

MittBayNot

Begründet 1864

2|2020

März/April 2020

Mitteilungen des
Bayerischen Notarvereins,
der Notarkasse und der
Landesnotarkammer
Bayern

Herausgeber:

Landesnotarkammer Bayern
Ottostraße 10
Vorübergehend:
Denninger Straße 169
81925 München

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Benedikt Mack,
Notarassessor
Angelika Strähuber,
Notarassessorin

ISSN 0941-4193

AUFSÄTZE

- **Aigner:** Der Notar im Gesellschaftsrecht Italiens 103
- **Forschner:** Zum (unzulässigen) Inhalt von Dienstbarkeiten bei Beschränkung auf bestimmte Bewohnergruppen – zugleich Anmerkung zu OLG München. 107
- **Holzer:** Wasserrecht und Grundbuch 112

RECHTSPRECHUNG – ANMERKUNGEN

- **Strähuber** zu **OLG München:** Zurückweisung einer Kündigungserklärung wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde 124
- **Basty** zu **KG:** Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer formularmäßigen Terminanpassungsklausel; Fälligkeit der Vergütung für nachträglich verlangte Sonderausstattung 133
- **Becker** zu **OLG Celle:** Keine Voreintragung der Erben bei Eintragung einer Grundschuld zur Finanzierung des Kaufpreises 140
- **Keim** zu **OLG Saarbrücken:** Grundbuchberichtigung aufgrund eines dinglich wirkenden Vindikationslegats 148
- **Avenarius** zu **OLG Hamm:** Löschung des Nacherbenvermerks bei Nacherbfolge unter aufschiebender Bedingung. 151
- **Siegel/Jauß** zu **BGH:** Anspruch auf Elternunterhalt 162
- **Ackermann** zu **BGH:** Rückwirkung der Wahl deutschen Errichtungsstatuts im Erbvertrag 187
- **Süß** zu **OLG Köln:** Anfechtung einer Erbausschlagung nach rumänischem Recht 190
- **Everts** zu **LG Münster** und **LG Düsseldorf:** Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschulden und Nachweisverzicht 195
- **Dehmer** zu **BFH:** Bedeutung des Sonderbetriebsvermögens bei Einbringung eines Mitunternehmeranteils in eine Personengesellschaft 205

Impressum

MittBayNot

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

Herausgeber:

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

Herausgeberbeirat:

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

Schriftleitung:

Notarassessor Benedikt Mack,
Notarassessorin Angelika Strähuber

Druck:

Universal Medien GmbH
Geretsrieder Straße 10
81379 München

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2020

AUFSÄTZE 103

- Aigner:** Der Notar im Gesellschaftsrecht Italiens 103
- Forschner:** Zum (unzulässigen) Inhalt von Dienstbarkeiten bei Beschränkung auf bestimmte Bewohnergruppen – zugleich Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 15.7.2019, 34 Wx 264/17 107
- Holzer:** Wasserrecht und Grundbuch 112

BUCHBESPRECHUNGEN 118

- Heckschen/Herrler/Münch:** Beck'sches Notarhandbuch (Aumann) 118
- Issad:** Islamisch inspirierte Testamente (Keim) 119
- Von Proff zu Irnich:** NotarFormulare Nichteheliche Lebensgemeinschaft (Grziwotz) 120
- Wetzel/Odersky/Götz:** Handbuch Erbengemeinschaft (Ackermann) 120

RECHTSPRECHUNG 122

Bürgerliches Recht

ALLGEMEINES

- Arglisthaftung bei Abweichung von DIN-Vorschriften (BGH, Urteil vom 14.6.2019, V ZR 73/18 – Ls.) 122
- Zurückweisung einer Kündigungserklärung wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde (OLG München, Beschluss vom 21.10.2019, 7 U 3659/19) 122
mit Anmerkung **Sträuber** 124
- Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer formularmäßigen Terminanpassungsklausel; Fälligkeit der Vergütung für nachträglich verlangte Sonderausstattung (KG, Urteil vom 27.6.2019, 21 U 144/18) 128
mit Anmerkung **Basty** 133
- Bestimmtheit einer Reallast (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4.6.2019, 20 W 218/18) 134

SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

- Zustimmungsvorbehalt für Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht (BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 94/16 – Ls.) 137
- Keine Voreintragung der Erben bei Eintragung einer Grundschild zur Finanzierung des Kaufpreises (OLG Celle, Beschluss vom 15.8.2019, 18 W 33/19) 137
mit Anmerkung **Becker** 140
- Löschung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wegen inhaltlicher Unzulässigkeit (OLG München, Beschluss vom 15.7.2019, 34 Wx 264/17) 143
- Grundbuchberichtigung aufgrund eines dinglich wirkenden Vindikationslegats (OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.5.2019, 5 W 25/19) 146
mit Anmerkung **Keim** 148
- Löschung des Nacherbenvermerks bei Nacherbfolge unter aufschiebender Bedingung (OLG Hamm, Beschluss vom 13.3.2019, I-15 W 364/18) 150
mit Anmerkung **Avenarius** 151

FAMILIENRECHT

- Schenkungsversprechen durch Betreuer (BGH, Beschluss vom 2.10.2019, XII ZB 164/19) 153
- Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages bei Schwiegerelternzuwendung (BGH, Urteil vom 18.6.2019, X ZR 107/16) 155
- Anspruch auf Elternunterhalt (BGH, Beschluss vom 20.2.2019, XII ZB 364/18) 159
mit Anmerkung **Siegel/Jauß** 162

ERBRECHT

- Ausschlagungsfrist bei kurzzeitigem Auslandsaufenthalt (BGH, Beschluss vom 16.1.2019, IV ZB 20-21/18 – Ls.) 165
- Pflichtteilsentziehung bei Diebstahl von Bargeld bei dem Erblasser (OLG Stuttgart, Beschluss vom 24.1.2019, 19 U 80/18) 166

Inhaltsverzeichnis **MittBayNot** 2 | 2020

15. Testamentsvollstrecker als Ergänzungspfleger
(OLG Brandenburg, Beschluss vom 28.11.2018,
15 WF 196/18) 169

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

16. Wirksamkeitsanforderungen an einen Teilgewinn-
abführungsvertrag mit einer GmbH
(BGH, Urteil vom 16.7.2019,
II ZR 175/18 – Ls.) 170

17. Veräußerung betriebsnotwendigen Vermögens
teilgewinnabführungspflichtiger Gesellschaften
(BGH, Urteil vom 16.7.2019, II ZR 426/17 – Ls.) 170

18. Legitimationswirkung der Gesellschafterliste
gegenüber der Gesellschaft
(BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17) 170

19. Verschmelzung auf eine GmbH, deren Stammkapital
noch auf DM lautet
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2019,
3 Wx 219/18) 180

Internationales Privatrecht

20. Rückwirkung der Wahl deutschen Errichtungs-
statuts im Erbvertrag
(BGH, Beschluss vom 10.7.2019,
IV ZB 22/18) 184
mit Anmerkung **Ackermann** 187

21. Anfechtung einer Erbausschlagung nach
rumänischem Recht
(OLG Köln, Beschluss vom 5.6.2019,
2 Wx 142/19) 189
mit Anmerkung **Süß** 190

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

22. Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschulden
und Nachweisverzicht
(LG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2019,
25 T 284/19) 193

23. Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschulden
und Nachweisverzicht
(LG Münster, Beschluss vom 10.12.2018,
5 T 557/18) 194
mit Anmerkung **Everts** 195

Beurkundungs- und Notarrecht

24. Unwiderruflichkeit einer Angestelltenvollmacht
(KG, Beschluss vom 17.9.2019, 1 W 163-164/19) 197

25. Wirksamkeit bei Verweis auf Urkunde mit materiell-
rechtlich unwirksamen Erklärungen
(OLG Braunschweig, Beschluss vom 15.7.2019,
1 W 12/19 – Ls.) 200

Kostenrecht

26. Rücknahme eines Rückgabeverlangens eines
Erbvertrags
(OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.6.2018,
I-10 W 39-40/18) 200

Steuerrecht

27. Steuerbefreiung für ein Familienheim im Fall
der Renovierung
(BFH, Urteil vom 28.5.2019, II R 37/16 – Ls.) 201

28. Bedeutung des Sonderbetriebsvermögens bei
Einbringung eines Mitunternehmeranteils in
Personengesellschaft
(BFH, Urteil vom 17.4.2019, IV R 12/16) 201
mit Anmerkung **Dehmer** 205

SONSTIGES 207

Tagungsbericht 207

Keck: Vertretertag 2019 der Landesnotarkammer
Bayern

Veranstaltungshinweise 209

Neuerscheinungen 211

STANDESNACHRICHTEN 212

AUFSÄTZE

Der Notar im Gesellschaftsrecht Italiens

Von Notarassessor Dr. **Philipp Aigner**, M. Sc. (Oxford), Dachau

Das italienische Gesellschaftsrecht ist nach der Abschaffung des Handelsgesetzbuches (Codice di commercio) im Jahr 1942 – von ein paar Nebengesetzen abgesehen – fast ausschließlich im Zivilgesetzbuch (Codice civile [c. c.])¹ geregelt. Deshalb überrascht es kaum, dass sich auch im codice civile die wesentlichen Anknüpfungspunkte für die zentrale Rolle des italienischen Notars im Gesellschaftsrecht wiederfinden.² Im italienischen Recht wird – wie auch in Deutschland – zwischen Personengesellschaften (società di persone) und Kapitalgesellschaften (società di capitali) unterschieden. Daneben existieren Genossenschaften und Versicherungsgesellschaften auf Gegenseitigkeit,³ die in diesem Beitrag jedoch nicht erörtert werden.⁴

I. Personengesellschaften

Das italienische Recht kennt drei Arten von Personengesellschaften: Die einfache Gesellschaft (società semplice [s. s.]) ist mit der deutschen Gesellschaft bürgerlichen Rechts vergleichbar und stellt auch in Italien die Grundform aller Gesellschaften dar. Daneben gibt es – wie in Deutschland – die offene Handelsgesellschaft (Società in nome collettivo [s. n. c.]) und die Kommanditgesellschaft (Società in accomandita semplice [s. a. s.]).

1. Gründung einer Personenhandelsgesellschaft

Auch in Italien kann der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft grundsätzlich formfrei ohne Mitwirkung des Notars geschlossen werden. Dies gilt jedoch kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung dann nicht, wenn wegen der in die Gesellschaft eingebrachten Güter eine bestimmte andere Form vorgeschrieben ist (Art. 2251 c. c.). Im deutschen Recht

wurde ein vergleichbarer abgeleiteter Formzwang in Ermangelung einer ausdrücklichen gesetzlichen Regelung durch die Rechtsprechung entwickelt.⁵ Sieht daher der Gesellschaftsvertrag für eine italienische Personengesellschaft die Übereignung einer Immobilie (Art. 1350 Abs. 1 Nr. 1 c. c.) oder die Einbringung des Nutzungsrechts an unbeweglichen Sachen oder an anderen unbeweglichen dinglichen Rechten für eine Dauer von über neun Jahren oder auf unbestimmte Zeit vor, ist in diesen Fällen zur Wirksamkeit des Gesellschaftsvertrags Textform (Art. 2251 i. V. m. Art. 1350 c. c.) erforderlich; lediglich die konstitutive Eintragung im Liegenschaftsregister bedarf wie in Deutschland der Mitwirkung des Notars. Anderes gilt für die Fälle des abgeleiteten Formzwangs in Teilen Norditaliens, in denen das Grundbuchgesetz nach österreichischem System greift:⁶ Hier muss der Gesellschaftsvertrag in notarieller Form geschlossen werden. Die Eintragung (Einverleibung) des Rechts in das Grundbuch ist hier wie in Deutschland Voraussetzung für den Rechtserwerb und diese Einverleibung erfolgt nur aufgrund einer öffentlichen oder notariell beglaubigten Urkunde (Art. 31 Grundbuchgesetz).

2. Anmeldung zum Handelsregister

Solange die offene Handelsgesellschaft und die Kommanditgesellschaft nicht im Handelsregister (Registro delle imprese) eingetragen sind, werden die Rechtsbeziehungen zwischen der Gesellschaft und Dritten durch die Bestimmungen über die einfache Gesellschaft geregelt (Art. 2297 Abs. 1 c. c.); damit ist die Eintragung im Handelsregister für das Entstehen einer Personenhandelsgesellschaft konstitutiv. Die Eintragung im Handelsregister erfolgt wiederum nur, wenn der Gesellschaftsvertrag in einer öffentlichen Urkunde enthalten oder mit den (notariell) beglaubigten Unterschriften der Gründungsgesell-

1 Eine gute Übersetzung des Codice civile in die deutsche Sprache findet sich auf der Internetseite der Südtiroler Landesverwaltung.

2 Herzlich danke ich Notar Dr. *Andrea Cipparrone* für die Möglichkeit, in seiner Kanzlei in Brixen einen Einblick in das italienische Notariat zu bekommen.

3 Deren Gründung erfolgt in öffentlicher Urkunde (Art. 2521, 2547 c. c.).

4 Ferner können die europäischen Gesellschaftsformen wie die EWIV (Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung), die SE (Europäische Aktiengesellschaft) und die SCE (Europäische Genossenschaft) in Italien gegründet werden. Anders als in Deutschland wurden für diese in Italien jedoch keine Ausführungsgesetze erlassen (Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, 1. Aufl. 2019, § 14 Italien Rdnr. 8).

5 Nachweise finden sich bei MünchKomm-BGB/*Ruhwinkel*, 8. Aufl. 2019, § 311b Rdnr. 40 ff.

6 In den Provinzen Bozen, Trient, Triest und Görz, im Sprengel des Bezirksgerichts Cervignano del Friuli und im Sprengel des Bezirksgerichts Pontebba in der Provinz Udine, im Sprengel des Bezirksgerichts Cortina d'Ampezzo sowie in den Gemeinden Buchenstein und Colle Santa Lucia in der Provinz Belluno, in der Gemeinde Pedemonte und in der Fraktion Casotto der Gemeinde Valdastico in der Provinz Vicenza sowie in der Gemeinde Valvestino in der Provinz Brescia gilt anstelle des Systems der Liegenschaftsregister wie sie im codice civile vorgesehen sind das Grundbuchsystem gemäß dem Königlichen Dekret vom 28.3.1929, Nr. 499 i. d. F. d. Gesetzes vom 4.12.1956, Nr. 1376, des Gesetzes vom 29.10.1974, Nr. 594, und des Gesetzes vom 8.8.1977, Nr. 574 (vgl. vor Art. 2643 c. c.).

schafter versehen ist (Art. 2296 c. c.). Die Pflicht, den Gesellschaftsvertrag zur Eintragung beim Handelsregister zu hinterlegen, obliegt nach dem Gesetz zwar nur dann dem Notar, wenn die Vereinbarung in einer öffentlichen Urkunde getroffen worden ist. In der Praxis jedoch reicht der Notar auch notariell beglaubigte Privaturkunden – anstelle der Gesellschafter – zum Handelsregister ein.

Trotz der grundsätzlichen Formfreiheit für den Abschluss des Gesellschaftsvertrages ist daher auch in Italien die Mitwirkung des Notars für die Gründung einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft unerlässlich. Gleiches gilt für Änderungen des Gesellschaftsvertrages oder im Gesellschafterbestand (Art. 2300 c. c.).

Ähnlich ist die Rechtslage in Deutschland: § 12 Abs. 1 HGB bestimmt, dass Anmeldungen zur Eintragung in das Handelsregister elektronisch in öffentlich beglaubigter Form, also durch den Notar, einzureichen sind. Jedoch ist in Deutschland die Eintragung nur bei kleingewerblichen und vermögensverwaltenden Gesellschaften (§ 105 Abs. 2 HGB) konstitutiv.

II. Kapitalgesellschaften

Die italienische Rechtsordnung stellt im Wesentlichen drei verschiedene Arten von Kapitalgesellschaften bereit – die GmbH (*Società a responsabilità limitata* [s. r. l.]), die AG (*Società per azioni* [s. p. a.]) und die KGaA (*Società in accomandita per azioni* [s. a. p. a.]).

Das Recht der GmbH ist überschaubar in lediglich gut 20 Artikeln geregelt (Art. 2462–2483 c. c.), weil hierfür in systematisch gelungener Weise auf das Aktienrecht verwiesen wird, das im *codice civile* in den vorangehenden Vorschriften kodifiziert ist (Art. 2325 ff. c. c.). Gleichwohl werden die Aufgaben des Notars zunächst am Beispiel der GmbH erörtert, da diese auch in Italien eine überragende Bedeutung hat und in der Praxis weit häufiger als die AG verwendet wird.⁷

1. Die GmbH (*Società a responsabilità limitata* [s. r. l.])

a) Gründung

Der „Gründungsakt“ einer italienischen GmbH (Mindestkapital: 10.000 €) muss in einer öffentlichen Urkunde erfolgen (Art. 2463 Abs. 2 c. c.; *atto pubblico*). Diese wird im Wege der notariellen Beurkundung errichtet (vgl. Art. 2699 c. c.). Bei Missachtung dieser Formvorschrift ist die Gesellschaft selbst bei Eintragung in das Handelsregister nichtig (Art. 2332 Abs. 1 Nr. 1, Art. 2463 Abs. 3 c. c.). Auch das deutsche Recht sieht für die Gründung einer GmbH zwingend die notarielle Form vor (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG), wengleich ein etwaiger Formmangel durch Eintragung der Gesellschaft im Handelsregister geheilt wird.⁸

Der „Gründungsakt“ umfasst sowohl die Gründungsurkunde (*atto costitutivo*) als auch die Satzung (*statuto*). Wie in Deutsch-

land wird die Satzung üblicherweise der Gründungsurkunde als Anlage als separates Dokument beigelegt.⁹

Der Notar, der den Gründungsakt aufgenommen hat, muss diesen innerhalb von zwanzig Tagen beim Handelsregister am Sitz der Gesellschaft hinterlegen und die Eintragung der Gesellschaft beantragen (Art. 2330 Abs. 1 und 3, Art. 2463 Abs. 3 c. c.). Beizulegen hat der Notar Urkunden, die nachweisen, dass das Gesellschaftskapital zur Gänze gezeichnet ist, dass die Vorschriften über die Aufbringung von Bar- und Sacheinlagen beachtet wurden und etwaige bei Gesellschaften mit besonderem Zweck erforderliche Genehmigungen vorliegen (Art. 2329, 2330 Abs. 2 c. c.).

Die Einzahlung von Bareinlagen erfolgt durch Übergabe eines auf den Geschäftsführer (Verwalter) ausgestellten Schecks während der Beurkundungsverhandlung. Dabei ist zum Nachweis der Einzahlung das Zahlungsmittel detailliert in der Notarurkunde anzugeben (Art. 2464 Abs. 3 c. c.). In Deutschland wird das Stammkapital üblicherweise durch Überweisung auf ein Konto der GmbH in Gründung von den Gesellschaftern eingezahlt.

Bei der Sachgründung muss ein „Schätzgutachten“ eines Sachverständigen – in Deutschland der „Sachgründungsbericht“ (§ 5 Abs. 4 Satz 2 GmbHG) – der Notarurkunde beifügt werden; der Notar nimmt die in Italien erforderliche Beeidigung des Schätzgutachtens durch den Sachverständigen vor (Art. 2465 Abs. 1 c. c.).

Seit 2012 ist es möglich, anstelle der gewöhnlichen GmbH eine vereinfachte GmbH (*Società a responsabilità limitata semplificata* [s. r. l. s.]) unter zwingender Verwendung eines vom Justizministerium veröffentlichten Musterprotokolls zu gründen, von dem nicht abgewichen werden kann (Art. 2463 bis Abs. 3 c. c.). Im Übrigen besteht kein Unterschied zur gewöhnlichen GmbH; die Gründung erfolgt daher ebenfalls in öffentlicher, notarieller Urkunde und ähnelt somit der Gründung im vereinfachten Verfahren im deutschen GmbH-Recht (§ 2 Abs. 1a GmbHG).

b) Prüfung durch den Notar

Im Rahmen der Gründung muss der Notar gewährleisten, dass die gesetzlichen Gründungsvoraussetzungen jedenfalls nicht „offensichtlich“ (*manifestamente*) verletzt werden (Art. 138-bis¹⁰ des italienischen Notariatsgesetzes).¹¹ Wie weit sich die Überwachung des Notars erstrecken soll (Nichtigkeits- oder auch Anfechtbarkeitsgründe des Gründungsakts),

⁷ Zum Jahresende 2016 waren in den italienischen Handelsregistern ca. 35-mal mehr GmbHs als AGs registriert (Jung/Krebs/Stiegler, *Gesellschaftsrecht in Europa*, § 14 Italien Rdnr. 11).

⁸ So die ganz h. M.; vgl. nur *Wicke*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 2 Rdnr. 5.

⁹ Jung/Krebs/Stiegler, *Gesellschaftsrecht in Europa*, § 14 Italien Rdnr. 405; für die Aktiengesellschaft erwähnt das Gesetz die Satzung in Art. 2328 Abs. 2 c. c.; auf diese Vorschrift wird im Rahmen des GmbH-Rechts jedoch nicht verwiesen.

¹⁰ Werden in ein Gesetz nachträglich Normen eingefügt, erfolgt dies in Italien durch die Zusätze „bis“, „ter“ und „quater“, – vergleichbar mit den Zusätzen „a“, „b“, „c“ in Deutschland.

¹¹ Gesetz vom 16.2.1913 Nr. 89: Bei einem Verstoß sieht das Notariatsgesetz eine Geldstrafe bis zu 15.493 € vor, neben den natürlich möglichen Schadensersatzansprüchen von Beteiligten.

ist allerdings umstritten.¹² Das Handelsregister führt lediglich eine Prüfung der „Richtigkeit der Urkunden in formaler Hinsicht“ durch und trägt dann die Gesellschaft in das Register ein (Art. 2330 Abs. 3 c. c., Art. 2463 Abs. 3 c. c.);¹³ mit der Eintragung erlangt die Gesellschaft Rechtspersönlichkeit (Art. 2331 Abs. 1, Art. 2463 Abs. 3 c. c.).

Hier unterscheidet sich das italienische Recht von dem in Deutschland bewährten Vier-Augen-Prinzip, wonach eine Prüfung der Gründungsvoraussetzung sowohl durch den Notar (§ 17 Abs. 2 BeurkG, § 378 Abs. 3 FamFG¹⁴) als auch durch das Registergericht (§ 9c GmbHG) erfolgt, um die Richtigkeit und Verlässlichkeit der Eintragungen zu gewährleisten.

c) Abänderung des Gründungsakts

Abänderungen des Gründungsakts, also der Gründungsurkunde oder der Satzung, werden von der Gesellschafterversammlung beschlossen. Das vom Gesetz vorgegebene Verfahren entspricht der Gesellschaftsgründung: Das Protokoll der Gesellschafterversammlung ist von einem Notar abzufassen. Dieser beantragt innerhalb von dreißig Tagen und nach Prüfung der Einhaltung der vom Gesetz vorgeschriebenen Bedingungen die Eintragung der Satzungsänderung in das Handelsregister, nimmt gleichzeitig die Hinterlegung des Beschlusses vor und legt etwa erforderliche Genehmigungen bei. Das Handelsregister trägt nach Prüfung der formellen Vorschriftenmäßigkeit der Unterlagen den Beschluss in das Register ein. Der Beschluss über die Satzungsänderung wird – wie im deutschen Recht (§ 54 Abs. 3 GmbHG) – erst nach der Eintragung wirksam. Nach jeder Abänderung der Satzung ist deren gesamter Text in der nach der Abänderung geltenden Fassung beim Handelsregister zu hinterlegen (Art. 2436 Abs. 1 und 2, Art. 2480 c. c.).¹⁵ Für das deutsche GmbH-Recht bestimmt dies § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG.

d) Ausnutzung eines genehmigten Kapitals

Sofern der Gründungsakt den Geschäftsführern (Verwaltern) die Befugnis erteilt, das Gesellschaftskapital zu erhöhen, muss deren Entscheidung „aus einem unverzüglich durch einen Notar abzufassenden Protokoll hervorgehen“, das ebenfalls wie vorstehend beschrieben zu hinterlegen und einzutragen ist (Art. 2481 c. c.). Im deutschen GmbH-Recht sehen die von

ihrer Zielrichtung vergleichbaren Vorschriften zum genehmigten Kapital (§ 55a GmbHG) kein vergleichbares Beurkundungserfordernis vor. Die Anmeldung der Kapitalerhöhung (§ 57 GmbHG) kann natürlich auch in Deutschland nur unter Mitwirkung des Notars erfolgen (§ 12 HGB).

e) Abtretung von GmbH-Anteilen

Die Abtretung von GmbH-Anteilen (Quotenabtretung) kann grundsätzlich formfrei erfolgen. Wirksam wird sie gegenüber der Gesellschaft jedoch erst mit Hinterlegung der mit notarieller Unterschriftsbeglaubigung versehenen Übertragungs-urkunde beim Handelsregister (Art. 2470 c. c.). Diese Hinterlegung durch den Notar ist innerhalb von dreißig Tagen ab der Beurkundung vorzunehmen. Ferner hat der Notar Nach- und Vornamen, Anschrift und Steuernummer des (neuen) Gesellschafters, den Nominalbetrag des Anteils, die Höhe der Einzahlung des Stammkapitals auf diesen Anteil sowie die Art der Berechtigung am Anteil (Eigentum, Pfandrecht, Nießbrauch [Fruchtgenuss], Treuhand) dem Handelsregister mittels XML-Strukturdaten zu übermitteln. Diese Informationen werden – für jedermann einsehbar – unmittelbar auf dem Registerblatt der Gesellschaft veröffentlicht. Diese Bekanntmachung bewirkt die „Einwendbarkeit“ der Übertragung an Dritte. Anders als im deutschen Recht (vgl. § 40 GmbHG) ist eine separate Gesellschafterliste in der Regel nicht mehr vorgesehen.¹⁶

2. Die AG (Società per azioni [s. p. a.])¹⁷

Die Neugründung einer italienischen Aktiengesellschaft erfolgt in aller Regel im Wege der sog. Simultangründung (costituzione simultanea, Art. 2328 ff. c. c.). Diese unterscheidet sich im Hinblick auf den Umfang der Mitwirkung des Notars nicht von der Gründung einer GmbH, sodass die unter 1. gemachten Ausführungen sinngemäß gelten.

Die AG kann auch durch öffentliche Zeichnung (pubblica sottoscrizione, Art. 2333 ff. c. c.) gegründet werden. Auch hier ist die Mitwirkung des Notars vorgesehen. Im Rahmen eines vierstufigen Verfahrens wird zunächst ein Programm veröffentlicht, das Gegenstand, Kapital, grundlegende Bestimmungen des Gründungsakts und der Satzung, Gewinnbeteiligung der Gründer und die Frist für die Errichtung der Gründungsurkunde enthält. Dieses Programm muss mit den notariell beglaubigten Unterschriften der Gründer vor der Veröffentlichung bei einem Notar hinterlegt werden. Darauf folgen die Aktienzeichnungen – entweder in öffentlicher Urkunde oder notariell beglaubigter Privaturkunde. Im Anschluss wird im Rahmen einer Gesellschafterversammlung über den Inhalt der Gründungsurkunde beschlossen.¹⁸

12 Zum Ganzen m. w. N.: Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, § 14 Italien Rdnr. 181; ferner: *Kindler*, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, 2. Aufl. 2014, § 4 Rdnr. 123.

13 Siehe auch *Kindler*, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, § 4 Rdnr. 125; *Barth*, MittBayNot 2006, 1, 2.

14 Der deutsche Gesetzgeber hat erst kürzlich das Vier-Augen-Prinzip im Registerverfahren durch Schaffung von § 378 Abs. 3 FamFG bestätigt und gestärkt; vgl. hierzu auch die Gesetzesbegründung BT-Drucks. 18/10607, S. 106.

15 „Hält der Notar die vom Gesetz festgesetzten Bedingungen für nicht erfüllt, macht er davon den Verwaltern rechtzeitig und jedenfalls nicht nach Ablauf der im ersten Absatz dieses Artikels vorgesehene Frist Mitteilung. Die Verwalter können innerhalb der darauffolgenden dreißig Tage die Gesellschafterversammlung für die zweckdienlichen Maßnahmen einberufen oder beim Landesgericht Rekurs erheben, damit dieses die in den folgenden Absätzen bezeichnete Verfügung trifft; andernfalls ist der Beschluss endgültig unwirksam“ (Art. 2436 Abs. 3 und 4 c. c.).

16 Die Pflicht, ein Gesellschafterbuch zu führen, wurde 2009 abgeschafft; dies gilt ebenfalls für die meisten Fälle, in denen eine Gesellschafterliste einzureichen war. Die Pflicht zur Hinterlegung der Gesellschafterliste besteht hingegen bei „Kapitalzeichnungen“ (Art. 2444, 2420-bis c. c.) und/oder bei unentgeltlicher Kapitalerhöhung.

17 Auf eine gesonderte Darstellung notarieller Aufgaben bei der KGaA (Società in accomandita per azioni [s. a. p. a.]) wird verzichtet, da diese denjenigen entsprechen, die bei Aktiengesellschaften durch den Notar wahrgenommen werden.

18 *Kindler*, Italienisches Handels- und Wirtschaftsrecht, § 4 Rdnr. 125.

Beschlüsse der Gesellschafterversammlung müssen aus einem vom Vorsitzenden und vom Schriftführer oder von einem Notar unterschriebenen Protokoll hervorgehen. Beschlüsse von sog. außerordentlichen Gesellschafterversammlungen bedürfen stets der Aufnahme eines Protokolls durch einen Notar (vgl. Art. 2375 c. c.). Diese beschließt unter anderem über Satzungsänderungen sowie über die Bestellung, Abberufung und Befugnisse der Liquidatoren (Art. 2365 Abs. 1 c. c.) sowie die Ausgabe von Schuldverschreibungen (Art. 2410 Abs. 1 c. c.).¹⁹

III. Rechtsformübergreifende Zuständigkeiten des Notars

1. Umwandlungen

Die (formwechselnde) Umwandlung, Verschmelzung und Spaltung sind – anders als in Deutschland (UmwG) – nicht in einem separaten Gesetz, sondern ebenfalls im codice civile geregelt und erfordern sämtlich die Mitwirkung des Notars: Der formwechselnde Umwandlungsakt unterliegt „der für die gewählte Gesellschaftsform vorgesehenen Regelung“ (Art. 2500 Abs. 2 c. c.) und damit der für die Gründung der Zielrechtsform maßgeblichen Formvorschriften; Verschmelzung und Spaltung haben kraft ausdrücklicher gesetzlicher Anordnung stets in einer öffentlichen Urkunde zu erfolgen (Art. 2504, Art. 2506-ter Abs. 5 c. c.).

2. Unternehmenskauf- und -pachtverträge

Verträge, die die Übertragung des Eigentums am Betrieb eines im Handelsregister registrierungspflichtigen Unternehmens oder seine Nutzung zum Gegenstand haben (zum Beispiel Unternehmenspacht), müssen nach dem codice civile die Form aufweisen, die vom Gesetz für die Übertragung einzelner zum Betrieb gehörender Güter vorgesehen ist. Sind Immobilien im Betriebsvermögen, kann es dadurch zu einem abgeleiteten, notariellen Formzwang kommen (vgl. bereits oben I. 1., 2.). In diesem Fall ist es wiederum Aufgabe des Notars, den Vertrag innerhalb von dreißig Tagen zur Eintragung im Handelsregister zu hinterlegen (Art. 2556 c. c.).

3. Anfangsbeglaubigungsvermerk für Bücher der Rechnungslegung von Gesellschaften

Die Vorschriften über die Rechnungsunterlagen im codice civile sehen vor, dass die Rechnungsbücher eines Handelsunternehmens vor der Ingebrauchnahme fortlaufend auf jeder Seite zu nummerieren und ggf. auf jedem Bogen vom Handelsregisteramt oder von einem Notar zu stempeln sind. Das Registeramt oder der Notar haben auf der letzten Seite der Bücher in einem „Anfangsbeglaubigungsvermerk“ die Anzahl der Bögen, aus der sie bestehen, anzugeben

(Art. 2215 c. c.).²⁰ In der Praxis kommt diese notarielle Tätigkeit seit Anerkennung der elektronischen Führung von Gesellschaftsbüchern durch das Gesetz (Art. 2215-bis c. c.) jedoch kaum mehr vor.

IV. Gebühren im Gesellschaftsrecht

Dem italienischen Notar ist ferner die Aufgabe zugewiesen, bestimmte Gebühren und Abgaben zu erheben.²¹ Beispielsweise fallen für die Bargründung einer GmbH (s. r. l.) mit Mindestkapital von 10.000 € und zwei Gesellschaftern ungefähr folgende Kosten an:

• Stempelgebühr (Bollo Adempimento Unico) (Steuer, die für alle hoheitlichen Akte in Italien erhoben wird)	156 €
• Registergebühr (Imposta di Registro) (Steuer, die für sämtliche in ein Register einzutragenden Geschäfte erhoben wird, also zum Beispiel auch im Grundstücksrecht)	200 €
• Archivgebühr (Tassa di Archivio) (Gebühr zur Finanzierung des Notararchivs, in dem Urkunden von nicht mehr aktiven Notaren verwahrt werden)	27,50 €
• Handelskammerrechte (Diritti CCIAA) (Gebühr zur Finanzierung des Handelsregisters)	210 €
• Notarhonorar	1.500 €
<hr/>	
Summe (netto ohne USt)	2.093,50 €

Die Gründung einer deutschen GmbH mit Mindestkapital von 25.000 € und zwei Gesellschaftern hingegen kostet einschließlich sämtlicher Gebühren bei Notar und Registergericht rund 700 € (netto ohne USt).

V. Zusammenfassung

Wie auch in Deutschland nimmt der Notar in Italien eine zentrale Stellung im Gesellschaftsrecht ein. Personenhandelsgesellschaften können zwar formlos gegründet werden; die zwingend erforderliche Anmeldung im Handelsregister erfolgt aber stets über den Notar. Bei Kapitalgesellschaften ist darüber hinaus auch der Gründungsakt notariell zu beurkunden. Umwandlungsrechtliche Maßnahmen bedürfen ebenfalls notarieller Mitwirkung. Insoweit besteht kaum ein Unterschied zum deutschen Recht – von den Gebühren abgesehen: Diese sind in Italien deutlich höher als nach deutschem GNotKG.

¹⁹ Notariell protokollierte Beschlüsse außerordentlicher Gesellschafterversammlungen sind ferner erforderlich zur Genehmigung von bestimmten Geschäften mit eigenen Aktien (Art. 2358 c. c.) sowie für die Zuteilung von Finanzinstrumenten an Arbeitnehmer (Art. 2349 c. c.). Ferner kann sich die Zuständigkeit der außerordentlichen Gesellschafterversammlung aus spezialgesetzlichen Bestimmungen ergeben, so z. B. für börsennotierte Gesellschaften im Falle eines Delistings (Jung/Krebs/Stiegler, Gesellschaftsrecht in Europa, § 14 Italien Rdnr. 196 f.).

²⁰ Süß/Wachter/Fasciani, Handbuch des internationalen GmbH-Rechts, 3. Aufl. 2016, Italien, Rdnr. 177.

²¹ Vgl. § 457 D. P. R. 26.4.1986 n. 131 Art. 10.

Zum (unzulässigen) Inhalt von Dienstbarkeiten bei Beschränkung auf bestimmte Bewohnergruppen

Zugleich Anmerkung zum Beschluss des OLG München vom 15.7.2019, 34 Wx 264/17*

Von Notarassessor Dr. **Julius Forschner**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Das OLG München hat in seinem Beschluss vom 15.7.2019 eine Dienstbarkeit für unzulässig erklärt, in der die Wohnnutzung auf einem landwirtschaftlichen Anwesen auf Aussträger, hilfsweise auf Familienangehörige und landwirtschaftliche Arbeiter, beschränkt werden sollte. Damit liegt das Gericht auf einer Linie mit der Rechtsprechung des BayObLG.¹ Im Folgenden wird die Diskussion in Literatur und Rechtsprechung zur Beschränkung der Wohnnutzung auf bestimmte Personengruppen zusammengefasst und kritisch gewürdigt.

I. Anlass der Untersuchung: Die Entscheidung des OLG München

Das OLG München hatte im Wege eines Amtslöschungsverfahrens gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO, das vom Eigentümer „beantragt“ worden war, über den zulässigen Inhalt der Dienstbarkeit zu entscheiden. Im Jahr 1972 verlangte das zuständige Landratsamt für die Erteilung einer Baugenehmigung, dass das entsprechende Anwesen nur als Wohnung für Aussträger genutzt werden dürfe. Öffentlichrechtlich sollte damit wohl den Anforderungen des § 35 Abs. 1 Nr. 1 BauGB genüge getan werden.² Die Bedingung für die Baugenehmigung wurde durch die entsprechende Dienstbarkeit abgesichert und damals vom Grundbuchamt eingetragen. Nunmehr versuchte der Eigentümer, die entsprechende Dienstbarkeit im Wege des Amtslöschungsverfahrens wieder zu beseitigen. Mit Erfolg: Die zivilrechtliche Absicherung der öffentlichrechtlichen Vorschriften durch das Landratsamt ist damit obsolet.

Das OLG München begründet die Unzulässigkeit der Dienstbarkeit damit, dass die Dienstbarkeit ihrem Inhalt nach nicht zu einer Verschiedenheit in der tatsächlichen Nutzung führe.³ Die Vornahme der unzulässigen Handlung (Überlassen an Personen, die nicht dem landwirtschaftlichen Betrieb dienen) sei nicht verschiedenartig zur zulässigen Handlung (Überlassung an Aussträger oder andere dem landwirtschaftlichen Betrieb dienenden Personen). Oder kurz gewendet: Nach Auffassung des OLG München ist Wohnen gleich Wohnen, egal wer wohnt.

* MittBayNot 2020, 143 (in diesem Heft).

- 1 BayObLG, Beschluss vom 31.7.1980, BReg 2 Z 41/80, BayObLGZ 1980, 232.
- 2 Vgl. dazu allgemein *Odersky* in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 213, 214.
- 3 OLG München, Beschluss vom 15.7.2019, 34 Wx 264/17, MittBayNot 2020, 143 (in diesem Heft), Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

II. Möglicher Inhalt der Dienstbarkeit

Der Wortlaut des § 1018 BGB nennt drei Fallgruppen der Dienstbarkeit: Erstens die Gestattung, dass das Grundstück in einzelnen Beziehungen genutzt werden darf (Benutzungsdienstbarkeit). Zweitens die Beschränkung, dass auf dem Grundstück „gewisse Handlungen“ nicht vorgenommen werden dürfen (Unterlassungsdienstbarkeit) und drittens die Möglichkeit, dass die Ausübung eines Rechts, das sich aus dem Eigentum des Grundstücks ergibt, nicht ausgeübt werden darf (Ausschlussdienstbarkeit).⁴ Die Vorgaben des Gesetzeswortlauts sind hierbei denkbar weit gefasst.

Im hier vorliegenden Fall handelt es sich unproblematisch um eine Unterlassungsdienstbarkeit. Die Rechtsprechung hat aus dem Wortlaut zwei wesentliche Einschränkungen für Unterlassungsdienstbarkeiten abgeleitet: Dem Eigentümer dürfen nur gewisse, nicht aber sämtliche Handlungen untersagt bzw. gestattet werden⁵ und die Untersagung darf sich nur auf tatsächliche Handlungen beziehen, nicht aber auf die rechtsgeschäftlichen Befugnisse des Eigentümers.⁶ Zudem muss das Verbot der Handlung so gestaltet sein, dass sich verbotener und erlaubter Gebrauch in tatsächlicher Hinsicht unterscheiden.⁷

III. Die Unterscheidbarkeit einer Handlung im tatsächlichen Gebrauch

Diese Unterscheidung der Handlung „in tatsächlicher Hinsicht“ ist eine Schöpfung der Rechtsprechung. Zu ein und derselben unveränderten Norm wurden hierzu die verschiedensten Ansätze vertreten. Nachfolgend wird die Entwicklung der Rechtsprechung zu dieser Thematik dargestellt. Es wird sich zeigen, dass die Entscheidung des OLG München keineswegs eine konsequente Fortführung dieser Entwicklung ist.

Das RG hatte im Jahr 1925 über eine Dienstbarkeit zugunsten des preußischen Staates zu befinden, wonach eine Landarbeiterwohnung auf die Dauer von fünfzig Jahren nur von „deutschstämmigen Landarbeiterfamilien“ bewohnt werden dürfe. Das Gericht hielt diese Dienstbarkeit – die der vorliegenden sehr ähnelt – für zulässig.

- 4 Staudinger/*J. Weber*, Neub. 2017, § 1018 Rdnr. 75; BeckOGK-BGB/*Kazele*, Stand: 1.8.2019, § 1018 Rdnr. 1.
- 5 BayObLG, Beschluss vom 13.2.2003, 2 Z BR 131/02, NJOZ 2003, 824; KG, Beschluss vom 16.4.1991, 1 W 453/91, DNotZ 1992, 673; vgl. zuletzt BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963: Es genügt, wenn dem Eigentümer lediglich eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzung verbleibt, die von der Zustimmung (Benennung) eines Dritten abhängt.
- 6 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 1130 ff.; Staudinger/*J. Weber*, § 1018 Rdnr. 105 jeweils m. w. N.
- 7 Rdnr. 23 der besprochenen Entscheidung.

Hintergrund war, dass der preußische Staat den entsprechenden Eigentümer mit einem zinslosen Darlehen unterstützte, um Wohnraum für Landarbeiter zu schaffen und eine Abwanderung derselben in die Städte zu verhindern.⁸ Lässt man den aus heutiger Sicht naheliegenden Aspekt der Diskriminierung⁹ nicht „deutschstämmiger“ Personen außen vor, wurden damals vor allem zwei Aspekte diskutiert: Zum einen die sehr interessante, aber hier nicht weiter relevante Frage, ob sich der Staat zur öffentlichen Wohnraumförderung des Privatrechts bedienen darf.¹⁰ Zum anderen die für den vorliegenden Fall relevante Frage, ob es sich bei der Beschränkung der Benutzung der Wohnung durch Landarbeiter um eine Beschränkung der tatsächlichen Herrschaft des Grundstücks oder um eine Beschränkung der rechtlichen Verfügung hierüber handelt.¹¹ Als Abgrenzungskriterium entwickelte das RG, dass eine Beschränkung der Befugnis des Eigentümers, mit dem Grundstück nach Belieben zu verfahren dann vorliege, wenn eine Einschränkung „auf das Grundstück andere Wirkungen äußert als eine uneingeschränkte Benutzung“.¹² Es sei eine Verschiedenheit in der tatsächlichen Benutzung, wenn der Eigentümer in der Wahl der Bewohner beschränkt ist im Vergleich zu einer unbeschränkten Nutzungsmöglichkeit zu Wohnzwecken. Dass es sich hierbei nicht lediglich um eine rechtliche Beschränkung handle bedürfe „keiner Ausführung“.¹³

Das OLG München rezipiert die Entscheidung des RG¹⁴ und erkennt, dass es sich um einen nahezu identischen Fall handelt, nämlich eine Beschränkung der Nutzung durch Dienstbarkeit auf einen bestimmten Bewohnerkreis. Der Senat übergeht die Entscheidung dann mit dem Argument, dass der BGH diese Rechtsprechung in BGHZ 29, 244 aufgegeben habe. Im Übrigen lässt der Senat es dahinstehen, ob diese Entscheidung „nach heutiger Rechtslage überhaupt noch so getroffen werden könnte“.¹⁵ Die Frage, ob diese Entscheidung heute noch so ergehen würde, kann man durchaus stellen. Die Rechtslage hat sich aber allenfalls bzgl. des Diskriminierungsaspekts geändert, nicht aber bezüglich der gesetzlichen Anforderungen an den zulässigen Inhalt einer Dienstbarkeit.

Ob der BGH die Rechtsprechung des RG – wie vom OLG München behauptet – im Jahr 1959¹⁶ aufgegeben hat, ist mehr als fraglich. Der Entscheidung des BGH lag ein Sachverhalt zugrunde, in dem einem Tankstellenbetreiber untersagt wurde, andere Motorenbetriebsstoffe sowie Fette und Öle als

die einer bestimmten Marke (BP) zu verkaufen.¹⁷ Es ging in der Entscheidung also gar nicht um die Beschränkung des zulässigen Bewohnerkreises durch Dienstbarkeit, sondern vielmehr um die Durchsetzung von Wettbewerbsbeschränkungen. In dem Verbot sah der BGH keine (zulässige) Beschränkung des Eigentumsrechts am Grundstück, sondern eine unzulässige Einschränkung des Rechts zur freien Auswahl eines Warenlieferanten.¹⁸ Dies schränke die rechtsgeschäftliche Freiheit des Grundstückseigentümers unzulässig ein. Auch in dieser Entscheidung kommt der Widerspruch zum Ausdruck, dass es ohne Weiteres zulässig gewesen wäre, dem Eigentümer jeglichen Gewerbebetrieb auf dem Grundstück mittels Grunddienstbarkeit zu untersagen. Die Einschränkung auf einen bestimmten Gewerbebetrieb mit einem bestimmten Warenlieferanten soll jedoch als Inhalt des dinglichen Rechts unzulässig sein. Unbefangen könnte man sich die Frage stellen, was für eine größere Einschränkung der rechtsgeschäftlichen Freiheit es geben kann, als den Betrieb eines Gewerbebetriebs insgesamt zu verbieten.

Eine Abkehr des BGH von der oben dargestellten reichsgerichtlichen Rechtsprechung ist hierin jedenfalls nicht zu erkennen. Der BGH nimmt die Entscheidung des RG in Bezug und zitiert aus ihr den Grundsatz, dass es sich beim Inhalt der Dienstbarkeit nicht lediglich um eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit handeln dürfe.¹⁹ Von einer Aufgabe oder Abkehr von der Rechtsprechung des RG ist aber in der BGH-Entscheidung nicht die Rede. Vielmehr präzisiert der BGH die Anforderungen für die Abgrenzung von Einschränkungen der persönlichen Freiheit bzw. Gewerbefreiheit zu Einschränkungen in der Freiheit der Rechte des Grundstückseigentümers. Die Behauptung des Senats in der vorliegenden Entscheidung, der BGH habe die Rechtsprechung des RG aufgegeben, lässt sich daraus nicht belegen.

Vielmehr leitet das OLG München aus den vom BGH aufgestellten Grundsätzen ab, dass nunmehr auch die Auswahl der Bewohner anhand persönlicher Merkmale keine hinreichende unterscheidbare Nutzung in tatsächlicher Hinsicht sei.²⁰ Der BGH hat zwar das Kriterium der Verschiedenheit in der tatsächlichen Benutzung konkretisiert. Dieses hatte jedoch schon das RG aufgestellt. Die Frage, ob die Bewohnung des Grundstücks durch Bewohner mit unterschiedlichen persönlichen Merkmalen oder Eigenschaften eine solche Verschiedenheit in der tatsächlichen Nutzung darstellt, hat der BGH bisher – soweit ersichtlich – nicht entschieden.

Richtigerweise dürfte die Bewohnung eines Grundstücks durch verschiedene Personengruppen sich auch in tatsächlicher Hinsicht auswirken und nicht nur eine Beschränkung der rechtsgeschäftlichen Verfügungsfreiheit sein. Wer das bezweifeln mag, stelle sich selbst die Frage, ob er lieber neben einer Wohngemeinschaft von Verbindungsstudenten oder einem

8 RG, Beschluss vom 14.10.1925, V B 22/25, RGZ 111, 384, 386.

9 Vgl. hierzu ausführlich *Schwab*, DNotZ 2006, 649 ff.; BeckOGK-BGB/*Vossler*, Stand: 1.7.2019, § 134 Rdnr. 113 ff.

10 RG, Beschluss vom 14.10.1925, V B 22/25, RGZ 111, 384, 391.

11 RG, Beschluss vom 14.10.1925, V B 22/25, RGZ 111, 384, 395.

12 RG, Beschluss vom 14.10.1925, V B 22/25, RGZ 111, 384, 395.

13 RG, Beschluss vom 14.10.1925, V B 22/25, RGZ 111, 384, 396.

14 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

15 Rdnr. 28 der besprochenen Entscheidung.

16 BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, BGHZ 29, 244 = NJW 1959, 670.

17 BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, NJW 1959, 670.

18 BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, NJW 1959, 670, 672; vgl. schon zuvor für die (unzulässige) Beschränkung auf einen bestimmten Bierlieferanten BayObLG, Beschluss vom 1.9.1953, BReg. 2 Z 119/53, BayObLGZ 1953, 295.

19 BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, NJW 1959, 670, 672.

20 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

Rentnerhepaar wohnen möchte. Auch die Bewohnung durch Landarbeiter oder – wie im Fall des OLG München – durch Austräger bzw. landwirtschaftliche Arbeiter ist etwas anderes als die Bewohnung durch sonstige Personen. Austräger können ggf. noch im landwirtschaftlichen Betrieb mitarbeiten, landwirtschaftliche Arbeiter ohnehin. Ob sich die Benutzung im konkreten Fall als verschiedenartig darstellt, lässt sich abstrakt nicht feststellen. Es kann deswegen auch nicht Maßstab für den Inhalt eines dinglichen Rechts sein, ob die konkrete Nutzung sich tatsächlich zu anderen Nutzungen unterscheidet. Ob die Beteiligten eine Nutzung durch landwirtschaftliche Arbeiter als unterschiedlich zu anderen Nutzungen beurteilen, sollte allein der Bewertung der Beteiligten und ihrer privatautonomen Gestaltung überlassen werden. Eine weitergehende Einschränkung ist den §§ 1018, 1090 BGB nicht zu entnehmen.

IV. Die Zulässigkeit von Wohnungsbelegungsrechten und die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung

In der Entscheidung des OLG München klingt an, dass der Vertreter des Beschwerdeführers vorgebracht hatte, dass es sich doch auch bei der hier vorliegenden Dienstbarkeit um ein zulässiges Wohnungsbesetzungsrecht handele. Dieser Vortrag wirkt zwar vor dem Wortlaut der Dienstbarkeit etwas hilflos, versteht man doch unter einem Wohnungsbesetzungsrecht das Recht eines Dritten, über die Zulässigkeit eines bestimmten Bewohners zu entscheiden.²¹ Im Ergebnis ist diese Argumentation jedoch nicht so fernliegend, wie sie auf den ersten Blick scheinen mag, da die Unterscheidung zwischen zulässigem Wohnungsbesetzungsrecht und unzulässiger Wohnungsbeschränkungsdienstbarkeit nicht einleuchten mag.²²

Solche Wohnungsbesetzungs- bzw. Wohnungsbenennungsrechte sind – nahezu unstrittig – zulässig,²³ wobei teilweise davon ausgegangen wird, dass sie lediglich praeter legem als

Gewohnheitsrecht anerkannt sind.²⁴ Teilweise wird das Zustimmungserfordernis des Dritten auch mit einer antizipierten Zustimmung kombiniert, wonach diese für bestimmte Personengruppen bereits von vornherein als erteilt gilt,²⁵ was das Besetzungsrecht der hier vorliegenden Dienstbarkeit noch deutlicher annähert. Auch das OLG München erkennt grundsätzlich an, dass das gleiche Ergebnis zulässigerweise mit einer andersartig (komplizierter) formulierten Dienstbarkeit hätte erreicht werden können.²⁶ Dies zeigt die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung. Es kann keinen Unterschied machen, ob die Zulässigkeit der Wohnnutzung von vornherein anhand abstrakter Kriterien bestimmt oder von der Zustimmung eines Dritten abhängig gemacht wird, häufig sogar mit der Möglichkeit der antizipierten Zustimmung bzgl. bestimmter Bewohner.²⁷

Die Rechtsprechung erkennt solche Wohnungsbesetzungsrechte selbst dann als zulässig an, wenn damit der Eigentümer des belastenden Grundstücks faktisch dazu gezwungen wird, einen bestimmten Vertrag – zum Beispiel mit einem Pflegeheimbetreiber – abzuschließen.²⁸ Bei solchen Gestaltungen wirkt sich das Zustimmungserfordernis des Dritten erheblich auf die rechtliche Verfügungsfreiheit des Eigentümers aus, was die Rechtsprechung in anderen Konstellationen vorgibt, gerade verhindern zu wollen.²⁹

Das wenden auch die Kritiker der Wohnungsbelegungsrechte ein.

Als maßgebliches Argument wird vorgetragen, durch ein Wohnungsbelegungsrecht werde nicht die Nutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht eingeschränkt, sondern es erfolge vielmehr eine Beschränkung der rechtlichen Handlungsfreiheit des Eigentümers, da eine Überlassung von Wohnraum in aller Regel durch Rechtsgeschäft zustande komme.³⁰

Diese Abgrenzung ist insofern verfehlt, als aus ihr nicht lösbare Abgrenzungsprobleme entspringen. Jedem Verbot einer tatsächlichen Handlung ist schließlich eine Beschränkung der rechtlichen Handlungsfreiheit immanent. Wird einem Eigentümer durch Dienstbarkeit in tatsächlicher Hinsicht untersagt, einen Gewerbebetrieb welcher Art auch immer³¹ auf einem

21 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1131; Beck'sches Notarhandbuch/Everts, 6. Aufl. 2015, A. VII. Rdnr. 28 mit Formulierungsbeispiel Rdnr. 46.

22 Odersky in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 213, 227 formuliert prägnant: „Man wird zugeben müssen, dass nicht ohne Weiteres gesagt werden kann, die Benutzung durch benannte Personen mache einen unterschiedlichen tatsächlichen Gebrauch aus gegenüber der Benutzung durch andere Personen“.

23 BGH, Urteil vom 8.2.2019, V ZR 176/17, MittBayNot 2020, 45 (m. Anm. Müller); Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963, 1964; BayObLG, Urteil vom 6.4.1982, BReg. 2 Z 7/82, BayObLGZ 1982, 184; 2000, 140; Beschluss vom 29.12.2000, 2 Z BR 134/00, MittBayNot 2001, 317; LG München II, Beschluss vom 18.06.2002, 6 T 2621/02, MittBayNot 2002, 400; OLG Stuttgart, Beschluss vom 9.7.1956, 8 W 194/56, MDR 1956, 679; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1131, 1205 m. w. N.; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, 4. Aufl. 2018, Allgemeiner Teil C Rdnr. 318; Rastätter, DNotZ 2000, 17, 38; Odersky in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 213, 227 f.; Palandt/Herrler, 78. Aufl. 2019, § 1018 Rdnr. 21; Grziwotz/Lüke/Saller/Grziwotz, Praxishandbuch Nachbarrecht, 2. Aufl. 2013, Teil 4 Rdnr. 249 mit Fn. 941; Staudinger/J. Weber, § 1090 Rdnr. 18.

24 Beck'sches Notarhandbuch/Everts, A. VII. Rdnr. 28.

25 Vgl. z. B. BayObLG, Beschluss vom 29.12.2000, 2 Z BR 134/00, MittBayNot 2001, 317: „Der zur Verfügung stehende Wohnraum in der Wohnanlage (...) darf nur von Personen genutzt werden, deren Nutzung die Gemeinde als Berechtigte der Dienstbarkeit zugestimmt hat. Die Zustimmung gilt als erteilt für Personen, welche das 55. Lebensjahr vollendet und einen Betreuungsvertrag (...) mit dem Betreiber der Wohnanlage (...) abgeschlossen haben.“

26 Stürmer spricht zurecht davon, dass die Frage, ob ein rechtlicher und tatsächlicher Effekt, den die Dienstbarkeit unstrittig zulässigerweise herbeiführen kann, eintritt, zur Frage „kautelejuristischer Formulierungskunst“ wird, vgl. Stürmer, AcP 194 (1994), 265, 267.

27 Vgl. die Formulierung oben in Fn. 24.

28 BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963 ff.

29 BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, NJW 1959, 670.

30 BeckOGK-BGB/Kazele, § 1018 Rdnr. 446.1.

31 BGH, Urteil vom 24.9.1982, V ZR 96/81, NJW 1983, 115.

Grundstück zu betreiben, so ist damit auch seine rechtliche Handlungsfreiheit eingeschränkt, denn der Eigentümer kann das Grundstück einem Dritten nicht mehr durch Rechtsgeschäft zur Nutzung für einen Gewerbebetrieb überlassen. Ist das dienende Grundstück dergestalt belastet, dass eine Gastwirtschaft auf dem Grundstück nicht betrieben werden darf,³² geht damit spiegelbildlich die Beschränkung der rechtlichen Handlungsfreiheit einher, einem Dritten durch Rechtsgeschäft das Grundstück zur Nutzung mit einer Gastwirtschaft zu überlassen. Diese Liste ließe sich beliebig fortsetzen und zeigt, dass die Abgrenzung zwischen einem Verbot in tatsächlicher Hinsicht und einer Einschränkung der rechtlichen Handlungsfreiheit zum Scheitern verurteilt ist.³³ Eine Einschränkung der rechtlichen Handlungsfreiheit liegt nur vor, wenn unmittelbar die rechtliche Verfügung über das Grundstück verhindert wird, beispielsweise durch Verbote, das Grundstück zu übereignen oder zu belasten.

Ebenso wenig kann einleuchten, warum es nicht zulässig sein soll, das Verbot der Nutzung durch bestimmte Personengruppen zum unmittelbaren Inhalt der Dienstbarkeit zu machen, andererseits dieses Ergebnis durch verschiedene „Umgehungsstrukturen“³⁴ wieder zuzulassen. Die Anerkennung dieser Umgehungsstrukturen zeigt zweierlei: Zum einen, dass in der Praxis ein Bedürfnis für solche Gestaltungen besteht. Zum anderen, dass die Rechtsprechung wertungsmäßig nicht überzeugend begründen kann, warum eine solche Gestaltung unzulässig sein soll. Letztlich läuft diese Rechtsprechung auf eine im Gesetz nicht vorgesehene Inhaltskontrolle hinaus.

Teilweise wird als sachliche Rechtfertigung für eine solche Beschränkung vorgetragen, dass notwendigerweise fast jede menschliche Handlung auf einem Grundstück vorgenommen werde und die Möglichkeiten der Freiheitsbeschränkung „uferlos“ seien, wenn nicht gewisse Abgrenzungsmerkmale bzgl. der noch zulässigen Beschränkungen gefunden würden.³⁵ Dieses Argument kann meines Erachtens nicht überzeugen, denn hier wird letztlich vom Ergebnis her argumentiert. Es wird nicht weiter begründet, warum Freiheitsbeschränkungen – die durch Vertrag unstrittig in den Grenzen des Gesetzes zulässig sind – nicht auch im Rahmen einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zulässig sein sollen. Begründet werden muss nicht, warum eine privatautonom getroffene Vereinbarung zulässig sein soll, sondern vielmehr, warum sie nicht zulässig sein soll. Einen allgemeinen Grundsatz, dass sich ein Eigentümer seiner Rechte nicht freiwillig begeben darf, gibt es nicht. Die Grenze zieht das Gesetz darin, dass nur gewisse (nicht aber alle) Handlungen untersagt werden dürfen. Eine weitere qualitative Einschränkung nimmt das Gesetz nicht vor. Ebenso wenig kann mit diesem Argument der Widerspruch zur Zulässigkeit von Wohnungsbesetzungsrechten aufgelöst werden.

Es ist schlicht nicht logisch nachvollziehbar, warum sich der Eigentümer keiner abstrakten Freiheitsbeschränkung unterwerfen darf, seine Freiheit aber in die Hand eines Dienstbarkeitsberechtigten legen können soll.

V. Die Zulässigkeit von Fremdenverkehrsdienstbarkeiten als weiterer Widerspruch

Die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung zeigt sich auch in der Anerkennung von sog. Fremdenverkehrsdienstbarkeiten.³⁶ Als zulässig wurde zum Beispiel eine Dienstbarkeit erachtet, wonach das Grundstück und die sich auf ihm befindlichen Gebäude nicht über einen längeren Zeitraum als sechs Wochen im Jahr durch den Eigentümer selbst oder ein und denselben Dritten bewohnt werden dürfen.³⁷ Während also eine Dienstbarkeit unzulässig sein soll, wonach lediglich Ausrichter ein Grundstück bewohnen, soll es erlaubt sein, dass ein und dieselbe Person das Grundstück pro Jahr nicht für länger als sechs Wochen bewohnt. Das BayObLG begründet in der Entscheidung – im Ergebnis durchaus überzeugend –, warum es in tatsächlicher Hinsicht einen Unterschied macht, ob ein Gebäude bzw. eine Wohnung dauerhaft von den gleichen Personen bewohnt wird oder ob in einem Gebäude wechselnde Bewohner leben. Die Entscheidung zeigt aber, wie argumentativ aufwendig es sein kann, zu begründen, ob sich eine Einschränkung der Bewohnung in einer bestimmten Weise oder durch eine bestimmte Personengruppe in tatsächlicher Hinsicht auswirkt. Diese Begründungsschwierigkeiten sollten jedoch nicht dazu führen, dass die Einschränkung des Bewohnerkreises insgesamt unzulässig ist. Es sollte vielmehr umgekehrt anerkannt werden, dass auch die Nutzung durch verschiedene Bewohnergruppen einen Unterschied der Nutzung in tatsächlicher Hinsicht darstellen kann.

Die Gegenauffassung, wonach eine personenbezogene Differenzierung nicht zu einem Unterschied in der tatsächlichen Nutzung führe,³⁸ vermag nicht zu überzeugen. *Kristic* führt dazu aus:

„Der rechtliche Bezug zum Grundstück muss sich manifestieren, da sonst eine Entscheidung, wo das Eigentumsrecht und wo die persönliche Freiheit betroffen ist, nicht möglich wäre.“³⁹

Wie bereits oben dargelegt, geht die Beschränkung der Eigentumsfreiheit immer auch mit einer Beschränkung der persönlichen Freiheit einher. Prägnant formuliert *Stürner*:

„Eigentum ist ein Stück persönliche Freiheit, Dienstbarkeit folglich ihrem Wesen nach Freiheitsbeschränkung zugunsten der Freiheit eines anderen.“⁴⁰

Es mag schlicht nicht einleuchten, warum z. B. die Formulierung, dass der Eigentümer das Grundstück über einen längeren Zeitraum nicht selbst bewohnen darf,⁴¹ keine Einschrän-

32 OLG München, Urteil vom 4.9.2003, U (K) 3241/03, NJW-RR 2004, 164.

33 In diese Richtung auch MünchKomm-BGB/Mohr, 7. Aufl. 2017, § 1090 Rdnr. 17; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, Allgemeiner Teil C Rdnr. 296.

34 Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, Allgemeiner Teil C Rdnr. 296.

35 *Odersky* in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 213, 223.

36 Dazu ausführlich *Kristic*, MittBayNot 2003, 263 ff.

37 BayObLG, Beschluss vom 17.5.1985, BReg. 2 Z 35/85, NJW 1985, 2485.

38 *Kristic*, MittBayNot 2003, 263, 265.

39 *Kristic*, MittBayNot 2003, 263, 265.

40 *Stürner*, AcP 194 (1994), 265.

41 *Kristic*, MittBayNot 2003, 263, 264.

kung der persönlichen Freiheit des Eigentümers sein soll. Jeder Beschränkung des Eigentums durch Dienstbarkeit ist immer eine Beschränkung der persönlichen Freiheit immanent.

VI. Typenzwang und Inhaltsfreiheit

Auch der im Sachenrecht grundsätzlich anerkannte Typenzwang steht der hier vertretenen Auffassung nicht entgegen. Typenzwang bedeutet, dass zwar Freiheit bezüglich der Frage besteht, ob Rechte begründet oder aufgehoben werden, die Freiheit bzgl. deren inhaltlichen Gestaltungsfreiheit jedoch eingeschränkt ist.⁴² Die Beschränkung der inhaltlichen Gestaltungsfreiheit besteht jedoch nur, soweit das Sachenrecht hierfür tatsächlich Grenzen zieht. Der Gesetzgeber hat den möglichen Inhalt von Dienstbarkeiten bewusst weit gefasst und vor dem Hintergrund der vielfach denkbaren Anwendungsbereiche nur vorgegeben, dass gewisse Handlungen ausgeschlossen oder die Benutzung in einzelnen Beziehungen gestattet wird. Für Dienstbarkeiten gilt deshalb, dass sich die Parteiautonomie in einer weitgehenden Inhaltsfreiheit manifestiert.⁴³ Während beispielsweise der Nießbrauch als umfassendes Nutzungsrecht gesetzlich bzgl. seines Inhalts weitgehend vorgegeben ist, dienen die Dienstbarkeiten als Auffangtatbestände der Verwirklichung der Privatautonomie auch im Sachenrecht. Die inhaltsoffene Gestaltung von Dienstbarkeiten hat dabei vor allem historische Gründe.⁴⁴ Diese historischen Gründe sollten aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass das Gesetz insofern insgesamt offen formuliert ist und der weitgehend freien Gestaltung der Dienstbarkeiten nicht entgegensteht.

Eine Beschränkung des möglichen unmittelbaren Rechtsinhalts der Dienstbarkeit führt zu den bereits aufgeführten Umgehungsstrukturen, die kompliziert und damit streitanfällig sind, was auch die Vielzahl der Entscheidungen zur Thematik der Wohnungsbesetzungsrechte zeigt. Letztlich ist für den Kautelarjuristen kaum vorhersehbar, ob ein Gericht die von ihm formulierte Dienstbarkeit als zulässig erachten würde oder nicht.⁴⁵

VII. Praktisches Bedürfnis für Beschränkung der Wohnnutzung auf bestimmte Personengruppen

Die zahlreichen verschiedenen durch die Rechtsprechung entschiedenen Fälle zeigen, dass es ein hohes praktisches Bedürfnis dafür gibt, die Wohnnutzung durch bestimmte Personen oder Personengruppen durch Dienstbarkeit absichern zu können. Dies gilt in besonderem Maße, aber nicht nur für die Umsetzung öffentlich-rechtlicher Zielsetzungen auch mit Mitteln des Privatrechts.

Nun ist das praktische Bedürfnis allein noch kein Argument für eine rechtliche Zulässigkeit einer bestimmten Gestaltung. Gerade bei den Dienstbarkeiten ist es jedoch so, dass deren Inhaltsoffenheit zu einer Wandelbarkeit führt und damit stets eine Anpassung an die sich verändernden Umstände ermöglicht. Bei Inkrafttreten des BGB wäre noch keiner auf die Idee gekommen, dass Dienstbarkeiten zur Absicherung von Glasfaserleitungsrechten, Photovoltaikanlagen oder Ähnlichem dienen können. Diese Stärke sollte die Rechtsprechung den Dienstbarkeiten nicht dadurch nehmen, dass sie die Gestaltungsfreiheit durch zusätzliche – dem Gesetz so nicht zu entnehmende⁴⁶ – Anforderungen einschränkt.

VIII. Fazit

Es ist in der Rechtsprechung anerkannt, dass sich der Eigentümer der Nutzungsbefugnis mittels Dienstbarkeit nahezu vollständig begeben kann, sodass ggf. nur noch eine wirtschaftlich sinnvolle Nutzungsmöglichkeit des Grundstücks besteht.⁴⁷ Es ist darüber hinaus anerkannt, dass ein Benutzungsverbot für bestimmte Personengruppen im Rahmen eines Wohnungsbesetzungsrechts zulässig ist,⁴⁸ da es den Grundstückseigentümer in seiner tatsächlichen Nutzung des Grundstücks einschränkt. Dass dadurch mittelbar der Druck auf den Grundstückseigentümer ausgeübt wird, einen bestimmten Vertrag abzuschließen, stellt noch keine Einschränkung seiner rechtlichen Verfügungsfreiheit dar.⁴⁹

Die Entscheidung des OLG München steht in ihrer Begründung im Widerspruch zur Rechtsprechung des RG, die nach hier vertretener Auffassung durch den BGH nicht aufgegeben wurde. Denn maßgebliches Argument des OLG München ist, dass es an einer Verschiedenheit der tatsächlichen Nutzung fehlt.⁵⁰ Es ist widersprüchlich, dass im Rahmen der Bestellung einer Dienstbarkeit eine Verschiedenheit in der tatsächlichen Nutzung gefordert wird, während im Rahmen von Wohnungsbesetzungsrechten anerkannt ist, dass es gerade nicht einer Verschiedenheit in tatsächlicher Hinsicht bedarf. Es sollte vielmehr der privatautonomen Vereinbarung der Parteien überlassen werden, ob sie die zu unterlassende Handlung als verschiedenartig zu den noch erlaubten Handlungen beurteilen.

42 Staudinger/C. Heinze, Neub. 2018, Einleitung Sachenrecht Rdnr. 94; MünchKomm-BGB/Gaier, Einleitung Sachenrecht Rdnr. 11; BeckOK-BGB/Wegmann/Reischl, Stand: 1.8.2019, § 1018 Rdnr. 51; Kaulbach, JuS 2011, 397.

43 MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 25; vgl. ausführlich zum Verhältnis von Typenzwang und Inhaltsfreiheit BeckOGK-BGB/Kazele, § 1018 Rdnr. 24 sowie Kaulbach, JuS 2011, 397.

44 MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 25.

45 Stürner, AcP 194 (1994), 265, 267.

46 Das räumt sogar *Odersky* ein, siehe *Odersky* in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 213, 228, der allerdings annimmt, dass diese Einschränkung „durch Auslegung“ gefunden worden sei.

47 BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963, 1965.

48 BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963, 1965.

49 BGH, Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NJW 2013, 1963, 1965.

50 Rdnr. 26 der besprochenen Entscheidung.

Wasserrecht und Grundbuch

Von Regierungsdirektor Dr. **Johannes Holzer**, München

Jedes Grundstück ist den Naturkräften ausgesetzt und dadurch Veränderungen unterworfen. Bei Grundstücken, die an Gewässer grenzen, ist das besonders häufig der Fall. Das Grundbuch muss derartige Veränderungen nachvollziehen, wobei mehrere verfahrensrechtliche Möglichkeiten zur Verfügung stehen. Der folgende Beitrag stellt diese sowie ihre materiellrechtlichen Grundlagen vor dem Hintergrund ihrer historischen Wurzeln dar.

I. Problemstellung

Das Grundbuch dient zur richtigen Verlautbarung privatrechtlicher Rechte an Grundstücken.¹ Veränderungen von Grundstücken durch die Einwirkung des Wassers müssen daher im Grundbuch nachvollzogen werden. In welcher Weise das geschieht, hängt von der Art der Veränderung, dem Ergebnis der verbindlichen Zuordnung des Eigentums² nach den Art. 6 bis 9 BayWG sowie von dem im Grundstücksrecht unterschiedlich beurteilten Verhältnis von Recht und Tatsache ab. In den folgenden Ausführungen sollen zunächst die durch die Einflüsse des Wassers ausgelösten rechtlichen Vorgänge an Grundstücken vor dem Hintergrund ihrer rechtshistorischen Wurzeln erläutert und anschließend die durch das materielle Recht bestimmten grundbuchrechtlichen Lösungen für deren Nachvollzug im Grundbuch diskutiert werden.

II. Veränderungen des Grundstücks durch Einfluss des Wassers

1. Allgemeines

Die meisten durch das Wasserrecht erfassten Vorgänge haben Einfluss auf die Grenze zwischen dem Gewässer und den Ufergrundstücken (Uferlinie). Diese wird durch die Linie des Mittelwasserstands unter besonderer Berücksichtigung der Grenze des Pflanzenwuchses bestimmt (Art. 12 Abs. 1 BayWG) und ggf. durch die Kreisverwaltungsbehörde festgestellt (Art. 12 Abs. 2 BayWG).

2. Alluvion

Entsteht neues Land durch allmähliche Anschwemmungen an das Ufer eines an ein Gewässer grenzenden Grundstücks, handelt es sich um eine natürliche Verlandung, also um eine Alluvion (*alluvio*).³

a) Fließende Gewässer

Die Rechtsfolgen von Alluvionen an Flüssen waren bereits im römischen Recht dahin gehend anerkannt, dass unmerkliche Anschwemmungen dem Ufergrundstück zuwuchsen. Voraussetzung war, dass die Anschwemmung so langsam hinzukam, dass nicht erkennbar war, wie viel in jedem Augenblick angespült wurde.⁴ Diese Regelung wurde in die Wassergesetze der Länder übernommen⁵ und findet sich auch im heutigen Art. 8 Abs. 1 BayWG. Danach wachsen bei fließenden Gewässern durch allmähliches Anlanden oder Zurücktreten des Wassers entstandene Verlandungen den Eigentümern der Ufergrundstücke zu, wenn die Verlandung mit dem bisherigen Ufer bei Mittelwasserstand zusammenhängt und sich darauf Pflanzenwuchs gebildet hat. Bei vor Inkrafttreten des BGB entstandenen Alluvionen kann dies jedoch anders sein, da das anwendbare Recht durch den Zeitpunkt ihrer Entstehung bestimmt wird.⁶

b) Stehende Gewässer

Da in Bayern Eigentümer von Gewässern erster oder zweiter Ordnung entweder der Bund oder der Freistaat Bayern sind (Art. 5 BayWG), musste eine Sonderregelung für stehende Gewässer geschaffen werden, die nicht den Anliegern gehören. Diese findet sich in Art. 8 Abs. 2 Satz 1 BayWG, wonach bei stehenden Gewässern Verlandungen innerhalb der bisherigen Eigentumsgrenzen den Gewässereigentümern gehören.

3. Avulsion

Werden Landstücke von einem Fluss abgerissen und an anderer Stelle abgelagert, liegt eine Avulsion (*avulsio*) vor.⁷ Hier war nach römischem Recht zu unterscheiden: Bei der Avulsion blieb die bisherige Rechtslage bestehen, sodass der abgerissene Teil des Grundstücks dem ursprünglichen Eigentümer gehörte. Dies änderte sich allerdings dann, wenn der

4 „Praeterea quod per alluvionem agro tuo flumen adiecit, iure gentium tibi adquiritur. est autem alluvio incrementum latens. per alluvionem autem id videtur adici, quod ita paulatim adicitur, ut intellegere non possis, quantum quoquo momento temporis adiciatur“, Inst. 2.1.20.

5 Einen Überblick über die älteren Wassergesetze gibt *Böhm*, Eigentum und Eigentumsgrenzen an Gewässern nach den Landes-Wassergesetzen, 1963, S. 19 ff.

6 *Kupisch*, JZ 1987, 1017, 1018 f.; OLG München, Urteil vom 4.10.1979, 1 U 2682/78 (unveröffentlicht); zur Anwendung gemeinen Rechts siehe BGH, Urteil vom 30.4.1957, V ZR 75/56, BGHZ 24, 159 ff.; Urteil vom 14.12.1989, III ZR 288/88, NJW 1990, 3263, 3265; OLG Schleswig, Urteil vom 14.12.1982, 3 U 182/81, SchlHA 1983, 42, 43; zur Anwendung rheinischen Rechts BGH, Urteil vom 25.10.1984, III ZR 131/83, BGHZ 92, 326, 332 ff.

7 Zum Zusammenhang zwischen Alluvion und Avulsion siehe OLG München, Urteil vom 4.10.1979, 1 U 2682/78 (unveröffentlicht).

1 *Holzer/Kramer*, Grundbuchrecht, 2. Aufl. 2004, 1. Teil Rdnr. 1.

2 OLG München, Beschluss vom 9.3.2015, 34 Wx 39/14, Rpfleger 2015, 530.

3 Zur Herkunft des Begriffs *Dernburg*, Pandekten, Erster Band, Allgemeiner Theil und Sachenrecht, 3. Aufl. 1892, § 207.

abgerissene Teil längere Zeit an dem anderen Grundstück hängen blieb und die auf ihm vorhandenen Bäume Wurzeln in das andere Grundstück trieben. Von diesem Zeitpunkt an gehörte der abgerissene Teil dem Eigentümer des anderen Grundstücks.⁸

Eine ähnliche Regelung findet sich heute in Art. 11 Abs. 1 BayWG: Wird ein Stück Land durch Naturgewalt von einem Ufer abgerissen und mit einem anderen Ufergrundstück vereinigt, wird es dessen Bestandteil, wenn es von diesem in der Natur nicht mehr unterschieden werden kann oder wenn die Vereinigung drei Jahre bestanden hat, ohne dass der Eigentümer oder sonst Berechtigte das abgerissene Stück wieder weggenommen haben. Hat sich hingegen ein abgerissenes Stück Land ohne Zusammenhang mit einem Ufer in einem Gewässer festgesetzt, wird es Bestandteil des Gewässereigentums (Art. 11 Abs. 2 BayWG).

4. Überflutung

Bereits im römischen Recht war klar, dass zeitweilige Überflutungen die Eigenart des Grundstücks nicht verändern konnten. Bei Abfließen des Wassers gehörte das Grundstück deshalb nach wie vor dem ursprünglichen Eigentümer.⁹ Heute wird bei dauerhaften Überflutungen zwischen Gewässern unterschieden, die selbstständige und keine selbstständige Grundstücke bilden (Art. 7 Abs. 3 BayWG). Im zuerst genannten Fall schreibt Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayWG vor, dass bei Mittelwasserstand¹⁰ dauernd überflutete Grundstücke den Gewässereigentümern zuwachsen. Die neue Grenze zwischen dem Gewässer und dem Ufergrundstück verläuft dann entlang der Uferlinie (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayWG). Bildet ein Gewässer kein selbstständiges Grundstück, ist es nach Art. 6 Abs. 1 i. V. m. Art. 7 Abs. 3 Satz 1 BayWG Bestandteil der Ufergrundstücke. Gehören die Ufer verschiedenen Eigentümern, ist (vorbehaltlich anderer privatrechtlicher Regelungen) für gegenüberliegende Ufergrundstücke die Eigentumsgrenze eine durch die Mitte des Gewässers bei Mittelwasserstand zu ziehende Linie (Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 BayWG). Für nebeneinanderliegende Ufergrundstücke wird die Eigentumsgrenze nach Art. 6 Abs. 2 Nr. 2 BayWG durch eine vom Endpunkt der Landgrenze rechtwinklig zu der nach Art. 6 Abs. 2 Nr. 1 BayWG zu ziehenden Mittellinie bestimmt.

5. Verlassenes Gewässerbett

Hatte ein Fluss sein natürliches Bett vollständig verlassen und einen anderen Lauf genommen, gehörte das verlassene Flussbett nach römischem Recht denen, die am Ufer Grundstücke besaßen. Die Veränderung des Eigentums trat im Ver-

hältnis zu der Breite ein, die jedes Grundstück am Ufer hatte.¹¹ Art. 13 Abs. 1 BayWG folgt dieser Lösung nicht; vielmehr gehört das verlassene Gewässerbett weiterhin dem bisherigen Eigentümer.¹²

6. Inseln

Nach römischem Recht wurde zwischen Inseln im Meer und in Flüssen unterschieden. Erstere standen in Niemandes Eigentum, sodass sie demjenigen gehörten, der sie sich zuerst aneignete. Inseln in Flüssen gehörten, wenn sie in der Flussmitte lagen, den Eigentümern der Ufergrundstücke im Verhältnis zu der Breite, die jedes Grundstück am Ufer einnahm. Lag allerdings eine neu entstandene Insel der einen Seite des Flusses näher als der anderen, wurde sie nur Eigentum derer, die auf dieser Seite des Flusses Ufergrundstücke besaßen. Das Eigentum blieb jedoch unverändert, wenn sich der Fluss teilte und dadurch ein Grundstück zu einer Insel wurde.¹³

Art. 13 Abs. 2 BayWG erklärt für die Entstehung von Inseln die Art. 11 und 12 BayWG für entsprechend anwendbar. Falls Inseln nicht bereits durch Uferabbrisse, sondern durch sonstige Umstände entstehen (zum Beispiel Hebung des Erdbodens, Anschwemmung von Erde und Kies), werden sie Bestandteil des Gewässereigentums, wenn eine Unterscheidbarkeit von anderen Grundstücken in der Natur (zum Beispiel durch Pflanzenwuchs) nicht mehr möglich ist. Bei Gewässern erster oder zweiter Ordnung gehören neu entstandene Inseln damit dem Bund oder dem Freistaat Bayern.

7. Veränderungen durch den Menschen

Von Menschenhand geschaffene Überflutungen¹⁴ haben zur Folge, dass die betroffenen Grundstücke nach Art. 7 Abs. 2

8 „Quodsi vis fluminis partem aliquam ex tuo praedio detraxerit et vicini praedio appulerit, palam est eam tuam permanere. plane si longiore tempore fundo vicini haeserit, arboresque quas secum traxerit in eum fundum radices egerint, ex eo tempore videntur vicini fundo adquisitae esse.“, Inst. 2.1.21.

9 „Alia sane causa est, si cuius totus ager inundatus fuerit. neque enim inundatio speciem fundi commutat et ob id, si recesserit aqua, palam est eum fundum eius manere cuius et fuit.“, Inst. 2.1.24.

10 Das gemeine Recht stellte hingegen auf den höchsten Wasserstand ab, vgl. RG, Urteil vom 29.4.1899, Rep. V. 354/98, RGZ 44, 124, 130; Urteil vom 12.6.1936, V 2/36 (unveröffentlicht).

11 „Quodsi naturali alveo in universum derelicto alia parte fluere coeperit, prior quidem alveus eorum est qui prope ripam eius praedia possident, pro modo scilicet latitudinis cuiusque agri, quae latitudo prope ripam sit...“, Inst. 2.1.23.

12 Ähnlich wurde dies im gemeinen Recht (RG, Urteil vom 16.3.1883, Rep. III 445/82, RGZ 8, 181, 182 f.; BGH, Urteil vom 14.12.1989, III ZR 288/88, NJW 1990, 3263, 3265; OLG Kiel, Urteil vom 9.6.1921, 1 U 114/17, SeuffA. 77, 223, 224), im rheinischen Recht des Code Civil (BGH, Urteil vom 25.10.1984, III ZR 131/83, BGHZ 92, 326, 332 ff.; *Kupisch*, JZ 1987, 1017, 1019), nach Teil I, Tit. 9 §§ 225 ff. PrALR (RG, Urteil vom 6.5.1891, Rep. V. 300/90, RGZ 28, 209, 212; KG, Beschluss vom 4.7.1907, 1 x 761/07, KGJ 35, 246, 247) und dem späteren preußischen Recht (dazu RG, Urteil vom 9.6.1915, V 91/15, RGZ 87, 26, 31; BGH, Urteil vom 14.12.1989, III ZR 288/88, NJW 1990, 3263, 3264; *Güthe*, PreußJMBI. 1914, S. 492, 495) gesehen.

13 „Insula quae in mari nata est, quod raro accidit, occupantis fit: nullius enim esse creditur. at in flumine nata, quod frequenter accidit, si quidem mediam partem fluminis teneat, communis est eorum qui ab utraque parte fluminis prope ripam praedia possident, pro modo latitudinis cuiusque fundi, quae latitudo prope ripam sit. quodsi alteri parti proximior sit, eorum est tantum, qui ab ea parte prope ripam praedia possident. quodsi aliqua parte divisum flumen, deinde infra unitum agrum alicuius in formam insulae redegerit, eiusdem permanet is ager cuius et fuerat.“, Inst. 2.1.22.

14 BayObLG, Urteil vom 12.5.1980, BReg. 2 Z 282/89, BayObLGZ 1980, 141 (Aufstauen des Spitzingsees); RG, Urteil vom 12.6.1936, V 2/36, HRR 1936 Nr. 1359; Urteil vom 27.6.1934, HRR 1934 Nr. 1619 (Aufschüttungen in Gewässern).

BayWG den Gewässereigentümern zuwachsen.¹⁵ Künstliche Verlandungen gehören jedoch nach Art. 9 BayWG ebenfalls dem Gewässereigentümer.¹⁶

8. Exkurs: Physischer Untergang von Grundstücken und Gebäuden

Der physische Untergang eines Grundstücks außerhalb des Wasserrechts erfolgt beispielsweise durch Bergstürze oder Erdbeben. Das materielle Recht sieht insoweit keine Regelung vor. Für die vollständige Zerstörung von Gebäuden, an denen Wohnungseigentum besteht, tritt nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 WEG die Gegenstandslosigkeit aller Sondereigentumsrechte ein.

III. Behandlung im Grundbuch

1. Alluvion und Avulsion

a) Rechtsprechung

Bereits kurz nach Inkrafttreten des BGB gab es erste Entscheidungen zur Behandlung der durch Alluvion oder Avulsion entstandenen Eigentumsveränderungen im Grundbuch. Als eines der ersten Gerichte entschied das KG, dass diese im Verfahren des § 22 Abs. 1 GBO zu berichtigen seien, weil die rechtliche Prüfung der durch das Wasserrecht hervorgerufenen Eigentumsveränderungen nicht Aufgabe des Katasteramts sei.¹⁷ Der öffentliche Glaube des Grundbuchs (§ 892 BGB) spielte bei dieser wenig stichhaltigen Begründung noch keine Rolle.

In einer späteren Entscheidung¹⁸ vertrat das KG die Meinung, dass die Alluvion als bloße Vergrößerung des Ufergrundstücks behandelt werden müsse. Die als Folge des Wasserrechts notwendigen Korrekturen im Grundbuch seien durch Richtigstellung der Bestandsangaben und nicht im Wege der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO vorzunehmen. Die Rechtsprechung hat sich dem mit unterschiedlicher Begründung ganz überwiegend angeschlossen,¹⁹ weil die wasserrechtlichen Vorgänge im Grundbuch lediglich als Richtigstellung von Flächenangaben nachzuvollziehen²⁰ und die Gutgläubensvorschriften der §§ 891, 892 BGB auf den originärem Eigentumserwerb aufgrund von Vorgängen in der Natur nicht

anwendbar seien.²¹ Eine Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO wird demnach in der Rechtsprechung nur noch selten vertreten.²²

b) Literatur

Auch die Meinung der Literatur ist nicht einheitlich. Einige Autoren haben sich der überwiegenden Rechtsprechung angeschlossen und sehen die durch wasserrechtliche Vorgänge verursachten Rechtsfolgen als bloße Messungsdifferenzen, die im Grundbuch nicht durch Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO, sondern durch Richtigstellung nachvollzogen werden müssten.²³ Die gegenteilige Auffassung sieht hingegen ebenso wie ein Teil der Rechtsprechung das Verfahren der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO als einschlägig an.²⁴ Soweit ersichtlich, bejaht nur eine Auffassung sowohl die Richtigstellung als auch die Berichtigung des Grundbuchs. Danach soll eine Richtigstellung nur dann erfolgen, wenn ein Forführungsnachweis des Vermessungsamts vorliegt, während in den anderen Fällen die Berichtigung anwendbar sein soll.²⁵

c) Stellungnahme

aa) Abgrenzung von Berichtigung und Richtigstellung

Die Berichtigung des § 22 Abs. 1 GBO setzt die materielle Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 894 BGB voraus. Das bedeutet nach der hier vertretenen Ansicht, dass die Unrichtigkeitsbegriffe des materiellen und des formellen Rechts deckungsgleich sein müssen.²⁶ Wegen dieses Gleichlaufs von materiellem und formellem Recht im Bereich der Unrichtigkeit erfasst das Verfahren des § 22 Abs. 1 GBO nur solche Eintragungen, die dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) unterliegen. Das bedeutet, dass Eintragungen, die nicht materiell unrichtig sein können, nicht im Verfahren des § 22 Abs. 1 GBO korrigiert werden dürfen. Einschlägig für die Korrektur der nicht dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs unterliegenden Eintragungen im Bestandsverzeichnis ist daher das Verfahren der Richtigstellung.²⁷

15 Zur Problematik OLG München, Urteil vom 4.10.1979, 1 U 2682/78 (unveröffentlicht); BayObLG, Urteil vom 12.5.1980, BReg. 2 Z 282/89, BayObLGZ 1980, 141, 145; *Friesecke*, ZfW 1963, 150, 156 f.

16 Dazu OLG München, Beschluss vom 9.3.2015, 34 Wx 39/14, Rpfleger 2015, 530.

17 KG, Beschluss vom 29.12.1902 (ohne Az.), OLGE 6, 197, 198 f.; Beschluss vom 19.1.1905 (ohne Az.), OLGE 10, 428, 429 f.

18 KG, Beschluss vom 10.4.1911, 1 x 114/11, OLGE 23, 355, 356 (in KGJ 43, 122 insoweit nicht abgedruckt); offengelassen von RG, Urteil vom 12.6.1936, V 2/36, HRR 1936 Nr. 1359.

19 BGH, Urteil vom 14.12.1989, III ZR 288/88, NJW 1990, 3263, 3265; BayObLG, Beschluss vom 10.12.1915, Reg. III 717/1915, BayObLGZ 16, A 153, 154; Beschluss vom 25.9.1981, BReg. 2 Z 22/81, BayVBl. 1982, S. 27, 28; Beschluss vom 3.12.1987, BReg. 2 Z 116/86, BayVBl. 1988, S. 282, 283; OLG Oldenburg, Beschluss vom 6.5.1991, 5 W 42/91, Rpfleger 1991, 412.

20 BayObLG, Beschluss vom 25.9.1981, BReg. 2 Z 22/81, BayVBl. 1982, S. 27, 28.

21 BayObLG, Beschluss vom 3.12.1987, BReg. 2 Z 116/86, BayVBl. 1988, S. 282, 283; OLG Oldenburg, Beschluss vom 6.5.1991, 5 W 42/91, Rpfleger 1991, 412.

