmächtigten ausgeschlossen ist

(MünchKomm-BGB/Sticherling, 9. Aufl. 2022, § 2256 Rdnr. 8; Grüneberg/Weidlich, 2023, § 2256 Rdnr. 4).

**21** Die teilweise in der Literatur letztlich auf einem Umkehrschluss beruhende Auffassung, dass aus der Höchstpersönlichkeit der Rücknahmehandlung auch bereits das Rückgabeverlangen ein höchstpersönliches Recht darstelle (vgl. Grüneberg/Weidlich, a. a. O., Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 2300 Rdnr. 4; Kroiß/Horn, Erbrecht, 6. Aufl. 2022, § 2300 Rdnr. 9; Erman/Kappler, BGB, 2020, § 2300 Rdnr. 3, jeweils für den Erbvertrag), vermag nicht zu überzeugen. Das Gesetz regelt nur die Abwicklung der Rückgabe. Diesem geht regelmäßig ein Herausgabeverlangen, sei es durch einen schriftlichen Antrag oder durch eine Terminvereinbarung, voraus. Ein sachlicher Grund dafür, dass hierbei eine Stellvertretung nicht möglich sein sollte, ist nicht ersichtlich. Die Frage, ob die Urkunde herauszugeben ist, kann ohne Weiteres zunächst schriftlich und im Streitfall auch unter Hinzuziehung anwaltlicher Unterstützung geklärt werden. Durch die Erforderlichkeit der persönlichen Rückgabe wird zudem gewährleistet, dass der entsprechende Rücknahmewillen und insoweit ein persönliches Rücknahmeverlangen zum Zeitpunkt der Herausgabe weiterhin vorliegt (MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2256 Rdnr. 6; BeckOGK-BGB/Grziwotz, Stand: 01.04.2023, § 2256 Rdnr. 6; Burandt/Rojahn/Lauck, Erbrecht, § 2256 Rdnr. 4; Kroiß/Horn, Erbrecht, § 2256 Rdnr. 6 Fn. 7).

**22** Da die Herausgabe allein durch das Nachlassgericht und nur an die Beteiligten zu 1 und 2 persönlich erfolgen kann, war dieses entsprechend anzuweisen.

**23 c)** Zurecht hat das Nachlassgericht jedoch die Herausgabe der Urkunde vom 22.06.2011 (UR-Nr. [...]) abgelehnt. Denn es handelt sich um einen kombinierten Ehe- und Erbvertrag, der nicht nur Verfügungen von Todes wegen enthält. Damit ist die Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nach der gesetzlichen Regelung des § 2300 Abs. 2 BGB ausgeschlossen.

**24** Wie in dem Hinweis der Berichterstatterin vom 14.06.2023 bereits dargelegt, kommt die Rückgabe eines kombinierten Erbvertrags nicht in Betracht (BeckOGK-BGB/Müller-Engels, § 2300 Rdnr. 16; Grüneberg/Weidlich, a. a. O. Rdnr. 3; Kroiß/Horn, Erbrecht, § 2300 Rdnr. 6; Keim, ZEV 2003, 55, 56; DNÖL Report 2003, 153). Der Reformgesetzgeber hat bei der Änderung von § 2300 BGB die Möglichkeit der Rückgabe ausdrücklich auf „reine“ Erbverträge beschränkt. Mit der Änderung sollte die Rechtslage nur hinsichtlich solcher Erbverträge, welche „lediglich Verfügungen von Todes wegen enthalten“, an die Rechtslage bei gemeinschaftlichen Testamenten angeglichen werden (BT. Drucks. 14/9266, S.49). Ausgehend von dem eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Regelung kommt eine Herausgabe daher nicht in Betracht.

**25** Auf die Wirksamkeit des in amtliche Verwahrung gegebenen Erbvertrags kommt es dabei nicht an. Denn die Frage der Wirksamkeit einer letztwilligen Verfügung ist allein in einem späteren Erbscheinsverfahren – oder etwaigen Erbenfeststellungsverfahren – durch das Nachlassgericht bzw. das Prozessgericht zu prüfen (Grüneberg/Weidlich,

§ 2259 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 2259 Rdnr. 8). Dem Rechtspfleger obliegt keine Prüfung der etwaigen Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung im Rückgabeverfahren. Es handelt sich um ein formelles Verfahren, welches die Kehrseite der Annahme in die amtliche Verwahrung bildet. Auch bei dieser und ebenso bei der Eröffnung einer letztwilligen Verfügung ist die Wirksamkeit derselben durch den Rechtspfleger nicht zu prüfen, es genügt, dass die Dokumente äußerlich gesehen als letztwillige Verfügung in Betracht kommen (Sternal/Zimmermann, FamFG, § 346 Rdnr. 7; BeckOK-FamFG/Schlögel, § 346 Rdnr. 7; MünchKomm-FamFG/Muscheler, 3. Aufl., § 346 Rdnr. 7). Daher sind etwa auch offensichtlich unwirksame Testamente zu eröffnen, ebenso widerrufene Testamente und aufgehobene Erbverträge im Hinblick auf die spätere etwaige Rückgängigmachung (BeckOK-FamFG/Schlögel, a. a. O.). Dies korrespondiert etwa mit der Verpflichtung des Notars gemäß § 43a BNotO, auch aufgehobene Erbverträge nach dem Tod bei dem Nachlassgericht zur Eröffnung einzureichen (MünchKomm-BGB/Sticherling, § 34a BeurkG Rdnr. 25).

**26** Soweit die Antragsteller die Auffassung vertreten, dass der Rückgabe der Urkunde vom 22.06.2011 kein nachvollziehbarer Grund entgegenstehe, so beruht die Entscheidung auf der gesetzlichen Regelung in § 2300 Abs. 2 BGB, an die das Nachlassgericht gebunden ist. Der Gesetzgeber hat sich ausdrücklich dafür entschieden, die Anpassung an die für gemeinschaftliche Testamente geltende Regelung der Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung nur für reine Erbverträge vorzusehen. Es kommt daher weder eine Analogie zu § 2256 BGB noch eine den Anwendungsbereich erweiternde teleologische Auslegung des § 2300 Abs. 2 BGB in Betracht. Die gesetzliche Regelung enthält nach der Gesetzesbegründung keine Regelungslücke. Der Sinn und Zweck der Regelung war die Gleichstellung mit gemeinschaftlichen Testamenten, soweit ein reiner Erbvertrag vorliegt.

**27** Schließlich ist eine Erweiterung des Anwendungsbereichs des § 2300 Abs. 2 BGB auch nicht im Wege einer verfassungskonformen Auslegung veranlasst. Zwar liegt im Hinblick auf das durch Art. 2 Abs. 1 GG geschützte Recht auf informationelle Selbstbestimmung ein Grundrechtseingriff vor. Denn die Testierenden haben nicht mehr die Möglichkeit, eine Eröffnung des Erbvertrages zu verhindern, und müssen damit die Bekanntgabe auch eines mittlerweile geänderten Willens in Kauf nehmen.

**28** Der Eingriff erweist sich jedoch unter Berücksichtigung des Schutzzwecks der Norm als gerechtfertigt. Denn die Beschränkung der Rücknahmemöglichkeit bei kombinierten Erbverträgen dient dem Schutz der die ehevertraglichen Regelungen enthaltenen Original-Urkunde vor Verlust und damit der Rechtssicherheit. Ein Ehevertrag enthält typischerweise Regelungen, die – anders als letztwillige Verfügungen – zu Lebzeiten maßgeblich sind, etwa hinsichtlich des Güterstandes und sich daran anknüpfender Rechtsfolgen. Der Erhalt der Originalurkunde ist daher im Interesse der Rechtssicherheit von besonderer Bedeutung.

**29** Zudem beruht die Entscheidung, einen kombinierten Erbvertrag in amtliche Verwahrung zu geben auf einem



Willensentschluss der Testierenden und ist insoweit Folge der freiwilligen Wahl dieses rechtsgeschäftlichen Gestaltungsmittels (vgl. BVerfG, Beschluss vom 06.04.1989, 1 BvR 33/89, juris). Anders als bei einem notariell beurkundeten gemeinschaftlichen Testament, welches gemäß § 34 Abs. 1 BeurkG in amtliche Verwahrung zu geben ist, ist bei Erbverträgen der Ausschluss der amtlichen Verwahrung nicht nur möglich, sondern bei kombinierten Erbverträgen als Regelfall vorgesehen (§ 34 Abs. 2 BeurkG). Indem die Beteiligten zu 1 und 2 den kombinierten Ehe- und Erbvertrag gleichwohl in die besondere amtliche Verwahrung gegeben haben, haben sie sich freiwillig der Möglichkeit beraubt, diesen später gemäß § 2300 Abs. 2 BGB zurücknehmen zu können.

