

1 | MittBayNot

Begründet 1864

Jan./Feb. 2014 | Mitteilungen des Bayerischen Notarvereins, der Notarkasse und der Landesnotarkammer Bayern

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

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

Schriftleitung: Notarassessoren Anja Schaller,
Stefanie Tafelmeier,
Herausgeber: Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10,
80333 München

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

AUFSÄTZE

Aktuelle Entwicklungen des Grunderwerbsteuerrechts 2012/2013

Von Notar Dr. Stefan Gottwald, Bayreuth

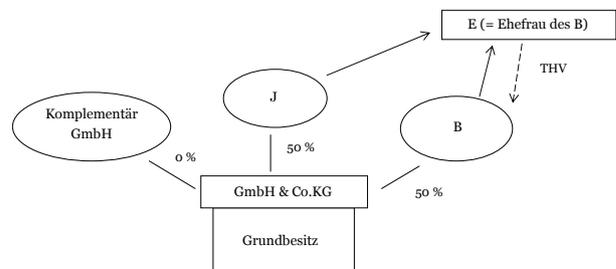
Im Berichtszeitraum 2012/2013 haben sich wieder einige wichtige Änderungen im Bereich der Grunderwerbsteuer ergeben. Deshalb soll im Folgenden auf die relevanten Gerichtsentscheidungen, Verwaltungserlasse und gesetzgeberischen Aktivitäten eingegangen werden.¹

I. § 1 Abs. 2a GrEStG bei Übertragung eines Gesellschaftsanteils auf einen Treuhänder

Mit Urteil vom 16.1.2013 entschied der BFH, dass ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG auch dann vorliege, wenn ein Gesellschafter seine Beteiligung an einer Personengesellschaft auf einen neuen Gesellschafter überträgt und dieser (neue) Gesellschafter die Beteiligung als Treuhänder für den früheren Gesellschafter hält.²

Der Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

An einer GmbH & Co. KG waren J und B als Kommanditisten beteiligt. Die Komplementärin war nicht am Gesellschaftsvermögen beteiligt. Die KG war Eigentümerin von Grundbesitz. Am 15.10.2005 trat der Kommanditist J seinen Kommanditanteil an die Ehefrau E des B ab. B trat seinen Kommanditanteil am 29.3.2006 ebenfalls an die E ab. Nach einem Treuhandvertrag vom 27.3.2006 sollte E diesen Kommanditanteil treuhänderisch für B halten.



Nach Auffassung des BFH wurde durch die Übertragung der Kommanditanteile des J und des B auf die E der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG erfüllt. Eine unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes liege vor, wenn ein Mitgliedschaftsrecht an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft zivilrechtlich wirksam auf ein neues Mitglied der Personengesellschaft übergehe. Wirtschaftliche Gesichtspunkte spielten hierbei keine Rolle. Demgemäß liege ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG auch dann vor, wenn ein Gesellschafter seine Gesellschaftsbeteiligung auf einen neuen Gesellschafter überträgt und dieser die Beteiligung lediglich als Treuhänder für den früheren Gesellschafter hält. Entscheidend sei, dass der Erwerber der Beteiligung zivilrechtlich neuer Gesellschafter werde. Die im Verhältnis zum Treugeber bestehenden Verpflichtungen des Treuhänders spielten insoweit keine Rolle.³

¹ Der Aufsatz entspricht im Wesentlichen einem Vortrag, den der Verfasser bei der 11. Jahresarbeitstagung des Notariats – einer Veranstaltung des Deutschen Anwaltsinstitutes – am 20.9.2013 in Berlin gehalten hat.

² Vgl. BFH, Urteil vom 16.1.2013, II R 66/11, DStR 2013, S. 360 ff.

³ Vgl. BFH, Urteil vom 16.1.2013, II R 66/11, DStR 2013, 360, 362.

Ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG sei auch dann gegeben, wenn ein Gesellschafter der Personengesellschaft seine Beteiligung auf seinen Ehegatten überträgt. Die Ehe führe lediglich dazu, dass die Grunderwerbsteuer entsprechend § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 und § 3 Nr. 4 GrEStG in Höhe des Anteils des Ehegatten am Gesellschaftsvermögen der Personengesellschaft nicht zu erheben sei.⁴

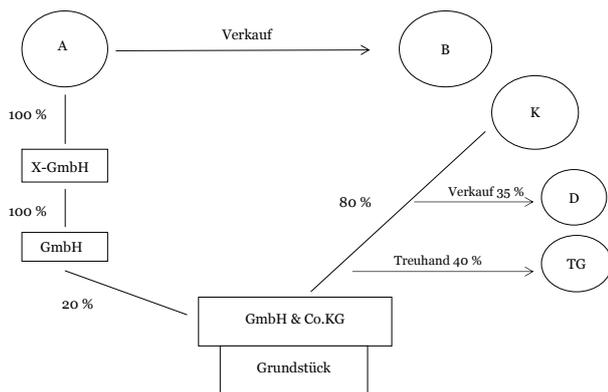
Folglich sei der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG durch die Übertragung der Gesellschaftsanteile des J und des B auf die E erfüllt worden, da 100 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen der KG auf neue Gesellschafter übergegangen seien. Allerdings führe die Ehe zwischen B und E dazu, dass die Grunderwerbsteuer entsprechend § 6 Abs. 3 Satz 1 i. V. m. Abs. 1 Satz 1 und § 3 Nr. 4 GrEStG in Höhe des Anteils am Gesellschaftsvermögen der KG, den B auf E übertragen hat, nicht zu erheben sei.

Dem Urteil ist meines Erachtens zuzustimmen; es steht auch im Einklang mit der herrschenden Literaturauffassung.⁵ Es kann somit nicht argumentiert werden, dass der Treugeber weiterhin (mittelbar) an der Gesellschaft beteiligt und folglich der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG nicht verwirklicht sei; vielmehr ist der dingliche Gesellschafterwechsel maßgebend.⁶

Zu beachten ist allerdings, dass nach Auffassung der Finanzverwaltung auch der umgekehrte Fall, d. h. die Begründung eines Treuhandverhältnisses an der Beteiligung eines Altgesellschafters, als ein Gesellschafterwechsel angesehen wird.⁷

Beispiel:

An der Komplementär-GmbH, die 20 % der Anteile einer GmbH & Co. KG hält, ist zu 100 % eine weitere GmbH beteiligt, deren gesamte Anteile veräußert werden. Der einzige Kommanditist, der bisher 80 % der GmbH & Co. KG-Anteile gehalten hat, vereinbart mit einem Treugeber, für diesen zukünftig 40 % der Kommanditanteile treuhänderisch zu halten; außerdem veräußert er weitere 35 % der Kommanditanteile an Dritte.⁸



⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 16.1.2013, II R 66/11, DStR 2013, 360, 362; ebenso *Boruttau/Meßbacher-Hönsch*, § 3 Rdnr. 358; *Hofmann*, § 1 Rdnr. 129.

⁵ Vgl. *Boruttau/Meßbacher-Hönsch*, § 3 Rdnr. 158; *Hofmann*, § 1 Rdnr. 129.

⁶ In diesem Sinne hatte bereits die Vorinstanz, FG Hamburg, entschieden, vgl. FG Hamburg, Urteil vom 7.1.2011, 3 K 60/10, DStRE 2013, 232.

⁷ Vgl. hierzu und zum Treuhänderwechsel den Erlass vom 25.2.2010, TZ 2.2. und TZ 4.2.2., DStR 2010, 698.

⁸ Der Fall ist TZ 4.2.2. des Erlasses vom 25.2.2010, DStR 2010, 698 ff. nachgebildet.

Lösung:

Die Veränderung der mittelbaren Beteiligung an der Komplementär-GmbH (20 %), die Vereinbarung des Treuhandverhältnisses (40 %) und die Veräußerung der 35 % der Kommanditanteile sind zusammen zu berücksichtigen und führen zu einem Übergang von Gesellschaftsanteilen i. H. v. 95 % auf neue Gesellschafter.⁹ Somit ist § 1 Abs. 2a GrEStG einschlägig.¹⁰

Die Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses anstelle einer Abtretung schützt somit nicht vor einer Steuerpflicht nach § 1 Abs. 2a GrEStG.¹¹ Vielmehr gilt die Begründung eines Treuhandverhältnisses an der Beteiligung eines Altgesellschafters ebenfalls als ein Gesellschafterwechsel.¹²

II. Mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG

Nach einem Urteil des BFH vom 24.4.2013¹³ ist die mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG ausschließlich nach *wirtschaftlichen Maßstäben* zu beurteilen. *Kapital- und Personengesellschaften* sind hierbei – entgegen der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung¹⁴ – gleichermaßen als *transparent* zu betrachten. Eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an einer im maßgeblichen Fünf-Jahres-Zeitraum unmittelbar an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft beteiligt gebliebenen Kapital- oder Personengesellschaft lässt diese nur dann fiktiv zu einer neuen Gesellschafterin werden, wenn sich in diesem Zeitraum deren Gesellschafterbestand unmittelbar oder mittelbar, d. h. auf den weiteren Beteiligungsebenen im wirtschaftlichen Ergebnis *vollständig* (also 100%) geändert hat.

⁹ Obwohl § 1 Abs. 2a GrEStG auf den (dinglichen) Übergang der Anteile abstellt, wird das rein schuldrechtlich vereinbarte Treuhandverhältnis sofort als mittelbarer Gesellschafterwechsel angesehen. Gleiches gilt für atypisch stille Gesellschaften, da andernfalls § 1 Abs. 2a GrEStG umgehbar wäre. § 1 Abs. 3 GrEStG enthält demgegenüber eine klarere Formulierung, da § 1 Abs. 3 Nr. 1 bzw. Nr. 3 GrEStG auf das schuldrechtliche und § 1 Abs. 3 Nr. 2 bzw. Nr. 4 GrEStG auf das dingliche Rechtsgeschäft Bezug nehmen.

¹⁰ Zur geänderten Rechtslage bei Treuhandverhältnissen vgl. auch die Erlasse des Finanzministeriums Baden-Württemberg vom 16.5.2000, DStR 2000, 1014, und vom 14.5.2003, DStR 2003, 984. Zu beachten ist ferner, dass eine Abtretung von 100 % der Kommanditanteile an einer grundbesitzhaltenden Personengesellschaft selbst dann die Steuer nach § 1 Abs. 2a GrEStG auslöst, wenn zugleich mit der Abtretung hinsichtlich von 6 % der Anteile ein Treuhandverhältnis mit dem Zedenten vereinbart wird, d. h. der Veräußerer die 6 % der Anteile künftig treuhänderisch halten soll; vgl. BFH, Beschluss vom 12.11.2004, II B 5/04.

¹¹ Vgl. hierzu kritisch *Weilbach*, § 1 Rdnr. 81; Konsequenz aus dieser Auffassung ist dann jedoch, dass die Rückübertragung des Anteils vom Treuhänder auf den Treugeber gemäß § 3 Nr. 8 GrEStG befreit ist; vgl. Erlass vom 25.2.2010, TZ 2.2., DStR 2010, 697; nach Auffassung der Finanzverwaltung führt auch die Beteiligung eines Anlegers über einen Treuhandkommanditisten bei geschlossenen Immobilienfonds nach § 1 Abs. 2a GrEStG zu einem Anteilsübergang; vgl. Finanzministerium Baden-Württemberg vom 9.8.2004, DStR 2004, 1610; ebenso FG Nürnberg, EFG 2004, 675; a. A.: *Behrens/Schmitt*, DStR 2005, S. 1429.

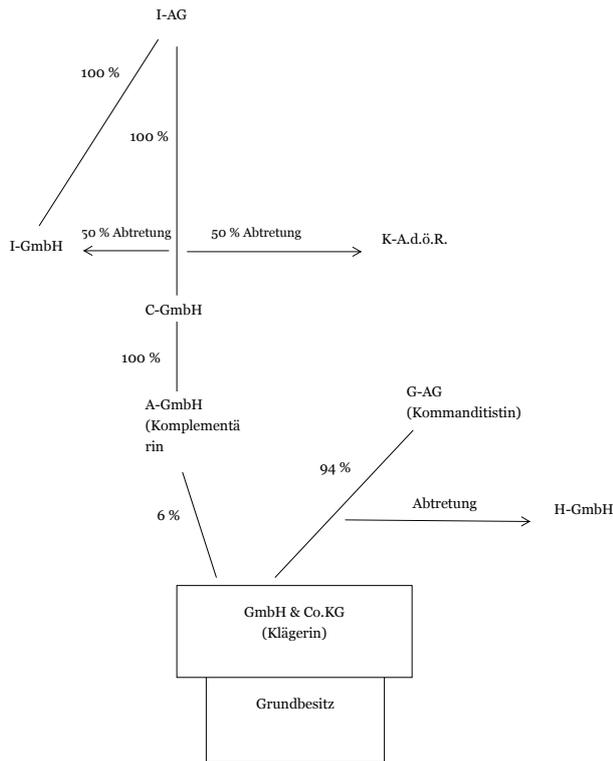
¹² Entsprechendes gilt für einen Treugeberwechsel; vgl. hierzu und zum Treuhänderwechsel den Erlass vom 5.2.2010, TZ 2.2., DStR 2010, 698.

¹³ Vgl. BFH, Urteil vom 24.4.2013, II R 17/10, DStR 2013, 1280 ff.

¹⁴ Vgl. gleichlautende Erlasse der Finanzverwaltung, BStBl I 2010, S. 245 ff.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin ist eine grundstücksbesitzende GmbH & Co. KG. Alleingeschafterin der mit 6 % an ihrem Gesellschaftsvermögen beteiligten persönlich haftenden Gesellschafterin (A-GmbH) ist eine weitere GmbH (C-GmbH), deren alleinige Gesellschafterin zunächst die I-AG war. Die I-AG veräußerte zum 1.1.2005 die Hälfte ihrer Beteiligung an der C-GmbH an die K, eine Anstalt des öffentlichen Rechts. Den restlichen Anteil an der C-GmbH übertrug die I-AG am 31.3.2006 auf eine 100%ige Tochtergesellschaft (I-GmbH). Die einzige Kommanditistin der Klägerin, die G-AG, übertrug ihre Beteiligung an der Klägerin am 16.3.2006 auf die H-GmbH.



Das Finanzamt stellte bei diesen Vorgängen einen Gesellschafterwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG fest und besteuerte die Vorgänge. Einspruch und erstinstanzliche Klage blieben erfolglos. Demgegenüber entschied der BFH, dass der Tatbestand des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG nicht verwirklicht worden sei. Der Gesellschafterbestand habe sich nicht innerhalb von fünf Jahren unmittelbar oder mittelbar dergestalt geändert, dass mindestens 95 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter übergegangen sind. Die unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes durch die Übertragung der Kommanditbeteiligung der G-AG auf die H-GmbH am 16.3.2006 betraf lediglich 94 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen. Zu weiteren im Rahmen des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG zu berücksichtigenden Änderungen des Gesellschafterbestandes sei es nicht gekommen. Die Veränderungen auf den Beteiligungsebenen oberhalb der persönlich haftenden Gesellschafterin, der A-GmbH, erfüllten nach Ansicht des BFH nicht das Tatbestandsmerkmal der mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes der Klägerin. Eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft sei nach Auffassung des Gerichts – anders als die unmittelbare Änderung – nur nach *wirtschaftlichen Maßstäben* zu beurteilen. Die vom Gesetzgeber angeordnete Einbeziehung mittelbarer Vorgänge

erfordere zwar die Berücksichtigung von Änderungen der Beteiligungsverhältnisse an denjenigen Kapital- und Personengesellschaften, die hinter dem unmittelbar an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft beteiligten Rechtsträger (Kapital- oder Personengesellschaft) stünden. Eine angemessene Berücksichtigung solcher mittelbaren Strukturen könne unter wirtschaftlichen Gesichtspunkten nur erreicht werden, wenn auf allen Beteiligungsebenen durch Kapital- und Personengesellschaften *gleichermaßen* durchgeschaut und dortige Veränderungen der jeweiligen Beteiligungsverhältnisse in die Betrachtung einbezogen werden würden. Dabei seien nur diejenigen Veränderungen in den Beteiligungsverhältnissen relevant, durch die solche Rechtsträger neu beteiligt werden würden, an denen keine gesellschaftsrechtlichen Beteiligungen bestehen können (natürliche und juristische Personen außer Kapitalgesellschaften). Soweit demgegenüber die Finanzverwaltung danach unterscheidet, ob an einer grundstücksbesitzenden Personengesellschaft wiederum eine Personengesellschaft (dann unmittelbare Durchrechnung) oder eine Kapitalgesellschaft (dann 100%ige Berücksichtigung ab einer Änderung von 95 % der Gesellschafter) beteiligt sei, vermöge der Senat dieser Auffassung mangels gesetzlicher Grundlage nicht beizutreten. Nach Auffassung des BFH genüge ein nicht vollständiger (also nicht 100%iger) Wechsel im Bestand der Rechtsträger, die wirtschaftlich hinter einer an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft als Gesellschafterin beteiligten Personen- oder Kapitalgesellschaft stünden, *nicht* den Anforderungen des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG an eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft. Vielmehr liege ein mittelbarer Gesellschafterwechsel *nur* vor, wenn sich der Bestand der Rechtsträger (natürliche und juristische Personen außer Kapitalgesellschaften), die wirtschaftlich hinter einer an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft als Gesellschafterin beteiligten Personen- oder Kapitalgesellschaft stehen, vollständig (also zu 100 %) ändere. Demzufolge sei es in dem konkreten Fall lediglich durch die unmittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes der Klägerin durch die Übertragung des Anteils der G-AG am Gesellschaftsvermögen der Klägerin auf die H-GmbH zu einem 94%igen unmittelbaren Gesellschafterwechsel gekommen. Darüber hinaus sei keine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes erfolgt. Dies folge daraus, dass die Anteilsübertragung auf die I-GmbH im Rahmen des Tatbestandes des § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG nicht berücksichtigt werden könne, weil die I-AG und somit auch ihre Gesellschafter über ihre Tochtergesellschaft I-GmbH mittelbar an der Klägerin beteiligt geblieben seien. Folglich habe sich der Bestand der Rechtsträger (natürliche und juristische Personen außer Kapitalgesellschaften), die wirtschaftlich hinter einer an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft als Gesellschafterin beteiligten Personen- bzw. Kapitalgesellschaft stehen, nicht vollständig, sondern im konkreten Fall nur zur Hälfte geändert. Die bloße Zwischenschaltung einer 100%igen Tochterkapitalgesellschaft stellt somit nach Auffassung des BFH keinen mittelbaren Gesellschafterwechsel dar. Insoweit tritt der BFH eindeutig der bisherigen Verwaltungsmeinung¹⁵ entgegen, die mit einem Nichtanwendungserlass auf das Urteil reagiert hat.¹⁶

Die BFH-Entscheidung ist für den Steuerpflichtigen erfreulich, da es in Zukunft wesentlich seltener zu steuerbaren mit-

¹⁵ Vgl. Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 25.2.2010, BStBl I 2010, S. 445 ff.

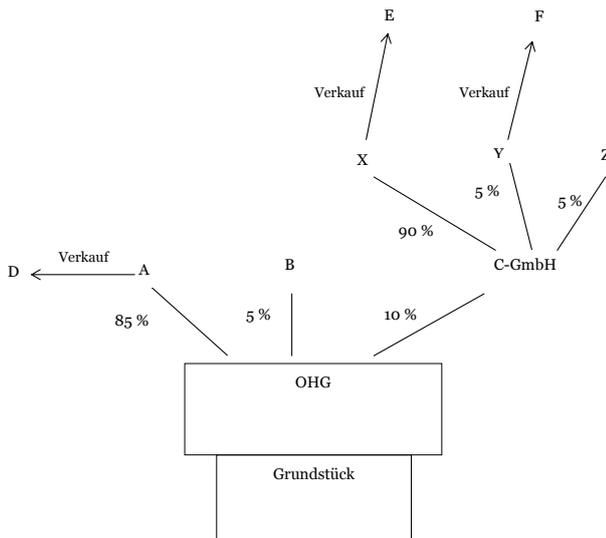
¹⁶ Vgl. Nichtanwendungserlass der Obersten Finanzbehörden der Länder vom 8.10.2013; vgl. auch BStBl I 2013, S. 802 ff.

telbaren Änderungen des Gesellschafterbestandes im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG kommen dürfte.

Dies soll anhand folgenden Beispielsfalles verdeutlicht werden:

Beispiel:

An einer grundbesitzenden OHG sind A zu 85 %, B zu 5 % und die C-GmbH zu 10 % beteiligt. Die Anteile der C-GmbH halten X zu 90 % und Y und Z zu je 5 %. In 2001 überträgt A seine gesamte Beteiligung an der OHG auf D, in 2002 übertragen X und Y ihre Anteile an der C-GmbH auf E und F.



Lösung:

Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i. H. v. 85 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-GmbH lag nach bisheriger Verwaltungsmeinung ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i. H. v. 10 % vor, weil die Änderung der Anteile an der C-GmbH 95 % betrug. Die mittelbare Anteilsänderung wurde nicht anteilig (95 % von 10 %) sondern voll mit 10 % berücksichtigt, sobald sich ein mittelbarer Gesellschafterwechsel bei einer Kapitalgesellschaft von über 95 % ereignete. Nach der neuen Rechtsprechung des BFH dürfte dagegen in diesem Beispielsfall keine Grunderwerbsteuer mehr anfallen, da sich kein 100%iger mittelbarer Gesellschafterwechsel vollzogen hat.

Abwandlung:

Anstelle der C-GmbH ist in obigem Beispielsfall eine C-OHG mit 10 % am Vermögen der Grundbesitz haltenden OHG beteiligt.

Lösung:

Die Übertragung der Beteiligung des A auf D führt auch hier zu einem unmittelbaren Gesellschafterwechsel i. H. v. 85 % der Anteile am Gesellschaftsvermögen. In Bezug auf die Anteile der C-OHG lag nach bisheriger Verwaltungsmeinung ein mittelbarer Gesellschafterwechsel i. H. v. 9,5 % vor, weil Personengesellschaften als transparent betrachtet wurden und folglich eine Durchrechnung erfolgte. In der Addition betrug somit der Gesellschafterwechsel nur 94,5 % (85 % unmittelbar und 9,5 % mittelbar), so dass der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG nicht realisiert wurde.

Nach der neuen BFH-Rechtsprechung ist der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG ebenfalls nicht verwirklicht, da nur noch 100%ige mittelbare Gesellschafterwechsel zu beachten sind. Der BFH käme in der Abwandlung somit zu einem 85%igen Gesellschafterwechsel, während die Finanzverwaltung einen 94,5%igen Gesellschafterwechsel angenommen hätte.

Würde in der Abwandlung beispielsweise B auch noch 1 % seiner Beteiligung an einen neuen Gesellschafter veräußern, wäre demgemäß nach der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung der Tatbestand des § 1 Abs. 2a GrEStG realisiert worden (es wären dann 86 % der Anteile, nämlich 85 % von A und 1 % von B unmittelbar auf neue Gesellschafter übergegangen und 9,5 % mittelbar). Demgegenüber dürfte die neue BFH-Rechtsprechung dazu führen, dass trotz der zusätzlichen 1%igen Geschäftsanteilsabtretung durch B keine Steuerbarkeit ausgelöst wird. Der BFH käme nach seiner Betrachtungsweise nur zu einem unmittelbaren 86%igen Gesellschafterwechsel, während die mittelbaren Gesellschafteränderungen nicht berücksichtigt werden könnten, da sie unter 100 % liegen.

III. Besteuerung von „RETT-Blocker-Strukturen“, § 1 Abs. 3a GrEStG n. F.

Durch das Gesetz zur Umsetzung der Amtshilferichtlinie sowie zur Änderung steuerlicher Vorschriften (Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz) vom 26.6.2013¹⁷ wurde in das Grunderwerbsteuergesetz folgender § 1 Abs. 3a GrEStG neu eingefügt:

„Soweit eine Besteuerung nach Abs. 2a und Abs. 3 nicht in Betracht kommt, gilt als Rechtsvorgang im Sinne des Abs. 3 auch ein solcher, aufgrund dessen ein Rechtsträger unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar, teils mittelbar eine wirtschaftliche Beteiligung in Höhe von mindestens 95 vom Hundert an einer Gesellschaft, zu deren Vermögen ein inländisches Grundstück gehört, innehat. Die wirtschaftliche Beteiligung ergibt sich aus der Summe der unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen am Kapital oder am Vermögen der Gesellschaft. Für die Ermittlung der mittelbaren Beteiligungen sind die Vmhundertsätze am Kapital oder am Vermögen der Gesellschaften zu multiplizieren.“

Zur Vermeidung eines Eingriffs in die Systematik des Grunderwerbsteuergesetzes wurde die Besteuerung sog. RETT-Blocker-Strukturen in einem eigenständigen Fiktionstatbestand – § 1 Abs. 3a GrEStG neu – geregelt. Dieser wird in der Weise ausgestaltet, dass der Anwendungsbereich der Abs. 2a und 3 des § 1 GrEStG hierdurch unberührt bleibt. Die Neuregelung sieht vor, einem Rechtsträger ein Grundstück einer nachgeordneten Gesellschaft auch dann fiktiv zuzurechnen, wenn dessen *wirtschaftliche Beteiligung* an der Gesellschaft mindestens 95 % beträgt. Der neue Tatbestand führt die wirtschaftliche Beteiligung in das Grunderwerbsteuerrecht ein, welche auf die unmittelbare und/oder mittelbare Beteiligung am Kapital oder am Vermögen einer Gesellschaft abstellt. Subjektive Beweggründe sind nicht beachtlich.

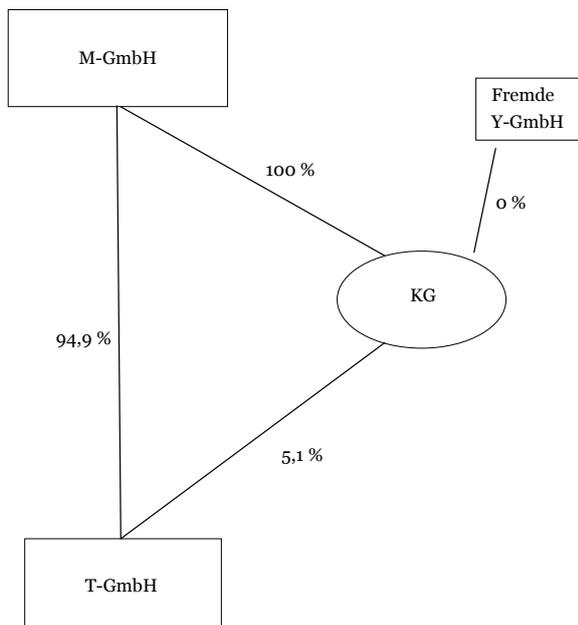
Die wirtschaftliche Beteiligung unterscheidet sich von der sachenrechtlichen Betrachtungsweise. Zur Ermittlung der wirtschaftlichen Beteiligung im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG n. F. sind alle Beteiligungen am Kapital oder am Vermögen einer Gesellschaft *rechtsformneutral* anteilig zu berücksichtigen. Bei mittelbarer Beteiligung ist die Beteiligung am Kapital oder am Vermögen aufgrund der vorgesehene Multiplikation „durchzurechnen“. Die unmittelbaren und mittelbaren Beteiligungen eines Rechtsträgers an der Gesellschaft werden

¹⁷ Vgl. BStBl I 2013, S. 1809 ff.

für die Ermittlung der maßgeblichen wirtschaftlichen Beteiligung zusammengerechnet. Die Neuregelung trägt Gestaltungen Rechnung, die einem Rechtsträger durch Anteilerwerbe in entsprechendem wirtschaftlichen Umfang die wirtschaftliche Verfügungsmacht über Grundstücke im Eigentum nachgeordneter Gesellschaften verschaffen, obwohl diese nach bisheriger Rechtslage keinen Grunderwerbsteuerlichen Tatbestand erfüllten. Die Neuregelung ergänzt das Grunderwerbsteuerrecht um einen Tatbestand, der Gestaltungen der Besteuerung unterwerfen soll, die in der öffentlichen Wahrnehmung vermehrt als „Steuerschlupflöcher“ angesehen wurden. Im Ergebnis kommt die Neuregelung politischen Forderungen nach, zivilrechtliche Gestaltungen nach ihrem wirtschaftlichen Gehalt zu besteuern¹⁸. Insbesondere die Personengesellschaft verliert durch die Neuregelung im Bereich des Grunderwerbsteuerrechts ihre gestalterische Funktionalität. Mit der Formulierung „innehat“ bezieht die Neuregelung nicht nur Fälle ein, in denen ein Rechtsträger eine wirtschaftliche Beteiligung von mindestens 95 % in einem Rechtsakt erwirbt, sondern erfasst auch sukzessive Anteilerwerbe in mehreren Rechtsvorgängen, die erst in der Summe zu einer wirtschaftlichen Beteiligung von mindestens 95 % führen.

Beispiel:

Die M-GmbH erwirbt 94,9 % der Anteile an der T-GmbH von der X-GmbH und 100 % der vermögensmäßigen Beteiligung an der KG, die ihrerseits zu 5,1 % an der T-GmbH beteiligt ist. Daneben ist die fremde Y-GmbH mit 0 % am Vermögen der KG beteiligt.



Lösung:

Nach bisheriger Rechtslage war kein Steuertatbestand erfüllt; insbesondere wurde keine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 GrEStG verwirklicht. Die M-GmbH war aufgrund des Anteilerwerbs zwar unmittelbar in Höhe von 94,9 % an der Grundbesitz haltenden T-GmbH beteiligt. Eine Grunderwerbsteuerliche Zurechnung der von der KG gehaltenen Anteile an der T-GmbH bei der M-GmbH war jedoch nicht zulässig. Sowohl die M-GmbH als auch die fremde Y-GmbH hielten jeweils

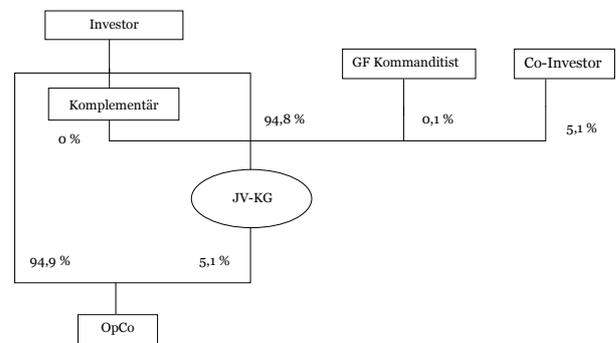
¹⁸ Vgl. Schanko, UVR 2013, 216.

einen von zwei KG-Anteilen. Die vermögensmäßige Beteiligung war bei Personengesellschaften (im Rahmen des § 1 Abs. 3 GrEStG) bislang unerheblich. Derartige Gestaltungen werden nunmehr allerdings über den neuen Tatbestand des § 1 Abs. 3a GrEStG besteuert.

Unter Zugrundelegung der bisherigen Rechtslage ließen sich Anteilsübertragungen bei mehrstufigen Beteiligungsstrukturen folglich durch Zwischenschaltung einer Personengesellschaft, an der ein fremder Dritter beteiligt ist (sog. RETT-Blocker), ohne Grunderwerbsteuerbelastung durchführen.¹⁹

Die in der Praxis noch häufiger verwendeten Strukturen stellen sich meist wie folgt dar:

Ein Investor erwirbt unmittelbar bis zu 94,9 % an einer grundstückshaltenden Kapitalgesellschaft („OpCo“). Die restlichen 5,1 % werden von einer Personengesellschaft (üblicherweise eine Kommanditgesellschaft nach deutschem Recht, „JV-KG“) erworben. Gesellschafter der JV-KG sind zu 94,9 % der Investor, die restlichen 5,1 % werden von einem Co-Investor gehalten.²⁰ Die in der Praxis häufig anzutreffende Beteiligung des Co-Investors in Höhe von 5,1 % orientiert sich offensichtlich an der in § 1 Abs. 2a und Abs. 3 GrEStG normierten Beteiligungsgrenze von (mindestens) 95 %. Aufgrund der sachenrechtlichen Betrachtung wäre jedoch auch eine geringere Beteiligung des Co-Investors ausreichend.²¹ Zur gewerblichen „Entprägung“ im Sinne des § 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG wird häufig eine natürliche Person als geschäftsführender Kommanditist beteiligt. Der Co-Investor ist ein fremder Dritter, d. h. der Co-Investor ist insbesondere kein herrschendes oder abhängiges Unternehmen im Sinne des § 1 Abs. 4 Nr. 2 GrEStG. Die Komplementärin der Kommanditgesellschaft wird üblicherweise von dem Investor gehalten und ist am Vermögen der Personengesellschaft nicht beteiligt. Die durchgerechnete Beteiligung des Co-Investors beträgt rund 0,26 %.



Lösung:

Nach bisheriger Rechtslage verwirklicht der Investor mit dem unmittelbaren bzw. mittelbaren Erwerb der Anteile an der OpCo keine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG, da ihm die von der JV-KG gehaltenen Anteile nicht zuzurechnen sind. Nach der Neuregelung erwirbt der Investor dagegen eine wirtschaftliche Beteiligung und erfüllt damit eine Grunderwerbsteuerpflichtige Anteilsvereinigung im Sinne des § 1 Abs. 3a GrEStG.

Möglicherweise trägt die neue Vorschrift des § 1 Abs. 3a GrEStG dazu bei, dass komplizierte Beteiligungsstrukturen,

¹⁹ Vgl. Hofmann, § 1 Rdnr. 173 ff. m. w. N.; Schafplitz/Schrade, BB 2013, S. 343 ff.

²⁰ Vgl. Mayer, BB 2012, S. 875.

²¹ Vgl. Schafplitz/Schrade, BB 2013, S. 343 ff., Fn. 21.

die vielfach überwiegend zur Vermeidung von Grunderwerbsteuer geschaffen wurden, nicht mehr in diesem Maße entstehen bzw. bestehende Konstruktionen gestrafft werden, wenn sie den bezweckten Erfolg künftig nicht mehr herbeizuführen vermögen.

Der Gesetzestext enthält naturgemäß noch viele offene Anwendungs- und Auslegungsfragen.²² In der Konsequenz führt § 1 Abs. 3a GrEStG allerdings dazu, dass der Verkäufer von Geschäftsanteilen künftig 5,1 % der Anteile für sich behalten oder an einen konzernfremden Dritten veräußern muss, um eine Steuerbarkeit zu vermeiden.

Die Einführung des § 1 Abs. 3a GrEStG durch das Amtshilferichtlinie-Umsetzungsgesetz hatte noch weitere Gesetzesänderungen im Bereich der Grunderwerbsteuer zur Folge: Nach § 13 Nr. 7 GrEStG ist Steuerschuldner in den Fällen des § 1 Abs. 3a GrEStG nur derjenige Rechtsträger, der die wirtschaftliche Beteiligung innehat (also der Erwerber und nicht der Veräußerer der Anteile). § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7a GrEStG normiert die Anzeigepflicht für die von § 1 Abs. 3a GrEStG erfassten Vorgänge. Erwähnenswert erscheint in diesem Zusammenhang auch die Neuregelung in § 20 Abs. 2 Nr. 3 GrEStG, wonach die Anzeige bei mehreren beteiligten Rechtsträgern künftig auch eine Teilnehmungsübersicht enthalten muss. Vorgänge nach § 1 Abs. 3a GrEStG können darüber hinaus nach § 16 GrEStG rückgängig gemacht werden, wobei auch in diesen Fällen die Bestimmung des § 16 Abs. 5 GrEStG zu beachten ist. Alle diese Neuregelungen gelten für Erwerbsvorgänge, die nach dem 6.6.2013 verwirklicht werden (§ 23 Abs. 11 GrEStG).

IV. Keine Anwendbarkeit der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 3 GrEStG bei einer Auseinandersetzung unter Miteigentümern

Mit einer Entscheidung vom 13.6.2012 stellte das FG Schleswig-Holstein den eingeschränkten Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 3 GrEStG klar.²³

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Zwei Schwestern beehrten für die Übertragung von Miteigentumsanteilen an Grundstücken untereinander und gegen Abfindungsbeträge nach dem Tod ihrer Mutter die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 GrEStG. Nach dieser Vorschrift ist der Erwerb eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses von der Grunderwerbsteuer befreit. Im Streitfall ging es allerdings um Grundstücke, die die Mutter bereits vor ihrem Tod den Geschwistern unter einem lebenslangen Nießbrauchsvorbehalt im Wege vorweggenommener Erbfolge geschenkt hatte. In diesem Zusammenhang entschied das FG Schleswig-Holstein, dass der enge, ausschließlich die Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft und die Verteilung des gesamthänderisch gebundenen Vermögens begünstigende gesetzgeberische Zweck der Vorschrift eine unmittelbare und auch eine analoge Anwendung des § 3 Nr. 3 GrEStG auf den vorliegenden Übertragungsvorgang verbiete. Der enge Anwendungsbereich der Vorschrift ergebe sich zudem aus dem Wortlaut der Vorschrift, die sich dabei an aus dem Zivilrecht entnommenen Begriffen anlehne. Da sich das Grundstück nicht im Nachlass der verstorbenen Mutter befand und der Übertragungsvorgang somit auch nicht der Auseinandersetzung einer Erbengemein-

schaft, d. h. der Teilung des Nachlasses unter Miterben, diene, sei die Befreiungsvorschrift nicht anwendbar. Vielmehr handele es sich um einen Tausch von Miteigentumsanteilen (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 GrEStG).

Meines Erachtens ist auch dieser Entscheidung zuzustimmen; sie befindet sich im Einklang mit der herrschenden Literaturauffassung.²⁴

V. Grundstückserwerb im Rahmen einer Vermögensauseinandersetzung nach Scheidung, § 3 Nr. 5 GrEStG

§ 3 Nr. 5 GrEStG befreit in sachlicher Hinsicht alle Erwerbe aus Anlass einer Ehescheidung von der Steuer. Nach einem Urteil des Hessischen FG vom 10.5.2012²⁵ sei aber nur die Vermögensauseinandersetzung begünstigt, die ihre Ursache in der Scheidung hat.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Die Klägerin und ihr früherer Ehemann erwarben 1990 ein bebautes Grundstück jeweils zur ideellen Miteigentumschälfte. Das Haus wurde zunächst von der Klägerin, dem Ehemann, der gemeinsamen Tochter sowie der Mutter der Klägerin bewohnt.

Im Februar 2005 wurde die Ehe der Klägerin und des Ehemanns geschieden, nachdem beide bereits seit April 2001 getrennt lebten. Die 1988 geborene Tochter der Klägerin verließ mit dieser die eheliche Wohnung und wohnte bei der Klägerin. Ausweislich des Scheidungsurteils wurde neben der Ehescheidung lediglich der Versorgungsausgleich durchgeführt. Weitere Vereinbarungen über die Aufteilung des gemeinsamen Vermögens wurden nicht getroffen. Die Mutter der Klägerin verstarb im Mai 2007. Im Juli 2007 übertrug der Ehemann seinen hälftigen Miteigentumsanteil am Grundstück auf die Klägerin gegen Übernahme von Bankverbindlichkeiten sowie einer Barauszahlung.

Auf Nachfrage des Finanzamts zum Umfang der Vermögensauseinandersetzung nach Scheidung, insbesondere des Zugezeitpunkts, teilte die Klägerin mit, dass zum Scheidungszeitpunkt keiner der früheren Eheleute bereit gewesen sei, das Haus alleine zu übernehmen. Ein Verkauf sei nicht in Betracht gekommen, da sowohl der Ehemann als auch die Mutter das Haus noch bewohnten und dort auch wohnen bleiben wollten. Daher sei die Vermögensauseinandersetzung zurückgestellt worden.

Das Finanzamt versagte daraufhin die Grunderwerbsteuerbefreiung nach § 3 Nr. 5 GrEStG. Hiergegen richtete sich die Klage. Die Klägerin trug vor, neben der Ehescheidung im Februar 2005 sei nur der Versorgungsausgleich, aber kein Zugewinnausgleich durchgeführt worden. Beide Ehegatten hätten während der Ehe allenfalls mit dem erworbenen Grundstück einen gleich hohen Zugewinn erzielt. Eine Regelung bezüglich des Hauses sei seinerzeit zurückgestellt worden, weil die frühere Wohnung auch nach der Scheidung von ihrem Ehemann und die weitere Wohnung von der Mutter bewohnt worden seien. Nach dem Tod der Mutter habe sich der Ehemann entschlossen, die Wohnung aufzugeben und mit seiner neuen Lebensgefährtin ein Haus zu bauen. Bezüglich des gemeinsamen Hauses habe man sich dahingehend geeinigt, dass die Klägerin dieses alleine erwerben und die bestehenden Verbindlichkeiten übernehmen solle.

²² Vgl. hierzu ausführlich *Schafplitz/Schrade*, BB 2013, 343 ff.; *Behrens*, DStR 2013, 1405 ff.; vgl. nunmehr auch den Erlass der Finanzverwaltung vom 9.10.2013, BStBl I 2013, S. 802 ff.

²³ Vgl. FG Schleswig-Holstein, DStRE 1/2013, 32 ff.

²⁴ Vgl. zum Beispiel *Heine*, UVR 2011, 242 ff.; *Steger*, ZEV 2008, 505 ff.

²⁵ Vgl. DStRE 9/2013, 550 ff.

Das Hessische FG bezieht sich in seiner Urteilsbegründung zunächst auf die Ausführungen des Kollegen *Kessler* (DStR 2010, 2173 ff.), indem es hervorhebt, dass § 3 Nr. 5 GrEStG in sachlicher Hinsicht alle Erwerbe aus Anlass der Ehescheidung von der Steuer befreie. Außerdem stellte das Gericht klar, dass die Übertragung, die erst circa zwei Jahre und fünf Monate nach erfolgter Ehescheidung durchgeführt worden sei, wegen einer fehlenden gesetzlichen Befristung der Vermögensauseinandersetzung nicht gegen das Vorliegen des Befreiungstatbestandes spreche. Hier setzt sich das Gericht mit einer Rechtsprechung des BFH auseinander, nach welcher ein langer Zeitraum zwischen Scheidung und Grundstücksübertragung darauf hindeuten könne, dass eine scheidungsbedingte Vermögensauseinandersetzung nicht mehr vorliege.²⁶

Entscheidend für die Steuerbefreiung sei jedoch nach Ansicht des Hessischen FG die *Kausalität* zwischen Ehescheidung und Grundstücksübertragung. Zur Vermeidung einer vom Gesetzgeber nicht gewollten Ausweitung der Befreiungsvorschrift auf sämtliche Vermögensauseinandersetzungen mit Grundstücken nach einer Ehescheidung sei darauf abzustellen, dass die Auseinandersetzung durch die Scheidung notwendig geworden sei. Folglich seien Vermögensauseinandersetzungen, die zwar zeitlich nach einer Ehescheidung erfolgten, jedoch auf keinem zwingenden familienrechtlichen Hintergrund beruhten, nicht von der Grunderwerbsteuer befreit.²⁷ Im Streitfall sei Anlass für die Vermögensübertragung auf die Klägerin im Jahr 2007 jedoch nicht mehr die Ehescheidung, sondern der Tod der Mutter im Mai 2007 gewesen. Die fortdauernde Nutzung der zweiten Wohnung des Hausgrundstücks durch die Mutter sei nach Darstellung der Klägerin und des früheren Ehemannes entscheidend dafür gewesen, dass das Grundstück zunächst nicht veräußert wurde und folglich auch keine Auseinandersetzung des Miteigentums stattgefunden habe. Erst durch den Tod der Mutter entfiel dieses Hindernis. Folglich sei nicht die Trennung der Grund für die Auseinandersetzung gewesen, sondern erst der Tod der Mutter.

Interessant erscheint an der Urteilsbegründung auch noch, dass demgegenüber eine Kausalität zwischen Ehescheidung und Grundstücksübertragung hätte angenommen werden können, wenn das eheliche Kind mit dem Ehemann in der gemeinsamen Wohnung verblieben wäre, dieses Zusammenleben zum Beispiel wegen der Ausbildung des Kindes notwendig gewesen wäre und man erst das Ende der Ausbildung hätte abwarten wollen, um das Anwesen zu veräußern. Da aber im Streitfall das Kind (familienbedingter Umstand) bereits im Trennungszeitpunkt mit der Klägerin aus der Wohnung ausgezogen war und folglich nicht kausal für das Verschieben der Vermögensauseinandersetzung gewesen sei, könne § 3 Nr. 5 GrEStG nicht angewendet werden.

Leider ist dieses Urteil rechtskräftig geworden. Sicherlich hätte man beim BFH auch anders argumentieren können und auch in der Person der Mutter einen familienbedingten Grund für die Verschiebung der Auseinandersetzung sehen können. Meines Erachtens sollte die Trennungslinie vielmehr wie folgt gezogen werden: Man sollte prüfen, ob das im Miteigentum beider Ex-Ehegatten verbliebene Anwesen nach der Trennung als eine Art Kapitalanlage (zum Beispiel durch Vermietung an fremde Dritte) genutzt worden war; in einem solchen Fall könnte eine längere zeitliche Dauer (in der Regel von

über zwei Jahren) gegen eine Vermögensauseinandersetzung aus Anlass der Scheidung sprechen. Solange aber einzelne Ehegatten oder enge Angehörige in dem Anwesen wohnen, ist meines Erachtens kein Grund ersichtlich, hier die Befreiungsvorschrift des § 3 Nr. 5 GrEStG nicht mehr anzuwenden. Dies gilt umso mehr, wenn es sich um das vormalig gemeinsam genutzte Eigenheim handelt, bei dem – bekanntermaßen – häufig im Rahmen von Scheidungsvereinbarungen sehr emotionale Entscheidungen getroffen werden. Wenn es beim selbst genutzten Eigenheim auch nach drei Jahren noch nicht zu einer endgültigen Regelung gekommen ist – zum Beispiel weil ein Ex-Ehegatte oder ein naher Angehöriger eines Ehegatten in dem Anwesen wohnt – kann meines Erachtens immer noch von einer Vermögensauseinandersetzung aus Anlass der Scheidung ausgegangen werden.²⁸

VI. Der Erlass der Finanzverwaltung zu § 6a GrEStG vom 19.6.2012

Die sog. Konzernklausel in § 6a GrEStG ist mit dem Amtshilferichtlinien-Umsetzungsgesetz vom 26.6.2013²⁹ nicht nur hinsichtlich der aufgrund von § 1 Abs. 3a GrEStG erforderlichen Folgeänderung (Begünstigung auch bei wirtschaftlichen Anteilsvereinigungen), sondern darüber hinaus erweitert worden. So werden neben den schon bisher begünstigungsfähigen Umwandlungsvorgängen im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG (Verschmelzungen, Spaltungen und Vermögensübertragungen) nunmehr auch Einbringungen und andere Erwerbsvorgänge auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage erfasst.³⁰ Es muss sich um Vorgänge handeln, bei denen sich die Stellung des Gesellschafters (durch Erhöhung oder Verminderung seiner Gesellschafterrechte) verändert. In Betracht kommen somit zum Beispiel Vorgänge wie Anwachsungen, Liquidationen und Kapitalerhöhungen. In Anbetracht der übrigen Anwendungsvoraussetzungen und ihrer restriktiven Auslegung durch die Finanzverwaltung (insbesondere Vor- und Nachbehaltensfristen, Verbunddefinition der Finanzverwaltung, Unternehmereigenschaft des herrschenden Unternehmens) dürfte der Ergänzung der begünstigungsfähigen Umstrukturierungsvorgänge in der Praxis allerdings nur geringe Bedeutung zukommen.³¹

Wenngleich der neue Anwendungserlass zu § 6a GrEStG vom 19.6.2012 bereits bei den „Aktuellen Entwicklungen der Grunderwerbsteuer“ in den Jahren 2011/2012 dargestellt wurde, soll er nunmehr nochmals zum Gegenstand der Ausführungen gemacht werden, da inzwischen ausreichend Literatur vorliegt, um den Erlass umfangreich einschätzen und kommentieren zu können:

Mit § 6a GrEStG wurde im Rahmen des Wachstumsbeschleunigungsgesetzes³² eine grunderwerbsteuerliche Regelung eingeführt, die Umstrukturierungen im Konzern erleichtern und planungssicherer machen sollte.³³ Die Finanzverwaltung hatte am 1.12.2010 gleichlautende Erlasse der Obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 6a GrEStG veröffentlicht³⁴, die allerdings viele Auslegungsfragen offen ließen. Durch gleichlautende Erlasse vom 22.6.2011 kam es zu der

²⁸ Vgl. hierzu auch Gottwald, 4. Aufl. Rdnr. 465.2.

²⁹ Vgl. BStBl I 2013, S. 1809 ff.

³⁰ Vgl. hierzu Erlass vom 9.10.2013, BStBl I 2013, S. 802 ff.

³¹ Ebenso *Wagner/Lieber*, DB 2013, 1387 ff.

³² Vgl. Wachstumsbeschleunigungsgesetz vom 22.12.2009, in Kraft getreten am 1.1.2010, BGBl 2009 I, S. 3950.

³³ Vgl. Bericht des Finanzausschusses, BT Drucks. 17/147, S. 10.

³⁴ Vgl. Erlass vom 1.12.2010, BStBl I 2010, S. 1321.

²⁶ Vgl. BFH, Urteil vom 23.3.2011, II R 33/09, BStBl II 2011, S. 980 ff.

²⁷ Vgl. Hessisches FG, DStRE 9/2013, S. 551, unter Verweis auf *Fumi*, EFG 2001, 708.

ergänzenden Feststellung, dass das herrschende Unternehmen im Sinne von § 6a GrEStG der oberste Rechtsträger sei, der die Voraussetzungen des § 6a Satz 4 GrEStG erfülle, und insbesondere Unternehmer im umsatzsteuerlichen Sinne sei.³⁵ Unter dem Datum 19.6.2012 haben die Obersten Finanzbehörden der Länder zuletzt gleichlautende Erlasse zur Anwendung von § 6a GrEStG veröffentlicht, die an die Stelle der zuvor genannten Erlasse getreten sind.³⁶ Die Erlasse vom 19.6.2012 sind von den Finanzämtern im Grundsatz in allen offenen Fällen anzuwenden.³⁷

In § 6a Satz 4 GrEStG wird eine Vorbehaltensfrist von mindestens fünf Jahren festgelegt und andererseits eine nachträgliche Versagung der Begünstigung festgeschrieben, wenn das herrschende Unternehmen nicht mindestens fünf Jahre nach der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister an den an der Umwandlung beteiligten abhängigen Gesellschaften beteiligt bleibt. Die Befreiung setzt einerseits ein Abhängigkeitsverhältnis im Sinne von § 6a Satz 4 GrEStG voraus, das andererseits nur dann erfüllt ist, wenn das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang (also zum Beispiel der Verschmelzung) und fünf Jahren nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt bleibt.

Verhindert werden soll, dass Beherrschungsverhältnisse nur zur Erlangung der Steuerbegünstigung kurzfristig hergestellt bzw. nach der Umwandlung wieder gelöst werden. Nur bei längerfristigen Beteiligungsgegebenheiten soll die Steuervergünstigung gewährt werden.³⁸

Abzustellen ist für die Berechnung des Fünf-Jahres-Zeitraums auf den Zeitpunkt der Verwirklichung des Erwerbsvorgangs. Bei Umwandlungsvorgängen ist das die Eintragung im Handelsregister, bei Verschmelzungen im Handelsregister des übernehmenden Rechtsträgers und bei Spaltungen im Handelsregister des übertragenden Rechtsträgers.³⁹ Für entsprechende Umwandlungen aufgrund des Rechts eines Mitgliedstaats der Europäischen Union oder eines Staates, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum Anwendung findet, ist das regelmäßig die den Vermögensübergang

bewirkende Eintragung in die nach den Rechtsvorschriften des jeweiligen Staates zuständigen Register.⁴⁰

Die Mindestbeteiligung von 95 % am Kapital der abhängigen Gesellschaft muss nach § 6a Satz 4 GrEStG in den fünf Jahren vor der Umwandlung ununterbrochen bestanden haben. Die Haltefristen beziehen sich nach dem Wortlaut der Vorschrift explizit auf die Beteiligung am Kapital der abhängigen Gesellschaft und nicht auf die (wirtschaftliche) Beteiligung am jeweiligen Grundstück. Eine Änderung der Grunderwerbsteuerlichen Zurechnung des Grundstücks innerhalb der Haltefristen – etwa durch Veräußerung des Grundbesitzes durch die abhängige Gesellschaft – ist daher unschädlich.⁴¹ Umgekehrt kann aber ein Verstoß gegen die gesellschaftsrechtlichen Haltefristen folglich sogar dann noch Grunderwerbsteuer auslösen, wenn zu diesem Zeitpunkt keinerlei Grundbesitz mehr zum Vermögen der abhängigen Gesellschaft gehört, weil dieser nach dem Umwandlungsvorgang mittlerweile komplett veräußert wurde. In der Praxis führt dies dazu, dass Anteilsabtretungen auch dann Grunderwerbsteuer auslösen können, wenn zum Gesellschaftsvermögen keinerlei Grundbesitz mehr gehört. Dies erfordert in der Praxis somit eine noch intensivere Beobachtung der Verhältnisse, um beurteilen zu können, ob eine Anteilsabtretung Grunderwerbsteuer auslöst.

Nach herrschender Meinung muss bei einer Gesamtrechtsnachfolge, die aufgrund einer Umwandlung (Verschmelzung) eintritt, die Vorbehaltezeit des Rechtsvorgängers bzw. die Nachbehaltezeit des Rechtsnachfolgers mitberücksichtigt, d. h. dem jeweiligen Rechtsvorgänger bzw. Rechtsnachfolger zugerechnet werden.⁴² Gesellschaften, die vor weniger als fünf Jahren vor der zu begünstigenden oder die durch die zu begünstigende Umwandlung entstanden sind, können deshalb ausnahmsweise abhängige Gesellschaften im Sinne von § 6a Satz 4 GrEStG sein, wenn sie durch einen Umwandlungsvorgang ausschließlich aus einer oder mehreren Gesellschaften entstanden sind, die spätestens im Zeitpunkt des zu beurteilenden Erwerbsvorgangs abhängige Gesellschaft ist bzw. abhängige Gesellschaften sind (sog. „verbundgeborene“ Gesellschaften).⁴³

Nicht begünstigungsfähig sind jedoch Umwandlungen unter Beteiligung abhängiger Gesellschaften, die innerhalb der letzten fünf Jahre vor Eintragung der Umwandlung durch Spaltung zur Neugründung aus dem herrschenden Unternehmen entstanden sind, und auch nicht Umwandlungen unter Beteiligung von abhängigen Gesellschaften, die vor Ablauf der nachgelagerten Fünf-Jahres-Frist auf das herrschende Unternehmen verschmolzen werden. Nach Ansicht der Finanzverwaltung sind Umwandlungsvorgänge, durch die der jeweilige Verbund begründet oder beendet wird, nicht begünstigt.⁴⁴ Als den für den jeweiligen Umwandlungsvorgang zu bestimmenden Verbund sieht die Finanzverwaltung dabei das herrschende Unternehmen und die am Umwandlungsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaften sowie die dieses Beteiligungsverhältnis vermittelnden abhängigen Gesellschaften an.⁴⁵ Nicht an dem betreffenden Umwandlungsvorgang betei-

³⁵ Vgl. Erlass vom 22.6.2011, BStBl I 2011, S. 673; vgl. dazu *Behrens*, BB 2011, 2724. Dies ist in die Erlasse vom 19.6.2012 übernommen worden, vgl. BStBl I 2012, 662, TZ 2.2 Abs. 4 Satz 1.

³⁶ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662.

³⁷ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, Tz. 8; auf vor dem 13.7.2012 verwirklichte Rechtsvorgänge haben die Finanzämter, wenn sich der Steuerpflichtige darauf beruft, noch die in den Erlassen vom 1.12.2010 und 22.6.2011 vertretenen Ansichten anzuwenden. Dies betrifft m. E. die erstmals in den Erlassen vom 19.6.2012 vertretene Ansicht, dass ein Umwandlungsvorgang, durch den ein Verbund begründet oder beendet wird, nicht begünstigt sei, und dass das herrschende Unternehmen nicht nur im Zeitpunkt der Eintragung der Umwandlung im Handelsregister, sondern auch während der Fünf-Jahres-Haltefristen davor und danach umsatzsteuerlicher Unternehmer i. S. v. § 2 UStG sein müsse.

³⁸ Anders als bei § 5 Abs. 3, § 6 Abs. 3 Satz 2 und Abs. 4 GrEStG lehnt es die Finanzverwaltung bei § 6a GrEStG ab, die Haltefristen in § 6a Satz 4 GrEStG grundstücksbezogen auszulegen; vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, 662, TZ 1 Abs. 2, wonach die Steuervergünstigung nicht grundstücksbezogen, sondern anteilsbezogen sei und Änderungen in der Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnung der Grundstücke in den Vor- und Nachbehaltensfristen unbeachtlich seien. Eine teleologische Reduktion der Mindestbehaltefristen, etwa weil eine betroffene Gesellschaft noch keine fünf Jahre existiert hatte und seit Gründung keine Gesellschafterwechsel erfolgt sind, wird im Rahmen des § 6a Satz 4 GrEStG auch in der Kommentarliteratur abgelehnt; vgl. hierzu *Pahlke/Franz*, § 6a Rdnr. 28.

³⁹ Vgl. § 20 Abs. 1 UmwG einerseits und § 131 Abs. 1 UmwG andererseits.

⁴⁰ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 2.3 und TZ 4.

⁴¹ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 1, TZ 6.2.

⁴² Begünstigungsschädlich ist daher die Liquidation der übernehmenden abhängigen Gesellschaft innerhalb der Nachbehaltefrist; vgl. hierzu *Pahlke/Franz*, § 6a Rdnr. 34.

⁴³ Vgl. Erlass, vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 4 Abs. 2.

⁴⁴ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 2.1 Abs. 3 Satz 1.

⁴⁵ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 2.1 Abs. 2.

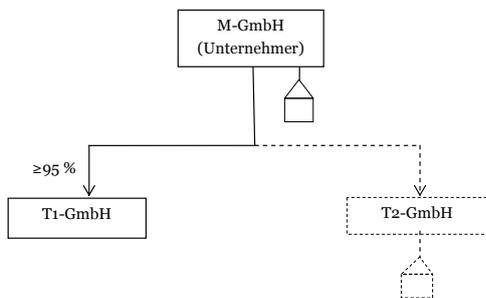
lichte Konzerngesellschaften und Konzerngesellschaften, die das Beteiligungsverhältnis zwischen herrschendem Unternehmen und beteiligter abhängiger Gesellschaft nicht vermitteln, gehören nicht zum „Verbund“.⁴⁶ Daraus folgt, dass nach Verwaltungsansicht Umwandlungen unter Beteiligung des herrschenden Unternehmens in vielen Fällen nicht begünstigt sind, und zwar Verschmelzungen abhängiger Gesellschaften auf das herrschende Unternehmen und Ausgliederungen zur Neugründung aus dem herrschenden Unternehmen.

Dass die Verwaltung jede Verschmelzung zur Aufnahme auf das herrschende Unternehmen (wegen Wegfalls des „Verbunds“) als für § 6a GrEStG schädlich hält und auch Ausgliederungen des herrschenden Unternehmens zur Neugründung als nicht begünstigungsfähig ansieht, ist meines Erachtens rechtswidrig. So weit reichende Ausnahmen von der Steuerbegünstigung hätten im Gesetz ausdrücklich Niederschlag finden müssen.⁴⁷

§ 6a GrEStG ist danach von vornherein nicht anwendbar, wenn die letzte am Umwandlungsvorgang beteiligte abhängige Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen verschmolzen wird.

Es ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung die Anwendung von § 6a GrEStG nicht nur im Fall der Verschmelzung einer abhängigen Gesellschaft auf das herrschende Unternehmen ablehnt, sondern auch im Falle der Ausgliederung zur Neugründung durch das herrschende Unternehmen, zum Beispiel wenn die M-GmbH ein Grundstück auf eine neue Tochter-GmbH zur Neugründung ausgliedert, selbst wenn die M-GmbH seit mindestens fünf Jahren mindestens 95%ige Beteiligungen an anderen Konzerngesellschaften hält und daher bereits seit mehr als fünf Jahren herrschende Unternehmerin ist.

**Erlasse vom 19.6.2012, Tz. 2.1,
Beispiel 1: Ausgliederung zur Neugründung**

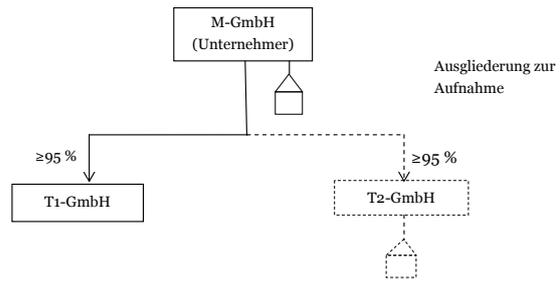


Die Befreiung nach § 6a GrEStG kommt demgegenüber auch auf Grundlage der Verwaltungsansicht zur Anwendung, wenn die M-GmbH als Unternehmerin bereits seit mindestens fünf Jahren zu mindestens 95 % an der T-GmbH beteiligt ist und nun ihr Grundstück auf die T2-GmbH zur Aufnahme ausgliedert.

⁴⁶ Zum Beispiel Schwestergesellschaften oder der am Umwandlungsvorgang beteiligten abhängigen Gesellschaft nachgelagerte Gesellschaften.

⁴⁷ Ebenso zum Beispiel *Klass/Möller*, BB 2011, 413; *Behrens*, DStR 2012, 2149.

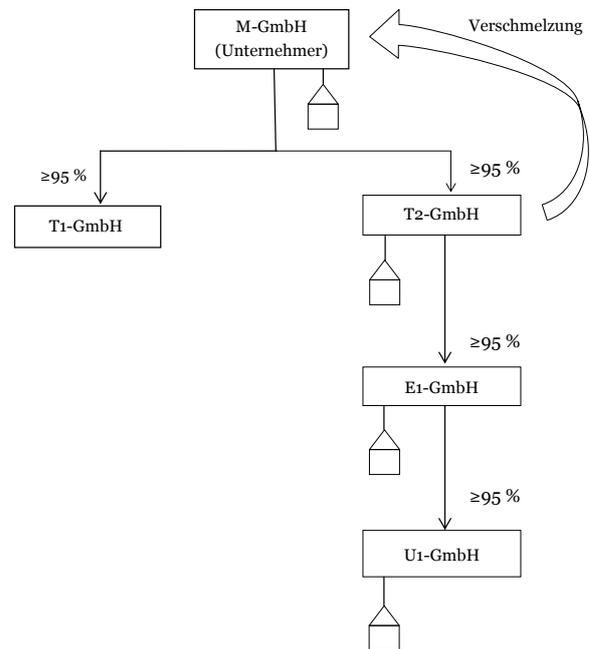
Ausgliederung durch das herrschende Unternehmen zur Aufnahme:



Die erste Variante in § 6a Satz 3 GrEStG (an dem Umwandlungsvorgang ist ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und eine von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaft beteiligt) behält mithin auch auf Grundlage der Erlasse vom 19.6.2012 einen Anwendungsbereich.

Die Verschmelzung der bisher unmittelbar vom herrschenden Unternehmen gehaltenen grundbesitzenden Tochtergesellschaft auf das herrschende Unternehmen ist nach Verwaltungsansicht auch dann nicht begünstigt, wenn die übertragende Tochtergesellschaft ihrerseits zu mindestens 95 % an weiteren (grundbesitzenden) Gesellschaften beteiligt ist.

**Erlasse vom 19.6.2012, Tz. 2.1,
Beispiel 2: Verschmelzung der Tochtergesellschaft auf die Muttergesellschaft:**

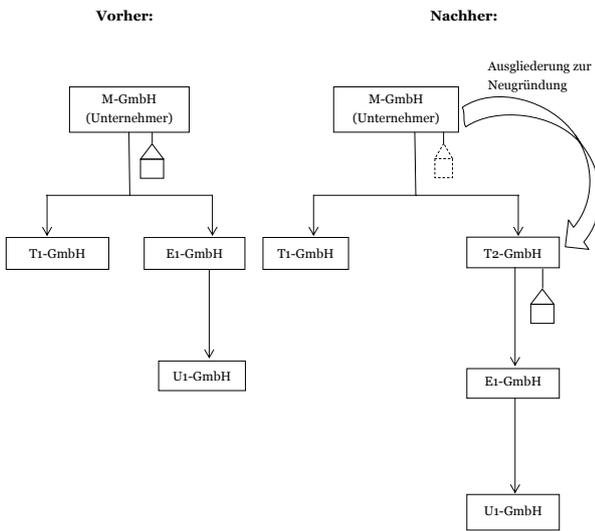


Der für die Anwendung von § 6a GrEStG erforderliche Verbund erlösche, weil die E1-GmbH und die U1-GmbH in Bezug auf die Verschmelzung der T2-GmbH auf die M-GmbH nicht zum Verbund gehörten.⁴⁸

⁴⁸ Die aus der Verschmelzung der T2-GmbH auf die M-GmbH resultierende Verkürzung der Beteiligungskette wird in Bezug auf den Grundbesitz der E1-GmbH und der U1-GmbH im Erlass vom 19.6.2012 als nicht steuerbar beurteilt, weil eine grunderwerbsteuerlich irrelevante Verkürzung der Beteiligungskette vorliegt; vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, 662, TZ 2.1, und zum Beispiel koordinierter Länder-Erlass FM Baden-Württemberg – 3 – S 4500/43 vom 14.2.2000, BStBl I 2000, 991.

Es ist davon auszugehen, dass die Finanzverwaltung eine Ausgliederung zur Neugründung durch das herrschende Unternehmen auch dann nicht als begünstigungsfähig ansieht, wenn das herrschende Unternehmen zusammen mit dem Grundstück auch mindestens 95%ige Beteiligungen an anderen Tochtergesellschaften mit in die durch Ausgliederung entstehende Tochtergesellschaft einbringt. Dies soll anhand des folgenden Beispiels verdeutlicht werden.

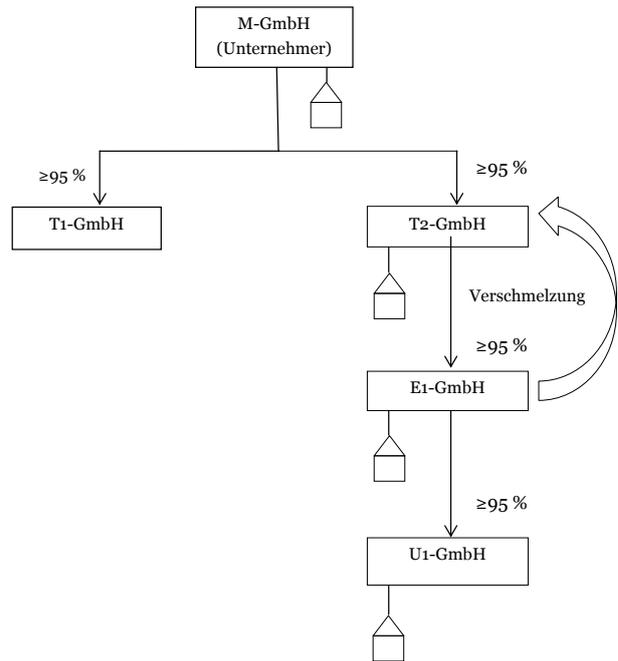
Ausgliederung zur Neugründung durch das herrschende Unternehmen:



Die E1-GmbH und die U1-GmbH sind selbst an der Ausgliederung zur Neugründung nicht beteiligt; sie vermitteln auch keine Beteiligung des herrschenden Unternehmens an der T2-GmbH. Nach Verwaltungsansicht gehören sie deshalb nicht zu dem hier relevanten, erst durch die Ausgliederung zur Neugründung – und damit nach Verwaltungsansicht zu spät – entstehenden Verbund zwischen der M-GmbH und der neu entstandenen T2-GmbH.

Auf Grundlage der Verwaltungsansicht ist es für die Anwendbarkeit von § 6a GrEStG mithin entscheidend, auf welcher Ebene in einer Beteiligungskette die übertragende Umwandlung zur Neugründung erfolgt. Wird eine grundbesitzende Enkel-Gesellschaft auf die Tochter-Gesellschaft verschmolzen, ist – weil die M-GmbH als herrschendes Unternehmen und die Tochter-GmbH als unmittelbar gehaltene abhängige Gesellschaft nach wie vor einen Verbund darstellen – § 6a GrEStG anwendbar.

Erlasse vom 19.6.2012, Tz. 2.1, Beispiel 3: Verschmelzung der Enkelgesellschaft auf die Tochtergesellschaft:



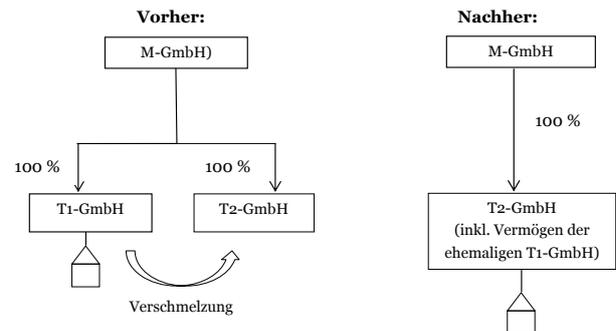
§ 6a GrEStG würde von der Verwaltung auch dann angewandt, wenn zum Beispiel die E1-GmbH (oder die U1-GmbH) ihr Grundstück zur Neugründung ausgliedert.

Die Differenzierung danach, auf welcher Ebene in einer Beteiligungskette die übertragende Umwandlung zur Neugründung (bzw. die Verschmelzung) erfolgt, erscheint als willkürlich und damit unzulässig, zumal diese Differenzierung nicht durch den Gesetzeswortlaut vorgegeben ist.

TZ 5 Abs. 1 Satz 2 des Erlasses⁴⁹ regelt Fälle, in denen die übertragende abhängige Gesellschaft bei der Umwandlung erlischt, aber keine Verschmelzung auf ein herrschendes Unternehmen vorliegt. In diesen Fällen der Umwandlung unter Schwestergesellschaften beschränkt sich die Nachbehaltensfrist auf die Beteiligung am übernehmenden Rechtsträger. Dass eine Beteiligung am übertragenden Rechtsträger wegen dessen Erlöschens nicht mehr bestehen kann, wird für unschädlich erklärt.

Beispiel: Verschmelzung von Schwestergesellschaften

Die M-GmbH ist seit mehr als fünf Jahren jeweils zu 100 % an der grundbesitzenden T1-GmbH und der T2-GmbH beteiligt. Nun wird die T1-GmbH auf die T2-GmbH verschmolzen.



49 Vgl. BStBl I 2012, S. 662.

Lösung:

Bei diesem Vorgang erlischt die T1-GmbH als übertragender Rechtsträger. Dies ist für § 6a GrEStG unschädlich, solange die M-GmbH noch fünf Jahre lang mit mindestens 95 % an der T2-GmbH beteiligt bleibt.

Die mindestens fünfjährige Nachbehaltefrist ist dagegen nach dem Wortlaut und Normzweck des § 6a Satz 4 GrEStG dann nicht gewahrt, wenn im Zuge des Erlöschens eines am Umwandlungsvorgang beteiligten Rechtsträgers ein außerhalb des Konzernverbundes stehender Dritter zu mehr als 5 % an dem übernehmenden bzw. neuen Rechtsträger beteiligt wird bzw. ist.⁵⁰ Erlischt die übertragende abhängige Gesellschaft bei der Umwandlung, so muss die übernehmende abhängige Gesellschaft fünf Jahre fortbestehen und an ihr die Mindestbeteiligung von 95 % erhalten bleiben. Die Nachbehaltefrist ist dagegen nach dem Erlasswortlaut nicht eingehalten, wenn die Mindestbeteiligung von 95 % des herrschenden Unternehmens am Kapital auch nur einer am Umwandlungsvorgang beteiligten Gesellschaft unterschritten wird oder nicht mehr besteht.⁵¹ Unerheblich ist, ob der zur Nichteinhaltung der Nachbehaltefrist führende Vorgang selbst der Grunderwerbsteuer unterliegt.⁵²

Die Veräußerung von Anteilen an Gesellschaften, die den übertragenden bzw. den übernehmenden (d. h. den am Umwandlungsvorgang beteiligten) Rechtsträgern nachgeordnet sind, ist unschädlich. Sie sind nicht Beteiligte des Umwandlungsvorgangs, sondern nur Gegenstand des Umwandlungsvorgangs.⁵³

Die Finanzverwaltung fordert in den Erlassen vom 19.6.2012, dass „der Verbund nach der Verwirklichung des Erwerbsvorgangs durch Umwandlung noch mindestens fünf Jahre fortbesteht“.⁵⁴ Deshalb scheidet die Begünstigung nach § 6a GrEStG nach Verwaltungsansicht in den Fällen aus, in denen durch einen Umwandlungsvorgang das bisherige herrschende Unternehmen eliminiert wird.⁵⁵ Eine Ausnahme erkennt die Verwaltung nur für Gesamtrechtsnachfolgen bei natürlichen Personen an.⁵⁶

Da die geforderte Mindestbeteiligung am Kapital oder Vermögen einer Gesellschaft deren Bestehen aufgrund Registertragung voraussetzt, können allerdings Gesellschaften, die vor weniger als fünf Jahren vor der Umwandlung entstanden sind, nicht abhängige Gesellschaften sein. Davon ausgenommen sind abhängige Gesellschaften, die durch einen Umwandlungsvorgang im Verbund entstanden sind, und zwar „ausschließlich aus einer oder mehreren Gesellschaften, die

spätestens im Zeitpunkt des zu beurteilenden Erwerbsvorgangs abhängige Gesellschaft ist bzw. abhängige Gesellschaften sind“ (sog. „verbundgeborene“ Gesellschaften).⁵⁷ Für die Prüfung der Vorbehaltefrist werden in diesen Fällen die Behaltezeiten im Verbund zusammengerechnet.⁵⁸

Unschädlich ist ein während der fünfjährigen Mindesthaltefristen erfolgreicher Formwechsel, wenn die kapitalmäßige Beteiligung von mindestens 95 % bestehen bleibt.⁵⁹

Jede Veränderung der Art der Beteiligung (zum Beispiel vollständige oder teilweise Verkürzung oder Verlängerung der Beteiligungskette) ist unbeachtlich, sofern die erforderliche Mindestbeteiligung von 95 % erhalten bleibt.⁶⁰

Wie bereits erwähnt, stellt der Gesetzgeber bei den privilegierten Konzernsachverhalten nicht auf das Abhängigkeitsverhältnis im Sinne des § 1 Abs. 4 GrEStG ab, bei dessen Vorliegen eine grunderwerbsteuerliche Organschaft begründet wird; abhängig im Sinne der Befreiungsvorschrift kann lediglich eine Gesellschaft sein, die unmittelbar oder mittelbar (oder teils unmittelbar, teils mittelbar) von einem Unternehmen zu mindestens 95 % gehalten wird. Ausschlaggebend ist die Beteiligung am Kapital.⁶¹

Soweit in Konzernen an Grundstücksgesellschaften in der Vergangenheit gerade aus grunderwerbsteuerlichen Überlegungen Beteiligungen von maximal 94 % begründet wurden, um bei konzerninternen Restrukturierungen keine Grunderwerbsteuer auszulösen, wird durch das in § 6a GrEStG eingeführte 95 %-Kriterium eine grunderwerbsteuerfreie Zuordnung solcher Beteiligungen gerade verhindert. Dies bewirkt eine erhebliche Einschränkung des Anwendungsbereichs des § 6a GrEStG in der Praxis.⁶²

VII. Erhöhung der Grunderwerbsteuersätze in Hessen und im Saarland

Der Grunderwerbsteuersatz in Hessen wurde zum 1.1.2013 von 3,5 % auf 5,0 % erhöht. Im Saarland wurde der Grunderwerbsteuersatz ebenfalls zum 1.1.2013 von bislang 4,5 % auf 5,5 % erhöht. Die geltenden Grunderwerbsteuersätze können der Aufstellung auf der Homepage des DNotI entnommen werden.⁶³

In Schleswig-Holstein soll ab 1.1.2014 ein Grunderwerbsteuersatz von 6,5 % in Kraft treten. In Berlin ist die Anhebung der Grunderwerbsteuer von 5 % auf 6 % ebenfalls zum 1.1.2014 geplant, in Bremen und Niedersachsen von 4,5 % auf 5 %.

⁵⁰ Vgl. *Pahlke/Franz*, § 6a Rdnr. 34.

⁵¹ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 5.

⁵² *Ibid.*

⁵³ *Ibid.*

⁵⁴ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 5 Abs. 1.

⁵⁵ *Pahlke/Franz* halten die Befreiungsvorschrift des § 6a GrEStG auch bei einem Untergang des bislang herrschenden Unternehmens im Zuge der Umwandlung für anwendbar, sofern sich das Abhängigkeitsverhältnis für den neu gegründeten bzw. übernehmenden Rechtsträger in einer § 6a Satz 4 GrEStG genügenden Weise unverändert fortsetzt; vgl. *Pahlke/Franz*, § 6a Rdnr. 18. Folglich würde eine Down-Stream-Verschmelzung des herrschenden auf ein abhängiges Unternehmen trotz des damit einhergehenden Untergangs des herrschenden Unternehmens die Anwendbarkeit des § 6a GrEStG nicht ausschließen, solange im Zuge der übertragenden Umwandlung innerhalb der Fristen des § 6a Satz 4 GrEStG kein konzernfremder Dritter eine Beteiligung in Höhe von mehr als 5 % übernimmt; ähnlich wohl auch *Schafplitz/Stadler*, DB 2010, 185 ff.; 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662 vgl. auch *Behrens*, Ubg 2012, 845, 848 f.

⁵⁶ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 2.2 Abs. 3.

⁵⁷ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 4.

⁵⁸ Vgl. auch *Neitz-Hackstein/Lange*, GmbHR 2012, 998, 1004: Es erfolge eine Zurechnung der Behaltenszeit des herrschenden Unternehmens hinsichtlich der Beteiligung an der abhängigen Gesellschaft, aus der heraus die am zu beurteilenden Umwandlungsvorgang beteiligte abhängige Gesellschaft durch Umwandlungsvorgang innerhalb der letzten fünf Jahre entstanden ist.

⁵⁹ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 4.

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ Vgl. Erlass vom 19.6.2012, BStBl I 2012, S. 662, TZ 1.

⁶² Vgl. *Wischott/Schönweiß*, DStR 2009, 2642.

⁶³ <http://www.dnoti.de/DOC/2013/Grunderwerbsteuersaetze.pdf>.

VIII. Minderung der Grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage bei Übernahme der Erwerbsnebenkosten durch den Veräußerer

Mit Urteil vom 17.4.2013 entschied der BFH,⁶⁴ dass sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer mindere, wenn sich der Veräußerer eines Grundstücks verpflichtet, dem Erwerber die Erwerbsnebenkosten zu erstatten.

Dem Urteil lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Der Kläger (Käufer) bot durch notarielle Urkunde vom 24.6.2005 dem Verkäufer den Abschluss eines Kaufvertrags über eine Eigentumswohnung zu einem Kaufpreis von 98.000 € an. In der Präambel zu dem Angebot führte der Käufer aus, das Angebot könne nur wirksam angenommen werden, wenn die Finanzierung des Kaufpreises durch ein deutsches oder europäisches Kreditinstitut sichergestellt sei. Die Kosten des Angebots, der Annahme, des Vollzugs und die Grunderwerbsteuer trage der Käufer. Der Verkäufer nahm das Angebot durch notarielle Urkunde vom 20.7.2005 an. Nach § 8 Abs. 1 des damit zustande gekommenen Kaufvertrages sollte der Verkäufer die Kosten der Löschung nicht bestehender Rechte tragen. Die übrigen Kosten des Vertrages, seines Vollzuges und die Grunderwerbsteuer hatte der Käufer zu tragen. Der Verkäufer verpflichtete sich jedoch, dem Kläger diese Kosten zu erstatten, wenn die Zahlung des Kaufpreises sichergestellt sei.

Das seinerzeit zuständige Finanzamt setzte die Grunderwerbsteuer zunächst auf der Grundlage des vereinbarten Kaufpreises von 98.000 € auf 3.430 € fest. Der Kläger (Käufer) beantragte, die Grunderwerbsteuer herabzusetzen, da der Verkäufer ihm vertragsgemäß die gesamten Anschaffungsnebenkosten wie Notarkosten, Grundschuldbestellungsgebühren, Grunderwerbsteuer und Finanzierungskosten erstattet habe.

Das Finanzamt lehnte den Antrag ab. Einspruch und finanzgerichtliches Verfahren blieben erfolglos. Demgegenüber entschied der BFH, dass die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer materiellrechtlich um die in § 8 Abs. 1 Satz 2 des Kaufvertrags genannten Kosten, die der Verkäufer dem Käufer erstattet hat, mit Ausnahme der vom Verkäufer zu übernehmenden Grunderwerbsteuer zu vermindern sei. Diese Kosten müsse nach der dispositiven Regel des § 448 Abs. 2 BGB an sich der Käufer tragen. Da sie abweichend hiervon aufgrund der kaufvertraglichen Vereinbarungen vom Verkäufer zu erstatten seien, bilde der vom Käufer zu entrichtende Kaufpreis von 98.000 € eine Gesamtgegenleistung für die Verpflichtung des Verkäufers, dem Kläger einerseits die Eigentumswohnung zu übereignen und andererseits die Kosten zu erstatten. Die Gesamtgegenleistung sei auf diese beiden Verpflichtungen dergestalt zu verteilen, dass die zu erstattenden Kosten (mit Ausnahme der Grunderwerbsteuer) materiellrechtlich vom vereinbarten Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer abzuziehen seien.

Die Verpflichtung des Verkäufers, dem Käufer auch die Grunderwerbsteuer zu erstatten, wirke sich demgegenüber anders als die Verpflichtung zur Erstattung der übrigen Kosten gemäß § 9 Abs. 3 GrEStG nicht auf die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer aus. Nach dieser Vorschrift werde die Grunderwerbsteuer, die für den zu besteuerten Erwerbsvorgang zu entrichten sei, der Gegenleistung weder hinzugerechnet noch von ihr abgezogen. Übernehme der Veräußerer die Grunderwerbsteuer, mindere sich danach folglich die Bemessungs-

ungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht.⁶⁵

Sofern der Verkäufer Erwerbsnebenkosten anstelle des Käufers zu tragen hat, empfiehlt es sich somit, im Kaufvertrag diese Kosten schon möglichst genau zu beziffern, um der Finanzverwaltung eine entsprechende Berücksichtigung bereits bei der erstmaligen Festsetzung der Grunderwerbsteuer zu ermöglichen.

IX. Zusammenfassung

Ein unmittelbarer Gesellschafterwechsel im Sinne des § 1 Abs. 2a S. 1 GrEStG liegt auch dann vor, wenn ein Gesellschafter seine Beteiligung an einer Personengesellschaft auf einen neuen Gesellschafter überträgt und dieser Gesellschafter die Beteiligung als Treuhänder für den früheren Gesellschafter hält. Entgegen der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung sind nach einem Urteil des BFH mittelbare Änderungen des Gesellschafterbestandes einer grundbesitzenden Personengesellschaft im Sinn des § 1 Abs. 2a GrEStG ausschließlich nach wirtschaftlichen Maßstäben zu beurteilen; hierbei sind Kapital- und Personengesellschaften gleichermaßen als transparent zu betrachten. Eine Veränderung der Beteiligungsverhältnisse an einer unmittelbar an der grundstücksbesitzenden Personengesellschaft beteiligt gebliebenen Kapital- oder Personengesellschaft lässt diese nur dann fiktiv zu einer neuen Gesellschafterin werden, wenn sich deren Gesellschafterbestand (im maßgeblichen Fünf-Jahres-Zeitraum) unmittelbar oder mittelbar, d. h. auf den weiteren Beteiligungsebenen, im wirtschaftlichen Ergebnis vollständig (also zu 100 %) geändert hat. Bestimmte Erwerbsvorgänge von Beteiligungen an Gesellschaften mit inländischem Grundbesitz, die bislang unter Verwendung sog. Real Estate Transfer Tax-Blocker („RETT-Blocker“) keine Grunderwerbsteuer ausgelöst haben, werden künftig durch eine Neuregelung (§ 1 Abs. 3a GrEStG) der Besteuerung unterworfen. Die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 3 GrEStG findet keine Anwendung, wenn Miteigentum, welches im Wege vorweggenommener Erbfolge übertragen worden war, unter den Miteigentümern auseinandergesetzt wird. § 3 Nr. 5 GrEStG befreit in sachlicher Hinsicht alle Erwerbe aus Anlass der Ehescheidung von der Steuer. Begünstigt ist aber nur die Vermögensauseinandersetzung, die ihre Ursache in der Scheidung hat. Die Finanzverwaltung hat bei der Auslegung des § 6a GrEStG im Erlasswege den Begriff des „Verbundes“ eingeführt und hierdurch den Anwendungsbereich der Befreiungsvorschrift erheblich eingeschränkt. Es bleibt abzuwarten, wie der BFH hierauf reagiert. Einzelne Bundesländer haben erneut den Grunderwerbsteuersatz erhöht; andere planen eine Erhöhung. Ist der Veräußerer eines Grundstücks verpflichtet, dem Erwerber Erwerbsnebenkosten zu erstatten, vermindert sich die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die zu erstattenden Kosten (mit Ausnahme der ggf. auch zu erstattenden Grunderwerbsteuer).

Festzuhalten ist abschließend, dass die Grunderwerbsteuer auch im Berichtszeitraum wieder stark in Bewegung war. Durch die immer höheren Steuersätze gelangt die Grunderwerbsteuer zunehmend bei sämtlichen Transaktionen in den Fokus der steuerlichen Überlegungen, wobei diese Entwicklung durch die restriktive Auslegung der Befreiungsvorschrift des § 6a GrEStG durch die Finanzverwaltung noch unterstützt wird.

⁶⁴ Vgl. BFH, Urteil vom 17.4.2013, II R 1/12, DStR 2013, 1130 ff.

⁶⁵ Vgl. BFH, DStR 2013, 1131; Pahlke/Franz, § 9 Rdnr. 220; Borutta/Loose, § 9 Rdnr. 594.

Aktuelle Fragen der GmbH-Praxis

Von Notar Dr. Hartmut Wicke, LL.M., München

Fünf Jahre nach Erlass des MoMiG hat sich der Rauch grundlegender Reformdebatten im GmbH-Recht verzogen. Angesichts ihrer zentralen Bedeutung im Wirtschaftsleben sind die Gerichte dennoch laufend mit Rechtsfragen rund um die GmbH befasst, die überwiegend auch für die Vertragsgestaltung von Bedeutung sind. Der vorliegende Beitrag gibt einen Überblick über einige wichtige Entscheidungen und gesetzgeberische Einzelmaßnahmen aus den Jahren 2012 und 2013.¹

I. Geschäftsanteile der GmbH

1. Wirksamkeit der Einziehung vor Zahlung des Abfindungsentgelts

a) Urteil des BGH vom 24.1.2012

Der Einziehungsbeschluss über GmbH-Anteile nach § 34 GmbHG steht nach einem Urteil des BGH vom 24.1.2012 nicht unter der Bedingung, dass das Einziehungsentgelt gezahlt wird.² Vielmehr wird die Einziehung bereits mit der Mitteilung an den betroffenen Gesellschafter wirksam, sofern der Beschluss weder nichtig ist noch für nichtig erklärt wird. Zum Schutz des ausgeschiedenen Gesellschafters nimmt der BGH – ungeachtet § 13 Abs. 2 GmbHG – eine anteilige persönliche Haftung der verbleibenden Gesellschafter an, soweit die Gesellschaft die Abfindung nicht leisten darf. Begründet wird dieser Ansatz damit, dass die übrigen Gesellschafter, denen der Wert des eingezogenen Geschäftsanteils zuwächst, bei redlichem Verhalten entweder eine Unterdeckung (etwa durch Auflösung von stillen Reserven oder eine Herabsetzung des Stammkapitals) beseitigen oder die Gesellschaft auflösen müssten, um den Abfindungsanspruch des ausgeschiedenen Gesellschafters soweit wie möglich zu erfüllen. Etwas überraschend geht der BGH aber weiterhin von der Nichtigkeit der Einziehung aus, wenn bei der Beschlussfassung bereits feststeht, dass die Abfindung ganz oder teilweise nur aus gebundenem Vermögen gezahlt werden kann und der Beschluss nicht klarstellt, dass die Zahlung nur bei Vorhandensein ungebundenen Vermögens erfolgen darf.³

b) Folgen der Rechtsprechung

Der Ansatz des BGH kann in der Praxis zu nicht unerheblichen Problemen führen. Dies gilt insbesondere im Fall eines verbleibenden überstimmten Minderheitsgesellschafters, der sich möglicherweise einer für ihn unerwarteten persönlichen Zahlungspflicht ausgesetzt sieht.⁴ Zur Vermeidung unbilliger Härten kann in einer entsprechenden Konstellation nach hier vertretener Auffassung die Gewährung eines Austrittsrechts

gegen Abfindung erforderlich werden.⁵ Vorsorglich kann ein solches Recht im Gesellschaftsvertrag ausdrücklich verankert werden. Über das persönliche Haftungsrisiko der verbleibenden Gesellschafter hat der die Einziehung begleitende Notar oder Rechtsanwalt ggf. zu belehren.⁶ Im Übrigen ist umstritten, ob bzw. in welchem Umfang ein Ausschluss oder eine Beschränkung der persönlichen Ausfallhaftung der Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag erfolgen kann.⁷ Soweit es rechtlich zulässig ist, die Höhe einer Abfindungszahlung zu beschränken, muss es als Minus auch möglich sein, nur die Ausfallhaftung der Gesellschafter für die Abfindungsforderung zu reduzieren.⁸ Darüber hinaus dürfte entsprechend der vormals herrschenden Bedingungsregelung eine Satzungsregelung zulässig sein, wonach der Einziehungsbeschluss unter der aufschiebenden Bedingung einer Abfindungszahlung aus freiem Vermögen steht und die Rechte und Pflichten aus dem Geschäftsanteil ruhen.⁹ Als Alternative zur Einziehung sollte nach wie vor das Recht im Vertrag vorgesehen werden, die Abtretung der Anteile des Betroffenen verlangen zu können.

c) Ausschluss im Wege der Klage

Die wesentliche Kritik an der gegenteiligen sog. Bedingungsregelung liegt darin begründet, dass ein störender Gesellschafter sein geschäftsschädigendes Verhalten während der längeren Dauer einer gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Ratenzahlung fortsetzen könnte. Nach Auffassung des BGH ist der betroffene Gesellschafter wegen seiner antizipierten Zustimmung zur Einziehung in der Satzungsregelung gemäß § 34 Abs. 2 GmbHG weniger schutzwürdig als ein Gesellschafter, der ohne eine solche Bestimmung im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen wird. Insoweit unterscheidet sich die Einziehung mittels Beschlusses von der Ausschließung des Gesellschafters im Klagewege, da diese ohne eine Satzungsklausel, die der Zustimmung des Gesellschafters bedurfte, möglich ist und bei deren Erfolg die Wirkung des Ausschließungsurteils nach der Rechtsprechung wohl weiter von der Zahlung des Abfindungsentgelts abhängt.¹⁰

¹ Zur aktuellen Rechtsprechung des Aktienrechts siehe auch Wicke, DNotZ 2013, 812 ff.

² BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, NZG 2012, 259 = MittBayNot 2012, 231; siehe dazu Priester, ZIP 2012, 658; Altmeyen, ZIP 2012, 1685; Grunewald, GmbHR 2012, 769; Blath, GmbHR 2012, 657; Stumpf/Müller, GWR 2012, 143; Schockenhoff, NZG 2012, 449; Münnich, GmbHR 2012, 390; Rieder, GWR 2012, 106; Winkler, BB 2012, 666.

³ Siehe auch Born, WM 2013, Sonderbeilage Nr. 1, 20; krit. dazu Priester, ZIP 2012, 658.

⁴ Vgl. MünchKommGmbHG/Strohn, § 34 Rdnr. 77; Winkler, BB 2012, 664, 667; Stumpf/Müller, GWR 2012, 143; krit. Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 34 Rdnr. 43; ferner Schockenhoff, NZG 2012, 449, 451.

⁵ Siehe auch Altmeyen, ZIP 2012, 1685, 1691: wenn der Minderheitsgesellschafter darlegen kann, dass die persönliche Haftung für ihn unzumutbar ist; generell gegen eine Haftung des dissentierenden Gesellschafters siehe etwa Gubitz/Nikoleyczik, NZG 2013, 727.

⁶ Lutter, EWIR 2012, 177, 178.

⁷ Für die Zulässigkeit des Ausschlusses Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 34 Rdnr. 68; Trölitzsch, KSzW 2013, 55, 58; zweifelnd Stumpf/Müller, GWR 2012, 143; abl. Rieder, GWR 2012, 161.

⁸ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 34 Rdnr. 48; J. Schmidt, GmbHR 2013, 953, 961.

⁹ Rowedder/Schmidt-Leithoff/Görner, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 34 Rdnr. 68.

¹⁰ BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, NZG 2012, 259 = MittBayNot 2012, 231, unter Verweis auf BGH, Urteil vom 1.4.1953, II ZR 235/52, NJW 1953, 780; Blath, GmbHR 2012, 657, 662; a. A. Altmeyen, ZIP 2013, 1685, 1692; zum Ausschluss durch Klage siehe auch Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 34 Rdnr. 6.

d) Zu den Rechtsfolgen der Einziehung

Nicht abschließend geklärt sind nach wie vor die Rechtsfolgen eines Einziehungsbeschlusses, insbesondere die Frage, ob – entsprechend der herrschenden Meinung vor Inkrafttreten des MoMiG – der betroffene Geschäftsanteil bei unverändertem Stammkapital untergeht oder ob im Einklang mit der Regierungsbegründung des MoMiG zwingend § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG zu beachten ist¹¹, wonach die Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile mit dem Stammkapital übereinstimmen muss und ein Einziehungsbeschluss, der nicht eine Regelung zur Wahrung dieses Konvergenzgebots vorsieht, sogar nichtig sein könnte.¹² Für die Praxis bleibt es daher vorerst bei der Empfehlung, keine isolierten Einziehungsbeschlüsse ohne genaue Regelung im Hinblick auf die entstandene Kapitallücke zu fassen.