22 OLG Celle, Beschluss vom 16.9.1983, 4 W 53/83, ZfW 1983/1984, 224; AG Lichtenfels, Beschluss vom 30.4.1953, E. L. 228/53, BayJMBl. 1954, S. 140.

23 BeckOK-GBO/Holzer, Stand: 1.6.2019, § 22 Rdnr. 93; *Demharter*, Grundbuchordnung, 31. Aufl. 2018, § 22 Rdnr. 24; *Güthe/Triebel*, GBO, 6. Aufl. 1936, § 2 Rdnr. 43, 46, § 20 Rdnr. 10; *Meikel/Imhof/Riedel*, Grundbuchordnung, 6. Aufl. 1964, § 22 Rdnr. 5; *Maurer*, WürttNV 1931, 73, 79, 82; *Güthe*, PreußJMBl. 1914, S. 492, 498.

24 *Bauch*, MittBayNot 1984, 1, 10 f.; *ders.*, MittBayNot 1984, 30; *Sieder/Zeitler/Dahme*, Bayerisches Wassergesetz und Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Abwasserabgabengesetzes, Bd. I, Stand: 2/2017, Art. 8 Rdnr. 18; *Traub*, WürttZ 1914, 196, 198; *Tröster*, Rpfleger 1985, 397, 398; *Holzer/Kramer*, Grundbuchrecht, 7. Teil, Rdnr. 316.

25 *Stimpfl*, Bayerisches Wasserrecht, Das in Bayern geltende Wasserrecht, Kommentar, 1993, Art. 7 BayWG, Anm. 2.

26 BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 24; a. A. *Staudinger/Gursky*, Neub. 2013, § 894 Rdnr. 20, jeweils m. w. N.

27 BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 92; a. A. *Staudinger/Gursky*, § 894 Rdnr. 20 mit der Konsequenz, dass in den genannten Fällen die Richtigstellung nicht zwingend anwendbar wäre.

Dies hat eine wichtige Konsequenz: Die Verfahren der Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO und der Richtigstellung schließen sich zwingend aus. Maßgebend dafür ist die Erkenntnis, dass der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 892 BGB keinen veränderlichen Inhalt hat, sondern in seinem – je nach Auffassung allerdings unterschiedlichen – Umfang festgeschrieben ist.²⁸ Der Meinung, die Alluvionen und Avulsionen sowohl dem Verfahren der Berichtigung als auch dem der Richtigstellung unterwerfen will,²⁹ kann deshalb nicht beigegeben werden.

bb) Richtigstellung

Wie ausgeführt, hängt die Behandlung der Rechtsfolgen der Alluvion und Avulsion im Grundbuch davon ab, ob die betroffenen Eintragungen dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs unterliegen oder nicht. Handelt es sich um bloße Eigenschaftsangaben wie die Angabe der Quadratmeterzahl des Grundstücks, seine Wirtschaftsart und Lage (§ 6 Abs. 3 lit. a Nr. 4 GBV), können diese im Wege der Richtigstellung korrigiert werden.³⁰ Bestandsangaben, zu denen die Grundfläche des Grundstücks dann gehört, wenn sie auf einer im Liegenschaftskataster ausgewiesenen Veränderung der Uferlinie und damit der Eigentumslage beruht,³¹ sind hingegen im Verfahren des § 22 Abs. 1 GBO zu berichtigen.³²

Zwar hat das auch durch die Vorgänge der Natur vergrößerte oder verkleinerte Grundstück einen anderen Flächengehalt als vor den Veränderungen, sodass sich seine Quadratmeterzahl verändert hat. Diese Eigenschaftsangabe ist bei dem Vollzug des Fortführungsnachweises des Vermessungsamts durch Richtigstellung der Flächenangabe zu korrigieren.³³ Der durch Alluvion und Avulsion geschaffene Wechsel der Eigentumsverhältnisse hat aber eine Veränderung der Grundstücksgrenze zur Folge,³⁴ die nach Art. 8 Abs. 1 Satz 1 BayWG und Art. 11 BayWG durch einen gesetzlichen Eigentumserwerb oder -verlust erfolgt, der sich ebenso wie der Erwerb kraft Universalsukzession (§ 1922 Abs. 1 BGB) oder die Aneignung eines herrenlosen Grundstücks (§ 928 BGB)³⁵

28 Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, 2005, S. 125.

29 Stimpfl, Bayerisches Wasserrecht, Das in Bayern geltende Wasserrecht, Kommentar, Art. 7 BayWG, Anm. 2.

30 BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 92.

31 RG, Urteil vom 12.2.1910, Rep. V 72/09, RGZ 73, 125, 128 ff.; BGH, Urteil vom 1.3.1973, III ZR 69/70, NJW 1973, 1077; OLG München, Beschluss vom 9.3.2015, 34 Wx 39/14, Rpfleger 2015, 530. BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 29; Staudinger/Picker, Neub. 2019, § 892 Rdnr. 30.

32 OLG München, Beschluss vom 20.3.2007, 32 Wx 22/07, FGPrax 2007, 105.

33 BayObLG, Beschluss vom 25.9.1981, BReg. 2 Z 22/81, BayVBl. 1982, S. 27, 28.

34 BayObLG, Beschluss vom 3.12.1987, BReg. 2 Z 116/86, BayVBl. 1988, S. 282, 283; ähnlich Urteil vom 18.5.1972, RReg. 1 Z 116/71, BayObLGZ 1972, 177, 183 f.

35 Vgl. OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.12.1980, 3 W 161/80, OLGZ 1981, 139, 141; BayObLG, Beschluss vom 17.4.1986, BReg. 2 Z 79/85, NJW-RR 1986, 882 (vorweggenommene Erbfolge); BGH, Urteil vom 24.10.1962, V ZR 27/61, WM 1963, 219, 220 (Zwangssicherungshypothek).

außerhalb des Schutzbereichs des Gutgläubensschutzes nach § 892 BGB bewegt.³⁶

Dieses Ergebnis wird verständlicher, wenn man eine typische Fallgestaltung betrachtet: Angenommen, ein schmaler Streifen eines Ufergrundstücks an einem fließenden Gewässer ist durch Alluvion nach Art. 8 Abs. 1 BayWG in das Eigentum des Gewässereigentümers übergegangen und das Grundbuch wurde noch nicht korrigiert. Bei einer Veräußerung des Ufergrundstücks würde der gutgläubige Erwerber nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB auch das Eigentum an dem inzwischen überfluteten, in das Eigentum des Gewässereigentümers übergegangenen Streifen erlangen. Dies hätte zur Folge, dass ein Grundstück entstehen würde, das teilweise aus Land, teilweise aber aus einem Gewässer bestünde. Falls in der Folge ein weiterer, landeinwärts gelegener Streifen des Ufergrundstücks dauernd überflutet werden würde, so würde das Eigentum an diesem Streifen gemäß Art. 8 Abs. 1 BayWG abermals dem Gewässereigentümer zuwachsen. Dadurch würden, wie das BayObLG betont hat,³⁷ höchst unübersichtliche und verwirrende Rechtsverhältnisse entstehen. Sowohl das materielle Recht als auch das Verfahrensrecht müssen daher so ausgestaltet sein, dass ein derartiges Ergebnis vermieden wird. Das Beispiel zeigt, dass neben rechtlichen Erwägungen auch ganz praktische Gründe dafür sprechen, die Korrektur der Alluvion und Avulsion im Grundbuch nicht durch Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO,³⁸ sondern im Wege der Richtigstellung vorzunehmen.³⁹

Dies ist einleuchtend: Wer kraft Gesetzes erwirbt, verlässt sich gerade nicht auf das Grundbuch und bedarf des Schutzes der Gutgläubensvorschriften nicht.⁴⁰ Bei den gesetzlichen Erwerbstatbeständen des Wasserrechts besteht nämlich die Besonderheit, dass der Eigentumserwerb in der Verschiebung der Grenze zwischen dem gewinnenden und dem verlierenden Grundstück besteht, die dadurch als räumlich abgegrenzter Teil der Erdoberfläche⁴¹ neu definiert wird. Mit dieser Neudefinition ist auch die Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsinhaber verbunden, der im Grundbuch als Eigentümer des gewinnenden oder des verlierenden Grundstücks eingetragen wird.

Die bereits bestehende Zuordnung zu einem bestimmten Rechtsinhaber im Zeitpunkt der Verwirklichung des Erwerbs- oder Verlusttatbestandes – also der Alluvion bzw. Avulsion –

36 BayObLG, Beschluss vom 3.12.1987, BReg. 2 Z 116/86, BayVBl. 1988, S. 282, 283; OLG Oldenburg, Beschluss vom 6.5.1991, 5 W 42/91, Rpfleger 1991, 412.

37 BayObLG, Beschluss vom 3.12.1987, BReg. 2 Z 116/86, BayVBl. 1988, S. 282, 283.

38 So aber AG Lichtenfels, Beschluss vom 30.4.1953, E. L. 228/53, BayJMBl. 1954, S. 140; Bauch, MittBayNot 1984, 1, 10; Tröster, Rpfleger 1985, 397; Sieder/Zeitler/Dahme, Bayerisches Wassergesetz und Bayerisches Gesetz zur Ausführung des Abwasserabgabengesetzes, Art. 8 Rdnr. 18.

39 BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 32 m. w. N.

40 RG, Urteil vom 26.4.1930, V 402/29, RGZ 128, 276, 277; Urteil vom 25.9.1909, V. 559/1908, Gruch. 54, 398, 400; ebenso beim fehlenden Verkehrsgeschäft Urteil vom 19.10.1929, V 426/28, RGZ 126, 46, 48.

41 Zum Grundstücksbegriff BeckOK-GBO/Holzer, § 2 Rdnr. 16 ff.

bedeutet, dass das Grundbuch materiell richtig ist,⁴² weil kein Unterschied zwischen dem wahren Eigentum und der eingetragenen Buchposition besteht. Verändert hat sich lediglich die im Grundbuch eingetragene Grundstücksgröße, sodass die Veränderung im Grundbuch durch Richtigstellung nachvollzogen werden muss. Das ergibt sich auch aus dem früheren § 8 Abs. 1 Satz 2 AV 1940,⁴³ der Alluvionen dem Verfahren der Richtigstellung unterstellte. Das Verfahren der Richtigstellung ist selbst dann anwendbar, wenn ein Grundstück durch Avulsion vollständig untergeht, weil der rechtliche Inhalt des Grundbuchs die physische Existenz des Grundstücks nicht umfasst.⁴⁴ In diesem Fall ist die Richtigstellung durch Schließung des Grundbuchblatts gemäß § 34 lit. c) GBV zu bewirken.⁴⁵

Dieses Ergebnis entspricht der oben dargestellten⁴⁶ Abgrenzung zwischen Recht und Tatsache: Die Grundstücksgrenze wird auch durch die rechtlichen Folgen der Alluvion und Avulsion nicht zur Tatsache,⁴⁷ sondern bleibt durch die Verknüpfung mit dem Kataster rechtlicher Inhalt des Grundbuchs und damit Bestandsangabe. Selbst wenn man dieser Auffassung nicht folgen würde, so ist aus der Begründung des BayObLG⁴⁸ ersichtlich, dass die rechtlichen Folgen von Alluvion und Avulsion nur im Wege der Richtigstellung nachvollzogen werden können, weil andernfalls eine Verwirrung des Grundbuchs zu befürchten wäre. Die von einigen Stimmen vertretene Annahme einer Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO würde hingegen die Abgrenzung zwischen Recht und Tatsache verändern. Das Argument, dass eine Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO wegen der aus Art. 14 Abs. 1 GG folgenden Eigentums-garantie der einzig verfassungskonforme Weg zur Beteiligung des Eigentümers sei,⁴⁹ führt insoweit nicht weiter, weil die Abgrenzung zwischen Berichtigung und Richtigstellung eine Frage des materiellen Rechts ist, die von der Schrankenbestimmung des Art. 14 Abs. 1 Satz 2 GG gedeckt ist. Die Beteiligtenrechte können nicht nur im Verfahren des § 22 Abs. 1 GBO, sondern bei verfassungskonformer Ausgestaltung des Richtigstellungsverfahrens auch dergestalt gewahrt werden, dass diese entgegen Ziffer 4.3.4.2 BayGBGA⁵⁰ nicht nach dem Vollzug der Richtigstellung, sondern bereits während des zu dieser führenden Verfahrens in einer Weise beteiligt

werden, die ihnen die Erhebung der vom Verfassungsrecht (Art. 14 Abs. 1 GG) geforderten wirksamen Einwendungen ermöglicht.⁵¹

2. Überflutung

Bei Überflutung wachsen nach Art. 7 Abs. 1 Satz 1 BayWG bei Mittelwasserstand dauernd überflutete Grundstücke den Gewässereigentümern zu. Das Gewässerbett verändert sich dadurch nicht. Jedoch entsteht eine neue Grenze zwischen dem Gewässer und dem Ufergrundstück (Art. 7 Abs. 1 Satz 2 BayWG), die wie bei Alluvionen und Avulsionen im Grundbuch im Verfahren der Richtigstellung zu korrigieren ist.

3. Verlassenes Gewässerbett und Inseln

Nach Art. 13 Abs. 1 BayWG gehören verlassene Gewässerbette weiterhin dem bisherigen Eigentümer, neu entstandene Inseln dem Gewässereigentümer. Eine Veränderung der Eigentumsstellung ist damit nicht verbunden; jedoch entsteht eine neue Grenze zwischen Wasser- und Landgrundstücken, die durch Richtigstellung im Grundbuch nachvollzogen wird.

4. Veränderungen durch den Menschen

Bei von Menschenhand geschaffenen Überflutungen wachsen die betroffenen Grundstücke nach Art. 7 Abs. 2 BayWG den Gewässereigentümern zu.⁵² Wie bei Alluvion und Avulsion erfolgt ein gesetzlicher Eigentumserwerb außerhalb des öffentlichen Glaubens, der zur Folge hat, dass die Grundstücksgrenze im Wege der Richtigstellung zu korrigieren ist. Das gilt auch für künstliche Verlandungen, die nach Art. 9 BayWG dem Gewässereigentümer gehören.⁵³

5. Exkurs: Physischer Untergang von Grundstücken und Gebäuden

Wie ausgeführt, erstreckt sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nur auf dessen rechtlichen Inhalt, nicht aber auf seine tatsächlichen Angaben. Zum ersterem gehört lediglich das Vorhandensein des Grundstücks in rechtlicher Hinsicht,⁵⁴ nicht aber die Tatsache seiner physischen Existenz.⁵⁵ Denn an der Tatsache, ob das Grundstück in der Wirklichkeit vorhanden ist oder nicht, kann das im Grundbuch eingetragene Recht nichts ändern.⁵⁶ Dass die Rechtsordnung an die physische Existenz des Grundstücks insbesondere im Hinblick auf die Bestandsangaben bestimmte dingliche Wirkungen knüpft, steht dem nicht entgegen, weil Tatsachen zwar als Anknüpfung einer rechtlichen Beurteilung dienen, jedoch nicht durch

42 BeckOK-GBO/Holzer, § 22 Rdnr. 32; Demharter, Grundbuchordnung, § 22 Rdnr. 15.

43 Allgemeine Verfügung über die Erhaltung der Übereinstimmung zwischen dem Grundbuch und dem Liegenschaftskataster vom 20.1.1940, DJ 214, auch abgedruckt in Horber, Grundbuchordnung, 16. Aufl. 1983, Anh. 6.

44 BayObLG, Beschluss vom 13.12.1926, Reg. VIII Nr. 212/1926, BayObLGZ 25, 462, 463; Beschluss vom 11.5.1995, 2 Z BR 30/95, DNotZ 1996, 32, 35.

45 Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, S. 123.

46 Dazu oben III. 1.

47 Anders wohl Maurer, WürttNV 1931, 73, 79.

48 BayObLG, Beschluss vom 3.12.1987, BReg. 2 Z 116/86, BayVBl. 1988, S. 282, 283.

49 Tröster, Ppfleger 1985, 397, 398.

50 Bayerische Geschäftsweisung für die Behandlung der Grundbuchsachen vom 16.10.2006 (BayJMBl., S. 182), zuletzt geändert durch Bekanntmachung vom 14.5.2012 (BayJMBl., S. 50), auch abgedruckt in Demharter, Grundbuchordnung, Anhang 7. Dazu auch Bauch, MittBayNot 1984, 1, 10.

51 Holzer, Die Richtigstellung des Grundbuchs, S. 237 ff.

52 Dazu oben II. 3.

53 Dazu oben II. 7.

54 Staudinger/Picker, § 892 Rdnr. 33.

55 BayObLG, Beschluss vom 22.11.1907, Reg. III 80/1907, BayObLGZ 8, 530, 535; Beschluss vom 20.3.1914, Reg. III 84/1913, BayObLGZ 15, 195, 202; LG Meiningen, Beschluss vom 29.8.2000, 4 T 95/00 (unveröffentlicht); Henle, DJZ 1901, 124, 126 Fn. 1.; a. A. wohl Maier, WürttNV 1951, 85, 92.

56 Dies verkennt Staudinger/Picker, § 892 Rdnr. 35, der davon ausgeht, dass ein katastermäßig vermessenes Grundstück auch existieren müsse.

den noch so guten Glauben an ihre Richtigkeit entstehen können. Das Recht hat sich in diesen Fällen der Tatsache zu beugen; gleichzeitig wird dadurch das Verfahren des Grundbuchamts bestimmt.

Der physische Untergang von Grundstücken betrifft deshalb keine Rechte, sondern Tatsachen und ist im Grundbuch als Richtigstellung nachzuvollziehen.⁵⁷ Gegen dieses Ergebnis kann nicht eingewandt werden, dass diese natürliche Veränderung die rechtliche Existenz des Grundstücks nicht berührt.⁵⁸ Die Zurückführung des Grundbuchs auf das Liegenschaftskataster verknüpft nämlich Recht und Tatsache in der Weise, dass das Recht bei dem körperlichen Untergang des Grundstücks seine Anknüpfungsgrundlage verliert. Auch das belegt, dass sich das Recht bei dem Untergang von Grundstücken der damit verbundenen Tatsache beugen muss. § 34 lit. c) GBV berücksichtigt diese Rechtslage durch Schließung des Blattes⁵⁹ und kann deshalb als positive Regelung der Richtigstellung verstanden werden.⁶⁰ Nichts anderes gilt für den Untergang eines Gebäudes, in dem Sondereigentum besteht (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 WEG).

IV. Praktische Konsequenzen

Veränderungen durch wasserrechtliche Vorgänge werden in der Praxis in der Regel durch das Vermessungsamt entdeckt und nach Neuvermessung der Grundstücksgrenze im Liegenschaftskataster nachvollzogen. Das Grundbuchamt erhält von dem Vermessungsamt einen Fortführungsnachweis, der nach der hier vertretenen Auffassung als Richtigstellung von Amts wegen in den Eigenschaftsangaben des Bestandsverzeichnis

57 Güthe/*Triebel*, Grundbuchordnung, § 2 Rdnr. 43, 46; *Kretschmar*, Recht 1903, 327; *Lutter*, AcP 164 (1964), 122, 151; *Oberneck*, SeuffBl. 72 (1907), S. 409, 411; KG, Beschluss vom 19.10.1939, 1 Wx 566/39, JFG 20, 377, 379, stellt deshalb zutr. fest, dass insoweit eine Gegenstandslosigkeit nach § 84 GBO ausscheidet.

58 So aber *Staudinger/Picker*, § 892 Rdnr. 35.

59 Dazu *Saage*, JW 1935, 2769, 2777.

60 LG Meiningen, Beschluss vom 29.8.2000, 4 T 95/00 (unveröffentlicht).

nisses korrigiert wird. Weder für die Beteiligten noch für den Notar besteht insoweit Handlungsbedarf. Tritt allerdings der seltene Fall ein, dass der Fortführungsnachweis trotz elektronischer Übermittlung an das Grundbuchamt in absehbarer Zeit nicht vollzogen wird, so genügt es, dass der Notar das Grundbuchamt durch formloses Schreiben um Vollzug bittet. Wird der Vollzug des Fortführungsnachweises abgelehnt, kann das Vermessungsamt hiergegen mit der unbeschränkten Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO vorgehen.⁶¹ Dies muss zur Gewährleistung eines effektiven Eigentumsschutzes im Rahmen des Art. 14 Abs. 1 GG auch für die Beteiligten gelten, deren Grundstücke durch wasserrechtliche Vorgänge betroffen sind.

Wenden sich Grundstückseigentümer an den Notar mit der Bitte um Korrektur der durch wasserrechtliche Vorgänge veränderten Eigenschaftsangaben, scheidet nach der hier dargelegten Auffassung ein Berichtigungsantrag nach §§ 13, 22 Abs. 1 GBO von vornherein aus. Auch die Anregung einer Richtigstellung der Eigenschaftsangaben ist nicht erforderlich; vielmehr wäre in diesem Fall das Vermessungsamt zu informieren und der von diesem veranlasste Vollzug des Fortführungsnachweises im Grundbuch abzuwarten.

V. Ergebnis

Das Wasserrecht ist ein Lehrstück für die Abgrenzung von Recht und Tatsache im Grundbuch und für den daraus folgenden Umfang des Gutgläubensschutzes. Nicht nur das Wasserrecht, sondern auch der physische Untergang von Grundstücken und Gebäuden zeigt, dass sich das im Grundbuch eingetragene Recht der in der Wirklichkeit vorhandenen Tatsache beugen muss. Sofern wasserrechtliche Vorgänge die Grenzen von Grundstücken verschieben, sind sie im Grundbuch im Wege der Richtigstellung und nicht durch Berichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO nachzuvollziehen. Es bleibt zu hoffen, dass dies in der Praxis künftig mehr Beachtung findet.

61 BeckOK-GBO/*Holzer*, § 22 Rdnr. 31 m. w. N.

BUCHBESPRECHUNGEN

Heribert Heckschen/Sebastian Herrler/Christof Münch (Hrsg.):

Beck'sches Notarhandbuch

7. Aufl., C. H. Beck, 2019. 3002 S., 189 €

Von Notarassessor **Christoph Aumann** LL.M. (London), Maître en droit, Moosburg a. d. Isar

Die Voraufgabe des nunmehr in siebter Auflage erschienenen Beck'schen Notarhandbuchs gehört zur Standardausstattung vieler Notarinnen und Notare. Seit dem Eintritt des Verfassers dieser Zeilen in die Dienste des bayerischen Notariats ist sie jedoch in einigen im Lauf der Zeit von ihm vertretungsweise besuchten Ämtern im Bücherregal mehr und mehr in Richtung zweite Reihe gerückt worden. Zu viele Änderungen hat es in dieser Zeit in fast allen für das Notariat wesentlichen Rechtsgebieten gegeben. Man denke dabei etwa an Geldwäscheprävention und Datenschutz im Bereich des Berufsrechts, an das neue Bauträgervertragsrecht, die Änderungen der für Vorsorgevollmachten zentralen §§ 1906 und 1906a BGB, die güterrechtlichen EU-Verordnungen, die Einführung der §§ 378 Abs. 3 FamFG und 15 Abs. 3 GBO, das Inkrafttreten der Verordnung über die Ausgestaltung der Gesellschafterliste oder das vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes als Reaktion auf den anstehenden Brexit. Die Neuauflage geht umfassend auf diese fortschreitende Rechtsentwicklung ein. Das zeigt sich schon darin, dass ihr Umfang gegenüber der Voraufgabe um nicht weniger als 940 auf 3002 Seiten angewachsen ist, worin auch der doch erhebliche Preisanstieg von 139 € auf 189 € begründet liegen mag. Der Leser kann für diesen Preis auf tiefgründige Ausführungen vertrauen. Das zeigt schon ein Blick auf die Liste der Autoren. Sie liest sich wie ein Who-is-who der im Notariat und darüber hinaus durch ihre einschlägigen Fachpublikationen und Vortragstätigkeiten bekannt gewordenen Spezialisten für das von ihnen bearbeitete Themengebiet. So bearbeiten etwa *Mayer* und *Weiler* das Kapitel zur GmbH, *Heckschen* das Aktien- und Umwandlungsrecht, *Krauß* Teile des Grundstückskaufvertrags, *Grziwotz* das Erschließungs- und Städtebaurecht, *Rakete-Dombek* die Trennungs- und Scheidungsvereinbarungen, *Süß* das themenübergreifende Kapitel zur Auslandsberührung und *Spiegelberger* das Steuerrecht für Notare. Die Autoren entstammen dabei in großer Mehrzahl dem Notariat. Hingewiesen sei lediglich auf den von *Hogl*, Referatsleiter bei der Allianz Versicherungs-AG, verfassten Teil zur Notarhaftung. Dem Buch gelingt wohl auch gerade deshalb eine erfreuliche Ausrichtung der Ausführungen an den in der notariellen Praxis

auftretenden Fragen. Als ein Beispiel unter vielen mag die Behandlung der internen und externen (nachträglichen) Veränderungen am Wohnungseigentum durch *Rapp* dienen. Deutlich strukturiert wird hier auf die verschiedenen auftretenden Konstellationen eingegangen und insbesondere dargelegt, wie und durch wen entsprechende Vereinbarungen getroffen bzw. ihnen zugestimmt werden müssen. Herausgreifen könnte man auch die Abhandlung der Wertsicherung des Erbbauzinses durch *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, der hier die für Altverträge geltende alte Rechtslage klar abgetrennt von der neuen Rechtslage nach 2007 darstellt. Diese Unterteilung erleichtert den gezielten Zugang zur Materie und das ausführliche Muster für eine Wertsicherung nach neuer Rechtslage kann das Zusammensuchen aus mehreren Büchern ersparen. Neben materiellen Fragen wird aber auch auf Entwicklungen und Herausforderungen des Notariats als solchem eingegangen, wenn etwa *Bremkamp* über Notarberuf und Familie schreibt. Die gelungene Behandlung einzelner Fragestellungen im Buch soll aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass ein wesentlicher wertbildender Faktor des Buches noch ein weiterer ist: nämlich dessen Bandbreite und Orientierung auch an vermeintlich einfachen, im Alltag aber oft unter Zeitdruck zu entscheidenden Problemen. So finden sich im Buch eben nicht nur Ausführungen und Formulierungsbeispiele zur Einheitsgesellschaft, sondern auch ein Kapitel zum eingetragenen Verein. Es sind nicht nur ein Gesamtmuster für die Gründung einer Aktiengesellschaft, sondern auch ein Muster für Umschreibungen von Vollstreckungsklauseln oder Bausteine für die Beteiligung Sprachkundiger an der Beurkundung enthalten. Die im Buch abgedruckten Muster sind dabei über einen Download-Code auch digital abrufbar, sodass lästiges Abtippen entfällt. Abonnenten der notarrechtlichen Module bei beck-online haben zudem bereits mit Erscheinen der Neuauflage Zugriff zum Werk erhalten. Wegen der vielen Muster und der angesprochenen Breite des Buches ist es aber eine Überlegung wert, das Werk auch den Mitarbeiterinnen und Mitarbeitern im Amt zugänglich zu machen. Nicht wenige Fragen, die sonst üblicherweise an Notarin oder Notar gestellt werden, lassen sich durch einen Blick ins Beck'sche Notarhandbuch schnell klären.

Andrea Issad:

Islamisch inspirierte Testamente

Ein Beitrag zur Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen

Mohr Siebeck, 2019. 140 S., 49 €

Von Notar Prof. Dr. **Christopher Keim**, Ingelheim

Nach der EuErbVO ist für Erbfälle seit dem 17.8.2015 für das Erbstatut auf den letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers abzustellen und nicht auf dessen Staatsangehörigkeit, was zu einer verstärkten Anwendung des deutschen Erbstatuts auf die Erbfolge muslimischer Erblasser führen dürfte. Obwohl die EuErbVO im Verhältnis zur Türkei wegen des vorrangigen deutsch-türkischen Konsularvertrages aus dem Jahr 1929 nicht gilt (Art. 75 Abs. 1 EuErbVO), werden auch viele türkisch-stämmige Erblasser muslimischen Glaubens künftig nach deutschem Recht beerbt werden. Denn die in der Bundesrepublik Deutschland lebenden Muslime mit türkischen Wurzeln sind zunehmend deutsche Staatsangehörige. Eine Dissertation zu dem Thema islamisch inspirierter Testamente wird folglich an Bedeutung gewinnen.

Die Autorin stellt dabei zunächst die Grundzüge des islamischen Erbrechts dar (Kapitel 1). Auffällig ist die Komplexität der gesetzlichen Erbfolge, die dadurch entsteht, dass das islamische Erbrecht nicht nur die Kernfamilie begünstigt, sondern auch weitere Familienmitglieder wie die Eltern des Erblassers, auch wenn Kinder vorhanden sind. Mögliche Konfliktpunkte zum deutschen Recht sind zunächst die Bevorzugung männlicher Kinder und des Witwers gegenüber der Witwe, interreligiöse Erbverbote und die Benachteiligung nichtehelicher Kinder. Mögliche Versuche, durch ein Testament Einfluss auf das Verhalten der Begünstigten zu nehmen, sind dagegen auch in unserem Rechtskreis ein Problem und daher nicht typisch für islamisch motivierte Testamente.

In einem zweiten Teil stellt *Issad* die verfassungs- und europarechtlichen Vorgaben für eine Inhaltskontrolle dar und kommt zu dem Ergebnis, dass diese die Testierfreiheit als Teil der Privatautonomie in einem weiten Umfang gewährleisten.

Einen Schwerpunkt der Arbeit bildet das Herausarbeiten der speziellen Kriterien, die die Inhaltskontrolle von Verfügungen von Todes wegen von der Beurteilung von Verträgen unterscheidet. (Kapitel 3 und 4). Dabei sind die relevanten Strukturmerkmale des Erbgeschehens zu berücksichtigen, nämlich das Vorhandensein eines großzügigen Pflichtteilsrechts, das die Konsequenzen der Testierfreiheit auffängt, die Unentgeltlichkeit der Verfügung und die fehlende Möglichkeit des Erblassers, eine unwirksame Verfügung zu korrigieren. Auf diesen und anderen Kriterien aufbauend versucht die Autorin, die abwägungsrelevanten Faktoren herauszuarbeiten. Sie sieht die Funktion der Inhaltskontrolle in der Beseitigung und Verhinderung von Rechtsgeschäften, die mit den ethischen Grundlagen der Rechtsgemeinschaft nicht vereinbar seien.

Entlastend wirke dabei insbesondere die religiöse Überzeugung des Erblassers, weil er nicht etwa gerade so testiert hat, weil dies seinen Neigungen und Abneigungen entsprach, sondern er sich religiös dazu verpflichtet sah. Für eine mögliche Sittenwidrigkeit sprechen dagegen ein verhältnismäßig wertvoller Nachlass, die individuelle Angewiesenheit des Betroffenen auf den Erwerb und eine Kommerzialisierung nicht verfügbarer Güter, mit denen der Erblasser auf das künftige Verhalten des Begünstigten Einfluss nehmen möchte.

Ein Diskriminierungsverbot in Verfügungen von Todes wegen (dazu Kapitel 5) soll nur in Extremfällen gelten, beispielsweise im Bereich rassistischer Verfügungen, nicht aber bei religiös bedingter Ungleichbehandlung. Die Verfasserin kommt letztlich zu dem Ergebnis, dass islamisch motivierte wie auch sonst religiös beeinflusste Testamente nur in Ausnahmefällen unwirksam sind.

Die Arbeit zeichnet sich besonders dadurch aus, dass sie über das eigentliche Thema islamisch inspirierter Testamente hinaus die Besonderheiten der Beurteilung von Verfügungen von Todes wegen im Rahmen einer Sittenwidrigkeitsprüfung aufzeigt. Es gibt eben keine gestörte Vertragsparität oder Ungleichbehandlung, die der Richter zu beanstanden hätte. Problematisch bleiben die Bedingungsfälle, bei denen der Erblasser Einfluss auf das zukünftige Verhalten des Begünstigten nehmen möchte, gleich aus ob diese Verfügungen islamisch inspiriert sind oder nicht.

Aber auch bei diesen Testamenten ist eine allzu moralisierende vorschnelle Verurteilung unbequemer Testamente, wie beispielsweise in einem aktuellen Beschluss des OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 5.2. 2019, 20 W 98/18 (MittBayNot 2019, 472; kritisch dazu auch *Bernaer*, DNotZ 2019, 785) nicht angebracht. Dort hatte der Erblasser seine Enkel unter der Bedingung mit einem Vermächtnis bedacht, dass sie ihn mindestens fünfmal pro Jahr besuchten. Dies erachtete das Gericht als sittenwidrig, obwohl es doch einem Erblasser nicht zu verdenken ist, nur Personen zu bedenken, die den Kontakt zu ihm pflegen.

Es bleibt zu hoffen, dass die Gerichte bei der Beurteilung der Sittenwidrigkeit die Testierfreiheit des Erblassers und die Besonderheiten eines erbrechtlichen Erwerbs künftig in ausreichendem Maße respektieren werden. Die Lektüre dieser Dissertation kann dazu beitragen, hier das richtige Maß zu beachten.

Maximilian Freiherr von Proff zu Irnich:

NotarFormulare Nichteheleiche Lebensgemeinschaft

3. Aufl., Deutscher Notar Verlag, 2019. 266 S., 69 €

Von Notar Prof. Dr. Dr. **Herbert Grziwotz**, Regen und Zwiesel

In der dritten Auflage, die nunmehr drei Jahre nach der zweiten erscheint, wurde die bisherige Gliederung vollständig beibehalten. Die hinzugekommenen elf Seiten sind vor allem der Vertiefung einzelner Bereiche geschuldet. Zu nennen sind der Gesamtschuldnerausgleich (§ 2 Rdnr. 41), der Ausgleich zwischen Miteigentümern (§ 2 Rdnr. 42 f.), die Grunderwerbsteuer bei gesellschaftsrechtlichen Lösungen (§ 4 Rdnr. 28), der Schenkungsbegriff im Zusammenhang mit erbvertraglichen Bindungen (§ 11 Rdnr. 18) und der Widerruf der Schenkung auf den Todesfall (§ 12 Rdnr. 3). Auch das Muster der Patientenverfügung (§ 3 Rdnr. 21) ist der neuen Rechtsprechung angepasst worden.

Anders als die Voraufgabe enthält die dritte Auflage nunmehr keine CD mit den Mustertexten mehr. Diese sind über einen Link aufrufbar. Der Download ist problemlos möglich. Eine Übersicht im Buch enthält das Musterverzeichnis (S. 13 f.) mit insgesamt 17 Gestaltungsvorschlägen. Sie betreffen überwiegend die „gemeinsame“ Immobilie. Beispiele sind der „übersehene Erwerb“ zu beweglichen Ausgleichsquoten (S. 91 f.), der Ausschluss von Ersatzansprüchen bei einer „starrten“ Bruchteilsgemeinschaft (S. 108), eine Bruchteilsgemeinschaft auf einer Darlehenslösung für „Zuvilleistungen“ (S. 110) sowie die vom Autor favorisierte Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit beweglichen Beteiligungsquoten (S. 116 ff.), bei der aber eine Schwangerschaft und Kinderbetreuung zu einer Korrektur zwingt (S. 122), ggf. mithilfe Familienangehörige berück-

sichtigt werden müssen (S. 124 f.) und der Tod eines Partners mit entsprechenden gesellschaftsrechtlichen Klauseln „aufgefangen“ werden muss (S. 128). Kündigungsklauseln (S. 125), Darlehensverträge mit und ohne Mitbenutzungsrechte (S. 128 und 133) sowie Nutzungsvereinbarungen (S. 140) und eine Wohnrechtszuwendung bzw. Leihe (S. 141) werden Paare, die nicht heiraten wollen, eher als „Überregulierung“ ansehen. Zudem dürfte im Verständnis der Partner die Gleichwertigkeit der jeweiligen Leistungen im Rahmen des Zusammenlebens (ausgenommen „Anfangsvermögen“, Schenkungen und Erbschaften), die in eine gemeinsame Immobilie investiert werden, wie bei einer Ehe häufig anzutreffen sein. Mitunter ist sogar eine „Vermögensverlagerung“ im Hinblick auf eine „Erstfamilie“ gewünscht. Insofern können Muster nur „Denkanstöße“ bieten. Größere Resonanz haben die wegen des Fehlens eines gesetzlichen Erbrechts erforderlichen Verfügungen von Todes wegen (vgl. S. 181, 183 und 220).

Die Zahl der nichtehelichen Lebensgemeinschaften, auch mit Kindern, nimmt immer mehr zu. Auch wenn der Deutsche Familiengerichtstag zu einer Unterhaltszahlung als Ausgleich lebensgemeinschaftsbedingter Nachteile rät, empfehlen sich weiterhin einvernehmliche vertragliche Regelungen. Das Formularbuch des Notars *von Proff zu Irnich* bietet hierzu in der Neuauflage weiterhin wertvolle Hilfe. Seine Anschaffung kann uneingeschränkt empfohlen werden.

Hans-Peter Wetzel/Felix Odersky/Hellmut Götz:

Handbuch Erbgemeinschaft

C. H. Beck, 2019. 723 S., 149 €

Von Notarassessor **Stefan Ackermann**, Hammelburg

Die Erbgemeinschaft ist ein Themenbereich, welcher bei verschiedensten rechtlichen Fragestellungen und Gestaltungen zu bearbeiten ist. Die Auseinandersetzung mit Fragen zur Erbgemeinschaft ist zunächst für Gerichte und Anwälte ein wichtiges Feld, da sie sich nicht selten mit Streitfragen der einzelnen Erben untereinander konfrontiert sehen. Aber auch für die notarielle Praxis ist die Erbgemeinschaft von erheblicher Bedeutung. Zum einen zählen Erbauseinandersetzungen und Erbteilsabtretungen fast schon zum Tagesgeschäft in den meisten Ämtern. Zum anderen ist aber auch bereits bei der Gestaltung von Testamenten und Erbverträgen ein besonde-

res Augenmerk darauf zu legen, welche Folgen die dort getroffenen Regelungen im Erbfall für die Bedachten haben könnten. Hier kann bereits in der Beratungspraxis späterer Streit vermieden werden, indem zum Beispiel Gestaltungen gewählt werden, die entweder die Erbgemeinschaft gänzlich vermeiden oder zumindest konfliktträchtige Personen aus einer etwaigen späteren Erbgemeinschaft heraushalten.

Die Verfasser dieses neuen Handbuchs zur Erbgemeinschaft sind mit dem Ziel angetreten, dem Praktiker zum einen eine Einarbeitung in den Themenkomplex Erbgemeinschaft

zu ermöglichen und zum anderen auch bei der Recherche von spezifischen Fragen Lösungsansätze zu bieten. Hierbei möchte das Handbuch auch Schnittstellen verschiedener Rechtsgebiete wie etwa zum Gesellschaftsrecht (Teil E) oder auch Spezialgebiete wie zum Beispiel Besonderheiten bei landwirtschaftlichem Erbe (Teil I) abdecken.

Dieses selbstgesteckte Ziel haben die Verfasser auf jeden Fall erreicht. Das Handbuch bietet einen übersichtlichen Erstzugriff für schnelle Recherchen zu Fragen des Praktikers, sei es im Vorfeld einer Beratung oder auch, um spezifische Rechtsfragen der Beteiligten durch kurzes Nachschlagen abzuklären.

Das Werk beginnt mit einem sehr erfreulichen und übersichtlichen Inhaltsverzeichnis, welches zunächst eine Grobübersicht über die behandelten Bereiche gibt, anschließend jedoch noch ein ausführliches Inhaltsverzeichnis bietet. Dieses ausführliche Inhaltsverzeichnis erlaubt eine schnelle und zielgerichtete Recherche und ermöglicht es dem Nutzer, in kürzester Zeit die gesuchten Antworten auf seine Fragen zu finden, sodass ein Blick ins Stichwortverzeichnis in den meisten Fällen entbehrlich wird. Nichtsdestotrotz ist auch dieses übersichtlich gestaltet, sodass dann auch die Recherche nach spezifischen Einzelthemen hierüber problemlos und einfach funktioniert.

Ein weiterer, positiv hervorzuhebender Punkt in der Gestaltung des Werkes ist, dass sämtliche Kapitel und textlichen Ausführungen immer wieder mit kleinen Kästchen unterbrochen werden, in denen sich hilfreiche Praxistipps oder kurze Formulierungsvorschläge finden, sodass auf den ersten Blick wichtige Informationen vermittelt werden können. Ganze Vertragsmuster enthält das Handbuch naturgemäß nicht, was jedoch auch seinem Zweck nicht entsprechen würde.

Das Handbuch berücksichtigt aktuelle Rechtsprechung umfassend und stellt die damit einhergehenden Probleme gut dar. So enthält beispielsweise das Kapitel „Erbengemeinschaft und ausländisches Recht“ (Kapitel H) sowohl einen grundsätzlichen Überblick über die relevanten Normen mit einer hilfreichen Zusammenfassung der EuErbVO, welche als Einstieg und zum Verständnis der wichtigsten Probleme sehr gut geeignet ist, als auch genauere Ausführungen zum Beispiel zur vom EuGH im letzten Jahr entschiedenen Rechtssache Mahnkopf (EuGH, Urteil vom 1.3.2018, C-558/16, DNotZ 2018, 785) und deren Auswirkungen auf die Qualifikation des § 1371

BGB sowie der entsprechenden Folgen für die Praxis. In diesem Zusammenhang ist besonders positiv hervorzuheben, dass das Handbuch eine Kurzübersicht zu zahlreichen für Deutschland relevanten Ländern (derzeit sind enthalten: Belgien, Bosnien und Herzegowina, Dänemark, Frankreich, Griechenland, Italien, Kroatien, Niederlande, Österreich, Polen, Portugal, Russland, Schweiz, Slowenien, Spanien und die Türkei) und deren Regelungen im Zusammenhang mit einer Erbengemeinschaft beinhaltet. So lässt sich bereits in kürzester Zeit das Relevanteste zu den dortigen Bestimmungen zu Erbengemeinschaften ermitteln. In diesem Zusammenhang wäre eine Erweiterung der bearbeiteten Länder zumindest dahin gehend wünschenswert, dass auch sämtliche Nachbarländer (bisher ausstehend nur Luxemburg und Tschechien) Deutschlands enthalten wären.

Im letzten Kapitel (J) enthält das Handbuch auch einige Ausführungen zu den bei Notaren häufig nachgefragten verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten im Hinblick auf die Vermeidung einer Erbengemeinschaft. Hier findet man kurze Denkanstöße zur Verwendung von Schiedsklauseln, Testamentsvollstreckungen, Stiftungen und einigem mehr. Dabei bleiben die Ausführungen jedoch etwas an der Oberfläche. Eine vertiefte Auseinandersetzung mit den jeweiligen Instrumenten und darüber, in welchen spezifischen Fällen welche Gestaltung besonders vorteilhaft ist, fehlt leider. Wobei natürlich in diesem Zusammenhang klargestellt werden muss, dass das Handbuch primär die Handhabung bereits entstandener Erbengemeinschaften abdecken soll, nicht vorrangig Strategien zur Vermeidung der Entstehung von Erbengemeinschaften ausarbeiten möchte.

Zusammenfassend kann gesagt werden, dass das Handbuch eine sehr gute Anlaufstelle für jeden Praktiker, sei es Richter, Anwalt oder Notar, ist, der sich häufig mit Erbengemeinschaften auseinandersetzen muss. Es enthält einen guten Überblick über sämtliche Fragestellungen im Zusammenhang mit Erbengemeinschaften. Dank des übersichtlichen Aufbaus und guten Stichwortverzeichnisses findet man auch in kürzester Zeit Antworten auf seine Fragen. Auch Spezialgebiete und der häufig schwierige Komplex von Erbengemeinschaften mit Minderjährigen und/oder unternehmerischem Vermögen werden detailliert und dennoch übersichtlich bearbeitet. In jedem Fall eine Bereicherung für jede Praktikerbibliothek, deren Anschaffung unbedingt empfohlen werden kann.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Arglisthaftung bei Abweichung von DIN-Vorschriften

BGH, Urteil vom 14.6.2019, V ZR 73/18 (Vorinstanz:
OLG Saarbrücken, Urteil vom 21.2.2018, 2 U 24/17)

BGB § 276 Abs. 1, §§ 280, 281 Abs. 1 Satz 1, § 437
Nr. 3, §§ 442, 444, 634 Nr. 4, § 636

LEITSATZ:

Die Angabe des fachkundigen Verkäufers, das Kaufobjekt fachgerecht bzw. nach den anerkannten Vorschriften errichtet zu haben, erfolgt nicht schon dann ohne tatsächliche Grundlage „ins Blaue hinein“, wenn er bei der Bauausführung unbewusst von einschlägigen DIN-Vorschriften abgewichen ist.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2020, 27.

2. Zurückweisung einer Kündigungs- erklärung wegen fehlender Vorlage einer Vollmachtsurkunde

OLG München, Beschluss vom 21.10.2019, 7 U 3659/19

BGB §§ 172, 174

LEITSÄTZE:

1. **Wird der Verkäufer bei Abschluss eines Grundstückskaufvertrags vertreten und enthält dieser Vertrag eine Bevollmächtigung des Käufers, vor Eigentumsübergang das Grundstück betreffende Mietverträge zu kündigen, so ist eine Kündigung des Mietverhältnisses bei Vorlage einer Ausfertigung des Kaufvertrags, der eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht des von dem Verkäufer Bevollmächtigten beigefügt ist, unwirksam, wenn der Mieter die Kündigung mangels Vorlage der Vollmachtsurkunde unverzüglich zurückweist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Dem Schutzzweck des § 174 BGB wird durch die Überprüfung der vom Verkäufer dem Bevollmächtigten erteilten Vollmacht durch den den Kaufvertrag beurkundenden Notar nicht Genüge getan. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Parteien streiten um die Räumung eines Gewerbegrundstücks.

2 Die Beklagte betreibt auf dem Grundstück (...) ein Lebensmitteleinzelhandelsgeschäft.

3 Am 5.9.2005 schlossen die Rechtsvorgängerin der Beklagten (...) und die seinerzeitige Grundstückseigentümerin, die C GmbH, den Mietvertrag (im Folgenden als MV bezeichnet) über das streitgegenständliche Grundstück. Das Mietverhältnis begann am 27.9.2006 und war auf 13 Jahre befristet (...). Nach § 4 Nr. 3 MV ist der Mieter berechtigt, durch schriftliche Erklärung die Verlängerung des Mietverhältnisses zu den Bedingungen dieses Mietvertrages um fünf Jahre zu verlängern. Dieses Recht kann der Mieter drei Mal ausüben.

(...)

5 Mit notariellem Kaufvertrag vom 17.5.2018 (im Folgenden als KV bezeichnet) erwarb die Klägerin von der damaligen Eigentümerin P S. a. r. l. (im Folgenden als P bezeichnet) das streitgegenständliche Grundstück. Die P wurde bei der Beurkundung des Kaufvertrages von Herrn H aufgrund einer Vollmacht vom 23.4.2018 vertreten.

6 Im Rubrum der Urkunde ist diesbezüglich ausgeführt:

„(...) erschienen Herr H (...) handelnd nicht in eigenem Namen, sondern als Vertreter (...) für die P aufgrund Vollmacht vom 23.4.2018, die bei Beurkundung im Original vorlag und in Kopie, deren Übereinstimmung mit dem Original der Notar hiermit beglaubigt, dieser Urkunde beigeesiegelt ist (...).“

7 Nach § 13.1.1 KV übernahm die Klägerin den Mietvertrag mit der Beklagten im Innenverhältnis (...) ab dem Übergabetag. Die P trat mit Wirkung zum Übergabetag sämtliche ihr nach dem Mietvertrag mit der Beklagten entstehenden Ansprüche an die Klägerin ab (§ 13.1.2 KV).

8 § 13.1.3 KV lautet:

„Der Verkäufer bevollmächtigt hiermit den Käufer, ab dem Übergabetag alle Rechte aus dem Netto-Mietvertrag geltend zu machen einschließlich des Rechts, Kündigungen auszusprechen und den Nettomietvertrag zu ändern und neue Mietverträge abzuschließen. Auf Wunsch und Kosten des Käufers wird der Verkäufer entsprechende schriftliche Vollmachten in vom Käufer gewünschter Anzahl in gesonderten Urkunden erteilen.“

9 Die Übergabe des streitgegenständlichen Grundstücks von der P an die Klägerin erfolgte zum 1.8.2018.

10 Am 5.12.2018 wurde die Klägerin als Eigentümerin ins Grundbuch eingetragen.

11 Mit Schreiben vom 10.8.2018 teilte die Klägerin der Beklagten den Erwerb der Liegenschaft und den Besitzübergang

mit und kündigte an, nach Eintragung im Grundbuch der Beklagten eine neue Dauerrechnung zu übersenden.

12 Ab September 2018 stellte die Beklagte die Mietzinszahlungen an die P ein, zahlte aber auch an die Klägerin keine Miete.

13 Mit Schreiben vom 14.11.2018 sprach die Klägerin – namens und in Vollmacht der P – unter Berufung auf den Verzug der Beklagten mit der Zahlung der Mieten für September bis November 2018 die außerordentliche und fristlose Kündigung des Mietverhältnisses unter Gewährung einer Räumungsfrist bis 31.3.2019 aus. Vorsorglich kündigte sie das Mietverhältnis „als künftiger Eigentümer“ außerordentlich und fristlos. Dem Kündigungsschreiben legte sie eine notarielle Ausfertigung des Kaufvertrages bei, dem eine beglaubigte Abschrift der Vollmacht vom 23.4.2018 für Herrn H beigeheftet war.

14 Die Beklagte wies die Kündigungen mit Schreiben vom 16.11.2018 „gemäß § 174 BGB zurück“. Sie zahlte die rückständigen Monatsmieten für September, Oktober und November 2018 am 19.11.2018 vollständig an die Klägerin.

(...)

18 Die Beklagte erwiderte, dass die Kündigung der Klägerin vom 14.11.2018 aufgrund der Zurückweisung der Kündigung durch die Beklagte nach § 174 BGB unwirksam geworden sei. Die Klägerin habe dem Kündigungsschreiben nämlich keine von der P Herrn H erteilte Originalvollmacht beigelegt. Auch sei die Beklagte mit der Zahlung des Mietzinses für die Monate September bis November 2018 nicht in Verzug gewesen.

(...)

25 Der Senat hat mit Hinweisbeschluss vom 12.9.2019 dargelegt, warum er die Berufung der Klägerin für nicht begründet erachtet. Der Klägerin wurde hierzu Frist zur Stellungnahme bis 16.10.2019 gesetzt. Die Klägervertreterin hat mit Schriftsatz vom 16.10.2019 Stellung genommen. (...)

26 B. I. Die Berufung der Klägerin gegen das Endurteil des LG München I (...) ist gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen, weil nach einstimmiger Auffassung des Senats das Rechtsmittel offensichtlich keine Aussicht auf Erfolg hat, der Rechtssache keine grundsätzliche Bedeutung zukommt, weder die Fortbildung des Rechts noch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Berufungsgerichts erfordert und die Durchführung einer mündlichen Verhandlung über die Berufung nicht geboten ist.

27 Grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Nr. 1 ZPO hat eine Rechtssache nämlich nur, wenn eine klärungsbedürftige Frage zu entscheiden ist, deren Auftreten in einer unbestimmten Vielzahl von Fällen zu erwarten ist und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an einheitlicher Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt. Klärungsbedürftig in diesem Sinne ist eine Rechtsfrage, wenn zu ihr unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und noch keine höchstrichterliche Entscheidung vorliegt. Daran fehlt es hier aber gerade, da zu der hier relevanten Rechtsfrage, ob in der vorliegend streitgegenständlichen Konstellation ein Zurückweisungsrecht der Beklagten nach § 174 BGB bestand,

bislang soweit ersichtlich weder höchst- noch obergerichtliche Rechtsprechung ergangen ist. Auch in der Literatur wird die Frage nicht behandelt. Die von der Klägervertreterin in der Berufungsbegründung vom 9.8.2019 in Bezug genommenen Literaturstellen beziehen sich auf Fälle des § 172 BGB, nicht aber des § 174 BGB.

(...)

29 Der Senat weicht auch nicht von einer Entscheidung des BGH oder eines anderen OLG ab.

30 II. Zu den rechtlichen Ausführungen der Klägervertreterin in der Stellungnahme vom 16.10.2019 ist in der gebotenen Kürze nur noch Folgendes anzumerken:

31 1. Entgegen der Ansicht der Klägervertreterin verkennt der Senat in seinem Hinweisbeschluss vom 12.9.2019 durchaus nicht, dass streitgegenständlich gerade nicht eine Haupt- und Unterbevollmächtigung vorliegt. Vielmehr ist in dem Beschluss (dort Satz 3 2. Absatz) ausdrücklich ausgeführt, dass es nicht darauf ankommt, ob es sich bei Herrn H um einen Hauptvertreter der P und bei der Klägerin um deren Untervertreterin handelt.

32 Ob die von der P Herrn H erteilte Vollmacht zum Abschluss des Kaufvertrages und zur darin enthaltenen Bevollmächtigung der Klägerin zur Kündigung des Mietvertrages mit der Beklagten zu einem nach Abschluss des Kaufvertrages und Bevollmächtigung der Klägerin liegenden Zeitpunkt widerrufen wurde oder hätte widerrufen werden können, spielt für die vorliegend allein relevante Frage, ob Herr H. zum Zeitpunkt der Bevollmächtigung der Klägerin Vertretungsmacht hatte, keine Rolle.

33 Dem Schutzzweck des § 174 BGB wird durch die Überprüfung der von der P Herrn H erteilten Vollmacht durch den Kaufvertrag beurkundenden Notar nicht Genüge getan. Das Überprüfungsrecht nach § 174 BGB steht dem jeweiligen Geschäftsgegner zu. Dieser soll dadurch in die Lage versetzt werden, das Bestehen und den Umfang der Vertretungsmacht eines Vertreters selbst überprüfen zu können. Er muss sich deshalb nicht auf eine Überprüfung durch einen Notar verlassen, bei der er nicht anwesend war und auf deren Durchführung er keinen Einfluss hatte.

34 Die Ausführungen der Klägervertreterin zu § 172 BGB gehen fehl. Denn die Sachverhaltskonstellation des § 172 BGB unterscheidet sich grundlegend von der im Rahmen des § 174 BGB. In den zu § 172 BGB entschiedenen Fällen befand sich die Vollmachtsurkunde nämlich jeweils im Besitz des den Vertrag beurkundenden Notars und war der Geschäftsgegner bei der Beurkundung anwesend, sodass letzterer ohne Weiteres in der Lage war, unmittelbar in die Vollmacht Einsicht zu nehmen, die sich in Urschrift in der Urkundensammlung des Notars befand (vgl. BGH, Urteil vom 20.12.1979, VII ZR 77/78, Rdnr. 15; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 23.11.2007, 9 U 75/07, Rdnr. 6; im Urteil vom 15.10.1987, III ZR 235/86, Rdnr. 21 stellt der BGH entscheidend darauf ab, welche Rechtsfolgen § 172 BGB gehabt hätte, wenn bei Beurkundung des Vertrages ein Vertreter der Beklagten als Geschäftsgegnerin anwesend gewesen wäre; vgl. auch RG, Urteil vom 10.12.1919, V 249/19, RGZ 97, 273, 275 für den Fall einer Beurkundung durch den Richter).

35 Im Falle des § 174 BGB dagegen ist der Geschäftsgegner (vorliegend die Kündigungsempfängerin) gerade nicht bei der Beurkundung des Vertrages anwesend und kann sich deshalb auch nicht schnell und ohne weiteren Aufwand durch Einsichtnahme in die bei der Urkundsperson befindliche Originalvollmacht Sicherheit über das Bestehen einer Vertretungsmacht der als Vertreter bei Vertragsschluss auftretenden Person verschaffen. Mit dem in § 174 BGB dem Geschäftsgegner eingeräumten eigenen Prüfungsrecht, das auf eine schnelle („unverzügliche“) Klärung der Vertretungssituation gerichtet ist, ist es nicht vereinbar, den Geschäftsgegner auf eine Einsichtnahme beim beurkundenden Notar, der seinen Sitz unter Umständen mehrere hundert Kilometer vom Geschäftsgegner entfernt hat, zu verweisen.

36 Selbst wenn man aber – wie zu Unrecht die Klägerin – die zu § 172 BGB von der Rechtsprechung entwickelten Anforderungen an die dem Geschäftsgegner vorzulegende Vollmachtsurkunde auf die Regelung des § 174 BGB übertragen sollte, so wäre durch die Vorlage einer Ausfertigung des notariellen Kaufvertrages mit der Kündigungserklärung diesen Anforderungen nach der bisher zu § 172 BGB ergangenen Rechtsprechung des BGH dennoch nicht genügt. Demnach genügt es zur Vorlegung einer Vollmachtsurkunde im Sinne des § 172 BGB, wenn in einem notariellen Vertrag auf eine von dem beurkundenden Notar selbst aufgenommene Vollmacht Bezug genommen und diese bei dem Notar zugänglich ist (BGH, Urteil vom 20.12.1979, VII ZR 77/78, Rdnr. 15). Daran fehlt es hier aber, da ausweislich des notariellen Kaufvertrages Herr H bei der Beurkundung des Kaufvertrages aufgrund einer Vollmacht vom 23.4.2018 für die P handelte, diese Vollmacht aber nicht vom beurkundenden Notar selbst beurkundet wurde.

37 Dass der mit der Kündigung übermittelten Ausfertigung des Kaufvertrages beglaubigte Abschriften der Vollmacht der P für Herrn H beigelegt waren, führt auch bei Übertragung der Rechtsprechungsgrundsätze zu § 172 Abs. 1 BGB auf § 174 BGB ebenfalls nicht zu einem Wegfall des Zurückweisungsrechts. Denn nach der von der Klägervertreterin – allerdings zu Unrecht – als Beleg für ihre Rechtsansicht in Bezug genommenen Entscheidung des BGH vom 15.10.1987, III ZR 235/86 (dort Rdnr. 14) setzt § 172 Abs. 1 BGB voraus, dass der Vertreter dem Dritten die den Rechtsschein erzeugende Urkunde selbst, also in Urschrift oder – bei notariell beurkundeter Vollmacht – in einer Ausfertigung vorlegt; Abschriften genügen regelmäßig nicht. Auch in dieser Entscheidung fordert der BGH also für eine hinreichende Vollmachtsurkundenvorlage die Vorlage einer Ausfertigung der Vollmacht. Im Übrigen lässt der BGH die Vorlage einer Ausfertigung auch nur für den Fall einer notariell beurkundeten Vollmacht gelten. Gerade daran fehlt es hier aber. Die Vollmacht vom 23.4.2018 ist nur eine privatschriftliche.

38 Zu dem vom beurkundenden Notar erhaltenen Rechtsgutachten des DNotl kann der Senat keine Stellung nehmen, da es ihm nicht vorgelegt wurde.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessorin **Angelika Strähuber**, München

1. Sachverhalt

In seiner Entscheidung hatte sich das OLG München mit den Folgen eines notariellen Grundstückskaufvertrages zu befassen, wie sie durch die standardmäßige Gestaltung nahezu täglich auftreten können. Der Grundstückseigentümer wird bei Vertragsschluss aufgrund (wohl notariell beglaubigter) Verkaufsvollmacht vertreten und erteilt dem Käufer in der Kaufvertragsurkunde Vollmacht, ihn innerhalb des Zeitraums zwischen Besitzübergabe und Eigentumsumschreibung im Grundbuch gegenüber dem Mieter zu vertreten. Das im Beurkundungstermin vorgelegte Original der Verkaufsvollmacht wird der Niederschrift in beglaubigter Abschrift beigelegt. In der Folge kündigt der Käufer vor Eigentumsumschreibung in Vertretung des Verkäufers das Mietverhältnis unter Vorlage einer Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde, welche die beigelegte notariell beglaubigte Abschrift der Verkaufsvollmacht enthält. Der Mieter weist die Kündigung unverzüglich nach § 174 BGB zurück, da kein hinreichender Nachweis der Verkaufsvollmacht erfolgt sei. Das OLG München gab dem Mieter Recht.

2. Pflichten des Notars bei Vertretung

Wird eine Vertragspartei vor dem Notar vertreten, so bestehen für diesen umfangreiche Prüfpflichten beurkundungsrechtlicher wie materieller Art. Neben der Feststellung, dass eine Stellvertretung überhaupt zulässig ist, hat der Notar sowohl Form und Wirksamkeit als auch Umfang der Vollmacht zu prüfen.¹ Die Formvorschriften können sich dabei aus dem materiellen wie auch dem Verfahrensrecht ergeben. Bei Grundstückskaufverträgen schreibt § 29 Abs. 1 GBO die öffentliche oder öffentlich beglaubigte Form für sämtliche zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen vor. Da der Käufer letztlich als Eigentümer im Grundbuch eingetragen wurde, ist es rätselhaft, wenn das OLG München in seiner Entscheidung von einer privatschriftlichen Vollmacht spricht.² Naheliegender ist aufgrund der weiteren bekannten Umstände vielmehr, dass es sich um eine notariell beglaubigte Verkaufsvollmacht gehandelt hat.

Nach § 12 Satz 1 BeurkG sollen vorgelegte Vollmachten der Niederschrift in Urschrift oder beglaubigter Abschrift beigelegt werden. Wie dies dem Regelfall entspricht, wurde im vorliegenden Fall die zweite Variante gewählt. Das Vorgehen hierbei regelt § 30 Abs. 1 DONot.

3. Einordnung der Vollmacht

Nach dem OLG München handelt es sich bei der vom Verkaufsbevollmächtigten erklärten Kündigungsvollmacht nicht

1 *Winkler*, BeurkG, 19. Aufl. 2019, § 12 Rdnr. 4a; Die Pflichten ergeben sich nach Abschaffung des § 28c BNotO a. F. unmittelbar aus § 17 Abs. 1 und 2 BeurkG sowie § 14 Abs. 2 BNotO. Ausführlich hierzu: BeckOK-BeurkG/*Bremkamp*, Stand: 1.11.2019, § 12 Rdnr. 4 f.

2 Rdnr. 37 der besprochenen Entscheidung.

um eine Form der Untervollmacht. Deshalb sei der Bestand der im Kaufvertrag erteilten Vollmacht zur Kündigung des Mietverhältnisses unabhängig von einem etwaigen Widerruf der Verkaufsvollmacht.

a) Kriterien einer Untervollmacht

Eine Untervollmacht besteht zunächst in dem Fall, dass der Vertreter für den Vertretenen einem Dritten Vollmacht erteilt, sodass dieser anstatt des Vertreters im Namen des Vertretenen auftreten und Rechtsgeschäfte unmittelbar mit Wirkung für und gegen diesen vornehmen kann.³ Eine andere, von der Rechtsprechung anerkannte,⁴ in der Literatur jedoch umstrittene⁵ Form der Untervollmacht liegt bei der Durchgangsvertretung vor, wenn der Unterbevollmächtigte zum Vertreter des Vertreters wird. Keine dieser Varianten ist vorliegend einschlägig, da der Verkaufsbevollmächtigte nicht selbst zur Verwaltung (und Kündigung) des Mietverhältnisses bevollmächtigt war, diese Vollmacht mithin auch nicht „weiterreichen“ konnte.⁶ Er hätte eine über den Umfang seiner Vertretungsmacht hinausgehende Untervollmacht erteilen müssen. In der Literatur wird eine Unabhängigkeit der Untervollmacht jedenfalls in zeitlicher Hinsicht bejaht, wenn sie sich aus der Hauptvollmacht ergebe.⁷ Soweit eine ausdrückliche Verknüpfung der Untervollmacht mit der Hauptvollmacht fehle und sich diese durch Auslegung auch nicht ermitteln lasse, sei regelmäßig eine über das Bestehen der Hauptvollmacht hinausgehende Untervollmacht anzunehmen.⁸ Im Rahmen einer Entscheidung zur Untervollmacht, bei der die Hauptvollmacht hingegen als unwirksam anzusehen war, äußerte sich der BGH dahin gehend, dass die Vertretungsmacht eines Unterbevollmächtigten nicht weiter gehen könne als die Hauptvollmacht.⁹ Dem schließt sich das OLG München an, wenn es hier keine Untervollmacht annimmt.¹⁰

b) Konsequenz für den Bestand der Kündigungsvollmacht

Die Konsequenz, die das OLG München aus dieser Einordnung zieht, verdient zunächst Zustimmung. Die der Entschei-

dung des OLG München zugrunde liegende Vollmacht für den Käufer im Grundstückskaufvertrag, das Mietverhältnis zu kündigen, erteilt der Grundstückseigentümer unzweifelhaft unabhängig vom weiteren Schicksal der Verkaufsvollmacht. Ob man hier eine in Umfang und zeitlicher Hinsicht von der Hauptvollmacht unabhängige Untervollmacht oder eine (so weit ersichtlich nicht genauer definierte) andere Rechtskonstruktion annimmt, kann dahinstehen. Der Rechtsanwender hat diejenige rechtliche Konstruktion zu finden, die den Willen der Beteiligten am weitgehendsten stützt.¹¹ Allein relevant ist, ob der Verkaufsbevollmächtigte zum Zeitpunkt der Bevollmächtigung des Käufers Vertretungsmacht hatte.¹² Welches Schicksal die Verkaufsvollmacht im Nachgang an die Beurkundung ereilt, ob sie also nach Beurkundung des Kaufvertrages als obsolet erlischt oder im Hinblick auf etwaige Nachträge weiter besteht und widerrufen werden könnte, kann offen bleiben.

4. Anforderungen an den Nachweis der Vollmacht

Nicht mehr gefolgt werden kann dem OLG München, wenn es dem Käufer aufgibt, neben der Ausfertigung des die Kündigungsvollmacht enthaltenden Kaufvertrages auch die Verkaufsvollmacht im Original vorzulegen, wenn der Erklärungsempfänger die Vorlage der Vollmachtsurkunde nach § 174 Satz 1 BGB verlangt.

a) Grundsätze nach § 174 Satz 1 BGB

§ 174 Satz 1 BGB verlangt die Vorlage der „Vollmachtsurkunde“. Hinsichtlich der Kündigungsvollmacht als solcher vertritt die vorgelegte Ausfertigung der Niederschrift des Kaufvertrages nach § 47 BeurkG die Urschrift im Rechtsverkehr. Diese vom Gesetzgeber angeordnete Eigenschaft der Ausfertigung genügt zweifellos den Anforderungen des § 174 Satz 1 BGB.¹³ Unstrittig ist auch, dass eine beglaubigte Abschrift zur Vorlage im Sinne der Vorschrift grundsätzlich nicht ausreicht.¹⁴ Bei Handeln eines Unterbevollmächtigten wird ungeachtet der Möglichkeit einer von der Hauptvollmacht unabhängig bestehenden Untervollmacht undifferenziert die Vorlage sowohl der Unter- als auch der Hauptvollmachtsurkunde verlangt.¹⁵ In der zitierten Entscheidung geht der BGH jedoch gerade davon aus, dass die Untervollmacht stets durch die Hauptvollmacht beschränkt sei, weshalb das hier aufgestellte Erfordernis demnach auch einzig konsequent wäre. Daher könnte der Unterbevollmächtigte nach dem BGH nur handeln, wenn auch die Hauptvollmacht in diesem Umfang besteht, was der Erklärungsempfänger nach § 174 Satz 1 BGB zu prüfen in der Lage sein muss.

3 MünchKomm-BGB/Schubert, 8. Aufl. 2018, § 167 Rdnr. 79; Palandt/Ellenberger, 78. Aufl. 2019, § 167 Rdnr. 12.

4 Vgl. BGH, Urteil vom 5.5.1960, III ZR 83/59, NJW 1960, 1565; Urteil vom 25.5.1977, VIII ZR 18/76, NJW 1977, 1535; MünchKomm-BGB/Schubert, § 167 Rdnr. 79.

5 Palandt/Ellenberger, § 167 Rdnr. 12.

6 So auch Aigner, DNotZ 2020, 109.

7 Vgl. hierzu Schüller, RNotZ 2014, 585, 586 m. w. N.; Bous, RNotZ 2004, 483, 487.

8 Staudinger/Schilken, Neub. 2014, § 164 Rdnr. 67; Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, B. Rdnr. 566; Armbrüster/Preuß/Renner/Piegsa, BeurkG/DONot, 8. Aufl. 2020, § 12 BeurkG Rdnr. 14; Schüller, RNotZ 2014, 585, 586; KG, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 688-689/15, RNotZ 2015, 567, für die zeitliche Unabhängigkeit.

9 Beschluss vom 25.10.2012, V ZB 5/12, NJW 2013, 297 Rdnr. 12. Den Umfang der Untervollmacht ebenso auf den Umfang der Hauptvollmacht beschränkend: BeckOK-BeurkG/Bremkamp, § 12 Rdnr. 14; Palandt/Ellenberger, § 167 Rdnr. 12.

10 Rdnr. 31 der besprochenen Entscheidung.

11 Bous, RNotZ 2004, 483, 484 zu den verschiedenen Konstruktionen bei Untervollmacht.

12 Rdnr. 32 der besprochenen Entscheidung.

13 Vgl. MünchKomm-BGB/Schubert, § 174 Rdnr. 16 m. w. N.

14 BGH, Urteil vom 4.2.1981, VIII ZR 313/79, NJW 1981, 1210; Urteil vom 10.2.1994, IX ZR 109/93, NJW 1994, 1472.

15 BGH, Beschluss vom 25.10.2012, V ZB 5/12, NJW 2013, 297; BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 1.11.2019, § 174 Rdnr. 6; MünchKomm-BGB/Schubert, § 174 Rdnr. 18.

Diese Anforderung ist aber verfehlt, wenn die „Untervollmacht“ (sofern man sie überhaupt als solche einordnet) in ihrem Bestand unabhängig von der „Hauptvollmacht“ sein soll. Hier kann im Rahmen des § 174 Satz 1 BGB die „Hauptvollmacht“ unter Umständen gar nicht mehr im Original oder in Ausfertigung vorgelegt werden, da sie nach § 175 BGB nach deren Erlöschen zurückzugeben war; dennoch kann die „Untervollmacht“ problemlos fortbestehen. Gerade in den anerkannten Fällen der zeitlich vom Fortbestand der Hauptvollmacht unabhängigen Untervollmacht führte eine Pflicht zur Vorlage der Hauptvollmacht gemäß § 174 Satz 1 BGB bei einem solchen Verständnis faktisch zum Gegenteil des erstrebten Zieles, nämlich zur Unbrauchbarkeit der Untervollmacht.

Dieses Problem lässt sich entgegen der Auffassung des OLG München jedenfalls für die Fälle lösen, in denen die „Hauptvollmacht“ bei Erteilung der „Untervollmacht“ schon einem Notar zur Prüfung vorgelegt wurde. Sinn und Zweck des § 174 BGB ist es, zu klären, ob das einseitige Rechtsgeschäft, bei dem Vertretung ohne Vertretungsmacht nach § 180 Satz 1 BGB unzulässig wäre, wirksam ist.¹⁶ Auch nach dem OLG München solle der Geschäftsgegner dementsprechend in die Lage versetzt werden, das Bestehen und den Umfang der Vertretungsmacht selbst überprüfen zu können. Hinsichtlich der in Ausfertigung vorgelegten Kündigungsvollmacht wird das Prüfungsrecht des Erklärungsgegners, auf welches das OLG München abstellt, nicht beschnitten. Allerdings meint das OLG München, durch die Tatsache, dass die Kündigungsvollmacht ihrerseits auf der Verkaufsvollmacht beruhe, erfahre der Mieter einen Nachteil, wenn letztere ihm nur in beglaubigter Abschrift vorgelegt werde. Dem Schutzzweck des § 174 Satz 1 BGB werde durch Überprüfung der erteilten Verkaufsvollmacht durch den den Kaufvertrag beurkundenden Notar nicht Genüge getan. Hier kann dem OLG München nicht gefolgt werden.

b) Vertretungsbescheinigung nach § 21 BNotO als Lösung?

Schon das Gesetz erklärt Notare in § 21 Abs. 3 BNotO für zuständig, Bescheinigungen über eine durch Rechtsgeschäft begründete Vertretungsmacht auszustellen. Über die Begründung der Vertretungsmacht hat sich der Notar hierbei zuvor durch Einsichtnahme in eine öffentliche oder öffentlich beglaubigte Vollmachtsurkunde zu vergewissern. Die sodann erteilte Vollmachtbescheinigung stellt eine rechtliche Schlussfolgerung des Notars dar. Sie ist allerdings hinsichtlich ihrer Beweiswirkung auf den Verkehr mit Registergerichten ausgerichtet und gilt grundsätzlich nicht für den Privatrechtsverkehr.¹⁷ Für die Frage der Vollmachtvorlage im Rahmen des § 174 BGB ist der Anwendungsbereich des § 21 BNotO demnach nicht eröffnet.

c) Vertrauen auf die notarielle Feststellung

Auch wenn die vom Gesetzgeber dem Notar in § 21 BNotO übertragene Kompetenz außerhalb des Registerverkehrs

nicht greift, drängt sich dasselbe Ergebnis im Privatrechtsverkehr auf, wenn der Notar die Vollmacht umfassend geprüft hat. Der Erklärungsempfänger muss sich in Konstellationen wie der hier vorliegenden nicht in unzumutbarer Weise auf eine Prüfung durch den Notar verlassen, wenn diesem die Ausgangsvollmacht in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form im Original oder in Ausfertigung vorgelegt hat und er sie der Niederschrift in beglaubigter Abschrift beifügt.

aa) Umfang des Vertrauens

Durch die Ausfertigung des Kaufvertrages, die eine beglaubigte Abschrift der Verkaufsvollmacht enthält, wird der Erklärungsgegner in die Lage versetzt, den Umfang der Verkaufsvollmacht und damit die Kongruenz der für ihn relevanten Kündigungsvollmacht neben dem Notar zu prüfen. Bei Ausfertigungen oder beglaubigten Abschriften besteht keine größere Manipulationsgefahr bezüglich des Inhalts als bei Originalen. Mithin erfolgt eine doppelte inhaltliche Prüfung durch Notar und Geschäftsgegner. Auch die Form der dem Notar vorgelegten Vollmacht wird im notariellen Vermerk ersichtlich. Der Erklärungsgegner hat sich somit lediglich hinsichtlich des tatsächlichen Anfertigens einer beglaubigten Abschrift der dem Notar vorgelegten Vollmachtsurkunde sowie des Beifügens dieser zur Niederschrift auf den Notar zu verlassen. Im Übrigen reicht ihm die beglaubigte Abschrift zur eigenen Prüfung aus. Dies gilt jedenfalls in den Fällen, in denen der Fortbestand der Vollmacht nicht ausschlaggebend ist.

Neben dem Fortbestand vermag der Erklärungsgegner zudem die Echtheit des dem Notar vorgelegten Originals oder der Ausfertigung aufgrund einer beglaubigten Abschrift nicht hinreichend festzustellen. Zwar besteht auch für den Notar ein Beurkundungsverbot nach § 14 Abs. 2 BNotO, soweit die Vollmacht gefälscht ist. Erkennt er dies nicht, würde dem Geschäftsgegner allerdings die Möglichkeit genommen, selbst etwa die Eigenschaft eines Originals zu untersuchen. Diese Gefahr besteht jedoch allenfalls in den Fällen, in denen dem Notar privatschriftliche Vollmachten vorgelegt werden. Werden ihm, wie es aufgrund von Formvorschriften wie § 29 GBO oder § 12 HGB ohnehin häufig der Fall und im Allgemeinen stets zu empfehlen ist, notariell beurkundete oder notariell beglaubigte Vollmachtsurkunden vorgelegt, besteht kein Grund zu Zweifeln an deren Echtheit, da in beiden Fällen eine Identifizierung durch den Notar erfolgt.

bb) Zumutbarkeit

Das Vertrauen auf das Beifügen durch den Notar nach § 12 Satz 1 BeurkG ist dem Erklärungsgegner auch zumutbar. Wie dargestellt, obliegen dem Notar umfangreiche Pflichten zur Prüfung der Bevollmächtigung. Bei einem Verstoß gegen diese Pflichten hat der BGH erst kürzlich eine schwerer wiegende Schuldform anerkannt.¹⁸ Neben disziplinarrechtlichen Folgen kommt mit Falschbeurkundung im Amt sogar

¹⁶ Palandt/Ellenberger, § 174 Rdnr. 1.

¹⁷ Hierzu ausführlich BeckOK-BNotO/Sander, Stand: 1.10.2019, § 21 Rdnr. 74 f.

¹⁸ Beschluss vom 13.11.2017, NotSt(Brfg) 4/17, NJW-RR 2018, 443.

eine Strafbarkeit des Notars in Betracht. Für den Erklärungsgegner bedeutet die Beteiligung eines Notars somit vielmehr eine zwischengeschaltete qualifizierte Prüfung.

Auch ein Blick auf § 174 Satz 2 BGB zeigt, dass dem Erklärungsgegner nicht ausnahmslos ein eigenes Prüfungsrecht zukommt. Danach ist die Zurückweisung der Erklärung ausgeschlossen, wenn der Vollmachtgeber ihn von der Bevollmächtigung in Kenntnis gesetzt hat. Hierbei ist jedoch für zahlreiche Fallgruppen (man denke an den Personalabteilungsleiter oder den Prokuristen) anerkannt, dass es keiner ausdrücklichen Information durch den Vollmachtgeber bedarf. Vielmehr gilt die Vorschrift auch für im Allgemeinen üblicherweise bevollmächtigte Personen.¹⁹ Erst recht lässt sich die Bevollmächtigung aufgrund notarieller Urkunde unter diese Gruppe subsumieren, kommt doch dieser die Beweiswirkung des § 415 ZPO zugute und nicht nur die regelmäßige Verkehrsanschauung.

Zudem haben, wie dargestellt, auch die Registergerichte dem Notar besonderes Vertrauen in Bezug auf Vollmachten zu schenken. Hierfür hat der Gesetzgeber sogar angeordnet, dass die darauf beruhende Eintragung öffentlichen Glauben genießt. Inwieweit die Registergerichte überhaupt eine eigene Nachprüfung der Vertretungsmacht anstellen dürfen, ist streitig.²⁰ Dies zeigt die herausragende Stellung des Notars bei der Prüfung von Vertretungsmacht als unabhängiger Träger eines öffentlichen Amtes.

Der Erklärungsgegner wird demnach bei Vorlage einer Ausfertigung samt beglaubigter Abschrift dann keiner Prüfrechte beschnitten, wenn die Echtheit der Vollmacht nicht bezweifelt sowie deren Fortbestand nicht relevant wird. Vielmehr hätte er mit dem Notar einen weiteren Garanten bezüglich der Wirksamkeit, an dem es bei Vorlage zweier Privaturkunden im Rahmen des § 174 BGB gänzlich fehlte. Unabhängig davon, dass die „Hauptvollmacht“ in vielen Fällen der unabhängigen „Untervollmacht“ gar nicht mehr vorgelegt werden kann, erfolgte daraus keinerlei Erkenntnisgewinn für den Erklärungsgegner. Im vorliegenden Fall stellt die Verkaufsvollmacht nur eines von zahlreichen Wirksamkeitserfordernissen des Kaufvertrages dar. Niemand käme aber wohl auf die Idee, dass dem Erklärungsgegner beispielsweise die (nach § 11 Abs. 1 BeurkG ebenfalls vom Notar zu prüfende) Geschäftsfähigkeit der Beteiligten gesondert nachgewiesen werden müsste. Zwar fehlt hierfür schon eine § 174 Satz 1 BGB vergleichbare Vorschrift. § 174 Satz 1 BGB kann aber eben auch nur die Vorlage der Vollmachtsurkunde meinen, aus der sich zwingende Erkenntnisse zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts, nämlich Bestand und Umfang der Kündigungsvollmacht, ergeben und verlangt gerade keine weiteren, erschöpfenden Nachweise.

¹⁹ Vgl. Palandt/*Ellenberger*, § 174 Rdnr. 7; Staudinger/*Schilken*, § 174 Rdnr. 11.

²⁰ Zusammenfassend BGH, Beschluss vom 22.9.2016, V ZB 177/15, DNotZ 2017, 303.

5. Ausblick für die Praxis

Entgegen der Ansicht des OLG München verlangt § 174 Satz 1 BGB richtigerweise bei Auftreten eines aufgrund einer weiteren Vollmacht handelnden Bevollmächtigten lediglich die Vorlage der *seiner* Bevollmächtigung begründenden Vollmachtsurkunde, wenn seine Vollmacht unabhängig vom Fortbestand der ursprünglichen Bevollmächtigung eines Dritten bestehen soll, ein Notar die Berechtigung zur Erteilung dieser Vollmacht im Vorfeld geprüft hat und dies dem Erklärungsgegner hinreichend dargelegt wird. Dies gilt unabhängig davon, ob man diese Konstellation begrifflich als von der Hauptvollmacht eigenständige Untervollmacht einordnet.

Da die Anforderung der Vorlage der Ausgangsvollmacht im Original oder in Ausfertigung, die das OLG München in § 174 Satz 1 BGB zu sehen scheint, in der Praxis häufig nicht zu erfüllen sein wird, sei es, weil die Ausgangsvollmacht nach § 175 BGB zurückgegeben wurde oder weil sie – wie z. B. eine Generalvollmacht – anderweitig im Einsatz ist, empfehlen sich entweder die (mit Kontrollverlust einhergehende)²¹ Aushändigung weiterer Originale bzw. Ausfertigungen oder die Unterrichtung des Erklärungsgegners im Sinne des § 174 Satz 2 BGB durch den Vollmachtgeber vorab. Diese bedarf nämlich keiner bestimmten Form, was erneut die überschießenden Maßstäbe des OLG München bei notarieller Prüfung der Vertretungsberechtigung verdeutlicht. So hat doch die in notarieller Urkunde nachweisbare Feststellung des Notars weitaus mehr Aussagekraft als etwa eine (ggf. wiederholende) E-Mail.

Dabei bildet die vorliegende Konstellation keinen Einzelfall. Gleiches gilt bei zahlreichen weiteren in notariellen Urkunden erteilten Vollmachten für einen Übergangszeitraum, etwa zur Wahrnehmung der Rechte in der Wohnungseigentümergeinschaft oder der Gesellschafterrechte bei Abtretung von Geschäftsanteilen. In all diesen Fällen werden die Rechte des Erklärungsgegners bei Prüfung der Bevollmächtigung durch den Notar und Beifügen einer beglaubigten Abschrift zur Urkunde gewahrt. Es bleibt zu hoffen, dass der BGH die unnötigen Umwege erspart.

²¹ Vgl. *Aigner*, DNotZ 2020, 109.

3. Bauträgervertrag: Unwirksamkeit einer formularmäßigen Terminanpassungsklausel; Fälligkeit der Vergütung für nachträglich verlangte Sonderausstattung

KG, Urteil vom 27.6.2019, 21 U 144/18

BGB §§ 286, 307 Abs. 1 Satz 1, §§ 320, 631 Abs. 1, § 632a
MaBV § 3 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **Als von einem Bauträger gestellte allgemeine Geschäftsbedingung eines Bauträgervertrags benachteiligt die folgende Regelung den Erwerber unangemessen und ist daher unwirksam: „Der Termin für die bezugsfertige Herstellung der Wohneinheit verschiebt sich immer dann, wenn der Käufer eine Kaufpreisrate zum Fälligkeitszeitpunkt nicht gezahlt hat, und zwar um denjenigen Zeitraum, der zwischen dem Tage der Fälligkeit der Kaufpreisrate und ihrer Zahlung liegt.“**
2. **Beauftragt der Erwerber beim Bauträger nachträglich Sonderwünsche für die Ausstattung seiner Wohneinheit, die über den im Bauträgervertrag vereinbarten Standard hinausgehen und vereinbart er mit dem Bauträger hierfür eine zusätzliche Vergütung, richtet sich deren Fälligkeit im Zweifel auch nach einer vertraglichen auf § 3 Abs. 2 MaBV gestützten Regelung.**
3. **Auch wenn ein Bauträger dem Erwerber die versprochene Wohneinheit nicht zum vereinbarten Termin übergeben hat, ist er mit der Erfüllung dieser Vertragspflicht nicht in Verzug, solange er die Wohneinheit bezugsfertig hergestellt hat und sich auf die Einrede des § 320 BGB berufen kann. Dazu ist er berechtigt, solange er die Erfüllung des Vertrages mit dem Erwerber nicht abschließend verweigert hat und zugleich der Erwerber die Zug um Zug gegen Übergabe geschuldeten Zahlungen nicht geleistet oder in Annahmeverzug begründender Form angeboten hat.**
4. **Die Dauer dieser verzugsfreien Einredephasen während der Durchführung eines Bauträgervertrags ist notfalls anhand des Verlaufs der vertraglichen Leistungsbilanz chronologisch zu ermitteln.**

AUS DEN GRÜNDEN:

- 1 Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einem Bauträgervertrag wegen verspäteter Übergabe der verkauften Wohneinheit auf Schadensersatz in Anspruch.
- 2 Mit notariellem Vertrag vom 2.4.2013 (im Folgenden: Bauträgervertrag) verpflichtete sich die Beklagte, der Klägerin das Wohneigentum an der Wohnung Nr. 7 nebst einem Kellerraum auf dem Grundstück (...) zu verschaffen. In § 2a dieses Vertrages verpflichtete sich die Beklagte zur Errichtung dieser Wohnung.

3 Der Bauträgervertrag enthält unter anderem die folgenden Regelungen, wobei die Klägerin als Käufer, die Beklagte als Verkäufer bezeichnet wird:

„§ 2.2: Der Kaufpreis beläuft sich auf 165.792 €. (...)“

§ 2 a.3: Die Bezugsfertigkeit des Sondereigentums der kaufgegenständlichen Wohnung (...) muss bis zum 30.6.2014 erfolgen.

§ 2 a.3 a: (...) Schließlich verschiebt sich der Bezugsfertigkeitstermin immer dann, wenn der Käufer eine Kaufpreisrate zum Fälligkeitszeitpunkt nicht gezahlt hat, und zwar um denjenigen Zeitraum, der zwischen dem Tage der Fälligkeit der Kaufpreisrate und ihrer Zahlung liegt.

§ 2 a.3 b: Bei schuldhafter Überschreitung des zugesicherten Bezugsfertigkeitstermin der Wohnung schuldet der Verkäufer für die Folgezeit ab dem 1.7.2014 – jedoch unter Berücksichtigung von Abs. 3a – dem Käufer Schadensersatz in Höhe von monatlich 9 € pro qm, maximal jedoch 10 % des Kaufpreises, ohne dass weitergehende Schadensersatzansprüche des Käufers wegen Fristüberschreitung (auch wegen etwaiger steuerlicher Nachteile) ausgeschlossen sind. (...)“

4 Nach § 3.4 ist der Kaufpreis in sechs Raten zu zahlen, wobei die Klägerin Zug um Zug gegen Übergabe der bezugsfertigen Wohnung einen Zahlungsstand von 96,5 % schuldet und ihr ein Anspruch auf Sicherheitsleistung in Höhe von 5 % des Kaufpreises gemäß § 632a BGB zugebilligt wird (§ 3.1).

(...)

6 In einem weiteren notariellen Vertrag vom 30.9.2013 verkaufte die Beklagte der Klägerin Sondereigentum an dem Tiefgaragenstellplatz Nr. 31 auf demselben Grundstück und verpflichtete sich zu seiner Herstellung gegen eine Vergütung von 25.990 €. (...)

7 Im Zuge der Bauarbeiten stellte sich heraus, dass die Wohnung nicht wie im Vertrag vorgesehen, eine Wohnfläche von 70,70 m², sondern von 76,26 m² hat. Aus diesem Grund sowie wegen diverser Sonderwünsche der Klägerin einigten sich die Parteien nachträglich auf eine Erhöhung des Kaufpreises auf insgesamt 180.424,26 €.

8 Die Beklagte stellte die Wohnung nicht zum 30.6.2014, sondern erst zum 20.5.2016 bezugsfertig her. An diesem Tag erklärte die Klägerin die Abnahme des Sondereigentums. Sie hatte an diesem Tag auf den Bauträgervertrag über die Wohnung 129.210 € an die Beklagte gezahlt.

9 Die Beklagte übergab im Anschluss die Wohnung der Klägerin nicht, weil sie meinte, diese habe keine ausreichenden Zahlungen geleistet. Die Klägerin machte insoweit ihren Sicherheitseinbehalt und ihren Anspruch auf Schadensersatz wegen der verspäteten Fertigstellung der Wohnung geltend.

10 In der Folgezeit kam es zu folgenden Zahlungen zwischen den Parteien:

(...)

11 Am 31.1.2017 forderte die Klägerin die Beklagte unter Verweis auf den unter diesem Vorbehalt hinterlegten Betrag zur

Übergabe der Wohnung bis zum 10.2.2017 auf. Tatsächlich übergab die Beklagte der Klägerin die Wohnung erst zu einem nicht genau vorgetragenen Zeitpunkt um den Jahreswechsel 2018/19, nachdem beide Parteien in einem Parallelrechtsstreit vor dem KG am 9.11.2018 einen dahin gehenden Vergleich geschlossen hatten (7 U 138/17).