**30** Zwar liegt damit im Ergebnis eine Ungleichbehandlung von kombinierten Erbverträgen gegenüber kombinierten notariell errichteten gemeinschaftlichen Testamenten vor, deren Rücknahme aus der amtlichen Verwahrung weiterhin möglich ist (vgl. hierzu OLG Karlsruhe, Beschluss vom 11.01.2022, 14 W 6/22). Hierin ist jedoch kein Verstoß gegen Art. 3 Abs. 1 GG zu sehen. Denn die hinsichtlich der Rückgabe bestehende Differenzierung zwischen beiden Formen der letztwilligen Verfügung ist jedenfalls nicht als willkürlich anzusehen. Nach den Erfahrungen des Senats sind in gemeinschaftlichen Testamenten ganz überwiegend nur letztwillige Verfügungen enthalten. Eine Kombination eines gemeinschaftlichen Testaments mit sonstigen vertraglichen Regelungen stellt insbesondere in privatschriftlich errichteten gemeinschaftlichen Testamenten eine Ausnahme dar. Gemeinschaftliche Testamente bedürfen anders als Erbverträge für deren Formwirksamkeit nicht der notariellen Beurkundung. Da der Erbvertrag notariell zu beurkunden ist, ist es hingegen näherliegend, dass mit diesem auch von den Testierenden ohnehin beabsichtigte, weitere notariell zu beurkundende Erklärungen abgegeben werden. Diesen Fall hat der Gesetzgeber auch als regelungsbedürftig angesehen, wie aus § 34 Abs. 2 BeurkG und nunmehr § 2300 Abs. 2 BGB hervorgeht. Für das gemeinschaftliche Testament hingegen ist eine Vielzahl von Fallgestaltungen denkbar, hinsichtlich deren bei einer etwaigen Regelung wiederum Differenzierungen veranlasst wären, etwa mit Blick auf privatschriftlich oder öffentlich errichtete gemeinschaftliche Testamente oder den Gegenstand der mit der letztwilligen Verfügung kombinierten sonstigen Regelung und deren etwaigen Beurkundungsbedürftigkeit. Insoweit ist es nicht zu beanstanden, wenn der Gesetzgeber allein den typischen Fall des – zwingend notariell zu errichtenden – Erbvertrags, der nicht lediglich letztwillige Verfügungen enthält, hinsichtlich der Frage der Rückgabe einer besonderen Regelung unterworfen hat, ohne diese Einschränkung auf gemeinschaftliche Testamente zu erstrecken. Entsprechende Fallkonstellationen dürften zudem in der Zukunft noch seltener auftreten, da seit dem Inkrafttreten des GNotKG das Kostenprivileg der einheitlichen Beurkundung einer letztwilligen Verfügung mit einem Ehevertrag weggefallen ist und aus notarieller Sicht ein Grund für eine zusammenfassende Beurkundung nicht mehr besteht (vgl. § 111 Nr. 1 und 2 GNotKG; *Litzenburger*, Anmerkung zu OLG Karlsruhe, ZEV 2022, 226, 227).

(...)

## ANMERKUNG:

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

### 1. Konsequenzen der Entscheidung?

Als Konsequenzen der Entscheidung werden drei Empfehlungen gegeben:

- Das Absehen von der Inverwahrgabe<sup>1</sup>
- zur Wahrung des Familienfriedens die Rücknahme bzw. Vernichtung widerrufener letztwilliger Verfügungen, soweit dies möglich ist,<sup>2</sup> und
- die Vermeidung notarieller „Kombinationsverträge“.<sup>3</sup>

### 2. Die (mehrfach geänderte) Rechtslage und die notariellen Pflichten

#### a) Die Kostenfrage

§ 46 Abs. 3 KostO sah bis zum 31.07.2013 vor, dass bei einem Ehe- und Erbvertrag nur eine Gebühr anfällt.<sup>4</sup> Insoweit existieren noch zahlreiche ältere „Kombinationsverträge“, für die eine Rücknahme nach der Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. auch nach einer Aufhebung des Ehevertrages nicht in Betracht kommt. Allerdings wird, insbesondere bei größeren Vermögen und damit höheren Geschäftswerten die Zusammenrechnung (§ 35 Abs. 1 GNotKG) weiterhin zu einer (wenn auch nicht gravierenden) Kostenersparnis führen.<sup>5</sup> So beträgt beispielsweise die Gebühr bei einem Geschäftswert von 1 Mio. € je Vertrag bei einem Ehe- und Erbvertrag 6.670 € (ohne USt.) und bei zwei getrennten Verträgen zusammengerechnet 6.940 € (ohne USt.). Insbesondere bei einer gegenseitigen Erbeinsetzung zur Absicherung des Partners dürfte auch der Familienfriede durch eine spätere Eröffnung – auch nach einer zwischenzeitlichen Scheidung – wenig beeinträchtigt sein. Zudem wird häufig die Beurkundung eines Ehevertrags mit der eines Erbvertrags unter Ehegatten verbunden, weil diese eine umfassende Regelung ihrer Vermögensverhältnisse zu Lebzeiten und für den Fall des Versterbens treffen wollen. Ob es sich um ein Rechtsgeschäft handelt, entscheidet in diesem Fall der Wille der Vertragschließenden und nicht die Möglichkeit der späteren Rücknehmbarkeit.<sup>6</sup>

#### b) Verwahrung beim Notar oder beim AG?

Testamente sind zwingend in die amtliche Verwahrung bei einem Nachlassgericht (§ 34 Abs. 1 BeurkG) zu geben. Eine Ausnahme wird nur dann gemacht, wenn der Erblasser sein Testament vor der Ablieferung bereits widerruft;

1 So *W. Roth*, NJW-Spezial 2023, 680.

2 *Milzer*, NZFam 2024, 95.

3 *Milzer*, NZFam, 2024, 95.

4 Vgl. *Korintenberg/Reimann*, KostO, 18. Aufl. 2010, § 46 Rdnr. 43 f.

5 *Korintenberg/Bormann*, GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 35 Rdnr. 12 f.

6 Ähnlich MünchKomm-BGB/Münch, 9. Aufl. 2022, § 1410 Rdnr. 11.

in diesem Fall soll der Notar befugt sein, das Testament nicht mehr zur Verwahrung abzuliefern, sondern dem Erblasser zur Vernichtung auszuhändigen, da dieser es sofort aus der amtlichen Verwahrung nehmen könnte (§ 2256 Abs. 1 Satz 1 BGB).<sup>7</sup> Bei Erbverträgen haben sämtliche Beteiligten (auch Vertragspartner, die selbst nicht letztwillig verfügen, sondern nur die Verfügungen des oder der anderen annehmen) die Wahl, ob der Vertrag in der Verwahrung des Notars, d. h. in dessen Erbvertragsammlung (§ 32 NotAktVV) verbleibt, bis er bei Eintritt eines Erbfalles an das Nachlassgericht abgeliefert werden muss (§ 34a Abs. 3 Satz 1 BeurkG) oder bereits vorher auf Antrag in die amtliche Verwahrung des Nachlassgerichts gegeben wird. Diese Wahl kann auch bis zum Erbfall geändert werden, also beispielsweise der zunächst beim Notar verwahrte Erbvertrag auf (kostenfreien)<sup>8</sup> Antrag auch nur eines Beteiligten<sup>9</sup> doch in die Verwahrung des Nachlassgerichts gegeben werden oder ein dort befindlicher Erbvertrag auf Antrag sämtlicher Beteiligter<sup>10</sup> in die Verwahrung des Notars zurückgegeben werden. Beide Vorgänge, die auch wiederholt werden können, haben nicht die Wirkung der § 2300 Abs. 2 Satz 3, § 2256 Abs. 1 BGB. Bei einer Verfügung von Todes wegen, die mit einem anderen Vertrag in derselben Urkunde verbunden ist, geht das Gesetz davon aus, dass die Beteiligten die besondere amtliche Verwahrung ausschließen (§ 34 Abs. 2 BeurkG).

### c) Ablieferung nach dem Erbfall

Ein zunächst in der Erbvertragssammlung des Notars verbliebener Erbvertrag ist nach dem (ersten) Erbfall an das Nachlassgericht abzuliefern, in dessen einfacher (Akten-)Verwahrung<sup>11</sup> er auch für die weiteren Erbfälle verbleibt (§ 34a Abs. 3 Satz 1 BeurkG), sofern nicht die besondere amtliche Verwahrung beantragt wird. Eine Verwahrung beim Notar bis zum nächsten Erbfall ist nicht mehr möglich. Die Ablieferungspflicht entsteht mit elektronischer Information über den Sterbefall durch das zentrale Testamentsregister. Kann der Notar nicht ermitteln, ob der Erblasser noch lebt (§ 351 FamFG), nachdem sich der Vertrag 30 Jahre in seiner Verwahrung befindet, muss er diesen ebenfalls abliefern. Eine Rücknahme aus der Verwahrung ist, selbst wenn der Erbvertrag nicht für die Erbfolge maßgeblich war, nach dem Tod eines Erblassers nicht mehr möglich (§ 2290 Abs. 1 Satz 2, § 2300 Abs. 2 Satz 3 BGB). Bei einem Kombinationsvertrag verlangen die Nachlassgerichte die Ablieferung des Originals. Dies ist nach überwiegender Ansicht zutreffend, da ein Erbvertrag, auch wenn er mit einem anderen Rechtsgeschäft in