2. Revision zum „Zeitpunktstreit“ beim Erwerb eigener Geschäftsanteile

Eigene Anteile kann die GmbH nur erwerben, wenn die Einlagen auf diese vollständig geleistet sind. Als weitere Voraussetzung darf der Erwerb nur aus freiem Vermögen der Gesellschaft erfolgen, also nicht aus dem zum Erhalt des Stammkapitals erforderlichen Vermögen erbracht werden. Das Gesetz beschreibt diese Voraussetzung in der aufgrund BilMoG geänderten Fassung des § 33 Abs. 2 Satz 1 GmbHG dahingehend, dass die GmbH in der Lage sein muss, eine Rücklage zu bilden, ohne das Stammkapital oder eine nach dem Gesellschaftsvertrag zu bildende Rücklage zu mindern, die nicht zur Zahlung an die Gesellschafter ausgezahlt werden darf. Keine einheitliche Auffassung besteht in der Literatur darüber, welcher Zeitpunkt für die Beantwortung der Frage maßgeblich ist, ob ausreichend freies Vermögen im Sinne des § 33 Abs. 2 GmbHG vorhanden ist. Während ein Teil des Schrifttums auch nach Änderung der Vorschrift durch das BilMoG den Zeitpunkt der Erbringung der Gegenleistung für entscheidend hält,¹³ hat das OLG Rostock in einem Urteil vom 30.1.2013 auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft abgestellt und die Revision zum BGH zugelassen.¹⁴ Für den Zeitpunkt der Erfüllung spricht jedoch die Funktion des § 33 Abs. 2 GmbHG als ergänzender Schutz der Kapitalerhaltung.¹⁵ Das Stammkapital wird in gleicher Weise gefährdet, wenn nach wirksamem Kaufvertrag eine Vermögensverschlechterung eintritt und im Zeitpunkt der Erfüllung nicht mehr ausreichende Mittel zur Verfügung stehen. Nicht überzeugend erscheint es aber auch, mit einer Literaturauffassung¹⁶ auf beide

Zeitpunkte abzustellen, da der Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags trotz absehbarer Vermögensverbesserung nicht möglich wäre.¹⁷ Aus Vorsichtsgründen wird allerdings dazu geraten, die Voraussetzungen des § 33 Abs. 2 GmbHG sowohl mit Blick auf den Abschluss des Kausalgeschäfts als auch die Erbringung der Gegenleistung zu beachten.¹⁸ Bei gestreckten Zahlungen kann es sich empfehlen, die Fälligkeit der jeweiligen Rate vertraglich davon abhängig zu machen, dass die Erfüllung aus ungebundenen Mitteln erfolgen kann.¹⁹

3. Formfragen der Abtretung

a) Nichtverlesung einer Anlage

Mit den Rechtsfolgen der unvollständigen Verlesung einer notariellen Niederschrift hatte sich das OLG Frankfurt in einem Urteil vom 21.2.2012 zu befassen.²⁰ Gegenstand der Entscheidung war eine dingliche GmbH-Geschäftsanteilveräußerung nach § 15 Abs. 3 GmbHG, deren Wirksamkeit bezweifelt wurde, da eine Anlage des in derselben Urkunde enthaltenen schuldrechtlichen Grundgeschäfts gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG nicht verlesen worden war. Wie das Gericht zutreffend feststellt, sind auch im Rahmen des § 15 Abs. 3 GmbHG Nebenabreden, zum Beispiel über Befristungen oder Bedingungen, im Grundsatz formbedürftig. Da aber die nicht verlesene Anlage keine Nebenabreden auf dinglicher Ebene enthielt, ließ der lediglich die schuldrechtliche Vereinbarung betreffende Formverstoß gegen § 13 BeurkG die Wirksamkeit der Abtretung nach Ansicht des OLG Frankfurt unberührt.

Werden für eine Anlage im Sinne des § 9 BeurkG verfahrensrechtlich zwingende Voraussetzungen nicht erfüllt, weil sie zum Beispiel wie vorliegend nicht verlesen wurde, so ist sie nicht wirksam beurkundet und die Beurkundung dieses Teils formell nichtig.²¹ Ob eine Gesamtnichtigkeit eintritt (sei es des konkret betroffenen Rechtsgeschäfts, sei es aller in der Urkunde enthaltenen Rechtsgeschäfte), ist sodann nach dem Auslegungsgrundsatz des § 139 BGB zu beurteilen.²² Eine bloße Formunwirksamkeit des der Abtretung zugrundeliegenden Verpflichtungsgeschäfts gemäß § 15 Abs. 4 GmbHG führt nach der zutreffenden Auffassung des OLG Frankfurt nicht über § 139 BGB zur Unwirksamkeit auch des Verfügungsgeschäfts, weil nach § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG das formunwirksame Verpflichtungsgeschäft gerade durch das wirksame Verfügungsgeschäft geheilt wird. Dies gilt nach ganz herrschender Meinung ohne Weiteres auch dann, wenn, wie in der Praxis regelmäßig, beide Geschäfte in einer Urkunde enthalten sind.²³

Der Umfang der Mitbeurkundung von Anlagen ist bei Unternehmenskaufverträgen, die bei großen Transaktionsvolumina schon angesichts des regelmäßig hohen Zeitdrucks an den

¹¹ BT-Drucks. 16/6140, S. 31.

¹² In diesem Sinne LG Essen, Urteil vom 9.6.2010, 42 O 100/09, NZG 2010, 867; OLG München, Beschluss vom 8.5.2012, 31 Wx 155/12, DNotI-Report 2012, 89; a. A. aber OLG Saarbrücken, Urteil vom 1.12.2011, 8 U 315/10, NZG 2012, 180; OLG Brandenburg, GmbHR 2013, 752; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 34 Rdnr. 3; für Altfälle anders auch OLG München, ZIP 2012, 773.

¹³ Michalski/Sosnitza, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 34 Rdnr. 27; MünchHdb. GesR III/Kort, 4. Aufl. 2012, § 27 Rdnr. 19; MünchHdb. GesR III/Fronhöfer, 4. Aufl. 2012, § 51 Rdnr. 98; siehe auch BGH, Urteil vom 29.6.1998, II ZR 353/97, NJW 1998, 3121, 3122.

¹⁴ OLG Rostock, Teilurteil vom 30.1.2013, 1 U 75/11, NZG 2013, 543; die Revision wird beim BGH unter dem Aktenzeichen VIII ZR 45/13 geführt; siehe auch Scholz/Westermann, GmbHG, 12. Aufl. 2012, § 33 Rdnr. 26; Lutter/Hommelhoff, 18. Aufl. 2012, § 33 Rdnr. 16.

¹⁵ Michalski/Sosnitza, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 34 Rdnr. 27; Schindler, GWR 2013, 308, 309; siehe auch MünchKommGmbHG/Löwisch, § 33 Rdnr. 46; Zeitpunkt des Anteilserwerbs.

¹⁶ Baumbach/Hueck/Fastrich, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 33 Rdnr. 11; Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 33 Rdnr. 16 f.; offenlassend BGH, Urteil vom 29.6.1998, II ZR 353/97, NJW 1998, 3121, 3122.

¹⁷ Michalski/Sosnitza, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 34 Rdnr. 27; Schindler, GWR 2013, 308, 310.

¹⁸ Cramer, EWiR 2013, 445, 446; Breschendorf, GWR 2013, 138.

¹⁹ Scholz/Westermann, GmbHG, 12. Aufl. 2012, § 33 Rdnr. 26; siehe ferner Bloching/Kettinger, BB 2006, 172, 174 f., die für den Regelfall im Wege der Auslegung eine entsprechende Fälligkeitsregelung annehmen.

²⁰ OLG Frankfurt, Urteil vom 21.2.2012, 11 U 97/11, MittBayNot 2012, 401 m. zust. Anm. Winkler; vgl. auch GmbHR 2012, 513 m. Anm. Heinze; Gerber, EWiR 2012, 521; Hermanns, DNotZ 2013, 9, 20 f.; Bohrer, DStR 2012, 1232.

²¹ Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 9 Rdnr. 66; Grziwotz/Heinemann, BeurkG, 2012, § 9 Rdnr. 30.

²² Winkler, BeurkG, 17. Aufl. 2013, § 13 Rdnr. 25a; Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG/DONot, § 13 BeurkG Rdnr. 4, 5; Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 3. Aufl. 2011, § 9 BeurkG Rdnr. 25.

²³ Vgl. MünchKommGmbHG/Reichert/Weller, § 15 Rdnr. 23; Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 15 Rdnr. 102.

Notar und seine Mitarbeiter besondere Anforderungen stellen, in der Praxis eine Frage von außerordentlicher Brisanz.²⁴ Um Haftungsrisiken und aufsichtsrechtliche Maßnahmen zu vermeiden, ist hohe Sorgfalt angezeigt. Wie *Winkler* in dieser Zeitschrift zutreffend hervorgehoben hat, nützt die Heilungsvorschrift des § 15 Abs. 4 Satz 2 GmbHG nichts, wenn das heilende Rechtsgeschäft, zum Beispiel wegen des fehlenden Eintritts einer aufschiebenden Bedingung²⁵ oder der nicht vorhandenen (wirksamen) Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung gemäß § 15 Abs. 5 GmbHG, (noch) nicht wirksam geworden ist.²⁶ Letztlich wird in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hingewiesen, dass die Einschränkung der Verlesungspflicht gemäß § 14 BeurkG in ihrer geltenden Fassung unzureichend ist.²⁷

b) Beurkundungspflicht von Kostenerstattungsklauseln im Letter of Intent

Das OLG München²⁸ hatte sich mit der Frage der Beurkundungspflicht einer Kostenerstattungsklausel im Rahmen einer Absichtserklärung zum Abschluss einer Unternehmenstransaktion (Letter of Intent, LoI) zu befassen. Die Vertragsteilplanten den gemeinsamen Erwerb eines Geschäftsbereichs, wozu unter anderem eine GmbH zu gründen, GmbH-Anteile zu erwerben und von einer Partei das Vermögen in Form der Geschäftsanteile einer GmbH & Co. KG einzubringen waren. Nach dem LoI sollte die Beklagte der Klägerin bei Abbruch der Vertragsverhandlungen der Höhe nach begrenzte Beratungskosten erstatten. Das OLG München verneinte eine Beurkundungspflicht der Kostenerstattungsklausel unter dem Gesichtspunkt einer „mittelbaren Verpflichtung“ zum Abschluss eines formbedürftigen Hauptgeschäfts, da der Anspruch zeitlich und betragsmäßig begrenzt war und nach dem Sinn und Zweck nur die angemessenen und nachgewiesenen Kosten ersatzfähig waren. Anders kann die Rechtslage bei Vereinbarung einer sog. Break-Up-Fee in Form eines pauschalierten Schadensersatzanspruchs oder eines selbständigen Strafversprechens zu beurteilen sein, wenn diese aufgrund ihrer Höhe einen Zwang zum Abschluss eines beurkundungspflichtigen Vertrags enthält.²⁹ So sind bekanntlich nach der Rechtsprechung zu Grundstückskaufverträgen Abreden, auch in Verträgen mit Dritten, wie Maklern und Anlageberatern, formbedürftig, die für den Fall der Nichtveräußerung oder des Nichterwerbs ins Gewicht fallende, wirtschaftliche Nachteile vorsehen.³⁰ Im Einklang mit dieser Rechtsprechung hatte das LG Paderborn die Vereinbarung einer Break-Up-Fee für den Fall, dass die erforderlichen Beschlüsse für eine Verschmelzung nicht mitgetragen werden sollten, eine Beurkundungs-

pfligt nach § 13 Abs. 3 UmwG bejaht.³¹ Ob sich bei faktischem Zwang zum Abschluss einer GmbH-Anteilsabtretung eine Formbedürftigkeit der entsprechenden Abrede aus § 15 GmbHG ergeben kann, wird im Schrifttum nicht einheitlich beurteilt.³²

4. Aktuelle Fragen der Gesellschafterliste

a) Notarzuständigkeit seit MoMiG

Seit der GmbH-Reform durch das MoMiG hat der Notar anstelle des Geschäftsführers die Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, wenn er an einem Rechtsakt mitgewirkt hat, der zu einer Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung geführt hat. Im Fall einer Abtretung oder sonstigen Veränderung gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG vor Inkrafttreten des MoMiG ist nach einem Beschluss des KG vom 23.2.2012 noch der (aktuelle) Geschäftsführer zur Einreichung der Gesellschafterliste verpflichtet.³³ Nicht ausdrücklich entschieden wurde über die Konstellation aufschiebend bedingter Veränderungen, die vor Inkrafttreten des MoMiG vereinbart worden sind, deren Erfolg aber erst nach diesem Zeitpunkt eingetreten ist.³⁴

b) Exklusivitätsverhältnis der Zuständigkeiten – Auslandsbeurkundung

Die Zuständigkeiten von Geschäftsführer und Notar in § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG stehen nach herrschender Meinung in einem Exklusivverhältnis zueinander, ein Nebeneinander der Kompetenzen ist somit ausgeschlossen.³⁵ Für den Fall der Auslandsbeurkundung zieht das OLG München hieraus die Schlussfolgerung, dass mangels einer Bindung des ausländischen Notars durch eine deutsche gesetzliche Vorschrift, die Verpflichtung der Geschäftsführer zur Einreichung der Liste nach § 40 Abs. 1 GmbHG bestehen bleibe.³⁶ Eine daneben bestehende Befugnis des ausländischen Notars lehnt das Gericht – in Abweichung zur Auffassung des OLG Düsseldorf³⁷ und ohne zur Zulässigkeit der Auslandsbeurkundung Stellung zu nehmen – ab. Die Entscheidung des OLG München ist zu kritisieren. Die Einschaltung des Notars gemäß § 40 Abs. 2 GmbHG dient der erhöhten Richtigkeitsgewähr der Gesellschafterliste und soll zur Transparenz über die Personen der Anteilseigner beitragen, deren gesetzliche Verantwortlichkeit im Fall der Führungslosigkeit der Missbrauchsbekämpfung und damit einem zentralen Reformanliegen des MoMiG dient.³⁸ Durch die Annahme einer Geschäftsführerzuständigkeit bei Auslandsbeurkundungen würden neue Möglichkeiten zur Firmenbestattung durch Verschleierung der Beteiligungs-

²⁴ Lesenswert zum Anforderungsprofil des „Transaktionsnotars“ *Selzner* in *Hauschild/Kallrath/Wachter*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2011, 2. Teil § 2; vgl. auch *Hauschild/Zimmermann*, FS *Brambring*, 113 ff.; siehe ferner zur Frage der Beurkundung einer Schiedsgerichtsordnung OLG München SchiedsVZ 2013, 287; DNotI-Report 2008, 188; zum sog. Equity Commitment Letter siehe *Leyendecker/Mackensen*, NZG 2012, 129; *Hermanns*, DNotZ 2013, 9, 16, jeweils m. w. N.

²⁵ BGH, Urteil vom 25.3.1998, VIII ZR 185/96, NJW 1998, 2360.

²⁶ *Winkler*, MittBayNot 2012, 404; zust. *Hermanns*, DNotZ 2013, 9, 20 f.

²⁷ Siehe *Bohrer*, DStR 2012, 1232.

²⁸ OLG München, Schlussurteil vom 19.9.2012, 7 U 736/12, ZIP 2012, 23; siehe dazu auch *Linnerz/C. Jungclaus*, EWiR 2013, 347; *Bergjan/Feltes*, GWR 2012, 468.

²⁹ Siehe dazu *Geyrhalter/Zirngibl/Strehle*, DStR 2006, 1559, 1560, 1563; *Bergjan/Schwarz*, GWR 2013, 4, 5; *Hilgard*, BB 2008, 286.

³⁰ Vgl. MünchKommBGB/Kanzleiter, 6. Aufl. 2012, § 311b Rdnr. 26 m. w. N.

³¹ LG Paderborn, Urteil vom 28.4.2000, 2 O 132/00, NZG 2000, 899.

³² In diesem Sinne *Geyrhalter/Zirngibl/Strehle*, DStR 2006, 1559, 1563; wohl auch *Linnerz/C. Jungclaus*, EWiR 2013, 347, 348; siehe ferner OLG München, Schlussurteil vom 19.9.2012, 7 U 736/12, ZIP 2012, 23, 24; a. A. *Bergjan/Schwarz*, GWR 2013, 4, 5; *Hilgard*, BB 2008, 286, 289.

³³ KG, Beschluss vom 23.2.2012, 25 W 97/11, ZIP 2012, 923.

³⁴ Siehe aber auch LG Neuruppin, BeckRS 2012, 19330; OLG Brandenburg, MittBayNot 2013, 401; für eine Notarzuständigkeit in diesem Fall *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 544.

³⁵ *Bayer*, GmbHR 2013, 897, 906; *Löbbe*, GmbHR 2012, 7, 8.

³⁶ OLG München, Beschluss vom 6.2.2013, 31 Wx 8/13, DB 2013, 510 = MittBayNot 2013, 256; zust. *Hasselmann*, NZG 2013, 325; *Ries*, GWR 2013, 137.

³⁷ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 2.3.2011, 3 Wx 236/10, DB 2011, 808; siehe dazu auch *Wicke*, DB 2011, 1037, 1041.

³⁸ Siehe *Wicke*, DB 2013, 1099; *Herrler*, GmbHR 2013, 617, 629.

verhältnisse über einen Umweg in die Schweiz (oder künftig auch in einen anderen für die Bestatter kostengünstigeren Ort) eröffnet.

c) Zuständigkeitsabgrenzung zwischen Geschäftsführer und Notar – aufschiebend bedingte Abtretung

Die Abgrenzung der Zuständigkeiten zur Einreichung der Gesellschafterliste zwischen Geschäftsführer und Notar bedarf in einigen Grenzfällen nach wie vor der höchstrichterlichen Klärung. Als überraschend erscheint in diesem Zusammenhang ein Beschluss des OLG Brandenburg vom 12.2.2013³⁹, das bei der Beurkundung eines Treuhandvertrags mit aufschiebend bedingter Abtretung von Geschäftsanteilen entgegen der ganz herrschenden Meinung⁴⁰ und ohne hinreichende Auseinandersetzung mit dem Gegenstandspunkt eine Zuständigkeit des Geschäftsführers und nicht des Notars zur Einreichung der aktuellen Gesellschafterliste im Fall des Bedingungseintritts annimmt, jedenfalls dann, wenn der Notar nicht gesondert beauftragt wurde, den Bedingungseintritt zu überwachen. Das Gericht geht noch zutreffend davon aus, dass der Notar auch dann unverzüglich nach Wirksamwerden einer Anteilsabtretung die Liste einzureichen hat, wenn die Beteiligten eine auflösende Bedingung vereinbart haben. In diesem Fall ist bei Eintritt der Bedingung eine Verpflichtung der Geschäftsführer zur Einreichung einer weiteren Liste nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG anzunehmen. Demgegenüber hat der Notar die für die Veränderung maßgebende Anteilsabtretung auch dann beurkundet, wenn diese aufschiebend bedingt vereinbart wurde. Da der Notar nicht automatisch Kenntnis von dem Bedingungseintritt erlangt, kann und muss er aber erst nach Vorlage entsprechender Nachweise tätig werden.

d) Zur Korrektur der Gesellschafterliste

Im Fall einer unrichtigen Gesellschafterliste steht dem Berechtigten ein materiellrechtlicher Anspruch auf Berichtigung der Gesellschafterliste zu, sowie ein Widerspruch nach § 16 Abs. 3 Satz 4 und 5 GmbHG offen. Im Hinblick auf den Berichtigungsanspruch hat das OLG Brandenburg⁴¹ in dem soeben erwähnten Beschluss – wiederum entgegen der herrschenden Meinung⁴² und in Abweichung zur Auffassung des OLG München⁴³ – entschieden, dass Schuldner dieses Anspruchs nicht die Gesellschaft, sondern der Geschäftsführer sei. Die Zuordnung eines Widerspruchs zur Liste erfolgt nach § 16 Abs. 3 Satz 4 GmbHG aufgrund einer Bewilligung desjenigen, gegen dessen Berechtigung sich der Widerspruch richtet, oder aufgrund einer einstweiligen Verfügung, seine Löschung auf Bewilligung des Berechtigten oder durch Aufhebung der einstweiligen Verfügung.⁴⁴ Wie das Kammergericht in einem Beschluss vom 17.5.2013 zutreffend entschiede-

den hat, kommt als „einfacherer Weg“ zur Beseitigung des Widerspruchs nicht in Betracht, dass der Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste einreicht, ebenso scheidet eine Amtslöschung entsprechend §§ 393 ff. FamFG aus.⁴⁵ Die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste würde als solche im Übrigen die Wirkungen des Widerspruchs nicht beseitigen.⁴⁶

Bemerkt der Notar nachträglich die Unrichtigkeit einer von ihm eingereichten Liste, hat er diese nach Anhörung der Beteiligten durch Einreichung einer neuen Liste zu berichtigen.⁴⁷ Angesichts des Exklusivverhältnisses der Zuständigkeiten gemäß § 40 Abs. 1 und 2 GmbHG kann der Geschäftsführer in diesem Fall nicht selbst eine neue korrigierte Liste einreichen, sondern hat den Notar entsprechend zu veranlassen, der aufgrund seiner Amtspflicht tätig werden muss. Eine eigenständige Korrekturzuständigkeit des Geschäftsführers besteht hingegen dann, wenn sich die Unrichtigkeit aus Umständen ergibt, die erst nach der Beurkundung eingetreten sind, wie etwa der erfolgreichen Anfechtung eines Zustimmungsbeschlusses der Gesellschafterversammlung zur Abtretung, der aufgrund einer gesellschaftsvertraglichen Vinkulierungsklausel erforderlich war.⁴⁸

e) Anknüpfung an die aktuellste Liste?

Die Notarliste muss nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG mit einer Bescheinigung versehen sein, wonach die geänderten Eintragungen den Veränderungen entsprechen, an denen er mitgewirkt hat, und die übrigen Eintragungen „mit dem Inhalt der zuletzt im Handelsregister aufgenommenen Liste“ übereinstimmen. Sollte aber die letzte in den Registerordner aufgenommene Liste nicht die aktuellste Liste sein, hat der Notar nach Auffassung des OLG München die einzureichende Liste an die nach dem Registerordner aktuellste Gesellschafterliste anschließen zu lassen, jedenfalls dann, wenn für ihn auf der Hand liegende technische Defizite im Registerordner zu bereinigen sind.⁴⁹ Aufgrund seiner Verpflichtung zur „erhöhten Richtigkeitsgewähr“ träfen den Notar insoweit formelle Prüfungspflichten. Im Schrifttum wird diese Auffassung als *contra legem* kritisiert und statt dessen von einer Verantwortlichkeit des Registergerichts ausgegangen, die aktuellste Liste als die zuletzt aufgenommene in den Registerordner einzustellen.⁵⁰ Der Notar sollte nach Möglichkeit auf eine dahingehende Korrektur hinwirken. Entsprechende Probleme können sich insbesondere ergeben, sofern „alte“ Listen gemäß Art. 61 Abs. 3 Satz 1 EGHGB zeitlich nach der „aktuellen“ Liste in den Registerordner aufgenommen wurden oder bei mehreren, etwa im Zuge einer Kettenabtretung, zeitgleich eingereichten Gesellschafterlisten, deren Reihenfolge bei einer Aufnahme in den Registerordner am selben Tag nicht hinreichend dokumentiert wird.⁵¹ Es empfiehlt sich daher bei der Einreichung einer neuen Gesellschafterliste einen klarstellenden Zusatz aufzunehmen, durch den die Reihenfolge der dargestellten Veränderungen nachvollziehbar wird, etwa

³⁹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.2.2013, 7 W 72/12, MittBayNot 2013, 401; siehe auch BeckOK-GmbHG/Heilmeyer, § 40 Rdnr. 64 ff.

⁴⁰ Siehe insbesondere BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, DNotZ 2011, 943 Rdnr. 11 m. w. N.; krit. auch Wachter, EWiR 2013, 375; Omlor, MittBayNot 2013, 402. Die Entscheidung ließe sich allein unter dem Gesichtspunkt rechtfertigen, dass die Abtretung bereits vor Inkrafttreten des MoMiG beurkundet wurde.

⁴¹ OLG Brandenburg, Beschluss vom 12.2.2013, 7 W 72/12, MittBayNot 2013, 401.

⁴² Siehe die Nachweise bei Omlor, MittBayNot 2013, 403; ferner Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 8.

⁴³ OLG München, Urteil vom 29.7.2010, 23 U 1997/10, ZIP 2011, 570.

⁴⁴ Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 75; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 25; BeckOK-GmbHG/Wilhelmi, § 16 Rdnr. 110.

⁴⁵ KG, Beschluss vom 17.5.2013, 12 W 30/12, NZG 2013, 755.

⁴⁶ Herrler, BB 2013, 1748.

⁴⁷ Siehe Preuß, ZGR 2008, 676, 681; Hasselmann, NZG 2009, 486, 492; Ulmer/Paefgen, GmbHG, § 40 Rdnr. 78; Link, RNotZ 2009, 193, 198; Tebben, RNotZ 2008, 441, 453; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 15.

⁴⁸ Zutr. MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 104 f.; Herrler, NZG 2011, 536, 538; a. A. Liebscher/Götte, DStR 2010, 2038.

⁴⁹ OLG München, Beschluss vom 26.1.2012, 31 Wx 13/12, NZG 2012, 588 = MittBayNot 2012, 234.

⁵⁰ D. Mayer, Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil II) (Beitrag erscheint in MittBayNot 2014, Heft 2).

⁵¹ Siehe auch Krafska/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1103a.

indem die letzte aufgenommene bzw. aktuellste Liste mit Datum und ggf. Urkundenummer näher bezeichnet wird.

f) Mitwirkung mehrerer Notare

Nicht abschließend geklärt ist die Einreichungszuständigkeit bei der Mitwirkung mehrerer Notare (zum Beispiel bei der Beurkundung von Angebot und Annahme oder von Verschmelzungsvertrag und -beschlüssen je durch unterschiedliche Notare). Nach wohl herrschender Meinung ist in erster Linie der in den jeweiligen Dokumenten zum Ausdruck gekommene Vollzugsauftrag maßgeblich, während im Übrigen die Person des Notars maßgeblich ist, der den letzten für die Wirksamkeit maßgebenden Akt beurkundet hat.⁵² Wie das OLG München zutreffend entschieden hat, ist es nicht ausgeschlossen, dass der Notar die Liste einreicht, der das Angebot beurkundet hat, wenn er eine Abschrift der Annahme erhält und Überblick in den Eintritt der Veränderungen hat.⁵³ Es empfiehlt sich in der Praxis bei der Mitwirkung mehrerer Notare eine hinreichende Koordination aufgrund wechselseitiger Informationen, auch um zu vermeiden, dass im Einzelfall mehrere Listen über denselben Vorgang eingereicht werden.⁵⁴

II. Geschäftsführer

1. Zur Amtsniederlegung

a) Keine Anmeldung durch Prokuristen

Der Geschäftsführer einer GmbH kann sein Amt im Grundsatz jederzeit durch formfreie einseitige Erklärung mit sofortiger Wirkung niederlegen.⁵⁵ Die (erforderliche) Eintragung im Handelsregister hat für die Wirksamkeit der Niederlegung keine Bedeutung, ist also nur deklaratorisch.⁵⁶ Bei Anmeldung der Amtsniederlegung ist neben der Erklärung nach Teilen der Rechtsprechung auch ein urkundlicher Nachweis des Zugangs bei dem zuständigen Organ beizufügen, wobei nach allgemeinen Grundsätzen der Zugang per Telefax genügt.⁵⁷ Ein ausgeschiedener Geschäftsführer kann sein Ausscheiden nach herrschender Meinung nicht mehr selbst zum Handelsregister anmelden.⁵⁸ Als Konsequenz muss das Ausscheiden dieses Geschäftsführers von den anderen satzungsgemäß bestellten Geschäftsführern oder, wenn solche fehlen, von einem Notgeschäftsführer angemeldet werden, der entsprechend § 29 BGB zu bestellen wäre.⁵⁹ Die Anmeldung durch Prokuristen genügt nach einem Beschluss des OLG Düsseldorf vom 16.3.2012 nicht, da die Anmeldung des Ausscheidens des GmbH-Geschäftsführers die Grundlagen des kaufmännischen Unternehmens betrifft.⁶⁰ Etwas anderes gilt dann,

⁵² Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 26; Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 22; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 14a; abweichend Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 53; beide Notare sind verpflichtet; ebenso Kanzleiter in FS Roth, 2011, S. 355, 356.

⁵³ OLG München, Beschluss vom 24.10.2012, 31 Wx 400/12, NZG 2013, 822 = MittBayNot 2013, 71; ferner MünchKommGmbHG/Heidinger, § 40 Rdnr. 134; der die Annahme beurkundende Notar ist zuständig.

⁵⁴ Siehe auch Hasselmann, KSzW 2013, 46, 50.

⁵⁵ BGH, Urteil vom 8.2.1993, II ZR 58/92, NJW 1993, 1198 = MittBayNot 1993, 222; Lohr, DStR 2002, 2173.

⁵⁶ OLG Hamburg, Beschluss vom 6.5.2010, 11 W 36/10, NZG 2010, 1235.

⁵⁷ BGH, DB 2011, 1798, 1800.

⁵⁸ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.6.1998, 3 W 130/98, GmbHR 1999, 479.

⁵⁹ Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1092.

⁶⁰ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.3.2012, I-3 Wx 296/11, ZIP 2012, 969.

wenn der Prokurist aufgrund einer besonderen Vollmacht in der Form des § 12 HGB oder im Rahmen einer unechten organschaftlichen Gesamtvertretung unter Mitwirkung zumindest eines Geschäftsführers handelt.⁶¹

b) Anmeldung nach Niederlegung

Nach einer Praxisauffassung ist der einzige Geschäftsführer einer GmbH – ungeachtet formaler Bedenken – allerdings befugt, seine bereits wirksam erfolgte Amtsniederlegung anzumelden, sofern ein enger zeitlicher Zusammenhang besteht.⁶² Dieser Ansicht hat das OLG Bamberg in einem Beschluss vom 26.6.2012 im Einklang mit der übrigen obergerichtlichen Rechtsprechung allerdings eine Absage erteilt.⁶³ In einem entsprechenden Fall kann jedoch entgegen der wohl herrschenden Meinung in Betracht gezogen werden, die Beendigung der Organstellung im Wege der Amtslöschung als nachträglich unzulässig gewordene Eintragung gemäß § 395 FamFG zu vollziehen.⁶⁴ Zu denken wäre auch an eine Anmeldung durch den Notar nach § 378 Abs. 2 FamFG, wenn die Amtsniederlegung (eventuell samt Empfangsbekanntnis eines Gesellschafters) beglaubigt wird. Der vorausschauende Berater wird selbstverständlich darauf achten, dass der ausscheidende Gesellschafter seine Amtsniederlegung erst mit Wirkung zum Zeitpunkt der Eintragung des Ausscheidens im Handelsregister erklärt, damit er noch selbst an der Anmeldung mitwirken kann.⁶⁵

c) Rechtsmissbräuchliche Niederlegung

Nach der herrschenden Meinung kann die Amtsniederlegung wegen Rechtsmissbrauchs unwirksam sein, insbesondere wenn sie durch den einzigen Geschäftsführer und Alleingesellschafter erfolgt ist und nicht für die Bestellung eines Nachfolgers Sorge getragen wurde.⁶⁶ Das OLG München hat diese Rechtsprechung in einem Beschluss vom 29.5.2012 auf den Fall des Geschäftsführers einer GmbH erweitert, der alleiniger Gesellschafter und Geschäftsführer einer UG (haftungsbeschränkt) ist, die ihrerseits sämtliche Anteile an der GmbH hält.⁶⁷ Einschränkungen dieser Rechtsprechung aufgrund der durch das MoMiG eingeführten Passivvertretungsbefugnis und Insolvenzantragspflicht der Gesellschafter, wie sie in der Literatur erörtert werden,⁶⁸ hält das OLG München nicht für gerechtfertigt, da es insofern an einer Regelung der Aktivvertretung der Gesellschaft fehle.⁶⁹

⁶¹ Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1092.

⁶² LG Köln, Beschluss vom 14.8.1997, 87 T 25/97, GmbHR 1998, 183; LG Berlin, GmbHR 1993, 292; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 39 Rdnr. 3; Roth/Altmeyen, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 39 Rdnr. 8.

⁶³ OLG Bamberg, Beschluss vom 26.6.2012, 1 W 29/12, DNotZ 2013, 155.

⁶⁴ Krafka/Willer/Kühn, Registerrecht, 9. Aufl. 2013, Rdnr. 1092.

⁶⁵ OLG Hamm, Beschluss vom 25.1.2013, 27 W 12/13, MittBayNot 2013, 403; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.3.2012, I-3 Wx 296/11, ZIP 2012, 970.

⁶⁶ Siehe etwa OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.12.2000, 3 Wx 393/00, DStR 2001, 454 m. Anm. Haas; OLG München, Beschluss vom 16.3.2011, 31 Wx 64/11, NZG 2011, 432; ferner OLG Köln, Beschluss vom 1.2.2008, 2 Wx 3/08, NZG 2008, 340, für die Niederlegung durch den einzigen Geschäftsführer und Mehrheitsgesellschafter.

⁶⁷ OLG München, NZG 2012, 729; siehe bereits OLG München, Beschluss vom 16.3.2011, 31 Wx 64/11, NZG 2011, 432, zum Beschluss des alleinigen Gesellschafters über seine eigene Abberufung als alleiniger Geschäftsführer.

⁶⁸ In diesem Sinne Berninger, GWR 2011, 233; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 38 Rdnr. 15; Bork/Schäfer/Jacoby, GmbHG, 2. Aufl. 2012, § 35 Rdnr. 5; MünchKommGmbHG/Stephan/Tieves, § 38 Rdnr. 61.

⁶⁹ Vgl. auch Lutter/Hommelhoff/Kleindiek, 18. Aufl. 2012, § 38 Rdnr. 42; Hangebrauck, EWIR 2012, 625.

2. Unwirksamkeit der Geschäftsführerbestellung und anderer Maßnahmen bei „Firmenbestattungen“?

Die vorstehend erwähnte Verantwortlichkeit der Gesellschafter einer führunglosen GmbH, die ggf. gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GmbHG passiv vertretungsbefugt sind und zur Stellung des Insolvenzantrags nach § 15a InsO unter zivil- und strafrechtlichen Sanktionsandrohungen verpflichtet sind, zählt zu den wesentlichen Bausteinen der GmbH-Reform durch das MoMiG, zu dessen Kernanliegen es gehörte, die gewerbsmäßige „Firmenbestattung“ durch Verhinderung der Erreichbarkeit der GmbH unter Ermöglichung der Verschiebung etwa noch vorhandenen Vermögens zu verhindern. In der Literatur und der instanzgerichtlichen Rechtsprechung gibt es darüber hinaus Tendenzen, im Fall der Firmenbestattung sowohl die Anteilsübertragung als auch sämtliche Gesellschafterbeschlüsse, mit denen ein früherer Geschäftsführer abberufen und ein neuer bestellt, die Firma geändert oder ihr Sitz verlegt wird, wegen der damit verbundenen und intendierten Gläubigerbenachteiligung für sittenwidrig zu erklären.⁷⁰ In diesem Sinne, aber mit abweichender Begründung, hat das OLG Zweibrücken in einem Beschluss vom 3.6.2013 die Firmenbestattung als Geschäft zur Umgehung der Gläubigerschutzvorschriften nach dem MoMiG qualifiziert und aufgrund dessen gemäß § 134 BGB die Nichtigkeit sowohl der Abtretung als auch der daraufhin gefassten Beschlüsse, einschließlich der Geschäftsführerbestellung, angenommen.⁷¹ Hingegen kann der Wechsel des Geschäftsführers im Rahmen einer Firmenbestattung nach einer vom OLG Karlsruhe mit Beschluss vom 19.4.2013 geäußerten Auffassung nicht als nichtig bewertet werden, weil die Verfolgung des rechtsmissbräuchlichen Zwecks sich bei der Abberufung und Neubestellung des Geschäftsführers – im Unterschied zur Sitzverlegung⁷² – nicht bereits aus dem inneren Gehalt des Beschlusses selbst ergebe.⁷³ Das OLG Karlsruhe verweist auf die problematische praktische Konsequenz der Gegenauffassung, dass dem der Insolvenzverschleppung verdächtigen neuen Geschäftsführer sonst die Möglichkeit eröffnet würde, sich zu seiner Verteidigung auf sittenwidriges Verhalten zu berufen.⁷⁴ Diese Folge ließe sich eventuell vermeiden, wenn man nur den Abberufungsbeschluss wegen der damit einhergehenden Verweigerung von Verantwortung, nicht aber die Neubestellung als unwirksam erachten würde.

3. Keine Eintragung des „Sprechers der Geschäftsführung“

Für die Eintragung eines Geschäftsführers im Handelsregister ist die Bezeichnung als „Geschäftsführer“ zwingend, ebenso für die Angabe auf Geschäftsbriefen gemäß § 35a GmbHG.⁷⁵ In das Handelsregister kann weder ein Stellvertreter-Zusatz⁷⁶

noch die Funktion eines „Vorsitzenden“⁷⁷ oder, wie das OLG München durch Beschluss vom 5.3.2012 entschieden hat,⁷⁸ eines „Sprechers der Geschäftsführung“ eingetragen werden, da die Gefahr von Missverständnissen des Rechtsverkehrs nicht ausgeschlossen werden könne. Anders als für den Vorsitzenden des Vorstands einer Aktiengesellschaft in § 43 Nr. 4b HRV und § 84 Abs. 2 AktG sei weder im GmbHG noch in der HRV eine besondere Bezeichnung für den Geschäftsführer in gehobener Stellung vorgesehen. Dies gilt nach zutreffender Auffassung nicht nur für den vom OLG München entschiedenen Fall eines gesamtvertretungsberechtigten Geschäftsführers, sondern auch im Fall der Einzelvertretungsbefugnis.⁷⁹ Im Übrigen ist zu beachten, dass die Gesellschafter sich im Gesellschaftsvertrag oder durch Gesellschafterbeschluss für die Verwendung anders gearteter Bezeichnungen im Geschäftsverkehr entscheiden können, wie zum Beispiel „Direktor“ oder „CEO“, soweit diese nicht irreführend sind, wie im Fall des Auftretens als „Vorstand“.⁸⁰ Bei einem mehrköpfigen Gremium kann einem Vorsitzenden oder Sprecher der Geschäftsführung (der nach dem Gesagten nicht als solcher im Handelsregister eingetragen wird) darüber hinaus die Koordination unterschiedlicher Geschäftsbereiche übertragen werden, das Recht zum Stichentscheid verliehen oder nach umstrittener Auffassung auch ein Vetorecht⁸¹ bzw. Alleinentscheidungsrecht eingeräumt werden.⁸²

4. Anwendung des AGG auf Geschäftsführer

Hinzuweisen ist in diesem Zusammenhang darauf, dass Diskriminierungen bei der Besetzung von Geschäftsführerposten Konsequenzen nach dem AGG, insbesondere auch Schadensersatzansprüche, nach sich ziehen können. Der BGH hatte über die Besetzung eines medizinischen Geschäftsführerpostens einer stadt-eigenen Klinikverwaltungs-GmbH zu befinden.⁸³ Das zuständige Organ hatte den Vertrag des 61-jährigen Geschäftsführers nicht verlängert und stattdessen einem 41-jährigen Mitbewerber den Vorzug gegeben. In einer unbeachteten Interviewäußerung hatte ein Organmitglied als Begründung auf die angestrebte Altersgrenze für Führungskräfte städtischer Betriebe von 65 Jahren verwiesen. Der BGH bejahte die Anwendung des AGG bei der Besetzung einer

⁷⁷ *Blasche*, EWiR 2012, 485, 486.

⁷⁸ OLG München, Beschluss vom 5.3.2012, 31 Wx 47/12, NZG 2012, 430.

⁷⁹ *Blasche*, EWiR 2012, 485, 486.

⁸⁰ *Scholz/Schneider*, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 6 Rdnr. 6; *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 6 Rdnr. 4; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 2; großzügiger *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 6 Rdnr. 4; *Michalski/Tebben*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 6 Rdnr. 10.

⁸¹ Einschränkungen bestehen aber bei Gesellschaften, die dem MitbestG unterliegen, siehe BGH, Entscheidung vom 14.11.1983, II ZR 33/83, NJW 1984, 733.

⁸² *Scholz/Schneider*, GmbHG, 10. Aufl. 2007, § 37 Rdnr. 29; *Koppensteiner/Gruber* in *Rowedder/Schmidt-Leithoff*, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 37 Rdnr. 39; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 37 Rdnr. 10; *Lutter/Hommelhoff/Kleindiek*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 37 Rdnr. 34; OLG Karlsruhe, Urteil vom 23.3.2011, 7 U 81/10, GmbHR 2011, 535, 538; ferner BGH, Urteil vom 6.3.2012, II ZR 76/11, NJW 2012, 1656, 1658, wenn einer der Geschäftsführer zugleich der Geschäftsführer des Alleingesellschafters ist, im Normalfall aber bedenklich; a. A. etwa *Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 37 Rdnr. 30; zum „Hauptgeschäftsführer“ und zum Prinzip der Gesamtverantwortung in diesem Zusammenhang siehe auch *Wicke*, NJW 2007, 3755, 3758.

⁸³ BGH, Urteil vom 23.4.2012, II ZR 163/10, NZG 2012, 777; siehe dazu etwa *Bauer/Arnold*, NZG 2012, 921; *Kort*, NZG 2013, 601; *Miras*, GWR 2012, 311.

⁷⁰ Offengelassen vom 3. Strafsenat des BGH, siehe Beschluss vom 15.11.2012, 3 StR 199/12, NJW 2013, 1892, 1894, dort auch zu weiteren Nachweisen.

⁷¹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.6.2013, 3 W 87/12, NZG 2013, 1113.

⁷² Siehe KG, Beschluss vom 25.7.2011, 25 W 33/11, GmbHR 2011, 1104.

⁷³ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.4.2013, 2 (7) Ss 89-12 / AK 63/12, NZG 2013, 818 = MittBayNot 2013, 496.

⁷⁴ OLG Karlsruhe, Beschluss vom 19.4.2013 - 2 (7) Ss 89-12 / AK 63/12, NZG 2013, 818, 819 = MittBayNot 2013, 496.

⁷⁵ *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 6 Rdnr. 2.

⁷⁶ BGH, 10.11.1997, II ZB 6/97, NJW 1998, 1071 = MittBayNot 1998, 117.

GmbH-Geschäftsführerstelle nach § 6 Abs. 3 AGG, und zwar sowohl im Hinblick auf den Abschluss des schuldrechtlichen Anstellungsvertrags als auch die Bestellung zum Geschäftsführer. Das Verbot der Altersdiskriminierung gelte auch dann, wenn die Bestellung eines Geschäftsführers aufgrund Befristung ende und die Stelle anschließend wieder neu besetzt wird. Offen lassen konnte der BGH die Frage, ob etwa ein Fremdgeschäftsführer als Folge der Danosa-Entscheidung des EuGH⁸⁴ nach § 6 Abs. 1 AGG als Arbeitnehmer zu qualifizieren ist und damit umfassend auch dem Diskriminierungsschutz bei Ausübungs- und Entlassungsbedingungen unterfällt.⁸⁵

III. Satzungsgestaltung

1. Konkretisierung des Unternehmensgegenstands

Der Unternehmensgegenstand gehört nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 GmbHG zum zwingenden Mindestinhalt einer jeden GmbH-Satzung. Die zentrale Frage für die praktische Anwendung lautet, in welchem Maß der Unternehmensgegenstand näher zu individualisieren ist. Nach dem Normzweck der Vorschrift muss der Gegenstand hinreichend aussagekräftig und informativ sein, farblose und nichtssagende Umschreibungen genügen nicht. Es ist demnach eine Konkretisierung dergestalt erforderlich, dass der Schwerpunkt der Tätigkeit erkennbar ist und ersichtlich wird, in welchem Geschäftszweig (zum Beispiel Computer, Autos, Immobilien) und in welcher Art die Gesellschaft aktiv werden will (zum Beispiel Beratung, Produktion, Vermittlung). In der jüngeren obergerichtlichen Rechtsprechung ist eine Tendenz zu beobachten, in Grenzfällen eher strengere Anforderungen an die Konkretisierung zu stellen: So ist nach Auffassung des OLG Düsseldorf die Formulierung „Handel und Vertrieb von Verbrauchs- und Konsumgütern, soweit der Handel nicht einer besonderen Erlaubnis bedarf“ nicht eintragungsfähig.⁸⁶ Nach Auffassung des OLG Rostock soll die Angabe „Dienstleistungen für Campingplatzunternehmen sowie deren Betreiber und Dienstleistungen für die Campingbranche“ eine nichtssagende Leerformel sein.⁸⁷ Nachvollziehbar erscheint hingegen die Auffassung des Kammergerichts, das die Formulierung „Handel mit Baubedarf“ für zulässig hält, nicht aber „Handel mit Architektur“, da nicht deutlich werde, ob etwa Architektenentwürfe, schon errichtete Häuser oder etwas anderes darunter zu verstehen ist.⁸⁸ In der Praxis wird es in Zweifelsfällen regelmäßig möglich sein, eine nähere Konkretisierung durch die Angabe von Schwerpunkten unter „insbesondere“ vorzunehmen.⁸⁹

⁸⁴ EuGH, Urteil vom 11.11.2010, C-232/09, NJW 2011, 2343.

⁸⁵ Vgl. zur Problematik auch MünchHdb. GesR III/Marsch-Barnert/Diekmann, 4. Aufl. 2012, § 43 Rdnr. 16; zur Versicherung des Geschäftsführers über fehlende Bestellungshindernisse siehe OLG Karlsruhe, Beschluss vom 20.4.2012, 11 Wx 33/12, NZG 2012, 598 (das Wort „versichern“ muss selbst nicht verwendet werden); OLG Stuttgart, Beschluss vom 10.10.2012, 8 W 241/11, GmbHR 2013, 91 m. Anm. Oppenländer; Weiler, notar 2013, 194, 196.

⁸⁶ OLG Düsseldorf, Beschluss vom 6.10.2010, 3 Wx 231/10, BB 2011, 272 m. krit. Anm. Blasche; siehe hingegen OLG Düsseldorf, Beschluss vom 13.1.1970, 3 W331/69, NJW 1970, 815: „Verwaltung von Vermögen und Beteiligung an anderen Unternehmen“ zulässig; ferner OLG München Beschluss vom 21.5.2012, 31 Wx 164/12, BeckRS 2012, 11303: „Anlageberatung bzw. -vermittlung ..., wobei erlaubnispflichtige Tätigkeiten nach dem Kreditwesengesetz nicht ausgeübt werden“ zulässig.

⁸⁷ OLG Rostock, Beschluss vom 15.11.2010, 1 W 47/10, GmbHR 2011, 831.

⁸⁸ KG, Beschluss vom 28.2.2012, 25 W 88/11, ZIP 2012, 1123.

⁸⁹ MünchKommGmbHG/Wicke, § 3 Rdnr. 16.

2. Bekanntmachungen der Gesellschaft im „Bundesanzeiger“

Der Bundesanzeiger erscheint seit dem 1.4.2012 nur noch elektronisch, die gedruckte Ausgabe wurde durch Gesetz vom 22.12.2011⁹⁰ abgeschafft.⁹¹ In § 12 Satz 1 GmbHG wurde vor dem Wort „Bundesanzeiger“ das (nunmehr überflüssige) Attribut „elektronisch“ gestrichen. Entsprechendes gilt für § 25 Satz 1 AktG. In der Praxis sehen gesellschaftsvertragliche Bekanntmachungsklauseln regelmäßig wieder vor, dass Veröffentlichungen „im Bundesanzeiger“ zu erfolgen haben. Da dieser nunmehr allein in elektronischer Form herausgegeben wird, wäre aber auch eine Satzungsbestimmung nach wie vor unproblematisch, die auf den „elektronischen Bundesanzeiger“ abstellt. Eine Anpassung entsprechender (Alt-)Klauseln an die neue Rechtslage ist daher nicht geboten.⁹² Bei der GmbH kann alternativ an eine ersatzlose Streichung der Veröffentlichungsabreden gedacht werden, da anders als im Aktienrecht (§ 23 Abs. 4 AktG) Bestimmungen über die Form der Bekanntmachungen hier nicht zum zwingenden Mindestinhalt des Gesellschaftsvertrags zählen und bei Fehlen einer statutarischen Anordnung kraft Gesetzes (ausschließlich) im elektronischen Bundesanzeiger zu publizieren ist.⁹³

IV. Die „gGmbH“

1. § 4 Satz 2 GmbHG n. F.

Die Firma einer jeden GmbH muss nach § 4 GmbHG bekanntlich den Rechtsformzusatz „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder eine allgemein verständliche Abkürzung dieser Bezeichnung enthalten. Dies gilt auch für eine gemeinnützige GmbH, die in ihrer Firma lediglich auf ihre Rechtsform, nicht aber notwendigerweise auf ihre Gemeinnützigkeit hinweisen muss. In der Praxis wird nicht selten aber die Titulierung als „gemeinnützige GmbH“ oder auch als „gGmbH“ gewünscht. Ungeachtet der häufigen Verwendung in der Praxis hatte das OLG München allerdings im Jahre 2006 entschieden, dass die Abkürzung „gGmbH“ keine zulässige Angabe der Rechtsform darstellt und nicht im Handelsregister eingetragen werden kann.⁹⁴ Aufgrund Art. 7 des Gesetzes zur Stärkung des Ehrenamts vom 21.3.2013 wurde nunmehr ein Satz 2 in § 4 GmbHG unter Aufhebung der vorgenannten Entscheidung mit folgendem Wortlaut eingefügt: „Verfolgt die Gesellschaft ausschließlich und unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke nach den §§ 51 bis 68 AO kann die Abkürzung „gGmbH“ lauten.“

2. Anwendung in der Praxis

Wengleich diese Gesetzesänderung wie ein Schuss mit Kanonen auf Spatzen anmutet, ist die Klarstellung insbesondere im Einflussbereich des OLG München zu begrüßen. Um nicht irreführend im Sinne von § 18 Abs. 2 HGB zu sein, muss

⁹⁰ Gesetz zur Änderung von Vorschriften über Verkündung und Bekanntmachungen sowie der Zivilprozessordnung, des Gesetzes betreffend die Einführung der Zivilprozessordnung und der Abgabenordnung vom 22.12.2011, BGBl I 2011, S. 3044.

⁹¹ BegrRegE BT-Drucks. 17/6610, S. 1; Ulmer/Habersack/Löbbecke/Habersack, GmbHG, 2013, § 12 Rdnr. 2; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 12 Rdnr. 2.

⁹² Siehe auch Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 12 Rdnr. 10.

⁹³ Vgl. MünchKommGmbHG/Wicke, § 12 Rdnr. 14; Melchior, GmbHR 2005, R 165, 166; Kraffka, MittBayNot 2005, 293, 294.

⁹⁴ OLG München, NJW 2007, 1601; krit. schon BR-Drucks. 354/07, S. 4.

die Gesellschaft nach ihrem Gegenstand steuerbegünstigte Zwecke im Sinne der §§ 51 ff. AO ausüben, ohne dass ein ausdrücklicher Verweis auf die genannten Vorschriften in der Satzung erforderlich wäre.⁹⁵ Eine Bescheinigung des Finanzamts über die Steuerbegünstigung kann im Eintragungsverfahren entgegen der abweichenden Praxis einiger Registergerichte hingegen nicht verlangt werden.⁹⁶ Die Neuregelung in § 4 Satz 2 GmbHG wurde eigens für die GmbH eingeführt. Dennoch dürfte eine analoge Anwendung der Vorschrift für die Bezeichnung einer gemeinnützigen Aktiengesellschaft als „gAG“ nicht ausgeschlossen sein.⁹⁷

V. Neues zur UG (haftungsbeschränkt)

1. Firmierung

Die Firmierung einer Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) als „UG (haftungsbeschränkt)“ erscheint hingegen nicht unproblematisch, da in § 5a GmbHG gerade eine gegenüber § 4 GmbHG abweichende Sonderregelung besteht:⁹⁸ Demzufolge ist der Rechtsformzusatz „Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt)“ oder „UG (haftungsbeschränkt)“ zu verwenden. Die beiden in § 5a Abs. 1 GmbHG erwähnten Varianten sind zwingend und sind exakt und buchstabengetreu einzuhalten.⁹⁹ So ist etwa die Zwischeneinfügung anderer Namensbestandteile wie zum Beispiel in „Müller Unternehmungsgesellschaft für Internetdienstleistungen (haftungsbeschränkt)“ unzulässig.¹⁰⁰ Eine Abkürzung des Zusatzes „(haftungsbeschränkt)“ scheidet aus, um eine Täuschung des Rechtsverkehrs über die Kapitalausstattung zu vermeiden.¹⁰¹

2. Rechtsscheinhaftung analog § 179 BGB

Durch die gesetzlich vorgeschriebene Aufnahme des Rechtsformzusatzes in §§ 4 und 5a GmbHG soll dem Geschäftspartner die Tatsache der beschränkten Haftung seines Verhandlungs- oder Vertragspartners deutlich vor Augen geführt werden. Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH kann es zur Haftung des Handelnden kraft Rechtsscheins entsprechend § 179 BGB führen, wenn dieser im Rahmen geschäftlicher Handlungen oder bei Vertragsabschlüssen die Firma unter Weglassen des Zusatzes „Gesellschaft mit beschränkter Haftung“ oder „GmbH“ zeichnet.¹⁰² Diese Grundsätze gelten nach einem Urteil des BGH vom 12.6.2012 entsprechend für die UG (haftungsbeschränkt), und zwar auch dann, wenn im Rahmen geschäftlicher Verhandlungen oder bei Vertragsabschlüssen für eine UG (haftungsbeschränkt) mit dem Rechtsformzusatz „GmbH“ gehandelt wird und dadurch bei dem Vertragspartner die unzutreffende Vorstellung geweckt wird, er kontrahiere mit einer Gesellschaft mit einem Mindest-

stammkapital von 25.000 Euro.¹⁰³ Die Auffassung wird damit begründet, dass die UG (haftungsbeschränkt) über wesentlich weniger Stammkapital verfügen kann und dies dem Rechtsverkehr mittels eines unmissverständlichen Rechtsformzusatzes mitgeteilt werden soll.¹⁰⁴ Ob diese Haftung auf die Differenz zwischen dem gesellschaftsvertraglichen Stammkapital der UG (haftungsbeschränkt) und dem gesetzlichen Mindeststammkapital gemäß § 5 Abs. 1 GmbHG beschränkt ist,¹⁰⁵ hat der BGH allerdings offengelassen.

3. UG (haftungsbeschränkt) als WEG-Verwalter

Bei der Unternehmungsgesellschaft (haftungsbeschränkt) handelt es sich bekanntlich nicht um eine eigenständige Rechtsform, sondern um eine Rechtsformvariante der GmbH, die in Ermangelung abweichender Sonderregelungen sämtlichen für die GmbH geltenden Rechtsvorschriften unterliegt, einschließlich solcher außerhalb des GmbHG wie insbesondere des Steuerrechts. Der Gesetzgeber ging insofern davon aus, dass alle die GmbH betreffenden Gesetzesbestimmungen ohne Weiteres auch für die UG (haftungsbeschränkt) gelten mit der (einzigen) Ausnahme der ausdrücklichen Sonderregelungen des § 5a GmbHG.¹⁰⁶ Demgegenüber ist davon auszugehen, dass aufgrund der besonderen Struktur der UG (haftungsbeschränkt), auch über den Wortlaut des § 5a GmbHG hinaus, eine Reihe von Rechtsvorschriften nur in modifizierter Form oder gar nicht auf die UG (haftungsbeschränkt) angewendet werden können.¹⁰⁷ So ist etwa anerkannt, dass aufgrund des für die UG (haftungsbeschränkt) geltenden Sacheinlageverbots des § 5a Abs. 2 Satz 2 GmbHG gewisse Einschränkungen zu berücksichtigen sind.¹⁰⁸ Eine Kapitalherabsetzung ist bei der UG (haftungsbeschränkt) nach § 58 Abs. 2, § 5 Abs. 1 GmbHG generell ausgeschlossen,¹⁰⁹ zumindest, wenn nicht gleichzeitig eine Kapitalerhöhung auf mindestens 25.000 Euro erfolgt.¹¹⁰ Demgegenüber hat der 5. Zivilsenat des BGH durch Urteil vom 22.6.2012 entschieden, dass eine UG (haftungsbeschränkt) – anders als eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts¹¹¹ – bei entsprechender fachlicher Qualifikation und finanzieller Ausstattung Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft sein kann.¹¹²

⁹⁵ Siehe auch *Wachter*, GmbHR 2013, R 145, 146.

⁹⁶ MünchKommGmbHG/Wicke, § 9c Rdnr. 29 Fn. 131.

⁹⁷ *Wachter*, GmbHR 2013, R 145, 146.

⁹⁸ Für die Zulässigkeit hingegen *Wachter*, GmbHR 2013, R 145, 146; siehe ferner *Seebach*, RNotZ 2013, 261, 264, wonach sich in der Registerpraxis die Bezeichnung „gUG (haftungsbeschränkt)“ schon durchgesetzt haben soll.

⁹⁹ OLG Hamburg, Beschluss vom 2.11.2010, 11 W 84/10, NZG 2011, 872; BGH, Urteil vom 12.6.2012, II ZR 256/11, NZG 2012, 989, 991; *Weiler*, notar 2013, 194 195.

¹⁰⁰ OLG Hamburg, Beschluss vom 2.11.2010, 11 W 84/10, NZG 2011, 872.

¹⁰¹ BGH, Urteil vom 12.6.2012, II ZR 256/11, NZG 2012, 989, 991; RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 31.

¹⁰² Siehe BGH, Urteil vom 12.6.2012, II ZR 256/11, NZG 2012, 989, 990; *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 35 Rdnr. 21, je m. w. N.; krit. *Altmeyen*, NJW 2012, 2833.

¹⁰³ BGH, Urteil vom 12.6.2012, II ZR 256/11, NZG 2012, 989.

¹⁰⁴ Siehe auch *Heckschen*, EWIR 2012, 697.

¹⁰⁵ So etwa *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 5a Rdnr. 6; MünchKommGmbHG/*Rieder*, § 5a Rdnr. 16; siehe auch *Römermann*, NJW 2010, 907; Irreführung im Sinne des § 5 UWG.

¹⁰⁶ RegE MoMiG, BT-Drucks. 16/6140, S. 71.

¹⁰⁷ *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 5a Rdnr. 3; *Michalski/Miras*, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 5a Rdnr. 4; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 7. Aufl. 2012, § 5a Rdnr. 3; siehe ferner *Scholz/Westermann*, 11. Aufl. 2012, § 5a Rdnr. 8.

¹⁰⁸ H. M., vgl. *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 5a Rdnr. 15 ff.; *Tettinger*, Der Konzern 2008, 75; MünchKommGmbHG/*Rieder*, § 5a Rdnr. 49; *Meister*, NZG 2008, 767; *Berninger*, GmbHR 2010, 66; *Römermann/Passarge*, ZIP 2009, 1500; BGH, DB 2011, 1263; OLG Frankfurt, GmbHR 2010, 920; a. A. *Hennrichs*, NZG 2009, 1163 f.

¹⁰⁹ *Heckschen*, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2009, Rdnr. 257.

¹¹⁰ *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 58 Rdnr. 2.

¹¹¹ Siehe BGH, Beschluss vom 26.1.2006, V ZB 132/05, NJW 2006, 2189; BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, NJW 2009, 594; dazu *Armbrüster*, ZGR 2013, 366, 381.

¹¹² BGH, Urteil vom 22.6.2012, V ZR 190/11, ZIP 2012, 1764.

VI. Kapital und Haftung

1. Entschärfung der wirtschaftlichen Neugründung

Zu einem wahrhaften Aufatmen in der Praxis hat die Begrenzung der Unterbilanzhaftung im Rahmen der wirtschaftlichen Neugründung durch Urteil des BGH vom 6.3.2012 geführt.¹¹³ Eine wirtschaftliche Neugründung liegt bekanntlich vor, wenn eine im Handelsregister bereits eingetragene GmbH als unternehmensloser Rechtsträger besteht, sei es weil sie bewusst „auf Vorrat“ gegründet wurde oder als „alter Mantel“ unternehmenslos geworden ist, und sodann mit einem Unternehmen ausgestattet wird.¹¹⁴ Auf die wirtschaftliche Neugründung sind nach ständiger Rechtsprechung die der Gewährleistung der Kapitalausstattung dienenden Gründungsvorschriften des GmbHG entsprechend anzuwenden. Die Geschäftsführung hat die Tatsache der wirtschaftlichen Neugründung offenzulegen und die in § 8 Abs. 2, § 7 Abs. 2 vorgesehene Versicherung abzugeben, das Registergericht alsdann entsprechend § 9c GmbHG i. V. m. § 26 FamFG in eine Gründungsprüfung einzutreten. Auf der Haftungsebene wird die Kapitalaufbringung (neben den Tatbeständen der §§ 9a und 9 GmbHG) insbesondere durch eine entsprechende Anwendung der Grundsätze der Unterbilanzhaftung sichergestellt. Im Mittelpunkt der Entscheidung vom 6.3.2012 stand die Frage, ob es zu einer unbegrenzten Endloshaftung der Gesellschafter kommen kann, wenn die Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung unterbleibt. Der BGH lehnte dies ab und beschränkte die Haftung der Gesellschafter auf den Umfang der Unterbilanz, die in dem Zeitpunkt besteht, zu dem die wirtschaftliche Neugründung entweder durch die Anmeldung der Satzungsänderungen oder durch die Aufnahme der wirtschaftlichen Tätigkeit erstmals nach außen in Erscheinung tritt.¹¹⁵ Bei fehlender Offenlegung tragen die Gesellschafter allerdings die Darlegungs- und Beweislast dafür, dass zum Zeitpunkt der Aktivierung der GmbH keine Differenz zwischen (statutarischem) Stammkapital und dem Wert des Gesellschaftsvermögens bestanden hat.

Die Entscheidung ist nachdrücklich zu begrüßen.¹¹⁶ Zu Recht stellt der BGH auf die strukturellen Unterschiede der Unterbilanzhaftung bei der erstmaligen Gründung, bei der es um die Vermeidung von Risiken aus der Geschäftsaufnahme vor Eintragung der GmbH geht, und der wirtschaftlichen Neugründung ab, welche die Kapitaldeckung zum Zeitpunkt der Aktivierung der Gesellschaft gewährleisten soll.¹¹⁷ Auf diese Weise wird das unverhältnismäßige Risiko einer unbegrenzten Gesellschafterhaftung allein durch das – in der Praxis nicht seltene – versehentliche Unterlassen der Offenlegung

113 BGH, Urteil vom 6.3.2012, II ZR 56/10, MittBayNot 2012, 484 m. Anm. *Vedder*.

114 Siehe aktuell auch KG, Urteil vom 26.4.2012, 23 U 197/11, DStR 2012, 1817, wonach eine wirtschaftliche Neugründung nicht in Betracht kommt, wenn die Gesellschaft noch mit der Abwicklung ihres Geschäftsbetriebs befasst ist und wenn nach Anmeldung der Satzungsänderung keine unternehmerischen Tätigkeiten entfaltet werden; zustimmend dazu *Priester*, EWiR 2012, 623; vgl. ferner OLG Stuttgart, Beschluss vom 23.10.2012, 8 W 218/12, NZG 2013, 259, wonach der Gründungsaufwand bei der wirtschaftlichen Neugründung (einer AG) auf der Grundlage einer entsprechenden Satzungsergänzung von der Gesellschaft übernommen werden kann, sofern dieser bei der ursprünglichen Gründung ausschließlich von der Gründerin getragen wurde.

115 Siehe auch *Born*, WM 2013, Sonderbeilage Nr. 1, S. 7.

116 Vgl. auch *Ulmer/Habersack/Löbbe*, GmbHG, 2. Aufl. 2013, § 3 Rdnr. 159; *Winnen*, RNotZ 2013, 389, 409; *Gottschalk*, DStR 2012, 1458, 1460; krit. hingegen *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 21.

117 Siehe dazu auch *Wicke*, MittBayNot 2011, 23, 29.

der wirtschaftlichen Neugründung zweckgerecht eingeschränkt. Gleichzeitig bleibt es dabei, dass der Erwerb oder (zum Beispiel im Konzern) die Wiederbelebung eines alten GmbH-Mantels mit erheblichen Risiken verbunden ist, da bei möglichen Altlasten nicht nur eine Wiederauffüllung des satzungsmäßigen Stammkapitals, sondern auch der Ausgleich von Verlusten erforderlich werden kann. Da der Anspruch aus Unterbilanzhaftung einlagegleich ist, handelt es sich auch um eine rückständige Einlageschuld im Sinne des § 16 Abs. 2 GmbHG, für die ein Erwerber von Geschäftsanteilen haftet.

Die Bedeutung der Offenlegung der wirtschaftlichen Neugründung und der registergerichtlichen Präventivkontrolle wird durch die Entscheidung allerdings erheblich geschwächt. Das Unterlassen der Offenlegung führt immerhin zu einer Beweislastumkehr zulasten der Gesellschafter in Bezug auf Vorhandensein und Höhe einer Unterbilanz bei Geschäftsaufnahme sowie zu einer Geschäftsführerhaftung nach § 9a GmbHG bei unrichtiger Versicherung, so dass nach wie vor hinreichender Anreiz aufseiten der Unternehmen zur eigenständigen Vornahme einer Anzeige bestehen sollte.¹¹⁸ Im Übrigen ist nicht abschließend geklärt, inwieweit das Registergericht die Offenlegungs- und Versicherungspflichten bzw. die Deckung einer Kapitalücke außerhalb der §§ 394 ff. FamFG erzwingen kann. Problematisch erscheint es nach der Entscheidung des BGH, wenn im Sinne einer faktischen Registersperre der Vollzug von Anmeldungen ausgesetzt wird und so etwa bei deklaratorischen Eintragungen wie einem Geschäftsführerwechsel die im öffentlichen Interesse bestehenden Wirkungen der Handelsregisterpublizität (§ 15 HGB) verhindert werden oder eine Gesellschafterliste, die bereits erfolgte Abtretungen dokumentiert, nicht im Handelsregister aufgenommen wird.¹¹⁹

2. Mindesteinzahlung bei Kapitalerhöhung durch Nennwerterhöhung

Das Kapital einer GmbH kann durch Ausgabe neuer Geschäftsanteile, aber auch durch Erhöhung des Nennbetrags der bestehenden Geschäftsanteile erhöht werden. Eine Nennwerterhöhung kommt wegen des möglichen Rückerwerbs durch den Rechtsvorgänger (§ 22 Abs. 4 GmbHG) nur für solche Geschäftsanteile in Betracht, die entweder vollständig eingezahlt oder noch in der Hand des ersten Übernehmers bzw. dessen Gesamtrechtsnachfolger sind oder wenn ein Rückgriff auf den Vormann gemäß § 22 Abs. 4 GmbHG ausgeschlossen ist.¹²⁰ Bei einer Nennwerterhöhung muss die Mindesteinzahlung von einem Viertel des Erhöhungsbetrags auch dann vor der Anmeldung eingezahlt werden, wenn zum Zeitpunkt des Kapitalerhöhungsbeschlusses durch Einzahlungen auf den bestehenden Geschäftsanteil der nach Aufstockung erhöhte Nennbetrag zu einem Viertel gedeckt ist (§ 56a, § 7 Abs. 2 GmbHG), wie der BGH in einem Beschluss vom 11.6.2013 im Einklang mit der herrschenden Meinung entschieden hat.¹²¹ Der Umfang der Leistungspflicht ist also nicht davon abhängig, ob die Kapitalerhöhung durch die Bildung neuer Geschäftsanteile oder durch die Erhöhung des

118 So auch *Winnen*, RNotZ 2013, 389, 409; ferner *Bachmann*, NZG 2012, 579, 580; a. A. *Lutter/Hommelhoff/Bayer*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 3 Rdnr. 21.

119 Siehe *Heinze*, GmbHR 2011, 962; *Ulmer*, ZIP 2012, 1265, 1271; *Winnen*, RNotZ 2013, 389, 402; ferner demnächst *MünchKommGmbHG*, *Wicke*, 2. Aufl. 2014, § 3 Rdnr. 33, 35.

120 *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 55 Rdnr. 8.

121 BGH, Beschluss vom 11.6.2013, II ZB 25/12, NZG 2013, 865; DNotI-Report 2013, 132; siehe bereits *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 56a Rdnr. 1.

Nennbetrags der bestehenden Anteile ausgeführt wird. In beiden Fällen muss daher die Kapitalerhöhung zu einer Erweiterung der dem Gläubigerschutz dienenden Haftungsmasse führen. Die Einlage kann nach der ständigen Rechtsprechung des BGH grundsätzlich erst nach dem Kapitalerhebungsbeschluss geleistet werden, mit dem die förmliche Übernahme üblicherweise verbunden ist. Etwas anderes wird nur dann angenommen, wenn der eingezahlte Betrag zu diesem Zeitpunkt als solcher noch zweifelsfrei und nicht nur wertmäßig im Gesellschaftsvermögen vorhanden ist.¹²² Der BGH bestätigt in diesem Zusammenhang seine Auffassung, wonach gemäß § 57 Abs. 2 GmbHG in der Anmeldung einer Kapitalerhöhung die Versicherung abzugeben ist, dass der Betrag der Einzahlung zur freien Verfügung der Geschäftsführung eingezahlt und auch in der Folge nicht an die Einleger zurückgezahlt worden ist.¹²³

3. Insolvenzverursachungshaftung

Nach der durch das MoMiG neu geschaffenen Vorschrift des § 64 Satz 3 GmbHG sind Geschäftsführer zum Ersatz von Zahlungen an Gesellschafter verpflichtet, soweit diese zur Zahlungsunfähigkeit der Gesellschaft führen mussten. Der BGH hat mit Urteil vom 9.10.2012 zu einigen Streitfragen der Vorschrift Stellung genommen und geht im Ergebnis nur von einem sehr engen Anwendungsbereich aus.¹²⁴ Eine fällige und durchsetzbare Gesellschafterforderung ist demzufolge zunächst bei der Ermittlung der Zahlungsunfähigkeit gemäß § 64 Satz 3 GmbHG wie im Rahmen des § 17 Abs. 2 Satz 1 InsO zu berücksichtigen. Wenn die Gesellschaft als Folge dieser Betrachtung aber zahlungsunfähig ist, wird nicht erst durch eine Zahlung an die Gesellschaft die Zahlungsunfähigkeit im Sinne des § 64 Satz 3 GmbHG verursacht. Der Geschäftsführer ist in einem solchen Fall verpflichtet, Insolvenzantrag zu stellen und haftet für sorgfaltswidrige Zahlungen bereits nach Maßgabe des § 64 S. 1 GmbHG. Ein eigenständiger Anwendungsbereich des § 64 Satz 3 GmbHG besteht neben dem Fall der Vergrößerung einer Deckungslücke von weniger als 10 % durch die Zahlung, insbesondere bei unrechtmäßigen Vermögensverschiebungen. Als Beispiel kommt die Zahlung auf eine nicht im insolvenzrechtlichen Sinne fällige und damit in die Liquiditätsbilanz einzustellende Forderung, wie eine tatsächlich nicht ernsthaft eingeforderte oder einem Rangrücktritt unterliegende Gesellschafterforderung, in Betracht.¹²⁵ Liegt ein solcher Ausnahmefall vor, steht der GmbH nach Ansicht des BGH gegen den Gesellschafter ein Leistungsverweigerungsrecht zu.¹²⁶ Die Haftung nach § 64 Satz 3 GmbHG wird nach Auffassung des OLG Celle nicht dadurch ausgeschlossen, dass die Gesellschafter den Eintritt der Insolvenz der Gesellschaft nach Vornahme der haftungsauslösen-

den Leistungen noch 13 Monate lang durch freiwillige Stützungszahlungen hinauszögern.¹²⁷

VII. Unternehmensverträge

1. Kleine Organschaftsreform

Gewinnabführungsverträge haben (ggf. kombiniert mit Beherrschungsverträgen) große praktische Bedeutung, da ihr Abschluss gemäß den §§ 14 und 17 KStG Voraussetzung für die Anerkennung der körperschafts- und gewerbesteuerlichen Organschaft ist.¹²⁸ Zu den inhaltlichen Vorgaben des § 17 KStG zählt insbesondere die Vereinbarung einer Verpflichtung des herrschenden Unternehmens, jeden Jahresfehlbetrag der abhängigen GmbH entsprechend § 302 AktG auszugleichen.¹²⁹ Die im Rahmen der sog. „kleinen Organschaftsreform“ eingeführte Neuregelung des § 17 Abs. 2 Nr. 2 KStG verlangt im Fall einer GmbH als Organgesellschaft nunmehr ausdrücklich die Vereinbarung einer Verlustübernahme durch „Verweis auf die Vorschriften des § 302 AktG in seiner jeweils gültigen Fassung“. Bei Altverträgen besteht nach der Übergangsregelung des § 34 Abs. 10b KStG die Möglichkeit, einen entsprechenden dynamischen Verweis auf § 302 AktG nachträglich bis zum 31.12.2014 zu vereinbaren.¹³⁰

2. Änderung von Unternehmensverträgen

Vor diesem Hintergrund stellt sich in der Praxis derzeit vermehrt die Frage nach den Voraussetzungen der Änderung von Unternehmensverträgen. Für die Aktiengesellschaft stellt § 295 AktG hierfür die gleichen Anforderungen auf wie für den Abschluss.¹³¹ Entsprechendes gilt nach herrschender Meinung im Wesentlichen auch für die GmbH.¹³² Zum Vertrag über die Errichtung einer stillen Gesellschaft, bei dem es sich nach der Rechtsprechung zum Aktienrecht um einen Unternehmensvertrag in Form eines Teilgewinnabführungsvertrags im Sinne von § 292 Abs. 1 Nr. 2 AktG handelt,¹³³ hat der BGH entschieden, dass eine Änderung im Sinne des § 295 AktG gegeben ist, wenn durch eine rechtsgeschäftliche Vereinbarung inhaltlich auf die nach der bisherigen Vertragslage bestehenden Rechte und Pflichten der Parteien eingewirkt wird, ohne dass zwischen wesentlichen und unwesentlichen Änderungen zu unterscheiden ist.¹³⁴ So wurde die Anwendbarkeit des § 295 AktG bejaht bei der Vereinbarung einer

¹²² BGH, Urteil vom 26.6.2006, II ZR 43/05, NJW 2007, 515.

¹²³ BGH, Urteil vom 18.3.2002, II ZR 363/00, NJW 2002, 1716.

¹²⁴ BGH, Urteil vom 9.10.2012, II ZR 298/11, NZG 2012, 1379; Bork, EWIR 2013, 75; Kleindiek, BB 2013, 19; vgl. in diesem Sinne auch den Regierungsentwurf, BT-Drucks. 16/6140, S. 47.

¹²⁵ Entsprechendes kann bei einer Zahlung auf eine Gesellschafterforderung gelten, deren Befriedigung an und für sich nicht zur Zahlungsunfähigkeit führt, von deren Belassen aber Kreditgeber außerhalb des Gesellschafterkreises die Verlängerung oder Gewährung ihrer Kredite abhängig gemacht haben und deren Begleichung sie ihrerseits zum Anlass für eine Kreditrückführung nehmen.

¹²⁶ A. A. OLG München, Urteil vom 6.5.2010, 23 U 1564/10, ZIP 2010, 1236; OLG München, Schlussurteil vom 22.12.2010, 7 U 4960/07, ZIP 2011, 225; siehe zur Treuepflicht des Gesellschafters in diesem Zusammenhang auch BGH, Urteil vom 7.3.2013, IX ZR 7/12GmbHR 2013, 464 m. krit. Anm. Bormann.

¹²⁷ OLG Celle, Urteil vom 9.5.2012, 9 U 1/12, DSr 2013, 55.

¹²⁸ Zu den Voraussetzungen für den wirksamen Abschluss siehe BGH, Beschluss vom 24.10.1988, II ZB 7/88, NJW 1989, 295; ferner BGH, Beschluss vom 30.1.1992, II ZB 15/91, NJW 1992, 1452 = MittBayNot 1992, 218; MünchHdb. GesR III/Decher/Kiefner, 4. Aufl. 2012, § 70 Rdnr. 5 ff.; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 13 Rdnr. 6.

¹²⁹ BFH, Urteil vom 3.3.2010, I R 68/09, DSr 2010, 858.

¹³⁰ Siehe dazu auch Weiler, notar 2013, 194; zu den zahlreichen Zweifelsfragen der Neuregelung siehe BMF, GmbHR 2013, 728; Dötsch/Pung, DB 2013, 2169; Stangl/Brühl, DB 2013, 538; Prinz, Editorial, DB Heft 35/2013; Fellinger/Welling, DSr 2013, 1718; Mayer/Wiese, DSr 2013, 629.

¹³¹ Spindler/Stilz/Neil, AktG, 2. Aufl. 2010, § 295 Rdnr. 1.

¹³² Siehe MünchKommGmbHG/Liebscher, Anhang § 13 Rdnr. 890; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 13 Rdnr. 7; BFH, Beschluss vom 22.10.2008, I R 66/07, NZG 2009, 277.

¹³³ A. A. für die GmbH OLG München, Beschluss vom 17.3.2011, 31 Wx 68/11, DNotZ 2011, 949; anders aber die wohl h. M. in der Literatur, siehe MünchKommGmbHG/Liebscher, Anhang § 13 Rdnr. 890; Scholz/Emmerich, GmbHG, 11. Aufl. 2012, Anhang § 13 Rdnr. 214; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anh. § 13 Rdnr. 7.

¹³⁴ BGH, Urteil vom 18.9.2012, II ZR 50/11, NZG 2013, 53; Emmerich/Habersack, Konzernrecht, 7. Aufl. 2013, § 295 Rdnr. 7a.

Bank mit ihren stillen Gesellschaftern, dass diese in einem Jahr nicht an den zu erwartenden Verlusten partizipieren, sondern stattdessen eine vom Gewinn unabhängige Sonderzahlung erhalten sollten. Andererseits steht nach Auffassung des BGH der im Gesellschaftsverhältnis wurzelnde Zweck der Sonderzahlung der Annahme einer Schenkung im Sinne des § 516 BGB ebenso entgegen wie bei entsprechenden freiwilligen Leistungen des Gesellschafters an die Gesellschaft.¹³⁵

3. Aufhebung von Unternehmensverträgen

Auch die Aufhebung eines Unternehmensvertrages folgt nach überwiegender Auffassung den gleichen Regeln wie der Vertragsschluss.¹³⁶ Entsprechend § 296 AktG ist die Aufhebung nur zum Ende des Geschäftsjahres oder sonst vertraglich bestimmten Abrechnungszeitraums zulässig, wie das OLG München mit Beschluss vom 16.3.2012 entschieden hat.¹³⁷ Die Praxis behilft sich ggf. mit einer Änderung des Geschäftsjahres.¹³⁸ Nach Auffassung des OLG München sind zum Handelsregister neben der Beendigung des Unternehmensvertrages entsprechend § 298 AktG auch Grund und Zeitpunkt der Beendigung anzumelden.¹³⁹ Eine Beendigung des Unternehmensvertrages kann darüber hinaus durch Ablauf der vertraglich vorgesehenen Zeit, im Wege einer vereinbarten Kündigung oder durch Kündigung aus wichtigem Grund erfolgen. Für die Kündigung des Unternehmensvertrages durch die beherrschte Gesellschaft ist ein Gesellschafterbeschluss durch deren Gesellschafter als Wirksamkeitsvoraussetzung anzusehen,¹⁴⁰ der nach zutreffender Auffassung der notariellen Beurkundung bedarf.¹⁴¹ Als wichtiger Kündigungsgrund kommt insbesondere eine Gefährdung des Verlustübernahmeanspruches entsprechend § 302 AktG durch Verschlechterung der Bonität der herrschenden Gesellschaft in Betracht.¹⁴² Entge-

gen der wohl überwiegenden Auffassung liegt in der Veräußerung der Beteiligung an der Untergesellschaft durch das herrschende Unternehmen für beide Seiten ein außerordentlicher Kündigungsgrund.¹⁴³ Zu § 14 Abs. 1 Nr. 3 S. 2 KStG hat das FG Niedersachsen mit Urteil vom 10.5.2012 entschieden, dass ein „wichtiger Grund“ im Sinne dieser steuerrechtlich und nicht zivilrechtlich auszulegenden Vorschrift insbesondere dann vorliege, wenn nicht vorhersehbare Vertragsstörungen eingetreten sind, die so gewichtig sind, dass sie zivilrechtlich ein Lösen vom Gewinnabführungsvertrag auch gegen den Willen des Vertragspartners rechtfertigen. Die Veräußerung einer Organgesellschaft innerhalb eines Konzerns sei allein hingegen kein wichtiger Grund für die vorzeitige Beendigung der Organschaft.¹⁴⁴

VIII. Schluss

Nach der umfangreichen GmbH-Reform durch das MoMiG hat das GmbH-Recht die letzte Legislaturperiode mit nur wenigen Änderungen passiert. Die Rechtsfortbildung der beliebtesten Rechtsform der deutschen Wirtschaft liegt wieder primär in den Händen der Rechtswissenschaft und Literatur. Zahlreiche instanzgerichtliche Entscheidungen befassen sich mit den vorstehend erörterten Fragen rund um die Geschäftsanteile, die Stellung und Haftung der Geschäftsführer, die Satzungsgestaltung und die Kapitalaufbringung. Der BGH hat etwa mit den Entscheidungen zur wirtschaftlichen Neugründung, zum Wirksamkeitszeitpunkt der Einziehung oder zur Begrenzung der Insolvenzverursachungshaftung wesentliche Beiträge zur Weiterentwicklung des GmbH-Rechts geleistet. Dennoch scheint die Dichte der höchstrichterlichen Rechtsprechung speziell zum GmbH-Gesetz rückläufig zu sein. Gründe hierfür dürften in der Verlagerung des Kapitalersatzrechts in die Insolvenzordnung, in der Abmilderung der Rechtsfolgen der verdeckten Sacheinlage sowie schlicht in dem Umstand zu suchen sein, dass zahlreiche Rechtsfragen mittlerweile „ausjudiziert“ sind. Im Ergebnis präsentiert sich die GmbH daher nicht nur als äußerst flexible, sondern auch als gut berechenbare und rechtssichere Rechtsform des Mittelstands.

135 Siehe auch BGH, Urteil vom 8.5.2006, II ZR 94/05, NZG 2006, 543; BGH, Urteil vom 14.1.2008, II ZR 245/06, NJW 2008, 1589.

136 K. Schmidt, GesR, § 38 III 2c; AG Hamburg, GmbHR 2013, 311; a. A. MünchKommGmbHG/Liebscher, Anhang § 13 Rdnr. 912.

137 OLG München, ZIP 2012, 870; krit. Priester, NZG 2012, 641; Giedinghagen, EWiR 2012, 545.

138 MünchKommGmbHG/Liebscher, Anhang § 13 Rdnr. 904; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 13 Rdnr. 7; Bork/Schäfer/Weller, GmbHG, 2. Aufl. 2012, Anhang § 13 Rdnr. 35; Priester, NZG 2012, 641, 643.

139 Siehe OLG München, Beschluss vom 16.3.2012, 31 Wx 70/12, ZIP 2012, 870.

140 BGH, Urteil vom 31.5.2011, II ZR 109/10, NZG 2011, 904.

141 DNotI-Report 2012, 45.

142 MünchKomm GmbHG/Liebscher, Anhang § 13 Rdnr. 924; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 13 Rdnr. 7; siehe ferner OLG München, Beschluss vom 21.3.2011, 31 Wx 80/11, GmbHR 2011, 489, zu Form- und Fristenfordernissen der außerordentlichen Kündigung.

143 MünchKommGmbHG/Liebscher, Anhang § 13 Rdnr. 927 m. w. N.; Wicke, GmbHG, 2. Aufl. 2011, Anhang § 13 Rdnr. 7.

144 FG Niedersachsen, Urteil vom 10.5.2012, 6 K 140/10, NZG 2012, 1119; siehe auch Burwitz, NZG 2013, 91.

Probleme rund um die Gesellschafterliste (Teil I)

Von Notar Prof. Dr. *Dieter Mayer*, München

Am 1.11.2008 ist das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) in Kraft getreten.¹ Durch das MoMiG wurde die Bedeutung der Gesellschafterliste erheblich aufgewertet.² Die Gesellschafterliste soll idealtypisch jegliche Veränderung im Gesellschafterbestand aktuell, lückenlos, unproblematisch und korrekt widerspiegeln.³ In der Praxis besteht hierfür auch ein erhebliches Interesse, denn die Gesellschafterliste dient den verschiedensten, teilweise widerstreitenden Interessen⁴

- der GmbH selbst, dadurch, dass in dem Rechte und Pflichten umfassenden Rechtsverhältnis zu ihren Gesellschaftern Klarheit über deren Personen besteht;
- der Gläubiger dadurch, dass sie sich Ansprüche der Gesellschaft gegen die Gesellschafter, insbesondere auch Einlageverpflichtungen, pfänden und überweisen lassen können;
- des Registergerichts bei der formellen Prüfung von Gesellschafterbeschlüssen hinsichtlich der Legitimation der Beschlussfassenden;
- des Erwerbers eines Geschäftsanteils als Information oder Rechtsscheingrundlage über die Berechtigung des Veräußerers;
- des eingetragenen Gesellschafters zur Wahrung seiner Gesellschafterrechte, insbesondere zur Ausübung des Stimmrechts und des Gewinnbezugsrechts.

Die aus der Zeit vor Inkrafttreten des MoMiG stammenden Gesellschafterlisten sind vielfach unvollständig, veraltet, lückenhaft und häufig auch falsch.⁵ Dies liegt insbesondere daran, dass beim Registergericht Gesellschafterlisten eingereicht wurden, die einen unzutreffenden – weil noch nicht wirksam gewordenen – Abtretungsvorgang wiedergaben. Durch die ausschließliche Zuständigkeit der Geschäftsführer für die Listenerstellung ergab sich zudem das Problem, dass eine Vielzahl der GmbHs keine juristische Beratung bei der Erstellung der Listen in Anspruch nahm. Vor allem aber fehlte ein echtes Interesse der Beteiligten an einer richtigen Gesellschafterliste, weil diese vor Inkrafttreten des MoMiG wesentlich geringere Bedeutung hatte.⁶ Eine der Hauptaufgaben der GmbH-Praxis seit Inkrafttreten des MoMiG bestand darin, die „alten“ Gesellschafterlisten auf den neuesten und materiellrechtlich richtigen Stand zu bringen und diese auch an die neuen „formellen Anforderungen“ (zum Beispiel Nummerierung der Geschäftsanteile) anzupassen.⁷ Viel Zeit blieb hierfür nicht, denn insbesondere für die Ausübung der Gesellschafterrechte nach dem neuen § 16 Abs. 1 GmbHG hat der Gesetzgeber keinerlei Übergangsbestimmungen⁸ vorgesehen und auch die für die vor dem 1.11.2008 gegründeten Gesellschaften eingeräumte Karenzzeit für den gutgläubigen Erwerb erfasst nur eine kurze Übergangsfrist von 6 Monaten bei zurechenbarer Unrichtigkeit, ansonsten von drei Jahren (§ 3 Abs. 3 Satz 2 EGGmbHG).⁹

I. Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG

1. Legitimationsbasis für die Ausübung von Gesellschafterrechten

Nach § 16 Abs. 1 GmbHG gilt nicht mehr der bei der Gesellschaft angemeldete, sondern nur derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste (§ 40 GmbHG) eingetragen ist. Die Gesellschafterliste ist damit die alleinige Legitimationsbasis für die Ausübung von Gesellschafterrechten, und zwar – anders als nach früherem Recht – nicht nur in den Fällen des rechtsgeschäftlichen

Erwerbs, sondern auch bei jeder sonstigen Veränderung im Gesellschafterbestand oder Beteiligungsumfang.¹⁰ Die Neuregelung lehnt sich dabei an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG (Eintragung im Aktienregister bei Namensaktien) an.¹¹ Danach bestehen drei Voraussetzungen für die entsprechende Legitimation des GmbH-Gesellschafters:¹²

- Mitteilung und Nachweis gegenüber der Geschäftsführung (§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG), soweit nicht eine ausschließliche Zuständigkeit des Notars gegeben ist (§ 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG);
- Eintragung des Gesellschafters in die Liste;
- Aufnahme der Liste im Handelsregister.

Im Grundsatz hält der Gesetzgeber allerdings auch bei der Neufassung am Konzept der relativen Gesellschafterstellung fest.¹³

¹ BGBI 2008 I, S. 2026; vgl. hierzu Beilage zu Heft 21 der NZG mit Hinweisen zum Gesetzgebungsverfahren sowie Sonderheft der GmbHR vom Oktober 2008 „GmbH-Beratung nach dem MoMiG“.

² *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 404, und *D. Mayer*, ZIP 2009, 1039 ff.

³ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25.

⁴ *Wicke*, GmbHG, 2. Aufl. 2011, § 40 Rdnr. 1; *Heckschen/Heidinger*, Die GmbH in der Gestaltungs- und Beratungspraxis, 2. Aufl. 2009, § 13 Rdnr. 256.

⁵ *Bednarz*, BB 2008, 1854; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379; *Harbarth*, ZIP 2008, 57, 58; *D. Mayer*, Tagungsband 6. Gesellschaftsrechtliche Jahresarbeitsstagung 2008, 83, 86.

⁶ *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379; *Kort*, GmbHR 2009, 169.

⁷ *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 70.

⁸ Hierzu ausführlich *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131.

⁹ Hierzu *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131.

¹⁰ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 404; *Heckschen*, DStR 2007, 1442, 1450; *Peetz*, GmbHR 2006, 852, 859; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, und zusammenfassend *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 19 ff.

¹¹ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25, und ausführlich hierzu *Bayer*, Liber amicorum für Martin Winter, 2011, S. 9 ff.

¹² *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405.

¹³ *Bayer in Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 19 ff.; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 379, d. h. materiellrechtliche Beteiligung eines Gesellschafters und formellrechtliche Legitimation können weiterhin auseinander fallen.

2. Mithaftung für rückständige Einlageverpflichtungen

Mit der Aufnahme in die Liste haftet der Erwerber für sämtliche offenen Einlageverpflichtungen des Veräußerers (§ 16 Abs. 2 GmbHG). Auch hier gilt, dass die Vermutung unwiderleglich und somit die Haftung grundsätzlich unabhängig von der Wirksamkeit des Erwerbsvorgangs ist.¹⁴ Der Erwerber haftet gleichrangig mit dem Veräußerer, d. h., dass die Gesellschaft sich nicht zuerst an den Veräußerer halten muss. Auf die Kenntnis des Erwerbers von den rückständigen Einlageverpflichtungen kommt es nicht an.¹⁵

Die Haftung des Erwerbers nach § 16 Abs. 2 GmbHG kann weder durch die Satzung noch durch vertragliche Vereinbarung zwischen Veräußerer und Erwerber mit Wirkung für die Gesellschaft ausgeschlossen oder eingeschränkt werden. Um zumindest gegenüber dem Veräußerer gesichert zu sein, sollte der Vertrag zwischen Veräußerer und Erwerber ausführliche Angaben über Bestand und Höhe etwaiger rückständiger Leistungen enthalten und regeln, wer dies im Innenverhältnis zu tragen hat. Versichert der Veräußerer dem Erwerber, dass alle Einlageverpflichtungen vollwertig erbracht sind und auch sonst keine rückständigen Leistungen bestehen, führt diese Regelung jedenfalls im Innenverhältnis zur Risikoübernahme durch den Veräußerer.

3. Grundlage für den gutgläubigen Erwerb

Die Gesellschafterliste dient nach § 16 Abs. 3 GmbHG als Ausgangspunkt für einen gutgläubigen Erwerb von Geschäftsanteilen und macht diesen damit überhaupt erst möglich. Wer einen Geschäftsanteil erwirbt, soll darauf vertrauen dürfen, dass die in der Gesellschafterliste verzeichnete Person auch wirklich Gesellschafter ist (Funktion der Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger).

In diesem Zusammenhang erscheint es wichtig, auf Folgendes hinzuweisen: in einer ganz geringen Zahl von Fällen mag es vorkommen, dass ein Erwerber tatsächlich von einem nicht berechtigten Veräußerer erwirbt. In aller Regel aber, und das entspricht auch der Intention des Gesetzgebers,¹⁶ soll die Gesellschafterliste als Rechtsscheinträger für den gutgläubigen Erwerb beweis erleichternd wirken, denn der Erwerber kann darauf vertrauen, dass er vom Berechtigten erwirbt, wenn die Voraussetzungen des § 16 Abs. 3 GmbHG gegeben sind.

Die Gesellschafterliste nimmt weder am öffentlichen Glauben des Handelsregisters nach § 15 HGB teil noch ist sie ein „kleines Grundbuch“.¹⁷ § 16 Abs. 3 GmbHG lehnt sich zwar teilweise an den Wortlaut des § 892 BGB an, ein vollständiger Gleichlauf zum guten Glauben an den Inhalt des Grundbuchs ist aber wegen des Fehlens einer vergleichbaren Richtigkeitsprüfung nicht möglich.¹⁸

¹⁴ BGH, Beschluss vom 19.4.2010, II ZR 150/09, ZIP 2009, 1561 = NZG 2009, 1113, und hierzu *Theiselmann*, GmbHR 2009, 1260; *Altmeyen*, ZIP 2009, 349; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 251; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405.

¹⁵ Einzelheiten zum Umfang der Haftung bei Bayer in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 41 ff.

¹⁶ Dazu *Seibert*, ZIP 2006, 1157, 1160.

¹⁷ *Vossius*, DB 2007, 2299.

¹⁸ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 26.

II. Einzelne Problemkreise

1. Form der Einreichung der Gesellschafterliste

a) Allgemeines

Die Gesellschafterliste kann nicht in Papierform beim Handelsregister eingereicht werden. Gemäß § 12 Abs. 2 HGB war schon vor Inkrafttreten des MoMiG nur die Einreichung in elektronischer Form möglich. Diese Vorschrift gilt auch, wenn die Gesellschafterliste vom Geschäftsführer eingereicht wird. Nach den Verordnungen der Länder über die elektronische Registerführung (vgl. § 8a Abs. 2 HGB) werden Gesellschafterlisten über das elektronische Gerichts- und Verwaltungspostfach (EGVP)¹⁹ übermittelt. Dabei findet keine Kontrolle der Identität des Einreichenden statt. Hinsichtlich der Form der durch die Geschäftsführer (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG – sog. „Einfache Gesellschafterliste“) zum Handelsregister einzureichenden Dokumente genügt nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 HGB die Einreichung der Gesellschafterliste als einfache elektronische Aufzeichnung, d. h. ohne qualifizierte elektronische Signatur.²⁰

Demgegenüber handelt es sich bei der Gesellschafterliste mit Notarbescheinigung im Sinne des § 40 Abs. 2 Satz 1 und Satz 2 GmbHG um eine in der Form des Vermerks (§ 39 BeurkG) errichtete öffentliche Urkunde.²¹ Der Notar kann die bescheinigte Gesellschafterliste gleich elektronisch erstellen und elektronisch signieren (§ 39a Satz 1 i. V. m. § 39 BeurkG). Damit werden die beurkundungsrechtlichen Anforderungen an eine bescheinigte Gesellschafterliste erfüllt. Die wirksame Einreichung zum Handelsregister kann somit nur über die Einreichung eines digital signierten Dokuments im Sinne des § 39a BeurkG erfolgen.²² Die qualifizierte Signatur verlangt neben der Signatur als solcher, durch welche die Unterschrift des Notars in der Papierwelt ersetzt wird, einen elektronischen Beglaubigungs- oder Transfervermerk des Notars, in dem dieser die inhaltliche Übereinstimmung der Bilddatei mit dem Ausgangsdokument feststellt. Die Notareigenschaft wird dabei durch den Verbund der Notarbescheinigung mit dem Notarattribut auf der Signaturkarte bestätigt, die anstelle des Siegels tritt (§ 39a Satz 4 BeurkG). Nur so kann das Registergericht als Empfänger der Datei bei der Signaturprüfung erkennen, ob die Datei noch unverändert ist, kann den Notar identifizieren und verfügt über das Zeugnis, dass die unveränderte Datei die inhaltsgleiche Wiedergabe eines anderen Dokuments ist.²³ Im Grundsatz gilt (vgl. § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 2 HGB): Dokumente, die in öffentlicher Form vorliegen müssen (die Bescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG ist eine in der Form eines Vermerks nach § 39 BeurkG errichtete öffentliche Urkunde), sind auch in öffentlicher Form zum Handelsregister einzureichen. Es gilt das

¹⁹ Hierzu ausführlich *Willer/Krafka*, DNotZ 2006, 885; *Seibert/Decker*, DB 2006, 2446 ff.