12 Mit ihrer Klage im vorliegenden Rechtsstreit macht die Klägerin den Schaden geltend, der ihr durch die nicht termingerechte Übergabe der Wohneinheit entstanden sei. Sie behauptet, bei rechtzeitiger Übergabe hätte sie die Wohnung für 12 €/qm, also 915,12 € im Monat und den Tiefgaragenstellplatz für 86 € im Monat, insgesamt 1.001,12 €, vermietet. Das Gemeinschaftseigentum sei bis zum heutigen Tag nicht fertiggestellt. Auf dieser Grundlage errechnet die Klägerin für den Zeitraum bis einschließlich August 2017 unter Berücksichtigung der Zahlung der Beklagten einen Schaden von 24.291,52 €. Die Klägerin hat vor dem LG daher in der Hauptsache beantragt, die Beklagte zur Zahlung dieses Betrages, sowie für die künftige Zeit nach August 2017 bis zur Übergabe der Wohnung von weiteren 1.001,12 € monatlich zu verurteilen.

13 Die Beklagte meint, zur Verweigerung der Übergabe der Wohnung berechtigt gewesen zu sein, da die Klägerin keine ausreichenden Zahlungen geleistet habe. Zudem habe sie das Gemeinschaftseigentum jedenfalls im Dezember 2017 abnahmereif hergestellt.

14 Das LG hat die Klage mit der Begründung abgewiesen, die Klägerin habe ihren Mietausfallschaden weder dargelegt noch unter Beweis gestellt. Alles Weitere könne dahinstehen.

15 Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit der Berufung, zu deren Begründung sie ihr erstinstanzliches Vorbringen vertieft.

(...)

19 B. Die zulässige Berufung hat teilweise Erfolg, im Übrigen ist sie unbegründet.

20 I. Der Klägerin steht der in der Hauptsache geltend gemachte Schadensersatzanspruch i. H. v. 27.845,39 € zu (§ 286 BGB), im Übrigen besteht dieser Anspruch nicht.

1. Verspätete Übergabe der Wohneinheit

21 Die Klägerin nimmt die Beklagte aus einem Bauträgervertrag wegen der verspäteten Übergabe der versprochenen Wohneinheit in Anspruch. Zur Begründung dieses Anspruchs bezieht sie sich auf den Fertigstellungstermin in § 2 a.3 des Vertrages, also den 30.6.2014. In der Berufungsbegründung trägt die Klägerin vor, der Verzug der Beklagten habe mit dem 31.10.2018 geendet. Auch wenn diese Rechtsansicht unzutreffend ist und der Verzug der Beklagten noch weiter andauerte (vgl. dazu unten Ziffer 1. d)), hat die Klägerin den streitgegenständlichen Verzugszeitraum damit auf die Zeit vom 1.7.2014 bis zum 31.10.2018 begrenzt.

22 Wegen der nicht rechtzeitigen Übergabe der Wohneinheit in diesem Zeitraum steht der Klägerin ein Anspruch auf Ersatz ihres Verzugschadens i. H. v. 24.554,16 € zu.

23 a) Übergibt ein Bauträger dem Erwerber die versprochene Wohneinheit nicht zum vertraglich bestimmten Termin, kann

ihn der Erwerber grundsätzlich aus § 286 BGB auf Ersatz des ihm hierdurch entgangenen Schadens in Anspruch nehmen.

24 Allerdings ist zu beachten, dass die Pflicht des Bauträgers zur Übergabe einer bezugsfertigen Wohneinheit zwei Teile umfasst: Die Herstellungspflicht – insoweit ist der Bauträger vorleistungspflichtig – und die Übergabepflicht, die vom Bauträger nur Zug um Zug gegen Zahlung der Bezugfertigkeitrate zu erfüllen ist (vgl. KG, Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17).

25 Daraus folgt: Von dem Zeitpunkt an, in dem der Bauträger die Wohneinheit bezugsfertig hergestellt hat und er also nur noch seine Übergabepflicht erfüllen muss, kann er sich gegenüber dem Erwerber auf die Einrede des nicht erfüllten Vertrages (§ 320 BGB) berufen, sofern deren Voraussetzungen erfüllt sind. Das ist der Fall, wenn der Erwerber dem Bauträger Zug um Zug gegen Übergabe der Wohneinheit nicht die vertraglich geschuldeten Zahlungen in Annahmeverzug begründender Form anbietet (§ 298 BGB, vgl. KG, Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17). Für die Dauer des Zeitraums, in dem der Bauträger diese Einrede berechtigt geltend machen kann (im Folgenden auch: „Einredephase“), entfällt folglich sein Verzug und zwar auch dann, wenn der Bauträger die Einrede nicht ausdrücklich geltend gemacht haben sollte; es genügt, dass sie aus objektiver Sicht berechtigt gewesen wäre (vgl. BGH, Urteil vom 24.10.2006, X ZR 124/03, Rdnr. 34; Urteil vom 23.5.2003, V ZR 190/02; Urteil vom 6.12.1991, V ZR 229/90, BGHZ 116, 244; KG, Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17, Rdnr. 50, juris). Somit kann während einer Einredephase des Bauträgers kein mit Verzug begründeter Schadensersatzanspruch des Erwerbers entstehen (vgl. KG, Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17, m. w. N.).

26 Anderes gilt nur für Zeitabschnitte nach einer unberechtigten abschließenden Erfüllungsverweigerung des Bauträgers, etwa einen unwirksamen Vertragsrücktritt, weil damit sein Recht entfällt, sich auf die Einrede des § 320 BGB zu berufen (vgl. KG, Urteil vom 7.5.2019, 21 U 139/18, das insoweit das Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17 korrigiert).

27 b) Aus diesen Überlegungen folgt, dass der Schadensersatzanspruch eines Erwerbers gegen einen Bauträger wegen der verspäteten Übergabe der versprochenen Wohnung in der folgenden Weise zu prüfen ist:

28 aa) Als Schritt 1 ist der maßgebende rechtsverbindliche Übergabetermin zu klären. Dieser Termin stellt das zeitliche Leistungssoll dar.

29 bb) Sodann ist als Schritt 2 zu klären, bis zu welchem Datum der Anspruch des Erwerbers auf Übergabe der Wohneinheit unerfüllt blieb, was längstens bis zum Tag der tatsächlichen Übergabe der Fall sein kann. Bei dem Zeitabschnitt zwischen dem zeitlichen Leistungssoll (Schritt 1) und dem Zeitpunkt des Verzugsendes (Schritt 2) handelt es sich um die Bruttodauer der Nichterfüllung.

30 cc) Sodann ist in einem Schritt 3 zu ermitteln, ob und wenn ja wie lange sich der Bauträger während der Bruttodauer der Nichterfüllung auf die Einrede des § 320 BGB berufen konnte. In diesen Phasen entfällt sein Verzug, sodass kein Schadensersatzanspruch des Erwerbers entstehen kann, was bei der Ermittlung der Anspruchshöhe zu berücksichtigen ist. Dazu ist

der Verlauf der Leistungsbilanz zwischen den Parteien des Bauträgervertrags chronologisch zu untersuchen. In Phasen mit einer für den Bauträger positiven Leistungsbilanz besteht für ihn die Einrede des § 320 BGB, sodass sein Verzug entfällt. Nur die entsprechend bereinigte Bruttodauer der Nichterfüllung ergibt die Dauer seines Verzugs.

31 c) Diese Grundsätze sind auf den vorliegenden Fall wie folgt anzuwenden:

aa) Schritt 1: Zeitliches Leistungssoll

32 Die Beklagte hatte der Klägerin die versprochene Wohneinheit spätestens am 30.6.2014 zu übergeben.

33 (1) In § 2 a.3 des Bauträgervertrags haben die Parteien die bezugsfertige Herstellung des Sondereigentums, also der Wohneinheit, bis zum 30.6.2014 vereinbart. Da es sich bei den Bestimmungen eines Bauträgervertrags im Zweifel um allgemeine Geschäftsbedingungen des Bauträgers handelt (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90), die als solche im Sinne des Erwerbers auszulegen sind (§ 305c Abs. 2 BGB), und außerdem Leistungspflichten im Zweifel zum frühestmöglichen Zeitpunkt fällig werden (§ 271 Abs. 1 BGB), gilt dieser Vertragstermin nicht nur für die Pflicht der Beklagten zur bezugsfertigen Herstellung der Wohneinheit, sondern auch für die zweite Komponente ihrer vertraglichen Hauptpflicht, die Pflicht zur Übergabe der Wohneinheit.

34 (2) Dieser Termin hat sich nicht aufgrund der Bestimmung in § 2 a.3 a des Bauträgervertrags verschoben, wonach sich der Termin für die bezugsfertige Herstellung der Wohneinheit um so viele Tage verschiebt, wie der Erwerber sich mit der Zahlung einer Kaufpreisrate in Verzug befand (im Folgenden: „Terminanpassungsklausel“). Diese Bestimmung, bei der es sich ebenfalls im Zweifel um eine allgemeine Geschäftsbedingung der Beklagten handelt (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.1992, VII ZR 204/90), ist gemäß § 306 Abs. 1 BGB unwirksam. Sie kann somit unabhängig von der Frage, ob im vorliegenden Fall ihre Voraussetzungen erfüllt waren, nicht zur Verschiebung des Übergabetermins geführt haben.

35 (a) Die Terminanpassungsklausel stellt eine entgegen den Geboten von Treu und Glauben unangemessene Benachteiligung für den Erwerber dar (§ 307 Abs. 1 Satz 1 BGB). Nach der Rechtsprechung des BGH ist diese Voraussetzung erfüllt, wenn der Verwender einer allgemeinen Geschäftsbedingung mit ihr versucht, durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen, ohne von vornherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 30.3.2017, VII ZR 170/16, Rdnr. 17; Urteil vom 16.2.2017, VII ZR 242/13, Rdnr. 22; Urteil vom 22.9.2016, III ZR 264/15, Rdnr. 25; Urteil vom 7.9.2016, IV ZR 172/15, Rdnr. 27; Urteil vom 16.6.2016, VII ZR 29/13, Rdnr. 15).

36 Ein solcher Fall liegt hier vor. Zwar verstößt der Erwerber gegen seine Vertragspflichten aus dem Bauträgervertrag, wenn er eine Kaufpreisrate bei Fälligkeit nicht an den Bauträger zahlt, denn aus § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB und § 3.6 und § 3.8 des Vertrags ergibt sich, dass er dann zugleich in Verzug gerät. Damit wird der Zahlungsverzug des Erwerbers bereits in

der Form sanktioniert, dass er dem Bauträger Verzugszinsen zu zahlen und sonstige Verzugsschäden zu ersetzen hat (§§ 280, 286, 288 Abs. 1 BGB bzw. § 3.8 des Bauträgervertrags) und der Bauträger – notfalls nach Nachfristsetzung gemäß § 323 Abs. 2 BGB und nach Maßgabe des § 323 Abs. 5 BGB – vom Vertrag zurücktreten kann (vgl. hierzu KG, Urteil vom 7.5.2019, 21 U 139/18 und Urteil vom 11.6.2019, 21 U 116/18, jeweils m. w. N.).

37 (b) Zwar kann es ein berechtigtes Interesse des Bauträgers zu einer weitergehenden Sanktionierung von Zahlungsverzug des Erwerbers geben, die hier vorliegende Regelung überschreitet den damit gesetzten Rahmen aber. Denn sie führt dazu, dass der Erwerber für jeden Tag, den er mit einer Kaufpreisrate in Verzug war, dem Bauträger einen Tag Aufschub mit der Pflicht zur Übergabe der Wohnung gewähren muss. Eine einzelne Kaufpreisrate beläuft sich aber nur auf einen verhältnismäßig geringen Anteil am Gesamtkaufpreis, so zum Beispiel die Raten d) und e) im vorliegenden Fall nur auf jeweils 10,5 % des Kaufpreises (die noch geringere Schlussrate ist an dieser Stelle ohne Belang). Die bezugsfertige Wohneinheit hingegen ist nach dem Vertrag das Äquivalent von 96,5 % des Kaufpreises. Das bedeutet: Für jeden Tag Verzug eines Erwerbers mit einer Kaufpreisrate von 10,5 %, was nach dem Vertrag einer Summe von 17.408,16 € entspricht, bedingt sich der Bauträger einen Tag Aufschub mit der Fertigstellung der bezugsfertigen Wohneinheit aus, der nach dem Vertrag ein Wert von 159.989,28 € (= 96,5 %) zukommt. Vor dem Hintergrund, dass der Erwerber für die Dauer einer verspätet gezahlten Kaufpreisrate auch Verzugszinsen zu zahlen hat, wird er durch diese zusätzliche und obendrein überproportionale Sanktionierung seines Zahlungsverzugs unangemessen benachteiligt.

38 (c) Diese Wertung wird durch die Rechtsprechung des BGH zur Pönalisierung von Zwischenfristen in Bauverträgen belegt (BGH, Urteil vom 6.12.2012, VII ZR 133/11, m. w. N.). Danach ist eine Vertragsstrafe in den AGB eines Bestellers unwirksam, wenn sie die Überschreitung einer Zwischenfrist sanktioniert, ohne zu berücksichtigen, dass die Bemessungsgrundlage wegen des geringeren Leistungsstands geringer als bei einer Vertragsstrafe auf die Endfrist sein muss und ohne durch eine Anrechnungsregelung sicherzustellen, dass ein vor einer Zwischenfrist eingetretener Verzug nicht nochmals durch die Vertragsstrafe auf die Endfrist sanktioniert wird.

39 Dieser Gedanke lässt sich auch auf die hier in Rede stehende Terminanpassungsklausel übertragen, wobei diese – anders als in der genannten Entscheidung des BGH – hier sogar gegenüber einem Verbraucher und nicht gegenüber einem Unternehmer zur Anwendung kommen soll. Er führt dazu, dass die Klausel wegen unangemessener Benachteiligung des Erwerbers unwirksam ist.

bb) Schritt 2: Verzugsende

40 Die Beklagte hat die Wohneinheit der Klägerin am 1.7.2014 unstreitig nicht übergeben. Somit befand sie sich von diesem Zeitpunkt an in Verzug. Dieser Verzug dauerte jedenfalls bis zum 31.10.2018, denn an diesem Tag hatte sie der Klägerin die Wohneinheit unstreitig noch immer nicht übergeben.

(...)

41 Die im vorliegenden Fall zu untersuchende Nichterfüllung währte somit vom 1.7.2014 bis zum 31.10.2018.

cc) Schritt 3: Leistungsbilanz

42 Aus dem Bruttoverzug sind die Phasen herauszurechnen, während derer sich der Bauträger auf die Einrede des § 320 BGB berufen konnte, gleichgültig ob er dies ausdrücklich getan hat oder nicht. Dazu ist die Leistungsbilanz zwischen den Vertragsparteien chronologisch zu untersuchen, indem die für den Leistungsstand einer jeden Partei maßgeblichen Ereignisse im Zuge der Vertragsdurchführung in zeitlicher Abfolge zu bewerten sind.

Dies geschieht wie folgt:

(1) 1.7.2014

43 An diesem Tag begann der Verzug der Beklagten, da sie der Klägerin die Wohneinheit nicht bezugsfertig übergab. Da sie sie der Klägerin auch noch nicht bezugsfertig zur Abnahme angeboten hatte, war auch die erste Komponente ihrer Übergabepflicht, die Herstellungspflicht, noch nicht erfüllt. Da die Beklagte somit noch vorleistungspflichtig war (vgl. KG, Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17), konnte sie sich noch nicht auf die Einrede des § 320 BGB berufen, da diese Norm gleichrangige Verpflichtungen beider Vertragsparteien voraussetzt. Folglich war ab dem 1.7.2014 die Leistungsbilanz zunächst negativ für die Beklagte.

(2) 21.5.2016

44 Mit Wirkung vom 21.5.2016 (analog § 187 Abs. 1 BGB) bestand eine positive Leistungsbilanz der Beklagten, da ihr Leistungsstand höher war als der Leistungs- bzw. Zahlungsstand, den die Klägerin erbracht oder in Annahmeverzug begründender Weise angeboten hatte.

Dies zeigt die folgende Tabelle 1:

(...)

Beauftragt der Erwerber beim Bauträger nachträglich Sonderwünsche für die Ausstattung seiner Wohneinheit, die über den vertraglich vereinbarten Standard hinausgehen und vereinbart er mit dem Bauträger hierfür eine zusätzliche Vergütung, richtet sich deren Fälligkeit im Zweifel auch nach der vertraglichen, auf § 3 Abs. 2 MaBV gestützten Fälligkeitsregelung (vgl. *Pause*, Bauträgerkauf und Baumodelle, 6. Aufl., 2018, Rdnr. 492; *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl., 2019, Rdnr. 957; jeweils m. w. N.).

48 Das Gleiche gilt für die hier ebenfalls vorliegende vereinbarte Vergütungsanpassung, weil die fertiggestellte Wohneinheit die vertraglich vorgesehene Wohnfläche übersteigt. Unter Berücksichtigung beider zusätzlichen Vergütungsansprüchen errechnet sich eine Gesamtvergütung der Beklagten von 180.424,26 €. Davon 96,5 % sind 174.109,41 €.

(...)

51 (aa) In der Spalte 8 ist die Summe der Zahlungen einzutragen, die der Erwerber am betreffenden Tag geleistet oder dem Bauträger in den Annahmeverzug begründender Weise angeboten hat. Letzteres genügt, weil nicht nur eine tatsächlich geleistete Zahlung, sondern auch ein solches Angebot das

Recht des Bauträgers beendet, die Übergabe der bezugsfertigen Wohnung gemäß § 320 BGB zu verweigern (KG, Urteil vom 15.5.2018, 21 U 90/17). (...)

52 (bb) In der Spalte 7 ist der Betrag in Höhe von 5 % des Kaufpreises einzutragen, den der Erwerber als Sicherheit gemäß § 632a Abs. 3 BGB a. F. bzw. § 3.1 des Bauträgervertrags einbehalten darf. Diese Sicherheit ist in Spalte 2 nicht abgezogen. Der Sicherheitseinbehalt zugunsten des Erwerbers in Spalte 7 entfällt erst dann, wenn der der Sicherungszweck des Einbehalts erreicht ist. Dieses Zweck besteht gemäß § 632a Abs. 3 BGB in der rechtzeitigen Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel. Da zum Werk nicht nur die Wohneinheit, sondern auch das Gemeinschaftseigentum gehört und dieses am 21.5.2016 unstreitig noch nicht abnahmereif hergestellt war, war die Klägerin noch zum Einbehalt berechtigt, sodass hier ein Betrag von 5 % des erhöhten Kaufpreises von 180.424,26 € einzutragen ist.

53 (cc) In Spalte 6 sind bis zum maßgeblichen Tag aufgelaufene Verzugsansprüche einzutragen. Hierbei handelt es sich insbesondere um den Verzugsanspruch des Erwerbers wegen der verspäteten Übergabe der Wohneinheit, der hier streitgegenständlich ist. Dieser Anspruch der Klägerin belief sich am 21.5.2016 auf 18.910 €. Dieser Betrag ermittelt sich wie folgt:

54 (1) Für jeden Monat nach dem verbindlichen Vertragstermin, dem 30.6.2014, den die Beklagte die versprochene Wohneinheit, nicht der Klägerin übergibt, steht dieser ein Schadensersatzanspruch i. H. v. 915 € zu, nämlich 12 €/qm.

55 Es steht fest, dass die Klägerin die Wohneinheit nach Übergabe zu einer monatlichen Miete in dieser Höhe an einen Interessenten durchgängig hätte vermieten können. (...)

58 (2) Nach der Beweisaufnahme ist der Senat außerdem davon überzeugt, dass die Klägerin die Wohnung nach Übergabe auch tatsächlich vermietet und nicht etwa selbst bezogen hätte. Sämtliche vernommene Zeugen haben diese Behauptung glaubhaft bestätigt.

59 Allerdings ist nicht davon auszugehen, dass die Klägerin die Wohnung bereits mit dem Tag nach der Übergabe hätte vermieten können. Vielmehr ist eine Zwischenphase für die Mietersuche zu berücksichtigen. (...)

61 (3) Der Schadensersatzanspruch der Klägerin für den entgangenen Mietzins ist schon nach dem Wortlaut von § 2 a.3 b des Bauträgervertrags weder auf 10 % des Kaufpreises, noch auf die Höhe der dort vereinbarten Pauschale von 9 €/qm begrenzt.

62 (4) Schließlich kann dem Vertrag auch nicht entnommen werden, dass ein Erwerber bei verspäteter Übergabe der Wohneinheit nur Schadensersatz wegen entgangener Eigennutzung, nicht aber wegen entgangener Mieterträge geltend machen könnte, sodass dahinstehen kann, ob eine solche Regelung überhaupt wirksam wäre.

(...)

(c) Leistungsbilanz

64 Der Vergleich der Spalten 4 und 5 zeigt, dass die vertragliche Leistungsbilanz am 21.5.2016 positiv für den Bauträger,

also die Beklagte, wurde. Ihr fälliger Zahlungsanspruch (Kaufpreis bis einschließlich der Bezugsfertigkeitsrate) übersteigt die Summe aus Zahlungen, angebotenen Zahlungen und Gegenrechten des Erwerbers, also der Klägerin. Somit war die Beklagte ab dem 21.5.2016 berechtigt, gegenüber dem Verlangen der Klägerin auf Übergabe der Wohneinheit die Einrede des § 320 BGB geltend zu machen, denn das Leistungsdefizit der Klägerin von rund 17.000 € ist nicht verhältnismäßig geringfügig und somit nicht unbeachtlich gemäß § 320 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu KG, Urteil vom 4.10.2017, 21 U 79/17).

(...)

(3) 21.7.2016

66 Am 21.7.2016 stellte sich die Leistungsbilanz zwischen den Parteien wie in der Tabelle 2 dar:

Tabelle 2:

(...)

Die vertragliche Leistungsbilanz ist positiv für die Beklagte, die somit weiter zur Einrede nach § 320 BGB berechtigt ist, sodass ihr Verzug weiterhin entfällt.

(4) 22.12.2016

69 Am 22.12.2016 sah die Leistungsbilanz zwischen den Parteien wie folgt aus:

Tabelle 3:

(...)

Es bleibt indes beim Leistungsbilanzdefizit der Klägerin, da der fettgedruckte Leistungsstand der Beklagten in Spalte 4 weiterhin höher ist. Der Verzug der Beklagten war deshalb bis zum 22.12.2016 weiterhin durchgängig entfallen, weshalb die drei Zahlungen der Klägerin auch in einer Tabelle zusammengefasst werden können. Aus demselben Grund war umgekehrt die Klägerin durchgängig mit der Erfüllung der jeweils noch offenen fälligen Kaufpreisforderung der Beklagten in Verzug, sodass unter Berücksichtigung der Teilzahlungen und des Zinseszinsverbots (§ 289 BGB) weitere Verzugszinsen zugunsten der Beklagten angefallen sind. Der Senat hat sie überschlägig – was wegen § 320 Abs. 2 BGB ausreicht – mit 616 € ermittelt, was in den Spalten 3 und 4 zugunsten der Beklagten zu berücksichtigen ist.

(5) 11.2.2017

71 Am 11.2.2017 änderte sich die Lage wie folgt:

(...)

72 Am 29.12.2016 hatte die Klägerin einen Betrag von weiteren 17.408,16 € zugunsten der Beklagten beim AG Tiergarten hinterlegt, mit der Anweisung, den Betrag nach Übergabe der streitgegenständlichen Wohnung der Beklagten auszuzahlen. Mit Schreiben vom 31.1.2017 wies die Klägerin die Beklagte auf diese Hinterlegung hin und forderte sie auf, ihr die Wohnung bis spätestens zum 10.2.2017 zu übergeben. Damit bot die Klägerin der Beklagten nun erstmalig eine auskömmliche (Rest-)Zahlung in einer den Annahmeverzug begründenden Weise (§ 298 BGB) an. (...) Wenn nun am 11.2.2017 aufgrund des erhöhten Leistungsstands der Klägerin die „Leistungsbi-

lanz kippt“ (d. h.: Leistungsstand der Klägerin in Spalte 5 höher als der der Beklagten in Spalte 4) hat dies zur Folge, dass sich die Beklagte fortan nicht mehr auf die Einrede aus § 320 BGB berufen kann, sodass von diesem Tag an der durch Überschreitung des Vertragstermins begründete Verzug wieder auflebte. Fortan fallen Verzugsansprüche somit nicht mehr zugunsten der Beklagten (in Spalte 3), sondern zugunsten der Klägerin (in Spalte 6) an.

(6) 22.12.2017

73 Am Leistungsbilanzdefizit der Beklagten änderte sich im weiteren Verlauf des Falls bis zum Ende des streitgegenständlichen Verzugszeitraums nichts mehr.

74 Dies gilt auch dann, wenn zugunsten der Beklagten unterstellt wird, sie habe jedenfalls am 21.12.2017 das Gemeinschaftseigentum vollständig mangelfrei hergestellt.

(...)

76 Trotz der unterstellten Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums könnte der Kaufpreisanspruch in Spalte 2 weiterhin nur in Höhe von 96,5 % aktiviert werden, weil die Schlussrate erst nach vollständiger Fertigstellung des „Vertragsgegenstands“ fällig wird, also erst nach vollständiger Beseitigung aller Mängel, auch derjenigen am Sondereigentum. Die Beklagte hat nicht vorgetragen, die Mängel beseitigt zu haben, die sich die Klägerin bei Abnahme ihrer Wohneinheit am 20.5.2016 vorbehielt.

77 Auf der Erwerberseite wäre die Klägerin nun allerdings nicht mehr zum Sicherheitseinbehalt berechtigt: Der Sicherungszweck „Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel“ (vgl. § 632a Abs. 3 BGB a. F. bzw. § 3.1 des Bauträgervertrags) wäre durch die abnahmereife Herstellung der Wohneinheit und die (unterstellte) vollständige Fertigstellung des Gemeinschaftseigentums weggefallen, der Sicherungszweck der „rechtzeitigen Herstellung“ ebenfalls, da der bis zum 22.12.2017 aufgelaufene Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen Verzugs in voller Höhe durch einen die Sicherheit übersteigenden Abzug (...) berücksichtigt wird. (...) Aufgrund des bis zum 21.12.2017 angewachsenen Schadensersatzanspruchs wegen Verzugs (...) bliebe es aber dennoch beim Leistungsbilanzdefizit der Beklagten auch über diesen Tag hinaus (...).

78 Die Tabelle 5 zeigt beispielhaft, dass der Bauträger trotz zu geringer Zahlungen des Erwerbers seine Einrede aus § 320 BGB allein wegen aufgelaufener Verzugsansprüche verlieren kann. In einer solchen Situation hält sich sein Verzug gewissermaßen selbst am Leben.

(7) 31.10.2018

79 Mit dem 31.10.2018 endet der streitgegenständliche Verzugsanspruch und somit die Prüfung des Gerichts.

80 Bis zu diesem Tag ist nur der Schadensersatzanspruch der Klägerin wegen der verspäteten Übergabe der Wohneinheit weiter um 10,3 Monate x 915 €/Monat = 9.424,50 € wie folgt angewachsen:

(...)

81 d) Damit steht der Klägerin als Schadensersatzanspruch wegen der verspäteten Übergabe der streitgegenständlichen Wohnung im Zeitraum bis zum 31.10.2018 ein Betrag von 24.554,16 € aus § 286 BGB zu. Wie dargelegt, berücksichtigt dieser Betrag sowohl die von beiden Seiten geleisteten Zahlungen als auch die vorübergehenden Phasen, in denen sich die Beklagte nicht in Verzug befand, da sie sich wegen zu geringer Zahlungen der Klägerin gegenüber dem Übergabeanspruch auf die Einrede des § 320 BGB berufen konnte.

82 Aus der Tabelle 6 zum 31.10.2018 ergibt sich zugleich, dass sich die Beklagte auch über den 31.10.2018 hinaus im Leistungsbilanzdefizit und also im Verzug befand, insoweit ist der Schadensersatzanspruch der Klägerin aber nicht streitgegenständlich.

83 2. Daneben steht der Klägerin wegen der verspäteten Übergabe des Tiefgaragenstellplatzes, den sie mit Vertrag vom 30.9.2013 kaufte, ein Schadensersatzanspruch von 3.291,22 € gegen die Beklagte zu (§§ 280, 286 BGB).

84 Dieser Anspruch ermittelt sich analog zu den Ausführungen unter Ziffer 2 wie folgt:

a) Schritt 1: Zeitliches Leistungssoll

85 Die Beklagte hatte den Stellplatz bis zum 31.12.2014 fertig herzustellen (§ 2 a.3 des Bauträgervertrags).

b) Schritt 2: Verzugsende

86 Die Beklagte übergab den Stellplatz der Klägerin am 8.3.2018. Somit endete der Verzug der Beklagten spätestens mit diesem Tag.

c) Schritt 3: Leistungsbilanz

87 Die Beklagte hat sinngemäß vorgetragen, den Stellplatz jedenfalls am 15.1.2018 fertiggestellt und mit Schreiben von diesem Tag den noch offenen Restbetrag des Kaufpreises von 12.797,28 € angefordert zu haben, den die Klägerin jedenfalls bis zum 8.3.2018 nicht bezahlte. Allerdings ist hier anders als beim Vertrag über die Wohneinheit nicht ersichtlich, wann die sonstigen Fälligkeitsvoraussetzungen gemäß § 3.6 des Bauträgervertrags über den Stellplatz vorlagen. Somit steht nicht fest, dass zugunsten der Beklagten bis zur Übergabe des Platzes die Einrede des § 320 BGB bestand und der Verzug aus diesem Grund entfiel.

88 Es ist unerheblich, dass die Beklagte mittlerweile den Rücktritt vom Bauträgervertrag über den Tiefgaragenstellplatz erklärt hat. Zwar entfällt mit einer solchen Rücktrittserklärung entweder – wenn sie wirksam ist – der Anspruch des Erwerbers oder – wenn sie unwirksam ist – die verzugshindernde Einrede des § 320 BGB (vgl. KG, Urteil vom 7.5.2019, 21 U 139/18), aber jeweils nur mit Wirkung ex nunc. Im vorliegenden Fall hat die Beklagte den Rücktritt erst mit Schreiben vom 15.8.2018, also nach Ablauf des Verzugszeitraums erklärt.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Gregor Basty**, München

Sowohl die Aussagen des KG zur Klausel über eine Terminanpassung bei Zahlungsverzug des Erwerbers als auch zur Sonderwunschvereinbarung sind für die Vertragsgestaltung von Interesse.

1. Terminanpassungsklauseln bei Zahlungsverzug

Die Terminanpassungsklausel führt nach Auffassung des Gerichts zu einer überproportionalen Sanktionierung des Zahlungsverzugs (Leitsatz 1). Denn schon der Rückstand mit Raten, die im Verhältnis zum Gesamtkaufpreis gering sind, würde nach der Klausel den zugesagten Herstellungs- bzw. Übergabetermin verlängern. Insofern sei der Bauträger jedoch bereits durch die gesetzlichen Bestimmungen zum Verzug hinreichend geschützt, er könne insbesondere Verzugszinsen und Verzugschäden ersetzt verlangen. Auf entsprechende Klauseln in Bau- und Bauträgerverträgen sollte demnach verzichtet werden. Die Übergabe kann der Bauträger jedoch davon abhängig machen (Leitsatz 3), dass der Erwerber alle zu diesem Zeitpunkt geschuldeten Zahlungen geleistet hat oder Zug um Zug gegen Übergabe leistet. Dies entspricht dem Zug-um-Zug-Prinzip (§ 320 BGB). Einschränkung gilt, dass Zahlungsrückstände nicht verhältnismäßig geringfügig sein dürfen, andernfalls wären sie unbeachtlich gemäß § 320 Abs. 2 BGB.

2. Sonderwunschvereinbarungen

Erhöht oder vermindert sich aufgrund einer (nachträglichen) Sonderwunschvereinbarung der Kaufpreis, ist das bei den vom Erwerber geschuldeten Zahlungen nach Maßgabe des § 3 Abs. 2 MaBV zu berücksichtigen. Der Bauträger darf keine Zahlungen entgegennehmen, die über die dort normierten Höchstsätze hinausgehen. Dies wäre regelmäßig dann der Fall, wenn die auf den Sonderwunsch entfallende Vergütung bereits mit der Fertigstellung des betreffenden Gewerks zu zahlen sein soll. Unproblematisch wäre hingegen die Bestimmung, dass diese Vergütung mit der letzten Rate zu zahlen ist.

Die Entscheidung setzt sich mit einer Sonderwunschvereinbarung auseinander, die eine Kaufpreiserhöhung regelt, jedoch nichts zur Fälligkeit des Erhöhungsbetrags aussagt. Dies führe zu einer Fälligkeit entsprechend der vertraglichen, dem § 3 MaBV entsprechenden Regelung. *Vogel*¹ sieht das anders: Sehe die Änderungsvereinbarung nicht die Fälligkeit nach § 3 Abs. 2 MaBV vor, „dürfte der gesamte Zahlungsplan nach § 134 BGB nichtig werden“.

Die Problematik wird man dadurch vermeiden können, dass man schon im Bauträgervertrag Folgendes regelt:

Nachträgliche Sonderwünsche erhöhen den Kaufpreis. Ein Erhöhungsbetrag ist entsprechend dem vorstehenden Ratenplan zu verteilen. Sofern Raten bereits zahlungsfällig waren, sind Erhöhungsbeträge aus Sonderwünschen anteilig mit der nächsten Rate nachzuzahlen.

¹ IBR 2019, 498.

3. Rücktritt bei Zahlungsverzug

Am Rande beleuchtet das Gericht auch Fragen des Rücktritts des Bauträgers wegen Zahlungsverzugs des Erwerbers.² Er ist für beide Vertragsteile mit Risiken verbunden.

Ist der Rücktritt wirksam, verliert der Erwerber insbesondere seinen Eigentumsverschaffungsanspruch. Zug um Zug gegen Erfüllung bestehender Rückzahlungsansprüche hat der Erwerber die für ihn eingetragene Vormerkung zur Löschung zu bringen (wobei im Falle einer – ggf. folgenden – Insolvenz des Bauträgers dem Lösungsanspruch hinsichtlich der Vormerkung keine Zurückbehaltungsrechte entgegengehalten werden können). Zudem können Schadensersatzansprüche des Bauträgers bestehen.

Für den Bauträger besteht insbesondere das Risiko, dass sich sein Rücktritt im Nachhinein als unwirksam erweist, zum Beispiel weil die Nichtzahlung durch Zurückbehaltungsrechte des Erwerbers wegen Mängeln gerechtfertigt ist (das Bewertungsrisiko trägt der Bauträger), weil nicht gezahlte Beträge unerheblich im Sinne des § 323 Abs. 5 Satz 2 BGB sind oder weil sonstige Rücktrittsvoraussetzungen wie eine Mahnung fehlen. In diesem Fall wird der Bauträger regelmäßig mit der Übergabe der verkauften Wohnung in Verzug geraten. Denn mit dem Rücktritt wird verlaublich, dass man nicht mehr von einer Verpflichtung zur Erfüllung des Vertrags ausgeht. In der Folge kann man sich ab dem Zugang der Rücktrittserklärung nicht (mehr) auf gesetzliche oder vertragliche Zurückbehaltungsrechte berufen. Nachdem die Einrede aus § 320 BGB die Funktion hat, die geschuldete Gegenleistung zu erzwingen, steht sie einer Partei, die deutlich gemacht hat, dass sie nicht am Vertrag festhalten will, nicht zu.

2 Hierzu näher KG, Urteil vom 7.5.2019, 21 U 139/18, ZfIR 2019, 624.

4. Bestimmtheit einer Reallast

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 4.6.2019, 20 W 218/18

BGB § 1105

EGBGB Art. 96

GBO § 49

LEITSÄTZE:

1. **Die Regelung zur Übernahme der Kosten der standesgemäßen und ortsüblichen Beerdigung sowie für die üblichen Gottesdienste, die Errichtung eines Grabmals und die Grabpflege als Teil der Leistungen einer Reallast im Rahmen eines Leibgedings verstößt nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz.**
2. **Obwohl § 1105 BGB als Inhalt der Reallast grundsätzlich nur wiederkehrende Leistungen zulässt, können jedenfalls im Rahmen eines Leibgedings auch einmalige Leistungen einbezogen werden, wenn sie innerhalb eines Gesamtbereichs wiederkehrender Leistungen liegen, innerlich zu einem**

Altenteil bzw. Leibgeding gehören, dieses ergänzen und nur ihrer Natur nach einmalig sind. (Leitsatz der Schriftleitung)

3. **Entscheidend für die Bestimmtheit einer Reallast ist, dass die höchstmögliche Belastung des Grundstücks für jeden Dritten erkennbar ist und dass der Umfang der Haftung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Voraussetzungen bestimmt werden kann. Dabei genügt es dann, wenn erst durch eine richterliche Entscheidung bestimmte Umstände klargestellt werden können. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist jeweils in Abt. I, lfd. Nr. X, der hier betroffenen Grundbücher als Eigentümer eingetragen. Am 8.6./12.6.2018 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter anderem seine notarielle Urkunde vom 30.4.2018, UR-Nr. XX/2018, beim Grundbuchamt eingereicht und hat verschiedene Eintragungsanträge gestellt. Ausweislich der notariellen Urkunde (...) hat der Beteiligte zu 1 den oben aufgeführten und weiteren Grundbesitz – insgesamt ein landwirtschaftliches Anwesen – an den Beteiligten zu 2, seinen Sohn, übertragen. Ausweislich § 4 des Vertrages (...) hat der Beteiligte zu 2 als Übernehmer (unter anderem) dem Beteiligten zu 1 auf dessen Lebensdauer ein unentgeltliches Leibgeding gewährt. Ausweislich § 4 Ziffer 7 beinhaltet dieses unter anderem Folgendes:

„Übernahme der Kosten der standesgemäßen und ortsüblichen Beerdigung, für die üblichen Gottesdienste, die Errichtung eines Grabmales und die Grabpflege. Zahlungen durch Sterbegeldversicherung gebühren dem Übernehmer.“

Sodann heißt es – nach einer erfolgten Berichtigung – in § 4 (unter anderem), dass die Sicherung der unter Ziffern 2 bis 7 bestellten Rechte am gesamten übergebenen Grundbesitz durch Reallast, hinsichtlich der Versorgungszahlungen gemäß Ziffer 6 (...), bewilligt und beantragt wird und zwar gemäß § 49 GBO als Leibgeding zugunsten des Beteiligten zu 1 mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Nachweis des Todes des Berechtigten genüge. Der Verfahrensbevollmächtigte hat in seinem Schreiben vom 8.6.2018 gegenüber dem Grundbuchamt unter anderem die Eintragung der Reallast als Leibgeding gemäß § 49 GBO entsprechend § 4 Ziffern 2 bis 7 nur für den Beteiligten zu 1, am gesamten übertragenen Grundbesitz und unter Anfügung eines Rangvorbehaltes für Grundpfandrechte im Rang vor der Reallast beantragt.

2 Durch Verfügung vom 5.7.2018 (...) hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt unter anderem beanstandet, dass Punkt 7 des bewilligten Leibgedings zu unbestimmt hinsichtlich der Beerdigung (standesgemäß? ortsüblich?), Gottesdienste (üblich?), Grabmal (welche Art von Grabmal?) sei. Sie hat um bestimmbare Kriterien gebeten.

3 Nach weiterem Schriftwechsel hat die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt durch die angefochtene Zwischenverfügung (...) darauf hingewiesen, dass das beantragte Leibgeding eine Bündelung von Einzelrechten sei und sich aus Dienstbarkeiten

und Reallasten zusammensetzen könne. Für die einzelnen Rechte innerhalb dieses Leibgedings seien die gesetzlichen Bestimmungen für Dienstbarkeiten und Reallasten einzeln zu prüfen. Hinsichtlich Punkt 7 des beantragten Leibgedings fehle die für Reallasten unbedingt notwendige Bestimmbarkeit. „Standesgemäß“, „ortsüblich“, „übliche“ seien keine bestimmbar formulierten. Auch die Formulierungen „Errichtung eines Grabmales und die Grabpflege“ seien nicht bestimmbar genug formuliert. Im Übrigen hat sie die Löschungserleichterungsklausel beanstandet. Sie hat um Ergänzung und Bewilligung hinsichtlich der Bestimmbarkeit und um Rücknahme der Löschungserleichterungsklausel gebeten.

4 Mit Schriftsatz vom 13.7.2018 (...) hat der hat der Verfahrensbevollmächtigte den Antrag auf Eintragung der Löschungserleichterung zurückgenommen und im Hinblick auf die Beanstandung zu Punkt 7 des Leibgedings Beschwerde eingelegt. Er rügt die Rechtsauffassung des Grundbuchamts. Zum einen würden für die Mindestvoraussetzung einer Beerdigung die gesetzlichen Bestimmungen gelten. Der Bestimmtheitsgrundsatz gemäß § 1105 BGB erfordere nicht, dass bei der Übernahme einer Verpflichtung in der Eintragungsbewilligung Umstände anzugeben seien, die für die Zumutbarkeit maßgebend sein sollen. Entscheidend sei lediglich, dass die Reallast den Wert einer Leistung verkörpere, die dem Berechtigten bei Nichtleistung des Übernehmers die Möglichkeit biete, durch Verwertung des Grundstücks den Gegenwert in Geld zu erlangen. Es genüge, dass die Höhe der Leistung bestimmbar sein.

5 Die Rechtspflegerin beim Grundbuchamt hat der Beschwerde ausweislich ihres Beschlusses vom 17.8.2018 (...) nicht abgeholfen und hat sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

6 II. Die Beschwerde ist gemäß den §§ 71, 73 GBO statthaft und auch ansonsten zulässig. Sie hat auch in der Sache Erfolg.

7 Allerdings ist die angefochtene Zwischenverfügung nicht bereits aus formellen Gründen zu beanstanden. Zwar kann es nach herrschender Auffassung und ständiger Rechtsprechung des Senats grundsätzlich nicht Inhalt einer Zwischenverfügung sein, auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts oder die Abgabe einer Bewilligung hinzuwirken, die ihrerseits erst Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung sein sollen. Sind jedoch mehrere Eintragungsanträge im Sinn des § 16 Abs. 2 GBO miteinander verbunden, so kann – anders als bei einem einzelnen, unverbundenen Antrag – im Wege der Zwischenverfügung dem jeweiligen Antragsteller anheimgegeben werden, einen dieser verbundenen Anträge zurückzunehmen oder zu ändern, um dem Eintragungsbegehren zum Erfolg zu verhelfen; auch kann mit einer Zwischenverfügung aufgegeben werden, einen Eintragungsantrag klarzustellen oder einzuschränken, um ihm einen eintragungsfähigen Inhalt zu geben (vgl. die Nachweise bei Senat, FGPrax 1998, 170 und MittBayNot 2016, 231, je zitiert nach juris). Von derart verbundenen Anträgen geht der Senat mit dem Grundbuchamt angesichts der Antragstellung im Schriftsatz des Verfahrensbevollmächtigten vom 8.6.2018 aus. Dies ist in der Regel anzunehmen, wenn ein innerer rechtlicher oder wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen Anträgen besteht, der vermu-

ten lässt, dass eine einheitliche Erledigung gewollt ist; allgemein liegt deshalb eine stillschweigende Verknüpfung von Anträgen vor bei einem Antrag auf Eigentumsumschreibung und auf Eintragung von Vorbehaltsrechten zugunsten des Veräußerers/Übergebers (vgl. die Nachweise bei BeckOK-GBO/Reetz, Stand: 1.3.2019, § 16 Rdnr. 24 ff.).

8 Die angefochtene Zwischenverfügung ist allerdings inhaltlich nicht gerechtfertigt. Dabei ist zunächst festzuhalten, dass Gegenstand des Beschwerdeverfahrens bei einer Zwischenverfügung nur die darin angenommenen Eintragungshindernisse und nicht der Eintragungsantrag selbst sind, sodass das Rechtsmittelgericht nur diese Eintragungshindernisse zu überprüfen hat (vgl. die Nachweise bei Senat, FGPrax 2018, 9, zitiert nach juris). Etwaige andere Eintragungshindernisse hat der Senat mithin nicht zu überprüfen.

9 Nachdem der Verfahrensbevollmächtigte den Antrag auf Eintragung der Löschungserleichterung zurückgenommen hat, geht es lediglich noch um die Beanstandung des Grundbuchamts, Ziffer 7 des Leibgedings fehle es an der notwendigen Bestimmbarkeit. Diese Rechtsauffassung teilt der Senat nicht, sodass die angefochtene Zwischenverfügung insoweit aufzuheben ist.

10 Festzuhalten ist zunächst, dass beim Leibgeding als Inbegriff von Rechten verschiedener Art bzw. von dinglich gesicherten Nutzungen und Leistungen zum Zwecke der persönlichen Versorgung des Berechtigten, die zu einer Einheit verbunden sind, bestimmte Leistungen auch durch Reallasten dinglich gesichert werden können. Obwohl § 1105 BGB als Inhalt der Reallast grundsätzlich nur wiederkehrende Leistungen zulässt, können jedenfalls im Rahmen eines Leibgedings auch einmalige Leistungen einbezogen werden, wenn sie innerhalb eines Gesamtbereichs wiederkehrender Leistungen liegen, innerlich zu einem Altenteil bzw. Leibgeding gehören, dieses ergänzen und nur ihrer Natur nach einmalig sind (vgl. BGH, NJW 2014, 1000; OLG München, FGPrax 2012, 250, je zitiert nach juris; MünchKomm-BGB/Mohr, 7. Aufl., § 1105 Rdnr. 53; Staudinger/Reymann, Neub. 2017, § 1105 Rdnr. 27; Böhringer, MittBayNot 1988, 103, 109; Böttcher, ZNotP 2011, 122, 129; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1329; Demharter, GBO, 31. Aufl., § 49 Rdnr. 4; Anh. zu § 44 Rdnr. 73, je m. w. N.). Dieser weitgehend auf Gewohnheitsrecht gestützte rechtliche Gesichtspunkt, der im Rahmen eines Leibgedings typischerweise für die – auch hier verfahrensgegenständliche – Verpflichtung, Beerdigungskosten zu tragen (vgl. etwa auch Art. 96 EGBGB, § 12 Abs. 4, § 17 Abs. 1 HessAGBGB), praktisch wird, ist zu Recht vom Grundbuchamt auch nicht beanstandet worden.

11 Die Leistungen im Rahmen einer Reallast müssen, anders als bei Grundpfandrechten, nicht ziffernmäßig bestimmt, sondern nur in ihrem Umfang bestimmbar sein. Dabei bedeutet der Bestimmtheitsgrundsatz nicht, dass der Umfang der tatsächlichen Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt aus der Eintragung selbst oder in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung ohne Weiteres ersichtlich sein muss. Es genügt vielmehr, wenn Art, Gegenstand und Umfang der Leistung aufgrund objektiver Umstände bestimmbar sind, die auch außerhalb des Grundbuchs liegen können, sofern sie nachprüfbar und mindestens in der Eintragungsbewilligung ange-

deutet sind. Dabei steht dem Bestimmtheitsgrundsatz nach der Rechtsprechung des BGH zur Reallast nicht einmal entgegen, dass ein Dritter die Umstände, aus denen sich die tatsächliche Belastung in einem bestimmten Zeitpunkt ergibt, nicht feststellen kann. Entscheidend ist, dass die höchstmögliche Belastung des Grundstücks für jeden Dritten erkennbar ist und dass der Umfang der Haftung in einem bestimmten Zeitpunkt aufgrund der in der Eintragungsbewilligung enthaltenen Voraussetzungen bestimmt werden kann. Dabei genügt es dann, wenn erst durch eine richterliche Entscheidung bestimmte Umstände klagestellt werden können (so BGHZ 130, 342, zitiert nach juris und m. w. N.; vgl. auch MünchKommBGB/Mohr, § 1105 Rdnr. 32; Staudinger/Reymann, § 1105 Rdnr. 28 ff.; Böttcher, ZNotP 2011, 122, 130). So finden sich denn auch etwa im Rahmen der unter Art. 96 EGBGB fallenden Leibgedings- bzw. Altenteilsverträge nach Landesrecht seit jeher entsprechende Begriffe wie „Standesgemäßheit“ und/oder „Ortsüblichkeit“ (vgl. auch Art. 96 EGBGB, § 12 Abs. 3, § 17 Abs. 1 HessAGBGB: „nach dem Maß der Lebensstellung“) zur Feststellung des Umfangs der Leistungen; es wird davon ausgegangen, dass durch deren Verwendung der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz noch gewahrt ist (vgl. die Nachweise bei Böhringer, MittBayNot 1988, 103, 109).

12 Den genannten Anforderungen wird § 4 Ziffer 7 des Leibgedings in der notariellen Urkunde des Verfahrensbevollmächtigten vom 30.4.2018 gerecht, der an dem Vorschlag von Münchener Vertragshandbuch/Spiegelberger, Bd. 6 II, 7. Aufl., Ziffer V. 4. dort § 4 Nr. 9, orientiert ist (vergleichbar formulierte Vorschläge finden sich etwa bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 934 in § 2 Nr. 2 e); Beck'sches Formularbuch Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht/Walter, 13. Aufl., IV. A. 17. unter § 2 Nr. 5; Münchener Anwaltshandbuch Agrarrecht/von Garmissen, 2. Aufl., C. § 11 6. Rdnr. 261, 262; Groll/Steiner/Ruby, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl., § 17 Rdnr. 17183, Rdnr. 17189 unter § 9 d).

13 Was die „Übernahme der Kosten der standesgemäßen und ortsüblichen Beerdigung, für die üblichen Gottesdienste“ betrifft, ist in der Rechtsprechung bereits ausgesprochen worden, dass die Eintragung einer Reallast im Rahmen eines Leibgedings für die „Kosten einer standesgemäßen Bestattung und der Gottesdienste hierzu“ nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz verstößt (so OLG München, FGPrax 2012, 250; so auch Meikel/Morvilius, GBO, 11. Aufl., Rdnr. B 566; vgl. zur „standesgemäßen Bestattung“ weiter OLG München, FamRZ 2013, 1252, zitiert nach juris). Für die hiesige Formulierung gilt nichts anderes. Begründet wird dies damit, dass der Wortlaut der „standesgemäßen“ Bestattung der vor dem 1.1.1999 geltenden gesetzlichen Regelung in § 1968 BGB entspricht. Die Streichung des Wortes „standesgemäß“ in dieser Vorschrift brachte keine inhaltliche Änderung, sodass auch heute noch gilt, dass der Verpflichtete die Kosten zu tragen hat, die an der Ausrichtung der Lebensstellung des bzw. der Verstorbenen orientiert sind, zumal außerhalb der Bewilligung liegende Umstände hier herangezogen werden können. Weitergehende Anforderungen sind auch im Hinblick nachrangig Berechtigten nicht zu stellen (so OLG München, FGPrax 2012, 250, Rdnr. 24 bei juris; vgl. zu den insoweit maßgeblichen Kriterien für die Bestimmung: Burandt/Rojahn/Joachim, Erbrecht,

3. Aufl., § 1968 BGB Rdnr. 6 ff.; BeckOGK-BGB/Grüner, Stand: 1.5.2019, § 1968 Rdnr. 40 ff.). Ob für die Regelung eines „standesgemäßen Unterhalts“ anderes gelten würde (vgl. dazu etwa die Nachweise bei Staudinger/Reymann, § 1105 Rdnr. 37), kann offenbleiben, da die sich in diesem Zusammenhang stellenden Bewertungsschwierigkeiten laufender Unterhaltsleistungen hier keine Rolle spielen. Tendenziell dürfte an die Bestimmbarkeit wiederkehrender Geldleistungen strengere Maßstäbe anzulegen sein (vgl. die Nachweise bei BeckOK-GBO/Reetz, § 49 Rdnr. 18). Auch die Kosten „für die üblichen Gottesdienste“ hält der Senat für hinreichend bestimmbar, auch wenn es hier an einer Regelung zum unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit der Beerdigung fehlt. Vergleichbare Regelungen sind denn auch in der Rechtsprechung bislang nicht konkret beanstandet worden (vgl. etwa OLG Hamm, FGPrax 2014, 238, zitiert nach juris, für „die üblichen Seelenmessen“; BayObLGZ 1998, 250 für „die üblichen Trauerfeierlichkeiten“).

14 Entsprechende Erwägungen gelten für die Übernahme der Kosten für „die Errichtung eines Grabmales und die Grabpflege“. Auch hier bedarf es aus den obigen Erwägungen heraus keiner näheren Eingrenzung. Soweit die Kosten für die Errichtung eines Grabmals betroffen sind, die gemeinhin zu den Beerdigungskosten im Sinne des § 1968 BGB zählen, kann auf die obigen Ausführungen Bezug genommen werden (vgl. hierzu etwa die vielfältigen Rechtsprechungsnachweise bei Staudinger/Dutta, Neub. 2016, § 1968 Rdnr. 5, unter anderem unter Hinweis auf die gesetzliche Regelung in § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG). Auch im Übrigen finden sich derartige Vereinbarungen im Rahmen eines Leibgedings bzw. Altenteils und deren dingliche Sicherung durch eine Reallast in einer Vielzahl gerichtlicher Entscheidungen, ohne dass sie aus dem Gesichtspunkt der Bestimmbarkeit heraus beanstandet worden wären (vgl. etwa BayObLGZ 1998, 250; 1997, 121; BayObLG, Rpfleger 1988, 98; Rpfleger 1983, 308; OLG Hamm, OLGZ 1988, 181; FGPrax 2014, 238; OLG Sachsen-Anhalt, Rpfleger 2014, 310; LG Coburg, Rpfleger 1983, 145; vgl. zur Grabpflege auch Meikel/Morvilius, GBO, Rdnr. B 566; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 49 Rdnr. 9; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1344; BeckOK-GBO/Reetz, § 49 Rdnr. 15; Staudinger/Albrecht, Neub. 2018, Art. 96 EGBGB Rdnr. 16, 21, 27; Böhringer, MittBayNot 1988, 103, 106).

15 Ist die Beschwerde mithin im Ergebnis erfolgreich, bedarf es weder einer Kostenentscheidung noch Ausführungen zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Zustimmungsvorbehalt für Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht

BGH, Beschluss vom 6.12.2018, V ZB 94/16 (Vorinstanz: OLG München, Beschluss vom 29.6.2016, 34 Wx 27/16)

BGB §§ 90, 873, 1030, 1039, 1069 Abs. 1, § 1274 Abs. 1 Satz 1

WEG §§ 12, 31 Abs. 3, § 33 Abs. 4 Nr. 1, § 35 Satz 1, § 42 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Zu den nach § 1069 Abs. 1 BGB auf die Bestellung eines Nießbrauchs an einem übertragbaren Recht anwendbaren Vorschriften gehören nur die Vorschriften, die allgemein für die Übertragung des mit dem Nießbrauch zu belastenden Rechts gelten. Ob besondere Ausgestaltungen für die Übertragung des Rechts auch für die Bestellung eines Nießbrauchs gelten, bestimmt sich nach den Vorschriften, die diese Ausgestaltungen zulassen.
2. Bei dem Dauerwohn- und dem Dauernutzungsrecht kann der Zustimmungsvorbehalt nach § 42 Abs. 1, § 35 Satz 1 WEG nur für die Übertragung des Rechts, nicht dagegen für die Belastung mit beschränkten dinglichen Rechten vereinbart werden. Ein Zustimmungsvorbehalt für die Bestellung dinglicher Rechte am Dauernutzungsrecht, die – wie der Nießbrauch – zum Gebrauch und zur Nutzung des zu belastenden Rechts berechtigen, kann aber gemäß § 33 Abs. 4 Nr. 1 WEG als Inhalt des Rechts vereinbart werden.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 673.

6. Keine Voreintragung der Erben bei Eintragung einer Grundschuld zur Finanzierung des Kaufpreises

OLG Celle, Beschluss vom 15.8.2019, 18 W 33/19

BGB § 167 Abs. 2, § 311b Abs. 1

GBO §§ 20, 29 Abs. 1, §§ 35, 39, 40

LEITSÄTZE:

1. **Verkaufen die Erben ein Grundstück mittels transmortaler Vollmacht, so ist bei der späteren Bestellung einer Grundschuld aufgrund der im Kaufvertrag vorgesehenen Belastungsvollmacht keine Voreintragung der Erben erforderlich.**
2. **Eine widerrufliche General- und Vorsorgevollmacht ist auch dann nicht gemäß § 311b Abs. 1 BGB beurkundungsbedürftig, wenn sie u. a. zur Veräußerung von Grundbesitz ermächtigt.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte verlangt die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nebst Rangvorbehalt sowie einer Grundschuld unter Verweis auf eine transmortale Vorsorgevollmacht.

2 Der am 22.4.2018 verstorbene Vater des Beteiligten erteilte diesem am 14.3.2017 mit notariell beglaubigter Unterschrift eine transmortale Vorsorgevollmacht zur Vertretung in allen persönlichen und vermögensrechtlichen Angelegenheiten. Sie sollte in ihrem Umfang unbeschränkt gelten, als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen und daher bei Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlöschen. Zudem sollte sie ausdrücklich als Generalvollmacht über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gelten. Der Vollmachtsumfang umfasst in Vermögensangelegenheiten ausdrücklich den Erwerb und die Veräußerung von Grundbesitz. Gemäß § 4 des Vertrags ist die Vollmacht jederzeit widerruflich und der Bevollmächtigte von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit.

3 Nach Vortrag des Beteiligten sind Erben nach dem Erblasser er und seine drei Geschwister.

4 Mit notariellem Vertrag vom 15.4.2019 (...) veräußerte er den gegenständlichen Grundbesitz (...) sowie den gegenständlichen 37/2000 Miteigentumsanteil an den im Grundbuch, Gemarkung F eingetragenen Flurstücken und verbunden mit dem Sondereigentum an sich, handelnd als Erwerber und unter Bezugnahme auf die vorstehende Vollmacht als Veräußerer für die Erben des Vollmachtgebers. Zugleich trafen die vor dem Notar erschienenen Erben in dem Vertrag eine Auseinandersetzungsvereinbarung über den Nachlass. Als Eigentümer für den vorstehenden Grundbesitz eingetragen ist der Erblasser.

5 Mit Zwischenverfügung vom 2.5.2019 beanstandete die Rechtspflegerin die beantragte Grundbucheintragung. Die Vollmacht für den Beteiligten bedürfe der Form der notariellen Beurkundung, da die Vollmacht aufgrund ihrer Weite und ohne jeden Bezug auf ein Grundgeschäft eine Vorwegnahme der tatsächlichen Bindung, vorliegend der Grundstücksveräuße-

rung darstelle. Es bedürfe daher der Genehmigung der Erben und eines Nachweises der Erbfolge in der Form des § 29 GBO.

6 Dagegen wendet sich der Beteiligte, vertreten durch den Notar, mit der Beschwerde vom 7.5.2019. Die umfassende Vollmacht sei widerrufen gewesen und enthalte keine Absicht der Veräußerung des gegenständlichen Grundbesitzes. Vielmehr sei die weite Fassung gerade Intention der Vorsorgevollmacht. Mit Beschluss vom 17.6.2019 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen. Auch wenn die Vollmacht widerrufen gewesen sei, hätte diese der Form des Übertragungsgeschäftes bedurft. Es solle die bindende Wirkung eines Grundstücksübertragungsvertrages vorweggenommen werden; dafür spreche auch die Geltung der Vollmacht bei Geschäftsunfähigkeit.

7 II. 1. Die nach § 71 Abs. 1 GBO i. V. m. § 11 Abs. 1, § 3 Nr. 1 lit. h RPfLG statthafte Beschwerde gegen die Zwischenverfügung der Rechtspflegerin ist gemäß § 73 Abs. 1, 2 GBO zulässig und begründet.

8 a) Bei der Vollmacht, deren Wirksamkeit und Umfang vom Grundbuchamt zu prüfen ist, handelt es sich um eine transmortale Vollmacht, auf deren Grundlage der Beteiligte mit Geltung über den Tod hinaus Verfügungen über das Vermögen des Erblassers treffen konnte. Der notarielle Vertrag lag innerhalb der ihm eingeräumten Vertretungsmacht mit der Befugnis, über das zum Nachlass gehörende Vermögen in Vertretung der Erben zu verfügen, ohne dass er die Erben, für die er handelt, namhaft machen müsste (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZEV 2017, 719).

9 aa) Im Grundbuchverfahren muss in dieser Konstellation grundsätzlich kein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO geführt werden, weil der bzw. die Erben durch eine trans- oder postmortale Vollmacht des Erblassers gebunden sind, solange die Vollmacht nicht widerrufen wird (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19 Rdnr. 81.1, m. w. N.).

10 Das Grundbuchamt hat nach § 20 GBO die Wirksamkeit der erklärten Auflassung und damit die materielle Befugnis desjenigen zu prüfen, der über das eingetragene Eigentum verfügt. Der Beteiligte hat seine Erklärung in Vollmacht für die Erben des im Grundbuch als Eigentümer eingetragenen Erblassers abgegeben. Eine Vollmacht kann nach anerkannter Auffassung auch in der Weise erteilt werden, dass sie vom Bevollmächtigten nach dem Tode des Vollmachtgebers ausgeübt werden kann. Diese Befugnis ist hier durch die Vollmacht ausdrücklich erteilt worden. Macht der Bevollmächtigte von der Vollmacht nach dem Tode des Vollmachtgebers Gebrauch, so treten die Wirkungen seiner rechtsgeschäftlichen Erklärung in der Person des bzw. der Erben ein. Es handelt sich nicht etwa um eine rechtsgeschäftliche Vertretung des Verstorbenen. Gleichwohl ist für den Vollzug der Eintragung im Grundbuch im Allgemeinen ein Erbnachweis in der Form des § 35 GBO nicht zu führen, weil der bzw. die Erben durch die postmortale Vollmacht des Erblassers gebunden sind, solange diese Vollmacht nicht widerrufen wird (so ebenfalls OLG Hamm, Beschluss vom 10.1.2013, 15 W 79/12, ZEV 2013, 341).

11 bb) Die vom Grundbuchamt geäußerten Bedenken, dass die notariell beglaubigte Vollmacht der Form des § 311b BGB, mithin der notariellen Beurkundung, bedurft hätte, sind unbegründet. Die Vollmacht zum Abschluss eines formpflichtigen Rechtsgeschäftes ist nach § 167 Abs. 2 BGB grundsätzlich formfrei. In der Praxis werden aber Vollmacht und Genehmigung – wie hier – zur Wahrung von § 29 Abs. 1 GBO zumindest beglaubigt, um den weiteren Vollzug des Vertrags zu ermöglichen.

12 Ist die Vollmacht allerdings bereits Bestandteil eines formbedürftigen Grundstücksverkehrsgeschäftes, ist sie auch beurkundungspflichtig. Die Notwendigkeit, auch die Vollmacht notariell zu beurkunden, wird für die Fälle diskutiert, in denen sich aus der Vollmacht selbst schon eine Bindung wie aus dem Vertretergeschäft ergibt, insbesondere bei der unwiderruflich erteilten Vollmacht, bei der Vereinbarung von Vertragsstrafen für den Widerruf oder wenn die Umstände einen Widerruf faktisch unmöglich machen. Beurkundungsbedürftig ist in erster Linie das Grundverhältnis, wenn sich aus ihm – nach Auslegung und unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der beiderseitigen Interessenslage – eine Bindung an eine Erwerbs- oder Veräußerungsverpflichtung ergibt, wobei sich diese Verpflichtung bereits aus der dann ebenfalls formbedürftigen Vollmacht, mithin der Abhängigkeit des Grundgeschäftes von dieser ergeben kann (*BeckOGK-BGB/Schreindorfer*, § 311b Rdnr. 132). Es kommt deshalb darauf an, ob zwar die Vollmacht rechtlich widerrufen werden kann, tatsächlich aber mit der Bevollmächtigung schon die gleiche Bindungswirkung eintreten sollte und nach der Vorstellung des Vollmachtgebers auch eingetreten ist, wie durch Abschluss des formbedürftigen Hauptvertrages, die Vollmacht also den damit in Wahrheit bereits gewollten Grundstücksübertragungsvertrag nur verdeckt. Dies folgt nicht allein aus einer Befreiung des Bevollmächtigten von der Beschränkung des § 181 BGB, weil damit lediglich seine Vertretungsmacht erweitert wird, ohne dass der Vollmachtgeber stärker an die Vollmacht gebunden ist. Ferner rechtfertigen Zweckmäßigkeitserwägungen allein, etwa um einem schon kranken Erblasser weitere Mühen zu ersparen, keinen zwingenden Schluss auf eine gewollte Bindungswirkung der Vollmacht (vgl. BGH, Urteil vom 23.2.1979, V ZR 171/77, juris Rdnr. 11-13).

13 Diese enge Bindung trotz Widerruflichkeit der Vollmacht ist – anders als das Grundbuchamt meint – bei der vorliegenden Vorsorgevollmacht nicht gegeben. Sie ist ausdrücklich als unwiderruflich erteilt worden. Auch lässt sie in ihrer Allgemeinheit gerade keine konkrete Bindung an ein bestimmtes, insbesondere das vorliegende Grundstücksgeschäft erkennen, wovon an sich auch das Grundbuchamt, allerdings mit anderer Schlussfolgerung ausgeht. Die faktische Bindung kann auch nicht aus dem Umstand geschlossen werden, dass die Vorsorgevollmacht – wie typischerweise – im Falle der Geschäftsunfähigkeit und auch transmortale, d. h. über den Tod hinaus, gelten soll. Die Vorsorgevollmacht sollte in ihrem Umfang unbeschränkt gelten und insbesondere als Betreuungsvollmacht zur Vermeidung der Anordnung einer Betreuung dienen und daher bei Eintritt einer Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht erlöschen. Der Vollmachtsumfang war dabei generell und weit gefasst, in dem sämtliche Vermögensangelegen-

heiten und persönlichen Angelegenheiten erfasst sein sollten, die zudem exemplarisch aufgeführt wurden. Sie war bis dahin jederzeit widerruflich. Dies und nicht ein Grundstücksgeschäft ist bei der Vollmachtserteilung zwischen den Parteien ersichtlich tragend gewesen, zumal zwischen der Erteilung und dem Versterben des Vollmachtgebers und dem Grundstücksgeschäft jeweils ein Jahr liegt. Eine ausnahmsweise erforderliche Formbedürftigkeit der Vollmacht durch notarielle Beurkundung bestand demnach in der Gesamtschau der Umstände nicht. Die grundbuchrechtliche Form des § 29 GBO ist indes durch die notarielle Beglaubigung erfüllt.

14 b) Die Vollmacht ist nicht deshalb durch Konfusion erloschen, weil hier Bevollmächtigter und Miterbe in einer Person zusammenfallen und eine Vertretung durch dieselbe Person nicht in Betracht kommt (dazu nachstehend aa); die beantragte Eintragung der Grundschuld gemäß § 40 GBO bedurfte auch keiner Zwischeneintragung der Erben (dazu bb)).

15 aa) Soweit vertreten wird, dass die transmortale Vollmacht erlischt, wenn der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers ist, mangelt es vorliegend bereits an einer Stellung des Beteiligten als Alleinerbe. Begründet wird das Erlöschen der Vollmacht bei Alleinerbschaft mit einer bestehenden Konfusion, weil § 164 BGB eine Personenverschiedenheit zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen voraussetze. Mit dem Erbfall sei der Nachlass mit dem Eigenvermögen des Erben zu einer rechtlichen Einheit verschmolzen, sodass die Annahme des Fortbestehens der Vollmacht für den Alleinerben auf eine Fiktion hinauslaufe, für die es im Gesetz keine Grundlage gebe und für deren Einführung auch kein zwingendes Bedürfnis bestehe. Ein solches lasse sich insbesondere nicht aus Verkehrsschutzgesichtspunkten ableiten. Die materielle Wirksamkeit der Erklärung des Vertreters werde von Zweifeln bei der Erbenstellung nicht berührt. Denn seine Erklärung sei aufgrund der postmortalen Vollmacht wirksam, wenn er nicht als Erbe oder lediglich als Miterbe berufen sei. Sei er (anders als hier) hingegen Alleinerbe, handele es sich um ein eigenes Rechtsgeschäft, das ohne Weiteres wirksam ist (OLG Hamm, a. a. O.). Da der Beteiligte aber lediglich Miterbe und nicht Alleinerbe ist, bedarf es keiner Entscheidung, ob die Alleinerbschaft zum Erlöschen führt oder auch in diesem Fall ein Fortbestand aus Gründen des Verkehrsschutzes geboten ist (vgl. zum Meinungsstand OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, juris Rdnr. 27, m. w. N. sowie OLG Hamm, a. a. O.).

16 Bei Miterbschaft sind Nachlass und das übrige Vermögen eines der Miterben jedenfalls nicht zu einer Einheit verschmolzen. Wenn der Bevollmächtigte Miterbe ist, handelt er damit nicht allein für sich selbst, sondern für die Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit. Die betroffenen Rechte des verstorbenen Vollmachtgebers sollen von allen Mitgliedern der Gesamthandsgemeinschaft rechtsgeschäftlich auf eines ihrer Mitglieder übertragen werden. Jedenfalls dann rechtfertigen die Bedürfnisse des Rechtsverkehrs und der Wille des Erblassers einen Fortbestand der Vollmacht. Anders als bei einer Verfügung durch einen Alleinerben besteht bei Erklärungen eines Vertreters für die Erbengemeinschaft schließlich nicht die Gefahr, dass dieser die transmortale Vollmacht nur scheinbar nutzt, um die mit der Erteilung eines Erbscheins ver-

bundenen Kosten zu vermeiden. Bei einer Verfügung durch den Bevollmächtigten einer Erbengemeinschaft besteht diese Gefahr von vornherein nicht, weil selbst die Übertragung auf alle Miterben in Bruchteilseigentum durch rechtsgeschäftliche Übereignung erfolgen muss und keine verkappte Grundbuchberichtigung stattfinden würde (OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, ZEV 2015, 225).

17 bb) Vorsorglich weist der Senat darauf hin, dass es keiner Voreintragung der Erben des noch als Eigentümer eingetragenen Erblassers gemäß § 39 GBO bedarf. Dies gilt auch im Hinblick auf die einzutragende Grundschuld.

18 Nach der Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO ist der Erbe unter bestimmten Voraussetzungen vom Zwang der Voreintragung befreit, um ihm die Kosten einer Eintragung zu ersparen, die bei der Übertragung oder Aufhebung des Rechts sogleich wieder zu löschen wäre. Nach ganz allgemeiner Auffassung ist der Übertragung eines Rechts hierbei dessen Sicherung durch die Eintragung einer Auflassungsvormerkung gleichzustellen, sodass deren Eintragung nicht der Voreintragung des Erben bedarf (*Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 17).

19 Die Frage, ob bei einzutragenden Finanzierungsgrundpfandrechten die Voreintragung des Erben erforderlich ist, ist hingegen umstritten. Nach früher einhellig vertretener Auffassung ist die Voreintragung der Erben des noch als Eigentümer eingetragenen Erblassers nach dem Grundsatz des § 39 Abs. 1 GBO erforderlich, weil die Ausnahmeregelung des § 40 Abs. 1 GBO für Finanzierungsgrundpfandrechte nicht eingreife. Argumentiert wird diesbezüglich vorrangig mit dem Wortlaut der Ausnahmenvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO, weil es sich bei der begehrten Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld nicht um die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts handle. Die Vorschrift des § 40 Abs. 1 GBO solle dem Berechtigten seine Voreintragung nur deshalb ersparen, weil er sogleich wieder aufhören werde, Berechtigter zu sein. Insofern sei die Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO zwar möglich, wenn der nicht eingetragene Erbe mit der Übertragung des Rechts eine Belastung oder Inhaltsänderung verbunden habe. Dies sei jedoch auf Fälle zu beschränken, in denen der Erbe sofort mit der Belastung aus dem Grundbuch verschwinde (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZEV 2017, 719 unter Verweis auf KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, FGPrax 2011, 270 m. w. N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 142; *Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 17; *Volmer*, § 40 Rdnr. 16; *Bauer/von Oefele*, GBO, § 40 Rdnr. 19).

20 Ebenso wie das OLG Frankfurt a. M. in der vorstehenden Entscheidung und daran anschließend das OLG Köln (Beschluss vom 16.3.2018, 2 Wx 123/18, FGPrax 2018, 106) sowie das OLG Stuttgart (Beschluss vom 17.10.2018, 8 W 311/18, DNotZ 2019, 411, juris) sieht der Senat, jedenfalls bei der vorliegenden Fallgestaltung, keine Hinderungsgründe, § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO entsprechend anzuwenden. Wie dort: Auch wenn die Eintragungsbewilligung nicht vom Erblasser herrührt, so ist sie doch durch die Erklärung des transmortal bevollmächtigten Beteiligten für die Erben bindend geworden. Das Handeln des transmortal Bevollmächtigten ist rechtskonstruktiv vergleichbar mit dem Handeln eines

Nachlasspflegers, für welches die Ausnahme vom Voreintragungsgrundsatz nach § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO ausdrücklich gilt. Hinzu kommt, dass auch bei der vorliegenden Fallgestaltung der Gesetzeszweck der Ausnahmevorschrift des § 40 GBO zutrifft: Diese zielt auf die Vermeidung der Eintragung des Erben, wenn dieser durch Übertragung des ererbten Rechts ohnehin alsbald wieder aus dem Grundbuch ausscheidet, um den Beteiligten die Kosten einer unnötigen Eintragung zu ersparen (BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 219/09, ZEV 2011, 38; Senat, Beschluss vom 6.2.2014, 20 W 23/14, n. v.). Schließlich erscheint von diesem Gesetzeszweck her eine Differenzierung zwischen der Eintragung der Auflassungsvormerkung, bei der wie erläutert nach allgemeiner Meinung keine Voreintragung der Erben erforderlich sein soll, und der Eintragung von Finanzierungsbelastungen (wie der hier beantragten Eintragung einer Grundschuld), bei der die Voreintragung der Erben für zwingend erachtet wird, nicht gerechtfertigt. Denn auch in der Konstellation, in der neben der Auflassungsvormerkung eine Finanzierungsgrundschuld eingetragen wird, steht von vornherein fest, dass eine Eintragung im Grundbuch auf den Käufer innerhalb verhältnismäßig kurzer Zeit nachfolgen wird. Die Finanzierungsgrundschuld ist ohne Weiteres identifizierbar, weil sie entweder bei Abschluss des Erwerbsvorgangs von dem Erben bzw. dem vom Erblasser Bevollmächtigten und dem Käufer gemeinsam oder binnen kurzer Zeit nach Abschluss des Kaufvertrags vom Käufer aufgrund einer im Kaufvertrag erteilten Finanzierungsvollmacht bestellt wird (OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, ZEV 2017, 719 unter Verweis auf dortige Entscheidung vom 6.2.2014, 20 W 23/14; *Milzer*, DNotZ 2009, 325; *Böttcher*, § 40 Rdnr. 28).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Peter Becker**, Schwäbisch Gmünd

1. Einleitung und Rechtsfragen

„Alteri stipulari nemo potest“ war ein Grundsatz des römischen Rechts, der die Rechtsfiguren der direkten Stellvertretung und des Vertrags zugunsten Dritter ausschloss.¹ Dies ist aus heutiger Sicht kaum (mehr) nachvollziehbar. Vielmehr wird das Institut der Vollmacht in seiner Erscheinungsform der (General- und Vorsorge-)Vollmacht zusehends als Allheilmittel, auch in der Nachlassabwicklung, bedeutsam. Dies zeigt vor allem ein Blick auf die Rechtsprechung der OLG der letzten beiden Jahre, in der Rechtsfragen der transmortalen Vollmacht, insbesondere im Zusammenhang mit dem grundbuchrechtlichen Voreintragungsgrundsatz (§§ 39 f. GBO), immer häufiger eine Rolle gespielt haben.² Nunmehr hat das OLG Celle durch vorstehenden Beschluss vom 16.8.2019 zu drei Rechtsfragen aus diesem Themenbereich entschieden:

- a) zur Formbedürftigkeit der widerrufflichen General- und Vorsorgevollmacht nach § 311b Abs. 1 BGB,
- b) zum Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion, wenn Bevollmächtigter und Miterbe in einer Person zusammenfallen sowie
- c) zur Notwendigkeit der Voreintragung der Erben bei Veräußerung aufgrund transmortaler Vollmacht hinsichtlich Auflassungsvormerkung und Finanzierungsgrundschuld.

2. Zu den einzelnen Rechtsfragen

- a) Zur Frage der Formbedürftigkeit der widerrufflichen General- und Vorsorgevollmacht verneint der Senat zunächst zu Recht die Formbedürftigkeit der Vollmacht nach § 311b Abs. 1 BGB. Dazu nimmt das Gericht eine Gesamtschau der Umstände vor. Ausgehend von § 167 Abs. 2 BGB stellt der Senat die Fallgruppen dar, in denen von einer ausnahmsweise formbedürftigen Vollmacht auszugehen sei, etwa dann, wenn die Vollmacht selbst Teil eines formbedürftigen Grundstücksgeschäfts ist oder sich aus der Vollmacht schon eine Bindung wie aus dem Vertretergeschäft ergibt (zum Beispiel unwiderruffliche Vollmacht oder faktisch unwiderruffliche Vollmacht). Das OLG fragt danach, ob die Vollmacht den in Wahrheit bereits gewollten Grundstückskaufvertrag nur „verdeckt“?

Eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB begründe dabei jedoch noch keine stärkere Bindung. Auch aus der Geltung über den Tod oder den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers hinaus könne auf keine faktische Bindung geschlossen werden. Sei die Voll-

1 Freilich wurde auch dieser Grundsatz – etwa durch die adjektivischen Klagen – durchbrochen. Zur Entwicklung: *Müller*, Die Entwicklung der direkten Stellvertretung und des Vertrags zugunsten Dritter, Beiträge zur neueren Privatrechtsgeschichte, Bd. 3, 1969.

2 Vgl. etwa die Beschlüsse des OLG Stuttgart vom 17.10.2018, 8 W 311/18, MittBayNot 2019, 343 mit Anm. *Böttcher* und vom 2.11.2018, 8 W 312/18, MittBayNot 2019, 578 mit Anm. *Becker*.

macht generell und weit gefasst sowie jederzeit widerruflich, lasse sich regelmäßig keine Formbedürftigkeit der Vollmacht nach § 311b Abs. 1 BGB begründen.

Dem ist zuzustimmen, wenn auch die notarielle Beurkundung der Vollmacht nach § 492 Abs. 4 Satz 2 BGB stets anzuraten ist, damit sie sich ohne weitere Angaben auf Verbraucherdarlehensverträge erstreckt. Abweichend von § 492 Abs. 4 Satz 1 BGB muss eine solche Vollmacht die nach Maßgabe von § 492 Abs. 2 BGB vorgeschriebenen Angaben nach Art. 247 §§ 6 bis 13 EGBGB nicht enthalten. Dies wird in der Literatur zwar teils kritisiert,³ ist jedoch geltende Gesetzeslage und legt die notarielle Beurkundung der Vollmacht nach §§ 6 ff. BeurkG nahe. Da es auf die Bindung des Vollmachtgebers ankommt, kann die Beurkundungsbedürftigkeit der Vollmacht auch nicht aus der eventuell später eintretenden (faktischen) Bindung etwaiger (Nach-)Erben⁴ an die Vollmacht abgeleitet werden. Es bleibt daher beim Formgebot des § 29 GBO.

b) Zum Erlöschen der Vollmacht durch Konfusion gibt das OLG zunächst die vorherrschende Unterscheidung zwischen Miterben-Vollmachtnehmer und Alleinerben-Vollmachtnehmer wieder. Da der Beteiligte im vorstehenden Fall lediglich Miterbe und nicht Alleinerbe war, konnte der Senat die umstrittene Frage des Erlöschens der Vollmacht bei Alleinerbfolge offen lassen und darauf verweisen, dass der Bevollmächtigte in dieser Konstellation zugleich im eigenen und fremden Namen für die übrigen Miterben handle. Die Gefahr einer „verkappten Grundbuchberichtigung“ (d. h. Übertragung „von sich selbst⁵ auf sich selbst“) bestehe hier nicht.

Als erstes OLG der letzten Jahre hatte sich – soweit ersichtlich – das OLG Schleswig mit der Frage des Erlöschens der transmortalen Vollmacht bei Handeln eines bevollmächtigten Miterben auseinanderzusetzen.⁶ Das Grundbuchamt hatte hier Bedenken geäußert, weil sich der Bevollmächtigte insoweit nicht vertreten könne, als er selbst Miterbe sei. Dieser dogmatischen Betrachtung widersprach der Senat. Die wesentlichen Argumente sind meines Erachtens auch heute noch zutreffend. Erstens kommt es zu keiner Verschmelzung des Eigenvermögens des Miterben mit dem Nachlass. Zweitens führt die gesamthänderische Verbundenheit der Erbengemeinschaft nach §§ 2032 ff. BGB vielmehr zu einer – nicht rechtsfähigen – Personenmehrheit⁷ in Form einer Gesamthand, deren Vermögen (Sondervermögen) streng vom Eigenvermögen der Miterben zu unterscheiden ist. Drittens darf die dogmatische Einordnung der Rechtsfrage keinen Selbstzweck erfüllen.

c) Zur Notwendigkeit der Voreintragung der Erben (§ 39 GBO) bei Veräußerung und Bestellung einer Finanzierungsgrundschuld schließt sich das OLG der im Vordringen befindlichen Auffassung der OLG Stuttgart (siehe oben) und Frankfurt a. M.⁸ – entgegen dem KG⁹ – an. Aufgrund der rechtskonstruktiven Vergleichbarkeit des Handelns von Nachlasspfleger und transmortal Bevollmächtigtem, des Gesetzeszwecks und der verhältnismäßig kurzen Zeit, innerhalb der der Erwerber als neuer Eigentümer im Grundbuch eingetragen werde, sei eine analoge Anwendung von § 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO gerechtfertigt. Dass dieser kostengünstige Weg nicht immer der richtige ist, sondern auch Risiken und Gefahren für den Erwerber birgt, wurde bereits an anderer Stelle erläutert.¹⁰

Vergleicht man Nachlasspflegschaft und transmortale Vollmacht, so werden zahlreiche Parallelen erkennbar (siehe unten). Deshalb findet diese Argumentation der Rechtsprechung auch Zuspruch in weiten Teilen der Literatur, ermöglicht sie doch kostensparend (d. h. ohne Erbschein und Voreintragung), Rechtsgeschäfte mit „unbekannten“ Erben abzuwickeln. Wer diese grundbuchverfahrensrechtliche Vergleichbarkeit bejaht, muss dann konsequenterweise aber auch jedenfalls die § 1960 Abs. 3 BGB, § 780 Abs. 2 ZPO entsprechend auf das Handeln des transmortal Bevollmächtigten anwenden. Findet § 1958 BGB auf den transmortal Bevollmächtigten keine Anwendung, so kann gegen diesen als Vertreter der unbekannteren Erben bereits vor Annahme der Erbschaft Klage, zum Beispiel wegen Mängelansprüchen, erhoben werden. Die Anforderungen an die Parteibezeichnung im Zivilprozess gemäß § 253 Abs. 2 Nr. 1 ZPO sollten entsprechend reduziert werden. Da auch der transmortal Bevollmächtigte allein aufgrund dieser Vollmacht keine Eigenhaftung des bzw. der unbekannteren Erben begründen kann, ist auch hier der Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung im Urteil entbehrlich gemäß § 780 Abs. 2 ZPO analog.

8 OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 27.6.2017, 20 W 179/17, MittBayNot 2018, 247 mit Anm. *Milzer* = ZNotP 2018, 225 ff. mit Anm. *Becker*.

9 KG, Beschluss vom 2.8.2011, 1 W 243/11, FGPrax 2011, 270 = BeckRS 2011, 20271.

10 Zum Beispiel *Becker*, MittBayNot 2019, 315.

3 Zum Beispiel MünchKomm-BGB/*Schürnbrand/Weber*, 8. Aufl. 2019, § 492 Rdnr. 57 f.

4 OLG Stuttgart, Beschluss vom 29.5.2019, 8 W 160/19, BWNotZ 2019, 232 = ZEV 2019, 530 mit. Anm. *Muscheler*.

5 D. h. als Alleinerbe.

6 OLG Schleswig, Beschluss vom 15.7.2014, 2 W 48/14, MittBayNot 2015, 132 und *Amann*, MittBayNot 2013, 367.

7 Hierzu etwa: *Becker*, FamRZ 2014, 1756 ff.

Abbildung: Vergleich Nachlasspfleger – transmortal Bevollmächtigter

Vergleichskriterium	Nachlasspfleger	Transmortal Bevollmächtigter
Verkäufer	„der bzw. die unbekanntes Erben“	„der bzw. die unbekanntes Erben“
Vertretungsmacht	Gesetzliche Vertretungsmacht, abhängig vom Wirkungsbereich (alle Nachlassangelegenheiten?)	Gewillkürte Vertretungsmacht, abhängig vom Inhalt der Vollmacht
Befreiung von § 181 BGB	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, §§ 1795, 181 BGB	Abhängig vom Inhalt der Vollmacht
Genehmigungserfordernisse	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, §§ 1812, 1821 f. BGB	Nicht entsprechend anwendbar
Aufsicht durch das Nachlassgericht	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, §§ 1837 ff. BGB	Keine Beaufsichtigung durch das Nachlassgericht
Voreintragung im Grundbuchverfahren	§ 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO	§ 40 Abs. 1 Alt. 2 Fall 2 GBO analog (str.)
Passivprozess	§ 1960 Abs. 3 BGB § 780 Abs. 2 ZPO	§ 1960 Abs. 3 BGB analog? § 780 Abs. 2 ZPO analog?
§ 10 BeurkG	Keine Namhaftmachung der Erben erforderlich	Keine Namhaftmachung der Erben erforderlich, auch bei vollstreckbarer Urkunde (siehe oben)?
Widerruflichkeit durch die Erben	Beendigung durch gerichtliche Aufhebung bzw. gemäß § 1918 Abs. 3 BGB	Grds. jederzeit widerruflich, auch durch einzelne Miterben nur für sich
Schenkungsverbot	§ 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1804 BGB	Abhängig vom Inhalt der Vollmacht
Begründung von Verbindlichkeiten	Begründung von Nachlassverbindlichkeiten möglich, aber keine Nachlass-Erben-Schulden	Keine Verpflichtung mit dem Eigenvermögen

7. Löschung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit wegen inhaltlicher Unzulässigkeit

OLG München, Beschluss vom 15.7.2019, 34 Wx, mitgeteilt von **Edith Paintner**, Richterin am OLG München

BGB §§ 1018, 1090

GBO § 53

LEITSATZ:

Zur (Un-)Zulässigkeit einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, die die Verpflichtung enthält, das auf einem Grundstück errichtete Wohngebäude nur zu Wohnzwecken für einen bestimmten Personenkreis zu benutzen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Der Beteiligte zu 1 ist als Eigentümer von Grundbesitz im Grundbuch eingetragen. Den im Außenbereich gelegenen Grundbesitz hatte er aufgrund Überlassungsvertrags mit seinen Eltern vom 19.10.2000 erhalten. Bereits zu notarieller Urkunde vom 2.10.1972 hatten diese dem Beteiligten zu 2 eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit bestellt.

2 In Abschnitt II der Urkunde vom 2.10.1972 heißt es:

3 „Die Ehegatten (...) beabsichtigen, auf Fl. Nr. (...) ein Wohngebäude zu errichten.

4 Das Landratsamt (...) hat die Baugenehmigung in Aussicht gestellt, wenn dieses Wohnhaus zu keinen anderen Zwecken, als zu einem Austragswohnhaus für Landwirte verwendet wird.

5 Die Ehegatten (...) verpflichten sich daher gegenüber dem Freistaat Bayern zu folgenden:

das zur Errichtung kommende Wohngebäude darf nur für Zwecke benutzt werden, die dem landwirtschaftlichen Anwesen (...) unmittelbar dienen und zwar nach näherer Maßgabe wie folgt:

1.) soweit und solange auf dem landwirtschaftlichen Anwesen ein oder mehrere Austräger leben, ist das vorgenannte Wohngebäude ausschließlich zu Wohnzwecken für diese Austräger zu benutzen. Jede andere Benutzung ist zu unterlassen.

2.) Sofern auf dem landwirtschaftlichen Anwesen (...) keine Austräger leben, darf das Gebäude auch dem Eigentümer des landwirtschaftlichen Anwesens, seinen auf dem Hof lebenden Familienangehörigen oder auf dem Anwesen beschäftigten landwirtschaftlichen Arbeitern zu Wohnzwecken dienen. Andere als die vorgenannten Personen dürfen das Wohngebäude nicht bewohnen.

6 Die Ehegatten (...) bestellen wegen vorstehenden Verpflichtungen zugunsten des Freistaats Bayern eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit und bewilligen und beantragen die Eintragung im Grundbuch.“

7 In der Zweiten Abteilung des Grundbuchs unter lfd. Nr. 1 ist demzufolge Folgendes eingetragen:

8 Verpflichtung das auf dem Grundstück zu errichtende Wohngebäude nur zu Wohnzwecken für Austräger, auf dem Hof lebende Familienangehörige oder auf dem Anwesen beschäftigte landwirtschaftliche Arbeiter zu benutzen zugunsten des Freistaats Bayern; gemäß Bewilligung vom 2.10.1972.