einer Urkunde verbunden ist, in Urschrift abzuliefern ist.<sup>12</sup> Bei einem Ehe- und Erbvertrag, in dem Gütergemeinschaft oder Gütertrennung sowie eine gegenseitige Erbeinsetzung vereinbart wurden, ist somit die gesamte Urkunde abzuliefern. Die Ablieferung ist unter Angabe des Datums im Urkundenverzeichnis zu vermerken (§ 16 Abs. 3 Nr. 3 NotAktVV). Erfolgerelevante Erklärungen mit Ausnahme von Erbverträgen sind lediglich in beglaubigter Abschrift an das Nachlassgericht mitzuteilen (§ 34a Abs. 3 Satz 2 BeurkG). Deshalb ist ein Ehevertrag, in dem ein von der Zugewinnsgemeinschaft abweichender Güterstand getrennt vom Erbvertrag vereinbart wurde, dennoch (in beglaubigter Abschrift) an das Nachlassgericht abzuliefern, selbst wenn er durch eine Scheidung zwischenzeitlich keine Bedeutung mehr hat. Anders ist dies bei Vereinbarung der modifizierten Zugewinnsgemeinschaft, selbst beim Ausschluss des Zugewinnausgleichs im Todesfall, da sich dieser Ehevertrag nicht auf die Erbfolge auswirkt. Gleiches gilt hinsichtlich eines Pflichtteilsverzichts, der mit der Vereinbarung der Gütertrennung in eine Urkunde aufgenommen wurde. Aufgrund der Verschwiegenheitspflicht darf im letzten genannten Fall nur eine auszugsweise beglaubigte Abschrift mit den erfolgerelevanten Teilen an das Nachlassgericht gesandt werden.<sup>13</sup>

### 3. Urkudentrennung zur Ermöglichung einer späteren Rücknahme?

Die Möglichkeit, einen (isolierten) Erbvertrag aus der notariellen oder nachlassgerichtlichen Verwahrung mit der Folge der Unwirksamkeit zurückzunehmen (§ 2300 Abs. 2 BGB), besteht erst seit 01.08.2002. Die Rücknahme aus der besonderen amtlichen Verwahrung beim Nachlassgericht wird dokumentiert (§ 34 Abs. 6 AktO, Stand: 01.01.2024). Eine gesonderte Gebühr fällt dafür nicht an; die Rückgabe ist bereits mit der Gebühr nach GNotKG KV 12100, die für die besondere amtliche Verwahrung i. H. v. 75 € anfällt,<sup>14</sup> abgegolten.<sup>15</sup> Für die Rücknahme eines Erbvertrags, der in der (kostenfreien) notariellen Verwahrung verblieben ist, ist eine 0,3-Gebühr zu erheben (GNotKG KV 23100).<sup>16</sup> Der Geschäftswert bestimmt

<sup>7</sup> Siehe nur Winkler, BeurkG, 21. Aufl. 2023, § 34 Rdnr. 8.

<sup>8</sup> Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, KV 23100 Rdnr. 8.

<sup>9</sup> Siehe nur MünchKomm-BGB/Sticherling, § 34 BeurkG Rdnr. 40.

<sup>10</sup> Heinemann/Sauer in Grziwotz/Sauer/Heinemann, BeurkG, 4. Aufl. 2024, § 34 Rdnr. 26.

<sup>11</sup> BeckOGK-BeurkG/Grziwotz, Stand: 01.01.2024, § 34a Rdnr. 21.

<sup>12</sup> Vgl. DNotl-Report 2020, 105, 106; Winkler, BeurkG, § 34a Rdnr. 35; Seebach in Bremkamp/Kindler/Winnen, BeurkG, 2023, § 34a Rdnr. 87 f.; MünchKomm-BGB/Sticherling, § 34 BeurkG Rdnr. 27; a. A. nur Burandt/Rojahn/Egerland, Erbrecht, 4. Aufl. 2022, § 34a BeurkG Rdnr. 10, der stets eine beglaubigte Abschrift der gesamten Urkunde an das Nachlassgericht abliefern möchte.

<sup>13</sup> Die Gebühr fällt auch an, wenn sich später herausstellt, dass die angenommene letztwillige Verfügung bei Annahme bereits widerrufen war (Sommerfeldt in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl. 2021, KV 12100 Rdnr. 3).

<sup>14</sup> Korintenberg/Wilsch, GNotKG, KV 12100 Rdnr. 5.

<sup>15</sup> Zu den kostenrechtlichen Varianten bei Erbverträgen (Verwahrung beim Nachlassgericht oder beim Notar) instruktiv Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, KV 23100 Rdnr. 8.



sich nach §§ 114, 102 Abs. 1 bis 3 GNotKG, wobei maßgeblicher Zeitpunkt derjenige der Rückgabe ist. Insofern können sich erhebliche Abweichungen vom Geschäftswert bei Errichtung des Erbvertrags ergeben.<sup>17</sup> Allerdings wirkt sich diese Gebühr häufig nicht aus, da die Anmerkung zu GNotKG KV 23100 einen Anrechnungstatbestand vorsieht: In einem gewissen zeitlichen Zusammenhang mit der Rücknahme des Erbvertrags eine neue Verfügung von Todes wegen vor demselben Notar oder einer dieser gleichgestellten Urkundsperson (Vorbemerkung 2 Abs. 1) vom Erblasser errichtet, wird die Rücknahmegerühr angerechnet, und zwar nach Kopfteilen.<sup>18</sup>

In der Praxis erfolgt eine Erbvertragsrücknahme deshalb meist, wenn bei dem Notar, der den Erbvertrag beurkundet hat oder seinem Amtsnachfolger eine völlig neue Verfügung von Todes wegen errichtet wird. Eine Rücknahme wird jedoch dann unterbleiben, wenn die frühere Verfügung später (zum Beispiel nach einer Restschuldbefreiung) wieder gelten soll oder wenn die neue Verfügung bei einem anderen Notar beurkundet wird. Auch im Zusammenhang mit notariellen Scheidungsvereinbarungen wird mitunter der Erbvertrag zurückgenommen, wenn anschließend eine neue Verfügung (zum Beispiel jeweils ein Geschiedenentestament) beurkundet wird. Dagegen ergibt sich bei einer streitigen Scheidung meist keine Gelegenheit zur gemeinsamen Rücknahme. Insofern ist die dringende Empfehlung der Vermeidung von „Kombinationsverträgen“ richtigerweise durch eine Entscheidung im Einzelfall zu ersetzen. Bei Scheidungen dürfte zudem die „Wahrung des Familienfriedens“ keine erhebliche Rolle mehr spielen.

17 Zutreffender Hinweis von Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, KV 23100 Rdnr. 6 a. E.

18 Vgl. Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, KV 23100 Rdnr. 7.

## STEUERRECHT

### 25. Zu den Besteuerungsfolgen der unentgeltlichen Übertragung eines verpachteten Gewerbebetriebs entweder gegen Versorgungsleistungen oder unter Vorbehalt des Nießbrauchs

BFH, Urteil vom 08.08.2024, IV R 1/20 (Vorinstanz: FG Bremen, Urteil vom 05.12.2018, 1 K 93/18)

EStDV § 7 Abs. 1

EStG § 6 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Nr. 4, Abs. 1 Nr. 5 Satz 1, § 16 Abs. 3 Satz 1

FGO i. d. F. des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes § 48

#### LEITSÄTZE:

- Während die unentgeltliche Übertragung eines verpachteten Gewerbebetriebs unter Beachtung der Voraussetzungen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen unter § 7 Abs. 1 EStDV (seit 1999 § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG) fällt, greift diese Norm bei

der unentgeltlichen Übertragung eines verpachteten Gewerbebetriebs unter Vorbehalt des Nießbrauchs nicht ein (Bestätigung der Rechtsprechung, vgl. Urteil des BFH vom 25.01.2017, X R 59/14, BFHE 257, 227 = BStBl. II 2019, S. 730 Rdnr. 40).

- Die unentgeltliche Übertragung eines verpachteten Gewerbebetriebs unter Vorbehalt des Nießbrauchs führt beim Übertragenden im Fall der Fortführung der gewerblichen Verpachtungstätigkeit nicht zu einer steuerbegünstigten Betriebsaufgabe nach § 16 Abs. 3 Satz 1 EStG, sondern zur Entnahme der übertragenen Wirtschaftsgüter. Der Vorbehaltsnießbraucher führt den verpachteten Gewerbebetrieb infolge der fehlenden Einstellung seiner gewerblichen Verpachtungstätigkeit fort.
- Beim Tod des Vorbehaltsnießbrauchers geht – vorbehaltlich einer zuvor von ihm abgegebenen Aufgabeerklärung – sein dann weiterhin bestehender gewerblicher Verpachtungsbetrieb nach § 7 Abs. 1 EStDV bzw. § 6 Abs. 3 Satz 1 EStG auf den Erwerber (Erben) über. Zu diesem Zeitpunkt werden die bisher im Privatvermögen des Erwerbers befindlichen Wirtschaftsgüter mit dem Teilwert in das Betriebsvermögen eingelegt.
- § 48 FGO i. d. F. des Art. 27 des Kreditzweitmarktförderungsgesetzes gilt auch für im Zeitpunkt seines Inkrafttretens am 01.01.2024 bereits anhängige Klageverfahren.