²⁰ LG Gera, Beschluss vom 7.10.2009, 2 HK T 26/09, RNotZ 2010, 67 m. Anm. *Mödl*; LG Trier, Beschluss vom 19.3.2009, 7 HK T 1/09, NZG 2010, 233; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 40 Rdnr. 10; vgl. nur *Baumbach/Hopt*, HGB, 34. Aufl. 2010, § 12 Rdnr. 7; krit. hierzu *Peetz*, GmbHR 2006, 852, 860, und *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 413, 430 f. – vgl. dazu auch die kritische Stellungnahme des Bundesrats zum RegE, Begr. RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 49, sowie Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2007, 735, 741.

²¹ Vgl. *Zöller/Noack* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 63; *Mödl*, RNotZ 2010, 68, 69.

²² LG Gera, RNotZ 2010, 68; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 1103; *Link*, RNotZ 2009, 193, 208.

²³ *Mödl*, RNotZ 2010, 68 m. w. N.; *Hasselmann*, NZG 2009, 486, 492.

Gleiche wie für die Satzungsbescheinigungen nach § 54 GmbHG und § 181 AktG.

Es steht dem Notar allerdings nach § 12 Abs. 2 Satz 2 Hs. 1 frei („genügt“), auch eine elektronische Aufzeichnung zu übermitteln, unter welchem Begriff ein optisches Abbild der Papierurkunde zu verstehen ist. Als notarielle Urkunde ist die Bescheinigung in diesen Fällen mit einem Notarsiegel im Sinne des § 31 DNotZ zu versehen. Es liegt ein „notariell beurkundetes“ Dokument vor, dessen Übermittlung der Einreichung eines digital signierten Dokuments im Sinne des § 39a BeurkG im Regelfall eines elektronischen Beglaubigungsvermerks bedarf.²⁴

Gesetzlich vorgeschrieben ist jedoch die Einreichung einer die Urschrift des Notars und dessen Dienstsiegel bildlich zeigende Urkunde in gescannter Form nicht.²⁵ Wird die Notarbescheinigung mit der Gesellschafterliste originär elektronisch – ohne vorheriges Exemplar in Papierform – erstellt und an das Registergericht übermittelt, ist kein gesonderter elektronischer Beglaubigungsvermerk erforderlich.²⁶ Hierzu wandelt der Notar das Text-Dokument, das die Gesellschafterliste und seine Bescheinigung enthält, in ein für die Einreichung geeignetes Dateiformat (TIFF oder PDF/A) und versieht die Datei mit seiner qualifizierten elektronischen Notarsignatur (§ 126a BGB, § 39a Satz 2 BeurkG i. V. m. § 2 Nr. 3 SigG). Es handelt sich hierbei nicht um die Beglaubigung einer Abschrift, sondern um die Errichtung eines eigenen Zeugnisses des Notars, so dass sachlogisch kein Beglaubigungsvermerk erforderlich ist.²⁷

b) Die im Handelsregister „aufgenommene“ Gesellschafterliste

Die Voraussetzung für die Entfaltung jeglicher Rechtswirkungen durch die Gesellschafterliste ist, dass sie beim Handelsregister aufgenommen ist. Sowohl § 16 Abs. 1 als auch Abs. 3 GmbHG und § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG sehen dies ausdrücklich vor. In § 40 Abs. 1 Satz 1, Abs. 2 Satz 1 und Abs. 2 Satz 2 GmbHG wird ausdrücklich zwischen „Einreichung“ und „Aufnahme“ der Gesellschafterliste unterschieden. Eine Gesellschafterliste ist im Handelsregister erst dann aufgenommen, wenn sie in den für das entsprechende Registerblatt bestimmten Registerordner (§ 9 Abs. 1 HRV) bzw. den Sonderband der Papierregister (§ 8 Abs. 2 HRV a. F.)²⁸ aufgenommen ist.²⁹ Dieser Registerordner wird elektronisch geführt und ist online zugänglich.³⁰ Voraussetzung ist somit die Speicherung im Registerordner; die bloße Einreichung genügt nicht.³¹

Die Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister kann nur erfolgen, wenn diese dort eingereicht wird. Daher enthält § 40 GmbHG die Verpflichtung der Geschäftsführer (Abs. 1) oder des mitwirkenden Notars (Abs. 2) zur Einreichung der Liste zum Handelsregister. Zwischen dieser Einreichung und der Aufnahme werden im Regelfall wenige Tage,

im Einzelfall aber – so die bisherigen Erfahrungen in der Praxis – leider auch einige Wochen liegen. Das erschwert den Umgang mit den gesetzlichen Regelungen, die nur für die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eine entsprechende Aufwertung vorsehen. Besonders deutlich wird dies bei der Ausübung der Gesellschafterrechte (dazu nachstehend Ziffer 2), aber auch bei der Frage nach dem Beginn der Fristen in § 16 Abs. 3 Satz 2 GmbHG für den gutgläubigen Erwerb. Neben dieser zeitlichen Diskrepanz war in den Jahren 2009 und 2010 vor allen Dingen misslich, dass aus der online abrufbaren Gesellschafterliste bzw. dem Registerordner das Datum der Aufnahme nicht ersichtlich war. Ersichtlich war vielmehr nur das Datum der Unterzeichnung durch die Geschäftsführer bzw. im Fall der Notarzuständigkeit das Datum der Bescheinigung des Notars nach § 40 Abs. 2 Satz 2 GmbHG (= Erstellungstag). In der Liste waren dann noch die Rubriken „Eingangsdatum“ und ganz allgemein „Stichtag“ erwähnt, deren Funktion nicht klar war. Auf meine Anregung hin³² wurde im Laufe des Jahres 2010 im elektronischen Handelsregister das Element „Liste der Gesellschafter“ im Dokumentenbaum um das Aufnahmedatum in den Registerordner erweitert. Damit ist nunmehr für den Rechtsverkehr das allein rechtlich relevante Datum ersichtlich. Misslich ist allerdings in diesem Zusammenhang, dass praktisch bei allen Gesellschafterlisten, die vor dem entsprechenden Systemwechsel erstellt und eingereicht wurden, im Dokumentenbaum lediglich der Hinweis enthalten ist: „Aufnahmedatum unbekannt“.

c) Prüfungskompetenz des Registergerichts

Grundsätzlich sieht das Gesetz keine inhaltliche Prüfungspflicht des Registergerichts in Bezug auf die Richtigkeit der Gesellschafterliste vor.³³ Über ein Prüfungsrecht ist damit zwar noch keine Aussage getroffen,³⁴ allerdings ergibt sich aus der besonderen Bedeutung der Aufnahme der Gesellschafterliste im Handelsregister, dass in der Praxis keinerlei Verzögerungen bei der Aufnahme der Liste eintreten dürfen. So wird man seit Inkrafttreten des MoMiG eine Verpflichtung des Registergerichts annehmen müssen, unabhängig von der Eintragungsfähigkeit eines angemeldeten Vorgangs, eine in diesem Zusammenhang eingereichte Gesellschafterliste unverzüglich in den Registerordner aufzunehmen. Dies gilt insbesondere auch dann, wenn Eintragungshindernisse mit einer Zwischenverfügung belegt werden, aber auch in den Fällen, in denen etwa eine Sitzverlegung beim Handelsregister angemeldet wird – hier ist die Liste noch von dem Gericht in den Registerordner aufzunehmen, bei dem die Sitzverlegung beantragt wird.

Die genauen Grenzen des Prüfungsrechts des Registergerichts vor der Aufnahme einer eingereichten Gesellschafterliste sind nach wie vor umstritten.³⁵ Entsprechend der Tendenz in der Literatur haben auch bereits mehrere OLG³⁶ entschieden, das Registergericht habe zu prüfen, ob die für eine Gesellschafterliste geltenden formalen Voraussetzungen vorliegen.³⁷ Zur

²⁴ OLG Jena, Beschluss vom 25.5.2010, 6 W 39/10, GmbHR 2010, 760.

²⁵ Zutr. LG Trier, NZG 2010, 233.

²⁶ KG, Beschluss vom 20.6.2011, 25 W 25/11, Beck RS 2011, 17964; a. A. noch OLG Thüringen, Beschluss vom 25.5.2010, 6 W 39/10, DNotZ 2010, 793.

²⁷ Instrukтив hierzu Mödl, RNotZ 2010, 68.

²⁸ In der bis zum Inkrafttreten des Gesetzes über das elektronische Handels- und Genossenschaftsregister (EHUG) vom 10.11.2006 (BGBl 2553 I) am 1.1.2007 geltenden Fassung.

²⁹ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25.

³⁰ Einzelheiten bei Seibert/Wedemann, GmbHR 2007, 17 ff.; Melchior, NotBZ 2006, 409 ff.

³¹ Noack, DB 2007, 1395, 1399; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 413.

³² Vgl. D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039.

³³ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 30.

³⁴ Anders wohl Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 366; Kort, GmbHR 2009, 169, 171.

³⁵ Vgl. hierzu ausführlich DNotI-Report 2009, 190 ff.

³⁶ OLG München, Beschluss vom 27.5.2009, 31 Wx 38/09, NZG 2009, 797, 798; OLG München, Beschluss vom 8.9.2009, 31 Wx 92/09, NZG 2009, 1192; OLG Bamberg, Beschluss vom 2.2.2010, 6 W 40/09, DNotZ 2010, 871; OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2010, 6 W 110/10, DNotZ 2010, 873; OLG München, GmbHR 2012, 399, 400.

³⁷ So schon D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039.

Prüfung der formalen Voraussetzungen gehört insbesondere, ob die Liste den Anforderungen des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entspricht,³⁸ also die nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erforderlichen Angaben gemacht wurden. Es steht insbesondere nicht im Belieben der Beteiligten, den Inhalt der von ihnen eingereichten Gesellschafterliste abweichend von den gesetzlichen Vorgaben um weitere, ihnen sinnvoll erscheinende Bestandteile zu ergänzen. Dem steht der geltende Grundsatz der Registerklarheit entgegen.³⁹ Des Weiteren ist das Registergericht berechtigt, zu prüfen, ob die neue Liste an die vorausgehende, die zuletzt aufgenommene Liste, anknüpft.⁴⁰ Sind diese formalen Vorgaben eingehalten und ist der Rechteinhaber zweifelsfrei identifizierbar, dann würde das Fehlen nur einzelner Angaben (zum Beispiel Geburtsdatum, Handelsregisternummer der eingetragenen Gesellschaft oder Nummerierung der Anteile) einem gutgläubigen Erwerb nicht entgegenstehen – in diesen Fällen ist die Liste unverzüglich aufzunehmen und der Listeneinreicher mittels Zwischenverfügung aufzufordern, eine korrigierte Liste einzureichen.⁴¹ Wegen der besonderen Funktion der Liste überwiegt stets das Interesse an der Schnelligkeit der Aufnahme der Liste gegenüber einer in ihren Grenzen unklaren inhaltlichen Prüfung durch das Registergericht. Das Gericht hat auch nicht zu prüfen, ob die Liste von den dazu berechtigten Personen (Geschäftsführer/Notar) eingereicht wurde,⁴² es sei denn, es liegt ein Evidenzfall einer fehlerhaften Kompetenzeinschätzung vor.⁴³

Ein darüber hinausgehendes materielles Prüfungsrecht soll dem Registergericht dann zustehen, wenn es sichere Kenntnis von der inhaltlichen Unrichtigkeit der eingereichten Gesellschafterliste hat.⁴⁴ Gemeint sind damit aber auch hier nur sog. Evidenzfälle. Im Grundsatz aber gilt, dass der Gesetzgeber die Verantwortung für die inhaltliche Richtigkeit der Gesellschafterliste dem Geschäftsführer bzw. dem Notar und nicht dem Registergericht übertragen hat. Wegen der besonderen Funktion der Gesellschafterliste überwiegt in Zweifelsfällen das Interesse an der Schnelligkeit der Aufnahme in das Handelsregister gegenüber einer in ihren Grenzen unklaren inhaltlichen Prüfung durch das Registergericht.⁴⁵ Der BGH hat die Problematik bislang ausdrücklich unentschieden gelassen.⁴⁶

2. Ausübung der Gesellschafterrechte

a) Ausgangsfall

A und C sind Gesellschafter der X-GmbH. C hat seinen Geschäftsanteil im Jahr 2005 von B erworben. Obwohl dieser

Erwerb nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. ordnungsgemäß bei der Gesellschaft angemeldet wurde, wurde versehentlich keine neue Gesellschafterliste eingereicht. Die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste weist daher noch A und B als Gesellschafter aus. Im Mai 2013 soll bei der X-GmbH eine Satzungsneufassung beurkundet werden. Für den beurkundenden Notar stellt sich die Frage, wer zur Beschlussfassung legitimiert ist.

b) Relative Gesellschafterstellung

Bezogen auf den Ausgangsfall stellt sich die Frage, ob nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. die angemeldeten oder nach § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. die in der im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter der Gesellschaft gegenüber als Gesellschafter gelten, wenn beim Handelsregister nach Inkrafttreten des MoMiG noch keine neue Gesellschafterliste eingereicht wurde. § 16 Abs. 1 GmbHG n. F. regelt wie bisher die Rechtstellung der beim Wechsel der Gesellschafter Beteiligten im Verhältnis zur Gesellschaft.⁴⁷ Die Gesellschafterliste ist aber jetzt alleinige Legitimationsbasis für die Ausübung von Gesellschafterrechten, und zwar nicht nur in den Fällen des rechtsgeschäftlichen Erwerbs, sondern auch bei jeder sonstigen Veränderung im Gesellschafterbestand oder Beteiligungsumfang.⁴⁸ Damit begründet die Eintragung in der beim Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste die unwiderlegliche Vermutung, dass der Eingetragene in dem verzeichneten Umfang tatsächlich Gesellschafter und somit materiell berechtigt ist, die Gesellschafterrechte auszuüben.⁴⁹ Damit hält der Gesetzgeber an dem Konzept der relativen Rechtstellung des GmbH-Gesellschafters fest (vgl. dazu auch § 67 Abs. 2 AktG für den Inhaber von Namensaktien).⁵⁰ Von der tatsächlichen materiellen Rechtslage ist diese Legitimationswirkung nach der Vorstellung des Gesetzgebers entkoppelt. Die Legitimationswirkung gilt zugunsten wie zulasten des Eingetragenen. Aus diesem Grund haben sowohl der „wirkliche Gesellschafter“ als auch der materiell zu Unrecht in die Gesellschafterliste Eingetragene einen Anspruch gegen die GmbH auf Korrektur einer unrichtigen Gesellschafterliste.⁵¹

Die Vermutungswirkung der Eintragung bezieht sich auf sämtliche Mitgliedschaftsrechte und Pflichten.⁵² Das bedeutet, dass nicht nur das Stimmrecht des Gesellschafters, sondern auch alle anderen Rechte, wie etwa das Gewinnbezugsrecht, Teilnahmerecht in Gesellschafterversammlungen, Informationsrechte, Widerspruchs- und Abfindungsrechte, erfasst sind.⁵³

Nach dem Gesetzeswortlaut soll auch der „Umfang der Betei-

³⁸ BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, ZIP 2011, 765; OLG München, ZIP 2009, 1911; OLG München, ZIP 2009, 1421; OLG Bamberg, ZIP 2010, 1394; OLG Jena, ZIP 2010, 831, 832 f.

³⁹ BGH, ZIP 2011, 765; OLG München, ZIP 2009, 1911, 1913; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1042 f.

⁴⁰ OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.1.2011, 20 W 378/10, GmbHR 2011, 823; OLG München, Beschluss vom 26.1.2012, 31 Wx 13/12, GmbHR 2012, 399, 400; OLG Bamberg, GmbHR 2010, 594.

⁴¹ Sehr str., vgl. D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039; Korth, GmbHR 2009, 169, 171; Götzle/Bressler, NZG 2007, 894, 896.

⁴² So aber OLG Frankfurt, Beschluss vom 22.11.2010, 20 W 333/10, GmbHR 2011, 198.

⁴³ Ausführlich und klar MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 40 Rdnr. 238 ff.

⁴⁴ OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 823; OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 198; OLG Thüringen, GmbHR 2010, 598; OLG München, GmbHR 2009, 1211; Wachter, NZG 2009, 1011, 1003; OLG Jena, ZIP 2010, 831.

⁴⁵ DNotI-Report 2009, 190, 192; D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1039.

⁴⁶ BGH, GmbHR 2011, 474, 475.

⁴⁷ Krit. zur „relativen Gesellschafterstellung“ Bohrer, DStR 2007, 995, 996, der im Zusammenhang mit § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. von der „wunderlichsten“ Bestimmung zum Geschäftsanteilsverkehr spricht.

⁴⁸ D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 404; Heckschen, DStR 2007, 1442, 1450.

⁴⁹ Vgl. Bayer in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 18. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 27 m. w. N.; vgl. die Nachweise bei Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 374; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 404; Peetz, GmbHR 2006, 852, 853.

⁵⁰ Die Begründung zum RegE weist ausdrücklich auf die Anlehnung an das Regelungsmuster des § 67 Abs. 2 AktG hin, vgl. Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25.

⁵¹ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 19.

⁵² Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 28; Hasselmann, NZG 2009, 409, 410; Seibt in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. 2012, § 16 Rdnr. 36.

⁵³ Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 376; Wicke, a. a. O. (Fn. 4), § 16 Rdnr. 3.

ligung“ von der Legitimationswirkung der Listeneintragung erfasst sein. Damit kann – auch wenn sich die Kommentarliteratur dazu nicht äußert – nur gemeint sein, dass auch die Höhe der Beteiligung (Beteiligungsquote) von der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erfasst wird.

Diese vom Gesetzgeber bewusst in Anlehnung an § 67 Abs. 2 AktG (Aktienregister bei Namensaktien) vorgenommene Entkoppelung der materiellen Rechtslage von der Legitimationswirkung des Listeninhalts ist aus praktischer Sicht verfehlt. Sie wird in der Zukunft zu einer Flut von Rechtsunsicherheiten und Rechtsstreitigkeiten führen, da auch nach Inkrafttreten des MoMiG eine Vielzahl der vorhandenen Gesellschafterlisten inhaltlich unrichtig ist. Das mag auf Nachlässigkeiten der Geschäftsführung oder aber auch auf Nachlässigkeiten der Notare beruhen.

Beispiel:

Die X-GmbH besteht aus den Gesellschaftern A und B. A tritt seinen Geschäftsanteil zu notarieller Urkunde an C ab. Der Notar versäumt es, eine geänderte und notariell bescheinigte Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Drei Monate nach der Abtretung beschließen B und C die Neubestellung von G zum Geschäftsführer der Gesellschaft.

Hier sind die Fehlerfolgen bei Nichtberücksichtigung des oder der Listengeschafter (in unserem Fall des Listengeschafter A) unterschiedlich:

- wurde der Beschluss ausschließlich durch Nichtgesellschafter gefasst, so liegt ein sog. Nichtbeschluss vor, bei dem umstritten ist, ob eine Heilung möglich ist.⁵⁴
- wurde ein eigentlich zu ladender Gesellschafter (hier A) nicht zur Gesellschafterversammlung geladen, so hat das analog § 241 Nr. 1 AktG die Nichtigkeit des daraufhin gefassten Beschlusses zur Folge.⁵⁵ Erklärt allerdings der Nichtgeladene nachträglich sein Einverständnis mit der Beschlussfassung (Genehmigung), so wird diese Nichtigkeit geheilt (§ 242 Abs. 2 Satz 4 AktG analog).⁵⁶

Völlig ungeklärt ist, wo die Grenzen der unwiderleglichen Vermutung der relativen Gesellschafterstellung aus § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG liegen, wenn die Gesellschafterliste aus irgendeinem Grund fehlerhaft zustande gekommen ist. Diese Frage hat der Gesetzgeber – trotz ihrer großen praktischen Bedeutung – weder im Gesetz geklärt noch im Gesetzgebungsverfahren problematisiert. Festzuhalten bleibt zunächst, dass eine Listenänderung die Legitimationswirkung nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG und die Haftungswirkung nach § 16 Abs. 2 GmbHG nur dann hervorrufen kann, wenn der alte oder neue Berechtigte beim zuständigen Listenersteller (Geschäftsführer, Notar) die maßgebliche Veränderung zurechenbar veranlasst hat.⁵⁷ Unstreitig ist dabei, dass etwa Mängel des Abtretungsvertrags keine Auswirkungen auf die Wirkung der Gesellschafterliste haben.⁵⁸ Zweifelhaft ist allerdings, inwieweit fehlerhafte Listenerstellungen oder die Listenerstellung durch einen Unbefugten oder gar gefälschte Gesellschafterlisten die Legitimationswirkung in Frage stellen. Festzuhalten bleibt in diesem Zusammenhang jedenfalls,

⁵⁴ Vgl. *Zöllner in Baumbach/Hueck*, 20. Aufl. 2013, Anh. § 47 Rdnr. 25.

⁵⁵ Vgl. die Nachweise bei *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 51 GmbHG Rdnr. 28.

⁵⁶ *Zöllner in Baumbach/Hueck*, 20. Aufl. 2013, § 51 Rdnr. 30.

⁵⁷ Vgl. die Nachweise bei *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 44.

⁵⁸ Vgl. die Nachweise bei *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 46 ff.

dass es eine uneingeschränkte Legitimationswirkung – losgelöst von jeglicher materieller Rechtslage – auch vor dem Hintergrund der gesetzlichen Neukonzeption nicht geben kann.

Beispiel:

Die A-GmbH hält 100 % der Anteile an der B-GmbH und ist in der Gesellschafterliste als Inhaberin der Geschäftsanteile eingetragen. Die A-GmbH wird mit der C-GmbH verschmolzen. Im Rahmen dieser Verschmelzung geht die Beteiligung der A-GmbH an der B-GmbH im Wege der Gesamtrechtsnachfolge auf die C-GmbH über. Drei Monate nach Wirksamwerden der Verschmelzung fasst die C-GmbH, vertreten durch ihre Geschäftsführer, einen Geschäftsführerbestellungsbeschluss in privatschriftlicher Form, obwohl nach wie vor die A-GmbH als Gesellschafterin in der aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen ist.

Beispiel:

Die A-GmbH hält 100 % der Geschäftsanteile an der B-GmbH. Die A-GmbH wird formwechselnd umgewandelt in die A-AG. Drei Monate nach Wirksamwerden der Umwandlung fasst die A-AG, vertreten durch ihre vertretungsbefugten Vorstandsmitglieder, bei der B-GmbH einen Beschluss betreffend die Einziehung von Geschäftsanteilen, obwohl in der aufgenommenen Gesellschafterliste nach wie vor die A-GmbH als Gesellschafterin eingetragen ist.

Bezogen auf die vorstehenden Beispielfälle versteht sich von selbst, dass die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste hier nicht uneingeschränkt Geltung beanspruchen kann. So ist etwa in dem Beispielfall betreffend die Verschmelzung die A-GmbH als Rechtsträger erloschen und kann gar keine wirksamen Willenserklärungen mehr durch ihre Geschäftsleitung abgeben. Auch bei dem Beispiel betreffend den Formwechsel kann den Beschluss bei der B-GmbH nicht mehr die Geschäftsführung der ursprünglichen A-GmbH fassen. Dies zeigt, dass es Ausnahmen vom Grundsatz der vollständigen Entkoppelung der materiellen Rechtslage von der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG geben kann und muss. Leider sind die Dinge bisher völlig unzureichend diskutiert. Die Rechtsprechung musste sich mit derartigen Fällen noch nicht befassen.

c) Listeninhalt contra Anmeldung

Zurück zum Ausgangsfall bei Ziffer 2. a):

Da der Gesetzgeber keine Übergangsregelung geschaffen hat, stellt sich die Frage, woraus sich die Vermutungswirkung bis zur Erstellung einer neuen (MoMiG-)Liste ableitet. Nimmt man einen vollständigen Systemwechsel zum 1.11.2008 an, so könnten im Ausgangsfall nur A und B den Gesellschafterbeschluss fassen, denn nur sie sind in der aufgenommenen Gesellschafterliste ausgewiesen. Gegen einen solchen Ansatz spricht aber, dass der Gesetzgeber für § 16 Abs. 1 GmbHG – anders als für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG (vgl. § 3 Abs. 3 EGGmbHG)⁵⁹ – gerade nicht angeordnet hat, dass für die alten Gesellschafterlisten die Vermutungswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG gelten soll. Insbesondere ist nicht davon auszugehen, dass der Gesetzgeber mit Inkrafttreten des MoMiG dem ordnungsgemäß angemeldeten, aber nicht in der Liste eingetragenen Gesellschafter die ihm zustehenden Gesellschafterrechte entziehen wollte. Ein solcher Eingriff in die Rechte des Gesellschafter (etwa in das Gewinnbezugsrecht) durch eine „echte Rückwirkung“ des Ge-

⁵⁹ Hierzu ausführlich *Wedemann*, GmbHR 2008, 1131.

setzgebers wäre verfassungsrechtlich nicht legitimierbar.⁶⁰ Betroffen wären überdies sogar Gesellschafter, für die nicht einmal eine Anmeldepflicht nach § 16 Abs. 1 GmbH a. F. bestand, weil keine Veräußerung eines Geschäftsanteils vorlag. Angesichts der Vielzahl von nicht korrekten (alten) Gesellschafterlisten würde ein Abstellen auf deren Inhalt zudem zu einer inakzeptablen Rechtsunsicherheit führen und die vom Gesetzgeber gewünschte Transparenz über die Anteilsinhaberstruktur bei der GmbH wäre in Frage gestellt. Entscheidend ist deshalb für eine Veränderung im Gesellschafterkreis bis zum 1.11.2008 ausschließlich eine nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. ordnungsgemäße Anmeldung.⁶¹ Die Beschlussfassung im Ausgangsfall hat durch die Gesellschafter A und C zu erfolgen.

d) Praxisfolgen

(1) Prüfungspflichten

Da eine klare Übergangsvorschrift fehlt, muss die Rechtslage derzeit aber als unsicher bezeichnet werden.⁶² Demzufolge sollten die Geschäftsführer schnellstmöglich alle „alten“ Listen überprüfen und dafür sorgen, dass alle angemeldeten Gesellschafter auch in einer neuen „MoMiG-Gesellschafterliste“ aufgenommen werden.⁶³ Wird diese neue Liste vor der Beschlussfassung beim Handelsregister aufgenommen, greift die Vermutungswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG für die in der Liste eingetragenen Gesellschafter. Die Geschäftsführung hat vor jedem formfreien Gesellschafterbeschluss die im Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste einzusehen. Gleiches gilt für jeden Notar, der einen Gesellschafterbeschluss zu beurkunden hat. Wird bei dieser Prüfung festgestellt, dass der Listeninhalt nicht mit der materiellen Rechtslage übereinstimmt, muss vor der Beschlussfassung eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht und dort aufgenommen werden. Die Erstellungskompetenz liegt in diesem Fall bei den Geschäftsführern. Zwar erfolgt nach § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine Änderung der Liste durch den

Geschäftsführer nur auf „Mitteilung und Nachweis“ hin. Wurden aber die Anforderungen des § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. (Anmeldung unter Nachweis des Übergangs) in der Vergangenheit beachtet, kann der Geschäftsführer auch ohne erneute Mitteilung und Nachweis eine der materiellen Rechtslage entsprechende „MoMiG-Gesellschafterliste“ erstellen.⁶⁴ Fehlt es hingegen überhaupt unter der Geltung des früheren Rechts an einer Anmeldung des (materiellen) Gesellschafters, so ist es Sache dieses Gesellschafters bzw. seiner Rechtsnachfolger, durch erneute Mitteilung und ggf. Nachweis im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG auf eine Korrektur der unrichtigen, alten Liste hinzuwirken. In diesem Zusammenhang wird man allenfalls bei einem vorsätzlichen oder fahrlässigen Außerachtlassen der Fehlerhaftigkeit einer Mitteilung oder eines Nachweises von einer Haftung des Geschäftsführers nach § 40 Abs. 3 GmbHG ausgehen können.⁶⁵

(2) Anwendbarkeit des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG

Die in § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vorgesehene „Legitimationsskette“ führt zu Problemen, wenn sofort nach Wirksamwerden einer Anteilsabtretung eine Gesellschafterversammlung durch den Erwerber abgehalten werden soll (zum Beispiel um die alten Geschäftsführer abzuverufen und neue zu bestellen und notwendige Satzungsänderungen zu beschließen).⁶⁶ Diese Konstellation ergibt sich in der Praxis häufig bei der Verwendung einer Vorratsgesellschaft. Hier kann der Wechsel in der Gesellschafterstellung nicht schon vor der entsprechenden Beschlussfassung des Erwerbers aus der im Handelsregister aufgenommenen Liste ersichtlich sein. Die Sonderregelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG ermöglicht es hier dem Erwerber bereits vor Aufnahme der Liste in das Handelsregister, unmittelbar nach Wirksamwerden des Erwerbs, die Gesellschafterrechte, insbesondere das Stimmrecht, auszuüben.⁶⁷ Nach § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sind derartige Rechtshandlungen zunächst schwebend unwirksam. Sie werden wirksam, wenn die Liste unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung in das Handelsregister aufgenommen wird. Erfolgt die Aufnahme nicht unverzüglich, so sind die Rechtshandlungen endgültig unwirksam.⁶⁸ Unverzüglich bedeutet nach § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“.⁶⁹ Eine Frist ist vom Gesetzgeber nicht vorgesehen.⁷⁰ Aufgrund der weitreichenden Folgen ist es für die Praxis von großer Bedeutung, ob eine unverzügliche Aufnahme erfolgt ist. Da Verzögerungen in der Bearbeitungszeit des Registergerichts nicht zulasten der Beteiligten gehen dürfen, kommt es entscheidend darauf an, ob der Geschäftsführer bzw. der Notar die Liste unverzüglich beim Registergericht eingereicht hat.⁷¹

⁶⁰ Vgl. zur Übergangsvorschrift des § 3 Abs. 4 EGGmbHG (verdeckte Sacheinlage) den Ansatz von *Bohrmann*, GmbHR 2007, 897, 900 f.

⁶¹ Sehr str., bei *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040, wird noch von „materieller Rechtslage“ gesprochen, gemeint war allerdings – wie sich aus dem Gesamtkontext ergibt – die ordnungsgemäße formelle Anmeldung nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. Das LG München (LG München I, Beschluss vom 24.9.2009, 17 HK T 15914/09, ZIP 2010, 930) hat dann unter Bezugnahme auf diese literarische Äußerung ebenfalls von der „materiellen Rechtslage“ gesprochen. Bei sachgerechter Auslegung der Entscheidung des LG München I ist allerdings auch aus Sicht des LG München davon auszugehen, dass die formelle Anmeldung maßgeblich ist (so auch *Heckschen*, EWIR 2010, 325 f.). Ebenfalls auf das Anmeldesystem nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. abstellend: *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, 20. Aufl. 2013, § 16 Rdnr. 7; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, Band 1, 2. Aufl. 2010, § 16 Rdnr. 207; *Zirngibl* in *Bunemann/Zirngibl*, Die Gesellschaft mit beschränkter Haftung in der Praxis, 2. Aufl. 2011, § 4 Rdnr. 20; *Bege-mann/Galla*, GmbHR 2009, 1045; *Brandmüller*, MittBayNot 2010, 147, 148; *Wicke*, DB 2011, 1037.

⁶² Eine starke Meinung in der Literatur stellt darauf ab, dass mit Inkrafttreten des MoMiG auch die Neuregelung in § 16 Abs. 1 und 2 GmbHG Anwendung findet; vgl. zusammenfassend *Saenger*, DNotZ 2012, 346 ff.; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 Rdnr. 82 ff.; *Wachter*, DB 2009, 159, 160; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 106 ff.; *Hasselmann*, NZG 2009, 409; *Wachter*, BB 2010, 19, 20; vgl. hierzu auch aus der Gutachtenpraxis des DNotI, DNotI-Report 2008, 185, das zu dem Ergebnis kommt, es sei auf die „alte“ Gesellschafterliste abzustellen – ebenso *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 380 ff.

⁶³ Zutr. *Heckschen*, EWIR 2010, 325, 326; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 Rdnr. 82; *Wicke*, DB 2011, 1037; *Michalski/Ebbing*, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rdnr. 20 f.; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 386.

⁶⁴ So auch *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 82.

⁶⁵ Zutr. *Kort*, GmbHR 2009, 169, 171, der im Übrigen davon ausgeht, dass das neue Recht die Geschäftsführer überfordert; krit. auch *Bednarz*, BB 2008, 1856, 1859.

⁶⁶ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405; *ders.*, ZIP 2009, 1037, 1040 f.; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 36 ff.; *Ziemons*, Beil. zu BB 2006, S. 13.

⁶⁷ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25.

⁶⁸ Begr. RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 381; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405.

⁶⁹ *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 390.

⁷⁰ Krit. *Elsing*, GmbHR 2008, Heft 2 R17.

⁷¹ So auch *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 37; *Wachter*, ZNotP 2008, 373; *Westphal* in *Ring/Grziwotz*, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 16 GmbHG Rdnr. 5; noch großzügiger *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, 20. Aufl. 2013, § 16 Rdnr. 21 – nur Verschulden der Erwerber schädlich; ähnlich *Wicke*, NotBZ 2009, 1, 12; krit. aber *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1909; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 144.

Bei anderer Betrachtungsweise käme es für die Beurteilung der Wirksamkeit der Rechtshandlung darauf an, ob das Registergericht seine Aufgaben pflichtgemäß erfüllt hat. Im Übrigen ist die zulässige Dauer der Zeitspanne in § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG schwer zu beurteilen. Im Schrifttum diskutierte Fristen von einem bis zwei Monaten sind wesentlich zu lang.⁷² Eine feste Frist von zum Beispiel vier Wochen würde dem Sinn der Regelung auch gerecht und für mehr Rechtssicherheit sorgen.⁷³

In der Praxis kann man die im Zusammenhang mit dieser Vorschrift bestehende Rechtsunsicherheit weitestgehend vermeiden, indem der Veräußerer an den Rechtshandlungen des Erwerbers mitwirkt oder diesem eine Vollmacht zur Ausübung der Gesellschafterrechte gibt.⁷⁴

Wird die Anteilsabtretung erst später wirksam – etwa wenn noch der Eintritt von Bedingungen (zum Beispiel Kaufpreiszahlung) aussteht oder die Abtretung der Geschäftsanteile an weitere noch ausstehende Voraussetzungen (zum Beispiel Zustimmung bei Vinkulierungsklauseln) geknüpft ist – bleibt nur die vorgenannte Gestaltung über eine Vollmacht oder der Erwerber muss mit der Beschlussfassung warten, bis die Anteilsabtretung wirksam geworden ist. Die Sonderregelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG führt somit nur dann zu einer Erleichterung, wenn die Anteilsabtretung mit der Beurkundung sofort wirksam wird.⁷⁵

Im Zusammenhang mit der Sonderregelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG stellt sich die Frage, ob die Vorschrift auch in den Fällen herangezogen werden kann, in denen der Geschäftsführer die Gesellschafterliste unmittelbar vor Vornahme einer Rechtshandlung korrigiert und dann die „MoMiG-Gesellschafterliste“ unverzüglich nach Vornahme der Rechtshandlung über den Notar beim Handelsregister einreicht.

Angesprochen ist zum Beispiel wieder die Konstellation im Ausgangssachverhalt. Wird im Zusammenhang mit der Beurkundung der Satzungsneufassung durch den Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste erstellt, die nun richtig A und C als Gesellschafter ausweist, und wird die Liste über den beurkundenden Notar beim Handelsregister eingereicht, so können A und C – unabhängig von der im Zusammenhang mit der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG bestehenden Streitfrage – jedenfalls dann einen wirksamen Beschluss fassen, wenn die Liste unverzüglich nach Beschlussfassung gemäß § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG in das Handelsregister aufgenommen wird. Dabei ist zuzugeben, dass der Gesetzgeber ausweislich der Gesetzesbegründung⁷⁶ nur die Sonderkonstellation eines unmittelbar vorausgegangenen Erwerbs und nicht die alten, häufig falschen, Gesellschafterlisten im Auge hatte. Die Vorschrift lässt sich aber – auch nach ihrem Wortlaut – problemlos auf die Fälle übertragen, in denen ein Erwerb nicht im unmittelbaren zeitlichen Zusammenhang mit einer nachfolgenden Rechtshandlung (zum Beispiel Beschlussfassung) des Erwerbers erfolgt ist, sondern zeitlich länger zurückliegt. Andernfalls müsste bei jeder festgestellten Unrichtigkeit

⁷² Großzügiger allerdings *Seibt* in *Scholz*, GmbHG, 10. Aufl. 2011, § 16 Rdnr. 47 a. E.; siehe dagegen *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 Rdnr. 37; *Barthel*, GmbHR 2009, 569, 570.

⁷³ So auch *Elsing*, GmbHR 2008, Heft 2 R 17; strenger *Barthel*, GmbHR 2009, 569, 570 (Obergrenze zwei Wochen).

⁷⁴ *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 382, mit Formulierungsvorschlag und hierzu auch BGH, GmbHR 2008, 702; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 392.

⁷⁵ *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 405; *ders.*, ZIP 2009, 1037, 1041; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 38; *MünchKommGmbHG/Heidinger*, 2010, § 16 Rdnr. 38.

⁷⁶ Begr. zum. RegE, Beil. zu NZG 21, 2008, S. 25.

der Gesellschafterliste zunächst abgewartet werden, bis die neue Liste beim Handelsregister aufgenommen ist. Da die Aufnahme der Liste im Einzelfall mehrere Wochen dauern kann, müsste der Notar die Beteiligten unter Hinweis auf die derzeit bestehende Rechtsunsicherheit im Zusammenhang mit der relativen Gesellschafterstellung (§ 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) bis zu diesem Zeitpunkt vertrösten. Die gleiche Beurteilung wäre im Übrigen auch für eine „MoMiG-Gesellschafterliste“ angezeigt. Nach dem Sinn und Zweck des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sollen Verzögerungen zwischen der Rechtshandlung und der Aufnahme der Liste zum Handelsregister aber gerade nicht zu einer Handlungsunfähigkeit der Gesellschaft und deren Gesellschafter führen.

Beispiel:

Der Notar beurkundet am 29.8.2012 eine Geschäftsanteilsabtretung und reicht die berichtigte und bescheinigte Gesellschafterliste beim Handelsregister ein. Am gleichen Tag wollen die neuen Anteilsinhaber einen Verschmelzungsbeschluss betreffend die Verschmelzung der erworbenen Gesellschaft mit Verschmelzungsstichtag 1.1.2012 fassen.

Hier kann der beurkundende Notar die Beteiligten schon wegen der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG nicht auf einen späteren Beschlusszeitpunkt verweisen. Könnte die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG hier nicht nutzbar gemacht werden, würde die Praxis in der Zukunft vor unlösbaren Problemen stehen.

In den Fällen, in denen eine Veränderung in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung im Sinne von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG vorliegt, sollte man die Bestimmung des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG aus den vorgenannten Gründen selbst dann – zumindest analog – anwenden, wenn kein „Erwerb“ im Sinne dieser Vorschrift vorliegt, sondern ein sonstiger Anteilsübergang.⁷⁷

Beispiel:

Unmittelbar vor Beurkundung eines Gesellschafterbeschlusses wird festgestellt, dass die Gesellschafterliste noch den Gesellschafter A ausweist, dessen Anteil aber rechtswirksam eingezogen worden ist.

Auch hier muss es genügen, dass im Zusammenhang mit der Beurkundung des Gesellschafterbeschlusses eine neue Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht wird.

Unabhängig davon besteht selbstverständlich der sicherste Weg darin, mit der Beschlussfassung zu warten, bis die Aufnahme der Liste im Handelsregister erfolgt ist oder jedenfalls alle denkbar materiellrechtlich berechtigten Gesellschafter an der Beschlussfassung mitwirken zu lassen.

(3) Rechtshandlungen des Geschäftsführers

Beispiel:

A tritt an B sämtliche Geschäftsanteile an der X-GmbH ab. Nach Vollzug der Abtretung bestellt B einen neuen Geschäftsführer G und veranlasst, dass die neue Gesellschafterliste elektronisch zum Handelsregister übermittelt wird. Der neue Geschäftsführer schließt im Namen der X-GmbH verschiedene Verträge ab.

Hier ist zweifelhaft, ob die Rückwirkungsfiktion des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nicht nur die Geschäftsführerbestellung, sondern auch die Rechtshandlungen, die der schwebend

⁷⁷ So auch *Westphal* in *Ring/Grziwotz*, Praxiskommentar GmbH-Recht, 2009, § 16 Rdnr. 7; *Hasselmann*, NZG 2009, 409, 411; *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1041.

unwirksam bestellte Geschäftsführer im Namen der GmbH vorgenommen hat, erfasst. Obwohl § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG sich nur auf vom Erwerber in Bezug auf das Geschäftsverhältnis vorgenommene Rechtshandlungen bezieht, würde es dem Sinn und Zweck der Vorschrift widersprechen, wenn der Erwerber einer GmbH zwar einen neuen Geschäftsführer bestellen könnte, dieser aber bis zur Aufnahme der neuen Gesellschafterliste im Handelsregister handlungsunfähig wäre. Es ist deshalb davon auszugehen, dass die „Heilungswirkung“ des § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbHG nicht nur die Bestellung des Geschäftsführers umfassen soll, sondern auch auf seine Rechtshandlungen zu erstrecken ist.⁷⁸

Dennoch schwebt über allen Handlungen des Geschäftsführers das Damoklesschwert der endgültigen Unwirksamkeit.⁷⁹ Besonders problematisch sind einseitige Rechtsgeschäfte des Geschäftsführers; auch ihnen sollte jedoch unter den Voraussetzungen des § 180 Satz 2 BGB i. V. m. § 16 Abs. 1 Satz 2 GmbH rückwirkende Wirksamkeit zukommen.⁸⁰

Da die Rechtslage unsicher ist, sollte insbesondere beim Erwerb von Vorratsgesellschaften in der Praxis in jedem Fall sichergestellt werden, dass der Veräußerer noch an der Geschäftsführerbestellung mitwirkt oder zumindest eine entsprechende Vollmacht zur Beschlussfassung erteilt, um jegliches Risiko auszuschalten. Gleiches gilt selbstverständlich auch für alle sonstigen Beschlussgegenstände der Versammlung.

3. Inhalt der Gesellschafterliste

a) Nummerierung der Geschäftsanteile

Nicht im Gesetz geregelt ist, wie die Nummerierung bei Teilung von Geschäftsanteilen zu erfolgen hat. Da sich auch in der HRV und der Regierungsbegründung hierzu nichts findet, ist davon auszugehen, dass der Geschäftsführung bzw. dem Notar hierbei ein Entscheidungsspielraum (pflichtgemäßes Ermessen) zusteht.⁸¹ Fest steht, dass neu entstehende Geschäftsanteile zu nummerieren sind. Unklar ist jedoch, ob sie mit a, b, c usw. zu bezeichnen sind oder ob sie fortlaufende Nummern erhalten. Vorzugsweise sollten für die neu entstandenen Geschäftsanteile neue Nummern vergeben werden, die bisher noch gänzlich frei waren.⁸² Die Einführung von Buchstaben (zum Beispiel Anteil Nr. 3 a) erscheint schon im Hinblick auf den Gesetzeswortlaut „Nummern“ nicht sinnvoll und wird bei einer mehrfachen Teilung von Geschäftsanteilen zudem schnell unübersichtlich.⁸³ Es bietet sich an, auf die Gliederung nach DIN 1421 zurückzugreifen. Sie unterscheidet nach Abschnittsnummern (1., 2., 3., usw.) und Abschnittsstufen (1.1, 1.2 ... 2.1, 2.2 ...). Das hat den Vorteil, dass die Gliederung sich unendlich weiter entwickeln lässt und sowohl bei einer Teilung als auch bei einer Zusammenlegung nachvollziehbar ist, wie sich einzelne Geschäftsanteile über die Jahre hinweg entwickelt haben. Überdies vermeidet sie eine Doppelvergabe von Nummern bei Veränderungen, die von unterschiedlichen Notaren betreut werden.⁸⁴

⁷⁸ Zutr. *Gasteyer/Goldschmidt*, ZIP 2008, 1906, 1910, und *Wicke*, a. a. O. (Fn. 4), § 16 Rdnr. 11; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 GmbHG Rdnr. 39 m. w. N.

⁷⁹ Dazu ausführlich *Barthel*, GmbHR 2009, 539, 570.

⁸⁰ Vgl. die Nachweise bei *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 16 Rdnr. 39.

⁸¹ So zutr. OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2010, 6 W 110/10, NZG 2010, 591.

⁸² *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 262.

⁸³ Zutr. *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385.

⁸⁴ Zutr. *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1993, 2000; a. A. *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385 f., der stets neue „ganze“ Nummern vergeben will.

Geschäftsführung bzw. Notar können jedenfalls wählen, welches Modell zur Anwendung gelangen soll. Die einmal gewählte Methode sollte allerdings bei späteren Veränderungen beibehalten werden, was mit Blick auf das Transparenzgebot unter Umständen sogar als zwingend erforderlich angesehen werden könnte.⁸⁵

Empfehlenswert erscheint die Aufnahme einer Veränderungsspalte in die Gesellschafterliste (dazu Ziffer 3. c) (2)), wenn, beispielsweise durch Teilung von Geschäftsanteilen, mehrere Geschäftsanteile aus einem ursprünglich einzelnen Geschäftsanteil entstehen.⁸⁶ Dass eine derartige informatorische Veränderungsspalte in der Gesellschafterliste ohne Weiteres zulässig ist, hat der BGH bestätigt.⁸⁷

Der BGH hat nunmehr auch klargestellt,⁸⁸ dass die Umnummerierung abgetretener Geschäftsanteile in der Gesellschafterliste dann zulässig ist, wenn durch die Angabe der bisherigen Nummerierung jeder Geschäftsanteil identifizierbar bleibt. Er begründet dies mit dem Umstand, dass der Gesetzgeber den Grundsatz der Gliederungskontinuität, wie er beispielsweise für den Jahresabschluss angeordnet sei (§ 265 Abs. 1 HGB), in Bezug auf die Gesellschafterliste nicht aufgestellt habe. Im Übrigen mache das Gesetz hierzu – soweit der Begriff der „laufenden Nummern“ erfüllt bleibe – keine zwingende Vorgabe. Sind in manchen Fällen Brüche in der Gliederungskontinuität unvermeidlich, bestehe keine Notwendigkeit, in allen übrigen Abtretungsfällen die Stetigkeit der Nummerierung zu fordern, solange die Transparenz der Beteiligungsverhältnisse unter einer Umnummerierung nicht leide und jeder Geschäftsanteil durch Angabe der bisherigen Nummerierung zweifelsfrei zu identifizieren bleibt.⁸⁹

Die Zuständigkeit zur erstmaligen Nummernvergabe ergibt sich aus der Kompetenzzuweisung des § 40 Abs. 1 GmbHG (Geschäftsführerzuständigkeit) und § 40 Abs. 2 GmbHG (Notarzuständigkeit).⁹⁰ Derjenige, in dessen Verantwortungsbereich die erstmalige Erstellung einer „MoMiG-Gesellschafterliste“ fällt, kann auch die erstmalige Nummerierung durchführen. Ein Gesellschafterbeschluss ist hierzu nicht erforderlich.⁹¹ Selbstverständlich steht es den Gesellschaftern frei, die Nummerierung, zum Beispiel im Rahmen eines Kapitalerhöhungs-, Teilungs- oder Zusammenlegungsbeschlusses, festzulegen. In der notariellen Urkunde sollte deshalb im Regelfall die neue Nummernvergabe durch die Gesellschafter vorgegeben werden. Der beurkundende Notar ist dann hieran gebunden.

b) BGB-Gesellschaft als Gesellschafter

Bei Gesellschaften bürgerlichen Rechts ist unklar, ob trotz der Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit⁹² nur die Gesellschaft oder auch die Gesellschafter in der Gesellschafterliste anzugeben sind. Angesichts der fehlenden Registerpublizität der GbR wird gefordert, dass entsprechend der gesetzlichen Regelung für Kommanditisten (§ 162 Abs. 1 Satz 2 HGB) neben der Gesell-

⁸⁵ So auch *Herrler*, NZG 2011, 536, 538.

⁸⁶ *Katschinski/Rawert*, ZIP 2008, 1993, 2000; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 385; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 895; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 407, und Vorschlag Handelsrechtsausschuss DAV, NZG 2007, 735, 738.

⁸⁷ BGH, Beschluss vom 1.3.2011, II ZB 6/10, GmbHR 2011, 474; ebenso OLG Jena, Beschluss vom 22.3.2010, 6 W 110/10, NZG 2010, 591.

⁸⁸ BGH, GmbHR 2011, 474.

⁸⁹ Vgl. hierzu ausführlich *Herrler*, NZG 2011, 536.

⁹⁰ Dazu *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 407.

⁹¹ Vgl. die Nachweise bei *Herrler*, NZG 2011, 536, 537.

⁹² BGH, DB 2002, 837; BGH, DB 2008, 634.

schaft auch die Gesellschafter selbst mit Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort in die Liste einzutragen sind.⁹³

Beispiel:

Alleinige Gesellschafterin einer GmbH ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit dem Namen X-GbR, welche ursprünglich aus den Gesellschaftern A und B bestand. In der Gesellschafterliste findet sich folgender Eintrag: „X-GbR bestehend aus den Gesellschaftern A und B.“ A und B sind jeweils mit ihrem Namen und ihrer Anschrift aufgeführt.

Im Dezember 2012 verkaufte A seinen Gesellschaftsanteil an der X-GbR an C und trat diesen sogleich an C ab. Nunmehr sind B und C Gesellschafter der X-GbR.

Muss wegen des Gesellschafterwechsels bei der GbR eine neue Gesellschafterliste gemäß § 40 GmbHG eingereicht werden?⁹⁴

Die Frage, wie die GbR in der Gesellschafterliste zu bezeichnen ist, muss unterschieden werden von der weiteren Frage, ob gemäß § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen ist, wenn ein Gesellschafterwechsel in der GbR stattgefunden hat. Da vorliegend die GbR-Gesellschafter namentlich eingetragen sind, ist bei einem Gesellschafterwechsel eine neue Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen, obwohl sich die Rechtszuständigkeit hinsichtlich des GmbH-Geschäftsanteils nicht ändert. Dies folgt aus dem Normzweck des § 40 GmbHG. Der Begriff der Veränderung erfasst nämlich auch bloße Namensänderungen (zum Beispiel durch Heirat oder Firmenänderung oder bei Änderung des Wohnorts).⁹⁵

c) Numerus clausus des gesetzlich vorgegebenen Listeninhalts

(1) Allgemeines

Der Inhalt der Gesellschafterliste ist in § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zwingend vorgegeben.⁹⁶ Sieht man allerdings von den zwingenden Vorgaben des Gesetzgebers ab, besteht ein gewisser Gestaltungsspielraum in Bezug auf die nähere Ausgestaltung der Gesellschafterliste.⁹⁷ Dies zeigt sich etwa darin, dass bei Gesellschaften als Rechtsinhaber von Geschäftsanteilen deren Firma, Satzungssitz, zuständiges Handelsregister und in der Regel auch die Registernummer hinzugefügt werden müssen, obwohl in § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nur die sich auf natürliche Personen beziehenden Begriffe „Name“ und „Wohnort“ erwähnt sind.

(2) Aufnahme von dinglichen Belastungen und sonstigen Vermerken

Die ganz herrschende Meinung in der Literatur geht ohne weitere Problematisierung davon aus, dass dingliche Belastungen eines GmbH-Geschäftsanteils, wie etwa ein Pfand-

recht (Verpfändung/Pfändung) oder ein Nießbrauch, nicht in die Gesellschafterliste eingetragen werden können.⁹⁸ Die überwiegende Meinung zu § 67 Abs. 2 AktG hält demgegenüber den Nießbrauch und das Pfandrecht im Aktienregister zwar nicht für eintragungspflichtig, aber für eintragungsfähig.⁹⁹ Vor diesem Hintergrund wird auch für die Gesellschafterliste die Auffassung vertreten, dass die Eintragung dinglicher Belastungen zumindest möglich sein muss.¹⁰⁰ Abweichend von der Bestimmung des § 67 Abs. 1 AktG für das Aktienregister ist für eine Änderung der „MoMiG-Gesellschafterliste“ eine Veränderung in der Person der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung erforderlich. Die Belastung eines GmbH-Geschäftsanteils ist somit gerade nicht angesprochen. Der eindeutige Gesetzeswortlaut und die darauf bezogene Diskussion im Gesetzgebungsverfahren¹⁰¹ sprechen gegen eine Vermerkbarkeit von Belastungen. Bei diesem Ergebnis verbleibt es auch, wenn man die Frage der Eintragungsfähigkeit von dinglichen Belastungen von der Frage des gutgläubigen lastenfremden Erwerbs¹⁰² trennt. Soweit nämlich der Listeninhalt für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG von Bedeutung ist, ist die gesetzliche Regelung zum Listeninhalt abschließend. Bei der Liste als zentraler Rechtsscheinträger kann nicht von Fall zu Fall durch den Geschäftsführer bzw. den Notar entschieden werden, ob sie Belastungen aufnehmen, oder nicht. Da eine gesetzliche Verpflichtung zur Aufnahme von Belastungen nicht besteht, würde eine Nichtaufnahme möglicherweise den unzutreffenden Rechtsschein erzeugen, dass der Anteil lastenfremd ist.

Das OLG München¹⁰³ hat in diesem Zusammenhang entschieden, dass auch die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks in der Gesellschafterliste nicht zulässig ist. Der Senat begründet seine ablehnende Haltung damit, dass zum einen keine ausreichende rechtliche Grundlage, zum anderen auch keine Notwendigkeit für einen solchen Vermerk bestehe.¹⁰⁴ Dieses Ergebnis wird auch nicht durch die neue Entscheidung des BGH¹⁰⁵ zur Zulässigkeit der Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks betreffend einen Kommandanteil im Handelsregister¹⁰⁶ infrage gestellt, da jedenfalls der Wortlaut der § 8 Abs. 1 Nr. 3, § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zum Inhalt der Gesellschafterliste eindeutig ist.¹⁰⁷

⁹⁸ Vgl. die Nachweise bei *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 7a; *ders.*, GmbHR 2012, 1, 5 ff.; *Wicke*, a. a. O. (Fn. 4), § 40 Rdnr. 5; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 397; *Bohrer*, DSStR 2007, 995 ff.; *Götzel/Bressler*, NZG 2007, 894; *Reichert* in *Bayer/Koch*, Das neue GmbH-Recht, 2008, S. 29, 43.

⁹⁹ Vgl. die Nachweise bei *Bezenberger* in *K. Schmidt/Lutter*, AktG, 2008, § 67 Rdnr. 11.

¹⁰⁰ So insbesondere *Reymann*, WM 2008, 2095, der allerdings die Diskussion zu sehr mit der damit im Zusammenhang stehenden Folgefrage vermengt, ob ein gutgläubiger lastenfremder Erwerb möglich ist; ihm folgend *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 287 ff.

¹⁰¹ Vgl. hierzu insbesondere die Stellungnahme des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2007, 211, 215, mit dem Vorschlag, auch Belastungen von Anteilen in die Liste aufzunehmen, um einen gutgläubigen Erwerb zu ermöglichen.

¹⁰² Ein solcher wird zutr. von der ganz h. M. abgelehnt; vgl. nur *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 397; *Bohrer*, DSStR 2007, 995 ff.; *D. Mayer*, DNotZ 2008, 403, 419; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 16 Rdnr. 16; *Vossius*, DB 2007, 2299, 2303.

¹⁰³ OLG München, Beschluss vom 15.11.2011, 31 Wx 274/11, GmbHR 2012, 39.

¹⁰⁴ So auch *Omlor*, DSStR 2012, 306, 309; anders aber *Zinger/Urich-Erber*, NZG 2011, 286.

¹⁰⁵ BGH, GmbHR 2012, 510.

¹⁰⁶ Dazu *Vossius*, NotBZ 2012, 167; *Werner*, GmbHR 2012, 512.

¹⁰⁷ Zweifelnd *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 GmbHG Rdnr. 7c.

⁹³ *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 8 GmbHG Rdnr. 4; *Fastrich* in *Baumbach/Hueck*, GmbHG, 20. Aufl. 2013, § 8 Rdnr. 7; *Wicke*, a. a. O. (Fn. 4), § 40 Rdnr. 5; *Wachter*, ZNotP 2008, 378, 380; *Heckschen/Heidinger*, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 259, und die ganz h. M. zur „alten“ Gesellschafterliste; *Roth/Altmeyen*, GmbHG, 5. Aufl. 2005, § 40 Rdnr. 6 m. w. N.

⁹⁴ Vgl. dazu DNotI-Report 2011, S. 73.

⁹⁵ Im Ergebnis wie hier *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 6d; *ders.*, GmbHR 2012, 1, 2 m. w. N.; DNotI-Report 2011, 73 f.

⁹⁶ BGH, Beschluss vom 20.9.2011, II ZB 17/10, DNotZ 2011, 943 = NZG 2011, 516 = ZIP 2011, 2141 = DB 2011, 2481 = DSStR 2011, 2206; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 5 ff.; *D. Mayer/Färber*, GmbHR 2011, 785, 791; *ders.*, ZIP 2009, 1037, 1042 f.; *Wicke*, a. a. O. (Fn. 4), § 40 Rdnr. 5.

⁹⁷ BGH, NZG 2011, 516; *Wicke*, GmbHG, 2008, § 40 Rdnr. 5.

Dies gilt auch für andere Verfügungsbeschränkungen, also etwa Verfügungsbeschränkungen bei einer Vor- und Nacherbschaft (§ 2113 Abs. 2 BGB) oder bei einer Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Gesellschafters. Allerdings ist darauf hinzuweisen, dass der Übergang des Verwaltungsrechts auf den Testamentsvollstrecker bzw. den Insolvenzverwalter als Partei Kraft Amtes (§ 2205 Satz 1 BGB, § 80 Abs. 1 InsO) Konsequenzen für die ordnungsgemäße Ladung und Beschlussfassung der Gesellschafter haben kann.¹⁰⁸

(3) Aufnahme einer Veränderungsspalte

In der Literatur wird vorgeschlagen, analog den Gepflogenheiten der sonstigen staatlichen Registerverfahren (§§ 12 ff. HGB, §§ 13 ff. GBV) als freiwillige Abteilung der Liste eine sog. „Veränderungsspalte“ zu führen.¹⁰⁹ Solche rein „technischen Änderungen“ gegenüber dem gesetzlich vorgegebenen Inhalt der Gesellschafterliste sind zulässig, soweit die in der Veränderungsspalte enthaltenen Informationen für die Ausübung von Gesellschafterrechten nach § 16 Abs. 1 GmbHG und für den gutgläubigen Erwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG nicht von Bedeutung sind.

Der BGH¹¹⁰ hält die Aufnahme einer informatorischen Vermerk- bzw. Veränderungsspalte in die Gesellschafterliste ohne Weiteres für zulässig.¹¹¹ Allerdings sind in der Veränderungsspalte Erläuterungen nur in engen Grenzen zulässig; nicht eintragungsfähig sind in der Veränderungsspalte etwa dingliche Belastungen, Verfügungsbeschränkungen, etc.¹¹²

4. Einreichung der Liste durch die Geschäftsführung

a) Zuständigkeit

Der Geschäftsführer ist nur dann zur Erstellung und zur Einreichung einer neuen Gesellschafterliste verpflichtet, wenn kein Notar an der Veränderung mitgewirkt hat (§ 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG). Für die Gründungsgesellschafterliste (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) und damit auch für die im Rahmen des Formwechsels einer Ausgangsgesellschaft in eine GmbH aufgrund der Anwendung der Gründungsvorschriften einzureichende Gesellschafterliste (§ 197 Satz 1 UmwG i. V. m. § 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG) verbleibt es bei der ausschließlichen Zuständigkeit des Geschäftsführers. Angesprochen sind insbesondere die Fälle des Übergangs der Gesellschafterstellung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge durch Erbfolge (§ 1922 BGB), die Zusammenlegung oder Teilung von Geschäftsanteilen durch privatschriftliche Gesellschafterbeschlüsse, die Kaduzierung oder Versteigerung von Geschäftsanteilen (§ 21 Abs. 2, § 23 GmbHG) sowie die Einziehung von Geschäftsanteilen auf der Grundlage privatschriftlicher Einziehungsbeschlüsse.¹¹³

b) Mitteilung und Nachweis

Eine Einreichungspflicht besteht nur, wenn den Geschäftsführern die Veränderung mitgeteilt und nachgewiesen wurde

(§ 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG). Ohne entsprechende Mitteilung dürfen die Geschäftsführer keine veränderte Gesellschafterliste einreichen, auch wenn sie anderweitig sichere Kenntnis von einer wirksamen Veränderung im Gesellschafterbestand haben.¹¹⁴ In diesem Zusammenhang wurde bereits darauf hingewiesen, dass eine formal ordnungsgemäße Anmeldung mit entsprechendem Nachweis über den Rechtsübergang nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. ausreicht, wenn diese sich auf Veränderungen vor dem 1.11.2008 bezieht. Für die Eintragung im Aktienregister wird allgemein angenommen, dass eine Mitteilung durch einen formal Befugten erfolgt sein muss, damit das Aktienregister die Wirkung nach § 67 Abs. 2 AktG (Anerkennung der relativen Gesellschafterstellung) entfalten kann.¹¹⁵ Dies lässt sich – jedenfalls für den Bereich der Ausübung der Gesellschafterrechte nach § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG – auf die Gesellschafterliste der GmbH übertragen.¹¹⁶ Trägt der Geschäftsführer aufgrund einer Mitteilung eines Unbefugten oder nicht die von einem Befugten mitgeteilte Veränderung ein, kann die Vermutungswirkung des § 16 Abs. 1 GmbHG nicht greifen. Demgegenüber hat der Notar – unabhängig von einer Mitteilung – eigenständig zu prüfen, ob die Veränderung, an der er mitgewirkt hat, wirksam geworden ist. Ebenso wie beim Aktienregister sind zur Mitteilung nur der Veräußerer und der Erwerber jeweils für sich befugt. Bei sonstigen Veränderungen nur der bisher in der Liste Eingetragene. Die Zurechenbarkeit der Mitteilung fehlt bei Abgabe durch einen Geschäftsunfähigen oder beschränkt Geschäftsfähigen und bei Auftreten eines zur Mitteilung nicht befugten Dritten, wie zum Beispiel bei einer Fälschung.¹¹⁷ Für den Gutgläubenserwerb nach § 16 Abs. 3 GmbHG dürfte jedoch eine andere Betrachtung angezeigt sein. Aktienregister und Gesellschafterliste sind zwar funktional vergleichbar. Nur die Gesellschafterliste wird aber zum Handelsregister aufgenommen. Nur die Gesellschafterliste vermittelt einen Gutgläubensschutz. Somit bildet auch eine Gesellschafterliste, die auf einer fehlerhaften Mitteilung beruht oder bei der eine Mitteilung ganz unterblieben ist, eine taugliche Basis für den gutgläubigen Erwerb.¹¹⁸

Was den zusätzlich notwendigen Nachweis betrifft, lässt sich an die Rechtsprechung zur Anmeldung nach § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. und an die Anforderungen des § 67 Abs. 3 AktG anknüpfen. Der Nachweis soll die Geschäftsführung überzeugend vom Rechtsübergang unterrichten¹¹⁹ und ihr die Erfüllung ihrer Pflichten zur Einreichung einer geänderten Liste ermöglichen. Vor dem Hintergrund der „Aufwertung“, die die Gesellschafterliste durch das MoMiG erfährt, wird man strenge Anforderungen an Form und Inhalt des Nachweises stellen müssen. Der Geschäftsführer muss „überzeugend“ unterrichtet worden sein.¹²⁰ Bleiben Zweifel, kann die Ge-

¹⁰⁸ Ausführlich Herrler, NZG 2011, 1321, 1323 f.

¹⁰⁹ Katschinski/Rawert, ZIP 2008, 1993, 2000; Wachter, ZNotP 2008, 378, 385; Vorschlag des Handelsrechtsausschusses des DAV, NZG 2007, 735, 738.

¹¹⁰ BGH, NZG 2011, 516, und dazu ausführlich Herrler, NZG 2011, 536 ff.

¹¹¹ Ebenso OLG Jena, NZG 2010, 591.

¹¹² So zutr. Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 8 und im Ergebnis wohl auch BGH, GmbHR 2011, 943, 944.

¹¹³ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 16; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 412.

¹¹⁴ Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 19 m. w. N.; Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 895; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 412; Wachter, GmbHR-Sonderheft Oktober 2008, 51, 54; Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 291.

¹¹⁵ Vgl. Hüfner, AktG, 8. Aufl. 2008, § 67 Rdnr. 12.

¹¹⁶ Zutr. Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 294.

¹¹⁷ Vgl. die Nachweise bei Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 295.

¹¹⁸ Zutr. Kort, GmbHR 2009, 169, 170.

¹¹⁹ BGH, GmbHR 2009, 38, 39; Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 GmbHG Rdnr. 19; Preuß, ZGR 2008, 676, 678; vgl. Peetz, GmbHR 2006, 852, 856; Götze/Bressler, NZG 2007, 894, 895; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 412.

¹²⁰ Vgl. BGH, GmbHR 2009, 38, 39; BGH, GmbHR 1997, 165, 166; D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 412; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 40 Rdnr. 86.

schaftsführung weitere Nachweise verlangen. Die Berechtigung hierzu ergibt sich schon aufgrund der für die Geschäftsführung nach § 40 Abs. 3 GmbHG drohenden Haftung bei schuldhaft falscher Anfertigung der Liste. In Betracht kommen Urschrift oder beglaubigte Abschrift der den Veränderungen zugrundeliegenden privatschriftlichen Gesellschafterbeschlüsse, Vorlage eines Erbscheins im Fall der Erbfolge und sonstige die Veränderung eindeutig dokumentierende Urkunden.¹²¹ Ein Nachweisverzicht durch den Geschäftsführer ist nach der Aufwertung der Gesellschafterliste durch das MoMiG¹²² nicht möglich.¹²³

Mitteilung (und Nachweis) sind nicht erforderlich, wenn sich die Veränderung unter direkter Mitwirkung des Geschäftsführers vollzieht (Kenntnis von Amtswegen), zum Beispiel Kaduzierung, Einziehung, Kapitalerhöhung.¹²⁴

Einer besonderen Form bedarf die Mitteilung an die Geschäftsführung nicht; die Satzung kann dies jedoch anders regeln. Sie kann auch spezielle Anforderungen an den Nachweis aufstellen, was zur künftigen Streitvermeidung zweckmäßig ist.¹²⁵

c) Unterzeichnung der Liste

Nach § 40 Abs. 1 Satz 1 GmbHG haben „die Geschäftsführer“ eine von ihnen unterschriebene Gesellschafterliste zum Handelsregister einzureichen. Nach ganz herrschender Meinung reicht die Unterzeichnung und Einreichung durch die Geschäftsführer in vertretungsberechtigter Zahl (arg. § 78 GmbHG).¹²⁶ Hierbei handelt es sich um eine höchstpersönliche Verpflichtung der Geschäftsführer, denn ihnen wurde die individuelle Verantwortung für die Richtigkeit der Gesellschafterliste übertragen und sie haften nach § 40 Abs. 3 GmbHG für Verletzungen ihrer Pflichten. Eine Vertretung ist somit weder bei der Erstellung noch bei der Einreichung der Liste gestattet.¹²⁷ Auch eine unechte Gesamtvertretung mit einem Prokuristen ist ausgeschlossen.¹²⁸ Die Richtigkeit dieser Auffassung zeigt sich bereits darin, dass es sich nicht um eine Pflicht der GmbH, sondern um eine Verpflichtung der Geschäftsführung handelt.¹²⁹

d) Zeitpunkt der Einreichung

Die Gesellschafterliste muss unverzüglich nach Wirksamwerden der Veränderung in den Gesellschafterverhältnissen von den Geschäftsführern erstellt, unterzeichnet, und beim Handelsregister eingereicht werden. Dabei meint „unverzüglich“ entsprechend § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB „ohne schuldhaftes Zögern“. Häufig kann die Liste nicht sofort nach der Veränderung, sondern erst nach Mitteilung und Nachweis der Wirk-

samkeit der Veränderung und ihres Zeitpunkts eingereicht werden.¹³⁰ Die Gesellschafterliste hat sachlich dem Stand am Tag der Einreichung zum Handelsregister zu entsprechen. Sie hat alle aus dem Endstand am Einreichungstag nicht ersichtlichen Veränderungen zusätzlich anzugeben, etwa einen zwischenzeitlichen, bei Einreichung schon wieder ausgeschiedenen Gesellschafter.¹³¹

e) Information der Gesellschafter

Eine Verpflichtung des Geschäftsführers zur Information der Gesellschafter über den Inhalt der geänderten Gesellschafterliste ist im Gesetz nicht vorgesehen.¹³² Allerdings kann die Gesellschaft den Geschäftsführer verpflichten, jeweils eine entsprechende Liste in Kopie auch an sämtliche Gesellschafter zu senden. Eine solche Verpflichtung kann Bestandteil des Geschäftsführerdienstvertrags sein, aber auch zum Inhalt der Satzung gemacht werden.¹³³

f) Kontrolle der Aufnahme der Liste

Eine Verpflichtung des Geschäftsführers, die ordnungsgemäße Aufnahme der Liste im Handelsregister zu kontrollieren, sieht das Gesetz nicht vor.¹³⁴ Der Gesellschafter, der dem Geschäftsführer die Änderung mitgeteilt hat, muss also selbst die ordnungsgemäße Aufnahme der Liste prüfen und den Geschäftsführer frühzeitig auf etwaige Fehler hinweisen. Ist dieser zu einer Korrektur nicht bereit und besteht die Gefahr des gutgläubigen Erwerbs, so muss der Gesellschafter ggf. einen Widerspruch gegen den Inhalt der Gesellschafterliste eintragen lassen.

Wird die Gesellschafterliste nicht vom Geschäftsführer erstellt und eingereicht, sondern vom Notar, so sieht § 40 Abs. 2 Satz 1 GmbHG die Verpflichtung des Notars vor, eine Abschrift der geänderten Liste an die Gesellschaft zu übermitteln. Die Regierungsbegründung stellt hierzu klar, dass auch bei Mitwirkung eines Notars „die Verpflichtung der Geschäftsführer zur nachfolgenden Kontrolle und zur Korrektur einer aus anderen Gründen unrichtigen Liste unberührt bleibt“.¹³⁵ Damit bleibt es auch im Fall einer Anteilsübertragung bei der dem Geschäftsführer obliegenden Primärverpflichtung für die Richtigkeit der Gesellschafterliste. Dies zeigt auch die Haftungsanordnung in § 40 Abs. 3 GmbHG, wonach die Geschäftsführer bei schuldhaft falscher Ausfertigung der Liste denjenigen Gesellschaftern auf Schadensersatz haften, deren Beteiligung sich geändert hat; da die Anteilsübertragung nicht ausgenommen ist, also sowohl dem Erwerber als auch dem Veräußerer.¹³⁶

Vor diesem Hintergrund ist es Daueraufgabe der Geschäftsführer, die Gesellschafterliste ständig zu überwachen und diese ggf. durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu korrigieren.

Vor dem Hintergrund dieser Pflichtenlage der Geschäftsführung sollte der Notar bei Übermittlung der geänderten Gesellschafterliste an die Gesellschaft auf die Verpflichtung

¹²¹ Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 21.

¹²² Vgl. zum alten § 16 GmbHG noch BGH, ZIP 2001, 513 ff., wonach ein stillschweigender Verzicht auf den Nachweis möglich war, wenn die Gesellschaft den Erwerber als Gesellschafter behandelt und anerkannt hat.

¹²³ Zutr. Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 304; ebenso D. Mayer, ZIP 2009, 1037, 1044; Preuß, ZGR 2008, 678; Wachter, ZNotP 2008, 378, 384; Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 20.

¹²⁴ Noack in FS Hüffer, 2010, S. 723, 730 f.; MünchKommGmbHG/Heidinger, 2010, § 40 Rdnr. 85; Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 19.

¹²⁵ Vgl. Formulierungsvorschläge bei Wachter, ZNotP 2008, 378, 384; Heckschen, ZERB 2008, 246, 251.

¹²⁶ Vgl. die Nachweise bei Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 17.

¹²⁷ OLG Jena, GmbHR 2011, 980.

¹²⁸ OLG Jena, GmbHR 2011, 980.

¹²⁹ Zutr. Bayer, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 17 m. w. N.; Weiler, notar 2012, 192, 197.

¹³⁰ Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 306.

¹³¹ D. Mayer, DNotZ 2008, 403, 414.

¹³² Vgl. zu dieser Forderung Heckschen, DStR 2007, 1442, 1450.

¹³³ Formulierungsbeispiel bei Heckschen, Das MoMiG in der notariellen Praxis, 2008, Rdnr. 479; Heckschen/Heidinger, a. a. O. (Fn. 4), § 13 Rdnr. 268; Wachter, GmbHR-Sonderheft Oktober 2008, 51, 55.

¹³⁴ Vgl. Wachter, ZNotP 2008, 378, 386.

¹³⁵ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 2008, S. 26; vgl. hierzu auch Liebscher/Götte, DStR 2010, 2038, 2041; Bussian/Achenbach, BB 2010, 778.

¹³⁶ Begr. zum RegE, Beil. zu NZG 2008, S. 26.

der Geschäftsführung zur Listenkontrolle und auf die damit verbundenen Haftungsrisiken hinweisen.¹³⁷

g) Listenkorrektur durch die Geschäftsführung

(1) Reparatur fehlerhafter Altlisten

Nach ganz herrschender Meinung im Schrifttum soll der Geschäftsführer grundsätzlich weder verpflichtet noch berechtigt sein, ohne Mitteilung und Nachweis im Sinne des § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine neue Gesellschafterliste einzureichen; dies soll auch für die Korrektur einer vom Geschäftsführer für unrichtig gehaltenen Liste gelten.¹³⁸ Dabei wird allerdings eine Berichtigung auch ohne Mitteilung und Nachweis auf Grundlage einer alten Anmeldung gemäß § 16 Abs. 1 GmbHG a. F. für zulässig gehalten¹³⁹, ebenso eine Berichtigung technischer Defizite oder eine bloße Textberichtigung. Soweit ersichtlich, hat nun erstmals auch die Rechtsprechung zur Möglichkeit einer Berichtigung Stellung genommen.¹⁴⁰ Nach Ansicht des OLG München sind die Geschäftsführer einer GmbH über den Wortlaut des § 40 Abs. 1 GmbHG hinaus befugt, für die Berichtigung technischer Defizite zu sorgen sowie eine inhaltliche Korrektur der Gesellschafterliste herbeizuführen, soweit diese mit Billigung der Gesellschafter erfolgt.

(2) Reparatur von MoMiG-Listen

Diese Grundsätze lassen sich auch auf die Reparatur von MoMiG-Listen übertragen. Erlangt die Geschäftsführung auf andere Weise als durch die Mitteilung Kenntnis von der Unrichtigkeit der Gesellschafterliste oder ist sie aufgrund zwischenzeitlicher rechtlicher Prüfung der Auffassung, dass die beim Handelsregister aufgenommene Gesellschafterliste unrichtig ist, so ist sie im Zweifel verpflichtet, den oder die Betroffenen von der (vermeintlichen) Unrichtigkeit in Kenntnis zu setzen und zur Stellungnahme aufzufordern.¹⁴¹ Diese Verpflichtung entsteht indessen nicht aus einer Anwendung des § 67 Abs. 5 AktG, sondern aus der allgemeinen Sorgfaltspflicht des Geschäftsführers.¹⁴² Ganz allgemein ist darauf hinzuweisen, dass für die Listenberichtigung durch den Geschäftsführer nicht die Vorgaben des § 67 Abs. 5 AktG über das formalisierte aktienrechtliche Berichtigungsverfahren maßgeblich sind (Benachrichtigung aller Beteiligten von der beabsichtigten Löschung und angemessene Fristsetzung zur Geltendmachung eines Widerspruchs).¹⁴³ Wäre dies anders, könnte eine Listenkorrektur nur in einem langwierigen

gerichtlichen Verfahren, während dessen Dauer der Inhaber einer Listenposition als Gesellschafter gelten würde, erfolgen.¹⁴⁴

Wird über die Korrektur der Gesellschafterliste Einigkeit erzielt – etwa durch Einbeziehung sämtlicher Gesellschafter und der „Listebetroffenen“ im Rahmen einer Gesellschafterversammlung – hat die Geschäftsführung die Liste zu ändern und der materiellen Rechtslage anzupassen sowie anschließend zum Handelsregister einzureichen.¹⁴⁵ Widerspricht demgegenüber ein Betroffener – insbesondere der Listengesellschafter – der Korrektur der Gesellschafterliste, so ändert dies nichts an der Verpflichtung der Geschäftsführer, bei entdeckten Fehlern für die Berichtigung durch Einreichung einer neuen Gesellschafterliste zu sorgen. Dies gilt im Grundsatz auch dann, wenn an der vorangegangenen Änderung ein Notar mitgewirkt hat (dazu ausführlich bei Ziffer III. 8. g).¹⁴⁶ Erlangt die Geschäftsführung in diesen Fällen durch Mitteilung und Nachweis im Sinne des § 40 Abs. 1 GmbHG genaue Kenntnis von der materiellen Rechtslage, so ist sie auch ohne förmliche Zustimmung des Listengesellschafters berechtigt, die Gesellschafterliste zu korrigieren und der materiellen Rechtslage anzupassen. Der Listengesellschafter ist in diesen Fällen angehalten, zur Sicherung seiner Interessen der modifizierten Liste gemäß § 16 Abs. 3 GmbHG einen Widerspruch zuzuordnen.¹⁴⁷ Nur so kann die Zielsetzung des Gesetzgebers erreicht werden, über den Listeninhalt die Zusammensetzung des Gesellschafterkreises schnell und unbürokratisch transparent zu machen. Es kann nicht Aufgabe der Gesellschaft bzw. deren Geschäftsführern sein, denjenigen, der aus Sicht der Gesellschaft zu Unrecht in der Liste eingetragen ist, durch ein langwieriges Verfahren aus der Gesellschaft „herauszuklagen“,¹⁴⁸ sondern es muss sich der von der Korrektur betroffene Listengesellschafter zur Wehr setzen, zumal er angesichts der Widerspruchsmöglichkeit des § 16 Abs. 3 GmbHG und der Haftungsanordnung für die Geschäftsführung in § 40 Abs. 3 GmbHG nicht schutzlos gestellt ist.¹⁴⁹

Die Richtigkeit dieses Ergebnisses zeigt sich insbesondere in den Fällen des Todes eines Gesellschafters. Hier ist zur Vermeidung von Nachteilen für die betroffene GmbH eine schnelle Übereinstimmung von materieller Rechtslage und Listeninhalt im Sinne des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG erforderlich (dazu nachstehend unter Ziffer III 8. a).

Hinweis der Schriftleitung:

Der Beitrag wird in einem der nächsten Hefte fortgesetzt.

¹³⁷ Vgl. zur Frage der Nachkontrolle durch die Geschäftsführung auch OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 823, 826; *Götze/Bressler*, NZG 2007, 894, 896; *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 16; *Wicke*, a. a. O. (Fn. 4), § 40 Rdnr. 16; *Bussian/Achenbach*, BB 2010, 778 ff.

¹³⁸ Vgl. die Nachweise bei *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 22, und RNotZ 2012, 181.

¹³⁹ *D. Mayer*, ZIP 2009, 1037, 1040; *Berninger*, GmbHR 2009, 679 ff.; *Zöllner/Noack* in *Baumbach/Hueck*, 20. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 40 f.

¹⁴⁰ Vgl. OLG München, Beschluss vom 30.1.2012, 31 Wx 483/11 = DStR 2012, 425.

¹⁴¹ Vgl. die Nachweise bei *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 GmbHG Rdnr. 22.

¹⁴² Zutr. *Liebscher/Götte*, DStR 2010, 2038, 2042.

¹⁴³ Anders *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 GmbHG Rdnr. 22b.

¹⁴⁴ Ausführliche Begründung bei *Liebscher/Götte*, DStR 2010, 2038, 2042 f.; siehe auch OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 198, 200; *Kort*, GmbHR 2009, 169, 171.

¹⁴⁵ OLG München, GmbHR 2012, 398.

¹⁴⁶ OLG Frankfurt, GmbHR 2011, 198, 200; *Liebscher/Götte*, DStR 2010, 2038, 2042 ff.; a. A. *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 22 b m. w. N.

¹⁴⁷ Zutr. *Liebscher/Götte*, DStR 2010, 2038, 2042 f.

¹⁴⁸ So offensichtlich *Bayer*, a. a. O. (Fn. 10), § 40 Rdnr. 22b.

¹⁴⁹ Zutr. *Liebscher/Götte*, DStR 2010, 2038, 2042.

BUCHBESPRECHUNGEN

Münch (Hrsg.): Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis. Beck, 2013. 1381 S., 199 €

Obwohl das Familienrecht in den vergangenen Jahrzehnten tief greifende Wandlungen erlebt hat, steht es bei Weitem noch nicht im Einklang mit den tatsächlich gelebten gesellschaftlichen Verhältnissen. Gelegentlich wirkt es für die Betroffenen wie eine abschließende Mauer, die ihnen den Weg zu einer autonomen Existenz verschließt. Dass dann der Bedarf für eigenständige rechtliche Regelungen besondere Bedeutung hat, liegt auf der Hand. Umso erfreulicher also, wenn nicht weniger als 20 Autoren sich nunmehr erstmals darum bemühen, dieses Rechtsgebiet aktuell so darzustellen, dass für den gestaltend tätigen Notar möglichst wenige Fragen offen bleiben. Unter den Mitwirkenden sind hierbei vor allem notarielle, anwaltliche und gerichtliche Praktiker.

Die Bedeutung des Werks lässt sich an einigen Beispielen veranschaulichen:

Arne Everts behandelt das Güterrecht und beschreibt für den radikalsten Fall der modifizierten Zugewinnngemeinschaft, dass es angesichts eines späteren „fliegenden Güterstandswechsels“ wenig geschickt sei, den Zugewinnausgleich für „andere Fälle der Beendigung, als den des Todes“ auszuschließen. Empfehlenswert wäre es vielmehr, ausdrücklich die Fälle der Scheidung, Auflösung oder des vorzeitigen Zugewinnausgleichs zu benennen, um sich nicht die Möglichkeit eines späteren Ausgleichs im Rahmen einer noch zu vereinbarenden Gütertrennung zu nehmen. Seine Einschätzung des deutsch-französischen Wahlgüterstands fällt im Übrigen sehr negativ aus und hat zur Folge, dass sich die entsprechenden Ausführungen im Buch auf insgesamt nur zwei Seiten finden.

Besonderes Interesse weckt die Behandlung des ehelichen Unterhaltsrechts durch *Benedikt Schmitz*. Nach seiner Auffassung beruhen die Regelungen der §§ 1569 ff. BGB auf nur drei Grundsätzen – namentlich der Kompensation ehebedingter Nachteile, dem Kindeswohl und der Eigenverantwortung – und mithin nicht auf der seit fast zehn Jahren durch die Rechtsprechung fortgeschriebenen „Kernbereichslehre“. Folgerichtig meint er, dass der Fortbildungsunterhalt (§ 1575 BGB) ebenso wie der Unterhalt aus Billigkeitsgründen (§ 1576 BGB) gerade zur Beseitigung ehebedingter Nachteile essenzielle Bedeutung haben können und daher nicht im Sinne einer generalisierenden „Kernbereichslehre“ hintangestellt und generell für dispositiv gehalten werden dürfen. Das wirkt zwar einerseits überzeugend, bringt aber andererseits für die Gestaltungspraxis neue Komplikationen, insbesondere bei vorsorgenden Eheverträgen. Im Übrigen zeigt die fast 90-seitige Darstellung des ehelichen Unterhaltsrechts, dass das Gestaltungsspektrum immer weiter wird: Regelungsvorschläge finden sich nicht nur für die Behandlung der Tatbestände, sondern auch für die Bedürftigkeit – etwa durch die Bildung von „vertraglichem Schonvermögen“ – und für die Leistungsfähigkeit sowie das Unterhaltsmaß. Ebenso finden

sich Ansätze für unterhaltsverstärkende Vereinbarungen, vor allem aber die Erwähnung damit verbundener Schwierigkeiten in Mangelfällen, da sich solche Abreden weder für den Verpflichteten existenzbedrohend, noch für Dritte rechtsmindernd auswirken dürfen.

Aus dem Bereich der Adoption, dargestellt von *Gabriele Müller* vom Deutschen Notarinstitut, lässt sich beispielhaft erkennen, mit welcher kompakten Sorgfalt die für den damit befassten Praktiker nötigen Informationen dargestellt werden. Insbesondere zur überaus heiklen Frage der Änderung des Geburtsnamens des Angenommenen (§ 1757 Abs. 1 BGB) findet sich eine hervorragende Behandlung der denkbaren Fälle, die zu dieser Spezialmaterie den sofortigen Zugang erschließt. Dasselbe gilt für die Darstellung insolvenzrechtlicher Bezüge durch *Sebastian Herrler* und die Folgen von Auslandsberührungen durch *Rembert Süß*. Hervorzuheben sind ferner die Ausführungen von *Jörg Munzig* zu Familiengesellschaften und die Bearbeitung des Versorgungsausgleichsrechts durch den Herausgeber *Christof Münch*.

Dass es sich bei diesem Handbuch zudem um eine wunderbare Fundgrube vielfältiger rechtlicher Gestaltungsinstrumente handelt, lässt sich an wenigen Beispielen erkennen: Eine Mediationsklausel (§ 7 Rdnr. 106 ff. von *Ludwig Bergschneider* und *Annette Wolf*), eine sehr bedacht formulierte salvatorische Klausel (§ 8 Rdnr. 350 von *Anja Siegler*) oder eine weltanschaulich neutrale Bestimmung zur Tragung des Sonderbedarfs beim Kindesunterhalt (§ 15 Rdnr. 134 von *Jörn Heinemann*) machen deutlich, dass die Autoren mit großer Sachkunde und hoher Genauigkeit arbeiten.

Insgesamt handelt es sich um ein wichtiges Werk. Es erlaubt den Zugriff auf eine Vielzahl aktueller Darstellungen eines Rechtsgebiets, das für Notare in ihrer Praxis ebenso zentral wie peripher ist: Während die statische vertragliche Gestaltung der familienrechtlichen Verhältnisse als selbstverständliche kautelarjuristische Aufgabe gilt, gerät aufgrund ihrer sich ständig vervielfachenden Komplexität die gerichtliche Ausformung des Familienrechts in seiner dynamischen gesellschaftlichen Wirklichkeit leicht aus dem Blick. Das Buch eröffnet die Möglichkeit, Vertrag und Realität einander näher zu bringen. Ein größeres Lob scheint mir kaum denkbar.

Allerdings hat dieses Lob Konsequenzen: Will das Werk diesem Auftrag auch weiterhin gerecht werden, sind regelmäßige Neuauflagen zu besorgen, da die unaufhörliche Fortentwicklung des Familienrechts kaum anhalten wird und nur die weitere Ausdifferenzierung auch der Gestaltungspraxis dem gerecht werden kann. Zudem ist eine baldige zweite Auflage ohnehin kaum zu vermeiden, denn der 40-seitige Abschnitt zu „Notarkosten im Familienrecht“ enthält – was natürlich mit dem Redaktionsschluss des Buches zu erklären ist – nur einen rudimentären Ausblick auf das GNotKG und hat daher überwiegend historische Bedeutung.

Notar Prof. Dr. *Alexander Krafska*, Landsberg am Lech

Reetz: NotarFormulare Versorgungsausgleich, Erläuterungen – Muster – Vereinbarungen. Deutscher Notarverlag, 2013. 512 S. + CD-Rom, 89 €.

Es entsprach der erklärten Absicht des Gesetzgebers, mit dem am 1.9.2009 in Kraft getretenen Gesetz über den Versorgungsausgleich (VersAusglG) mehr Gestaltungsspielraum für die Ehegatten und die Familiengerichte zu schaffen und zwar sowohl in Eheverträgen als auch in Scheidungsvereinbarungen. Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich haben damit nach der Neuregelung für die notarielle und anwaltliche Praxis einen wesentlich höheren Stellenwert als früher.

Das gesamte Recht des Versorgungsausgleichs bleibt aber kompliziert wie eh und je, weil es als sekundäres Rechtsgebiet das schon selbst hochkomplizierte Versorgungsrecht als primäres Rechtsgebiet überlagert. Zudem tut sich jenseits der rechtlichen Konstruktionen und der versicherungsmathematischen Bewertungen das Problem der Zukunftsfähigkeit des gesamten Altersvorsorgesystems auf. Es ist deshalb eine eingehende Kenntnis des Versorgungsausgleichs erforderlich, wenn man im Wege einer Vereinbarung die gesetzlichen Ausgleichsformen durch andere Regelungen ersetzt oder sie modifiziert. *Wolfgang Reetz*, Notar in Köln und gesuchter Referent in Fortbildungsveranstaltungen für Notare und Rechtsanwälte, vermittelt in seinem neu erschienenen Buch diese Kenntnis. Er behandelt die Grundlagen und die Bestimmungen über den Versorgungsausgleich mit ihren einzelnen Ausgleichsformen (interne Teilung, externe Teilung, Ausgleichsansprüche nach der Scheidung) samt ihren Besonderheiten sowie die verschiedenen Versorgungssysteme, bevor er sich anschließend auf nahezu 250 Seiten der Vertragsgestaltung mit nahezu 160 Vertragsmustern (auch auf CD-ROM zur sofortigen Übernahme in die eigene Textverarbeitung) widmet.

Die Absicht des Gesetzgebers wurde insbesondere dadurch verwirklicht, dass das VersAusglG im Gegensatz zum früheren Recht eine verhältnismäßig große Vertragsfreiheit gewährt, der nach § 8 Abs. 1 VersAusglG lediglich die Rechtsprechung zur richterlichen Inhaltskontrolle nicht eben hohe Schranken setzt (§ 6 Rdnr. 43 ff.). Damit ist aber noch nicht die Frage beantwortet, ob man derartige Vereinbarungen schließen soll, unter welchen Voraussetzungen oder ob man diesbezüglich überhaupt zurückhaltend sein soll. Um es gleich zu sagen: In einzelnen Situationen ist der Abschluss derartiger Vereinbarungen dringend geboten, in anderen sind sie Sache einer freien Entscheidung und in wiederum anderen unterlässt man sie besser – ähnlich wie beim Güterrecht.

Zwei Beispiele sollen dies zeigen: Sinnvoll oder sogar dringend geboten sind in vielen Fällen Verrechnungsvereinbarungen (= Saldierungsvereinbarungen). Dies gilt besonders für landesrechtliche Dienst- und Amtsverhältnisse. Lassen sich zwei Landesbeamte scheiden, können ihre Anrechte nämlich nicht intern geteilt werden. Vielmehr ist nach § 16 Abs. 1 VersAusglG zwingend die externe Teilung in die gesetzliche

Rentenversicherung als Zielversorgung durchzuführen. Das hat zur Folge, dass der Ausgleichswert der Pensionsanrechte des Ehemannes in die gesetzliche Rentenversicherung geht, die für die Ehefrau ein entsprechendes Konto einzurichten hat. Mit umgekehrter Richtung erfolgt der Ausgleich der Anrechte der Ehefrau an den Ehemann mit dem Ergebnis, dass jeder von ihnen Anrechte aus seinem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis verliert und Anrechte in der gesetzlichen Rentenversicherung erwirbt. Der Verlust von Anrechten aus dem öffentlichrechtlichen Dienstverhältnis gegen den Erwerb von Anrechten in der gesetzlichen Rentenversicherung wird aber meist nicht den Interessen von Beamten entsprechen. Sie können – und sollten – deshalb vereinbaren, dass ihre Anrechte aus den öffentlichrechtlichen Dienstverhältnissen saldiert werden und lediglich der Spitzenbetrag in die gesetzliche Rentenversicherung geht oder bar ausgeglichen wird. *Reetz* behandelt derartige Vereinbarungen im Grundsatz und in ihren Auswirkungen, stellt aber auch andere Saldierungsmöglichkeiten mit ausführlichen Vertragsmustern vor, wie in der betrieblichen Altersversorgung, bei Produkten der privaten Altersvorsorge usw. Hier, wie auch an vielen anderen Stellen, behandelt der Autor eingehend die für Vereinbarungen erforderlichen Ermittlungen und Vorkehrungen, spricht aber auch die gebotenen Warnungen aus (§ 9 Rdnr. 126 ff.).

Eine ausführliche Behandlung findet selbstverständlich auch der korrespondierende Kapitalwert (§ 47 VersAusglG), der eine wichtige Neuerung im VersAusglG darstellt und von den Versorgungsträgern in den Auskünften an das Familiengericht mitgeteilt werden muss, wenn der Ausgleichswert nicht ohnehin als Kapitalwert bestimmt ist. Der korrespondierende Kapitalwert hat sich in der Praxis insbesondere bei Scheidungsvereinbarungen mittlerweile zu einem wichtigen Instrument bei Vereinbarungen, die den Versorgungsausgleich ganz oder teilweise zum Gegenstand haben, entwickelt. *Reetz* stellt aber auch mit aller Deutlichkeit dar, wo die Probleme und die Grenzen dieses Instruments liegen. Es zeichnet ihn aber auch als Praktiker aus, wenn er vor einer Überängstlichkeit beim Einbezug dieses Instruments in Vereinbarungen warnt (§ 6 Rdnr. 47 ff.).

Gleich ausführlich und gründlich behandelt *Reetz* den Verzicht und Teilverzicht beim Versorgungsausgleich, die Einbindung in eine Gesamtregelung, die Beschränkung auf ehebedingte Nachteile, die Begrenzung des Wertausgleichs, die Abänderung des Ausgleichszeitraums usw.

Fazit: Das Buch ist ein umfassendes Kompendium für notarielle und anwaltliche Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich. *Reetz* bietet die Grundlagen und die Vertragsmuster sowohl für dringend gebotene Vereinbarungen als auch für andere interessante Gestaltungsmöglichkeiten, die manchmal recht ungewöhnlich und kühn sind, im Einzelfall aber sinnvoll sein können. Jedenfalls gibt er Mut, mehr Vereinbarungen zum Versorgungsausgleich abzuschließen als dies der bisherigen Praxis entspricht. Ein großartiges Buch.