9 Mit Schreiben vom 19.1.2017 richtete der anwaltlich vertretene Beteiligte zu 1 an das Grundbuchamt den so bezeichneten „Antrag“, die vorgenannte Dienstbarkeit wegen Unzulässigkeit zu löschen. Diese enthalte nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit. Gemäß § 1018 Fall 2 BGB sei zulässiger Inhalt einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit eine Beschränkung in der tatsächlichen Herrschaftsmacht des Eigentümers. Das Verbot müsse sich auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken, also eine Verschiedenheit der Benutzungsart zur Folge haben. Erforderlich sei, dass die Vornahme der hiernach gebotenen Handlung eine andere Benutzung darstellen würde, als dies bei den weiterhin zulässigen Handlungen der Fall wäre. Die Nutzung von Wohnraum nur zu Zwecken oder im Rahmen eines bestimmten landwirtschaftlichen Betriebs unterscheide sich in tatsächlicher Hinsicht nicht von der Nutzung von Wohnraum zum Beispiel zu Zwecken eines anderen landwirtschaftlichen Betriebs.

10 Dem trat der Berechtigte der Grunddienstbarkeit, der Beteiligte zu 2, entgegen. Die Rechtsansicht, dass ein Wohnungsbesetzungsrecht nicht zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit sein könne, entbehre jeder Stütze aus Literatur und Rechtsprechung. Die Dienstbarkeit regle keine Beschränkung der Verfügungsfreiheit. Nach der Bestellurkunde sei geregelt, wer die tatsächliche Sachherrschaft über das errichtete Wohngebäude innehaben dürfe, nämlich welcher Personenkreis darin wohnen dürfe. Inhalt der Dienstbarkeit sei nicht, in welcher Weise über das Grundstück verfügt werden dürfe. Die Unterlassung gewisser tatsächlicher Handlungen sei zulässiger Gegenstand einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit. Dabei könnten die verbotenen Handlungen durch Beschreibung der gestatteten Befugnisse umschrieben werden. Es müsse zumindest eine Verwertungsmöglichkeit verbleiben. Die Dienstbarkeit erlaube das Wohnen von den in der Bestellurkunde bezeichneten Personen. Die Regelung des Bewohnerkreises sei eine Regelung von Tatsachen, nicht eine Regelung der Verfügungsbefugnis. Eine Verfügung über das Grundstück sei dadurch nicht ausgeschlossen.

11 Mit Beschluss vom 7.7.2017 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Amtslöschung abgelehnt mit der Begründung, die Dienstbarkeit sei nicht inhaltlich unzulässig, eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit sei hierin nicht zu sehen.

12 Gegen diese Entscheidung wendet sich der Beteiligte zu 1 mit der Beschwerde. Ergänzend trägt er vor, rein rechtliche Verfügungsbeschränkungen, die unzulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit seien, lägen nicht nur dann vor, wenn die Veräußerung des Grundstücks beschränkt sei. Auch die Nutzbarkeit des Grundstücks außerhalb einer Verfügungsbeschränkung falle in die Verfügungsgewalt des Eigentümers. Einschränkungen der Nutzbarkeit, die rein rechtliche Gesichtspunkte beinhalten, seien unzulässig.

13 Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

14 II. 1. Die Beschwerde gegen die Ablehnung der Löschung der zugunsten des Beteiligten zu 2 eingetragenen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit (Ifd. Nr. 1 der Zweiten Abteilung) als inhaltlich unzulässig ist mit dem Ziel statthaft, von Amts wegen eine Löschung nach § 53 GBO vorzunehmen oder zumindest einen Widerspruch einzutragen, § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 2 Satz 2 GBO (BayObLGZ 1952, 157, 160; KEHE-GBO/*Briesemeister*, 7. Aufl., § 71 Rdnr. 31; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 53 Rdnr. 61). Der Zweck des § 71 Abs. 2 Satz 1 GBO verbietet nur eine Anfechtung solcher Eintragungen, an die sich ein gutgläubiger Erwerb anschließen kann (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 37), was jedoch bei inhaltlich unzulässigen Eintragungen nicht der Fall ist (*Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 52 m. w. N.). Die Beschwerde erweist sich auch im Übrigen als zulässig (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG).

15 2. In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg und führt unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung zu der Anweisung an das hierfür zuständige AG, die beschränkte persönliche Dienstbarkeit zu löschen. Denn diese erweist sich als inhaltlich unzulässig.

16 a) Eine Eintragung ist als inhaltlich unzulässig von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen, wenn ein Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung der Eintragung aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (BGH, FGPrax 2015, 5; OLG München, Beschluss vom 7.9.2017, 34 Wx 134/14, FGPrax 2018, 12; BayObLG, Rpfleger 1986, 371; *Demharter*, GBO, § 53 Rdnr. 42). Eine Eintragung kann vor allem dann ein Recht nicht zum Entstehen bringen und daher (von Anfang an) rechtlich unwirksam sein, wenn sie ein nicht eintragungsfähiges Recht, ein Recht mit einem nicht erlaubten Inhalt oder ein Recht ohne den gesetzlich gebotenen Inhalt verlaubar (BGH, BeckRS 2018, 25584; OLG München, Beschluss vom 7.9.2017, 34 Wx 134/14, FGPrax 2018, 12). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst und der zulässigerweise in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung zur Überzeugung des Grundbuchamts oder des im Beschwerdeverfahren an seine Stelle tretenden Beschwerdegerichts ergeben, andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (BayObLGZ 1987, 390, 393). Die inhaltliche Unzulässigkeit muss feststehen; bloße Zweifel genügen nicht (BayObLGZ 1961, 23, 35; Hügel/*Holzer*, GBO, 3. Aufl., § 53 Rdnr. 80). Die Eintragung ist zuvor auszulegen, und zwar nach den üblichen Auslegungsgrundsätzen (etwa BGH, DNotZ 1967, 756, 759; BayObLG, Rpfleger 1976, 250; Hügel/*Holzer*, GBO, § 53 Rdnr. 82). Von einer solchen Eintragung gehen rechtliche Wirkungen von Anfang an nicht aus. Maßgebend für die Beurteilung der inhaltlichen (Un-)Zulässigkeit einer Eintragung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eintragung und das Rechtsverständnis, wie es in der damaligen Verkehrsübung seinen Niederschlag gefunden hat (OLG München, Beschluss vom 7.9.2017, 34 Wx 69/17, FGPrax 2018, 12 m. w. N.). Es kommt nicht darauf an, ob die Eintragung nach heutigen, bei einer Neueintragung zu stellenden Anforderungen unwirksam wäre.

17 b) Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist in den durch das Sachenrecht gezogenen Grenzen ein eintragungsfähiges Recht nach § 1090 Abs. 1 BGB und begründet die Belastung eines Grundstücks in der Weise, dass der Berech-

tigte das Grundstück in einzelnen Beziehungen benutzen kann oder dass ihm eine sonstige Befugnis zusteht, die den Inhalt der Grunddienstbarkeit bilden kann. Der zulässige Inhalt einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit richtet sich danach, was gemäß § 1018 BGB Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein kann (BGH, Beschluss vom 30.1.1959, V ZB 31/58, BGHZ 29, 244 = NJW 1959, 670; BayObLG, Urteil vom 31.7.1980, 2 Z 41/80, BayObLGZ 1980, 232; Urteil vom 9.8.1989, 2 Z 72/88, Rpfleger 1990, 14; Palandt/*Herrler*, 78. Aufl. 2019, § 1090 Rdnr. 4; BeckOK-BGB/*Wegmann*, § 1090 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/*Mohr*, 7. Aufl., § 1090 Rdnr. 11; Meikel/*Morvilius*, Grundbuchrecht, 11. Aufl., Einl. B Rdnr. 384). Danach kann ein Grundstück durch eine Nutzungsbefugnis, durch Handlungsverbote oder durch den Ausschluss der Rechtsausübung belastet werden. Der charakteristische Inhalt der jeweiligen Befugnis oder Beschränkung ist durch den Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck zu bringen, der sodann wegen der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts im Einzelnen auf die Bewilligung Bezug nehmen kann, § 874 BGB (allg. M.; vgl. OLG München, Beschluss vom 7.9.2017 m. w. N.).

18 c) Vorliegend kommt von den in §§ 1090, 1018 BGB vorgesehenen inhaltlichen Ausgestaltungsvarianten nur die zweite Alternative des § 1018 BGB in Betracht, nämlich die Nichtvornahme gewisser Handlungen (sog. Unterlassungsdienstbarkeit).

19 aa) Die Unterlassungsdienstbarkeit verbietet dem Eigentümer, „auf dem Grundstück gewisse Handlungen“ vorzunehmen, die ihm anderenfalls aufgrund seines aus § 903 BGB resultierenden Eigentümerrechts gestattet wären, soweit nicht Gesetze oder Rechte Dritter entgegenstehen.

20 (1) Der Inhalt einer Grunddienstbarkeit kann nur in einem Dulden oder Unterlassen seitens des Eigentümers des belasteten Grundstücks bestehen; positives Tun kann nicht (Haupt-) Inhalt einer Dienstbarkeit sein. Da nur „gewisse“ Handlungen verboten sind, darf dem Eigentümer die tatsächliche Nutzung nicht vollständig verwehrt sein. Der Ausschluss darf also nur einzelne Handlungen betreffen. Um dem Bestimmtheitsgebot zu genügen, müssen die dem Eigentümer verbotenen Handlungen genau bezeichnet sein und entweder positiv aufgezählt werden oder negativ die allein verbleibenden Nutzungen genannt sein (BayObLGZ 1980, 232; Staudinger/*Reymann*, Neub. 2017, § 1090 Rdnr. 8 m. w. N.; Bauer/*Schaub/Bayer/Lieder*, GBO, 4. Aufl., AT C Rdnr. 287; MünchKomm-BGB/*Mohr*, § 1090 Rdnr. 33).

21 (2) Handlungen in diesem Sinn sind tatsächliche Maßnahmen, die dem Grundstückseigentümer an sich erlaubt sind als Ausfluss der sich aus § 903 BGB ergebenden Rechte, mit dem Grundstück, soweit nicht Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, beliebig zu verfahren und andere von jeder Einwirkung auszuschließen.

22 (3) Da nach § 1018 Alt. 2 BGB Handlungen „auf dem Grundstück“ nicht vorgenommen werden dürfen, darf allein die Ausübung tatsächlicher Sachherrschaft eingeschränkt werden, nicht dagegen die rechtliche Verfügungs- oder Verpflichtungsbefugnis (BGHZ 29, 244; BayObLGZ 1980, 232; Bauer/*Schaub/Bayer/Lieder*, AT C Rdnr. 284-286; Staudinger, § 1018 Rdnr. 47; *Hub*, Der Inhalt von Dienstbarkeiten, Dissert-

tation 1966, S. 51). Die dem Grundstückseigentümer auferlegte Unterlassungspflicht muss daher auf eine Beschränkung im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks gerichtet sein; sie darf nicht nur eine Beschränkung der rechtlichen Verfügungsfreiheit enthalten (BGHZ 29, 244; BayObLGZ 1980, 232; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1131; Meikel/Morvilius, Grundbuchrecht, Einl. B Rdnr. 387; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1018 Rdnr. 34; Simon/Busse/Lechner, BayBO, Art. 68 Rdnr. 434).

23 (4) Dabei muss sich nach der vor allem von einer gefestigten Rechtsprechung vertretenen herrschenden Meinung ein Verbot von Handlungen, das zulässiger Inhalt einer Dienstbarkeit sein kann, auf die Benutzung des Grundstücks in tatsächlicher Hinsicht auswirken. Dem Eigentümer muss das Verbot einer andersartigen Benutzung des Grundstücks auferlegt sein, also die Vornahme der verbotenen Handlung eine andere tatsächliche Art der Benutzung des Grundstücks darstellen, als dies bei der weiterhin zulässigen Nutzung der Fall wäre (BGHZ 29, 244; BGH, Urteil vom 14.3.2003, V ZR 304/02, NZM 2003, 440; Urteil vom 21.12.2012, V ZR 221/11, NZM 2013, 324; BayObLG, Urteil vom 14.11.1952, 2 Z 165/52, BayObLGZ 1952, 287; Urteil vom 1.9.1953, 2 Z 119/53, BayObLGZ 1953, 295; BayObLGZ 1980, 232; BayObLG, Urteil vom 28.10.1980, 2 Z 4/80, MittBayNot 1981, 21; Urteil vom 30.3.1989, 2 Z 75/88, BayObLGZ 1989, 89; OLG Düsseldorf, NJW 1961, 176; Staudinger/Reymann, § 1090 Rdnr. 14, 18; Erman/Griwotz, BGB, 15. Aufl., § 1018 Rdnr. 16; Palandt/Herler, § 108 Rdnr. 19; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1131; MünchKomm-BGB/Mohr, § 1090 Rdnr. 17; Odersky in FS 125 Jahre Bayerisches Notariat, 1987, S. 227). Das Verbot der Handlung muss so gestaltet sein, dass der Gebrauch in der verbotenen und der Gebrauch in der erlaubten Weise sich als ein Unterschied im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks darstellen. Soweit eine Mindermeinung (Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, AT C Rdnr. 296; Meikel/Morvilius, Grundbuchrecht, Einl. B Rdnr. 341) dagegen anführt, jede Handlung auf dem Grundstück, die nicht eine rechtliche Regelung bezüglich des Grundstücks darstelle, könne Verbotsgegenstand sein, da es keine geeigneten Kriterien für eine rechtssichere Abgrenzung gebe, folgt der Senat dem nicht. Zum einen dürfte eine derart weite Auslegung vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt gewesen sein (Hub, S. 62), zum anderen besteht hierfür kein Bedürfnis, da mit entsprechend sorgfältiger Formulierung eine inhaltlich zulässige Dienstbarkeit begründet werden kann (Ertl, MittBayNot 1985, 179; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 1131).

24 (5) Das BayObLG hat im Jahr 1980 (BayObLGZ 1980, 232) die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit abgelehnt, wonach die jeweiligen Eigentümer eines im Außenbereich liegenden landwirtschaftlichen Anwesens verpflichtet sein sollten, das Wohnhaus immer dem jeweiligen Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebes, dessen Familie oder dessen landwirtschaftlichen Arbeitnehmern zu Wohnzwecken zur Verfügung stellen, auch wenn aus irgendwelchen Gründen das Eigentum an dem Wohnhaus und die rechtliche Inhaberschaft an dem landwirtschaftlichen Betrieb auseinanderfallen sollten. Nach der betreffenden Vereinbarung sollte sich der Eigentümer des Wohnhauses jeder eigenen Nutzung enthalten und das Wohnhaus mit Umgriff unentgeltlich dem jeweiligen Inha-

ber des landwirtschaftlichen Betriebes, seiner Familie oder seinen landwirtschaftlichen Arbeitnehmern auf Dauer zu Wohnzwecken zur Verfügung stellen. Zur Begründung ist ausgeführt, soweit das Gebot in Frage stehe, jede Nutzung des Wohnhauses zu unterlassen, die nicht in einem Bewohnen durch den Eigentümer als Inhaber des landwirtschaftlichen Anwesens, seiner Familie oder seinen Arbeitnehmern bestehe, fehle es an einer Änderung in der tatsächlichen Art der Benutzung des Grundstücks. Das auf dem Grundstück zu errichtende Wohnhaus diene seinem Wesen nach zu Wohnzwecken. An dieser tatsächlichen Art der Benutzung ändere sich nichts dadurch, dass es nicht von dem in der Dienstbarkeitsbestellungsurkunde im Einzelnen beschriebenen, bestimmten Inhaber des landwirtschaftlichen Betriebs und (oder) dessen Familien- oder Betriebsangehörigen, sondern von einem Dritten bewohnt werde. In der tatsächlichen Art der Benutzung des Grundstücks mache es keinen Unterschied, ob der Eigentümer als Inhaber oder etwa der Inhaber eines benachbarten landwirtschaftlichen Anwesens oder dessen Angehörige das Haus bewohnen.

25 d) Den o. g. Grundsätzen wird die eingetragene beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht gerecht.

26 aa) Auch im vorliegenden Fall fehlt es an der erforderlichen Verschiedenheit der tatsächlichen Nutzung. Anlass für die Bestellung der Dienstbarkeit im Jahr 1972 war, das unveränderte Fortbestehen der Zweckbestimmung für den geplanten Neubau des Wohnhauses im Außenbereich zu erhalten, nämlich dass es in unmittelbarem Zusammenhang mit dem landwirtschaftlichen Anwesen steht und diesem auf Dauer zu dient. Die Grundstückseigentümer haben sich also dazu verpflichtet, jede Nutzung des Hauses zu unterlassen, die zum Gegenstand hat, dass dieses nicht von Austrägern, dem Eigentümer als Inhaber des landwirtschaftlichen Anwesens, seiner Familie oder auf dem landwirtschaftlichen Anwesen beschäftigten landwirtschaftlichen Arbeitern bewohnt wird. Alle anderen Personen haben sich der Nutzung zu enthalten, selbst der Eigentümer, wenn er den landwirtschaftlichen Betrieb nicht mehr betreibt. Auch vorliegend stellt sich der Gebrauch in der verbotenen Weise und der Gebrauch in der erlaubten Weise nicht als ein Unterschied im tatsächlichen Gebrauch des Grundstücks dar. Die Vornahme der verbotenen Handlung, nämlich das Überlassen des Anwesens an Personen, die nicht dem landwirtschaftlichen Betrieb dienen, ist keine andere tatsächliche Art der Benutzung des Grundstücks als die weiterhin zulässige Nutzung, nämlich das Überlassen des Anwesens an Austräger, dem Eigentümer als Inhaber des landwirtschaftlichen Anwesens, seiner Familie oder auf dem landwirtschaftlichen Anwesen beschäftigten landwirtschaftlichen Arbeitern.

27 bb) Der in der Urkunde formulierte Inhalt der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit begründet nicht, wie der Beteiligte zu 2 meint, ein nach der Rechtsprechung zulässiges Wohnungsbelegungs- bzw. -besetzungsrecht (BGH, NZM 2013, 324; BayObLG, Urteil vom 6.4.1982, 2 Z 7/82, BayObLGZ 1982, 184; BayObLGZ 1989, 89 mit Formulierungsbeispiel). Inhalt derartiger Grunddienstbarkeiten wäre nämlich, dass der Eigentümer der Grunddienstbarkeit das Recht hat, zu bestimmen, wer den auf dem belasteten Grundstück errichteten bzw. zu errichtenden Wohnraum nutzen darf, sein Bestim-

mungsrecht dabei aber an die Zustimmung des Berechtigten der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit gebunden ist, diesem also eine generelles nicht an persönliche Unterscheidungsmerkmale gebundenes Benutzungs- bzw. Zustimmungsrecht eingeräumt ist.

28 cc) Zu dem für die Beurteilung der inhaltlichen (Un-)Zulässigkeit der Eintragung maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung der Dienstbarkeit im Jahr 1972 galt nicht anderes. Frühere Entscheidungen, die eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit mit einem derartigen Inhalt für zulässig erachtet haben, sind nicht bekannt. Das BayObLG, das in nachfolgenden weiteren Entscheidungen aus den Jahren 1981 (BayObLG, Urteil vom 9.4.1981, 2 Z 99/80, MDR 1981, 758) und 1982 (BayObLG, Urteil vom 6.4.1982, 2 Z 19/82, Rpfleger 1982, 273) an dieser Rechtsprechung festgehalten hat (*Ertl*, MittBayNot 1985, 177), hat in einer Entscheidung vom 9.8.1989 (2 Z 72/88, Rpfleger 1990, 14) diese ausdrücklich als die ständige frühere Rechtsprechung bezeichnet. Zwar ist in der ganz früheren obergerichtlichen Rechtsprechung eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit des Inhalts, dass eine Wohnung nur an bestimmte Personen oder Familien überlassen werden dürfe, für zulässig erachtet worden. So haben u. a. das KG 1908 (KGJ 36 A 216) bzw. das RG 1925 (RGZ 111, 384) beschränkte persönliche Dienstbarkeiten für zulässig erachtet, in denen nur das Wohnen von Familien der Arbeiterklasse bzw. von „deutschstämmigen“ Landarbeiterfamilien gestattet war und darauf abgestellt, das Wohnen der genannten Personengruppen habe einen anderen Verkehrscharakter, als das Wohnen anderer Personengruppen. Es kann dahingestellt bleiben, ob diese Entscheidungen nach heutiger Rechtslage überhaupt noch so getroffen werden könnten, denn der BGH hat diese Rechtsprechung schon mit der Entscheidung vom 30.1.1959 (BGHZ 29, 244) aufgegeben und die oben genannten Grundsätze aufgestellt.

29 Die vorliegende Dienstbarkeit ist daher als inhaltlich unzulässig von Amts wegen zu löschen.

30 e) An der von dem Beteiligten zu 2 angeführten öffentlich rechtlichen Nutzungsbeschränkung ändert dies jedoch nichts.

(...)

8. Grundbuchberichtigung aufgrund eines dinglich wirkenden Vindikationslegats

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 23.5.2019, 5 W 25/19

BGB § 925

EuErbVO Art. 23 Abs. 1, Art. 63 Abs. 1

GBO §§ 19, 22, 29, 35

LEITSÄTZE:

1. Nach Inkrafttreten der EuErbVO in ihrer Auslegung durch den EuGH (EuGH, Urteil vom 12.10.2017, C-218/16, NJW 2017, 3767) ist das Grundbuchamt nicht mehr berechtigt, einem nachgewiesenen Vindikationslegat nach französischem Recht seine dingliche Wirkung abzusprechen.

2. Ein vom Legatar vorgelegtes Europäisches Nachlasszeugnis stellt grundsätzlich einen ausreichenden Unrichtigkeitsnachweis im Sinne des § 22 GBO dar, mit dem die Rechtsstellung belegt werden kann. Wie auch sonst bei nationalen Erbscheinen steht dem Grundbuchamt aber ein Prüfungsrecht zu, soweit Zweifel dies gebieten.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Im Grundbuch (...) ist Herr K S als Eigentümer einer Wohnung eingetragen. Dieser hatte seinen letzten Wohnsitz in Frankreich und ist am 22.1.2016 verstorben.

2 Die Notarin M mit Amtssitz in Paris erstellte am 18.10.2018 ein Europäisches Nachlasszeugnis. Darin sind für Herrn C S und für Herrn A S je 1/8 Miteigentumsanteil an der Einzimmerwohnung in der (...) als gesetzliche Erben, für Frau Y S und für Herrn C Sch je 1/16 Miteigentumsanteil an der Einzimmerwohnung in der (...) als gesetzliche Erben ausgewiesen und für die Antragstellerin als Ehefrau des Erblassers ist ausgeführt:

„5/8 zum Volleigentum und 3/8 zum Nießbrauch der im Immobiliargüter und -rechte in S (Deutschland), (...), bestehend aus einer Einzimmerwohnung mit Bad und Kochecke. Im Rahmen der Regelung des Nachlasses von Herrn K S übernimmt Frau G K S ihre 4/8 zum Volleigentum und erhält 1/8 zum Volleigentum und 3/8 zum Nießbrauch.“

3 Mit Schreiben vom 5.12.2018 beantragte die Antragstellerin unter Vorlage des oben genannten Europäischen Nachlasszeugnisses in beglaubigter Abschrift Grundbuchberichtigung entsprechend der Erbfolge französischen Rechts und die Eintragung ihres Nießbrauchsrechts.

4 Durch Beschluss vom 6.3.2019 wies das Grundbuchamt den Antrag vom 5.12.2018 zurück, weil dem Nießbrauchsrecht der Antragstellerin im deutschen Grundbuchverfahrensrecht keine Wirkung zukomme. Die Eintragung des Nießbrauchs sei folglich von den Erben zu bewilligen. Mit Schriftsatz vom 12.4.2019 legte die Antragstellerin gegen den Beschluss vom 6.3.2019 Beschwerde ein.

5 II. Die Beschwerde ist zulässig und führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses.

6 1. Vindikationslegaten, gesetzlichen Nießbrauchsrechten und dinglichen Teilungsanordnungen, die durch ein Europäisches Nachlasszeugnis nachgewiesen werden können, kamen im deutschen Grundbuchverfahren keine Wirkungen zu. Allein unter Vorlage des Europäischen Nachlasszeugnisses konnte der Legatar keine Grundbuchberichtigung herbeiführen, eine Unrichtigkeit lag nicht vor. Verantwortlich hierfür zeichneten der 18. Erwägungsgrund EuErbVO und die Regelung in Art. 1 Abs. 2 lit. k, lit. l EuErbVO. Die bislang herrschende Meinung ging davon aus, dass die Art und die Eintragung der dinglichen Rechte vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind. Deutsches Sachenrecht sollte gelten, ebenso die *lex rei sitae*. Die bislang herrschende Meinung bejahte keine Grundbuchunrichtigkeit und ging davon aus, dass dem Grundbuchamt der Erfüllungsakt vorzulegen

sei, bei Vindikationslegaten an Immobilien demnach die Auffassung vor einem deutschen Notar (siehe zu dem Vorstehenden BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 40). Dieser Ansicht ist das Grundbuchamt mit seiner Entscheidung vom 6.3.2019 gefolgt.

7 Durch die Entscheidung des EuGH (Kubicka, NJW 2017, 3767; vgl. auch *Weber*, DNotZ 2018, 16; *Dorth*, ZEV 2018, 11; *Wilsch*, ZfLR 2018, 253; *Leitzen*, ZEV 2018, 311) steht demgegenüber fest, dass die EuErbVO so zu verstehen ist, dass das Vindikationslegat volle Wirksamkeit nach dem Erbstatut auch in denjenigen Rechtsordnungen entfaltet, die nur das schuldrechtlich wirkende Vermächtnis kennen. Der EuGH begründet dies mit Art. 23 Abs. 1 EuErbVO, mit der Einheitlichkeit des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendenden Rechts sowie mit dem 37. Erwägungsgrund der EuErbVO. Verhindert werden soll eine Nachlassspaltung, womit dem Erbstatut Vorrang vor dem Sachenrechtsstatut eingeräumt wird. Der Anwendungsbereich des Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO beschränke sich, so der EuGH, auf die Existenz und die Anzahl der dinglichen Rechte. Übergangsmodalitäten werden aber von Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO nicht erfasst. Die Vorschrift gibt nach Ansicht des EuGH keine Handhabe dafür, das Vindikationslegat abzuerkennen. Dem Erbstatut ist der Vorzug zu geben. In der Folge entfaltet das Vindikationslegat uneingeschränkt dingliche Wirkungen bereits mit dem Erbfall. Etwas anderes lässt sich auch nicht Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO entnehmen, die nach Ansicht des EuGH lediglich auf Verfahrensrecht abstellt, nicht aber auf die Art und Weise, wie das Recht erworben wird. Für die Grundbuchpraxis bedeutet das EuGH-Urteil, dass eine Auffassung nicht mehr erklärt werden muss. Das Vindikationslegat entfaltet unmittelbar dingliche Wirkungen, sodass der Weg der Berichtigung nach § 22 GBO beschränkt werden kann. Das Grundbuchamt kann keine Auffassung verlangen. Die Grundbuchunrichtigkeit kann mit Hilfe eines Unrichtigkeitsnachweises beseitigt werden, hier eines Europäischen Nachlasszeugnisses (vgl. auch Art. 63 Abs. 1 EuErbVO). Ein Problem mit § 35 GBO stellt sich nicht, da richtigerweise nach § 22 GBO vorgegangen werden muss. Erforderlich ist kein Erbnachweis, sondern ein Unrichtigkeitsnachweis. Nicht der Nachweis der Gesamtrechtsnachfolge steht im Raum, sondern eine spezielle Singularsukzession (siehe dazu BeckOK-GBO/*Wilsch*, § 35 Rdnr. 40-40d).

8 Soweit in der Literatur trotz der Entscheidung des EuGH angenommen wird, dass materielles und formelles Recht im Grundbuchverfahren auseinanderfallen, ist dem nicht zu folgen. Bereits bei der Ausarbeitung der EuErbVO war die Abgrenzung zwischen Erb- und Sachenrecht heftig umstritten. Teilweise wird bis heute neben der eben dargelegten Auffassung, dass sich der Erwerb der betreffenden Rechte außerhalb des Grundbuchs vollzieht und lediglich eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 GBO zu erfolgen hat, vertreten, dass es – wie bei einem Damnationslegat – einer Auffassung gemäß § 925 BGB nebst Eintragungsbewilligung bedarf. Teilweise wird angenommen, dass auf eine Auffassung zu verzichten ist, jedoch eine Grundbuchberichtigung aufgrund einer Berichtigungsbewilligung des Erben gemäß §§ 22, 19 GBO zu fordern ist. Dieses Auseinanderfallen von materiellem und formellem Recht im Grundbuchverfahren soll die Konsequenz aus dem das deutsche Grundverfahrensrecht prägenden formellen

Konsensprinzip sein, das die deutschen Grundbuchämter erheblich entlasten soll. Das Grundbuchamt soll nicht die Wirksamkeit des materiellen Rechtsübergangs prüfen müssen, sondern nur noch die Korrektheit der verfahrensrechtlichen Erklärungen und Zeugnisse. Es wird zwar von dieser Ansicht eingeräumt, dass nach § 22 Abs. 1 GBO eine Grundbuchberichtigung auch ohne Bewilligung gemäß § 19 GBO erfolgen könne, jedoch müsse dazu der Erbfolgenachweis gemäß § 35 Abs. 1 GBO geführt werden. Diese Vorschrift sähe jedoch ausdrücklich nur den Nachweis der „Erbfolge“ vor. Weder der Wortlaut dieser Vorschrift noch die Entstehungsgeschichte deckten eine Auslegung, wonach auch ein unmittelbarer Eigentumswechsel aufgrund eines nach ausländischem Erbstatut wirksamen Vindikationslegats, nachgewiesen durch Vorlage eines Europäischen Nachlasszeugnisses, erfasst würde. Eine analoge Anwendung des § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO auf ein Vindikationslegat nach ausländischem Erbrecht scheidet aus. Die Gesetzesbegründung zum Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften beweise, dass der Deutsche Bundestag sich bewusst gegen eine Anwendung dieser Vorschrift auf Vindikationslegat ausgesprochen habe, ohne diese dabei allerdings für „rechtswidrig“ zu erklären (BT-Drucks. 17/4201, S. 58). Daraus wird abgeleitet, dass solange das Grundbuchverfahrensrecht nicht geändert sei, kein Weg daran vorbei führe, dass auch bei einem nach deutschem Rechtsverständnis materiell gültigen Vindikationslegat nach ausländischem Erbrecht dem Grundbuchamt nach herrschender Auffassung eine Auffassung (§ 925 BGB) nebst Eintragungsbewilligung (§ 19 GBO) vom Erben auf den Vermächtnisnehmer vorzulegen sei (*Litzenburger*, FD-ErbR 2017, 396271).

9 Diese Auffassung erscheint nach der Entscheidung des EuGH nicht mehr haltbar und würde in der Praxis die Entscheidungsgrundsätze und die Wirkung, die der EuGH dem Europäischen Nachlassverzeichnis beimisst, leerlaufen lassen. Aus Sicht des EuGH soll sich der Vindikationslegatar direkt durch Vorlage eines Europäischen Nachlassverzeichnisses als Rechteinhaber gegenüber dem Grundbuchamt legitimieren können. Dem steht auch nicht die Begründung des deutschen Gesetzgebers zu § 35 GBO entgegen, weil dieser in Verkennung der Bedeutung der EuErbVO gehandelt hat. Vielmehr können die §§ 19, 22, 29 und 35 GBO unionskonform ausgelegt werden, sodass neben der Erbfolge auch die Einzelrechtsnachfolge von Todes wegen durch ein Europäisches Nachlassverzeichnis nachgewiesen wird (*Dorth*, ZEV 2018, 11; *Weber*, DNotZ 2018, 16 mit dem zutreffenden Hinweis, dass das Europäische Nachlassverzeichnis geeignet sein muss, ein anzuerkennendes Vindikationslegat nachzuweisen, wenn es schon nach § 35 GBO geeignet ist, die Erbfolge nachzuweisen).

10 Aus diesem Grund darf das Grundbuchamt einem nachgewiesenen Vindikationslegat seine dingliche Wirkung nicht absprechen. Soweit nach französischem Recht ein Nießbrauchsrecht kraft Gesetzes entsteht, darf keine Eintragungsbewilligung mehr verlangt werden, die auch nicht mehr vom Berechtigten erteilt werden könnte (siehe zu diesem Argument auch *Weber*, DNotZ 2018, 16).

11 2. Eine andere Frage ist es, wie der Nachweis der Unrichtigkeit zu führen ist.

12 Ein gültiges Europäisches Nachlasszeugnis stellt grundsätzlich einen Unrichtigkeitsnachweis dar, mit dem die Rechtsstellung belegt werden kann. Nach Art. 63 Abs. 2 lit. b, 69 Abs. 2 Satz 2 EuErbVO dient das Europäische Nachlasszeugnis als Nachweis eines Vindikationslegats bzw. einer dinglich wirkenden Teilungsanordnung. Die Funktion als „wirksames Dokument“ soll bedeuten, dass das Europäische Nachlasszeugnis im Rahmen seiner Beweis- und Vermutungswirkung gemäß Art. 69 Abs. 2 EuErbVO für Zwecke einer Registereintragung von Nachlassvermögen in allen Mitgliedstaaten als Nachweis akzeptiert werden muss (MünchKomm-BGB/Dutta, 2018, Art. 69 EuErbVO Rdnr. 30; BeckOK-BGB/J. Schmidt, Art. 69 EuErbVO Rdnr. 57).

13 Aus diesen Gründen ist die Auffassung abzulehnen, auch bei Vorliegen eines Europäischen Nachlasszeugnisses müsse das Grundbuchamt prüfen, ob die betroffene Rechtsordnung einen unmittelbar dinglich wirkenden Erwerb zulässt und ob im konkreten Einzelfall der Rechtsübergang tatsächlich stattgefunden habe (Döbereiner, GPR 2014, 42; Litzemberger, FD-ErbR 2017, 396271; Wachter, ZErB 2017, 358), was ohne Rechtsgutachten zum ausländischen Erb- und Sachenrecht nicht geschehen könne. Diese Auffassung ist mit Art. 69 EuErbVO nicht vereinbar.

14 Konsequenz der Anwendung von Art. 69 EuErbVO ist es aber andererseits auch nicht, wie ebenfalls vertreten wird, dass das deutsche Grundbuchamt nicht berechtigt ist, die Richtigkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses zu prüfen (Wilsch, ZEV 2012, 530). Das scheint zu weitgehend, weil das Europäische Nachlasszeugnis keine unwiderlegliche Vermutung zugunsten des Legatars formuliert. Zwar ist in Art. 69 Abs. 5 EuErbVO die Rede davon, dass das Zeugnis ein wirksames Schriftstück für die Eintragung des Nachlassvermögens in das einschlägige Register eines Mitgliedstaats darstellt. In Art. 69 Abs. 2 EuErbVO ist aber ausdrücklich geregelt, dass dem Europäischen Nachlasszeugnis lediglich eine Vermutungswirkung zukommt.

15 Wie auch sonst bei nationalen Erbscheinen steht den Grundbuchämtern ein Prüfungsrecht zu, soweit Zweifel dies gebieten (MünchKomm-BGB/Grzizowt, 2017, § 2365 Rdnr. 27 zur Rechtslage bei einem deutschen Erbschein).

16 Zu beachten ist auch, dass vor einer Grundbuchberichtigung denjenigen rechtliches Gehör zu gewähren ist, deren grundbuchmäßiges Recht durch die berichtigende Eintragung beeinträchtigt werden kann (Demharter, GBO, 31. Aufl., § 1 Rdnr. 69, § 22 Rdnr. 49). Das bedeutet im vorliegenden Fall, dass den Erben, an deren Miteigentumsanteil das Nießbrauchsrecht eingetragen werden soll, rechtliches Gehör zu bewilligen ist, auch wenn sie – wegen des gleichzeitigen Antrages – noch nicht als Miteigentümer im Grundbuch eingetragen sind. Durch die Eintragung des Nießbrauchsrechts wird ihr Miteigentumsanteil beeinträchtigt.

17 3. Zu beachten ist auch, dass im Europäischen Nachlasszeugnis das Vindikationslegat nach § 28 Satz 1 GBO richtig zu bezeichnen ist. Deutsches Grundbuchrecht wird insoweit nicht tangiert (vgl. Art. 1 Abs. 2 lit. I EuErbVO; Wilsch, ZfIR 2018, 253, 260; Böhringer, ZfIR 2018, 81, 83; LMK/Kleinschmidt, Kommentierte BGH-Rechtsprechung, 2018, 403371).

Das Grundbuchamt ist allerdings gehalten, eine Zwischenverfügung zu erlassen, sollte im Europäischen Nachlasszeugnis dem Bezeichnungsgebot nach § 28 Satz 1 GBO nicht Genüge getan sein (BeckOK-GBO/Wilsch, § 35 Rdnr. 40-40d; Weber, DNotZ 2018, 16; Ludwig, FamRB 2018, 64).

18 Dieses Bezeichnungsgebot ist in dem vorgelegten Europäischen Nachlasszeugnis vom 18.10.2018 nicht beachtet. Dort ist der der Antragstellerin zugewiesene Vermögenswert (5/8 Volleigentum und 3/8 Nießbrauch) lediglich wie folgt bezeichnet: „an den Immobilienlartgütern in (...) (Deutschland), (...), bestehend aus einer Einzimmerwohnung mit Bad und Kochecke“. Das genügt nach § 28 Satz 1 GBO nicht.

19 4. Aus diesen Gründen war der angefochtene Beschluss aufzuheben. Das Grundbuchamt muss über den Eintragungsantrag erneut unter Beachtung der oben dargelegten Rechtsauffassung entscheiden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Prof. Dr. Christopher Keim, Ingelheim

1. Umsetzung des Kubicka-Urteils des EuGH durch das OLG Saarbrücken

Seit der Entscheidung des EuGH in Sachen Kubicka¹ ist für die Praxis entschieden, dass Vindikationslegate nach ausländischen Rechtsordnungen auch in Deutschland anzuerkennen sind. Damit muss das deutsche Grundbuchamt die Eintragung eines derartigen Vermächtnisnehmers aufgrund Unrichtigkeitsnachweises ohne Auflassung vornehmen, falls ein entsprechendes ausländisches Europäisches Nachlasszeugnis vorgelegt wird.² Diese Grundsätze wendet das OLG Saarbrücken in dem vorliegenden Beschluss auch auf die grundbuchrechtliche Umsetzung eines Nießbrauchs des Ehegatten nach französischem Erbrecht an. Zu dem Nachlass des mit letztem gewöhnlichen Aufenthalt in Frankreich verstorbenen Erblassers gehörte im entschiedenen Fall eine Eigentumswohnung in Deutschland. Mit dem in Frankreich (Art. 4 EuErbVO) ausgestellten Europäischen Nachlasszeugnis beantragte die Ehefrau im Wege der Grundbuchberichtigung die Eintragung dieses Nießbrauchs im deutschen Grundbuch. Das OLG Saarbrücken sieht diesen Weg als zulässig an und räumt dem Grundbuchamt – wie auch bei der Vorlage deutscher Erbscheine – nur bei begründeten Zweifeln ein gewisses Prüfungsrecht ein.

2. Besonderheiten des vorliegend entschiedenen Falles

Die Auffassung des Gerichts ist aber zweifelhaft. Von dem der Kubicka-Entscheidung zugrunde liegenden Sachverhalt unterscheidet sich der hier vorliegende Fall eines französischen gesetzlichen Nießbrauchs in mehrfacher Hinsicht:

1 Urteil vom 12.10. 2017, C-218, 41, MittBayNot 2018, 177; dazu Bandel, MittBayNot 2018, 99.

2 Zu den sonstigen Nachweismöglichkeiten Weber, DNotZ 2018, 16, 23 ff.

Der Fall Kubicka betraf ein dinglich wirkendes Vermächtnis mit dem Inhalt, dass das Eigentum unmittelbar auf den Vermächtnisnehmer übergehen sollte. Das dingliche Recht, nämlich das Eigentum, war im deutschen Sachenrecht anerkannt, lediglich der Von-Selbst-Erwerb *einzelner* Nachlassgegenstände widersprach dem Grundsatz der Universal sukzession des deutschen Erbrechts (§ 1922 BGB). Mit der Begründung, dass das deutsche Recht keinen unmittelbaren erbrechtlichen Erwerb eines Nießbrauchs kennt, ließe sich dessen Eintragung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises daher nach der Kubicka-Entscheidung nicht mehr ablehnen. Es könnte sich vorliegend jedoch um einen auf gesetzlicher Erbfolge beruhenden Legalnießbrauch nach französischem Recht zugunsten des überlebenden Ehegatten handeln, der sich gemäß Art. 757 C. C. auf den gesamten Nachlass beziehen würde.³ Ob dies hier der Fall war, geht aus dem in der Entscheidung abgedruckten Wortlaut des Nachlasszeugnisses nicht eindeutig hervor. Die Verteilungsquoten und der übersetzte Wortlaut des ENZ, nach dem der Nießbrauch nur an der Eigentumswohnung lasten soll, sprechen eher dagegen und für ein Vermächtnis oder eine dinglich wirkende Teilungsanordnung.⁴ Unterstellt, es würde sich um einen Legalnießbrauch handeln, so dürfte die Tatsache, dass dieser aufgrund gesetzlicher Erbfolge entsteht, keinen Grund darstellen, ihn grundbuchrechtlich anders zu behandeln als ein dinglich wirkendes Vermächtnis oder eine dinglich wirkende Teilungsanordnung nach französischem Recht. Denn alle diese Rechtsinstitute bewirken gleichermaßen ein unmittelbares Entstehen des Nießbrauchs mit dem Erbfall. Das deutsche Recht kennt allerdings keinen Nießbrauch an Vermögensgesamtheiten, sondern nur an einzelnen Nachlassgegenständen, § 1085 BGB. Auch können die Rechte und Pflichten des Nießbrauchers nach der fremden Rechtsordnung durchaus erheblich von denen des Nießbrauchers nach deutschem Recht abweichen.⁵

Die Eintragung eines fremden dinglichen Rechts in das deutsche Grundbuch würde einen von Art. 1 Abs. 2 lit. k EuErbVO nicht gestatteten Eingriff in das Prinzip des *numerus clausus* des deutschen Sachenrechts und einen von Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO nicht gestatteten Eingriff in das deutsche Grundbuchrecht darstellen.⁶ Ich verstehe den Beschluss des OLG Saarbrücken so, dass das Grundbuchamt einen Nießbrauch nach französischem Recht eintragen soll. Ganz klar geht das aus der Begründung aber nicht hervor.⁷

3. Notwendigkeit einer Anpassung an das deutsche Sachenrecht

Macht eine Person ein dingliches Recht geltend, das ihr nach dem anzuwendenden Erbstatut zusteht, das aber die Rechtsordnung des Mitgliedstaates, in dem das Recht geltend gemacht wird, nicht kennt, so ist gemäß Art. 31

EuErbVO dieses Recht, soweit erforderlich und möglich, an das in dieser Rechtsordnung am ehesten vergleichbare Recht anzupassen. Die Anpassung an das deutsche Gebot, einen Nießbrauch nur an Einzelgegenständen bestellen zu können, lässt sich durch eine analoge Anwendung des § 1085 BGB gewährleisten, wonach hier ausnahmsweise das Nießbrauchsrecht ohne die Notwendigkeit eines Bestellsaktes durch die Erben unmittelbar als Nießbrauch an den Einzelgegenständen entsteht.⁸ Da Art. 31 EuErbVO die Anpassung nur soweit zulässt, wie sie erforderlich ist, könnte man unter Umständen auch fremde Nutzungsrechte im deutschen Grundbuch erlauben, wenn sie inhaltlich dem deutschen Nießbrauch ähneln, was aufgrund der gemeinsamen römischen Rechtstradition beim französischen Nießbrauchsrecht durchaus wahrscheinlich sein dürfte.⁹ Doch übersieht dies zum einen den ausdrücklichen Vorrang des deutschen Sachen- und Registerrechts gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. k und l EuErbVO. Zum anderen würde es die Publizität des Grundbuchs erheblich beeinträchtigen, wenn durch die Eintragung fremder dinglicher Rechte aus dem Grundbuch der Inhalt des konkreten Rechts für den Rechtsverkehr nicht mehr erkennbar wäre.¹⁰ Bei einer entsprechenden Ähnlichkeit der Rechtsinhalte könnte das Ergebnis des Anpassungsvorgangs damit nur die Eintragung eines deutschen beschränkt dinglichen Rechts, hier wohl eines Nießbrauchs nach §§ 1030 ff. BGB, sein. Die grundbuchrechtliche Umsetzung scheiterte im vorliegenden Fall letztendlich an der fehlenden grundbuchtauglichen Bezeichnung des zu belastenden Grundbesitzes gemäß Art. 28 GBO. Dies dürfte in der Praxis ein erhebliches Problem darstellen. Die Vorschrift ist zu beachten, da nationale registerrechtliche Vorschriften und Vorgaben gemäß Art. 1 Abs. 2 lit. l EuErbVO ausdrücklich vom Anwendungsbereich der EuErbVO ausgenommen sind. Insoweit könnte die Ausstellungsbehörde auf Verlangen oder von Amts wegen eine Berichtigung des Nachlasszeugnisses gemäß Art. 71 Abs. 2 EuErbVO vornehmen.

4. Zuständigkeit für die Anpassung

Wer aber soll diese Anpassung durchführen? Das ausländische Nachlassgericht, das das Europäische Nachlasszeugnis errichtet, kommt ersichtlich nicht in Betracht, da es gerade das Ergebnis des zur Anwendung kommenden Erbrechts ist, das die Anpassung notwendig macht.¹¹ Es müsste sich außerdem in ein sachlich fremdes Rechtsgebiet und dazu noch das einer fremden Rechtsordnung einarbeiten.¹² Unpraktikabel und für den Rechtsinhaber kaum zumutbar wäre aber auch, ihn auf die prozessgerichtliche Durchsetzung eines obligatorischen Anspruchs auf Bestel-

3 Süß/Döbereiner, Erbrecht in Europa, 4. Aufl. 2020, Frankreich, Rdnr. 75.

4 Süß/Döbereiner, Erbrecht in Europa, Frankreich, Rdnr. 153 ff.

5 Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 31 EuErbVO Rdnr. 30 ff.

6 Leitzen, ZEV 2019, 642; Litzemberger, FD ErbR 2019, 396271.

7 Leitzen, ZEV 2019, 642 f.

8 Dutta/Weber, Internationales Erbrecht, Art. 31 EuErbVO Rdnr. 30; Nomos Kommentar-IPRI/Looschelders, 3. Aufl. 2019, Art. 31 EuErbVO Rdnr. 14; a. A. zum alten Recht BayObLG, Beschluss vom 26.10.1995, 1 Z BR 163/94, MittRhNotK 1996, 366 zu einem Legalnießbrauch nach belgischem Recht.

9 MünchKomm-BGB/Pohlmann, 8. Aufl. 2020, § 1030 Rdnr. 44; Ferid/Sonnenberger, Das französische Zivilrecht, Bd. 2, 2. Aufl. 1986, Rdnr. 3 E 103 ff.

10 Litzemberger, FD ErbR 2019, 396271.

11 Bandel, MittBayNot 2018, 99, 103.

12 Bandel, MittBayNot 2018, 99, 103.

lung des Nießbrauchs zu verweisen.¹³ Es bleibt daher nur, Art. 31 EuErbVO als eine kollisionsrechtliche Vorschrift zu verstehen, die nicht nur in erbrechtlichen Verfahren, sondern auch in anderen Verfahren, in denen sich erbrechtliche Fragen stellen, wie z. B. in Grundbuchverfahren, anzuwenden ist. Das Grundbuchamt müsste damit die Anpassung selbst durchführen,¹⁴ auch wenn dies sicher praktisch nicht einfach sein dürfte. Erwägungsgrund Nr. 16 Satz 3 und 4 sieht dazu vor, dass das anpassende Gericht bei den Gerichten des Mitgliedsstaats des Erbstatuts Auskünfte über die anzupassende Rechtsposition einholen kann, was allerdings eine gewisse Kooperationsbereitschaft der jeweiligen Mitgliedstaaten voraussetzt.¹⁵

5. Fazit

Obwohl die Auffassung deutscher Notare zu den Streitfragen der EuErbVO beim EuGH bisher immer auf Ablehnung gestoßen ist,¹⁶ bleibt die Hoffnung, dass im Interesse der Klarheit des Grundbuches die auch an anderer Stelle von Notarkollegen geäußerte Kritik¹⁷ an dem Beschluss in der Rechtsprechung Gehör finden wird.

¹³ So *Bandel*, MittBayNot 2018, 99, 103.

¹⁴ MünchKomm-BGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, Art. 31 EuErbVO Rdnr. 13.

¹⁵ MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 31 EuErbVO Rdnr. 12.

¹⁶ *Mankowski*, ErbR 2018, 295, 300.

¹⁷ *Litzenburger*, FD-ErbR 2019, 396271; *Leitzen*, ZEV 2019, 642.

9. Löschung des Nacherbenvermerks bei Nacherbfolge unter aufschiebender Bedingung

OLG Hamm, Beschluss vom 13.3.2019, I-15 W 364/18

BGB § 2065 Abs. 2, §§ 2112, 2113 Abs. 1 und 2, § 2136 GBO §§ 22, 29, 51

LEITSATZ:

Zu den Voraussetzungen für die Löschung eines Nacherbenvermerks (§ 51 GBO) aufgrund Unrichtigkeitsnachweises (§§ 22, 29 GBO) in dem Fall, dass die Nacherbfolge unter der auflösenden Bedingung einer Verfügung des Vorerben unter Lebenden über den gesamten Nachlass gestellt worden ist (im Anschluss an Senat, 15 W 218/99).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Die nach §§ 71 ff. GBO zulässige Beschwerde der Beteiligten ist unbegründet.

2 Das Grundbuchamt hat die unter Löschung des Nacherbenvermerks vorzunehmenden Eintragungen zu Recht davon abhängig gemacht, dass sämtliche Nacherben der in dem notariellen Vertrag vom 23.5.2018 (UR.-Nr. (...) 2018 des Rechtsanwalts T als Vertreter des Notars I) erklärten Übertra-

gung des Eigentums auf den Beteiligten zu 2 und Bestellung des Wohnrechts zugunsten der Beteiligten zu 1 zustimmen.

3 Ein Nacherbenvermerk (§ 51 GBO) kann nur dann gelöscht werden, wenn entweder der eingetragene Nacherbe die Löschung bewilligt oder die Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Form des § 29 GBO nachgewiesen ist (§§ 19, 22 Abs. 1 GBO, Senat OLGZ 1991, 137 f.). Beides ist vorliegend nicht der Fall.

4 1. Das Grundbuch ist in Bezug auf den Nacherbenvermerk nicht aufgrund des zwischen den Beteiligten abgeschlossenen Grundstücksübertragungsvertrags vom 23.5.2018 unrichtig geworden, weil das Grundstück dadurch mit Wirkung gegenüber dem Nacherben aus dem Nachlass ausgeschieden wäre. Diese Folge tritt nur ein, wenn der Vorerbe das Grundstück entweder mit Zustimmung aller Nacherben – die hier nicht vorliegt – oder aber als befreiter Vorerbe entgeltlich an eine andere Rechtspersönlichkeit veräußert hat (§§ 2112, 2113 Abs. 1 und 2, § 2136 BGB). Daher kann vorliegend dahinstehen, ob die Beteiligte zu 1 in der Verfügungsmacht beschränkte oder befreite Vorerbin ist. Selbst wenn sie als befreite Vorerbin gemäß §§ 2136, 2113 Abs. 1 BGB zu entgeltlichen Verfügungen über Nachlassgegenstände berechtigt wäre, gilt dies nicht für eine unentgeltliche Übertragung, wie sie in dem in Rede stehenden Übertragungsvertrag erfolgt ist (§ 2113 Abs. 1 und 2 BGB). Diese ist im Falle des Eintritts des Nacherbfalles den Nacherben gegenüber unwirksam. Die im Wege der vorweggenommenen Erbfolge erfolgte unentgeltliche Übertragung auf den Beteiligten zu 1 führt daher nicht dazu, dass das Grundstück aus dem Nachlass ausgeschieden ist.

5 Etwas anderes folgt auch nicht aus den Bestimmungen in dem notariellen Testament vom 24.10.1983 (UR.-Nr. (...) 1983 des Notars S). Der Umstand, dass der Erblasser der Beteiligten zu 1 als Vorerbin darin ausdrücklich die Befugnis eingeräumt hat, zu Lebzeiten das Nachlassvermögen unentgeltlich auf einen der gemeinsamen Söhne oder auf beide gemeinsam zu übertragen, führt nicht zum Wegfall der Verfügungsbeschränkung aus § 2113 Abs. 2 BGB. Von dem Verbot unentgeltlicher Verfügungen kann ein Erblasser den Vorerben grundsätzlich nicht entbinden (vgl. Palandt/Weidlich, 78. Aufl. 2019, § 2136 Rdnr. 4).

6 2. Es kann auch nicht festgestellt werden, dass die unentgeltliche Übertragung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 2 dazu geführt hat, dass die nur auflösend bedingt angeordnete Nacherbeneinsetzung wegen Eintritts der Bedingung entfallen wäre.

7 a) In der Rechtsprechung ist zwar seit langem anerkannt, dass der Erblasser einen Nacherben wirksam unter der Bedingung einsetzen kann, dass der Vorerbe nicht anderweitig von Todes wegen über den Nachlass verfügt. Eine solche als auflösende Bedingung der Nacherbeneinsetzung einzuordnende Ermächtigung an den Vorerben kann auch sachlich dahin eingeschränkt werden, über den Nachlass anderweitig nur in bestimmtem Rahmen (insbesondere nur zugunsten bestimmter Personen) zu verfügen, wie es hier geschehen ist. Der Wirksamkeit einer solchen Regelung steht nach der Rechtsprechung insbesondere die Vorschrift des § 2065 Abs. 2 BGB nicht entgegen. Denn in einem solchen Fall verfügt der Vor-

erbe über seinen eigenen Nachlass, indem er die auflösende Bedingung herbeiführt und damit zum unbeschränkten Vollerben wird (RGZ 95, 278; BGHZ 2, 35 = NJW 1951, 959; OLG Hamm, Beschluss vom 24.8.1999, 15 W 218/99, FamRZ 2000, 446 ff.; Beschluss vom 22.5.2014, 15 W 102/13, FamRZ 2015, 169 f.; OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 204 f.; Palandt/*Weidlich*, § 2065 Rdnr. 6).

8 b) Auf der Grundlage dieser Rechtsprechung bestehen nach Auffassung des Senats auch keine grundsätzlichen Bedenken dagegen, den Bedingungseintritt nicht nur an eine Verfügung von Todes wegen, sondern – wie dies vorliegend in dem notariellen Testament vom 24.10.1983 erfolgt ist – auch an eine Verfügung des Vorerben unter Lebenden binden zu können. Jedenfalls dann, wenn das Testament dem Vorerben ausdrücklich eine solche Ermächtigung erteilt und dieser mit seinem Rechtsgeschäft unter Lebenden zu erkennen gibt, davon Gebrauch machen zu wollen, muss der Eintritt der Bedingung als rechtlich wirksam erfolgt angesehen werden (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 24.8.1999, 15 W 218/99, OLGR Hamm 2000, 44-46).

9 c) Eine Ermächtigung des überlebenden Ehegatten zu einer anderweitigen Verfügung unter Lebenden wäre allerdings unwirksam, wenn sie so gestaltet ist, dass ihm die Befugnis eingeräumt wird, über einzelne Nachlassgegenstände zu verfügen. Denn eine Vor- und Nacherbfolge kann nur für den Nachlass insgesamt oder für einen Bruchteil der Erbschaft angeordnet werden. Dagegen ist nach der Systematik des Gesetzes eine Sondernachfolge in einzelne Nachlassgegenstände unzulässig (OLG Hamm, OLGR Hamm 2000, 44-46; vgl. auch OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 204 f.). Dementsprechend kann der Eintritt der auflösenden Bedingung der Nacherbeneinsetzung nicht lediglich für einzelne Nachlassgegenstände herbeigeführt werden, sondern muss nach der Gestaltung der Ermächtigung im Testament den gesamten Nachlass erfassen.

10 Diesen Vorgaben wird die entsprechende Regelung im Testament vom 24.10.1983 gerecht. Denn der Erblasser hat die Nacherbeneinsetzung unter die auflösende Bedingung gestellt, dass der Beteiligten zu 1 zu ihren Lebzeiten zugunsten eines oder beider Söhne über das gesamte ererbte Vermögen unentgeltlich verfügen werde. Nach den vorstehenden Ausführungen hat er damit in zulässiger Weise die Nacherbeneinsetzung unter die auflösende Bedingung einer lebzeitigen Verfügung der Beteiligten zu 1 gestellt.

11 d) Jedoch lässt sich im gegebenen Fall mit den Mitteln des Grundbuchrechts nicht feststellen, dass die auflösende Bedingung, unter die der Erblasser die Nacherbenanordnung gestellt hat, hier auch eingetreten ist. Denn es steht nicht fest, dass die Beteiligte zu 1 in dem Übertragungsvertrag vom 23.5.2018, mit dem sie mit dem in Rede stehenden Grundstück nur einen einzelnen Vermögensbestandteil übertragen hat, über den gesamten Nachlass verfügt hätte. Hierfür erforderlich wäre der Nachweis, dass das Grundstück jedenfalls den wesentlichen Nachlass ausmacht. Denn allein die Verfügung über einen vom Erblasser nicht benannten Nachlassgegenstand unter mehreren, die der Vor- und Nacherbfolge unterliegen, vermag den Vorerben nicht aus der erbrechtlichen Bindung zu lösen (OLG Hamm, OLGR Hamm 2000, 44-46;

vgl. auch OLG Braunschweig, Rpfleger 1991, 204 f.). Da aber der Nachweis, dass das vorbezeichnete Grundstück den gesamten Nachlass ausmacht, im gegebenen Fall mit den im Grundbuchrecht zulässigen Mitteln nicht zu führen ist, bleibt es mit dem Grundbuchamt dabei, dass die beantragten Eintragungen unter Löschung des Nacherbenvermerks nur erfolgen können, wenn Zustimmungserklärungen sämtlicher Nacherben zu den beantragten Rechtsänderungen in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden.

ANMERKUNG:

Von Prof. Dr. **Martin Avenarius**, Köln

Der Erblasser hatte die Nacherbeneinsetzung angeordnet und zugleich die Vorerbin ermächtigt, vor Eintritt des Nacherbfalls den Nachlass unentgeltlich auf die gemeinsamen Kinder oder eines davon zu übertragen. Hiervon ausgehend ist die Vorerbin nun, wie der Senat richtigerweise feststellt, daran gehindert, lediglich ein einzelnes Grundstück unter Herauslösung aus der Nacherbenbindung in das freie Vermögen eines der Söhne zu übertragen, wenn keine Gegenleistung in den Nachlass gelangt. Die Entscheidung ist lehrreich, weil der Senat in der Begründung verschiedene Möglichkeiten erörtert, die in Betracht kommen, wenn ein Vorerbe zur unentgeltlichen Verfügung über einen Nachlassgegenstand ermächtigt werden soll. Hierbei stoßen einige Gestaltungen, die ein Erblasser anstreben könnte, auf rechtliche Hindernisse, die sich auf die Formstrenge des Erbrechts und die begrifflichen Grenzen der Vor- und Nacherbschaft gründen. In dieser Hinsicht hatte die Diskussion um den sog. „superbefreiten Vorerben“ zwar andere Schwerpunkte,¹ sie berührte aber auch den hier betroffenen Fragenkomplex und hat zu einer jedenfalls teilweisen Klärung der Rechtslage geführt.

Die Vorerbin hätte über das Grundstück wirksam verfügen können, wenn dasselbe von der Nacherbenbindung frei gewesen wäre. Dazu hätte die Nacherbeneinsetzung insgesamt wegen Bedingungseintritts weggefallen sein müssen (Rdnr. 6 ff.). Es ist anerkannt, dass ein Erblasser die Einsetzung eines Nacherben unter die auflösende Bedingung stellen kann, dass der Vorerbe eine bestimmte Verfügung von Todes wegen vornimmt, also insbesondere seinen eigenen Nachlass einem anderen Begünstigten zuwendet. § 2065 Abs. 1 BGB, der die Entscheidung über eine Erbeinsetzung dem Erblasser selbst vorbehält, bildet kein Hindernis, weil sich die Verfügung des Vorerben hier auf sein eigenes Vermögen bezieht, während sich das rechtliche Schicksal des gebundenen Nachlasses nach Regeln bestimmt, die der Erblasser aufgestellt hatte. Über die Geltung der Nacherbfolge entscheidet also nicht unmittelbar ein fremder Wille, sondern die Vornahme einer vom Erblasser zur Bedingung erhobenen Handlung.²

1 Vgl. Mayer, ZEV 2000, 1; Palandt/*Weidlich*, 79. Aufl. 2020, § 2136 Rdnr. 1.

2 Staudinger/*Avenarius*, Neub. 2019, § 2100 Rdnr. 36; Prütting/*Wegen/Weinreich/Avenarius*, BGB, 14. Aufl. 2019, § 2065 Rdnr. 7.

Möglich ist insoweit auch, dass ein Erblasser Verfügungen mit anderen Potestativbedingungen verknüpft. Er kann daher den Wegfall der Nacherbschaft sogar für den Fall der Vornahme eines bestimmten Geschäfts unter Lebenden anordnen. Dass die Folge des Rechtsgeschäfts, nämlich der Bedingungseintritt und damit der Wegfall der Nacherbeneinsetzung, die Rechtswirkungen des Geschäfts unter Umständen erst ermöglicht, stellt eine Zirkularität dar, die im Interesse einer Verwirklichung des Erblasserwillens in Kauf genommen werden kann. Vorliegend hatte der Erblasser den Wegfall der Nacherbeneinsetzung für den Fall gewollt, dass die Vorerbin über das an sie gelangte Vermögen in bestimmter Weise durch Rechtsgeschäft unter Lebenden verfügen sollte. Die Bestimmung bezog sich allerdings nur auf eine Verfügung über das Vermögen insgesamt. Zu einer solchen kam es hier offenbar nicht. Denkbar wäre zwar theoretisch, dass die Vorerbin mit der Übertragung des Grundstücks über den gesamten Nachlass verfügt hätte, falls derselbe sonst kein nennenswertes Vermögen enthielt, doch weist der Senat mit Recht darauf hin, dass die formalen Instrumente des Grundbuchrechts den Beweis dieses Umstands als Voraussetzung des Bedingungseintritts nicht zulassen. Ein gangbarer Weg bestünde insoweit vielmehr in der Beibringung der Zustimmungserklärungen sämtlicher Nacherben in der Form des § 29 GBO, die unter Umständen erst erwirkt werden müssten. Sollte insoweit der Bedingungseintritt stattgefunden haben, dann könnte die Vorerbin auch, worauf *Kollmeyer* schon hingewiesen hat,³ auf Grundlage freierer Beweisregeln einen Erbschein beantragen und damit den Unrichtigkeitsnachweis gegenüber dem Grundbuchamt gemäß § 22 Abs. 1 i. V. m. § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO führen.

Der Senat äußert sich auch zu der Frage, inwieweit der Testator die Vorerbin theoretisch auch zur Verfügung über einen Einzelgegenstand hätte ermächtigen können. Eine entgeltliche, nacherbenwirksame Veräußerung des Grundstücks hätte der Testator im Wege der Befreiung vom Verfügungsverbot des § 2113 Abs. 1 BGB ermöglichen können. Es wäre ihm dagegen nicht möglich gewesen, den Vorerben zur unentgeltlichen Weggabe eines Gegenstandes aus dem gebundenen Nachlass zu ermächtigen (Rdnr. 4). Selbst wenn ein dahin gehender Wille aus dem Testament hätte entnommen werden können, wäre seine Verwirklichung auf rechtliche Hindernisse gestoßen. Den Rahmen der Bindung des Vorerben beschreibt § 2136 BGB, der – sieht man von der nur scheinbar nicht möglichen Befreiung von der Pflicht aus § 2124 BGB ab – diejenigen Beschränkungen aufzählt, von denen der Vorerbe allenfalls befreit werden kann. § 2113 Abs. 2 Satz 1 BGB, nach dem eine unentgeltliche Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand unwirksam ist, soweit sie andernfalls die Rechte des Nacherben verletzen würde, zählt nicht dazu.

Eine Befreiung vom Verbot unentgeltlicher Verfügungen über Einzelgegenstände hätte jedenfalls den Rahmen des Rechtsinstituts der Vor- und Nacherbschaft gesprengt, denn eine Verbindung beider Regelungen bedeutete einen vom Recht nicht anerkannten Erfolg. Es ist daher nicht mög-

lich, im Wege einer Bedingungskonstruktion die Nacherbenbindung hinsichtlich einzelner Nachlassgegenstände entfallen, die Vor- und Nacherbschaft aber im Übrigen fortbestehen zu lassen. Wäre es dem Testator also wichtiger gewesen, die Erbin insoweit freizustellen, als die Nacherbeneinsetzung anzuordnen, dann hätte er im Ergebnis gar keine Vor- und Nacherbschaft herbeigeführt.⁴ Nach der Auslegung der hier getroffenen Verfügungen durch den Senat kommt ein dahingehender Erblasserwille aber offenbar nicht in Betracht.

Hätte der Testator die Vorerbin ermächtigen wollen, über einzelne Nachlassgegenstände unentgeltlich und zugleich nacherbenwirksam zu verfügen, dann hätte sich eine andere Lösung angeboten.⁵ Zwar hätte der Erblasser, worauf der Senat mit Recht hinweist, keine Sondernachfolge in dem Sinne anordnen können, dass der Eintritt einer Bedingung zur Befreiung eines Einzelgegenstandes von der Nacherbenbindung hätte führen können, doch wäre hier womöglich ein Vorausvermächtnis zugunsten der Alleinvorerbin in Betracht gekommen.⁶ Dieses hätte den Gegenstand zwar nicht aus dem Nachlass als den Gläubigern haftender Vermögensmasse herausgelöst, doch wäre er gemäß § 2110 Abs. 2 BGB nicht von den Nacherbenrechten erfasst worden, die eine Verfügung der Vorerbin gemäß § 2113 BGB hätten „vereiteln oder beeinträchtigen“ können. Auch hätte der Testator die Verfügungsfreiheit der Vorerbin mit obligatorischer Wirkung erweitern können, indem er den durch die Verfügung nicht selbst begünstigten Nacherben zur Erteilung seiner Zustimmung verpflichtet hätte. Dieser von der ganz herrschenden Meinung zugelassene Weg zur Erweiterung der Dispositionsbefugnisse des Vorerben⁷ verstößt nicht gegen den Typenzwang des Erbrechts und die begrifflichen Grenzen der Vor- und Nacherbschaft, weil sich an der dinglichen Wirkung der Nacherbenrechte nichts ändert.

4 Staudinger/*Avenarius*, § 2112 Rdnr. 32; *Muscheler*, Erbrecht, Bd. 2, 2010, Rdnr. 2562 f.

5 Staudinger/*Avenarius*, § 2136 Rdnr. 5, 10.

6 Staudinger/*Avenarius*, § 2136 Rdnr. 5, 10.

7 Staudinger/*Avenarius*, § 2136 Rdnr. 7 m. w. N.

3 *Kollmeyer*, ZEV 2019, 416.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

10. Schenkungsversprechen durch Betreuer

BGH, Beschluss vom 2.10.2019, XII ZB 164/19 (Vorinstanz: LG Aachen, Beschluss vom 20.3.2019, 3 T 474/18)

BGB § 80 Abs. 1, §§ 83, 518 Abs. 1, §§ 1804, 1908i Abs. 2 Satz 1, §§ 2229, 2301, 2274, 2275 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. **Ein von einem Betreuer abgegebenes Schenkungsversprechen, durch das eine unter Betreuung stehende Person ihren gesamten zum Todestag bestehenden Nachlass einer Stiftung verspricht, unterliegt dem Schenkungsverbot der § 1908i Abs. 2 Satz 1, § 1804 BGB (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11 FamRZ 2012, 967).**
2. **Zur Abgrenzung der Schenkung unter Lebenden, deren Erfüllung bis zum Tode des Schenkers aufgeschoben ist, von der Schenkung von Todes wegen.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Gegenstand des Verfahrens ist die betreuungsgerichtliche Genehmigung eines Schenkungsversprechens.

2 Für die Betroffene ist wegen einer schweren geistigen Behinderung eine Betreuung eingerichtet. Nach dem Tod ihrer Mutter im Jahr 2014 wurde ihr Vater, der Beteiligte zu 1, zum Betreuer unter anderem mit dem Aufgabenkreis Vermögensangelegenheiten bestellt. Mit Beschluss vom 12.7.2018 wurde der Beteiligte zu 2 zum Ergänzungsbetreuer mit dem Aufgabenkreis „Abgabe eines Schenkungsversprechens von Todes wegen“ bestellt. Dieser gab am 4.9.2018 im Namen der Betroffenen zur Niederschrift eines Notars ein Schenkungsversprechen ab, wonach die Betroffene ihren gesamten zum Todestag bestehenden Netto-Nachlass abzüglich der Nachlassverbindlichkeiten einer von ihren Eltern gegründeten Stiftung, die mit dem Tod des Vaters der Betroffenen entstehen sollte, verspricht.

3 Die von dem Beteiligten zu 2 beantragte betreuungsgerichtliche Genehmigung der von ihm im Rahmen des Schenkungsversprechens abgegebenen Erklärungen hat das AG nach Bestellung des Beteiligten zu 3 zum Verfahrenspfleger abgelehnt. Die von dem Beteiligten zu 2 im Namen der Betroffenen eingelegte Beschwerde hatte keinen Erfolg. Hiergegen richtet sich die vom LG zugelassene Rechtsbeschwerde der Betroffenen.

4 II. Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

5 1. Das LG hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt:

6 Die beabsichtigte Schenkung des Vermögens der Betroffenen auf deren Todesfall sei nicht genehmigungsfähig, wobei dahinstehen könne, ob dies bereits aus dem Schenkungsver-

bot der § 1908i Abs. 2 Satz 1, § 1804 BGB folge. Jedenfalls genüge das abgegebene Schenkungsversprechen auf den Todesfall nicht den Anforderungen des § 2301 BGB. Danach fänden auf ein Schenkungsversprechen von Todes wegen die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung. Diese Vorschriften könne die Betroffene jedoch nicht erfüllen, weil sie bereits seit ihrem ersten Lebensjahr aufgrund ihrer schweren geistigen Behinderung weder testier- noch geschäftsfähig sei. Zudem könne sie bei der Errichtung einer Verfügung von Todes wegen nicht durch einen Betreuer vertreten werden.

7 2. Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand. Das LG hat jedenfalls im Ergebnis zu Recht die Genehmigung des Schenkungsversprechens verweigert.

8 a) Dabei kann dahinstehen, ob die Betroffene durch das notarielle Schenkungsversprechen überhaupt zu einer Verfügung über ihr Vermögen im Ganzen verpflichtet wird, die nach § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 1 BGB zur Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts führt, weil das Schenkungsversprechen jedenfalls nicht genehmigungsfähig wäre. Die betreuungsgerichtliche Genehmigung eines vom Betreuer im Namen des Betreuten vorgenommenen genehmigungsbedürftigen Rechtsgeschäfts darf nicht erteilt werden, wenn das zugrunde liegende Rechtsgeschäft gesetz- oder sittenwidrig oder unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften zustande gekommen ist, insbesondere wenn der Betreuer bei der Abgabe der Willenserklärung für den Betroffenen von der gesetzlichen Vertretung ausgeschlossen ist (vgl. BayObLG, FamRZ 2001, 51, 52; MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, 7. Aufl., § 1828 Rdnr. 22). Eine dennoch erteilte betreuungsgerichtliche Genehmigung würde nicht zur Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts führen (vgl. BayObLG, FamRZ 1999, 47). Danach war im vorliegenden Fall das notarielle Schenkungsversprechen nicht genehmigungsfähig, weil es weder als Schenkungsversprechen von Todes wegen nach § 2301 Abs. 1 BGB noch als unbedingtes Schenkungsversprechen gemäß § 518 Abs. 1 BGB wirksam zustande gekommen ist.

9 b) Das LG hat angenommen, dass es sich im vorliegenden Fall um ein Schenkungsversprechen von Todes wegen gemäß § 2301 BGB handelt. Voraussetzung hierfür wäre, dass die Schenkung unter der Bedingung steht, dass der Begünstigte den Schenker überlebt. Ein unbedingtes Schenkungsversprechen fällt hingegen nicht unter § 2301 Abs. 1 BGB, selbst wenn seine Erfüllung auf die Zeit des Todes des Schenkers oder später hinausgeschoben wird (BGH, Urteil vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553, 1554 m. w. N.). Zwar ist es für Annahme einer Schenkung von Todes wegen nicht zwingend erforderlich, dass der Schenker ausdrücklich eine Überlebensbedingung im Sinne von § 2301 Abs. 1 BGB erklärt (BGH, Urteil vom 12.11.1986, IVa ZR 77/85, NJW 1987, 840 f.), weil sich eine solche Bedingung auch aus den Umständen, dem Sinn der Schenkung oder der Interessenlage der Beteiligten ergeben kann (Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2019, § 2301 Rdnr. 10 m. w. N.). Im vorliegenden Fall will die Betroffene nach ihrem Tod jedoch die noch zu gründende Stiftung ihrer Eltern (§ 83 BGB) als Beschenkte einsetzen. Wird in einem Schenkungsversprechen allein eine juristische Person (§ 80 Abs. 1 BGB) als Begünstigte eingesetzt,

liegt die Annahme fern, dass die Wirksamkeit der Schenkung von einer echten Überlebensbedingung im Sinne von § 2301 Abs. 1 BGB abhängig gemacht werden soll (vgl. auch Staudinger/Kanzleiter, § 2301 Rdnr. 10). Vielmehr dürfte in einem solchen Fall eine unbedingte Schenkung, deren Erfüllung bis zum Tode des Schenkers aufgeschoben ist, vorliegen, auf die § 2301 BGB keine Anwendung findet (BGH, Urteil vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, NJW 1985, 1553, 1554). Diese Abgrenzung kann hier jedoch dahinstehen.

10 aa) Nimmt man mit dem LG an, dass es sich bei dem notariellen Schenkungsversprechen um ein Schenkungsversprechen von Todes wegen gemäß § 2301 Abs. 1 BGB handelt, wäre dieses unwirksam. Nach § 2301 Abs. 1 Satz 1 BGB finden auf das Schenkungsversprechen von Todes wegen die Vorschriften über Verfügungen von Todes wegen Anwendung, wobei unterschiedliche Auffassungen dazu vertreten werden, ob hierbei die für den Erbvertrag geltenden Formvorschriften einzuhalten sind (so Staudinger/Kanzleiter, § 2301 Rdnr. 3; Palandt/Weidlich, § 2301 Rdnr. 6; Burandt/Rojahn/Burandt, Erbrecht, 3. Aufl., § 2301 BGB Rdnr. 15) oder die Form des § 2247 BGB genügt (so MünchKomm-BGB/Musielak, § 2301 Rdnr. 13; BeckOK-BGB/Litzenburger, Stand: 1.8.2019, § 2301 Rdnr. 7 m. w. N.). Ungeachtet dieser Frage setzt die Abgabe eines Schenkungsversprechens von Todes wegen daher entweder die Testierfähigkeit des Schenkers (§ 2229 BGB) oder dessen Geschäftsfähigkeit (§ 2275 Abs. 1 BGB) voraus. Nach den vom LG rechtsfehlerfrei getroffenen Feststellungen ist die Betroffene aufgrund ihrer geistigen Behinderung weder geschäfts- noch testierfähig, sodass sie persönlich ein Schenkungsversprechen von Todes wegen nicht hätte abgeben können. Eine wirksame Vertretung der Betroffenen durch den Ergänzungsbetreuer ist bei der Abgabe eines Schenkungsversprechens von Todes wegen weder bei Anwendung der erbvertraglichen Formvorschriften (§ 2274 BGB) noch bei Anwendung der für eine Testamentserrichtung geltenden Bestimmungen (§ 2064 BGB) möglich.

11 bb) Nimmt man hingegen mit der Rechtsbeschwerde an, es liege ein Schenkungsversprechen unter Lebenden im Sinne von § 518 Abs. 1 BGB vor, scheidet die Wirksamkeit und damit auch die Genehmigungsfähigkeit des Rechtsgeschäfts jedenfalls an dem betreuungsrechtlichen Schenkungsverbot der § 1908i Abs. 1 Satz 1, § 1804 BGB. Danach kann der Betreuer in Vertretung des Betreuten keine Schenkungen vornehmen (§ 1804 Satz 1 BGB). Ausgenommen von diesem Verbot sind lediglich – hier nicht vorliegende – Schenkungen, durch die einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprochen wird (§ 1804 Satz 2 BGB). Da es sich bei § 1804 BGB um ein Verbotsgesetz im Sinne von § 134 BGB handelt, wäre eine vom Betreuer vorgenommene Schenkung selbst dann nichtig, wenn das Geschäft vom Betreuungsgericht genehmigt worden wäre (MünchKomm-BGB/Kroll-Ludwigs, § 1804 Rdnr. 11 m. w. N.).

12 Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ergibt sich auch keine Einschränkung des Schenkungsverbots aufgrund der Ausführungen des Senats in dem Beschluss vom 25.1.2012 (XII ZB 479/11, FamRZ 2012, 967). In diesem Fall hatte sich der Senat mit der Frage zu befassen, ob die von einem Betreuer erklärte Bewilligung der Löschung eines im

Grundbuch zugunsten des Betreuten eingetragenen Wohnungsrechts dem Schenkungsverbot nach §§ 1908i Abs. 1 Satz 1, 1804 BGB unterfällt. Der Betreute konnte nach seinem Umzug in ein Pflegeheim aus gesundheitlichen Gründen das zu seinen Gunsten bestellte beschränkte dingliche Wohnungsrecht endgültig nicht mehr selbst nutzen und eine anderweitige wirtschaftliche Nutzung des Rechts, etwa durch die Vermietung der Wohnung, war nicht möglich (§ 1093 Abs. 2 BGB), weil die nach § 1092 Abs. 1 Satz 2 BGB hierfür erforderliche Gestattung des Eigentümers fehlte. Dadurch hatte das Wohnungsrecht für den Betreuten jeglichen wirtschaftlichen Wert verloren. Auf dieser tatsächlichen Grundlage hat der Senat entschieden, dass der Verzicht auf ein wertlos gewordenenes Wohnungsrecht den Begriff der Schenkung im Sinne des § 1804 BGB nicht erfüllt (Senatsbeschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, FamRZ 2012, 967 Rdnr. 18).

13 Die dieser Entscheidung zugrunde liegende Erwägung des Senats, dass eine Rechtsposition, die keinen Vermögenswert darstellt, nicht dem Schutz des § 1804 BGB untersteht (Senatsbeschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, FamRZ 2012, 967 Rdnr. 17), lässt sich – entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde – schon deshalb auf den vorliegenden Fall nicht übertragen, weil es sich hier um werthaltiges Vermögen handelt. Allein der Umstand, dass der Anspruch aus dem Schenkungsversprechen erst nach dem Tod der Betroffenen fällig werden sollte, ändert hieran nichts. Der Zweck des § 1804 BGB liegt in dem Schutz des Vermögens des Betreuten, aus dem nichts unentgeltlich weggegeben werden soll (Senatsbeschluss vom 25.1.2012, XII ZB 479/11, FamRZ 2012, 967 Rdnr. 17). Im Übrigen wäre das Vermögen der Betroffenen mit Abschluss des Schenkungsversprechens bereits zu Lebzeiten mit der Verpflichtung belastet, den im Zeitpunkt ihres Todes vorhandenen Nachlass an die noch zu gründende Stiftung zu übertragen. Von dieser Verpflichtung könnte sich die Betroffene bis zu ihrem Tod nur unter den engen Voraussetzungen eines Schenkungswiderrufs nach § 530 Abs. 1 BGB lösen. Zudem wäre die Betroffene, und im Falle ihres Versterbens wären ihre Erben, bei einer nicht rechtzeitigen oder nicht ordnungsgemäßen Erfüllung des Schenkungsversprechens gemäß §§ 280 ff., 521 BGB der Beschenkten zum Schadensersatz verpflichtet. Deshalb wirkt sich der Abschluss des Schenkungsversprechens, auch wenn dessen Erfüllung bis zum Zeitpunkt des Todes der Betroffenen hinausgeschoben werden soll, auf das Vermögen der Betroffenen nachteilig aus, so dass im vorliegenden Fall das Schenkungsverbot nach § 1804 BGB uneingeschränkt eingreift.

14 3. Von einer weiteren Begründung der Entscheidung wird abgesehen, weil sie nicht geeignet wäre, zur Klärung von Rechtsfragen grundsätzlicher Bedeutung, zur Fortbildung des Rechts oder zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung beizutragen (§ 74 Abs. 7 FamFG).

11. Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages bei Schwiegerelternzuwendung

BGH, Urteil vom 18.6.2019, X ZR 107/16 (Vorinstanz: OLG Brandenburg, Urteil vom 26.10.2016, 4 U 159/15)

BGB §§ 313, 516 Abs. 1, §§ 528, 529 Abs. 2, §§ 530, 812 Abs. 1, § 1579 Nr. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Die vom (mit-)beschenkten Partner des eigenen Kindes geteilte oder jedenfalls erkannte Vorstellung des Schenkers, eine zugewendete Immobilie werde vom eigenen Kind und dessen Partner dauerhaft als gemeinschaftliche Wohnung oder Familienwohnung genutzt, kann die Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages bilden (Bestätigung von BGH, Urteile vom 19.1.1999, X ZR 60/97, NJW 1999, 1623 und vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190).**
- 2. Die Schenkung begründet jedoch kein Dauerschuldverhältnis. Für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage reicht es deshalb nicht aus, dass die Lebensgemeinschaft nicht bis zum Tod eines der Partner Bestand hat. Hat jedoch die gemeinsame Nutzung der Immobilie entgegen der mit der Schenkung verbundenen Erwartung nur kurze Zeit angedauert, kommt regelmäßig ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht.**
- 3. In diesem Fall ist der Schenker in der Regel berechtigt, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten und das gesamte Geschenk oder dessen Wert zurückzufordern.**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin verlangt aus eigenem und dem abgetretenen Recht ihres Ehemanns vom Beklagten die Rückzahlung von Finanzierungsbeiträgen für eine Wohnimmobilie, die der Beklagte gemeinsam mit der Tochter der Klägerin erwarb.

2 Die Klägerin und ihr Ehemann sind die Eltern der ehemaligen Lebensgefährtin des Beklagten; die Beziehung und nichteheliche Lebensgemeinschaft bestand seit 2002. Im Jahr 2011 kauften die Tochter und der Beklagte ein Hausgrundstück zum gemeinsamen Wohnen. Die Klägerin und ihr Ehemann (im Folgenden nur: die Klägerin) wandten ihnen zur Finanzierung Beträge von insgesamt 104.109,10 € zu. Am 28.2.2013 trennten sich die Tochter der Klägerin und der Beklagte. Am 13.1.2014 begehrte die Klägerin die zugewandten Beträge zurück.

3 Mit der Klage hat sie vom Beklagten, gestützt auf eine behauptete Darlehensabrede, die Hälfte der Beträge zurückverlangt. Der Beklagte, dessen Vortrag sich die Klägerin hilfsweise zu eigen macht, hat behauptet, die Zuwendungen seien mit Ausnahme eines Betrags von 2.000 € unentgeltlich erfolgt. Auf einen Darlehensbetrag von 2.000 € leistete der Beklagte von seinem gemeinsamen Konto mit der Tochter der Klägerin insgesamt 1.400 €, den darüber hinausgehenden Betrag von 600 € hat er anerkannt.

4 Das LG hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist in Höhe eines Betrages von 47.040,77 € nebst Zinsen erfolglos geblieben; im Übrigen hat die Klägerin die Klage im zweiten Rechtszug zurückgenommen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage, soweit er den Klageanspruch nicht anerkennt hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die zulässige Revision bleibt im Wesentlichen ohne Erfolg.

6 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

7 Der Klägerin stehe der Betrag i. H. v. 47.040,77 € aufgrund des Teilerkenntnisses i. H. v. 600 € und im Übrigen aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage des Schenkungsvertrags zu, welcher sich aus dem Vortrag des Beklagten ergebe; ob zwischen den Parteien ein Darlehensvertrag geschlossen worden sei, bedürfe damit keiner Klärung. Die Klägerin könne sich auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, weil sich mit der Trennung der Partner die der Schenkung zugrunde liegenden Umstände schwerwiegend verändert hätten. Zu diesen Umständen zähle die für den Beklagten erkennbare Vorstellung der Klägerin, die Beziehung zwischen ihrer Tochter und dem Beklagten als deren Lebensgefährten werde von Dauer sein. Bei Abwägung der Interessen der Parteien und ungeachtet des Umstands, dass der Beklagte mit der Tochter der Klägerin nicht verheiratet und eine Eheschließung auch nicht beabsichtigt gewesen sei, brauche die Klägerin sich nicht an einem unveränderten Vertrag festhalten lassen. Die Beziehungsdauer nach der Schenkung sei mit lediglich 1¾ Jahren sehr kurz gewesen.

8 Indessen habe die Tochter der Klägerin das gemeinsame Haus tatsächlich für mindestens vier Jahre bewohnt; insoweit habe sich die mit der Schenkung verbundene Erwartung, (auch) das eigene Kind werde von dieser profitieren, teilweise verwirklicht. Die Zeit von vier Jahren sei ins Verhältnis zu setzen zu der zu erwartenden Gesamtdauer der Lebensgemeinschaft im Zeitpunkt der Zuwendung. Letztere sei aufgrund der Erwartung der Beteiligten, die Lebensgemeinschaft werde lebenslang Bestand haben, nach der Lebenserwartung des Beklagten zum Zeitpunkt der Schenkung zu berechnen, die mit 47,58 Jahren kürzer gewesen sei als diejenige der Tochter der Klägerin. Demnach sei mit dem gemeinsamen Bewohnen des Hauses über vier Jahre eine Zweckerreichung in Höhe von 8,4 % der Zuwendung eingetreten. Da der Beklagte nur hälftiges Miteigentum an der Immobilie erworben habe, sei von den Zuwendungen nur die Hälfte des nach Teilrückzahlung noch offenstehenden Betrags (51.354,55 €) anzusetzen, aus dem sich nach Abzug von 8,4 % der zuerkannte Betrag errechne. Die Verjährungseinrede des Beklagten greife nicht durch.

9 II. Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

10 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die Zuwendung als Schenkung der Klägerin an ihre Tochter und den Beklagten angesehen.

11 2. Das Berufungsgericht hat ferner im Ausgangspunkt zutreffend und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des BGH (vgl. BGH, Urteile vom 3.12.1971, V ZR 134/69, NJW 1972, 247 (zu II.); vom 19.1.1999, X ZR 60/97, NJW 1999, 1623 (zu 4. b)); vom 21.12.2005, X ZR 108/03, NJW-RR 2006, 699 (zu 2. a)); vom 3.2.2010, XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190 Rdnr. 25) angenommen, dass die Geschäftsgrundlage einer solchen Schenkung nachträglich entfallen und sich hieraus ein Anspruch auf Vertragsanpassung oder ein Recht des

Schenkens ergeben kann, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten und den geschenkten Gegenstand zurückzuverlangen (§ 313 Abs. 1 und 3 BGB).

12 a) Wie jedem Vertrag können auch dem Schenkungsvertrag Umstände oder Vorstellungen eines oder beider Vertragspartner vom Bestand oder künftigen Eintritt solcher Umstände zugrunde liegen, die nicht zum Vertragsinhalt erhoben werden, auf denen der Geschäftswille jedoch gleichwohl aufbaut und deren schwerwiegende Veränderung daher eine Anpassung des Vertrages oder gar das Recht eines oder beider Vertragspartner erfordern kann, sich vom Vertrag zu lösen.

13 b) Bei der Prüfung, was im Einzelfall Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrags ist, ist zu berücksichtigen, dass der Schenkungsvertrag keinen Austauschvertrag darstellt, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem synallagmatischen Verhältnis stehen. Der Schenkungsvertrag ist vielmehr durch das Versprechen einer einseitigen unentgeltlichen Zuwendung gekennzeichnet, mit der der Schenker einen Vermögensgegenstand weggibt und dem Beschenkten, soweit die Schenkung nicht unter einem Vorbehalt oder einer Bedingung oder mit einer Auflage erfolgt, diesen Gegenstand zur freien Verfügung überlässt. Der Beschenkte schuldet keine Gegenleistung; er „schuldet“ dem Schenker nur Dank für die Zuwendung und der Schenker kann das Geschenk zurückfordern, wenn der Beschenkte diese Dankbarkeit in besonderem Maße vermissen lässt und sich durch eine schwere Verfehlung gegenüber dem Schenker oder einem nahen Angehörigen als grob undankbar erweist (§ 530 Abs. 1 BGB).

14 Den Schenkungsvertrag kennzeichnet damit in zweifacher Hinsicht eine Asymmetrie. Zum einen steht der Leistung des Schenkers keine Gegenleistung des Beschenkten gegenüber, zum anderen ist die Leistung des Schenkers mit der Übertragung des Schenkungsgegenstands erbracht, während die Dankesschuld des Beschenkten andauert. Zehn Jahre dauert auch dessen Verpflichtung an, das Geschenk nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugeben, wenn und soweit der Schenker des Geschenks bedarf, um seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht zu erfüllen (§ 528 Abs. 1, § 529 Abs. 1 BGB).