### 26. Begünstigungstransfer bei der Erbschaftsteuer

BFH, Urteil vom 15.05.2024, II R 12/21 (Vorinstanz: FG Düsseldorf, Urteil vom 21.04.2021, 4 K 1154/20 Erb)

ErbStG a. F. § 13a Abs. 3 Satz 2, § 13b Abs. 3, § 13c Abs. 2 Satz 3

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4

#### LEITSÄTZE:

- Der Transfer der Steuerbegünstigung für Betriebsvermögen, für vermieteten Wohnraum und für das selbstgenutzte Familienheim unter Miterben setzt voraus, dass die Übertragung der Vermögenswerte im Rahmen der Teilung des Nachlasses erfolgt. Dies kann auch dann der Fall sein, wenn die Teilung des Nachlasses mehr als sechs Monate nach dem Erbfall erfolgt (entgegen H E 13 a.11 der Hinweise zu den Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019).
- Beruht der Entschluss, den Nachlass zu teilen und dabei begünstigtes (Betriebs-)Vermögen gegen nicht begünstigtes Vermögen zu übertragen, auf einer neuen Willensbildung der Erbgemeinschaft, die den Nachlass zunächst willentlich ungeteilt belassen hat, ist die Übertragung nicht begünstigt.

**AUS DEN GRÜNDEN:**

**1** Die Eltern des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) starben im Dezember 2015 kurz nacheinander. Der Kläger und sein Bruder beerbten sowohl die Mutter als auch den Vater (Erblasser) je zur Hälfte. Zum Nachlass der Mutter gehörten unter anderem Grundstücke, zum Nachlass des Erblassers gehörten Grundstücke, eine 20%ige Kommanditbeteiligung an einer gewerblich tätigen GmbH & Co. KG (KG) sowie eine 20%ige Beteiligung an der Komplementärgesellschaft der KG (GmbH). Die übrigen Beteiligungen von 80 % an der KG und der GmbH hielt im Zeitpunkt des Erbfalls der Kläger.

**2** Mit Feststellungsbescheid vom 12.07.2017 wurde der Wert des KG-Anteils des Erblassers auf 312.256 € festgestellt.

**3** Der Beklagte und Revisionskläger (FA) setzte zuletzt mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung (§ 164 AO) stehendem Bescheid vom 02.03.2018 die Erbschaftsteuer aufgrund des Erwerbs nach dem Erblasser i. H. v. 30.668 € gegen den Kläger fest. Das FA berücksichtigte bei der Erbschaftsteuerfestsetzung gegen den Kläger für den KG-Anteil die Begünstigung nach § 13a ErbStG in der im Streitjahr geltenden Fassung (ErbStG a. F.). Für einzelne Grundstücke wurde die Begünstigung nach § 13c ErbStG a. F. teilweise gewährt. Für die vom Kläger nach dem Erbfall bewohnte Wohnung wurde zudem die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG i. H. v. 19.932 € gewährt. Der Bescheid wurde formell bestandskräftig.

**4** Mit notarieller Urkunde vom 19.02.2018 übertrugen der Kläger und sein Bruder untereinander zum Zwecke der Erbauseinandersetzung mehrere Grundstücke. Mit weiterer notarieller Urkunde vom 20.12.2018 übertrug der Bruder den mit dem Erbfall auf ihn entfallenden Anteil von 10 % an der KG unentgeltlich auf den Kläger. Für die Übertragung der GmbH-Beteiligung leistete der Kläger eine Abfindung i. H. v. 3.785,12 € an seinen Bruder. Ergebnis der Erbauseinandersetzung war, dass der Bruder ein Grundstück und der Kläger die Gesellschaftsbeteiligungen und die anderen Grundstücke jeweils zum Alleineigentum erhielten.

**5** Mit Schreiben vom 19.11.2019 beantragte der Kläger die Änderung des Bescheides vom 02.03.2018 nach § 164 AO, da aufgrund der Erbauseinandersetzung die erbschaftsteuerrechtlichen Begünstigungen nach §§ 13a, 13b und 13c ErbStG a. F. neu zuzuordnen und bei seiner Erbschaftsteuerfestsetzung zu berücksichtigen seien. Das FA lehnte die Änderung mit Bescheid vom 15.01.2020 ab. Eine Erbauseinandersetzung könne steuerlich nur berücksichtigt werden, wenn sie zeitnah nach dem Erbfall erfolge. Als zeitnah werde dabei ein Zeitraum von sechs Monaten angesehen. Der Erbfall sei aber bereits 2015 eingetreten, die Auseinandersetzung erst 2018 erfolgt und die Änderung am 19.11.2019 beantragt worden. Gegen die Ablehnung der Änderungen legte der Kläger Einspruch ein, den das FA mit Einspruchentscheidung vom 14.04.2020 als unbegründet zurückwies.

**6** Das FG gab der hiergegen erhobenen Klage statt und verurteilte das FA, den Erbschaftsteuerbescheid vom 02.03.2018 zu ändern und die steuerliche Begünstigung des Wohnraums i. H. v. 28.942 €, des Betriebsvermögens

i. H. v. 312.256 € und des eigengenutzten Familienheims i. H. v. 41.935 € zu gewähren. Das Urteil ist in EFG 2021, 1216 veröffentlicht.

**7** Dagegen wendet sich das FA mit der Revision. Es rügt eine Verletzung der Vorschriften über den sog. Begünstigungstransfer nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG, § 13a Abs. 3, § 13b Abs. 3 und § 13c Abs. 2 ErbStG a. F. Die Auseinandersetzung der Miterben sei erst drei Jahre nach dem Erbfall und damit nicht zeitnah – innerhalb von sechs Monaten – erfolgt. Ein begründeter Ausnahmefall liege nicht vor. Auch der Verlust beider Elternteile binnen einer Woche rechtfertige keine Verzögerung von drei Jahren. Die Auseinandersetzung sei nicht von den Erbschaftsteuerveranlagungen abhängig gewesen. Die Bedarfswertfeststellungen seien bis zum 12.07.2017 erfolgt, sodass jedenfalls in der zweiten Jahreshälfte 2017 eine Auseinandersetzung anhand der Steuerwerte möglich gewesen wäre.

**8** Wegen des Begünstigungstransfers nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG verweist das FA auf das Urteil des BFH vom 28.05.2019, II R 37/16 (BFHE 264, 512 = BStBl. II 2019, S. 678), in dem der BFH ausdrücklich an der Sechs-Monats-Regelfrist festgehalten habe. Im Übrigen sei der ursprüngliche Erwerb des Bruders nach dieser Vorschrift nicht begünstigt gewesen, denn der Bruder habe das Familienheim nicht zu eigenen Wohnzwecken nutzen wollen. Es fehle daher an einer Begünstigung, die auf den Kläger transferiert werden könnte.

**9** Das FA beantragt,

die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

**10** Der Kläger beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

**11** Das BMF ist dem Verfahren nach § 122 Abs. 2 Satz 1 FGO beigetreten. Es stellt keinen Antrag.

**12** Die Revision ist unbegründet und daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Zutreffend ist das FG davon ausgegangen, dass dem Kläger die Steuerbegünstigung für das Betriebsvermögen (§§ 13a, 13b ErbStG a. F.), für Wohnraum (§ 13c ErbStG a. F.) und für das eigengenutzte Familienheim (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG) aufgrund des sog. Begünstigungstransfers in dem beantragten Umfang zu gewähren ist.

**13 1.** Die Voraussetzungen für die Übertragung der Steuerbegünstigung des Betriebsvermögens im Wege der Erbauseinandersetzung (§ 13a Abs. 1 und 2 ErbStG a. F.) sind erfüllt.

**14 a)** Nach § 13a Abs. 1 Satz 1 ErbStG a. F. bleibt der Wert von Betriebsvermögen, land- und forstwirtschaftlichem Vermögen und Anteilen an Kapitalgesellschaften im Sinne des § 13b Abs. 4 ErbStG a. F. insgesamt außer Ansatz (Verschöbnungsabschlag). Nach § 13a Abs. 2 ErbStG a. F. bleibt zudem der nicht unter § 13b Abs. 4 ErbStG a. F. fallende Teil des Vermögens im Sinne des § 13b Abs. 1 ErbStG a. F. vorbehaltlich des Satzes 3 der Norm außer Ansatz, soweit der Wert dieses Vermögens insgesamt 150.000 € nicht über-



steigt (Abzugsbetrag). Zum begünstigten Vermögen gehören nach § 13b Abs. 1 Nr. 2 ErbStG a. F. unter anderem ein Anteil an einer Gesellschaft im Sinne des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und Abs. 3 oder § 18 Abs. 4 EStG.