Rechtsanwalt und Fachanwalt für Familienrecht
Dr. *Ludwig Bergschneider*, München

Metzler: Ausschlagung und Erbverzicht in der dogmatischen Analyse. Nomos/Stämpfli, 2013. 508 S., 109 €

Das Gesetz stellt bekanntlich zwei Rechtsinstitute zur Verfügung, um einem erbrechtlichen Erwerb zu entsagen: Nach dem Erbfall die Ausschlagung (§§ 1942 ff. BGB), vor dem Erbfall den Erbverzicht (§§ 2346 ff. BGB). Erbverzicht und Ausschlagung unterscheiden sich für den Juristen im Gegensatz zum Laien grundlegend – für Letzteren ist (verständlicherweise) nur entscheidend, dass sowohl der Verzichtende als auch der Ausschlagende so zu behandeln sind, als hätten sie zum Zeitpunkt des Erbfalls nicht mehr gelebt. Dies dürfte zugleich die praktisch einzige, wenn auch wichtige, Gemeinsamkeit der beiden Rechtsinstitute sein. Denn der Erbverzicht ist ein Vertrag, der vor dem Erbfall zwischen dem Verzichtenden und dem Erblasser geschlossen wird und notariell beurkundet werden muss. Der Erbverzicht kann auf einen Teil der Erbschaft (wenn auch nicht gegenständlich), insbesondere auch auf das Pflichtteilsrecht (§ 2346 Abs. 2 BGB) beschränkt und unter Vorbehalten, Bedingungen, namentlich zugunsten bestimmter Personen, und Befristungen vereinbart werden. Der Verzicht erstreckt sich dabei gemäß § 2349 BGB in der Regel auf die Abkömmlinge des Verzichtenden. Die Erbschaftsausschlagung ist dagegen eine einseitige Erklärung des zum Erben Berufenen gegenüber dem Nachlassgericht (§ 1945 BGB), die erst nach dem Erbfall abgegeben werden kann (§ 1946 BGB) und lediglich öffentlich beglaubigt werden muss. Die Ausschlagung kann nicht auf einen Teil der Erbschaft beschränkt werden (§ 1950 BGB), ist an die Fristen des § 1944 BGB gebunden und kann nicht unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung erfolgen (§ 1947 BGB). Insbesondere kann sie – wegen ihrer Bedingungsfeindlichkeit – nicht zugunsten einer bestimmten Person erklärt werden. Die Erbschaftsausschlagung erstreckt sich schließlich auch nicht auf die Abkömmlinge des Ausschlagenden, im Gegenteil: Sie führt gerade dazu, dass die Erbschaft demjenigen anfällt, welcher berufen sein würde, wenn der Ausschlagende zur Zeit des Erbfalls nicht mehr gelebt hätte (§ 1953 Abs. 2 BGB) – wenn Eltern in der Praxis regelmäßig auch für ihre minderjährigen Kinder ausschlagen, so liegt dies im Ergebnis allein an der Rechtswohltat des § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB.

So weit, so gut. Gleichwohl werfen diese beiden scheinbar wohlbekanntesten und von Anbeginn zum Inventar des BGB gehörenden Rechtsgeschäfte auch heute noch bedeutende Fragen auf, die der Beantwortung harren. Diesen spürt die 2012 an der Ruhr-Universität Bochum unter *Karlheinz Muscheler* entstandene Dissertation akribisch nach. Der Autor schlägt dabei den thematischen Bogen von der prinzipiellen Einordnung beider Institute in das System des Vonselbsterwerbs (Kapitel 1, §§ 1 und 2) über den dogmatischen Vergleich der Institute de lege lata, insbesondere was die Möglichkeiten von Ausschlagung und Erbverzicht unter Einbeziehung Dritter angeht (Kapitel 2, §§ 3 und 4), sodann die jeweiligen vermögensrechtlichen Wirkungen, insbesondere aus schenkungs-, vollstreckungs- und insolvenzrechtlicher Perspektive (Kapitel 3, §§ 5 und 6), bis hin zu den Besonderheiten der §§ 2306, 2352 BGB, denen die Erbrechtsreform zum 1.1.2010 neue Akzente verliehen hat (Kapitel 4, §§ 7 und 8).

Die Ausführungen sind sorgfältigst gegliedert und dürften dabei teilweise weit über das hinausgehen, was in einer juristischen Promotionsarbeit verlangt werden kann – so vor allem in § 2, wenn auf S. 88 ff. die topologische Fassbarkeit des Verzichtgegenstands ausführlich und grundlegend behandelt wird, und in § 4: Dort beleuchtet der Autor grundsätzlich sowohl die Übertragbarkeit als auch die Vererblichkeit jeweils

des Erbverzichts- und des Ausschlagungs-„rechts“. Diese Positionen treten dem Praktiker bekanntlich, aber dogmatisch wohl immer verkürzt, in der Gestalt von Fragen zur Überleitungsfähigkeit des Ausschlagungsrechts auf den Sozialhilfeträger oder zur Pfändbarkeit entgegen. An dieser Stelle unternimmt *Metzler* mit dem an der Tiefe seines Fachs interessierten Erbrechtler einen wahren Ausflug an die Wurzel, wie es sich für eine akademische Qualifikationsschrift geziemt.

Hinter dem Topos „Vererblichkeit des Verzichtsrechts“ verbirgt sich u. a. aber auch die praxiswichtige Problematik eines postmortalen Wirksamwerdens lebzeitig erklärter Verzichte, zum Beispiel durch Verzögerungen beim Zugang und/oder wegen gerichtlicher Genehmigungserfordernisse. Die herrschende Meinung arbeitet hier mit einer Art „Zäsur“-Theorie, nach der § 1922 BGB eine unmittelbare und sofortige Klarheit der Erbrechtsverhältnisse postuliert und Erbverzichte nicht nur lebzeitig geschlossen, sondern auch wirksam werden müssten. Schon die bloße Existenz des Instituts der Ausschlagung selbst zeigt, dass dies nicht absolut richtig sein kann. Hierzu hätte man sich aus Sicht der Praxis doch weitere Ausführungen gewünscht. Ausführlicher herausgearbeitet ist dies in dem in dieser Tiefe wohl singulären Abschnitt über die Möglichkeiten zur Aufhebung des Erbverzichts (§ 2351 BGB) nach dem Tod des Erblassers und/oder des Verzichtenden (S. 271 ff.), bei denen der Autor auch auf Vorarbeiten seines Doktorvaters zurückgreifen konnte (Muscheler, ZEV 1999, 49 ff.) und diese konsequent weiter ausbaut.

An dieser Stelle wird durch den Autor übrigens erstmals § 2349 BGB (Erstreckung der Verzichtswirkung auf Abkömmlinge) aufgegriffen, jedoch bleibt es bei dem Detailaspekt „Die isolierte Aufhebung der Erstreckungswirkung des Erbverzichts nach dem Tod des Verzichtenden“ (S. 292 ff.). Grundlegende Ausführungen zu § 2349 BGB, der ja in vergleichbarer Form bei der Ausschlagung gerade nicht existiert (siehe oben) und unter BGB-AT-Gesichtspunkten eigentlich eine legislative, wenngleich real existierende, Besonderheit darstellt, vermisst man in der Arbeit jedoch.

Dies hat vermutlich auch Auswirkungen auf die Haltung des Verfassers zur Reform des § 2352 S. 3 BGB (Erstreckung des Zuwendungsverzichts auf Abkömmlinge seit 1.1.2010). Leider erliegt er hier den Sirenen aus Wissenschaft (insbesondere *Klinck*, ZEV 2009, 533 ff.) und bedauernswerterweise auch aus der Praxis (insbesondere *Kanzleiter*, DNotZ 2009, 805 ff.), wenn er zusammenfassend und zugleich prononciert unter anderem schreibt (S. 473): „§ 2352 S. 3 i. V. m. § 2349 BGB hat das erbrechtliche Novum hervorgebracht, dass das Gesetz den Widerruf einer Verfügung von Todes wegen, in concreto: einer Ersatzberufung, bewirkt, und kollidiert damit mit den Widerrufsverböten der § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1, § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB. Das Gesetz kann nicht an einer Stelle etwas anordnen, was es an anderer Stelle untersagt.“ Dem sei an dieser Stelle ebenso prägnant nur entgegnet: Natürlich kann es das! Und das ist auch gut so, zumindest für alle Kautelarjuristen (vgl. *Everts*, ZEV 2010, 392 ff.)!

In diesem Zusammenhang schleichen sich auf S. 454 zudem Widersprüche in der Darstellung ein: Richtigerweise schreibt *Metzler*, dass der Verzicht des Vorerben auf die Vorerbschaft das Nacherbrecht des Nacherben nicht berührt. Nichts anderes vertritt der Rezensent (ZEV 2010, 392, 394: „Das Recht des Nacherben geht dem Ersatzerbenrecht also vor.“). Ohne Begründung heißt es in Fußnote 1300 seitens des Autors zu den daraus folgenden Konsequenzen aber, meine am angegebenen Ort geäußerte Ansicht sei „unzutreffend (...)“, der Nacherbe werde nun automatisch Vollerbe“. Hier hätte ich dann schon einmal gerne gewusst, was denn nun zutreffend sei,

insbesondere wie *Metzler* seinen eigenen Beispielsfall auf S. 454 löst. Denn zum einen ist nach § 2352 Satz 3, § 2349 BGB, so sehr man das eben auch bedauern mag, infolge seines Verzichtes der Vorerbe nach neuer Rechtslage mit seinem gesamten Stamm und Seitenverwandten weggefallen (und andere als solche [Ersatz-]Vorerben sind in den gemeinsamen Beispielen nicht benannt). Zum anderen gilt § 2102 Abs. 1 BGB hier gerade nicht, weil die latente Ersatzerbenstellung infolge der als vorrangig erkannten Nacherbeneigenschaft nicht zum Tragen kommt und der umgekehrte Fall („Einsetzung als Ersatzerbe im Zweifel auch als Nacherbe“) in dieser Norm gerade nicht geregelt ist. Es kann also gar nicht anders sein, als dass in diesen Fällen die Vorerbschaft insgesamt entfällt. Insbesondere kommt man auch nicht mehr zu § 2105 Abs. 1 BGB („gesetzliche Erben als Vorerben“): Denn abgesehen davon, dass dies im Beispielsfall des Autors gerade wieder der Verzichtende selbst wäre, mit der Folge eines absurden Ergebnisses, hat der Erblasser in unseren Beispielsfällen den Vorerben gerade benannt – den Fall aber, dass dieser wegfällt, regelt allein § 2102 Abs. 1 BGB.

Als Fazit bleibt eine beeindruckende Doktorarbeit, aus der auch der Praktiker für die Fallbearbeitung Gewinn ziehen kann. Zur Perfektionierung für diesen wäre allerdings noch die Beifügung eines – mittlerweile auch in publizierten Doktorarbeiten eigentlich zum Standard gehörenden – Stichwortverzeichnisses hilfreich. Wirtschaftlich lohnt sich die Anschaffung zum Preis eines „Palandt“ gleichwohl freilich nicht, zumal bereits nach der Besprechungslektüre sich die Broschur in den Händen des Rezensenten zu zerlegen begann. Wenn schon dieser Preis, sollte es dem Verlag bei Erreichen der Bindegrenze doch entweder nicht am Kleber mangeln oder aber das Format gewechselt werden. Der inhaltlichen Qualität des Werkes tut dies freilich keinen Abbruch. Es ist zu hoffen, dass der Autor dem erbrechtlichen Fach für die Zukunft weiter gewogen und erhalten bleibt!

Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Baumbach/Hueck: GmbHG. 20. Aufl., Beck, 2013. 2344 S., 129 €

Der nunmehr zum zwanzigsten Mal erschienene Standardkommentar des GmbH-Rechts berücksichtigt obergerichtliche Rechtsprechung und Literatur bis Mitte des Jahres 2012. Das MoMiG vom 1.11.2008, das am 1.9.2009 in Kraft getretene Gesetz zur Umsetzung der Aktionärsrichtlinie (ARUG) sowie das BilMoG vom 25.5.2009 waren bereits in die Voraufgabe eingearbeitet worden. Den Kern der Neuauflage bilden die Einarbeitung der neuen Rechtsprechung zu Kapitalaufbringung und wirtschaftlicher Neugründung sowie die Aktualisierung der Kommentierung des Gutgläubensschutzes beim Geschäftsanteilserwerb, des Verhältnisses von Einziehung und Abfindung sowie zur Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt). Berücksichtigung fanden auch die gesellschaftsrechtlichen Aspekte des ESUG und die europarechtlichen Entwicklungen, insbesondere die Entscheidung des EuGH vom 12.7.2012 (Vale).

Im Bereich der durch die MoMiG-Reform aufgekommenen neuen Fragestellungen ist die Kommentierung deutlich verbessert worden. Während in der Voraufgabe das Musterprotokoll für die Gründung im vereinfachten Verfahren nach § 2 Abs. 1a GmbHG zwar abgedruckt, aber nicht kommentiert war, liegt nunmehr eine kurze, aber praxistaugliche Erläuterung der wichtigsten Praxisfragen vor. Hier wäre mehr Kohärenz in der Bearbeitung wünschenswert. So spricht *Fastrich* in § 2 Rdnr. 17 davon, dass das Musterprotokoll nur eine Regelung der konkreten Vertretungsbefugnis enthalte, weshalb in der Registeranmeldung auch die abstrakte Vertretungsregelung anzugeben sei. In den Erläuterungen zum Protokoll bei § 2 Rdnr. 60 liest man dann (richtig), dass nur die abstrakte Vertretungsregelung und die Befreiung des namentlich benannten Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB, nicht hingegen eine konkrete Vertretungsregelung, anzumelden sei. Dies entspricht der herrschenden Meinung, wonach die Anmeldung einer konkreten Vertretungsregelung mangels Abweichung von § 35 Abs. 2 GmbHG weder erforderlich noch zulässig ist.

Eingang in den Kommentar hat auch das neue Urteil des BGH zur sofortigen Wirksamkeit des Zwangseinziehungsbeschlus-

ses unabhängig von der Zahlung der geschuldeten Abfindung (BGH, Urteil vom 24.1.2012, II ZR 109/11, NZG 2012, 259) gefunden. *Fastrich* weist zwar darauf hin, dass diese neue Rechtsprechung nur gilt, wenn bereits im Zeitpunkt der Beschlussfassung feststeht, dass die sofort fällige Abfindung aus freien Mitteln der Gesellschaft ohne Verstoß gegen die Kapitalerhaltungsregeln geleistet werden kann. Aus Beratersicht wünschenswert wäre es jedoch gewesen, wenn der Autor dieser Stelle zu einer entsprechenden vorsorglichen Regelung des Wirksamkeitszeitpunkts in der Satzung geraten hätte.

In für einen Kurzkomentar überraschend ausführlicher Weise wird auch die immer noch schwelende Diskussion um die Bedeutung des Gebots der Übereinstimmung von Stammkapital und Summe der Nennbeträge aller Geschäftsanteile gemäß § 5 Abs. 3 Satz 2 GmbHG im Rahmen der Zwangseinziehung dargestellt (§ 34 Rdnr. 17a, 17b). Auch hier fallen aber fehlende Querverbindungen innerhalb des Kommentares auf. Zwar rät der Autor in § 34 Rdnr. 17b der Praxis, bis zu einer obergerichtlichen Klärung der Frage zur Vermeidung des Risikos anfechtbarer oder sogar nichtiger Einziehungsbeschlüsse, die Beschlüsse mit einer anpassenden Kapitalmaßnahme zu verbinden, um dem Konvergenzgebot Rechnung zu tragen. Gleichzeitig spricht er im Anhang zu § 34 Rdnr. 9 pauschal und irreführend davon, dass der Beschluss keiner notariellen Form bedürfe. Hier wäre eine differenzierte Darstellung dahingehend, dass zumindest die begleitende Kapitalmaßnahme der notariellen Beurkundung bedarf, jedenfalls aber ein klarstellender und vor Formnichtigkeit warnender Querverweis wünschenswert.

Die Kommentierung des gutgläubigen Erwerbs eines Geschäftsanteils aufgrund Eintragung in die Gesellschafterliste ist insgesamt gut gelungen. Als Praktiker hätte man sich jedoch eine etwas ausführlichere Behandlung des Widerspruchs gegen die Gesellschafterliste gewünscht. So wird zwar auf die Anlehnung der Regelung an den § 899 BGB hingewiesen. Eine konkrete Aussage zu der Frage, wie ein einmal zugeordneter Widerspruch wieder beseitigt werden kann, d. h., ob die Einreichung einer neuen Liste erforderlich ist oder ob dies aufgrund Bewilligung desjenigen, der die Eintragung herbeigeführt hat, möglich ist, findet sich hingegen nicht. Hier hat

kürzlich das KG zugunsten der letztgenannten Variante entschieden (KG, Beschluss vom 17.5.2013, 12 W 30/12, notar 2013, 305). Diese Entscheidung sollte im Rahmen der nächsten Auflage des Werks Berücksichtigung finden.

Erwähnenswert ist auch die Kommentierung zum Einfluss des reformierten Insolvenzrechts (i. d. F. des ESUG) auf das GmbH-Recht. Zutreffend erkennt *Fastrich* die „Sprengkraft“ der neuen Regelung des sog. debt to equity swap in § 225a Abs. 2 InsO, die einen Fremdkörper im sonst von strengen Vorgaben beherrschten Recht der Kapitalaufbringung darstellt. Das Reformgesetz hat hier die Möglichkeit geschaffen, Forderungen eines Gesellschaftsgläubigers im Wege der Kapitalerhöhung gegen Sacheinlage unter Ausschluss des Bezugsrechts der Gesellschafter in Geschäftsanteile an der Gesellschaft umzuwandeln. Dies kann im Insolvenzplan, d. h. ohne Beteiligung der Gesellschafterversammlung, geschehen. Viel zu pauschal wird hierzu kommentiert, dass durch diese Regelung dem Gläubiger das Bewertungsrisiko abgenommen werde. Viel interessanter wäre es hier gewesen, eine Antwort auf die Frage zu suchen, ob das Registergericht wie bisher Werthaltigkeitsnachweise hinsichtlich der eingebrachten bzw. „umzuwandelnden“ Forderungen verlangen kann. Der mit dem Vollzug von Insolvenzplanmaßnahmen befasste Notar wird bei § 57 eine Kommentierung zur Reichweite der An-

meldebefugnis des Insolvenzverwalters nach § 254a Abs. 2 Satz 3 InsO und einen Hinweis darauf vermissen, dass dieser nach dem Wortlaut der Norm jedenfalls nicht zur Abgabe der strafbewehrten Versicherungen bei Kapitalmaßnahmen und auch nicht zur Unterzeichnung der Liste der Übernehmer der neuen Stammeinlagen befugt ist (*Vossius*, notar 2012, 67, 68).

Zutreffend ist hingegen die Kritik an der neu geschaffenen Möglichkeit der Unternehmenssanierung in Form der Eigenverwaltung mit Schutzschirm, die zu einer weitgehenden Entmachtung der Gesellschafterversammlung in der Insolvenz führen könnte. Hier wird die Rechtsprechung einschränkend einzuschreiten haben. Erste diesbezügliche Tendenzen sind auch bereits im Suhrkamp-Streit vor dem LG Frankfurt/Main erkennbar geworden (LG Frankfurt/Main, Urteil vom 10.9.2013, 3-09 O 96/13, NZG 2013, 1315). Um einer missbräuchlichen Ausnutzung der mit dem ESUG neu geschaffenen Möglichkeiten zu begegnen und damit zur Gewährleistung der Eigentumsgarantie des Art. 14 GG, stellte das Gericht strenge Voraussetzungen für einen Eingriff in die Anteilsrechte auf. Entsprechende Ansätze in der Kommentierung wären wünschenswert, finden sich aber leider nicht. Das Werk ist dennoch auch in seiner Neuauflage unverzichtbarer Bestandteil jeder Notarbibliothek.

Notar Dr. *Thomas Kilian*, Aichach

Renner/Otto/Heinze (Hrsg.): Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar (GNotKG). Carl Heymanns, 2013. 1332 S., 139 €

Die Erstauflage des Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentars ist pünktlich zum Inkrafttreten des neuen Gerichts- und Notarkostengesetzes erschienen und damit einer der ersten umfassenden Kommentare, welcher zum neuen Recht verfügbar ist. Das Autorenteam rund um die Herausgeber *Renner*, *Otto*, und *Heinze* besteht aus Richtern, Bezirksrevisoren, Notaren und Notarassessoren.

Das pünktliche Erscheinen des Kommentars bringt es mit sich, dass die Autoren nur wenig Zugriff auf Literatur zum neuen Kostenrecht hatten und in vielen Bereichen daher lediglich auf die Gesetzesbegründung sowie Fundstellen zum alten Kostenrecht zurückgreifen konnten. In Anbetracht dessen stellt das Werk eine ganz beachtliche Leistung dar, wenn auch naturgemäß einige Streitfragen, welche mittlerweile durch die praktische Anwendung des Gesetzes aufgetaucht sind, nicht mit der entsprechenden Tiefe dargestellt sind.

Die durchaus nicht einfach zu beantwortende Frage, wie im Rahmen des § 36 Abs. 2 GNotKG bei nichtvermögensrechtlichen Angelegenheiten künftig Ermessen ausgeübt werden soll, wird ausführlich anhand einiger alphabetisch sortierter Beispiele behandelt. Zur Bewertung von Betreuungs-/Patientenverfügungen schlägt *Hüttinger* vor, nicht mit einer Vervielfältigung des Regelwertes von 5.000 € zu arbeiten, wie das von anderen Autoren vorgeschlagen wird, sondern bei „Durchschnittsbürgern“ einen Wert zwischen 10.000-20.000 € festzulegen, bei entsprechend hohem Vermögen steigend bis zum Höchstwert von 1.000.000 €. Letzteres ist sicher etwas praxisfremd und auch bei „Durchschnittsbürgern“ stellt sich die Frage, ob 107 € netto für eine isolierte Patientenverfügung tatsächlich darstellbar sind.

Harder löst die strittige Frage, wie hoch die Vollzugsgebühr in den Fällen anzusetzen ist, in welchen bei zusammengesetzten Beurkundungsverfahren unterschiedliche Gebührensätze zur Anwendung kommen, richtigerweise dahingehend, dass er jeweils auf den höchsten Gebührensatz abstellt. Auch nimmt er überzeugend zur Angebots-/Annahme-Konstellationsstellung. Allerdings wird die in der Praxis regelmäßig vorkommende Konstellation, in welcher nur der Annahmehonorar (Zentralnotar) den Vollzug betreibt, ausgeblendet. Denn hier stellt sich tatsächlich die hoch umstrittene Frage, ob der Annahmehonorar, welcher für die Annahme ja nur eine 0,5- bzw. 1,0-Gebühr erhalten hat, die niedrige Vollzugsgebühr von 0,3 erhält, obwohl er ein Geschäft vollzieht, welchem eine 2,0-Gebühr zugrunde liegt, oder ob der Vollzug hier eine 0,5-Gebühr auslöst.

Auch Vorschriften, mit welchen der Gesetzgeber Neuland betreten hat, zum Beispiel § 126 GNotKG (öffentlich-rechtlicher Kostenvertrag), werden überzeugend und umfassend kommentiert. *Renner* stellt sowohl die Voraussetzungen, unter denen ein solcher öffentlich-rechtlicher Vertrag geschlossen werden kann, wie auch die unterschiedlichen Möglichkeiten entsprechender Vergütungsvereinbarungen übersichtlich dar. Insbesondere verweist er richtigerweise darauf, dass nicht in allen Schlichtungsangelegenheiten eine Vereinbarung nach § 126 GNotKG zugelassen ist, da das Landesrecht im Falle von Schlichtungen ausnahmsweise dem Bundesrecht vorgeht. Werden Notare als Gütestelle nach § 15a EGZPO in Verbindung mit Landesrecht tätig, bleibt es also bei den Gebühren, welche das entsprechende Landesrecht, beispielsweise das BaySchlG, vorschreibt.

Die einzelnen Kommentierungen sind übersichtlich und teilweise mit Beispielen bzw. einer ausführlichen Kasuistik versehen, so dass sich der Kommentar vorzüglich zum Nachschlagen von Einzelfallproblemen eignet. Die Auffindbarkeit

der Kommentarstellen wird durch ein ausführliches Stichwortverzeichnis erleichtert, welches sowohl auf die Geschäftswertvorschriften als auch auf die Gebührensätze verweist. Ebenso ist anzumerken, dass bei den einzelnen Kommentierungen zu den Geschäftswerten jeweils auf die korrespondierenden Vorschriften des Kostenregisters verwiesen wird und umgekehrt. Diese Verknüpfungen vereinfachen die Suche nach den passenden Vorschriften und machen das Arbeiten mit dem Kommentar dadurch sehr angenehm.

Wer sich bei der Beurteilung kostenrechtlicher Fragestellungen nicht mit der schnellen Lösung eines Streifzuges zufriedenstellen will und sich schon in der „Probezeit“ des neuen Gesetzes mit tiefgründigeren Fragen des GNotKG beschäftigen möchte oder muss, dem kann die Anschaffung des Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentars uneingeschränkt empfohlen werden.

Notarin *Stefanie Gläser*, Fürth

Daragan/Halaczinsky/Riedel (Hrsg.): Praxis-kommentar ErbStG und BewG. 2. Aufl., zerb, 2012. 1510 S., 139 €

Wer erwartet hatte, die Diskussion um die Erbschaft- und Schenkungsteuer würde sich nach der Reform des Jahres 2009 schrittweise beruhigen, sieht sich gründlich getäuscht. Einerseits waren die gesetzgeberischen Innovationen, sowohl im Bereich der Bewertung als auch hinsichtlich der Verschonungsnormen, so kompliziert, dass es zu ihrer praktischen Anwendung umfangreicher Erlasse und Richtlinien bedurfte. Andererseits ist die verfassungsrechtliche und rechtspolitische (die Grenzen verschwimmen zuweilen) Diskussion nicht abgeschlossen und wird insbesondere durch den BFH weiter geschürt. Der Notar bleibt hiervor nicht verschont und wird unweigerlich auch zum Ansprechpartner in Sachen Erbschaft- und Schenkungsteuer. Schon aufgrund der gesetzlichen Bestimmungen (§ 34 ErbStG, § 8 ErbStDV) kann er diese Steuer nicht ignorieren; und die Beteiligten gehen ohnehin davon aus, dass der Notar in dieser Materie zumindest über ein solides Basiswissen verfügt.

Gut, dass in dieser Situation der nach der Erbschaftsteuerreform 2009 von *Daragan, Halaczinsky* und *Riedel* herausgegebene „Praxiskommentar ErbStG und BewG“ nun schon in zweiter Auflage vorliegt und daher auch die Entwicklungen im Nachgang zur Reform aufgreift.

Hervorzuheben ist dabei insbesondere die ausführliche Kommentierung jüngerer Änderungen, wie des höchst praxisrelevanten § 7 Abs. 8 ErbStG (Schenkungssteuerpflicht bei Leistungen an Kapitalgesellschaften). Der viel zu weit geratene Gesetzestatbestand wird kritisch unter die Lupe genommen, wobei die Kommentierung insbesondere auf die drohende Doppelbelastung mit Erbschaft- und Einkommensteuer hinweist (Rdnr. 193); anschließend werden die zahlreichen prak-

tischen Konsequenzen, insbesondere bei Kapitalmaßnahmen, verständlich an Beispielen dargestellt (Rdnr. 195 ff.).

Im Übrigen wurden insbesondere die Erbschaftsteuerrichtlinien 2011 in die Kommentierung eingearbeitet. Im Hinblick auf die nunmehr klare Haltung der Finanzverwaltung wird in der Kommentierung beispielsweise davon abgeraten, dass der Ehegatte als Erbe eines Familienheimes dieses innerhalb der Zehn-Jahres-Frist nach § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG unter Nießbrauchsvorbehalt weiterüberträgt (§ 13 Rdnr. 64 unter Hinweis auf RE 13.4 Abs. 6 Satz 2 ErbStR 2011).

Neben dem ErbStG umfasst der Kommentar auch das Bewertungsgesetz, wobei er sich hier auf das Wichtigste beschränkt. So wird beispielsweise die Bewertung des land- und forstwirtschaftlichen Vermögens (§§ 158 ff. BewG) nur cursorisch auf zwei Seiten dargestellt. Ausführlicher wird es dann bei der auch für Notare relevanten Grundbesitzbewertung. Hier enthalten die Kommentierungen zu §§ 181, 182 BewG Übersichten, aus denen auch der im Bewertungsgesetz nicht heimische Anwender die richtige Bewertungsart für eine Immobilie ermitteln kann. Hervorzuheben ist auch die ca. 50 Seiten umfassende Darstellung der Methoden zur Unternehmensbewertung im Anhang zu § 11 Abs. 2 BewG, die auch die Besonderheiten der Bewertung von Kleinunternehmen und Freiberuflerkanzleien gut lesbar darstellt.

Die Vorzüge des Kommentars liegen in seinen zahlreichen Beispielen, seiner praxis- und vor allem beratungsrelevanten Darstellung und in der Beschränkung auf das Wesentliche, auch bei der Auswahl der zitierten Literatur. Der Praxiskommentar liefert auf die zahlreichen erbschaftsteuerlichen Fragen der Beratungspraxis fundierte, schnell auffindbare und übersichtliche Antworten und kann daher uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden.

Notar *Lucas Wartenburger*, Rosenheim

RECHTSPRECHUNG

Bürgerliches Recht

1. BGB § 1896 Abs. 2 Satz 2 (*Ungeeignetheit des Vorsorgebevollmächtigten*)

Ein Vorsorgebevollmächtigter ist auch dann ungeeignet, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, wenn er – auch unverschuldet – objektiv nicht in der Lage ist, die Vorsorgevollmacht zum Wohle des Betroffenen auszuüben (im Anschluss an Senat, NJW-RR 2012, 772 = FamRZ 2012, 868).

BGH, Beschluss vom 7.8.2013, XII ZB 671/12

Die Beteiligte zu 1 wendet sich gegen die Anordnung der Betreuung für ihre Mutter.

Die Betroffene leidet an Demenz. Im Jahr 1997 erteilte sie ihrer Tochter, der Beteiligten zu 1, eine notarielle Vorsorgevollmacht. Die Beteiligte zu 1 organisierte daraufhin die Versorgung ihrer Mutter. Im Juli 2011 zog die Beteiligte zu 2, eine weitere Tochter der Betroffenen, in den Haushalt der Betroffenen ein. Seither kommt es wegen der Versorgung der Betroffenen zu erheblichen Streitigkeiten zwischen den Schwestern.

Das AG hat die Betreuung für die Betroffene für die Aufgabenkreise Sorge für die Gesundheit, Aufenthaltsbestimmung und Vermögenssorge angeordnet und ihr eine Berufsbetreuerin bestellt. Das LG hat die Beschwerde der Beteiligten zu 1 zurückgewiesen, wogegen sie sich mit ihrer Rechtsbeschwerde wendet.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde ist zulässig, aber unbegründet.

1. Die gemäß § 70 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FamFG ohne Zulassung statthafte Rechtsbeschwerde ist auch im Übrigen zulässig. Vor allem ist die Beteiligte zu 1 nach § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG beschwerdebefugt.

2. Die Beschwerde hat indes in der Sache keinen Erfolg. Die Instanzgerichte sind zu Recht von der Erforderlichkeit der Betreuung ausgegangen, deren weitere Voraussetzungen von den Beteiligten nicht in Zweifel gezogen werden.

Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde steht der Umstand, dass die Betroffene der Beteiligten zu 1 eine notarielle Vorsorgevollmacht erteilt hat, der Anordnung der Betreuung nicht entgegen; auf die Frage, ob die Vollmacht möglicherweise bereits wirksam widerrufen wurde, kommt es danach nicht an.

a) Allerdings hat die Rechtsbeschwerde zu Recht darauf hingewiesen, dass die Betreuung gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht erforderlich ist, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können. Aufgrund dieser Vorschrift ist die Einrichtung einer rechtlichen Betreuung grundsätzlich nachrangig zu einer wirksam erteilten Vorsorgevollmacht (Senat, Beschluss vom 28.3.2012, XII ZB 629/11, FamRZ 2012, 969 Rdnr. 10). Eine Vorsorgevollmacht steht der Bestellung eines Betreuers jedoch dann nicht entgegen, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründen (Senat, Beschluss vom 7.3.2012, XII ZB 583/11, FamRZ 2012, 868 Rdnr. 12).

Auch wenn die Redlichkeit des Vorsorgebevollmächtigten außer Zweifel steht, erfordert der Vorrang des Bevollmächtigten gegenüber der Anordnung einer Betreuung seine objektive Eignung, zum Wohl des Betroffenen zu handeln (vgl. etwa MünchKommBGB/Schwab, 6. Aufl., § 1896 Rdnr. 61). Fehlt es hieran, weil der Bevollmächtigte – etwa wie hier wegen eines eigenmächtigen und störenden Verhaltens eines Dritten – nicht in der Lage ist, zum Wohle des Betroffenen zu handeln, bleibt die Anordnung einer Betreuung erforderlich.

b) Gemessen hieran ist es nicht zu beanstanden, dass das Beschwerdegericht von einer fehlenden Eignung der Beteiligten zu 1 ausgegangen ist.

Dabei hat das LG zutreffend auf die gegenwärtige Situation abgestellt, wonach die Beteiligte zu 1 keine ernst zu nehmenden Anstrengungen mehr unternommen hat, die Versorgung der Betroffenen sicherzustellen, nachdem die Beteiligte zu 2 bei der Betroffenen eingezogen war, die ursprünglich von der Beteiligten zu 1 organisierten Pflegeleistungen durch den Pflegedienst bzw. durch Nachbarn und Bekannte weitgehend verdrängt sowie durch eigene – eigenmächtig veranlasste – Pflegeleistungen ersetzt hat. Wegen der damit einhergehenden erheblichen Streitigkeiten zwischen den Beteiligten sah sich die Beteiligte zu 1 ersichtlich gehindert, ihre Vorsorgevollmacht zum Wohle der Betroffenen weiterhin auszuüben. Auf den Umstand, dass die Beteiligte zu 1 nach den getroffenen Feststellungen die Versorgung der Betroffenen in der Vergangenheit trotz der relativ weiten Entfernung von ihrem Wohnsitz (Oberbayern) zu dem Wohnsitz der Betroffenen (Saarland) zufriedenstellend organisiert hat, kommt es dagegen nicht an.

c) Zwar verkennt der Senat die Bedenken der Rechtsbeschwerde nicht, wonach ein redlicher Bevollmächtigter durch das eigenmächtige Verhalten eines Dritten aus der Vorsorgevollmacht gedrängt werden kann. Dieses Ergebnis ist indes nicht zwingend. Vielmehr sind auch Fallkonstellationen vorstellbar, in denen der Vorsorgebevollmächtigte etwa aufgrund seiner Persönlichkeit bzw. der ihm erteilten Vollmachten durchaus in der Lage ist, ein die Ausübung der Vorsorgevollmacht störendes eigenmächtiges Verhalten eines anderen zu unterbinden. Maßgebend muss im Ergebnis immer das Wohl des Betroffenen bleiben. Dabei ist schließlich auch zu beachten, dass nicht etwa – wie die Rechtsbeschwerde anklingen lässt – der sich eigenmächtig verhaltende Dritte im Ergebnis von seinem störenden Verhalten profitiert. Denn die Konsequenz ist nicht, dass er zum Betreuer bestellt wird. Vielmehr ist ein unbeteiligter Dritter als Betreuer zu bestellen, der im Zweifel besser dazu in der Lage ist, das störende Verhalten zu unterbinden.

Von einer weiteren Begründung wird gemäß § 74 Abs. 7 FamFG abgesehen.

2. BGB § 308 Nr. 1 (*Fortgeltung von Angebotsserklärungen in AGB*)

Klauseln in Allgemeinen Geschäftsbedingungen, nach denen das Angebot des anderen Teils unbefristet fortbesteht und von dem Verwender jederzeit angenommen werden kann, sind auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar, wenn das Angebot nicht bindend, sondern widerruflich ist.

BGH, Urteil vom 7.6.2013, V ZR 10/12

Mit notarieller Erklärung vom 30.5.2005 machte die Klägerin der Beklagten das Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung. Das Angebot enthielt unter anderem folgende Bestimmung:

„An das Angebot hält sich der Anbietende bis zum 30.6.2005 unwiderruflich gebunden. Nach Ablauf der Frist erlischt lediglich die Bindung an das Angebot, nicht jedoch das Angebot selbst, das dann in stets widerruflicher Weise fortbesteht. Zur Wirksamkeit der Annahme genügt deren Erklärung zu notariellem Protokoll, ohne dass es des Zugangs der Annahmeerklärung beim Anbietenden bedarf.“

Mit notarieller Urkunde vom 12.7.2005 erklärte die Beklagte die Annahme des Angebots. Der Vertrag wurde durch Zahlung des Kaufpreises von 50.362,50 € sowie Auflassung und Eigentumsumschreibung vollzogen.

Die Klägerin verlangt nunmehr die Rückzahlung des Kaufpreises Zug um Zug gegen lastenfreie Rückübertragung der Wohnung, die Feststellung des Annahmeverzugs der Beklagten sowie den Ersatz vorgerichtlicher Rechtsverfolgungskosten von 2.295,63 € zzgl. Zinsen. Sie ist der Ansicht, dass der Kaufvertrag nicht zustande gekommen sei, da ihr Angebot im Zeitpunkt der Annahmeerklärung bereits erloschen gewesen sei. Das LG hat die Klage abgewiesen; das OLG hat die Berufung der Klägerin zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre Anträge weiter.

Aus den Gründen:

I.

Das Berufungsgericht verneint einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB, da die Klägerin den Kaufpreis mit Rechtsgrund geleistet habe. Der Kaufvertrag sei aufgrund der Klausel über die bindungsfreie Fortgeltung des Angebots zustande gekommen, auch wenn die Beklagte die Annahme erst nach dem Ablauf der Bindungsfrist erklärt habe.

Die Klausel unterliege zwar nach § 310 Abs. 3 BGB den Vorschriften über die richterliche Kontrolle des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 bis 309 BGB), sie halte dieser aber stand. Die Bindungsfrist von einem Monat gehe nicht wesentlich über den sich aus § 147 Abs. 2 BGB ergebenden Zeitraum von vier Wochen hinaus und sei daher nicht nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Die Bestimmung über die bindungsfreie Fortgeltung des Angebots sei ebenfalls nicht nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam; denn der Verwender behalte sich keine Annahmefrist vor, wenn der Käufer sein Angebot stets widerrufen könne. Die Fortgeltungsklausel benachteilige den Käufer auch nicht unangemessen im Sinne von § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB. Das Interesse der Beklagten an der Aufrechterhaltung der latenten Kundenbeziehung sei schutzwürdig. Die Interessen des Käufers seien durch das Widerrufsrecht ausreichend gewahrt. Dem Käufer sei es – wie sich an den Bestimmungen über andere Widerrufsrechte (§§ 312, 312d, 495 BGB) zeige – zumutbar, dass er aktiv werden müsse, wenn er den Vertrag nicht mehr wolle.

II.

Das hält rechtlicher Überprüfung nicht stand. Die Begründung des Berufungsgerichts trägt die Abweisung eines Anspruchs nach § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB nicht. Der Kaufpreis kann ohne Rechtsgrund auf einen nicht zustande gekommenen Vertrag gezahlt worden sein.

1. Der Kaufvertrag ist mit der Beurkundung der Annahmeerklärung der Beklagten nach § 152 Satz 1 BGB nur dann zustande gekommen, wenn die Erklärung der Klägerin wirksam ist, dass ihr Antrag über die Bindungsfrist von einem Monat hinaus als widerrufliches Angebot fortbesteht.

a) Andernfalls wäre das Angebot im Zeitpunkt der Annahme bereits erloschen gewesen. Nach der gesetzlichen

Regelung in § 146 BGB erlischt ein Antrag, wenn er abgelehnt oder nach den §§ 147 bis 149 BGB nicht rechtzeitig angenommen wird. So wäre es hier, da bei der Annahme sowohl die Zeitspanne von vier Wochen, innerhalb derer der Antragende auf sein Angebot zum Kauf einer Eigentumswohnung nach § 147 Abs. 2 BGB den Eingang der Antwort des Empfängers unter regelmäßigen Umständen erwarten darf (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 Rdnr. 12), als auch die in dem Angebot bestimmte Bindungsfrist von einem Monat verstrichen waren. Soweit der Antragende nichts anderes äußert, deckt sich eine von ihm erklärte Bindungsfrist mit der dem Empfänger für die Annahme seines Angebots eingeräumten Frist (§ 148 BGB) mit der Folge, dass das Angebot mit dem Ablauf der Bindungsfrist erlischt (Senat, a. a. O., Rdnr. 15).

b) Die Wirksamkeit der Erklärung der Klägerin über die Fortgeltung ihres Angebots hängt jedoch davon ab, ob – wie es das Berufungsgericht annimmt – eine von der Beklagten vorformulierte Klausel vorliegt, die den Vorschriften über die richterliche Kontrolle des Inhalts Allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 bis 309 BGB) unterliegt.

2. Wirksam wäre die Erklärung über die Fortgeltung ihres Angebots gewesen, wenn das Angebot von der Klägerin selbst formuliert oder von den Parteien im Einzelfall ausgehandelt worden wäre. Dann hätte die Beklagte das Angebot auch noch nach mehr als sechs Wochen nach dessen Abgabe annehmen können. Die gesetzlichen Regelungen in §§ 145, 146 BGB schließen nämlich Modifikationen der Wirksamkeit und der Dauer des Angebots nicht aus. Ein Angebot kann danach auch unbefristet, jedoch widerruflich ausgestaltet werden (Senat, Urteil vom 26.3.2004, V ZR 90/03, NJW-RR 2004, 952, 953; BGH, Urteil vom 8.3.1984, VII ZR 177/82, NJW 1984, 1885, 1886).

3. Unwirksam wäre die Erklärung im Angebot der Klägerin dagegen dann, wenn es sich dabei um eine Fortgeltungsklausel, also um eine von der Beklagten gemäß § 305 Abs. 1 BGB gestellte oder von ihr als Unternehmerin nach § 310 Abs. 3 BGB als gestellt geltende vorformulierte Vertragsbedingung handeln sollte.

a) Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Vorschriften über die AGB-rechtliche Inhaltskontrolle auch auf vorformulierte Erklärungen im Vorfeld des Vertragsschlusses anzuwenden sind. Die Vorschriften der §§ 307 bis 309 BGB erstrecken sich auf sog. Vertragsabschlussklauseln, zu denen die von dem Verwender vorformulierten einseitigen Erklärungen des anderen Teils zur Geltung seines Angebots gehören (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873 Rdnr. 8; BGH, Urteil vom 23.3.1988, VIII ZR 175/87, BGHZ 104, 95, 98 f.).

b) Das Berufungsgericht bejaht jedoch rechtsfehlerhaft die Wirksamkeit einer vorformulierten Angebotserklärung, nach der das Angebot des anderen Teils (über den Ablauf einer Bindungsfrist von einem Monat hinaus) als widerrufliches, stets annehmbares Angebot fortbesteht. Unbefristete Fortgeltungsklauseln halten nämlich einer AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle an der Verbotsnorm des § 308 Nr. 1 Hs. 1 BGB nicht stand. Nach dieser Vorschrift ist eine Bestimmung in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unwirksam, durch die sich der Verwender unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots vorbehält. Ob und unter welchen Voraussetzungen das auch für vorformulierte Fortgeltungsklauseln zu Angeboten gilt, die der andere Teil widerrufen kann, ist allerdings streitig.

aa) Nach der von dem Berufungsgericht (OLG Dresden, Urteil vom 20.12.2011, 14 U 1259/11, NotBZ 2012, 105) so-

wie im Schrifttum (*Cremer/Wagner*, NotBZ 2004, 331, 335; *Walter*, NotBZ 2012, 81, 83; BeckOK-BGB/*Becker*, Edition 26, § 308 Nr. 1 Rdnr. 4) vertretenen Ansicht ist § 308 Nr. 1 BGB schon nicht einschlägig, weil der Verwender sich keine Annahmefrist vorbehalte, wenn der andere Teil sein Angebot jederzeit widerrufen könne. Wegen der Widerrufsmöglichkeit verstoße es nicht gegen § 308 Nr. 1 BGB, dass der Verwender das Angebot auch noch nach mehreren Monaten oder gar Jahren annehmen könne (OLG Dresden, a. a. O.; *Cremer/Wagner*, a. a. O.; ebenso *Walter*, NotBZ 2012, 81, 84, der allerdings nach Ablauf von zwölf Monaten von einer verspäteten und nach § 242 BGB unzulässigen Annahme ausgeht).

bb) Nach anderer Auffassung (OLG Celle, Urteil vom 5.10.2012, 3 U 42/21, unveröffentlicht; die Gründe sind auszugswise wiedergegeben im Aufsatz von *Herrler*, notar 2013, 71, 80 f.; *Herrler/Suttmann*, DNotZ 2010, 883, 891; *Müller/Klühs*, RNotZ 2013, 81, 89; *Thode*, ZNotP 2005, 162, 165) sind dagegen auch die widerrufliche Angebote betreffenden Fortgeltungsklauseln an § 308 Nr. 1 BGB zu messen. Unterschiedlich sind jedoch die Meinungen dazu, ob und unter welchen Voraussetzungen solche Klauseln einer Prüfung an dieser Vorschrift standhalten.

(1) Nach einer Ansicht sollen Fortgeltungsklauseln für widerrufliche Angebote dann mit § 308 Nr. 1 BGB vereinbar sein, wenn ein Endzeitpunkt für das Erlöschen des Angebots bestimmt ist und dem Anbietenden der Widerruf erleichtert wird. Bis zu welchem Zeitpunkt das Angebot nach seiner Abgabe annahmefähig gehalten werden kann und ob und welche Erleichterungen für den Widerruf durch den anderen Teil nötig sind (*Hertel*, Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl., Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 33; *ders.* in *Krüger/Hertel*, Der Grundstückskauf, 10. Aufl., Rdnr. 1285; *Herrler/Suttmann*, DNotZ 2010, 883, 891; *Herrler*, notar 2013, 71, 85; DNotI-Gutachten, DNotI-Report 2010, 181, 184; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 6. Aufl., Rdnr. 2955; *Müller/Klühs*, RNotZ 2013, 81, 89), wird jedoch unterschiedlich beurteilt.

(2) Dem steht die Auffassung gegenüber, dass jede vorformulierte Erklärung des Antragenden, mit der sich der Verwender die Annahme auch noch nach Ablauf der Bindungsfrist für das Angebot vorbehalte, die Dispositionsfreiheit des andern Teils ohne hinreichenden sachlichen Grund einschränke und daher gegen § 308 Nr. 1 BGB verstoße. Die Widerrufsmöglichkeit ändere daran nichts, da sie ein aktives Tätigwerden des Anbietenden voraussetze und den Kunden überdies – angesichts der Bestimmung in § 152 Satz 1 BGB – nicht davor schütze, dass sein Widerruf eventuell zu spät komme (OLG Celle, Urteil vom 5.10.2012, 3 U 42/21, a. a. O.; *Thode*, ZNotP 2005, 162, 165).

cc) Diese Rechtsfrage ist dahin zu entscheiden, dass in Allgemeinen Geschäftsbedingungen vorformulierte Antrags-erklärungen, nach denen das Angebot des anderen Teils unbefristet fortbesteht und von dem Verwender jederzeit angenommen werden kann, auch dann mit § 308 Nr. 1 BGB unvereinbar sind, wenn das Angebot nicht bindend, sondern widerruflich ist.

(1) Die Vorschrift ist einschlägig. Sie ist auf alle vorformulierten Erklärungen über die Fortgeltung von Vertragsangeboten anzuwenden, mit denen sich der Verwender über den in § 147 Abs. 2 BGB bestimmten Zeitpunkt hinaus die Annahme vorbehält (vgl. NK-BGB/*Kollmann*, 2. Aufl., § 308 Rdnr. 2). Dies gilt auch dann, wenn ein Angebot nicht (mehr) bindend, sondern widerruflich ist.

Die hier zu beurteilende Fortgeltungsklausel wird zwar von dem Wortlaut der Vorschrift nicht unmittelbar erfasst, weil sie keine Frist für die Annahme des Angebots nach § 148 BGB

bestimmt, sondern dem Verwender eine zeitlich unbegrenzte Möglichkeit zur Annahme des Angebots eröffnet. Ihre Anwendung ist aber nach dem mit der Norm verfolgten Zweck geboten, den Anbieter vor den Nachteilen übermäßig lang andauernder Schwebezustände zu schützen (BeckOK-BGB/*Becker*, 26. Edition, § 308 Rdnr. 2; *Erman/Roloff*, BGB, 13. Aufl., § 308 Rdnr. 1; *Walchshöfer*, WM 1986, 1041, 1042). Danach ist § 308 Nr. 1 BGB erst recht auf Klauseln anzuwenden, die keine Frist für die Annahme durch den Verwender bestimmen, sondern diesem eine zeitlich unbeschränkte Annahme auch noch Monate oder Jahre nach der Abgabe der Angebotserklärung ermöglichen. Der mit der Vorschrift beabsichtigte Schutz des anderen Teils könnte andernfalls leicht dadurch umgangen werden, dass nach der von dem Verwender vorformulierten Erklärung der andere Teil nicht ein lang befristetes, sondern ein unbefristet annehmbares Angebot abgibt.

(2) Die hier verwendete Fortgeltungsklausel ist danach schon wegen des unbegrenzten Zeitraums, in dem der Verwender das Angebot noch annehmen kann, ungeachtet der Widerrufsmöglichkeit für den anderen Teil, nach § 308 Nr. 1 BGB unwirksam. Die richterliche Prüfung, ob die für die Annahme vorbehaltene Zeit angemessen ist, erfordert allerdings eine wertende Betrachtung der Interessen beider Vertragsteile unter Berücksichtigung der für den Vertragsgegenstand typischen Umstände (vgl. BGH, Urteil vom 6.3.1986, III ZR 234/84, NJW 1986, 1807, 1808, und BGH, Urteil vom 24.3.1988, III ZR 21/87, NJW 1988, 2106, 2107). Diese fällt hier jedoch eindeutig zu Ungunsten einer unbefristeten Fortgeltungsklausel aus.

(a) Ausgangspunkt für die Prüfung der Angemessenheit nach § 308 Nr. 1 BGB ist der in § 147 Abs. 2 BGB bezeichnete Zeitraum, in der ein Antragender üblicherweise die Entscheidung des Angebotsempfängers über sein Angebot erwarten darf (*Walchshöfer*, WM 1986, 1041, 1043). Ist die Zeit für die Entscheidung des Verwenders über die Annahme wesentlich länger, so ist die Klausel nur dann wirksam, wenn der Verwender daran ein schutzwürdiges Interesse hat, hinter dem das Interesse des Kunden an dem Wegfall seiner Bindung zurückstehen muss (BGH, Urteil vom 6.3.1986, III ZR 234/84, a. a. O.; BGH, Urteil vom 13.12.1989, VIII ZR 94/89, BGHZ 109, 359, 361; BGH, Urteil vom 13.9.2000, VIII ZR 34/00, BGHZ 145, 139, 143). Eine Klausel, nach der das Angebot des anderen Teils auch nach dem Ablauf einer für die Entscheidung des Verwenders über die Annahme oder Ablehnung des Angebots angemessenen Frist nicht erlischt, sondern stets annahmefähig bleibt, bestimmt das Gegenteil von dem, was sich nach § 147 Abs. 2, § 146 BGB ergäbe. Die gesetzliche Regelung, die im Interesse des Verkehrs auf zügige Entscheidungen zur raschen und glatten Abwicklung der Geschäfte angelegt ist (vgl. Motive I, S. 166 = *Mugdan*, Materialien, Bd. I, S. 443; *Flume*, Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band, 3. Aufl., S. 640), verlangt von dem Angebotsempfänger, sich kurzfristig zu entscheiden, wenn er das Angebot des anderen Teils annehmen will.

(b) An der Unangemessenheit der Fortgeltungsklausel ändert es – anders als es das Berufungsgericht unter Bezugnahme auf Äußerungen im Schrifttum (*Herrler/Suttmann*, DNotZ 200, 883, 892; *Müller/Klühs*, RNotZ 2013, 81, 89) meint – nichts, dass dem Bürgerlichen Gesetzbuch unbefristete Schwebezustände nicht fremd sind. Maßstab für die Prüfung der Angemessenheit einer das Angebot betreffenden Fortsetzungsklausel sind allein die Vorschriften über den Vertragsschluss in §§ 145 ff. BGB. Dass § 177 BGB keine Frist für die Genehmigung eines von einem Vertreter ohne Vertretungsmacht abgeschlossenen Vertrags bestimmt, ist für die

Prüfung der Fortgeltungsklausel dagegen irrelevant, weil der Anbietende nicht als Vertreter ohne Vertretungsmacht (auch) im Namen des Vertragspartners bereits den Vertrag abgeschlossen, sondern lediglich ein Angebot abgegeben hat und daher von dem Angebotsempfänger dessen baldige Annahme erwarten darf, wenn dieser mit ihm kontrahieren will.

(c) Vor diesem Hintergrund vermag schließlich auch die dem anderen Teil eingeräumte Möglichkeit zum Angebotswiderruf einer zeitlich unbefristeten Fortgeltungsklausel nicht zur Wirksamkeit zu verhelfen. Richtig ist allerdings, dass der andere Teil dadurch nicht in gleicher Weise wie bei einem nach § 145 BGB bindenden Angebot in seiner Dispositionsfreiheit beschränkt ist, weil er sich durch einen Widerruf von seinem Angebot lösen kann, sofern dieser dem Angebotsempfänger noch rechtzeitig (vor der Beurkundung einer Annahmeerklärung nach § 152 Satz 1 BGB) zugeht. Damit werden aber die mit einer unbefristeten Fortgeltungsklausel für den Antragenden verbundenen Nachteile nicht annähernd ausgeglichen. Diese bestehen einmal darin, dass der Antragende möglicherweise auch sehr lange Zeit nach der Abgabe seines Angebots noch nicht weiß, ob der von ihm gewünschte Vertrag zustande kommt oder nicht. Nachteilig für ihn ist es zudem, dass der Vertrag auch noch nach Monaten oder Jahren, also in einem Zeitpunkt, in dem der Antragende (selbst wenn er sein Angebot nicht widerrufen hat) das lange Schweigen des Angebotsempfängers auf sein Angebot regelmäßig als dessen Nichtannahme verstehen muss, noch mit der Annahmeerklärung des Verwenders überrascht werden kann, die den (von dem Antragenden möglicherweise inzwischen nicht mehr gewünschten) Vertrag noch zustande bringt.

(d) Der ersatzlose Wegfall der unwirksamen Fortgeltungsklausel führt schließlich auch nicht zu einer Lücke, die im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung durch eine Bestimmung über eine zeitlich befristete Fortgeltung des Angebots zu ersetzen wäre. So etwas ist zwar trotz des Verbots der geltungserhaltenden Reduktion unwirksamer Allgemeiner Geschäftsbedingungen (vgl. BGH, Urteil vom 24.9.1985, VI ZR 4/84, BGHZ 96, 18, 25; BGH, Urteil vom 3.11.1999, VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 119; BGH, Urteil vom 13.9.2000, VIII ZR 34/00, BGHZ 145, 139, 144, jeweils m. w. N.) nicht ausgeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 1.2.1984, VIII ZR 54/83, BGHZ 90, 69, 75; BGH, Urteil vom 13.11.1997, IX ZR 289/96, BGHZ 137, 153, 157; BGH, Urteil vom 2.11.1999, VIII ZR 269/98, BGHZ 143, 103, 120). Dafür fehlt es hier aber an den Voraussetzungen, da das dispositive Gesetzesrecht eine Regelung für den Konflikt des Interesses des Antragenden an der Wiedererlangung der Dispositionsfreiheit und des Empfängers an einer hinreichenden Zeit für seine Entscheidung bereitstellt (vgl. Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 Rdnr. 10), so dass die ersatzlose Streichung der unwirksamen Klausel keine den typischen Interessen der Vertragsparteien unangemessene Regelung zur Folge hat.

(e) Da die Fortgeltungsklausel nach dem Vorstehenden nicht um eine Befristung ergänzt werden kann, bedarf es hier keiner Entscheidung, ob eine solche Klausel einer Inhaltskontrolle standhält. Bedenken gegen ihre Wirksamkeit könnten sich ungeachtet der Dauer der Befristung daraus ergeben, dass abweichend von der gesetzlichen Regelung über die verspätete Annahme (§ 150 Abs. 1 BGB) nicht der andere Teil als Erstanbietender, sondern stets der Verwender das „letzte Wort“ über das Zustandekommen des Vertrags hat, selbst wenn er den Anbietenden eine unverhältnismäßig lange Zeit über seine Entscheidung zur Annahme des Angebots im Unklaren gelassen hat (§ 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB).

c) Der Vertragsschluss wäre danach gescheitert, weil die Beklagte wegen der Unwirksamkeit der Fortsetzungsklausel das mit dem Ablauf der Bindungsfrist erloschene Angebot der Klägerin nicht mehr annehmen konnte. Anhaltspunkte für eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung der Beklagten durch die Klägerin sind nicht ersichtlich. Der Senat hat bereits ausgeführt, dass eine Annahme der nach § 150 Abs. 1 BGB als neues Angebot geltenden verspäteten Annahmeerklärung durch Schweigen bei den beurkundungsbedürftigen Grundstücksgeschäften nicht in Betracht kommt (Senat, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, NJW 2010, 2873, 2874 f. Rdnr. 16) und dass die von dem anderen Teil zur Erfüllung vorgenommenen Handlungen (insbesondere die Kaufpreiszahlung) grundsätzlich nicht als schlüssige Annahmeerklärung auszuwerten sind (a. a. O., Rdnr. 14, 15). Soweit dagegen vorgebracht wird, dass das Schweigen des Erstanbietenden auch in diesen Fällen als konkludente Annahme verstanden werden müsse (*Kanzleiter*, MittBayNot 2011, 52, 53, und in 2012, 464, 465), kann dem nicht beigetreten werden. Schweigen auf das in einer verspäteten Annahme liegende Angebot kann im Allgemeinen deshalb als Annahme verstanden werden, weil derjenige, der ein Angebot verspätet annimmt, nach Treu und Glauben und nach der Verkehrssitte eine Erklärung des Erstanbieters erwarten darf (RGZ 103, 11, 13). An dieser Grundlage für eine Würdigung des Schweigens des Erstanbietenden auf die als neues Angebot geltende verspätete Annahmeerklärung fehlt es jedoch, wenn der Erstanbietende, weil er von der Unwirksamkeit der Fortgeltungsklausel nichts weiß, davon ausgeht, dass der Vertrag bereits mit der Annahme seines Angebots durch den Verwender zustande gekommen und daher von seiner Seite hierzu auch nichts mehr zu erklären ist (*Lindacher*, JR 1986, 459, 463; *Herrler*, notar 2013, 71, 73). Zudem entspricht es dem Schutzzweck der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, denjenigen vor einer vertraglichen Bindung zu schützen, der von der Wirksamkeit der Klausel ausgeht, nach der der Vertrag bereits mit der Annahmeerklärung des Verwenders zustande kommt (vgl. *Lindacher*, a. a. O.).

III.

Die Sache ist jedoch nicht entscheidungsreif, weil nicht feststeht, dass die Angebotserklärung der Klägerin der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegt. Das führt zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

1. Die Ausführungen im Berufungsurteil zu § 310 Abs. 3 BGB sind lücken- und rechtsfehlerhaft.

a) Das Berufungsgericht zitiert die in § 310 Abs. 3 Nr. 2 BGB bestimmte Rechtsfolge, prüft aber nicht die Voraussetzungen der Norm. Bei einem Verbrauchervertrag unterliegen zwar auch die nur zur einmaligen Verwendung bestimmten vorformulierten Vertragsbedingungen der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle, soweit der Verbraucher wegen der Vorformulierung auf ihren Inhalt keinen Einfluss nehmen konnte. Letzteres ergibt sich aber nicht schon daraus, dass die Klägerin eine Verbraucherin ist. Der Verbraucher muss vielmehr darlegen und beweisen, dass er aufgrund der Vorformulierung auf den Inhalt der Klausel (hier zur Geltungsdauer des Angebots) keinen Einfluss nehmen konnte (BGH, Urteil vom 15.4.2008, X ZR 126/06, BGHZ 176, 140, 145).

b) Dasselbe gilt in Bezug auf die Ausführungen des Berufungsgerichts zur Vorschrift des § 310 Abs. 3 Nr. 1 BGB, wonach Allgemeine Geschäftsbedingungen als von dem Unternehmer gestellt gelten. Danach werden zwar in Verbraucherverträgen alle für eine Vielzahl von Verträgen vorformulierten Vertragsbedingungen – unter Verzicht auf die in § 305

Abs. 1 BGB bestimmte Voraussetzung des Stellens durch den Verwender – dem Unternehmer zugerechnet (BGH, Urteil vom 10.3.1999, VIII ZR 204/98, BGHZ 141, 108, 113; BGH, Urteil vom 15.4.2008, X ZR 126/06, BGHZ 176, 140, 142). Es muss sich aber um vorformulierte Vertragsbedingungen im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB handeln. Feststellungen dazu, dass es sich bei dem Kaufvertragsangebot mit der Fortgeltungsklausel um eine solche Vertragsbedingung handelt, wofür der Verbraucher die Beweislast trägt (BGH, Urteil vom 15.4.2008, X ZR 126/06, BGHZ 176, 140, 143), fehlen in dem Berufungsurteil ebenfalls.

2. Die notwendigen Feststellungen werden – nach etwaigen Ergänzungen des Vorbringens der Parteien zu dem Zustandekommen der Angebotserklärung – von dem Berufungsgericht nachzuholen sein.

Anmerkung:

Die Entscheidung sorgt für Klarheit in einer bislang nicht gelösten Frage im Bereich der Bindungsfristen bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern, näherhin bei Bauträgerverträgen. Sie vermag allerdings weder im Ergebnis noch in der Begründung zu überzeugen.

1. Bisherige Rechtsprechung

In seiner Grundsatzentscheidung vom 11.6.2010 hatte der BGH entschieden, dass in einem Bauträgervertrag eine Bindungsfrist des Käufers von wesentlich mehr als vier Wochen in Anwendung von § 308 Nr. 1 BGB zur Unwirksamkeit der Erklärung des Käufers führe.¹ Gemeinhin wird in Anlehnung an diese Entscheidung eine Annahmefrist von vier bis etwa sechs Wochen für unschädlich gehalten.²

In der notarrechtlichen Literatur wurden als Reaktion auf diese Entscheidung verschiedene Gestaltungen erörtert, um ein vom Verbraucher als Käufer abgegebenes Vertragsangebot auch über die Höchstfrist von vier bis sechs Wochen – notfalls ohne Bindung des Käufers – wenigstens annahmefähig zu erhalten.³ Insbesondere wurde als Gestaltungsmöglichkeit erwogen, nach der kurzen Bindungsfrist das Angebot des Käufers nicht erlöschen, sondern als solches fortbestehen zu lassen, sofern kein Widerruf erfolge,⁴ also lediglich die Bindung an das Angebot zeitlich zu begrenzen, nicht aber dessen Annahmefähigkeit. Teilweise wurde ferner die Aufnahme einer Höchstfrist empfohlen, nach deren Ablauf das Angebot in jedem Fall erlöschen solle.⁵ Eine derartige Maximalfrist war in dem nunmehr vom BGH entschiedenen Fall allerdings gerade nicht vorgesehen.

¹ BGH, Urteil vom 11.6.2010, V ZR 85/09, MittBayNot 2011, 49; ähnlich zuvor bereits OLG Dresden, Urteil vom 26.6.2003, 19 U 512/03, RNotZ 2004, 500 zu § 10 Nr. 1 AGBG.

² Herrler, notar 2013, 71, 74; Herrler/Suttmann, DNotZ 2010, 883, 884; Kessler, RNotZ 2010, 533, 534; Basty, Der Bauträgervertrag, 7. Aufl. 2012, Rdnr. 173.

³ Herrler, notar 2013, 71, 84 ff.; Herrler/Suttmann, DNotZ 2010, 883, 889 ff.; Kessler, RNotZ 2010, 533, 534.

⁴ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 32; Basty in Kersten/Bühling, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 23. Aufl. 2010, § 32 Rdnr. 329 M, 331; Herrler/Suttmann, DNotZ 2010, 883, 890 ff.; zurückhaltender Herrler, notar 2013, 71, 82.

⁵ Hertel in Würzburger Notarhandbuch, 3. Aufl. 2012, Teil 2 Kap. 3 Rdnr. 32; Herrler, notar 2013, 71, 85 (drei bis vier Monate); Kessler, RNotZ 2010, 533, 534.

2. Vorliegende Entscheidung

Jedenfalls der Gestaltung ohne Höchstfrist hat der BGH nunmehr mit der vorliegenden Entscheidung die Grundlage entzogen. Gestützt auf § 308 Nr. 1 BGB wird eine solche Gestaltung, derzufolge das Angebot des Käufers an den Bauträger nach Ablauf der Bindungsfrist nicht erlischt, sondern fortbesteht und vom Käufer zur Beseitigung seiner Bindung lediglich widerrufen werden kann, als unwirksam eingestuft. Tragende Gründe sind eine Interessenabwägung sowie ein Vergleich mit der gesetzlichen Regelung in §§ 145 ff. BGB.

Ausgangspunkt der Prüfung des BGH ist § 308 Nr. 1 BGB. Nach dieser Vorschrift ist in Allgemeinen Geschäftsbedingungen unter anderem eine Klausel unwirksam, durch die sich der Verwender „unangemessen lange oder nicht hinreichend bestimmte Fristen für die Annahme oder Ablehnung eines Angebots“ vorbehält. Der BGH stützt seine Entscheidung im Wesentlichen darauf, dass bei einer unbefristeten Fortgeltungsklausel der antragende Teil zwar nicht in gleicher Weise in seiner Dispositionsfreiheit eingeschränkt werde wie bei einem bindenden Angebot, hierdurch seien aber die „mit einer unbefristeten Fortgeltungsklausel für den Antragenden verbundenen Nachteile nicht annähernd ausgeglichen“. Diese bestünden zum einen in der unter Umständen sehr langen Unsicherheitsphase für den Antragenden, zum anderen in der fortbestehenden Annahmemöglichkeit auch noch nach Monaten oder Jahren.

Die vom BGH aufgezeigten Argumente vermögen in dieser Form nicht zu überzeugen. Denn zum einen hat es der Antragende selbst in der Hand, die vom BGH als unannehmbar angesehene Unsicherheitsphase zu beseitigen: Ähnlich der Regelung der § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2 BGB kann er nämlich den Angebotsempfänger unter Fristsetzung zur Annahme des Angebots auffordern; verstreicht die Annahmefrist, so könnte der Antragende sein Angebot widerrufen oder den Widerruf sogar bereits mit der Aufforderung verbinden. Eine unangemessene Benachteiligung des Antragenden dürfte hierin kaum zu erblicken sein, denn das Gesetz verwendet eine ähnliche Regelung selbst in §§ 108, 177 BGB. Die gesetzliche Regelung in § 108 Abs. 2, § 177 Abs. 2 BGB ist für den Vertragspartner des Minderjährigen oder ohne Vertretungsmacht Vertretenen insoweit sogar noch nachteiliger, als der Aufforderung zur Genehmigung eine zweiwöchige Frist folgt, während der lediglich der Vertragspartner gebunden ist; erst nach deren Ablauf erlischt die Bindung. Und auch die Regelungen zum Verbraucherschutz in §§ 355, 356 BGB, die kaum im Verdacht stehen dürften, verbraucherfeindlich zu sein, verlangen vom Verbraucher die Erklärung eines Widerrufs, um die Wirkungen eines Vertragsschlusses zu beseitigen.

Zum anderen stellt der BGH darauf ab, dass durch eine verspätete Annahme auch nach Monaten oder Jahren noch ein wirksamer Vertrag zustande kommen könne, der vom Antragenden jedoch möglicherweise gar nicht mehr gewünscht sei. Auch hierin lässt sich eine unangemessene Benachteiligung jedenfalls dann nicht erblicken, wenn dem Antragenden der Widerruf so leicht wie möglich gemacht wird (zum Beispiel mit der Bestimmung, dass die Absendung des Widerrufs bereits genügt⁶). Wird der Antragende vom beurkundenden Notar ausdrücklich auf die Notwendigkeit eines Widerrufs hingewiesen, so ist es sehr unwahrscheinlich, dass es nach Jahren noch zu einem – nunmehr unerwünschten – Vertragsschluss kommt. Notfalls könnte die Wirksamkeit der Annahme etwa auch von der vorherigen Ankündigung der Annahmearbeit durch den Bauträger abhängig gemacht werden.⁷

⁶ Herrler, notar 2013, 71, 85 f.

⁷ Herrler, notar 2013, 71, 86.

3. Konsequenzen für die Praxis

Formal hat der BGH mit der vorliegenden Entscheidung lediglich über eine unbefristete Fortgeltungsklausel, also eine solche ohne Höchstfrist, entschieden. In einem obiter dictum gibt der BGH jedoch zu verstehen, dass er auch die Verwendung von befristeten Fortgeltungsklauseln für problematisch hält. Von der Verwendung derartiger Klauseln ist für die Praxis somit derzeit dringend abzuraten.

Auch andere mögliche Modelle, die dem Ziel der Verlängerung des möglichen Zeitraums für das Zustandekommen eines Bauträgervertrages dienen, dürften angesichts der nun vorliegenden Entscheidung kritisch zu hinterfragen sein. Im notarrechtlichen Schrifttum wurde neben der nunmehr verworfenen Variante des Auslaufens lediglich der Bindung des Anbietenden auch eine Beurkundung mit dem Verbraucher als vollmachtlosem Vertreter des Bauträgers erwogen, so dass §§ 145 ff. BGB von vornherein jedenfalls nicht unmittelbar Anwendung finden.⁸ Da der BGH jedoch – zumindest bei Bauträgerverträgen – jede Gestaltung, mit der ein Vertragsschluss auch nach der von ihm als kritisch eingestufteten Frist von vier bis sechs Wochen herbeigeführt werden kann, als für den Verbraucher unangemessen nachteilhaft ansieht, spricht viel dafür, dass auch diese Gestaltung, unter Umständen gestützt auf das Umgehungsverbot in § 306a BGB oder eine Verletzung des Transparenzgebotes, vor dem BGH keinen Bestand hätte,⁹ auch wenn hiermit von einer gesetzlichen Regelung gerade nicht abgewichen wird.¹⁰

Notar Dr. *Christoph Suttman*, LL.M. (Columbia), Hof

⁸ Herrler/Suttman, DNotZ 2010, 884, 896.

⁹ Anders noch Herrler/Suttman, DNotZ 2010, 884, 896: „vergleichsweise rechtssichere Gestaltung“.

¹⁰ Herrler, notar 2013, 71, 90.

3. BGB §§ 1018, 1019; EGBGB Art. 187; GBO §§ 22, 29 (Grundbucheintragung einer titulierten altrechtlichen Dienstbarkeit – kein Nachweis des Nichterlöschens)

1. **Zu den Voraussetzungen für die Grundbucheintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht).**
2. **Ist das Bestehen einer altrechtlichen Dienstbarkeit durch einen den Umfang dieses Rechts feststellenden Titel bewiesen, entfällt ein grundbuchförmlicher Nachweis, dass dieses nicht in der Folgezeit durch zehnjährige Nichtausübung erloschen sei, sofern es sich hierbei nur um eine ganz entfernt liegende, theoretische Möglichkeit handelt (Anschluss an BayObLGZ 1985, 225; 1988 102).**

OLG München, Beschluss vom 1.8.2013, 34 Wx 62/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben mit Schriftsatz vom 29.10./7.11.2012 dem Grundbuchamt die vollstreckbare Ausfertigung eines auf sie als Rechtsnachfolger umgeschriebenen Titels (Endurteils) vom 28.12.1988 gegen die Antragsgegner zu 3 und 4 folgenden Inhalts vorgelegt und Eintragung der Dienstbarkeit an dem Grundstück FlSt. ... für den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks FlSt. ... beantragt:

„Es wird festgestellt, dass die altrechtliche Dienstbarkeit – Geh- und Fahrrecht – an dem Grundstück der Beklagten an der Grundstücksgrenze der FlNr. ... 4,19 Meter Breite und in einem Abstand von 9,40 Metern, 3,80 Meter Breite in den Abmessungen, gemäß der Skizze des Architekten Peter L. (Anlage zur Klageschrift vom 4.12.1987) beträgt.“

Das Grundbuchamt hat nach Anhörung der Beteiligten zu 3 und 4 mit Beschluss vom 16.1.2013 den Antrag zurückgewiesen. Die Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeit könne, wenn keine Bewilligung beigebracht werde, nur über den Unrichtigkeitsnachweis in der Form des § 29 GBO erfolgen. Dieser sei nicht erbracht. Durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden müsse mangels Offenkundigkeit der Nachweis erbracht werden, dass das Recht entstanden sei und auch noch fortbestehe. Deshalb müsse nachgewiesen werden, dass die Dienstbarkeit nicht durch zehnjährige Nichtausübung inzwischen erloschen sei. Das Urteil stamme vom 18.12.1988, ein Eintragungsantrag sei niemals zeitnah gestellt worden.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1. Der Grundbuchberichtigungsanspruch bestehe. Dieser unterliege nicht der Verjährung. Eines Nachweises, dass die Dienstbarkeit nicht durch Nichtausübung erloschen sei, bedürfe es nicht. Die ständige Nutzung des Geh- und Fahrrechts, also die fortdauernde Ausübung, sei im Übrigen von den Beteiligten zu 3 und 4 zugestanden worden. Eine Zufahrt zum gegenständlichen Grundstück sei in absehbarer Zeit nur und ausschließlich über die fragliche Zufahrt möglich. Auch aus Art. 187 EGBGB folge der Anspruch.

Die Beteiligten zu 3 und 4 halten die Beschwerde für unbegründet. Die altrechtliche Dienstbarkeit erlösche über Art. 218 EGBGB mit Art. 57 Abs. 1 und Art. 56 Abs. 3 AGBGB mit dem Ablauf von zehn Jahren nach der letzten Ausübung. Das Urteil weise eine Ausübung in den vergangenen 23 Jahren nicht nach. Außerdem werde das Grundstück der Beteiligten zu 1 und 2 in nächster Zeit ausreichend anderweitig erschlossen, weshalb die Aussetzung des Verfahrens beantragt werde.

Das Grundbuchamt hat ohne Abhilfeentscheidung die Akten dem Beschwerdegericht vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Eine Aussetzung des Verfahrens entsprechend § 21 Abs. 1 FamFG – wie zuletzt von den Beteiligten zu 3 und 4 im Hinblick auf anderweitige Überlegungen zur Grundstückserschließung beantragt – findet im grundbuchrechtlichen Eintragsverfahren nicht statt (siehe *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 1 Rdnr. 53). Die altrechtliche Dienstbarkeit würde im Übrigen auch bei vorhandenem Zugang an anderer Stelle nicht ohne Weiteres erlöschen. Allenfalls ginge sie unter, wenn jeder mögliche Vorteil für das herrschende Grundstück objektiv und endgültig wegfiel (siehe § 1019 BGB; dazu BGH, NJW 1984, 2157/2158; BayObLG, NJW-RR 1988, 781).

(...)

1. Die Beschwerde hat in der Sache im Wesentlichen Erfolg; anders als das Grundbuchamt hält der Senat den Nachweis des (Fort-)Bestehens der Dienstbarkeit für erbracht.

a) Die Eintragung einer altrechtlichen, also unter der Geltung des früheren Rechts entstandenen Grunddienstbarkeit ist ein Sonderfall der Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO) und nach deren Regeln abzuwickeln. Dabei ist zu beachten, dass solche Dienstbarkeiten auch ohne Eintragung weiterhin ihre Wirksamkeit behielten (Art. 187 Abs. 1 EGBGB). Liegt eine Bewilligung (§ 19 GBO) des Eigentümers des belasteten Grundstücks vor, gibt es keine verfahrensrechtlichen Besonderheiten (vgl. *Hügel/Zeiser*, Alte Rechte, Rdnr. 111). Fehlt die Bewilligung, setzt die Eintragung den vollen Nachweis ihres (Fort-)Bestehens voraus, unabhängig davon, wie die Beweislast in einem Prozess über den Berichtigungsanspruch des § 894 BGB verteilt wäre. Jedoch bleiben nur entfernt liegende, rein theoretische Möglichkeiten des Erlöschens dabei außer Betracht (BayObLGZ 1988, 102, 107; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 22 Rdnr. 20). Der Nachweis ist in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO zu erbringen.

b) Das Grundbuchamt hat angenommen, der ebenfalls zu erbringende Nachweis, dass die Dienstbarkeit nicht durch

zehnjährige Nichtausübung erloschen sei, sei nicht geführt. Im Ausgangspunkt zutreffend ist das Grundbuchamt der Ansicht, dass auch hierfür die Nachweisform des § 29 GBO gilt (vgl. BayObLGZ 1988, 102, 107 ff.; BayObLG, NJW-RR 2001, 161). Allerdings entfällt ein derartiger Nachweis, wenn es sich bei der zehnjährigen Nichtausübung nur um eine ganz entfernt liegende theoretische Möglichkeit handelt. Davon ist hier aber auszugehen. Denn ein konkreter Anhaltspunkt dafür, dass die Beteiligten zu 1 und 2 oder ihre Rechtsvorgänger das in Anspruch genommene Recht über einen Zeitraum von mehr als zehn Jahren seit dem sie begünstigenden Urteil vom 28.12.1988 nicht ausgeübt hätten, ist nicht ersichtlich. Für eine kontinuierliche Weiternutzung spricht jenes Urteil selbst, das sich mit dem Umfang eines in einer früheren gerichtlichen Entscheidung vom 16.12.1970 festgestellten Wegerechts befasst. Ein Rechtsstreit um den Umfang des Rechts, nämlich die Breite der Fahrt, wäre nicht erforderlich gewesen, wenn ein fortdauerndes Interesse an dem Recht nicht bestanden hätte. Demgemäß verlangt in diesen Fällen die Rechtsprechung (vgl. BayObLGZ 1985, 225, 229), dass für das Erlöschen nicht eine bloß theoretische, sondern eine konkrete Möglichkeit bestehen müsse. Alles andere würde die Beweisanforderungen überspannen. Hinzu kommt, dass sämtliche Umstände für eine fortwährende Ausübung sprechen, insbesondere eine anderweitige Erschließung der fraglichen Grundstücksfläche durch Baulandausweisung bisher nicht stattgefunden hat, also der Zuweg nach wie vor erforderlich ist und es damit auch keinen vernünftigen Anhaltspunkt für einen völligen Wegfall des Vorteils für das herrschende Grundstück gibt. Ferner haben die Beteiligten zu 3 und 4 im ersten Rechtszug die eidesstattliche Erklärung eines benachbarten Mieters vorgelegt, wonach jedenfalls im Juni 2011 unter anderem Folgendes festgestellt worden ist: vermehrtes Verkehrsaufkommen bereits am frühen Morgen und am späten Abend, Sicherheitsgefährdung durch vermehrte Ein- und Ausfahrten, Verkehrslärm durch vermehrte An- und Abfahrten sowie Zu- und Entladungen, Wochenendverkehr durch Feriengäste, rückwärts einfahrende Kleinbusse, Abnutzung der eigenen Einfahrt durch Rangiermanöver, Überschreiten angemessener Geschwindigkeit beim Ein- und Ausfahren. Ausdrücklich haben sich die Beteiligten zu 3 und 4 dort einer „Mehrbeeinträchtigung“ widersetzt.

2. Der Senat hält indessen die Grunddienstbarkeit nach Maßgabe des vorgelegten Titels allein nicht für eintragungsfähig. Das Urteil vom 28.12.1988 dürfte zwar in den Grenzen seiner Rechtskraft nicht nur den Umfang, sondern auch das Bestehen der Dienstbarkeit selbst ausweisen; denn die Feststellung von Lage und Breite eines derartigen Rechts auf einem bestimmten Grundstück setzt voraus, dass es als solches im Feststellungszeitpunkt auch besteht. Jedoch wird die beantragte Eintragung – ohne örtliche Fixierung – erst auf Vorlage des in der Entscheidung vom 28.12.1988 erwähnten Urteils vom 16.12.1970 (LG München II, 5 O 464/66) – nach etwaiger Titelschreibung – in Frage kommen. Denn das Urteil aus dem Jahr 1988 weist nicht aus, an welchem Grundstück („der Beklagten“) das Geh- und Fahrtrecht überhaupt besteht. Der Umstand, dass dieses im (formlosen) Antrag ergänzend benannt wurde (siehe § 28 GBO), ist unzureichend. Denn für Grundbuchberichtigungen gelten strenge Nachweisanforderungen (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 37 m. w. N.). Von Offenkundigkeit kann nicht ausgegangen werden. Der Nachweis ist grundsätzlich in der Form des § 29 GBO zu erbringen (*Demharter*, GBO, § 22 Rdnr. 42), was mit Hilfe des genannten Titels möglich erscheint. Dies wird den Antragstellern durch Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) aufzugeben sein. Insoweit macht der Senat von seiner Befug-

nis Gebrauch, diesen Schritt dem Grundbuchamt zu überlassen (vgl. KG, JFG 3, 381, 384; *Demharter*, GBO, § 77 Rdnr. 25).

(...)

Hinweis der Schriftleitung:

Siehe hierzu auch die Anmerkung von *Zeiser*, MittBayNot 2014, 54 (in diesem Heft).

4. WEG §§ 8, 10, 15; GBO §§ 19, 29 (*Bewilligung Sondernutzungsrecht nach Verkauf aller Einheiten*)

Zur fehlenden Bewilligungsbefugnis des nach § 8 WEG teilenden Eigentümers im Hinblick auf die Zuordnung eines Sondernutzungsrechts, nachdem der teilende Eigentümer sämtliche Miteigentumsanteile an Dritte veräußert hat.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 1.7.2013, 3 W 22/13

Die B GmbH (Verkäuferin) war ursprünglich Eigentümerin des Grundstücks, auf dem sich die im Betreff bezeichnete Wohnungs- und Teileigentumsanlage befindet. Sie teilte das Eigentum nach § 8 WEG in Wohnungs- und Teileigentum. Nach der Teilungserklärung schloss sie alle (späteren) Sondereigentümer von der Mitbenutzung der vorhandenen fünf Kfz-Stellplätze aus und behielt sich vor, diese Flächen einem bestimmten Sondereigentum zuzuweisen. Das Zuweisungsrecht sollte mit der Eigentumsüberschreibung der letzten Sondereigentumseinheit enden. Im Weiteren bestimmt die Teilungserklärung, dass die Sondernutzungsrechte nach ihrer Begründung innerhalb der Eigentümergemeinschaft übertragbar bleiben. Inzwischen hat die Verkäuferin sämtliche mit einem Sondereigentum verbundene Miteigentumsanteile an Dritte veräußert.

Die Beteiligten erwarben die im Betreff beschriebene Eigentumswohnung durch notariellen Vertrag vom 22.6.2005. Unter II. Nr. 2 des Kaufvertrages heißt es:

„Dies vorausgeschickt verkauft und überträgt die Verkäuferin dem dies annehmenden Käufer ... das Sondernutzungsrecht an dem Kfz-Stellplatz Nr. 5 im Freien, was hiermit gebildet und dem verkauften Wohnungseigentum Nr. 5 zugeordnet wird.“

Im Weiteren versäumte es die Verkäuferin, die Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 2 als dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 5 zugehörig im Grundbuch zu bewilligen.

Mit notarieller Urkunde vom 19.11.2012 (nach Veräußerung des letzten Miteigentumsanteils) bewilligte die Verkäuferin, vertreten durch eine Notariatsangestellte, der sie in notariellen Urkunden aus den Jahren 2003 und 2005 Vollmachten erteilt hatte, die Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 5. Der Notar hat – den Umständen nach namens der Beteiligten – die Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch beantragt.

Die Rechtspflegerin bei dem Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass nach der Veräußerung des letzten Miteigentumsanteils die Bewilligungsbefugnis der Verkäuferin erloschen und deshalb nach § 19 GBO die Bewilligung der übrigen Miteigentümer erforderlich sei.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO zulässig. Der Senat ist nach §§ 72, 81 Abs. 1 GBO für die Entscheidung über die Beschwerde zuständig.

2. In der Sache führt das Rechtsmittel nicht zum Erfolg.

Zu Recht und mit zutreffender Begründung hat das Grundbuchamt eine Bewilligung der übrigen Miteigentümer nach

§ 19 GBO zur Eintragung des Sondernutzungsrechts für erforderlich gehalten.

Nach § 19 GBO erfolgt eine Eintragung im Grundbuch nur, wenn derjenige sie bewilligt, der von ihr betroffen ist. Hieraus ergibt sich ohne Weiteres, dass es für eine Eintragung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch nach §§ 15, 10 Abs. 3 WEG auf eine Bewilligung der inzwischen nicht mehr als Miteigentümerin voreingetragenen Verkäuferin nicht ankommen kann. Die Verkäuferin ist sicher nicht von der Eintragung des Sondernutzungsrechts betroffen; sie ist weder persönlich noch vertreten durch eine Dritte zur Abgabe der Bewilligungserklärung berufen.

Nicht im Sinne des § 19 GBO von der Eintragung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 5 betroffen waren ursprünglich allerdings auch die übrigen Miteigentümer, denn sie waren durch die Regelung unter § 3 Nr. 3 der Teilungserklärung von vorneherein von der Mitbenutzung dieser Fläche ausgeschlossen. Der Ausschluss aller nicht begünstigten Wohnungseigentümer vom Mitgebrauch des betreffenden Stellplatzes, die sog. „negative Komponente“ des Sondernutzungsrechts, konnte schon in der Teilungsordnung begründet werden (BayObLG, NJW-RR 1986, 93). Ist dies – wie hier – geschehen, so bedarf es im Weiteren keiner Bewilligung der übrigen Miteigentümer mehr bei der Zuordnung eines Sondernutzungsrechtes zu einem bestimmten Sondereigentum, weil sie hierdurch nicht in ihren Rechten betroffen sind.

Im Weiteren ist auch die positive Komponente des Sondernutzungsrechts zur Entstehung gelangt, indem die Verkäuferin das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 5 dem hier betroffenen Miteigentumsanteil in der notariellen Urkunde vom 22.6.2005 zugewiesen hat. Allerdings ist dieses Sondernutzungsrecht mangels Eintragung im Grundbuch nicht verdinglicht worden, sondern alleine als schuldrechtliches Sondernutzungsrecht zur Entstehung gelangt.

Dies alleine führt hier nicht zu dem von den Beteiligten angestrebten Ziel. Der Senat schließt sich insoweit der Rechtsansicht des OLG München (Beschluss vom 18.4.2013, 34 Wx 363/12, NJW-RR 2013, 135) an. Demnach gilt Folgendes:

Das Grundbuchamt muss, wenn die Eintragung eines Rechts beantragt wird, in der Form des § 29 GBO feststellen können, dass dieses Recht noch und auch so wie zur Eintragung angemeldet besteht, hier mithin das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 5 der Wohnung der Beteiligten nach wie vor zugeordnet ist. Solange das Sondernutzungsrecht noch nicht im Grundbuch bei einem Sondereigentum gebucht ist, kommen jedoch auch die übrigen Wohnungseigentümer als Berechtigte in Betracht, weil das Sondernutzungsrecht formfrei übertragbar ist. Weil es nicht im Grundbuch eingetragen ist, spricht auch keine Vermutung nach § 891 BGB für die Zugehörigkeit des Sondernutzungsrechts gerade zum Wohnungseigentum der Beteiligten. Die Möglichkeit der Weiterübertragung ist in der Teilungserklärung ausdrücklich vorgesehen. Als mögliche Berechtigte kommen deshalb die übrigen Miteigentümer in Betracht; der Nachweis, dass das Sondernutzungsrecht zur Wohnung der Beteiligten gehört, ist nicht geführt. Jedenfalls angesichts der seit der Zuordnung des Sondernutzungsrechts vergangenen Zeit von rund acht Jahren ist es auch nicht „gänzlich unwahrscheinlich“ (vgl. *Schmidt*, ZWE 2012, 367, in einer ablehnenden Anmerkung zu OLG München, Beschluss vom 18.4.2013, 34 Wx 363/12, NJW-RR 2013, 135), dass eine solche Übertragung stattgefunden haben kann. Das Grundbuchamt darf die Eintragung deshalb (nur) vornehmen, wenn alle in Betracht kommenden Rechtsinhaber entsprechend § 19 GBO der Eintragung beim gegenständlichen Wohnungseigentum zustimmen.

Den Geschäftswert hat der Senat nach § 131 Abs. 1 und Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 1 KostO festgesetzt.

Anmerkung:

Die Entscheidung betrifft die nachträgliche Zuweisung eines Sondernutzungsrechts und reiht sich in die Rechtsprechung des OLG München ein, wie sie schon in BayObLG, Beschluss vom 8.11.1985¹, und in neuerer Zeit insbesondere in den Entscheidungen vom 11.5.2012² und vom 10.4.2013³ ihren Ausdruck gefunden hat.

Als Sondernutzungsrecht versteht sich die Befugnis eines oder einzelner Wohnungseigentümer, Teile des Gemeinschaftseigentums, meist an Stellplatz- oder anderen Flächen oder sonstigen Gegenständen des Gemeinschaftseigentums, unter Ausschluss der übrigen Eigentümer zu nutzen. Die Begründung kann anfänglich oder später erfolgen. Die anfängliche Begründung erfolgt im Rahmen der Einigung aller bei wohnungseigentumsrechtlicher Aufteilung nach § 3 WEG. Ihr steht die Aufteilungserklärung des Alleineigentümers nach § 8 WEG gleich.

Die spätere Begründung bedarf grundsätzlich der Einigung aller Wohnungseigentümer, die für ihren grundbuchlichen Vollzug zusätzlich nach Maßgabe des § 5 Abs. 4 WEG der Zustimmung der Grundpfand- und Reallastgläubiger bedarf. Daneben kann die Teilungserklärung dem Aufteilenden vorbehalten, „bei Verkauf der Wohnungseigentumseinheiten dem jeweiligen Erwerber das Sondernutzungsrecht an bestimmten Flächen einzuräumen und dessen Inhalt näher zu bestimmen“.⁴ Dann bedarf die Eintragung keiner Dritt- oder Gläubigerzustimmung, weil das Entstehen des Sondernutzungsrechts originär schon angelegt wurde.

Im vorliegenden Fall ging es um ein solches Recht auf nachträgliche Zuweisung, das wohl schon nach dem Wortlaut der Teilungserklärung erloschen war, denn es „sollte mit der Eigentumsüberschreibung der letzten Sondereigentumseinheit enden“. Das OLG musste im Eintragungsverfahren nicht auf dieses Erlöschen abstellen und ließ darum der Überlegung Platz, dass das Zuweisungsrecht kraft schuldrechtlicher Vereinbarung noch fortbestehen könnte. Eine solche Option behalten sich Bauträger häufig im Bauträgervertrag vor, verbunden mit einer entsprechenden Gestaltungsvollmacht an den Bauträger. Im vorliegenden Eintragungsverfahren wies das OLG den Eintragungsantrag aber ab, weil jedenfalls der Vorbehalt kraft Teilungserklärung erloschen war und für eine etwaige Zuweisung kraft Einigung aller – ggf. alle vertreten kraft Bauträgervollmacht – jedenfalls die erforderliche Form fehlte.

Nicht beantwortet hat das OLG die Frage, ob sich ein Bauträger, sei es durch Vorbehalt in der Teilungserklärung oder sei es kraft Vorbehalt mit oder ohne einer solchen Vollmacht, im Bauträgervertrag auch über die Zeit hinaus, zu der ihm wenigstens noch eine einzige Einheit gehört, er also Mit-(Wohnungs-/Teil-)Eigentümer ist, ein solches Zuweisungsrecht vorbehalten kann. Das OLG München hatte dies im Beschluss

¹ BayObLG, Beschluss vom 8.11.1985, 2 Z 119-122/84, MittBayNot 1986, 24.

² OLG München, Beschluss vom 11.5.2012, 34 Wx 137/12, ZWE 2012, 367 m. Anm. *Schmidt*.

³ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, MittBayNot 2013, 378 m. Anm. *Kreuzer*.

⁴ BGH, Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, MittBayNot 2012, 380 m. Anm. *Häublein*.

vom 10.4.2013⁵ bezweifelt, ohne zu trennen, dass es sich um zwei verschiedene Gestaltungswege handelt. Das OLG Zweibrücken differenziert auch nicht und greift inzident diesen Zweifel auf, indem es einen achtjährigen Zeitablauf zwar referiert, ohne ihn aber zur Entscheidungsgrundlage zu machen. In der entsprechenden Urteilsanmerkung⁶ habe ich für andere Sachverhalte diese Auffassung eines Erlöschens durch – unbestimmten – Zeitablauf bezweifelt. Ein achtjähriger Zeitraum wie hier erreicht insbesondere weder die zehnjährige Verjährungsfrist bei Rechten an einem Grundstück (§ 196 BGB) noch kann der Zeitablauf für sich gesehen die Verwirkung des Zuweisungsrechts begründen, wenn und solange nicht ein Handeln des Berechtigten das Vertrauen der Wohnungseigentümer begründet, er werde das Recht nicht mehr ausnutzen.

Ist der Berechtigte nicht mehr Wohnungseigentümer, sondern nur noch sonstiger Dritter, können – hier: könnten – die Wohnungseigentümer ihm die Zuweisungsbefugnis kraft Zuweisungsrecht aus der Teilungserklärung entziehen, dann aber wohl mit der Folge, wegen Pflichtverletzung sich Schadensersatzpflichtig zu machen. Der vorliegende Fall gibt zur Vertiefung aber keinen Anlass.

Notar Dr. *Heinrich Kreuzer*, München

⁵ OLG München, Beschluss vom 10.4.2013, 34 Wx 31/13, MittBayNot 2013, 378.

⁶ *Kreuzer*, MittBayNot 2013, 380.

5. BGB § 891 Abs. 1, § 892; GBO §§ 13, 19, 39, 71 (*Vermutung der Richtigkeit des Grundbuchs gilt auch für das Grundbuchamt*)

1. **Die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, dass demjenigen, für den im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das Recht auch zusteht, gilt auch für das Grundbuchamt. Ein eingetragenes Recht ist deshalb als bestehend und der eingetragene Berechtigte als der verfügungsberechtigte Inhaber des Rechts anzusehen, solange diese Vermutung nicht durch den vollen Beweis ihres Gegenteils widerlegt ist.**
2. **Ein Eintragungsantrag kann nur dann mit der Begründung abgelehnt werden, das Grundbuchamt dürfe nicht sehenden Auges an einem gutgläubigen Rechtserwerb mitwirken, wenn die Vermutung des § 891 BGB widerlegt ist und feststeht, dass das Grundbuch unrichtig ist. Auch die erwiesene Grundbuchunrichtigkeit steht der Eintragung aber nicht entgegen, wenn ein gutgläubiger Erwerb wegen eines eingetragenen Widerspruchs gemäß § 892 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ausgeschlossen ist.**
3. **Der gute Glaube des Erwerbers im Sinne des § 892 Abs. 1 BGB muss grundsätzlich noch bei Vollendung des Rechtserwerbs vorliegen. Die Eintragung eines Widerspruchs hindert einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 Abs. 1 BGB deshalb auch dann, wenn sie zwar nach Eingang des Eintragungsantrages, aber noch vor Eintragung der Rechtsänderung erfolgt; § 892 Abs. 2 BGB ist insoweit nicht entsprechend anwendbar.**

OLG Köln, Beschluss vom 22.5.2013, 2 Wx 94-97/13; mitgeteilt von *Werner Sternal*, Vorsitzender Richter am OLG Köln

Im Grundbuch des AG Bergisch-G von G war als Eigentümerin des im Rubrum näher bezeichneten Grundbesitzes seit dem Jahre 1974 Frau P R, geb. M, eingetragen. Nach dem Tod der bisherigen Eigentümerin wurde am 23.1.2012 im Wege der Berichtigung ihr am ... 1944 geborener Erbe (und Vater des Beteiligten zu 2), Herr H W R, als Eigentümer eingetragen. Über das Vermögen des Herrn H W R war bereits durch Beschluss des AG Flensburg vom 1.11.2001 (56 IN 161/01) das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 1 zum Insolvenzverwalter bestellt worden. Eine Eintragung dieser Verfügungsbeschränkung in das Grundbuch erfolgte nicht.