15 Diese Asymmetrie ist typischerweise auch kennzeichnend für die für die Geschäftsgrundlage relevanten Vorstellungen der Vertragsparteien. Je mehr der zugewendete Gegenstand nach seiner Art und seinem Wert geeignet ist, die künftige Lebensgestaltung des Beschenkten zu beeinflussen, desto eher wird der Schenker typischerweise Vorstellungen über diese Lebensgestaltung hegen. Die Zuwendung von Grundeigentum oder von Geldbeträgen, die dem Grunderwerb dienen sollen, ist dafür ein besonders häufiges Beispiel. Der private Grunderwerb ist regelmäßig auf Dauer, zumindest auf eine gewisse Dauer, ausgelegt und es wird regelmäßig angenommen werden können, dass auch der Schenker, der dem Beschenkten ein Grundstück oder einen hierfür zu verwendenden Geldbetrag verspricht, damit die Vorstellung verbindet, dass das Grundstück dem Beschenkten zumindest für einen längeren Zeitraum zur Verfügung stehen wird.

16 Bei der Annahme, dass Vorstellungen dieser Art die Geschäftsgrundlage der Schenkung bilden, ist jedoch Zurückhaltung geboten. Nicht jede bei Vertragsschluss zutage tretende Vorstellung gehört zur Geschäftsgrundlage des Vertrages. Die Vorstellung muss vielmehr nach § 313 Abs. 1 BGB zur Grundlage des Vertrages geworden sein; der Geschäftswille muss, wie es bereits die Rechtsprechung vor der Kodifizierung des Instituts des Wegfalls der Geschäftsgrundlage formuliert hat, auf dieser Vorstellung aufbauen (BGH, Urteile vom 23.10.1957, V ZR 219/55, BGHZ 25, 390, 392; vom 14.10.1992, VIII ZR 91/91, BGHZ 120, 10, 23 (zu II. 5. b)); vom 1.2.2012, VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rdnr. 26; vom 6.5.2014, X ZR 135/11, NJW 2014, 2638 Rdnr. 12). Vorstellungen zur möglichen Realisierung von Risiken, die in die Sphäre einer Partei fallen, betreffen den Inhalt des Vertrages, nicht seine Grundlage; erweisen sie sich als unzutreffend, geht dies grundsätzlich zulasten der Partei, die vertraglich das Risiko übernommen hat.

17 Anders als bei einer ehe- oder gemeinschaftsbezogenen Zuwendung unter Ehegatten oder Partnern einer Lebensgemeinschaft, mit der der Zuwendende etwas zur (ehelichen) Lebensgemeinschaft beiträgt und die Erwartung hegt, an dem Vermögenswert selbst weiterhin partizipieren zu können, ist eine Schenkung darauf gerichtet, den Schenker endgültig zu entreichern und den Beschenkten um den Schenkungsgegenstand zu bereichern, der ihm frei zur Verfügung stehen soll (vgl. BGH, Urteil vom 6.5.2014, X ZR 135/11, NJW 2014, 2638 Rdnr. 9; Urteil vom 27.6.2012, XII ZR 47/09, NJW 2012, 2718 Rdnr. 18). Ist nichts anderes vereinbart, soll der Beschenkte – über die gesetzlichen nachwirkenden Verpflichtungen hinaus – gerade keinen rechtlichen Bindungen unterliegen. Insbesondere soll die Schenkung kein Dauerschuldverhältnis begründen, das den Beschenkten dauerhaft an die Vorstellungen bände, die die Bereitschaft des Schenkers zur Abgabe des Schenkungsversprechens bestimmt oder jedenfalls beeinflusst haben. Der Beschenkte muss daher grundsätzlich – auch bei veränderten Umständen – nicht mit einer Pflicht zur Rückgabe des Geschenks rechnen, es sei denn, die Schenkung ist mit Auflagen (§ 525 BGB) oder Zweckabreden (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) verbunden oder die vom Gesetz dem Behaltendürfen des Geschenks gezogenen Grenzen bei Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB) oder groben Undanks des Beschenkten (§ 530 BGB) sind überschritten. Innerhalb dieser Grenzen und insbesondere, wenn der Schenker seine Vorstellungen nicht über eine Auflage oder Zweckabrede zum Vertragsinhalt erhebt, ist für die Schenkung der Wille des Schenkers geradezu konstitutiv, es der Handlungsfreiheit des Beschenkten zu überlassen, wie er mit dem geschenkten Vermögenswert umgeht und ob und in welchem Umfang er den – ausgesprochen oder unausgesprochen – mit der Schenkung verbundenen Erwartungen des Schenkers Rechnung trägt.

18 Bis zur Grenze des groben Undanks hat danach der Schenker grundsätzlich das „Risiko“ zu tragen, dass die künftige Lebensgestaltung des Beschenkten und sein Umgang mit dem Geschenk nicht den Vorstellungen entsprechen, die er mit dem Schenkungsversprechen verbunden hat. Dies ist gerade die Konsequenz der freigiebigen Zuwendung, der nicht als Gegenleistung die Verpflichtung des Beschenkten

gegenübersteht, es dem Beschenkten im Hinblick auf das Geschenk in jeder Hinsicht und auf Dauer „recht zu machen“. Die Heranziehung des § 313 BGB darf nicht dazu führen, dem Schenkungsvertrag im Wege der Vertragsanpassung rechtliche Verpflichtungen zu unterlegen, die in Widerspruch zu der vereinbarten und für ihn charakteristischen unentgeltlichen Zuwendung stehen und die unbedingte und unwiderrufliche unentgeltliche Zuwendung in eine bedingte oder widerrufliche Übertragung eines Vermögensgegenstands umwandeln.

19 c) Danach wird der Zuwendung von Grundeigentum, das vom Beschenkten bewohnt werden soll, oder zu einem entsprechenden Grunderwerb bestimmter Geldbeträge regelmäßig die Vorstellung des Schenkers zugrunde liegen, die Wohnnutzung des Grundstücks werde jedenfalls von einiger Dauer sein. Insbesondere wird eine solche Zuwendung an ein Kind des Schenkers und dessen Partner, die anlässlich der Eheschließung oder sonstigen dauerhaften Verbindung oder in deren Erwartung erfolgt, regelmäßig mit der Vorstellung verbunden sein, das Hausgrundstück werde jedenfalls für einige Dauer von den beschenkten Partnern und ggf. deren Kindern als gemeinsame Familienwohnung genutzt werden. Denn typischerweise ist die beabsichtigte Langfristigkeit der Nutzung ein wesentlicher Beweggrund für die Zuwendung privaten Grundeigentums und regelmäßig ist ohne Weiteres die Annahme gerechtfertigt, der Schenker hätte den Geschäftswillen zur Zuwendung nicht entwickelt, wenn er gewusst hätte, dass die (gemeinsame) Nutzung der Immobilie durch die Beschenkten nur kurzfristig sein werde.

20 Dies darf jedoch nicht mit der Annahme gleichgesetzt werden, die gemeinsame Nutzung werde erst mit dem Tod eines Ehegatten oder Partners der Lebensgemeinschaft enden. Dies mag zwar der Wunsch oder die Hoffnung des Schenkers sein, so wie es regelmäßig der Wunsch oder jedenfalls die Hoffnung der Beschenkten sein wird, soweit sie sich hierüber Gedanken machen. Der Schenker muss aber regelmäßig damit rechnen, dass die Ehe seines Kindes mit dem mitbeschenkten Ehegatten nicht auf Lebenszeit Bestand hat oder dass sie zwar – etwa aus religiösen Gründen – rechtlichen Bestand hat, die Eheleute sich aber gleichwohl auseinanderleben und die gemeinsame Nutzung der Immobilie daher zu irgendeinem Zeitpunkt ihr Ende findet und erst recht gilt dies für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft. Ob und ggf. wann sich ein solches Risiko verwirklicht, ist für den Schenker wie für jeden anderen selbst dann nicht vorhersehbar, wenn er besondere Umstände erkennt oder zu erkennen meint, die für oder gegen einen lebenslangen Bestand der Lebensgemeinschaft sprechen. So wird sich regelmäßig schon nicht annehmen lassen, der Schenker hätte den Schenkungswillen nicht oder nicht in gleicher Höhe der Zuwendung entwickelt, wenn er gewusst hätte, dass die Ehe nach 15 Jahren – der durchschnittlichen Ehedauer zum Zeitpunkt der Scheidung in Deutschland im Jahr 2017 (vgl. Statistisches Bundesamt, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-Lebenspartnerschaften/Tabellen/masszahlen-ehescheidungen.html) – würde geschieden werden. Die Annahme, dass der Geschäftswille des Schenkers auf der Vorstellung von einer bestimmten oder gar lebenslangen Dauer der Beziehung aufbaut, entspricht daher nicht der Lebenserfahrung. Umso weniger rechtfertigt sich die Annahme

einer solchen Geschäftsgrundlage angesichts des Umstands, dass konkrete Erwartungen des Schenkers hinsichtlich der Dauer des Zusammenlebens der Beschenkten notwendigerweise spekulativ sein müssen.

21 Es kann daher allenfalls aufgrund besonderer, im Einzelfall vom Tatrichter festzustellender Umstände angenommen werden, der Geschäftswille des Schenkers baue auf der Vorstellung einer lebenslang andauernden Beziehung auf. Als Grundlage der gemeinsamen schenkungsweisen Zuwendung von Grundeigentum oder hierfür bestimmter anderer Vermögenswerte an das eigene Kind und dessen Partner kommt vielmehr regelmäßig nur die Vorstellung in Betracht, die Lebensgemeinschaft und damit die gemeinsame Nutzung der Immobilie durch die Beschenkten werde von mehr als kurzer Dauer sein; Anhaltspunkte zur Bemessung dieses Zeitraums könnten sich insoweit aus der – freilich einen anderen rechtlichen Zusammenhang betreffenden – Rechtsprechung zur Bemessung der kurzen Dauer einer Ehe im Sinne von § 1579 Nr. 1 BGB ergeben.

22 3. Hiernach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Geschäftsgrundlage der Schenkung der Klägerin an den Beklagten weggefallen ist.

23 a) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Zuwendung sei in der Erwartung erfolgt, die Beziehung zwischen der Tochter der Klägerin und dem Beklagten werde andauern und das zu erwerbende Grundeigentum werde die „räumliche Grundlage“ des weiteren, nicht nur kurzfristigen Zusammenlebens der Partner bilden, beruht auf einer rechtlich möglichen und nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Würdigung des Sachvortrags der Parteien. Da die Tochter der Klägerin und der Beklagte zum Zeitpunkt der Zuwendung bereits mehrere Jahre zusammenlebten und sich anschickten, dieses Zusammenleben durch den gemeinsamen Erwerb einer Immobilie zu verfestigen, liegt es nahe, dass der Schenkungswille der Klägerin auf der Vorstellung aufbaute, ihre Tochter und der Beklagte setzten ihre Lebensgemeinschaft jedenfalls auf längere Zeit fort. Es entspricht zudem der Lebenserfahrung, dass eine Zuwendung in der in Rede stehenden Höhe an eine Person, welcher der Schenker nicht aus anderen Gründen besonders verbunden ist, regelmäßig nur in der Annahme erfolgt, damit zum dauerhaften Zusammenleben des Beschenkten mit dem eigenen Kind oder einer anderen Person, für die der Schenker in ähnlicher Weise Sorge tragen möchte, beizutragen.

24 Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war dem Beklagten auch bewusst, dass die Zuwendung mit dieser Vorstellung erfolgte. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen konnte der Beklagte auch nur in der Annahme, seine Lebensgemeinschaft mit der Tochter der Klägerin sei – weiterhin und mit dem gemeinsamen Immobilienerwerb erst recht – auf Dauer angelegt, die Motivation der Klägerin für die an ihn erfolgte Schenkung sehen. Daran ändert auch der Verweis der Revision auf das Vorbringen des Beklagten nichts, die Klägerin und ihr Ehemann hätten ihn zur Geldannahme gedrängt, weil es ihnen darum gegangen sei, Geld zu „parken“, um nicht für die Kosten der Pflege der Schwiegermutter der Klägerin herangezogen zu werden. Denn der Beklagte hat auch vorgetragen, die Zuwendung sei mit dem Hinweis erfolgt: „Ihr bekommt es doch sowieso“. Beide

Gesichtspunkte stehen damit der Annahme nicht entgegen, die Zuwendung sei im Hinblick auf ein erkennbar erwartetes weiteres Zusammenleben der Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt.

25 b) Die Geschäftsgrundlage der Schenkung ist weggefallen, da sich die Tochter der Klägerin und der Beklagte weniger als zwei Jahre nach der Schenkung getrennt haben und sich die der Zuwendung zugrunde liegende Annahme, die Partner würden die Lebensgemeinschaft nicht lediglich für kurze Zeit fortsetzen, damit als unzutreffend erwiesen hat.

26 4. Im Hinblick auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist der Klägerin das Recht zuzubilligen, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten.

27 a) Ein Festhalten am unveränderten Vertrag ist der Klägerin nicht zuzumuten.

28 aa) Bei einer Störung oder dem Wegfall der Geschäftsgrundlage kann nach § 313 Abs. 1 BGB Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung der Zumutbarkeit muss deshalb insbesondere das vertragstypische Pflichtenprogramm sowie die sich hieraus ergebende Risikoverteilung in den Blick nehmen.

29 Die freigiebige Zuwendung entzieht sich als solche grundsätzlich einer Prüfung am Maßstab einer umfassenden Interessenabwägung. Die Zuwendung ist beiden Vertragsparteien „zumutbar“, weil sich der Schenker dem Grunde und der Höhe nach für ein bestimmtes Schenkungsversprechen entschieden hat. Hat der Schenker den Schenkungsvertrag erfüllt und das Geschenk zugewendet, stellt sich auch umgekehrt grundsätzlich nicht die Frage, ob es ihm zuzumuten ist, dem Beschenkten das Geschenk auch zu belassen, oder ob es dem Beschenkten zuzumuten ist, das Geschenk insgesamt oder teilweise zurückzugeben. Daher kann bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auch der Maßstab der Zumutbarkeit grundsätzlich nur die freie Entscheidung des Schenkers für die Zuwendung sein. Maßgeblich ist, ob und inwieweit die Kenntnis der veränderten Umstände diese Entscheidung beeinflusst hätte.

30 Ist die Schenkung mit der für den Beschenkten erkennbaren Vorstellung erfolgt, damit zur Grundlage eines (weiteren) dauerhaften Zusammenlebens der (Ehe-)Partner beizutragen, und rechtfertigt sich die Annahme, dass das Schenkungsversprechen nicht gemacht worden wäre, wäre für den Schenker das alsbaldige Ende dieses Zusammenlebens erkennbar gewesen, kann dem Schenker daher regelmäßig nicht zugemutet werden, sich unverändert an der Zuwendung festhalten lassen zu müssen.

31 bb) Die weiteren festgestellten Umstände rechtfertigen es nicht, die Zumutbarkeit im Streitfall anders zu beurteilen.

32 Insbesondere ergibt sich aus den festgestellten oder vortragenen Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Parteien kein Anhalt dafür, dass es der Klägerin zumutbar wäre, (unverändert) am Vertrag festzuhalten, oder umgekehrt dem Beklagten unzumutbar wäre, das Geschenk zurückzuge-

ben. Es bedarf daher keiner Erörterung, ob und ggf. unter welchen weiteren Voraussetzungen und in welcher Weise der Rechtsgedanke des § 529 Abs. 2 BGB Berücksichtigung finden könnte oder müsste.

33 Das Festhalten am (unveränderten) Vertrag ist der Klägerin auch nicht deshalb zuzumuten, weil ihre Tochter insgesamt mindestens vier Jahre in dem mit den schenkweise zugewandten Beträgen finanzierten Haus gewohnt hat. Denn der Anspruch der Klägerin aus § 313 Abs. 1 BGB ist mit dem Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der Trennung der Partner entstanden. Die weitere Nutzung der Immobilie durch die Tochter der Klägerin ist hierfür ohne Bedeutung.

34 b) Die Klägerin ist zum Rücktritt vom Schenkungsvertrag berechtigt. Eine Anpassung des Vertrags im Sinne einer nur teilweisen Rückgabe des Geschenks oder der Erstattung seines Werts ist ihr entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zuzumuten.

35 aa) Ist die Geschäftsgrundlage eines Vertrages weggefallen, weil sich grundlegende Umstände schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, hätten sie diese Veränderung vorausgesehen, kann nach § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur eine Anpassung des Vertrags verlangt werden. Nur wenn eine Anpassung nicht möglich oder einer Partei nicht zumutbar ist, kann die durch den Wegfall benachteiligte Vertragspartei nach § 313 Abs. 3 BGB vom Vertrag zurücktreten oder ein Dauerschuldverhältnis kündigen.

36 Dieser Vorrang der Anpassung gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien in Voraussicht der veränderten Umstände den Vertrag nicht mit anderem Inhalt, sondern gar nicht geschlossen hätten. Auch wenn damit sowohl die Frage, ob der Vertrag gar nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre, als auch die Frage, welchen anderen Inhalt die Parteien im letzteren Fall dem Vertrag gegeben hätten, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB betreffen und für die Rechtsfolge nicht notwendig entscheidend sind, kann doch bei Bestimmung der Rechtsfolge regelmäßig nicht außer Betracht bleiben, wie die Vertragspartner verfahren wären, wenn sie die später veränderten Umstände antizipiert hätten. Denn da § 313 BGB der Diskrepanz Rechnung tragen soll, die zwischen der tatsächlichen Entwicklung und den Geschäftswillen bestimmenden Vorstellungen hierüber entstanden ist, kann deren Beseitigung unter Beibehaltung der vertraglichen Wertungen und der gesetzlichen Wertungen des betroffenen Vertragstyps am besten erfolgen, wenn feststellbaren Anhaltspunkten dafür, wie die Vertragspartner in Kenntnis der geänderten Umstände gehandelt hätten, so weit wie möglich Rechnung getragen wird. Daher ist eine Vertragsanpassung im Allgemeinen dann als unzumutbar anzusehen, wenn sie nur zu einem Vertragsinhalt führen kann, der einer Überprüfung am Maßstab eines hypothetischen Parteiwillens nicht standhält und den zumindest eine Partei in Kenntnis der geänderten Umstände nicht vereinbart hätte (vgl. OLG Saarbrücken, NJW 2012, 3731, 3734 (zu B. IV. 1. a)); Erman/Böttcher, BGB, 15. Aufl., § 313 Rdnr. 44; MünchKomm-BGB/Finkenauer, 8. Aufl., § 313 Rdnr. 105).

37 bb) Dies hat für den Schenkungsvertrag grundlegende Bedeutung. Denn insbesondere in den hier in Rede stehenden Fällen der Zuwendung von zum gemeinsamen Wohnen bestimmtem Grund- oder Wohnungseigentum oder von zu deren Erwerb bestimmten erheblichen Geldbeträgen liegt es regelmäßig fern, dass die Entscheidung des Schenkers über das Ob der Zuwendung und die Höhe des zugewendeten Betrages davon abhängt, mit welcher voraussichtlichen Dauer der gemeinsamen Nutzung er rechnet. Bleibt diese Dauer hinter dem vorstellbaren Maximum zurück, kann sich mit Blick auf die Geschäftsgrundlage vielmehr regelmäßig nur die Frage stellen, ob der Schenker in Kenntnis dieses Umstands von der Schenkung abgesehen oder sie gleichwohl – und im Zweifel in gleicher Höhe – versprochen hätte. Eine Anpassung, wie sie das Berufungsgericht mit der Zuerkennung einer Rückzahlungsverpflichtung in Höhe von 91,6 % des Wertes des Geschenks vorgenommen hat, verfehlt daher regelmäßig den mutmaßlichen Parteiwillen. Vielmehr ist, hat sich die Vorstellung einer dauerhaften gemeinsamen Nutzung des Grund- oder Wohnungseigentums nicht verwirklicht, im Allgemeinen die Annahme gerechtfertigt, der Schenker hätte in Kenntnis dieses Umstands von der Schenkung abgesehen, und es ist ihm in diesem Fall, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, nicht zuzumuten, dem Beschenkten das Geschenk auch nur teilweise zu belassen.

38 cc) Hiernach ist die Abwägung des Berufungsgerichts im Ergebnis nicht zu beanstanden; der Umstand, dass das Berufungsgericht der Klägerin nur eine Rückzahlungsforderung in Höhe von 91,6 % des Wertes des Geschenks zugebilligt hat, beschwert den Beklagten nicht.

39 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätte die Klägerin dem Beklagten aus ihrem Vermögen nichts zugewendet, wenn dieser nicht in einer Lebensgemeinschaft mit ihrer Tochter zusammengelebt und alle Beteiligten an den Fortbestand dieser Lebensgemeinschaft geglaubt hätten. Demnach hätte die Klägerin in Voraussicht des Umstands, dass die Lebensgemeinschaft kurze Zeit später scheitern würde, die Schenkung unterlassen und folglich auch keinen geringeren Betrag zugewendet. Eine Anpassung des Schenkungsvertrags auf einen geringeren Betrag ist für die Klägerin deshalb nicht zumutbar.

40 Dem Umstand, dass die Immobilie für eine gewisse Zeit von den Partnern genutzt werden konnte, wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass der Beklagte, anders als bei einem Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen Verarmung (BGH, Urteil vom 17.4.2018, X ZR 65/17, BGHZ 218, 227), die seit der Schenkung gezogenen Nutzungen nicht herauszugeben hat. Der Nutzungsvorteil verbleibt ihm daher bis zum Zeitpunkt des Rücktritts.

41 5. Die Rückzahlungspflicht ist aus den zutreffend ausgeführten Gründen des Berufungsurteils weder verjährt noch verwirkt.

42 6. Zinsen stehen der Klägerin aus einem Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage erst ab dem 31.1.2015 zu, dem Zeitpunkt, zu welchem dem Beklagten der den Rücktritt enthaltende Schriftsatz der Klägerin vom 26.1.2015 zugegangen ist. Vor Zugang der Rücktrittserklärung wird der Rück-

gewähranspruch gemäß § 346 BGB nicht fällig. Verzugs- und Prozesszinsen gemäß § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1, § 291 BGB entstehen erst ab diesem Zeitpunkt (vgl. Staudinger/Kaiser, Neub. 2012, § 346 Rdnr. 292; MünchKomm-BGB/Gaier, § 346 Rdnr. 41).

43 Soweit das Berufungsgericht Zinsen für die Zeit vor dem 31.1.2015 zuerkannt hat und sich diese aus einem über den vom Beklagten anerkannten Teilbetrag von 600 € hinausgehenden Betrag errechnen, kann das Berufungsurteil hiernach keinen Bestand haben. Insoweit ist vielmehr das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. Der Senat versteht die Verteidigung des Berufungsurteils durch die Klägerin dahin, dass diese den ursprünglich geltend gemachten Darlehensrückzahlungsanspruch nur für den Fall weiterverfolgen will, dass die im Berufungsverfahren durch teilweise Klagerücknahme reduzierte Klagehauptforderung nicht auf der Grundlage eines Rücktritts vom Schenkungsvertrag zuerkannt werden kann.

44 III. Soweit die Entscheidung des Senats hinsichtlich der Voraussetzungen für die Feststellung einer bestimmten Dauer des Fortbestehens der Lebensgemeinschaft als Geschäftsgrundlage des Schenkungsvertrages oder hinsichtlich der bei der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte mit Entscheidungen des XII. Zivilsenats nicht im Einklang stehen sollte, bedarf es keiner Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen. Die Entscheidungen des XII. Zivilsenats, die hierzu Anlass geben könnten (siehe insbesondere Beschluss vom 26.11.2014, XII ZB 666/13, NJW 2015, 690 Rdnr. 21 ff., 28), betreffen anders als der Streitfall Schenkungen an den Ehegatten eines Kindes des Schenkers. Überdies hat der XII. Zivilsenat mitgeteilt, dass die Beurteilung des Streitfalls im Ergebnis auch sachlich nicht in Widerspruch zu einer von ihm getroffenen Entscheidung steht, insbesondere die quotenmäßige Berechnung eines Rückzahlungsbetrages, wie sie vom Berufungsgericht vorgenommen wurde, auch nach seiner Auffassung den Anforderungen des § 313 BGB nicht gerecht wird.

(...)

12. Anspruch auf Elternunterhalt

BGH, Beschluss vom 20.2.2019, XII ZB 364/18 (Vorinstanz: OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2018, 11 UF 57/18)

BGB § 528 Abs. 1, § 1603 Abs. 1

LEITSATZ:

Verschenkt der zum Elternunterhalt Verpflichtete eine selbst genutzte, unterhaltsrechtlich als Vermögen nicht einsetzbare Eigentumswohnung und behält er sich daran einen lebenslangen Nießbrauch vor, so kann sich seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit nicht durch einen Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB erhöhen.

SACHVERHALT:

1 I. Der Antragsteller macht als Sozialhilfeträger aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Elternunterhalt für die Zeit von Mai 2017 bis November 2017 geltend.

2 Der Antragsteller erbrachte der pflegebedürftigen Mutter des Antragsgegners, die vollstationär in einem Altersheim untergebracht war, ab März 2017 Sozialhilfeleistungen in Höhe seines Antrags. Die Mutter verstarb im Dezember 2017.

3 Der 1951 geborene Antragsgegner ist verheiratet und bezieht Renteneinkünfte. Seine 1954 geborene Ehefrau bezieht Vorruhestandsbezüge als Beamtin. Sie wird vom Antragsteller im vor dem Senat geführten Parallelverfahren mit dem Aktenzeichen XII ZB 365/18 für ihre Mutter ebenfalls auf Elternunterhalt in Anspruch genommen.

4 Die Ehegatten bewohnen eine Eigentumswohnung mit einer Wohnfläche von 91 m². Diese stand ursprünglich in ihrem jeweils hälftigen Miteigentum. Im Oktober 2014 übertrugen sie die Eigentumswohnung schenkweise auf ihre Tochter und behielten sich ein lebenslanges Nießbrauchsrecht vor.

5 Die Beteiligten streiten vor allem um die Frage, ob von den Ehegatten zu verlangen ist, dass sie die Schenkung zurückfordern, um daraus im erweiterten Umfang Elternunterhalt leisten zu können. Das AG hat den Antragsgegner für die Zeit von Mai 2017 bis Oktober 2017 zur Zahlung von insgesamt 973,56 € nebst Zinsen verpflichtet. Das OLG hat auf die Beschwerde des Antragstellers den Unterhalt für November 2017 einbezogen und die Verpflichtung auf 1.157,48 € nebst Zinsen erhöht.

6 Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde des Antragstellers, der seinen weitergehenden Antrag auf Zahlung von insgesamt 2.314,68 € nebst Zinsen weiterverfolgt.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die Rechtsbeschwerde hat keinen Erfolg.

8 1. Nach Auffassung des OLG besteht kein weitergehender Unterhaltsanspruch, als er sich aus den Einkommensverhältnissen der Ehegatten einschließlich Wohnvorteil errechnet. Der Antragsgegner müsse für den Unterhalt kein Vermögen einsetzen. Dazu gehörten zwar auch alle Ansprüche, die auf Zahlung von Geld oder Verschaffung von Eigentum gerichtet seien. Der Antragsgegner habe gegenüber seiner Tochter einen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB, weil er nach Vollziehung der Schenkung außerstande sei, die ihm seinen Verwandten gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen.

9 Es komme aber stets darauf an, ob die Vermögensverwertung zumutbar sei. Eine solche könne etwa nicht verlangt werden, wenn sie den Unterhaltsschuldner von fortlaufenden Einkünften abschneiden würde, die er zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts benötige. Auch könne die Verwertung eines angemessenen selbst genutzten Immobilienbesitzes regelmäßig nicht verlangt werden. Bei der Bemessung dessen, was zumutbar ist, sei insbesondere in Rechnung zu stellen, dass das Unterhaltsrechtsverhältnis zwischen unterhaltsberechtigten Eltern und ihren unterhaltspflichtigen Kindern schwächer ausgestaltet sei als das umgekehrte Verhältnis beim Kindesunterhalt.

10 Gemessen hieran könne vom Antragsgegner eine Rückforderung der Schenkung nicht verlangt werden. Seine Tochter habe ihm im Fall der Rückforderung den gesamten hälftigen Miteigentumsanteil zurückübertragen können. Sie sei nach § 528 Abs. 1 BGB nicht verpflichtet gewesen, ihn mit einer monatlichen Geldzahlung in Höhe des noch offenen Be-

darfs ihrer Großmutter abzufinden. Wäre die Rückübertragung des Miteigentumsanteils erfolgt, hätte der Antragsgegner den Miteigentumsanteil nicht verwerten müssen, weil er die Wohnung selbst bewohne und hierauf für seinen weiteren eigenen Lebensunterhalt angewiesen sei. Das unterhaltspflichtige Kind, welches seine selbst bewohnte Immobilie unter Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts verschenke, benötige die Immobilie in gleicher Weise, wie wenn es noch Eigentümer geblieben wäre. Die Verneinung einer Rückforderungsobliegenheit werde durch § 852 Abs. 2 ZPO unterstützt, der den Rückforderungsanspruch im Regelfall von der Pfändung ausnehme, um eine Geltendmachung des Anspruchs gegen den Willen des Anspruchsinhabers zu verhindern.

11 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

12 Der im vorliegenden Verfahren aufgrund § 1601 BGB, § 94 Abs. 1 SGB XII geltend gemachte Anspruch auf Elternunterhalt besteht nur im Umfang der Leistungsfähigkeit des Antragsgegners als Unterhaltsschuldner nach § 1603 Abs. 1 BGB.

13 a) Der vom OLG aus dem Einkommen des Antragsgegners (Renteneinkünfte und Wohnvorteil) errechnete Umfang der Leistungsfähigkeit steht grundsätzlich mit der Rechtsprechung des Senats im Einklang (vgl. Senatsbeschlüsse, BGHZ 186, 350 = FamRZ 2010, 1535 Rdnr. 39 ff. und BGHZ 200, 157 = FamRZ 2014, 538 Rdnr. 22 ff.). Soweit den Vorinstanzen bei der Quotierung ein Fehler unterlaufen ist, wirkt sich dieser nicht zum Nachteil des Antragstellers als Rechtsbeschwerdeführer aus.

14 b) Das OLG hat eine Obliegenheit des Antragsgegners, den Unterhalt (teilweise) aus Vermögen zu leisten, zutreffend abgelehnt. Für eine Zurechnung von – fiktiven – Erlösen aus einer Vermögensverwertung fehlt es hier an einer rechtlichen Grundlage.

15 aa) Im Ausgangspunkt gehört ein Rückforderungsanspruch nach § 528 Abs. 1 BGB allerdings zum einsetzbaren Vermögen gemäß § 1603 Abs. 1 BGB (vgl. Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 9. Aufl., § 1 Rdnr. 600 ff. m. w. N.).

16 Der Anspruch setzt nach § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB voraus, dass der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außerstande ist, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten und die ihm seinen Verwandten, seinem Ehegatten, seinem Lebenspartner oder seinem früheren Ehegatten oder Lebenspartner gegenüber gesetzlich obliegende Unterhaltspflicht zu erfüllen. Der Anspruch setzt nicht voraus, dass diese beiden gesetzlichen Alternativen erfüllt sind. Er kann vielmehr auch dann gegeben sein, wenn allein die Fähigkeit zur Erfüllung gesetzlicher Unterhaltspflichten nach der Schenkung vermindert oder ausgeschlossen ist (vgl. Staudinger/*Chiusi*, Neub. 2013, § 528 Rdnr. 13; MünchKomm-BGB/*J. Koch*, 7. Aufl., § 528 Rdnr. 3).

17 Wie sich aus der Begrenzung des Anspruchs („soweit“) ergibt, sind Sinn und Zweck des Anspruchs, dem Schenker zu erlauben, mithilfe des zurückgewährten Gegenstands seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder gesetzliche Unterhaltspflichten zu erfüllen (vgl. BGHZ 169, 320 = FamRZ

2007, 277, 278). Dem Gesetzeszweck, die Erfüllung bestehender Unterhaltspflichten zu ermöglichen, kann die Rückforderung nur dienen, wenn durch die Rückgewähr des geschenkten Vermögensgegenstands die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hergestellt oder gesteigert werden würde. Das setzt aber grundsätzlich voraus, dass der Unterhaltspflichtige aus dem verschenkten Gegenstand entweder (weitere) unterhaltsrelevante Erträge ziehen könnte oder ihn insoweit eine unterhaltsrechtliche Verwertungsobliegenheit treffen würde. Ergibt sich aus der Rückgewähr dagegen keine Verbesserung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Schenkers, könnte ein Rückforderungsanspruch seinen Zweck nicht erfüllen und scheidet daher aus.

18 Insoweit unterscheidet sich die Lage von der Rückforderung zur Sicherung des eigenen angemessenen Unterhalts des Schenkers, für den der zurückgeforderte Vermögensgegenstand stets zur Verfügung steht, auch wenn dieser aufseiten des Schenkers sozialhilferechtliches Schonvermögen darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03, FamRZ 2005, 177, 178 m. w. N.). Demgegenüber hat die infolge der Schenkung veränderte Vermögenslage für die in den Schutzbereich des § 528 BGB einbezogenen Unterhaltsberechtigten nur dann nachteilige Auswirkungen, wenn der Schenker dadurch seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit vermindert hat.

19 bb) Nach diesen Maßstäben mangelt es im vorliegenden Fall bereits an den Voraussetzungen für eine Schenkungsrückforderung nach § 528 Abs. 1 BGB.

20 (1) Die infolge der Schenkung veränderte Vermögenslage hat zu keiner Beeinträchtigung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit des Antragsgegners geführt. Denn hinsichtlich des Miteigentumsanteils an der selbst genutzten Eigentumswohnung traf diesen neben der bestehenden Nutzungsobliegenheit keine Obliegenheit zur Vermögensverwertung (vgl. Senatsbeschluss vom 7.8.2013, XII ZB 269/12, FamRZ 2013, 1554 Rdnr. 39 m. w. N.), was die Rechtsbeschwerde nicht in Frage stellt.

21 Die Nutzungen kommen dem Antragsgegner auch nach der Veräußerung in Form von Gebrauchsvorteilen weiterhin ungeschmälert zugute. Sie sind durch den Nießbrauch dinglich gesichert und bei der Unterhaltsberechnung als Einkommen berücksichtigt worden.

22 (2) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ändert sich daran auch nichts aufgrund der Rechtsprechung des BGH, dass der Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB, wenn ein fortlaufender Unterhaltsbedarf zu decken ist, unmittelbar auf wiederkehrende Geldleistungen durch den Beschenkten gerichtet ist und für die Anwendung der Ersetzungsbefugnis nach § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB kein Raum mehr bleibt (BGHZ 137, 76, 83 = FamRZ 1998, 155, 157 m. w. N.).

23 Denn dieser Anspruchsinhalt ist in der genannten Rechtsprechung gerade aus der Begrenztheit des Anspruchs hergeleitet worden. Er kann folglich nicht zur Begründung einer Erweiterung des für den Elternunterhalt einsetzbaren Vermögens dienen. Das muss jedenfalls unter den Umständen des vorliegenden Falls gelten, in dem der Nutzungswert der Immobilie dem Antragsgegner auch nach der Schenkung in vollem

Umfang verblieben ist. Das OLG hat insoweit zutreffend hervorgehoben, dass die Tochter des Antragsgegners sich von einem gegebenen Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB jedenfalls durch Rückgewähr des Miteigentumsanteils an der Eigentumswohnung befreien könnte. Sogar eine vollständige Rückgewähr könnte aber die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Antragsgegners als Schenker nicht erhöhen. Die Vorschrift vermag daher eine Rückforderung zum Zweck der Herstellung einer erhöhten Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt nicht zu rechtfertigen.

24 Nur ausnahmsweise kann der Erlös aus der Veräußerung einer ursprünglich dem unterhaltsrechtlichen Schonvermögen zuzuordnenden Immobilie im Einzelfall unterhaltsrechtlich einsetzbares Vermögen darstellen, wenn dieser hinsichtlich der Zumutbarkeit einer Vermögensverwertung anderen Kriterien unterliegt als die veräußerte Immobilie. Solches kann aber im vorliegenden Fall schon deswegen nicht gelten, weil der Antragsgegner sich im Gegenzug zur Schenkung ein dingliches Nutzungsrecht vorbehalten hat und die Immobilie gemeinsam mit seiner Ehefrau unverändert für eigene Wohnzwecke nutzt. Durch den Vollzug der Schenkung hat sich mithin die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit des Antragsgegners nicht vermindert, außerdem ist dieser nach wie vor auf die ihm verbliebene Nutzungsbefugnis angewiesen.

25 Mit dem Ziel der Erhöhung des Elternunterhalts kann im Ergebnis die Rückforderung also ebenso wenig verlangt werden wie etwa eine Beleihung der Immobilie mithilfe eines zinslosen und erst im Todesfall (von den Erben des Unterhaltspflichtigen) rückzahlbaren Darlehens des Sozialhilfeträgers (vgl. BVerfG, FamRZ 2005, 1051 und Senatsbeschluss vom 20.3.2013, XII ZB 81/11, FamRZ 2013, 1022 Rdnr. 15 ff.). Denn in beiden Fällen würde die nicht einsetzbare selbstgenutzte Immobilie entgegen den gesetzlichen Wertungen durch einen Kunstgriff für den Elternunterhalt einsetzbar gemacht. Die vom Antragsteller erstrebte Anrechnung eines fiktiven Verwertungserlöses liefe darauf hinaus, die Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt allein durch die aufseiten des Unterhaltspflichtigen eingetretene Vermögensminderung zu begründen oder zu erhöhen. Das stünde indessen jedenfalls dann im Widerspruch zu dem mit § 528 Abs. 1 BGB in der Variante der Rückforderung zur Ermöglichung von Unterhaltsleistungen verfolgten Zweck, wenn die Schenkung als solche für die Leistungsfähigkeit des Unterhaltspflichtigen keine nachteiligen Folgen hatte und dieser nach wie vor auf die Nutzung der Immobilie angewiesen ist.

26 Auf die Frage der Gleichzeitigkeit (zeitliche Kongruenz) von Unterhaltsbedürftigkeit und Leistungsfähigkeit (vgl. BVerfG, FamRZ 2005, 1051; Staudinger/Klinkhammer, Neub. 2018, § 1601 Rdnr. 5 m. w. N.) kommt es demnach nicht mehr an.

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **David Siegel**, Landstuhl
und Wiss. Mitarbeiter **Steffen Jauß**,
Frankfurt a. M.

1. Rechtsfrage und Sachverhalt

Mit der besprochenen Entscheidung hatte der BGH eine Frage aus dem Themenkomplex des Sozialhilferegresses beim elternunterhaltspflichtigen Schenker zu beantworten: Ist einem unterhaltspflichtigen Kind das Rückforderungsrecht aus § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB zur Erhöhung seines für den Unterhalt gemäß § 1601 BGB einzusetzenden Vermögens anzurechnen, wenn es seine weiterhin selbst genutzte und seinen Verhältnissen angemessene Eigentumswohnung unter lebenslangem Nießbrauchvorbehalt verschenkt hat?

Der unterhaltspflichtige Sohn – Antragsgegner – und seine Ehegattin übertrugen die ihnen je hälftig gehörende und selbst genutzte Eigentumswohnung schenkweise auf ihre Tochter und behielten sich daran ein lebenslanges Nießbrauchrecht vor. Der zuständige Landkreis – Antragsteller – erbrachte der pflegebedürftigen Mutter des Antragsgegners Sozialhilfeleistungen und macht jetzt einen Unterhaltsanspruch aus übergegangenem Recht gegen den Antragsgegner geltend. Er meint, letzterer müsse auch einen Rückforderungsanspruch aus § 528 Abs. 1 BGB gegen seine Tochter wegen der Schenkung – zumindest rechnerisch – einsetzen. Konkret fordert er die Zahlung des zum Unterhalt erforderlichen Betrages im Sinne des § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB.

2. Entscheidung des BGH

Wie schon die Vorinstanzen¹ hat der BGH obige Frage im Ergebnis verneint. Der im konkreten Fall aufgrund § 1601 BGB i. V. m. § 94 Abs. 1 SGB XII geltend gemachte Unterhaltsanspruch sei der Höhe nach durch die Leistungsfähigkeit des Antragsgegners im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB begrenzt. Diese sei mangels Rückforderungsrecht aus § 528 Abs. 1 BGB nicht erhöht.

Zur Begründung führt der BGH aus, dass auch das Rückforderungsrecht zwar grundsätzlich zu dem gemäß § 1603 Abs. 1 BGB einzusetzenden Vermögen gehöre. Sein Sinn und Zweck sei aber, das Bestreiten des eigenen angemessenen Unterhalts (§ 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB)² oder die Erfüllung bestehender gesetzlicher Unterhaltspflichten (§ 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB) zu ermöglichen. Im konkreten Verfahren war überhaupt nur diese zweite Alternative des § 528 Abs. 1 BGB relevant. Deren Ermöglichungsfunktion könne nur erfüllt werden, wenn durch die Rückgewähr des geschenkten Vermögensgegenstandes die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit hergestellt oder gesteigert wird. Das setze voraus, dass aus dem verschenkten Gegenstand un-

terhaltsrelevante Erträge erzielbar sind oder eine unterhaltsrechtliche Obliegenheit zu seiner Verwertung besteht. Daher müsse der Unterhaltspflichtige gleichsam als Kehrseite hierzu seine unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit durch die Schenkung vermindert haben.

Diese Voraussetzungen seien im zu entscheidenden Fall nicht erfüllt, weshalb bereits kein Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB gegeben sei. Eine Obliegenheit zur Verwertung des verschenkten Miteigentumsanteils an der weiterhin selbst genutzten Eigentumswohnung habe neben der Nutzungsobliegenheit nicht bestanden.³ Die dem Antragsgegner auch nach Veräußerung wegen des Nießbrauchs verbleibenden Gebrauchsvorteile seien bei der Unterhaltsberechnung bereits als Einkommen berücksichtigt worden. Insbesondere sieht der BGH den Antragsgegner auch nicht in der Pflicht zur Zahlung des für den Unterhalt erforderlichen Betrages. Die Rechtsprechung habe aus der Ersetzungsbefugnis des § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB einen solchen Zahlungsanspruch entwickelt, um den Rückforderungsanspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB zu begrenzen.⁴ Deshalb könne dieser Zahlungsanspruch gerade nicht herangezogen werden, um damit eine Erweiterung des unterhaltsrechtlich einzusetzenden Vermögens zu begründen. Der Erlös aus der Veräußerung einer zum unterhaltsrechtlichen Schonvermögen gehörenden Immobilie sei im Übrigen nur ausnahmsweise einzusetzen, wenn für die Verwertung dieses Erlöses als Vermögen andere Kriterien gelten als für die Verwertung der Immobilie selbst. Hieran fehle es, wenn der Schenker sich ein dingliches Nutzungsrecht vorbehalten hat und davon dergestalt Gebrauch macht, dass er die Immobilie weiterhin für eigene Wohnzwecke nutzt; denn damit habe die Schenkung seine Leistungsfähigkeit nicht vermindert.

Die unterhaltsrechtlich an sich nicht einzusetzende, selbst genutzte Immobilie könne im Ergebnis auch nicht durch Rückforderung für den Elternunterhalt einsetzbar gemacht werden. Ein solcher Kunstgriff widerspreche den gesetzlichen Wertungen, weil er die Leistungsfähigkeit für den Elternunterhalt allein mit der Vermögensminderung durch Schenkung begründen bzw. erhöhen würde.

3. Bewertung

Anders als das vorinstanzlich befasste OLG Hamm sucht der BGH die Lösung des Problems somit nicht auf unterhaltsrechtlicher, sondern auf schenkungsrechtlicher Ebene.

- a) OLG Hamm: Unzumutbarkeit der Rückforderung im Sinne des § 1603 Abs. 1 BGB

Das OLG hatte einen Rückgewähranspruch aus § 528 Abs. 1 BGB noch bejaht, aber argumentiert, dass dieser

¹ AG Unna, Beschluss vom 16.2.2018, 12 F 877/17 (nicht veröffentlicht); OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2018, 11 UF 57/18, BeckRS 2018, 24414.

² Dazu BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03, MittBayNot 2005, 394 mit Anm. Krauß, MittBayNot 2005, 349.

³ So bereits BGH, Urteil vom 19.3.2003, XII ZR 123/00, NJW 2003, 2306, 2307 ff.; Beschluss vom 7.8.2013, XII ZB 269/12, MittBayNot 2015, 231, 235; dazu auch Krauß, MittBayNot 2015, 203.

⁴ Vgl. BGH, Urteil vom 29.3.1985, V ZR 107/84, DNotZ 1986, 138, 139 f.; Urteil vom 17.1.1996, IV ZR 184/94, MittBayNot 1996, 192; Urteil vom 28.10.1997, X ZR 157/96, MittBayNot 1998, 89, 91.

nicht nach § 1603 Abs. 1 BGB eingesetzt werden müsse.⁵ Die Verwertung des als Vermögensstamm anzusehenden, angemessenen und selbst genutzten Immobilienbesitzes sei unzumutbar,⁶ weil sie den Unterhaltspflichtigen von fortlaufenden, zur Bestreitung seines eigenen Unterhalts nötigen Einkünften – nämlich den Gebrauchsvorteilen – abschneiden würde. Daher könne der Sozialhilfeträger vom unterhaltspflichtigen Kind nicht verlangen, die unter Nießbrauchvorbehalt verschenkte Immobilie zurückzufordern. Das finde in § 852 Abs. 2 ZPO Bestätigung. Hierbei sei im Besonderen auch zu berücksichtigen, dass die Unterhaltspflicht gegenüber den Eltern schwächer ausgestaltet ist als diejenige im umgekehrten Verhältnis.

b) BGH: Kein Rückforderungsrecht aus § 528 Abs. 1 BGB

Der BGH betont, dass ein Rückforderungsanspruch aus § 528 Abs. 1 BGB an sich zum gemäß § 1603 Abs. 1 BGB einzusetzenden Vermögen gehöre. Anders als das OLG hält er ihn im vorliegenden Fall jedoch für nicht gegeben. § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB sei dahin gehend teleologisch zu reduzieren, dass die rückabzuwickelnde Schenkung ihrerseits zur Verminderung der Leistungsfähigkeit geführt haben müsse. Zweck des Rückforderungsanspruchs sei nämlich, die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit zu erhöhen. Wo dieser Zweck verfehlt wird, könne der Anspruch nicht gegeben sein.

c) Kausalität der Schenkung für den Notbedarf nunmehr doch notwendig?

Eine ähnliche Frage – allerdings im Hinblick auf § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB – hatte der 10. Senat im Jahre 2004 zu entscheiden. Entsprechend der herrschenden Meinung⁷ hatte er damals ausgeführt, dass § 528 Abs. 1 BGB in Abgrenzung zu § 519 Abs. 1 BGB lediglich einen zeitlich nach der Schenkung liegenden Notbedarf voraussetze.⁸ Der Notbedarf müsse nicht notwendig durch die Schenkung hervorgerufen sein; das Wort „nach“ sei also nicht kausal, sondern in dem Sinne temporal gemeint, dass die Schenkung bereits vollzogen sein muss, wenn sich die – ggf. bereits bestehende – Bedürftigkeit herausstellt. Demgegenüber fordert der 12. Senat nunmehr – zumindest im Hinblick auf § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB – gerade eine Kausalbeziehung zwischen Schenkung und Verminderung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit.

Wenn der BGH damit auf die Verminderung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit durch die Schenkung abstellt,

bleibt dies diskussionswürdig. Die Ausführungen des BGH sind offenbar durch die Annahme motiviert, die Leistungsfähigkeit könne überhaupt nur dann durch Rückforderung erhöht werden, wenn die Schenkung sie zuvor vermindert hat. Das wird praktisch meist so sein; ob Ausnahmen denkbar sind, mag hier dahinstehen. Jedenfalls wollte der Gesetzgeber mit § 528 BGB ursprünglich einen Sonderfall des Wegfalls der Geschäftsgrundlage regeln, der auf dem Gedanken beruht, der über unzureichendes Vermögen verfügende Schenker hätte die Schenkung in Kenntnis seiner Bedürftigkeit zumindest in diesem Maße nicht vorgenommen.⁹ Heute steht die Möglichkeit der Solidargemeinschaft im Vordergrund, durch Überleitung des Rückforderungsanspruchs nach § 93 Abs. 1 Satz 1 SGB XII Regress wegen verauslagter Sozialhilfekosten zu nehmen.¹⁰ Beide Gesetzeszwecke werden nur erreicht, soweit der Notbedarf des Schenkers durch die Rückforderung abgeschwächt wird. Deshalb kann aber nur entscheidend sein, dass die Rückforderung die Leistungsfähigkeit erhöht; nicht, dass die Schenkung sie vermindert hat. Die vom BGH im vorliegenden Fall vorgenommene Einschränkung ist im Ergebnis freilich sachgerecht, weil § 528 BGB gegenüber § 519 BGB eine bereits vollzogene Schenkung erhalten, also auch den Beschenkten schützen soll.¹¹

d) Unterschiede zwischen § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 und Alt. 2 BGB

Vor dem Hintergrund der Ermöglichungsfunktion des § 528 Abs. 1 BGB ist konsequent, wenn der BGH an die Rückforderungspflicht zur Herstellung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit gegenüber Dritten nun höhere Anforderungen stellt, als an diejenige zum Bestreiten des eigenen Unterhalts. Im Falle des § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB hatte er das Rückforderungsrecht nämlich deshalb bejaht, weil der zurückgeforderte Gegenstand dem Schenker zur Verfügung steht, selbst wenn er zum sozialhilferechtlichen Schonvermögen rechnet.¹² Insoweit wird also nur die Werthaltigkeit, nicht auch die Verwertbarkeit des zurückzufordernden Geschenks vorausgesetzt. Demgegenüber kann das Rückforderungsrecht seine Ermöglichungsfunktion im Sinne des § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB aber überhaupt nur dann erfüllen, wenn aus einem zurückgeforderten Geschenk entweder weitere unterhaltsrelevante Erträge gezogen werden können oder das Geschenk selbst verwertbar ist.

Die Leistungsfähigkeit konnte vorliegend durch Rückforderung insbesondere deshalb nicht erhöht werden, weil der Antragsgegner die Immobilie auf Grundlage seines Nießbrauchs weiterhin nutzt. Die Immobilie würde, weil sie dem

5 OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2018, 11 UF 57/18, BeckRS 2018, 24414.

6 Zu dem Zumutbarkeitserfordernis Wendl/Dose/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, 10. Aufl. 2019, § 1 Rdnr. 622 f.

7 Statt aller BGH, Urteil vom 7.11.2006, X ZR 184/04, DNotZ 2007, 283, 285; Bamberger/Roth/Gerlein, BGB, 4. Aufl. 2019, § 528 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 528 Rdnr. 1; Staudinger/Chiusi, Neub. 2013, § 528 Rdnr. 14.

8 BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03, MittBayNot 2005, 394, 395; mit Anm. Krauß, MittBayNot 2005, 349.

9 Schon Heck, Grundriss des Schuldrechts, 1929, § 94 BGB Nr. 4; Staudinger/Chiusi, § 528 Rdnr. 1; MünchKomm-BGB/Koch, § 528 Rdnr. 1.

10 BGH, Urteil vom 28.10.1997, X ZR 157/96, MittBayNot 1998, 89, 90; Staudinger/Chiusi, § 528 Rdnr. 5.

11 Staudinger/Chiusi, § 528 Rdnr. 3, Dauner-Lieb/Langen/Dendorfer-Ditges/Wilhelm, BGB, 3. Aufl. 2016, § 528 Rdnr. 2; MünchKomm-BGB/Koch, § 528 Rdnr. 1.

12 BGH, Urteil vom 19.10.2004, X ZR 2/03, MittBayNot 2005, 394, 395.

angemessenen Unterhalt des Schenkers dient, nach Rückgewähr zum gemäß § 1603 Abs. 1 BGB nicht einzusetzenden Vermögensstamm gehören.¹³ § 528 Abs. 1 BGB kann seine Ermöglichungsfunktion hier also nicht erfüllen.

Teilt man die Auffassung des BGH, dass die rückabzuwickelnde Schenkung gerade zur Verminderung der Leistungsfähigkeit geführt haben muss, musste der Anspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB ferner daran scheitern, dass die Schenkung das Vermögen nicht unterhaltsrelevant minderte. Denn der unterhaltsrelevante Wert der Immobilie beschränkte sich, weil den Antragsgegner keine Verwertungsobliegenheit traf, ohnehin auf deren Ertragswert.¹⁴ Die Gebrauchsvorteile der Immobilie aber sind ihm auch nach der Schenkung verblieben und wurden bei der Unterhaltsberechnung bereits als ein das Einkommen erhöhender Wohnvorteil berücksichtigt.

- e) Auch keine Rückforderungspflicht wegen „Rentenanspruchs“ aus § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB

Dass der von der Rechtsprechung entwickelte Zahlungsanspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB keine andere Beurteilung gebietet, begründet der BGH damit, diesen Anspruch gerade zur *Einschränkung des Rückforderungsrechts* entwickelt zu haben. Daher könne er nicht zur Erweiterung der unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit herangezogen werden. Weil eine Rückforderung nach dem Wortlaut des § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB nur möglich sei, „soweit“ dies zur Erfüllung von Unterhaltspflichten erforderlich ist, müsse „kann“ in § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB als „muss“ gelesen werden, wenn der Schenker zu fortlaufender Unterhaltsleistung verpflichtet ist. An die Stelle der Ersetzungsbefugnis¹⁵ trete also ein Anspruch auf fortlaufende Zahlungen bis der Wert des Geschenks vollständig abgegolten ist.¹⁶ Dass der BGH hieraus keine Erweiterung der Unterhaltspflicht ableitet, vermag zu überzeugen, handelt es sich doch letztlich immer noch um den Anspruch aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB. Wo dieser seinem Sinn und Zweck nach nicht gegeben sein kann, besteht kein Grund, den ihn schon tatbestandlich voraussetzenden und in seinem Anwendungsbereich engeren Zahlungsanspruch zuzulassen.

13 MünchKomm-BGB/Born, § 1603 Rdnr. 36; Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis, § 1 Rdnr. 622.

14 Die Unterscheidung zwischen Gegenstands- und Ertragswert nimmt der BGH auch im Kontext des § 2325 Abs. 3 BGB vor; für andere BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, NJW 1992, 2887. Während dort der nach Abzug des Ertragswertes verbleibende Gegenstandswert den ausgleichenden Betrag ergibt, ist in vorliegendem Fall nach § 1603 Abs. 1 BGB überhaupt nur der Ertragswert einzusetzen. Allgemein zur Berechnung bei Überlassungen mit Nießbrauchvorbehalt im Zusammenhang mit § 2325 BGB statt vieler Grziwotz, MittBayNot 2019, 96 m. w. N.

15 MünchKomm-BGB/Koch, § 528 Rdnr. 21 ff.

16 BGH, Urteil vom 29.3.1985, V ZR 107/84, DNotZ 1986, 138; Würzburger Notarhandbuch/Holland, 5. Aufl. 2018, Teil 2 Kap. 6 Rdnr. 24.

- f) Restriktive Rechtsprechungstendenz?

Interesse muss schließlich die Kritik des BGH an Versuchen des Sozialhilfeträgers wecken, unterhaltsrechtlich nicht einzusetzende Vermögenswerte auf Umwegen zu erschließen.¹⁷ Man wird dies – unter gebührender Vorsicht – als Hinweis darauf werten dürfen, auch künftig zumindest ähnlichen Kunstgriffen entgegenzutreten zu wollen. Mit aktuellen legislatorischen Bestrebungen auf Bundesebene steht dies freilich im Einklang, die insgesamt ebenfalls auf eine Restriktion der Elternunterhaltungspflicht zielen.¹⁸

4. Konsequenzen für die Beratungspraxis

Die Entscheidung betrifft eine der wesentlichen Motivationen zur lebzeitigen Übertragung größerer Vermögenswerte von einer Generation auf die nächste. Eltern werden oftmals beim Notar vorstellig, um ihre in einer Immobilie verkörperte Lebensspareleistung – die sie dinglich gesichert weiternutzen wollen – durch Übertragung auf die Kinder dem Zugriff des Sozialhilfeträgers zu entziehen und so das Familienvermögen zu erhalten.

- a) Keine Konsequenzen für Vermögensschutz durch Immobilienübertragung

Die besprochene Entscheidung ändert letztlich wenig daran, dass die Übertragung hierfür nur ein bedingt probates Gestaltungsmittel ist. Das Regelungsziel der Übertragung wird nämlich durch den Bereicherungsanspruch aus § 528 Abs. 1 BGB gefährdet, den der Sozialhilfeträger gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII auf sich überleiten kann, um anschließend daraus Ersatz zu erlangen. Gerät die schenkende Elterngeneration *selbst* dergestalt in Notlage, dass sie ihren *eigenen* Lebensunterhalt nicht mehr bestreiten kann, hält der BGH sogar die Rückforderung einer zum sozialrechtlichen Schonvermögen gehörenden Immobilie für gerechtfertigt. In diesem Fall kann der Sozialhilfeträger also die Rückgängigmachung der Schenkung nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen erzwingen. Was die *Elternunterhaltungspflicht* des Schenkers betrifft, hat der BGH nunmehr zwar klargestellt, dass eine Rückforderung – oder vielmehr die Forderung einer „Geldrente“ aus § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB – zum Zwecke der Erhöhung der Leistungsfähigkeit ausgeschlossen ist, wenn die Immobilie zum unterhaltsrechtlichen Schonvermögen gehört. In diesem Fall muss die Immobilie allerdings schon nicht im Rahmen des gemäß § 93 Abs. 1 SGB XII überleitbaren Unterhaltsanspruch eingesetzt werden. Sie ist demnach ungeachtet einer Übertragung dem Zugriff des Sozialhilfeträgers entzogen. Im Fall des § 528 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB besteht daher schon die den Regelungsbedarf auslösende Gefährdung des Familienvermögens nicht. Im Fall der Alt. 1 hingegen ist die Immobilie regelmäßig erst dann endgültig zugriffsfest, wenn seit Vollzug der

17 So bereits BGH, Beschluss vom 20.3.2013, XII ZB 81/11, NJW 2013, 1676, 1678 und BVerfG, Urteil vom 7.6.2005, 1 BvR 1508/96, NJW 2005, 1927.

18 Bundesratsinitiative zur Neuregelung des Elternunterhalts bei Pflegebedürftigen des Landes Schleswig-Holstein vom 12.4.2019.

Schenkung mindestens zehn Jahre verstrichen sind, sodass die Einwendung des § 529 Abs. 1 Alt. 2 BGB eingreift.

b) Erweiterung des Beschenkten schutzes

Ihre eigentliche Bedeutung entfaltet die Entscheidung hingegen zugunsten des Beschenkten, wenn eine Übertragung der Immobilie tatsächlich erfolgt ist. Nach Auffassung des OLG Hamm hätte sich der Schenker zwar gegenüber seinem Unterhaltsgläubiger auf die Unzumutbarkeit berufen können, den Anspruch aus § 528 Abs. 1 BGB geltend zu machen. Diese Einwendung bleibt jedoch auf das Verhältnis zwischen Unterhaltsberechtigtem und Schenker beschränkt. Macht der Schenker hiervon – aus welchem Grund auch immer – keinen Gebrauch, wäre der Beschenkte gegen seine Inanspruchnahme weitgehend wehrlos. Im Gegensatz dazu räumt der BGH dem Beschenkten eine Verteidigungsmöglichkeit gegen seine Inanspruchnahme ein, indem er schon das Bestehen des Rückforderungsrechts verneint. Im beschriebenen Standardfall müssen die beschenkten Kinder also nur dann noch mit einer Rückforderung rechnen, wenn ihre Eltern selbst – als Schenker – in Notlage geraten. Im Drei-Generationen-Verhältnis müssen die Enkel die Immobilie hingegen nicht zurückgewähren – oder den für den Unterhalt erforderlichen Betrag im Sinne des § 528 Abs. 1 Satz 2 BGB zahlen –, um ihren Eltern zu ermöglichen, den Unterhalt der Großeltern zu bestreiten.

c) Bedeutung für die Übertragung nicht selbst genutzter Immobilien

Anders dürfte sich die Sachlage freilich darstellen, wenn der Schenker die in Rede stehende Immobilie nicht als Eigenheim nutzt, sondern sie etwa vermietet. Zweifellos sind dann vorrangig die Mieterträge als Einkünfte für den Elternunterhalt einzusetzen. Reichen die Einkünfte gleichwohl nicht zu dessen Bestreiten aus, wird auch der Gegenstandswert der Immobilie als Vermögensstamm einzusetzen sein, denn er rechnet in der Regel nicht zum unterhaltsrechtlichen Schonvermögen. Anderes gilt erst, wenn die Verwertung der vermieteten Immobilie den Schenker von fortlaufenden Einkünften abschneidet, die er zum Bestreiten sonstiger Unterhaltsansprüche oder Verpflichtungen sowie für seinen eigenen Unterhalt benötigt.¹⁹ Ihre Grenze findet die Vermögensverwertung im Übrigen erst, wenn sie für den Unterhaltspflichtigen – ökonomisch – nicht mehr vertretbare Nachteile birgt.²⁰ Wo die Rechtsprechung diese Zumutbarkeitsgrenze im Einzelfall zieht, bleibt abzuwarten. Soweit eine solche Einschränkung in Betracht kommt, müsste allerdings auch dies im Interesse des Beschenkten zum Ausschluss des Anspruchs aus § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB führen. Schließlich kann dieser Anspruch auch dann seine Ermöglichungsfunktion nicht erfüllen. Zu erwarten steht allerdings, dass die Rechtsprechung diese Zumutbarkeitsgrenze deutlich niedriger ansetzen wird, als es das OLG

Hamm vorliegend für den Fall der selbst genutzten Immobilie getan hat.²¹

Gestalterische Herausforderungen dürften sich hieraus insbesondere ergeben, wenn die Eltern generation über mehrere Immobilien verfügt, von welchen sie eine selbst nutzt. Sollen diese Immobilien im Wege lebzeitiger Übertragung unter mehreren Kindern verteilt werden, muss die Kinder generation grundsätzlich für einen Zeitraum von zehn Jahren mit einer Inanspruchnahme aus § 528 Abs. 1 BGB rechnen. Hiervon gilt nunmehr eine Ausnahme, wenn die Rückforderung die unterhaltsrechtliche Leistungsfähigkeit der Eltern für die Großeltern generation erhöhen soll. Dann nämlich ist eine Rückforderung bei dem Kind ausgeschlossen, in dessen – mit einem Nießbrauch belasteten – Eigentum das weiterhin selbst genutzte Eigenheim der Eltern überging. Um daraus resultierende Ungerechtigkeiten zu vermeiden, bietet sich an, das Haftungsrisiko insoweit nunmehr verstärkt durch Gleichstellungsklauseln zwischen den Kindern anteilig zu verteilen. Diese sind gebräuchlich, um etwaigen Ungerechtigkeiten aus der zeitlichen Rangfolge des § 528 Abs. 2 BGB vorzubeugen. Sie eignen sich aber auch, um eine Privilegierung des Kindes zu vermeiden, dem das von den Eltern weiterhin genutzte Eigenheim schenkweise zugewendet wurde, welches von den Eltern – bzw. an deren Stelle dem Sozialhilfeträger – zur Erhöhung ihrer unterhaltsrechtlichen Leistungsfähigkeit gegenüber den Großeltern nicht zurückgefordert werden kann.

²¹ OLG Hamm, Beschluss vom 24.7.2018, 11 UF 57/18, BeckRS 2018, 24414.

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

13. Ausschlagungsfrist bei kurzzeitigem Auslandsaufenthalt

BGH, Beschluss vom 16.1.2019, IV ZB 20-21/18 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Beschluss vom 1.8.2018, 3 Wx 33/18, 3 Wx 37/18)

BGB § 1944 Abs. 3

LEITSATZ:

Ein Auslandsaufenthalt im Sinne des § 1944 Abs. 3 BGB liegt jedenfalls dann nicht vor, wenn sich einer der beiden gesetzlichen Vertreter eines minderjährigen Erben bei dem Beginn der Frist lediglich für einige Stunden zu einem Tagesausflug im Ausland aufhält und planmäßig noch am selben Tag an seinen Wohnort im Inland zurückkehrt.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2019, 466.

¹⁹ BGH, Urteil vom 2.11.1988, IVb ZR 7/88, NJW 1984, 524, 525.

²⁰ BGH, Urteil vom 23.10.1985, IVb ZR 52/84, NJW-RR 1986, 66.

14. Pflichtteilsentziehung bei Diebstahl von Bargeld bei dem Erblasser

OLG Stuttgart, Beschluss vom 24.1.2019, 19 U 80/18

BGB § 2333 Abs. 1 Nr. 2, § 2336 Abs. 2 Satz 1, § 2337 BZRG § 32 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Ein Diebstahl von Bargeld i. H. v. 6.100 DM zum Nachteil des Erblassers kann geeignet sein, die Pflichtteilsentziehung wegen eines schweren vorsätzlichen Vergehens nach § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB zu rechtfertigen.
2. In dem Umstand, dass der Pflichtteilsberechtigte viele Jahre nach Begehung der Straftat in das auch von dem Erblasser bewohnte und diesem gehörende Haus einzieht und in diesem bis zum Erbfall wohnt, liegt nicht ohne Weiteres eine Verzeihung im Sinne von § 2337 BGB.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 A. Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz noch über die Pflichtteilsberechtigung des Klägers nach der am (...) 2014 verstorbenen Erblasserin F H, dessen Enkel der Kläger ist.

2 Der Beklagte stellt in Abrede, dass die in § 3 des von der Erblasserin errichteten Erbvertrags vom 2.4.1992 enthaltene Pflichtteilsentziehung wirksam sei. Es heißt dort, die Erblasserin entziehe dem Kläger den Pflichtteil, denn er habe

„sie im Juli 1991 sowie am 21.3.1992 bestohlen. Beim ersten Mal hat er ein Sparbuch sowie Bargeld in Höhe von ca. 800 DM gestohlen, beim zweiten Mal Bargeld i. H. v. 6.100 DM. Der zweite Diebstahl wurde von mir bei der Polizei in L angezeigt, das Ermittlungsverfahren läuft derzeit noch. Auch wenn er den Diebstahl nicht gesteht und aufgrund mangelnder Beweise nicht verurteilt werden kann, kommt für mich aufgrund der gegebenen Umstände kein anderer als Dieb wie A H in Frage“.

3 Wegen der erwähnten Tat vom 21.3.1992 ist der Kläger von dem AG (...) rechtskräftig zu einer Geldstrafe in Höhe von 100 Tagessätzen zu je 50 DM verurteilt worden.

4 Der Beklagte macht geltend, die Erblasserin habe ihm jedenfalls im Sinne von § 2337 BGB verziehen, insbesondere weil er in den Jahren seit 2004 in demselben Haus gewohnt habe wie die Erblasserin selbst und weil die Erblasserin und er seit dem Jahr 2006 einen gemeinsamen Haushalt geführt hätten.

5 B. Prozesskostenhilfe für den zweiten Rechtszug ist dem Kläger zu versagen, weil seiner Berufung die Erfolgsaussicht fehlt. Das LG hat seine Klage auf Feststellung der Pflichtteilsberechtigung im Ergebnis zu Recht als unbegründet abgewiesen. Dementsprechend fehlt den in zweiter Instanz erstmals gestellten weiteren Anträgen jedenfalls die erforderliche sachliche Grundlage.

6 I. Der Senat teilt im Ergebnis die Ansicht des LG, die im Streit stehende Entziehung des Pflichtteils des Klägers in § 3 des Erbvertrags vom 2.4.1992 sei nach § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB

(bzw. nach dem – soweit hier relevant – unveränderten § 2333 Nr. 3 BGB in früher geltenden Fassungen) wirksam aufgrund des in dieser Passage des Erbvertrags in einer den Anforderungen von § 2336 Abs. 2 Satz 1 BGB genügenden Form angegebenen, von dem Kläger begangenen Diebstahls der Erblasserin gehörenden Bargelds i. H. v. 6.100 DM am 21.3.1992.

7 1. Zu Recht hat das LG seinem Urteil zugrunde gelegt, dass der Kläger diese vorsätzliche Tat begangen hat. Sollte die Berufung das erstinstanzliche Bestreiten aufrechterhalten wollen, hätte sie damit keinen Erfolg. Der Kläger ist, was er selbst nicht in Abrede stellt, wegen dieser Tat rechtskräftig strafrechtlich verurteilt worden. Dieser Verurteilung kommt für den Entziehungstatbestand des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB zwar keine unmittelbare tatbestandliche Relevanz zu (vgl. nur etwa MünchKomm-BGB/Lange, 7. Aufl., § 2333 Rdnr. 26). Wohl aber führt sie zu einer Erhöhung der an den Kläger gestellten Darlegungsanforderungen (vgl. hierzu näher nur etwa OLG München, NJOZ 2007, 2163, 2164 f.; ferner etwa auch BGH, Beschluss vom 24.1.2012, VI ZR 132/10, juris Rdnr. 10; Urteil vom 25.9.2018, VI ZR 443/16, juris Rdnr. 9). Diesen Anforderungen wird das Vorbringen des Klägers auch nicht ansatzweise gerecht.

8 2. Im Ergebnis zu Recht geht das LG davon aus, dass sich der Kläger durch die Begehung dieses Diebstahls vom 21.3.1992 im Sinne von § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB eines schweren vorsätzlichen Vergehens schuldig gemacht hat.

9 a) Nach dieser Vorschrift erfordert die Pflichtteilsentziehung ein schweres Fehlverhalten. Der Tatbestand setzt Fehlverhaltensweisen des Pflichtteilsberechtigten voraus, die schwerwiegend genug sind, um von einer Unzumutbarkeit für den Erblasser ausgehen zu können, eine seinem Willen widersprechende Nachlassteilhabe des Pflichtteilsberechtigten hinzunehmen (vgl. BVerfG, NJW 2005, 1561, 1565). Ob ein vorsätzliches Vergehen ein schwereres im Sinne des Tatbestandes ist, richtet sich nach den jeweiligen Umständen des Einzelfalls, nicht etwa nach einer generalisierenden Betrachtung der Straftatbestände (vgl. nur etwa BeckOGK-BGB/Rudy, Stand: 1.12.2018, § 2333 Rdnr. 31). Verfehlungen gegen Eigentum oder Vermögen der Eltern fallen – jedenfalls (noch weitergehend etwa LG Hagen, Urteil vom 8.2.2017, 3 O 171/14, juris Rdnr. 49; dem Gericht folgend insbesondere BeckOK-BGB/Müller-Engels, Stand: 1.8.2018, § 2333 Rdnr. 14; kritisch zur sonstigen Rechtsprechung etwa auch MünchKomm-BGB/Lange, § 2333 Rdnr. 22) – dann darunter, wenn durch sie nicht nur das Eigentum und das Vermögen des Erblassers in mehr oder weniger schwerer Weise geschädigt wird, sondern sie darüber hinaus nach der Natur der Verfehlung und der Art und Weise, wie sie begangen worden sind, eine grobe Missachtung des Eltern-Kind-Verhältnisses zum Ausdruck bringen und deswegen eine besondere Kränkung des Erblassers bedeuten (siehe BGH, NJW 1974, 1084, 1085; LG Mosbach, NJW-RR 2004, 708, 709; BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2333 Rdnr. 13 m. w. N.). Entsprechendes gilt für den hier gegebenen Fall.

10 b) Dass danach in dem zur Entscheidung stehenden Fall die Voraussetzungen für die Pflichtteilsentziehung vorlagen, hat das LG im Ergebnis zu Recht angenommen.

11 aa) Der Diebstahl vom 21.3.1992 stellte eine schwerwiegende Straftat zum Nachteil der Erblasserin dar. Das verdeutlicht allein schon die dafür verhängte Geldstrafe von 100 Tagessätzen und damit – für den Verurteilten von wesentlicher praktischer Bedeutung – in einer Höhe, die sogar einen Eintrag in ein allgemeines Führungszeugnis zur Folge hat (vgl. § 32 Abs. 2 BZRG).

12 bb) Es tritt hinzu, dass der Diebstahl des Bargeldes – anderes bringt der Kläger selbst nicht vor – offenbar im häuslichen bzw. privaten Bereich der Erblasserin stattfand. Entwendet worden ist – ausweislich der letztwilligen Verfügung der Erblasserin vom 21.3.1992, der Kläger ist offenbar dementsprechend strafgerichtlich verurteilt worden – mit 6.100 DM eine nicht unerhebliche Summe an Bargeld. Die Rüge der Berufung, das LG habe versäumt, Feststellungen „zu den jeweiligen Einkommens- und Vermögensverhältnissen“ zu treffen, bleibt im Ergebnis ohne Erfolg. Nach den gewöhnlichen Umständen stellte eine Bargeldsumme dieser Höhe im Jahr 1992 einen jedenfalls nicht unerheblichen Vermögenswert dar, zumindest bei einem Erblasser, der – wie der Kläger selbst vorträgt – ohne Schul- und Berufsausbildung ist und bei dem sich die eigenen Erwerbsmöglichkeiten schon von daher in engen Grenzen halten. Vor diesem Hintergrund obläge es – ungeachtet der grundsätzlich den Pflichtteilsschuldner treffenden Darlegungs- und Beweislast (§ 2336 Abs. 3 BGB; vgl. auch BeckOK-BGB/Müller-Engels, § 2333 Rdnr. 54; BeckOGK-BGB/Rudy, § 2336 Rdnr. 17) – dem Kläger, selbst Anhaltspunkte – ggf. auch zu den Vermögensverhältnissen der Erblasserin, die jedenfalls ausweislich des zu den Akten gelangten Nachlassverzeichnisses der Nachlasspflegerin vom 7.3.2016 äußerst bescheiden gewesen sind – vorzutragen, warum hier der entwendete Geldbetrag für die Erblasserin ausnahmsweise keine erheblich ins Gewicht fallende Summe bedeutete und seine Entwendung nicht eine sie schwerwiegend treffende Minderung ihres Vermögens. Dafür, dass es sich so verhalten habe, fehlt es nämlich derzeit tatsächlich an jedem nachvollziehbaren Anhaltspunkt.

13 cc) Es tritt schließlich der – von dem LG zu Recht in seine Betrachtung einbezogene und als solcher von dem Kläger auch nicht in Abrede gestellte – Umstand hinzu, dass die Erblasserin zurzeit der Entziehung des Pflichtteils den ausdrücklich auch in § 3 des Erbvertrags mit dem Zusatz, für sie komme „aufgrund der gegebenen Umstände“ niemand anders als der Kläger als Dieb in Betracht, aufgenommenen Verdacht hegte, der Kläger habe sie bereits im Juli 1991 bestohlen und ihr seinerzeit „ein Sparbuch sowie Bargeld in Höhe von ca. 800 DM gestohlen“. Unabhängig davon, ob dieser von der Erblasserin gehegte Verdacht zutrifft oder nicht, stellte sich aus ihrer Sicht, die sie durch die gegebenen Umstände belegt sah, der Diebstahl vom 21.3.1992 als Wiederholungstat dar. In einer solchen aber hätte zweifellos eine grobe Missachtung des Verhältnisses des Klägers zu der Erblasserin gelegen. Dass indes unabhängig davon, ob ihr Verdacht berechtigt war, unter diesen Umständen aus Sicht der Erblasserin in dem Diebstahl vom 21.3.1992 eine besondere Kränkung lag, liegt ebenfalls auf der Hand. Nachdrücklicher Beleg dafür ist schon der Umstand, dass es zur notariellen Pflichtteilsentziehung bereits wenige Tage nach dem Diebstahl vom 21.3.1992 gekommen ist, ferner dass die Verurteilung des Klägers zu einer nicht un-

erheblichen Geldstrafe wegen der Tat durch den Strafantrag der Erblasserin erst ermöglicht worden ist (§ 247 StGB). Dass dem Kläger selbst – sollte es darauf überhaupt ankommen – zurzeit der zweiten Tat am 21.3.1992 zumindest der von der Erblasserin gehegte Verdacht bekannt war, entspricht dem gewöhnlichen Lauf der Dinge und stellt der Kläger auch nicht in Abrede.

14 II. Der Senat teilt im Ergebnis auch die Ansicht des LG, die Voraussetzungen für eine Verzeihung durch die Erblasserin (§ 2337 BGB) seien im Streitfall zumindest nicht feststellbar.

15 1. Eine Verzeihung liegt vor, wenn der Erblasser durch sein Verhalten zum Ausdruck bringt, dass er die durch den jeweiligen Pflichtteilsentziehungsgrund hervorgerufene Kränkung nicht mehr als solche empfindet, er also das Verletzende der Kränkung als nicht mehr existent betrachtet (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.9.1993, 17 U 43/92, juris Rdnr. 41; OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 45; MünchKomm-BGB/Lange, § 2337 Rdnr. 2). Die Verzeihung ist somit der nach außen kundgemachte Entschluss des Erblassers, aus den erfahrenen Kränkungen bzw. dem schweren Fehlverhalten nichts mehr herleiten und darüber hinweggehen zu wollen (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.9.1993, 17 U 43/92, juris Rdnr. 41; OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 45; auch BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 5). Die Verzeihung ist ein tatsächliches Verhalten; sie kann insbesondere auch durch schlüssige Handlungen gezeigt werden (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.9.1993, 17 U 43/92, juris Rdnr. 41; OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 45; BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 4). Es ist auch nicht erforderlich, dass der Erblasser sich der mit der Verzeihung eintretenden Unwirksamkeit der Pflichtteilsentziehung bewusst ist; notwendig ist indes, dass er den moralischen Gehalt seines Verhaltens begreift (OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 45), er muss also – ohne voll geschäftsfähig sein zu müssen – die Bedeutung der Verzeihung erkennen (siehe etwa BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 4). Zur Verzeihung im Rechtssinne ist außerdem nur der Wegfall der Kränkungsempfindung des Erblassers, nicht auch eine darüber hinausgehende Versöhnung oder gar Innigkeit im Verhältnis zwischen Kränker und Gekränktem erforderlich (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.9.1993, 17 U 43/92, juris Rdnr. 41; OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 45; BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 5). Für eine Verzeihung ist es in der Regel ausreichend, wenn in dem Verhältnis des späteren Erblassers zu dem Abkömmling ein Wandel zur Normalität im Sinne eines Wiederauflebens der familiären Beziehungen stattgefunden hat (vgl. OLG Frankfurt a. M., Urteil vom 22.9.1993, 17 U 43/92, juris Rdnr. 41; OLG Nürnberg, Rdnr. 47), eine Wiederherstellung familiengerechter Beziehungen etwa auch durch Aufnahme des Schuldigen in das Haus des Erblassers (vgl. Staudinger/Olshausen, Neub. 2015, § 2337 Rdnr. 21); hierbei wird die Verzeihung oft erst den Abschluss eines länger dauernden Entwicklungsprozesses bilden, bei dem der Erblasser zunehmende Versöhnungsbereitschaft erkennen lässt (OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 47). Allerdings kann für eine Verzeihung der Wegfall des Kränkungsempfindens dann nicht ausreichen, wenn sich der Gekränkte vom Kränkenden – etwa

sogar infolge einer durch die Kränkung in Gang gesetzten Entfremdung – innerlich völlig gelöst hat, wenn also Gleichgültigkeit eingetreten ist (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 8.5.2012, 12 U 2016/11, juris Rdnr. 46; Staudinger/Olshausen, § 2337 Rdnr. 23). Tritt beim Erblasser eine derartige Gleichgültigkeit gegenüber dem Pflichtteilsberechtigten ein und tangiert ihn dessen Fehlverhalten deswegen nicht mehr, reicht dies für eine Verzeihung demnach nicht aus; vielmehr muss der Erblasser auf irgendeine Weise positiv zum Ausdruck bringen, dass er in den früheren Umständen keinen Anlass mehr sieht, den Pflichtteilsberechtigten von der Nachlassteilhabe auszuschließen (BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 5). Abgesehen davon darf, kommt es zu einer Wiedernäherung zwischen Erblasser und Pflichtteilsberechtigten, dies auch allgemein nicht zu großzügig als Verzeihung gewertet werden (BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 5); insgesamt dürfen die Anforderungen an eine konkludente Verzeihung nicht zu niedrig angesetzt werden, damit diese nicht außer Verhältnis zu den vergleichsweise hohen inhaltlichen und formellen Anforderungen an eine Pflichtteilsentziehung geraten (vgl. BeckOGK-BGB/Rudy, § 2337 Rdnr. 7.1; Lange, ZEV 2018, 237, 241 f.).

16 2. Das Vorbringen des Klägers füllt die danach erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen für eine Verzeihung nach § 2337 BGB nicht nachvollziehbar aus. Das geht angesichts der ihn treffenden Darlegungs- und Beweislast (vgl. nur Staudinger/Olshausen, § 2337 Rdnr. 18; MünchKomm-BGB/Lange, § 2337 Rdnr. 10) zu seinen Lasten.

17 a) Der Kläger hat in seiner persönlichen Anhörung vor dem LG angegeben, er sei im Jahr 2004 in den Keller des auch von der Erblasserin bewohnten Hauses eingezogen, und im Jahr 2007 sei sein Sohn dahin nachgekommen. Das weitere, in der Berufungserwiderung bestrittene Vorbringen des Klägers, er habe seit dem Jahr 2006 „mit der Erblasserin zusammen einen Haushalt geführt“, weswegen auch ein „Naheverhältnis“ bestanden habe, sowie sich „seit langem“ um sie „gekümmert“ und sie habe „umfassend seine Dienste in Anspruch genommen“, lässt die tatsächlichen Verhältnisse nicht ausreichend erkennen, um daran die von dem Kläger gewünschten rechtlichen Folgen knüpfen zu können. Dies gilt jedenfalls vor dem Hintergrund, dass der Kläger zwar offenbar seit vielen Jahren und auch derzeit noch im Keller des in die Erbmasse fallenden Hauses wohnt, jedoch Vorbringen dazu fehlt, ob auch die Erblasserin die von dem Kläger genutzten Räume selbst bewohnte, sowie überhaupt genügende Darlegung dazu, auf welcher Grundlage der Kläger zu Lebzeiten der Erblasserin diese Räume überhaupt bewohnte, insbesondere ob – ggf. auf welcher Grundlage, für welchen Zeitraum und in welcher Höhe – er dort Miete bezahlte oder nicht.

18 b) Abgesehen davon lässt sich dem Vorbringen des Klägers nichts Nachvollziehbares dazu entnehmen, von welcher Art überhaupt die persönlichen Kontakte waren, die er mit der Erblasserin in den Jahren seit 2004 bzw. 2006 im Rahmen des Wohnens in demselben Haus gepflegt haben will. Vor diesem Hintergrund aber ist aus den von dem Kläger vorgebrachten bzw. den sonst ersichtlichen Umständen für die Frage, ob die Erblasserin die in dem Diebstahl liegende Kränkung in den Jahren ab 2004 bzw. 2006 als nicht mehr existent betrach-

tete, nichts Tragfähiges abzuleiten, insbesondere nicht ein Wandel zur Normalität im Sinne eines Wiederauflebens der familiären Beziehungen und schon gar nicht eine Wiederherstellung familiengerechter Beziehungen. Der Umstand, dass der Kläger und sein Sohn in dem Keller des Hauses der Erblasserin wohnten, kann vielmehr auf diversen denkbaren Motiven und Erwägungen beruht haben.

19 c) Hinzu kommt im Übrigen, dass – worauf das LG zu Recht abgestellt hat – die von dem Kläger gewünschten Folgerungen aus den erwähnten Umständen auch schon deshalb nicht gezogen werden können, weil sich jedenfalls nicht ausschließen lässt, dass die Erblasserin zumindest in der Zeit ab dem Einzug des Klägers in den Keller des Hauses bereits nicht mehr in der Lage war, den moralischen Gehalt ihres Verhaltens zu begreifen und die Bedeutung einer etwaigen Verzeihung zu erkennen. Zweifel an ihrer Fähigkeit dazu weckt bereits die von der Schwester des Klägers in ihrer Vernehmung durch das LG bekundete Wahrnehmung von Auffälligkeiten im Verhalten der Erblasserin in etwa seit den Jahren 2001 oder 2002, zumal der Kläger auch noch im Berufungsrechtszug selbst von einer Demenzerkrankung der Erblasserin ausgeht, die ab dem Jahr 2002 begann. Weitere Zweifel ergeben sich, worauf das LG ebenfalls zutreffend abstellt, aus den Bekundungen des durch das LG vernommenen Arztes, der mit der Erblasserin im Jahr 2013 in Kontakt kam und zu der Ansicht kam, zu diesem Zeitpunkt habe bereits Demenz in fortgeschrittenem Stadium vorgelegen. Schließlich bestehen insofern Zweifel allein schon aufgrund des eigenen Vorbringens des Klägers, nach dem die Erblasserin bereits seit dem Tod ihres Sohnes P H im Jahr 1987 (!) „höchst verwirrt“ gewesen sei, „erhebliche Isolationstendenzen“ gezeigt habe und „für ihre Umgebung nicht mehr zugänglich“ gewesen sei, was den Kläger veranlasste, ihr im vorliegenden Verfahren – wie entsprechend auch bereits in dem Schreiben vom 20.4.2016 – schon für das Jahr 1992 (!) die Testierfähigkeit abzusprechen mit Hinweis darauf, sie habe schon seinerzeit „über keinerlei Umfeldorientierung mehr“ verfügt, und zu behaupten, die Erblasserin sei bereits ab 1992 nicht mehr in der Lage gewesen, sich an die von ihr getroffene letztwillige Verfügung überhaupt zu erinnern und diese zu korrigieren. Ein derartiger Vortrag aber ist unvereinbar mit der Sicht des Klägers zu der angeblichen Verzeihung durch die Erblasserin, und er begründet am Vorliegen einer solchen jedenfalls nicht ausgeräumte Zweifel, und zwar ungeachtet des Umstands, dass sich dieses Vorbringen zumindest in seiner Drastik im vorliegenden Verfahren als letztlich nicht belastbar erwiesen hat. Dies gilt umso mehr, als hier nicht einmal ausgeschlossen erscheint, dass sich die Erblasserin von dem Kläger jedenfalls in der Zeit ab Mitte der 2000er-Jahre innerlich völlig gelöst hatte, also Gleichgültigkeit eingetreten ist. Auch dass dies der Fall war, liegt schon angesichts der erwähnten Umstände nicht fern. Vor allem deckte es sich mit den Wahrnehmungen, die der durch das LG vernommene Arzt für das Jahr 2013 geschildert hat.

20 d) Bereits aufgrund der eigenen Einlassung des Klägers in seiner Anhörung durch das LG wie auch vor dem Hintergrund der von der von dem LG vernommenen Zeugin gemachten Angaben als – zumindest in dem hier erheblichen Kontext, also als Grundlage für tragfähige Rückschlüsse auf die im Streit stehende Frage der Verzeihung – nicht belastbar erwie-

sen hat sich schließlich die noch erstinstanzlich von dem Kläger aufgestellte, bestrittene Behauptung, er habe die Erblasserin seit dem Jahr 1989 bis zu ihrem Tod gepflegt. Die Frage, was überhaupt aus einer solchen Sachlage für die in Frage stehende Verzeihung abzuleiten wäre, bedarf angesichts dessen keiner näheren Betrachtung. Ebenso wenig kommt es darauf an, ob der Kläger die Erblasserin zumindest ab einem deutlich späteren, jedenfalls nach seinem Einzug in das Haus der Erblasserin liegenden Zeitpunkt gepflegt hat, wofür einiges sprechen mag und was zumindest der als Zeuge vernommene Arzt für die Zeit ab 2013 bestätigt hat. Dass sich insbesondere für die Frage, ob und ab wann der Kläger die Erblasserin gepflegt hat, wie abgesehen davon auch in jeder anderen denkbaren Hinsicht eine die hier im Streit stehende Verzeihung betreffende Überzeugung nicht gründen ließe auf Aussagen der Erblasserin in einem Strafverfahren aus dem Jahr 2013, versteht sich schließlich schon angesichts der Bekundungen des durch das LG vernommenen Arztes zum seinerzeit bestehenden Gesundheitszustand der Erblasserin.