**15 b)** Nach § 13a Abs. 3 Satz 2 ErbStG kann ein Erwerber den Verschonungsabschlag nach Abs. 1 und den Abzugsbetrag nach Abs. 2 nicht in Anspruch nehmen, soweit er Vermögen im Sinne des § 13b Abs. 1 ErbStG a. F. im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Miterben überträgt. Gibt der Miterbe („Dritte“) dabei nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich nach § 13b Abs. 3 ErbStG a. F. insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Miterben um den Wert des hingegebenen Vermögens. Der Begünstigungstransfer führt danach zur Erhöhung der Bemessungsgrundlage für die Steuerbefreiung und nicht zu einer Veränderung der Zurechnung der Erwerbsgegenstände, da für die Erbschaftsteuer nach § 11 ErbStG das Stichtagsprinzip gilt. Maßgebend für die Wertermittlung ist der Zeitpunkt der Entstehung der Steuer, also der Zeitpunkt des Todes des Erblassers (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 28).

**16 c)** Dieser sog. Begünstigungstransfer setzt nach § 13b Abs. 3 ErbStG a. F. voraus, dass die Übertragung des Betriebsvermögens auf den Miterben „im Rahmen der Teilung des Nachlasses“ erfolgt. Die Begünstigung wirkt nur insoweit, als im Gegenzug nicht begünstigtes Vermögen hingegeben wird.

**17 aa)** Eine Frist für die Teilung des Nachlasses oder weitere Voraussetzungen sieht die Vorschrift nicht vor. Entgegen der Auffassung der Finanzverwaltung, nach der die Auseinandersetzung vereinbarung innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall erfolgen muss (vgl. H E 13 a.11 der Hinweise zu den Erbschaftsteuer-Richtlinien 2019 zur Nachfolgeregelung § 13a Abs. 5 Satz 3 ErbStG n. F. und BMF-Schreiben vom 14.03.2006, BStBl. I 2006, S. 253 Rdnr. 8), ist eine zeitliche Beschränkung für die Teilung des Nachlasses in § 13b Abs. 3 ErbStG a. F. nicht vorgesehen (so auch zur Nachfolgeregelung Geck in Kapp/Ebeling, Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetz, § 13a Rdnr. 86; Söffing in ErbStG – eKomm, Stand: 14.03.2023, § 13a Rdnr. 161; vgl. BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 27, zu der vergleichbaren Regelung in § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG). Ausreichend ist – wie vom FG zutreffend erkannt –, dass ein innerer Zusammenhang zum Erbfall besteht. Beruht der Entschluss, den Nachlass zu teilen und dabei begünstigtes (Betriebs-)Vermögen gegen nicht begünstigtes Vermögen zu übertragen, auf einer neuen Willensbildung der Erbgemeinschaft, die den Nachlass zunächst willentlich ungeteilt belassen hat, erfolgt die Übertragung nicht im Rahmen der Teilung des Nachlasses und der Begünstigungstransfer ist ausgeschlossen.

**18 bb)** Ob die Übertragung im Rahmen der Teilung des Nachlasses erfolgt, ist im Wege der Auslegung des ihr zugrunde liegenden Erbteilungsvertrags unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Dabei bildet der zeitliche Abstand zwischen dem Anfall des Nachlasses und der Übertragung der Vermögensgegenstände

nur ein Indiz dafür, ob die Übertragung noch im Rahmen der Teilung des Nachlasses erfolgt. Je nach dem Umfang des Nachlasses und den Schwierigkeiten bei der Bewertung einzelner Vermögensgegenstände kann im Einzelfall – entgegen der Auffassung des FA – auch bei einem über sechs Monate hinausgehenden Zeitraum zwischen Erbfall und Übertragung des Vermögens noch von einer Übertragung im Rahmen der Teilung des Nachlasses ausgegangen werden.

**19 d)** Ausgehend von diesen Grundsätzen ist das FG in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise im vorliegenden Fall davon ausgegangen, dass die Übertragung des zunächst vom Bruder des Klägers im Wege der Erbfolge erlangten anteiligen KG-Anteils gemäß § 13b Abs. 3 ErbStG a. F. „im Rahmen der Teilung des Nachlasses“ erfolgte und für den übernommenen Anteil die Begünstigung des Betriebsvermögens nach § 13a Abs. 1 und 2 ErbStG a. F. zu gewähren ist.

**20** Das FG hat dies mit den besonderen Umständen des Einzelfalls begründet. So sei die klare Zuordnung des Betriebsvermögens von Anfang an gewollt gewesen. Die Dauer der Erbauseinandersetzung sei damit zu erklären, dass nach dem plötzlichen Tod beider Elternteile eine Vielzahl von steuerrechtlichen und bewertungsrechtlichen Fragen aufgekommen sei, die zunächst hätten beantwortet werden müssen. Anhaltspunkte dafür, dass die Miterben den Nachlass zunächst ungeteilt belassen wollten und die Übertragung des Vermögens auf einem neuen Entschluss der beiden Miterben beruhe, bestünden nicht. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BFH, Urteil vom 09.05.2023, VI R 38/20, BFH/NV 2023, 1057 Rdnr. 31).

**21 e)** Danach erhöht sich im Streitfall nach § 13a Abs. 3 Satz 2 ErbStG a. F. das steuerbegünstigte Vermögen des Klägers. Die Höhe des Begünstigungstransfers ist zwischen den Beteiligten unstreitig. Insbesondere ist weder dargelegt noch erkennbar, dass die Leistungen des Klägers nicht im Sinne des § 13b Abs. 3 ErbStG a. F. ausgeglichen waren.

**22 2.** Die Steuerbegünstigung für Wohnraum (§ 13c Abs. 1 ErbStG a. F.) ist ebenfalls im Wege der Erbauseinandersetzung übertragen worden.

**23 a)** Nach § 13c Abs. 1 und 3 ErbStG a. F. sind bebaute Grundstücke oder Grundstücksteile, die zu Wohnzwecken vermietet werden, im Inland, in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union oder in einem Staat des Europäischen Wirtschaftsraums belegen sind und nicht zum begünstigten Betriebsvermögen oder begünstigten Vermögen eines Betriebs der Land- und Forstwirtschaft im Sinne des § 13a ErbStG a. F. gehören, mit 90 % ihres Werts anzusetzen.

**24 b)** Überträgt ein Erbe erworbene begünstigte Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich nach § 13c Abs. 2 Satz 3 ErbStG a. F. insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens.

**25** Der Begünstigungstransfer nach § 13c Abs. 2 Satz 3 ErbStG a. F. entspricht dem des § 13a Abs. 3 und § 13b Abs. 3 ErbStG a. F. § 13c Abs. 2 Satz 3 ErbStG a. F. verlangt ebenfalls, dass die Übertragung im Rahmen der Teilung des Nachlasses erfolgt und benennt dafür keinen konkreten Zeitraum. Ob die Voraussetzungen erfüllt sind, ist auch im Rahmen dieser Vorschrift durch eine Gesamtwürdigung aller Tatsachen zu prüfen (vgl. BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 36).

**26 c)** Ausgehend davon ist das FG ebenfalls in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise davon ausgegangen, dass der Begünstigungstransfer nicht deshalb ausgeschlossen ist, weil die Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Grundvermögens erst etwas mehr als zwei Jahre nach dem Tod des Erblassers erfolgte. Die Begünstigung des Klägers war daher auf die von ihm nach der Übertragung der Miteigentumsanteile im Alleineigentum stehenden Grundstücke zu beschränken und für diese Grundstücke in voller Höhe zu gewähren.

**27 3.** Schließlich ist auch die Steuerbegünstigung für das selbstgenutzte Familienheim (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG) in dem beantragten Umfang zu gewähren.

**28 a)** Steuerfrei ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG unter anderem der Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück durch Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat oder bei der er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert war, die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim). Die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG erfasst – unter weiteren Voraussetzungen – unter anderem eine Wohnung in einem mit einem Zweifamilienhaus bebauten Grundstück, wenn die Wohnung beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist. Begünstigt ist der Erwerb von Todes wegen, bei einem Miterben also der Erwerb entsprechend seiner Erbquote.

**29 b)** Überträgt ein Erbe erworbene begünstigte Vermögen im Rahmen der Teilung des Nachlasses auf einen Dritten und gibt der Dritte dabei diesem Erwerber nicht begünstigtes Vermögen hin, das er vom Erblasser erworben hat, erhöht sich insoweit der Wert des begünstigten Vermögens des Dritten um den Wert des hingegebenen Vermögens, höchstens jedoch um den Wert des übertragenen Vermögens (§ 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG).

**30** Diese Regelung ermöglicht einen Begünstigungstransfer beim Erwerber von begünstigtem Vermögen. Unter den in der Vorschrift bestimmten Voraussetzungen erhöht sich der Wert des begünstigten (steuerbefreiten) Vermögens. Der Dritte, der für den Erwerb des begünstigten Vermögens anderes aus demselben Nachlass stammendes Vermögen hingibt, soll so gestellt werden, als habe er von Anfang an begünstigtes Vermögen erhalten (BT-Drucks. 16/1107, S. 9). Entsprechendes gilt, wenn ein Erbe im Rahmen der Teilung des Nachlasses seinen erworbenen Anteil am be-

günstigten Vermögen auf einen Miterben überträgt (BT-Drucks. 16/1107, S. 9); der Miterbe wird so behandelt, als habe er insoweit von Anfang an begünstigtes Vermögen erhalten (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 16).