Mit notariellem Vertrag vom 20.7.2012 (URNr. .../2012 M des Notars Dr. Mö in B G) übertrug Herr H W R das Eigentum an dem vorbezeichneten Grundbesitz auf den Beteiligten zu 2. Der Eigentumsübergang wurde am 5.9.2012 in das Grundbuch eingetragen.

Mit Schriftsatz vom 29.10.2012 beantragte die Nord-Ostsee-Sparkasse in Flensburg, gemäß § 899 BGB einen Widerspruch gegen die Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer einzutragen sowie das Grundbuch dahingehend zu berichtigen, dass Herr H W R wieder als Eigentümer eingetragen wird. Dieser sei nämlich infolge der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen nicht befugt gewesen, das Eigentum auf den Beteiligten zu 2 zu übertragen. Das Grundbuchamt hat diesen Antrag durch Beschluss des Grundbuchamts vom 31.10.2012 zurückgewiesen, da die gesetzlichen Voraussetzungen für die beantragten Eintragungen nicht vorlägen.

Mit Vertrag vom 29.11.2012 (URNr. 1812/2012 M des Notars Dr. Mö in B G) verkaufte der Beteiligte zu 2 den oben näher bezeichneten Grundbesitz zu jeweils ½-Anteil an die Beteiligten zu 3 und 4 und bewilligte zur Sicherung des Eigentumsübertragungsanspruchs die Eintragung einer Auflassungsvormerkung zu deren Gunsten. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten Dr. Mö vom 30.11.2012 beantragten die Beteiligten zu 2-4 die Eintragung der Auflassungsvormerkung im Grundbuch.

Im Rahmen der Kaufpreisfinanzierung durch die Beteiligten zu 3 und 4 bewilligte der Beteiligte zu 2 mit notariellen Urkunden jeweils vom 29.11.2012 (URNr. 1813/2012 M, 1814/2012 M und 1815/2012 M des Notars Dr. Mö in B G) die Eintragung zweier Briefgrundschulden über 154.000 € nebst Zinsen und 28.000 € für die Beteiligte zu 6 sowie einer Buchgrundschuld über 72.000 € nebst Zinsen für die Beteiligte zu 5. Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten Dr. Mö vom 3.12.2012 beantragten die Beteiligten zu 2-6 die Eintragung der Grundschulden in das Grundbuch.

Das AG – Grundbuchamt – B G hat die vorbezeichneten Eintragungsanträge mit Beschluss vom 10.1.2013 zurückgewiesen. Der damalige Veräußerer H W R sei bei der Veräußerung des Grundstücks an den Beteiligten zu 2 nicht mehr verfügungsberechtigt gewesen (§ 80 InsO); dementsprechend habe der Beteiligte zu 2, der im Zeitpunkt der Übertragung auch Kenntnis von dem Insolvenzverfahren über das Vermögen seines Vaters gehabt habe, kein Eigentum an den Grundstücken erwerben können. Bei einer Vollziehung der nunmehr vorliegenden Anträge würden die möglicherweise redlichen Beteiligten zu 3 bis 6 gutgläubig die beantragten Rechte erwerben. Zu einem derartigen gutgläubigen Erwerb dürfe das Grundbuchamt den Beteiligten zu 3 bis 6 jedoch nicht verhelfen.

Ebenfalls am 10.1.2013 hat das Grundbuchamt auf der Grundlage einer vom Beteiligten zu 1 gegen den Beteiligten zu 2 erwirkten einstweiligen Verfügung (Beschluss des LG Köln vom 20.12.2012, 22 O 595/12) zugunsten des Beteiligten zu 1 einen Widerspruch gegen das Eigentum des Beteiligten zu 2 im Grundbuch eingetragen. Die zuvor durch den Beteiligten zu 1 mit Schriftsatz vom 21.11.2012 beantragte Eintragung eines Amtswiderspruchs hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 9.1.2013, erlassen am 10.1.2013, zurückgewiesen.

Mit Schriftsatz seines weiteren Verfahrensbevollmächtigten Dr. K vom 15.2.2013 hat der Beteiligte zu 2 gegen die Zurückweisung der Eintragungsanträge vom 30.11.2012 und 3.12.2012 gemäß Beschluss vom 10.1.2013 Beschwerde eingelegt. Dieser Beschwerde hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 21.2.2013, erlassen am 27.2.2013, nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Mit Schriftsatz ihrer weiteren Verfahrensbevollmächtigten vom 14.3.2013 haben auch die Beteiligten zu 3 und 4 Beschwerde gegen den Beschluss des Grundbuchamts vom 10.1.2013 eingelegt, mit der sie nach eigenem Bekunden das Ziel verfolgen, „dass das Grundbuch auf sie umgeschrieben wird“.

Aus den Gründen:

II.

1. Die Beschwerden des Beteiligten zu 2 vom 15.2.2013 sowie der Beteiligten zu 3 und 4 vom 14.3.2013 sind als Grundbuchbeschwerden im Sinne des § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise eingelegt.

Dabei ist die Beschwerde des Beteiligten zu 2, der sich gegen die Zurückweisung „der am 30.11.2012 und 3.12.2012 gestellten Grundbuchanträge“ wendet, dahingehend auszulegen, dass sowohl der Antrag auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung zugunsten der Beteiligten zu 3 und 4 als auch der Antrag auf Eintragung von insgesamt drei Grundschulden zugunsten der Beteiligten zu 5 und 6 weiter verfolgt wird.

Soweit die Beteiligten zu 3 und 4 mit ihrer Beschwerde das Ziel verfolgen, „dass das Grundbuch auf sie umgeschrieben wird“, ist dies bei verständiger Würdigung als Beschwerde – nur – gegen die Zurückweisung des auf Eintragung einer Auflassungsvormerkung gerichteten Antrags vom 30.11.2012 auszulegen. Denn ein Antrag auf Eigentumsumschreibung ist bisher weder gestellt noch vom Grundbuchamt zurückgewiesen worden; die Zurückweisung der Anträge auf Eintragung der Grundschulden gemäß Schriftsatz vom 3.12.2013 haben die Beteiligten zu 3 und 4 nicht zum Gegenstand ihrer Beschwerde gemacht.

2. Die so verstandenen Beschwerden haben auch in der Sache selbst Erfolg. Die Zurückweisung der mit Schriftsätzen vom 30.11.2012 und 3.12.2012 gestellten Eintragungseinträge stellt sich jedenfalls nach dem in der Beschwerdeinstanz maßgeblichen Sachstand als verfahrensfehlerhaft dar.

a) Gemäß § 19 GBO setzt eine Eintragung in das Grundbuch neben dem Eintragungsantrag (§ 13 Abs. 1 GBO) und der Voreintragung des Betroffenen (§ 39 Abs. 1 GBO) dessen verfahrensrechtliche Bewilligung voraus. In diesem Rahmen ist auch die Verfügungsbefugnis als Grundlage der formellen Bewilligungsbefugnis von Amts wegen zu prüfen. Dabei ist grundsätzlich auch für das Grundbuchamt der Inhalt des Grundbuchs maßgeblich; die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB, dass demjenigen, für den im Grundbuch ein Recht eingetragen ist, das Recht auch zusteht, gilt auch für das Grundbuchamt. Das eingetragene Recht ist deshalb als bestehend und der eingetragene Berechtigte als der verfügungsberechtigte Inhaber des Rechts anzusehen. Diese Vermutung ist nicht schon durch ihre Erschütterung, sondern erst durch den vollen Beweis ihres Gegenteils widerlegt. Das Grundbuchamt muss in diesem Fall Tatsachen kennen, welche ihm die sichere Überzeugung vermitteln, dass die gesetzliche Vermutung der Wahrheit widerspricht (st. Rspr., vgl. etwa Senat, MittRhNotK 1983, 52 f.; BayObLG, NJW-RR 1989, 718; OLG Frankfurt a. M., NJW-RR 2012, 784; OLG München, DNotZ 2012, 298; ebenso *Demharter*, GBO, 28. Aufl. 2012, § 19 Rdnr. 59; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl. 2013, § 891 Rdnr. 10).

Allerdings darf das Grundbuchamt nach herrschender Meinung nicht daran mitwirken, durch seine Eintragungstätigkeit einen Rechtserwerb herbeizuführen, der nur kraft guten Glaubens stattfindet. Denn es ist nicht Aufgabe des Grundbuchamtes, an einem gutgläubigen Erwerb mitzuwirken und auf diese Weise sehenden Auges den Rechtsverlust des bisherigen Berechtigten zu bewirken. Auch unter diesem Gesichtspunkt kann der Eintragungsantrag aber nur abgelehnt werden, wenn feststeht, dass allein ein Erwerb kraft guten Glaubens in Betracht kommt, mithin die Vermutung des § 891 BGB im oben dargelegten Sinne widerlegt und deshalb das Grundbuch unrichtig ist (OLG Karlsruhe, NJW-RR 1998, 445; OLG München, a. a. O.; OLG Frankfurt a. M., a. a. O.; BayObLG, Rpfleger 1994, 453; *Demharter*, a. a. O., § 13 Rdnr. 12 m. w. N.).

In Übereinstimmung mit der Rechtsansicht der Beteiligten zu 2-6 wird allerdings im rechtswissenschaftlichen Schrifttum zunehmend die Gegenauffassung vertreten, wonach das Grundbuchamt eine Eintragung auch dann nicht soll ablehnen dürfen, wenn es weiß, dass sich die Rechtsänderung nur kraft guten Glaubens vollziehen kann. Dies wird vor allem mit dem Normzweck des § 892 BGB begründet; der Erwerber müsse gegen die Zufälligkeiten der Dauer des Eintragungsverfahrens geschützt werden (vgl. etwa MünchKommBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 892 Rdnr. 66 ff.; *Lennebach*, NJW 1999, 923 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 352; jeweils m. w. N.)

b) Der Senat kann die Berechtigung dieser Bedenken im Ergebnis offenlassen, weil die in der obergerichtlichen Rechtsprechung entwickelten Grundsätze den vorliegend beantragten Eintragungen im Ergebnis ohnehin nicht im Wege stehen.

aa) Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass nach den oben dargelegten Grundsätzen auch für das Grundbuchamt die Vorschrift des § 891 Abs. 1 BGB gilt und die im Grundbuch befindlichen Eintragungen maßgeblich bleiben, solange ihre Unrichtigkeit nicht positiv feststeht. Zum Nachweis der Unrichtigkeit in diesem Sinne gehört auch, dass ein gutgläubiger Erwerb durch den im Grundbuch als berechtigten eingetragenen ausgeschlossen werden kann (vgl. KG, NJW 1973, 56, 58 m. w. N.; *Palandt/Bassenge*, § 891 Rdnr. 10). Dementsprechend stellt sich die geschilderte Problematik von vornherein nur dann, wenn positiv feststeht, dass der Beteiligte zu 2 nicht seinerseits nach Maßgabe des § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB i. V. m. § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO von seinem Vater Eigentum an dem Grundbesitz erworben hat.

Die den Vater des Beteiligten zu 2 treffende Verfügungsbeschränkung des § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO war nicht im Grundbuch eingetragen. Das Grundbuchamt hat einen gutgläubigen Erwerb des Beteiligten zu 2 gleichwohl für ausgeschlossen erachtet, weil ihm aufgrund eines ihm vorliegenden Beschlusses des AG Flensburg vom 27.11.2008 (50 K 39/07) bekannt gewesen sei, dass über das Vermögen seines Vaters ein Insolvenzverfahren eröffnet worden war. Demgegenüber hat sich der Beteiligte zu 2 darauf berufen, ihm sei zwar die Eröffnung des Insolvenzverfahrens im Jahre 2001 bekannt gewesen; er sei allerdings aufgrund des zwischenzeitlichen Zeitablaufs davon ausgegangen, dass das Insolvenzverfahren beendet gewesen sei, als sein Vater ihm das Grundstück übertrug. Auch wenn aus Sicht des Senats – nicht zuletzt im Hinblick auf den vom AG in Bezug genommenen Beschluss des AG Flensburg aus dem Jahre 2008 – Vieles dafür spricht, dass dem Beteiligten zu 2 die Fortdauer des Insolvenzverfahrens auch noch im Jahre 2012 bekannt gewesen ist, kann von einer sicheren Kenntnis, die geeignet wäre, die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB zu widerlegen, nicht ausgegangen werden. Zwischen der Eröffnung des Insolvenzverfahrens am 1.11.2001 und der Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer am 5.9.2012 liegt ein Zeitraum von mehr als zehn Jahren, innerhalb dessen ein Insolvenzverfahren vielfach zum Abschluss gebracht sein wird; auch zwischen dem Erlass des vorbezeichneten Beschlusses vom 27.11.2008 und der Eintragung des Beteiligten zu 2 als Eigentümer war wieder ein Zeitraum von nahezu vier Jahren verstrichen. Zudem hatte der Vater des Beteiligten zu 2 nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens die frühere Eigentümerin P R beerbt; hierdurch hätte er möglicherweise Vermögen erwerben können, mit dessen Hilfe er das Insolvenzverfahren zum Abschluss hätte bringen können. Vor diesem Hintergrund hält es der Senat zwar für möglich, keineswegs aber für hinreichend bewiesen, dass der Beteiligte zu 2 im Zeitpunkt seiner Eintragung als Eigentümer bösgläubig war

und deshalb – entgegen dem Inhalt des Grundbuchs – nicht Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes geworden ist.

bb) Unabhängig hiervon hindern die unter a) dargelegten Grundsätze die beantragten Eintragungen im vorliegenden Fall aber auch deshalb nicht, weil ein gutgläubiger Erwerb der Auflassungsvormerkung durch die Beteiligten zu 3 und 4 ebenso wie ein gutgläubiger Erwerb der Grundpfandrechte durch die Beteiligten zu 5 und 6 nicht mehr in Betracht kommt, nachdem das Grundbuchamt am 10.1.2013 einen Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Beteiligten zu 2 in das Grundbuch eingetragen hat.

Der gute Glaube des Erwerbers im Sinne des § 892 Abs. 1 BGB muss grundsätzlich noch bei Vollendung des Rechtserwerbs vorliegen (BGH, NJW 2001, 359 m. w. N.). Hiervon macht § 892 Abs. 2 BGB – nur – insoweit eine Ausnahme, als es für die Kenntnis des Erwerbers von der Grundbuchunrichtigkeit auf den Zeitpunkt der Antragstellung ankommt. Soweit hingegen der gutgläubige Erwerb durch einen eingetragenen Widerspruch verhindert wird (§ 892 Abs. 1 Satz 1, 1. Var. BGB), verbleibt es bei dem allgemeinen Grundsatz, dass es auf die Vollendung des Rechtserwerbs ankommt. Die Eintragung eines Widerspruchs hindert einen gutgläubigen Erwerb nach § 892 Abs. 1 BGB deshalb auch dann, wenn sie zwar nach Eingang des Eintragungsantrages, aber noch vor Eintragung der Rechtsänderung erfolgt; die Vorschrift des § 892 Abs. 2 BGB ist insoweit nicht entsprechend anwendbar (OLG Düsseldorf, DNotZ 1976, 168, 170; *Palandt/Bassenge*, § 892 Rdnr. 23; MünchKommBGB/*Kohler*, 6. Aufl. 2013, § 892 Rdnr. 42 m. w. N.). Vor diesem Hintergrund können nach Eintragung des Widerspruchs am 10.1.2013 weder die Beteiligten zu 3 und 4 die vom Beteiligten zu 2 bewilligte Auflassungsvormerkung noch die Beteiligten zu 5 und 6 die für sie bewilligten Grundpfandrechte gutgläubig erwerben. Ein Rechtserwerb kommt vielmehr nur noch dann in Betracht, wenn der Beteiligte zu 2 auf der Grundlage des Übertragungsvertrages vom 20.7.2012 von seinem Vater gutgläubig gemäß § 892 Abs. 1 Satz 2 BGB, § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO Eigentum erworben hat. Bei einem sich daran möglicherweise anschließenden Rechtserwerb der Beteiligten zu 3-6 handelte es sich dann jedoch nicht mehr um einen gutgläubigen Erwerb im Sinne des § 892 Abs. 1 BGB, sondern um einen Erwerb vom berechtigten Eigentümer. Ein Rechtsverlust des Vaters des Beteiligten zu 2 (und damit eine Beeinträchtigung der Interessen der Insolvenzgläubiger) ist durch die beantragten Eintragungen deshalb nicht mehr zu befürchten.

III.

Eine Kostenentscheidung nach den §§ 81, 84 FamFG ist nicht veranlasst.

Abschließend hält der Senat es für sachdienlich darauf hinzuweisen, dass der beurkundende Notar entgegen der Fassung des Rubrums des angefochtenen Beschlusses nicht selbst Verfahrensbeteiligter, sondern Verfahrensbevollmächtigter der Beteiligten ist (vgl. § 15 GBO).

Anmerkung:

1. Hintergrund

Nach allgemeiner Auffassung in der obergerichtlichen Rechtsprechung ist das Grundbuchamt nicht berechtigt, eine Eintragung zu vollziehen, die zu einem gutgläubigen Erwerb führt, wenn es Kenntnis von der Unrichtigkeit des Grundbuchs hat; das Grundbuchamt dürfe nicht „sehenden Auges“ einen Rechtserwerb herbeiführen, der „nur“ kraft guten Glaubens

entstehe.¹ Obwohl die Regelung des § 892 Abs. 2 BGB den Erwerber vor einer späteren eigenen Kenntnis schützt, muss er dennoch befürchten, dass das Grundbuchamt Kenntnis von einer fehlenden Berechtigung des Bucheigentümers erlangt und daher die Eintragung ablehnt. Seine Gegenleistung kann er damit nicht schon mit Stellung des Antrags auf Eintragung (etwa der Eigentumsumschreibung oder Grundschuld eintragung), sondern erst mit Vollzug der Eintragung abgesichert erbringen. Auch die Bewilligung einer Vormerkung führt zu keiner Beschleunigung, da der Erwerber auch in diesem Fall nicht schon mit Antragstellung, sondern erst ab ihrer Eintragung abgesichert ist.

Falls bei längeren Vollzugszeiten der Grundbuchämter die Eintragung in manchen Fällen nicht abgewartet werden kann, wird gelegentlich auf sog. Notarbestätigungen oder Rangbescheinigungen zurückgegriffen. Dabei handelt es sich um gutachtliche Stellungnahmen, in welchen der Notar, nach Stellung des Antrags, Einsicht in die unerledigten Eintragungsanträge (sog. Markentabelle) bzw. Grundakten und ggf. nach Rücksprache mit dem Grundbuchbeamten bescheinigt,² dass einer rangrichtigen Eintragung keine Hindernisse entgegenstehen. Deren Aussagekraft ist allerdings – neben weiteren Gründen – dadurch relativiert, dass sie unter dem Vorbehalt steht, dass das Grundbuchamt nicht vor Eintragung Kenntnis von einer fehlenden Berechtigung erlangt.

Dieses Ergebnis steht im Widerspruch zu dem ausweislich der Gesetzesmaterialien³ intendierten Schutzzweck von § 892 Abs. 2 BGB. Im jüngeren Schrifttum⁴ wird daher mit Recht gefordert, die Abwägungsentscheidung des Gesetzgebers aus dem materiellen Recht auch im Verfahrensrecht zu berücksichtigen, wonach dem gutgläubigen Erwerber und damit dem Verkehrsschutz bereits ab Stellung des Eintragungsantrags Vorrang vor dem Schutz des wahren Berechtigten zukommt.

2. Sachverhalt

Der vom OLG Köln entschiedene Sachverhalt zeigt deutlich, welche Risiken von Veräußererseite drohen können und wie wichtig eine Absicherung für den Erwerber ist.

Über das Vermögen des Eigentümers eines Grundstücks war bereits vor elf Jahren das Insolvenzverfahren eröffnet worden, ohne dass ein Insolvenzvermerk nach § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO eingetragen wurde. Trotz der bestehenden Verfügungsbeschränkung gemäß § 81 Abs. 1 Satz 1 InsO veräußerte der Eigentümer den Grundbesitz an seinen Sohn, der auch als

¹ Vgl. aus der obergerichtlichen Rechtsprechung BayObLG, Beschluss vom 24.3.1994, 2Z BR 20/94, BayObLGZ 1994, 66, 71 ff. = MittBayNot 1994, 324, 325; OLG München, Beschluss vom 7.11.2011, 34 Wx 400/11, DNotZ 2012, 298; OLG Schleswig, Beschluss vom 27.11.2003, 2 W 173/03, FGPrax 2004, 264, 265; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 2.9.1997, 11 Wx 60-97, NJW-RR 1998, 445, 446; zust. aus der Literatur DNotI-Report 2011, 141, 142; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl. 2013, § 892 Rdnr. 1; *Bauer/v. Oefele/Kössinger*, 3. Aufl. 2013, § 19 GBO Rdnr. 235 ff.; offengelassen bei BGH, Urteil vom 21.2.1986, V ZR 38/84, NJW 1986, 1687, 1688.

² Vgl. hierzu das Muster der BNotK in DNotZ 1999, 369 ff.; eingehend zu den Einzelheiten vgl. *Keilich/Schönig*, NJW 2012, 1841 ff.

³ *Mugdán*, Die gesamten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, Band III (Sachenrecht), S. 545 (Protokolle) und S. 123 (Motive); vgl. hierzu *Kessler*, ZNotP 2004, 338, 341 ff.

⁴ Vgl. nur *Ertl*, MittBayNot 1975, 204; *Eickmann*, Rpfleger 1972, 77; *Bauer/v. Oefele/Wilke*, § 13 Rdnr. 97; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 352; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl. 2009, Einl. H Rdnr. 72 ff.; *Staudinger/Gursky*, 2008, § 892 Rdnr. 218 m. w. N.; *Reul*, MittBayNot 2013, 16, 20 ff.; offen jüngst auch DNotI-Report 2013, 145, 148.

Eigentümer eingetragen wurde, weil das Grundbuchamt zu diesem Zeitpunkt keine Kenntnis von dem Insolvenzverfahren hatte. Der Sohn konnte nach seinem Vortrag den Grundbesitz auch nach § 81 Abs. 1 Satz 2 InsO i. V. m. § 892 Abs. 1 BGB gutgläubig erwerben, da er davon ausgegangen sei, dass das Verfahren zwischenzeitlich beendet wurde. Der Sohn verkaufte den Grundbesitz an zwei Erwerber weiter, wobei die Eintragung einer Vormerkung und von Finanzierungsgrundschulden bewilligt und beantragt wurde. Die Eintragung dieser Rechte lehnte das Grundbuchamt nunmehr mit der Begründung ab, es dürfe an einem gutgläubigen Erwerb dieser Positionen von dem Sohn als nicht berechtigtem Bucheigentümer nicht mitwirken. Die Beschwerden von Veräußerer und Erwerber hatten Erfolg, das Grundbuchamt wurde vom OLG angewiesen, die beantragten Eintragungen vorzunehmen.

Der Erfolg der Beschwerden hat den Erwerbern dennoch wenig genutzt. Denn nach Zurückweisung der Eintragungsanträge und noch vor der Entscheidung des OLG wurde vom Insolvenzverwalter aufgrund einstweiliger Verfügung ein Widerspruch gegen die Eigentümerstellung des Sohnes erwirkt und eingetragen. Eine einstweilige Sicherung der Erwerber (durch Vormerkung nach § 76 Abs. 1 GBO) ist im Beschwerdeverfahren – soweit ersichtlich – nicht erfolgt. Der Widerspruch ging daher den (nunmehr aufgrund des Beschlusses an nächstoffener Rangstelle einzutragenden) Rechten der Erwerber im Range vor.

3. Rechtliche Aussagen

Auch wenn das OLG Köln vorliegend zu der eingangs zitierten Frage nicht Stellung nehmen musste, hat es die Voraussetzungen, unter denen eine solche Eintragung abgelehnt werden darf, präzisiert und eingeschränkt.

Zutreffend und im Einklang mit der bisherigen Rechtsprechung⁵ führt das Gericht aus, dass die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB auch für das Grundbuchamt gelte und dieses eine Eintragung nur dann ablehnen dürfe, wenn es positive Kenntnis von der fehlenden Berechtigung des Bewilligenden habe. Vorliegend konnte nach der Aktenlage aber nicht sicher festgestellt werden, dass der Sohn beim Erwerb vom Vater bösgläubig gewesen war.⁶ Das Grundbuchamt musste es daher bei der Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB belassen und den Sohn als Berechtigten ansehen. Aus diesem Grund musste das Gericht über die eingangs zitierte Streitfrage nicht entscheiden.

Nicht überzeugen kann jedoch die Auffassung des Gerichts, eine Ablehnung der Eintragung sei zudem immer dann entbehrlich, wenn zwischenzeitlich ein Widerspruch eingetragen wird. Zwar scheidet ein gutgläubiger Erwerb tatsächlich aus,

wenn (nach Antragstellung) aber noch vor Eintragung ein Widerspruch gegen die Berechtigung eingetragen wird – § 892 Abs. 2 BGB stellt nur hinsichtlich der Kenntnis auf den Zeitpunkt des Antrags ab, nicht für die übrigen Voraussetzungen. Hat das Grundbuchamt aber – wie dies die Rechtsprechung annimmt – stets auch aus eigener Kenntnis die Berechtigung zu prüfen, kann die Eintragung eines Widerspruchs an dieser Prüfungskompetenz und Prüfungspflicht nichts ändern. Die Aufgabe einer Prüfungspflicht bei Eintragung des Widerspruchs wäre inkonsequent, da der Widerspruch eine andere Funktion hat als eine Prüfungspflicht. Dass die Ablehnung der Eintragung einem Widerspruch auch im Ergebnis nicht gleichsteht, zeigt sich bereits daran, dass dieser jederzeit erlöschen kann (etwa aufgrund einer Löschungsbewilligung des Berechtigten, einer Anfechtung oder aufgrund einer Aufhebung der zugrundeliegenden gerichtlichen Entscheidung) und dann lediglich die unrichtige Eintragung bestehen bleibt. Da die Löschung eines Widerspruchs nach herrschender Meinung sogar in manchen Fällen Rückwirkung entfaltet,⁷ könnte so sogar ein gutgläubiger Erwerb nachträglich ermöglicht werden.

4. Ausblick

Die vorstehenden Erwägungen zur Funktion des Widerspruchs sollen allerdings nicht dahin zu verstehen sein, dass das Grundbuchamt einen gutgläubigen Erwerb trotz Eintragung eines Widerspruchs stets verhindern müsse. Vielmehr zeigen sie, dass gerade der Widerspruch das materiellrechtlich und verfahrensrechtlich zutreffende, vom Gesetzgeber vorgesehene Mittel zum Schutz der Rechte des wahren Berechtigten ist. Nachteil des Widerspruchs ist, dass er (anders als der Amtswiderspruch nach § 53 GBO) der Eintragungsreihenfolge des § 17 GBO unterliegt. Doch gerade hieran zeigt sich, dass der Schutz des (angeblich) wahren Berechtigten ebenfalls nur im Rahmen des formalisierten Grundbuchverfahrens zu verwirklichen ist. Der Gesetzgeber wollte mit den Regelungen der § 892 Abs. 2 und § 878 BGB und § 17 GBO den Verkehrsschutz bereits ab Antragstellung weitgehend gewährleisten, so dass der Erwerber sich ab der Antragstellung auf den Rechtserwerb verlassen kann; ihm war bewusst, dass die Rechte des wahren Berechtigten insofern zurücktreten müssen.⁸ Die in jüngerer Zeit ergangenen Entscheidungen⁹ zeigen die nachhaltige Brisanz der Frage auf und lassen hoffen, dass sie in nächster Zeit vom BGH im Rahmen einer Rechtsbeschwerde entschieden wird.

Notarassessor Dr. Lovro Tomasic,
Königsbrunn/Schwabmünchen

⁵ OLG München, Beschluss vom 7.11.2011, 34 Wx 400/11, DNotZ 2012, 298, 299; OLG Frankfurt, Beschluss vom 5.1.2012, 20 W 242/11, NJW-RR 2012, 784 f.; Demharter, GBO, 28. Aufl. 2011, § 19 Rdnr. 59; Palandt/Bassenge, § 891 Rdnr. 10.

⁶ Auch handelte es sich bei der Veräußerung um ein Verkehrsgeschäft. Zwar wird die Anwendbarkeit des Gutgläubensschutzes in Fällen vorweggenommener Erbfolge von der Rechtsprechung des RG abgelehnt, RGZ 123, 52, 56; BayObLG, Beschluss vom 17.4.1986, BReg. 2 Z 79/85, MittBayNot 1986, 129; offen gelassen vom BGH (vgl. BGH, Urteil vom 2.10.1981, V ZR 126/80, NJW 1982, 761). Allerdings führt diese Rechtsprechung zu Unsicherheiten in der Rechtsanwendung und ist deshalb abzulehnen, vgl. MünchKommBGB/Kohler, 6. Aufl. 2012, § 892 Rdnr. 31; Hager, Verkehrsschutz durch redlichen Erwerb, 1990, S. 147 ff.; überdies waren im vorliegenden Fall keine Anhaltspunkte für eine Übertragung zur Vorwegnahme der Erbfolge ersichtlich; bei Schenkungen findet der Gutgläubensschutz nach § 892 BGB nach dem BGH aber ohne Weiteres Anwendung, vgl. BGH, NJW 1982, 761, 762 = BGHZ 82, 395.

⁷ Vgl. Staudinger/Gursky, 2008, § 899 Rdnr. 95 ff.; Palandt/Bassenge, § 899 Rdnr. 6; Bauer/v. Oefele/Kohler, AT III Rdnr. 239 ff.

⁸ Mugdan, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 1899, Band III (Sachenrecht), S. 545.

⁹ Vgl. etwa OLG München, Beschluss vom 7.11.2011, 34 Wx 400/11, DNotZ 2012, 298, 299; OLG Köln, Beschluss vom 15.9.2010, 2 Wx 54/10, RNotZ 2011, 41 m. Anm. Kessler, RNotZ 2011, 470.

6. EGBGB Art. 184; GBO § 22 Abs. 1 Satz 1 (*Eintragung einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit*)

Wenn die Eintragung einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit aufgrund eines Urteils, in dem der Eigentümer zur Abgabe der Berichtigungsbewilligung verurteilt ist, beantragt wird und Rechte eingetragen sind, die später als die bisher nicht eingetragene altrechtliche Dienstbarkeit entstanden sind, so ist auch die Bewilligung der Begünstigten der eingetragenen Rechte erforderlich (Anschluss an KGJ 51 A 252).

OLG München, Beschluss vom 14.3.2013, 34 Wx 83/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Als Eigentümer von zwei Grundstücken, die ihrerseits an ein Grundstück der Beteiligten zu 1 und 2 angrenzen, sind im Grundbuch die Eheleute St eingetragen.

Mit Urteil des LG vom 26.9.2012, rechtskräftig seit 26.11.2012, wurden die Eheleute St verurteilt, den Beteiligten zu 1 und 2 ihre Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs insoweit zu erteilen, als zugunsten des Grundstücks der Beteiligten zu 1 und 2 auf den beiden Grundstücken der Eheleute St eine altrechtliche Grunddienstbarkeit mit folgendem Inhalt besteht:

Der jeweilige Eigentümer des herrschenden Grundstücks ist berechtigt, zum Erreichen der dreiecksförmigen Teilfläche im Norden des herrschenden Grundstücks, die dem Teil der ursprünglichen FlNr. ... entspricht, der dem herrschenden Grundstück im nördlichen Teil zugemessen wurde, und die in dem diesem Urteil beigefügten Plan rot gekennzeichnet ist, mit Fahrzeugen jeder Art und zu jeder Zeit über die dienenden Grundstücke zu fahren.

Die Beteiligten haben unter Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils die Eintragung der Dienstbarkeit beantragt. Das Grundbuchamt hat am 22.1.2013 mit fristsetzender Zwischenverfügung aufgegeben, Bewilligungen der im Grundbuch Abt. II Nrn. 3, 5 und 6 eingetragenen Berechtigten zur vorrangigen Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeit vorzulegen. Begründet hat es dies mit der notwendigerweise rangrichtigen Eintragung der altrechtlichen Dienstbarkeit.

Dagegen haben die Beteiligten zu 1 und 2 Beschwerde eingelegt. Die altrechtliche Dienstbarkeit habe schon nach dem Gesetz Vorrang, es bedürfe daher keines Rangrücktritts der voreingetragenen Belastungen. Solche Erklärungen wären außerdem reine Förmelerei, da die entsprechenden Bewilligungen von den Beteiligten zu 1 und 2 als Berechtigter und dem Nachbarn St, der zur Bewilligung der Berichtigung verurteilt sei, abzugeben wären. Außerdem sei die Unrichtigkeit des Grundbuchs im Sinne des § 22 GBO durch das vorgelegte Urteil nachgewiesen.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 25.2.2013 nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die statthafte (§ 11 Abs. 1 RPfG mit § 71 Abs. 1 GBO) Beschwerde gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) ist auch im Übrigen zulässig (vgl. § 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG). Sie hat jedoch in der Sache keinen Erfolg, da das Grundbuchamt zu Recht in der Zwischenverfügung den Rangrücktritt fordert, so dass es nicht darauf ankommt, dass der Beschwerdeantrag mit dem Ziel, die Eintragung im Grundbuch zu bewirken, zunächst zu weit gefasst war.

1. Grundlage der beantragten Berichtigung bildet § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO. Die Eintragung hat ungeachtet der Eintragsbedürftigkeit derartiger Rechte stattzufinden, wenn sie von dem Berechtigten verlangt wird (siehe Art. 187 Abs. 1 EGBGB). Das vorgelegte Urteil ersetzt die Berichtigungsbewilligung (§ 894 ZPO). Da eine altrechtliche Grunddienstbarkeit nach Art. 184 EGBGB grundsätzlich mit dem sich bei Bestellung ergebenden Rang bestehen bleibt und § 879 BGB

auch nach Grundbuchanlegung nicht gilt (BayObLGZ 1959, 478, 481 f.; *Palandt/Bassenge*, 72. Aufl., Art. 184 Rdnr. 5), darf die Eintragung nur erfolgen, wenn diese auch mit dem ihr zukommenden Rang eingetragen werden kann (KGJ 51 A 252; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 1173). Dies ist derzeit nicht der Fall, da in Abteilung II des Grundbuchs Belastungen eingetragen sind. Eine Eintragung der Dienstbarkeit könnte daher – worauf das Grundbuchamt zutreffend hingewiesen hat – ohne Rangrücktritte derzeit nur an nachstehender Rangstelle eingetragen werden, was die Eintragung unrichtig machen würde (vgl. KGJ 51 A 252; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., Stichwort: Alte Rechte, Rdnr. 112; *Schöner/Stöber*, a. a. O.). Einer solchen Eintragung steht jedoch das Legalitätsprinzip entgegen (*Demharter*, GBO, 28. Aufl., Einl. Rdnr. 1).

2. Die von den Beschwerdeführern zitierte Entscheidung des LG Aachen (DNotZ 1959, 318) ist nicht zielführend. Anders als hier ging es im dortigen Fall um die Eintragung einer Heimstätte nach dem Reichsheimstättengesetz. Nach § 5 ReichsheimstättenG konnte die Eintragung nur zur ausschließlich ersten Rangstelle erfolgen, wobei der Vorrang vor den anderen Belastungen schon kraft Gesetzes (siehe § 12 Abs. 2 der VO zur Ausführung des ReichsheimstättenG) angeordnet war (LG Aachen, DNotZ 1959, 318, 319). Da eine gesetzliche Regelung des Vorrangs für die altrechtlichen Dienstbarkeiten fehlt, setzt deren Eintragung voraus, dass zwischenzeitlich eingetragene Berechtigte von Belastungen des Grundstücks im Rang hinter die Dienstbarkeit zurücktreten (*Hügel/Zeiser*, a. a. O.; vgl. OLG Hamm, Rpfleger 1976, 131, zum Erbbaurecht, das ebenfalls nur an erster Rangstelle bestellt werden kann, jedoch auch dort mangels gesetzlicher Anordnung des Vorrangs ein Rangrücktritt notwendig ist).

Der Senat folgt auch nicht der Auffassung, dass bereits das vorgelegte Urteil den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit im Sinne des § 22 Abs. 1 Satz 1 GBO erbringt (so schon Senat, Beschluss vom 20.2.2012, 34 Wx 6/12 = FGPrax 2012, 104 m. w. N.). Schon aus dessen Gründen ergibt sich, dass gegenüber dem Zivilgericht ein Unrichtigkeitsnachweis nicht geführt war.

Selbst wenn das Urteil den Unrichtigkeitsnachweis im Sinne von § 22 GBO führen könnte, ermöglicht es allein nicht die rangrichtige Eintragung (*Hügel/Zeiser*, Stichwort: Alte Rechte, Rdnr. 112); vielmehr bedarf es auch dann eines ausdrücklichen Rangrücktritts der Berechtigten.

3. Schon nach dem Grundbuchstand erweist sich der Vortrag, der Rangrücktritt müsse von denselben Beteiligten erklärt werden, die auch an der Berichtigung mitwirken müssten, als unzutreffend. Als Berechtigte eines Leibgedings in Abt. II Nr. 3 ist nämlich eine dritte Person eingetragen.

Aber auch wenn im Übrigen die Beteiligten zu 1 und 2 sowie Herr St den Rangrücktritt erklären müssten, handelt es sich dabei um eine selbständige Erklärung nach § 880 BGB, die nicht im (formlosen) Antrag auf Eintragung auf Berichtigung bzw. im Urteil nach § 894 BGB enthalten ist.

(...)

Anmerkung:

„Altrechtliche Dienstbarkeiten“ – vor meinem geistigen Auge sehe ich bei der Erwähnung dieses Stichworts Notare innerlich seufzen, Grundbuchrechtspfleger zusammenzucken und Berechtigte verständnislos (oder hoffnungsfroh) nachfragen. Mehr oder weniger ratlos sind die meisten. Es dürfte nur wenige Beteiligte rund um das Grundbuchverfahren geben, die

dieses Thema herbeisehen, wenn man von denjenigen abieht, die sich (zumeist vergeblich) erhoffen, über diesen Weg einen Streit mit dem Nachbarn „klären“ zu können.

Das OLG München hatte jüngst über zwei Anträge auf Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit zu entscheiden.

Eine altrechtliche Dienstbarkeit, also eine Dienstbarkeit, die nach dem alten Recht vor Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuches entstanden ist, konnte entstehen, bis das Grundbuch in dem betreffenden Gebiet als angelegt anzusehen war. Sie entstand und besteht, wenn das jeweilige Landesrecht es so ermöglicht hat, ohne Eintragung im Grundbuch fort (Art. 187 Abs. 1 EGBGB) und kann, wenn sie noch besteht, jederzeit auf Antrag im Grundbuch eingetragen werden (Art. 187 Abs. 1 Satz 2 EGBGB). Weil das Recht tatsächlich schon besteht, erfolgt die Eintragung im Grundbuch als Grundbuchberichtigung (§ 22 GBO). Da für den Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit das Entstehen des Rechts (und nicht etwa „nur“ das Bestehen der Anlagen zur Rechtsausübung) sowie dessen ununterbrochene Ausübung bis heute (weil die Rechte zum Beispiel nach dem Bayerischen Landrecht nach zehnjähriger Nichtausübung kraft Gesetzes erlöschen) grundsätzlich durch öffentliche Urkunde nachzuweisen sind (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO), erweist sich dieser Weg zumeist als nicht gangbar. Die Beteiligten haben aber auch die Möglichkeit, die Eintragung statt durch Grundbuchunrichtigkeitsnachweis durch eine Berichtigungsbewilligung zu erreichen. Die Berichtigungsbewilligung muss dabei darstellen, inwieweit das Grundbuch unrichtig ist und durch welche – zu bewilligende – Eintragung seine Richtigkeit herbeigeführt wird¹. Wird die Berichtigungsbewilligung vom Eigentümer des belasteten Grundstücks nicht freiwillig abgegeben, so kann der Berechtigte auf Abgabe dieser Bewilligung klagen (§ 894 BGB). Die Anforderungen an den Inhalt der Bewilligung gelten auch für die im Klageweg erstrittene Bewilligung.² In beiden dem OLG München vorgelegten Fällen lagen Urteile vor, aufgrund derer die Dienstbarkeit eingetragen werden sollte.

1. Entscheidung vom 1.8.2013

Die Entscheidung vom 1.8.2013 (34 Wx 62/13) beschäftigt sich im Wesentlichen mit dem Nachweis des Fortbestands des Rechts. Das Recht war 1970 als solches und 1988 bezüglich seines Umfangs gerichtlich festgestellt worden. 2012 wurde die Eintragung im Grundbuch beantragt. Es ging im Grundbuchverfahren (zunächst) nur um die Frage, ob das Recht seit 1988 ununterbrochen ausgeübt worden ist. Der Nachweis des Fortbestands entfällt nach dem BayObLG,³ wenn es sich bei der Nicht-Mehr-Ausübung um eine nur theoretische Möglichkeit handelt, und das OLG München setzt mit seiner Entscheidung diese Linie fort. Im vorliegenden Falle war bereits 1970 und 1988 die weitere Ausübung im Prozesswege festgestellt worden. Hinzu kam, dass sämtliche Umstände für eine fortwährende Ausübung sprachen, vor allem weil eine anderweitige Erschließung des herrschenden Grundstücks nicht vorlag. Sodann wurden auch eidesstattliche Erklärungen eines Nachbarn vorgelegt, wonach noch 2011 das Verkehrsaufkommen auf der Wegerechtsfläche beschrieben worden ist. Da mithin keine konkrete Möglichkeit des Erlöschens bestand, sondern im Gegenteil bereits die Indizien auf die fortbestehende Ausübung hindeuteten, sah das OLG München die Beweisforderungen an das Fortbestehen als überspannt an, wenn dieses nun dennoch in Urkundsform nachgewiesen werden müsste.

¹ Demharter, GBO, 28. Aufl., § 22 Rdnr. 31 m. w. N.

² Demharter, a. a. O.

³ BayObLGZ 1985, 225, 229.

Hieraus folgt allerdings inzident auch, dass es trotz – freiwilliger oder erzwungener – Berichtigungsbewilligung zumindest grundsätzlich des Nachweises des Fortbestands bedarf, wenn seit der Bewilligung wieder mehr als zehn Jahre vergangen sind. Die Frage ist, wie entschieden, lediglich, welche Beweisforderungen im konkreten Einzelfall zu gelten haben.

Ferner wies das OLG München darauf hin, dass der Titel bezüglich des Umfangs des Rechts allein nicht für die Eintragung genügen werde, sondern der um das Bestehen des Rechtes ebenfalls vorgelegt werden müsse.

2. Entscheidung vom 14.3.2013

Die zweite Entscheidung des OLG München vom 14.3.2013 (34 Wx 83/13) behandelt die Frage des Ranges der einzutragenden altrechtlichen Dienstbarkeit. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass sich der Rang eines außerhalb des Grundbuchs entstandenen Rechts nach dem wahren Entstehungszeitpunkt richtet.⁴ Würde demnach die altrechtliche Dienstbarkeit nach BGB-Rechten an nächstoffener Rangstelle eingetragen, so verlaute das Grundbuch über § 883 BGB ein unrichtiges Rangverhältnis. Steht aber fest, dass das Grundbuch durch die Eintragung unrichtig würde, so darf das Grundbuchamt die Eintragung nicht vornehmen. Wenn das Grundbuch aufgrund einer Berichtigungsbewilligung berichtigt werden soll, so wird mit ihrer Abgabe durch einen Bewilligungsberechtigten noch nicht die Grundbuchunrichtigkeit in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen und folglich auch die Bewilligung weiterer Bewilligungsberechtigter nicht entbehrlich. Vielmehr gilt der übliche Grundsatz, dass von mehreren Bewilligungsberechtigten jeder einzelne die Bewilligung abgeben muss, auch bei einer Berichtigungsbewilligung.

So hat in Fortführung der Entscheidung des KG vom 20.12.1909 (1 X 457/09), von welcher Entscheidung ich in den mir zugänglichen Sammlungen keinen Abdruck gefunden habe, dasselbe KG in KGJ 51, 252, entschieden, dass im Falle der Eintragung einer altrechtlichen Dienstbarkeit im Wege der Berichtigungsbewilligung diejenigen einer rangrichtigen – d. h. im Verhältnis zu ihren Rechten vorrangigen – Eintragung in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO zustimmen müssen, deren Rechte im Grundbuch eingetragen sind und der altrechtlichen Dienstbarkeit materiellrechtlich im Range nachgehen.

Ausdrücklich entschieden hat das KG, auf das sich das OLG München nun stützt, das allerdings nur für den Fall der Berichtigungsbewilligung. Da stellt sich die Frage, ob das auch gilt, wenn die Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen worden ist. Das OLG München hat die Frage mit Bezug auf *Hügel/Zeiser*, GBO, Alte Rechte, Rdnr. 112, bejaht. Recht schlüssig erscheint mir das indes nicht, denn wenn die Grundbuchunrichtigkeit nachgewiesen ist, sind in der Regel auch der Zeitpunkt des Entstehens der altrechtlichen Dienstbarkeit und damit das materiellrechtliche Rangverhältnis nachgewiesen. Folglich sollte der richtige Rang nach Anhörung der bislang nicht am Verfahren Beteiligten im Wege der Berichtigung eingetragen werden können.⁵ So erweist sich dieser Beschluss als Gelegenheit, auch seine eigene Position zu hinterfragen...

Indes, auch mit (m)einer geänderten Meinung und zwei neuen Entscheidungen zum Thema will sich die reine Freude nicht einstellen. Soweit eine Landesjustizverwaltung bislang keine

⁴ Demharter, GBO, § 45 Rdnr. 24; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 45 Rdnr. 46.

⁵ *Bauer/von Oefele/Knothe*, GBO, 2. Aufl., § 45 Rdnr. 38; *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 45 Rdnr. 38.

Ausschlussfrist nach Art. 187 Abs. 2 EGBGB bestimmt hat – also fast im ganzen Bundesgebiet –, bleibt uns dieses Relikt aus der Zeit vor Inkrafttreten des BGB (alternativ: dieses spannende Randrechtsgebiet) erhalten – ein „Zopf zum Abschneiden“.⁶ Dies ist umso bedauerlicher, als die Kenntnisse um die alten Rechtsinstitute mehr und mehr schwinden und zunehmend mehr Probleme bereiten, sei es in der EDV, wo man sie am liebsten gar nicht hätte, sei es im Fachlich-Rechtlichen, wo die Suche nach halbwegs aussagekräftiger Sekundärliteratur reichlich Zeit verschlingt und durch die seinerzeit üblichen anderen Bezeichnungen nicht vereinfacht wird, sei es im Umgang mit Parteien, die sich noch schwerer tun zu verstehen, was der Erklärende selbst oft nur halb verstanden hat. Vielleicht aber fasst sich der Gesetzgeber doch ein Herz und räumt mit den altrechtlichen Dienstbarkeiten, den Gemeindennutzungsrechten, den Realgewerbeberechtigungen usw. auf, indem er Gegenstandsloses abschafft und anderes in heutige Institute überführt? Zu wünschen wäre es allen.

Dipl.-Rechtspfleger *Andreas Zeiser*, Starnberg

⁶ *Kamlah*, MittBayNot 1972, 221.

7. GBO §§ 53, 71; BGB § 892; WEG §§ 5, 7 (*Gutgläubiger Erwerb eines Sondernutzungsrechts*)

Zum gutgläubigen Erwerb eines Sondernutzungsrechts (Pkw-Stellplatz), der im Widerspruch zur Eintragungsbewilligung bei einem anderen Miteigentumsanteil im Grundbuch eingetragen ist.

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 5.11.2012, 3 W 127/12

Der Beteiligte ist Miteigentümer der im Betreff genannten Wohnungseigentumsanlage. Das Wohnungseigentum ist durch Teilungserklärung der ursprünglichen Grundstückseigentümer vom 12.12.1995 begründet worden. Diese hatten sich in der Teilungserklärung vorbehalten, bei der Erstveräußerung einer Wohnungseigentumsseinheit dieser das Sondernutzungsrecht an einem von insgesamt vier Stellplätzen zuzuordnen. Im Zuge der Veräußerung der Wohnungen Nr. 1 und Nr. 4 machten die damaligen Eigentümer im Jahr 2003 hiervon Gebrauch und ordneten in notarieller Urkunde der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 4 das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 3 zu. Der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 1 wiesen sie kein Sondernutzungsrecht zu. Tatsächlich wurde der Stellplatz Nr. 3 jedoch entgegen dieser Erklärung und der ihr entsprechenden Bewilligung irrtümlich als zum Sondereigentum der Wohnung Nr. 1 gehörend am 29.4.2003 in das Wohnungsgrundbuchblatt der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 1 eingetragen und dabei auf die Bewilligungserklärung verwiesen.

Die Wohnung Nr. 1 hatte sodann der Rechtsvorgänger des Beteiligten – ausdrücklich ohne Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz – 2007 erworben. 2011 erwarb sodann der Beteiligte die Eigentumswohnung. In dem notariellen Kaufvertrag heißt es: „Diesem Wohnungseigentum ist das Sondernutzungsrecht an dem Pkw-Abstellplatz Nr. 3 zugeordnet.“ Am 28.8.2011 wurde der Beteiligte als Eigentümer im Wohnungsgrundbuch eingetragen.

Nach einem Hinweis auf die unzutreffende Buchung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch durch ein Notariat hat das Grundbuchamt am 13.3.2012 von Amts wegen einen Widerspruch gegen die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 3 zu der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 1 im Grundbuch eingetragen.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten mit dem Ziel der Löschung des Widerspruchs. Er vertritt die Ansicht, das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz gutgläubig erworben zu haben, weshalb der Grundbuchstand mit der wahren Rechtslage übereinstimme.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

1. Gegen die Eintragung eines Amtswiderspruchs ist die unbeschränkte Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO mit dem Ziel seiner Löschung statthaft (RGZ 117, 346, 352; BayObLGZ 1952, 24, 26; KG, JFG 10, 221; OLG Hamm, JMBI. NRW 1965, 269; BeckOK-ZPO/*Holzer*, Edition 16, § 53 Rdnr. 53). Der Senat ist nach §§ 72, 81 Abs. 1 GBO für die Entscheidung über die in zulässiger Weise eingelegte Beschwerde zuständig.

In der Sache ist das Rechtsmittel unbegründet. Das Grundbuchamt hat zu Recht von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 GBO einen Widerspruch gegen die Zuordnung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 3 zu der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 1 im Grundbuch eingetragen. Im Einzelnen gilt Folgendes:

a) Ein Amtswiderspruch ist im Beschwerdeverfahren zu löschen, wenn eine Voraussetzung für seine Eintragung nicht gegeben war. Das Beschwerdegericht ordnet deshalb die Löschung des Amtswiderspruchs an, wenn das Grundbuchamt bei der Vornahme der ursprünglichen Eintragung keine gesetzlichen Vorschriften verletzt hat, selbst wenn eine Unrichtigkeit des Grundbuchs feststünde (OLG Hamm, JMBI. NRW 1965, 269). Eine Löschung des Amtswiderspruchs ist auch möglich, wenn die Unrichtigkeit des Grundbuchs, gegen die er sich richtet, nicht überwiegend wahrscheinlich – also glaubhaft – ist (BayObLGZ 1952, 24, 27; BayObLGZ 1978, 15, 17; KG, JFG 10, 221, 223; OLG Düsseldorf, Rpfleger 1976, 313) oder wenn dem Berechtigten ein Anspruch aus § 894 BGB nicht zusteht (OLG Hamm, MDR 1967, 1009).

b) Das Grundbuchamt hat die ursprüngliche Eintragung, nämlich die Buchung des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz Nr. 3 auf dem Grundbuchblatt der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 1, unter Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften vorgenommen. Entgegen § 19 GBO lag der Eintragung keine entsprechende Bewilligung der damaligen Eigentümer zugrunde.

Das Grundbuch ist auch nicht zwischenzeitlich dadurch richtig geworden, dass der Beteiligte zusammen mit dem Eigentümer an der Wohnungseigentumsseinheit Nr. 1 auch das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 3 gutgläubig nach § 892 BGB erworben hätte. Dabei kann dahinstehen, ob der gutgläubige Erwerb eines Sondernutzungsrechts aus Rechtsgründen überhaupt möglich ist (bejahend OLG Hamm, FGPrax 2009, 57 m. w. N. auch zu der in der Literatur teilweise vertretenen Gegenauffassung). Das im Grundbuch verlautbarte Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 3 konnte jedenfalls deshalb nicht gutgläubig erworben werden, weil seine Eintragung widersprüchlich und deshalb inhaltlich unzulässig war (vgl. BGH, NJW 1995, 2851). Die Eintragung im Grundbuch und die dort ausdrücklich in Bezug genommene Eintragungsbewilligung standen nicht im Einklang. Das Grundbuch weist das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 3 der Wohnung Nr. 1 zu, während die Eintragungsbewilligung es der Wohnung Nr. 4 zuordnet. Damit liegt ein nicht aufzulösender Widerspruch zwischen der Eintragung und der in Bezug genommenen Urkunden vor. Die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 7 Abs. 3 WEG und in diesem Zusammenhang auch auf die bauzeichnerische Darstellung (§ 7 Abs. 4 WEG) im Wohnungsgrundbuch dienen nämlich, anders als die Bezugnahme bei Grundbucheintragungen nach § 874 BGB (vgl. für die Verwechslung des Belastungsgegenstandes [Grundstücks] bei der Eintragung einer Grunddienstbarkeit [BayObLG, NJW-RR 1987, 789; *Staudinger/*

Gursky, Neubearb. 2007, § 874 Rdnr. 24]) nicht nur der näheren Bezeichnung des Inhalts des Rechts, sondern gerade auch der näheren Bezeichnung seines Gegenstandes. Die Möglichkeit der Bezugnahme ist danach im Wohnungseigentum gegenüber dem allgemeinen Grundstücksrecht erweitert. Durch die Bezugnahme nach § 7 Abs. 3 WEG ist auch die etwaige Beschreibung von Sondereigentumsbestandteilen nach § 5 Abs. 1 WEG (Staudinger, Bearb. 2005, § 7 WEG Rdnr. 39) oder von Sondernutzungsrechten nach § 5 Abs. 4 WEG gedeckt. Somit wird alles, was in der Eintragungsbewilligung enthalten ist, durch die Bezugnahme auf sie zum Inhalt des Wohnungsgrundbuches und nimmt damit am öffentlichen Glauben teil (Bärmann/Pick, Wohnungseigentumsgesetz, 19. Aufl., § 7 Rdnr. 23). Ist aber ein Widerspruch zwischen dem Grundbucheintrag einerseits und einer in Bezug genommenen Urkunde andererseits unauf löslich, insbesondere auch nicht durch Auslegung auszuräumen, so fehlt es schon an einer wirksamen Eintragung im Sinne von § 873 BGB, an welche sich der gutgläubige Erwerb erst anschließen kann (MünchKommBGB/Kohler, 5. Aufl., § 874 Rdnr. 19; vgl. zum Widerspruch zwischen Teilungserklärung und Aufteilungsplan BGH, NJW 1995, 2851; Staudinger/Gursky, Neubearb. 2008, § 892 Rdnr. 31).

Scheidet somit ein gutgläubiger Erwerb des Sondernutzungsrechts an dem Stellplatz aus Rechtsgründen aus, ist das Grundbuch weiterhin falsch und die Eintragung des Widerspruchs deshalb zu Recht erfolgt.

3. Den Geschäftswert hat der Senat nach § 131 Abs. 1 und Abs. 4 i. V. m. § 30 Abs. 1 KostO festgesetzt.

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG Zweibrücken, der sich mit der Frage des gutgläubigen Erwerbs von Sondernutzungsrechten beschäftigt, verdient nur sehr eingeschränkt Zustimmung.

In der besprochenen Entscheidung wird eine Sonderkonstellation behandelt:

Es geht um die Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb eines Sondernutzungsrechts möglich ist, wenn dessen Eintragung im Grundbuch bei einem bestimmten Wohnungseigentum (-sblatt) sich nicht mit dem Inhalt der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung deckt. Vorliegend wies die Eintragung im Grundbuch das Sondernutzungsrecht irrtümlich einer anderen Wohnung zu als die Eintragungsbewilligung.

Einen unauflösbaren Widerspruch zwischen Eintragungsvermerk und Eintragungsbewilligung annehmend, kommt das Gericht zu dem Ergebnis, dass ein gutgläubiger Erwerb – im Falle einer solchen unwirksamen oder unzulässigen, da widersprüchlichen Eintragung – nicht möglich sei.

Die vom BGH bisher nicht entschiedene, grundsätzliche Frage, ob ein gutgläubiger Erwerb von Sondernutzungsrechten gemäß § 892 BGB überhaupt möglich ist, kann das Gericht in seiner Entscheidung offenlassen.¹

1. Inhalt der Eintragungsbewilligung nimmt am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil

In einem ersten Schritt stellt das OLG fest, dass der Inhalt der Eintragungsbewilligung(-serklärung) durch die Bezugnahme

des Grundbucheintrags auf diese vollständig zum Grundbuchinhalt wird.

Daraus folgert das Gericht, dass auch dieser Inhalt (konkret: Sondernutzungsrecht am Stellplatz Nr. 3 ist Wohnung Nr. 4 zugewiesen) am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teilnimmt.

Das Gericht argumentiert dabei mit § 7 Abs. 3 WEG, wonach auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann zur näheren Bezeichnung *des Gegenstands und des Inhalts* des Sondereigentums. Es kann danach also ausdrücklich auch zur näheren Bezeichnung des Gegenstands Bezug genommen werden. Insoweit weicht die *lex specialis* des § 7 Abs. 3 WEG von der Regelung in § 874 BGB ab, wonach bei Eintragung eines Rechts, mit dem ein Grundstück belastet wird, nur zur näheren Bezeichnung des Inhalts dieses Rechts und gerade nicht zur Bezeichnung des Belastungsgegenstandes auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann. Das OLG geht in seiner Entscheidung offenbar davon aus, dass das einem Sondereigentum zugewiesene Sondernutzungsrecht zu dessen „Gegenstand“ zu zählen ist. Der Gegenstand des Sondereigentums ist in § 5 Abs. 1 und 2 WEG – sowohl positiv als auch negativ –, insbesondere in Abgrenzung zum gemeinschaftlichen Eigentum, definiert. Korrespondierend hierzu ist das gemeinschaftliche Eigentum in § 1 Abs. 5 WEG als das Grundstück sowie die Teile, Anlagen und Einrichtungen des Gebäudes, die nicht im Sondereigentum (oder im Eigentum eines Dritten) stehen, beschrieben. Laut Sachverhalt geht es vorliegend um einen Stellplatz. Geht man von einem Stellplatz im Freien aus, so ist dieser gerade nicht sondereigentumsfähig und daher gemeinschaftliches Eigentum. Demgemäß kann das Sondernutzungsrecht entgegen der vom OLG vertretenen Ansicht nicht zum *Gegenstand* des Sondereigentums gezählt werden.

Im Ergebnis ist die Inbezugnahme gemäß § 7 Abs. 3 WEG allerdings dennoch möglich, da das Sondernutzungsrecht richtigerweise zum *Inhalt* des Sondereigentums wird.² § 7 Abs. 3 WEG hat wie § 874 BGB über die buchungstechnische Erleichterung hinaus auch materiellrechtliche Bedeutung insofern als das zulässig in Bezug Genommene als eingetragen – auch im Sinne von §§ 891 f. BGB – gilt, so dass die Eintragungsbewilligung zum vom öffentlichen Glauben umfassten Grundbuchinhalt wird.³

2. Eintragung unzulässig/unwirksam?

In einem zweiten Schritt folgt die Feststellung, dass die Eintragung *insgesamt* bei einem solchen Widerspruch zwischen Grundbucheintragung und dem Inhalt der dort in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung(-surkunde) *unwirksam* sei. Als Argument dient dem Gericht insoweit der Vergleich mit einem vom BGH entschiedenen Fall, in dem die wörtliche Beschreibung des Gegenstands von Sondereigentum in der Teilungserklärung und die Darstellungen im Aufteilungsplan nicht übereinstimmen, da sich die Angabe der Flächengrößen und die Einzeichnung hinsichtlich zweier benachbarter Speicherräume widersprechen.⁴

Der vorliegende und der vom BGH entschiedene Fall sind jedoch nur bedingt vergleichbar:

In dem vom BGH entschiedenen Fall widersprechen sich Grundbucheintragung und in Bezug genommene Erklärungen nicht. Allerdings sind die in Bezug genommenen Unterlagen,

¹ OLG Hamm, Beschluss vom 21.10.2008, I-15 Wx 140/08, RNotZ 2009, 391 = DNotZ 2009, 383; LG München, Urteil vom 14.2.2011, S 15864/10, NZM 2012, 283, bejahen diese Möglichkeit; a. A. zum Teil in der Literatur, siehe *Elzer-Rieke/Schmid*, WEG, 3. Aufl., § 10 Rdnr. 316 f.

² Vgl. *Bärmann/Klein*, WEG, 12. Aufl., § 13 Rdnr. 73 f.

³ *Bärmann/Armbrüster*, WEG, § 7 Rdnr. 58.

⁴ BGH, Urteil vom 30.6.1995, V ZR 118/94, NJW 1995, 2851 = DNotZ 1996, 289.

also Teilungserklärung und Aufteilungsplan, in sich widersprüchlich. Da diese als eingetragen gelten („doppelte Bezugnahme“), ist auch die Grundbucheintragung (in sich) widersprüchlich.

Im vorliegenden Fall divergieren jedoch die Grundbucheintragung („Sondernutzungsrecht bei Wohnung Nr. 1“) und die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung („Sondernutzungsrecht bei Wohnung Nr. 4“).

Nach allgemeiner Ansicht besteht bei einem Widerspruch von Teilungserklärung und Aufteilungsplänen – wie im Fall des BGH – kein genereller Vorrang eines der beiden Erklärungsinhalte, es sei denn, ein solcher kann durch die dann gebotene Auslegung zweifelsfrei ermittelt werden. Die Unterlagen sind dabei nach Wortlaut und Sinn ihres gesamten Inhalts auszulegen.⁵ Diese Grundsätze dürften meines Erachtens auch im vorliegenden Fall eines Widerspruchs zwischen Eintragungsvermerk und (durch Bezugnahme ebenfalls zum Grundbuchinhalt gewordener) Eintragungsbewilligung gelten.

Hier ergibt sich jedoch, dass der Inhalt der Eintragungsbewilligung vorrangig ist. In der notariell beurkundeten bzw. beglaubigten Bewilligungserklärung der aufteilenden bzw. hier der zuweisenden Eigentümer kommt der maßgebliche Wille der Bewilligenden klar und widerspruchsfrei zum Ausdruck. Der Stellplatz Nr. 3 sollte der Wohnung Nr. 4 zugewiesen werden. Insbesondere ist auch nicht etwa ein Widerspruch zwischen Eintragungsbewilligung und Sondernutzungsrechtsplan ersichtlich. Die Eintragung selbst ist (mangels weiterer Widersprüche) objektiv erkennbar lediglich – seitens des Grundbuchamtes – fehlerhaft vorgenommen worden.⁶

3. Gutgläubiger Erwerb bei unzulässiger/unwirksamer Eintragung

In einem dritten Schritt stellt das Gericht fest, dass ein gutgläubiger Erwerb bei Vorliegen einer unwirksamen Eintragung nicht möglich sei.

Nach den vorstehenden Ausführungen scheidet ein gutgläubiger Erwerb seitens des Erwerbers von Wohnung Nr. 1 von vornherein aus, weil das Grundbuch den Stellplatz nach der gebotenen Auslegung eben gerade nicht dessen Wohnung (Nr. 1), sondern der Wohnung Nr. 4 zuweist.

4. Verfahrensrechtliche Einkleidung

Gegen die Zuordnung des Sondernutzungsrechts hatte das Grundbuchamt von Amts wegen einen Widerspruch im Grundbuch eingetragen, wogegen der Beteiligte sich mit der Beschwerde gemäß § 71 GBO wendete.

Gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO ist ein Amtswiderspruch einzutragen, wenn das Grundbuch aufgrund einer Eintragung *unrichtig* geworden ist, die unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgte. Im Falle einer *unzulässigen* Eintragung hingegen ist gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO eine Amtslöschung vorzunehmen.

§ 53 Abs. 1 Satz 1 GBO enthält zwei gesondert zu prüfende Voraussetzungen: Zum einen muss die Eintragung unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften erfolgen. Zum anderen muss das Grundbuch dadurch *unrichtig* geworden sein.

Hier wurde zwar – wie das OLG zutreffend feststellt – gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen, da die Eintragung mangels entsprechender Bewilligung entgegen dem Bewilligungsgrundsatz des § 19 GBO erfolgte. Allerdings ist das Grundbuch nach den Ausführungen des OLG nicht *unrichtig* im Sinne des § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO, so dass die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs nicht vorliegen. Der Begriff *Unrichtigkeit* ist grundsätzlich derselbe wie in § 894 BGB (und in § 22 GBO). *Unrichtig* ist das Grundbuch daher, wenn Grundbuchinhalt und wirkliche Rechtslage auseinanderfallen.⁷ Die Eintragung eines Widerspruchs soll in diesen Fällen von Amts wegen erfolgen können, um einen ansonsten möglichen gutgläubigen Erwerb zu verhindern. Die Eintragung könnte ansonsten trotz *Unrichtigkeit* (doch) noch materielle Rechtswirkung erlangen.

Abzugrenzen ist der Fall der *unrichtigen* Eintragung von der *unzulässigen* Eintragung, welche vorliegt, wenn die Eintragung einen Rechtszustand verlautbart, den es nicht geben kann, etwa auch aufgrund nicht auflösbarer Widersprüchlichkeit. Solche Eintragungen sind rechtlich bedeutungslos und gelten als nicht eingetragen, so dass sich der öffentliche Glaube des Grundbuchs nicht darauf erstreckt.⁸

Nach den Ausführungen des OLG ist die betreffende Eintragung gerade nicht *unrichtig*, sondern *unzulässig*. Demgemäß hätte hier jedoch kein Amtswiderspruch eingetragen werden dürfen. Die wesentliche Wirkung des Widerspruchs besteht eben gerade darin, ein – außerhalb des Grundbuchs – bestehendes Recht, hier also das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz Nr. 3, gegen rechtsgeschäftliche Verfügungen zu sichern, indem der öffentliche Glaube des Grundbuchs zerstört wird.⁹ Wenn ein solcher aber wie im Falle einer *unzulässigen* Eintragung gar nicht besteht, ist ein Widerspruch zwecklos. Vielmehr wäre die Eintragung – unter Zugrundelegung der vom OLG postulierten *Unzulässigkeit* – von Amts wegen gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen gewesen.

5. Ergebnis und Empfehlung für die notarielle Praxis

Das Sondernutzungsrecht an Stellplatz Nr. 3 ist trotz der widersprüchlichen Grundbucheintragung, zumindest als schuldrechtliches (Wohnung Nr. 4 zugewiesenes) Recht, entstanden. Letztlich erfährt es auch dinglichen Schutz, wenn man davon ausgeht, dass auch im Grundbuchblatt der Wohnung Nr. 4 auf die Bewilligungserklärung Bezug genommen wurde.

Folge des Ergebnisses des Falles ist, dass es für den Käufer nicht ausreichend sein mag, sich, ggf. mittels des beurkundenden Notars, über den Grundbuchstand selbst zu informieren, sondern er zur Erreichung des gewünschten, weil optimalen Schutzstandards zusätzlich Einsicht in die Grundakten nehmen müsste. Dem kann nicht widersprochen werden. Allerdings ist dies keineswegs Folge bloß der hier erörterten Problematik. Dass die Einsicht in das Grundbuch allein – aus Sicht des Beteiligten – nicht in allen Fällen ausreichend sein mag, gilt zum Beispiel schon aufgrund der durch den Wertungswiderspruch zwischen § 10 Abs. 3 und 4 WEG eingeschränkten Publizität des Grundbuchs im Hinblick auf die Beschluss-Sammlung. Hieraus können sich nach verbreiteter Ansicht insbesondere bei Verwendung einer allgemeinen Öffnungsklausel außerhalb des Grundbuchs ebenfalls Änderungen in Bezug auf Sonder-

⁵ Siehe *Bärman/Armbrüster*, WEG, § 7 Rdnr. 15.

⁶ Wenn man nicht eine Teilunrichtigkeit des Grundbuchs annimmt, ist hiernach konsequenterweise ein Klarstellungsvermerk, der auf den Widerspruch zwischen Eintragungsvermerk und Eintragungsbewilligung hinweist, angebracht.

⁷ *Bauer/von Oefele/Meinke*, GBO, 2. Aufl., § 53 Rdnr. 52; *Meikel/Streck*, GBO, 10. Aufl., § 53 Rdnr. 63.

⁸ *Meikel/Streck*, GBO, § 53 Rdnr. 46; *Hügel/Holzer*, GBO, § 53, Rdnr. 57 f.

⁹ *Meikel/Streck*, GBO, § 53 Rdnr. 92.

nutzungsrechte ergeben.¹⁰ Auch hinsichtlich der Frage, ob es einer Verwalterzustimmung bedarf, kann man sich nach zum Teil vertretener Auffassung nicht allein auf den Eintragungsvermerk im Grundbuch verlassen.¹¹

Dementsprechend fällt auch die Empfehlung an den Notar parallel zur Empfehlung, die in den vorerwähnten Konstellationen zu geben ist, aus:

Der gewissenhafte Notar wird in seine Urkunde stets aufnehmen, dass „*laut Eintragungsvermerk im Grundbuch*“ ein Sondernutzungsrecht zugewiesen ist.

Eine Amtspflicht des Notars nach § 21 Abs. 1 BeurkG, § 14 Abs. 1 Satz 2 BNotO bzw. § 17 Abs. 1 Satz 1 BeurkG – ohne konkreten Anlass bzw. besonderen Antrag eines Beteiligten –, auch in die Grundakten Einsicht zu nehmen, ergibt sich zukünftig, auch aus dem besprochenen Fall, nicht.¹²

Der Käufer ist vorliegend zumindest insoweit geschützt, als ihm gegen den Verkäufer Gewährleistungsrechte wegen eines Rechtsmangels (§ 435 Satz 1 BGB) zustehen. Mangels anderweitigen Ersatzanspruchs steht dem Verkäufer der Rückgriff beim Staat aufgrund Amtshaftung offen.

Notarassessor *Maximilian Hain*, LL.M. (NYU), Amberg

¹⁰ *Bärman/Klein*, WEG, § 10 Rdnr. 40.

¹¹ *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 3. Aufl., Rdnr. 808.

¹² Siehe *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 17. Aufl., § 21 Rdnr. 19 f.; eine Amtspflicht zur *Einsichtnahme* im Falle einer Bezugnahme gemäß § 7 Abs. 3 WEG beim Wohnungkauf ablehnend schon BGH, III ZR 51/08, MittBayNot 2009, 317 ff., mit Anm. *Regler* (darüber hinaus bedürfte es auch keines *Hinweises* darauf, dass der Umfang des Sondereigentums sich nur so ermitteln lasse, wobei m. E. ein entsprechender Hinweis beim Wohnungkaufvertrag in dem Abschnitt „Eintritt in die Eigentümergemeinschaft“, in dem auf die Bedeutung der Teilungserklärung samt Aufteilungsplänen hingewiesen wird, unproblematisch möglich und auch angebracht ist).

8. BGB § 899a; GBO § 47 Abs. 2, § 82 Satz 3 (*Bewilligungsberechtigung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR zur Eintragung eines Gesellschafterwechsels*)

Der Senat schließt sich der Rechtsauffassung an, dass § 899a BGB auch für die Bewilligungsberechtigung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR zur Eintragung eines Gesellschafterwechsels gilt.

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 25.9.2012, 11 Wx 61/11

Im Grundbuch von H Blatt Nr. 2576 sind als Eigentümer des Grundstücks Gebäude- und Freifläche Ha 84 die Antragstellerinnen und weitere Personen in BGB-Gesellschaft eingetragen (vgl. Grundbuchauszug vom 19.11.2004).

In notarieller Urkunde vom 19.4.2010 vereinbarten die Beteiligte zu 1 und die Beteiligten zu 2 und 3, die Töchter der Beteiligten zu 1, eine Schenkung, wonach die Beteiligte zu 1 ihren Töchtern von ihrem Gesellschaftsanteil an der vorgenannten BGB-Gesellschaft von insgesamt $\frac{40}{800}$ jeweils einen Teilgesellschaftsanteil zu $\frac{20}{800}$ mit allen Rechten und Pflichten abtritt und die erwerbenden Töchter der Anteilsabtretung wechselseitig zustimmen. Weiter wurde festgestellt, dass durch die Anteilsübertragung das Grundbuch unrichtig geworden sei und die Vertragsteile die Berichtigung des Grundbuchs entsprechend der Anteilsübertragungen bewilligten und beantragten. Alle weiteren im Grundbuch eingetragenen Mitgesellschafter der BGB-Gesellschaft stimmten der Anteilsübertragung zu und bewilligten die entsprechenden Grundbuchberichtigungen. Alle Unterschriften unter den Zustimmungserklärungen waren notariell beglaubigt.

Mit Beschluss vom 21.10.2010 hat das Grundbuchamt den Antrag auf Eintragung einer Grundbuchberichtigung aufgrund des Gesellschafterwechsels kostenpflichtig zurückgewiesen. Zur Begründung hat es

ausgeführt, dass die austretende Gesellschafterin sowie sämtliche verbleibende Gesellschafter der eingetragenen BGB-Gesellschaft materiellrechtlich betroffen seien vom Gesellschafterwechsel und damit auch bewilligungsbefugt. Es komme somit nicht nur auf die Bewilligung der Buchberechtigten an, sondern auch auf die Mitwirkung der wahren Berechtigten, da die Übertragung der Zustimmung aller Mitgesellschafter bedürfe. Einen Nachweis darüber, dass die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen Personen auch tatsächlich noch alle Gesellschafter zum Zeitpunkt der Anteilsabtretung bzw. zum Zeitpunkt der Zustimmung zur Abtretung gewesen seien und ihnen damit auch die notwendige Bewilligungsbefugnis zustehe, sei jedoch mit den derzeitigen grundbuchtauglichen Beweismitteln in der Form des § 29 GBO nicht möglich. Das Grundbuchamt stütze sich dabei auf die von *Bestelmeyer* in seinem Aufsatz in Rpfleger 2010, 185 f., vertretene Auffassung. Es bestehe nämlich die Möglichkeit, dass schon zu früheren Zeitpunkten Gesellschafterwechsel stattgefunden hätten und die im Grundbuch als Gesellschafter bezeichneten Personen nicht mehr mit dem wahren aktuellen Gesellschafterbestand übereinstimmten. § 899a BGB und damit in der Konsequenz auch §§ 892, 891 BGB, seien nicht einschlägig, da diese nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ eine Gesellschafterstellung bezüglich der eingetragenen Personen vermuteten, also bei grundstücksbezogenen Verfügungen durch die Gesellschaft selbst. Hier liege aber eine Verfügung eines Gesellschafters über einen Gesellschaftsanteil vor, also gerade kein grundstücksbezogenes Handeln der Gesellschaft, so dass auch nicht hinsichtlich des Nachweises der Bewilligungsbefugnis die vom Grundbuchamt zu beachtenden Gutgläubensvorschriften gelten würden. Ein gutgläubiger Erwerb von Gesellschaftsanteilen sei gerade nicht möglich.

Behebungsmöglichkeiten, welche den Erlass einer Zwischenverfügung gerechtfertigt hätten, seien nicht ersichtlich.

Gegen diesen Zurückweisungsbeschluss hat der antragstellende Notar förmliche Beschwerde erhoben.

Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 22.6.2011 der Beschwerde nicht abgeholfen und das Verfahren dem OLG Karlsruhe vorgelegt.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde ist nach §§ 71, 73 GBO zulässig. Es ist davon auszugehen, dass die Beschwerde durch den Notar, der hier in eigener Person nicht beschwerdeberechtigt ist, in Ausübung der Ermächtigung des § 15 GBO für die Antragstellerinnen eingelegt worden ist (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl., § 15 Rdnr. 20).

Die gegen den Zurückweisungsbeschluss gerichtete Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Die Beteiligte zu 1 ist antragsgemäß im Grundbuch zu löschen, da sie durch die Übertragung ihres restlichen Gesellschaftsanteils auf ihre Töchter nach einer Teilübertragung bereits im Jahre 1990 aus der Gesellschaft ausgeschieden ist. Die Zustimmung aller im Grundbuch eingetragenen Mitgesellschafter ist formgerecht erfolgt.

Ob die Vermutungswirkung des § 899a BGB auch für die Bewilligungsberechtigung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR zur Eintragung eines Gesellschafterwechsels im Grundbuchblatt des betroffenen Grundstücks gilt, ist höchstrichterlich noch nicht geklärt.

Vereinzelte wird in der Literatur – eng am Wortlaut des § 899a BGB orientiert – die Auffassung vertreten, dass die Vermutung des § 899a Satz 1 BGB nur in „Ansehung des eingetragenen Rechts“ der GbR und damit gerade nicht für die Berechtigung am Gesellschaftsanteil gilt, da sie nur bei Verfügungen der GbR bezüglich des Eigentums oder eines sonstigen dinglichen Rechtes eingreife (vgl. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 183 ff.).

Dagegen haben die bisher mit dieser Fragestellung befassten OLG, soweit dies aus den veröffentlichten Entscheidungen

ersichtlich ist, die Auffassung vertreten, dass § 899a BGB, § 47 GBO, einen Vermutungstatbestand begründen, der im Regelfall zum Nachweis der Bewilligungsbefugnis der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR bei einer Verfügung über einen Gesellschaftsanteil gegenüber dem Grundbuchamt ausreicht (vgl. OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 286 f.; OLG München, ZIP 2011, 467; OLG Frankfurt, NotBZ 2011, 402 ff.; Brandenburgisches OLG, NZM 2011, 522; OLG Frankfurt, Beschluss vom 31.5.2011, 20 W 444/10, Juris; OLG Hamm, FGPrax 2011, 226; OLG München, Beschluss vom 12.3.2012, 34 Wx 245/11, Juris).

Letztgenannter Auffassung folgt auch der Senat.

Nach § 47 Abs. 2 GBO sind bei der Eintragung eines Rechts für eine GbR auch deren Gesellschafter im Grundbuch einzutragen. Nach § 47 Abs. 2 Satz 2 gelten die für den Berechtigten geltenden Vorschriften für die Gesellschafter entsprechend. Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundbuch eingetragen, so wird nach § 899a BGB in Ansehung des eingetragenen Rechts auch vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter sind, die nach § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen sind und dass darüber hinaus keine weiteren Gesellschafter vorhanden sind. Die §§ 892 bis 899 BGB gelten bezüglich der Eintragung der Gesellschafter entsprechend. Nach § 82 Satz 3 GBO wird der Grundbuchberichtigungszwang auf Änderungen des Gesellschafterbestandes erstreckt.

Aus dieser gesetzlichen Grundlage folgt, dass dann, wenn sich der Gesellschafterbestand in materieller Hinsicht außerhalb des Grundbuchs ändert, dies bezüglich der nunmehr zwingend einzutragenden Gesellschafter zu einer Grundbuchunrichtigkeit führt, welche gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2, § 22 GBO, aufgrund Unrichtigkeitsnachweises oder Bewilligung berichtigt werden kann.

Bewilligungsberechtigt sind hierbei die Gesellschafter selbst und nicht die GbR (vgl. OLG Frankfurt, NotBZ 2011, 402 m. w. N.).

Eine Änderung im Bestand der Gesellschafter der GbR im Grundbuch kann damit regelmäßig eingetragen werden, wenn öffentlich beglaubigte Berichtungsbewilligungen sämtlicher eingetragener Gesellschafter einschließlich des ausscheidenden Gesellschafters in öffentlich beglaubigter Form vorliegen und auch ein etwaiger neu eintretender Gesellschafter in öffentlich beglaubigter Form seiner Eintragung zustimmt (vgl. OLG Frankfurt, a. a. O.; OLG München, ZIP 2011, 467; OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 22; *Hügel/Reetz*, GBO, Stand 1.6.2012, § 47 Rdnr. 101).

Es kommt auf die Berichtungsbewilligung aller eingetragenen Gesellschafter an, da gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO i. V. m. § 899a BGB deren Gesellschafterstellung vermutet wird. Diese Vermutung gilt auch gegenüber dem Grundbuchamt (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 47 Rdnr. 32).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Formulierung in § 899a Satz 1 BGB, wonach die gesetzliche Vermutung „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ gelte. Die Einschränkung in § 899a BGB ist nämlich sachgerecht so auszulegen, dass sie zwar die Möglichkeit des gutgläubigen Erwerbs auf im Grundbuch eingetragene Immobilienrechte beschränkt, da dem Grundbuch keine allgemeine Registerfunktion für die GbR zugewiesen werden soll. Jedoch hat die materiellrechtliche Einschränkung der Vermutung keine Bedeutung für das grundbuchrechtliche Eintragungsverfahren, soweit es um Rechtsgeschäfte mit unmittelbarem Bezug zum Eintragungsgegenstand geht, wie sich aus der Regelung des § 47 Abs. 2 GBO und der diesbezüglichen Begründung des Gesetzes ent-

nehmen lässt (vgl. OLG Frankfurt, NotBZ 2011, 402 ff.; OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 286). Mit der Einschränkung im Tatbestand des § 899a BGB hat der Gesetzgeber lediglich zweckte, den Gutgläubenserwerb von der GbR auf Immobilienrechte zu beschränken, dagegen soll die Norm für alle Rechtshandlungen Bedeutung haben, die einen unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand aufweisen. Das bezieht sich auch auf die rechtsgeschäftliche Übertragung eines Anteils an einer GbR (vgl. so bereits OLG Zweibrücken, FGPrax 2010, 286 f.).

So ergibt sich aus der Begründung der Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses vom 17.6.2009 (BT-Drucks. 16/13437, S. 23 ff.), dass das Anliegen der Regelung in § 899a BGB nicht darin bestehe, dem Grundbuch die Funktion eines allgemeinen Gesellschaftsregisters zukommen zu lassen. Im Wortlaut komme dies dadurch zum Ausdruck, dass die Eintragung der Gesellschafter materielle Konsequenzen nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ habe. Diese im BGB geläufige Formulierung bewirke, dass die Eintragung der Gesellschafter nur Bedeutung habe für Rechtshandlungen, die einen unmittelbaren Bezug zum Eintragungsgegenstand aufwiesen. § 899 Satz 1 BGB begründe sowohl eine positive als auch eine negative Vermutung, positiv werde vermutet, dass diejenigen Personen Gesellschafter seien, die als solche im Grundbuch eingetragen seien. Negativ werde vermutet, dass die GbR keine weiteren Gesellschafter habe. Darüber hinaus werde vermutet, dass die GbR tatsächlich noch existiere. Die Vermutung gelte, wie diejenige des § 891 BGB, gegenüber jedermann und damit auch gegenüber dem Grundbuchamt. Seien also die Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragen, so sei dies auch für das Grundbuchverfahren relevant. Weitere Nachweise zur Existenz, ordnungsgemäßen Vertretung und Identität der eingetragenen GbR würden damit regelmäßig entbehrlieh. Allerdings wird betont, dass die Abtretung des Gesellschaftsanteils an einer GbR, welche Inhaberin eines Immobiliarsachenrechts sei, keine unmittelbar auf das Immobiliensachenrecht bezogene Rechtshandlung darstelle. § 899a BGB weise dem Grundbuch keine allgemeine Registerfunktion zu, sondern beschränke den Kreis der betroffenen Rechtshandlungen durch die Tatbestandsmerkmale „in Ansehung des eingetragenen Rechts“. Daraus ergebe sich, dass § 892 BGB i. V. m. § 899a Satz 2 BGB keinen gutgläubigen Erwerb eines GbR-Anteils vom Buchgesellschafter ermögliche.

§ 47 Abs. 2 Satz 2 GBO gewährleiste ein Regelungsregime zur grundbuchverfahrensrechtlichen Behandlung von Änderungen im Gesellschafterbestand. Insoweit könne die bisherige Grundbuchpraxis im Wesentlichen unverändert beibehalten werden. Sei eine GbR als Berechtigte im Grundbuch eingetragen und trete ein eingetragener Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil an einen Dritten ab, so könne wie nach alter Rechtslage die Eintragung des Zessionars als Neugesellschafter aufgrund Berichtungsbewilligung des Zedenten sowie Zustimmungserklärung des Zessionars und aller übrigen eingetragenen Gesellschafter eingetragen werden.

Dies gilt auch im vorliegenden Fall einer GbR, die bereits vor der Einführung der Vorschriften der § 47 Abs. 2, § 82 Satz 3 GBO und des § 899a BGB durch das Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer Grundbuch-, Register- und kostenrechtlicher Vorschriften (ERVGBG) eingetragen worden ist. In Art. 229 § 21 EGBGB ist nämlich bestimmt, dass diese Vorschriften auch auf solche Fälle anwendbar sind, in denen die Eintragung bereits vor Inkrafttreten des Gesetzes erfolgt ist. Die Vorschrift erfasst alle Fälle, in denen Gesellschaften bürgerlichen Rechts unter Nennung ihrer Gesellschafter vor Inkrafttreten der Neurege-

lung im Grundbuch eingetragen wurden, und zwar unabhängig davon, ob diese Eintragungen die Gesellschafter oder die Gesellschaft selbst als Berechtigte ausweisen (vgl. *Lautner*, DNotZ 2009, 650 f.). Von den neuen Regelungen werden also auch Altfälle erfasst, in denen wie im vorliegenden Fall zur Bezeichnung der GbR die Gesellschafter im Grundbuch vermerkt sind (vgl. OLG Zweibrücken, NJW 2010, 384).

III.

Für die erfolgreiche Beschwerde fallen Gerichtskosten nicht an.

Anmerkung:

Mit seiner uneingeschränkt zu begrüßenden Entscheidung stellt sich das OLG Karlsruhe in eine Linie mit einer Reihe weiterer OLG¹, die bereits zuvor im selben Sinne entschieden hatten. Es besteht damit für die Praxis trotz einer bisher fehlenden höchstrichterlichen Stellungnahme zur Frage der Reichweite der Vermutung des § 899a Satz 1 BGB im Grundbuchverfahren die Sicherheit, dass bei Grundbuchberichtigungen wegen Gesellschafterwechseln bei einer GbR wieder so verfahren werden kann, wie das vor Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit der Fall war.

1. § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO ordnet an, dass bei Eintragung eines Rechts für eine GbR deren Gesellschafter mit einzutragen sind. § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO bestimmt, dass die für den Berechtigten geltenden Vorschriften entsprechend für die eingetragenen Gesellschafter gelten, somit auch § 22 GBO. § 82 Satz 3 GBO erstreckt den Grundbuchberichtigungsanspruch auf die Gesellschafter. Die Eintragung der Gesellschafter gehört damit also wieder zum echten Inhalt des Grundbuchs, so dass ein Gesellschafterwechsel außerhalb des Grundbuchs zu dessen Unrichtigkeit führt. Materiellrechtlich flankiert werden diese Vorschriften durch § 899a Satz 1 BGB, wonach die Richtigkeit und Vollständigkeit der Eintragung der Gesellschafter widerleglich vermutet wird, und § 899a Satz 2 BGB, der die Vorschriften der §§ 892 bis 899 BGB, insbesondere auch § 894 BGB, für auf diese Eintragung entsprechend anwendbar erklärt. Aus dem Zusammenspiel dieser Normen ist deutlich der vom Gesetzgeber in der Gesetzesbegründung ausdrücklich geäußerte Wille² zu erkennen, die Grundbuchpraxis bei Veränderungen im Gesellschafterbestand einer GbR so beizubehalten, wie sie vor Anerkennung ihrer Grundbuchfähigkeit geübt wurde. Nimmt man diesen gesetzgeberischen Willen ernst, muss bei Berichtigungen des Grundbuchs aufgrund Gesellschafterwechsels konsequenterweise gelten:

a) Kann der Nachweis der Unrichtigkeit nicht in der Form des § 29 GBO geführt werden, bedarf es gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2, § 22 GBO der Bewilligung des ausscheidenden Gesellschafters als unmittelbar Betroffenen, aller übrigen Gesellschafter als mittelbar Betroffenen und ggf. der Zustimmung eines etwa neu eintretenden Gesellschafters (§§ 19, 22 Abs. 2 GBO), jeweils in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1

GBO. Dabei müssen die materiellrechtlichen Vorgänge dargelegt werden, die die Unrichtigkeit bewirkt haben.³

b) Die Mitwirkung der Gesellschaft selbst ist dagegen weder notwendig noch hinreichend, sie kann insoweit nicht bewilligungsberechtigt sein.⁴

c) Als bewilligungsberechtigt gelten die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, was sich früher aus der auch im Grundbuchverfahren zu beachtenden Vermutung des § 891 BGB ergab, dessen Funktion nunmehr insoweit § 899a Satz 1 BGB übernimmt.⁵ Weitere Nachweise bezüglich der Gesellschaftstellung kann das Grundbuchamt außer bei ausnahmsweise vorliegenden besonderen Anhaltspunkten, die die Vermutung entkräften könnten, nicht verlangen.

2. Demgemäß wurde die Frage, ob die Vermutungswirkung des § 899a Satz 1 BGB im Grundbuchverfahren auch für die Bewilligungsberechtigung der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter gilt, nach Inkrafttreten des ERVGBG zunächst zu Recht als unproblematisch angesehen.⁶ Das Problem wurde erst virulent, als sich nach Veröffentlichung einer bis heute vereinzelt gebliebenen, dies verneinenden, Stellungnahme *Bestelmeyers*⁷ die Grundbuchpraxis seiner Auffassung offenbar bundesweit in erheblichem Umfang anschloss, wie die Vielzahl von obergerichtlichen Entscheidungen zu der Thematik belegt. Er begründete seine Auffassung vornehmlich mit dem Wortlaut des § 899a Satz 1 BGB, wonach die dort begründeten Vermutungen nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ gelten würden. Die Grundbuchberichtigung nach einem Gesellschafterwechsel erfolge aber nicht in Ansehung des eingetragenen Rechts, sondern eines Gesellschaftersanteils an der GbR. Deshalb müsse dem Grundbuchamt die Gesellschaftstellung der eingetragenen Gesellschafter in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden, was nicht möglich sei. Grundbuchberichtigungen bei Gesellschafterwechseln seien daher trotz Einführung der § 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB faktisch nicht möglich.

3. Dass dieses Verständnis des Grundbuchverfahrensrechts, dessen dienende Funktion der BGH besonders betont hatte,⁸ nicht richtig sein kann, liegt für mich auf der Hand: Würde man so Grundbuchberichtigungen bei Gesellschafterwechseln verhindern, könnte die GbR einen Eigentumsverlust durch gutgläubigen Erwerb nach § 899a Satz 2, § 892 Abs. 1 BGB bei Veräußerung eines Gesellschaftsgrundstücks durch die fälschlicherweise eingetragenen Gesellschafter praktisch nur noch im Wege der Grundbuchberichtigungsklage nach § 899a Satz 2, § 894 BGB verhindern. Andererseits würde wegen des Voreintragungsgrundsatzes (§ 47 Abs. 2 Satz 2, § 39 Abs. 1 GBO) eine Veräußerung oder Belastung des GbR-Grundbesitzes durch die wahren Gesellschafter ohne vorheriges Berichtungsurteil faktisch unmöglich gemacht. Dieses rechtsstaatlich kaum akzeptable Ergebnis in Kauf zu nehmen, obwohl der Wortlaut des § 899a Satz 1 BGB „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ durchaus auch eine Auslegung zulässt, die

¹ OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, MittBayNot 2011, 63; OLG München, Beschluss vom 12.3.2012, 34 Wx 245/11, BeckRS 2012, 14113; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 9.9.2010, 3 W 128/10, DNotZ 2011, 207; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 19.11.2009, 20 W 70/09, BeckRS 2010, 01550; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 15.4.2011, 20 W 530/10, NotBZ 2011, 402; OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2011, 5 Wx 89/10, NZM 2011, 522; OLG Hamm, Beschluss vom 28.6.2011, I-15 W 170/11, FGPrax 2011, 226; so auch die ganz h. M. in der Literatur, vgl. zum Beispiel *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305; *Gutachten*, DNotI-Report 2010, 145, 147, *Lautner*, MittBayNot 2011, 36, 37.

² BT-Drucks. 16/13437, S. 24 f.

³ BeckOK-GBO/*Reetz*, Stand 1.6.2013, Rdnr. 101 m. w. N.

⁴ OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, MittBayNot 2011, 63, 64; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 168, 185; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 665; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 446.

⁵ *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 47 Rdnr. 32.

⁶ *Böhringer*, Rpfleger 2009, 537, 541 f.; *Böttcher*, ZfIR 2009, 613, 619 ff.; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 663 ff.; *Rebhan*, NotBZ 2009, 445, 446; *Ruhwinkel*, MittBayNot 2009, 421, 425; *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1452.

⁷ *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 168, 185 f.

⁸ BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, MittBayNot 2009, 225, 227.

Grundbuchberichtigungen, die mit Hinblick auf künftige Verfügungen in Bezug auf das eingetragene Recht erfolgen, mit umfasst, erscheint mir höchst fragwürdig. Dies gilt umso mehr, als der Zweck dieser Einschränkung nach dem erklärten Willen des Gesetzgebers nur darin bestehen sollte, dem Grundbuch nicht den Charakter eines allgemeinen GbR-Registers zu verleihen, um insbesondere keine Grundlage für den gutgläubigen Erwerb von beweglichen Gegenständen und GbR-Gesellschaftsanteilen zu schaffen.⁹ Der Gesetzgeber wollte zudem den alten Rechtszustand bei Gesellschafterwechseln weitgehend wiederherstellen¹⁰ und Sicherheit für den Grundstücksverkehr mit Gesellschaften bürgerlichen Rechts schaffen – all dies würde durch das vom OLG Karlsruhe zu Recht abgelehnte Normverständnis konterkariert.