15. Testamentsvollstrecker als Ergänzungspfleger

OLG Brandenburg, Beschluss vom 28.11.2018, 15 WF 196/18

BGB § 1630 Abs. 1, § 1638 Abs. 1, § 1778 Abs. 1 Nr. 1-5, § 1909 Abs. 1 Satz 2, § 2205

LEITSÄTZE:

1. **Der Ausschluss eines Elternteils von der Vermögenssorge durch letztwillige Verfügung gemäß § 1638 Abs. 1 BGB ist durch den ausgeschlossenen Elternteil nicht revidierbar. Auch die Aufhebung der nach § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB erforderlichen Ergänzungspflegschaft würde nicht zum Wiederaufleben der Vermögenssorge des ausgeschlossenen Elternteils führen. (Leitsatz der Schriftleitung)**
2. **Derjenige, der vom Erblasser gemäß § 1917 Abs. 1 Hs. 2 BGB als Ergänzungspfleger benannt worden ist, kann ohne seine Zustimmung nur in den in § 1778 Abs. 1 Nr. 1-5 BGB genannten Fällen übergangen werden. Dass der Ergänzungspfleger zugleich als Testamentsvollstrecker bestimmt ist, ist für sich genommen kein Grund für eine solche Umgehung. (Leitsatz der Schriftleitung)**

AUS DEN GRÜNDEN:

1. Zu Recht ist das AG davon ausgegangen, dass der Antrag der Mutter, ihr das Recht zur Vermögenssorge über das ihrem Sohn P M durch seinen Vater vererbte Vermögen „zurückzuübertragen“, keinen Erfolg haben kann. Der Mutter ist die Vermögenssorge hinsichtlich des dem Kind vererbten Vermögens nicht etwa, wie sie meint, durch einen rechtsgestaltenden Akt entzogen worden, der durch „Rückübertragung“

oder „Aufhebung“ wieder rückgängig gemacht werden könnte. Sie ist gemäß 1638 Abs. 1 BGB mit dem Erbfall aufgrund der letztwilligen Verfügung des Vaters von der Verwaltung des Vermögens, das ihr Sohn geerbt hat, ausgeschlossen und insoweit nie vermögenssorgeberechtigt gewesen. Eine Revision dieser Beschränkung des Umfangs ihrer Vermögenssorge ist rechtlich nicht vorgesehen, sodass ein Anspruch hierauf nicht besteht. Zwar ist dem Kind gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB ein Ergänzungspfleger zu bestellen, wenn der Erblasser durch letztwillige Verfügung bestimmt hat, dass der sorgeberechtigte Elternteil das geerbte Vermögen nicht verwalten soll. Gemäß § 1638 Abs. 1 BGB ist indes die Vermögenssorge hinsichtlich des vom Kind geerbten Vermögens von Rechts wegen und nicht erst aufgrund der Bestellung des Ergänzungspflegers ausgeschlossen. Die Rechtslage unterscheidet sich insoweit von der des § 1630 Abs. 1 BGB, sodass auch die Aufhebung der Ergänzungspflegschaft nicht dazu führen würde, dass sich die Vermögenssorge der Mutter auf die Verwaltung des Erbes erstrecken könnte.

2. Die angefochtene Entscheidung ist auch nicht zu beanstanden, soweit das AG hinsichtlich der Vermögenssorge für das Kind, soweit diese das dem Kind von seinem Vater vererbte Vermögen betrifft, Ergänzungspflegschaft angeordnet hat. Dazu war das AG gemäß § 1909 Abs. 1 Satz 2 BGB vielmehr sogar verpflichtet, nachdem die nach dem Tod des Vaters allein sorgeberechtigte Mutter aufgrund der letztwilligen Verfügung insoweit von der Vermögenssorge ausgeschlossen ist.

3. Auch die Auswahl der Ergänzungspfleger ist nicht zu beanstanden.

4. Nach § 1917 Abs. 1 Hs. 2 BGB ist für die Auswahl des Ergänzungspflegers § 1778 BGB entsprechend anzuwenden. Danach darf derjenige, der von dem Erblasser als Ergänzungspfleger benannt worden ist, ohne seine Zustimmung nur in den in § 1778 Abs. 1 Nr. 1-5 BGB ausdrücklich geregelten Fällen übergangen werden. Vorliegend hat der Verstorbene in seinem Testament seinen Vater und dessen Ehefrau ausdrücklich als Ergänzungspfleger benannt. Dass er sie zudem auch zu Testamentsvollstreckern bestimmt hat, ist für sich genommen kein Grund, sie als Ergänzungspfleger zu übergehen (BGH, FamRZ 2008, 1156; OLG Hamm, FamRZ 2017, 1760). Dass einer der in § 1778 Abs. 1 Nr. 1-3 und Nr. 5 BGB geregelten Fälle auf die benannten Ergänzungspfleger zutrifft, ist nicht ersichtlich und wird auch mit der Beschwerde nicht geltend gemacht. Vielmehr beruft sich die Mutter sinngemäß darauf, dass die Auswahl der vom Vater als Ergänzungspfleger benannten Personen gemäß § 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB nicht infrage komme, weil in diesem Fall die Vermögensinteressen des Kindes gefährdet werden könnten. Dem vermag sich der Senat nicht anzuschließen. Für die Annahme einer Kindeswohlgefährdung reicht die abstrakte Möglichkeit einer schädlichen Auswirkung potenziell widerstreitender Interessen nicht aus. Vielmehr kommt es für die Annahme einer Kindeswohlgefährdung infolge der Ausübung der Vermögenssorge durch einen Ergänzungspfleger, ebenso wie bei einem sorgeberechtigten Elternteil, der zugleich Testamentsvollstrecker ist, auf einen im Einzelfall bestehenden Interessenwiderstreit an (BGH, a. a. O., OLG Hamm, a. a. O.). Das Bestehen eines solchen konkreten Interessenwiderstreits hat die Mutter indes weder im Verfahren erster Instanz noch mit der Beschwer-

de aufgezeigt; dafür ist auch sonst nichts ersichtlich. Davon abgesehen, dass die Nachlassverwaltung gemäß § 2205 BGB den benannten Ergänzungspflegern ohnehin aufgrund ihrer Stellung als Testamentsvollstrecker obliegt, was durch die klarstellende Berichtigung des Tenors der angefochtenen Entscheidung hervorzuheben war, begründen die Einwände der Mutter gegen die Art und Weise der Nachlassverwaltung durch die benannten Ergänzungspfleger nicht die Besorgnis einer Gefährdung der Vermögensinteressen des Kindes. Selbst wenn die benannten Ergänzungspfleger nach dem Tod des Vaters die Veräußerung der zum Nachlass gehörenden Eigentumswohnung erwogen hätten, wäre in einer solchen Verwertung nicht ohne Weiteres eine Verletzung der Vermögensinteressen des Kindes zu erblicken. Das gleiche trifft auf die nun beabsichtigte Vermietung der Eigentumswohnung zu. Bei verständiger Würdigung stellt auch der Umstand, dass die Mutter das Handeln der benannten Ergänzungspfleger als für sie schädlich wahrnimmt, keinen der Bestellung zu Ergänzungspflegern des Kindes zuwiderlaufenden Interessenskonflikt im Sinne von § 1778 Abs. 1 Nr. 4 BGB dar. Maßgeblich hierfür ist allein, ob das Handeln des Ergänzungspflegers zu den Vermögensinteressen des Kindes im Widerspruch steht, nicht aber, ob es den Vermögensinteressen der Mutter entspricht. In Fällen, in denen – bezogen auf den Nachlass des Vaters – widerstreitende Vermögensinteressen zwischen der Mutter und dem Kind zutage treten, kann es für die benannten Ergänzungspfleger sogar geboten sein, dem Interesse des Kindes gegen die Mutter Geltung zu verschaffen. (...)

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

16. Wirksamkeitsanforderungen an einen Teilgewinnabführungsvertrag mit einer GmbH

BGH, Urteil vom 16.7.2019, II ZR 175/18 (Vorinstanz: OLG Jena, Urteil vom 16.5.2018, 2 U 79/15)

*AktG § 292 Abs. 1 Nr. 2, § 294 Abs. 1
GmbHG § 29 Abs. 1, § 46 Nr. 1, § 53 Abs. 2 Satz 1, § 54 Abs. 1 Satz 1
UmwG § 202 Abs. 1 Nr. 1*

LEITSÄTZE:

1. Teilgewinnabführungsverträge mit einer GmbH als abführungspflichtiger Gesellschaft unterliegen keinen besonderen Wirksamkeitsanforderungen, wenn sie keine satzungsüberlagernde Wirkung haben. Ob dies auch dann gilt, wenn ein Großteil oder zumindest überwiegender Anteil der Gewinne abzuführen ist, lässt der Senat offen.
2. Erhält eine zur Teilgewinnabführung verpflichtete GmbH durch Formwechsel die Rechtsform einer

Aktiengesellschaft, berührt dies den Fortbestand eines zuvor wirksam abgeschlossenen Teilgewinnabführungsvertrags nicht. Der Teilgewinnabführungsvertrag ist infolge des Formwechsels gemäß § 294 Abs. 1 AktG zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Parteien des Teilgewinnabführungsvertrags sind aus dem bestehenden Vertragsverhältnis wechselseitig verpflichtet, die Eintragung herbeizuführen.

Der Volltext der Entscheidung erscheint demnächst in der DNotZ.

17. Veräußerung betriebsnotwendigen Vermögens teilgewinnabführungspflichtiger Gesellschaften

BGH, Urteil vom 16.7.2019, II ZR 426/17 (Vorinstanz: OLG Jena, Urteil vom 6.12.2017, 2 U 89/17)

*AktG §§ 291, 292 Abs. 1 Nr. 2
BGB § 138 Abs. 1*

LEITSATZ:

Die Veräußerung von betriebsnotwendigem Vermögen durch eine GmbH, die aufgrund eines Teilgewinnabführungsvertrags verpflichtet ist, 20 % ihres Jahresüberschusses abzuführen, an eine Gesellschaft mit im Wesentlichen gleichen Gesellschaftern gegen eine angemessene Gegenleistung begründet nicht ohne Weiteres eine den Vorwurf der Sittenwidrigkeit begründende Verletzung der Leistungstreuepflicht.

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2020, 68.

18. Legitimationswirkung der Gesellschafterliste gegenüber der Gesellschaft

BGH, Urteil vom 2.7.2019, II ZR 406/17 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 9.11.2017, 23 U 67/15)

GmbHG § 16 Abs. 1 Satz 1, § 52

LEITSÄTZE:

1. Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim AG zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anord-

nung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.

2. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist keine Satzungsänderung und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

SACHVERHALT:

1 Die Beklagte ist eine GmbH. Mehrheitsgesellschafter war mit Geschäftsanteilen von mehr als 60 % des Stammkapitals F S, der dem Rechtsstreit als Nebenintervenient zu 6 auf Seiten der Beklagten beigetreten war. Die vom Kläger beherrschte Dr. J Vermögensverwaltung GmbH, die dem Rechtsstreit als Nebenintervenientin zu 1 aufseiten des Klägers beigetreten ist, hielt Geschäftsanteile mit einem Nennwert von ca. 15 % des Stammkapitals. Die von Söhnen des F S beherrschte S GmbH, die dem Rechtsstreit aufseiten der Beklagten als Nebenintervenientin zu 2 beigetreten war, hielt Geschäftsanteile mit einem Nennwert von ca. 3 % des Stammkapitals der Beklagten. Geschäftsführer der Beklagten waren jedenfalls bis 2014 der Kläger und einer der Söhne des F S, W S.

2 In § 9 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten (im Folgenden: GV) ist unter der Überschrift „Aufsichtsrat“ Folgendes vereinbart:

„(1) Die Gesellschafter können beschließen, dass die Gesellschaft einen aus drei oder sechs Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrat erhält.

(2) Auf den Aufsichtsrat finden § 52 Abs. 1 GmbHG und die dort genannten aktienrechtlichen Bestimmungen nur Anwendung, falls und soweit die Gesellschafter dies mit der Mehrheit der abgegebenen Stimmen beschließen.

(3) Der Aufsichtsrat überwacht die Geschäftsführung. Die Gesellschafter können dem Aufsichtsrat durch Beschluss weitere Aufgaben und Befugnisse zuweisen, insbesondere das Recht gewähren, Geschäftsführer zu bestellen und abzurufen, Anstellungsverträge mit diesen abzuschließen, zu ändern und zu beenden, Geschäftsführer zu ermächtigen, die Gesellschaft allein zu vertreten, eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer festzulegen und diesen Weisungen zu erteilen.

(4) Die Gesellschafter können jederzeit beschließen, dass durch Gesellschaftsbeschluss gemäß Abs. 2 für anwendbar erklärte aktienrechtliche Bestimmungen keine Anwendung mehr finden oder dass dem Aufsichtsrat Aufgaben und Befugnisse, die ihm gemäß Abs. 3 durch Gesellschaftsbeschluss zugewiesen wurden, nicht weiter zustehen.“

3 Der Gesellschaftsvertrag der Beklagten enthält weitere, den Aufsichtsrat betreffende Bestimmungen:

„§ 6 Geschäftsführer (...)

(2) Die Geschäftsführer werden durch Gesellschafterbeschluss oder, soweit der Aufsichtsrat durch Gesellschafterbeschluss gemäß § 9 Abs. 3 ermächtigt ist, durch den Aufsichtsrat bestellt oder abgerufen. (...)

§ 7 Geschäftsführung

(1) Die Geschäftsführer sind verpflichtet, die Geschäfte der Gesellschaft in Übereinstimmung mit dem Gesetz, diesem Gesellschaftsvertrag (...) sowie den Beschlüssen der Gesellschafter oder des Aufsichtsrates – soweit dieser gemäß § 9 Abs. 3 zur Erteilung von Weisungen ermächtigt ist – zu führen.

§ 8 Vertretung

(1) Die Gesellschaft wird durch einen Geschäftsführer allein vertreten, wenn er alleiniger Geschäftsführer ist oder wenn die Gesellschafter ihn zur Alleinvertretungsberechtigung ermächtigt haben. Die Gesellschafter oder der Aufsichtsrat, falls er gemäß § 9 Abs. 3 hierzu ermächtigt ist, können für die Geschäftsführer eine Geschäftsordnung beschließen, die auch Abweichungen von den Bestimmungen dieses Absatzes vorsehen kann.

(2) Die Gesellschafter können einen Geschäftsführer durch Gesellschaftsbeschluss von den Beschränkungen des § 181 BGB befreien.“

4 Im Verlauf des Jahres 2014 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger auf der einen sowie F S und W S auf der anderen Seite. Am 13.10.2014 fand eine von W S einberufene Gesellschafterversammlung statt mit unter anderem folgenden Tagesordnungspunkten:

„TOP 2.1: Beschlussfassung über die Errichtung eines aus drei Mitgliedern bestehenden Aufsichtsrats gemäß § 9 Abs. 3 der Satzung der Gesellschaft, welcher die Geschäftsführung überwacht und berät.

TOP 2.2: Beschlussfassung über die Zuweisung von Aufgaben und Befugnissen an den Aufsichtsrat gemäß § 9 Abs. 3 der Satzung der Gesellschaft, insbesondere über die Einräumung folgender Befugnisse:

- Geschäftsführer zu bestellen und abzurufen,
- Anstellungsverträge mit Geschäftsführern zu schließen, zu ändern und zu beenden und diesen Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen,
- Geschäftsführer zu ermächtigen, die Gesellschaft allein zu vertreten,
- eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführung zu erlassen, die auch die in § 8 Abs. 1 Satz 2 der Satzung der Gesellschaft angesprochenen Abweichungen und einen Katalog von Geschäftsführungsmaßnahmen, welche der Zustimmung des Aufsichtsrats bedürfen, vorsehen kann,
- den Geschäftsführern Weisungen zu erteilen,
- einen nach (d) aufgestellten Katalog zustimmungspflichtiger Geschäftsführungsmaßnahmen zu ergänzen oder abzuändern,
- eine Geschäftsordnung für den Aufsichtsrat selbst zu beschließen.

TOP 3: Beschlussfassung über die Wahl von (...).“

5 Die Beschlussvorschläge wurden mit einer Stimmenmehrheit von 63,318 % angenommen. Mit derselben Stimmenmehrheit wurden die ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 als Aufsichtsratsmitglieder bestellt. Der von den Minderheitsgesellschaftern auf die Tagesordnung gesetzte Antrag, W S als Geschäftsführer abzurufen, wurde mit 63,318 % der Stimmen abgelehnt. Das Zustandekommen der Beschlüsse bzw. die Ablehnung des Abberufungsantrags wurden jeweils vom Versammlungsleiter festgestellt. Über die gegen diese Beschlüsse von einem Minderheitsgesellschafter der Beklagten erhobene Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage wurde bisher nicht entschieden.

6 Am 7.12.2014 beschloss der Aufsichtsrat einstimmig die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten und die sofortige Kündigung seines Anstellungsvertrags aus wichtigem Grund. Vorsorglich wurde die ordentliche Kündigung zum 30.6.2015 beschlossen. Am 21.12.2014 wurde die Kündigung des Anstellungsvertrags des Klägers vom Aufsichtsrat erneut beschlossen.

7 Auf Gesellschafterversammlungen vom 6.1.2015 und 7.1.2015, zu denen der Kläger eingeladen hatte, wurde die Einziehung des Geschäftsanteils von F S beschlossen. Gegen die Einziehungsbeschlüsse sind beim LG Berlin Klagen rechthängig.

8 Auf Antrag von F S untersagte das LG Berlin mit Beschlüssen vom 7.1.2015 und vom 8.1.2015 der Beklagten und dem Kläger im Wege

der einstweiligen Verfügung, aufgrund der Gesellschafterbeschlüsse vom 6.1.2015 und vom 7.1.2015 eine neue Gesellschafterliste, welche F S nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten ausweist, beim AG zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen. Soweit die Verfügungen gegen die Beklagte gerichtet waren, bestätigte sie das LG nach auf den Kostenpunkt beschränkten Widersprüchen der Beklagten mit Urteilen vom 20.7.2016 und 26.11.2015 im Kostenpunkt.

9 Am 22.1.2015 reichte der die Gesellschafterversammlungen vom 6. und 7.1.2015 beurkundende Notar dennoch eine Gesellschafterliste zum Handelsregister ein, die F S nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten auswies. Diese Gesellschafterliste wurde am 6.8.2015 in den Registerordner aufgenommen. Auf Antrag von F S ordnete das LG Berlin mit Beschluss vom 24.8.2015 an, dass dieser Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet wurde. Am 1.9.2015 wurde eine von demselben Notar am 26.8.2015 erstellte Gesellschafterliste in das Handelsregister aufgenommen, die F S nicht mehr als Gesellschafter auswies und keinen Widerspruch enthielt.

10 Der Kläger hat mit seiner Klage die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse des Aufsichtsrats vom 7.12.2014 und vom 21.12.2014 über seine Abberufung (Klageantrag 1.) und die Kündigung seines Anstellungsvertrags (Klageantrag 2.) begehrt. Das LG hat der Klage stattgegeben. Gegen das Urteil haben die Beklagte sowie die ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 Berufung eingelegt. Berufungsbegründungen sind innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist von der ehemaligen Nebenintervenientin zu 2 und von den ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 eingereicht worden.

11 Am 6./7.8.2015 beschlossen die Gesellschafter der Beklagten im Umlaufverfahren ohne Beteiligung von F (...) die Unwirksamkeit der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer, vorsorglich seine Wiederbestellung zum Geschäftsführer sowie die Abberufung des Geschäftsführers W S. Die Eintragung des Geschäftsführers W S wurde im Handelsregister gelöscht.

12 Am 27.8.2015 wurden auf einer Gesellschafterversammlung der Beklagten die Einziehung des Geschäftsanteils der Nebenintervenientin zu 2 sowie mehrere Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschlossen. Die Beschlüsse über die Satzungsänderungen wurden von F S angefochten.

13 Mit Schriftsatz vom 27.8.2015 hat sich für die Beklagte, vertreten durch den Kläger, Rechtsanwalt H gemeldet und die Rücknahme der Berufung erklärt.

14 Am 2.9.2015 gab das LG Berlin auf Antrag des F S der Beklagten auf, eine Gesellschafterliste, die diesen weiterhin als Gesellschafter ausweist, zum Handelsregister einzureichen und ihn einstweilen als Gesellschafter zu behandeln. Diese einstweilige Verfügung hob das Berufungsgericht auf (KG, ZIP 2016, 1166).

15 Am 26.4.2016 legten die ehemaligen Nebenintervenienten zu 3 bis 5 ihre Aufsichtsratsämter nieder.

16 In der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht am 28.9.2017 hat Rechtsanwalt S unter Vorlage einer von dem im Gerichtssaal anwesenden W S unterschriebenen Terminvollmacht beantragt, das Urteil des LG abzuändern und die Klage abzuweisen. Mit Telefax vom 10.10.2017 hat Rechtsanwalt S die Kopie einer ihm von dem Geschäftsführer W S mit Datum vom 6.10.2017 erteilten Prozessvollmacht eingereicht.

17 Mit Schriftsatz vom 27.10.2017 hat Rechtsanwalt H angezeigt, dass er nunmehr auch von dem mit wiederum ohne Beteiligung von F S gefassten Umlaufbeschluss vom 12.10.2017 nach § 46 Nr. 8 GmbHG bestimmten besonderen Vertreter der Beklagten, dem Prokuristen K T, bevollmächtigt sei, und namens der Beklagten erklärt, dass diese das angefochtene Urteil anerkenne, die Einlegung der Berufung nicht genehmige und das Rechtsmittel vorsorglich nochmals zurücknehme.

18 Das Berufungsgericht hat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen (Urteilsausspruch II.) und durch Zwischenurteil die Nebenin-

tervention der Streithelfer zu 2 bis 6 für unzulässig erklärt (Urteilsausspruch I.). Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision begehrt die Beklagte, vertreten durch den Geschäftsführer W S, weiterhin die Abweisung der Klage. Vertreten durch den besonderen Vertreter K T begehrt die Beklagte, sie des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären, nachdem sie ihre Berufung zurückgenommen habe.

AUS DEN GRÜNDEN:

19 Die Revision der Beklagten, vertreten durch den Geschäftsführer W S, hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des Berufungsurteils, soweit es die Berufung der Beklagten zurückgewiesen hat, zur Abänderung des landgerichtlichen Urteils und zur Abweisung der Klage, soweit der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit seiner Abberufung begehrt, und im Übrigen zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

20 I. Das Berufungsgericht (KG, GmbHR 2018, 361) hat im Wesentlichen ausgeführt:

21 Die von der vom Kläger vertretenen Beklagten erklärte Berufungsrücknahme sei unwirksam, weil die Beklagte in diesem Prozess nicht vom Kläger vertreten werden könne. Auch die erneute, nach der Berufungsverhandlung aufgrund einer Vollmacht des als besonderer Vertreter bestellten Prokuristen K T erklärte Berufungsrücknahme sei unbeachtlich. Der am 12.10.2017 im Umlaufverfahren zu Stande gekommene Beschluss über die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters sei nichtig, weil F S an dem Beschlussverfahren nicht beteiligt worden sei. Das habe zur Folge, dass Rechtsanwalt H vom besonderen Vertreter nicht wirksam habe bevollmächtigt werden können.

22 Die Berufung der Beklagten sei zulässig. Die möglicherweise vollmachtlose Einlegung der Berufung durch die Rechtsanwälte Sch & Partner sei geheilt, weil die Beklagte, vertreten durch den vom Geschäftsführer W S bevollmächtigten Rechtsanwalt S, die Prozessführung genehmigt habe, indem dieser in der Berufungsverhandlung vom 28.9.2017 eine Änderung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage beantragt habe. W S sei als Geschäftsführer der Beklagten zu deren Vertretung in diesem Rechtsstreit berechtigt. Er sei weder in der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 noch durch den Umlaufbeschluss vom 6./7.8.2015 wirksam abberufen worden. Der Umstand, dass W S nicht mehr als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen sei, habe auf seine Organstellung keinen Einfluss.

(...)

24 Die Berufung sei zurückzuweisen. Das LG habe auf die zulässige allgemeine Feststellungsklage hin im Ergebnis richtig entschieden, dass der Kläger vom Aufsichtsrat der Beklagten nicht wirksam als Geschäftsführer abberufen und die Kündigung seines Anstellungsvertrags nicht wirksam beschlossen worden sei.

25 Zwar könne das Urteil des LG nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, der Kläger habe wegen der Treuebindung der Gesellschafter untereinander nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes abberufen werden können, der nicht vorgelegen habe. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 7.12.2014 und vom 21.12.2014 seien aber nichtig, weil der Aufsichtsrat nicht wirksam bestellt

worden sei. Auf die grundsätzliche Rechtsfrage, ob die durch eine Öffnungsklausel zugelassene Errichtung eines Aufsichtsrats als beurkundungsbedürftige und eintragungspflichtige Satzungsänderung anzusehen sei, komme es nicht an. Die Satzung der Beklagten enthalte keine eindeutigen Vorgaben hinsichtlich der Kompetenzen des potenziellen Aufsichtsrats. Aus der in der Satzung der Beklagten enthaltenen Öffnungsklausel sei nicht zu ersehen, ob der zukünftige Aufsichtsrat drei oder sechs Mitglieder haben werde und ob er die Befugnisse nach § 52 Abs. 1 GmbHG haben werde oder, wenn nicht, welche anderen der in § 9 Abs. 3 der Satzung genannten Kompetenzen ihm zugewiesen werden würden. Zudem liege die Besonderheit vor, dass die Gesellschafter einen von der Öffnungsklausel abweichenden Beschluss gefasst hätten, indem sie den Aufsichtsrat ermächtigt hätten, den von ihnen zu bestellenden Geschäftsführern auch Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen, obwohl § 9 Abs. 3 der Satzung der Beklagten diese Befugnis nicht vorsehe.

26 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand, soweit das Berufungsgericht die Feststellung der Unwirksamkeit der angegriffenen Aufsichtsratsbeschlüsse bestätigt hat. Die Öffnungsklausel in § 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten ist ausreichend bestimmt. Ob die Gesellschafter der Beklagten den ihnen eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten haben, weil sie dem Aufsichtsrat die Kompetenz übertragen haben, die Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB zu befreien, kann dahinstehen, weil dies die Wirksamkeit der Beschlüsse über die Einrichtung des Aufsichtsrats, die Wahl seiner Mitglieder sowie die Zuweisung der Überwachungspflicht und der Personalkompetenz im Übrigen nicht berühren würde.

27 1. Zutreffend hat das Berufungsgericht die von der Beklagten eingelegte Berufung für zulässig erachtet, weil der von dem Geschäftsführer der Beklagten W S bevollmächtigte Rechtsanwalt S die bisherige Prozessführung einschließlich der Einlegung der Berufung genehmigt hat. Ob die davor für die Beklagte aufgetretenen Rechtsanwälte Sch & Partner zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung von einem vertretungsberechtigten Organ der Beklagten bevollmächtigt waren, bedarf daher keiner Entscheidung.

28 a) Wird ein Rechtsmittel oder ein Rechtsbehelf durch einen vollmachtlosen Vertreter eingelegt, so ist dieses als unzulässig zu verwerfen, wenn nicht der Berechtigte zuvor die Verfahrenshandlung genehmigt. Genehmigt der Berechtigte, wird dadurch der Verfahrensmangel der nicht ordnungsgemäßen Vertretung von Anfang an geheilt (§ 89 Abs. 2 ZPO). Wegen ihrer Rückwirkung braucht die Genehmigung nicht innerhalb der Frist erklärt zu werden, die für die genehmigte Verfahrenshandlung gilt (Gemeinsamer Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes, Beschluss vom 17.4.1984, GmS-OGB 2/83, BGHZ 91, 111, 114 f.; BGH, Beschluss vom 10.1.1995, X ZB 11/92, BGHZ 128, 280, 283; Beschluss vom 14.12.2017, V ZB 35/17, Grundeigentum 2018, 397 Rdnr. 8 m. w. N.).

29 b) Rechtsanwalt S konnte die bisherigen Verfahrenshandlungen wirksam genehmigen, weil der ihn bevollmächtigende W S im Zeitpunkt der Bevollmächtigung vertretungsberechtigter Geschäftsführer der Beklagten war, kein ihn in der Vertretung verdrängender besonderer Prozessvertreter bestellt

wurde und die Beklagte nicht durch ihren Aufsichtsrat vertreten werden musste.

30 aa) W S ist im Prozess des Klägers gegen die Beklagte als Geschäftsführer zu deren Vertretung berufen. Nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG unterliegt die Vertretung der Gesellschaft in Prozessen, welche sie gegen die Geschäftsführer zu führen hat, der Bestimmung der Gesellschafterversammlung. Die Vorschrift gilt sowohl für den Aktiv- als auch für den vorliegenden Passivprozess der Gesellschaft (vgl. BGH, Urteil vom 16.12.1991, II ZR 31/91, BGHZ 116, 353, 355; Urteil vom 6.3.2012, II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rdnr. 12; Beschluss vom 22.3.2016, II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rdnr. 9) sowie für Prozesse mit ausgeschiedenen Geschäftsführern (BGH, Urteil vom 6.3.2012, II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rdnr. 12; Beschluss vom 22.3.2016, II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rdnr. 9). Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, keinen Gebrauch macht, wird die GmbH nach der Rechtsprechung des BGH vorbehaltlich einer die Vertretungsbefugnis anders regelnden Satzungsbestimmung im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte weitere Geschäftsführer vertreten; eines entsprechenden, zumindest stillschweigend gefassten Beschlusses der Gesellschafterversammlung bedarf es für die Fortdauer der Vertretungsbefugnis der anderen Geschäftsführer nicht (BGH, Urteil vom 26.10.1981, II ZR 72/81, WM 1981, 1353, 1354; Urteil vom 24.2.1992, II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 24.10.2005, II ZR 55/04, ZIP 2005, 2255 Rdnr. 10; Urteil vom 6.3.2012, II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rdnr. 12; Beschluss vom 2.2.2016, II ZB 2/15, juris Rdnr. 13; Beschluss vom 22.3.2016, II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rdnr. 10).

31 bb) W S ist in der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 nicht wirksam als Geschäftsführer abberufen worden. Davon ist auszugehen, obwohl die Frage, ob W S trotz 63,318777 % Gegenstimmen wirksam abberufen worden ist, weil F S bei dieser Abstimmung einem Stimmverbot unterlegen habe, Gegenstand eines Beschlussmängelrechtsstreits ist. Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich. Formelle oder materielle Mängel, die seine Anfechtbarkeit begründen, wie hier das behauptete Stimmverbot des F S, können nur durch Erhebung der Anfechtungsklage geltend gemacht werden (BGH, Urteil vom 21.3.1988, II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69; Urteil vom 3.5.1999, II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001, 1002; Urteil vom 11.2.2008, II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rdnr. 22; Urteil vom 21.6.2010, II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rdnr. 16). Das gilt auch, wenn der Versammlungsleiter festgestellt hat, dass ein Beschlussantrag abgelehnt worden ist (BGH, Urteil vom 21.3.1988, II ZR 308/87, BGHZ 104, 66, 69). Der Versammlungsleiter der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 hat die Ablehnung des Abberufungsantrags festgestellt und über die dagegen erhobene Anfechtungs- und positive Beschlussfeststellungsklage ist noch nicht entschieden.

32 cc) W S wurde weder durch den im Umlaufverfahren gefassten Gesellschafterbeschluss vom 6./7.8.2015 wirksam abberufen noch wurde am 12.10.2017 durch Umlaufbeschluss ein W S in der Vertretung verdrängender besonderer Prozessvertreter bestellt. Diese Beschlüsse sind nichtig, weil F S an den Umlaufbeschlussverfahren nicht beteiligt worden ist. Das gilt ungeachtet des Umstands, dass F S im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war.

33 (1) Die Nichtladung eines Gesellschafters ist ein Einberufungsmangel, der nach der gefestigten Rechtsprechung des BGH entsprechend § 241 Nr. 1 AktG zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Gesellschafterbeschlüsse führt (BGH, Urteil vom 14.12.1961, II ZR 97/59, BGHZ 36, 207, 211; Urteil vom 17.10.1988, II ZR 18/88, ZIP 1989, 634, 636; Urteil vom 13.2.2006, II ZR 200/04, ZIP 2006, 707 Rdnr. 9; Beschluss vom 24.3.2016, IX ZB 32/15, ZIP 2016, 817 Rdnr. 21). Das gilt für die fehlende Beteiligung an Gesellschafterbeschlüssen, die im Umlaufverfahren gefasst werden, in gleicher Weise. Nach § 48 Abs. 2 GmbHG bedarf es der Abhaltung einer Versammlung nicht, wenn sich sämtliche Gesellschafter in Textform mit der zu treffenden Bestimmung oder mit der schriftlichen Abgabe der Stimmen einverstanden erklären. Wird einem Gesellschafter die Möglichkeit einer solchen Einverständniserklärung nicht eingeräumt, so führt dies ebenso wie die Nichtladung zu einer Gesellschafterversammlung zur Nichtigkeit des gefassten Beschlusses (vgl. BGH, Urteil vom 16.1.2006, II ZR 135/04, ZIP 2006, 852 Rdnr. 10; Roth/Altmeyden/Altmeyden, GmbHG, 9. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 9; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 46; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Römermann, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 94 f.; MünchKomm-GmbHG/Wertenbruch, 3. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 45; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rdnr. 65; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Raiser, GmbHG, 2. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 43).

34 (2) F S hätte an den Umlaufbeschlüssen beteiligt werden müssen, obwohl er am 6./7.8.2015 und am 12.10.2017 nicht mehr als Gesellschafter in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen war. Die Beklagte konnte sich gemäß § 242 BGB nicht auf die Gesellschafterliste berufen, weil die Liste entgegen der gerichtlichen Unterlassungsverfügung eingereicht wurde und die Beklagte nicht nach ihrer Aufnahme im Handelsregister für eine Korrektur gesorgt hat. Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim AG zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.

35 (a) Ein Gesellschafter, der nicht in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist, muss grundsätzlich nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG an einem Umlaufbeschlussverfahren nicht beteiligt werden. Nach dieser

Norm gilt im Verhältnis zur Gesellschaft im Fall einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen als Inhaber eines Geschäftsanteils nur, wer als solcher in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist. Greift die Vermutung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG, stehen dem betreffenden Gesellschafter sämtliche Mitgliedschaftsrechte, d. h. auch das Stimmrecht sowie das Recht auf Ladung und Teilnahme zur Gesellschafterversammlung sowie auf Beteiligung an einem Umlaufbeschlussverfahren, gegenüber der Gesellschaft zu, ohne dass es auf seine wahre Berechtigung ankommt (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rdnr. 23 m. w. N., z. V. b. in BGHZ). Umgekehrt entfaltet § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine negative Legitimationswirkung zulasten des nach dem Einzug seines Geschäftsanteils nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters. Dies gilt ungeachtet der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses. Der Gesellschafter kann ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben und muss daher auch an Umlaufbeschlussverfahren nicht mehr beteiligt werden.

36 (b) Die Beklagte muss sich nach Treu und Glauben aber so behandeln lassen, als seien die F S nicht mehr als ihren Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterlisten nicht in den Handelsregisterordner aufgenommen worden (§ 242 BGB). Da ihr durch eine einstweilige Verfügung untersagt wurde, eine neue Gesellschafterliste beim AG zur Aufnahme im Handelsregister einzureichen, ist sie nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG aufgrund der dennoch eingereichten und im Handelsregister aufgenommenen Liste zu berufen.

37 (aa) Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung Betroffenen steht die Möglichkeit offen, sich gegen die Aufnahme einer ihn nicht mehr als Gesellschafter ausweisenden Gesellschafterliste in das Handelsregister durch die Erwirkung einer die Aufnahme untersagenden einstweiligen Verfügung gegen die GmbH zu schützen.

38 Der von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung betroffene Gesellschafter kann gegen den Einziehungsbeschluss zwar Klage erheben. Allein damit kann er indes nicht verhindern, dass eine die Einziehung nachvollziehende Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen wird. Während der Dauer des Rechtsstreits könnten die übrigen Gesellschafter das Unternehmen nach ihrem Belieben umgestalten. Aufgrund der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG blieben die von den übrigen Gesellschaftern gefassten Beschlüsse auch dann wirksam, wenn der Gesellschafter mit seiner Klage gegen den Einziehungsbeschluss Erfolg hätte (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rdnr. 25 ff., 45 m. w. N., z. V. b. in BGHZ; Bayer/Selentin in FS 25 Jahre DNotI, 2018, S. 391, 394 f.; Kleindiek, GmbHR 2017, 815, 816; Lieder/Becker, GmbHR 2019, 441, 445; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Ulmer/Löbbecke, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 85). Insbesondere wenn wie vorliegend der Anteil eines Mehrheitsgesellschafters eingezogen und dieser aus der Gesellschafterliste entfernt wird, kommt es zu einem unmittelbaren Kontrollwechsel. Die verän-

dernten Machtverhältnisse ermöglichen weitreichende Geschäftsführungsentscheidungen sowie die Fassung und Umsetzung satzungs- und strukturändernder Beschlüsse, die der Mehrheitsgesellschafter nach Abschluss des Hauptsacheverfahrens entweder überhaupt nicht mehr oder nur mit unverhältnismäßigem Aufwand rückgängig machen kann (*Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 512; *Bayer/Selentin* in FS 25 Jahre DNotl, 2018, S. 391, 395). Die Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt von Treu und Glauben schon dann, wenn sich nachträglich die Einziehung als unwirksam und die nach der Einziehung eingereichte Gesellschafterliste daher als unrichtig darstellt (vgl. BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rdnr. 45, z. V. b. in BGHZ).

39 Dem von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung seines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafter muss daher ein effektives Mittel zur Verfügung gestellt werden, seine Entrechtung in der Gesellschaft während der Dauer des Rechtsstreits über die Einziehung zu verhindern bzw. seine streitige materiellrechtliche Gesellschafterstellung bis zur Klärung der Wirksamkeit der Einziehung zu sichern. Begleitend zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Einziehungsbeschluss kann der Gesellschafter bei Vorliegen der Voraussetzungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die insoweit passivlegitimierte Gesellschaft das Verbot erwirken, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem Registergericht einzureichen (vgl. BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, ZIP 2014, 216 Rdnr. 36, 39; Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rdnr. 36, z. V. b. in BGHZ; *Fischer*, GmbHR 2018, 1257, 1260; *Fluck*, GmbHR 2017, 67, 70; *Hoffmann/Rüppell*, BB 2016, 1026, 1032; *Kleindiek*, GmbHR 2017, 815, 819, 822; *Liebscher/Alles*, ZIP 2015, 1, 7 f.; *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 508 ff.; *Wagner*, GmbHR 2016, 463, 467; *Werner*, GmbHR 2019, 265, 270; Born/Ghassemi-Tabar/Gehle/*Wiegand-Schneider*, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band VII, 5. Aufl., § 39 Rdnr. 173; MünchKomm-ZPO/*Drescher*, 5. Aufl., § 935 Rdnr. 48 m. w. N.; Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 19. Aufl., Anh. § 47 Rdnr. 74, 76; ablehnend KG, GmbHR 2016, 416).

40 (bb) Wird einer GmbH nach Einziehung eines Geschäftsanteils durch eine einstweilige Verfügung untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den von der Einziehung Betroffenen nicht mehr als Gesellschafter ausweist, beim AG zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen, ist die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen, wenn entgegen der gerichtlichen Anordnung eine veränderte Gesellschafterliste zum Handelsregister eingereicht und im Registerordner aufgenommen worden ist.

41 Die formelle Legitimationswirkung gilt im Fall des Einzugs des Geschäftsanteils eines Gesellschafters nicht ausnahmslos. Es ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt, dass dem Gesellschafter die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten bleibt, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11,

BGHZ 192, 236 Rdnr. 24; Urteil vom 19.9.1977, II ZR 11/76, NJW 1977, 2316 zur GmbH; Urteil vom 22.3.2011, II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rdnr. 7 ff. zur AG). Das gilt auch dann, wenn schon vor Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist (BGH, Beschluss vom 29.1.2019, II ZR 234/18, juris).

42 Die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG steht zudem unter dem Vorbehalt von Treu und Glauben (BGH, Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rdnr. 42 ff., 73, z. V. b. in BGHZ). Nach Treu und Glauben kann sich die Gesellschaft auf die Legitimationswirkung einer Gesellschafterliste unter anderem dann nicht berufen, wenn sie selbst durch unredliches Verhalten die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister herbeigeführt hat. Welche Anforderungen sich im konkreten Fall aus Treu und Glauben ergeben, lässt sich nur unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls entscheiden. In der höchstrichterlichen Rechtsprechung ist anerkannt, dass eine unzulässige Rechtsausübung unter anderem dann vorliegen kann, wenn sich ein Berechtigter auf eine formale Rechtsposition beruft, die er durch ein gesetz-, sitten- oder vertragswidriges Verhalten erlangt hat. Deshalb kann die Geltendmachung vertraglicher Rechte unzulässig sein, wenn der Vertragsschluss durch unredliches Verhalten herbeigeführt worden ist (vgl. BGH, Urteil vom 6.10.1971, VIII ZR 165/69, BGHZ 57, 108, 111; Urteil vom 20.3.2013, XII ZB 81/11, NJW 2013, 1676 Rdnr. 18; Urteil vom 27.2.2018, VI ZR 109/17, NJW 2018, 1756 Rdnr. 20). Ein solches Verhalten der Gesellschaft liegt hinsichtlich einer Gesellschafterliste vor, wenn es ihr durch eine gerichtliche Verfügung untersagt war, nach einem Einziehungsbeschluss eine neue Gesellschafterliste einzureichen, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr als Gesellschafter eingetragen ist, und sie dennoch eine geänderte Liste einreichen lässt oder eine dem gerichtlichen Verbot zuwider aufgenommene Liste nicht korrigiert.

43 Da effektiver Rechtsschutz des von einer möglicherweise fehlerhaften Einziehung Betroffenen anders als durch eine einstweilige Verfügung nicht gewährleistet werden kann, darf sich die GmbH nach Treu und Glauben ihrem Gesellschafter gegenüber nicht auf die formelle Legitimationswirkung einer verbotswidrig eingereichten Liste berufen. Die einstweilige Verfügung kann nur dann ein effektives Mittel zum Schutz des von einer in ihrer Wirksamkeit ungeklärten Einziehung betroffenen Gesellschafters sein, wenn sich die Gesellschaft an das gegen sie ausgesprochene Verbot, eine den Gesellschafter nicht mehr aufführende Gesellschafterliste einzureichen, hält bzw. nach verbotswidriger Einreichung einer solchen Liste für die Korrektur durch ihren Geschäftsführer sorgt. Bis zur Korrektur des Verfügungswidrigen Zustands verhält sich die Gesellschaft treuwidrig, wenn sie einen Gesellschafter unter Berufung auf eine verbotswidrig eingereichte Gesellschafterliste von der Beschlussfassung ausschließt, den sie nach gerichtlicher Prüfung noch bis zum Abschluss des Hauptverfahrens in der Gesellschafterliste führen müsste. Mit dem Erlass der einstweiligen Verfügung hat eine gerichtliche Prüfung stattgefunden, ob die Einziehung vorläufig als wirksam zu behandeln ist. Das Gericht des vorläufigen Rechtsschutzes ist davon ausgegangen, dass der Antragsteller weiterhin als Inhaber des

von der beabsichtigten Änderung der Gesellschafterliste betroffenen Geschäftsanteils zu behandeln ist und die angestrebte Listenkorrektur daher vorläufig zu einer materiellen Unrichtigkeit der Gesellschafterliste führen würde. Eine spätere Entscheidung im Hauptsacheverfahren ist nicht geeignet, einen in der Zwischenzeit womöglich eintretenden Rechtsverlust des Gesellschafters zu korrigieren. Deshalb ist es der Gesellschaft zuzumuten, den Gesellschafter bis zum Abschluss des Hauptsacheverfahrens, in dem dieser die Feststellung der Unwirksamkeit des Einziehungsbeschlusses und damit die Feststellung des Fortbestands seiner materiellen Gesellschafterstellung begehrt, entsprechend dem Ergebnis der vorläufigen Rechtsprüfung zu behandeln und sie darf dieses Ergebnis nicht dadurch unterlaufen, dass sie unter Berufung auf eine dennoch eingereichte geänderte Gesellschafterliste Beschlüsse ohne seine Beteiligung fasst.

44 Die Beklagte hat sich danach treuwidrig verhalten und kann sich nicht auf das Fehlen des F S in der Gesellschafterliste berufen. Ihr war mit Beschlüssen vom 7.1.2015 und vom 8.1.2015 untersagt worden, aufgrund der Gesellschafterbeschlüsse vom 6.1.2015 und vom 7.1.2015 eine neue Gesellschafterliste, welche F S nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten ausweist, beim AG zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen. Dennoch wurden nach Einreichung durch den die Einziehung beurkundenden Notar zwei die Einziehung nachvollziehende Gesellschafterlisten in den Registerordner aufgenommen. Die Beklagte konnte sich auch nicht nach der Entscheidung des KG vom 10.12.2015 (GmbHR 2016, 416) gegenüber F S auf die formelle Legitimationswirkung der Gesellschafterliste berufen. Die Aufhebung bzw. die Ablehnung des Erlasses weiterer, gegen die Beklagte gerichteter einstweiliger Verfügungen hat auf die Wirksamkeit der die Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste untersagender einstweiliger Verfügungen keinen Einfluss und durfte von der Beklagten auch nicht so verstanden werden.

45 (cc) Die Beklagte kann sich entgegen der Revisionserwiderung nicht darauf berufen, dass der Notar und nicht der Kläger als Geschäftsführer die Liste eingereicht und das Registergericht sie aufgenommen hat.

46 (1) Hat ein Notar an der Veränderung nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG mitgewirkt, hat dieser nach § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nach Wirksamwerden der Veränderung die Liste anstelle der Geschäftsführer der Gesellschaft zu unterschreiben und zum Handelsregister einzureichen. Die Pflicht zur Einreichung einer die Änderung ausweisenden Gesellschafterliste ist danach von der Wirksamkeit der Veränderung abhängig und besteht dann nicht, wenn Zweifel an der Wirksamkeit der Veränderung bestehen. Der Notar darf in diesem Fall eine die Veränderung ausweisende Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Zweifel an der Wirksamkeit ausgeräumt wurden (vgl. RegE des MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 44; MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 215 m. w. N.). Die Einziehung eines Geschäftsanteils wird nur dann bereits mit der Mitteilung des Einziehungsbeschlusses an den Gesellschafter wirksam, wenn der Beschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rdnr. 8; Urteil vom 20.11.2018, II ZR 12/17, ZIP 2019, 316 Rdnr. 25, z. V. b. in BGHZ).

47 (2) Ist im Vorgriff auf ein gerichtliches Verfahren, das die Klärung der Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses zum Gegenstand hat, eine einstweilige Verfügung ergangen, nach der aufgrund einer vorläufigen gerichtlichen Beurteilung der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses eine Änderung der Gesellschafterliste zunächst zu unterbleiben hat, kann der Notar Zweifel an der Wirksamkeit nicht durch eine eigene Beurteilung der Wirksamkeit oder unter Hinweis auf die vorläufige Verbindlichkeit des Gesellschafterbeschlusses ausräumen, weil die materiellen Wirksamkeitsvoraussetzungen der Einziehung erst im Gerichtsverfahren nach Erhebung der Beschlussmängelklage mit Wirkung für und gegen jedermann endgültig geklärt werden (vgl. BGH, Urteil vom 17.2.1997, II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366).

48 (3) Aus diesem Grund umfasst die Beachtung des gerichtlichen Verbots der Einreichung einer neuen Liste auch die Verpflichtung der Gesellschaft, den Notar von der Verbotsverfügung zu unterrichten, damit dieser nicht in Unkenntnis eine verbotswidrige Gesellschafterliste einreicht. Wird dennoch nach Zustellung der einstweiligen Verfügung an die Gesellschaft eine verbotswidrige Liste eingereicht und im Handelsregister aufgenommen, ist der Geschäftsführer nicht nur befugt (BGH, Urteil vom 17.12.2013, II ZR 21/12, ZIP 2014, 216 Rdnr. 33), sondern auch verpflichtet, die gegen das Verbot eingereichte Gesellschafterliste zu korrigieren bzw. vom Notar korrigieren zu lassen und eine Gesellschafterliste einzureichen, in der der eingezogene Geschäftsanteil enthalten ist, um den Zustand wiederherzustellen, der mit der einstweiligen Verfügung gegen die Gesellschaft gesichert werden sollte.

49 dd) Zutreffend hat das Berufungsgericht dem Umstand, dass W S nicht mehr als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist, für dessen Organstellung und der daraus folgenden Vertretungsmacht keine Bedeutung beigemessen, weil die Eintragung zur Erlangung und Aufrechterhaltung der Organstellung nicht erforderlich ist (vgl. BGH, Beschluss vom 9.5.1960, II ZB 3/60, WM 1960, 902; Urteil vom 12.3.2019, II ZR 299/17, Urt. Umdr. S. 13, z. V. b. in BGHZ).

50 ee) Die Beklagte wurde im Berufungsverfahren auch nicht durch ihren Aufsichtsrat vertreten, weil dieser nach Amtsniederlegung sämtlicher Mitglieder funktionsunfähig geworden ist und die Beklagte jedenfalls danach von ihrem Geschäftsführer W S vertreten wurde.

51 Da die Beklagte einen Aufsichtsrat hatte, wird sie im Prozess mit einem auch ehemaligen Geschäftsführer gemäß § 52 Abs. 1 GmbHG, § 112 AktG durch den Aufsichtsrat vertreten. Das ist nach der Senatsrechtsprechung indes – sofern der Aufsichtsrat nicht nach dem MitbestG gebildet werden musste – dann anders, wenn in der Satzung etwas anderes geregelt oder von der Gesellschafterversammlung etwas anderes beschlossen worden ist (BGH, Urteil vom 5.3.1990, II ZR 86/89, NJW-RR 1990, 739, 740; Urteil vom 24.11.2003, II ZR 127/01, ZIP 2004, 237; Beschluss vom 23.4.2007, II ZR 149/06, DStR 2007, 1358 Rdnr. 7). Ob dies vorliegend der Fall ist, bedarf keiner Entscheidung.

52 Während des Berufungsverfahrens am 26.4.2016 haben sämtliche Aufsichtsratsmitglieder ihre Ämter niedergelegt und die Beklagte hat danach keine neuen Aufsichtsratsmitglieder

bestellt. Es ist auch nicht ersichtlich, dass der Wille bestand, neue Aufsichtsratsmitglieder zu bestellen, sodass dieser funktionsunfähig geworden ist. Hat der Gesellschaftsvertrag einer GmbH bestimmte Befugnisse dem Aufsichtsrat übertragen, ist dieser aber funktionsunfähig, dann ist die Gesellschafterversammlung in der Lage, insoweit die Rechte des Aufsichtsrats wahrzunehmen (BGH, Urteil vom 24.2.1954, II ZR 88/53, NJW 1954, 799, 800; MünchKomm-GmbHG/Spindler, § 52 Rdnr. 109; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, 11. Aufl., § 52 Rdnr. 12). Dies hat die Gesellschafterversammlung der Klägerin auch getan, indem sie, wenn auch unwirksam, einen besonderen Vertreter für diesen Prozess bestellt hat. Solange die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, keinen Gebrauch macht, wird die GmbH im Prozess mit ihren gegenwärtigen oder ausgeschiedenen Geschäftsführern durch einen oder mehrere bereits zuvor oder neu bestellte (weitere) Geschäftsführer vertreten (vgl. BGH, Urteil vom 26.10.1981, II ZR 72/81, WM 1981, 1353, 1354; Urteil vom 24.2.1992, II ZR 79/91, ZIP 1992, 760, 761; Urteil vom 24.10.2005, II ZR 55/04, ZIP 2005, 2255 Rdnr. 10; Urteil vom 6.3.2012, II ZR 76/11, ZIP 2012, 824 Rdnr. 12; Beschluss vom 2.2.2016, II ZB 2/15, juris Rdnr. 13; Beschluss vom 22.3.2016, II ZR 253/15, ZIP 2016, 2413 Rdnr. 10). Nichts anderes gilt, wenn die Gesellschafterversammlung von ihrer Befugnis nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG, einen besonderen Vertreter zu bestellen, in unwirksamer Weise Gebrauch macht.

(...)

57 4. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht die Unwirksamkeit der angegriffenen Aufsichtsratsbeschlüsse festgestellt. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 7.12.2014 und vom 21.12.2014 sind nicht deshalb nichtig, weil der Aufsichtsrat durch den Gesellschafterbeschluss vom 13.10.2014 nicht wirksam bestellt worden wäre. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist keine Satzungsänderung und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

58 a) Die allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) ist statthaft, auch soweit sie sich gegen den Abberufungsbeschluss richtet. Der Fremdgeschäftsführer einer GmbH kann mit der allgemeinen Feststellungsklage gegen die Gesellschaft geltend machen, der Beschluss, mit dem er von der Gesellschafterversammlung abberufen wurde, sei nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 11.2.2008, II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rdnr. 34). Dies gilt in gleicher Weise für den durch den fakultativen Aufsichtsrat abberufenen Fremdgeschäftsführer (vgl. BGH, Urteil vom 13.6.1983, II ZR 67/82, ZIP 1983, 1063, 1064; MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, § 38 Rdnr. 134). Der Kläger wird im Hinblick auf seine Klagebefugnis nicht deshalb einem Gesellschafter gleichgestellt, weil die von ihm beherrschte Dr. J Vermögensverwaltung GmbH Gesellschafterin der Klägerin ist. Denn die Berechtigung zur Erhebung einer Nichtigkeits- oder Anfechtungsklage steht nur dem nach § 16 Abs. 1 GmbHG zu bestimmenden rechtlichen, nicht auch dem wirtschaftlichen Gesellschafter zu (BGH, Urteil vom 26.6.2018,

II ZR 205/16, ZIP 2018, 1492 Rdnr. 20). Die allgemeine Feststellungsklage ist auch im Übrigen zulässig.

59 b) Wenn es eine Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer nicht mitbestimmten GmbH zulässt, kann ein fakultativer Aufsichtsrat durch nicht notariell beurkundeten Mehrheitsbeschluss ohne Eintragung des Beschlusses in das Handelsregister eingerichtet werden.

60 aa) Die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats in der nicht mitbestimmten GmbH bedarf einer Regelung im Gesellschaftsvertrag. Ein einfacher Gesellschafterbeschluss genügt nicht (Priester, NZG 2016, 774, 775; Wicke, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rdnr. 3; Gehrlein/Born/Simon/Nießen, GmbHG, 4. Aufl., § 52 Rdnr. 17; Lutter/Hommelhoff/Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 52 Rdnr. 4; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Giedinghagen, GmbHG, 3. Aufl., § 52 Rdnr. 7; Scholz/U. H. Schneider, GmbHG, § 52 Rdnr. 2; MünchKomm-GmbHG/Spindler, § 52 Rdnr. 35). Ob eine die Einrichtung eines Aufsichtsrats gestattende Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag einer GmbH ausreichende Beschlussgrundlage sein kann oder ob ein solcher Beschluss nur unter Einhaltung der für eine Satzungsänderung gesetzlich vorgeschriebenen Voraussetzungen gefasst werden darf, ist umstritten. Teilweise wird die Zulässigkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats durch einen nicht notariell beurkundeten Mehrheitsbeschluss und ohne Eintragung in das Handelsregister auf der Grundlage einer Öffnungsklausel abgelehnt, weil durch einen solchen Beschluss ein dauerhaft von der Satzung abweichender rechtlicher Zustand begründet würde. Ein solcher Beschluss sei daher ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften unwirksam. Eine Öffnungsklausel in der Satzung ändere daran nichts, weil eine Ermächtigung zur Regelung nicht schon die Regelung selbst sei. Die mit der Einrichtung eines Aufsichtsrats verbundene materielle Änderung der Gesellschaftsverfassung sei offensichtlich. Bis zu diesem Zeitpunkt bestehe eine GmbH ohne Aufsichtsrat, erst danach eine mit Aufsichtsrat. Die Änderung der Gesellschaftsverfassung durch die Errichtung eines mit Organkompetenzen ausgestatteten Aufsichtsrats sei stets eine materielle Satzungsänderung (vgl. KG, ZIP 2016, 673, 674; GmbHR 2018, 361; Schodder, EWIR 2018, 457, 458; Weiß, EWIR 2016, 267, 268; im Ergebnis ebenso Heckschen/Heidinger, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 4. Aufl., Kap. 4 Rdnr. 746).

61 Das Schrifttum geht hingegen überwiegend davon aus, dass die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats in der nicht mitbestimmten GmbH zwar grundsätzlich einer Regelung im Gesellschaftsvertrag bedürfe. Allerdings sei es ausreichend, wenn eine Öffnungsklausel in der Satzung die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats zulasse (vgl. Otto, GmbHR 2016, 19, 20 m. w. N. auch aus dem älteren Schrifttum; ders., GmbHR 2018, 367, 368; Priester, NZG 2016, 774, 775 ff.; Born/Ghassemi-Tabar/Gehle/Diekmann, Münchner Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band III, § 48 Rdnr. 15; Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., § 52 GmbHG Rdnr. 3; BeckOK-GmbHG/Jaeger, Stand: 1.2.2019, § 52 Rdnr. 6; Roth/Altmeppen/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 52 Rdnr. 1; Gehrlein/Born/Simon/Nießen, GmbHG, § 52 Rdnr. 17; Rowedder/Schmidt-Leithoff/Schnorbus, GmbHG, 6. Aufl.,

§ 52 Rdnr. 8; Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/*Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rdnr. 7; MünchKomm-GmbHG/*Spindler*, § 52 Rdnr. 35; Ulmer/Habersack/Löbbecke/*Heermann*, GmbHG, 2. Aufl., § 52 Rdnr. 16, 25).

62 bb) Die letztgenannte Auffassung ist richtig. Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bei einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag ist keine Satzungsänderung und ohne Beachtung der für eine Satzungsänderung geltenden Vorschriften zulässig, wenn die Ermächtigung ausreichend bestimmt ist und der Einrichtungsbeschluss nicht gegen das Gesetz oder die Satzung verstößt.

63 (1) Die Einrichtung eines fakultativen Aufsichtsrats in einer GmbH auf der Grundlage einer Öffnungsklausel ist in der Rechtsprechung des BGH anerkannt. Bereits mit Urteil vom 13.6.1983 (II ZR 67/82, ZIP 1983, 1063) hat der BGH den auf der Grundlage einer Öffnungsklausel gebildeten Aufsichtsrat einer GmbH als funktionsfähiges Organ der Gesellschaft angesehen. Mit Urteil vom 7.6.1993 ging er von einem aufgrund einer Öffnungsklausel wirksam errichteten Aufsichtsrat aus und befand lediglich die Verlängerung der laut Satzung dreijährigen Amtszeit durch einen einfachen Gesellschafterbeschluss in Ermangelung einer Satzungsgrundlage für nichtig (BGH, Urteil vom 7.6.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 18 f.).

64 (2) Die Gründer einer GmbH haben ein anerkanntes Interesse auf eine flexible Satzungsgestaltung, dass sie zwar die erforderliche Satzungsgrundlage für die Einrichtung eines Aufsichtsrats schaffen, sich aber noch nicht festlegen wollen, ob und wann sie davon Gebrauch machen. Hierbei handelt es sich um eine bei mittelständischen Unternehmen seit vielen Jahren weit verbreitete Gestaltungspraxis (vgl. *Otto*, GmbHR 2016, 19, 20; *Priester*, NZG 2016, 774, 776). Die Einrichtung eines Aufsichtsrats bedeutet zwar einen signifikanten Eingriff in die Binnenstruktur der Gesellschaft. Dies gilt vor allem dann, wenn einem fakultativen Aufsichtsrat wie vorliegend die Bestellung und Abberufung der Geschäftsführer übertragen wird, weil in der nicht mitbestimmten Gesellschaft die Bestellung und die Abberufung sowie die Anstellung und Kündigung der Geschäftsführer zu den wesentlichen Aufgaben der Gesellschafter gehören (§ 46 Nr. 5 GmbHG; BGH, Beschluss vom 6.3.1997, II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53; Urteil vom 8.1.2019, II ZR 364/18, ZIP 2019, 701 Rdnr. 33, z. V. b. in BGHZ; vgl. ferner BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10, BGHZ 190, 45 Rdnr. 20). Indes findet die Veränderung der Binnenstruktur der Gesellschaft nicht außerhalb des Gesellschaftsvertrags statt, sondern die Gesellschafter nehmen den Struktureingriff in Gestalt einer entsprechenden Öffnungsklausel im Gesellschaftsvertrag bereits vorweg. Sie haben dadurch eine Organisationsstruktur ihrer GmbH mit drei Organen, bestehend aus Gesellschaftern, Geschäftsführern und Aufsichtsrat, gesellschaftsvertraglich gebilligt. Wird von dieser Ermächtigung Gebrauch gemacht, wird kein von der Satzung abweichender rechtlicher Zustand begründet, der die Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften erfordern würde. Stattdessen handelt es sich bei der auf der Basis einer Öffnungsklausel vorgenommenen Einrichtung eines Aufsichtsrats um die Herstellung des im Gesellschaftsvertrag bereits angelegten Zustands. Der Beschluss bedarf daher vorbehaltlich strengerer Anforderungen im Gesellschaftsvertrag keiner

qualifizierten Stimmenmehrheit und keiner notariellen Beurkundung nach § 53 Abs. 2 GmbHG; zu seiner Wirksamkeit ist die Eintragung in das Handelsregister nach § 54 Abs. 3 GmbHG nicht erforderlich (vgl. *Priester*, NZG 2016, 774, 776; *Henssler/Strohn/Henssler* Gesellschaftsrecht, § 52 GmbHG Rdnr. 3; *Gehrlein/Born/Simon/Nießen*, GmbHG, § 52 Rdnr. 17; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rdnr. 7).

65 (3) Im Hinblick auf Transparenzdefizite vorgetragene Bedenken gegen die Einrichtung eines Aufsichtsrats auf der Grundlage einer Öffnungsklausel sind nicht durchgreifend (ebenso *Priester*, NZG 2016, 774, 776; *Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt/Giedinghagen*, GmbHG, § 52 Rdnr. 7; a. A. *Schodder*, EWIR 2018, 457, 458; *Weiß*, EWIR 2016, 267, 268; *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, Kap. 4 Rdnr. 746). Enthält ein Gesellschaftsvertrag eine Öffnungsklausel, lässt sich anhand des beim Handelsregister einsehbaren Gesellschaftsvertrags erfahren, dass möglicherweise ein Aufsichtsrat besteht. Ein potenzieller Erwerber kann zudem nachfragen, ob von der Öffnungsklausel Gebrauch gemacht wurde (vgl. *Priester*, NZG 2016, 774, 776). Sofern die Gesellschaft einen Aufsichtsrat gebildet und dieser einen Vorsitzenden hat, ist nach § 35a Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf allen Geschäftsbriefen der Vorsitzende des Aufsichtsrats mit dem Familiennamen und mindestens einem ausgeschriebenen Vornamen anzugeben. Zudem verpflichtet § 52 Abs. 3 Satz 2 GmbHG die Geschäftsführer, bei Bestellung des Aufsichtsrats nach der Gründung unverzüglich eine Liste der Mitglieder des Aufsichtsrats einzureichen. Das Registergericht hat nach § 10 HGB einen Hinweis darauf bekannt zu machen, dass die Liste zum Handelsregister eingereicht worden ist.

66 c) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist die Öffnungsklausel in § 9 Abs. 3 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten ausreichend bestimmt. Ob die Gesellschafter der Beklagten bei Einrichtung des Aufsichtsrats den ihnen in der Öffnungsklausel eingeräumten Gestaltungsspielraum überschritten und gegen eine bestehende Kompetenzzuweisung an die Gesellschafterversammlung in der Satzung der Beklagten verstoßen haben, kann dahinstehen, weil dies die Wirksamkeit der Beschlüsse über die Einrichtung des Aufsichtsrats, die Wahl seiner Mitglieder und die Zuweisung der Überwachungspflicht und der Personalkompetenz im Übrigen nicht berühren würde.

67 aa) Die im Gesellschaftsvertrag der Beklagten vereinbarte Öffnungsklausel ist ausreichend bestimmt. Sie regelt mit der Möglichkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats und der Übertragung der Überwachung der Geschäftsführung auf diesen die wesentlichen Bestandteile einer Öffnungsklausel. Daneben enthält der Gesellschaftsvertrag der Beklagten eine Auswahlmöglichkeit zur Anzahl der Mitglieder des Aufsichtsrats sowie die Möglichkeit, die Personalkompetenz und das Weisungsrecht als wesentliche Aufgaben der Gesellschafterversammlung auf den Aufsichtsrat zu übertragen. Darüber hinaus hat der Gesellschaftsvertrag in seinen Bestimmungen über die Geschäftsführer bereits Vorsorge für den Fall getroffen, dass ein Aufsichtsrat eingerichtet wird.

68 Eine die Gesellschafterversammlung zur Einrichtung eines Aufsichtsrats ermächtigende Öffnungsklausel muss nicht jede Einzelheit regeln, sondern kann die nähere Ausgestaltung den Gesellschaftern überlassen. Da es als Grundlage für einen nicht den Anforderungen an eine Satzungsänderung unterliegenden Gesellschafterbeschluss über die Einrichtung eines Aufsichtsrats erforderlich ist, dass die Gesellschafter die wesentliche Strukturentscheidung im Gesellschaftsvertrag treffen, ist es notwendig, aber auch ausreichend, wenn neben der Grundsatzentscheidung über die Möglichkeit der Einrichtung eines Aufsichtsrats die wesentliche Aufgabe des Aufsichtsrats, die Überwachungsfunktion, eine Satzungsgrundlage hat und, sofern weitere Kompetenzen übertragen werden sollen, diese jedenfalls in den Grundzügen schon in der Satzung aufgeführt sind (vgl. Henssler/Strohn/Henssler, Gesellschaftsrecht, § 52 GmbHG Rdnr. 3; Gehrlein/Born/Simon/Nießen, GmbHG, § 52 Rdnr. 17; Priester, NZG 2016, 774, 775; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, § 52 Rdnr. 1; MünchKomm-GmbHG/Spindler, § 52 Rdnr. 35).

69 bb) Es kann dahinstehen, ob die Übertragung der Kompetenz zur Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB auf den Aufsichtsrat gegen die Satzung der Beklagten verstößt, weil diese Kompetenz in § 8 Abs. 2 GV ausdrücklich der Gesellschafterversammlung zugewiesen ist und nicht, wie in anderen Bestimmungen des Gesellschaftsvertrags, ein Vorbehalt zugunsten eines gemäß § 9 Abs. 3 GV ermächtigten Aufsichtsrats aufgenommen wurde. Denn die Nichtigkeit der Ermächtigung des Aufsichtsrats zur Befreiung der Geschäftsführer von den Beschränkungen des § 181 BGB würde nicht zur Nichtigkeit der Beschlüsse über die Einrichtung des Aufsichtsrats der Beklagten, die Wahl seiner Mitglieder und die Kompetenzzuweisung im Übrigen führen.

70 (1) Allerdings sind Satzungsdurchbrechungen, die einen von der Satzung abweichenden rechtlichen Zustand begründen, ohne Einhaltung der für eine Satzungsänderung geltenden Formvorschriften nichtig (vgl. BGH, Urteil vom 7.6.1993, II ZR 81/92, BGHZ 123, 15, 19; Urteil vom 10.5.2016, II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 Rdnr. 17). Die Nichtigkeit des Beschlusses zu TOP 2.2, mit dem dem Aufsichtsrat seine Kompetenzen zugewiesen wurden, zieht nicht nach § 139 BGB die Nichtigkeit der Beschlüsse zu TOP 2.1, mit der der Aufsichtsrat errichtet wurde und des Beschlusses zu TOP 3., mit der die Mitglieder des Aufsichtsrats gewählt wurden nach sich. § 139 BGB findet auf mehrere, rechtlich oder sachlich zusammenhängende Beschlüsse keine Anwendung (vgl. BGH, Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14, BGHZ 205, 319 Rdnr. 31 zur AG).

71 (2) Es bedarf keiner Entscheidung, ob und unter welchen Umständen die Nichtigkeit eines Beschlusses Ausstrahlungswirkung in Bezug auf andere Beschlüsse entfalten kann (vgl. Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45 Rdnr. 42; MünchKomm-GmbHG/Wertenbruch, Anh. § 47 Rdnr. 151; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Raiser, GmbHG, Anh. § 47 Rdnr. 84). Denn die unterstellte Teilnichtigkeit des Beschlusses zu TOP 2.2 würde nicht zu dessen Gesamtnichtigkeit führen. Werden in einem Beschluss mehrere Beschlussgegenstände zusammengefasst, beurteilt sich die Gesamtnichtigkeit des Beschlusses bei

der Nichtigkeit eines Teils entsprechend § 139 BGB (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1988, II ZR 148/87, ZIP 1988, 432, 433; Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14, BGHZ 205, 319 Rdnr. 30, beide zur AG; Roth/Altmeyen/Altmeyen, GmbHG, Anh. § 47 Rdnr. 34; Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, Anh. § 47 Rdnr. 78; Gehrlein/Born/Simon/Teichmann, GmbHG, Anh. § 47 Rdnr. 30; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, § 45 Rdnr. 41; MünchKomm-GmbHG/Wertenbruch, Anh. § 47 Rdnr. 147; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Raiser, GmbHG, Anh. § 47 Rdnr. 83). Danach ist der ganze Beschluss nichtig, wenn nicht anzunehmen ist, dass er auch ohne den nichtigen Teil gefasst worden wäre. Insoweit kommt es auf den mutmaßlichen Willen der Gesellschafterversammlung an, der grundsätzlich durch Auslegung des Beschlusses zu ermitteln ist (BGH, Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14, BGHZ 205, 319 Rdnr. 30).

72 Nach dem mutmaßlichen Willen der Gesellschafterversammlung der Beklagten ist anzunehmen, dass der am 13.10.2014 gefasste, die Kompetenzzuweisung an den Aufsichtsrat betreffende Beschluss, auch ohne die Übertragung der Ermächtigung zur Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB auf den Aufsichtsrat gefasst worden wäre. Denn die Übertragung dieser Ermächtigung ist lediglich ein nachrangiger Teilaspekt zu dem der Beschlusslage zu entnehmende Willen der Gesellschafterversammlung, einen Aufsichtsrat einzurichten, durch die Wahl seiner Mitglieder in Vollzug zu setzen und ihm die Überwachungspflicht und die Personalkompetenz zuzuweisen. Die Gesellschafterversammlung hätte die für die Funktionsfähigkeit des Aufsichtsrats notwendige Kompetenzzuweisung auch ohne den – unterstellt – nichtigen Teil der Übertragung der Befreiungsermächtigung beschlossen und nicht insgesamt davon abgesehen, den Aufsichtsrat durch eine Aufgabenzuweisung arbeitsfähig zu machen. Umstände, die eine andere Auslegung des Gesellschafterwillens begründen könnten, sind nicht ersichtlich.

73 d) Die Anfechtung der den Aufsichtsrat der Beklagten betreffenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 13.10.2014 hat auf die Abberufung des Klägers keine Auswirkung, solange über die Anfechtungsklage nicht entschieden wurde. Ist in der Gesellschafterversammlung einer GmbH das Zustandekommen eines bestimmten Beschlusses vom Versammlungsleiter festgestellt worden, so ist der Beschluss mit dem festgestellten Inhalt vorläufig verbindlich (BGH, Urteil vom 21.3.1988, II ZR 308/87, BGHZ 104, 66; Urteil vom 3.5.1999, II ZR 119/98, ZIP 1999, 1001, 1002; Urteil vom 11.2.2008, II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rdnr. 22; Urteil vom 21.6.2010, II ZR 230/08, ZIP 2010, 1640 Rdnr. 16) und bis zur Entscheidung über die Beschlussanfechtungsklage als gültig zu behandeln (vgl. BGH, Urteil vom 4.4.2014, V ZR 167/13, ZMR 2015, 235 Rdnr. 6 f.; Urteil vom 26.10.2018, V ZR 328/17, NJW 2019, 1216 Rdnr. 24).

74 III. Das Berufungsurteil ist nicht aus anderen Gründen richtig (§ 561 ZPO). Das Urteil kann nicht teilweise mit der Begründung des LG aufrechterhalten werden, der Kläger hätte wegen der Treuebindung der Gesellschafter untereinander nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes abberufen werden können, der hier nicht vorgelegen habe.

75 Ist im Gesellschaftsvertrag keine abweichende Bestimmung getroffen, verbleibt es bei der Regelung des § 38 Abs. 1

GmbHG, wonach der Geschäftsführer einer GmbH jederzeit frei abrufbar ist. Es kann dahinstehen, inwieweit und mit welchem Ergebnis Treuepflichten eine Abberufungsentscheidung beeinflussen können. Denn der Kläger kann als Fremdgeschäftsführer gegen seine Abberufung die Verletzung gesellschaftlicher Treuepflichten nicht einwenden (vgl. MünchKomm-GmbHG/Stephan/Tieves, § 38 Rdnr. 12; Scholz/U. H. Schneider/S. H. Schneider, GmbHG, § 38 Rdnr. 18).

76 IV. Das Berufungsurteil ist daher im aus dem Tenor ersichtlichen Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

77 1. Soweit die Berufung der Beklagten gegen die Feststellung des LG, dass die Abberufung des Klägers nichtig sei, zurückgewiesen wurde, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, da diese zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Da der Gesellschaftsvertrag der Beklagten für die Abberufung ihrer Geschäftsführer keinen wichtigen Grund verlangt, ist der Rechtsstreit insoweit entscheidungsreif und die Klage auf Feststellung der Nichtigkeit der Abberufung des Klägers abzuweisen. Die am 6./7.8.2015 im Umlaufverfahren gefassten Beschlüsse der Gesellschafter über die Unwirksamkeit der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer, bzw. über dessen vorsorgliche Wiederbestellung zum Geschäftsführer sind unwirksam, weil F S am Umlaufverfahren nicht beteiligt wurde (siehe oben II. 1. b) cc)).

78 2. Im Übrigen Umfang der Aufhebung ist die Sache an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 ZPO), damit es die zur Beurteilung der Wirksamkeit der Kündigungen des Anstellungsverhältnisses des Klägers erforderlichen Feststellungen treffen kann. Ob die Kündigungen des Anstellungsvertrags des Klägers wirksam sind, insbesondere ob ein wichtiger Grund vorlag, hat das Berufungsgericht, auf der Grundlage seiner Rechtsauffassung folgerichtig, bisher nicht geprüft.

79 3. Der besondere Vertreter K T ist aus dem Rechtsstreit zu weisen, weil seine Bestellung nichtig war (siehe oben II. 1. b) cc)) und er deshalb nicht berechtigt ist, die Beklagte zu vertreten.

80 Wenn die Legitimation einer als gesetzlicher Vertreter auftretenden Person während des Rechtsstreits infrage gestellt wird, so ist die nicht legitimierte Person aus dem Rechtsstreit zu weisen. Das ist zwar im Gesetz nicht geregelt, ergibt sich aber aus der Notwendigkeit, den nicht befugten Vertreter von weiteren Prozesshandlungen für die von ihm nicht vertretene Partei auszuschließen (vgl. BFHE 99, 348; 112, 113; KG, NJW 1968, 1635 m. w. N.; MünchKomm-ZPO/Lindacher, 5. Aufl., § 52 Rdnr. 34; Zöller/Althammer, ZPO, 32. Aufl., § 56 Rdnr. 13; Stein/Jonas/Jacoby, ZPO, 23. Aufl., § 56 Rdnr. 18). Da die Bestellung des besonderen Vertreters K T nichtig war (siehe oben II. 1. b) cc)), ist er nicht berechtigt, die Beklagte zu vertreten. Da er jedoch in der Annahme einer eigenen Vertretungsbefugnis im Prozess sowohl in der Berufungs- als auch in der Revisionsinstanz tätig geworden ist, musste der Senat ihn aus dem Rechtsstreit weisen.

(...)

19. Verschmelzung auf eine GmbH, deren Stammkapital noch auf DM lautet

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 10.5.2019, 3 Wx 219/18

GmbHG § 5 Abs. 2 Satz 1, § 55 Abs. 1, § 57 Abs. 1
UmwG §§ 53, 55

LEITSÄTZE:

- 1. Ist die Verschmelzung einer GmbH auf eine GmbH, deren Stammkapital noch auf DM lautet, beabsichtigt, soll dabei eine Euroumstellung stattfinden und wird dazu eine Kapitalerhöhung zur Glättung beschlossen, so sind diese Maßnahmen jedenfalls dann in getrennten Schritten durchzuführen, wenn – wie hier – an der übernehmenden GmbH teilweise oder vollständig andere Gesellschafter beteiligt sind.**
- 2. Die Möglichkeit, beide Kapitalerhöhungsbeschlüsse in dieselbe Urkunde aufzunehmen, erübrigt nicht, getrennte Beschlussgegenstände vorzusehen und ändert nichts an dem Erfordernis einer gesonderten Eintragung im Handelsregister.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die betroffene Gesellschaft (im folgenden Gesellschaft) ist mit einem Stammkapital im Nennbetrag von 55.000 DM im Handelsregister eingetragen. Sie hat fünf Gesellschafter und hält einen eigenen Geschäftsanteil. Drei ihrer Gesellschafter sind zugleich alleinige Gesellschafter der Beteiligten.

2 Beide Gesellschaften sollen verschmolzen werden.

3 Die Gesellschafter der Gesellschaft haben (mit Beschlüssen vom 12.12.2017 und 14.8.2018) den Geschäftsanteil der Gesellschaft eingezogen und das Stammkapital und die Nennbeträge der Geschäftsanteile auf Euro umgestellt, ohne dabei die Eurobeträge zu glätten.

4 Die Gesellschaft und die Beteiligte haben – ebenfalls am 14.8.2018 – einen Verschmelzungsvertrag beurkundet. Danach hat die (übernehmende) Gesellschaft den drei Gesellschaftern der (übertragenden) Beteiligten als Gegenleistung – und zur Glättung der Eurobeträge – eine Aufstockung des Nennbetrages der bei ihr bestehenden Geschäftsanteile in Höhe von insgesamt 6.697,1.253 € gewährt.

5 In einer anschließenden zweiten Gesellschafterversammlung vom 14.8.2018 haben die Gesellschafter der (übernehmenden) Gesellschaft zum einen die Nennbeträge der nach Einziehung des eigenen Geschäftsanteils verbleibenden fünf Geschäftsanteile nominell und quotaal aufgestockt und an das – unveränderte – Stammkapital angeglichen. Dazu haben sie ausgeführt, ihnen sei bewusst, dass die Nennbeträge der Geschäftsanteile nach quotaler Aufstockung nicht den Anforderungen des § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG entsprächen; sie seien jedoch ausdrücklich lediglich als rechnerische Zwischenschritte anzusehen und nicht endgültig; sie würden ausdrücklich nicht festgesetzt.

6 Weiter haben sie – zur Vermeidung eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – in diesem von ihnen als einheitlich

verstandenen Beschluss – das Stammkapital der Gesellschaft (sowohl) zur Verschmelzung (als auch) zur Glättung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der drei Gesellschafter der (übertragenden) Beteiligten nach Euroumstellung um vorläufig 6.697,1.253 € auf vorläufig 34.818,1.753 € erhöht durch die vorbezeichnete als Gegenleistung gewährte Aufstockung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der drei (identischen) Gesellschafter. Bei diesen dreien wurden so glatte Eurobeträge erreicht. Auch diese Summe der Nennbeträge sei lediglich als rechnerischer Zwischenschritt anzusehen und werde nicht ausdrücklich festgesetzt. Schließlich haben die Gesellschafter der (übernehmenden) Gesellschaft – ebenfalls zur Vermeidung eines Verstoßes gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG – das Stammkapital zur Glättung der Nennbeträge der beiden übrigen Geschäftsanteile durch deren Aufstockung im Wege der Barkapitalerhöhung um 181,8.247 € auf endgültig 35.000 € erhöht.

7 Mit notariellem Antrag vom 14.8.2018 hat die Gesellschaft Folgendes zur Eintragung angemeldet:

1. Auf die Gesellschaft ist das Vermögen der Beteiligten übergegangen.
2. Nach Untergang des eigenen Geschäftsanteils durch Einziehung wurden die Nennbeträge der verbleibenden Geschäftsanteile (...) an den unveränderten Betrag des Stammkapitals angepasst.
3. Gleichzeitig ist das Stammkapital zum Zwecke der Durchführung der Verschmelzung um 6.697,1.253 € auf 34.818,1.783 € durch Aufstockung der Nennbeträge der Geschäftsanteile der (identischen) Gesellschafter erhöht worden und gleichzeitig ist das Stammkapital im Rahmen der Glättung durch Bareinlage der beiden übrigen Gesellschafter um 181,8.247 € auf 35.000 € erhöht worden.
4. Änderungen des Gesellschaftsvertrages der (übernehmenden) Gesellschaft.

8 Die Gesellschaft und die Beteiligte haben die Auffassung vertreten, beschlossen worden sei nur eine einzige Kapitalerhöhung. Lediglich zur Dokumentation der Einhaltung der gesetzlichen Voraussetzungen und im Interesse der steuerlichen Darstellung sei die beschlossene Erhöhung in Teilbereichen dargestellt worden. Die gewählte Vorgehensweise sei auch ständige Übung zum Zwecke der Glättung von Erhöhungen, die zwangsläufig zunächst zu Beträgen führen, die nicht mit § 5 Abs. 2 GmbHG vereinbar seien; auch entspreche die Vorgehensweise der üblichen Handhabung bei kombinierten Sach- und Bareinlagen.

9 Mit Verfügung vom 11.9.2018 hat das Registergericht darauf hingewiesen, dass es nicht möglich sei, zeitgleich das Stammkapital zur Durchführung der Verschmelzung zu erhöhen und zur Glättung der Nennbeträge diese aufzustocken. Die Kapitalerhöhung müsse in mehreren Schritten erfolgen, wobei jeder einzelne Schritt den Anforderungen des § 5 Abs. 2 GmbHG zu genügen habe. Gemäß § 55 Abs. 1 GmbHG setze die Durchführung der Kapitalerhöhung die Übernahme des Geschäftsanteils am erhöhten Kapital voraus.

10 Mit Beschluss vom 24.9.2018 hat das Registergericht den Eintragungsantrag der betroffenen Gesellschaft zurückgewie-

sen. Unter Bezugnahme auf die Verfügung vom 11.9.2018 hat es ergänzend ausgeführt, hier lägen mehrere aufeinander aufbauende Kapitalerhöhungen vor. Verschiedene Formen der Kapitalerhöhung könnten nicht gleichzeitig erfolgen. Hinzu komme, dass die Durchführung der Kapitalerhöhung bei einer Verschmelzung die Übernahme eines Geschäftsanteils voraussetze, § 53 UmwG. Der zu übernehmende Geschäftsanteil müsse den Vorgaben des § 5 Abs. 2 GmbHG entsprechen, was sich auch aus § 57 Abs. 1 GmbHG ergebe und gemäß § 55 UmwG auch für eine Kapitalerhöhung zum Zwecke Durchführung der Verschmelzung gelte.

11 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Gesellschaft und der Beteiligten.

12 Beide wiederholen ihre bereits erstinstanzlich vertretene Auffassung, dass es sich um einen einheitlichen Beschluss handele. Die dokumentierten Einzelschritte sollten gerade im Ergebnis die Erfüllung der sich aus § 5 Abs. 2 GmbHG ergebenden Voraussetzungen sicherstellen; die einzelnen Zwischenschritte müssten dagegen nicht den Anforderungen des § 5 Abs. 2 GmbHG genügen. Die hier gegebene Kombination von Sach- und Bareinlagen sei gesetzlich nicht verboten. Lediglich für den letzten Teilbeschluss, die Barkapitalerhöhung, sei eine Übernahme nötig und erfolgt. Ein neuer „krummer“ Anteil sei dabei aber nicht ausgegeben worden, sondern ein bestehender Anteil sei aufgestockt worden, für den § 57 GmbHG nicht gelte.

13 Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 24.10.2018 zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Anmeldung scheitere zumindest daran, dass der für die Durchführung der Verschmelzung zu bildende Geschäftsanteil nicht den Vorgaben des § 5 Abs. 2 GmbHG entspreche. (...)

15 II. Das von der Gesellschaft und der Beteiligten eingelegte Rechtsmittel ist als Beschwerde gemäß §§ 58 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Es ist dem Senat aufgrund der vom Registergericht mit weiterem Beschluss vom 24.10.2018 ordnungsgemäß beschlossenen Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG.

16 In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Das Registergericht hat die angemeldeten Eintragungen im Handelsregister zu Recht wegen Unvereinbarkeit der angemeldeten Erhöhung des Stammkapitals der Gesellschaft mit den Vorschriften der § 55 Abs. 4, § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, § 55 UmwG abgelehnt.

Auszugehen ist von Folgendem:

17 Weil das Stammkapital der Gesellschaft (noch) auf DM lautet, darf eine Änderung des Stammkapitals nur eingetragen werden, wenn es auf Euro umgestellt wird, § 1 Abs. 1 Satz 4 EGGmbHG. Für diese Änderung sehen § 1 Abs. 3 Sätze 1 und 2 EGGmbHG Erleichterungen hinsichtlich des Verfahrens der erforderlichen Satzungsänderung für die Umrechnung der in den Gesellschaftsverträgen enthaltenen Beträge auf Euro vor (Scholz/Schneider, GmbHG, 12. Aufl. 2018, § 1 EGGmbHG Rdnr. 7). Wenn mit der Umstellung über die bloße Umrechnung hinausgehende materielle Änderungen

verbunden werden, indem das Kapital erhöht wird, dann müssen grundsätzlich auch die allgemeinen Vorschriften der ordentlichen Kapitalerhöhung nach den §§ 53 ff. GmbHG beachtet werden, § 1 Abs. 3 Satz 3 Hs. 1 EGGmbHG (Scholz/Schneider, GmbHG, § 1 EGGmbHG Rdnr. 7; Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand 1.5.2009, § 55 Rdnr. 45.1; BeckOGK-UmwG/von Hinden, Stand 1.1.2019, § 55 Rdnr. 7).

18 Die Erhöhung des Stammkapitals zur Glättung nach Euroumstellung erfolgt entweder durch Bildung neuer Geschäftsanteile oder durch Aufstockung bereits bestehender Geschäftsanteile. In beiden Fällen müssen (§ 55 Abs. 4 GmbHG) die Geschäftsanteile hernach den Bestimmungen in § 5 Abs. 2 und 3 GmbHG genügen; d. h. der Nennbetrag jedes Geschäftsanteils muss auf volle Euro lauten, § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Die auf das erhöhte Stammkapital zu leistende Einlage ist entweder in Form einer Bareinlage oder in Form einer Sacheinlage zu erbringen (vgl. Baumbach/Hueck-Zöllner/Fastrich, 21. Aufl. 2017, § 55 Rdnr. 45 ff.).

19 Erhöht die Gesellschaft ihr Stammkapital zur Durchführung einer Verschmelzung, ist eine vereinfachte Kapitalerhöhung nach Maßgabe des § 55 UmwG zulässig. Sind – wie hier – an der (übernehmenden) Gesellschaft zum Teil andere Gesellschafter beteiligt, als an der übertragenden Gesellschaft, können diesen mittels Verschmelzung keine neuen Geschäftsanteile gewährt werden (Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, § 55 Rdnr. 11 und 45.1). Vielmehr gelten insoweit die allgemeinen Vorschriften des GmbH-Gesetzes für die (Bar-)Kapitalerhöhung.

20 Bei der Einziehung eines Geschäftsanteils – hier des eigenen Geschäftsanteils der Gesellschaft – ohne Kapitalherabsetzung können die Nennbeträge der verbliebenen Geschäftsanteile durch Aufstockung prozentual soweit erhöht werden, dass ihre Summe wieder die Stammkapitalziffer erreicht. Würde die Aufstockung dazu führen, dass die neuen Nennbeträge der Geschäftsanteile nicht mehr auf volle Euro lauteten und damit gegen § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG verstießen, kommt nur eine anteilige Aufstockung in Betracht ggf. in Verbindung mit der Bildung eines neuen Geschäftsanteils hinsichtlich des verbleibenden Spitzenbetrages (MünchKomm-GmbHG/Strohn, 3. Aufl. 2018, § 34 Rdnr. 68).

21 Es gibt keine privilegierenden Vorschriften für den Fall, dass eine Euroumstellung und Glättung des Stammkapitals und der Nennbeträge der Geschäftsanteile im Rahmen einer Verschmelzung erfolgen soll. Eine solche (Ausnahme-)Regelung wäre aber zu fordern, wenn die ordentliche Kapitalerhöhung zur Euroumstellung und Glättung der genannten Beträge und die vereinfachte, verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung in einem Akt zulässig wären. Da das Verbot der Übernahme mehrerer Geschäftsanteile im Rahmen eines Kapitalerhöhungsvorgangs mit Inkrafttreten des MoMiG am 1.11.2008 entfallen ist, kann Anteilsinhabern der übertragenden Gesellschaft, die zugleich bereits vor der Verschmelzung Anteilsinhaber der übernehmenden Gesellschaft waren, seit diesem Zeitpunkt ein bestimmter Geschäftsanteil zur Nennwertaufstockung und Euroanpassung ihres bestehenden Anteils (an der übernehmenden Gesellschaft) und ein weiterer Anteil zur Durchführung der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung gewährt werden. Anders ist das jedoch, wenn an der übernehmenden Gesellschaft teilweise an-

dere Gesellschafter beteiligt sind als an der übertragenden Gesellschaft. Denn ihnen kann jedenfalls mittels Verschmelzung kein neuer Anteil gewährt werden, sodass in diesem Fall die Kapitalerhöhung zwecks Euroumstellung bei der übernehmenden Gesellschaft der verschmelzungsbedingten Kapitalerhöhung vorausgeschaltet werden muss (Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, § 55 Rdnr. 45.1).