**31 c)** Für den Begünstigungstransfer nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG ist erforderlich, dass für das bei der Nachlassteilung erworbene Vermögen überhaupt die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG greift. Der Erwerb muss deshalb eine Wohnung betreffen, die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung bestimmt ist (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 22). Dies ist dann der Fall, wenn der Erwerber die Absicht hat, die Wohnung selbst zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen, und diese Absicht auch tatsächlich umgesetzt. Der Erwerber muss die Wohnung zudem unverzüglich, das heißt ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmen (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 23 f.). Der Senat hält dafür regelmäßig einen Zeitraum von sechs Monaten nach dem Erbfall für angemessen (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 25).

**32 d)** Im Fall des Begünstigungstransfers nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG müssen die anderen Miterben, die ihren Miteigentumsanteil zum Zwecke des Begünstigungstransfers auf den das Familienheim allein nutzenden Miterben übertragen, selbst keinen Selbstnutzungswillen haben und auch nicht unverzüglich in das Familienheim einziehen. Ausreichend ist, dass die Voraussetzungen für die Steuerbegünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG in der Person dieser Miterben erfüllt werden könnten. Der Begünstigungstransfer ist gerade darauf ausgerichtet, dass ein Miterbe das Familienheim alleine nutzen kann. Zu fordern, dass die Miterben zunächst gemeinsam in das Familienheim einziehen müssen, um die Steuerbegünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG übertragen zu können, würde dem Sinn dieser Regelung entgegenstehen.

**33 e)** Nutzt der ererbende Dritte (Miterbe) die vormals vom Erblasser genutzte Wohnung innerhalb angemessener Zeit für eigene Wohnzwecke, ist der Begünstigungstransfer nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG unabhängig davon zu gewähren, ob die Erbauseinandersetzung zeitnah zum Erbfall erfolgt. Eine zeitliche Nähe zum Erbfall ist für die Teilung des Nachlasses nicht vorgeschrieben. Deshalb kann bei einer Auseinandersetzung von Erbengemeinschaften eine Begünstigung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 4 ErbStG auch zu gewähren sein, wenn die Auseinandersetzungvereinbarung nicht innerhalb von sechs Monaten nach dem Erbfall geschlossen wird (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 27). Ob die Übertragung im Rahmen der Teilung des Nachlasses erfolgt, ist auch im Rahmen dieser Vorschrift durch eine Gesamtwürdigung aller Tatsachen zu prüfen (siehe hierzu unter II. 1. d)).

**34 f)** Das FG hat einen Zusammenhang der Zuordnung mit der Teilung des Nachlasses damit begründet, dass der Klä-



ger bereits vor der Auseinandersetzung das Familienheim selbst bewohnt hat und eine entsprechende Zuordnung unter den Erben von Anfang an beabsichtigt war. Diese Würdigung ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden (vgl. BFH, Urteil vom 09.05.2023, VI R 38/20, BFH/NV 2023, 1057 Rdnr. 31). Der Begünstigungstransfer ist nicht deshalb ausgeschlossen, weil die Erbauseinandersetzung hinsichtlich des Familienheims erst etwas mehr als zwei Jahre nach dem Tod des Erblassers erfolgte (BFH, Urteil vom 23.06.2015, II R 39/13, BFHE 250, 207 = BStBl. II 2016, S. 225 Rdnr. 27). Die weiteren Voraussetzungen für die Begünstigung des Familienheims nach § 13c Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG a. F. hat das FG zutreffend bejaht. Danach erhöht sich das nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG steuerbegünstigte Vermögen des Erblassers in Bezug auf das Familienheim.

(...)

•

## 27. Grunderwerbsteuer bei Erwerb von Gesellschaftsanteilen durch einen Treuhänder

BFH, Urteil vom 10.04.2024, II R 34/21 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg, Urteil vom 09.07.2021, 5 K 1880/19)

*FGO § 68 Satz 1, § 73 Abs. 1 Satz 2, § 90a Abs. 3, § 121 Satz 1, § 127  
GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 1, § 17 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2*

### LEITSATZ:

Ein Treuhänder kann den Tatbestand des § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG erfüllen, wenn sich in seiner Hand erstmalig alle Anteile einer grundbesitzenden GmbH unmittelbar oder mittelbar vereinigen. Es kommt nicht darauf an, dass der Treuhänder einen Teil der Anteile für Rechnung seines Auftraggebers (Treugeber) erwirbt.



## Tagungsbericht

# Geldwäsche

## Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht am 06.11.2024

Von Ass. jur. **Sophie Blumenberg**, LL.M. (Columbia), Wissenschaftliche Mitarbeiterin und Geschäftsführerin der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Am 06.11.2024 fand die dritte Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München im Jahr 2024 statt, erneut in hybrider Form, im Senatsaal der Universität mit gleichzeitiger Öffnung für ein Online-Publikum. Das Thema der Veranstaltung lautete „Geldwäsche“. Der geschäftsführende Direktor der Forschungsstelle, Professor Dr. *Hans Christoph Grigoleit*, begrüßte die Teilnehmerinnen und Teilnehmer und führte in das Tagungsthema ein. Danach stellte er die Referenten, *Achim von Engel*, Oberstaatsanwalt der Staatsanwaltschaft Augsburg, und Dr. *Björn Boerger*, Rechtsanwalt und Partner bei Knauer Partnerschaft von Rechtsanwälten mbB in Frankfurt a. M. sowie *David Sommer*, Notar a. D. und Geschäftsführer der LNotK Bayern, vor und übergab das Wort zunächst an *von Engel*.

Der erste Referent, *Achim von Engel*, widmete seinen Vortrag dem Thema „Geldwäsche aus der Perspektive der Strafverfolgungsbehörden“. Zunächst erörterte *von Engel* den Tatbestand der Geldwäsche. Der Ablauf einer Geldwäsche ließe sich anhand eines Dreiphasenmodells erläutern. In der Ausgangslage sei ein inkriminierter Vermögenswert vorhanden. Die erste Phase („placement“) betreffe die Platzierung des inkriminierten Vermögenswerts. In der zweiten Phase („layering“) würden die tatsächlichen Ursprünge des Vermögenswerts verschleiert. In der dritten Phase („integration“) würden die nun „sauberen“ Gewinne/Einkünfte abgeschöpft. *von Engel* erläuterte den Stellenwert des Geldwäschebestands in Zeiten des Internets und zunehmender Möglichkeiten von grenzüberschreitenden Sachverhaltsgestaltungen. Die Intensivierung der Geldwäschebekämpfung sei die Reaktion auf die zunehmende Internationalität unter Beibehaltung des Territorialitätsprinzips. Deutschland sei aufgrund unterschiedlicher Faktoren ein zentraler Geldwäschebestandort, von denen einige indes nicht disponibel seien (zum Beispiel eine grundsätzlich stabile Wirtschaft). Die oft angeführte Statistik eines Geldwäschevolumens von 100 Milliarden € pro Jahr in Deutschland sei aber oft missverstanden, weil es sich lediglich um eine Schätzung des Geldwäscherisikos anhand einer Hochrechnung handle.

Anschließend unterschied *von Engel* zwischen den zwei entscheidenden Ermittlungsperspektiven der Staatsan-

waltschaft: Die Ermittlungen „flussabwärts“ und „flussaufwärts“. Die Ermittlungen flussabwärts setzten an der Ausgangslage der Geldwäsche, also direkt beim inkriminierten Vermögenswert an. *von Engel* erläuterte dies anhand des Beispiels einer Phishing-Attacke, bei dem dem Geschädigten unberechtigt Geld von seinem Konto abgebucht und auf ein Konto im Ausland überwiesen wird. Diese simplen Fälle machten den Großteil von Geldwäschestraftaten aus. Zwei Drittel aller Geldwäscheverfahren seien Ermittlungen flussabwärts, 95 % aller Verurteilungen beträfen Finanzagenten mit einem Schaden unter 5.000 €.

Die Ermittlungen flussaufwärts hingegen setzen bei den unterschiedlichen Phasen der Geldwäsche an, also beim „placement“, „layering“ oder der „integration“. Ermittlungsansatz wären hier Geldwäscheverdachtsmeldungen. Problematisch sei die enorme Zahl der Meldungen (von 13.500 im Jahr 2011 auf fast 33.700 2022 [Steigerung mit Faktor 25]) im Vergleich zum überschaubaren Ermittlungserfolg. Von diesen wurden lediglich 13,5 % an Strafverfolgungsbehörden abgegeben, die in rund 75 % die Einleitung von Ermittlungen ablehnten. Im Ergebnis sei viel Material vorhanden. Der Ertrag für die repressive Seite sei aber überschaubar und präventiven Faktoren seien nicht messbar. *von Engel* erläuterte einige Beispiele, die an den unterschiedlichen Geldwäschephasen ansetzen.