4. Überhaupt ist für mich die hier entschiedene Streitfrage ein warnendes Beispiel dafür, dass in der gesamten Debatte zum Umgang mit den Neuregelungen der § 47 Abs. 2 GBO, § 899a BGB von manchen Autoren¹¹ und Gerichten¹² dem Willen des Gesetzgebers leider offensichtlich nicht immer das ihm zukommende Gewicht beigemessen wurde. Oftmals wurde dabei geradezu ein gewisser Unwille erkennbar, die als misslungen empfundenen Neuregelungen effektiv zur Anwendung zu bringen, um den Gesetzgeber damit zu einer Korrektur zu zwingen. Schon das Demokratieprinzip (Art. 20 Abs. 1 GG) verbietet jedoch ein solches Verständnis der Rechtsanwendung. Dem Willen des Gesetzgebers und dem Zweck des Gesetzes bei der Gesetzesauslegung hinreichend Rechnung zu tragen, solange sich diese im Rahmen insbesondere der Wortlautgrenze hält, sollte eigentlich eine Selbstverständlichkeit sein, zumal, wenn sich dadurch viele in der Praxis durch die Grundbuchfähigkeit der GbR aufgetretenen Probleme effektiv in den Griff bekommen lassen. Der BGH hat dies in seiner Entscheidung zum Grundstückserwerb durch eine bestehende GbR erkannt und zu Recht herausgestellt.¹³ Die vom Gesetzgeber gewünschte Wiederherstellung der Sicherheit des Grundstücksverkehrs mit einer GbR sollte aber auch bei der Diskussion weiterer Streitfragen der gesetzlichen Neuregelung, wie insbesondere der Frage der Erstreckung des guten Glaubens auf die Existenz der eingetragenen GbR und der Anwendung des § 899a Satz 2 BGB auf der kausalvertraglichen Ebene, oberste Richtschnur der Gesetzesauslegung sein.

Notar *Konrad Lautner*, München

⁹ BT-Drucks. 16/13437, S. 26 f.; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 305.

¹⁰ BT-Drucks. 16/13437, S. 24 f.

¹¹ Außer *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 168, z. B. *Krüger*, NZG 2010, 801.

¹² Z. B. OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 W 98/10, MittBayNot 2011, 60.

¹³ BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393, 395.

9. BGB § 1374 Abs. 2, § 1378 Abs. 1, § 1381 Abs. 1, § 1384 (*Berücksichtigung des Lottogewinns bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs*)

1. **Der Lottogewinn eines Ehegatten ist bei der Berechnung des Zugewinnausgleichs nicht seinem Anfangsvermögen nach § 1374 Abs. 2 BGB hinzuzurechnen (Anschluss an BGHZ 68, 43 = FamRZ 1977, 124).**

2. **Dass der Lottogewinn längere Zeit nach der Trennung erzielt worden ist, rechtfertigt für sich genommen auch keine grobe Unbilligkeit im Sinne von § 1381 Abs. 1 BGB.**

BGH, Beschluss vom 16.10.2013, XII ZB 277/12

Die Beteiligten streiten darüber, ob ein vom Antragsgegner im Zeitraum des Getrenntlebens erzielter Lottogewinn dem Zugewinnausgleich unterfällt.

Die Beteiligten schlossen im Juli 1971 die Ehe, aus der drei mittlerweile erwachsene Kinder hervorgegangen sind. Sie trennten sich im August 2000. Spätestens seit dem Jahr 2001 lebt der Antragsgegner mit seiner jetzigen Partnerin zusammen. Im November 2008 erzielte er zusammen mit ihr einen Lottogewinn von 956.333,10 €.

Auf den der Antragstellerin am 31.1.2009 zugestellten Scheidungsantrag wurde die Ehe durch Verbundurteil vom 23.10.2009, rechtskräftig seit 3.12.2009, geschieden, der Versorgungsausgleich geregelt und der Antragsgegner zu einer monatlichen Unterhaltsleistung i. H. v. 297 € bis März 2014 an die Antragstellerin verpflichtet.

Im vorliegenden Verfahren verlangt die Antragstellerin Zugewinnausgleich in Höhe von insgesamt 242.500 € unter Berücksichtigung der Hälfte des auf den Antragsgegner entfallenden Anteils an dem Lottogewinn.

Das AG hat den Lottogewinn in die Berechnung des Zugewinnausgleichs einbezogen und dem Antrag der Antragstellerin in vollem Umfang stattgegeben.

Auf die Beschwerde des Antragsgegners hat das OLG die erstinstanzliche Entscheidung abgeändert und den Antragsgegner lediglich zur Zahlung von 7.639,87 € verurteilt. Die Antragstellerin möchte mit der Rechtsbeschwerde die Wiederherstellung der amtsgerichtlichen Entscheidung erreichen.

Aus den Gründen:

II.

Die Rechtsbeschwerde hat Erfolg. (...)

a) Zu Recht hat das Beschwerdegericht allerdings zunächst den hälftigen Anteil des Antragsgegners an dem erzielten Lottogewinn bei der Berechnung der Zugewinnausgleichsforderung nach § 1378 Abs. 1 BGB berücksichtigt. Denn dieser Vermögenszuwachs ist dem Antragsgegner noch vor Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zugeflossen (§ 1384 BGB) und kann nicht in analoger Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB dessen Anfangsvermögen zugerechnet werden.

aa) Nach § 1374 Abs. 2 BGB ist nur Vermögen, das ein Ehegatte nach Eintritt des Güterstandes von Todes wegen oder mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erwirbt, seinem Anfangsvermögen hinzuzurechnen und damit vom Zugewinnausgleich ausgenommen. Einen solchen Erwerb stellt der Lottogewinn eines Ehegatten nicht dar. § 1374 Abs. 2 BGB kann auf einen solchen Vermögenszuwachs auch nicht entsprechend angewendet werden.

bb) Zwar wird im Schrifttum vereinzelt die Auffassung vertreten, dass ein während der Zeit des Getrenntlebens eingetretener Vermögenszuwachs, der nicht auf der gemeinsamen Lebensleistung der Ehegatten beruht, in entsprechender Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB dem Anfangsvermögen zugerechnet werden solle (so etwa *Jaeger in Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 BGB Rdnr. 36; *Haufleiter/Schulz*, Vermögensauseinandersetzung bei Trennung und Scheidung, 5. Aufl., S. 12 f.; *Schwab/Schwab*, Handbuch des Scheidungsrechts, 6. Aufl., Kap. VII Rdnr. 161). Der BGH, auch der Senat, hat jedoch bereits mehrfach entschieden, dass § 1374 Abs. 2 BGB einer ausdehnenden Anwendung im Wege der Analogie nicht zugänglich ist (vgl. Senat, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 8/05, BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 Rdnr. 16; Senat, Urteil vom 28.1.2004, XII ZR 221/01, BGHZ 157, 379, 384 f. = FamRZ 2004, 781, 782, und Senat, Urteil vom 20.6.2007, XII ZR 32/05 = FamRZ 2007, 1307 Rdnr. 14, jeweils m. w. N.). Dies entspricht auch

der ganz überwiegenden Auffassung im Schrifttum (*Palandt/Brudermüller*, 71. Aufl., § 1374 Rdnr. 19; NK-BGB/*Heiß*, 2. Aufl., § 1374 Rdnr. 25; FAKomm-FamR/*Weinreich*, 4. Aufl., § 1374 BGB Rdnr. 30; für Lottogewinne auch MünchKommBGB/*Koch*, 6. Aufl., § 1374 Rdnr. 14; *Jaeger* in *Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1374 BGB Rdnr. 36; *Mütting* in *Klein*, Handbuch Familienvermögensrecht, Kap. 2 Rdnr. 1439).

cc) Die Fälle des § 1374 Abs. 2 BGB, in denen ein Zugewinnausgleich nicht stattfinden soll, stellen Ausnahmen von dem gesetzlichen Prinzip dar, wonach es für den Zugewinnausgleich grundsätzlich nicht darauf ankommt, ob und in welcher Weise der den Ausgleich fordernde Ehegatte zur Entstehung des Zugewinns beigetragen hat (Senat, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 8/05, BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 Rdnr. 16). Dabei sind die in § 1374 Abs. 2 BGB geregelten Ausnahmen nicht allein dadurch gerechtfertigt, dass der andere Ehegatte in diesen Fällen nicht zu dem Erwerb beigetragen hat. Ein wesentlicher Grund für die gesetzliche Ausnahmeregelung ist vielmehr, dass eine derartige Zuwendung meist auf persönlichen Beziehungen des erwerbenden Ehegatten zu dem Zuwendenden oder auf ähnlichen besonderen Umständen beruht (Senat, Urteil vom 22.11.2006, XII ZR 8/05, BGHZ 170, 324 = FamRZ 2007, 978 Rdnr. 16; Senat, Urteil vom 28.1.2004, XII ZR 221/01, BGHZ 157, 379 = FamRZ 2004, 781, 782; Senat, Urteil vom 20.9.1995, XII ZR 16/94, BGHZ 130, 377 = FamRZ 1995, 1562, 1564; Senat, Urteil vom 29.10.1981, IX ZR 94/80, BGHZ 82, 145 = FamRZ 1982, 148; BGHZ 82, 149 = FamRZ 1982, 147; Senat, Urteil vom 27.5.1981, IVb ZR 577/80, BGHZ 80, 384 = FamRZ 1981, 755, 756). Da dieses kennzeichnende Merkmal bei einem durch einen Lottogewinn erzielten Vermögenszuwachs nicht gegeben ist, kommt eine erweiternde Anwendung des § 1374 Abs. 2 BGB in dem hier vorliegenden Fall nicht in Betracht (so schon BGHZ 68, 43 = FamRZ 1977, 124 f.).

b) Soweit das Beschwerdegericht angenommen hat, der Antragsgegner könne nach § 1381 Abs. 1 BGB die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der von ihm erzielte Zugewinn auf dem Lottogewinn beruhe, hält dies den Angriffen der Rechtsbeschwerde nicht stand.

aa) Nach § 1381 Abs. 1 BGB kann der Schuldner die Erfüllung der Ausgleichsforderung verweigern, soweit der Ausgleich des Zugewinns nach den Umständen des Falles grob unbillig wäre. Die Vorschrift ermöglicht eine Korrektur von Ergebnissen, die sich in besonders gelagerten Einzelfällen aus der schematischen Anwendung der Vorschriften zur Berechnung des Ausgleichsanspruchs ergeben können. Nicht ausreichend ist allerdings, dass sich die Unbilligkeit allein aus dem vom Gesetzgeber im Interesse der Rechtssicherheit und Praktikabilität festgelegten pauschalisierenden und schematischen Berechnungssystem ergibt (vgl. dazu *Jaeger* in *Johannsen/Henrich*, Familienrecht, 5. Aufl., § 1381 BGB Rdnr. 1). Dem ausgleichsverpflichteten Ehegatten steht das Leistungsverweigerungsrecht aus § 1381 BGB nur dann zu, wenn die Gewährung des Ausgleichsanspruchs in der vom Gesetz vorgesehenen Art und Weise dem Gerechtigkeitsempfinden in unerträglicher Weise widersprechen würde (Senat, Urteil vom 9.10.2013, XII ZR 125/12 [zur Veröffentlichung bestimmt], und Senat, Urteil vom 18.3.1992, XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787, 788), ohne dass Abs. 1 dieser Vorschrift ein Verschulden des den Ausgleich verlangenden Ehegatten voraussetzt (vgl. Senat, Urteil vom 6.2.2002, XII ZR 213/00, FamRZ 2002, 606, 608). Ob eine grobe Unbilligkeit im Sinne von § 1381 Abs. 1 BGB gegeben ist, ist aufgrund einer umfassenden Abwägung aller relevanten Umstände zu beurteilen. Ihre Würdigung ist grundsätzlich Sache des Tatrichters, die nur

einer eingeschränkten rechtsbeschwerderechtlichen Überprüfung unterliegt (vgl. Senat, Urteil vom 9.10.2013, XII ZR 125/12 [zur Veröffentlichung bestimmt], und Senat, Urteil vom 18.3.1992, XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787, 789).

bb) Auch an diesen eingeschränkten Prüfungsmaßstäben gemessen kann die angefochtene Entscheidung keinen Bestand haben. Die vom Beschwerdegericht angeführten Umstände rechtfertigen die Annahme einer groben Unbilligkeit im Sinne von § 1381 Abs. 1 BGB nicht.

(1) Die Tatsache, dass der für den Zugewinnausgleich maßgebliche Vermögenszuwachs zu einer Zeit erfolgte, zu der die Ehegatten bereits längere Zeit getrennt lebten, rechtfertigt für sich allein betrachtet die Anwendung des § 1381 Abs. 1 BGB nicht (vgl. Senat, Urteil vom 9.10.2013, XII ZR 125/12 [zur Veröffentlichung bestimmt]). Zwar wird im Schrifttum die Auffassung vertreten, in solchen Fällen fehle es an einer wesentlichen Voraussetzung für den Ausgleich des in der Trennungszeit erzielten Zugewinns (*Staudinger/Thiele*, 2007, § 1381 Rdnr. 24; *Thiele*, JZ 1960, 394, 396; RGRK/*Finke*, BGB, 12. Aufl., § 1381 Rdnr. 16; *Schröder*, FamRZ 1997, 1, 6; BeckOK-BGB/*Mayer*, Stand 1.8.2012, § 1381 Rdnr. 11; *Jaeger*, FPR 2005, 352, 355). Dem vermag der Senat jedoch nicht beizutreten. Nach der gesetzlichen Regelung des § 1384 BGB fällt die Trennungszeit bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags in den Zeitraum, für den ein Zugewinnausgleich stattfindet. Vermögensänderungen, die in der Zeit zwischen der Trennung und der Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags eingetreten sind, sind deshalb in die Ausgleichsberechnung einzubeziehen (Senat, Urteil vom 9.10.2013, XII ZR 125/12 [zur Veröffentlichung bestimmt]). Hinzu kommt, dass die §§ 1385, 1386 BGB einem Ehegatten, der keinen Antrag auf Scheidung der Ehe stellen möchte, die Möglichkeit eröffnen, nach einer dreijährigen Trennungszeit die vorzeitige Aufhebung der Zugewinnsgemeinschaft zu verlangen, um damit zu verhindern, dass ein bei ihm später eintretender Vermögenszuwachs im Zugewinnausgleichsverfahren Berücksichtigung findet. In dem vor dem 1.9.2009 geltenden Zugewinnausgleichsrecht bestanden vergleichbare Möglichkeiten. Wenn der Ausgleichsverpflichtete von dieser Möglichkeit keinen Gebrauch macht, ist der Ausgleich – ohne Hinzutreten weiterer Umstände – nicht grob unbillig (Senat, Urteil vom 9.10.2013, XII ZR 125/12 [zur Veröffentlichung bestimmt] m. w. N.).

(2) Zutreffend weist die Rechtsbeschwerde darauf hin, dass auch die Herkunft des Zugewinns im Rahmen von § 1381 BGB grundsätzlich ohne Bedeutung ist (vgl. Senat, Urteil vom 18.3.1992, XII ZR 262/90, FamRZ 1992, 787, 788). Der Zugewinnausgleich soll nach seinem Grundgedanken der Teilhabe an dem während der Ehe gemeinsam erwirtschafteten Vermögen dienen (Senat, Urteil vom 6.2.2002, XII ZR 213/00, FamRZ 2002, 606, 607). Die vom Gesetz vorgesehene pauschalisierte Berechnungsweise differenziert dabei nicht danach, in welchem Umfang die Ehegatten zum Vermögenserwerb während der Ehe beigetragen haben (vgl. hierzu schon Senat, Urteil vom 9.7.1980, IVb ZR 531/80, FamRZ 1980, 877). Diese Wertung ist auch bei der Auslegung des § 1381 BGB zu beachten. Deshalb kann die Vorschrift nicht etwa schon dann eingreifen, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte keinen Beitrag zur Entstehung des Zugewinns geleistet hat.

(3) Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts führt auch die Gesamtschau dieser beiden Umstände nicht zur Annahme einer groben Unbilligkeit im Sinne von § 1381 Abs. 1 BGB.

Zwar hat der Senat in einer früheren Entscheidung ausgeführt, dass bei der im Rahmen der Prüfung des § 1381 Abs. 1 BGB

vorzunehmenden Gesamtbetrachtung auch eine außergewöhnlich lange Trennungszeit und der Umstand, dass der ausgleichspflichtige Ehegatte sein Endvermögen erst nach der Trennung und ohne jeglichen inneren Bezug zu der ehelichen Lebensgemeinschaft erwirtschaftet hat, zu berücksichtigen sei (Senat, Urteil vom 6.2.2002, XII ZR 213/00, FamRZ 2002, 606, 608). Dabei ließ sich der Entscheidung aber schon nicht entnehmen, dass allein diese beiden Gesichtspunkte ohne Hinzutreten sonstiger Umstände die Annahme einer groben Unbilligkeit rechtfertigen könnten.

Zudem lagen die Umstände des seinerzeit zu beurteilenden Sachverhalts grundlegend anders als im vorliegenden Fall. Die Parteien des damaligen Rechtsstreits hatten lediglich drei Jahre in ehelicher Gemeinschaft und bis zur Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags mehr als 17 Jahre getrennt gelebt. Hinzu kamen besondere Umstände bei der Trennung der damaligen Ehegatten. Demgegenüber lebten die Beteiligten im vorliegenden Fall bei einer (bis zum Anfall des Lottogewinns) achtjährigen Trennungszeit immerhin 29 Jahre in ehelicher Lebensgemeinschaft. Aus der Ehe sind drei mittlerweile erwachsene Kinder hervorgegangen. Zudem beruht der maßgebliche Vermögenszuwachs hier – im Gegensatz zum Ausgangsfall der genannten Entscheidung aus dem Jahr 2002 – nicht auf besonderen persönlichen Anstrengungen des Ausgleichspflichtigen während der Trennungszeit. Im Hinblick darauf können im vorliegenden Fall allein die Zeit des Getrenntlebens und die Tatsache, dass der Vermögenszuwachs des Antragsgegners aus einem Lottogewinn stammt, ohne Hinzutreten weiterer Umstände eine grobe Unbilligkeit im Sinne von § 1381 Abs. 1 BGB nicht begründen. (...)

10. BGB §§ 313, 730, 812 Abs. 1 Satz 2 (*Ausgleichsansprüche nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft*)

Nach Beendigung einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft kommen Ausgleichsansprüche wegen finanzieller Zuwendungen (hier: Darlehensraten) des einen Partners für den Erwerb und Umbau eines im Alleineigentum des anderen Partners stehenden Wohnhauses grundsätzlich insoweit nicht in Betracht, als die Leistungen nicht deutlich über die Miete hinausgehen, die für vergleichbaren Wohnraum aufzuwenden wäre.

BGH, Urteil vom 8.5.2013, XII ZR 132/12

Der Kläger macht gegen die Beklagte Ausgleichsansprüche nach Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft der Parteien geltend.

Die Parteien lebten von 1995 an in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen. Am 13.12.1996 wurde ihre gemeinsame Tochter geboren. Ende 1996 erwarb die Beklagte eine Immobilie zu einem Kaufpreis von 64.000 DM zu Alleineigentum. Zur Finanzierung nahm sie einen Kredit i. H. v. 80.000 DM auf. An der Immobilie wurden in der Folgezeit erhebliche Renovierungsarbeiten durchgeführt, außerdem wurde ein Anbau errichtet. An den Arbeiten wirkte der Kläger mit. Die Parteien, die zunächst bei der Mutter der Beklagten gewohnt hatten, zogen 1998 in das Haus ein. Bis Oktober 2000 floss das Gehalt des vollschichtig erwerbstätigen Klägers auf das Konto der Beklagten, von dem die Kreditrate für die Immobilie i. H. v. monatlich 340 € bezahlt wurde. Ab November 2000 unterhielt der Kläger ein eigenes Konto, von dem er bis einschließlich Dezember 2004 monatlich 409,03 € auf das Konto der Beklagten überwies. Anfang 2005 kam es nach der Trennung der Parteien zum Auszug des Klägers aus dem Haus.

Mit seiner Klage hat der Kläger Zahlung von 65.537,55 € nebst Zinsen begehrt. Er hat geltend gemacht, das Haus habe als Familienheim

genutzt werden sollen. Wegen eines für ihn bestehenden Schufa-Eintrags hätten die Parteien beschlossen, dass die Beklagte Alleineigentümerin werden solle. Aus formellen Gründen sei sie auch Alleinkreditnehmerin geworden. Die Parteien seien sich aber einig gewesen, die Kreditkosten jeweils hälftig zu tragen. In der Zeit von Januar 1997 bis Dezember 2004 habe er die Kreditrate allein gezahlt. Außerdem habe er erhebliche Renovierungsarbeiten an dem Haus durchgeführt. Insofern habe er mindestens 1.900 Stunden aufgewandt, für die ein Stundenlohn von 15 € anzusetzen sei, da er gelernter Tischler sei. Für Baumaterial habe er Aufwendungen i. H. v. 10.491,71 € getätigt. Aufgrund seiner Leistungen sei der Wert des Hauses auf mindestens 110.000 € gestiegen.

Die Beklagte hat vorgetragen, bei den Zahlungen des Klägers habe es sich um dessen Beitrag zu den Lebenshaltungskosten gehandelt. An den Renovierungsarbeiten habe er sich nur in sehr geringem Umfang beteiligt und an Material allenfalls Kleinteile finanziert.

Das LG hat die Klage abgewiesen. Die Berufung des Klägers, mit der er sein Begehren i. H. v. 43.266,95 € nebst Zinsen weiterverfolgt hat, ist ohne Erfolg geblieben. Dagegen richtet sich seine zugelassene Revision.

Aus den Gründen:

Die Revision hat in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang Erfolg.

Für das Verfahren ist gemäß Art. 111 Abs. 1 FGG-RG noch das bis Ende August 2009 geltende Prozessrecht anwendbar, weil der Rechtsstreit vor diesem Zeitpunkt eingeleitet worden ist (vgl. Senat, Beschluss vom 3.11.2010, XII ZB 197/10, FamRZ 2011, 100 Rdnr. 10).

I.

Das OLG hat zur Begründung seiner Entscheidung, die in FamRZ 2012, 463, veröffentlicht ist, im Wesentlichen ausgeführt:

Der Kläger könne von der Beklagten keinen Ausgleich verlangen. Rückforderungsansprüche nach Schenkungsrecht bestünden nicht. Zuwendungen zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft, die der Verwirklichung der Lebensgemeinschaft dienen, fehle regelmäßig der Schenkungscharakter. Auch gesellschaftsrechtliche Ansprüche des Klägers schieden aus. Diese würden voraussetzen, dass zwischen den Parteien zumindest konkludent ein Gesellschaftsvertrag zustande gekommen sei. Darauf könne schon deshalb nicht geschlossen werden, weil der Kläger bereit gewesen sei, mit seinen Leistungen einen Wert zu schaffen, der von den Parteien nur gemeinsam habe genutzt werden, ihnen jedoch nicht gemeinsam habe gehören sollen.

Der Kläger habe gegen die Beklagte auch keine bereicherungsrechtlichen Ansprüche nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB unter dem Gesichtspunkt der Zweckverfehlung. Auf den täglichen Bedarf der Gemeinschaft gerichtete Leistungen, die, wie die Erfüllung der laufenden Unterhaltsbedürfnisse oder die Entrichtung der Miete für die gemeinsam benutzte Wohnung, das Zusammenleben in der gewollten Art erst ermöglicht hätten, seien von einem Ausgleich grundsätzlich ausgenommen. Deshalb stehe dem Kläger ein Anspruch i. H. v. 13.914,95 € wegen Zahlung der monatlichen Raten auf das von der Beklagten zur Finanzierung der Immobilie aufgenommene Darlehen nicht zu. Zwar sei die genaue Trennlinie zwischen nicht auszugleichenden Leistungen einerseits und deutlich darüber hinausgehenden und deshalb einem Ausgleich unterliegenden Leistungen andererseits unklar. Aber jedenfalls dann, wenn es um monatliche Zins- und Tilgungsleistungen eines Partners auf ein von dem anderen Partner aufgenommenes Darlehen zur Finanzierung der in dessen Alleineigentum stehenden und von den Partnern und deren Kind gemeinsam genutzten Immobilie gehe, die nicht deut-

lich das Maß dessen überstiegen, was für die Anmietung vergleichbaren Wohnraums aufzuwenden gewesen wäre, schieben Ausgleichsansprüche aus. Insoweit sei zu berücksichtigen, dass die Kreditraten offenkundig zumindest nicht deutlich über dem Betrag liegen, den der Kläger an Miete für entsprechenden Wohnraum hätte aufwenden müssen. Nach der von den Parteien gewählten Aufgabenverteilung hätte es dem Kläger obliegen, auch für die Miete aufzukommen, ohne dass er deshalb für die Zeit des Zusammenlebens der Parteien nachträglich einen Ausgleich hätte verlangen können. Der Umstand, dass von dem Kläger erbrachte Tilgungsleistungen zu einer Vermögensmehrung auf Seiten der Beklagten geführt hätten, rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Aus denselben Erwägungen scheidet insoweit auch ein Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) aus. Denn auch dieser komme hinsichtlich der im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ersatzlos erbrachten Leistungen nicht in Betracht.

Ein Ausgleichsanspruch des Klägers i. H. v. 852,60 € wegen der behaupteten Materialeinkäufe lasse sich ebenfalls weder aus § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB noch aus § 313 BGB herleiten. Auch insoweit scheitere ein Anspruch bereits daran, dass die behaupteten Leistungen nicht über das Maß dessen hinausgingen, was im Rahmen des Zusammenlebens in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft als üblich anzusehen sei.

Schließlich könne der Kläger auch weder nach Bereicherungsrecht noch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage die Zahlung von 28.500 € wegen von ihm erbrachter Arbeitsleistungen verlangen. Den Beweis dafür, die von ihm behaupteten 1.900 Arbeitsstunden geleistet zu haben, habe er nicht geführt. Die vom LG durchgeführte Beweisaufnahme habe nicht ergeben, in welchem konkreten – oder zumindest eine Schätzung nach § 287 ZPO ermöglichenden – Umfang der Kläger tatsächlich Arbeitsleistungen erbracht habe. Fest stehe vielmehr, dass außer dem Kläger noch zahlreiche weitere Personen aus dem Umfeld beider Parteien an den Arbeiten beteiligt gewesen seien. Welchen Anteil der Kläger daran tatsächlich gehabt habe, habe nicht geklärt werden können. Vor diesem Hintergrund sei nicht einmal feststellbar, ob die Arbeitsleistungen des Klägers deutlich über das Maß dessen hinausgegangen seien, was das tägliche Zusammenleben im Rahmen einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfordert habe, geschweige denn ob und ggf. inwieweit sie zu einem messbaren und noch vorhandenen Wertzuwachs auf Seiten der Beklagten geführt hätten.

II.

Diese Ausführungen halten nicht in allen Punkten der rechtlichen Nachprüfung stand.

1. Zutreffend hat das Berufungsgericht allerdings einen Ausgleichsanspruch nach den Vorschriften über die bürgerlichrechtliche Gesellschaft verneint.

a) Nach der Rechtsprechung des BGH kann ein Ausgleich nach den §§ 730 ff. BGB in Betracht kommen, wenn die Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ausdrücklich oder durch schlüssiges Verhalten einen Gesellschaftsvertrag geschlossen haben. Eine rein faktische Willensübereinstimmung reicht für eine nach gesellschaftsrechtlichen Grundsätzen zu beurteilende Zusammenarbeit dagegen nicht aus. Die Anwendung gesellschaftsrechtlicher Regeln kann in Frage kommen, wenn die Partner die Absicht verfolgt haben, mit dem Erwerb oder dem Umbau einer Immobilie einen – wenn auch nur wirtschaftlich – gemeinschaftlichen Wert zu schaffen, der von ihnen für die Dauer der Partnerschaft nicht nur gemeinsam genutzt, sondern ihnen nach ihrer Vorstellung

auch gemeinsam gehören sollte (Senat, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 18 ff., und Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 14, jeweils m. w. N.).

b) Nach den getroffenen Feststellungen sind die Vorinstanzen zutreffend davon ausgegangen, dass die Voraussetzungen, unter denen ein gesellschaftsrechtliches Zusammenwirken der Partner in Betracht zu ziehen ist, hier nicht vorliegen. Wenn die Parteien, wie hier, einen Zweck verfolgen, der nicht über die Verwirklichung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft hinausgeht, bestehen grundsätzlich Zweifel an dem erforderlichen Rechtsbindungswillen. Denn in diesem Punkt haben die Partner regelmäßig keine über die Ausgestaltung ihrer Gemeinschaft hinausgehenden rechtlichen Vorstellungen (Senat, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 22, und Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 16). Abgesehen davon hat der Kläger bewusst die formal-dingliche Alleinberechtigung der Beklagten akzeptiert, da wegen seiner Schufa-Eintragung auch die Finanzierung über ein von der Beklagten allein aufgenommenes Darlehen erfolgen sollte. Gegen die betreffende Beurteilung erhebt auch die Revision keine Einwendungen.

2. Einen Ausgleichsanspruch nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) hat das Berufungsgericht allerdings mit unzutreffenden Erwägungen in vollem Umfang abgelehnt.

a) Ein solcher Anspruch kommt in Betracht, soweit gemeinschaftsbezogenen Zuwendungen die Vorstellung oder Erwartung zugrunde lag, die Lebensgemeinschaft werde Bestand haben (Senat, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 40; Senat, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 = FamRZ 2010, 277 Rdnr. 25, und Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 19). Die Rückabwicklung hat allerdings nicht zur Folge, dass sämtliche Zuwendungen bei Scheitern der Beziehung auszugleichen wären. Auszuscheiden sind zunächst die im Rahmen des täglichen Zusammenlebens ohne die Erwartung des Fortbestehens der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erbrachten Leistungen. Ebenso zu beurteilen sind die Leistungen desjenigen Partners, der nicht zu den laufenden Kosten beiträgt, sondern größere Einmalzahlungen erbringt. Er kann insofern nicht bessergestellt werden als derjenige Partner, dessen Aufwendungen den täglichen Bedarf decken oder der sonst erforderlich werdende Beiträge übernimmt (Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 19, und Senat, Urteil vom 31.10.2007, XII ZR 261/04, FamRZ 2008, 247, 249).

b) Als gemeinschaftsbezogene Zuwendungen kommen die Leistung der monatlichen Kreditraten sowie die Bezahlung von Baumaterial in Betracht.

aa) Einen i. H. v. 13.914,95 € geltend gemachten Ausgleichsanspruch wegen der Finanzierungsleistungen hat das Berufungsgericht mit der Begründung verneint, die Zuwendungen hätten dem Zweck gedient, das Zusammenleben in der gewünschten Art zu ermöglichen und seien deshalb von einem Ausgleich auszunehmen. Dagegen wendet sich die Revision ohne Erfolg.

(1) Bei der Abwägung, ob und ggf. in welchem Umfang Zuwendungen zurückerstattet oder Arbeitsleistungen ausgeglichen werden müssen, ist zu berücksichtigen, dass der Partner es einmal für richtig erachtet hat, dem anderen diese Leistungen zu gewähren. Ein korrigierender Eingriff ist grundsätzlich nur gerechtfertigt, wenn dem Leistenden die Beibehaltung der

durch die Leistung geschaffenen Vermögensverhältnisse nach Treu und Glauben nicht zuzumuten ist. Insofern ist es sachgerecht, auf den Maßstab der Unbilligkeit zurückzugreifen, der für den Ausgleich von Zuwendungen unter Ehegatten gilt, die im Güterstand der Gütertrennung leben. Das Merkmal der Unbilligkeit impliziert zugleich, dass ein Ausgleich nur wegen solcher Leistungen in Betracht kommt, denen nach den jeweiligen Verhältnissen erhebliche Bedeutung zukommt. Maßgebend ist eine Gesamtabwägung der Umstände des Einzelfalls (Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 23).

Ob und ggf. inwieweit ein Anspruch besteht, hängt mithin insbesondere von der Dauer der Lebensgemeinschaft, dem Alter der Parteien, Art und Umfang der erbrachten Leistungen, der Höhe der dadurch bedingten und noch vorhandenen Vermögensmehrung sowie von den Einkommens- und Vermögensverhältnissen ab (vgl. etwa Senat, Urteil vom 8.7.1982, IX ZR 99/80, BGHZ 84, 361, 368 = FamRZ 1982, 910, 912, und Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 24).

(2) Danach hat das Berufungsgericht zu Recht in seine Beurteilung einbezogen, dass die Höhe der monatlichen Darlehensraten nach den getroffenen Feststellungen die für gemieteten Wohnraum aufzubringende Miete nicht deutlich überstiegen hätte. In dieser Größenordnung sind Wohnkosten aber zu dem Aufwand zu rechnen, den die Gemeinschaft Tag für Tag benötigt und der deshalb von einem Ausgleich auszunehmen ist. Dem steht nicht entgegen, dass mit der Zahlung der Kreditraten ein Vermögenszuwachs bei der Beklagten eingetreten ist. Dieser betrifft allein den in den monatlichen Raten enthaltenen Tilgungsanteil. In welcher Höhe Tilgungen erfolgt sind, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt, ohne dass die Revision rügt, dass der Vortrag des Klägers übergangen worden sei. Schon deshalb ist der Umfang einer Vermögensmehrung nicht ersichtlich. Abgesehen davon ist der Tilgungsanteil erfahrungsgemäß gering, so dass von einem erheblichen Vermögenszuwachs auch aus diesem Grund nicht ausgegangen werden kann. Dann ist die tatrichterliche Würdigung, aus Gründen der Billigkeit sei auch insoweit kein Ausgleich vorzunehmen, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden.

(3) Die Revision ist ebensowenig begründet, soweit die Zahlungen der Kreditraten durch den Kläger den Zeitraum vor dem Einzug in das Haus der Beklagten betreffen. Insoweit handelt es sich allerdings nicht um Aufwendungen für Leistungen, die die Gemeinschaft täglich benötigte, sondern der Aufwand diene dem Erwerb und dem Umbau des im Alleineigentum der Beklagten stehenden, erst künftig zu beziehenden Hauses. Zwar war der Kläger nach seinem Vorbringen finanziell allein in der Lage, die Zahlungen vorzunehmen, da er im Gegensatz zu der Beklagten über Einkommen aus einer vollschichtigen Erwerbstätigkeit verfügte. Bei einer solchen Fallgestaltung können sich während des Bestehens einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft die Einkommensverhältnisse der Partner dahin auswirken, dass der Partner mit dem höheren Einkommen in größerem Umfang als der andere zu den Kosten der gemeinsamen Lebensführung und einer geplanten Veränderung der gemeinsamen Wohnsituation beiträgt. Soweit er damit aber einen Vermögenszuwachs des anderen bewirkt hat und die Geschäftsgrundlage hierfür weggefallen ist, gebieten es Treu und Glauben nicht generell, die Vermögenszuordnung mit dem Hinweis auf die während der Zeit des Zusammenlebens günstigeren Einkommensverhältnisse des Zuwendenden beizubehalten (Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 25). Vielmehr ist insbesondere unter Berücksichtigung des Ver-

mögenszuwachses durch die betreffenden Leistungen zu entscheiden, ob und inwieweit dem Zuwendenden die Aufrechterhaltung der hierdurch geschaffenen Vermögensverhältnisse zuzumuten ist.

Auch in dieser Hinsicht hat das Berufungsgericht einen Ausgleichsanspruch zu Recht abgelehnt. Eine noch vorhandene Vermögensmehrung der Beklagten, auf die ein Ausgleich begrenzt ist, kann auch insofern allenfalls im Umfang des in den Kreditraten enthaltenen Tilgungsanteils liegen. Dieser Anteil ist, wie bereits ausgeführt, nicht festgestellt. Er würde aber bezüglich des hier in Rede stehenden Zeitraums ebenfalls keine Größenordnung erreichen, der erhebliche Bedeutung zukommt, so dass die Beibehaltung der durch die Zahlungen des Klägers geschaffenen Vermögensverhältnisse nicht unbillig ist.

bb) Soweit der Kläger einen Ausgleichsanspruch wegen der Bezahlung von Baumaterial i. H. v. 852,60 € weiterverfolgt, bleibt seine Revision dagegen erfolglos. Die Annahme des Berufungsgerichts, solche Leistungen gingen nicht über das Maß des Üblichen hinaus und seien deshalb nicht ausgleichspflichtig, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Entgegen der Auffassung der Revision hat das Berufungsgericht die genannten Aufwendungen auch nicht isoliert betrachtet, sondern die Situation mit derjenigen bei einem Zusammenleben in gemieteten Räumen verglichen. Auch dann wären im Laufe der Jahre neben der Miete Aufwendungen für Renovierungsarbeiten und dergleichen angefallen. Die Gesamtbelastung des Klägers wäre in diesem Fall somit vergleichbar gewesen.

c) Soweit das Berufungsgericht einen Ausgleich wegen der Arbeitsleistungen des Klägers abgelehnt hat, begegnet die Entscheidung allerdings durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

aa) Hinsichtlich der Arbeitsleistungen handelt es sich zwar nicht um gemeinschaftsbezogene Zuwendungen in dem vorgenannten Sinne. Derartige Leistungen können begrifflich nicht als Zuwendung angesehen werden, weil es nicht zu einer Übertragung von Vermögenssubstanz kommt. Gleichwohl können Arbeitsleistungen nach dem Scheitern einer Lebensgemeinschaft zu Ausgleichsansprüchen führen, weil sie wirtschaftlich betrachtet ebenso eine geldwerte Leistung darstellen wie die Übertragung von Vermögenssubstanz (Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 20).

Nach der Rechtsprechung des Senats kann deshalb davon auszugehen sein, dass Arbeitsleistungen nach einer stillschweigenden Übereinkunft mit dem anderen Partner zur Ausgestaltung der Lebensgemeinschaft erbracht werden und darin ihre Geschäftsgrundlage haben. Das kann in Betracht kommen, wenn die Arbeitsleistungen erheblich über bloße Gefälligkeiten oder das, was das tägliche Zusammenleben erfordert, hinausgehen und zu einem messbaren und noch vorhandenen Vermögenszuwachs des anderen Partners geführt haben (Senat, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 41 ff., und Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 21).

Das Berufungsgericht hat einen solchen Anspruch verneint, weil nicht feststellbar sei, dass die Arbeitsleistungen deutlich über das Maß des Üblichen hinausgegangen seien. Mit dieser Begründung kann ein Anspruch indessen nicht in vollem Umfang versagt werden. (...)

3. Die Revision wendet sich schließlich mit Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht auch einen Anspruch nach § 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB abgelehnt hat.

a) Nach der Rechtsprechung des Senats kommt zwischen Partnern einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft auch ein Bereicherungsanspruch wegen Zweckverfehlung in Betracht,

soweit Leistungen in Rede stehen, die über das hinausgehen, was das tägliche Zusammenleben erst ermöglicht und die bei einem oder beiden Partnern zur Bildung von der Beendigung der Lebensgemeinschaft überdauernden Vermögenswerten geführt haben (Senat, Urteil vom 9.7.2008, XII ZR 179/05, BGHZ 177, 193 = FamRZ 2008, 1822 Rdnr. 34 ff.; Senat, Urteil vom 25.11.2009, XII ZR 92/06, BGHZ 183, 242 = FamRZ 2010, 277 Rdnr. 32 ff., und Senat, Urteil vom 6.7.2011, XII ZR 190/08, FamRZ 2011, 1563 Rdnr. 30 ff.).

b) Davon ist auch das Berufungsgericht ausgegangen. Dass es ausgleichende Leistungen nicht hat feststellen können, unterliegt den bereits aufgeführten Bedenken.

4. Danach kann das angefochtene Urteil in dem aus der Entscheidungsformel ersichtlichen Umfang keinen Bestand haben. Der Senat ist nicht in der Lage, in der Sache abschließend zu entscheiden, da es hierzu weiterer Feststellungen und der tatrichterlichen Beurteilung bedarf. Die Sache ist deshalb insoweit an das OLG zurückzuverweisen.

11. BGB §§ 138, 242, 1372, 1408, 1571, 1573 (*Inhaltskontrolle von Eheverträgen am Maßstab der Kernbereichslehre*)

Ein Ehevertrag, durch den gegenseitige Ansprüche auf nachehelichen Unterhalt und Versorgungsausgleich nach Scheitern der Ehe weitgehend ausgeschlossen werden, hält einer Inhaltskontrolle stand, wenn der ausgleichsberechtigte Ehegatte während der Ehezeit Versorgungsansprüchen erworben hat, auch wenn diese geringer sein mögen, als die des anderen Ehegatten. Der Ausschluss nachehelichen Unterhalts begegnet keinen rechtlichen Bedenken, wenn hierfür ein Ausgleich in Form der Zahlung eines Kapitalbetrages einschließlich aufgelaufener Erträge gewährt wird.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Hamm, Beschluss vom 20.12.2012, 11 UF 180/12

Hinweis der Schriftleitung:

Die Entscheidung ist abrufbar unter BeckRS 2013, 08680.

12. BGB §§ 181, 2205 Satz 3, § 2368; GBO § 29 (*Auflassung eines Grundstücks durch den Testamentsvollstrecker an sich selbst*)

- Der Testamentsvollstrecker kann zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit ein Grundstück an sich selbst auflassen, wenn ein entsprechendes Vermächtnis, eine Teilungsanordnung oder eine Auflage zu seinen Gunsten besteht.**
- Zur Frage, welche Nachweise das Grundbuchamt zum Beleg der Wirksamkeitsvoraussetzungen einer vom Testamentsvollstrecker nach Maßgabe des § 181 BGB zu seinen Gunsten vorgenommenen Grundstücksverfügung für die Eigentumsumschreibung (im Wege der Zwischenverfügung) verlangen kann.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.8.2013, I-3 Wx 41/13

Im Grundbuch des AG Viersen von X1 Blatt ... ist der am 21.6.2007 verstorbene R W als Eigentümer eingetragen.

Der Erblasser hat am 11.10.2003 ein privatschriftliches Testament errichtet, in dem er die Beteiligten zu 1 bis 3, seine drei Kinder, zu Erben einsetzte, nachfolgend die wesentlichen Vermögensgegenstände unter seinen Kindern verteilte, hinsichtlich des restlichen

Nachlasses ein Erbe der Kinder zu gleichen Teilen verfügte, ferner Testamentsvollstreckung anordnete und die Beteiligte zu 1 zur Testamentsvollstreckerin ernannte.

Ziffer 3 des Testaments lautet:

„Meine Tochter M D erbt mein Haus in X1 mit den zugehörigen Grundstücken, eingetragen im Grundbuch von X1, Blatt ... Flur ..., Flurstücke ... und ...“

Das AG (39 VI 102/07) erteilte der Beteiligten zu 1, die das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen hat, am 20.9.2007 ein Testamentsvollstreckerzeugnis.

Zu URNr. .../2012 vom 29.5.2012 der Notarin V in X2 erklärte die Beteiligte zu 1 als Testamentsvollstreckerin „in Erfüllung dieses Vermächtnisses“ die Übertragung der Grundstücke auf sich selbst und erklärte die entsprechende Auflassung.

Unter dem 5./11.9.2012 beantragte die Notarin V die Löschung des Rechts in Abt. III Nr. 3 im Grundbuch von X1 Blatt ..., Flurstücke ... und ... sowie die Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch unter gleichzeitiger Abschreibung und Eintragung auf einem neu anzulegenden Grundbuch(blatt).

Das Grundbuchamt hat unter dem 16.1.2013 zur Erledigung bis zum 16.3.2013 unter Androhung der Antragszurückweisung eine „Zwischenverfügung“ erlassen, in der es der Erledigung des Antrags vom 5.9.2012 entgegenstehende Hindernisse wie folgt beschreibt:

In der notariellen Urkunde vom 29.5.2012 lasse die Beteiligte zu 1 die Grundstücke, eingetragen im Grundbuch von X1 Blatt ..., Gemarkung X1, Flur ..., Flurstück ... und ..., X1, an sich selbst auf (Selbstkontrahieren). Grundlage der Auflassung sei die Erfüllung eines Vermächtnisses aus dem privatschriftlichen Testament des Erblassers und noch eingetragenen Eigentümers R W. Die Beteiligte zu 1 handele einerseits als Testamentsvollstreckerin, andererseits als Miterbin und Vermächtnisnehmerin. Das in der Form des § 29 GBO vorgelegte Testamentsvollstreckerzeugnis enthalte keinen Hinweis auf eine Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB. Obwohl die Testamentsvollstreckerin in Erfüllung einer Verbindlichkeit im Sinne des § 181 BGB handele, seien gemäß § 29 GBO alle zur Eintragung erforderlichen Eintragungsunterlagen in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form beizubringen. Als formgerechter Nachweis für das Grundbuchamt, dass die Testamentsvollstreckerin zur Vornahme eines Insichgeschäfts mit Wirkung für die Erben berechtigt ist, sei eine Ergänzung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem Zusatz, dass die Testamentsvollstreckerin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, erforderlich. Alternativ sei als Nachweis der Erbfolge der Erbschein und die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentsvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form gemäß §§ 35, 29 GBO vorzulegen.

Hiergegen hat sich die Beteiligte zu 1 mit Schrift vom 25.2.2013 gewandt und hat geltend gemacht, zum einen gehe es hier um die Erfüllung einer Verbindlichkeit in Gestalt des zu ihren Gunsten ausgesetzten Vermächtnisses, was § 181 BGB nicht verbiete, zum anderen habe der Erblasser sie, die Miterbin, durch ihre Bestellung als uneingeschränkte Testamentsvollstreckerin im Rahmen einer ordnungsgemäßen Verwaltung von dem Verbot des Insichgeschäfts befreit. Die Darlegung, dass sie bei der Übertragung von Grundstücken in Erfüllung einer Verbindlichkeit handele, bedürfe nicht des Nachweises durch öffentliche Urkunden, zumal der Erblasser nur privatschriftlich testiert habe. Da ein (Voraus-)Vermächtnis in einem eigenhändigen Testament insbesondere nicht durch einen Erbschein nachweisbar sei, werde dem Testamentsvollstrecker andernfalls die Möglichkeit genommen, die Anordnungen des Erblassers auszuführen, soweit diese in einer ihm selbst gegenüber zu erfüllenden Verpflichtung, insbesondere einem Vermächtnis, bestehen.

Mit Beschluss vom 1.3.2013 hat das AG – Rechtspflegerin – der Beschwerde nicht abgeholfen, weil keinerlei Gründe vorgetragen worden seien, die eine Änderung der Entscheidung rechtfertigten.

Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Grundakte Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

1. Das Rechtsmittel ist gemäß § 71 Abs. 1, §§ 72, 73 Abs. 1 und 2 Satz 1 GBO als Beschwerde zulässig und nach der vom

Grundbuchamt erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen, § 75 GBO. Der Ablauf der gesetzten Frist berührt die Zulässigkeit nicht (vgl. *Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 18 Rdnr. 55). Gegenstand der Beschwerde ist nur das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis (BayObLG 1986, 212; *Demharter*, a. a. O., § 71 Rdnr. 74).

2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die Zwischenverfügung vom 16.1.2013 hat keinen Bestand.

a) Eine Zwischenverfügung soll es dem Antragsteller ermöglichen, Eintragungshindernisse vor einer endgültigen Zurückweisung des Antrags zu beheben. Dies ist aus rechtsstaatlicher Sicht geboten, um dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz zu genügen (vgl. Senat, FGPrax 2010, 249; *Keidel/Heinemann*, FamFG, 17. Aufl. 2011, § 382 Rdnr. 20). Diese Zielrichtung impliziert, dass in der Zwischenverfügung die Hindernisse, die der Eintragung entgegenstehen, klar zu benennen (OLG Frankfurt, Rpfleger 1977, 103; BayObLG, Rpfleger 1997, 15; BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand 1.6.2013, § 18 Rdnr. 30) und die zur Beseitigung des Hindernisses geeigneten Mittel anzugeben sind (*Demharter*, GBO, 27. Aufl. 2010, § 18 Rdnr. 31 mit Nachweisen; *Zeiser*, a. a. O., Rdnr. 32; vgl. auch Senat, Beschluss 25.5.2011, I-3 Wx 114/111, BeckRS 2011, 14612, und Senat, Beschluss vom 6.10.2010, I-3 Wx 233/10, BeckRS 2010, 26120). Bei mehreren Möglichkeiten der Beseitigung sind alle aufzuführen (*Zeiser*, a. a. O., mit Rechtsprechungsnachweisen).

b) Die nachgesuchte Eigentumsumschreibung durfte das Grundbuchamt im Wege der Zwischenverfügung ebenso wenig von der Einreichung einer Ergänzung des Testamentsvollstreckerzeugnisses mit dem Zusatz, dass die Testamentsvollstreckerin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit ist, abhängig machen (aa), wie alternativ davon, dass die Beteiligten zu 1 als Nachweis der Erbfolge einen Erbschein vorlegt und die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form gemäß §§ 35, 29 GBO bringt (bb).

aa) (a) (aa) Der Testamentsvollstrecker ist in entsprechender Anwendung von § 181 BGB grundsätzlich daran gehindert, Insihgeschäfte abzuschließen (BGH, NJW 1981, 1271; OLG München, ZEV 2012, 333; BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand 1.6.2013, § 52 Rdnr. 63).

(bb) Dieses Verbot des Selbstkontrahierens gilt allerdings nicht, wenn es sich bei der Verfügung um die Erfüllung einer Verbindlichkeit handelt, da dann der Schutzzweck des § 181 BGB keine Anwendung findet (*Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl. 2012, § 198 Rdnr. 22), sowie im Falle einer ausdrücklichen oder stillschweigenden Gestattung vonseiten des Erblassers, die ggf. durch Auslegung der Verfügung von Todes wegen zu ermitteln ist (BeckOK-BGB/*Mayer*, Stand 1.5.2013, § 2205 Rdnr. 16). Aber selbst wenn eine Gestattung angenommen werden kann, ist diese unwirksam, wenn sie gegen das Gebot der ordnungsgemäßen Verwaltung verstößt (§ 2216 Abs. 1 BGB), da der Erblasser hiervon den Testamentsvollstrecker nicht befreien kann (§ 2220 BGB; BGHZ 30, 67, 70 f.; BGH, WM 1960, 1419; KG, JW 1935, 2755; *Palandt/Weidlich*, Rdnr. 30; MünchKommBGB/*Zimmermann*, Rdnr. 85). Umgekehrt kann eine Gestattung angenommen werden, wenn das Rechtsgeschäft ordnungsgemäßer Nachlassverwaltung entspricht (BGHZ 30, 67, 70 = NJW 1959, 1429; BGH, WM 1960, 1419, 1420; MünchKommBGB/*Zimmermann*, Rdnr. 85), wobei hieran jedoch strenge Anforderungen zu stellen sind.

Der Testamentsvollstrecker kann zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit bei einem Grundstücksver-

mächtnis auch mit sich selbst kontrahieren, etwa ein Grundstück an sich selbst auflassen, wenn ein entsprechendes Vermächtnis (BayObLG, DNotZ 1983, 176; *Zeiser*, a. a. O., Rdnr. 65), eine Teilungsanordnung oder Auflage zu seinen Gunsten besteht (BeckOK-BGB/*Mayer*, Stand 1.5.2013, § 2205 Rdnr. 19; *Lange/Kuchinke*, § 31 V 3 Fn. 140; *Staudinger/Reimann*, Rdnr. 68).

(b) Entgegen der Annahme des Grundbuchamtes muss die Beteiligte zu 1 ihre Befreiung von der Einschränkung des § 181 BGB nicht in der Form des § 29 GBO nachweisen.

(aa) Das Verbot des Selbstkontrahierens gilt vorliegend nicht, denn mit der hier in Rede stehenden Verfügung erfüllt die Beteiligte zu 1 zum einen eine Verbindlichkeit, zum anderen ist ihr die Grundstücksübertragung an sich im Rahmen ihrer Befugnis als Testamentsvollstreckerin durch die letztwillige Verfügung des Erblassers gestattet, so dass der Schutzzweck des § 181 BGB keine Anwendung findet.

(bb) Nach § 2205 Satz 3 BGB ist ein Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen über Nachlassgegenstände nur in Ausnahmefällen berechtigt, nämlich wenn sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Der Nachweis, dass sich der Testamentsvollstrecker bei der Verfügung über ein Grundstück in diesen Grenzen seiner Verfügungsmacht gehalten hat, insbesondere der Entgeltlichkeit des Geschäfts, kann vom Grundbuchamt im Wege der freien Beweiswürdigung festgestellt werden (OLG Köln, FGPrax 2013, 105 m. w. N.).

Auch wenn der Testamentsvollstrecker über ein Grundstück zu seinen eigenen Gunsten verfügt und deshalb grundsätzlich der Verfügungsbeschränkung nach § 181 BGB unterliegt, muss das Grundbuchamt die Wirksamkeitsvoraussetzungen prüfen und sich nachweisen lassen. Dieser Nachweis braucht ebenfalls nicht in der Form nach § 29 Abs. 1 GBO geführt zu werden; es gelten die gleichen Grundsätze wie für den Nachweis der Entgeltlichkeit einer Grundstücksverfügung (OLG Köln, FGPrax, a. a. O.).

Liegt – wie hier – ein privatschriftliches Testament vor, so genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift mit Eröffnungsvermerk (BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand 1.6.2013, § 52 Rdnr. 79; *Staudinger/Reimann*, 2012, § 2205 Rdnr. 73; MünchKommBGB/*Zimmermann*, 5. Aufl. 2010, § 2205 Rdnr. 101). Ein praktisches Bedürfnis hierfür besteht vor allem deswegen, weil der Nachweis mithilfe eines Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß § 2368 BGB nicht möglich ist. Die Befreiung des Testamentsvollstreckers von der Einschränkung des § 181 BGB wird nämlich regelmäßig nicht in dieses Zeugnis aufgenommen (OLG Hamm, NJW-RR 2004, 1448; *Palandt/Weidlich*, 71. Aufl. 2012, § 2368 Rdnr. 2). Dafür besteht schon deshalb kein Anlass, weil das Zeugnis dem Ausweis der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers im Rechtsverkehr mit Dritten dient. Für Rechtsgeschäfte des Testamentsvollstreckers mit sich selbst kann das Zeugnis demgegenüber keinerlei Wirkung entfalten, zumal die Frage, ob das jeweilige Geschäft sich in den Grenzen ordnungsgemäßer Verwaltung hält, ohnehin der Prüfung im Einzelfall vorbehalten bleiben muss (OLG Köln, a. a. O.; OLG Hamm, a. a. O.; MünchKommBGB/*Mayer*, 5. Aufl. 2010, § 2368 Rdnr. 37).

bb) (a) Die Vorlage eines Erbscheins ist nicht geeignet, ein mit der Zwischenverfügung angenommenes Hindernis zu beseitigen. Denn ob die Testamentsvollstreckerin zur Erfüllung einer wirksamen Nachlassverbindlichkeit im Wege des Insihgeschäfts das Grundstück an sich selbst auflassen kann, hängt nicht davon ab, ob der Erblasser es ihr als Vermächtnis zugewandt hat oder sie Miterbin geworden ist und der Erblasser

lediglich Einfluss auf die Aufteilung seines Vermögens unter Miterben nehmen wollte, indem er in Bezug auf das Grundstück eine Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) getroffen hat (vgl. BeckOK-BGB/Mayer, Stand 1.5.2013, § 2205 Rdnr. 19).

(b) Dass die Beteiligte zu 1 die Zustimmung aller Miterben zu der von der Testamentvollstreckerin erklärten Auflassung in öffentlich oder öffentlich beglaubigter Form gemäß §§ 35, 29 GBO beibringt, kann schon deshalb nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein, weil hierdurch nicht das vom Grundbuchamt angenommene Defizit einer Auflassung durch ein gegen § 181 BGB verstoßendes Insichgeschäft der Testamentvollstreckerin ausgeräumt, sondern der auf Eigentumsumschreibung gerichtete Eintragungsantrag gleichsam auf eine neue Grundlage gestellt würde.

Hiernach war die angefochtene „Zwischenverfügung“ vom 10.11.2011 aufzuheben.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst.

13. BGB § 2205; GBO § 18 Abs. 1, § 29 Abs. 1 (*Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentvollstreckers*)

1. **Nachweis der Entgeltlichkeit einer Verfügung des Testamentvollstreckers.**
2. **Fließt – abgekürzt – die Gegenleistung aus einer Grundstücksveräußerung unmittelbar dem vermeintlichen Vermächtnisnehmer zu, ist der Gegenwart, weil nicht in den Nachlass gelangend, nicht zu berücksichtigen. In diesem Fall hat der Testamentvollstrecker begründete Zweifel an der wirksamen Einsetzung der als Vermächtnisnehmer bezeichneten Person zur Überzeugung des Grundbuchamts auszuräumen. Andernfalls ist die Zustimmung des Erben und sonstiger Vermächtnisnehmer zur getroffenen Verfügung unerlässlich.**

OLG München, Beschluss vom 5.7.2013, 34 Wx 191/13; mitgeteilt von *Edith Paintner*, Richterin am OLG München

Der Beteiligte zu 1 als Testamentvollstrecker über den Nachlass der am 7.5.2012 verstorbenen ... verkaufte mit notariellem Vertrag vom 6.11.2012 Wohnungs- und Teileigentum an die Beteiligten zu 2 und 3 je zur Hälfte. Die Vertragsparteien erklärten die Auflassung und vereinbarten, dass der Kaufpreis auf das Konto des als Vermächtnisnehmer bezeichneten ... zu überweisen sei. Die Beteiligten wiesen den Notar an, die Eigentumsumschreibung erst zu veranlassen, nachdem der Vermächtnisnehmer den Eingang des geschuldeten Betrages originalschriftlich bestätigt hat.

Zur selben Urkunde hatte der Vermächtnisnehmer den Beteiligten zu 2 und 3 seinen Sachvermächtnisanspruch auf Erwerb des Wohnungseigentums abgetreten. Der Testamentvollstrecker sollte jedoch die Veräußerung des Grundbesitzes (als Immobilien- und nicht als Anspruchsverkauf) unmittelbar an die Käufer vornehmen.

Die im Kaufvertrag vom 6.11.2012 bewilligte Eigentumsvermerkung wurde am 28.11.2012 im Grundbuch eingetragen.

Mit dem Vermächtnis hat es folgende Bewandnis:

Die Erblasserin hatte bereits eine Reihe von Testamenten errichtet. Im Jahre 2011 traf sie unter anderem folgende letztwilligen Verfügungen:

In einem unter dem 1.6.2011 errichteten handschriftlichen Testament wandte sie unter anderem dem sog. Vermächtnisnehmer ihre Eigentumswohnung zu. Beigefügt war eine mit „Vermächtnis“ überschriebene weitere Verfügung. Darin wurden gemeinnützige Organisationen mit Vermögenszuwendungen bedacht, außerdem alle früheren Vermächtnisse widerrufen.

In einem weiteren, mit dieser Verfügung wörtlich übereinstimmenden handschriftlichen Testament mit Datum vom 27.7.2011, das über

einen der darin bedachten Vermächtnisnehmer dem Nachlassgericht vorgelegt wurde, widerrief die Erblasserin wiederum „vollumfänglich“ alle vorangegangenen Vermächtnisse.

Unter dem 25.2.2013 hat der Notar gemäß § 15 GBO die Eintragung der Beteiligten zu 2 und 3 als Eigentümer im Grundbuch beantragt.

Mit Zwischenverfügung vom 22.3.2013 hat das Grundbuchamt Frist zur Behebung folgenden Hindernisses gesetzt: Der im Kaufvertrag vom 6.11.2012 erwähnte Vermächtnisanspruch bestehe nach Aktenlage nicht. Das Vermächtnis sei mit Testament vom 27.7.2011 widerrufen worden. Daher sei die Entgeltlichkeit der Verfügung des Testamentvollstreckers nachzuweisen. Soweit die Entgeltlichkeit nicht nachgewiesen werden könne, sei die Zustimmung der Erbin unter Vorlage eines Erbnachweises sowie die Zustimmung aller vorhandenen Vermächtnisnehmer je in der Form des § 29 GBO erforderlich.

Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, die im Wesentlichen damit begründet wird, dass der Widerruf des Vermächtnisses nur dann eine Rolle spielen würde, wenn die Auflassung an den Vermächtnisnehmer beurkundet worden wäre. Beurkundet sei aber ein Fremdverkauf, weshalb es nur darauf ankomme, ob eine Teilschenkung vorliege. Es sei hier von dem Erfahrungssatz auszugehen, dass einem Fremden nichts geschenkt werde. Eine privatschriftliche Erklärung des Testamentvollstreckers, es handle sich um eine entgeltliche Verfügung, genüge nur dann nicht, wenn Anhaltspunkte für die Unrichtigkeit der behaupteten Entgeltlichkeit bekannt seien. Die Frage, wem der Erlös gebühre, ob er beim Nachlass bleibe oder an Erfüllung statt an den Vermächtnisnehmer herausgegeben werde, sei eine Frage, die lediglich der Testamentvollstrecker selbst zu verantworten habe. Auslegungen und Deutungen zum Verhältnis verschiedener Textfassungen des Testaments zueinander spielten für die Frage, ob die Auflassung wirksam sei, keine Rolle. Die Leistungsbeziehungen seien deutlich zu trennen. Die Auflassung betreffe nur die Übertragung zwischen „Nachlass“ und Käufer. Der Umstand, dass zur Abklärung und Klarstellung des Leistungsweges die schuldrechtlichen Regelungen hinsichtlich des Vermächtnisses mit in die Urkunde aufgenommen wurden, führe zu keinem anderen Ergebnis.

Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Der Testamentvollstrecker (Beteiligter zu 1) hat zur Errichtung der verschiedenen Testamente im Beschwerdeverfahren Folgendes vortragen: Die Erblasserin sei zuletzt bemüht gewesen, ihre Verhältnisse erneut anders zu regeln, nachdem sie in der Vergangenheit verschiedentlich Testamente errichtet und widerrufen habe. Einen großen Teil ihres Vermögens habe sie gemeinnützigen Organisationen zukommen lassen wollen. Aufgrund einer im Lauf der Jahre entstandenen Freundschaft zu ..., der sie gelegentlich besucht habe, sei es aber ihre wiederholt und ausdrücklich geäußerte Absicht gewesen, diesem die Wohnung nebst Hausrat, Silber und Schmuck zukommen zu lassen. Ein anderer Vermächtnisnehmer habe davon aber nichts erfahren sollen. Die Erblasserin sei dahingehend beraten worden, dass es am besten sei, eine weitere letztwillige Verfügung zu errichten, mit der alle früheren Testamente aufgehoben würden, das neuerliche Vermächtnis zugunsten der gemeinnützigen Organisationen aber bestehen bleiben sollte. Als Erbe habe das Tierheim eingesetzt werden sollen, im Wesentlichen deshalb, damit die Vermächtnisnehmer nichts voneinander erführen. Kenntnis über alle letztwilligen Verfügungen erhalte nämlich nur der belastete Erbe. Es sei vereinbart worden, nach den Vorstellungen der Erblasserin einen maschinengeschriebenen Testamentsentwurf zu erstellen, den sie dann abschreiben solle. Das Testament sollte anschließend beim AG hinterlegt werden. Damit sei es nicht notwendig, das frühere hinterlegte Testament aus der Verwahrung zu holen. Am 3.6.2011 sei der erstellte Testamentsentwurf mit der Erblasserin eingehend besprochen, der Vorschlag handschriftlich überarbeitet worden und zunächst bei der Erblasserin verblieben, die ihn später wieder zurückgegeben habe. Die Erblasserin habe diesen Vordruck offenbar gleich mehrfach abgeschrieben. Zwei auf den 1.6.2011 zurückdatierte handschriftliche Exemplare seien später zusammen mit einer Kopie zweier Vermächtnisse zurückgegeben worden. Das für die Hinterlegung vorgesehene Original-Testament mit dem Datum 1.6.2011 habe sich einige Zeit in der Kanzlei des Testamentvollstreckers befunden und sei so erst am 2.4.2012 beim Nachlassgericht hinterlegt worden; das zentrale Testamentsregister nenne als Datum der Eintragung den 11.4.2012. Das bei dem späteren Testamentvollstrecker verbliebene Exemplar sei ebenfalls dem Nachlassgericht zur Eröffnung vorgelegt worden.

Offenbar habe aber die Erblasserin dieses Testament ein weiteres Mal abgeschrieben, zumindest damit begonnen und dabei mit dem Datum

„4.6.2011“ versehen. Zum Zeitpunkt der Hinterlegung sei ihm nicht bekannt gewesen, dass die Erblasserin das Vermächtnis noch einmal beschrieben, mit dem Datum „27.7.2011“ versehen und im Original einer der bedachten Organisationen überlassen habe. Dieses Vermächtnis sei aber seiner Meinung nach bei Gesamtwürdigung der Umstände nicht als Neuverfügung anzusehen. Dass es Dokumente mit verschiedenen Daten gebe, sei erklärbar, weil die Erblasserin alles mehrfach beschrieben habe. Die Vermächtnisanordnungen im Testament vom 1.6.2011 seien somit nicht aufgehoben worden, sondern wirksam. Die Erblasserin habe den Vermächtnisnehmer ... ebenso bedenken wollen wie verfügt und diese Verfügung nicht durch die Zweitfertigung des Vermächtnisses zugunsten anderer Vermächtnisnehmer wieder aufheben wollen. Sonst hätte die erbrechtliche Beratung gar keinen Sinn gehabt.

Eine Auflassung an den Vermächtnisnehmer habe dieser nicht gewünscht, vielmehr die Wohnung direkt verkaufen und möglichst eine Zwischeneintragung vermeiden wollen, auch aus Gründen der Diskretion. Letztlich komme der Testamentsvollstrecker durch sein Vorgehen nur strikt den Anordnungen der Erblasserin nach.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige (§ 13 Abs. 1 Satz 2, § 18 Abs. 1, § 71 Abs. 1, § 73 und § 15 Abs. 2 GBO) Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat zu Recht die Eintragung davon abhängig gemacht, dass entweder die Entgeltlichkeit der Verfügung oder aber die Zustimmung der Erbin unter Vorlage eines Erbscheins sowie die Zustimmung aller Vermächtnisnehmer (vgl. BGHZ 57, 84, 94; BayObLGZ 1986, 208, 210) in grundbuchtauglicher Form (§ 29 GBO) nachgewiesen werden.

1. Gemäß § 2205 Satz 2 BGB ist der Testamentsvollstrecker berechtigt, über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Zu unentgeltlichen Verfügungen ist er jedoch grundsätzlich nicht berechtigt (§ 2205 Satz 3 BGB). Die unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers ist schwebend unwirksam (vgl. *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2205 Rdnr. 30).

Das Grundbuchamt hat stets sorgfältig zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbe fugnis gehalten hat (vgl. *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 52 Rdnr. 23). Da der Nachweis der Entgeltlichkeit als Eintragungsvoraussetzung regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO geführt werden kann, wird eine entgeltliche Verfügung angenommen, wenn die dafür maßgebenden Beweggründe im Einzelnen angegeben werden, verständlich und der Wirklichkeit gerecht werdend erscheinen und begründete Zweifel an der Pflichtmäßigkeit der Handlung nicht ersichtlich sind. Es genügt also die privatschriftliche Erklärung des Testamentsvollstreckers, die diesen Anforderungen entspricht (BayObLGZ 1986, 208, 211; *Demharter*, § 52 Rdnr. 23 m. w. N.; siehe auch Senat, Beschluss vom 6.12.2011, 34 Wx 403/11 = DNotZ 2012, 459).

Ob die Erklärung des Testamentsvollstreckers genügt, entscheidet das Grundbuchamt aufgrund freier Beweiswürdigung (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 52 Rdnr. 24). Bei begründeten Zweifeln an der Entgeltlichkeit der Verfügung hat es zu deren Zerstreung durch Zwischenverfügung die Vorlage geeigneter Nachweise aufzugeben. Die genannten Beweiserleichterungen gelten aber nicht, wenn ein Nachweis in der Form des § 29 GBO möglich ist (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 52 Rdnr. 25; § 29 Rdnr. 64).

Eine unentgeltliche Verfügung liegt immer dann vor, wenn der Testamentsvollstrecker (objektiv gesehen) ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbschaftsmasse bringt und (subjektiv betrachtet) entweder den Mangel der Gleichwertigkeit der Gegenleistung erkennt oder bei ord-

nungsmäßiger Verwaltung hätte erkennen müssen (vgl. *Demharter*, a. a. O., § 52 Rdnr. 21 m. w. N.; *Meikel/Böhringer*, GBO, 10. Aufl., § 52 Rdnr. 52). Unentgeltlich ist die Verfügung des Testamentsvollstreckers dann nicht, wenn sie in Erfüllung einer letztwilligen Verfügung des Erblassers vorgenommen wird (vgl. *Meikel/Böhringer*, a. a. O.).

2. Diese Maßstäbe angelegt, ist die Entgeltlichkeit der Verfügung nicht nachgewiesen:

a) Da die Entgeltlichkeit nachzuweisen ist, kann nicht lediglich auf die Auflassung abgestellt werden. Die Auflassung ist als abstrakt-dingliches Geschäft neutral. Mit heranzuziehen ist also der der Auflassung zugrundeliegende schuldrechtliche Vertrag. Aus diesem ergibt sich einerseits eine im Verhältnis des Beteiligten zu 1 zu den Beteiligten zu 2 und 3 entgeltliche Verfügung, andererseits aber auch, dass der Gegenwert nicht in den Nachlass gelangen, sondern an eine als Vermächtnisnehmer bezeichnete Person gezahlt werden sollte, und, wie sich schon aus der durch den Notar namens des Veräußerers erklärten Eintragungsbewilligung und der Stellung des Eintragungsantrags ergibt, auch gezahlt wurde. Ein Gegenwert, der nicht in den Nachlass gelangt, ist für die Frage der Entgeltlichkeit nicht zu berücksichtigen (vgl. zum Beispiel *Heckschen* in *Burandt/Rojahn*, Erbrecht, § 2205 BGB Rdnr. 9; *Staudinger/Reimann*, Neubearb. 2012, § 2205 Rdnr. 43 m. w. N.). Dies wäre anders zu beurteilen, wenn die Gegenleistung zunächst in den Nachlass gelangen sollte, da es für die Beurteilung der Unentgeltlichkeit ohne Bedeutung ist, wie der Testamentsvollstrecker die Gegenleistung weiter verwendet.

b) Damit kommt es darauf an, ob der im Vertrag als solcher bezeichnete Vermächtnisnehmer dies tatsächlich ist. Die Leistung, die zur Erfüllung einer vermeintlichen, in Wahrheit nicht bestehenden Nachlassverbindlichkeit vorgenommen wird, ist objektiv nämlich ebenfalls eine unentgeltliche (vgl. *Heckschen* in *Burandt/Rojahn*, a. a. O., § 2205 Rdnr. 9; *Staudinger/Reimann*, § 2205 Rdnr. 44).

Ob ... Vermächtnisnehmer ist, hängt davon ab, ob das Testament vom 1.6.2011 (nach Vortrag des Testamentsvollstreckers vom 3.6.2011) – seine Wirksamkeit vorausgesetzt – widerrufen wurde.

Widerrufen werden kann die Einsetzung als Vermächtnisnehmer wiederum durch Testament (§ 2254 BGB). Das mit „Vermächtnis“ überschriebene Schriftstück vom 27.7.2011 erfüllt die Formvorschrift des § 2247 BGB. Die Bezeichnung als „Testament“ ist nicht erforderlich (vgl. *Staudinger/Baumann*, § 2247 Rdnr. 50). Die Überschrift „Vermächtnis“ entspricht dem Inhalt, nämlich dass Vermächtnisse zugewandt und frühere Vermächtnisse widerrufen werden. Zumindest auf den ersten Blick handelt es sich auch nicht um eine „vorsorglich gefertigte Zweitschrift“ oder lediglich eine Abschrift (vgl. *Staudinger/Baumann*, § 2247 Rdnr. 114). Zwar ist das Testament gleichlautend mit dem der Verfügung vom 1.6.2011 beigefügten Vermächtnis. Es trägt aber ein späteres Datum.

Die schriftlich niedergelegte Erklärung muss außerdem mit Testierwillen abgegeben worden sein, also auf dem ernstlichen Willen des Erblassers beruhen, ein Testament zu errichten und rechtsverbindliche Anordnungen über sein Vermögen nach seinem Tod zu treffen. Bei einem formgerecht abgefassten und inhaltlich vollständigen Testament ist dies aber in der Regel nicht zweifelhaft (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2247 Rdnr. 5; *Staudinger/Baumann*, § 2247 Rdnr. 25). Soweit der Beteiligte zu 1 darlegt, dass die Antragstellerin eine Reihe von Abschriften gefertigt habe, widerlegt dies das Vorhandensein eines Testierwillens nicht.

Zwar ist der Testierwille grundsätzlich nachzuweisen (vgl. *Palandt/Weidlich*, § 2247 Rdnr. 17 und § 2084 Rdnr. 15). Der Beteiligte zu 1 hat aber darzulegen, dass die Leistung zur Erfüllung eines Vermächtnisses erfolgte, ... also Vermächtnisnehmer ist. Da sich an der Gültigkeit des Vermächtnisses wegen des im Raum stehenden Widerrufs Zweifel ergeben, hat er diese zur Überzeugung des Senats (siehe § 74 GBO) auszuräumen. Hierfür sind die Darlegungen nicht ausreichend. Das Schriftstück vom 27.7.2011 weist ein anderes – späteres – Datum auf. Denkbar wäre zwar, dass die Erblasserin das bereits ihrem anwaltlichen Vertreter übergebene „Vermächtnis“ für einen weiteren Vermächtnisnehmer noch einmal ausfertigen wollte, dem sie das Schriftstück schließlich auch übergeben hat. Die von allen Beteiligten als testierfähig bezeichnete Erblasserin hat aber unter Einhaltung der Formvorschrift des § 2247 BGB den Text handschriftlich noch einmal niedergelegt unter Aufhebung sämtlicher früheren Testamente – also auch desjenigen vom 1.6. Als eine Möglichkeit unter vielen ist sicher nicht auszuschließen, dass sie den ihr vorgegebenen Text noch einmal entweder mechanisch abgeschrieben hat oder aber davon ausgegangen ist, dass der Widerruf (nur) die Verfügungen vor dem 1.6.2011 erfasst. Sicher feststellen lässt sich dies aber aufgrund der Angaben und Darlegungen des Beteiligten zu 1 nicht. Der Senat hat als Möglichkeit deshalb auch in Betracht zu ziehen, dass entsprechend der oben genannten Vermutung die ursprüngliche Vermächtniseinsetzung widerrufen wurde. Mit den Erklärungen des Testamentsvollstreckers allein lässt sich ein anderes Ergebnis nicht nachweisen. Ob dies in einem Rechtsstreit möglich ist, in dem andere Beweismittel zur Verfügung stehen – ggf. auch andere Beweisregeln gelten –, ist vom Senat nicht zu entscheiden.

(...)

Anmerkung:

Der Entscheidung des OLG München ist zuzustimmen. Gemäß § 2205 Satz 3 BGB ist der Testamentsvollstrecker zu unentgeltlichen Verfügungen nur berechtigt, soweit sie einer sittlichen Pflicht oder einer auf den Anstand zu nehmenden Rücksicht entsprechen. Hinsichtlich unentgeltlicher Verfügungen ist die Verfügungsmacht des Testamentsvollstreckers mit dinglicher Wirkung beschränkt.¹ Nach ständiger Rechtsprechung bereits des Reichsgerichts liegt eine unentgeltliche Verfügung über einen Erbschaftsgegenstand dann vor, wenn der Testamentsvollstrecker ohne gleichwertige Gegenleistung ein Opfer aus der Erbschaftsmasse erbringt und entweder weiß, dass diesem Opfer keine gleichwertige Gegenleistung an die Erbschaftsmasse gegenübersteht, oder doch bei ordnungsgemäßer Verwaltung der Masse das Fehlen oder die Unzulänglichkeit der Gegenleistung hätte erkennen müssen.² Die herrschende Meinung verzichtet ausdrücklich auf die ansonsten bei einer Schenkung erforderliche Willensübereinstimmung beider Vertragsparteien über die Unentgeltlichkeit. Diese Auffassung wird begründet mit dem berechtigten Interesse der Erben am Schutze vor einer Verschleuderung des Nachlasses.³

Aus diesem Schutzwerk ergibt sich auch, dass eine Gegenleistung, um die Entgeltlichkeit des Geschäfts zu begründen, tatsächlich in den verwalteten Nachlass fließen muss. Wenn

der Testamentsvollstrecker allerdings die in den Nachlass geflossene Gegenleistung veruntreut oder auf sonstige Weise dem Nachlass wieder entzieht, dann bleibt dies für die Beurteilung der Entgeltlichkeit außer Betracht.⁴ Entgeltlichkeit ist aber auch dann gegeben, wenn der Testamentsvollstrecker durch die Leistung von einer andernfalls von ihm zu erfüllenden Verbindlichkeit befreit wird, die Leistung also für Rechnung des Nachlasses erfolgt.⁵ Dies ist zum Beispiel der Fall, wenn aus dem Kaufpreis abzulösende Gläubiger befriedigt werden sollen. Auch eine Leistung zur Erfüllung eines Vermächtnisses stellt keine unentgeltliche Verfügung dar.⁶ Im vorliegenden Fall hätte dies allerdings vorausgesetzt, dass das Vermächtnis tatsächlich besteht und wirksam ist. Hieran hatte das Grundbuchamt zu Recht Zweifel geäußert, da das Vermächtnis möglicherweise durch ein späteres Testament widerrufen worden war. Die Frage der vollen Entgeltlichkeit der Verfügung lässt sich zwar regelmäßig nicht in der Form des § 29 GBO, also durch öffentlich-beglaubigte oder öffentliche Urkunden, beweisen, so dass die Rechtsprechung gewisse Beweiserleichterungen zulässt.⁷ In Folge der zweifelhaften Wirksamkeit des zu erfüllenden Vermächtnisses bestanden jedoch hier berechtigte Bedenken des Grundbuchamtes gegen die Entgeltlichkeit der Verfügung. In Fällen wie diesem, in denen der Beweis der Entgeltlichkeit nicht gelingt, verlangt der BGH die Zustimmung der Erben, wozu auch ggf. Nachbarn gehören, sowie auch der Vermächtnisnehmer.⁸

Im vorliegenden Fall kann man auch nicht Kaufvertrag und Vermächtniserfüllung isoliert betrachten mit der Folge, dass der Kaufvertrag an den Dritten für sich genommen entgeltlich erfolgt und daher von der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers erfasst wäre. Denn hätte der Testamentsvollstrecker zunächst mit der Übereignung der Eigentumswohnung das Vermächtnis erfüllt, so wäre es bei der Beurteilung der Verfügungsbefugnis auch hier auf die Entgeltlichkeit, d. h. auf die Wirksamkeit des Vermächtnisses angekommen. Allein dadurch, dass ein abgekürzter Leistungsweg gewählt wurde, kann sich an dieser Beurteilung nichts ändern. Lediglich wenn der Testamentsvollstrecker mit Einverständnis des Vermächtnisnehmers die Eigentumswohnung verkauft hätte und sonst keine Vereinbarung über die Verwendung des Kaufpreises getroffen worden wäre, wäre die Verfügung eindeutig als Kaufvertrag entgeltlich gewesen. Dies hätte das Problem aber nur zeitlich verschoben. Bei der Auszahlung des Kaufpreises an den Vermächtnisnehmer hätte es in der Verantwortung des Testamentsvollstreckers gelegen, die Wirksamkeit des Vermächtnisses zu überprüfen. Bei Unwirksamkeit des Vermächtnisses wäre die Auszahlung des Geldes ebenfalls eine unzulässige unentgeltliche Verfügung des Testamentsvollstreckers gewesen. Lediglich der Kontrolle durch das Grundbuchamt wäre eine solche Verfügung entzogen worden.

Hätte der Testamentsvollstrecker also bewusst, sozusagen auf eigene Verantwortung, dieses Risiko übernehmen wollen, wäre diese Abwicklung sinnvoll gewesen.

Es fällt auf, dass es im vorliegenden Fall offenbar bei der Eintragung der Vormerkung keine Probleme gegeben hatte. In der

⁴ *Staudinger/Reimann*, 2012, § 2215 Rdnr. 43; *MünchKommBGB/Zimmermann*, 6. Aufl., § 2205 Rdnr. 75.

⁵ KG, DNotZ 1972, 176, 178; zust. *Staudinger/Reimann*, 2012, § 2205, Rdnr. 43.

⁶ BayObLG, Beschluss vom 18.1.1989, BReg. 2 Z 4/89, NJW-RR 1989, 587 = MittBayNot 1989, 163.

⁷ So zuletzt OLG München, Beschluss vom 6.12.2011, 34 Wx 403/11, MittBayNot 2012, 292; dazu *Amann*, MittBayNot 2012, 267.

⁸ BGHZ 57, 84, 92; a. A. *Soergel/Damrau*, BGB, 13. Aufl., § 2205 Rdnr. 79, der die Zustimmung des Vermächtnisnehmers für nicht erforderlich hält.

¹ *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., Rdnr. 27.

² RGZ 81, 364, 366; BGHZ 5, 174; 7, 274; BGH, Urteil vom 15.5.1963, V ZR 141/61, NJW 1963, 1613; *Staudinger/Reimann*, 2012, § 2205 Rdnr. 42.

³ RG, JW 1937, 743; BGH, Urteil vom 15.5.1963, V ZR 141/61, NJW 1963, 1613.

Rechtsprechung wird die Auffassung vertreten, bei der Eintragung der Auflassungsvormerkung müsse die Entgeltlichkeit der Verfügungen nicht geprüft werden, da die zu sichernde Forderung auch bei der Vormerkung eine künftige Forderung, nämlich die aus einer schwebend unwirksamen Schenkung, sichern könne.⁹ Dem kann aus zwei Gründen nicht gefolgt werden: Zum einen besteht bei einem Schenkungsvertrag, bei dem der Testamentsvollstrecker nicht wirksam für den Nachlass handeln konnte, kein vormerkungsfähiger künftiger Anspruch, da dieser eine gewisse Bindung des Veräußerers voraussetzen würde.¹⁰ Außerdem muss das Grundbuchamt von Amts wegen die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers prüfen, die gemäß § 2205 Satz 3 BGB beschränkt ist.¹¹ Dies kann es aber nur durch Miteinbeziehung des Rechtsgrunds tun. Die Bewilligung der Vormerkung zur Sicherung einer unentgeltlichen Forderung stellt ihrerseits eine Verfügung über das Nachlassgrundstück gemäß § 893 BGB dar. Wenn mit der Vormerkung ein unentgeltlicher Anspruch gesichert wird, so ist bereits der Rechtsgrund für die Bewilligung dieser unentgeltliche Vertrag selbst. Damit ist nicht nur die zu sichernde Vormerkung zweifelhaft. Es fehlt vielmehr bereits die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, da diese gemäß § 2205 Satz 3 BGB unter Durchbrechung des Abstraktionsprinzips einen entgeltlichen Rechtsgrund voraussetzt.¹²

Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*, Bingen am Rhein

⁹ OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.11.2006, 3 W 188/06, ZEV 2007, 32; OLG München, Beschluss vom 6.12.2011, 34 Wx 403/11, MittBayNot 2012, 292.

¹⁰ *Amann*, MittBayNot 2012, 267, 269.

¹¹ *Bauer/von Oefele/Kössinger*, GBO, 3. Aufl., § 19 Rdnr. 81.

¹² *Keim*, ZEV 2007, 470, 472.

14. BGB §§ 131, 181, 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1899 Abs. 4, §§ 1902, 1908i Abs. 1, § 2270 Abs. 1, 3, § 2271 Abs. 1, § 2296 (*Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments gegenüber testierunfähigem Ehegatten*)

Der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament kann auch gegenüber einem testierunfähigen Ehegatten erklärt werden. Es genügt der Zugang der notariell beurkundeten Widerrufserklärung an einen für den Aufgabenkreis der Vermögenssorge bestellten Ersatzbetreuer, auch wenn dieser ein Abkömmling des Erblassers ist.

OLG Nürnberg, Beschluss vom 6.6.2013, 15 W 764/13; mitgeteilt von Notar Dr. *Dietmar Weidlich*, Roth

Mit gemeinschaftlichem handschriftlichem Testament vom 24.10.1999 setzten sich der Erblasser und seine Ehefrau, die Beteiligte A, gegenseitig zu Erben ein und bestimmten unter anderem, dass die Sicherung des Lebensunterhaltes des/der Über-/Längerlebenden bei der weiteren Beteiligung der gemeinsamen Kinder am Erbe Vorrang habe. Die zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung noch lebenden drei gemeinsamen Kinder sollten nach dem Tod des Erstversterbenden der Höhe nach bestimmte Geldbeträge erhalten, der gemeinsame Sohn zusätzlich eine Immobilienfondsbeteiligung sowie einen Miteigentumsanteil zu ein Halb an einem in jeweils hälftigen Miteigentum der beiden Ehegatten stehenden Wohngrundstück. Dem Längerlebenden der beiden Ehegatten wurde an dieser Immobilie ein lebenslanges Wohnrecht eingeräumt. Letzterer sollte auch entscheiden, ob er anlässlich seiner Situation beim Erbfall die Beteiligungen der Kinder gleichmäßig für alle erhöhen wolle, wenn die Vermögenslage es zulasse.

Weiter enthält das gemeinschaftliche Testament unter anderem eine Verpflichtung des länger lebenden Ehegatten, mindestens zwei Drittel des bei seinem Tode noch vorhandenen Vermögens an die drei Kinder oder deren Nachkömmlinge zu vererben.

Mit Beschluss vom 27.6.2012 ordnete das AG Schwabach durch einstweilige Anordnung, befristet bis 27.12.2012, die vorläufige Betreuung für den Erblasser mit sofortiger Wirksamkeit dieser Entscheidung an, die gemäß § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG mit Übergabe an die Geschäftsstelle des AG Schwabach am 28.6.2012 um 7.20 Uhr eintrat. Die vorläufige Betreuung umfasste unter anderem den Aufgabenkreis der Vermögenssorge. Zur vorläufigen Betreuerin wurde die Ehefrau des Erblassers, A, und zur Ersatzbetreuerin deren gemeinsame Tochter, C, bestellt.

Mit notarieller Urkunde vom 2.8.2012 widerrief die Beteiligte A gegenüber dem Erblasser, vertreten durch dessen Ersatzbetreuerin C, die von ihr im gemeinschaftlichen Testament vom 24.10.1999 „getroffenen Verfügungen in vollem Umfang“. Frau C nahm diesen Widerruf in genannter notarieller Urkunde als Ersatzbetreuerin für den Erblasser an.

Am 16.9.2012 verstarb der Erblasser. Er hinterließ seine mit ihm im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebende Ehefrau A sowie die gemeinsamen Kinder B und C. Weitere gemeinsame Kinder des Erblassers sind ein am 29.10.1958 im Alter von 10 Tagen vorverstorbenener Sohn des Erblassers sowie die am 23.2.2011 vorverstorbene Tochter E, welche ihrerseits einen Sohn, den am 26.11.1994 geborenen Beteiligten D, hinterließ.

Die Beteiligten A, B, C und D haben am 27.11.2012 zur Niederschrift des AG Schwabach – Nachlassgericht – die Erteilung eines Erbscheins beantragt, der sie als Erben gemäß der gesetzlichen Erbfolge ausweist, und zwar A zu ein Halb, B, C und D zu jeweils einem Sechstel. Zur Begründung führen sie aus, dass das gemeinschaftliche Testament vom 24.10.1999 wirksam widerrufen worden und eine weitere Verfügung von Todes wegen nicht vorhanden sei.

Mit Verfügung vom 18.12.2012 teilte der Nachlassrichter des AG Schwabach mit, es sei beabsichtigt, den Erbscheinsantrag zurückzuweisen, da das gemeinschaftliche Testament vom 24.10.1999 nicht wirksam widerrufen worden und daher für die Erbfolge maßgeblich sei.

Mit Schriftsatz vom 15.1.2013 wiederholte der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten A den bereits zur Niederschrift erklärten Erbscheinsantrag. Die weiteren Beteiligten äußerten sich nicht.

Mit Beschluss vom 19.2.2012 hat das AG – Nachlassgericht – Schwabach den Antrag der vier Beteiligten auf Erteilung eines Erbscheins nach gesetzlicher Erbfolge zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Beteiligte C habe eine Erklärung, die von ihrer Mutter gegenüber ihrem Vater abzugeben war, für ihren Vater entgegengenommen und sei daher gemäß § 1795 BGB an der Vertretung ihres Vaters rechtlich gehindert gewesen. Dies gelte auch im Hinblick auf § 181 BGB, da sie sich selbst durch die Entgegennahme der Erklärung zur Miterbin mache, die sie nach der angefochtenen letztwilligen Verfügung nicht gewesen wäre. Zuletzt sei noch fraglich, ob ihr Handeln überhaupt von der einstweiligen Anordnung über die Betreuerbestellung erfasst gewesen sei, weil sie darin zur Ersatzbetreuerin bestellt worden ist. Nach dem hier geläufigen Sprachgebrauch sei unter Ersatzbetreuer ein Betreuer für den Fall tatsächlicher Verhinderung zu verstehen. Für den Fall der rechtlichen Verhinderung werde üblicherweise der Ausdruck „Ergänzungsbetreuer“ gebraucht. Zu einem solchen wäre aber die Tochter des Erblassers für den Aufgabenkreis der Entgegennahme eines ihrem Vater gegenüber durch die Mutter erklärten Widerrufs des gemeinschaftlichen Testaments wegen der bestehenden Interessenlage nicht bestellt worden.

Gegen diesen sämtlichen Beteiligten jeweils am 26.2.2013 und dem Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten A am 27.2.2013 zugestellten Beschluss hat Letztere durch Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 20.3.2013 Beschwerde eingelegt. Zur Begründung lässt sie zusammengefasst ausführen, dass der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments wirksam gewesen sei, da die Beteiligte C hinsichtlich der Widerrufserklärung als Ersatzbetreuerin für den Erblasser empfangsberechtigt gewesen sei. Die Vorschriften der §§ 181, 1795 BGB stünden nicht entgegen, da es ausschließlich um die Entgegennahme einer Willenserklärung gehe. Auch das AG Schwabach – Betreuungsabteilung – habe noch zu Lebzeiten des Erblassers auf Anfrage mit Verfügung vom 24.8.2012 die Auffassung vertreten, die Ersatzbetreuerin sei zur Entgegennahme der Widerrufser-

erklärung befugt und der Widerruf sei ihr mit Wirkung für den Erblasser wirksam zugegangen.

Das AG – Nachlassgericht – Schwabach hat der Beschwerde mit Verfügung vom 10.4.2013 nicht abgeholfen und die Akten dem OLG Nürnberg vorgelegt.

Die übrigen Beteiligten haben Abschriften der Nichtabhilfeentscheidung und der Beschwerdebegründung erhalten.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde der Beteiligten A ist zulässig (§§ 58, 61 FamFG) und hat auch in der Sache Erfolg, da sich die Erbfolge nach dem Erblasser nicht nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 24.10.1999 richtet. Die hierin bestimmte Einsetzung der Beteiligten A zur Erbin des Erblassers sowie die durch den Erblasser zugunsten der gemeinsamen Kinder getroffenen letztwilligen Verfügungen sind gemäß § 2270 Abs. 1 BGB unwirksam, da die Beteiligte A die von ihr in dem gemeinschaftlichen Testament zugunsten des Erblassers und der gemeinsamen Kinder getroffenen Verfügungen, die wechselbezüglich zu den oben genannten Verfügungen des Erblassers sind, gemäß § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB wirksam widerrufen hat.

1. Die von der Beteiligten A in dem gemeinschaftlichen Testament vom 24.10.1999 getroffenen letztwilligen Verfügungen, also die Einsetzung ihres Ehegatten zum Erben und die zugunsten der gemeinsamen Kinder getroffenen Verfügungen (gleichgültig, ob es sich hierbei um Erbeinsetzungen oder Vermächtnisse handelt, § 2270 Abs. 3 BGB) für den Fall, dass die Beteiligte A zuerst verstirbt, sind wechselbezüglich zu ihrer Einsetzung als Erbin und der zugunsten der gemeinsamen Kinder getroffenen Verfügungen durch ihren Ehegatten, für den Fall, dass dieser zuerst verstirbt.

Letztwillige Verfügungen, die Ehegatten in einem gemeinschaftlichen Testament getroffen haben, sind gemäß § 2270 Abs. 1 BGB wechselbezüglich, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen Verfügung stehen oder fallen soll (BayObLG, FamRZ 1994, 191 Rdnr. 22 nach juris m. w. N.; BayObLG, FamRZ 2001, 1734 Rdnr. 45 nach juris). Enthält ein gemeinschaftliches Testament – wie hier – keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede einzelne Verfügung des gemeinschaftlichen Testaments gesondert geprüft werden. Das in § 2270 Abs. 1 BGB beschriebene Verhältnis bezieht sich nämlich nicht auf das Testament als solches, sondern immer nur auf darin enthaltene einzelne Verfügungen (vgl. BGH, NJW-RR 1987, 1410 Rdnr. 11 nach juris). Dabei muss der Inhalt der Erklärungen als Ganzes gewürdigt werden einschließlich der Nebenumstände, und zwar auch solcher, die außerhalb der Testamentsurkunde liegen; auch die allgemeine Lebenserfahrung ist zu berücksichtigen (BayObLG, FamRZ 1994, 191 Rdnr. 22 nach juris m. w. N.).

Es besteht zwar kein allgemeiner Lebenserfahrungssatz, dass Eheleute ihre in einem gemeinschaftlichen Testament erklärten letztwilligen Verfügungen in der Regel als insgesamt wechselseitig bindend ansehen. Wäre dies der Fall, bedürfte es der Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB nicht. Vielmehr gibt es bei der Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments zur Frage der Wechselbezüglichkeit der einzelnen Verfügungen grundsätzlich keine Regel, die Schlüsse auf eine bestimmte Willensrichtung und Interessenlage der Testieren-

den zuließe. Dies gilt insbesondere für das Verhältnis der Einsetzung des überlebenden Ehegatten zum Alleinerben gegenüber der Regelung der weiteren Erbfolge nach dem Tod des Überlebenden. Selbst bei gegenseitiger Erbeinsetzung der Ehegatten und Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder ist regelmäßig anzunehmen, dass jeder Ehegatte die Kinder wegen des Verwandtschaftsverhältnisses bedenkt, und nicht, weil der andere dies auch tut (BayObLG, FamRZ 2001, 1734 Rdnr. 49 nach juris).

Für die Wechselbezüglichkeit der gegenseitigen Erbeinsetzung beider Ehegatten zueinander und der Erbeinsetzung des jeweils anderen Ehegatten im Verhältnis zu den von diesem getroffenen Verfügungen zugunsten der Kinder beim ersten Todesfall, die im Übrigen von den Beteiligten auch nicht in Zweifel gezogen wird, spricht aber einerseits der Umstand, dass das Testament ausdrücklich die Bestimmung enthält, dass der Lebensunterhalt des überlebenden Ehegatten gegenüber der Beteiligung der Kinder am Nachlass vorrangig gesichert werden soll, was auch im lebenslangen Wohnrecht des Längerlebenden zum Ausdruck kommt, andererseits die Regelung, dass die gemeinsamen Kinder mindestens zwei Drittel des beim Tod des Letztversterbenden noch vorhandenen Vermögens erben sollen. Die vorrangige Sicherung der Lebensgrundlage des überlebenden Ehegatten ist somit verknüpft mit der Beschränkung seiner Möglichkeit, über das bei seinem Tod noch vorhandene Vermögen frei zu verfügen.