22 Nicht ausdrücklich gesetzlich geregelt, aber nach allgemeiner Auffassung zulässig ist es, die Kapitalerhöhung zur Durchführung einer Verschmelzung mit einer sonstigen, regulären Kapitalerhöhung zu verbinden. Für die „bei Gelegenheit“ der Verschmelzung vorgenommene weitere Kapitalerhöhung gelten die allgemeinen Vorschriften des GmbHG; die Privilegierungsvorschrift des § 55 UmwG gilt für die weitere Kapitalmaßnahme nicht. Für jede der einzelnen Kapitalmaßnahmen sind deshalb die jeweils maßgeblichen Vorschriften des GmbH-Gesetzes bzw. die des UmwG nebeneinander zu beachten. Dementsprechend wird in der Literatur auch empfohlen, über die verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung und die weitere reguläre Kapitalerhöhung gesonderte Beschlüsse zu fassen (Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, § 55 Rdnr. 11, insbesondere Rdnr. 45.1, siehe auch Rdnr. 115 ff.; BeckOGK-UmwG/von Hinden, § 53 Rdnr. 3; Böttcher/Habighorst/Schulte-Kleindiek, UmwG, 2. Aufl. 2019, § 55 Rdnr. 1 ff. und 3; Lutter/Winter/Vetter, UmwG, 5. Aufl. § 55 Rdnr. 13; a. A.: DNotI, Nr. 1335, Stand: 14.2.1999).

23 Aus vorstehenden Grundsätzen wird in der Literatur (Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, § 55 Rdnr. 45.1; BeckOGK-UmwG/von Hinden, § 55 Rdnr. 7) für die – auch im hiesigen Verfahren gegebene – Situation, dass eine Verschmelzung einer GmbH auf eine GmbH, deren Stammkapital noch auf DM lautet, beabsichtigt ist und dass dabei eine Euroumstellung stattfinden soll und dazu eine Kapitalerhöhung zur Glättung beschlossen wird, gefolgert, dass die Maßnahmen in getrennten Schritten durchzuführen seien; dies jedenfalls dann, wenn – wie hier – an der übernehmenden GmbH teilweise oder vollständig andere Gesellschafter beteiligt seien. Dann sei zunächst in einem ersten Schritt die Kapitalerhöhung bei der übernehmenden GmbH zum Zweck der Euroumstellung durch Nennwertaufstockung auf einen glatten Eurobetrag vorzuschalten. Sodann könne in einem zweiten Schritt die verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung, die betragsmäßig auf der bereits geglätteten Kapitalziffer aufsetze, erfolgen. Zwar handele es sich um eine einheitliche Maßnahme (so Widmann/Mayer/Mayer, Umwandlungsrecht, § 55 Rdnr. 45.1), gleichwohl seien die für die Barkapitalerhöhung geltenden allgemeinen Vorschriften des GmbH-Rechts und daneben die für die Sachkapitalerhöhung geltenden Sondervorschriften des Umwandlungsrechts zu beachten. Es sei möglich, beide Kapitalerhöhungsbeschlüsse in dieselbe Urkunde aufzunehmen, es seien aber getrennte Beschlussgegenstände vorzusehen. Auch die Eintragung im Handelsregister habe gesondert zu erfolgen (so BeckOGK-UmwG/von Hinden, § 55 Rdnr. 7).

Dem schließt sich der Senat aus den folgenden Gründen an:

24 Ein gestuftes Vorgehen in mehreren Einzelakten wird schon durch die in § 1 Abs. 1 Satz 4 EGGmbHG angeordnete partielle Registersperre vorgegeben (zu diesem Gedanken auch BeckOGK-UmwG/von Hinden, § 55 Rdnr. 7). Inhalt der ge-

setzlichen Registersperre ist, dass die Umstellung des Stammkapitals auf Euro für Altgesellschaften nur und erst dann erforderlich ist, wenn nach dem 31.12.2001 eine sonstige Änderung des Stammkapitals eingetragen werden soll. Zur Eintragung von Kapitalmaßnahmen muss zunächst die Registersperre überwunden werden; dazu ist – wie oben bereits dargestellt – zunächst eine Euromstellung auf glatte Beträge erforderlich und als solche einzutragen. Erst dann kann die sonstige Kapitalerhöhung oder -herabsetzung eingetragen werden (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rdnr. 60 m. w. N.).

25 Überzeugend ist auch die von Mayer (a. a. O.) für die Trennung der beiden Kapitalerhöhungsmaßnahmen angeführte Erwägung, dass es keine gesetzliche Bestimmung dazu gebe, nach der der verschmelzungsbedingt aufgestockte „schiefe“ Erhöhungsbetrag ausnahmsweise nicht der Vorgabe des § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG zu glatten Eurobeträgen genügen müsse. Weder das GmbH-Gesetz noch das UmwG würden verschmelzungsbedingte Privilegierungsvorschriften für eine Euromstellung und Glättung im Rahmen eines Verschmelzungsvorgangs enthalten. Eine diesbezügliche Ausnahmegvorschrift wäre aber zu fordern, wenn die reguläre Kapitalerhöhung zur Glättung der ungeraden Eurobeträge und die verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung in einem Akt zulässig sein sollen. In der Konstellation, dass an der übernehmenden GmbH teilweise oder vollständig andere Gesellschafter beteiligt seien als an der übertragenden GmbH, sei nämlich zu berücksichtigen, dass denjenigen Gesellschaftern, die nicht zugleich Anteilshaber des übertragenden Rechtsträgers seien, im Zuge der Verschmelzung keine neuen Geschäftsanteile gewährt werden dürfen. Dementsprechend könne den Gesellschaftern der übernehmenden GmbH nur im Zuge einer regulären Kapitalerhöhung durch Nennwertaufstockung ein neuer Geschäftsanteil zugewiesen werden.

26 Überdies dürfen Wortlaut und Inhalt der Vorschriften des § 55 Abs. 1 UmwG und des § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG nicht außer Acht gelassen werden. So ist der Wortlaut von § 55 Abs. 1 UmwG in Bezug auf die für eine verschmelzungsbedingte Kapitalerhöhung bestehenden Verfahrenserleichterungen eindeutig; die Anwendbarkeit der Vorschrift des § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG ist von der Privilegierung jedoch gerade nicht erfasst. Das belegt die vom Gesetzgeber gewollte herausragende Bedeutung der Vorgabe, dass Anteile stets auf volle Euro lauten müssen. Dementsprechend ist auch die Vorschrift des § 5 GmbHG in vollem Umfang zwingendes Recht (Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, § 5 Rdnr. 1). Die Zusammenlegung der Kapitalerhöhung zur Verschmelzung und der Kapitalerhöhung in einen Akt birgt so die Gefahr einer Umgehung der Vorgabe, dass alle Anteile stets auf volle Eurobeträge zu lauten haben.

27 Letztlich spricht auch folgende allgemeine Erwägung für die hier vertretene Sichtweise: Die gesonderte Eintragung zuerst der Kapitalerhöhung zur Euroglättung und sodann der Kapitalerhöhung zur Verschmelzung dient der Übersichtlichkeit der Eintragungen im Handelsregister und damit der Erleichterung und dem Schutz des Handelsverkehrs. Im Handelsregister werden nämlich die jeweiligen Zwecke der Kapitalerhöhung („zur Umstellung auf Euro“ bzw. „zum Zweck

der Verschmelzung“) sowie die auf jede einzelne Kapitalmaßnahme entfallenden Erhöhungsbeträge eingetragen (vgl. *Krafka/Kühn*, Registerrecht, 10. Aufl. 2017, Rdnr. 1067 und 1085; *Böttcher/Habighorst/Schulte-Kleindiek*, UmwG, § 55 Rdnr. 28). Diese Übersichtlichkeit ginge aber verloren, wenn man eine einaktige Kapitalerhöhungsmaßnahme zuließe, ohne dass dies durch ein besonderes Interesse der Gesellschaft oder ihrer Anteilshaber an dieser Vorgehensweise gerechtfertigt wäre.

28 Der nach der Maßgabe der vorstehenden allgemeinen Ausführungen erforderlichen zweistufigen Vorgehensweise genügen die von der Gesellschaft des hiesigen Verfahrens angemeldeten Eintragungen ersichtlich nicht. Die von ihr ausdrücklich gewollte und beschlossene Zusammenfassung der Kapitalerhöhungsmaßnahmen zu einer rechtlich einheitlichen Kapitalerhöhung in einem Akt ist daher – wie gezeigt – unzulässig.

Zudem ist die Reihenfolge der beschlossenen Maßnahmen zu beanstanden:

29 Die zur Überwindung der Registersperre des § 1 Abs. 1 Satz 4 EGGmbHG erforderliche Kapitalerhöhung zur Euroglättung hat der weiteren Kapitalmaßnahme der Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung mit der Beteiligten zu 2 voranzugehen; der Gesellschafterbeschluss vom 14.8.2018 sieht jedoch die umgekehrte Reihenfolge vor.

30 Wegen des Verstoßes gegen die Vorgabe einer mehrstufigen Beschlussfassung, wobei jede Kapitalerhöhung den jeweiligen Vorschriften des UmwG einerseits und denen des GmbH-Gesetzes andererseits zu entsprechen hat, sind auch die unter am 14.8.2018 beschlossenen Einzelschritte für sich betrachtet, nicht wirksam.

31 Die zunächst beschlossene Kapitalerhöhung zum Zwecke der Verschmelzung entspricht – was auch den Gesellschaftern der Gesellschaft ausweislich des Wortlautes ihres Gesellschafterbeschlusses bewusst ist und die Formulierung der Aufstockung als „vorläufig“ erklärt – nicht der Vorgabe des § 5 Abs. 2 Satz 1 GmbHG. Nur die Anteile der drei Gesellschafter, die Anteile an der Gesellschaft und der Beteiligten halten, lauten auf glatte Eurobeträge, nicht jedoch die der beiden übrigen Gesellschafter, die lediglich Anteile an der Gesellschaft halten.

32 Die als dritter Schritt beschlossene Kapitalerhöhung zum Zwecke der Euroglättung führt nur für die beiden Gesellschafter, die lediglich Anteile an der Gesellschaft halten, zu Geschäftsanteilen mit einem glatten Eurobetrag. Erforderlich ist jedoch eine Kapitalerhöhung, die für alle Gesellschafter schon vor der Verschmelzung zu Anteilen, die auf glatte Eurobeträge lauten, führt.

(...)

34 Der Senat hat die Rechtsbeschwerde zugelassen, da sich die Frage nach der Zulässigkeit einer einheitlichen Kapitalerhöhung zur Euromstellung und Glättung der Beträge des Stammkapitals und der Geschäftsanteile und zur Verschmelzung in der Praxis häufig stellt (so BeckOGK-UmwG/von Hinden, § 55 Rdnr. 7) und höchstrichterlich bislang nicht entschieden ist, § 70 Abs. 2 Nr. 2 FamFG.

(...)

INTERNATIONALES PRIVATRECHT

20. Rückwirkung der Wahl deutschen Errichtungsstatus im Erbvertrag

BGH, Beschluss vom 10.7.2019, IV ZB 22/18 (Vorinstanz: OLG Schleswig, Beschluss vom 2.8.2018, 3 Wx 1/18)

BGB § 2276 Abs. 1, § 2077 Abs. 2, § 2289 Abs. 1 Satz 2 EuErbVO Art. 83 Abs. 1, 2 Alt. 1, Art. 27 Abs. 1 lit. a und c, 25 Abs. 3, Art. 22 Abs. 1 und 2; Art. 3 Abs. 1 lit. a und d

LEITSATZ:

Zur Wirksamkeit der Wahl des deutschen Errichtungsstatuts in einem Erbvertrag, der von einer nach dem 17.8.2015 verstorbenen deutschen Erblasserin mit einem italienischen Staatsangehörigen vor diesem Stichtag (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO) geschlossen worden war.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beteiligten streiten um die Erbfolge nach der am 26.4.2017 verstorbenen Frau Tania W (im Folgenden: Erblasserin).

2 Die Erblasserin hat zwei letztwillige Verfügungen hinterlassen, einen notariellen Erbvertrag vom 6.10.1998 und ein notarielles Testament vom 25.4.2016. Ersteren hatte sie zusammen mit dem Beteiligten zu 1, einem seit 1986 in Deutschland wohnhaften italienischen Staatsangehörigen, mit dem sie nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts zum Zeitpunkt der Beurkundung in einer Lebensgemeinschaft zusammenlebte, geschlossen. In dem Erbvertrag hatten sich die Vertragsparteien gegenseitig zu Alleinerben und als Erben des Letztversterbenden die gemeinsamen Kinder – die Beteiligten zu 2 und 3 – zu gleichen Teilen eingesetzt. Sie hatten zudem erklärt, dass hinsichtlich aller Regelungen über ihr Erbrecht bzw. das Erbrecht jedes einzelnen ausschließlich das deutsche Erbrecht gelten solle, und „als Rechtswahl das deutsche Erbrecht“ vereinbart. In dem späteren Testament – zu diesem Zeitpunkt war die Lebensgemeinschaft mit dem Beteiligten zu 1 beendet – setzte die Erblasserin ihre noch nicht geborenen Enkelkinder als Erben zu gleichen Teilen und für den – eingetretenen – Fall, dass solche zum Todeszeitpunkt noch nicht vorhanden sind, die Beteiligte zu 4 als alleinige Ersatzerbin ein.

3 Nach dem Tod der Erblasserin beantragte der Beteiligte zu 1 die Erteilung eines Erbscheins, der ihn als Alleinerben ausweist. Das spätere Testament sei unwirksam, da es gegen die bindende Erbeinsetzung in dem nach der EuErbVO zulässigen und materiell wirksamen Erbvertrag verstoße.

4 Mit Beschluss vom 20.10.2017 hat das Nachlassgericht die für die antragsgemäße Erbscheinserteilung erforderlichen Tatsachen als festgestellt erachtet. Die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 4 hat das OLG zurückgewiesen. Mit der vom Beschwerdegericht zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 4 ihr Begehren auf Zurückweisung des Erbscheinsantrags weiter.

5 II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

6 1. Das Beschwerdegericht hat – soweit für die Rechtsbeschwerde noch von Interesse – ausgeführt, der Erbvertrag dürfte vor Inkrafttreten der EuErbVO unwirksam gewesen sein, da der Erbvertrag nach deutschem Recht den anderen Rechtsordnungen fremd sei. Dies könne jedoch dahinstehen. Er sei zumindest mit dem Inkrafttreten der EuErbVO wirksam geworden.

7 Nach Art. 83 Abs. 2 und 3 EuErbVO seien vor dem 17.8.2015 getroffene Rechtswahlen und errichtete Verfügungen von Todes wegen zulässig sowie materiell und formell wirksam, wenn sie – wie hier – die Voraussetzungen des Kapitels III EuErbVO erfüllten. Die Erblasserin habe zum Zeitpunkt ihres Todes ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland gehabt, sodass die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem deutschem Recht unterliege (Art. 21 EuErbVO). Außerdem hätten die Vertragsparteien sowohl hinsichtlich des Errichtungs- als auch des Erbstatuts deutsches Erbrecht gewählt (Art. 25 Abs. 3 EuErbVO). Damit sei mit dem Stichtag die Wirksamkeit des Erbvertrages eingetreten. Diese umfasse auch die Bindungswirkung des Vertrages für die Erblasserin, die sich aufgrund der von den Vertragsparteien getroffenen Rechtswahl nach dem deutschen Errichtungsstatut richte. Die Erblasserin habe den Erbvertrag daher nach dem Stichtag nicht mehr widerrufen können. Dem stehe der Schutz des Vertrauens in ihre fortbestehende Testierfreiheit nicht entgegen.

8 2. Diese Beurteilung hält rechtlicher Nachprüfung stand. Dies kann der Senat ohne mündliche Verhandlung entscheiden. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass sich aufgrund der von den Vertragsparteien getroffenen Rechtswahl die Erbfolge nach dem zwischen der Erblasserin und dem Beteiligten zu 1 geschlossenen Erbvertrag richtet. Die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4 in dem späteren notariellen Testament ist gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB unwirksam, weil sie die erbvertragliche Alleinerbenstellung des Beteiligten zu 1 beeinträchtigt.

9 a) Das Beschwerdegericht hat die Wirksamkeit der Wahl des deutschen Errichtungsstatuts zu Recht bejaht.

10 aa) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde richtet sich das für die Rechtsnachfolge der Erblasserin maßgebliche Kollisionsrecht für den nach dem 17.8.2015 eingetretenen Erbfall nicht nach den zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages geltenden mitgliedstaatlichen Kollisionsnormen, sondern nach den Regelungen der EuErbVO (Art. 83 Abs. 1 EuErbVO).

11 bb) Nach der Übergangsbestimmung des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO ist eine vor dem 17.8.2015 getroffene Rechtswahl wirksam, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung erfüllt. Dies ist hier der Fall.

12 (1) Anders als die Rechtsbeschwerde meint, erfasst Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO auch Erbverträge, denn die Vorschrift verweist allgemein auf die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung und damit hinsichtlich der Zulässigkeit, materiellen Wirksamkeit und Bindungswirkung eines Erbvertrages, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, auf Art. 25 Abs. 3 EuErbVO (vgl. BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Stand: 1.3.2019, Art. 83 Rdnr. 10; Burandt/Rojahn/Burandt/Schmuck, Erbrecht, 3. Aufl., Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4; Erman/Hohloch,

BGB, 15. Aufl., Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4; Palandt/*Thorn*, 78. Aufl. 2019, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4; *Rudolf*, ZfRV 2015, 212, 213; *Schoppe*, IPRax 2014, 27, 29; anders im Ansatz MünchKomm-BGB/*Dutta*, 7. Aufl., Art. 83 EuErbVO Rdnr. 7, der die Wahl des Errichtungsstatuts nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO dem Regelungsbereich des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO zuweist, für die Bindungswirkung aber Art. 83 Abs. 2 EuErbVO heranzieht; so auch NK-BGB/*Magnus*, 3. Aufl., Art. 83 EuErbVO Rdnr. 14; *Pünder*, Gemeinschaftliche Testamente und die EU-Erbrechtsverordnung 2018, S. 322 f.). Dem steht der Wortlaut der Norm nicht entgegen, da unter „Rechtsnachfolge von Todes wegen“ im Sinne des Absatzes 2 jede Form des Übergangs von Vermögenswerten, Rechten und Pflichten von Todes wegen unter anderem im Wege der gewillkürten Erbfolge durch eine Verfügung von Todes wegen fällt (Art. 3 Abs. 1 lit. a) EuErbVO), zu der der Erbvertrag zählt (Art. 3 Abs. 1 lit. d) EuErbVO).

13 (2) Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 i. V. m. Art. 25 Abs. 3 EuErbVO gestattet den Parteien eines Erbvertrages für die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkungen ihres Erbvertrages, einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung, das Recht zu wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Art. 22 EuErbVO unter den darin genannten Bedingungen hätten wählen können. Hiernach kann eine Person für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht des Staates wählen, dem sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt des Todes angehört (Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 EuErbVO). Art. 25 Abs. 3 EuErbVO erweitert somit den Kreis der wählbaren Rechte und ermöglicht den Vertragsparteien eines mehrseitigen Erbvertrages die einheitliche Wahl des Errichtungsstatuts nach dem Recht des Staates, dem auch nur eine der Vertragsparteien angehört (vgl. BeckOGK-EuErbVO/*J. Schmidt*, Art. 25 Rdnr. 33; *Dutta/Weber/Bauer*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 25 EuErbVO Rdnr. 21; *Erman/Hohloch*, BGB, Art. 25 EuErbVO Rdnr. 9; *Firsching/Graf/Döbereiner*, Nachlassrecht, 11. Aufl., § 47 Rdnr. 72; *Hausmann/Odersky/Odersky*, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl., § 15 Rdnr. 260 f.; MünchKomm-BGB/*Dutta*, Art. 25 EuErbVO Rdnr. 11; *Süß*, Erbrecht in Europa, 3. Aufl., § 4 Rdnr. 38; *Benecke/Hausmann/Peifer/Gebauer/Hausmann*, Arbeitsrecht, Erbrecht, Urheberrecht – 50 Jahre deutsch-italienische Juristenvereinigung 2014, S. 37). Demgemäß stand den Vertragsparteien im Streitfall hinsichtlich des Errichtungsstatuts das deutsche Erbrecht als das Recht der Staatsangehörigkeit der Erblasserin (Art. 22 Abs. 1 Unterabs. 1 EuErbVO) zur Wahl, das den Abschluss eines Erbvertrages unter den Voraussetzungen der §§ 2274 ff. BGB grundsätzlich zulässt und diesem im Falle wirksamer Errichtung Bindungswirkung gegenüber einer späteren Verfügung von Todes wegen verleiht, soweit sie – wie hier – das Recht des vertragsmäßig Bedachten beeinträchtigt (§ 2289 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB).

14 (3) Die Rechtswahl ist auch formwirksam erfolgt. Die Form ist im Streitfall durch die Aufnahme der Rechtswahl in den Erbvertrag und dessen Beurkundung vor einem deutschen Notar gewahrt, Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 i. V. m. Art. 27 Abs. 1 Unterabs. 1 lit. a) und c), Art. 25 Abs. 3, Art. 22 Abs. 2 EuErbVO i. V. m. § 2276 Abs. 1 Satz 1 BGB (vgl. BeckOGK-EuErbVO/*J. Schmidt*, Art. 25 Rdnr. 36; *Erman/Hohloch*, BGB, Art. 25 EuErbVO Rdnr. 9; *Döbereiner*, MittBayNot 2013, 437, 439).

15 b) Die vertragliche Alleinerbeneinsetzung des Beteiligten zu 1 hat entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht etwa nach § 2279 Abs. 2 i. V. m. § 2077 Abs. 2 BGB ihre Wirksamkeit und Bindungswirkung durch die spätere Beendigung der Lebensgemeinschaft der Vertragsparteien verloren. Die Ausführungen des Beschwerdegerichts halten insbesondere der von der Rechtsbeschwerde erhobenen Rüge, es habe der aus § 68 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. § 26 FamFG folgenden Amtsermittlungspflicht nicht genügt, stand.

16 aa) Wie die Rechtsbeschwerde selbst sieht, finden die vorstehenden Regelungen des BGB auf die Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft vom Gesetzeswortlaut her keine Anwendung (vgl. OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.2.2016, 20 W 322/14, BeckRS 2016, 9184 Rdnr. 20; ErbR 2016, 453 [juris Rdnr. 12]; BayObLG, Beschluss vom 31.5.2001, 1 Z BR 3/01, BeckRS 2001, 30183613 unter II. 2. c); MünchKomm-BGB/*Leipold*, 7. Aufl., § 2077 Rdnr. 15; Palandt/*Weidlich*, § 2077 Rdnr. 2; Staudinger/*Otte*, Neub. 2013, § 2077 Rdnr. 28).

17 bb) Das Beschwerdegericht hat seiner Beurteilung auch rechtsfehlerfrei das Bestehen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen der Erblasserin und dem Beteiligten zu 1 zugrunde gelegt. Soweit die Rechtsbeschwerde nunmehr vorträgt, es habe aufgrund der vom Beschwerdegericht festgestellten Lebensumstände nahegelegen, dass zwischen den Vertragsparteien zum Zeitpunkt der Beurkundung des Erbvertrages ein Verlöbnis im Sinne des § 2279 Abs. 2 BGB bestanden habe, vermag dieser neue Vortrag eine Verletzung der Amtsermittlungspflicht nicht zu begründen.

18 Über Art und Umfang der Ermittlungen entscheidet der Tatrichter nach pflichtgemäßem Ermessen. Das Rechtsbeschwerdegericht hat lediglich nachzuprüfen, ob das Beschwerdegericht die Grenzen seines Ermessens eingehalten hat, ferner, ob es von zutreffenden Tatsachenfeststellungen ausgegangen ist (BGH, Beschluss vom 8.5.2019, XII ZB 506/18, juris Rdnr. 13 m. w. N.). Unter Anlegung dieser Maßstäbe ist ein Verstoß gegen die Amtsermittlungspflicht nicht gegeben. Angesichts des unstreitigen vorinstanzlichen Parteivortrags, der zahlreiche Anhaltspunkte für das Vorliegen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, nicht aber für ein Verlöbnis bot, und des Akteninhalts – die Erblasserin selbst sprach in ihrem Testament von einer beendeten Lebensgemeinschaft – war das Beschwerdegericht nicht gehalten, die persönliche Beziehung der Erbvertragsparteien auf die Voraussetzungen eines Verlöbnisses zu erforschen (vgl. zum Ermittlungsumfang bei übereinstimmenden Parteivortrag etwa BGH, Beschluss vom 20.3.2019, XII ZB 334/18, juris Rdnr. 19; Bahrenfuss/*Rüntz*, FamFG, 3. Aufl., § 26 Rdnr. 9; Bork/*Jacoby/Schwab/Jacoby*, FamFG, 2. Aufl., § 26 Rdnr. 14; *Zöller/Feskorn*, ZPO, 32. Aufl., § 26 FamFG Rdnr. 2).

19 c) Ohne Erfolg beruft sich die Rechtsbeschwerde schließlich auf den europa- und verfassungsrechtlich anerkannten Grundsatz der Rechtssicherheit und das Rückwirkungsverbot.

20 aa) Richtig ist allerdings, dass ein weites Verständnis des Anwendungsbereiches des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO dazu führt, dass – solange der Erbfall am oder nach dem 17.8.2015 eintritt – eine bereits vor dem Geltungsbeginn der

Verordnung und dem maßgeblichen Stichtag ihrer Anwendbarkeit getroffene Rechtswahl wirksam wird, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung erfüllt, auch wenn den Vertragsparteien die Rechtswahl nach dem bis zu diesem Zeitpunkt noch gültigen Kollisionsrecht des Aufenthalts- oder Staatsangehörigkeitsstaats nicht möglich war (vgl. Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, 2016, Art. 83 Rdnr. 8; MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 24 EuErbVO Rdnr. 19; Dörner, ZEV 2012, 505, 506; Rudolf, ZfRV 2015, 212, 214, 217; siehe auch Pünder, Gemeinschaftliche Testamente und die EU-Erbrechtsverordnung, S. 328; Heinig, RNotZ 2014, 197, 215).

21 Der Rechtsbeschwerde ist auch darin zuzustimmen, dass sich die Übergangsvorschrift damit auf einen in der Zeit vor Geltungsbeginn der Verordnung liegenden Sachverhalt für die Zukunft auswirkt und die Rechtsposition eines Erblassers nachträglich zumindest dadurch entwertet, dass er nach dem Stichtag an seine zuvor erbvertraglich getroffene Rechtswahl und in der Folge an eine zuvor unwirksam errichtete Verfügung von Todes wegen gebunden ist (eingehend Süß, Erbrecht in Europa, § 1 Rdnr. 46). Anders als die Rechtsbeschwerde meint, handelt es sich insoweit jedoch nicht um eine echte, sondern um eine unechte Rückwirkung, da die Verordnung nicht an einen bereits in der Vergangenheit beendeten Sachverhalt anknüpft. Dieser findet vielmehr erst mit dem Eintritt des Erbfalls seinen Abschluss. Dementsprechend entfaltet eine vor dem Stichtag getroffene Rechtswahl erst mit dem am oder nach dem 17.8.2015 eintretenden Erbfall ihre Wirkung (vgl. dazu Palandt/Thorn, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4).

22 bb) Eine solche Rückwirkung verstößt entgegen dem Vorbringen der Rechtsbeschwerde nicht gegen den Grundsatz der Rechtssicherheit.

23 (1) Nach der Rechtsprechung des EuGH verbietet es der Grundsatz der Rechtssicherheit im Allgemeinen, den Beginn der Geltungsdauer eines Rechtsakts der Union auf einen Zeitpunkt vor dessen Veröffentlichung zu legen, wobei ausnahmsweise anderes dann gelten kann, wenn das angestrebte Ziel es verlangt und das berechnete Vertrauen der Betroffenen gebührend beachtet wird (EuGH, Urteile vom 30.4.2019, C-611/17, Celex-Nr. 62017 CJ 0611 Rdnr. 106; vom 22.12.2010, Bavaria, C-120/08, Slg. 2010, I-13393 Rdnr. 40; vom 24.9.2002, Falck, C-74/00, Slg. 2002, I-7869 Rdnr. 119; jeweils m. w. N.). Die materiellrechtlichen Unionsvorschriften sind insoweit, um die Beachtung der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Vertrauensschutzes zu gewährleisten, so auszulegen, dass sie für vor ihrem Inkrafttreten eingetretene Sachverhalte nur gelten, soweit aus ihrem Wortlaut, ihrer Zielsetzung oder ihrem Aufbau eindeutig hervorgeht, dass ihnen eine solche Wirkung beizumessen ist (EuGH, Urteile vom 22.12.2010, a. a. O.; vom 24.9.2002, a. a. O.; siehe auch EuGH, Urteile vom 30.4.2019, a. a. O.; vom 6.7.2006, Kersbergen-Lap, Dams-Schipper, C-154/05, Slg. 2006, I-6249 Rdnr. 42; vom 29.1.2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Slg. 2002, I-1049 Rdnr. 49).

24 Wenn der Grundsatz der Rechtssicherheit einer rückwirkenden Anwendung einer Verordnung unabhängig davon entgegensteht, ob sich eine solche Anwendung für den Betroffenen günstig oder ungünstig auswirkt, verlangt derselbe

Grundsatz, dass jeder Sachverhalt normalerweise, soweit nichts Gegenteiliges bestimmt ist, anhand der seinerzeit geltenden Rechtsvorschriften beurteilt wird. Zwar gilt die neue Regelung somit nur für die Zukunft, doch ist sie, soweit nichts Abweichendes bestimmt ist, auch auf die künftigen Wirkungen von unter dem alten Recht entstandenen Sachverhalten anwendbar (EuGH, Urteile vom 22.12.2010, Bavaria, C-120/08, Slg. 2010, I-13393 Rdnr. 41; vom 24.9.2002, Falck, C-74/00, Slg. 2002, I-7869 Rdnr. 41; vom 6.7.2006, Kersbergen-Lap, Dams-Schipper, C-154/05, Slg. 2006, I-6249 Rdnr. 42, jeweils m. w. N.). Der Anwendungsbereich des Grundsatzes des Vertrauensschutzes darf nicht so weit erstreckt werden, dass die Anwendung einer neuen Regelung auf die künftigen Auswirkungen von unter der Geltung der früheren Regelung entstandenen Sachverhalten schlechthin ausgeschlossen ist (EuGH, Urteile vom 14.1.2010, Stadt Papenburg, C-226/08, Slg. 2010, I-131 Rdnr. 46; vom 29.1.2002, Pokrzeptowicz-Meyer, C-162/00, Slg. 2002, I-1049 Rdnr. 55 m. w. N.).

25 Gemessen hieran begegnet die Rückwirkung der Verordnung in Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO keinen durchgreifenden Bedenken.

26 (a) Ziel der EuErbVO ist es, die Hindernisse für den freien Verkehr von Personen, denen die Durchsetzung ihrer Rechte im Zusammenhang mit einem Erbfall mit grenzüberschreitendem Bezug nach den autonomen mitgliedstaatlichen Regelungen Schwierigkeiten bereitet, auszuräumen, um das reibungslose Funktionieren des Binnenmarktes zu erleichtern, den Unionsbürgern zu ermöglichen, ihren Nachlass im Voraus zu regeln und die Rechte der Erben und Vermächtnisnehmer sowie anderer Personen, die dem Erblasser nahestehen, effektiv zu wahren (vgl. Erwägungsgründe 7 und 8 EuErbVO; siehe dazu auch EuGH, Urteil vom 21.6.2018, Oberle, C-20/17, ErbR 2018, 503 Rdnr. 49).

27 Vor diesem Hintergrund sollen die Übergangsbestimmungen einer Rechtswahl möglichst zur Wirksamkeit verhelfen und das Vertrauen des Erblassers, der nach dem Stichtag verstirbt, aber bereits zuvor eine Rechtswahl getroffen hat, auf ein bestimmtes materielles Recht schützen (vgl. BeckOGK-EuErbVO/J. Schmidt, Art. 83 Rdnr. 4; Deixler-Hübner/Schauer/Fucik, EuErbVO, 2015, Art. 83 Rdnr. 5; Dutta/Weber/Bauer, Internationales Erbrecht, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4; Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, 2016, Art. 83 Rdnr. 5; MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 1; NK-BGB/Magnus, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 2, 8; Palandt/Thorn, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 1; Lechner, ZErB 2014, 188, 193 f.; Rudolf, ZfRV 2015, S. 212; Schoppe, IPRax 2014, 27, 28).

28 (b) Zwar kann dies im Einzelfall dazu führen, dass auch eine zuvor unwirksam getroffene Rechtswahl nach dem Stichtag wirksam und bindend wird (Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, Art. 83 Rdnr. 8; Schoppe, IPRax 2014, 27, 29; siehe auch zu Art. 83 Abs. 3 EuErbVO Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, Rdnr. 43; Hausmann/Odersky/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 15 Rdnr. 259; Rauscher/Hertel, Europäisches Zivilprozess- und Kollisionsrecht, 4. Aufl., Art. 83 EuErbVO Rdnr. 9; Pünder, Gemeinschaftliche Testamente und die EU-Erbrechtsverordnung, S. 328). Der europä-

ische Gesetzgeber hat aber in Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO bewusst die Wirksamkeit einer vor dem Stichtag getroffenen Rechtswahl allein davon abhängig gemacht, dass die Voraussetzungen des Kapitels III der Verordnung erfüllt sind (Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, Art. 83 Rdnr. 8). Eine Einschränkung dahin gehend, dass dies nur gelten solle, wenn die Rechtswahl zugleich nach altem Kollisionsrecht wirksam war, lässt sich dem Wortlaut hingegen nicht entnehmen (vgl. Schoppe, IPRax 2014, 27, 29 mit Hinweis auf die englische und französische Sprachfassung). Somit werden nach der gesetzlichen Konzeption des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO in rechtlicher Unkenntnis erfolgte zunächst unwirksame Rechtswahlen geheilt (vgl. Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, Art. 83 Rdnr. 8). Die Übergangsbestimmungen des Art. 83 EuErbVO sind geprägt von dem Ziel, die Wirksamkeit – früherer – Verfügungen von Todes wegen und Rechtswahlen soweit irgend möglich aufrechtzuerhalten, sie aber ggf. auch zu heilen (vgl. Geimer/Schütze/Lechner, Europäische Erbrechtsverordnung, Art. 83 Rdnr. 5).

29 (c) Gestützt wird dieses Verständnis des Anwendungsbereiches des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO durch den Sinn und Zweck der Übergangsregelungen, einen Ausgleich zu schaffen zwischen dem Vertrauensschutz des Erblassers an den Bestand seiner – wenn auch zum damaligen Zeitraum möglicherweise unwirksamen – Rechtswahl und dem Ziel, der politisch gewollten Gesetzesänderung auch tatsächliche Geltung zu verleihen (vgl. Schoppe, IPRax 2014, 27, 29). Vom Geltungsbereich der Verordnung erfasste Erblasser werden hierdurch nicht unverhältnismäßig beeinträchtigt, da ihnen der Übergangszeitraum von rund drei Jahren zwischen Inkrafttreten der EuErbVO und ihrer Geltung in aller Regel ausreichend Zeit bot, ihre Nachlassangelegenheiten an die neue Rechtslage anzupassen (vgl. EuGH, Urteile vom 5.5.1981, 112/80, Slg. 1981, 1095 Rdnr. 50; vom 16.5.1979, 84/78, Slg. 1979, 1801 Rdnr. 20 ff.; siehe auch Schoppe, IPRax 2014, 27, 28).

30 (2) Die Rüge der Rechtsbeschwerde, die vorgenannte Auslegung der Übergangsbestimmungen verletze deutsches Verfassungsrecht, greift schon deshalb nicht durch, weil die unechte Rückwirkung der EuErbVO auch verfassungsrechtlich unbedenklich ist.

31 Nach der Rechtsprechung des BVerfG geht der verfassungsrechtliche Vertrauensschutz insbesondere nicht so weit, den Staatsbürger vor jeder Enttäuschung zu bewahren. Soweit nicht besondere Momente der Schutzwürdigkeit hinzutreten, genießt die bloß allgemeine Erwartung, das geltende Recht werde zukünftig unverändert fortbestehen, keinen besonderen verfassungsrechtlichen Schutz (BVerfGE 132, 302 [juris Rdnr. 45]; BVerfGE 127, 1 [juris Rdnr. 57]; BVerfGE 68, 287 [juris Rdnr. 46]; jeweils m. w. N.). Der Gesetzgeber muss aber, soweit er für künftige Rechtsfolgen an zurückliegende Sachverhalte anknüpft, dem verfassungsrechtlich gebotenen Vertrauensschutz in hinreichendem Maß Rechnung tragen. Die Interessen der Allgemeinheit, die mit der Regelung verfolgt werden, und das Vertrauen der Einzelnen auf die Fortgeltung der Rechtslage sind abzuwägen. Der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit muss gewahrt sein. Eine unechte Rückwirkung ist mit den Grundsätzen grundrechtlichen und rechtsstaatlichen Vertrauensschutzes daher nur vereinbar, wenn sie zur

Förderung des Gesetzeszwecks geeignet und erforderlich ist und wenn bei einer Gesamtabwägung zwischen dem Gewicht des enttäuschten Vertrauens und dem Gewicht und der Dringlichkeit der die Rechtsänderung rechtfertigenden Gründe die Grenze der Zumutbarkeit gewahrt bleibt (BVerfGE 132, 302 Rdnr. 46; BVerfGE 127, 1 [juris Rdnr. 58], jeweils m. w. N.). Diesen verfassungsrechtlichen Anforderungen wird die Übergangsregelung der EuErbVO aus den oben dargelegten Gründen gerecht.

32 3. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den EuGH gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist im Streitfall nicht veranlasst, da die richtige Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Bestimmungen der EuErbVO derart offenkundig sind, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum verbleibt (vgl. EuGH, Urteile vom 28.7.2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, ABl. EU 2016 Nr. C 350, S. 11 [juris Rdnr. 53]; vom 1.10.2015, Doc Generici, C-452/14, GRUR Int. 2015, 1152 [juris Rdnr. 43]; vom 6.10.1982, CILFIT, 283/81, Slg. 1982, 3415 Rdnr. 16, 21).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notarassessor **Stefan Ackermann**,
Hammelburg

Der BGH bezieht in seinem Beschluss vom 10.7.2019, Stellung zur Einordnung einer Errichtungsstatutwahl in Art. 83 EuErbVO.¹ Darüber hinaus verneint der BGH überzeugend einen Verstoß der Regelung des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO gegen das europarechtliche bzw. verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip sowie das Rückwirkungsverbot.

1. Sachverhalt

Der BGH hatte sich in der vorliegenden Entscheidung mit der Frage auseinanderzusetzen, inwiefern eine bisher unwirksame Rechtswahl durch die Anwendung des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO geheilt werden kann.

Die Erblasserin, eine deutsche Staatsangehörige, schloss mit ihrem damaligen Lebenspartner im Jahre 1998 einen notariellen Erbvertrag, in welchem sie sich unter anderem jeweils gegenseitig als Alleinerben einsetzten. Der Lebenspartner der Erblasserin ist italienischer Staatsangehöriger und hatte im Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages seinen gewöhnlichen Aufenthalt zusammen mit der Erblasserin in Deutschland. Im Erbvertrag war eine Rechtswahl deutschen Rechts enthalten.

Im Jahre 2016 errichtete die Erblasserin nach Trennung von ihrem Lebenspartner ein notarielles Testament und setzte hier im Ergebnis die Beschwerdeführerin als Alleinerbin statt des früheren Lebenspartners ein. Der frühere Lebenspartner

¹ Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4.7.2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses.

beantragte nun die Erteilung eines Erbscheins beim Nachlassgericht. Sowohl das Nachlassgericht als auch das Beschwerdegericht gingen im Folgenden davon aus, dass das neue Testament aufgrund der Bindungswirkung des Erbvertrages und wegen der durch Inkrafttreten der EuErbVO geheilten Rechtswahl unwirksam sei und daher die im Erbvertrag enthaltenen Regelungen gelten.

2. Heilung der ursprünglich unwirksamen Rechtswahl

Wäre die Erblasserin vor Inkrafttreten der EuErbVO verstorben, so wäre die Rechtswahl unwirksam gewesen und einem späteren Testament wäre die Bindungswirkung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht entgegengestanden. Gemäß Art. 25, 26 EGBGB a. F. bestand nicht die Möglichkeit, eine Rechtswahl hinsichtlich Errichtung eines Erbvertrages und deren Wirksamkeit zu treffen. Es war vielmehr so, dass sich die Wirksamkeit der Errichtung des Erbvertrages und damit auch die Frage der Bindungswirkung gemäß Art. 26 Abs. 5 Satz 1, 25 EGBGB a. F. nach dem jeweils auf die Erbfolge der Vertragsparteien anwendbaren Erbrecht richtete.² Hier wäre nach Art. 25 Abs. 1 EGBGB a. F. zwar für die Erblasserin als deutsche Staatsangehörige das deutsche Recht maßgebend gewesen; für ihren früheren Lebensgefährten als italienischen Staatsangehörigen wäre jedoch italienisches Erbrecht anwendbar gewesen. Da das italienische Recht Erbverträge jedoch weder kennt noch akzeptiert, wäre die Verfügung des früheren Lebenspartners hiernach unwirksam.³ Dies wiederum würde gemäß § 2298 Abs. 1 BGB zur Nichtigkeit des gesamten Erbvertrages führen.

Da die Erblasserin jedoch nach dem 17.8.2015 verstorben ist, findet auf ihren Nachlass die EuErbVO gemäß Art. 83 Abs. 1 EuErbVO Anwendung. Diese regelt in Art. 83 Abs. 2 EuErbVO, dass Rechtswahlen, die die Voraussetzungen von Kapitel III der EuErbVO erfüllen, wirksam sind bzw. werden.

Hierbei ist zunächst festzustellen, dass der Senat richtig erkannt hat, dass auf den ihm vorliegenden Fall der Wahl des Errichtungsstatuts Art. 83 Abs. 2 EuErbVO und nicht Art. 83 Abs. 3 EuErbVO Anwendung findet. Diese Einordnung war und ist in der Literatur umstritten.⁴ Für die Einordnung der Wahl des Errichtungsstatuts nach Abs. 3 spricht, dass es sich bei dieser Wahl inhaltlich um eine Frage der Errichtung und deren Wirksamkeit handelt.⁵ Dieser Themenbereich wäre grundsätzlich dem Regime des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO unterworfen. Diese Ansicht überzeugt jedoch nicht, da es

sich auch bei der Wahl des Errichtungsstatuts um eine Rechtswahl im Sinne der Verordnung handelt. Der hierfür maßgebliche Art. 25 Abs. 3 EuErbVO spricht ausdrücklich davon, dass die Beteiligten das jeweilige Recht wählen können und verweist hierzu auf Art. 22 EuErbVO, die Vorschrift zur Rechtswahl. Die Tatsache, dass es sich bei der Rechtswahl nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO jedenfalls um eine (Teil-)Rechtswahl, sei es auch nur bezüglich des Errichtungsstatuts, handelt, ist wohl auch in der Literatur unumstritten.⁶ Von daher kann auch konsequenterweise die Einordnung der Rechtswahl in das Regime des Art. 83 EuErbVO nur unter Abs. 2 erfolgen.⁷ Zu beachten ist jedoch, dass aufgrund dieser Zuordnung zu Abs. 2 die zusätzliche Alternative 4 aus Abs. 3 wegfällt. Nach einer Korrektur der deutschen Sprachfassung ist diese nun auch in der deutschen Sprachfassung enthalten. Sie beinhaltet als weitere Heilungsalternative, dass eine Verfügung von Todes wegen wirksam sein kann, wenn sie nach der lex fori des befassen Gerichts zum Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages wirksam war.⁸ Diese Alternative hätte zur Wirksamkeit eines Erbvertrages führen können und böte mithin eine zusätzliche Heilungschance.

Im Ergebnis war die Frage der Einordnung unter Abs. 2 oder 3 jedoch für den Senat nicht entscheidungserheblich, da der hier vorliegende Erbvertrag gerade nicht auf die Anwendung der Alternative 4 in Abs. 3 angewiesen war und sich dessen Wirksamkeit bereits aus der jeweils ersten Alternative, nämlich dem Erfüllen der Voraussetzungen des Kapitel III der EuErbVO, ergibt. Die Erbvertragsparteien wählten in ihrem Erbvertrag im Sinne des Art. 25 Abs. 3, 22 Abs. 1 UAbs. 1 EuErbVO, welcher auch Teil des Kapitel III ist, das Staatsangehörigkeitsrecht der Erblasserin, nämlich deutsches Recht.

Diese Rechtswahl ist, wie oben dargestellt und vom Senat zutreffend erkannt, zunächst unwirksam gewesen, mit Inkrafttreten der EuErbVO und Tod der Erblasserin erst nach dem 17.8.2015 jedoch wirksam geworden. Dies führt wiederum zu dem richtig festgestellten Ergebnis, dass der gesamte Erbvertrag wirksam und bindend ist, weswegen das spätere Testament aus dem Jahre 2016 hinsichtlich der Erbsetzung der Beschwerdeführerin unwirksam ist.

3. Kein Verstoß gegen Rechtsstaatsprinzip und Rückwirkungsverbot

Zum Abschluss hatte sich der BGH noch mit der Rückwirkung der Regelungen des Art. 83 Abs. 2 und 3 auseinanderzusetzen und zu prüfen, ob diese Rückwirkung gegen das europarechtliche bzw. verfassungsrechtliche Rechtsstaatsprinzip und das Rückwirkungsverbot verstößt.

2 Vgl. MünchKomm-BGB/Birk, 4. Aufl. 2006, Art. 26 EGBGB Rdnr. 132 ff.

3 Art. 458, 589, 635 Codice Civile; Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann, Internationales Erbrecht, Stand: April 2019, Italien Rdnr. 245, 507 ff.

4 Für die Anwendung des Abs. 3: MünchKomm-BGB/Dutta, 7. Aufl. 2018, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 7; von Bary, FamRZ 2019, 1561, 1565; für die Anwendung des Abs. 2: Palandt/Thorn, 78. Aufl. 2019, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4; BeckOGK-BGB/J. Schmidt, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 10; Schoppe, IPRax 2014, 27, 29; unentschieden: Pünder, Gemeinschaftliche Testamente und die EU-Erbrechtsverordnung, 1. Aufl., S. 323.

5 von Bary, FamRZ 2019, 1561, 1565; Pünder, Gemeinschaftliche Testamente und EuErbVO, 2018, S. 323.

6 MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 25 EuErbVO Rdnr. 5 f.; Palandt/Thorn, Art. 25 EuErbVO Rdnr. 7; Firsching/Grafi/Döbereiner, Nachlassrecht, 11. Aufl. 2019, § 47 Rdnr. 72.

7 So auch: Schoppe, IPRax 2014, 27, 29, Beck-OGK-BGB/J. Schmidt, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 10; Palandt/Thorn, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 4.

8 Zum Korrigendum der deutschen Sprachfassung unter Aufnahme der Alternative 4: MünchKomm-BGB/Dutta, Art. 83 EuErbVO Rdnr. 18 ff.

Wie der entschiedene Fall eindrücklich zeigt, wirkt Art. 83 EuErbVO weit in eine Zeit vor seiner Geltung zurück, indem er es zum Beispiel, wie hier, ermöglicht, dass eine 1998 getroffene, damals unwirksame Rechtswahl nun wirksam wird. Vor dem Hintergrund, dass sich vergleichbare Fälle auch in der Zukunft noch vielfach wiederholen dürften, ist die hier vom BGH getroffene klare und gut begründete Entscheidung besonders zu begrüßen: Es wird zutreffend klargestellt, dass die Verordnung nicht an einen in der Vergangenheit abgeschlossenen Sachverhalt anknüpft, sondern vielmehr an einen Sachverhalt, welcher erst mit dem Tod des Erblassers zum Abschluss kommt, weswegen es sich bei der Rückwirkung des Art. 83 Abs. 2, 3 EuErbVO nicht um eine echte, sondern nur um eine unechte Rückwirkung handelt.⁹

Weiter stellt der Senat in diesem Zusammenhang nochmals klarstellend und richtigerweise fest, dass Art. 83 Abs. 2 EuErbVO die Wirksamkeit der Rechtswahl allein davon abhängig macht, dass (allein) die Voraussetzungen des Kapitel III der Verordnung erfüllt sind. Ein kumulatives Vorliegen der Voraussetzungen der Verordnung sowie der Wirksamkeit nach altem Recht sind gerade nicht erforderlich.

Insgesamt ist dem Ergebnis der Erwägungen zur Vereinbarkeit der unechten Rückwirkung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit und dem Rückwirkungsverbot vollumfänglich zuzustimmen. Die Regelung des Art. 83 Abs. 2 EuErbVO hat gerade zum Ziel, den Willen des Erblassers möglichst zu erfüllen und die getroffene Rechtswahl durch verschiedene, zur Wirksamkeit führende Alternativen, soweit irgend realisierbar, aufrecht zu erhalten. Der Ordnungsgeber hat sein Möglichstes getan, das Vertrauen des letztwillig Verfügenden in die Anwendbarkeit seines gewählten Rechts zu bestätigen. Dass hierdurch, wie im vorliegenden Fall, vereinzelt auch Rechtswahlen geheilt werden, die dieses Vertrauen des Verfügenden bei Errichtung gar nicht verdient gehabt hätten, kann dem nicht im Wege stehen. Insbesondere ist gerade auch in diesen Fällen davon auszugehen, dass der Verfügende die Rechtswahl in der Annahme getroffen hat, dass sie in der Zukunft auch greifen werde. Selbst wenn dies jedoch nicht so wäre und der Verfügende die Rechtswahl für unwirksam gehalten hätte, so hatte er jedenfalls zwischen Inkrafttreten der EuErbVO und Wirksamwerden drei Jahre Zeit, entsprechend zu reagieren.

4. Fazit

Im Ergebnis handelt es sich um eine für das Notariat begrüßenswerte Entscheidung. Sie gibt Rechtssicherheit im Hinblick darauf, welcher Absatz des Art. 83 EuErbVO auf Rechtswahlen im Sinne des Art. 25 Abs. 3 EuErbVO anzuwenden ist. Darüber hinaus wird nochmals herausgearbeitet, warum die Regelungen des Art. 83 EuErbVO nicht ge-

gen das Rückwirkungsverbot verstoßen und auch mit dem Rechtsstaatsprinzip im Einklang stehen.

Durch Art. 83 EuErbVO wird ein breites Angebot gemacht, um zu einer Wirksamkeit einer Rechtswahlklausel zu kommen. Über diesen Weg dürften auch in Zukunft die meisten Rechtswahlen wirksam sein, selbst wenn sie, wie im vorliegenden Fall, nach dem ursprünglich anwendbaren Recht bei Errichtung unwirksam waren. Dies betrifft insbesondere auch solche Rechtswahlen, die im Hinblick auf die EuErbVO zunächst unwirksam vereinbart wurden, in der Hoffnung, dass die Regelung, wie sie heute in Art. 83 EuErbVO gilt, zustande kommt und hält.

21. Anfechtung einer Erbausschlagung nach rumänischem Recht

OLG Köln, Beschluss vom 5.6.2019, 2 Wx 142/19

BGB § 1945 Abs. 1, § 1955

EuErbVO Art. 4, 13, 22 Abs. 1 Satz 2, Art. 28

LEITSÄTZE:

- 1. Errichtet ein rumänischer Staatsangehöriger, der auch die deutsche Staatsangehörigkeit besitzt und seinen gewöhnlichen Aufenthaltsort in Deutschland hat, in Rumänien vor einem rumänischen Notar in rumänischer Sprache unter Bezugnahme auf Vorschriften des rumänischen Rechts ein Testament, spricht dies für die Wahl des rumänischen Rechts.**
- 2. Entsprechend richten sich die Voraussetzungen für die Annahme und die Ausschlagung der Erbschaft nach den maßgeblichen rumänischen Vorschriften.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Der in Bukarest geborene Erblasser, der aufgrund Einbürgerungsurkunde vom 13.2.1984 auch die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, hatte am 10.10.2016 vor einer Notarin in Bukarest ein Testament in rumänischer Sprache errichtet. Gemäß der vorliegenden Übersetzung heißt es darin:

„Der Unterzeichneter W S, rumänischer Staatsangehöriger, geboren am 24.6.1949 in Bukarest(...), wohnhaft in Deutschland (...), verheiratet, ohne Abkömmlinge, mit verstorbenen privilegierten Aszendenten, verfüge hiermit, für den Fall meines Verlebens:

Ich lasse mein ganze Mobilien und Immobilienvermögen für meine Frau W (geboren P) V, (...), und bevollmächtige sie als umfassende Vermächtnisnehmerin nach Art. 1055 BGB, denn ich für ihre Zuneigung und Sorge dankbar bin.

Vorliegendes Testament ist unter Beachtung der Bestimmungen Art. 1044 BGB erfasst, und stellt meinen letzten Wunsch dar. (...“

2 Das Testament ist vom AG Köln am 26.9.2017 eröffnet worden.

⁹ Zur Abgrenzung von echter und unechter Rückwirkung vgl. u. a.: Zum deutschen Verfassungsrecht *Maurer*, Staatsrecht I, 6. Aufl. 2010, § 17 Rdnr. 101 ff.; BVerfG, Beschluss vom 10.10.2012, 1 BvL 6/07, BVerfGE 132, 302; zum europäischen Recht: EuGH, Urteile vom 30.4.2019, Italien/Rat, C-611/17, BeckRS 2019, 7077, Rdnr. 106 und vom 22.12.2010, Bavaria, C-120/08, EuZW 2011, 143 Rdnr. 40.

3 Am selben Tage hat die Beteiligte zur Niederschrift des AG die Erbschaft aus jedem Berufsgrund ausgeschlagen und mitgeteilt, zum Nachlass gehöre ein hälftiger Anteil an einer Eigentumswohnung in Köln. Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 18.5.2018, eingegangen bei dem AG am 25.5.2018 hat sie die Anfechtung der Erbausschlagung mit der Begründung erklärt, sie sei aufgrund von Angaben der Kreissparkasse von einer hohen Schuldenbelastung bzw. einer Überschuldung des Nachlasses ausgegangen und habe die Ausschlagung in Unkenntnis ihrer Bedeutung erklärt. Mit notarieller Urkunde vom 20.8.2018 hat die Beteiligte auf der Grundlage des Testaments die Erteilung eines Alleinerbscheins beantragt; diese hat die Verfahrensbevollmächtigte mit Schriftsatz vom 28.9.2018 bei dem AG eingereicht.

4 Die Richterin des Nachlassgerichts hat mit dem am 30.1.2019 erlassenen Beschluss vom 28.1.2019 den Erbscheinsantrag mit der Begründung zurückgewiesen, die Beteiligte habe die Erbschaft wirksam ausgeschlagen. Ein Grund zur Anfechtung liege, wie im Beschluss näher ausgeführt, nicht vor.

5 Gegen diesen Beschluss hat die Beteiligte mit per Telefax am 15.2.2019 eingegangenem Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tage Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 7.3.2019 begründet. Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem OLG vorgelegt.

6 2. Die Beschwerde ist zulässig; sie ist insbesondere in rechter Form und Frist eingelegt worden.

7 Das Rechtsmittel hat auch in der Sache Erfolg. Es führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Feststellung der den Erbscheinsantrag der Antragstellerin begründenden Tatsachen (§ 352e Abs. 1 FamFG).

8 Die deutschen Nachlassgerichte sind nach Art. 4 EuErbVO international zuständig, da der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte und sich zur Zeit seines Todes nur urlaubshalber in Rumänien aufhielt.

9 Die Antragstellerin ist aufgrund des in Rumänien notariell beurkundeten Testaments vom 10.10.2016 Alleinerbin geworden.

10 Maßgeblich für die Erbfolge ist hier rumänisches Recht. Nach Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EuErbVO kann eine Person, die mehrere Staatsangehörigkeiten besitzt, für die Rechtsnachfolge von Todes wegen das Recht eines der Staaten wählen, denen sie im Zeitpunkt der Rechtswahl oder im Zeitpunkt ihres Todes angehört. Der Erblasser besaß sowohl die rumänische als auch die deutsche Staatsangehörigkeit. Nach Art. 22 Abs. 2 EuErbVO muss die Rechtswahl ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Nach Erwägungsgrund 39 gilt es als Indiz für eine Rechtswahl, wenn der Erblasser Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechtes des Staates, dem er angehört, genommen hat. Danach hat der Erblasser hier in seinem Testament konkludent die Geltung des rumänischen Erbrechts gewählt. Dies ergibt sich aus den Umständen der Errichtung, nämlich der Errichtung in rumänischer Sprache vor einer rumänischen Notarin, in Verbindung mit der Inbezugnahme von Vorschriften des rumänischen Rechts. Ausweislich der rumä-

nischen Originalfassung des Testaments ist auf die Bestimmungen Art. 1044 und Art. 1055 des Codul Civil („Cod Civil“) verwiesen; die vom Übersetzer gewählte Formulierung „BGB“ ist insoweit irreführend.

11 Die von der Beteiligten abgegebene Ausschlagungserklärung steht ihrer Erbenstellung nicht entgegen, denn dadurch war sie nicht gehindert, die Erbschaft danach noch anzunehmen, was sie zumindest konkludent durch die Anfechtung der Ausschlagung gegenüber dem Nachlassgericht erklärt hat. Die Beteiligte, die ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Köln hatte, konnte die Annahmeerklärung gegenüber dem AG Köln abgeben, Art. 4 i. V. m. Art. 13 EuErbVO. Hinsichtlich der Form der Annahmeerklärung bedarf es keiner Prüfung, welche Anforderungen das rumänische Recht stellt, weil insoweit auch die Beachtung des deutschen Rechts genügt, da die Beteiligte ihren gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland hatte (Art. 28 b) EuErbVO). Das deutsche Formrecht ist mit der bei dem Nachlassgericht eingereichten, notariell in Deutschland beurkundeten Erklärung vom 19.5.2018 gewahrt worden (§§ 1955, 1945 Abs. 1 BGB). Hinsichtlich der zu beachtenden Frist verbleibt es mangels einer besonderen Bestimmung der EuErbVO bei der (alleinigen) Anwendung des vom Erblasser gewählten rumänischen Rechts. Danach kann der Erbe, sofern kein anderer Erbe die Erbschaft bislang angenommen hat, eine Ausschlagung widerrufen, solange die Frist für die Annahme der Erbschaft noch nicht abgelaufen ist (Art. 1123 Abs. 1 CC; *Süß*, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Rumänien, Rdnr. 40). Die gesetzliche Frist für die Annahme der Erbschaft beträgt ein Jahr und beginnt regelmäßig mit dem Eintritt des Erbfalls, Art. 1103 CC (vgl. *Süß*, a. a. O., Rdnr. 36). Diese Jahresfrist ist mit der am 25.5.2018 bei dem AG eingegangenen Anfechtungserklärung, in der ein Widerruf der Ausschlagung und die Annahme der Erbschaft lagen, gewahrt worden.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt Dr. **Rembert Süß**, Würzburg

1. Sachverhalt

Die Entscheidung betrifft die Auslegung eines Testaments. Der Erblasser stammte aus Rumänien und erhielt 1984 die deutsche Staatsangehörigkeit. Offenbar handelt es sich um einen deutschstämmigen Aussiedler (Siebenbürgener Sachse, Banater Schwabe etc.), denn er wurde eingebürgert, ohne die rumänische Staatsangehörigkeit aufgeben zu müssen (vgl. nun § 7 StAG). Er war daher seither deutsch-rumänischer Doppelstaater. Er hatte zuletzt seinen Lebensmittelpunkt in Köln, verstarb aber auf einer „Urlaubsreise“ in Rumänien. Durch Testament – offenbar im Rahmen einer anderen Urlaubsreise im Oktober 2016 – in Bukarest von einer rumänischen Notarin in rumänischer Sprache beurkundet, setzte der Erblasser seine Ehefrau zur „umfassenden Vermächtnisnehmerin“ ein. Das Testament wurde im September 2017 eröffnet. Die bedachte Ehefrau schlug zunächst aus, da sie irrtümlich von der Überschuldung des Nachlasses ausging. Später focht sie die Ausschlagung an und beantragte die Ausstellung eines Erbscheins als testamentarische Alleinerbin. Das Nachlassgericht ging von der

Geltung deutschen Rechts aus und ließ die Anfechtung der Ausschlagung nicht zu.

2. Anwendbares Recht

Das rumänische Recht gestattet einem Erben auch nach Ausschlagung die Annahme der Erbschaft, solange kein anderer Erbe die Erbschaft angenommen hat. Die Ehefrau wäre also bei Geltung rumänischen Rechts Erbin gewesen. Das OLG bejahte die Geltung (des der Ehefrau günstigen) rumänischen Rechts auf der Basis einer Rechtswahl gemäß Art. 22 Abs. 1 EuErbVO. Es erkannte eine „konkludente Rechtswahl“ darin, dass der Erblasser das Testament in rumänische Sprache vor einer rumänischen Notarin errichtet und hierbei auf Vorschriften des rumänischen Rechts Bezug genommen habe. Das Ergebnis ist nachvollziehbar, die Begründung nicht.

a) Recht des gewöhnlichen Aufenthalts

Da der Erblasser nach dem 16.8.2015 verstorben ist, bestimmt sich das auf die Erbfolge anwendbare Recht nach den Vorschriften der EuErbVO, Art. 83 Abs. 1 EuErbVO. Maßgeblich ist danach nicht mehr die Staatsangehörigkeit des Erblassers, sondern sein letzter gewöhnlicher Aufenthalt. Dieser lag nach den tatsächlichen Feststellungen des Gericht in Deutschland, wo der Erblasser seit 1984 seinen „Lebensmittelpunkt“ hatte, auch wenn er nach der „Öffnung“ des Landes offenbar regelmäßig seine frühere rumänische „Heimat“ besuchte.

b) Konkludente Rechtswahl

Vorrangig vor der Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt ist eine Rechtswahl des Erblassers nach Art. 22 Abs. 1 EuErbVO zu beachten. Wegen seiner Doppelstaatsangehörigkeit konnte der Erblasser gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EuErbVO zwischen seiner deutschen und seiner rumänischen Staatsangehörigkeit wählen. Die Rechtswahl kann gemäß Art. 22 Abs. 2 EuErbVO in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen nicht allein ausdrücklich erfolgen. Sie kann sich auch „aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben“ (konkludente Rechtswahl). Eine solche Rechtswahl kann sich aus den äußeren Umständen ergeben. Insoweit weisen die Erwägungsgründe – worauf das OLG Köln zu Recht hinweist – vor allem auf den Fall hin, dass der Erblasser auf die Bestimmungen eines bestimmten Rechts Bezug nimmt oder das Recht dieses Staates erwähnt. Maßstab für die Annahme einer konkludenten Rechtswahl muss freilich immer der tatsächliche oder der vermutete Wille des Erblassers sein. Nachdem das Testament nach dem Anwendungsstichtag für die EuErbVO beurkundet worden ist, stellt sich also die Frage, ob der Erblasser sich hier statt dem deutschen Recht – dem er sowohl durch Staatsangehörigkeit als auch durch gewöhnlichem Aufenthalt verbunden war – dem rumänischen Recht unterstellen wollte.

Die vom OLG hierfür genannten Anhaltspunkte für die Annahme einer konkludenten Wahl rumänischen Rechts sind nicht wirklich stichhaltig:

aa) Ort der Beurkundung

Die Beurkundung des Testaments bei einer rumänischen Notarin könnte für eine konkludente Rechtswahl dann sprechen, wenn der Erblasser sich bewusst und freiwillig dafür entschieden hat, das Testament statt in Deutschland in Rumänien beurkunden zu lassen. Motiv dafür könnte zum Beispiel sein, dass der für ihn bedeutendere Teil seines Vermögens in Rumänien belegen ist, dort seine Angehörigen – insbesondere die Erbin – noch leben oder er sich dem rumänischen Rechtswesen weiterhin stärker verbunden fühlte als dem deutschen. In diesem Fall würde seine Entscheidung für die Beurkundung des Testaments in Rumänien in der Tat auch einen Willen indizieren, rumänisches Recht zur Anwendung zu bringen.

Sollte freilich die Beurkundung bei der rumänischen Notarin dadurch bedingt sein, dass sich während seines Aufenthalts in Rumänien sein Gesundheitszustand plötzlich verschlechterte oder dass ihm das Zusammentreffen mit seinen Verwandten die Notwendigkeit vor Augen führte, nun die letzten Dinge schnell zugunsten seiner Ehefrau zu regeln, so beruht die Einschaltung der rumänischen Notarin weniger auf einer bewussten Entscheidung für das rumänische und gegen das deutsche Notariat als vielmehr auf dem äußeren Zwang, dass der Erblasser sich zwecks einer zeitnahen Regelung der Testamentserrichtung der vor Ort verfügbaren Möglichkeiten bedienen muss. Ein Urlauber hat im Ausland dann, wenn er ein Testament fachmännisch und rechtssicher errichten will, einfach keine andere Wahl, als die Notarstelle vor Ort aufzusuchen. Rückschlüsse auf einen Willen, damit auch das dort geltende Erbrecht zur Anwendung zu bringen, lässt das aber nicht zu.

bb) Urkundssprache

Die vorgenannten Überlegungen setzen sich in der verwandten Sprache fort: Die Einschaltung einer rumänischen Notarin zieht unvermeidlich die Beurkundung des Testaments in rumänischer Sprache nach sich. Das gilt umso mehr, als der Erblasser aufgrund seiner rumänischen Abstammung des Rumänischen mächtig war und daher weder ein Interesse an einer Beurkundung in deutscher Sprache noch an einer Übersetzung in die deutsche Sprachen hatte. Entscheidend ist daher auch hier der Beweggrund für die Beurkundung in Bukarest: Sollte der Erblasser bewusst den Aufenthalt in Rumänien für die Testamentserrichtung geplant haben oder gar aus diesem Grund nach Rumänien gereist sein, so spricht das für eine für eine konkludente Rechtswahl. Sollten dagegen äußere Umstände (gesundheitliche Entwicklung, plötzliches Bedürfnis einer Regelung der letzten Angelegenheiten) ihn zur Testamentserrichtung in Rumänien veranlasst haben, so ist die Verwendung der rumänischen Sprache zwangsläufig und daher untauglich, um hieraus auf einen Willen des Erblassers zur Anwendung des einen oder anderen Rechts zu schließen.

cc) Rechtsvorschriften

Der Hinweis auf Art. 1044 des rumänischen Codul Civil Nou ist hier ebenfalls ohne Bedeutung. Diese Vorschrift betrifft die notarielle Beurkundung des Testaments, mithin das von der rumänischen Notarin einzuhaltende Verfahren. Diese

Vorschrift ist Bestandteil des Testamentsformstatuts und gilt daher unabhängig vom auf die Erbfolge anwendbaren Recht aus rumänischer Sicht gemäß Art. 27 Abs. 1 lit. a EuErbVO bzw. Art. 1 des Haager Testamentsformübereinkommens vom 5.10.1961 als gesondert anzuknüpfendes Testamentsformstatut. Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften ist dadurch bedingt, dass der Erblasser die rumänische Notarin aufsucht. Ob damit auch der Wille verbunden ist, rumänisches Recht auf die Erbfolge zur Anwendung zu bringen, ist nach dem Vorgesagten danach differenziert zu beurteilen, ob der Erblasser sich bewusst für die Beurkundung in Rumänien entschieden hatte oder ob er mehr oder weniger zwangsläufig die rumänische Notarstelle für die Beurkundung des Testaments und damit auch die gesetzliche Form des rumänischen Rechts aufgesucht hatte.

Inhaltlicher Natur ist dagegen die Verweisung auf Art. 1055 des rumänischen Codul Civil. Diese Vorschrift betrifft nämlich das „Universalvermächtnis“. Dieses ist dem rumänischen Erbrecht aufgrund seiner traditionellen Wurzeln im französischen Zivilrecht bekannt. Hierin liegt eine eindeutige Bezugnahme auf das rumänische Recht, welches wie das französische eine testamentarische „Erbeinsetzung“ nicht kennt. Unter Geltung deutschen Erbrechts wären diese testamentarischen Klauseln nicht sinnvoll. Vielmehr muss hier erst die Umdeutung des Universalvermächtnisses in ein gleichwertiges Pendant des deutschen Rechts (hier: die Alleinerbeinsetzung der Ehefrau) gesucht werden. Erwägungsgrund 39 Satz 2 EuErbVO weist hier aus gutem Grund darauf hin, dass sich aus der Bezugnahme des Erblassers auf die spezifischen Bestimmungen des Rechts eines Heimatstaates eine nach Art. 22 EuErbVO beachtliche konkludente Rechtswahl ergeben könne. Das gilt zum Beispiel deswegen, weil er sich nur dem Recht dieses Heimatstaates tatsächlich verbunden fühlte oder auch, weil sich nur nach dem Recht dieses Staates aus den von ihm getroffenen Verfügungen auch genau die von ihm beabsichtigten Rechtsfolgen ergeben.

Hier ist allerdings zu beachten, dass die rumänische Notarin aufgrund der rumänischen Staatsangehörigkeit des Erblassers und seiner höchstwahrscheinlich hervorragenden rumänischen Sprachkenntnisse die mögliche Anwendbarkeit deutschen Erbrechts gemäß Art. 21 EuErbVO offenbar erst gar nicht in Betracht gezogen hatte, sondern den ihr mitgeteilten letzten Willen des Erblassers ohne weitere Reflexion unmittelbar in die Formen des rumänischen Erbrechts gegossen hat. Es gilt dann das Gleiche wie bei den vorgenannten weiteren Punkten: Entwirft und gestaltet der Erblasser das Testament selbst unter Bezugnahme auf Figuren des rumänischen Erbrechts, so lässt sich hieraus ein Indiz für den Willen ableiten, dass er das rumänische Erbrecht zur Anwendung bringen will. Ein erst während des Aufenthalts in Rumänien aufgekommenes Bedürfnis einer Testamentserrichtung und die Einschaltung der rumänischen Notarin bedingt allerdings regelmäßig, dass das Testament von der Notarin inhaltlich in Anlehnung an die Institute des rumänischen Rechts formuliert wird. Hier hat dann nicht der Erblasser, sondern die das Testament gestaltende Notarin den inhaltlichen Bezug zum rumänischen Recht hergestellt. Deren Willen und Vorstellungen aber sind für die Auslegung des

Testaments ohne Bedeutung. Daher ist in diesem Fall aus der Verweisung auf rumänische Rechtsinstitute (Universal-sukzession) und der Bezugnahme auf Vorschriften des rumänischen Codul Civil noch nicht auf die Absicht des Erblassers zu schließen, deutsches Erbstatut durch rumänisches Erbstatut zu ersetzen.

dd) Ergänzende Auslegung bei „Handeln unter falschem Recht“

Aus der Verwendung der dem deutschen Recht unbekannt Rechtsinstitute lässt sich jedenfalls dann auf eine Absicht des Erblassers schließen, dieses Recht auch zur Anwendung zu bringen, wenn das kraft objektiver Anknüpfung anwendbare Erbrecht diese Rechtsinstitute nicht kennt und wenn aufgrund dieses Umstandes das Testament dann nicht mehr die vom Erblasser gewünschten Rechtsfolgen bewirken könnte. Das deutsche Recht kennt aber mit der Alleinerbeinsetzung ein Rechtsinstitut, mit dem die Rechtsfolgen des vom Erblasser angeordneten „Universalvermächtnisses“ sich vollständig erreichen lassen, ja sogar die formale Position des Begünstigten noch übertroffen wird.

c) Hypothetische Rechtswahl

Als Argument für eine Wahl rumänisches Rechts könnte man allenfalls Folgendes verwenden: Der Wille des Erblassers war darauf ausgerichtet, seiner Ehefrau seinen Nachlass zu verschaffen. Im vorliegenden Fall hat diese aufgrund der Ausschlagung nach deutschem Recht die Erbenstellung endgültig verwirkt, während ihr bei Geltung des rumänischen Rechts die Möglichkeit zur Annahme der Erbschaft erhalten geblieben wäre. Insoweit ist in der Tat die Umsetzung des Erblasserwillens mit der Abwahl des deutschen und der Geltung rumänischen Erbrechts verbunden. Die irrumsbedingte Ausschlagung der Erbschaft durch die Ehefrau war dem Erblasser aber bei Testamentserrichtung weder bekannt noch vorhersehbar. Insoweit kann der Wille zur Geltung rumänischen Rechts also nur unter der Hypothese ermittelt werden, dass dem Erblasser bekannt war, was er damals noch nicht kennen konnte. Es handelt sich also nicht um eine konkludente Rechtswahl (also den Fall, dass der Wille vorhanden war [real] und auch ausgedrückt worden wäre, wenn der Erblasser daran gedacht hätte), sondern um eine hypothetische Rechtswahl (hätte der Erblasser es bedacht, dann hätte er es gewollt und [hypothetisch] ausgedrückt). Art. 22 Abs. 2 EuErbVO lässt aber nur die konkludente Rechtswahl bei realem Rechtsanwendungswillen zu, nicht aber eine hypothetische Rechtswahl, die sich erst aus einer „ergänzenden Auslegung“ des Testaments ergibt.

Nach alledem hätte also das OLG den Hintergrund für die Testamentserrichtung in Bukarest genauer ermitteln müssen.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

22. Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschulden und Nachweisverzicht

LG Düsseldorf, Beschluss vom 23.5.2019, 25 T 284/19*

BGB § 1193 Abs. 1 und 2 Satz 2, § 1234

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5, §§ 795, 797

LEITSÄTZE:

1. Bei der Bestellung vollstreckbarer Sicherungsgrundschulden ist ein Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeitsvoraussetzungen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht möglich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Das Verbot abweichender Fälligkeitsbestimmungen bei einer Sicherungsgrundschuld ist bereits bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel zu beachten. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Entgegen den materiellen Fälligkeitsbestimmungen sofort erteilte Vollstreckungsklauseln bei Sicherungsgrundschulden sind nichtig. Dies hat auch das Vollstreckungsorgan zu beachten. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Mit Schreiben vom 24.9.2018 hat der Beteiligte zu 2 die Anordnung der Zwangsversteigerung des eingangs näher bezeichneten Grundbesitzes wegen der dinglichen und persönlichen Forderung aus der Buchgrundschuld der näher bezeichneten notariellen Urkunden des Notariats B bei dem AG Langenfeld beantragt.

2 Durch den angefochtenen Beschluss vom 5.3.2019 hat das AG – Rechtspflegerin – Langenfeld nach entsprechenden vorherigen Hinweisen den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung zurückgewiesen.

3 Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 2.

4 Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

5 Das AG Langenfeld hat den Antrag auf Anordnung der Zwangsversteigerung zu Recht und mit zutreffender Begründung zurückgewiesen. (...)

6 Bereits mit Beschluss vom 15.4.2019 (25 T 229/19) hat die Kammer zu einem entsprechenden Sachverhalt ausgeführt:

7 Auch wenn die jeweiligen Vollstreckungsorgane grundsätzlich nur zu prüfen haben, ob eine vollstreckbare Ausfertigung vorhanden ist, mithin die mit der Vollstreckungsklausel bescheinigten sachlichen Erfordernisse der Vollstreckung grundsätzlich der Nachprüfung außerhalb klauselinterner Rechtsbehelfe entzogen sind, so gilt dies nicht, wenn die Klauselerteilung offensichtlich fehlerhaft erfolgte (LG Münster, Beschluss vom

10.12.2018, 5 T 557/18; LG Hamburg, Beschluss vom 18.4.2013, 328 T 32/13; Stöber/Keller, ZVG, 22. Aufl., § 15 Rdnr. 114).

8 Für eine – wie vorliegend – nach dem 19.8.2008 bestellte Sicherungsgrundschuld ist eine von § 1193 Abs. 1 BGB abweichende Bestimmung (sofortige Fälligkeit) nicht zulässig (§ 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB). Diese Regelung ist zwingend.

9 Sinn dieser Regelung des Risikobegrenzungsgesetzes ist nach der Gesetzesbegründung, Hauseigentümer als Schuldner bei finanziellen Schwierigkeiten vor einer sofortigen Fälligkeit und dem damit verbundenen Handlungsdruck zu schützen und ihnen vor Anordnung der Zwangsversteigerung Zeit zu geben, sich auf die Situation einzustellen.

10 Auch aus Grundschuldzinsen kann erst nach Ablauf der Kündigungsfrist und entsprechender Klauselerteilung vollstreckt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16). Zwar betreffe § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB nur das Grundschuldkapital; jedoch liege eine planwidrige Regelungslücke vor. Es mache keinen Unterschied, ob die Zwangsversteigerung aus dem Kapital oder aus den Zinsen betrieben werde. Daher sei in entsprechender Anwendung von § 1234 BGB i. V. m. § 1193 Abs. 1 Satz 3 BGB eine Wartefrist von sechs Monaten nach Kündigung einzuhalten.

11 Da die Klausel vorliegend vor der Kündigung erteilt worden war, ist deren offensichtliche Fehlerhaftigkeit von dem AG Langenfeld als Vollstreckungsgericht zu Recht berücksichtigt worden.

12 Dies trägt auch in der hiesigen Fallgestaltung, sodass die Beschwerde ebenfalls zurückzuweisen war.

(...)

14 Die Rechtsbeschwerde war nicht zuzulassen, da eine Frage von grundsätzlicher Bedeutung nicht zur Entscheidung stand und auch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts nicht erfordert (§ 574 ZPO).

* Rechtsbeschwerde nicht zugelassen

23. Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschulden und Nachweisverzicht

LG Münster, Beschluss vom 10.12.2018, 5 T 557/18*

BGB 1193 Abs. 1 Satz 1 und 3

ZPO § 794 Abs. 1 Nr. 5, §§ 795, 797

LEITSÄTZE:

1. Bei der Bestellung vollstreckbarer Sicherungsgrundschulden ist ein Verzicht auf den Nachweis der Fälligkeitsvoraussetzungen für die Erteilung einer vollstreckbaren Ausfertigung nicht möglich. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Das Verbot abweichender Fälligkeitsbestimmungen bei einer Sicherungsgrundschuld ist bereits bei der Erteilung der Vollstreckungsklausel zu beachten. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Entgegen den materiellen Fälligkeitsbestimmungen sofort erteilte Vollstreckungsklauseln bei Sicherungsgrundschulden sind nichtig. Dies hat auch das Vollstreckungsorgan zu beachten. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Am 7.2.2013 bestellte die Schuldnerin zur Absicherung ihr gewährter Darlehen zugunsten der Gläubigerin eine Grundschuld an ihrem im Grundbuch von I eingetragenen Wohnungseigentum, unterwarf sich wegen aller diesbezüglicher Ansprüche der Gläubigerin der sofortigen Zwangsvollstreckung in das belastete Eigentum, übernahm die persönliche Haftung für die Zahlung eines entsprechenden Geldbetrags und unterwarf sich auch insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung. Unter Ziffer 3.3 der Urkunde beantragte die Schuldnerin beim Notar u. a., der Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung dieser Urkunde zu erteilen, wobei sie auf den Nachweis der Tatsachen verzichtete, die das Entstehen und die Fälligkeit der Grundschuld und der Nebenleistung bedingen. Ebenfalls am 7.2.2013 erteilte der Notar der Gläubigerin eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde zum Zwecke der Zwangsvollstreckung (...).

2 Mit Anwaltschriftsatz vom 5.7.2017 (...) kündigte die Gläubigerin die Darlehen und die Grundschuld fristlos, die Kündigung wurde der Schuldnerin am 13.7.2017 zugestellt (...).

3 Mit Anwaltschriftsatz vom 2.2.2018 (...) beantragte die Gläubigerin beim AG Münster die Anordnung der Zwangsversteigerung des belasteten Wohnungseigentums wegen der ihr zustehenden dinglichen und persönlichen Forderung von 117.000 €.

4 Nach einem entsprechenden gerichtlichen Hinweis (...) und Eingang einer daraufhin abgegebenen Stellungnahme der Gläubigerin (...) wies das AG den Zwangsversteigerungsantrag mit Beschluss vom 26.6.2018 (...) zurück im Wesentlichen mit der Begründung, dass die am 7.2.2013 erteilte Vollstreckungsklausel nichtig sei, und zwar deshalb, weil zum

Zeitpunkt der Klauselerteilung die Fälligkeitsvoraussetzungen des durch das Risikobegrenzungsgesetz neu gefassten § 1193 BGB – Kündigung der Grundschuld und Ablauf einer Kündigungsfrist von sechs Monaten – noch gar nicht hätten vorliegen können. Zwar habe die Schuldnerin auf den Nachweis dieser Fälligkeitsvoraussetzungen verzichtet, ein solcher Verzicht sei aber unzulässig, weil mit ihm das gesetzgeberische Anliegen des Risikobegrenzungsgesetzes – Schuldnerschutz – umgangen werde.

5 Gegen diese ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 29.6.2018 (...) zugestellte Entscheidung legte die Gläubigerin am 9.7.2018 Beschwerde ein (...) und begründete diese mit Schriftsatz vom 27.7.2018 (...). Der Notar habe die Vollstreckungsklausel wegen des von der Schuldnerin erklärten Nachweisverzichts bereits am Tag der Grundschuldbestellung erteilen dürfen, wobei es ohnehin nicht Sache des Versteigerungsgerichts sei, die Rechtmäßigkeit einer vom Notar erteilten Vollstreckungsklausel zu überprüfen. Da sich § 1193 BGB nur auf das Kapital der Grundschuld beziehe, hindere eine etwaige Unwirksamkeit der Vollstreckungsklausel im Übrigen weder eine Vollstreckung wegen der Zinsen und Nebenleistung der Grundschuld noch eine Vollstreckung aus der persönlichen Haftungs- und Unterwerfungserklärung als abstraktem Schuldversprechen.

6 Das AG half der Beschwerde mit Beschluss vom 30.8.2018 (...) mit näherer Begründung nicht ab.

7 Die Gläubigerin wiederholte und vertiefte ihr Vorbringen mit Schriftsatz vom 12.10.2018 (...). Mit Schriftsatz vom 6.11.2018 (...) teilte sie mit, dass die Schuldnerin das belastete Wohnungseigentum veräußert und die Forderungen der Gläubigerin abgelöst habe. Sie erklärte das Verfahren für erledigt und beantragte, die Kosten des Versteigerungs- und des Beschwerdeverfahrens der Schuldnerin aufzuerlegen.

8 Die Schuldnerin hat der Erledigungserklärung trotz entsprechenden Hinweises nicht binnen zwei Wochen seit ihrer Zustellung (...) widersprochen.

9 II. Die Kostenentscheidung beruht auf § 91a ZPO.

10 Die §§ 91 ff. ZPO sind vorliegend anwendbar, da sich die Beteiligten im Streit um die Anordnung der Zwangsversteigerung in der Regel – und so auch hier – wie in einem kontradiktorischen Verfahren gegenüberstehen.

11 Die Kosten des Beschwerdeverfahrens hat die Gläubigerin zu tragen, weil das AG die beantragte Anordnung der Zwangsversteigerung zu Recht abgelehnt hat. Die Kammer schließt sich insoweit nach eigener Prüfung den ausführlichen Ausführungen des AG in der angefochtenen Entscheidung und im Nichtabhilfebefehl an, nimmt zur Vermeidung von Wiederholungen darauf Bezug und fasst die Entscheidungsgründe wie folgt zusammen:

12 Mit der notariellen Grundschuldbestellungsurkunde liegt zwar ein für die Zwangsvollstreckung geeigneter Vollstreckungstitel vor, § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO, es fehlt aber an der erforderlichen Vollstreckungsklausel, §§ 795, 724 ff., 797 ZPO, denn die vom Notar erteilte Vollstreckungsklausel ist nichtig.

* Rechtsbeschwerde zugelassen.

13 Die Grundschild ist nach Inkrafttreten des Risikobegrenzungs-gesetzes bestellt worden mit der Folge, dass gemäß § 1193 Abs. 1 Satz 1 und 3 BGB das Kapital der Grundschild erst nach vorgängiger Kündigung mit einer Kündigungsfrist von sechs Monaten fällig wird und, wenn – wie hier – die Grundschild der Sicherung einer Geldforderung dient, eine davon abweichende Bestimmung gemäß § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht zulässig ist. Sinn dieser Neuregelung ist nach der Gesetzesbegründung, Hauseigentümer als Schuldner bei finanziellen Schwierigkeiten vor einer sofortigen Fälligkeit und dem damit verbundenen Handlungsdruck zu schützen und ihnen vor Anordnung der Zwangsversteigerung Zeit zu geben, sich auf die Situation einzustellen.

14 Im vorliegenden Fall hat der Notar die Vollstreckungsklausel noch am Tag der Beurkundung der Grundschildbestellung und damit zu einem Zeitpunkt erteilt, zu dem die Kündigung noch nicht erfolgt, zumindest aber die sechsmonatige Kündigungsfrist noch nicht verstrichen sein konnte und damit die Voraussetzungen des § 1193 BGB unzweifelhaft noch nicht vorlagen. Ebenso wie das AG geht daher auch die Kammer von der Nichtigkeit der Vollstreckungsklausel aus.

15 Daran ändert auch der von der Schuldnerin erklärte Nachweisverzicht nichts. Dieser Nachweisverzicht kann nicht zu einer Umgehung des mit dem Risikobegrenzungs-gesetz verfolgten Schuldnerschutzes führen, zumal er sich lediglich auf den urkundlichen Nachweis der Fälligkeitsvoraussetzungen bezieht, während auf das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen selbst nicht verzichtet wird und auch nicht verzichtet werden kann, wie sich aus § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB ergibt. Eine Klauselerteilung hätte zwingend daher unterbleiben müssen, weil unabhängig von der Frage des Nachweises der Fälligkeit deren Nichtvorliegen für den Notar eindeutig erkennbar auf der Hand lag.

16 Richtig ist, dass grundsätzlich das Vollstreckungsgericht nur zu prüfen hat, ob eine vollstreckbare Ausfertigung vorhanden und ordnungsgemäß, d. h. von der zuständigen Amtsperson, erteilt worden ist, während die mit der Vollstreckungsklausel bescheinigten sachlichen Erfordernisse der Vollstreckung der Nachprüfung durch das Vollstreckungsgericht außerhalb klauselinterner Rechtsbehelfe entzogen sind. Das kann aber dann nicht gelten, wenn – wie hier – die Klauselerteilung offensichtlich fehlerhaft erfolgt ist, weil mit der erteilten Klausel das Vorliegen von Voraussetzungen bescheinigt wird, die denkbare Zeitpunkte der Erteilung noch gar nicht vorgelegen haben können. Eine derartige offensichtliche Fehlerhaftigkeit der Klausel muss für das Vollstreckungsgericht beachtlich sein.

17 Die nichtige Klausel hindert nicht nur die Vollstreckung wegen des Grundschildkapitals, sondern auch wegen der Zinsen, der Nebenleistung und der persönlichen Schuldverpflichtung. Wegen der Zielsetzung des Risikobegrenzungs-gesetzes ist nicht nur bezogen auf das Grundschildkapital, sondern auch bezogen auf Zinsen und Nebenleistung von einer nichtigen Vollstreckungsklausel auszugehen. Die in der Grundschildbestellungsurkunde enthaltenen Regelungen zur persönlichen Schuldverpflichtung verweisen auf die bestellte Grundschild, sodass davon auszugehen ist, dass die Fälligkeit der Forderung aus der persönlichen Schuldverpflichtung

vereinbarungsgemäß parallel zur Fälligkeit der Grundschild eintritt mit der Folge, dass § 1193 BGB auch für die persönliche Schuldverpflichtung maßgeblich ist.

(...)

19 IV. Die Zulassung der Rechtsbeschwerde folgt aus § 574 Abs. 2 Nr. 1 und 2 ZPO. Die Frage hat über den konkreten Fall hinaus Bedeutung. Gleichzeitig ist die instanzgerichtliche Rechtsprechung nicht einheitlich und eine Entscheidung des BGH bislang, soweit ersichtlich, nicht ergangen.

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Arne Everts**, Berchtesgaden

Zwei landgerichtliche Entscheidungen aus Nordrhein-Westfalen zum notariellen Klauselerteilungsverfahren – quid ad nos? So Einiges: Entscheidet der BGH im gleichen Sinne – das LG Münster hat die Rechtsbeschwerde zugelassen und diese wurde, soweit in Erfahrung gebracht werden konnte, auch eingelegt –, darf sich die notarielle Praxis (und die der Kreditinstitute) auf einige Veränderungen gefasst machen. Es spricht jedoch einiges dafür, dass es nicht so kommen wird.

1. Verwertungsbeschränkung vs. Vollstreckungsbedingung

Die Verwertung von Grundschulden, die zur Sicherung einer Geldforderung bestellt sind, setzt seit dem 19.8.2008¹ gemäß § 1193 Abs. 1 BGB eine Kündigung der Grundschild durch den Gläubiger und die Einhaltung einer sechsmonatigen Kündigungsfrist voraus. Das ist zwingend, § 1193 Abs. 2 Satz 2 BGB. Der BGH begrenzt dabei diese Voraussetzungen nicht, wie es dem Gesetzeswortlaut entspräche, auf das Grundschildkapital, sondern erstreckt sie auch auf die Grundschildzinsen.² Vollstreckungsrechtlich flankiert wird dies grundsätzlich durch § 726 Abs. 1 ZPO: Danach darf eine vollstreckbare Ausfertigung bei Titeln, deren Vollstreckung von dem Eintritt einer durch den Gläubiger zu beweisenden Tatsache abhängt, nur dann erteilt werden, wenn der Gläubiger den Beweis durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden führt. Für die Erteilung der Vollstreckungsklausel bei einer Sicherungsgrundschild wäre also der Notarin/dem Notar die Kündigung (samt Zugang) grundsätzlich durch öffentliche Urkunde nachzuweisen und der Ablauf der Kündigungsfrist zu beachten.