Sodann ging *von Engel* auf Lösungsansätze für die Ermittlungen flussaufwärts ein. Der Notar habe eine wichtige Funktion als „Gatekeeper“. Aus Sicht der Strafverfolgungsbehörden bestünde jedoch das Problem, dass in Fällen, bei denen „nur“ ein Verdacht bestehe, dem Notar die Hände gebunden seien. Bei positivem Wissen hingegen müsse der Notar die Beurkundung beenden und so sei auch in diesem Fall ein Ermittlungserfolg schwierig. Ermittlungen seien vor allem wegen des meist grenzüberschreitenden Bezugs problematisch. Häufig sei der Geldwäscher der einzige Ansatzpunkt für Ermittlungshandlungen im Inland. Dieser habe aber oft keine nähere Kenntnis über die Vortat. Der Rechtshilfeweg sei langsam und schwerfällig und setzte zudem denklogisch einen ausreichenden Verdacht voraus. Der Referent schloss mit dem Fazit, dass umfassende-



re internationale Transparenzregeln und -register erforderlich seien, um schnell auf Plausibilität prüfen zu können.

Im zweiten Vortrag befasste sich der nächste Referent, Dr. *Björn Boerger*, mit dem Thema „Geldwäsche – strafrechtliche Strukturen und wesentliche Probleme“. Der Referent eröffnete ebenfalls mit einem Blick auf den Tatbestand der Geldwäsche nach § 261 StGB. Zunächst erläuterte *Boerger* die Historie der Geldwäsche als Straftat, insbesondere mit Blick auf den US-amerikanischen Ursprung und die Einführung und Wiederabschaffung von Vortatenkatalogen. So dann ging *Boerger* auf einzelne Aspekte des Tatbestands ein, insbesondere auf die besonders niedrigen Vorsatzanforderungen. So genüge hinsichtlich der „Herröhrens“ nach § 261 Abs. 6 StGB bereits Leichtfertigkeit. Hinsichtlich der strafrechtlichen Einziehung ging *Boerger* darauf ein, dass der Geldwäschetatbestand aus theoretischer Sicht die Gewinnaufspürung sichern solle. Aus Sicht der Praxis dominierten indes präventive Ziele. Zudem wies *Boerger* darauf hin, dass Geldwäscheobjekte und Einziehungsobjekte in Deutschland in der Praxis häufig auseinanderfielen und die Europarechtskonformität der aktuellen deutschen Rechtslage noch ungeklärt sei. *Boerger* schloss diesen ersten Teil seines Vortrags mit dem Hinweis auf den neuen Qualifikationstatbestand in § 261 Abs. 4 StGB für „Verpflichtete“, unter den Rechtsanwälte und Notare fallen können.

Im zweiten Teil seines Vortrags widmete sich *Boerger* der Prävention nach dem GwG. Dies beschäftigte das Wirtschaftsstrafrecht in der Praxis weitaus mehr als der Tatbestand der Geldwäsche. Zunächst erläuterte *Boerger* den Anwendungsbereich mit dem Begriff des „Verpflichteten“ im Sinne von § 2 GwG, worunter Steuerberater und auch Rechtsanwälte und Notare bei bestimmten Tätigkeiten persönlich fallen, die einem Katalog in § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG festgehalten sind. Die „Verpflichteten“ nach § 2 GwG treffen unterschiedliche Pflichten, insbesondere des Risikomanagements nach §§ 4 ff. GwG, Sorgfaltspflichten in Bezug auf „Kunden“ nach §§ 10 ff. GwG sowie Meldepflichten im Verdachtsfall nach §§ 43 ff. GwG. *Boerger* hielt den Nutzen dieser Pflichten in vielen Fällen für sehr fraglich. Er zeigte die Einzelheiten der Meldepflichten des GwG auf. Anschließend ging *Boerger* auf die Aufsicht (§§ 50 ff. GwG) und Bußgeldvorschriften (§ 56 GwG) ein.

*Boerger* schloss seinen Vortrag mit dem Fazit, dass die Einhaltung der Präventionsvorschriften wegen der weitreichenden Anforderungen des GwG gerade für die Beratungspraxis eine deutlich erheblichere Rolle spielten als die Strafverfolgung des Geldwäschetatbestands. Das GwG hielt viele administrative Fallstricke bereit.

Im letzten Referat sprach *David Sommer* zur Geldwäscheprävention durch Notare, insbesondere bei Immobilien. Entsprechende Pflichten trafen Notare nicht nur aus dem GwG, sondern auch aus dem Berufsrecht. Einleitend erläuterte *Sommer* die Möglichkeiten eines Immobilienerwerbs. Nicht zu vernachlässigen seien insbesondere die Versteigerung, wobei sich nur eingeschränkte Pflichten nach dem GwG ergeben. Hinzukommen Möglichkeiten des indirekten Immobilienerwerbs, insbesondere den Kauf einer ausländischen Gesellschaft, wobei keine Pflichten nach GwG entstünden.

Sodann ging *Sommer* auf Aspekte der Geldwäschebekämpfung im notariellen Verfahren ein, wozu das Bargeldannahmeverbot, die Präsenzpflicht, die sicherer Identifizierung der Person der Beteiligten, die Prüfung von Vertretungsverhältnissen, die eingeschränkten Verwahrungsmöglichkeiten auf Anderkonten nur bei berechtigtem Sicherungsinteresse sowie die Transparenz durch Beurkundung, das Grundbuch und die Veräußerungsanzeige zählten. Geldwäschebekämpfung erfolge daneben durch das Berufsrecht. In der Stellung des Notars als Amtsträger hat dieser Amtstätigkeiten zu versagen, die nicht mit seinen Amtspflichten vereinbar wären, insbesondere die Mitwirkung an Handlungen, die erkennbar unerlaubte oder unrechte Zwecke verfolgten.

Als Elemente der Geldwäschebekämpfung durch notarspezifische GwG-Pflichten ging *Sommer* zunächst auf das Barzahlungsverbot bei Immobilien ein, das jüngst eingeführt wurde. Neben Bargeld seien auch Kryptowerte und Edelmetalle erfasst. Rechtstechnisch vollziehe sich das Bargeldverbot durch eine fehlende Erfüllungswirkung der Barzahlung, sodass es einer Regelung der bereicherungsrechtlichen Rückabwicklung bedurfte. Außerdem entstünden Überwachungs- und Meldepflichten des Notars. Als weiteres Instrument der Geldwäschebekämpfung erläuterte *Sommer* die Schlüssigkeitsprüfung der Eigentums- und Kontrollstruktur. Es handele sich um ein spezielles Element, was nur für die Notare geschaffen wurde, um den wirtschaftlichen Berechtigten zu ermitteln. Bei Erwerbsgeschäften nach § 1 GrEStG müsse aus der Sphäre der Gesellschaft die Eigentums- und Kontrollstruktur vorgelegt werden, um eine Schlüssigkeitsprüfung durch den Notar zu ermöglichen. Daneben wies *Sommer* darauf hin, dass der Notar, falls notwendig, die Eintragung im Transparenzregister sicherzustellen hat und bis zur Erfüllung der entsprechenden Mitteilungspflichten aus § 20 Abs. 1 Satz 2 und 3 und § 21 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 und 3 GwG ein Beurkundungsverbot besteht. Zuletzt referierte *Sommer* in diesem Teil zu praxisrelevanten Meldepflichten aus der GwGMeldV-Immobilien.

Seinen Vortrag schloss *Sommer* mit einem Ausblick auf geplante Vorhaben des mittlerweile gegenstandslosen Koalitionsvertrags, insbesondere auf das umstrittene Finanzkriminalitätsbekämpfungsgesetz (FKBG) nebst Immobilienregister. Auf Ebene der EU blickte *Sommer* abschließend auf das Geldwäscepaket der EU. *Sommer* kritisierte die mangelnde Passgenauigkeit der Vorschriften mit Blick darauf, dass bereits das bestehende Geldwäscherecht daran kranke, einheitliche und nicht zugeschnittene Regelungen für ganz unterschiedliche Verpflichtete vorzuhalten.

Nach den Vorträgen eröffnete *Grigoleit* die freie Diskussion mit den Referenten, die sich den Fragen des Auditoriums stellten. Bei einem anschließenden Empfang hatten die Referenten und die Teilnehmerinnen und Teilnehmer die Möglichkeit zum weiteren fachlichen und persönlichen Austausch.

Die Tagung wurde aufgezeichnet und ist auf der Homepage der Forschungsstelle abrufbar (<https://www.jura.lmu.de/de/forschung/forschungsstellen/forschungsstelle-fuer-notarrecht/> dort unter „Vergangene Veranstaltungen“).