Umstände, die gegen eine Wechselbezüglichkeit sprechen, sind hingegen weder vorgebracht noch sonst ersichtlich, so dass von einer Wechselbezüglichkeit der von der Beteiligten A für den Fall des Todes des Erstversterbenden der beiden Ehegatten getroffenen letztwilligen Verfügungen auszugehen ist, ohne dass es eines Rückgriffs auf die Zweifelsregelung des § 2270 Abs. 2 BGB bedarf.

2. Die Beteiligte A hat ihre im gemeinschaftlichen Testament vom 24.10.1999 getroffenen wechselbezüglichen Verfügungen wirksam widerrufen.

Gemäß § 2271 Abs. 1 BGB hat der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen in einem gemeinschaftlichen Testament zu Lebzeiten der Ehegatten nach der für den Rücktritt vom Erbvertrag geltenden Vorschrift des § 2296 BGB zu erfolgen. Dies setzt eine einseitige empfangsbedürftige Willenserklärung des Ehegatten gegenüber dem anderen Ehegatten, die der notariellen Beurkundung bedarf und dem anderen Ehegatten zugehen muss (§ 2296 Abs. 2, § 2271 Abs. 1 BGB), voraus. Eine derartige am 2.8.2012 notariell beurkundete und dem Erblasser zu Lebzeiten zugegangene Widerrufserklärung der Beteiligten A liegt vor.

a. Für die Wirksamkeit des Widerrufs kann es dahinstehen, ob der Erblasser, für den zu diesem Zeitpunkt bereits im Wege der einstweiligen Anordnung eine (vorläufige) Betreuung angeordnet worden war, damals noch geschäfts- bzw. testierfähig war. Grundsätzlich können nämlich ein gemeinschaftliches Testament und die in diesem enthaltenen Verfügungen auch gegenüber einer geschäfts- bzw. testierunfähigen Person widerrufen werden (vgl. *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2271 Rdnr. 6; *Staudinger/Kanzleiter*, Neubearb. 2006, § 2271 Rdnr. 14; *MünchKommBGB/Musielak*, 5. Aufl., § 2271 Rdnr. 9 mit Fn. 14; *BeckOK-BGB/Lützenburger*, Stand 1.2.2013, § 2271 Rdnr. 14a; *Jauernig/Stürmer*, BGB, 14. Aufl., § 2271 Rdnr. 2; *Zimmer*, NJW 2007, 1713, 1715; so inzidenter auch BayObLG, FamRZ 1993, 736, 737; LG Hamburg, DNotI-Report 2000, 86; LG Leipzig, FamRZ 2010, 403; AG München, NJW 2011, 618, 619; a. A. *Damrau/Bittler*, ZERB 2004, 77, 79 f.). Der Zulassung des Widerrufs des gemeinschaftlichen Testaments gegenüber einem testierunfähigen

Ehepartner steht nicht entgegen, dass dieser hierauf nicht mit einer neuen letztwilligen Verfügung reagieren kann (so aber *Damrau/Bittler*, ZErB 2004, 77, 79). Ansonsten würde das zu Lebzeiten beider Ehegatten nach dem Gesetz bestehende Widerrufsrecht und damit die Testierfähigkeit des widerrufswilligen Ehegatten praktisch aufgehoben und ihm die Möglichkeit genommen, sich aus der erbrechtlichen Bindung zu lösen (*Litzenburger*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 14a; *Nomos-KommBGB/Müssig*, 3. Aufl., § 2271 Rdnr. 1 m. w. N.; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 105 f.; *Zimmer*, NJW 2007, 1713, 1715; *ders.*, ZEV 2007, 159, 160; *Keim*, ZEV 2010, 358; differenzierend AG München, NJW 2011, 618 Rdnr. 8 nach juris). Auch wenn es eigentlich Sinn und Zweck des § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB ist, den die Widerrufserklärung empfangenden Ehegatten in die Lage zu versetzen, auf die durch den Widerruf bedingte Unwirksamkeit auch seiner testamentarischen Verfügungen zu reagieren und der veränderten Sachlage entsprechende Verfügungen zu treffen (BGHZ 9, 233, 236 = NJW 1953, 938; BGHZ 48, 374, 383 f. = NJW 1968, 496, 497; 498 f.; OLG Hamm, NJW-RR 1991, 1480), spricht gegen die Anwendung dieser Vorschrift auf einen testierunfähigen Erblasser auch, dass sie das Erlöschen des Widerrufsrechts ausschließlich an den Tod eines der Ehegatten knüpft, so dass wegen des eindeutigen Wortlauts für eine Vorverlegung auf den Zeitpunkt des Eintritts der Testierunfähigkeit im Wege der Auslegung kein Raum bleibt (*Zimmer*, NJW 2007, 1713, 1715; *ders.*, ZEV 2007, 159, 160; *Keim*, ZEV 2010, 358 f.; *Lange*, jurisPR-FamR 12/2010, Anm. 2 zu LG Leipzig, FamRZ 2010, 403). Im Übrigen ist bei ähnlicher Interessenlage mit § 2282 Abs. 2 BGB die Möglichkeit der Lösung vom Erbvertrag auch bei Geschäftsunfähigen eines Vertragsschließenden ausdrücklich zugelassen (*Zimmer*, ZEV 2007, 2007, 159, 161; *Keim*, ZEV 2010, 358, 359).

c. Der Widerruf gegenüber einem testierunfähigen Ehegatten erfordert den Zugang der Erklärung beim Betreuer als dessen gesetzlichen Vertreter (§ 131 BGB). Dieser muss für den erforderlichen Aufgabenkreis bestellt sein, wobei nach zutreffender Ansicht eine Bestellung wenigstens für die Vermögenssorge genügt (LG Hamburg, DNotI-Report 2000, 86; *Palandt/Weidlich*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 6; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 108; *Zimmer*, NJW 2007, 1713, 1715; *ders.*, ZEV 2007, 159, 161; zweifelnd *Damrau/Bittler*, ZErB 2004, 77, 78). Der Widerruf des gemeinschaftlichen Testaments stellt eine Verfügung von Todes wegen dar (vgl. *Kanzleiter*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 9). Eine solche ist vom Aufgabenkreis der Vermögenssorge umfasst, da mit ihr der Übergang des aktiven und passiven Vermögens für den Todesfall geregelt wird (LG Hamburg, DNotI-Report 2000, 86; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 108). Der Schwerpunkt des Widerrufs liegt somit im vermögensrechtlichen Bereich (LG Hamburg, a. a. O.; *Zimmer*, ZEV 2007, 159, 161), zumal im Fall des gemeinschaftlichen Testaments bereits zu Lebzeiten Bindungen in der erbrechtlichen Verfügungsmacht eingetreten sind (§ 2271 Abs. 1 Satz 2 BGB).

d. Die Beteiligte C konnte aufgrund ihrer Bestellung zur Ersatzbetreuerin als gesetzliche Vertreterin des Erblassers (§ 1902 BGB) die Widerrufserklärung der Beteiligten A entgegennehmen. Gemäß § 1899 Abs. 4 BGB kann das Gericht mehrere Betreuer auch in der Weise bestellen, dass der eine die Angelegenheiten des Betreuten nur zu besorgen hat, wenn der andere verhindert ist. Dieser Fall liegt vor, da die den Widerruf erklärende Hauptbetreuerin gemäß § 1908i Abs. 1, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 181 BGB an der Vertretung ihres Ehemannes zum Empfang der Widerrufserklärung gehindert war (BayObLGZ 1997, 288 = FamRZ 1998, 512 Rdnr. 6 nach juris; BayObLGZ 2003, 248 = FamRZ 2004, 906 Rdnr. 9 nach juris; siehe auch *Zimmer*, ZEV 2007, 159, 161). Das Tat-

bestandsmerkmal der Verhinderung im Sinne des § 1899 Abs. 4 BGB umfasst nicht nur die tatsächliche, sondern auch die rechtliche Verhinderung (vgl. nur BayObLG, a. a. O.; *Palandt/Götz*, a. a. O., § 1899 Rdnr. 8 m. w. N.). Es kommt nicht darauf an, dass die Beteiligte C im Beschluss des AG Nürnberg vom 27.6.2012 nicht als Ergänzungsbetreuerin bezeichnet war. Die gewählte Bezeichnung „Ersatzbetreuerin“ beinhaltet den Fall der Verhinderung der Hauptbetreuerin.

e. Der Entgegennahme der Widerrufserklärung stehen weder § 1795 BGB noch § 181 BGB entgegen. Die Erklärung des Widerrufs des gemeinschaftlichen Testaments vom 24.10.1999 konnte grundsätzlich rechtswirksam gegenüber der Tochter des Erblassers als dessen Ersatzbetreuerin erklärt werden, weil die Entgegennahme einer Widerrufserklärung (ebenso wie eine Rücktrittserklärung) keine rechtsgeschäftliche Handlung ist, von deren Vornahme die Ersatzbetreuerin als Abkömmling des Erklärungsempfängers nach § 181, § 1795 Abs. 1 Nr. 1, § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB ausgeschlossen gewesen wäre (BayObLG, FamRZ 1977, 141 Rdnr. 38 nach juris; LG Hamburg, DNotI-Report 2000, 86; *Münch-KommBGB/Wagenitz*, 6. Aufl., § 1795 Rdnr. 23; *BeckOK-BGB/Bettin*, Stand 1.5.2013, § 1795 Rdnr. 2; a. A. *Litzenburger*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 14; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 108 f.; *Keim*, ZEV 2010, 358). Denn nach § 130 Abs. 1, § 131 Abs. 2 BGB ist nur der Zugang der Willenserklärung maßgebend (BayObLG, FamRZ 1977, 141 Rdnr. 38 nach juris).

3. Der Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung eines Ehegatten bewirkt nach § 2270 Abs. 1 BGB, dass auch die entsprechenden Verfügungen des anderen Ehegatten unwirksam werden (*Kanzleiter*, a. a. O., § 2271 Rdnr. 25). Mangels Vorhandenseins einer wirksamen letztwilligen Verfügung gemäß § 1937 BGB ist gesetzliche Erbfolge eingetreten, so dass die Beteiligte A zu ein Halb und die Beteiligten B, C und D als Erben zu jeweils einem Sechstel berufen sind (§ 1924 Abs. 1, 3 und 4, § 1931 Abs. 1 Satz 1, § 1371 Abs. 1 BGB).

III.

Über die Verfahrenskosten ist gemäß §§ 81, 84 FamFG zu entscheiden. Es entspricht billigem Ermessen, von einer Erhebung von Kosten abzusehen, da sämtliche Beteiligte übereinstimmend den nach Sach- und Rechtslage zutreffenden Erbscheinsantrag gestellt haben. Keines der Regelbeispiele gemäß § 81 Abs. 2 FamFG ist einschlägig. Eine weitergehende Kostenentscheidung zugunsten der Beteiligten und zulasten der Staatskasse ermöglicht das Gesetz nicht.

Eine auf § 131 Abs. 4, § 30 Abs. 1 KostO beruhende Festsetzung des Geschäftswertes für das Beschwerdeverfahren ist nicht veranlasst, da Kosten nicht erhoben werden.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) liegen nicht vor, da die Rechtssache weder grundsätzliche Bedeutung hat noch die Fortbildung des Rechts oder die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts erfordern.

Anmerkung:

Der Beschluss des OLG Nürnberg betrifft eine Frage, die mit zunehmender Lebenserwartung der Bevölkerung immer häufiger auftritt: Können wechselbezügliche Verfügungen gegenüber dem geschäftsunfähigen Ehegatten widerrufen werden?

1. Möglichkeit des Widerrufs bei Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten

Ausgangspunkt ist die Regelung des § 2271 BGB, nach der wechselbezügliche Verfügungen beim gemeinschaftlichen

Testament noch zu Lebzeiten des anderen durch eine notariell beurkundete Erklärung widerrufen werden können. Dabei geht die herrschende Meinung davon aus, dass das Widerrufsrecht nicht mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit oder Testierunfähigkeit beim anderen Ehegatten erlischt.¹ Teilweise wird dies mit Blick auf den Zweck des § 2271 Abs. 1 BGB aber anders gesehen:² Das Gesetz gehe davon aus, dass der Zugang des Widerrufs noch zu Lebzeiten des Ehegatten erfolgen müsse, damit dieser in die Lage versetzt werde, mit einer neuen Verfügung von Todes wegen zu reagieren.³ Der testierunfähige Ehegatte (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB) habe diese Möglichkeit aber nicht, so dass der Zeitpunkt des § 2271 Abs. 2 BGB im Wege einer Analogie auf den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit vorverlagert werden müsse. Dieser Auffassung tritt das OLG Nürnberg in seinem Beschluss zu Recht mit dem Argument entgegen, dass damit das Widerrufsrecht des widerrufswilligen Ehegatten und seine Testierfähigkeit praktisch aufgehoben würden. Zudem hat *Keim* ausführlich dargelegt, dass der Betreuer durchaus Möglichkeiten habe, auf den Widerruf zu reagieren, etwa indem er Unterhaltsansprüche geltend macht, die ohne Widerruf wegen der familiären Verbundenheit nicht erhoben worden wären.⁴

2. Widerrufsgegner

Geht man also davon aus, dass der Widerruf auch bei Geschäftsunfähigkeit des Ehegatten erklärt werden kann, stellt sich im Anschluss die Frage, wem gegenüber der Widerruf zu erklären ist.

a) Widerruf gegenüber dem Betreuer

Nach § 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB ist der Widerruf gegenüber dem anderen Ehegatten zu erklären. Ist der Ehegatte geschäftsunfähig, wird die ihm gegenüber abgegebene Widerrufserklärung gemäß § 131 Abs. 1 BGB jedoch nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter, also dem rechtlichen Betreuer im Sinne der §§ 1896 ff. BGB, zugeht.⁵ Nach herrschender Meinung genügt es dabei nicht, dass die Widerrufserklärung dem Betreuer lediglich zugehe oder er nur zufällig von einer an den Geschäftsunfähigen selbst gerichteten Willenserklärung erfahre. Sie müsse vielmehr an ihn adressiert oder zumindest ihm gegenüber abgegeben werden.⁶ Eine solch einschränkende Auslegung ist mit dem Wortlaut des § 131 Abs. 1 BGB allerdings nicht vereinbar. Im Unterschied zu § 164 Abs. 3 BGB, nach dem die Grundsätze der Passivvertretung anzuwenden sind, wenn „eine gegenüber

einem anderen abzugebende Willenserklärung *dessen Vertreter gegenüber* erfolgt“, genügt für § 131 Abs. 1 BGB, dass „die Willenserklärung *einem Geschäftsunfähigen gegenüber* abgegeben“ wird.⁷

Soll der Widerruf dem Betreuer gegenüber erklärt werden, ist § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1795 BGB zu beachten. Danach ist die gesetzliche Vertretungsmacht des Betreuers in solchen Fallkonstellationen ausgeschlossen, in denen die abstrakte Gefahr der Interessenkollision zwischen Betreutem und Betreuer bzw. dessen nahen Angehörigen besteht. Ist also der widerrufswillige Ehegatte selbst zum Betreuer bestellt, kann er den Widerruf wegen § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1795 Abs. 2, § 181 BGB nicht entgegennehmen. Es bedarf vielmehr der Bestellung eines Ergänzungsbetreuers, § 1899 Abs. 4 BGB. Im vorliegenden Fall nahm das OLG Nürnberg damit zurecht an, dass die widerrufende Ehefrau als Hauptbetreuerin am Empfang der Widerrufserklärung gehindert war. Stattdessen nahm die als Ersatzbetreuerin bestellte gemeinsame Tochter die Widerrufserklärung entgegen. Das OLG Nürnberg hielt dies für unproblematisch und sah weder einen Konflikt mit § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB noch mit § 1908i Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 1795 Abs. 2, § 181 BGB. Die Entgegennahme der Widerrufserklärung sei keine rechtsgeschäftliche Handlung.⁸ Diese Auffassung wird vielfach kritisiert, überzeugt letztendlich aber.⁹ Zwar ist zuzugeben, dass auch im Verhältnis zur Tochter Interessenkonflikte drohen können, die zu verhindern Zweck der genannten Vorschriften ist.¹⁰ Allerdings ist der Anwendungsbereich des § 1795 Abs. 1 Nr. 1 gar nicht eröffnet, da der Zugang einer Willenserklärung kein Rechtsgeschäft bzw. keine rechtsgeschäftsähnliche Handlung ist. Ein Rechtsgeschäft besteht aus einer oder mehreren Willenserklärungen, die allein oder in Verbindung mit anderen Tatbestandsmerkmalen eine Rechtsfolge herbeiführen, weil diese gewollt ist.¹¹ Danach kann der bloße Zugang einer Willenserklärung kein Rechtsgeschäft sein. Er ist vielmehr notwendige Voraussetzung dafür, dass eine Willenserklärung eine Rechtsfolge herbeiführen kann. Aber auch eine rechtsgeschäftsähnliche Handlung, also eine auf einen tatsächlichen Erfolg gerichtete Erklärung, deren Folge kraft Gesetzes eintritt,¹² liegt nicht vor. Beim bloßen Zugang fehlt es schlicht an einer Handlung. Schon der Gesetzgeber ging davon aus, dass eine Willenserklärung dem Empfänger zugehe, ohne dass es eines bewussten Aktes seinerseits bedürfe. Sinn des § 131 Abs. 1 BGB sei lediglich zu verhindern, dass eine Willenserklärung, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben werde, zu seinem Schaden sofortige Gültigkeit erlange.¹³

b) Widerruf gegenüber dem Generalbevollmächtigten

Von dem im Beschluss des OLG Nürnberg behandelten Sachverhalt zu unterscheiden ist die Frage, ob der Widerruf auch gegenüber dem Generalbevollmächtigten (in der Regel Vor-

¹ LG Hamburg, Beschluss vom 17.2.2000, 301 T 264/99 (abrufbar über die Website des DNotI); *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2271 Rdnr. 6; *MünchKommBGB/Mustielak*, 6. Aufl., § 2271 Rdnr. 8; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, Stand 1.8.2013, § 2271 Rdnr. 14; *Müller/Renner*, Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis, 3. Aufl., Rdnr. 186 ff.; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 106; *Keim*, ZEV 2013, 452; *Zimmer*, ZEV 2007, 159, 160 f.; *ders.*, ZEV 2013, 307, 309.

² *Grunsky*, ErbR 2013, 98, 101.

³ Vgl. BGH, Beschluss vom 13.7.1959, V ZB 4/59, BGHZ 30, 261.

⁴ *Keim*, ZEV 2013, 452.

⁵ *Zimmer*, ZEV 2013, 307, 309, hält den Zugang beim Betreuer einer dauerhaft geschäftsunfähigen Person für reinen Formalismus, da weder der Geschäftsunfähige noch der Betreuer mit neuer Verfügung von Todes wegen auf den Widerruf reagieren könnten. Dass dem Betreuer aber durchaus Reaktionsmöglichkeiten bleiben, hat *Keim* gezeigt (siehe Ziffer 1). Ausreichend ist übrigens, dass der Betreuer für die Vermögenssorge bestellt ist; vgl. *Palandt/Weidlich*, 72. Aufl., § 2271 Rdnr. 6; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 108.

⁶ BAG, Urteil vom 28.10.2010, 2 AZR 794/09, NJW 2011, 872; *MünchKommBGB/Einsele*, 6. Aufl., § 131 Rdnr. 3; *Palandt/Ellenberger*, § 131 Rdnr. 2 m. w. N.

⁷ Im Ergebnis ebenso LAG Hamm, Urteil vom 20.10.1974, 3 Sa 881/74, DB 75, 407; *Staudinger/Singer*, 2011, § 131 Rdnr. 3.

⁸ Ebenso etwa BayObLG, BReg 1 Z 37/76, FamRZ 1977, 141, 143; LG Hamburg, Beschluss vom 17.2.2000, 301 T 264/99, das den Betreuer insoweit als „lebenden Briefkasten“ bezeichnet; *MünchKommBGB/Wagenitz*, 6. Aufl., § 1795 Rdnr. 23; *Soergel/Zimmermann*, BGB, 13. Aufl., § 1795 Rdnr. 26.

⁹ A. A. etwa *Keim*, ZEV 2013, 432; *BeckOK-BGB/Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 14; *Helms*, DNotZ 2003, 104, 109.

¹⁰ Ausführlich dazu *Keim*, ZEV 2013, 452.

¹¹ *Palandt/Ellenberger*, vor § 104, Rdnr. 2.

¹² *Palandt/Ellenberger*, vor § 104, Rdnr. 6.

¹³ Prot. II, Bd. 6, S. 132.

sorgebevollmächtigten) des anderen Ehegatten erklärt werden kann. Dies ist nach wie vor nicht höchstrichterlich geklärt, wird aber von der herrschenden Meinung bejaht.¹⁴ Zwar sei der Generalbevollmächtigte nicht gesetzlicher Vertreter im Sinne von § 131 Abs. 1 BGB und es fehle an einer dem § 51 Abs. 3 ZPO entsprechenden Regelung im materiellen Recht. Aus dem Gesetz sei aber keine Differenzierung zwischen gesetzlicher und rechtsgeschäftlicher Vertretung ersichtlich.¹⁵ § 131 Abs. 1 BGB enthalte keine abschließende Regelung. Das Wirksamwerden der an einen Empfangsbevollmächtigten adressierten Erklärung werde von dieser Vorschrift überhaupt nicht erfasst, so dass eine an einen Vorsorgebevollmächtigten gerichtete Widerrufserklärung nach der allgemeinen Regelung des § 164 Abs. 3 BGB wirksam werde.¹⁶ Dem ist zuzustimmen. Die von der abweichenden Meinung angeführte Missbrauchsgefahr besonders im Falle eines von § 181 BGB befreiten Generalbevollmächtigten¹⁷ rechtfertigt keine andere Beurteilung. Die Gefahr des Missbrauchs der Vertretungsmacht besteht bei (befreiten) Generalbevollmächtigten immer, nicht nur in dieser Konstellation. Von der Frage des rechtlichen Könnens zu unterscheiden ist die des rechtlichen Dürfens im Innenverhältnis. Hier mag unter Umständen ein Missbrauch durch die Entgegennahme der Widerrufserklärung vorliegen. Solange dies jedoch nicht das Außenverhältnis betrifft – was durch Auslegung zu ermitteln ist –, ist von der Wirksamkeit des Zugangs auszugehen.

3. Praxishinweis

Nach alledem ist für den Widerruf eines gemeinschaftlichen Testaments gegenüber einem geschäftsunfähigen Ehegatten von Folgendem auszugehen: Der Widerruf ist auch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit bis zum Tode möglich. Ist der widerrufende Ehegatte selbst als Betreuer bestellt, kann er die Widerrufserklärung allerdings nicht entgegennehmen. Notwendig ist die Bestellung eines Ergänzungsbetreuers, wobei es nach der hier vertretenen Auffassung nicht hindert, wenn dieser zu dem von § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB erfassten Personenkreis gehört. Da diese Ansicht jedoch nicht unumstritten ist, sollte, wenn möglich, versucht werden, eine andere Person zum Ergänzungsbetreuer zu bestellen.

Unklar ist die Rechtslage bei Generalbevollmächtigten. Auch hier dürfte von der Wirksamkeit des Widerrufs diesem gegenüber auszugehen sein. Mangels ober- bzw. höchstrichterlicher Entscheidungen ist es aber nach wie vor der sicherste Weg, einen Betreuer bestellen zu lassen und die Zustellung an diesen vorzunehmen. Um den Eintritt der Bindungswirkung in der Zwischenzeit zu verhindern, sollte ergänzend erwogen werden, den Widerruf zuvor schon an den Generalbevollmächtigten zuzustellen.

Notarassessorin *Anja Geron*, Aschaffenburg

¹⁴ LG Leipzig, Beschluss vom 1.10.2009, 4 T 549/08, DNotI-Report 2010, 49; *Keim*, ZEV 2010, 358 ff.; *ders.*, ZEV 2013, 452, 453; *Schaal*, notar 2010, 268, 279; *Müller/Renner*, Rdnr. 194; a. A. *Zimmer*, ZEV 2013, 307, 310.

¹⁵ Ausführlich dazu *Keim*, ZEV 2007, 358 ff.

¹⁶ Vgl. etwa BeckOK-BGB/*Litzenburger*, § 2271 Rdnr. 14c.

¹⁷ *Zimmer*, ZEV 2013, 307, 310.

Handelsrecht, Gesellschaftsrecht, Registerrecht

15. GmbHG § 34 Abs. 2 (*Einziehung des Geschäftsanteils eines GmbH-Gesellschafters wegen eines tiefgreifenden Zerwürfnisses der Gesellschafter*)

Zur Einziehung des Geschäftsanteils eines GmbH-Gesellschafters wegen eines tiefgreifenden Zerwürfnisses der Gesellschafter.

BGH, Urteil vom 24.9.2013, II ZR 216/11

I. Der Kläger war mit drei weiteren Gesellschaftern Gründer der beklagten GmbH, die ein Kino betreibt. Alle Gesellschafter waren mit jeweils 25 % an der Beklagten beteiligt und alleinvertretungsrechtliche Geschäftsführer. Jeder Gesellschafter hatte bestimmte Leistungen als Beitrag zur Förderung des Gesellschaftszwecks zu erbringen. Zum Aufgabenbereich des Klägers gehörte die Betreuung der Auszubildenden und die Übernahme einzelner Wochenenddienste. Nachdem die persönliche Beziehung des Klägers mit der Mitgesellschafterin L gescheitert war, kam es zu Spannungen zwischen den Gesellschaftern. Dem Kläger wurde die Verletzung seiner Pflichten als Geschäftsführer und Gesellschafter vorgeworfen.

Der Kläger wurde im November und Dezember 2005 dreimal wegen der Vernachlässigung seiner Geschäftsführerpflichten anwaltlich abgemahnt. In einer Gesellschafterversammlung am 16.12.2005 einigten sich die Gesellschafter darauf, dass der Kläger bis auf Weiteres bezahlten Urlaub nehmen dürfe und sich während dieser Zeit jedweder Geschäftsführertätigkeit enthalten solle. Hieran hielt sich der Kläger nach den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht. In der Gesellschafterversammlung vom 22.2.2006 wurde der Kläger als Geschäftsführer abberufen.

In der Versammlung vom 16.3.2006 beschlossen die Gesellschafter der Beklagten in Abwesenheit des Klägers einstimmig, dessen Geschäftsanteile aus wichtigem Grund einzuziehen und den Kläger auszuschließen, weil sein weiteres Verbleiben in der Gesellschaft aufgrund seines Verhaltens für die übrigen Gesellschafter untragbar sei.

§ 15 des Gesellschaftsvertrags der Beklagten regelt die Einziehung von Geschäftsanteilen und lautet auszugsweise:

„1. Die Gesellschafter können die Einziehung von Geschäftsanteilen mit Zustimmung des betroffenen Gesellschafters jederzeit beschließen.

2. Der Zustimmung des betroffenen Gesellschafters bedarf es nicht, wenn in seiner Person ein anderer wichtiger Grund, der seine Ausschließung aus der Gesellschaft rechtfertigt, gegeben ist. Ein solcher wichtiger Grund liegt vor, wenn ein weiteres Verbleiben des betroffenen Gesellschafters in der Gesellschaft für diese untragbar ist, insbesondere, ...

In allen diesen Fällen erfolgt die Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung mit einer Mehrheit von 75 v. H. der abgegebenen Stimmen; der betroffene Gesellschafter hat kein Stimmrecht mehr.“

Der Kläger hat beantragt, die Beschlüsse vom 16.3.2006 für nichtig zu erklären. Das LG hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat ihr stattgegeben. Hiergegen richtet sich die vom erkennenden Senat zugelassene Revision der Beklagten.

Aus den Gründen:

Die Revision hat Erfolg und führt zur Abweisung der Klage.

I.

Das Berufungsgericht hat im Wesentlichen ausgeführt:

Ein wichtiger Grund für den Ausschluss des Klägers und die Einziehung seiner Geschäftsanteile liege nicht vor.

Der Kläger habe mehrmals gegen seine Pflichten verstoßen, unter anderem, indem er seit dem 27.10.2005 nicht mehr im Betrieb mitgearbeitet habe, an keinen Teamsitzungen mehr teilgenommen habe, außer an derjenigen am 9.11.2005, am

20.11.2005 sowie am 3.12.2005, jeweils seinen Wochenenddienst mit halbstündiger Verspätung angetreten habe und seine Aufgabe, die Auszubildenden zu betreuen, nicht mehr erfüllt habe. Der Kläger habe am 18.11.2005 und am 19.11.2005 Kundenreservierungen für eine Kinovorstellung storniert, umso für sich selbst Plätze zur Verfügung zu haben. Der Kläger habe gegen die Satzung verstoßen, indem er am 28.11.2005 mit einem Bahnbetreiber eine Kooperationsvereinbarung mit einem Geschäftsvolumen von 5.000 € getroffen habe, ohne dies mit den Mitgesellschaftern abzusprechen oder sie nachträglich zu informieren. Am 2.1.2006 und am 6.1.2006 habe der Kläger die Büroräume des Kinos betreten, Schränke und Schubladen durchsucht, Anweisungen erteilt und Gespräche mit Filmverleihern geführt, obwohl mit den weiteren Gesellschaftern vereinbart gewesen sei, sich jeglicher Geschäftsführertätigkeit zu enthalten.

Der Kläger habe mehrfach Mitgesellschafter persönlich angegriffen und beleidigt. Der Beklagten sei zuzugestehen, dass die gebotene umfassende Interessenwürdigung der Lage den Schluss zulasse, dass ein sinnvolles Zusammenwirken der Gesellschafter nicht mehr zu erwarten sei. Insoweit fehle es an der für das Funktionieren einer personalistisch ausgestalteten GmbH neben dem wirtschaftlichen Erfolg erforderlichen ersprießlichen Zusammenarbeit und an der Achtung vor dem anderen. Allerdings seien die weiteren vom BGH aufgestellten Voraussetzungen, die den Ausschluss des Klägers unter diesem Gesichtspunkt rechtfertigen könnten, nämlich dass das Zerwürfnis von ihm zumindest überwiegend verursacht worden sei und in der Person des oder der Ausschließenden nicht ebenfalls ein Ausschließungsgrund vorliege, nicht sämtlich gegeben. Zwar sei nicht ersichtlich, dass den Mitgesellschaftern ihrerseits ein ihren eigenen Ausschluss rechtfertigendes Verhalten vorzuwerfen wäre. Es sei aber auch nicht dargelegt, dass das Zerwürfnis innerhalb der Gesellschaft zumindest überwiegend von dem Kläger verursacht worden sei.

Es sei anzunehmen, dass in erster Linie die Zerrüttung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zwischen dem Kläger und der Mitgesellschafterin L das Verhältnis der Mitgesellschafter der Beklagten belastet und damit die wesentliche Ursache für die Zerrüttung des Gesellschaftsverhältnisses gesetzt habe. Wer wiederum das Scheitern der Lebensgemeinschaft zu vertreten habe, könne der Senat nicht beurteilen. Die darüber hinaus von dem Kläger in Fortsetzung dieser in die Gesellschaft hineingetragenen Auseinandersetzung begangenen Pflichtverletzungen stünden außer Frage. Die Verfehlungen seien aber nicht schwerwiegend genug, um die Überzeugung des Senats davon zu begründen, dass die tiefgreifende Krise zumindest überwiegend dem Kläger anzulasten sei. Dabei werde nicht verkannt, dass durch die in Rede stehenden Verhaltensweisen und verbalen Entgleisungen des Klägers die Zerrüttung zumindest vertieft worden sei. Nicht erwiesen sei jedoch, dass nicht die durch die persönliche Trennung der Mitgesellschafter entstandenen Spannungen und Umgangsformen ein weiteres Miteinander der Gesellschafter bereits untragbar gemacht hätten und demgegenüber den weiteren Ursachenbeiträgen des Klägers ein vergleichsweise geringes Gewicht beizumessen sei.

II.

Das Urteil hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung im Ergebnis nicht stand. Nach dem vom Berufungsgericht festgestellten tiefgreifenden Zerwürfnis der Gesellschafter, das auf dem Boden der Feststellungen des Berufungsgericht überwiegend vom Kläger verursacht worden ist, waren die Mitgesellschafter des Klägers berechtigt, dessen Geschäftsanteil auf der Grundlage von § 15 Nr. 2 der Satzung der Beklagten ein-

zuziehen, weil ein wichtiger Grund in der Person des Klägers vorliegt, der seine Ausschließung aus der Gesellschaft rechtfertigt. Die gegenteilige Würdigung des Berufungsgerichts ist aus Rechtsgründen zu beanstanden.

1. Die Einziehung von Geschäftsanteilen ist nach § 34 Abs. 2 GmbHG ohne Zustimmung des Anteilsberechtigten nur dann zulässig, wenn die Voraussetzungen derselben vor dem Zeitpunkt, in welchem der Berechtigte den Geschäftsanteil erworben hat, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt waren. § 15 Nr. 2 der Satzung der Beklagten knüpft die Zwangseinziehung in zulässiger Weise an das Vorliegen eines wichtigen Grundes in der Person des Gesellschafter, der seine Ausschließung aus der Gesellschaft rechtfertigt (vgl. BGH, Urteil vom 19.9.1977, II ZR 11/76, WM 1977, 1276, 1277).

2. Es ist nach der ständigen Rechtsprechung des Senats in erster Linie Aufgabe des Tatrichters zu beurteilen, ob im konkreten Fall ein wichtiger Grund vorliegt; er hat die dafür maßgebenden Umstände festzustellen, zu würdigen und abzuwägen. Die revisionsgerichtliche Überprüfung erstreckt sich allein darauf, ob das Tatsachengericht den Rechtsbegriff des wichtigen Grundes richtig erfasst, ob es aufgrund vollständiger Sachverhaltsermittlung geurteilt und ob es in seine Wertung sämtliche Umstände des konkreten Falls einbezogen hat (BGH, Urteil vom 10.6.1991, II ZR 234/89, GmbHR 1991, 362; BGH, Urteil vom 24.2.2003, II ZR 243/02, ZIP 2003, 759, 760 m. w. N.). Gemessen an diesem Maßstab ist die Würdigung des Berufungsgerichts rechtsfehlerhaft.

a) Das Berufungsgericht ist allerdings rechtsfehlerfrei davon ausgegangen, dass die Einziehung eines Geschäftsanteils ebenso wie die Ausschließung eines Gesellschafter einer umfassenden Prüfung aller Umstände des Einzelfalls und einer Gesamt abwägung der beteiligten Interessen sowie des Verhaltens der übrigen Gesellschafter bedarf (BGH, Urteil vom 23.2.1981, II ZR 229/79, BGHZ 80, 346, 350; BGH, Urteil vom 13.2.1995, II ZR 225/93, ZIP 1995, 567, 569 m. w. N.).

b) Die Würdigung des Berufungsgerichts, dass ein sinnvolles Zusammenwirken der Gesellschafter nicht mehr zu erwarten ist, weil es an der für das Funktionieren einer personalistisch ausgestalteten GmbH erforderlichen ersprießlichen Zusammenarbeit und der Achtung vor dem anderen fehle, ist gleichfalls revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Auf dieser Tatsachengrundlage kann dagegen die Auffassung des Berufungsgerichts, die weiteren Voraussetzungen, die den Ausschluss des Klägers unter diesem Gesichtspunkt und damit die Einziehung seines Geschäftsanteils rechtfertigen könnten, seien nicht sämtlich gegeben, aus Rechtsgründen keinen Bestand haben.

aa) Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats setzt ein wichtiger Grund zum Ausschluss eines Gesellschafter im Falle eines – vom Berufungsgericht hier festgestellten – tiefgreifenden Zerwürfnisses der Gesellschafter voraus, dass das Zerwürfnis von dem betroffenen Gesellschafter zumindest überwiegend verursacht worden ist und in der Person des oder der die Ausschließung betreibenden Gesellschafter keine Umstände vorliegen, die deren Ausschließung oder die Auflösung der Gesellschaft rechtfertigen (vgl. BGH, Urteil vom 25.1.1960, II ZR 22/59, BGHZ 32, 17, 31; BGH, Urteil vom 10.6.1991, II ZR 234/89, GmbHR 1991, 362, 363; BGH, Urteil vom 24.2.2003, II ZR 243/02, ZIP 2003, 759, 761).

bb) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist nicht ersichtlich, dass den Mitgesellschaftern ihrerseits ein ihren eigenen Ausschluss rechtfertigendes Verhalten vorzuwerfen wäre. Das Berufungsgericht hat vielmehr allein Verhaltens-

weisen des Klägers festgestellt, die die Achtung vor seinen Mitgesellschaftern vermissen lassen und einer ersprießlichen Zusammenarbeit im Wege stehen. Weiter hat es angenommen, dass durch die Verhaltensweisen des Klägers die Zerrüttung zwischen den Gesellschaftern zumindest vertieft wurde. Damit ist entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts aber hinreichend dargelegt, dass das Zerwürfnis innerhalb der Gesellschaft überwiegend vom Kläger verursacht worden ist.

Dass sich das Berufungsgericht nicht zu der Beurteilung in der Lage gesehen hat, wer das Scheitern der Lebensgemeinschaft des Klägers mit seiner Mitgesellschafterin L zu vertreten habe, und es nicht für erwiesen erachtet hat, dass nicht die durch die persönliche Trennung der Mitgesellschafter entstandenen Spannungen und Umgangsformen ein weiteres Miteinander der Gesellschafter bereits untragbar gemacht hätten, rechtfertigt keine andere Würdigung. Das Scheitern der Lebensgemeinschaft ist für die Beantwortung der Frage, wer das innergesellschaftliche Zerwürfnis überwiegend verursacht hat, nur dann und soweit von Bedeutung, wie der daraus resultierende persönliche Konflikt von den Beteiligten in die Gesellschaft hineingetragen wurde. Das Berufungsgericht hat aber nur in Bezug auf den Kläger festgestellt, dass seine Pflichtverletzungen in Fortsetzung seiner in die Gesellschaft hineingetragenen persönlichen Auseinsetzung mit der Mitgesellschafterin L begangen wurden. Dass die Mitgesellschafter in vergleichbarer Weise die persönliche Auseinsetzung zwischen dem Kläger und der Gesellschafterin L in die Gesellschaft hineingetragen oder in anderer Weise zum Zerwürfnis der Gesellschafter beigetragen haben, hat das Berufungsgericht dagegen nicht festgestellt und hat der Kläger, dessen – auch nach Auffassung des Berufungsgerichts für das Zerwürfnis der Gesellschafter (zumindest mit-)ursächliche – Pflichtverletzungen rechtsfehlerfrei festgestellt sind, nach der insoweit rechtlich unbedenklichen Würdigung des Berufungsgerichts auch nicht substantiiert vorgetragen.

III.

Der Senat hat gemäß § 563 Abs. 3 ZPO in der Sache selbst zu entscheiden, weil diese zur Endentscheidung reif ist. Weitere Feststellungen sind nicht zu erwarten.

16. AktG § 26 Abs. 2; GmbHG §§ 3, 5, 9c Abs. 2 Nr. 2 (*Festsetzung des Gründungsaufwands in der Satzung einer GmbH durch Angabe einer Obergrenze*)

Dem in der höchstrichterlichen Rechtsprechung anerkannten Erfordernis der Ausweisung des Gesamtbetrags des Gründungsaufwands in der Satzung einer GmbH (BGH, DNotZ 1990, 124; NJW 1998, 233) genügt es nicht, wenn darin lediglich eine Obergrenze für den Gründungsaufwand i. H. v. 10 % des Stammkapitals enthalten ist.

(Leitsatz der Schriftleitung)

OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.6.2013, 3 W 28/13

Der Geschäftsführer der beteiligten GmbH in Gründung hat über den verfahrensbevollmächtigten Notar unter dem 24.9.2012 die Eintragung der Gesellschaft in das Handelsregister beantragt.

Unter Ziffer 7 des Anmeldungsschreibens versichert der Geschäftsführer, der zugleich Alleingesellschafter ist, dass die Bareinlage gemäß den Bedingungen der Gründungsurkunde vollständig erbracht ist, sich endgültig zur freien Verfügung der Geschäftsführung befindet und das Stammkapital durch keine anderen Verbindlichkeiten als den Gründungsaufwand vorbelastet ist. In dem Gesellschaftsvertrag vom gleichen Tage (URNr. ...) des verfahrensbevollmächtigten Notars ist in § 3 geregelt, dass das Stammkapital der Gesellschaft 25.000 € beträgt. In § 8 des Gesellschaftsvertrages heißt es:

„Die Gesellschaft trägt die mit ihrer Gründung verbundenen Kosten bei Notar, Gericht und Behörden bis zu einem Betrag in Höhe von maximal 10 vom Hundert des Stammkapitals.

Etwa darüber hinausgehende Gründungskosten gehen zulasten des Gründungsgesellschafters.“

Mit Zwischenverfügung vom 24.1.2013, dem Verfahrensbevollmächtigten gegen Empfangsbekanntnis am 30.1.2013 zugestellt, beanstandete die zuständige Rechtspflegerin beim AG – Registergericht – Koblenz, bei der Benennung eines fiktiven Oberwertes in § 8 des Gesellschaftsvertrages handele es sich nicht um eine konkrete und individuelle Berechnung bzw. Schätzung des Gründungsaufwands und forderte die beteiligte Gesellschaft unter Fristsetzung auf, dieses Eintragungshindernis zu beheben. Die Zwischenverfügung war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Mit Schreiben vom 30.1.2013 wies der verfahrensbevollmächtigte Notar darauf hin, die Gründungskosten in § 8 des Gesellschaftsvertrages seien als Kosten „bei Notar, Gericht und Behörden“ hinreichend konkretisiert und bat ausdrücklich um Vollzug, „hilfsweise Erlass einer rechtsmittelfähigen Entscheidung“. Mit Schreiben vom 5.2.2013 und 18.2.2013 wies die Rechtspflegerin den verfahrensbevollmächtigten Notar mehrfach darauf hin, dass eine rechtsmittelfähige Entscheidung in der Zwischenverfügung vom 24.1.2013 ergangen sei und die Beschwerdefrist in Lauf gesetzt habe. Erst mit Schreiben vom 5.3.2013 legte die Beteiligte über den verfahrensbevollmächtigten Notar eine Kalkulation der Gründungskosten vor, die geschätzte Beträge für „Notarkosten“, „Gerichtskosten“, „Veröffentlichungskosten“, „sonstige Beratungskosten“ und „Reserve“ aufführt. Am Ende des Schreibens befindet sich eine Passage, wonach für den Fall des Nichtvollzugs des Eintragungsantrages „gebeten“ wird, „vorstehende Ausführungen als Rechtsbehelf aufzufassen“. Das Erstgericht hat dies als Beschwerde ausgelegt und dieser mit Beschluss vom 14.3.2013 unter Hinweis auf die Verfristung und im Übrigen mit weiteren Ausführungen betreffend die Plausibilität der vorgelegten Kostenschätzung nicht abgeholfen:

Aus den Gründen:

II.

Die grundsätzlich gemäß § 382 Abs. 4 Satz 2, § 59 Abs. 1, § 64 FamFG statthafte Beschwerde, zu deren Entscheidung der Senat gemäß § 4 Abs. 3 Nr. 2a GerOrgG Rheinland-Pfalz berufen ist, ist bereits unzulässig. Die Beschwerde ist gemäß § 63 Abs. 1 FamFG verfristet. Nach dieser Vorschrift ist die Beschwerde binnen einer Frist von einem Monat einzulegen. Diese Frist war, nachdem die Zwischenverfügung der Beteiligten über den verfahrensbevollmächtigten Notar ausweislich des Empfangsbekanntnisses am 30.1.2013 zugestellt worden war, bei Einlegung des „Rechtsbehelfs“, den das Erstgericht zutreffend als Beschwerde ausgelegt hat, mit Schreiben vom 5.3.2013 verstrichen. Das frühere Schreiben der Beteiligten über den verfahrensbevollmächtigten Notar vom 30.1.2013 bzw. das in dieser Sache ausweislich des Vermerks der Rechtspflegerin des Registergerichts vom 15.2.2013 mit dem Notar geführte Telefonat beinhalten keinen förmlichen Rechtsbehelf im Sinne des § 64 FamFG. Ausweislich des Schreibens vom 30.1.2013 wird ausdrücklich um Vollzug, „hilfsweise Erlass einer rechtsmittelfähigen Entscheidung“ gebeten. Das bedeutet, dass dieses Schreiben gerade nicht in dem Bewusstsein und mit dem Zweck an das Erstgericht gerichtet worden ist, eine Beschwerde im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 2, § 64 FamFG einlegen zu wollen. Das innerhalb der Beschwerdefrist am 15. Februar von einer Mitarbeiterin des verfahrensbevollmächtigten Notars mit der Rechtspflegerin des Registergerichts geführte Telefonat kann ebenfalls nicht als Beschwerdeeinlegung gewertet werden. Es entspricht nicht den Formvorschriften des § 64 Abs. 2 Satz 1 und 2 FamFG. Das Schreiben des Erstgerichts vom 30.1.2013 war auch ohne Weiteres als beschwerdefähige Zwischenverfügung im Sinne von § 382 Abs. 4 Satz 1 FamFG zu erkennen. Im Text des Schreibens wird der Begriff „Zwischenverfügung“ ausdrücklich verwendet und das Schreiben ist mit einer

Rechtsbehelfsbelehrung versehen. Im Übrigen hat das Erstgericht sowohl mit Schreiben vom 5.2.2013 als auch mit Schreiben vom 18.2.2013 nochmals auf die laufende Beschwerdefrist hingewiesen, ohne dass dies, obwohl offenkundig die Möglichkeit hierzu noch bestanden hätte, zu einer gemäß § 63 FamFG fristgerechten Einlegung der Beschwerde durch den verfahrensbevollmächtigten Notar geführt hätte.

In der Sache weist der Senat auf Folgendes hin:

Zu Recht hat das Erstgericht die begehrte Eintragung in das Handelsregister verweigert. Gemäß § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG darf die Eintragung der Gesellschaft ins Handelsregister erst dann erfolgen, wenn die Gesellschaft ordnungsgemäß errichtet und angemeldet ist. Die Prüfung des Registergerichts erstreckt sich dabei auf die Rechtmäßigkeit und die inhaltliche Richtigkeit des Eintragungsgegenstandes. Gemäß § 9c Abs. 2 Nr. 2 GmbHG ist in diesem Zusammenhang insbesondere von Bedeutung, ob Vorschriften verletzt werden, die überwiegend dem Gläubigerschutz dienen (vgl. OLG Frankfurt, GmbHR 2010, 589 m. w. N.). In der Regelung des § 8 des Gesellschaftsvertrages liegt eine solche Verletzung von Gläubigerschutzvorschriften. Nach gefestigter höchstrichterlicher und obergerichtlicher Rechtsprechung ist hier nämlich § 26 Abs. 2 AktG entsprechend anwendbar (BGHZ 107, 1; BGH, NJW 1998, 233; OLG Hamm, GmbHR 1984, 155; OLG Düsseldorf, GmbHR 1987, 59; OLG München, GmbHR 2010, 1263; OLG Frankfurt, GmbHR 2010, 589, jeweils m. w. N.). Danach ist § 26 Abs. 2 AktG Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgedankens, der für alle Kapitalgesellschaften und damit auch für die GmbH verbindlich ist. Die Vorschrift soll im Interesse der Gläubiger und Gesellschafter sicherstellen, dass in der Satzung offengelegt wird, wie weit das Grundkapital durch Gründungsaufwand vorbelastet ist (BGHZ 107, 1). Soweit die Beteiligte einwendet, es fehle für die analoge Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG an einer planwidrigen Regelungslücke, da der Gesetzgeber bei zurückliegenden Änderungen des GmbH-Gesetzes auf den Erlass einer vergleichbaren Regelung für das Recht der GmbH verzichtet habe, ist dies nicht stichhaltig. Der Gesetzgeber selbst geht nämlich gerade von der analogen Anwendung des § 26 Abs. 2 AktG auch im GmbH-Recht aus. Im Regierungsentwurf zur Änderung des GmbH-Gesetzes im Jahre 1980 (BT-Drucks. 8/1347) wurde eine sinngemäß gleiche Regelung wie § 26 Abs. 2 AktG ausdrücklich deshalb gestrichen, weil der Rechtsausschuss des Bundestages davon ausging, es könne als ungeschriebenes Recht angesehen werden, dass besondere Vorteile, die einzelnen Gesellschaftern eingeräumt werden sollten, im Gesellschaftsvertrag festgesetzt werden müssten, wenn sie der Gesellschaft gegenüber wirksam sein sollten; gleiches gelte für den sog. Gründungsaufwand (BT-Drucks. 8/3908., S. 5, 70; BGHZ 107, 1; OLG Düsseldorf, GmbHR 1987, 59). Entsprechendes kann für das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen (MoMiG) vom 23.10.2008 (BGBl 2026 I) angenommen werden. Dieses dient unter anderem dem ausdrücklichen Zweck, den Gläubigerschutz zu erhöhen (BT-Drucks. 16/6140, S. 26). Darüber hinaus setzt auch die Haftungssanktion in § 9a Abs. 1 GmbHG für falsche, also auch unvollständige und fehlende Angaben über den Gründungsaufwand als selbstverständlich voraus, dass die Gesellschaft für den Gründungsaufwand nur soweit aufzukommen hat, wie die Satzung das vorsieht (vgl. BGH, a. a. O.; OLG Düsseldorf, a. a. O.).

Dies zugrunde gelegt, muss die gesellschaftsvertragliche Regelung den Gesamtbetrag des zulasten der Gesellschaft zu übernehmenden Gründungsaufwands erkennen lassen. Dem genügt die Regelung in § 8 des Gesellschaftsvertrages hier nicht. Sie enthält lediglich eine Obergrenze für die Grün-

dungskosten in Höhe von 10 % des Stammkapitals. Auch die konkrete (abschließende) Benennung der Gründungskosten als Notar-, Gerichts- und Behördenkosten reicht nicht aus (BGH, a. a. O.). Vielmehr sind die einzelnen Kosten zusammengefasst als Gesamtbetrag in der Satzung auszuweisen, wobei Beträge, die noch nicht genau beziffert werden können, geschätzt werden müssen. Ohne die Angabe eines Gesamtbetrages in der Satzung können die Gläubiger die Vorbelastungen des Stammkapitals durch den Gründungsaufwand nicht zuverlässig abschätzen (BGH, a. a. O., mit ausführlichen weiteren Nachweisen; OLG Düsseldorf, a. a. O.). Dies gilt auch in den Fällen, in denen die Höhe der Kosten sich ohne Weiteres anhand der Kostenordnung ermitteln lässt. Aufgabe der Gründer (und nicht außenstehender Dritter) ist es, die Kosten zu errechnen und zu einem Gesamtbetrag zusammenzufassen, um die Unterrichtung über die Vorbelastungen durch einen Blick in die Satzung zu ermöglichen, ohne dass erst Berechnungen angestellt werden müssen (BGH, a. a. O.). Zwar können diese Beträge, soweit sie noch nicht genau beziffert werden können, auch geschätzt werden (BGH, a. a. O.), worauf das Erstgericht die Beteiligte zutreffend hingewiesen hat. Die mit der (verfristeten) Beschwerde mitgeteilten, näher bezeichneten und bezifferten Kosten, die als Kalkulation des Gründungsaufwandes gedient haben sollen, sind hierfür jedoch unbehelflich.

Diese Kalkulation betrifft nämlich überwiegend Kosten, die nach der abschließenden Aufzählung in § 8 des Gesellschaftsvertrages nicht als Gründungskosten in Frage kommen, nämlich „Veröffentlichungskosten“, „sonstige Beratungskosten“ sowie eine nicht näher spezifizierte „Reserve“. Im Übrigen hätten die geschätzten Beträge für Notar- und Gerichtskosten unter Zugrundelegung der höchstrichterlichen Rechtsprechung als Gesamtbetrag ausgewiesen werden müssen (BGH, a. a. O.), was nicht erfolgt ist.

Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht (§ 131c KostO i. V. m. § 4 HRGebVO und Nr. 2100 der Anlage zu § 1 HRGebVO). Ebenso erübrigt sich danach die Festsetzung eines Wertes des Beschwerdeverfahrens.

17. HGB §§ 12, 143 Abs. 2, § 161 Abs. 2, §§ 174, 175; BGB § 181; FamFG § 58 Abs. 1 (*Auslegung einer Vollmacht zur Anmeldung eines Kommanditisten ins Handelsregister*)

- Zur Auslegung der Beschränkung einer Anmeldevollmacht eines in eine Publikums-KG eintretenden Kommanditisten ins Handelsregister (hier: „Die Vollmacht berechtigt nicht, eine Erhöhung der Kommanditeinlage zulasten der Kommanditisten durchzuführen.“)**
- Bei mehreren Möglichkeiten der Auslegung einer Vollmacht zur Anmeldung ins Handelsregister gilt im Zweifel der geringere Umfang der Vollmacht, d. h. die umfangreichere Einschränkung.**
- Bekräftigt der rechtskundig (hier: durch einen Notar) vertretene Beschwerdeführer seine Rechtsauffassung zur Auslegung der Vollmacht und einem hieraus abgeleiteten Nichtbestehen von Eintragungshindernissen im Sinne der Zwischenverfügung ernsthaft und endgültig (hier: „Ihre Auslegung ... ist so abseitig, dass vor Ihnen noch niemand auf diese Auslegung gekommen ist.“), so ist für eine Aufrechterhaltung der Zwischenverfügung kein Raum mehr, sondern über den Eintragungsantrag zu entscheiden.**

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 25.2.2013, I-3 Wx 13-14/13

Die in der Rechtsform der GmbH & Co. KG (Publikums-KG) betriebene Gesellschaft ist auf dem Gebiet der Erzeugung und Vermarktung von Windenergie tätig; sie besteht neben der eingangs aufgeführten persönlich haftenden Gesellschafterin aus einer Vielzahl von Kommanditisten. Jeder persönlich haftende Gesellschafter vertritt einzeln.

Unter dem 29.3.2010 meldete der die Gesellschaft vertretende Notar unter URNr. 329/2010 zur Eintragung in das Handelsregister das Ausscheiden dreier Kommanditisten und den Eintritt einer Kommanditistin (Ö GmbH & Co. KG mit dem Sitz in Aurich) im Wege der Sonderrechtsnachfolge mit einer der Summe der Kommanditeinlagen der ausscheidenden Kommanditisten entsprechenden Gesamtkommanditeinlage von 100.000 Euro an.

Hierzu präsentierte der Notar eine unter anderem wie folgt lautende Vollmacht der eintretenden Kommanditistin:

„... Ich ... erteile hiermit der jeweiligen persönlich haftenden Gesellschafterin der GmbH & Co. KG unter gleichzeitiger Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die für die Dauer meiner Beteiligung unwiderrufliche Vollmacht,

1. meinen Eintritt in die GmbH & Co. KG beim Handelsregister anzumelden und
2. alle in Zusammenhang mit meiner Beteiligung erforderlichen späteren Anmeldungen (zum Beispiel Eintritt oder Ausscheiden von Kommanditisten usw.) vorzunehmen.

Die Vollmacht berechtigt nicht, eine Erhöhung der Kommanditeinlage zulasten der Kommanditisten durchzuführen. Die Vollmacht gilt über den Tod hinaus und berechtigt auch zur Erteilung von Untervollmachten.“

Mit Zwischenverfügung vom 17.12.2012 teilte das Registergericht dem Notar mit, der Anmeldung vom 29.3.2010 könne nicht entsprochen werden, weil ihrem Vollzug entgegenstehe, dass sie von den bislang vorgelegten Vollmachten der Kommanditisten (mit Ausnahme der des übernehmenden Kommanditisten) nicht abgedeckt sei. Die in der Vollmacht enthaltene Beschränkung beziehe sich nach ihrem maßgeblichen Wortlaut wegen der Verwendung des Plurals und der systematischen Stellung nicht nur auf die Kommanditeinlage des jeweiligen Vollmachtgebers, sondern auch auf die Einlagen der übrigen Kommanditisten („... zulasten der Kommanditisten ...“). Auch eine systematische Betrachtung führe nicht zu einem anderen Ergebnis, denn die unter 1. und 2. genannten Regelungsinhalte betrafen ausschließlich den die Vollmacht erteilenden Kommanditisten („meinen Eintritt“/„meiner Beteiligung“), während die für die vorliegende Anmeldung relevante Regelung außerhalb der vorbezeichneten Enumerationsystematik stehe. Es sei nicht ersichtlich, dass die erteilten Vollmachten einen anderen Regelungsgehalt als den vorbeschriebenen haben. Handelsregistervollmachten seien zwar grundsätzlich auslegungsfähig, an eine Auslegung seien indes strenge Anforderungen zu stellen; eine Auslegung über den Wortlaut hinaus sei als unzulässig anzusehen.

Es bestehe Gelegenheit, bis zum 29.3.2013 Vollmachten sämtlicher Kommanditisten vorzulegen, die die Anmeldung vom 29.3.2010 abdecken. Nach ungenutztem Fristablauf müsse mit einer kostenpflichtigen Zurückweisung der Anmeldung gerechnet werden.

Hiergegen wendet sich die Gesellschaft mit ihrer Beschwerde vom 7.1.2013 und macht geltend, die Vollmachten würden vom Unternehmen für eine Vielzahl von Fällen vorformuliert; es sei unschwer erkennbar, dass die Vollmacht zuerst formuliert und der letzte Satz sodann als Zusatz hineingeschrieben worden sei. Die eintretenden Kommanditisten hätten die Befürchtung ausräumen wollen, sie könnten ohne eigenes Zutun in ein höheres Haftungsrisiko geraten. Mit „den Kommanditisten“ seien hier offensichtlich nur die jeweils Vollmachterteilenden gemeint und das könne auch eine Mehrzahl sein.

Jede andere Auslegung sei sinnwidrig. Die Auslegung des Registergerichts sei nicht nur nicht zwingend, sondern fernliegend. Der ausschließliche Zweck der Vollmachten sei, dass nicht alle Kommanditisten jeweils persönlich auftreten müssten zur Regelung von Angelegenheiten, die sie nicht interessierten.

Das Registergericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 11.1.2013 nicht abgeholfen, die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt und zur Begründung ausgeführt, die von der Beschwerdeführerin befürwortete Auslegung des Wortlautes in den einzelnen Vollmachten gehe über das von der Rechtsprechung entwickelte zu-

lässige Maß hinaus. Eine Registervollmacht sei stets an das Registergericht gerichtet, so dass es auf den tatsächlichen Willen der Beteiligten nicht ankomme. Bei Unklarheiten sei vom geringeren Umfang der Vollmacht auszugehen.

Wegen der Einzelheiten wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Das nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsmittel der Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

1. Die angegriffene Zwischenverfügung vom 17.12.2012 hat bereits aus formalen Gründen keinen Bestand und ist aufzuheben, weil sie nicht durch Beschluss ergangen ist (vgl. Senat, NJW-RR 2012, 560).

2. Die Zwischenverfügung kann auch deshalb keinen Bestand haben, weil der Notar mit seiner Beschwerdeschrift vom 7.1.2013 mehr als deutlich („Ihre Auslegung ist ... so abseitig, dass vor Ihnen noch niemand auf diese Auslegung gekommen ist.“) seine Rechtsauffassung zur Auslegung der Vollmacht und einem hieraus abgeleiteten Nichtbestehen von Eintragungshindernissen im Sinne der Zwischenverfügung bekräftigt hat. Damit hat er ernsthaft und endgültig zu erkennen gegeben, dass er nicht gewillt ist, die Basis für seine Anmeldung in einem der Rechtsauffassung des Registergerichts entsprechenden Sinne anzupassen. In diesem Falle ist aber für eine Aufrechterhaltung der Zwischenverfügung, die es dem Anmeldenden ermöglichen soll, Vollzugshindernisse vor einer endgültigen Ablehnung der Eintragung zu beheben, kein Raum mehr, sondern über den Eintragungsantrag zu entscheiden (vgl. Senat, NJOZ 2012, 3).

Hiernach weist die Verfügung vom 17.12.2012 einen erheblichen Mangel auf und unterliegt daher der Aufhebung.

3. Ohne Rechtsbindung weist der Senat für die weitere Bearbeitung auf Folgendes hin:

Ob die Beanstandung des Registergerichts sachlich gerechtfertigt ist, hängt davon ab, ob eine „Erhöhung der Kommanditeinlage zulasten der Kommanditisten“ überhaupt Gegenstand der Anmeldung ist (a) und wenn ja, ob die Anmeldung mit diesem Inhalt von der eingereichten Vollmacht gedeckt ist (b).

a) Die hier in Rede stehende Anmeldung zum Handelsregister zu URNr. ... des Notars C B in ... hat ein Ausscheiden der Kommanditisten E und U B (insgesamt 20.000 €), F S (80.000 €) sowie den Eintritt der Erwerberin Ö GmbH & Co KG (100.000 €) zum Inhalt. Dass hiermit „eine Erhöhung der Kommanditeinlage zulasten der Kommanditisten“ verbunden ist, die nach dem Wortlaut der Vollmacht vom 21.12.2009 dieselbe einschränkt, ist nicht ersichtlich.

b) aa) (a) Die Erhöhung oder Herabsetzung der Hafteinlage des Kommanditisten (§§ 174, 175 HGB) ist in das Handelsregister einzutragen. Die Anmeldung hat durch sämtliche Gesellschafter, auch durch die Kommanditisten zu erfolgen (§ 175 Satz 1 HGB; *Krafka/Willer/Kühn*, Registerrecht, 8. Aufl. 2010, Rdnr. 773).

Die Erhöhung der Einlage kann auch durch einen Mitgliederwechsel in der Weise bewirkt werden, dass ein ausscheidender Kommanditist seinen Gesellschaftsanteil ganz oder teilweise mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter an einen der Gesellschaft bereits als Kommanditist angehörenden Gesellschafter abtritt, des gleichen dadurch, dass auf diesen Gesellschafter als Erbe der Anteil eines verstorbenen Kommanditisten übergeht. Die Erhöhung der Einlage tritt in diesen Fällen mit Sonderrechts-, Sondererb- oder Gesamtrechts-

nachfolge ein, da der erwerbende Kommanditist als Gesellschafter an der Personenhandelsgesellschaft nur mit einem rechtlich einheitlichen Gesellschaftsanteil beteiligt sein kann (siehe *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 701). Anzumelden sind durch sämtliche Gesellschafter, auch durch alle Kommanditisten sowie durch den übertragenden Kommanditisten bzw. alle Erben des verstorbenen Kommanditisten, das Ausscheiden des übertragenden oder verstorbenen Kommanditisten (§ 143 Abs. 2 i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB) und die Erhöhung der Hafteinlage des erwerbenden Kommanditisten (§ 175 Satz 1 HGB; *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 774).

Dass sich die Haftsumme nicht verdoppelt hat, weil der Kommanditist mit der erhöhten Einlage die Rechtstellung des ausgeschiedenen Kommanditisten einnimmt, wird durch die Eintragung eines auf die Sonder- oder Gesamtrechtsnachfolge hinweisenden zusätzlichen Vermerks verlaubar (vgl. *Krafka/Willer/Kühn*, a. a. O., Rdnr. 747 ff.).

(b) Eine Vollmacht zur Anmeldung zum Handelsregister ist zwar der Auslegung zugänglich. An die Auslegung einer solchen Handelsregistervollmacht sind jedoch strenge Anforderungen zu stellen. Insbesondere muss die Vollmacht zur Anmeldung zum Handelsregister aus sich selbst heraus verständlich sein, so dass für eine Auslegung, die über den Wortlaut hinausgeht, grundsätzlich kein Raum ist. Da die Vollmacht sich an das Handelsregister richtet, kann es darauf, was die Beteiligten tatsächlich gewollt haben, nicht ankommen. Dabei trägt der Bevollmächtigte für den Umfang der Vollmacht die objektive Feststellungslast. Im Zweifel ist davon auszugehen, dass, soweit der größere Umfang der Vollmacht nach allgemeinen Auslegungskriterien nicht feststellbar ist, nur der geringere Umfang gilt (KG, OLGZ 1976, 29, 31; RGZ 143, 196, 199). Ergeben sich Unklarheiten, so ist von dem geringeren Umfang der Vollmacht auszugehen, wenn sich der größere Umfang nicht zweifelsfrei nachweisen lässt. Diese Einschränkung beruht auf der Erwägung, dass mit der Pflicht zur Anmeldung durch alle Gesellschafter eine Gewähr für die Richtigkeit der angemeldeten Tatsache erreicht werden soll (OLG Frankfurt, FGPrax 2010, 305).

Dem Wortlaut der Vollmacht muss sich demnach eindeutig entnehmen lassen, dass sie auch Handelsregisteranmeldungen der getätigten Art umfasst; eine Auslegung über den Wortlaut hinaus ist unzulässig (OLG Schleswig, FGPrax 2010, 147; KG FGPrax 2005, 173; *Schaub in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 2. Aufl. 2008, § 12 Rdnr. 67; *Baumbach/Hopt*, HGB, 35. Aufl. 2012, § 12 Rdnr. 3).

bb) (a) Soweit der Notar eine Einschränkung des Umfangs der Vollmacht („Die Vollmacht berechtigt nicht, eine Erhöhung der Kommanditeinlage zulasten der Kommanditisten durchzuführen.“) allein dahin sieht, dass sie eine (weitere) Erhöhung der Kommanditeinlage des jeweiligen Vollmachtgebers (hier: Ö) zu dessen Lasten nicht gestattet, es der Vollmachtnehmerin also verwehrt sein soll, die Vollmachtgeberin unter Ausnutzung der Vollmacht zu einer gesteigerten Haftung zu verpflichten, ist dies mit dem Wortlaut sowie der Systematik der Vollmacht nicht zu vereinbaren. Dies ergibt sich zum einen – so zutreffend das Registergericht – aus der Wahl des Plurals („... zulasten der Kommanditisten...“), zum andern aber auch aus dem Zusammenspiel mit Ziffer 2, wonach die Vollmacht sich nicht nur auf die Anmeldung der Beteiligung der Vollmachtgeberin beschränkt, sondern darüber hinaus berechtigen soll, „... alle in Zusammenhang mit meiner Beteiligung erforderlichen späteren Anmeldungen (zum Beispiel Eintritt oder Ausscheiden von Kommanditisten usw.) vorzunehmen“.

Mit Blick hierauf sowie den Umstand, dass sämtliche Gesellschafter, auch alle Kommanditisten sowie der übertragende

Kommanditist, das Ausscheiden des übertragenden Kommanditisten (§ 143 Abs. 2 i. V. m. § 161 Abs. 2 HGB) und die Erhöhung der Hafteinlage des erwerbenden Kommanditisten (§ 175 Satz 1 HGB) anmelden müssen, erscheint es folgerichtig, dass die Vollmacht durch den nachfolgenden Abschnitt dahin beschränkt werden soll, dass sie für den Eintritt von Kommanditisten nicht gelten soll, wenn mit ihr eine Erhöhung der Kommanditeinlage verbunden ist.

Diese mit dem Wortlaut in Einklang stehende Auslegung des Registergerichts erscheint auch keineswegs interessenswidrig, weil sich eine Erhöhung der Kommanditeinlagen anderer Kommanditisten unter Ausnutzung der Vollmacht für den Vollmachtgeber (hier: Ö) mit Blick auf eine hierdurch zu besorgende Verschiebung der Gewichte auch in der Publikums-KG als Belastung darstellen kann.

(b) Sollte die Auslegung des Registergerichts nicht schon überzeugen und hält man die vom Notar favorisierte Auslegung – ungeachtet der Diskrepanz zu Wortlaut und Systematik – für möglich, so wäre jedenfalls im Zweifel der geringere Umfang der Vollmacht – hier die umfangreichere Einschränkung derselben – anzunehmen.

c) Unbeachtet geblieben ist darüber hinaus, dass die in Rede stehende Vollmacht zwar ermächtigt „alle in Zusammenhang mit ... (der Beteiligung des Vollmachtgebers) erforderlichen späteren Anmeldungen (zum Beispiel Eintritt oder Ausscheiden von Kommanditisten usw.) vorzunehmen“, nicht aber das Ausscheiden der Kommanditisten anzumelden, an deren Stelle der Vollmachtgeber mit der Gesamtkommanditeinlage von 100.000 Euro eingetreten ist.

Internationales Privatrecht

18. ZPO § 256; BGB §§ 2265, 2267; EGBGB Art. 25; ital. Codice Civile Art. 589 (*Unwirksamkeit eines gemeinschaftlichen Testaments nach italienischem Recht*)

- 1. Ein Feststellungsinteresse für eine auf Feststellung des Erbrechts gerichtete Klage besteht, wenn die Erbenstellung des Klägers ernstlich bestritten wird; hierfür genügt bereits eine fehlende Reaktion auf außergerichtliche Versuche des Klägers, eine erbrechtliche Regelung mit den Miterben herbeizuführen.**
- 2. Richtet sich die Erbfolge nach italienischem Recht, so ist die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments auch in Deutschland nicht möglich; ein solches Testament ist nichtig.**

(Leitsätze der Schriftleitung)

OLG Koblenz, Urteil vom 21.2.2013, 2 U 917/12

Der Kläger nimmt die Beklagten, seine Geschwister, auf Feststellung in Anspruch, dass er neben diesen und dem in erster Instanz als Beklagten zu 4 mitverklagten weiteren Bruder ... Miterbe zu $\frac{1}{6}$ nach dem am 5.12.2008 verstorbenen Vater der Parteien ... geworden sei; hilfsweise begehrt er im Wege der Stufenklage Auskunft, eidesstattliche Versicherung der Richtigkeit der Auskunft und Zahlung des Pflichtteils.

Der Vater, italienischer Staatsangehöriger, wohnte zuletzt in W. Dieser hatte gemeinsam mit seiner im Jahr 2006 vorverstorbenen Ehefrau und Mutter der Parteien unter dem 25.6.2003 ein handschriftliches Schriftstück unterzeichnet (GA 8, Übersetzung GA 11), in dem es heißt:

„Ich, ... und mein Ehemann ...

Es ist unser Wunsch, dass unsere Söhne F und C nach unserem Tod nichts erben sollen, weder von unserem Haus noch von un-

serem Geld. Der Grund ist, dass sie sich nicht um uns gekümmert haben und uns keinerlei Interesse und Zuneigung entgegengebracht haben.“

Das LG hat mit Urteil vom 17.7.2012, auf dessen tatsächlichen Feststellungen zur weiteren Darstellung des Sach- und Streitstandes gemäß § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, die Klage als unzulässig abgewiesen, weil es an einem Feststellungsinteresse fehle. Das Erbrecht des Klägers werde von den Beklagten nicht ernsthaft in Abrede gestellt; auf das vorprozessuale Verhalten der Beklagten komme es nicht an, weil für die Prüfung eines Feststellungsinteresses der Schluss der mündlichen Verhandlung maßgebend sei. Wegen der Begründung im Übrigen wird auf die Entscheidungsgründe des Urteils verwiesen.

Mit seiner, nach Gewährung von Prozesskostenhilfe, gegen dieses Urteil gerichteten Berufung macht der Kläger geltend, er sei infolge Prozesskostenarmut ohne Verschulden daran gehindert gewesen, die Berufungsfrist einzuhalten. Die Klage gegen den ursprünglichen Beklagten zu 4 werde nicht weiter verfolgt. Der Kläger bestreitet, dass das Testament vom 25.6.2003 von seiner Mutter verfasst worden sei. Außerdem sei der Vater nach einem im Jahre 2001 erlittenen Hirnschlag bei Errichtung dieses Testaments nicht mehr geschäftsfähig gewesen. Letztendlich komme es hierauf aber nicht an, weil nach dem anzuwendenden italienischen Erbrecht das gemeinsame Testament ohnehin unwirksam sei. Entgegen der Meinung des LG hätten die Beklagten sein Erbrecht ernsthaft in Abrede gestellt, indem sie ihm jegliche Auskünfte über den Verbleib des Anlagevermögens des Erblassers verweigert und unter Vorlage des – ungültigen – gemeinschaftlichen Testaments über eine Kapitalanlage des Erblassers bei der Naspä in W verfügt hätten. Selbst wenn die Beklagten im Laufe des Rechtsstreits zu der rechtlichen Bewertung gelangt sein sollten, dass er, der Kläger, gleichberechtigter Miterbe sei, würde das das Feststellungsinteresse nicht entfallen lassen.

Der Kläger beantragt, nach Wiedereinsetzung in den vorigen Stand wegen Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung das Urteil des LG aufzuheben und die Sache zur erneuten Entscheidung an das LG zu den erstinstanzlichen Anträgen zurückzuverweisen, hilfsweise nach den erstinstanzlichen Anträgen in der Sache zu entscheiden.

Die Beklagten beantragen, die Berufung des Klägers kostenpflichtig zu verwerfen.

Sie machen geltend, es sei nie streitig gewesen, dass das handschriftliche Testament ungültig sei. Die Beklagten hätten weder in der Vergangenheit die Erbenstellung ihres Bruders bestritten, noch würden sie diese in der Zukunft bestreiten.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Übrigen wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen und die Erklärungen der Parteien anlässlich der mündlichen Verhandlung Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die in förmlicher Hinsicht nicht zu beanstandende Berufung ist begründet.

Dem Kläger ist auf seinen form- und fristgerecht gestellten Antrag hin hinsichtlich der Versäumung der Frist zur Einlegung der Berufung (§ 517 ZPO) und von Amts wegen hinsichtlich der Versäumung zur Begründung der Berufung (§ 520 Abs. 2 ZPO) Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren, weil er infolge Prozesskostenarmut ohne Verschulden an der Einhaltung dieser Fristen gehindert war, §§ 233, 234, 236 ZPO.

Die Berufung hat auch in der Sache Erfolg, wobei der Senat entgegen der Hauptanregung des Klägers nach § 538 Abs. 2 ZPO die Sache nicht unter Aufhebung des angefochtenen Urteils an das LG zur erneuten Entscheidung zurückverweist, sondern in der Sache endgültig entscheidet, § 538 Abs. 1 ZPO.

Das LG hat zutreffend aufgrund des letzten Wohnsitzes des Erblassers im Gerichtsbezirk des LG Koblenz gemäß § 27 ZPO seine internationale Zuständigkeit zur Entscheidung

über das Begehren des Klägers angenommen (vgl. Münch-KommZPO/Patzina, 4. Aufl., § 27 Rdnr. 14; Musielak/Heinrich, ZPO, 9. Aufl., § 27 Rdnr. 10). Das wird von den Beklagten in der Berufungsinstanz nicht mehr infrage gestellt.

Der Senat vermag dem LG jedoch nicht dahingehend zu folgen, dass es dem Kläger an dem gemäß § 256 Abs. 1 ZPO erforderlichen rechtlichen Interesse an der begehrten Feststellung fehlt. Ein rechtliches Interesse an einer alsbaldigen Feststellung des Bestehens oder Nichtbestehens eines Rechtsverhältnisses ist gegeben, wenn dem Recht oder der Rechtslage des Klägers eine gegenwärtige Gefahr der Unsicherheit droht und das erstrebte Urteil geeignet ist, diese Gefahr zu beseitigen (BGH, Urteil vom 14.4.2010, IV ZR 135/08, FamRZ 2010, 1068; BGH, Urteil vom 22.3.1995, XII ZR 20/94, NJW 1995, 2032; BGH, Urteil vom 7.2.1986, V ZR 201/84, NJW 1986, 2507; Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256 Rdnr. 7). Bei einer Feststellungsklage liegt eine solche Gefährdung in der Regel schon darin, dass der Beklagte das Recht des Klägers ernstlich bestreitet oder er sich eines eigenen Rechts gegenüber dem Kläger berüht. Gegenstand einer Feststellungsklage kann hierbei, wie sich auch aus § 27 ZPO ergibt, das Bestehen oder Nichtbestehen eines (Mit-)Erbrechts sein (vgl. BGH, a. a. O., FamRZ 2010, 1068 Rdnr. 8).

Der Zulässigkeit der Feststellungsklage steht es hierbei nicht entgegen, dass ein Urteil im streitigen Verfahren nur zwischen den Parteien wirkt und keine Bindungswirkung für ein eventuelles Erbscheinsverfahren hat. Für das Vorliegen des Feststellungsinteresses und des Rechtsschutzbedürfnisses ist es unerheblich, ob andere Gerichte einschließlich solcher der freiwilligen Gerichtsbarkeit an ein Sachurteil gebunden sind (BGH, a. a. O., Rdnr. 9 m. w. N.). Ebenso wenig steht die Möglichkeit der Durchführung eines Erbscheinsverfahrens der Annahme eines Rechtsschutzinteresses für die Feststellungsklage entgegen. Im Erbscheinsverfahren werden nämlich keine der materiellen Rechtskraft fähige Entscheidungen über das Erbrecht getroffen, die Bindungswirkung für einen späteren streitigen Prozess über die Feststellung des Erbrechts hätten (BGH, a. a. O., Rdnr. 12 m. w. N.). Die in erster Instanz streitige Frage, ob in Italien bereits ein dem deutschen Erbschein vergleichbares „Dokument über die Feststellung der Erbschaft“ (Schriftsatz der Beklagten vom 9.3.2012, GA 39, mit Anlagen) erstellt wurde, bedarf daher keiner Entscheidung.

Dass die Beklagten das Recht des Klägers ernstlich bestreiten, folgt bereits daraus, dass sie auf seine mehrfachen außergerichtlichen Versuche, mit diesen eine erbrechtliche Regelung herbeizuführen, nicht reagiert haben. Außerdem verweist der Kläger zutreffend darauf, dass die Beklagten in der Klageerwidderung lediglich vorgetragen haben, bezüglich der in Italien gelegenen Immobilie das Erbrecht des Klägers nie infrage gestellt zu haben; darin liegt das stillschweigende Zugeständnis, jedenfalls hinsichtlich des in Deutschland belegenen Nachlasses, die erbrechtliche Mitberechtigung des Klägers nicht akzeptieren zu wollen. Dass die Beklagten nunmehr in der Berufungserwidderung erklären, die Erbenstellung ihres Bruders weder in der Vergangenheit bestritten zu haben, noch dies in der Zukunft zu tun, lässt das einmal bestehende Feststellungsinteresse nicht entfallen (Zöller/Greger, ZPO, 29. Aufl., § 256, Rdnr. 7c m. w. N.); das wäre nur dann der Fall, wenn die Beklagten das Begehren des Klägers anerkannt hätten (*ders.*, a. a. O.), was diese aber entgegen der Anregung des Senates nicht getan haben. Den Beklagten wäre es bei einer Abweisung der Klage als unzulässig unbenommen, die Mitberechtigung des Klägers anschließend wieder infrage zu stellen.

Der Kläger ist gemeinsam mit seinen fünf Geschwistern Erbe des am 5.12.2008 verstorbenen Vaters der Parteien ... Nach

Art. 25 EGBGB unterliegt die Rechtsnachfolge von Todes wegen dem Recht des Staates, dem der Erblasser im Zeitpunkt seines Todes angehörte. Das ist hier italienisches Recht. Dieses knüpft nach Art. 46 Abs. 1 des Gesetzes Nr. 218 vom 31.5.1995 zur Reform des italienischen Systems des Internationalen Privatrechts für die Beerbung mangels einer vom Erblasser getroffenen Rechtswahl an dessen Staatsangehörigkeit im Zeitpunkt seines Todes an, somit hier an das materielle italienische Erbrecht. Nach Art. 457 Codice Civile (CG) erfolgt die Berufung zur Erbschaft kraft Gesetzes (*vocazione legittima*) oder kraft Testaments (*vocazione testamentaria*), wobei die gesetzliche Erbfolge – wie im deutschen Recht – nur eintritt, wenn es an einer testamentarischen Erbfolge ganz oder teilweise fehlt. Die Erbschaft fällt mit dem Erbfall an, wird aber gemäß Art. 459 CC erst mit einer auf den Erbfall zurückwirkenden Annahmeerklärung erworben (vgl. *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, Internationales Erbrecht, 2012, Italien Grdz. D IV Rdnr. 40; Grdz. G II Rdnr. 196).

Der Kläger hat gemeinsam mit den Beklagten und dem Bruder C seinen Vater gemäß Art. 566 CC im Wege der gesetzlichen Erbfolge beerbt. Nach dieser Bestimmung werden Vater und Mutter von den ehelichen und natürlichen Kindern zu gleichen Teilen beerbt. Das gemeinschaftliche Testament der Eltern vom 25.6.2003, durch das der Kläger und der Bruder C von der Erbfolge ausgeschlossen werden sollten, ist – unabhängig von der Frage der Autorenschaft und der Testierfähigkeit des Vaters – unwirksam. Das italienische Recht kennt kein gemeinschaftliches Testament (und auch keinen Erbvertrag). Gemäß Art. 589 CC können zwei oder mehr Personen nicht in derselben Urkunde ein Testament errichten. Daraus folgt, dass die nach deutschem Recht (§§ 2265, 2267 BGB) mögliche Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments nicht lediglich eine Frage der Form der Testamentserrichtung betrifft, für die nach Art. 48 des Gesetzes Nr. 218 deutsches Recht maßgeblich wäre, weil in Deutschland das Testament verfasst wurde und auch der Erblasser seinen Wohnsitz und Aufenthalt hatte (Ortsform). Vielmehr ist wesentliches Merkmal des in Art. 587 CC definierten Testaments die absolute Einseitigkeit (*Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, a. a. O., Italien Grdz. F § 1 II Rdnr. 75), weshalb ein Verstoß gegen Art. 589 CC die absolute Nichtigkeit, „Inexistenz“, der letztwilligen Verfügung zur Folge hat (*ders.*, a. a. O., Rdnr. 121). Einem somit seiner Art nach im italienischen Recht nicht möglichen gemeinschaftlichen Testament kann daher nicht durch Wahrung der nach deutschem Recht möglichen Form der Errichtung einer solchen gemeinsamen Verfügung zur Wirksamkeit verholten werden.

Der Kläger hat die Erbschaft auch innerhalb der zehnjährigen Verjährungsfrist des Art. 480 CC (vgl. hierzu *Ferid/Firsching/Dörner/Hausmann*, a. a. O., Italien Grdz. G II Rdnr. 200) angenommen. Nach Art. 474 CC kann die Annahme ausdrücklich oder stillschweigend erfolgen, wobei eine stillschweigende Annahme gemäß Art. 476. CC vorliegt, wenn der zur Erbschaft Berufene eine Handlung vornimmt, welche notwendigerweise seinen Annahmewillen voraussetzt und zu welcher er nur in seiner Eigenschaft als Erbe berechtigt wäre. Eine solche, den Willen zur Annahme der Erbschaft voraussetzende Handlung ist bereits zwanglos der vorliegenden Klage zu entnehmen.

III.

Die Nebenentscheidungen folgen aus §§ 91, 92, 708 Nr. 10 und § 713 ZPO. Da das klageabweisende Urteil gegenüber dem ursprünglichen Beklagten zu 4 (C) in Rechtskraft erwachsen ist, hat die Kostenentscheidung des angefochtenen Urteils, soweit sie die Klage gegen diesen betrifft, trotz Obsie-

gens des Klägers in der Berufung gegenüber den übrigen Beklagten Bestand.

Eine Revision gegen das Urteil wird nicht zugelassen, weil die gesetzlichen Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO nicht vorliegen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird auf 18,060 € festgesetzt.

Zwangsvollstreckungs- und Insolvenzrecht

19. BGB § 2329 Abs. 1; ZPO § 864 Abs. 2, § 867 Abs. 2, § 720a Abs. 1 Satz 1 lit. b (*Vollstreckung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs in den vom Erblasser an den Miteigentümer verschenkten Miteigentumsanteil*)

- 1. Der Pflichtteilsberechtigte kann wegen eines Anspruchs nach § 2329 Abs. 1 BGB auch dann in den von dem Erblasser verschenkten Miteigentumsanteil an einem Grundstück vollstrecken, wenn infolge einer Vereinigung aller Miteigentumsanteile in der Hand des Beschenkten Alleineigentum entstanden ist. Der Miteigentumsanteil wird insoweit für den Zweck der Vollstreckung als fortbestehend fingiert.**
- 2. Grundlage für die Eintragung einer Zwangshypothek sind nicht nur unmittelbar auf Zahlung, sondern auch auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung lautende Titel.**
- 3. Die Sicherungsvollstreckung kann auch aus Urteilen betrieben werden, durch die der Schuldner zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung verurteilt worden ist.**

BGH, Beschluss vom 4.7.2013, V ZB 151/12

Der Beteiligte zu 1 ist der Sohn des im Juni 2003 verstorbenen C H B (im Folgenden: Erblasser). Die Beteiligte zu 2 lebte mit dem Erblasser in nichtehelicher Lebensgemeinschaft zusammen.

Der Erblasser und die Beteiligte zu 2 waren Miteigentümer der im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücke und zwar zu je 1/2 Anteil an einem Hausgrundstück (Grundbuchblatt 298) und zu je 1/6 Anteil an einer Wegeparzelle (Grundbuchblatt 299). Mit notariellem Vertrag vom 30.3.2003 übertrug der Erblasser seine Miteigentumsanteile auf die Beteiligte zu 2, die nach dem im September 2003 erfolgten Eintragungen nunmehr Alleineigentümerin des Hausgrundstücks und zu 1/3 Miteigentümerin der Wegeparzelle ist.

Der Beteiligte zu 1, der infolge der Erbausschlagung durch die Beteiligte zu 2 Alleinerbe ist, machte gegen diese als Beschenkte einen Pflichtteilergänzungsanspruch nach § 2329 BGB geltend. Die Beteiligte zu 2 wurde verurteilt, zum Zwecke der Befriedigung des Anspruchs des Beteiligten zu 1 auf Pflichtteilergänzung i. H. v. 153.854,26 € nebst Zinsen die Zwangsvollstreckung in die von dem Erblasser übertragenen Miteigentumsanteile zu dulden, und für den Fall, dass und soweit der Vollstreckungserlös nicht ausreicht, Zahlung an den Beteiligten zu 1 zu leisten. Der Beteiligten zu 2 wurde gestattet, die Zwangsvollstreckung durch Zahlung von 153.854,26 € nebst Zinsen abzuwenden. Das noch nicht rechtskräftige Urteil ist gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbar.

Der Beteiligte zu 1 hat unter Vorlage einer vollstreckbaren Ausfertigung des Urteils sowie eines Zustellungsnachweises bei dem Grundbuchamt beantragt, im Wege der Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO wegen „der Ansprüche“ i. H. v. 153.854,26 € nebst Zinsen und Kosten eine Sicherungshypothek an den vom Erblasser an die Beteiligte zu 2 übertragenen Miteigentumsanteilen einzutragen. Das Grundbuchamt hat den Antrag zurückgewiesen, weil aufgrund des Duldungstitels eine Zwangshypothek nicht eingetragen

werden könne. Das OLG hat die Beschwerde des Beteiligten zu 1 zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt der Beteiligte zu 1 seinen Antrag weiter.

Aus den Gründen:

II.

Das Beschwerdegericht meint, dass der Antrag wegen fehlender Vollstreckungsvoraussetzungen zu Recht zurückgewiesen worden sei. Der Vollstreckungstitel könne nicht allein Grundlage für die Eintragung einer Zwangshypothek nach § 867 ZPO sein. Eine Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung sei nämlich nicht auf Zahlung gerichtet und könne deshalb weder nach § 1113 BGB noch nach § 867 ZPO durch eine Hypothek abgesichert werden. Der davon zu unterscheidende Fall, dass die Verurteilung zur Duldung der Zwangsvollstreckung eine Geldforderung absichere, liege hier nicht vor, weil der Anspruch nach § 2329 BGB nicht auf Zahlung, sondern auf die Herausgabe des Geschenks zum Zwecke der Befriedigung eines Pflichtteilergänzungsanspruchs gerichtet sei. Demgemäß fehle es auch an den Voraussetzungen für eine Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO. Der Vollstreckungsantrag sei ferner zurückzuweisen, weil der Beteiligte zu 1 nicht gemäß § 867 Abs. 2 ZPO bestimmt habe, wie der Haftungsbetrag auf die zu belastenden Miteigentumsanteile aufzuteilen sei.

III.

Die Rechtsbeschwerde ist nach § 78 Abs. 1 GBO statthaft und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i. V. m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässig. Das Rechtsmittel ist begründet. Der angefochtene Beschluss beruht auf einer Rechtsverletzung.

1. Rechtsfehlerfrei geht das Beschwerdegericht allerdings davon aus, dass im Grundbuchverfahren zu prüfen ist, ob das von dem Gläubiger vorgelegte Urteil ein für die beantragte Eintragung einer Sicherungshypothek nach § 867 ZPO (Zwangshypothek) geeigneter Titel ist. Die Eintragung einer Zwangshypothek ist zugleich Grundbuchgeschäft und Vollstreckungsmaßnahme, für deren Vornahme das Grundbuchamt die Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung selbstständig zu prüfen hat (Senat, Beschluss vom 23.5.1958, V ZB 12/58, BGHZ 27, 310, 313, und Senat, Beschluss vom 13.9.2001, V ZB 15/01, BGHZ 148, 392, 394). Das Grundbuchamt hat nach einem Antrag gemäß § 867 Abs. 1 Satz 1 ZPO als Vollstreckungsvoraussetzung insbesondere zu prüfen, ob ein geeigneter Vollstreckungstitel vorliegt (Senat, Beschluss vom 13.9.2001, V ZB 15/01, BGHZ 148, 392, 396).

Das gilt ebenso, wenn – wie hier – die Eintragung einer Zwangshypothek im Wege der Sicherungsvollstreckung nach § 720a Abs. 1 Satz 1 lit. b ZPO beantragt wird. Auch die nach dieser Vorschrift zulässigen Maßnahmen sind solche der Zwangsvollstreckung, für welche die gesetzlich bestimmten Voraussetzungen vorliegen müssen (vgl. BGH, Beschluss vom 5.7.2005, VII ZB 14/05, Rpfleger 2005, 547, 548; *Fölsch*, NJW 2009, 1128, 1129; *MünchKommZPO/Götz*, 4. Aufl., § 720a Rdnr. 3; *Wieczorek/Schütze/Heß*, ZPO, 3. Aufl., § 720a Rdnr. 6); deren Vorliegen hat das Grundbuchamt festzustellen.

2. Beschwerdegericht und Grundbuchamt haben nicht erörtert, ob die beantragte Eintragung einer Zwangshypothek in die von dem Erblasser auf die Beteiligte zu 2 übertragenen Miteigentumsanteile deshalb unzulässig ist, weil es diese Anteile nicht mehr gibt und bei dem Hausgrundstück infolge der Vereinigung aller Anteile in der Hand der Beteiligten zu 2 überhaupt kein Miteigentum nach § 1008 BGB mehr besteht. Tatsächlich schließen diese Folgen der Übertragung der Anteile die beantragte Vollstreckung nicht aus.

a) Allerdings ist die Belastung eines früheren, nicht mehr bestehenden Miteigentumsanteils grundsätzlich unzulässig. § 864 Abs. 2 Fall 1 ZPO schließt die Zwangsvollstreckung in einen Bruchteil eines im Alleineigentum stehenden Grundstücks grundsätzlich aus (vgl. OLG Frankfurt, NJW-RR 1988, 463, 464; OLG Oldenburg, ZIP 1996, 175). Auch die Voraussetzungen für eine Vollstreckung in einen solchen Anteil nach § 864 Abs. 2 Fall 2 ZPO liegen hier nicht vor. Zulässig ist danach die Vollstreckung in einen solchen Bruchteil, wenn der Anspruch des Gläubigers sich auf ein Recht gründet, mit dem der Bruchteil als solcher belastet ist. So verhält es sich, wenn der Bruchteil zur Zeit der Belastung (nach §§ 1106, 1114, 1192, 1199 BGB) in dem Anteil eines Miteigentümers bestand und sich die Anteile danach in einer Hand vereinigt haben (vgl. *Zoll in Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 864 Rdnr. 5; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 864 Rdnr. 17; *Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 864 Rdnr. 7). Die hier beantragte erstmalige Belastung eines Bruchteils des Alleineigentums der Beteiligten zu 2 ist dagegen auch nach dieser Vorschrift grundsätzlich nicht zulässig (OLG Schleswig, FGPrax 2011, 69, 70).

b) Eine entsprechende Anwendung des § 864 Abs. 2 Fall 2 ZPO für einen Vollstreckungszugriff in den nicht mehr bestehenden Miteigentumsanteil wird allerdings in bestimmten Ausnahmefällen anerkannt. Ist der Miteigentumsanteil in anfechtbarer Weise (nach §§ 3 ff. AnfG) erworben worden, so wird für die von dem Schuldner zu duldbenden Vollstreckungsmaßnahmen der übertragene Miteigentumsanteil als fortbestehend fingiert und die Zwangsvollstreckung in diesen Anteil zugelassen (BGH, Urteil vom 23.2.1984, IX ZR 26/83, BGHZ 90, 207, 214; OLG Celle, OLGR 2005, 15, 16). Dasselbe ist in den Fällen der Vermögensübernahme nach § 419 BGB a. F. anerkannt worden, wenn der Übernehmer durch diese Alleineigentümer eines Grundstücks geworden war; der Übernehmer hatte dann die Zwangsvollstreckung in den ihm übertragenen Miteigentumsanteil an dem Grundstück zu dulden, weil andernfalls eine Vollstreckung aus einem Urteil, das den Übernehmer gemäß § 419 Abs. 2 BGB a. F. zur Duldung der Zwangsvollstreckung in das übernommene Vermögen verurteilt hatte, nicht möglich gewesen wäre (OLG Jena, JW 1935, 3647, 3648). Die Zulässigkeit einer Zwangsvollstreckung in den ehemaligen Miteigentumsanteil des Erblassers ist schließlich bejaht worden, wenn der Erbe, der mit dem Erbfall Alleineigentümer geworden ist, infolge einer von ihm geltend gemachten Haftungsbeschränkung nach § 1990 Abs. 1 Satz 2 BGB dem Gläubiger den Nachlass zum Zwecke der Befriedigung im Wege der Zwangsvollstreckung herauszugeben hat (OLG Schleswig, FGPrax 2011, 69, 70).

Aus dem Vorstehenden ergibt sich der allgemeine Grundsatz, dass ein früherer Miteigentumsanteil in der Zwangsvollstreckung als fortbestehend fingiert wird, wenn die Haftung des jetzigen Alleineigentümers auf den früheren Miteigentumsanteil beschränkt ist. So verhält es sich auch bei dem hier vorliegenden Titel zur Durchsetzung des Pflichtteilergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten nach § 2329 Abs. 1 BGB. Der Beschenkte ist nach dieser Vorschrift verpflichtet, das Geschenk zum Zwecke der Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten wegen des Geldbetrags, den dieser nicht nach § 2325 BGB von dem Erben beanspruchen kann, nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung herauszugeben. Er hat – wie in den Fällen einer auf den Nachlass beschränkten Erbenhaftung nach §§ 1973, 1990 BGB – die Zwangsvollstreckung in den geschenkten Vermögensgegenstand, um den er bereichert ist, wegen des dem Pflichtteilsberechtigten zustehenden Geldbetrags zu dulden (BGH, Urteil vom 4.6.1955, IV ZR 183/54, BGHZ 17, 336, 339, und BGH, Urteil vom

10.11.1982, IVa ZR 29/81, BGHZ 85, 274, 282). Die Durchsetzung dieses Anspruchs kann auch hier nur dadurch erfolgen, dass der von dem Erblasser geschenkte Miteigentumsanteil für die Befriedigung des Pflichtteilsberechtigten als noch bestehend fingiert wird.