2. Klauselerteilung bei Sicherungsgrundschilden und Nachweisverzicht

Von der Nachweispflicht i. S. d. § 726 ZPO kann ein Gläubiger anerkanntermaßen befreit und es ihm so ermöglicht werden, ohne Nachweis der von ihm zu beweisenden Tat-

1 Durch das Gesetz vom 12.8.2008, BGBl. I, S. 1666 („Risikobegrenzungs-gesetz“) – gültig für ab dem 19.8.2008 neu bestellte Grundschilden, Art. 229 § 18 Abs. 3 EGBGB.

2 Beschluss vom 30.3.2017, V ZB 84/16, MittBayNot 2017, 618.

sachen eine vollstreckbare Ausfertigung zu erlangen.³ In der Praxis ist das keine Besonderheit. Vielmehr findet ein solcher Nachweisverzicht in notariellen Unterwerfungserklärungen häufig und manchmal geradezu stereotyp Verwendung: Der Vollstreckungsunterwerfung von Kaufpreisen, Abfindungszahlungen, Unterhaltsforderungen etc. folgt typischerweise der Zusatz:

„Vollstreckbare Ausfertigung darf jederzeit ohne Nachweise erteilt werden.“

Praktisch alle Grundschuldurkunden (oder besser: Grundschuldformulare der Kreditwirtschaft) beachten nun seit dem 19.8.2008 zwar die Bestimmungen des § 1193 BGB, sehen aber in gleichem Zuge vor, dass die Vollstreckungsklausel ohne Nachweis von Kündigung und Fristablauf erteilt werden soll. Ob dies möglich ist, wird nun schon seit Jahren kontrovers diskutiert. Die mittlerweile ganz herrschende Meinung bejaht die Frage: § 1193 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. Abs. 1 BGB als gesetzliches Verbot ist weder direkt noch analog auf die Unterwerfungserklärung als Prozesshandlung anzuwenden; Einwände aus § 1193 Abs. 1 BGB spielen, da rein materiellrechtlich, im Verfahren der Klauselerteilung keine Rolle.⁴ Auch das OLG München hatte sich dem bereits angeschlossen.⁵

Die beiden vorstehenden Entscheidungen ignorieren dies leider komplett; eine vertiefte Auseinandersetzung mit der Problematik erfolgt nicht. Stattdessen wird ausschließlich auf die Stimmen Bezug genommen, die bis dato ersichtlich eine Mindermeinung geblieben sind.⁶ Immerhin konzidiert das LG Münster, dass die „instanzgerichtliche Rechtsprechung nicht einheitlich ist“ (ohne dies näher auszuführen), und lässt dankenswerterweise die Rechtsbeschwerde zu. Das LG Düsseldorf hält dagegen mit einem Satz aus dem Formelbaukasten die Zulassung der Rechtsbeschwerde für die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung nicht für erforderlich – bezieht sich aber in seiner Entscheidungsbe-

gründung auf die Entscheidung des die Rechtsbeschwerde gerade zulassenden LG Münster. Das verstehe, wer will. Zwei Aspekte in der laufenden Diskussion seien daher nochmals hervorgehoben:

3. Keine Ignorierung des Gesetzeszwecks

Vonseiten der abweichenden Ansicht wird moniert, die herrschende Meinung ignoriere vollkommen den Gesetzeszweck.⁷ Dies überzeugt nach wie vor nicht:

Mit *Schindeldecker*⁸ lässt sich schon bezweifeln, ob dem Risikobegrenzungs-gesetz⁹ tatsächlich der Grundgedanke entnommen werden kann, dass der Schuldner nicht nur materiellrechtlich, sondern auch vollstreckungsrechtlich davor geschützt werden sollte, sich gegen eine (noch) unzulässige Zwangsvollstreckung gerichtlich wehren zu müssen. Denn der Gesetzgeber hatte das Problem gesehen und bei gleicher Gelegenheit anders gelöst, nämlich durch die Einführung des verschuldensunabhängigen Schadensersatzanspruchs bei unberechtigter Vollstreckung (§ 799a ZPO) und die Erweiterung der einstweiligen Anordnung in § 769a ZPO. Zugleich ist keine unangemessene Benachteiligung des Schuldners bei vorzeitiger Erteilung der Vollstreckungsklausel zu sehen, da aufgrund dieser Schutzinstrumente die tatsächliche Gefährdung des Schuldners sehr gering und diese Gefährdung im Übrigen bereits durch das gesetzliche Mittel der sofortigen Vollstreckungsunterwerfung wiederum im Gesetz selbst angelegt ist.¹⁰

Auch *Schmieszek*¹¹ hatte zuvor schon ausführlich dargelegt, dass die Schaffung des § 1193 Abs. 1 BGB keinerlei vollstreckungsrechtliche Implikationen haben sollte. Der 34. Zivilsenat des OLG München hat sich dem ausdrücklich angeschlossen, wenn es von diesem wörtlich heißt:¹²

„Für den Senat ist nichts dafür ersichtlich, dass hier im Bereich des Schuldnerschutzes eine vom Gesetzgeber nicht gewollte Lücke bestünde.“

4. Kein Verstoß gegen ein gesetzliches Verbot

Die abweichende Ansicht beruft sich ferner auf § 134 BGB. Dies überzeugt ebenfalls weiterhin nicht.¹³ Verbots-gesetze sind gerade nicht solche Vorschriften, welche – wie § 1193 Abs. 1 BGB – die rechtsgeschäftliche Gestaltungsmacht beschränken oder die Rechtsfolgen des Verbotsverstoßes ausdrücklich bestimmen.¹⁴ Der mir von *Geimer* angesonnene¹⁵ Blick in zwei BGH-Entscheidungen vermag auch im Übrigen daran nichts zu ändern:

3 BGH, Urteil vom 3.4.2001, XI ZR 120/00, DNotZ 2001, 793, 796; Beschluss vom 4.10.2005, VII ZB 54/05, NJW-RR 2006, 567; Urteil vom 22.7.2008, XI ZR 389/07, DNotZ 2009, 103, 106; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 13. Aufl. 2016, § 726 Rdnr. 5; Zöller/Seibel, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 726 Rdnr. 20; Everts, DNotZ 2017, 343, 344 f.

4 LG Hamburg, Beschluss vom 28.12.2015, 328 T 67/15, Rpfleger 2016, 305; LG Meiningen, Beschluss vom 9.7.2013, 4 T 80/13, Rpfleger 2013, 691; Palandt/Herrler, 78. Aufl. 2019, § 1193 Rdnr. 3; Staudinger/Wolfsteiner, Neub. 2015, § 1193 Rdnr. 11; BNotK-Rundschreiben vom 26.8.2008 (Nr. 23/2008); Schindeldecker, RNotZ 2016, 440 ff.; Schmieszek, WM 2014, 1804 ff.; Volmer, MittBayNot 2011, 377, 378; 2009, 1, 8; Schmidt/Voss, DNotZ 2008, 740, 756; Böhringer, BWNNotZ 2009, 61, 62; K. Müller, RNotZ 2020, 167, 179; Zimmer, NotBZ 2008, 386, 388; Schulz, Rpfleger 2009, 452 ff.; Kalkbrenner, ZNotP 2008, 401, 403; Wellenhofer, JZ 2009, 1077, 1084; ausf. auch Everts, DNotZ 2017, 343 ff.; DNotZ 2013, 730 ff.

5 Beschluss vom 23.6.2016, 34 Wx 189/16, DNotZ 2017, 731.

6 Ausgehend von Kurt Stöber nunmehr die seine Werkpassagen fortführenden Autoren: Stöber/Keller, ZVG, 22. Aufl. 2019, § 15 Rdnr. 115, 348; Zöller/Geimer, ZPO, § 797 Rdnr. 12; in der publizierten Rspr. hatte sich der abweichenden Ansicht bislang, soweit ersichtlich, lediglich das LG Hamburg angeschlossen, Beschluss vom 18.4.2013, 328 T 32/13, BeckRS 2015, 11147.

7 Stöber/Keller, ZPO, § 15 Rdnr. 115.

8 RNotZ 2016, 440, 446.

9 Siehe oben Fn. 1.

10 So schon Everts, DNotZ 2017, 343, 345 (im Zusammenhang mit AGB-Recht) und zuvor bereits Schindeldecker, RNotZ 2016, 440, 447.

11 WM 2014, 1804, 1805 f.

12 DNotZ 2017, 371, 374 Rdnr. 23.

13 Ausf. Everts, DNotZ 2013, 730, 734.

14 Vgl. statt aller Staudinger/Seibel, Neub. 2011, § 134 Rdnr. 33 f.

15 In: Zöller/Geimer, ZPO, § 797 Rdnr. 12.

In einem Fall hatte der BGH entschieden,¹⁶ dass die Nichtigkeit eines Treuhandvertrages nach Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG i. V. mit § 134 BGB sich auf die dem Treuhänder zur Ausführung der ihm übertragenen Geschäftsbesorgung erteilten Prozessvollmacht erstreckte. Der notariellen Praxis besser im Gedächtnis geblieben¹⁷ ist vermutlich das BGH-Urteil vom 22.10.1998,¹⁸ in dem die Zwangsvollstreckungsunterwerfung in einem Bauträgervertrag wegen Verstoßes gegen die §§ 3, 12 MaBV i. V. m. § 134 BGB für nichtig erklärt wurde, weil der Notar ermächtigt war, die Vollstreckungsklausel ohne besonderen Nachweis zu erteilen. Ähnlich hat der BGH danach zu einem Bauvertrag entschieden.¹⁹

Beide Entscheidungen sind im Ergebnis kein Beleg für die Richtigkeit der Meinung von *Geimer*, zumal sie sich auch gar nicht mit der Klauselerteilung als solcher befassen, sondern mit dem zugrunde liegenden prozessualen Anspruch, letztlich also dem Titel. Der BGH legt allein § 3 Abs. 2 Satz 1 MaBV bzw. Art. 1 § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG aus und kommt jeweils zu dem Ergebnis, dass der Schutzzweck der Norm es gebiete, das Verbot über § 134 BGB auch in verfahrensrechtlicher Hinsicht anzuwenden, da es sonst zu einer faktisch ungesicherten Vorleistung durch die Zwangsvollstreckung kommen könne bzw. das Verbot des § 1 Abs. 1 Satz 1 RBERG sofort leerlaufe, wenn im Zuge dessen erteilte Prozessvollmachten gleichwohl wirksam seien. Beides lässt sich im Zusammenhang mit der aktuellen Diskussion zu § 1193 Abs. 1 BGB, § 726 ZPO nicht fruchtbar machen. Das Risikobegrenzungsgesetz²⁰ hatte zudem gerade nicht, wie zuvor dargelegt,²¹ zum Ziel, prozessuale Hürden zu errichten oder das Institut der sofortigen Vollstreckungsunterwerfung in seiner praktischen Wirksamkeit einzuschränken. Vielmehr wurden hierfür andersartige, ebenfalls prozessuale, Normen erlassen.²²

5. Zusammenfassung und Ausblick

Es muss also mit der herrschenden Meinung dabei bleiben, dass zwischen prozessualen Anspruch der Zwangsvollstreckungsunterwerfung (und somit dessen Vollstreckbarkeit) und dem materiellen Anspruch aus einer Sicherungsgrundschuld unterschieden wird. Die Fälligkeit der Grundschuld infolge Kündigung und Fristablauf als materielle Voraussetzungen der Verwertung bleiben unberührt, wenn auf prozessualer Ebene auf deren Nachweis (nur) bei der Klauselerteilung verzichtet wird. Ein Dauerthema ist außerdem immer schon die Unwirksamkeit von Vollstreckungsunterwerfung und/oder Nachweisverzicht unter AGB-

rechtlichen Aspekten gewesen. Auch hier hat der BGH bislang eine Nichtigkeit stets verneint.²³

Nachweisverzicht sind im Verfahren der notariellen Vollstreckungsunterwerfung und Klauselerteilung im bisherigen Umfang weiterhin zulässig, namentlich bei Sicherungsgrundschulden und „trotz“ § 1193 Abs. 1 BGB. Die vorstehenden landgerichtlichen Judikate müssen daher als „Ausreißer“ bewertet werden. Gleichwohl ist über diese wieder unerwartet Bewegung in die Diskussion gekommen. Die aufgrund der zugelassenen Rechtsbeschwerde demnächst zu erwartende Klärung durch den BGH ist daher mit Spannung zu erwarten.

²³ Versäumnisurteil vom 30.3.2010, XI ZR 200/09, MittBayNot 2010, 378; Urteil vom 22.7.2008, XI ZR 389/07, DNotZ 2009, 103, 106; Urteil vom 22.5.2007, XI ZR 338/05, MittBayNot 2008, 204, 206.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

24. Unwiderruflichkeit einer Angestelltenvollmacht

KG, Beschluss vom 17.9.2019, 1 W 163-164/19, mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

BGB §§ 164, 168, 873 Abs. 1, § 1093

GBO § 13 Abs. 1 Satz 2, § 18 Abs. 1 Satz 2, §§ 19, 29 Abs. 1 Satz 1, § 74

LEITSATZ:

Eine von den Beteiligten einer notariellen Verhandlung den Angestellten des Notars erteilte Vollmacht zur Durchführung der getroffenen Vereinbarungen kann auch den Interessen des jeweils anderen Beteiligten dienen. Ist die Vollmacht ausdrücklich unwiderruflich erteilt worden, kann sie nur aus wichtigem Grund widerrufen werden.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Am 25.7.2016 bewilligte die Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. 5 (...) /2(...) des Notars H(...) T(...) in Berlin zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 „als Gesamtberechtigten“ die Eintragung eines Wohnungsrechts bezogen auf die im dritten Obergeschoss rechts und links belegenen Wohnungen des damals im Grundbuch Blatt 6(...) gebuchten Grundstücks. Die Beteiligten vereinbarten die Vererblichkeit des Wohnungsrechts und die Beteiligten zu 2 und 3 verpflichteten sich, Sanierungsmaßnahmen an den beiden von ihnen bewohnten Wohneinheiten auf eigene Kosten durchzuführen. Die Beteiligten „bevollmächtigten unwiderruflich“ u. a. die Notariatsangestellte B (...)

„in ihrem Namen alle Erklärungen abzugeben, die sich zur Durchführung des Vertrages als notwendig und nützlich erweisen, insbesondere bei etwaigen Beanstandung durch das Grundbuchamt.“

Unter dem 25.7.2018 hat der Urkundsnotar zum Grundbuchblatt 6(...) unter Beifügung seiner UR-Nr. 5(...) /2(...) die Eintragung des

¹⁶ Urteil vom 26.3.2003, IV ZR 222/02, DNotZ 2003, 694.

¹⁷ Und von mir – entgegen *Geimer* (vgl. Fundstelle in Fn. 15) – in DNotZ 2017, 343, 346 auch behandelt.

¹⁸ VII ZR 99/97, MittBayNot 1998, 458.

¹⁹ Urteil vom 27.9.2001, VII ZR 388/00, DNotZ 2002, 878, 880.

²⁰ Siehe oben Fn. 2.

²¹ Siehe oben 3.

²² *Schindeldecker*, RNotZ 2016, 440, 443 f.; *Schmieszek*, WM 2014, 1804, 1805 f.

„Wohnrechts (...) in die neu anzulegenden Grundbuchblätter für die im dritten OG rechts und links gelegenen Wohnungen, die die Bezeichnungen Sondereigentumseinheiten Nr. 6 und 7 erhalten werden, in Abt. II des neuen Wohnungsgrundbuch“

beantragt.

2 Am 10.10.2018 hat das Grundbuchamt unter Schließung des Grundbuchblattes 6(...) die Wohnungseigentumsgrundbücher Blätter 1(...) bis 1(...) angelegt. Es hat mit Verfügung vom 6.11.2018 darauf hingewiesen, dass der Belastungsgegenstand wie in der UR-Nr. 5(...)/2(...) nach Vollzug der Aufteilung in Wohnungseigentumsrechte so nicht mehr existiere und in einer ergänzenden Bewilligung korrekt zu bezeichnen sei.

3 Am 15.11.2018 hat die Notariatsangestellte B(...) zur UR-Nr. 6(...)/2(...) des Notars H(...) T(...) unter Bezugnahme auf die ihr zur UR-Nr. 5(...)/2(...) erteilte Vollmacht die Eintragung eines „gemeinschaftlichen Wohnrechts“ in den im Beschluss eingang bezeichneten Wohnungsgrundbüchern bewilligt und erklärt, das Wohnrecht solle vererblich sein. Auf den Antrag des Urkundsnotars vom 15.11.2018 hat das Grundbuchamt mit Verfügung vom 3.12.2018 darauf hingewiesen, dass das Rechtsverhältnis der Berechtigten näher zu bezeichnen sei und eine beschränkt persönliche Dienstbarkeit nicht vererblich sein könne.

4 Mit Schriftsatz vom 12.2.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten zu 1 sich an das Grundbuchamt gewandt und die „Zurückweisung etwaiger Einträge (...) beantragt.“ Es fehle an einer wirksamen Urkunde. Seinem Schriftsatz beigefügt hat er jeweils ein Schreiben an die Beteiligten zu 2 und 3 sowie an Notar T(...).

5 Das Grundbuchamt hat den Antrag auf Eintragung eines Wohnungsrechts mit Beschluss vom 15.2.2019 zurückgewiesen. Am selben Tag hat die Notariatsangestellte B(...) zur UR-Nr. 1(...)/2(...) klarstellend erklärt, das „Wohnrecht“ solle nicht vererblich sein. Die UR-Nr. 1(...)/2(...) ging am 18.2.2019 bei dem Grundbuchamt mit der Bitte um Vollzug ein.

6 Unter dem 19.2.2019 hat Notar T(...) gegen den Beschluss vom 15.2.2019 Beschwerde erhoben, der das Grundbuchamt nach Anhörung des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 mit Beschluss vom 3.6.2019 nicht abgeholfen hat.

7 Notar T(...) hat auf Nachfrage gegenüber dem Senat erklärt, die Beschwerde im Namen der Beteiligten zu 2 und 3 sowie „selbstverständlich auch und vor allem im eigenen Namen eingelegt“ zu haben.

8 II. 1. Die Beschwerde ist unzulässig, soweit sie der Notar ausdrücklich (auch) im eigenen Namen erhoben hat. Der Senat hat bereits entschieden, dass einem Notar regelmäßig die Beschwerdebefugnis fehlt (Senat, Beschluss vom 11.2.2014, 1 W 130/13, FGPrax 2014, 147). Das ist hier nicht anders.

9 Beschwerdebefugt ist grundsätzlich der Beschwerdeberechtigte (*Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 71 Rdnr. 60). Das ist regelmäßig jeder, dessen Rechtsstellung durch die Entscheidung des Grundbuchamts unmittelbar beeinträchtigt wäre, falls diese in dem vom Beschwerdeführer behaupteten Sinn unrichtig wäre (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 58). Im Antrags-

verfahren deckt sich die Beschwerdeberechtigung mit dem Antragsrecht nach § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO (*Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 63). Ein eigenes Antragsrecht steht dem Notar nicht zu. Insbesondere folgt dies nicht aus § 15 Abs. 2 GBO (Senat, Beschluss vom 15.1.1959, 1 W 1830/58, NJW 1959, 1086, 1087; *Meikel/Schmidt-Räntsch*, GBO, 11. Aufl., § 71 Rdnr. 142). Diese Norm begründet nur die Vermutung einer Vollmacht, den Antrag im Namen des Antragsberechtigten zu stellen (BayObLG, NJW-RR 1989, 1495; 1993, 530; *Demharter*, GBO, § 71 Rdnr. 74; ebenso *Keidel/Heinemann*, FamFG, 19. Aufl., § 378 Rdnr. 10 und 14; *BeckOK-GBO/Kramer*, 2019, § 71 Rdnr. 228).

10 2. Die im Namen der Beteiligten zu 2 und 3 erhobene Beschwerde ist hingegen zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Der Notar hat klargestellt, in wessen Namen er das Rechtsmittel eingelegt hat, nämlich – auch – in dem der Beteiligten zu 2 und 3. Diese sind beschwerdeberechtigt, denn sie sind antragsberechtigt, § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO. Zu ihren Gunsten soll die Eintragung im Grundbuch erfolgen.

11 Die Befugnis des Notars zur Einlegung des Rechtsmittels folgt aus § 15 Abs. 2 GBO. Danach gilt der Urkundsnotar als ermächtigt, im Namen eines Antragsberechtigten die Eintragung zu beantragen. Im Rahmen dieser Ermächtigung kann er auch Rechtsmittel einlegen (*Demharter*, GBO, § 15 Rdnr. 20; *Bauer/Schaub/Wilke*, GBO, 4. Aufl., § 15 Rdnr. 30).

12 3. Im Rahmen ihrer Zulässigkeit hat die Beschwerde auch in der Sache Erfolg.

13 a) Hat das Grundbuchamt dem Antragsteller unter Fristsetzung Gelegenheit gegeben, ein der beantragten Eintragung entgegenstehendes Hindernis zu beseitigen, ist der Antrag nach Ablauf der Frist zurückzuweisen, wenn nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen ist, § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO.

14 Dies war im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses der Fall. Die von dem Grundbuchamt zutreffend mit Zwischenverfügung vom 3.12.2018 aufgezeigten Eintragungshindernisse bestanden noch am 15.2.2019 und die in der Zwischenverfügung bestimmte Frist war abgelaufen.

15 Hingegen bestehen die Eintragungshindernisse nicht mehr, was von dem Grundbuchamt, § 75 GBO, bzw. von dem im Beschwerdeverfahren an seine Stelle tretenden Senat zu berücksichtigen ist, § 74 GBO.

16 b) Die zur Entstehung eines Wohnungsrechts, § 1093 BGB, erforderliche Eintragung im Grundbuch, § 873 Abs. 1 BGB, erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie der von der Eintragung Betroffene bewilligt, § 19 GBO. Diese Voraussetzungen liegen hier vor.

17 aa) Der zur Antragstellung als ermächtigt geltende Urkundsnotar, § 15 Abs. 2 GBO, hat einen entsprechenden Antrag gestellt.

18 bb) Auch die Bewilligung liegt vor. Zunächst hat die Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. 5(...)/2(...) die Belastung ihres – damals noch künftigen – Wohnungseigentums selbst bewilligt. Diese Bewilligung wurde durch die Erklärungen der Notariatsangestellten B(...) zu den UR-Nr. 6(...)/2(...) und 1(...)/2(...) ent-

sprechend den Zwischenverfügungen des Grundbuchamts vom 6.11.2018 und 3.12.2018 ergänzt. Diese Erklärungen wirken für und wider die Beteiligten zu 1, § 164 Abs. 1, § 167 BGB.

19 Es ist nicht erforderlich, dass der Betroffene die Bewilligung persönlich abgibt. Sie kann auch von einem Vertreter erklärt werden. Dann ist dessen Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (Senat, Beschluss vom 15.1.1985, 1 W 475/84, OLGZ 1985, 184, 185). Maßgeblich kommt es dabei auf den Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Eintragungsbewilligung an. Die Bewilligung wird regelmäßig wirksam und damit als Verfahrenshandlung bindend und unwiderruflich, wenn sie bei dem Grundbuchamt mit dem Willen des Erklärenden in Urschrift oder Ausfertigung eingereicht oder dem Begünstigten mit dem Willen zur Vorlage bei dem Grundbuchamt ausgehändigt worden ist (Senat, Beschluss vom 29.11.2018, 1 W 342/18, DNotZ 2019, 445, 446; Beschluss vom 30.10.2012, 1 W 46-67/12, FGPrax 2013, 56).

20 (1) Da die Bewilligungen zu den UR-Nr. 6(...) /2(...) und 1(...) /2(...) nicht von der Beteiligten zu 1, sondern von einer Notariatsangestellten erklärt worden sind, kommt es auf deren Willen zur Vorlage bei dem Grundbuchamt an, vgl. § 166 Abs. 1 BGB, der hier aber nicht zweifelhaft sein kann.

21 Die Vertretungsmacht der Notariatsangestellten im Zeitpunkt der Vorlage der Bewilligung ist auch in genügender Form nachgewiesen. Die Beteiligte zu 1 hat die Notariatsangestellte unter Punkt 5. der UR-Nr. 5(...) /2(...) entsprechend bevollmächtigt. Diese Urkunde hat der Notar in Ausfertigung zur Akte gereicht, vgl. § 47 BeurkG, wo sie sich auch noch befindet.

22 (2) Etwas anderes folgt nicht aus den Mitteilungen des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 gegenüber dem Grundbuchamt, dem Notar oder den Beteiligten zu 2 und 3.

23 (aa) Es kann dahinstehen, ob in den dortigen Ausführungen – auch – ein Widerruf der Vollmacht für die Notariatsangestellte zu sehen sein könnte. Ausdrücklich ist ein solcher jedenfalls nicht erklärt worden. Ohnehin wäre ein solcher Widerruf im Verfahren vor dem Grundbuchamt bzw. dem Senat nicht von Bedeutung.

24 Die Vollmacht ist regelmäßig widerruflich, sofern sich nicht aus dem zugrunde liegenden Rechtsverhältnis ein anderes ergibt, § 168 Satz 2 BGB. Letzteres ist der Fall. Die Beteiligten haben die Notariatsangestellten ausdrücklich unwiderruflich mit ihrer Vertretung bei der Durchführung des Vertrages beauftragt. Anhaltspunkte, die Bedenken an der wirksamen Vereinbarung der unwiderruflich erteilten Vollmacht begründen könnten, liegen nicht vor.

25 Es handelt sich nicht um eine sog. isolierte Vollmacht, die allerdings stets frei widerruflich wäre (BGH, NJW-RR 1991, 439, 441). Dann müsste es an einem der Vollmacht zugrunde liegenden Kausalverhältnis fehlen (KG, 25. ZS, KGreport 2004, 389, 390). Der Erteilung einer Durchführungsvollmacht an die Angestellten eines Notars liegt hingegen regelmäßig ein Auftrag, § 662 BGB, zugrunde (BGH, DNotZ 2003, 836). Dass dies hier anders gewesen wäre, die Notariatsangestellten also

allein aus Gefälligkeit gegenüber den Beteiligten hätten tätig werden solle, ist nicht erkennbar.

26 Die den Notariatsangestellten erteilte Vollmacht ist auch nicht deshalb entgegen ihrem Wortlaut widerrufbar, weil sie allein oder jedenfalls im überwiegenden Interesse der Beteiligten zu 1 erteilt worden ist (vgl. BGH, NJW-RR 1991, 439, 441). Liegt die Ausführung des Auftrags und damit die Erteilung der Vollmacht auch im Interesse des Beauftragten oder eines Dritten, beurteilt sich die Unwiderruflichkeit nach dem Inhalt des der Bevollmächtigung zugrunde liegenden Kausalverhältnisses (BGH, Urteil vom 13.5.1971, VII ZR 310/69, BeckRS 1971, 31125121; RGZ 109, 331, 333; MünchKommBGB/Schubert, 8. Aufl., § 168 Rdnr. 20). Danach bestehen vorliegend an der Wirksamkeit des Ausschlusses eines Widerrufs der Vollmacht keine durchgreifenden Zweifel.

27 Die der Notariatsangestellten erteilte Vollmacht diene der Durchführung der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen, insbesondere dem Vollzug der Urkunde gegenüber dem Grundbuchamt. Hieran haben die Beteiligten zu 2 und 3 mindestens ein der Beteiligten zu 1 gegenüber gleichwertiges Interesse. Das folgt nicht zuletzt daraus, dass die Beteiligten den Notar über § 53 BeurkG hinaus jedenfalls schlüssig mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt hatten, § 24 Abs. 1 Satz 1 BNotO. Auch wenn dies nicht ausdrücklich in der Urkunde erklärt worden ist, folgt dies doch schon aus der Bevollmächtigung der Notariatsangestellten, Erklärungen im Zusammenhang mit dem Grundbuchvollzug vor dem Urkundsnotar abzugeben (vgl. zum konkludenten Vollzugauftrag: OLG Hamm, MittBayNot 2004, 465, 466 f.), insbesondere im Hinblick auf mögliche Beanstandungen durch das Grundbuchamt. Ein solcher gemeinsamer Vollzugauftrag kann grundsätzlich nicht einseitig von einem der Urkundsberechtigten widerrufen werden (BGH, DNotZ 2000, 365, 368).

28 (bb) Eine unwiderruflich erteilte Vollmacht schließt den Widerruf aus wichtigem Grund nicht aus (Palandt/Ellenberger, 78. Aufl., § 168 Rdnr. 6). Hier fehlt jedoch jeglicher Anhalt für die Annahme eines wichtigen Grundes. Es kann deshalb dahinstehen, ob ein solcher Grund zur Überzeugung des Grundbuchamts dargetan (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 83.2) oder sein Vorliegen wenigstens nahelegen sein muss (OLG Stuttgart, Beschluss vom 25.7.1997, 8 W 344/97, juris; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, AT G Rdnr. 187).

29 Nichts anderes gilt, soweit die Beteiligte zu 1 gegenüber den Beteiligten zu 2 und 3 die Anfechtung „aus allen erdenklichen und in Betracht kommenden Rechtsgründen“ erklärt hat (vgl. OLG München, Beschluss vom 7.1.2015, 34 Wx 418/14, BeckRS 2015, 2064).

30 (cc) Mit ihrem Einwand, die zur UR-Nr. 5(...) /2(...) getroffenen Vereinbarungen seien insgesamt unwirksam, kann die Beteiligte zu 1 im Grundbuchverfahren nicht gehört werden. Hier gilt der Grundsatz der einseitigen Bewilligung, § 19 GBO (formelles Konsensprinzip), der das Grundbuchamt zum Zwecke der Erleichterung des Grundbuchverkehrs der Prüfung enthebt, ob die zum Eintritt einer Rechtsänderung notwendigen sachlichrechtlichen Erklärungen der Beteiligten vorliegen (*Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 1). Weder durch das Grundbuchamt noch den Senat ist deshalb zu entscheiden,

ob die von den Beteiligten zu 2 und 3 für die Bestellung des Wohnungsrechts versprochenen Gegenleistungen hinreichend konkretisiert worden sind. Dies erforderte eine Auslegung des Vertrags.

31 Bei der Auslegung der von den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen kommt es auf ihren wirklichen Willen an, der über den Wortlaut der Erklärung hinaus grundsätzlich auch anhand außerhalb der Urkunde liegender Begleitumstände ermittelt werden kann, §§ 133, 157 BGB (Palandt/Ellenberger, § 133 Rdnr. 14 f.). Demgegenüber sind der Auslegung im Verfahren vor dem Grundbuchamt Grenzen gesetzt.

32 Der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und eindeutige Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten, erfordert klare und eindeutige Eintragungen. Dementsprechend haben die Beteiligten im Eintragungsverfahren auf klare und eindeutige Erklärungen zu achten (Senat, Beschluss vom 22.6.2010, 1 W 277/10, FGPrax 2010, 172; Demharter, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 5). Das schließt die Auslegung von Grundbucheintragungen nicht aus. Im Grundbuchverfahren kann im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen eine Auslegung aber nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne Weiteres erkennbar sind (BGH, FGPrax 2015, 5; NJW 1995, 1081, 1082; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 172; Demharter, GBO, Anhang zu § 13 Rdnr. 28). Solche offensichtlichen Umstände liegen hier jedoch nicht vor. Der Hintergrund der Vereinbarungen der Beteiligten ist nicht allgemein bekannt.

(...)

35 Anlass, die Rechtsbeschwerde zuzulassen, § 78 Abs. 2 Satz 1 GBO, besteht nicht.

25. Wirksamkeit bei Verweis auf Urkunde mit materiellrechtlich unwirksamen Erklärungen

OLG Braunschweig, Beschluss vom 15.7.2019, 1 W 12/19

BeurkG §§ 6 ff., § 9 Abs. 1 Satz 2, § 13a
GBO §§ 18, 71

LEITSÄTZE:

- 1. Durch eine Verweisung gemäß § 13a BeurkG wird eine andere notarielle Niederschrift in das Schriftstück inkorporiert; sie gilt als in der Niederschrift selbst enthalten.**
- 2. Die Urkunde, auf die gemäß § 13a BeurkG verwiesen wird, muss unbedingt entsprechend den Formvorschriften der §§ 6 ff. BeurkG errichtet worden**

sein; inhaltliche Fragen bleiben dagegen außer Betracht, sodass auch auf notarielle Niederschriften verwiesen werden kann, in denen materiellrechtlich unwirksame Erklärungen protokolliert worden sind.

- 3. Eine Verweisung nach § 13a BeurkG ist auch dann zulässig, wenn die erklärenden Personen der Bezugsurkunde nicht identisch mit denen der Haupturkunde sind; die in der Bezugsurkunde enthaltene Erklärung ist dann als von der an der Haupturkunde beteiligten Person abgegeben anzusehen.**

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2020, 113.

KOSTENRECHT

26. Rücknahme eines Rückgabeverlangens eines Erbvertrags

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.6.2018, I-10 W 39-40/18

GNotKG § 129 Abs. 1

LEITSATZ:

Eine Gebühr für die Rückgabe eines Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung gemäß Nr. 23100 KV-GNotKG fällt nicht an, wenn die Beteiligten von einem zunächst geäußerten Rückgabeverlangen Abstand nehmen.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. Die Beschwerden der Kostenschuldner und der Notarin sind gemäß § 129 Abs. 1 GNotKG zulässig.

2 Nachdem das LG der Beschwerde der Kostenschuldner mit Beschluss vom 5.2.2018 abgeholfen hat, ist in der Sache nur noch über die Beschwerde der Notarin zu entscheiden. Dies führt zur Zurückweisung der Beschwerde mit der aus dem Tenor ersichtlichen Maßgabe.

3 Unter welchen Voraussetzungen eine Anrechnung der Rückgabegebühr gemäß Nr. 23100 KV-GNotKG auf die Gebühr für eine neue Verfügung stattfindet, kann dahinstehen. Denn vorliegend ist die Rückgabegebühr gemäß Nr. 23100 KV-GNotKG überhaupt nicht entstanden.

4 Unter der Geltung der KostO war umstritten, ob die Rückgabe des Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung gebührenpflichtig ist oder nicht. Überwiegend wurde die Rückgabe als gebührenfrei angesehen. Nach Auffassung des Gesetzgebers ist dies vor dem Hintergrund der Bedeutung der Sache nicht gerechtfertigt. Daher wurde in das GNotKG eine entsprechende Regelung aufgenommen. Wegen des mit der Rückgabe verbundenen Prüfungs- und anderen Aufwandes sowie der Haftung des Notars sah der Gesetzgeber es als gerechtfertigt an, die Rückgabe eines Erbvertrags aus der notariellen Verwahrung (überhaupt) gebührenpflichtig zu machen. Gebührenauslösendes Ereignis ist nach dem Wortlaut des Geset-

zes aber die Rückgabe selbst, nicht bereits das Verlangen. Daher fällt die Gebühr nicht an, wenn die Beteiligten – wie vorliegend – von einem zunächst geäußerten Rückgabeverlangen Abstand nehmen (ebenso Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 114 Rdnr. 2, Renner/Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar, 2. Aufl. 2016, § 114 Rdnr. 5).

5 Für eine ausdehnende Auslegung des Gebührentatbestandes besteht kein Anlass, zumal u. a. auch die Rückgabe eines Testaments aus der besonderen amtlichen Verwahrung ebenso gebührenfrei ist wie die Ablieferung des Erbvertrages an das Nachlassgericht durch den Notar nach Kenntniserlangung vom Todesfall. Im Übrigen zeigt gerade der vorliegende Fall, dass ansonsten ein sachgerechtes Ergebnis eventuell nur durch extensive Auslegung der in Nr. 23100 KV-GNotKG enthaltenen Anrechnungsvorschrift zu erzielen wäre. Eine solche ist aber schon angesichts des Ausnahmecharakters der Anrechnungsbestimmung rechtlich bedenklich.

(...)

STEUERRECHT

27. Steuerbefreiung für ein Familienheim im Fall der Renovierung

BFH, Urteil vom 28.5.2019, II R 37/16 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 28.9.2016, 3 K 3793/15 Erb)

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1

LEITSÄTZE:

1. **Unverzüglich i. S. d. § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG bedeutet ohne schuldhaftes Zögern, d. h. innerhalb einer angemessenen Zeit nach dem Erbfall. Angemessen ist regelmäßig ein Zeitraum von sechs Monaten.**
2. **Nach Ablauf von sechs Monaten muss der Erwerber darlegen und glaubhaft machen, zu welchem Zeitpunkt er sich zur Selbstnutzung als Familienheim entschlossen hat, aus welchen Gründen ein Einzug nicht früher möglich war und warum er diese Gründe nicht zu vertreten hat. Umstände in seinem Einflussbereich, wie eine Renovierung der Wohnung, sind ihm nur unter besonderen Voraussetzungen nicht anzulasten.**

28. Bedeutung des Sonderbetriebsvermögens bei Einbringung eines Mitunternehmeranteils in Personengesellschaft

BFH, Urteil vom 17.4.2019, IV R 12/16 (Vorinstanz: FG Baden-Württemberg vom 10.2.2016, 12 K 2840/13)

BGB § 738 Abs. 1 Satz 1

EStG § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 und 3, § 15 Abs. 1 Satz 1

Nr. 1, Abs. 2, § 16 Abs. 3 und 3b

UmwStG § 24

LEITSÄTZE:

1. **Die Grundsätze über das Verpächterwahlrecht gelten nicht nur bei Beendigung einer „echten Betriebsaufspaltung“, sondern auch dann, wenn eine „unechte Betriebsaufspaltung“ beendet wird (Anschluss an BFH, Urteil vom 17.4.2002, X R 8/00, BFHE 199, 124 = BStBl. II 2002, S. 527 unter B. II. 3. c) bb) (1)).**
2. **Für die Einbringung des ganzen Mitunternehmeranteils nach § 24 Abs. 1 UmwStG reicht es aus, wenn wesentliche Betriebsgrundlagen im Sonderbetriebsvermögen der Ausgangsgesellschaft in das Sonderbetriebsvermögen der Zielgesellschaft überführt werden; eine Übertragung in das Gesamthandsvermögen ist nicht erforderlich.**

AUS DEN GRÜNDEN:

1 I. J und sein Sohn U (der Kläger und Revisionskläger zu 2 – Kläger -) waren ehemalige Gesellschafter der P-GbR, an der sie jeweils hälftig beteiligt waren. Die P-GbR vermietete seit 1.5.2002 das Grundstück A-Straße 3 in S mit aufstehendem Gebäude (nachfolgend: das Grundstück) zur betrieblichen Nutzung an die P-GmbH. Das Grundstück befand sich im Bruchteilseigentum der Gesellschafter J und U.

2 An der P-GmbH waren J zu 48,8 % und U zu 51,2 % beteiligt. Die P-GmbH handelte mit Textilien, die von ihrer ausländischen Tochtergesellschaft P-Srl hergestellt wurden.

3 Zum 30.1.2008 übertrug J seinen Anteil an der P-GmbH unentgeltlich auf U.

4 Mit notariellem Vertrag vom 9.12.2008 errichteten J und U die V-GmbH. Mit weiterem notariellen Vertrag vom 29.12.2008 wurde mit Wirkung für die Gesellschafter untereinander zum 1.12.2008 die P-GmbH & Co. KG (P-KG) gegründet. Komplementärin mit der Befugnis zur Geschäftsführung, aber ohne Kapitalanteil und Beteiligung am Gesellschaftsvermögen, war die V-GmbH, Kommanditisten mit je hälftigem Anteil waren J und U. J und U brachten zur Erbringung ihrer Pflichteinlage ihre Anteile an der P-GbR zum Buchwert in die P-KG ein (§ 3 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags vom 29.12.2008). Im Wege der Anwachsung sollte das Vermögen der P-GbR dann auf die P-KG übergehen (§ 3 Abs. 2 des Einbringungsvertrags in Anlage 2 zu dem Vertrag vom 29.12.2008). Weiterhin brachten J und U ihre Miteigentumsanteile an dem Grundstück als Einlagen zu Buchwerten in die P-KG ein (§ 3 Abs. 2 des Gesellschaftsvertrags). Es wurde die Auffassung für die Übertragung des Grundstücks auf die P-KG erklärt. In der Vorbemerkung

zu dem Gesellschaftsvertrag hatten die Parteien darauf verwiesen, dass die Gesellschafter J und U bei Erwerb des Grundstücks dessen Erwerb durch die P-GbR beabsichtigt hätten, jedoch versehentlich eine Übereignung an J und U als Bruchteilseigentümer erfolgt sei; sie seien sich darüber einig, dass das Eigentum an dem Grundstück auf die P-GbR übergehe, die Eintragung in das Grundbuch werde bewilligt.

5 Für die P-GbR wurde für das Rumpfwirtschaftsjahr vom 1.1. bis zum 30.11.2008 eine Schlussbilanz erstellt. In der dazu gehörigen Sonderbilanz der P-GbR wurde das Betriebsgrundstück je hälftig bei J und U ausgewiesen. Die P-KG ermittelte ihren Gewinn für das Rumpfwirtschaftsjahr vom 1.12.2008 bis zum 31.12.2008. Sie aktivierte das Grundstück zum gleichen Wert, wie er zuvor in den Sonderbilanzen von J und U bei der P-GbR erfasst worden war.

6 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das FA) stellte für die P-GbR erklärungsgemäß Einkünfte aus Gewerbebetrieb für das Streitjahr (2008) mit Bescheid vom 29.10.2009 gesondert und einheitlich fest.

7 Nach Durchführung einer Außenprüfung bei der P-GbR vertraten die Prüfer in ihrem Bericht vom 24.8.2012 die Auffassung, die Betriebsaufspaltung zwischen der P-GbR und der P-GmbH habe zum 30.1.2008 wegen Wegfalls der personellen Verflechtung geendet. Dadurch sei es zu einer Betriebsaufgabe für die P-GbR gekommen, die zu einem Aufgabegewinn in Höhe der stillen Reserven in den Anteilen an der P-GmbH von 50.000 € und der stillen Reserven des Grundstücks von 57.626 € geführt habe.

8 Das FA schloss sich dieser Auffassung an und erließ am 26.11.2012 einen geänderten Gewinnfeststellungsbescheid 2008 für die P-GbR. Darin wurden 2.147,66 € als laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb und 25.037,72 € als Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung festgestellt, die das FA durch zeitanteilige Aufteilung der bisherigen Einkünfte aus Gewerbebetrieb auf die Zeit vor und nach Beendigung der Betriebsaufspaltung und Berücksichtigung abweichender Abschreibungen im Rahmen der Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung ermittelte. Außerdem wurde ein Veräußerungsgewinn von 107.626 € als Einkünfte aus Gewerbebetrieb festgestellt.

9 Der gegen diesen Bescheid eingelegte Einspruch der P-GbR hatte insoweit Erfolg, als das FA am 4.1.2013 einen erneut geänderten Gewinnfeststellungsbescheid 2008 erließ, in dem festgestellt wurde, dass in dem Veräußerungsgewinn ein unter § 3 Nr. 40, § 3 c Abs. 2 EStG fallender Gewinn von 50.000 € enthalten sei. Im Übrigen wies das FA den Einspruch mit Einspruchsentscheidung vom 23.7.2013 zurück.

10 Bereits Anfang des Jahres 2013 war J verstorben. Er wurde beerbt von seiner Ehefrau (der Klägerin und Revisionsklägerin zu 1 – Klägerin –), der der Gewinnfeststellungsbescheid 2008 vom 26.11.2012 als Rechtsnachfolgerin des J am 19.11.2013 bekanntgegeben wurde.

11 Die Klage zum FG wurde mit Urteil vom 10.2.2016 als unbegründet abgewiesen.

12 Mit ihrer Revision rügen die Kläger die Verletzung von § 15 Abs. 2 EStG. An das Ende der Betriebsaufspaltung habe sich eine Betriebsverpachtung angeschlossen.

13 Die Kläger beantragen, das Urteil des FG Baden-Württemberg vom 10.2.2016, 12 K 2840/13 und die Einspruchsentscheidung vom 23.7.2013 aufzuheben und den Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen 2008 für die P-GbR vom 4.1.2013 dahin gehend zu ändern, dass kein Aufgabegewinn und nur laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb festgestellt werden.

14 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

15 Das FG habe zu Recht das Vorliegen einer Betriebsverpachtung nach Wegfall der Betriebsaufspaltung am 30.1.2008 verneint und eine Betriebsaufgabe angenommen. Da die P-GbR nie einen originären Gewerbebetrieb ausgeübt habe, könne sie einen solchen auch nicht verpachtet haben. Sie habe nur ein bebautes Grundstück, keinen Gewerbebetrieb vermietet.

16 II. Die zulässige Revision ist begründet. Das Urteil des FG ist aufzuheben und der Klage stattzugeben (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO).

17 Gegenstand des Verfahrens sind die laufenden Einkünfte der P-GbR aus Vermietung und Verpachtung sowie der festgestellte Aufgabegewinn.

(...)

32 3. Die P-GbR hat im Streitjahr durchgehend laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Eine Betriebsaufgabe hat nicht stattgefunden.

33 a) Die P-GbR hat im Streitjahr Einkünfte aus Gewerbebetrieb erzielt. Diesen liegt bis zum 30.1.2008 eine Betriebsaufspaltung zwischen der P-GbR und der P-GmbH zugrunde, wie das FG zutreffend angenommen hat (dazu unter aa)). Gewerbliche Einkünfte sind entgegen der Auffassung des FG aber auch nach Ende der Betriebsaufspaltung infolge einer Betriebsverpachtung erzielt worden, weshalb zugleich ein Betriebsaufgabegewinn ausscheidet (dazu unter bb)).

34 aa) Die auf die Vermietung des Grundstücks beschränkte Tätigkeit der GbR war bis zum 30.1.2008 infolge einer Betriebsaufspaltung zwischen der P-GbR und der P-GmbH als Gewerbebetrieb anzusehen.

35 (1) Rechtsfolge einer Betriebsaufspaltung im Sinne der von der Rechtsprechung aufgestellten Grundsätze (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 8.11.1971, GrS 2/71, BFHE 103, 440 = BStBl. II 1972, S. 63, st. Rspr.) ist, dass die Vermietungs- oder Verpachtungstätigkeit des Besitzunternehmens als gewerblich i. S. v. § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, Abs. 2 EStG qualifiziert wird. Eine Betriebsaufspaltung liegt nach der Rechtsprechung vor, wenn einem Betriebsunternehmen wesentliche Grundlagen für seinen Betrieb von einem Besitzunternehmen überlassen werden und die hinter dem Betriebs- und dem Besitzunternehmen stehenden Personen einen einheitlichen geschäftlichen Betätigungswillen haben. Dieser ist anzunehmen, wenn die Person oder Personengruppe, die das Besitzunternehmen beherrscht, auch in der Betriebsgesellschaft ihren Willen durchsetzen kann. Ob die damit umschriebenen Voraussetzungen einer sachlichen und personellen Verflechtung vorliegen, ist nach den Verhältnissen des einzelnen Falles zu entscheiden (BFH, Urteil vom 24.9.2015, IV R 9/13, BFHE 251, 227 = BStBl. II 2016, S. 154 Rdnr. 19). Von einer personellen Verflechtung

geht die Rechtsprechung aus, wenn eine Person oder Personengruppe beide Unternehmen in der Weise beherrscht, dass sie in der Lage ist, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen (BFH-Urteil in BFHE 251, 227 = BStBl. II 2016, S. 154 Rdnr. 27).

36 (2) Im Streitfall bestand danach eine solche personelle Verflechtung zwischen der P-GbR und der P-GmbH nur bis zur Übertragung der Gesellschaftsanteile an der P-GmbH auf U am 30.1.2008. Denn nach diesem Zeitpunkt konnte alleine U in der P-GmbH seinen Willen durchsetzen. Es ist insoweit irrelevant, dass die wirtschaftliche Betätigung sowohl der P-GbR als auch der P-GmbH unverändert – wovon auszugehen ist – von dieser Änderung der Beteiligungsverhältnisse fortgeführt wurde. Über diese Frage herrscht zwischen den Beteiligten Einverständnis, sodass von weiteren Ausführungen hierzu abgesehen wird.

37 bb) Das Ende der Betriebsaufspaltung hat nicht zu einer Betriebsaufgabe geführt, weil die P-GbR ihren Gewerbebetrieb nach den Grundsätzen der Betriebsverpachtung fortgeführt hat. Dementsprechend ist der P-GbR zum einen kein Aufgabegewinn entstanden und zum anderen hat die P-GbR weiterhin bis zu ihrem Untergang durch die Anteilsvereinigung gewerbliche Einkünfte erzielt.

38 (1) Zwar führt der Wegfall der Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung grundsätzlich zu einer Betriebsaufgabe i. S. v. § 16 Abs. 3 EStG. Eine Ausnahme hiervon und von der dadurch ausgelösten Zwangsprivatisierung des bisherigen Betriebsvermögens des Besitzunternehmens ist jedoch aufgrund einer zweckgerecht einschränkende Auslegung des in § 16 Abs. 3 EStG normierten Betriebsaufgabetatbestandes u. a. dann geboten, wenn im Zeitpunkt der Beendigung der Betriebsaufspaltung die Voraussetzungen einer Betriebsverpachtung im Ganzen vorgelegen haben (grundlegend dazu Urteil des Großen Senats des BFH vom 13.11.1963, GrS 1/63 S, BFHE 78, 315 = BStBl. III 1964, S. 124 und BFH, Urteil vom 11.10.2007, X R 39/04, BFHE 219, 144 = BStBl. II 2008, S. 220 unter II. 2.). Die Verpachtung eines Gewerbebetriebs führt dann nicht zwangsläufig zur Betriebsaufgabe und damit der Aufdeckung der stillen Reserven, wenn der Gewerbetreibende zwar seine werbende Tätigkeit einstellt, aber entweder den Betrieb im Ganzen als geschlossenen Organismus oder zumindest alle wesentlichen Grundlagen des Betriebs verpachtet und der Steuerpflichtige gegenüber den Finanzbehörden nicht klar und eindeutig die Aufgabe des Betriebs erklärt (sog. Verpächterwahlrecht, vgl. BFH-Urteil in BFHE 219, 144 = BStBl. II 2008, S. 220 unter II. 3.).

39 (2) Die Voraussetzungen einer Betriebsverpachtung ergeben sich für den Streitfall noch aus den von der Rechtsprechung im Anschluss an das Urteil des Großen Senats des BFH in BFHE 78, 315 = BStBl. III 1964, S. 124 entwickelten Grundsätzen.

40 (a) Die gesetzliche Regelung zur Betriebsverpachtung in § 16 Abs. 3b EStG i. d. F. des StVereinfG 2011 vom 1.11.2011 (BGBl. 2011 I, S. 2131) findet im Streitfall keine Anwendung, denn sie gilt gemäß § 52 Abs. 34 Satz 9 EStG i. d. F. des StVereinfG 2011 erstmals für Betriebsaufgaben nach dem 4.11.2011.

41 (b) Nach den Rechtsprechungsgrundsätzen reicht es für eine gewerbliche Betriebsverpachtung aus, wenn die wesentlichen, dem Betrieb das Gepräge gebenden Betriebsgegenstände verpachtet werden. Welche der Betriebsgegenstände als wesentliche Betriebsgrundlagen in Betracht kommen, bestimmt sich nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalls unter Berücksichtigung der spezifischen Verhältnisse des betreffenden Betriebs. Maßgebend ist dabei auf die sachlichen Erfordernisse des Betriebs abzustellen (sog. funktionale Betrachtungsweise). Entscheidend sind hierbei die Verhältnisse des verpachtenden, nicht des pachtenden Unternehmens (BFH-Urteile vom 14.12.1978, IV R 106/75, BFHE 127, 21 = BStBl. II 1979, S. 300 unter 2.; vom 6.3.1997, XI R 2/96, BFHE 183, 85 = BStBl. II 1997, S. 460 unter II. 3.; in BFHE 219, 144 = BStBl. II 2008, S. 220 unter II. 3. b); vom 7.11.2013, X R 21/11, Rdnr. 15). Eine Verpachtung wesentlicher Wirtschaftsgüter kann nur dann einer Betriebsverpachtung im Ganzen gleichstehen, wenn der Verpächter bei Beendigung des Pachtverhältnisses den Betrieb wieder in bisheriger Weise fortsetzen könnte (vgl. BFH-Urteile in BFHE 183, 85 = BStBl. II 1997, S. 460 unter II. 3.; vom 11.2.1999, III R 112/96, BFH/NV 1999, 1198).

42 Wird lediglich ein Betriebsgrundstück, ggf. in Verbindung mit Betriebsvorrichtungen, verpachtet, so liegt nur dann eine Betriebsverpachtung vor, wenn das Grundstück die alleinige wesentliche Betriebsgrundlage darstellt. Für Groß- und Einzelhandelsunternehmen wird nach der neueren BFH-Rechtsprechung angenommen, dass die gewerblich genutzten Räume regelmäßig den wesentlichen Betriebsgegenstand bilden und dem Gewerbe das Gepräge geben – anders als etwa bei dem produzierenden Gewerbe (vgl. BFH-Urteile in BFH/NV 1999, 1198; in BFHE 219, 144 = BStBl. II 2008, S. 220 unter II. 3.; vom 7.11.2013, X R 21/11, Rdnr. 16).

43 (3) Danach erfüllte die Tätigkeit der P-GbR nach Ende der Betriebsaufspaltung die Voraussetzungen einer Betriebsverpachtung. Denn die P-GbR vermietete ihre einzige wesentliche Betriebsgrundlage – das Betriebsgrundstück – weiterhin an die P-GmbH, ohne eine Betriebsaufgabeerklärung abzugeben.

44 (a) Dem steht nicht entgegen, dass die zuvor bestehende Betriebsaufspaltung eine sog. „unechte“ Betriebsaufspaltung war. Während bei einer „echten“ Betriebsaufspaltung ein ursprünglich einheitlicher Betrieb des Steuerpflichtigen in ein operativ tätiges Betriebsunternehmen und ein Besitzunternehmen, das dem Betriebsunternehmen wesentliche Teile des Anlagevermögens zur Nutzung überlässt, aufgespalten wird, sind im Fall der „unechten“ Betriebsaufspaltung Besitz- und Betriebsunternehmen nicht aus einem einheitlichen Betrieb hervorgegangen.

45 Beide Arten der Betriebsaufspaltung werden steuerrechtlich gleich behandelt (vgl. schon BFH, Urteil vom 16.1.1962, I 57/61 S, BFHE 74, 275 = BStBl. III 1962, S. 104; bestätigt durch Beschluss des BVerfG vom 14.1.1969, 1 BvR 136/62, BVerfGE 25, 28 = BStBl. II 1969, S. 389 unter B. 1. a); so auch Kirchhof/Reiß, EStG, 17. Aufl., § 15 Rdnr. 79). Das gilt auch für die Anwendung der Grundsätze zur Betriebsverpachtung und dem daraus folgenden Recht, den Betrieb ungeachtet der Einstellung der gewerblichen Tätigkeit fortzuführen und es zu

einer Betriebsaufgabe nur bei ausdrücklicher Erklärung kommen zu lassen. Es wäre vor dem Gleichheitssatz nicht zu rechtfertigen, das sog. Verpächterwahlrecht bei Wegfall der Voraussetzungen der echten Betriebsaufspaltung zu gewähren, es dagegen nur deshalb zu versagen, weil die Voraussetzungen einer unechten Betriebsaufspaltung entfallen sind. In beiden Fällen hätte der Besitzunternehmer ohne Eingreifen des Instituts der Betriebsverpachtung stille Reserven zu versteuern, ohne dass ihm – wie bei einer Betriebsveräußerung – Mittel zufließen, mit denen er die durch einen Aufgabegewinn anfallende Einkommensteuer bezahlen könnte. Diese Erwägung betrifft sowohl die „echte“ wie die „unechte“ Betriebsaufspaltung (vgl. BFH, Urteil vom 17.4.2002, X R 8/00, BFHE 199, 124 = BStBl. II 2002, S. 527 unter B. II. 3. c) bb) (1)).

46 (b) Entgegen der Ansicht des FA scheidet die Annahme einer Betriebsverpachtung durch das Besitzunternehmen nach Beendigung einer unechten Betriebsaufspaltung auch nicht deshalb aus, weil das Besitzunternehmen keinen Betrieb unterhalten habe, den es verpachten könnte. Denn die Betriebsaufspaltung hat zur Folge, dass die Tätigkeit des Besitzunternehmens, die über das Betriebsunternehmen auf Ausübung einer gewerblichen Tätigkeit gerichtet ist, ihrerseits als eigenständige gewerbliche Tätigkeit beurteilt wird (vgl. BFH-Urteile vom 18.6.2015, IV R 11/13, Rdnr. 29 und vom 20.8.2015, IV R 26/13, BFHE 251, 53 = BStBl. II 2016, S. 408 Rdnr. 11). Entscheidet sich das ehemalige Besitzunternehmen dann zur weiteren Überlassung wesentlicher Betriebsgrundlagen zur Betriebsverpachtung, so führt es die bisherige gewerbliche Tätigkeit im Ergebnis fort. Für die Annahme einer Betriebsverpachtung genügt dies.

47 (c) Soweit das FG angenommen hat, die Betriebsgesellschaft habe keinen Handelsbetrieb unterhalten, dessen einzige wesentliche Betriebsgrundlage das Grundstück ist, und deshalb die Grundsätze über die Betriebsverpachtung für nicht anwendbar gehalten hat, ist dem nicht zu folgen. Das FG ist hier offenbar der Wertung des FA gefolgt, wonach der Betrieb nicht als ein Handels-, sondern als ein Produktionsbetrieb zu qualifizieren sei. Abzustellen ist dabei nicht auf die Verhältnisse der Pächterin – also der P-GmbH –, sondern der Verpächterin, aus deren Perspektive der überlassene Betrieb ein Handelsbetrieb war.

48 b) Die P-GbR hat danach im Streitjahr ausschließlich gewerbliche Einkünfte i. S. d. § 15 EStG erzielt. Der diesbezügliche laufende Gesamthandsgewinn ist der Höhe nach unstrittig und entspricht dem Betrag, der bereits vor dem Änderungsbescheid aufgrund der Außenprüfung vom 26.11.2012 festgestellt worden war.

49 4. Der festgestellte Gewinn i. S. d. § 16 EStG kann nach den vorstehenden Ausführungen nicht auf eine Betriebsaufgabe infolge des Wegfalls der Betriebsaufspaltung gestützt werden. Es gibt auch keine andere Rechtfertigung für die Feststellung eines Veräußerungs- und Aufgabegewinns, wobei dahinstehen kann, ob das FG einen solchen für die Gesamthand oder für die einzelnen Mitunternehmer festgestellt hat.

50 a) Aus der Übertragung der Anteile an der P-GmbH von J auf U kann ein solcher Gewinn nicht entstanden sein. Einer-

seits gehörten die Anteile an der GmbH nicht zum Gesamthandsvermögen der P-GbR, sondern vermutlich zum Sonderbetriebsvermögen des J, weshalb die Übertragung einen Gesamthandsgewinn nicht verursacht haben kann. Andererseits hat die Übertragung der Anteile, wenn sie Sonderbetriebsvermögen waren, deshalb nicht zu einem Gewinn führen können, weil die Übertragung unentgeltlich und dann nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 3 EStG zum Buchwert stattgefunden hat. Da die GmbH-Anteile des U trotz Wegfalls der Betriebsaufspaltung weiterhin Sonderbetriebsvermögen II bei der P-GbR blieben, kam es auch insoweit zu keiner Gewinnrealisierung. Abgesehen davon hätte eine Entnahme auch nicht zu einem Aufgabe- oder Veräußerungsgewinn, sondern zu einem laufenden Gewinn geführt.

51 b) Auch bei der Umstrukturierung der P-GbR zur P-KG ist kein Aufgabe- oder Veräußerungsgewinn entstanden.

52 aa) Dabei kann dahinstehen, ob das Grundstück noch vor der Einbringung der GbR-Anteile in die KG Gesamthandsvermögen der GbR geworden ist oder ob die Miteigentumsanteile unmittelbar aus dem Sonderbetriebsvermögen von J und U in das Vermögen der KG übergegangen sind. Denn jedenfalls konnten für alle Wirtschaftsgüter des Vermögens der GbR die Buchwerte fortgeführt werden, weil die zivilrechtliche Anteilsvereinigung steuerrechtlich als Einbringung der gesamten Mitunternehmeranteile von J und U an der P-GbR in die P-KG gegen Gewährung von Gesellschaftsrechten zu beurteilen war, die die Voraussetzungen des § 24 Abs. 1 UmwStG erfüllt und für die zu Recht nach § 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG die Fortführung der Buchwerte beansprucht worden ist.

53 War das Grundstück zuvor bereits Gesamthandsvermögen der GbR, hatte die GbR den Buchwert infolge der Einbringung aus dem Sonderbetriebsvermögen nach § 6 Abs. 5 Satz 3 Nr. 2 EStG fortzuführen mit der Folge, dass er auch nach § 24 Abs. 2 UmwStG von der KG fortgeführt werden konnte. Wurden die Miteigentumsanteile an dem Grundstück aus dem Sonderbetriebsvermögen von J und U zusammen mit dem Gesamthandsanteil in die KG eingebracht, ergibt sich die Buchwertfortführung insgesamt aus § 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG.

54 bb) Dass die GmbH-Anteile des U im Zusammenhang mit der Anteilsvereinigung nicht auf die KG übertragen wurden, steht der Buchwertfortführung durch die KG nicht entgegen, denn soweit die Anteile Sonderbetriebsvermögen des U bei der GbR waren, wurden sie in das Sonderbetriebsvermögen des U bei der KG überführt. Für eine Einbringung des ganzen Mitunternehmeranteils nach § 24 Abs. 1 UmwStG und damit für die Berechtigung zur Buchwertfortführung nach § 24 Abs. 2 Satz 2 UmwStG reicht es aus, wenn wesentliche Betriebsgrundlagen im Sonderbetriebsvermögen der Ausgangsgesellschaft ins Sonderbetriebsvermögen der Zielgesellschaft überführt werden; eine Übertragung in das Gesamthandsvermögen ist nicht erforderlich (BeckOK-UmwStG/Class/Weggenmann, § 24 Rdnr. 491; Blümich/Nitzschke, § 24 UmwStG 2006 Rdnr. 41; Widmann/Mayer/Fuhrmann, Umwandlungsrecht, § 24 UmwStG Rdnr. 280; Haritz/Menner/SchlöBer/Schley, Umwandlungssteuergesetz, 4. Aufl., § 24 Rdnr. 33; Rödder/Herlinghaus/van Lishaut/Rasche, UmwStG, 3. Aufl., § 24 Rdnr. 80; Schmitt/Hörtnagl/Stratz/Schmitt, Um-

wandlungsgesetz, Umwandlungsteuergesetz, 8. Aufl., § 24 UmwStG Rdnr. 34; BMF-Schreiben in BStBl. I 2011, S. 1314 Rdnr. 24.05; vgl. auch BFH, Urteil vom 26.1.1994, III R 39/91, BFHE 173, 338 = BStBl. II 1994, S. 458 Rdnr. 27, zum UmwStG 1977; a. A. Dötsch/Pung/ Möhlenbrock/Patt, Kommentar zum KStG und EStG, § 24 UmwStG Rdnr. 15).

55 5. Die Sache ist entscheidungsreif. Auf Grundlage der festgestellten Tatsachen kann der Senat in der Sache nach § 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO selbst entscheiden und der Klage stattgeben.

56 Ein Aufgabe- oder Veräußerungsgewinn ist weder für die P-GbR noch für U oder J festzustellen. Für die P-GbR sind ausschließlich laufende Einkünfte aus Gewerbebetrieb festzustellen. Deren Höhe entspricht dem vor der Außenprüfung mit Bescheid vom 29.10.2009 festgestellten Betrag. An dieser Feststellung festzuhalten, ist das Ziel der Klage. Der Senat legt den Antrag der Kläger deshalb dahin aus, die nach der Außenprüfung ergangenen Änderungsbescheide vom 26.11.2012 und vom 4.1.2013 sowie die Einspruchsentscheidung vom 23.7.2013 aufzuheben. Diesem Antrag ist in vollem Umfang stattzugeben.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwalt und Steuerberater **Hans Holger Dehmer**, Freiburg i. Br.

Mit Urteil vom 17.4.2019, hat der BFH entschieden, dass auch bei Beendigung einer unechten Betriebsaufspaltung die Grundsätze über das Verpächterwahlrecht gelten sollen. Diese Ausdehnung der bisherigen Rechtsprechung ist nach der hier vertretenen Auffassung kritisch zu sehen.

1. Die Entscheidung des BFH

In dem zu entscheidenden Fall waren zwei natürliche Personen Bruchteilseigentümer eines Grundstücks zu je 1/2. Sie überließen dieses Grundstück einer GbR, deren alleinige, zu je 50 % beteiligte Gesellschafter sie waren. Die GbR, die keine weiteren Tätigkeiten ausübte, vermietete das Grundstück an eine operativ tätige GmbH, an der die beiden Steuerpflichtigen zu 48,8 % und 51,2 % beteiligt waren. Der zu 48,8 % Beteiligte übertrug seine Geschäftsanteile auf den anderen Gesellschafter, der fortan zu 100 % an der GmbH beteiligt war.

Nach Auffassung des BFH lag ein Betrieb vor, der von der GbR nach Beendigung der Betriebsaufspaltung durch personelle Entflechtung verpachtet werden konnte, obwohl die GbR dem Grunde nach lediglich Büro- und Geschäftsräume vermietete. Es reiche aus, dass diese Einkünfte durch die Betriebsaufspaltung umqualifiziert wurden und daher ein Betrieb vorgelegen habe.

2. Urteilsanmerkung

Vergegenwärtigt man sich die Entwicklung der Rechtsprechung des BFH, kommt man nicht umhin, diese als immer weiter ausufernd zu bezeichnen: Während die ältere Rechtsprechung noch davon ausging, dass bei einer branchen-

fremden Verpachtung eine Betriebsaufgabe vorliege,¹ hatte die neuere Rechtsprechung eine branchenfremde Verpachtung nicht als Betriebsaufgabe gewertet.² Nach der neuesten, hier kommentierten Rechtsprechung muss noch nicht einmal ein originärer Gewerbebetrieb vorliegen, sondern es reicht schon aus, dass seine Betriebsaufspaltung die Vermietungstätigkeit der GbR umqualifiziert.

Die Entscheidung ist aus mehreren Gründen bemerkenswert.

a) Zunächst ist festzuhalten, dass eine Betriebsverpachtung bei Überlassung eines Betriebsgrundstücks nur dann vorliegt, wenn dieses Betriebsgrundstück die einzige funktional wesentliche Betriebsgrundlage darstellt. Bei Hotel- und Gaststättenbetrieben sowie Groß- und Einzelhandelsunternehmen nimmt die neuere Rechtsprechung in der Regel an, dass ein Betriebsgrundstück funktional wesentliche Betriebsgrundlage sein kann. Bei produzierenden oder handwerklichen Unternehmen kann dies je nach Branche und Eigenart des Betriebs auch der Fall sein. Schon im Jahr 2002 hatte der BFH³ bei Vermietung einer kompletten und funktionsfähigen Autowerkstatt nebst Betriebsgrundstück nach Beendigung der Betriebsaufspaltung angenommen, dass eine Betriebsverpachtung vorliege, obwohl der Verpächter die Werkstatt nie selbst betrieben hatte. Immerhin lag in dem damals zu entscheidenden Fall ein vollständig eingerichteter Gewerbebetrieb vor, die Umstände dieses Falls rechtfertigen daher die Entscheidung des BFH möglicherweise noch. In seiner Entscheidung vom 17.4.2019 geht der BFH auf die konkreten Umstände des Verpachtungsobjekts nicht näher ein, was nur bedeuten kann, dass er diese für nicht entscheidungsrelevant hielt. In der Konsequenz wäre dann sogar bei Überlassung nur eines Büroraums – nach der Rechtsprechung zur Betriebsaufspaltung ist ein solcher bekanntlich als wesentliche Betriebsgrundlage anzusehen – eine Betriebsverpachtung anzunehmen, was kaum gerechtfertigt sein kann. Um eine Betriebsverpachtung annehmen zu können, wenn nur ein Betriebsgrundstück verpachtet wird, müsste im Einzelfall geprüft werden, ob das Grundstück tatsächlich „Betrieb“ in diesem Sinne sein kann. Dies ist nach der hier vertretenen Ansicht nur dann der Fall, wenn das Grundstück aufgrund seiner Lage, Beschaffenheit oder sonstiger Umstände für die Ausübung des Betriebs von wesentlicher Bedeutung ist.

b) Weiter ist zu berücksichtigen, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses der Nutzungsüberlassungsvereinbarung kein gewerblicher Betrieb vorlag, der hätte verpachtet werden können: Durch Abschluss dieses Vertrags wurde die Betriebsaufspaltung erst begründet. Eine Betriebsverpachtung – deren Voraussetzungen nach Ansicht der Finanzverwaltung von Anfang an vorliegen müssen – konnte daher grundsätzlich erst nach Abschluss des Nutzungsüberlas-

1 BFH, Urteil vom 26.6.1975, IV R 122/71, BStBl. II 1975, S. 885; Urteil vom 2.2.1990, III R 173/86, BStBl. II 1990, S. 497.

2 BFH, Urteil vom 28.8.2003, IV R 20/02, BStBl. II 2004, S. 10; Urteil vom 30.11.2005, X R 37/05, BFH/NV 2006, 1451; Urteil vom 11.10.2007, X R 39/04, BStBl. II 2008, S. 220; Urteil vom 6.11.2008, IV R 51/07, BStBl. II 2009, S. 303.

3 BFH, Urteil vom 17.4.2002, X R 8/00, BStBl. II. 2002, S. 527.

sungsvertrags begründet werden. Offenbar hält es der BFH – ohne dass dies thematisiert worden wäre – also für ausreichend, dass der zu verpachtende Betrieb in der juristischen Sekunde erst entsteht, in der die Betriebsaufspaltung durch Nutzungsüberlassungsvereinbarung begründet wird. Oder geht der BFH davon aus, dass zwischen Begründung der Betriebsaufspaltung und personeller Entflechtung – fraglich wäre, wann genau? – eine Betriebsverpachtung entstanden ist? Das Tatbestandsmerkmal des Betriebens des verpachteten Betriebs durch den Verpächter vor der Betriebsverpachtung ist damit wohl nicht mehr ernst zu nehmen, denn weder bei Begründung der Betriebsverpachtung zeitgleich mit der Betriebsaufspaltung noch bei späterem Entstehen der Betriebsverpachtung hätte der Verpächter den Betrieb vor der Betriebsverpachtung selbst führen können.

Als praktische Konsequenz der neuen BFH-Rechtsprechung vom 17.4.2019 wird die Gefahr der ungewollten Aufdeckung stiller Reserven bei Beendigung der personellen Verflechtung wesentlich reduziert. Selbst wenn die Voraussetzungen der Betriebsaufspaltung wegfallen, sollen nach Auffassung des BFH also die stillen Reserven im Besitzunternehmen nicht aufgedeckt werden, so lange keine Betriebsaufgabeerklärung gegenüber dem FA abgegeben wird.

Es bleibt abzuwarten, ob sich diese Tendenz in der Rechtsprechung des BFH weiter fortsetzen wird.

SONSTIGES

TAGUNGSBERICHT

Vertretertag 2019 der Landesnotarkammer Bayern

Von **Anja Keck**, Landesnotarkammer Bayern

Am 14.11.2019 hat die Landesnotarkammer Bayern erstmals im Rahmen eines Vertretertages praktizierende Notarvertreter und an der Tätigkeit Interessierte zu einer informativen Zusammenkunft eingeladen. Ziel war es, den Notarvertretern, die keine notarielle Berufspraxis mitbringen, eine Möglichkeit zu bieten, fachlichen Austausch mit Kollegen und amtierenden Notaren zu erfahren, etwaige Fragen beantwortet zu bekommen und somit den notariellen Alltag besser kennenzulernen. Die Einladung war gerichtet an Richter, Staatsanwälte und Beamte a. D., die zuvor ihr Interesse an Notarvertretungen bekundet hatten oder der Landesnotarkammer Bayern bereits als Vertreter bekannt waren.

Der Präsident der Landesnotarkammer Bayern, Notar Dr. *Andreas Albrecht*, hieß die Gäste in einem Grußwort herzlich willkommen und sprach im Namen aller bayerischen Notarinnen und Notare den Dank an das Engagement der Gäste als Notarvertreter in ganz Bayern aus. Er betonte dabei den unschätzbaren Mehrwert, den der Einsatz der Vertreter für den jeweiligen Notar bedeutet. Aus diesem Grund sei es auch das Ziel der Landesnotarkammer Bayern, den Notarvertretern Unterstützung bei sämtlichen mit der Tätigkeit zusammenhängenden Fragen zu bieten.

Mit dem Vortrag zum Thema „Beurkundungsrecht in der praktischen Umsetzung“ durch Notarassessorin *Angelika Strähuber* folgte sodann eine Einführung in das für Vertreter relevante Berufs- und Verfahrensrecht. Im Rahmen der dabei entstehenden Diskussionsrunden zeigte sich zur Erleichterung der Anwesenden, dass vermeintlich problematische Konstellationen zum einen auch von erfahrenen Notaren als solche wahrgenommen werden, zum anderen aber auch einer griffigen Lösung zugänglich sind. Dargestellt wurde der Ablauf einer Beurkundung von der Feststellung der Beteiligten über den Umfang der Verlesungspflicht hin bis zu häufig auftretenden Besonderheiten, etwa zum Verbraucherschutz, im Anwendungsbereich des GwG oder bei Beteiligung von älteren Menschen oder Ausländern.

Nach einem gemeinsamen Mittagessen hatten die Gäste unter der Überschrift „Was ich für meine Tätigkeit als Notarvertreter schon immer wissen wollte“ die Möglichkeit, ihre noch bestehenden Fragen mit den anwesenden Notaren Dr. *Andreas Albrecht*, Dr. *Eva-Maria Hepp*, *Ludwig Thiede* und *Michael*

Volmer zu besprechen. Es kam zu einem regen Erfahrungsaustausch unter den Gästen.

Die Veranstaltung schuf für die anwesenden (künftigen) Notarvertreter eine sichere Basis für den Beurkundungsalltag sowie Kontaktmöglichkeiten zwischen den Kollegen. Die Veranstaltung wurde beendet durch ein spontan entstandenes Gedicht von Direktor des AG a. D. *Günter Siebenbürger* über die Berufung zum Notarvertreter:

„Zum Notarvertretertag

Ich sag's vorab: es wird nicht jeder
in Bayern ein Notarvertreter.
Zwar viele scharren mit den Hufen,
nur nicht alle aber sind berufen.
Warst du ein Richter am Gericht,
dann sind die Hürden so hoch nicht.

Ich weiß, bevor man hier getagt:
Vertreter – die sind sehr gefragt.
Denn, was den Ortsnotar bewegt:
Der Markt ist völlig leer gefegt
und als Geheimtipp wird gehandelt,
wer in Vertreterkreisen wandelt.

Bist du ein solcher und hast Fragen,
dann fahr nach München doch zum Tagen.
Es lädt dich freundlich ein Frau Keck,
so gehst du hin – aus Franken weg.

Wer für die Tagung auserkoren,
gehört zur Gruppe „Jungsenioren“.
Man kennt sich oft aus „Hauptamts-Tagen“ –
alte Hasen – trotzdem Fragen.
Denn in der Praxis spürst du heiß:
Ich weiß genau, dass ich nichts weiß.

Oft schwitzt du und schreist nicht „hurra“
(denn dein Notar ist ja nicht da).

Wer zur Beurkundung dann schreitet,
der weiß, es ist gut vorbereitet.
Kannst du mal keine Auskunft geben,
dann heißt das unterbrechen eben,
und frage den, der's vorbereitet,
weil deine Kenntnis aus er weitet.

Bevor das Lesen man beginnt,
ist wichtig, dass man sich einstimmt,
mit den Beteiligten zuerst mal spricht:
dem Klima schadet solches nicht,
dass die Parteien mit gestalten
und nicht ganz schnell auf „Durchzug“ schalten.
Mit einem seriösen Scherz
erobert man recht schnell ihr Herz.
Erklär's mit Beispiel – nicht zu hoch! –
damit's begreift der Letzte noch.
So sind sie froh, hell strahlt dein Stern,
die Rechnung zahlen sie dann gern.

Was nehm ich heute mit nach Haus?
Ich drücke es mal flapsig aus:

Die Quintessenz – so sagt dir jeder:
ICH BIN ES GERN – NOTARVERTRETER !“

Die Landesnotarkammer Bayern dankt allen Gästen, Interessierten und den mitwirkenden Notaren. Wenn Sie Ihrerseits an einer Tätigkeit als Notarvertreter interessiert sind, können Sie sich gerne an die Landesnotarkammer Bayern (notarkammer@notarkasse.de) wenden.

VERANSTALTUNGSHINWEISE

15. Symposium des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Moderne Familienstrukturen: Familien- und Erbrecht

Rechtstatsachen, aktuelle Rechtslage, Überlegungen de lege ferenda

Freitag, 24. April 2020, 9.30 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität

Fürstengraben 27, 07743 Jena

Aus dem Programm:

Familienrecht im Umbruch – Ein (rechtsvergleichender) Blick auf Reformstand und Reformbedarf
(Prof. Dr. *Christine Budzikiewicz*, Marburg)

Reproduktionsmedizin – Möglichkeiten und Grenzen
(PD Dr. med. habil. *Heidi Fritzsche*, Jena)

Moderne Familienstrukturen aus abstammungsrechtlicher Perspektive – Probleme und Möglichkeiten
(Prof. Dr. *Philipp Reuß*, Bonn)

Der Klassiker in der notariellen Beratung: Die Patchwork-Familie im Erbrecht (Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Ingelheim)

Ein „Lebensabschnittsvertrag“ für die Beendigung der nichehelichen Lebengemeinschaft?
(Notar Prof. Dr. Dr. *Herbert Grziwotz*, Regen)

Tagungsbeitrag: 90 € für Mitglieder der NotRV, 150 € für Nichtmitglieder, 45 € für Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung, frei für Notarassessoren, die Mitglieder der NotRV sind, frei für Studenten und Mitarbeiter der FSU Jena.

Kontakt/Anmeldung:

Bis 10. April 2020 an das Institut für Notarrecht, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/9-42510, E-Mail notarinstitut@uni-jena.de.

Bundesnotarkammer

30. Deutscher Notartag

Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher

Donnerstag, 28. Mai 2020 bis Samstag, 30. Mai 2020

Hamburg

Aus dem Programm:

Das Fachprogramm des Notartags unter dem Leitthema „Das Notariat der Zukunft – digital und rechtssicher“ findet am 29. Mai 2020 in der Handelskammer Hamburg statt. Dabei geht es vor allem um die Digitalisierung im Gesellschaftsrecht. Außerdem werden wegweisende Zukunftsprojekte der Bundesnotarkammer wie die vollständig digitale Abwicklung von Grundstückskaufverträgen und die Nutzung der Blockchain-Technologie für notarielle Vollmachten vorgestellt. Als Referenten und Teilnehmer der Podiumsdiskussionen konnten neben fachlich besonders ausgewiesenen Notarkollegen erneut hochrangige Vertreter aus Politik, Justiz, Wissenschaft und Wirtschaft gewonnen werden.

Der Notartag beginnt am Donnerstag, den 28. Mai 2020 mit dem Begrüßungsabend in der Altonaer Fischauktionshalle. Am Freitag, den 29. Mai 2020 wird zum festlichen Ballabend auf den Süllberg geladen. Tagsüber sieht das Rahmenprogramm verschiedene Führungen und Ausflüge in Hamburg vor. Der Notartag endet am Samstag, den 30. Mai 2020 mit einer Führung durch die Elbphilharmonie.

Kontakt/Anmeldung:

Anmeldungen sind ausschließlich online unter www.notartag.de möglich. Detaillierte Informationen zum Fach- und Rahmenprogramm sind dort ebenfalls abrufbar.

Veranstaltungen des DAI

1. **Praxis der DSGVO im Notariat**
(Flache)
4.3.2020 in Kiel
2. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht 2019/2020**
(Herrler/Hertel/Kesseler)
6.3.2020 in Düsseldorf
7.3.2020 in Heusenstamm
26.3.2020 in Stuttgart
28.3.2020 in Erfurt
3. **Übergabeverträge im Grundbuch-, Sozial-, Pflichtteils- und Steuerrecht**
(Gibhardt)
11.3.2020 in Bochum
4. **Modularer Lehrgang für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat: Modul 2 – Wohnungseigentum und Erbbaurecht einschl. GNotKG**
(Tondorf)
11.-12.3.2020 in Oldenburg
5. **GmbH-Recht in der notariellen Praxis**
(Berkefeld)
13.3.2020 in Kassel
6. **Vertragsvorbereitung, -gestaltung und Abwicklung von Grundstücks-, Wohnungseigentums- und Erbbaurechtskaufverträgen**
(Tondorf)
16.3.2020 in Bochum
7. **Neuere Entwicklungen in der erbrechtlichen Gestaltungspraxis**
(Keim)
18.3.2020 in Bochum
8. **Haftungsfallen im Erbrecht**
(Ivo/Müller-Engels)
20.3.2020 in Heusenstamm
9. **Die Notarprüfung**
(Blaeschke)
25.3.2020 in Berlin
10. **Wohnungseigentumsrecht und Erbbaurecht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Tondorf)
1.4.2020 in Heusenstamm
11. **GmbH-Recht für Mitarbeiterinnen und Mitarbeiter im Notariat**
(Herzog)
2.4.2020 in Bochum
12. **Intensivkurs Kostenrecht**
(Diehn)
24.-25.4.2020 in Heusenstamm
13. **GNotKG – Ermittlung von Beurkundungsgegenständen und deren Geschäftswerte**
(Schmidt/Tondorf)
30.4.2020 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Berkle: Mittelbares Bezugsrecht. Duncker & Humblot, 2019. 200 S., 74,90 €
2. Bezenberger/Decher/Grundmann/Dirk: Aktiengesetz Band 7/2: §§ 131-146. 5. Aufl., De Gruyter, 2019. 975 S., 259 €
3. Bittler: Haftungsfallen im Erbrecht. 3. Aufl., Zerb, 2019. 300 S., 49 €
4. Chistiansen: Die Anwendbarkeit des Allgemeinen Gleichbehandlungsgesetzes auf GmbH-Geschäftsführer. Nomos, 2019. 215 S., 62 €
5. Daumke/Keßler/Perbey: Der GmbH-Geschäftsführer. 6. Aufl., NWB, 2019. 517 S., 69 €
6. Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn: HGB. Band 1: §§ 1-342e. 4. Aufl., Vahlen, 2019. 3.295 S., 379 €
7. Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch: Internationales Erbrecht. 3. Aufl., Nomos, 2019. 944 S., 118 €
8. Heymann: Handelsgesetzbuch (ohne Seerecht): HGB. Band II: §§ 105-237. 3. Aufl., De Gruyter, 2019. 911 S., 159,95 €
9. Horn: Notarformulare Vorsorgevollmachten. Deutscher Notarverlag, 2019. 600 S., 89 €
10. Hügel: Grundbuchordnung: GBO. 4. Aufl., Beck, 2020. 1.842 S., 139 €
11. Keidel/Engelhardt/Sternal: FamFG. 20. Aufl., Beck, 2019. 3.229 S., 149 €
12. Klingebiel/Patt/Rasche/Krause: Umwandlungssteuerrecht. 5. Aufl., Schäffer-Poeschel, 2020. 740 S., 69,95 €
13. Lutter/Hommelhoff: GmbH-Gesetz. 20. Aufl., Schmidt, 2019. 2.116 S., 139 €
14. Moes: Vertragsgestaltung. Beck, 2019. 267 S., 26,90 €
15. Mueller-Thuns: Handbuch GmbH & Co. KG. 22. Aufl., Schmidt, 2019. 1.398 S., 169 €
16. Müller/Detmering/Lieber: Die Organschaft. 11. Aufl., NWB, 2019. 558 S., 89 €
17. Müller: Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht. 4. Aufl., Beck, 2019. 1.427 S., 159 €
18. Münch: Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. 3. Aufl., Beck, 2019. 1.557 S., 210 €
19. Otte: Das Zahlungsverbot und die Ersatzpflicht nach § 64 Satz 1 GmbHG. Heymanns, 2019. 242 S., 89 €
20. Palandt: BGB. 79. Aufl., Beck, 2019. 3.245 S., 115 €
21. Passarge/Torwegge: Die GmbH in der Liquidation. 3. Aufl., Beck, 2019. 294 S., 69 €
22. Prinz/Kahle: Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften. 5. Aufl., Beck, 2019. 1.788 S., 209 €
23. Ries: Praxis- und Formularbuch zum Registerrecht. 4. Aufl., RWS, 2019. 710 S., 96 €
24. Rotthege/Wassermann: Unternehmenskauf bei der GmbH. 2. Aufl., Müller, 2019. 695 S., 109 €
25. Scherer: Unternehmensnachfolge. 6. Aufl., Beck, 2019. 1.762 S., 199 €
26. Schnitzler: Münchener Anwaltshandbuch Familienrecht. 5., Aufl., Beck, 2019. 1.959 S., 179 €
27. Schönenberg-Wessel: Das notarielle Nachlassverzeichnis. Beck, 2020. 406 S., 99 €
28. Schulte-Bunert/Weinreich: FamFG. 6. Aufl., Luchterhand, 2019. 2.500 S., 159 €
29. Schulz: NotarFormulare Bauträgerrecht. 3. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 464 S., 94 €
30. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 2: Recht und Schuldverhältnisse. §§ 631-651 (Werkvertragsrecht). De Gruyter, 2019. 1.005 S., 379 €
31. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: Sachenrecht: §§ 985-1011 (Eigentumsschutz und Eigentümer-Besitzer-Verhältnis). De Gruyter, 2019. 717 S., 199,95 €
32. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 3: §§ 1113-1203 (Hypothek, Grundschuld, Rentenschuld). 16. Aufl., De Gruyter, 2019. 1.197 S., 419 €
33. Staudinger: Kommentar zum BGB. Buch 5: Erbrecht: GGB §§ 2064-2196 (Testament 1). De Gruyter, 2019. 835 S., 319 €
34. Staudinger: Kommentar zum BGB Art. 3-4 EGBGB. Internationales Privatrecht – Allgemeiner Teil. De Gruyter, 2019. 653 S., 229 €
35. Süß: Erbrecht in Europa. 4. Aufl., Zerb, 2019. 1.712 S., 169 €
36. Tanck/Krug: NotarFormulare Testamente. 6. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2019. 850 S., 119 €
37. Timmerbeil/Pfeiffer: Unternehmenskauf – Nebenvereinbarungen. 2. Aufl., Beck, 2019. 281 S., 59 €
38. Wiese: Unternehmensnachfolge. Schmidt, 2020. 1.500 S., 150 €
39. Zimmer/Kersten/Szalai: Handbuch für Notarfachangestellte. 6. Aufl., Heymanns, 2019. 708 S., 69 €
40. Zimmermann: Die Nachlasspflegschaft. 5. Aufl., Gieseking, 2019. 618 S., 68 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Notar a. D. Dr. Harry Aue, Bad Reichenhall,
verstorben am 26.1.2020

Amtsrat i. N. Max Weiss, Hengersberg,
verstorben am 27.1.2020

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.3.2020:

Notar Joseph Hönle, München

Notar Dr. Carl Michael Niemeyer, Bamberg

Mit Wirkung zum 1.4.2020:

Notarin Silvia Paulöhrl, Passau

Notar Dr. Martin Pongratz, Mutterstadt

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 15.2.2020:

Obergünzburg dem Notarassessor
Hans-Peter Carlo
Scheiternig
(bisher in Wolfratshausen,
Notarstelle Baumeister)

Mit Wirkung zum 1.3.2020:

Bad Kissingen der Notarassessorin
Anne Bergmann
(bisher in Trostberg,
Notarstellen Mehler/
Dr. Vierling)

München dem Notar
Dr. Hannes Weishäupl
(bisher in Mühldorf a. Inn)

ANSCHRIFTEN- UND RUFNUMMERN- ÄNDERUNGEN:

Bischofsheim a. d. Rhön, Notarstelle Dr. Hamberger
Neue Ortsbeschreibung: Bischofsheim i.d. Rhön

Neumarkt i. d. OPf., Notarstelle Dr. Heinemann
Telefon: 09181 51022-0
Telefax: 09181 5102222
E-Mail: info@joern-heinemann.de

Neumarkt i. d. OPf., Notarstelle Dr. Mickisch
Telefon: 09181 51105-0
Telefax: 09181 5110522
E-Mail: info@notar-mickisch.de

Neumarkt i. d. OPf., Notarstelle Dr. Dr. Seeger
In der Gerichtsgasse 1/I., 92318 Neumarkt i. d. OPf.

Vilsbiburg, Notarstelle Dr. König
Obere Stadt 27, 84137 Vilsbiburg

Abonnement

MittBayNot

Die **MittBayNot** erscheint jährlich mit sechs Heften und kann nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Denninger Straße 169, 81925 München, Telefon: (089) 551660, Telefax: (089) 55166234, E-Mail: info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 56,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.) und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € (zzgl. Versandkosten und zzgl. USt.).

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Universal Medien GmbH, Geretsrieder Straße 10, 81379 München,
Telefon: (089) 5482170, Telefax: (089) 555551, Internet: www.universalmedien.de/notarkammer.



Notare Bayern

www.notare.bayern.de