## Veranstaltungshinweise

### Institut für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

#### 18. Symposium: Fünf Jahre WEMoG in der notariellen Praxis

Freitag, 09.05.2025, 9:30 Uhr  
in der Aula der Universität, Fürstengraben 1, 07743 Jena als hybride Veranstaltung

##### Tagungsleitung:

Notar Priv.-Doz. Dr. *Patrick Meier*

##### Inhalt und Ablauf:

9:30 Uhr	<b>Begrüßung und Einführung</b> Prof. Dr. <i>Walter Bayer</i> , Direktor des Instituts für Notarrecht (Jena)
9:45 Uhr	<b>Einführungsvortrag: dogmatische Grundlagen</b> Prof. Dr. <i>Hartmut Wicke</i> , Notar in München
10:45 Uhr	<b>Kaffeepause</b>
11:15 Uhr	<b>Der Wohnungsbumpriff und Räume im WEG</b> Prof. Dr. <i>Stefan Hügel</i> , Notar in Weimar
12:15 Uhr	<b>Bauliche Veränderungen: Was kann beschlossen, was kann vereinbart werden?</b> Dr. <i>Oliver Elzer</i> , Vorsitzender Richter am KG
13:15 Uhr	<b>Mittagspause</b>
14:00 Uhr	<b>Eintragungsfähigkeit/-bedürftigkeit von Beschlüssen</b> Dr. <i>Felix Wobst</i> , Notar in Gerolzhofen
15:00 Uhr	<b>Die Veräußerungszustimmung und ihr Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt</b> Prof. Dr. <i>Arnold Lehmann-Richter</i> , Professur für Privates Wirtschaftsrecht an der Hochschule für Wirtschaft und Recht Berlin
16:00 Uhr	<b>Schlusswort</b>

##### Tagungsbeitrag:

Für die Präsenzveranstaltung fallen folgende Beiträge an: 90 € für Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V.; 150 € für Nichtmitglieder; frei für Notarassessoren, die Mitglied der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. sind, und Studenten und Mitarbeiter der FSU Jena; 60 € für sonstige Notarassessoren.

Für die virtuelle Veranstaltung fällt eine Gebühr von 50 € an (sofern keine Gebührenfreiheit nach obiger Regelung zur Präsenzveranstaltung vorliegt)

##### Kontakt/Anmeldung:

Institut für Notarrecht an der Universität Jena, Carl-Zeiss-Straße 3, 07743 Jena, Tel.: 03641 942510, Fax: 03641 942152; E-Mail: [notarinstitut@uni-jena.de](mailto:notarinstitut@uni-jena.de). Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung bis 25.04.2025 gebeten.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter <https://www.rewi.uni-jena.de/fakultaet/institute/institut-fuer-notarrecht>.

## Veranstaltungen des DAI

- 1. Überlassungsvertrag – intensiv**  
*(Berkefeld, Oertel)*  
07.03.2025, Berlin und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246053
- 2. Online-Seminar LIVE: Modularer Intensivkurs**  
Modul 5: Familienrecht  
*(Strauß, Rumstadt, Nünke, Bös, Sauer)*  
13.03. – 15.03.2025, eLearning Center (17,25 Zeitstd.)  
Nr. 035153  
Modul 6: Erbrecht  
*(Gsödl, Junk, Lautner, Bös, Heitzer)*  
03.04. – 05.04.2025, eLearning Center (17,25 Zeitstd.)  
Nr. 035154
- 3. Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2024/2025**  
*(Hertel, Kesseler, Herrler, Dutta, Lieder, Würdinger)*  
14.03.2025, Erfurt (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245863  
03.04.2025, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245865  
04.04.2025, Stuttgart (6 Zeitstd.)  
Nr. 03245866
- 4. Grundlagen der notariellen Gestaltung im Familienrecht**  
*(Reetz)*  
21.03.2025, Heusenstamm und Live-Stream (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246640
- 5. Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**  
*(Berkefeld)*  
05.04.2025, Köln (6 Zeitstd.)  
Nr. 03246820
- 6. Online-Vortrag LIVE: Neues zu elektronischen Verfahren im Notariat**  
*(Klein, Kühnelt)*  
08.04.2025, eLearning Center (4 Zeitstd.)  
Nr. 03246116
- 7. Mitarbeiterlehrgang: (Wieder-)Einstieg in die Praxis des Notariats**  
*(Tondorf)*  
05.05. – 09.05.2025, Bochum und Live-Stream (30 Zeitstd.)  
Nr. 03246593
- 8. 6. Jahresarbeitstagung für Notarfachwirte und Notarfachangestellte**  
*(Leitung: Thon)*  
15.05. – 17.05.2025, Berlin und Live-Stream (15 Zeitstd.)  
Nr. 034848

### Informationen und Anmeldungen:

Deutsches Anwaltsinstitut e. V.  
Gerard-Mortier-Platz 3, 44793 Bochum  
Tel.: 0234 970640  
E-Mail: [notare@anwaltsinstitut.de](mailto:notare@anwaltsinstitut.de)  
Web: [www.anwaltsinstitut.de](http://www.anwaltsinstitut.de)



AUFSÄTZE



BUCHBESPRECHUNGEN



RECHTSBESPRECHUNG



SONSTIGES

## Neuerscheinungen

1. Abramenko/Riecke/Schneider: Wohnungseigentums- gesetz mit HeizkostenV, BetrKV, WofIV, TrinkwVO. 6. Aufl., Luchterhand, 2025. 2056 S., 149,00 €
2. Ahrens/Gehrlein/Ringstmeier: Insolvenzrecht. 5. Aufl., Luchterhand, 2025. 3912 S., 219,00 €
3. Arnold/Laimer: Internationales Ehe- und Partner- güterrecht. 2. Aufl., Verlag Österreich, 2025. 580 S., 135,21 €
4. Bartl/Bartl/Beine/Koch/Schlarb/Schmitt: GmbH-Recht. Heidelberger Kommentar. 9. Aufl., C.F. Müller, 2024. 1100 S., 169,00 €
5. Behrens/Böing/Seemaier/Tölle/Gottwald: Grunderwerbsteuer. 7. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 830 S., 109,00 €
6. Diehn: Bundesnotarordnung. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 1246 S., 169,00 €
7. Dorn: Handbuch Erbschaft- und Schenkungsteuer. Vermögens- und Unternehmensnachfolge gestalten. 1. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2025. 296 S., 69,99 €
8. Eckhardt/Hermanns: Kölner Handbuch Gesellschafts- recht. 5. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 1860 S., 189,00 €
9. Eller: Liquidation der GmbH. 5. Aufl., Erich Schmidt, 2025. 322 S., 64,00 €
10. Grüneberg: Bürgerliches Gesetzbuch. 84. Aufl., Beck, 2025. 3283 S., 125,00 €
11. Hesselmann/Mueller-Thuns: Handbuch GmbH & Co. KG. 23. Aufl., Otto Schmidt, 2025. 1485 S., 179,00 €
12. Holle: Der privatrechtliche Beschluss. Mohr Siebeck, 2024. 485 S., 119,00 €
13. Hopt: Handelsgesetzbuch mit GmbH & Co. KG, Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht). 44. Aufl., Beck, 2025. 3341 S., 129,00 €
14. Hügel/Elzer: Wohnungseigentumsgesetz. 4. Aufl., Beck, 2025. 1513 S., 119,00 €
15. Noack/Servatius/Haas: Gesetz betreffend die Gesell- schaften mit beschränkter Haftung. 24. Aufl., Beck, 2025. 2410 S., 189,00 €
16. Oppel/Jander-McAlister/Bäuml: Beck'sches Hand- buch Family Office. 1. Aufl., Beck, 2025. 909 S., 159,00 €
17. Pelikan: Basiswissen im Notariat. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 160 S., 24,90 €
18. Rißmann: Die Erbgemeinschaft. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2024. 1000 S., 139,00 €
19. Röcken: Vereinssatzungen. 5. Aufl., Erich Schmidt, 2025. 326 S., 42,00 €
20. Schmidt: Privatisolvenzrecht. 3. Aufl., Carl Heymanns, 2025. 1804 S., 159,00 €
21. Seibt: Beck'sches Formularbuch Mergers & Acquisitions. 4. Aufl., Beck, 2025. 2719 S., 219,00 €
22. Söffing/Söffing/Micker: Die Betriebsaufspaltung. 10. Aufl., NWB, 2025. 523 S., 84,00 €
23. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 535-556g (Mietrecht 1 – Allgemeine Vorschriften; Wohnraummiete). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 1272 S., 469,00 €
24. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 557-580a; Anh: AGG (Mietrecht 2 – Miethöhe und Beendigung des Mietverhältnisses). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 1128 S., 409,00 €
25. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 581-606 (Pacht, Landpacht, Leih). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 754 S., 299,00 €
26. Staudinger: Kommentar zum BGB. §§ 631-650h; §§ 650p-650t (Werkvertrag, Bauvertrag, Architekten- und Ingenieurvertrag). Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 1432 S., 399,00 €
27. Staudinger: Kommentar zum BGB. Internationales Gesellschaftsrecht. Neubearbeitung 2024, De Gruyter. 210 S., 149,95 €
28. Wilsch: NotarFormulare Erbbaurecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2025. 752 S., 109,00 €

## Abonnement

### MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, T. 089 55166-0, F. 089 55089-572, M. mittbaynot@notare-bayern-pfalz.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 01.07. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15.11. eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an: Universal Medien GmbH, Fichtenstraße 8, 82061 Neuried, T. 089 5482170, F. 089 555551, notarkammer.universalmedien.de