3. Grundlage für die Eintragung einer Zwangshypothek können – entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts – nicht nur unmittelbar auf Zahlung, sondern auch auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung lautende Titel sein. Letzteres ist allerdings streitig.

a) Nach einer Auffassung (KG, KGJ 29, A 247, 249; KGJ 37, A 303, 306; OLG Frankfurt, NJW-RR 1988, 463, 464; *Hintzen*, ZIP 1991, 474, 476; *ders.* in *Hintzen/Wolf*, Zwangsvollstreckung, -versteigerung, -verwaltung, Rdnr. 10, 18; *Hügel/Wilsch*, GBO, 2. Aufl., „Zwangssicherungshypothek“, Rdnr. 9; *Wieczorek/Schütze/Storz*, ZPO, 3. Aufl., § 867 Rdnr. 20) soll ein solcher Titel allein keine hinreichende Grundlage für die Eintragung einer Zwangshypothek auf dem Grundstück des Schuldners sein. Der Anspruch des Gläubigers auf Duldung der Zwangsvollstreckung könne, da er nicht auf Zahlung gerichtet sei, weder nach § 1113 BGB noch nach den im Abschnitt über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen stehenden §§ 866, 867 ZPO Grundlage einer Hypothek sein (KG, a. a. O.; OLG Frankfurt, a. a. O.). Anders soll es sich nach dieser Ansicht nur dann verhalten, wenn dem Gläubiger nicht nur der titulierte Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung, sondern zugleich eine vollstreckbare Geldforderung gegen einen Dritten zustehe, weil dann die aufgrund des Duldungstitels einzutragende Zwangshypothek die Geldforderung gegen den Dritten sichere (vgl. KG, HRR 1930, Nr. 67; *Hintzen* in *Hintzen/Wolf*, Zwangsvollstreckung, -versteigerung, -verwaltung, a. a. O.; *Hügel/Wilsch*, a. a. O.).

b) Dem steht die Auffassung gegenüber, dass nicht nur ein unmittelbar auf Zahlung, sondern auch ein auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung lautender Titel eine geeignete Grundlage für die Eintragung einer Zwangshypothek sei (HK-ZPO/Kindl, 5. Aufl., § 867 Rdnr. 4; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 867 Rdnr. 3; *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, 34. Aufl., § 720a Rdnr. 2). Zur Begründung wird darauf verwiesen, dass unter einer Geldforderung im Sinne der §§ 803 ff. ZPO nicht nur eine auf Leistung in Geld gerichtete Forderung, sondern auch die Haftung für eine Geldleistung zu verstehen sei (vgl. Senat, Urteil vom 18.12.1987, V ZR 163/86, BGHZ 103, 30, 37; BayObLG, Rpfleger 1995, 305), weshalb auch aus einem Duldungstitel die Vollstreckung in das haftende Grundstück nach §§ 866, 867 ZPO durch Eintragung einer Zwangshypothek erfolgen könne (*Rosenberg/Gaul/Schilken/Becker-Eberhard*, Zwangsvollstreckungsrecht, 12. Aufl., § 69 Rdnr. 5 i. V. m. § 48 Rdnr. 6; *Walker* in *Schuschke/Walker*, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 5. Aufl., § 720a Rdnr. 2 i. V. m. vor §§ 803 bis 882a Rdnr. 3).

c) Die Rechtsfrage ist in diesem Sinne zu entscheiden. Das Beschwerdegericht ist allerdings zutreffend davon ausgegangen, dass in den von dem Senat (Urteil vom 18.12.1987, V ZR 163/86, a. a. O.) und dem ehemaligen Bayerischen Obersten LG (Rpfleger 1995, 305) entschiedenen Fällen den Zwangshypotheken auch Zahlungstitel zugrunde lagen. Dieser Umstand rechtfertigt jedoch nicht den daraus von dem Beschwerdegericht gezogenen Schluss, dass einer Zwangshypothek nach § 867 ZPO – wie einer Verkehrshypothek nach §§ 1113 ff. BGB – stets ein vollstreckbarer Zahlungsanspruch zugrundeliegen müsse, eine Zwangshypothek nach § 867 ZPO also nicht allein wegen eines titulierten Duldungsanspruchs eingetragen werden könne.

Diese Auffassung widerspricht dem Inhalt des Vollstreckungstitels und der Systematik der Zivilprozessordnung. Das Duldungsurteil hat die Aufgabe, eine Vollstreckung zu ermöglichen, die in ihrem Umfang der vom materiellen Recht bestimmten Haftung für den Anspruch entspricht (*Lent*, ZJP 70 ([1957]), 401, 411). Dient der Duldungstitel der Befriedigung einer Geldforderung, so ist die Verurteilung des Schuldners zur Duldung (statt zur Zahlung) allein dem Umstand geschuldet, dass sich dessen Haftung auf bestimmte Gegenstände beschränkt. Da die Zivilprozessordnung zudem die Duldungs- und Zahlungsansprüche in ihrer Vollstreckbarkeit (vgl. § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) weitgehend gleichstellt (vgl. Senat, Urteil vom 18.12.1987, V ZR 163/86, BGHZ 103, 30, 37, unter Verweisung auf RGZ 103, 137, 139), erfolgt auch die zwangsweise Durchsetzung eines Duldungsanspruchs, der auf Zahlung einer Geldsumme gerichtet ist, nach den §§ 803 ff. ZPO und nicht nach den nicht passenden §§ 883 bis 898 ZPO. Der Duldungsanspruch wird demzufolge bei der Vollstreckung in das bewegliche Vermögen durch Pfändung (§ 803 ZPO) und bei der in das unbewegliche Vermögen nach der Vorschrift in § 866 ZPO vollstreckt, was dem Gläubiger auch die Möglichkeit zur Pfändung durch Eintragung einer Zwangshypothek eröffnet (vgl. RGZ 103, 137, 139).

4. Zu Unrecht verneint das Beschwerdegericht auch die Möglichkeit einer Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO aus einem Titel, durch den der Schuldner wegen eines auf Zahlung gerichteten Anspruchs zur Duldung der Zwangsvollstreckung verurteilt worden ist.

a) Das Beschwerdegericht beruft sich auf den Wortlaut der Vorschrift, nach dem der Gläubiger aus einem nur gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren Urteil, durch das der Schuldner zur Leistung von Geld verurteilt worden ist, ohne Sicherheitsleistung Pfändungen ausbringen lassen darf. Nach seiner Ansicht, die auch im Schrifttum geteilt wird, muss ein zur Sicherungsvollstreckung geeignetes Urteil auf Leistung in Geld lauten (*Fölsch*, NJW 2009, 1128, 1129; *MünchKommZPO/Götz*, 4. Aufl., § 720a Rdnr. 2). Titel auf Duldung der Zwangsvollstreckung in ein Grundstück sollen daher nicht der Sicherungsvollstreckung unterliegen (PG/*Kroppenberg*, ZPO, 5. Aufl., § 720a Rdnr. 2). Dem steht die Ansicht gegenüber, dass die Sicherungsvollstreckung lediglich eine besondere, allein die Sicherung des Gläubigers durch rangwahrende Pfändung bezweckende Vollstreckungsmaßnahme sei, auf welche die Vorschriften über die Zwangsvollstreckung wegen Geldforderungen (§§ 802a bis 882a ZPO) anzuwenden seien. Zu den Geldforderungen im Sinne des Zwangsvollstreckungsrechts gehörten auch bei der Sicherungsvollstreckung nicht nur die Forderungen auf Leistung in Geld, sondern ebenso auch die auf Duldung der Zwangsvollstreckung wegen einer Geldforderung gerichteten Ansprüche (BayObLG, Rpfleger 1995, 305; *Hartmann* in *Baumbach/Lauterbach/Albers/Hartmann*, ZPO, 70. Aufl., § 720a Rdnr. 3; *Stein/Jonas/Münzberg*, ZPO, 22. Aufl., § 720a Rdnr. 2; *Thomas/Putzo/Seiler*, ZPO, 34. Aufl., § 720a Rdnr. 1; *Wieczorek/Schütze/Heß*, ZPO, 3. Aufl., § 720a Rdnr. 3; *Zöller/Stöber*, ZPO, 29. Aufl., § 720a Rdnr. 2).

b) Der Senat teilt die letztgenannte Auffassung. Richtig ist allerdings, dass der Wortlaut des Gesetzes nur die (gegen Sicherheitsleistung vorläufig vollstreckbaren) Urteile nennt, durch die der Schuldner zur Leistung von Geld verurteilt worden ist. Der allein auf den Wortlaut der Vorschrift in § 720a ZPO gestützte Schluss des Beschwerdegerichts entspricht aber nicht dem von der Norm verfolgten Zweck; dieser gebietet eine entsprechende Anwendung auf Urteile, durch die der Schuldner zur Duldung der Zwangsvollstreckung wegen

eines auf Zahlung gerichteten Anspruchs verurteilt worden ist. Mit der Sicherungsvollstreckung nach § 720a ZPO sollte für den Gläubiger bereits aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Urteils eine dem Arrest vergleichbare Sicherung geschaffen werden (BT-Drucks. 7/2729, S. 45 und 7/5250, S. 16). Die Vorschrift vervollständigt den Schutz des Gläubigers vor wirtschaftlichen Verlusten, die ihm durch ein Beiseiteschaffen der Haftungsmasse durch den Schuldner oder durch einen Vermögensverfall des Schuldners drohen (BGH, Beschluss vom 26.10.2006, I ZB 113/05, NJW-RR 2007, 416). Der Gläubiger soll nach § 720a ZPO aufgrund des vorläufig vollstreckbaren Titels – auch ohne vorherige Sicherheitsleistung – das Schuldnervermögen arrestieren können (vgl. BGH, Beschluss vom 5.7.2005, VII ZB 14/05, Rpfleger 2005, 547, 548). Das Bedürfnis, den Gläubiger, der einen vorläufig vollstreckbaren Titel erstritten hat, vor wirtschaftlichen Verlusten durch für ihn nachteilige Rechtshandlungen des Schuldners (Veräußerungen oder Verpfändungen des haftenden Grundstücks) oder durch andere Gläubiger des Schuldners (zwischenzeitliche Pfändungen des haftenden Grundstücks) zu schützen, besteht bei den Zahlungs- und bei den Duldungstiteln gleichermaßen. Vor dem Hintergrund des mit § 720a ZPO verfolgten Zwecks ist es für die Zulässigkeit der Eintragung einer Zwangshypothek im Wege der Sicherungsvollstreckung gleichgültig, ob der Schuldner nach dem vorläufig vollstreckbaren Urteil unmittelbar Zahlung schuldet oder nur die Vollstreckung in das ihm gehörende Grundstück wegen eines auf Geld gerichteten Anspruchs zu dulden verpflichtet ist.

IV.

1. Der Rechtsbeschwerde kann jedoch nicht durch eine Anordnung zur Eintragung der beantragten Zwangshypotheken unter Aufhebung der angefochtenen Beschlüsse stattgegeben werden. Das Grundbuchamt konnte dem ihm vorliegenden Antrag schon deshalb nicht entsprechen, weil es an der nach § 867 Abs. 2 Satz 1 ZPO vorgeschriebenen Bestimmung des Gläubigers fehlte, wie der im Urteil bestimmte Haftungsbeitrag auf die mit Zwangshypotheken zu belastenden Miteigentumsanteile verteilt werden sollte. Eine solche Verteilung ist zwingend, weil das Gesetz eine Gesamtzwangshypothek nicht kennt (Senat, Beschluss vom 23.5.1958, V ZB 12/58, BGHZ 28, 310, 314; BGH, Beschluss vom 14.3.1991, IX ZR 300/90, NJW 1991, 2022). In diesen Fällen kommt auch eine rangwahrende Zwischenverfügung nach § 18 GBO durch das Grundbuchamt nicht in Betracht, weil nicht ein der Eintragung der Zwangshypotheken entgegenstehendes Hindernis vorliegt, sondern es an einer Voraussetzung für den Beginn der Zwangsvollstreckung fehlt, was zur Zurückweisung des Vollstreckungsantrags führt (Senat, Beschluss vom 23.5.1958, V ZB 12/58, BGHZ 28, 310, 313 ff.).

2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch auch nicht gemäß § 74 Abs. 2 FamFG zurückzuweisen, weil sowohl das Grundbuchamt als auch das Beschwerdegericht einen Hinweis (vormals analog § 139 Abs. 1 ZPO, nunmehr gemäß § 28 Abs. 2 FamFG) auf den von dem Gläubiger leicht zu behebenden Mangel unterlassen haben. Der Senat hat bereits ausgeführt, dass in diesen Fällen eine Aufklärungsverfügung des Grundbuchamts in Betracht kommt (Beschluss vom 23.5.1958, V ZB 12/58, BGHZ 28, 310, 315). Liegt ein solches Vollstreckungshindernis vor, so sind das Grundbuchamt und im Beschwerdeverfahren auch das Beschwerdegericht grundsätzlich verpflichtet, vor einer Zurückweisung des Antrags den Gläubiger auf diesen Mangel hinzuweisen (vgl. BayObLG, Rpfleger 2005, 250, 251; OLG Jena, Rpfleger 2002, 355, 356; OLG Frankfurt, Beschluss vom 13.4.2011, 20 W 128/11, Rdnr. 9; KEHE/Hartmann, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 18 GBO Rdnr. 76; PG/Zempel, ZPO, 5. Aufl., § 867 Rdnr. 22;

Meikel/Böttcher, GBO, 10. Aufl., § 18 Rdnr. 46; Stöber, ZVG, 20. Aufl., Einl. Rdnr. 65.1).

Davon konnte das Beschwerdegericht hier von seinem Rechtsstandpunkt aus zwar absehen, weil ein solcher Hinweis bei einem bereits aus einem anderen Rechtsgrund zurückzuweisenden Antrag entbehrlich ist. Die Folgen eines unterbliebenen Hinweises, der – wäre er erteilt worden – nach dem Vorbringen in der Rechtsbeschwerde zu einer Beseitigung des Mangels geführt hätte, sind von dem Rechtsbeschwerdegericht aber dadurch zu beheben, dass die auf Rechtsfehlern beruhenden Entscheidungen des Beschwerdegerichts und des Grundbuchamts aufzuheben sind und die Sache an das Grundbuchamt zur nochmaligen Prüfung und Entscheidung auf der Grundlage eines von dem Gläubiger um die Aufteilung nach § 867 Abs. 2 ZPO ergänzten Antrags zurückzuverweisen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 23.5.1958, V ZB 12/58, BGHZ 27, 310, 317). Dies vermag zwar an dem – von dem Eingang eines zulässigen Vollstreckungsantrags abhängigen – Rang der einzutragenden Zwangshypothek nichts zu ändern, vermeidet aber die übrigen Härten aus der Zurückweisung des Rechtsmittels (vgl. Meyer-Stolte, Rpfleger 1983, 102).

(...)

Beurkundungs- und Notarrecht

20. BNotO § 14 Abs. 2, § 19 Abs. 1 Satz 1; BeurkG § 54d Nr. 1 (*Verletzung der Treuhandaufgabe bei Auszahlung aus Notaranderkonto*)

- 1. Der Notar verletzt seine Amtspflicht, wenn er den Kaufvertrag über eine Eigentumswohnung vollzieht und den Treuhandauftrag der teilfinanzierenden Bank ausführt, ohne diese darüber zu unterrichten, dass die Verkäuferin selbst eine Einzahlung in Höhe des nicht finanzierten Kaufpreisteils auf das Notaranderkonto eingezahlt hat. In einem solchen Fall liegen hinreichende Anhaltspunkte für ihn vor, dass er an der Erreichung unerlaubter oder unredlicher Zwecke zu lasten der Bank mitwirken würde. Die Auszahlung der hinterlegten Summe an die Verkäuferin stellt eine Verletzung der Treuhandaufgabe dar, da die Voraussetzung der vollständigen Hinterlegung des Kaufpreises nicht erfüllt ist.**
- 2. Mit der Erteilung einer Bestätigung über den Eingang eines „Teilkaufpreises“ auf dem Notaranderkonto verletzt er außerdem seine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung und zur Vermeidung eines falschen Anscheins.**

KG, Urteil vom 12.4.2013, 6 U 132/11

Die Klägerin nimmt als Bank, die für einen Käufer einer Eigentumswohnung den Kaufpreis zum Teil finanziert hat, den Beklagten als Notar auf Schadensersatz in Anspruch und wirft ihm vor, er habe bei der Durchführung des ihm von ihr erteilten Treuhandauftrages seine Pflichten verletzt, indem er sie nicht darüber aufgeklärt habe, dass ein Teilbetrag des vereinbarten Kaufpreises von der Verkäuferin auf das Notaranderkonto gezahlt wurde. Schon die Mitteilung an die Verkäuferin, dass ein „Teilkaufpreis“ auf dem Notaranderkonto eingegangen sei, habe er nicht erteilen dürfen. Hätte sie von der Einzahlung durch die Verkäuferin Kenntnis gehabt, hätte sie dem Beklagten keinen Treuhandauftrag erteilt, ihm kein Verwahrgeld anvertraut und das Darlehen nicht ausgezahlt, weil es dann an dem für das Finanzierungskonzept erforderlichen Eigenkapitalanteil des Käufers gefehlt hätte. Bei späterer Kenntniserlangung hätte sie ihren Treuhandauftrag

widerrufen, so dass es nicht zur Auszahlung des hinterlegten Betrages an die Verkäuferin gekommen wäre. Die Darlehensvaluta wäre bei pflichtgemäßem Handeln des Notars noch vorhanden und sie wäre nicht darauf angewiesen, den notleidenden Kreditvertrag abzuwickeln und die Eigentumswohnung zu verwerten. Deswegen hat sie vom Beklagten als Schadensersatz die Erstattung der Darlehensvaluta verlangt und Zug um Zug die Abtretung der Ansprüche aus dem Darlehensvertrag sowie die Abtretung ihrer Grundschuld an dem Wohnungseigentum angeboten. Hilfsweise hat sie die Feststellung der Schadensersatzpflicht des Beklagten begehrt.

Der Treuhandauftrag der Klägerin vom 25.10.2007 (K 9) an den Beklagten lautete:

„... Über diesen Betrag einschließlich etwa darauf anfallender Zinsen dürfen Sie nur verfügen, wenn die Eintragung des für uns zu bestellenden Grundpfandrechts sichergestellt ist.

Unserem Grundpfandrecht über 112.600 € dürfen nach Eintragung im Grundbuch folgende Rechte vorgehen: Abt. II Grunddienstbarkeit, Abt. III keine.

Wir sehen die Eintragung als sichergestellt an, wenn

1. Sie beim Grundbuchamt die Urkunde zur Bestellung des Grundpfandrechts vorgelegt und Eintragungsanträge im zulässigen Umfang auch in unserem Namen gestellt haben ...

6. der Kaufpreis bei Ihnen vollständig hinterlegt ist; ...“

Das LG hat die Klage abgewiesen und dies damit begründet, der Beklagte habe keine Amtspflicht gegenüber der Klägerin verletzt. Die Bestätigung vom 17.9.2007 (Anlage K 5) sei nicht falsch, weil dort keine Aussage enthalten ist, wer den Betrag von 7.500 € auf das Notaranderkonto gezahlt habe. Der Beklagte habe keine sich aus § 14 Abs. 2 BNotO ergebenden Warnpflichten verletzt. Auch wenn die Verkäuferin den Betrag auf das Notaranderkonto gezahlt habe, würden keine konkreten Anhaltspunkte bestehen, die beim Beklagten den Verdacht für die Annahme eines Betruges zulasten der Klägerin hätten auslösen müssen. Der Treuhandauftrag sei nicht verletzt worden, weil es letztlich nur darauf ankomme, dass der Kaufpreis vollständig hinterlegt sei, so dass es zu keiner Rückabwicklung des Vertrages komme. Wer die Zahlung vorgenommen hat, sei in diesem Zusammenhang unerheblich. Jedenfalls scheitere ein Anspruch am überwiegenden Mitverschulden der Klägerin. Sie hätte beim Beklagten nachfragen müssen, wenn es für sie darauf ankam, wer den Teilbetrag eingezahlt hat.

Zu den Einzelheiten des Sachverhaltes und der Entscheidungsgründe wird auf das angefochtene Urteil verwiesen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung, mit der sie ihr Klagebegehren in vollem Umfang mit den im ersten Rechtszug gestellten Anträgen weiter verfolgt.

Sie macht im Wesentlichen geltend, gerade der Umstand, dass für den Beklagten nicht ersichtlich gewesen sein soll, warum die Verkäuferin den Betrag auf das Notaranderkonto zahlte, habe Anlass für einen entsprechenden Hinweis an die Klägerin gegeben. Eine verdeckte Kaufpreisreduzierung sei gerade nicht ausgeschlossen gewesen. Auf eine entsprechende wiederholte Vorgehensweise des Notars komme es nicht an.

Außerdem habe der Beklagte auch schon zuvor in zwei weiteren Fällen an Kaufpreisrückführungen mitgewirkt (Bl. 150 d. A.).

Im hiesigen Fall habe sie nunmehr ermittelt, dass – wie zwischen den Parteien unstreitig ist – die Zwischenverkäuferin mit Vertrag vom 25.7.2007, der zur Urkundenrolle Nr. ... des Beklagten beurkundet wurde (Anlage BK 9), sechs Wohnungseigentumseinheiten (Nr. 1, 3, 5, 13, 14, 15) mit einem Miteigentumsanteil von $2,820/10,000$ zu einem Kaufpreis von 240.000 € erworben hatte und dass die an den Darlehensnehmer der Klägerin veräußerte Eigentumswohnung Nr. 1 b) erst nach der Abgeschlossenheitsbescheinigung vom 12.9.2007 und der vom Beklagten beurkundeten Teilungserklärung vom 26.10.2007 gebildet wurde (BK 10). Sie macht geltend, da die Wohnung mithin zu einem Preis von fast dem Vierfachen des Erwerbspreises innerhalb von knapp zwei Monaten weiter veräußert worden sei und es keine Anhaltspunkte für eine entsprechende Wertsteigerung gebe, habe der Beklagte davon ausgehen müssen, dass der Kaufpreis sittenwidrig überhöht wurde, um bei ihr einen überhöhten Finanzierungskredit abzuschöpfen. An einer erkennbaren Aufblähung des Kaufpreises, um einen überhöhten Finanzierungskredit zu erlangen, habe der Be-

klagte nicht mitwirken dürfen. Zum Wert der Wohnung im Zeitpunkt des Verkaufs an ihren Darlehensnehmer beruft sich die Klägerin auf das im Zwangsversteigerungsverfahren eingeholte Gutachten des Dr. Ing. K vom 29.2.2012 (BK 10 = Bl. 211 ff. d. A.), wonach der Wert der Eigentumswohnung zu diesem Stichtag nur 33.000 € betragen habe. Die Klägerin behauptet, der Wert sei auch im Jahr 2007 nicht höher gewesen.

Die Klägerin hat ihr erstinstanzliches Vorbringen, keine Zahlungen auf das Darlehen erhalten zu haben (II/3), korrigiert und die Klage im Hinblick darauf in Höhe von 4.572,23 € mit Zustimmung des Beklagten zurückgenommen.

Im Hinblick auf die inzwischen durchgeführte Zwangsversteigerung und den an sie aufgrund des Teilungsplans vom 20.2.2013 ausgekehrten Erlös von insgesamt 49.807,77 € haben die Parteien in dieser Höhe den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt.

Die Klägerin beantragt nunmehr noch, unter Abänderung des angefochtenen Urteils, den Beklagten zu verurteilen, an sie 112.350 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 13.12.2007 abzüglich am 1.12.2007 gezahlter 324,56 € und abzüglich weiterer Zahlungseingänge in Höhe von jeweils 672,17 € am 30.1.2008, 30.3.2008, 30.5.2008, 30.7.2008, 30.10.2008 und 30.12.2008 sowie i. H. v. 138,40 € am 29.6.2009 und 76,25 € am 26.7.2009 sowie i. H. v. 3.463,77 € am 4.3.2013 und weiterer 46.344 € am 15.3.2013 zu zahlen, und zwar Zug um Zug gegen Abtretung

a) der Darlehensrückzahlungsansprüche der Klägerin gegen den unter dem Aliasnamen V O auftretenden A H H aus dem Darlehensvertrag zur Kunden-Nummer ... (Annuitätendarlehen C-B I) vom 4.9.2007 nebst allen Nebenansprüchen und -rechten und

b) der Ansprüche und Rechte der Klägerin aus dem in der Grundschuldbestellungsverhandlung zur URNr. ... des Beklagten vom 9.10.2007 beurkundeten abstrakten Schuldanerkenntnis des vorgenannten Darlehensnehmers, wobei die Kosten für eine notarielle Beglaubigung der Abtretungserklärungen und der Grundbucheintragen vom Beklagten zu tragen sind, Hilfsweise, festzustellen, dass der Beklagte verpflichtet ist, ihr den Schaden zu ersetzen, der dadurch entsteht, dass der Beklagte an Handlungen mitgewirkt hat, mit denen unerlaubte bzw. unredliche Zwecke im Sinne des § 14 Abs. 2 BNotO und § 54d BeurkG verfolgt wurden, insbesondere dadurch, dass er unter dem 17.9.2007 die Zahlung eines Teilkaufpreises von 7.500 € auf sein Notaranderkonto bestätigte, obwohl die Zahlung von der Verkäuferin geleistet worden war.

Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen. Der Beklagte hält das angefochtene Urteil für zutreffend und trägt vor, der vereinbarte Kaufpreis sei marktangemessen und nicht sittenwidrig überhöht gewesen. Dass bei einem Weiterverkauf von Eigentumswohnungen Gewinne erzielt werden, sei nicht ungewöhnlich. Er meint, auch aus seinen zurückliegenden Verwahrstätigkeiten ließen sich keine Pflichtverletzungen erkennen.

Wegen des Vorbringens der Parteien im Einzelnen wird auf den Inhalt der in beiden Instanzen gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen Bezug genommen.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung der Klägerin ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg.

Der Klägerin steht der geltend gemachte Anspruch gegen den Beklagten aus § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO wegen schuldhafter Verletzung seiner notariellen Pflichten zu.

1. Der Beklagte hat mit der Mitteilung in dem Schreiben vom 17.9.2007, „dass ein Teilkaufpreis in Höhe von 7.500 € dem Notaranderkonto gutgeschrieben worden ist“, seine Pflicht zur wahrheitsgemäßen Bezeugung und zur Vermeidung eines falschen Anscheins verletzt.

Ein Notar hat bei seinen Amtsgeschäften die Pflicht, die Wahrheit zu bezeugen und nur zu beurkunden oder sonst

zu bestätigen, was er nach gewissenhafter Prüfung als zutreffend erkannt hat. Mit seinen Amtspflichten ist es unvereinbar, wenn er durch seine Tätigkeit einen falschen Anschein erweckt, durch den geschützte Dritte in die Gefahr eines folgenschweren Irrtums geraten. Diese Verpflichtung gilt insbesondere bei der Mitteilung über amtlich wahrgenommene Tatsachen und bei der Notarbestätigung, die in der Regel darüber hinaus eine rechtliche Schlussfolgerung enthält. Da der Rechtsverkehr großes Vertrauen in derartige notarielle Erklärungen setzt, hat der Notar besondere Vorsicht walten zu lassen. Die Bestätigung muss richtig, vollständig und klar sein (vgl. BGH, Urteil vom 4.5.1984, V ZR 255/82, Rdnr. 12; BGH, Urteil vom 24.10.1985, IX ZR 91/84, Rdnr. 36; BGH, Urteil vom 21.11.1996, III ZR 192/95, Rdnr. 28; *Ganter in Ganter/Hertel/Wöstmann*, Handbuch der Notarhaftung, 2. Aufl., Rdnr. 393, 809 ff., 2042 ff.; *Haug/Zimmermann*, Die Amtshaftung des Notars, 3. Aufl., Rdnr. 662 ff., jeweils m. w. N.).

Die vom Beklagten amtlich wahrgenommene Tatsache war vorliegend, dass auf dem zur Abwicklung des Urkundsgeschäfts URNr. ... eingerichteten Notaranderkonto laut Massebuch (Anlage K 20) am 17.9.2007 eine Teilzahlung der Verkäuferin in Höhe von 7.500 € eingegangen war. Die Mitteilung an die Verkäuferin vom selben Tag, dass ein „Teilkaufpreis“ in dieser Höhe gutgeschrieben wurde, enthielt eine rechtliche Wertung, die er auf dieser Tatsachengrundlage nicht treffen konnte und durfte. Denn eine ausdrückliche Zahlungsbestimmung, dass die Teilzahlung der Tilgung der eigenen Kaufpreisforderung der Verkäuferin zu dienen bestimmt sei, trägt er nicht vor. Da die Verkäuferin nicht die Schuldnerin, sondern selbst Gläubigerin der Forderung war, ist auch aus Rechtsgründen nicht nachvollziehbar, aufgrund welcher Bestimmung oder Vereinbarung es sich um eine Zahlung auf den ihr selbst zustehenden Kaufpreis gehandelt haben könnte. Da der Beklagte die Zahlung nach seinem eigenen Vorbringen nicht hinterfragt hat und er ohne eine solche Nachfrage nur wusste, dass es die Verkäuferin selbst war, die einen Teilbetrag des ihr zustehenden Kaufpreises auf dem Notaranderkonto hinterlegt hat, den er bei Auszahlungsreife wieder an sie auszukehren haben würde, durfte die Eigenzahlung des Verkäufers rechtlich nicht als Kaufpreiszahlung qualifiziert werden. Der Beklagte kann sich demgegenüber nicht darauf berufen, dass es ihn nichts angehe, wer „als Dritter“ eine Zahlung auf den auf seinem Notaranderkonto zu hinterlegenden Kaufpreis erbringt. Denn um einen Dritten handelte es sich bei der Verkäuferin gerade nicht, sondern um die Vertragspartei, die ihm mit dem Wohnungsverkaufvertrag eine Verwahrungsanweisung erteilt hatte.

Die Klägerin fällt auch in den Schutzbereich der Amtspflicht des Notars, nur richtige, vollständige und klare Bestätigungen zu erteilen. Denn der Beklagte musste zumindest damit rechnen, dass die von ihm erteilte Bestätigung im Rechtsverkehr Verwendung finden wird oder zumindest finden kann. Hier lag dies zudem besonders nahe. Da der Beklagte die Bestätigung auch dem Käufer übersandte und der Beklagte zudem wusste, dass dieser in Finanzierungsverhandlungen stand (er übersandte am Tag der Beurkundung der Klägerin die notariellen Urkunden, Anlage K 6 a), musste er in Rechnung stellen, dass der Käufer dieses Schreiben gegenüber der Bank als Eigenkapitalnachweis verwenden und hierdurch bei ihr ein Irrtum entstehen kann. Es bestand die konkrete Gefahr, dass der Käufer gerade zur Täuschung der Bank das Schreiben dort vorlegt und damit vorgibt, selbst einen Teil des Kaufpreises eingezahlt zu haben.

2. Darüber hinaus hätte der Beklagte ohne Aufklärung der Gründe für die Zahlung der Verkäuferin und Unterrichtung

der Klägerin über die Einzahlung der Verkäuferin den Kaufvertrag schon nicht weiter vollziehen dürfen. Denn der Notar hat seine Amtstätigkeit zu versagen, wenn sie mit seinen Amtspflichten nicht vereinbar wäre, insbesondere wenn seine Mitwirkung an Handlungen verlangt wird, mit denen erkennbar unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden (§ 14 Abs. 2 BNotO).

Da der Beklagte einen Wissensvorsprung gegenüber der Klägerin hatte und zudem mit der Herausgabe der Mitteilung vom 17.9.2007 die Gefahr von deren Verwendung zur Täuschung der Bank geschaffen hatte, musste er dieses Wissen der Klägerin vor oder mit der Annahme des Treuhandauftrages preisgeben, wollte er nicht seine Pflichten aus § 14 Abs. 2 BNotO verletzen.

Erkennt ein Notar erst nachdem er die Verwahrungsmasse entgegengenommen hat, dass damit möglicherweise unerlaubte oder unredliche Zwecke verfolgt werden, so regelt § 54d Nr. 1 BeurkG in Konkretisierung der Pflichten aus § 14 Abs. 2 BNotO, dass er von der Auszahlung dann zunächst abzusehen und alle an dem Verwahrungsgeschäft beteiligten Personen zu unterrichten hat. Diese Pflichten treffen einen Notar erst recht, wenn er die Verwahrungsanweisung in Kenntnis des unerlaubten Zwecks angenommen hat (BGH, Beschluss vom 17.11.2008, NotZ 13/08, DNotZ 2009, 290 Rdnr. 8; BGH, Beschluss vom 7.4.2010, 2 StR 153/09, NJW 2010, 1764 Rdnr. 16). Nichts anderes gilt für die Annahme von Treuhandaufträgen.

a) Ein unerlaubter Zweck liegt dann vor, wenn gesetzwidrige Zwecke verfolgt werden, insbesondere wenn es um die Verwirklichung von Straftaten geht. Umstände der Ein- und Auszahlungen auf einem für die Kaufpreisbelegung und -auszahlung eingerichteten Notaranderkonto, Nachtragsvereinbarungen zu Grundstückskaufverträgen und übereinstimmende, von der Verwahrungsanweisung im Kaufvertrag abweichende Auszahlungsanweisungen, können ein Indiz dafür sein, dass in Wahrheit ein niedrigerer oder höherer als der beurkundete Kaufpreis vereinbart war, um damit gesetzwidrige Zwecke zu verfolgen wie etwa die Hinterziehung der Grunderwerbsteuer oder die Veranlassung der finanzierenden Bank zu einer von ihr abgelehnten hundertprozentigen Finanzierung (vgl. *Renner in Armbrüster/Preuß/Renner*, Beurkundungsgesetz und Dienstordnung für Notarinnen und Notare, 5. Aufl., § 54d Rdnr. 6). Dabei muss der Notar für das Eingreifen dieses Verbots der Mitwirkung an Geschäften, mit denen unerlaubte Zwecke verfolgt werden, keineswegs Gewissheit haben. Es reichen vielmehr konkrete Hinweise, die ihm den Verdacht nicht mehr nur als Spekulation erscheinen lassen (*Renner*, a. a. O., Rdnr. 9).

Diese Voraussetzungen waren hier nach Kenntniserlangung des Beklagten von der Einzahlung der 7.500 € durch die Verkäuferin gegeben. Da dieser Betrag nach der Verwahrungsanweisung des Vertrages wieder an sie auszukehren war, musste es sich ihm zwanglos aufdrängen, dass unter diesen Umständen nur ein um 7.500 € niedrigerer Kaufpreis zu zahlen war als der notariell beurkundete. Es lagen demzufolge konkrete Anhaltspunkte dafür vor, dass der beurkundete Kaufvertrag als Scheingeschäft gemäß § 117 BGB unwirksam und der wirklich gewollte wegen Formmangels gemäß § 311b Abs. 1, § 125 BGB formell unwirksam sein könnten. Ein solches Geschäft darf der Notar nicht vollziehen. Darüber hinaus bestand im Hinblick auf die dem Beklagten bekannte beabsichtigte überwiegende Finanzierung des Kaufpreises auch ein verdichteter Verdacht dahin, dass die Finanzierungsbank über den wahren Kaufpreis getäuscht werden sollte, um im Ergebnis eine volle Finanzierung des tatsächlich geschuldeten

Kaufpreises zu erhalten, und damit der Begehung eines Betrugstatbestandes zulasten der Bank. Der Beklagte hätte deshalb die Klägerin als Auftraggeberin des Treuhandauftrages informieren müssen, wenn er nach einer Nachfrage bei den Kaufvertragsparteien keine überzeugende Information über ein dennoch rechtmäßiges Handeln erhalten hätte.

Da er solche Informationen nicht eingezogen hat, kann er sich nicht darauf berufen, dass es Erklärungen für ein rechtmäßiges Handeln gegeben hätte, wie etwa in einem Fall, in dem der Käufer einen Kaufpreisteil direkt an die Verkäuferin leistet und die Verkäuferin den vom Käufer erhaltenen Betrag selbst auf das Notaranderkonto einzahlt oder im Falle einer Darlehensgewährung durch die Verkäuferin in Höhe des eingezahlten Betrages. Ohnehin wären auch in diesen beiden Fällen die Verdachtsgründe nicht ausgeräumt gewesen. Denn wenn der Käufer an den Verkäufer einen Teil des Kaufpreises direkt zahlt, erlischt die Forderung in dieser Höhe (§ 362 Abs. 1 BGB). Die Einzahlung dieses Betrages durch den Verkäufer kann deshalb in diesem Fall nicht mehr den Zweck haben, die Kaufpreisforderung zu tilgen. Sollte die Verkäuferin dagegen nur als Geldbote des Käufers fungieren, weil der Betrag zu hinterlegen war, so fragt sich, weshalb gerade die Verkäuferin diese Funktion hätte übernehmen sollen und der Käufer den Betrag nicht selbst einzahlte. Der Beklagte hatte daher keinen Anlass, sich die Einzahlung der Verkäuferin mit einer möglichen Zahlung des nicht finanzierten Kaufpreisteils durch den Käufer an den Verkäufer zu erklären. Hätte der Käufer einen Teil des Kaufpreises deshalb nicht einzuzahlen brauchen, weil ihm die Verkäuferin in dieser Höhe ein Darlehen gewährt hätte, so läge dem eine Verrechnung oder Aufrechnung zugrunde, ebenfalls mit der Folge, dass die Kaufpreisforderung in dieser Höhe erloschen wäre (§ 389 BGB). Außerdem berücksichtigt der Beklagte bei seinem Beispiel der Darlehensgewährung nicht, dass mit der Verwahrungsvereinbarung zwischen den Kaufvertragsparteien zugleich konkludent ein Aufrechnungsverbot hinsichtlich des Kaufpreisanspruchs vereinbart ist; denn wenn nicht der volle Kaufpreis eingezahlt, sondern ein Teil durch Aufrechnung erfüllt wird, wäre die Kaufvertragsabwicklung gefährdet (vgl. *Hertel* in *Eylmann/Vaasen*, BNotO und BeurkG, 3. Aufl., § 23 BNotO Rdnr. 22 m. w. N.). Der Beklagte durfte sich daher nicht mit den von ihm vorgetragenen Erklärungsversuchen für ein möglicherweise rechtmäßiges Verhalten der Kaufvertragsparteien begnügen.

Auch die weiteren Erläuterungen des Beklagten, in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat persönlich gehört, überzeugen nicht. Der Beklagte hat ausgeführt, er habe schon lange Erfahrung mit der grundbuchlichen Vollziehung einer Vielzahl von Kaufverträgen gehabt, bis die Banken in den Jahren 2006/2007 die weitere Treuhandaufgabe einführten, wonach der Kaufpreis vollständig hinterlegt sein muss. Dies habe wegen der hierdurch bedingten Verzögerungen bei der Auszahlungsreife einen „Aufschrei“ der Bauträger zur Folge gehabt. Die Bauträger hätten daher häufig den nicht finanzierten Teil des Kaufpreises selbst eingezahlt, damit es schneller geht. Auf seine anfänglichen Nachfragen bei den Bauträgern in ca. 50 Fällen habe er immer die gleiche Antwort bekommen, dass sie den Kaufpreis direkt erhalten hätten. Deshalb habe er in der Folge von weiteren Nachfragen abgesehen.

Legt man diesen Sachverhalt zugrunde, wird erst recht offenbar, dass die Einzahlung der Bauträger auch aus der Sicht des Beklagten allein den Zweck hatte, dass er als Notar die Voraussetzungen des Treuhandauftrages gegenüber der Bank als erfüllt behandelnd und bei Erfüllung der übrigen Auflagen zur Auszahlung schreiten konnte. Dieses Vorgehen stellt eine Umgehung der Treuhandaufgabe dar und steht dem Notar nicht zu,

auch wenn er die Auflage bei dem Vollzug von Bauträgerverträgen nicht für sinnvoll und/oder interessengerecht erachtet. Außerdem ist in der Literatur anerkannt, dass die finanzierende Bank ein berechtigtes Interesse an der Auflage hat, wenn sie nicht den vollständigen Kaufpreis finanziert, sondern ein Teil aus Eigenmitteln gezahlt wird bzw. eine Finanzierung durch mehrere Kreditinstitute erfolgt (vgl. *Hertel*, a. a. O., Rdnr. 99). Auch nach dem Formulierungsvorschlag der Bundesnotarkammer kann die Bank die vollständige Einzahlung („Hinterlegung“) des Kaufpreises verlangen (vgl. *Hertel*, a. a. O.). Selbst unter Zugrundelegung des vom Beklagten erläuterten Sachverhaltes lagen damit gewichtige Anhaltspunkte dafür vor, dass mit der Einzahlung der Verkäuferin auf das zur Hinterlegung des Kaufpreises eingerichtete Notaranderkonto ungesetzliche Zwecke, nämlich die Vortäuschung der Aufbringung eines gewissen Eigenkapitals durch den Käufer gegenüber der finanzierenden Bank bezweckt und diese hierdurch zur Kreditgewährung veranlasst werden sollte.

Ein derartiges betrügerisches Vorgehen gegenüber finanzierenden Banken, an dem sich ein Notar nicht beteiligen darf, ist in der notarrechtlichen Literatur und Rechtsprechung im Jahre 2007 schon seit vielen Jahren unter anderem unter dem Stichwort des Kick-back-Geschäftes bekannt gewesen und demzufolge nicht derart außergewöhnlich, dass der Beklagte trotz der massiven Anzeichen keinen konkreten Verdacht in diese Richtung hätte hegen und diesem nicht hätte nachgehen müssen (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.1977, VI ZR 176/76, DNotZ 1978, 373; BGH, Urteil vom 14.7.2000, 3 StR 454/99, DNotZ 2001, 566; BGH, Beschluss vom 17.8.2005, 2 StR 6/05, DNotZ 2006, 182; BGH, Beschluss vom 14.12.2009, NotSt (B) 2/09, DNotZ 2010, 116 Rdnr. 17; BGH, Beschluss vom 7.4.2010, 2 StR 153/09, a. a. O. mit Anm. *Küpper* in *jurisPR-StrafR* 11/2010 Anm. 3, zum Tatkomplex 2, Fall 22). Es besteht allgemein Einigkeit darüber, dass ein Betrug zulasten einer Bank vorliegt, wenn zum Schein ein höherer Kaufpreis als tatsächlich gewollt beurkundet wird, um einen Kredit in einer bestimmten Höhe zu erhalten, wobei durch die Angabe des höheren Kaufpreises eine höhere Werthaltigkeit von Sicherheiten – des Grundstücks – vorgetäuscht wird, die in Wirklichkeit nicht besteht (vgl. BGH, DNotZ 2001, 506). Dies gilt erst recht dann, wenn der Darlehensnehmer mangels Kreditwürdigkeit überhaupt keinen Kredit erhalten würde (vgl. BGH, NJW 2010, 1764 f. Rdnr. 5; BGH, DNotZ 2006, 182 f., Rdnr. 8, 9).

Der Beklagte hatte demzufolge eine sich aus der allgemeinen notariellen Pflicht, dem Unrecht zu wehren (§ 14 Abs. 2 BNotO, § 4 BeurkG), ergebende außerordentliche Schutz- und Warnpflicht (vgl. *Ganter*, a. a. O., Rdnr. 465 ff., 472) gegenüber der Klägerin, da deren Interessen durch diese Einzahlung und die von ihm erteilte Bestätigung erkennbar konkret gefährdet waren, zumal er damit rechnen musste, dass seine Mitteilung vom 17.9.2007 von dem Käufer dazu benutzt werden wird, den erforderlichen Eigenkapitalnachweis zu erbringen.

Auf die Verschwiegenheitspflicht gemäß § 18 BNotO kann sich der Beklagte demgegenüber nicht berufen, da die Pflicht, Unrecht zu verhindern, dem Schutz des Notargeheimnisses vorgeht (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.1977, VI ZR 176/76, DNotZ 1978, 247 Rdnr. 18; BGH, Beschluss vom 17.11.2008, a. a. O., Rdnr. 18; *Renner*, a. a. O., Rdnr. 10). Außerdem hätte er zunächst die Möglichkeit gehabt, den weiteren Vollzug davon abhängig zu machen, dass ihm die Kaufvertragsparteien entweder nachweisen, die Klägerin über die Einzahlung des Eigenanteils des Käufers durch die Verkäuferin informiert zu haben, oder dass sie ihm die Ermächtigung erteilen, die Klägerin zu informieren.

b) Selbst wenn der Beklagte die Einzahlung der Verkäuferin nicht als Anzeichen für die Beurkundung eines überhöhten Kaufpreises und ein betrügerisches Vorgehen gegenüber der Bank erkannt haben sollte und nicht hätte erkennen müssen, hätte er den Weg des § 54d BeurkG – Unterrichtung der Beteiligten und Absehen von der Auszahlung – beschreiten müssen, und zwar dann wegen des Vorliegens von Anhaltspunkten für unredliche Zwecke. Ein Zweck ist unredlich, wenn er zwar nicht verboten, aber mit den Wertungen der Rechts- und Sittenordnung nicht zu vereinbaren ist. Ist der Notar nicht in der Lage, den rechtlichen oder wirtschaftlichen Sinn der Verwahrung nachzuvollziehen, so hat er gleichfalls die Verwahrung abzulehnen bzw. nach § 54d BeurkG vorzugehen (Renner, a. a. O., Rdnr. 7).

3. Schließlich hat der Beklagte durch die Auszahlung auch den Treuhandauftrag der Klägerin verletzt.

Der Beklagte hatte den Treuhandauftrag der Klägerin nach dem Wortlaut der von ihr am 25.10.2007 erteilten Weisung (K 9) „peinlich genau“ (vgl. BGH, Urteil vom 8.5.2003, III ZR 294/02, NJW-RR 2003, 1434 ff. Rdnr. 15 m. w. N.) durchzuführen. Diese Pflicht hat er aus den vorstehend dargelegten Gründen verletzt, indem er trotz der Zahlung des von der Klägerin nicht finanzierten Restkaufpreisteils durch die Verkäuferin die volle Hinterlegung des Kaufpreises bejaht und die Voraussetzungen der Auszahlung als erfüllt angesehen hat. Damit hat er seine Pflichten bei der Erfüllung eines Treuhandauftrages verkannt. Denn eine „peinlich genaue“ Ausführung bedeutet gerade nicht, dass er sich trotz verdichteter Anhaltspunkte für ein betrügerisches Vorgehen mit der formalen Feststellung des Eingangs von Zahlungen in Höhe des vereinbarten Kaufpreises begnügen und ohne weitere Aufklärung zur Auszahlung des Kaufpreises schreiten durfte (vgl. BGH, Urteil vom 22.11.1977, a. a. O., Rdnr. 17).

Dem steht nicht entgegen, dass durch den letzten Punkt der Treuhandaufgabe – „der Kaufpreis bei Ihnen vollständig hinterlegt ist“ – in erster Linie die Gefahr vermieden werden soll, dass die Durchführung des Kaufvertrages an der Kaufpreiszahlung scheitert und mit dessen Rückabwicklung auch das Darlehen rückabzuwickeln sein könnte (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 28.2.2007, 4 U 165/06). Denn auch wenn diese Gefahr vorliegend nicht bestand, ändert dies nichts an der Pflicht des Notars aus dem Treuhandverhältnis, zu prüfen, ob die Auflage der vollständigen Hinterlegung des Kaufpreises bei einer Einzahlung durch die Verkäuferseite erfüllt ist.

4. Der Beklagte handelte schuldhaft, nämlich mindestens fahrlässig (§ 276 BGB). Denn bei gehöriger Aufmerksamkeit und bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte er die Verletzung der vorstehend aufgeführten Amtspflichten zumindest erkennen können und müssen. Dabei hat er sich an dem Maßstab eines erfahrenen, pflichtbewussten und gewissenhaften Durchschnittsnotars messen zu lassen (vgl. Ganter, a. a. O., Rdnr. 2095). Er hat keine Gesichtspunkte vorgetragen, die sein Verhalten aus seiner Sicht hätten pflichtgemäß erscheinen lassen können. Da er die Hintergründe der Einzahlung des Verkäufers nicht aufgeklärt hat, kann er sich nicht auf Fallgestaltungen berufen, in denen die Beteiligten möglicherweise doch rechtmäßige Zwecke verfolgt hätten, wobei die von ihm angeführten Fallgestaltungen schon nicht plausibel sind (siehe oben). Das Verschulden des Beklagten ist als jedenfalls grob fahrlässig zu qualifizieren, da sich ihm die Umgehung der Treuhandaufgabe aufdrängen musste.

5. Die Klägerin hätte nach ihrer Behauptung ohne die Notarbestätigung des Beklagten, die ihr vom Käufer zum Zwecke des Nachweises der Eigenkapitalaufbringung vorgelegt wurde,

den Kredit schon nicht zur Auszahlung (105.100 € auf das Notaranderkonto und 7.265,60 € auf Erwerbsnebenkosten, siehe Klageschrift S. 9 f.) gebracht, da nach dem Inhalt des Antrags auf ein Baufinanzierungsdarlehen und des Darlehensvertrages (Anlage K 1) der Käufer einen Eigenkapitalanteil von 7.569 € zu erbringen hatte und diese Voraussetzung nicht gegeben gewesen wäre. Soweit der Beklagte bestreitet, dass die Klägerin ohne Vorlage seiner Bestätigung vom 17.9.2007 das Darlehen nicht ausgezahlt hätte und das Gegenteil behauptet, kommt es hierauf nicht an, da nach der allgemeinen Lebenserfahrung eine tatsächliche Vermutung dafür spricht, dass sich die Klägerin an die von ihr aufgestellten Finanzierungsvoraussetzungen auch gehalten hätte, und er einen Gegenbeweis nicht angetreten hat.

Hätte der Beklagte die Klägerin über die Einzahlung durch die Verkäuferin unterrichtet, so spricht die Vermutung des aufklärungsrichtigen Verhaltens ebenfalls dafür, dass sie die Warnung beherzigt und das Darlehen nicht zur Auszahlung gebracht und damit auch den Treuhandauftrag nicht erteilt oder rechtzeitig widerrufen hätte. Schließlich wäre der Finanzierungsschaden der Klägerin auch nicht entstanden, wenn der Beklagte seiner Verpflichtung gemäß § 54d BeurkG nachgekommen wäre, von der Auszahlung abzusehen. Dabei kommt es entgegen der angefochtenen Entscheidung nicht darauf an, ob die Treuhandanweisung der vollständigen Kaufpreishinterlegung in erster Linie bezwecken soll, dass Kauf und Darlehen nicht wegen der Nichtzahlung des Kaufpreiseigenanteils des Käufers rückabgewickelt werden müssen. Die Treuhandabrede soll auch nicht nur gewährleisten, dass die vereinbarte Sicherheit für das Darlehen bestellt wird. Denn Zweck des § 19 Abs. 1 BNotO ist es auch, den Treugeber dagegen zu schützen, dass der Notar den noch zulässigen Widerruf des Treuhandauftrages und die Rückerstattung des Treuguts vereitelt (BGH, Urteil vom 8.2.1990, IX ZR 63/89; BGH, Urteil vom 6.6.2002, III ZR 206/01, Rdnr. 19; BGH, Beschluss vom 12.3.2009, III ZR 158/08, Rdnr. 3). Danach dient die Pflicht zur Einhaltung der Auszahlungsvoraussetzungen im Treuhandauftrag auch dazu, dem Treugeber das Treugut (= Darlehensmittel) zu erhalten. Dementsprechend schuldet der Notar in diesen Fällen als Schadenersatz den Betrag der treuhandwidrig ausgekehrten Darlehensvaluta (BGH, Beschluss vom 12.3.2009, a. a. O.).

6. Unstreitig besteht keine anderweitige Ersatzmöglichkeit. Da die Pflichtverletzungen Amtsgeschäfte der in §§ 23, 24 BNotO bezeichneten Art betreffen, haftet er ohnehin primär (§ 19 Abs. 1 Satz 2 Hs. 2 BNotO).

7. Da der Beklagte nicht nur seine Warn- und Hinweispflicht verletzt, sondern auch eine gegen die Treuhandanweisung verstoßende Verfügung vorgenommen hat, kommt die Anrechnung eines Mitverschuldens wegen etwaiger unterlassener eigener hinreichender Prüfung der Kreditwürdigkeit des Darlehensnehmers und der Werthaltigkeit der Immobilie durch die Bank nicht in Betracht (vgl. OLG Frankfurt, Urteil vom 31.10.2007, 4 U 39/07, Rdnr. 30). Das Gleiche gilt hinsichtlich der amtlichen Mitteilung an die Verkäuferin. Auch insoweit ist kein Raum für ein anzurechnendes Mitverschulden der Klägerin gemäß § 254 BGB, da der Rechtsverkehr auf die Richtigkeit einer solchen amtlichen Auskunft uneingeschränkt vertrauen darf (BGH, Urteil vom 21.11.1996, Rdnr. 47 f.). Entgegen dem angefochtenen Urteil musste die Klägerin nicht bei dem Beklagten nachfragen, wer die Einzahlung vorgenommen hat.

Die weiteren von dem Beklagten geltend gemachten Verstöße der Klägerin gegen die ihr obliegende Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten – keine hinreichende Bonitäts- und Identitäts-

prüfung des Darlehensnehmers und keine hinreichende Prüfung der Werthaltigkeit der Immobilie – liegen nicht im Schutzbereich der Amtspflichten, die der Beklagte bei der Erteilung der Bestätigung vom 17.9.2007 und der treuhänderischen Auszahlung verletzt hat. Auch für § 254 BGB gilt, dass die Zurechnung durch den Schutzzweck der Norm begrenzt wird. § 254 BGB setzt daher voraus, dass die vom Geschädigten verletzte Pflicht den Zweck hatte, Schäden wie den eingetretenen zu verhindern (vgl. *Palandt/Grüneberg*, 72. Aufl., § 254 Rdnr. 13 m. w. N.).

Der Beklagte hat hinsichtlich der Bonitäts- und Identitätsprüfung aber auch keine schlüssigen Tatsachen unter Beweisanztritt vorgetragen, die die Anrechnung eines Mitverschuldens rechtfertigen würden.

Soweit der Beklagte behauptet, die Klägerin habe Kenntnis davon gehabt, dass ihr Darlehensnehmer gar nicht in der Lage sei, das Eigenkapital von 7.500 € aufzubringen, hat er dafür keinen Beweis angetreten. Die Richtigkeit seiner Behauptung ergibt sich nicht schon aus der Baufinanzierungsanalyse (Anlage K 2, Blatt 1). Nach den Angaben auf der Rückseite des Blattes 1 verfügte der Darlehensnehmer zwar nur über einen Betrag von 431 € auf dem Konto. Die Klägerin hat hierzu jedoch schlüssig vorgetragen, dass er angab, über Barmittel von 7.569 € zu verfügen – eine entsprechende Eintragung befindet sich auf der Vorderseite von Blatt 1 – und dass er zum Nachweis der Einzahlung dieser Barmittel auf das Notaranderkonto gerade die Mitteilung des Beklagten an die Verkäuferin vom 17.9.2007 über die Einzahlung des Teilkaufpreises vorgelegt habe.

Soweit der Beklagte im Hinblick darauf, dass es sich bei dem Darlehensnehmer und Käufer mit dem Alias-Namen „V O“ um den durch das LG Berlin neben weiteren acht Angeklagten unter anderem wegen gewerbs- und bandenmäßigen Betruges zum Nachteil der Erwerber überbeurterter Eigentumswohnungen verurteilten A H H (Strafurteil BK 12) handelte, geltend macht, die Klägerin habe die Identität des Darlehensnehmers nicht hinreichend geprüft, fehlt es an der Kausalität der Verletzung der ihr obliegenden Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten. Denn unstreitig verfügte der Darlehensnehmer über einen gefälschten litauischen Reisepass, den er bei der notariellen Beurkundung des Kaufangebotes vor dem Notar W (Anlage K 1) und nach dem Vorbringen der Klägerin bei der D B zur Eröffnung eines Kreditkartenkontos vorlegte. Aus diesem Vorbringen der Klägerin folgt zwar, dass sie sich offenbar selbst keine Personaldokumente zur Prüfung der Identität vorlegen ließ. Dass die Klägerin bei der Vorlage des Passes die Fälschung oder die Fälschung der ihr vorgelegten Lohnsteuerbescheinigung und Lohnabrechnungsunterlagen mit diesem Alias-Namen (Anlagenkonvolut K 2) hätte bemerken müssen, behauptet der Beklagte aber nicht.

Auf die angesichts der behaupteten Differenz zwischen Kaufpreis und tatsächlichem Wert der Eigentumswohnung naheliegende unzureichende Prüfung der Werthaltigkeit durch die Klägerin käme es nur an, wenn der Beklagte zudem seine Hinweis- und Warnpflicht im Hinblick auf ihm erkennbare konkrete Anhaltspunkte für eine sittenwidrige Überhöhung des Kaufpreises verletzt hätte. Für ein objektiv grobes Missverhältnis zwischen Kaufpreis und Wert spricht zwar der Umstand, dass die Verkäuferin ihrerseits sechs – unter Berücksichtigung der Teilung der Wohnung Nr. 1 wären es sogar sieben – Eigentumswohnungen mit – nach den Angaben in der Anlage BK 9 – insgesamt $3.190/_{10.000}$ Miteigentumsanteilen zu einem Kaufpreis von nur insgesamt 240.000 € am 25.7.2007 kaufte. Der Beklagte musste die Beurkundung dieses Kaufvertrages (Anlage BK 9) allerdings bei der Beur-

kundung der Annahmeerklärung am 10.9.2007 angesichts der Vielzahl der von ihm durchgeführten Beurkundungen – bei der Beurkundung vom 10.9.2007 handelte es sich um die URNr. ... – nicht mehr im Gedächtnis haben. Ob ihm aufgrund der nachfolgenden, im gleichen Zeitraum liegenden Befassung mit der Annahme und Ausführung des Treuhandauftrages der Klägerin und der Teilungserklärung der Wohnung Nr. 1 Umstände bewusst wurden, aufgrund derer er konkrete Anhaltspunkte dafür hatte, dass der Kaufpreis für die Wohnung Nr. 1 b) weit überhöht ist, kann jedoch offen bleiben, da der kausale Schaden der Klägerin bereits aufgrund der oben festgestellten Amtspflichtverletzungen eingetreten ist.

9. Auf den neuen Vortrag zu den weiteren Vorgängen, die nunmehr Gegenstand zweier Klageverfahren gegen den Beklagten vor dem LG Berlin sind, kommt es ebenfalls nicht mehr an. Da der Beklagte allein schon aufgrund der Umstände des vorliegenden Falles seine notariellen Pflichten schuldhaft verletzt hat, muss ein systematisches Vorgehen nicht festgestellt werden.

10. Die geltend gemachten Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem Basiszinssatz stehen der Klägerin gemäß § 249 Abs. 1, § 288 Abs. 1 BGB zu.

11. Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 i. V. m. § 269 Abs. 3 Satz 2, § 91a Abs. 1 ZPO, diejenige über die vorläufige Vollstreckbarkeit auf § 708 Nr. 10, § 711 ZPO.

12. Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des § 543 Abs. 2 ZPO ersichtlich nicht vorliegen.

Kostenrecht

21. GG Art. 3 Abs. 1; KostO § 144 Abs. 1, 2; AO §§ 52, 53, 54 (*Gewährung von Ermäßigung von Notargebühren bei Körperschaften, Vereinigungen und Stiftungen*)

Es ist mit dem Grundgesetz vereinbar, dass die Ermäßigung von Notargebühren nur solchen Körperschaften, Vereinigungen und Stiftungen gewährt wird, die ausschließlich mildtätige oder kirchliche, nicht aber gemeinnützige Zwecke verfolgen.

BGH, Beschluss vom 19.6.2013, V ZB 130/12

Der Kostengläubiger (Notar) beurkundete am 10.11.2011 einen Grundstückskaufvertrag für die Kostenschuldnerin. Bei dieser handelt es sich um eine gemeinnützige Stiftung, die ihrer Satzung zufolge die Förderung des Naturschutzes in Hamburg mit dem Schwerpunkt auf Naturschutzmaßnahmen im Naturraum der Tideelbe und außerhalb von Naturschutzgebieten bezweckt. In seiner Kostenrechnung setzte der Notar unter Zugrundelegung eines Geschäftswerts von 548.945,10 € unter anderem eine doppelte Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO an, auf die ein Betrag i. H. v. 1.764 € entfällt.

Der Antrag der Kostenschuldnerin auf gerichtliche Entscheidung, mit dem sie eine Gebührenermäßigung gemäß § 144 Abs. 1 und 2 KostO erreichen will, hat in den Vorinstanzen keinen Erfolg gehabt. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde strebt die Kostenschuldnerin weiterhin die Abänderung der Kostenberechnung an.

Nach Auffassung des Beschwerdegerichts ist der Kostenschuldnerin keine Gebührenermäßigung gemäß § 144 Abs. 2 KostO zu gewähren. Der Wortlaut der Vorschrift sei eindeutig und einer erweiterten Auslegung nicht zugänglich. Der Gesetzgeber habe das Privileg der Gebührenermäßigung bewusst an die Verfolgung mildtätiger oder kirchlicher Zwecke geknüpft. Der Gleichbehandlungsgrundsatz des Art. 3 Abs. 1 GG, der lediglich eine willkürliche Ungleichbehandlung verbiete, sei gewahrt, weil sich gemeinnützige und mildtätige bzw.

kirchliche Zwecke grundsätzlich voneinander unterschieden. Der Begriff der Gemeinnützigkeit sei relativ umfassend, so dass viele nichtstaatliche Hilfswerke und kulturelle Institutionen, aber auch Sportvereine und Krankenhäuser gemeinnützige Zwecke verfolgten. Dagegen seien die mildtätigen und kirchlichen Zwecke eng gefasst. Nichts anderes folge aus der Entwicklung des Steuerrechts, die zu einer weitgehenden Gleichbehandlung der verschiedenen Zwecke geführt habe. Die Kostenberechnung der Notare sei von der Steuererhebung zu unterscheiden. Denn eine gesetzlich vorgeschriebene Gebührenermäßigung greife in Grundrechte des Notars ein (Art. 12 GG) und sei daher auf die unbedingt notwendigen Fälle zu begrenzen.

Aus den Gründen:

III.

Die gemäß § 156 Abs. 4 Satz 1 KostO statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Beschwerdegericht hat eine Abänderung der Kostenberechnung zu Recht versagt.

1. Eine Gebührenermäßigung gemäß § 144 Abs. 2 i. V. m. § 144 Abs. 1 KostO scheidet aus, weil die Kostenschuldnerin weder mildtätige noch kirchliche Zwecke verfolgt.

a) Gemäß § 144 Abs. 1 KostO ermäßigen sich die Notargebühren unter bestimmten Voraussetzungen für die dort genannten Kostenschuldner, insbesondere Bund, Länder, Gemeinden und Kirchen. Diese Gebührenermäßigung ist gemäß § 144 Abs. 2 KostO auch Körperschaften, Vereinigungen oder Stiftungen zu gewähren, die ausschließlich und unmittelbar mildtätige oder kirchliche Zwecke im Sinne der Abgabenordnung verfolgen. Ein mildtätiger Zweck setzt gemäß § 53 AO unter anderem die selbstlose Unterstützung hilfsbedürftiger Personen voraus. Kirchliche Zwecke im Sinne des § 54 AO liegen in der selbstlosen Förderung einer Religionsgemeinschaft, die Körperschaft des öffentlichen Rechts ist.

b) Nach dem eindeutigen Wortlaut erstreckt sich der Anwendungsbereich der Norm nicht auf die Kostenschuldnerin. Sie verfolgt weder mildtätige noch kirchliche, sondern mit der Förderung des Naturschutzes gemeinnützige Zwecke; darunter sind gemäß § 52 Abs. 1 Satz 1 AO Tätigkeiten zu verstehen, durch die die Allgemeinheit auf materiellem, geistigem oder sittlichem Gebiet selbstlos gefördert wird. Hierzu gehören unter anderem die Förderung des Naturschutzes und der Landschaftspflege im Sinne des Bundesnaturschutzgesetzes und der Naturschutzgesetze der Länder (§ 52 Abs. 2 Satz 1 Nr. 8 AO). Dass § 144 Abs. 2 KostO nur auf die ausdrücklich in der Norm genannten Zwecke anwendbar ist, entspricht einhelliger Auffassung in Rechtsprechung und Literatur (BayObLGZ 1994, 271, 272; LG Arnsberg, KirchE 46, 361, 364; Schwarz in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 144 Rdnr. 12; Rohs in *Rohs/Wedewer*, KostO, 2012, § 144 Rdnr. 7; Hartmann, *Kostengesetze*, 42. Aufl., § 144 Rdnr. 17; Tiedtke/Diehn, *Notarkosten im Grundstücksrecht*, 3. Aufl., Rdnr. 608; Filzek, *KostO*, 4. Aufl., § 144 Rdnr. 6; Notarkasse München, Streifzug durch die Kostenordnung, 9. Aufl., Rdnr. 658, 661).

2. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kommt eine analoge Anwendung der Vorschrift nicht in Betracht, weil es an einer Regelungslücke fehlt.

a) Der Gesetzgeber hat den Anwendungsbereich des § 144 Abs. 2 KostO bewusst eng begrenzt. Dass er bei seiner Verweisung auf Bestimmungen der Abgabenordnung die naheliegende Möglichkeit der Erstreckung auf gemeinnützige Einrichtungen übersehen hat, erscheint ausgeschlossen. Für eine gewollt eng begrenzte Reichweite der Gebührenermäßigung spricht darüber hinaus der Umstand, dass selbst eine mildtätige oder kirchliche Zweckrichtung nur dann begünstigt

wird, wenn sie ausschließlich und unmittelbar verfolgt wird (vgl. §§ 56, 57 AO). Sogar Einrichtungen, die nach ihrem Satzungszweck sowohl mildtätige als auch gemeinnützige Zwecke verfolgen, ist deshalb keine Gebührenermäßigung zu gewähren (BayObLGZ 1994, 271, 272; LG Arnsberg, KirchE 46, 361, 364 f.; Schwarz in *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Aufl., § 144 Rdnr. 12; Hartmann, *Kostengesetze*, 42. Aufl., § 144 Rdnr. 17; Tiedtke/Diehn, *Notarkosten im Grundstücksrecht*, 3. Aufl., Rdnr. 608; Schmidt, *MittRhNotK* 1989, 209, 210).

b) Die Entstehungsgeschichte der Norm bestätigt diese Auslegung. Mit der in § 144 Abs. 2 KostO in der Fassung vom 15.6.1989 erstmals enthaltenen Beschränkung der Gebührenermäßigung auf Körperschaften, Vereinigungen und Stiftungen, die ausschließlich und unmittelbar mildtätige oder kirchliche Zwecke verfolgen, reagierte der Gesetzgeber auf eine Entscheidung des BVerfG vom 1.3.1978, mit der die Vorgängerregelung (§ 144 Abs. 3 KostO i. d. F. vom 28.8.1969, BGBl I, S. 1513) teilweise für nichtig erklärt worden war. Das BVerfG hielt die damals weiter gefasste Pflicht zur Gebührenermäßigung für unvereinbar mit der Berufsausübungsfreiheit der Notare (Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG; BVerfGE 47, 285 ff.). Eine Ermäßigungspflicht müsse aus Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt und den Notaren zumutbar sein; dies habe der Gesetzgeber unter Ermittlung der Einkommensauswirkungen für die Notare konkret zu prüfen (BVerfGE 47, 285, 318 ff.). Diesen Vorgaben wollte der Gesetzgeber gerecht werden und die Gebührenvergünstigung in einem engen, den Notar möglichst wenig belastenden Rahmen halten (vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Rechtsausschusses vom 20.4.1989, BT-Drucks. 11/4394, S. 10 f.; Gesetzentwurf des Bundesrates vom 19.5.1988, BT-Drucks. 11/2343, S. 10 f.). Angesichts dessen ist der sachliche und persönliche Geltungsbereich der Gebührenermäßigung abschließend geregelt worden. Die Ausdehnung auf die weit gefasste Verfolgung gemeinnütziger Zwecke im Sinne des § 52 AO liefe dem erklärten Ziel des Gesetzgebers zuwider.

3. Entgegen der Auffassung der Kostenschuldnerin ist § 144 Abs. 2 KostO mit Art. 3 Abs. 1 GG vereinbar; eine Aussetzung des Verfahrens und Vorlage an das BVerfG (Art. 100 Abs. 1 Satz 1 GG) kommt nicht in Betracht.

a) Der allgemeine Gleichheitssatz des Art. 3 Abs. 1 GG gebietet es dem Gesetzgeber, wesentlich Gleiches gleich und wesentlich Ungleiches ungleich zu behandeln (st. Rspr., vgl. BVerfGE 98, 365, 385 m. w. N.). Er gilt sowohl für ungleiche Belastungen als auch für ungleiche Begünstigungen. Verboten ist daher auch ein gleichheitswidriger Begünstigungsauschluss, bei dem einem Personenkreis eine Begünstigung gewährt wird, einem anderen Personenkreis die Begünstigung aber vorenthalten bleibt. Je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen ergeben sich unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber. Art. 3 Abs. 1 GG ist jedenfalls verletzt, wenn sich ein vernünftiger, aus der Natur der Sache ergebender oder sonstwie einleuchtender Grund für die gesetzliche Differenzierung oder Gleichbehandlung nicht finden lässt. Dabei kommt es entscheidend darauf an, in welchem Maß sich die Ungleichbehandlung von Personen oder Sachverhalten nachteilig auf die Ausübung grundrechtlich geschützter Freiheiten auswirken kann. Nähere Maßstäbe und Kriterien dafür, unter welchen Voraussetzungen im Einzelfall der allgemeine Gleichheitssatz durch den Gesetzgeber verletzt ist, lassen sich nicht abstrakt und allgemein, sondern nur bezogen auf die jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereiche präzisieren (st. Rspr., vgl. BVerfGE 110, 412, 432 f.; BVerfG, NJW 2013, 847 Rdnr. 72 jeweils m. w. N.).

b) Im Bereich der Notargebühren darf der Gesetzgeber die ausschließliche Verfolgung von mildtätigen oder kirchlichen Zwecken gegenüber der Verfolgung gemeinnütziger Zwecke privilegieren.

aa) Im Ausgangspunkt sind der Gebührenermäßigung im Hinblick auf die Grundrechte der Notare enge Grenzen gesetzt; insoweit besteht ein grundlegender Unterschied zu Begünstigungen im Steuerrecht. Denn während der Staat auf eigene Einnahmen verzichtet, wenn er steuerrechtliche Privilegien gewährt, verpflichten Gebührenermäßigungsvorschriften Notare dazu, berufliche Leistungen für ein Entgelt zu erbringen, das erheblich unter den Regelgebühren liegt. Derartige Normen sind verfassungsrechtlich als Berufsausübungsregelungen im Sinne von Art. 12 Abs. 1 Satz 2 GG zu beurteilen und bedürfen einer besonderen Rechtfertigung (näher BVerfGE 47, 285, 321). Demgegenüber handelt es sich aufseiten der Kostenschuldner um eine relativ geringfügige finanzielle Erleichterung, die in aller Regel nicht von existentiellen Gewichten ist. Aus diesem Grund muss der Gesetzgeber bei der Auswahl der begünstigten Kostenschuldner lediglich das Verbot willkürlicher Ungleichbehandlung beachten.

bb) Gemessen daran ist die durch § 144 Abs. 2 KostO getroffene Auswahl der privilegierten Zwecke nicht zu beanstanden.

(1) Eine besondere Behandlung kirchlicher Zwecke im Sinne des § 54 AO begegnet keinen Bedenken, weil die geförderten Religionsgemeinschaften, die Körperschaften des öffentlichen Rechts sind, dem besonderen verfassungsrechtlichen Schutz der Weimarer Kirchenartikel unterliegen (Art. 140 GG i. V. m. Art. 136 bis 139, 141 WRV). Daraus folgt zwar keine staatliche Verantwortung für die finanzielle Ausstattung der Kirchen und kirchlicher Einrichtungen, wohl aber eine Präferenzposition, soweit der Staat materielle Verteilungsfunktionen wahrnimmt (*Robbers in List/Pirson*, Handbuch des Staatskirchenrechts I, 2. Aufl., S. 877 f.; vgl. auch *Sachs/Ehlers*, GG, 6. Aufl., Art. 140 Rdnr. 9; *Maunz/Dürig/Koroth*, GG, 2013, Art. 140 Rdnr. 32). Auch die Bevorzugung der Verfolgung kirchlicher Zwecke gegenüber den als gemeinnützig eingestuften religiösen Zwecken (§ 52 Abs. 2 Nr. 2 AO) hält sich noch in dem weiten Gestaltungsspielraum des Gesetzgebers.

(2) Eine Gebührenermäßigung im Hinblick auf mildtätige Zwecke rechtfertigt sich jedenfalls aus der Überlegung, dass diese zum Kernbereich selbstloser Gemeinwohlförderung gehören (vgl. *Hüttemann*, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 2. Aufl., § 3 Rdnr. 157). Einrichtungen, die ausschließlich mildtätige Zwecke verfolgen, unterstützen Personen, die persönlich oder wirtschaftlich hilfsbedürftig sind (vgl. § 53 AO). Damit decken sie einen Fürsorgebereich ab, der zu den selbstverständlichen Pflichten des Sozialstaats gehört (vgl. BVerfGE 40, 121, 133). Zwar betreffen auch die als gemeinnützig eingestuften Zwecke im Allgemeinen wichtige staatliche Aufgaben; dabei geht es aber auch und vor allem um eine qualitative Ergänzung und Bereicherung des staatlichen Leistungsangebots in höchst unterschiedlichen und breit gefächerten Bereichen (vgl. § 52 Abs. 2 AO; *Hüttemann*, a. a. O., § 1 Rdnr. 82).

IV.

Eine Kostenentscheidung ist nicht veranlasst (§ 156 Abs. 6 Satz 2, § 131 Abs. 2 KostO).

Die Festsetzung des Gegenstandswerts beruht auf § 156 Abs. 6 Satz 2, § 131 Abs. 4, § 30 Abs. 1 KostO, wobei die Differenz zwischen der abgerechneten und der ermäßigten Gebühr für die Vertragsbeurkundung (§§ 32, 36 Abs. 2

KostO) in Ansatz zu bringen ist (50 % von 1.764 € = 882 € zzgl. MwSt.). Die gemäß § 55 Abs. 1 KostO erhobene Gebühr hat der Notar ohnehin auf die Mindestgebühr beschränkt (§ 33 KostO); die weiteren Gebühren ermäßigen sich nicht (§ 144 Abs. 1 und 2 KostO).

Hinweis der Schriftleitung:

Der BGH bestätigt die Auffassung der Notarkasse A. d. ö. R., siehe Streifzug durch das GNotKG, 10. Aufl. 2013, Rdnr. 803.

Öffentliches Recht

22. GBO § 41 Abs. 1 Satz 1, § 42 Satz 1 (*Verpflichtung der Flurbereinigungsbehörde auf Briefvorlage bei Grundbuchberichtigungsverfahren*)

Im Grundbuchberichtigungsverfahren aufgrund eines Ersuchens gemäß § 79 FlurbG ist die Flurbereinigungsbehörde zur Vorlage von Hypotheken- und Grundschuldbriefen verpflichtet, wenn Eintragungen bei den verbrieften Rechten in Abteilung III des Grundbuchs notwendig sind; erfolgen die berichtigenden Eintragungen nur im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs, besteht keine Pflicht zur Briefvorlage.

BGH, Beschluss vom 7.2.2013, V ZB 160/12

Der Beteiligte zu 2 ist als Eigentümer der im Grundbuch von M, Blatt 382, unter der laufenden Nummer 49 des Bestandsverzeichnisses aufgeführten Flurstücke 48/1 und 48/2 der Flur 2 eingetragen. In Abteilung III des Grundbuchs sind unter den Nummern 6 und 7 zwei auf dem Grundstück Nummer 49 lastende Briefgrundschulden eingetragen. Das Flurstück 48/2 tauschte der Beteiligte zu 2 in einem freiwilligen Landtauschverfahren, welches von der Beteiligten zu 1 als Flurbereinigungsbehörde geleitet wurde, gegen das im Grundbuch von M, Blatt 425, unter der laufenden Nummer 10 des Bestandsverzeichnisses eingetragene Flurstück 10 der Flur 28. Als Eigentümer dieses nach dem Grundbuchinhalt unbelasteten Flurstücks ist der Beteiligte zu 3 eingetragen. Die zulasten des getauschten Flurstücks 48/2 eingetragenen Grundschulden belasten nach dem Tauschplan nicht mehr dieses Flurstück, sondern das Flurstück 10.

Der Tauschplan ist unanfechtbar. Die Beteiligte zu 1 ordnete seine Ausführung an. Als Zeitpunkt des neuen Rechtszustands setzte sie den 8.7.2011 fest.

Mit Schreiben vom 12.1.2012 hat die Beteiligte zu 1 das Grundbuchamt um die Berichtigung der Grundbücher entsprechend den in dem Tauschplan getroffenen Regelungen ersucht. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 23.3.2012 die beantragten Eintragungen von der Vorlage der für die in Abteilung III des Grundbuchs von M, Blatt 382, unter den Nummern 6 und 7 eingetragenen Grundschulden erteilten Briefe abhängig gemacht. Der dagegen gerichteten Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat es – ohne Angabe von Gründen – nicht abgeholfen. Das OLG hat das Rechtsmittel zurückgewiesen. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 das Eintragungsersuchen weiter.

Aus den Gründen:

II.

Nach Ansicht des Beschwerdegerichts ist die Vorlage der Grundschuldbriefe notwendig, weil für die Erledigung des Eintragungsersuchens auch Eintragungen in der dritten Abteilung des Grundbuchs unter den Nummern vorgenommen werden müssen, unter denen die beiden Briefgrundschulden eingetragen sind. In den Spalten 5 bis 7 sei die Belastung des Tauschgrundstücks mit den Grundschulden zu vermerken; es

handele sich nicht lediglich um eine andere Bezeichnung des belasteten Grundstücks, sondern Belastungsgegenstand sei ein anderes Grundstück als vorher. Das Eintragungersuchen ersetze nicht das Erfordernis der Briefvorlage.

III.

Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 71 FamFG) Rechtsbeschwerde ist begründet. Zwar kann auch im Grundbuchberichtigungsverfahren aufgrund eines Ersuchens nach § 79 FlurbG die Flurbereinigungsbehörde zur Vorlage von Grundpfandrechtsbriefen verpflichtet sein. Aber hier steht der Erledigung des Eintragungersuchens die fehlende Vorlage der Grundschuldbriefe nicht entgegen.

1. Zutreffend geht das Beschwerdegericht allerdings davon aus, dass gemäß § 41 Abs. 1 Satz 1, § 42 Satz 1 GBO der Grundschuldbrief vorzulegen ist, wenn eine Eintragung bei einer Briefgrundschuld erfolgen soll. Mit diesen Vorschriften werden zwei Ziele verfolgt. Zum einen soll das Grundbuchamt in die Lage versetzt werden, die Bewilligungsberechtigung des von der Eintragung Betroffenen (§ 19 GBO) zu prüfen. Dafür ist die Briefvorlage notwendig, weil der Gläubiger einer Briefgrundschuld nicht in jedem Fall aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Der Übergang des Rechts auf einen neuen Gläubiger kann auch außerhalb des Grundbuchs durch Übertragung der Grundschuld mittels schriftlicher Erklärung und Übergabe des Briefes erfolgen (§ 1154 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB). Zum anderen dienen die Vorschriften zusammen mit denen in § 62 GBO dazu, die Übereinstimmung zwischen dem Inhalt des Grundbuchs und dem Inhalt des Grundschuldbriefs sicherzustellen (OLG Düsseldorf, Rpfleger 1995, 104).

2. Ebenfalls zutreffend meint das Beschwerdegericht, dass Eintragungen „bei einer Grundschuld“ nur solche Eintragungen sind, die in der Abteilung III des Grundbuchs unter der Nummer erfolgen, unter der die Grundschuld eingetragen ist. Dabei spielt es keine Rolle, ob die Eintragung rechtsbegründend oder rechtsbezeugend ist, auf Bewilligung, Unrichtigkeitsnachweis oder Zwangsvollstreckung beruht, auf Antrag, auf Ersuchen oder von Amts wegen vorzunehmen ist, endgültigen oder vorläufigen Charakter hat, ob der Grundschuldgläubiger von der Eintragung betroffen oder begünstigt oder ob sie für ihn rechtlich neutral ist, und ob die Eintragung auf dem Brief vermerkt wird oder nicht (siehe nur *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 13 m. w. N.). Keine Eintragungen im Sinn von § 41 Abs. 1 Satz 1, § 42 Satz 1, § 62 Abs. 1 Satz 1 GBO sind dagegen solche, die zwar materiell auf die Grundschuld einwirken, aber grundbuchmäßig ihre Eintragung in Abteilung III nicht berühren (*Meikel/Bestelmeyer*, GBO, 10. Aufl., § 41 Rdnr. 31 m. w. N.). Dasselbe gilt für die Verlautbarung von Tatsachen wie die identitätswahrende Namensänderung des Berechtigten, die Richtig- und Klarstellung ungenauer Eintragungsvermerke, Euro-Umstellungen seit dem 31.12.2001, Vermerke über das Bestehen oder Erlöschen anderer Mithaftstellen, die nur infolge von Umbuchungen angebracht werden, die Einweisung eines anderen Rechts in einen bei der Hypothek oder Grundschuld bereits eingetragenen vorbehaltenen Rang und die Umbuchung des belasteten Grundbesitzes auf ein anderes Grundbuchblatt (siehe wiederum nur *Hügel/Zeiser*, a. a. O., Rdnr. 19).

3. Dass es sich bei den für die Erledigung des Eintragungersuchens notwendigen Eintragungen um Eintragungen bei den Grundschulden handelt, nimmt das Beschwerdegericht jedoch zu Unrecht an.

a) In dem Verfahren des freiwilligen Landtausches (§§ 103a ff. FlurbG) tritt mit dem in der Anordnung der Ausführung des unanfechtbaren Tauschplans durch die Flurbereinigungsbe-

hörde genannten Zeitpunkt der neue Rechtszustand entsprechend den Festlegungen in dem Tauschplan ein (§ 61 Satz 2, §§ 103b, 103f. Abs. 3 Satz 2 FlurbG). Die Rechtsänderungen vollziehen sich außerhalb des Grundbuchs. Das Ersuchen der Flurbereinigungsbehörde um Eintragung der Rechtsänderungen in das Grundbuch (§ 79 FlurbG) dient somit der Grundbuchberichtigung. Zusammen mit den sonstigen Unterlagen (siehe § 80 FlurbG) ersetzt es den Eintragungsantrag (§ 13 Abs. 1 GBO), Eintragungsbewilligungen (§ 19 GBO), eventuell notwendige Zustimmungen Dritter und den Nachweis der Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 Abs. 1 GBO (BayObLGZ 1985, 372, 374). Das Grundbuchamt hat nur zu prüfen, ob die formellen Voraussetzungen des Eintragungersuchens erfüllt sind, ob es alle für die beantragte Eintragung notwendigen Angaben enthält und ob die erforderlichen Unterlagen vorliegen; eine inhaltliche Prüfung des Berichtigungsersuchens hat es nicht vorzunehmen (BayObLGZ, a. a. O.; vgl. allgemein Senat, Beschluss vom 20.12.2012, V ZB 95/12, Umdruck S. 7 – zur Veröffentlichung bestimmt).

b) Folge der Rechtsänderung ist hier, dass an die Stelle des einen Tauschflurstücks 48/2 das andere Tauschflurstück 10 tritt und umgekehrt (§ 68 Abs. 1 Satz 1, § 103f Abs. 1 Satz 1 FlurbG). Das bedeutet, dass die Rechtsverhältnisse, die an dem jeweiligen Tauschgrundstück bestanden, sich ohne Weiteres an dem anderen Tauschgrundstück fortsetzen (Grundsatz der dinglichen Surrogation; vgl. *Seehusen/Schwedel/Schwantag/Wingerter*, FlurbG, 8. Aufl., § 58 Rdnr. 1 f.). Dies gilt sowohl für das Eigentum als auch für dingliche Belastungen der Tauschgrundstücke.

c) Die Berichtigung darf ohne die Vorlage der Grundschuldbriefe erfolgen, weil keine Eintragungen bei den Grundschulden vorzunehmen sind.

aa) Das Eintragungersuchen der Beteiligten zu 1 ist darauf gerichtet, die Grundbücher wie folgt zu berichtigen: Das in dem Grundbuch von M Blatt 382 eingetragene Flurstück 48/2 (bisheriger Eigentümer: Beteiligter zu 2) soll als Bestand abgeschrieben und als neuer Bestand in das Grundbuch von M, Blatt 425, welches den Beteiligten zu 3 als Eigentümer ausweist, eingetragen werden. Die in Abteilung III unter den Nummern 6 und 7 im Grundbuch von M, Blatt 382, zulasten des Grundstücks Nummer 49 eingetragenen Briefgrundschulden sollen nicht in das Grundbuch von M, Blatt 425, übertragen werden. Im Gegenzug soll das Flurstück 10 (bisheriger Eigentümer: Beteiligter zu 3) in dem Grundbuch von M, Blatt 425, als Bestand abgeschrieben und als neuer Bestand in dem Grundbuch von M, Blatt 382, verzeichnet werden. Dieses Flurstück soll für die in Abteilung III unter Nummern 6 und 7 eingetragenen Briefgrundschulden haften.

bb) Die Übertragung des Flurstücks 48/2 von Blatt 382 auf Blatt 425 kann gemäß § 13 Abs. 4 Satz 2 GBV im Grundbuch dergestalt vollzogen werden, dass die Angaben zu diesem Flurstück in den Spalten 3 und 4 des Bestandsverzeichnisses (laufende Nummer 49) rot unterstrichen werden, in den Spalten 7 und 8 der auf die Übertragung des Flurstücks als Teil des unter der laufenden Nummer 49 eingetragenen Grundstücks auf Blatt 425 hinweisende Vermerk eingetragen, das Flurstück als selbständiges Grundstück unter einer neuen laufenden Nummer im Bestandsverzeichnis von Blatt 425 verzeichnet wird und die Eintragung des bei dem Grundstück Nr. 49 verbleibenden Flurstücks 48/1 unverändert bestehen bleibt. Da das Flurstück 48/2 nach dem Tauschplan lastenfrei geworden ist, scheidet die Eintragung eines Vermerks gemäß § 48 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 GBO in den Spalten 5 bis 7 der Abteilung III von Blatt 382 bei den die beiden Briefgrundschulden betreffenden Eintragungen, der die Übertragung zur Mithaft nach Blatt 425

dokumentiert (siehe dazu *Meikel/Böttcher*, GBO, 10. Aufl., § 7 Rdnr. 72), aus. Folglich ist in der Abteilung III von Blatt 425 ebenfalls keine Eintragung vorzunehmen.

cc) Eintragungen bei den Grundschulden erfolgen auch nicht wegen des Umstands, dass das Flurstück 48/2 nicht mehr für sie haftet.

(1) Nach dem Tauschplan sind die Grundschulden erloschen, soweit sie an dem Flurstück 48/2 bestanden. Die Rechtsänderung trat kraft Gesetzes ein (§ 61 Abs. 2, §§ 103b, 103f. Abs. 3 Satz 2 FlurbG). Sie wird in den Grundbüchern dadurch dokumentiert, dass das Flurstück lastenfrei abgeschrieben und neu eingetragen wird (siehe vorstehend unter bb). Nach § 46 Abs. 2 GBO gilt dies als Löschung der Grundschulden in Ansehung des Flurstücks 48/2. Ob bei dieser Form der Löschung, die einer Löschung nach § 46 Abs. 1 GBO durch Eintragung eines Vermerks, der das Erlöschen der Mithaft ausweist, in Abteilung III Spalten 5 bis 7 des Grundbuchs (siehe *KEHE/Eickmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 11 V Rdnr. 8) gleichwertig ist, in dem Fall der lastenfreien Abschreibung einer noch nicht vermessenen Grundstücksteilfläche die Vorlage von Grundpfandrechtsbriefen erforderlich ist (bejahend: *Bauer/von Oefele/Schneider*, GBO, 3. Aufl., § 41 Rdnr. 13; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 41 Rdnr. 5 und § 62 Rdnr. 3; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 13, 19, und § 62 Rdnr. 2; *Meikel/Bestelmeyer*, GBO, 10. Aufl., § 41 Rdnr. 16 und § 62 Rdnr. 9; *Meikel/Böhringer*, a. a. O., § 46 Rdnr. 104; *Lemke/Wagner*, Immobilienrecht, § 41 Rdnr. 10, und § 62 Rdnr. 4; *KEHE/Herrmann*, Grundbuchrecht, 6. Aufl., § 41 Rdnr. 7; *Burkhardt*, BWNZ 1987, 111, 112 f.; *Gaberdiel*, ZIP 1985, 1262 f.; verneinend: OLG Celle, WM 1985, 1041, 1042; *KEHE/Eickmann*, a. a. O., § 62 Rdnr. 2), kann offen bleiben. Der Briefvorlage bedarf es für die Dokumentation der Abschreibung im Grundbuch jedenfalls dann nicht, wenn – wie hier – ein Bestandteil des belasteten Grundstücks lastenfrei abgeschrieben werden soll. Bei der Abschreibung eines realen Grundstücksteils, der katastermäßig noch nicht als Flurstück ausgewiesen ist, muss das belastete Grundstück vor der Abschreibung in zwei (oder mehrere) Flurstücke geteilt werden (vgl. § 2 Abs. 3 Satz 2 GBO). Diese erhalten jeweils eine neue laufende Nummer im Bestandsverzeichnis der Grundbücher. Das ursprüngliche Haftungsobjekt (Grundstück im Rechtssinn) existiert damit rechtlich nicht mehr. Hier ist es jedoch anders. Im Gegensatz zu der Ansicht des Beschwerdegerichts ist Belastungsgegenstand kein anderes Grundstück als vorher. Das unter der laufenden Nummer 49 im Bestandsverzeichnis von Blatt 382 eingetragene Grundstück bleibt auch nach der Abschreibung des Flurstücks 48/2 dort eingetragen (siehe vorstehend unter bb). Die Grundschulden lasten unverändert auf diesem Grundstück. Dass es durch die Bestandteilsabschreibung flächenmäßig kleiner geworden ist, berührt die Eintragung in Abteilung III nicht. Auch wenn das Haftungsobjekt durch Bestandteilszuschreibung größer wird, erfolgt keine Eintragung „bei der Grundschuld“ (siehe nachstehend unter dd).

(2) Die Briefvorlage ist auch nicht deshalb erforderlich, weil das Grundbuchamt ohne die Briefe die Verfügungsbefugnis der Grundschuldgläubiger nicht prüfen kann (vgl. *Meikel/Bestelmeyer*, GBO, 10. Aufl., § 41 Rdnr. 16; *Gaberdiel*, ZIP 1985, 1262). Dieser Gesichtspunkt spielt nur bei einer auf einer Willenserklärung beruhenden Pfandentlassung und der dadurch notwendigen Löschung des Rechts eine Rolle, nicht jedoch dann, wenn die Flurbereinigungsbehörde das Grundbuchamt um die Berichtigung des Grundbuchs entsprechend den Festlegungen in einem Tauschplan ersucht (siehe oben unter b).

dd) Die Belastung des Flurstücks 10 mit den in Abteilung III unter den Nummern 6 und 7 auf Blatt 382 eingetragenen Briefgrundschulden ist dort ebenfalls nicht in den Spalten 5 bis 7 zu vermerken. Der Vermerk wäre allenfalls dann anzubringen, wenn die Übertragung des Flurstücks 10 von Blatt 425 auf Blatt 382 im Grundbuch in der Weise dokumentiert würde, dass es unter einer neuen laufenden Nummer im Bestandsverzeichnis von Blatt 382 als selbständiges Grundstück eingetragen würde. In einem solchen Fall wären die Grundschulden zu Gesamtgrundschulden geworden, weil sie nicht nur das neue Grundstück (Flurstück 10), sondern auch weiterhin das alte, unter der laufenden Nummer 49 des Bestandsverzeichnisses eingetragene Grundstück (Flurstück 48/1) belasteten (§ 1132 Abs. 1, § 1192 Abs. 1 BGB). Belastungsgegenstand wäre ein anderes Grundstück geworden. Eine solche Eintragung ist hier jedoch nicht vorzunehmen. Nach dem Tauschplan wurde ein Pfandaustausch (dazu Senat, Beschluss vom 10.6.2010, V ZB 22/10, NJW 2010, 3300, 3302) in dem Sinn vorgenommen, dass die Grundschulden weiterhin ausschließlich an dem unter der laufenden Nummer 49 des Bestandsverzeichnisses von Blatt 382 bezeichneten Grundstück bestehen sollen. Das folgt daraus, dass das Flurstück 10 im Wege der dinglichen Surrogation an die Stelle des Flurstücks 48/2 getreten ist. Es hat deshalb auch dessen rechtliche Stellung erlangt, also nicht die eines selbständigen Grundstücks behalten, sondern die eines Bestandteils des unter der laufenden Nummer 49 eingetragenen Grundstücks bekommen. Diesem Grundstück muss es zugeschrieben werden (§ 890 Abs. 2 BGB, § 6 Abs. 1 Satz 1 GBO), was grundbuchtechnisch im Bestandsverzeichnis von Blatt 382 nach Maßgabe der Vorschriften in § 6 Abs. 2, 5, 6 Buchst. b und c, § 13 Abs. 1 GBV geschieht. Dass sich die in Abteilung III von Blatt 382 unter den Nummern 6 und 7 eingetragenen Grundschulden nach dem Tauschplan (ebenso nach § 1131 Abs. 1 Satz 1, § 1192 Abs. 1 BGB) auf das Flurstück 10 erstrecken, wird in Abteilung III nicht vermerkt. Bei der Bestandteilszuschreibung erfolgt keine Eintragung bei der Grundschuld im Sinn von § 41 Abs. 1 Satz 1, § 42 Satz 1, § 62 Abs. 1 GBO. Die Grundschuldbriefe müssen nicht vorgelegt werden (*Bauer/von Oefele/Schneider*, GBO, 3. Aufl., § 41 Rdnr. 14, und § 62 Rdnr. 6; *Demharter*, GBO, 28. Aufl., § 41 Rdnr. 3; *Hügel/Zeiser*, GBO, 2. Aufl., § 41 Rdnr. 10; *Hügel/Kral*, a. a. O., § 62 Rdnr. 3; *Meikel/Bestelmeyer*, GBO, 10. Aufl., § 41 Rdnr. 31; *Lemke/Wagner*, Immobilienrecht, § 41 GBO Rdnr. 11; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4052; *Seehusen/Schwede/Schwantag/Wingerter*, FlurbG, 8. Aufl., § 79 Rdnr. 4).

4. Nach alledem ist die Briefvorlage jedenfalls dann entbehrlich, wenn – wie hier – ein Bestandteil des haftenden Grundstücks durch dingliche Surrogation ausgewechselt wurde, ohne dass sich darüber hinaus an den Grundschulden etwas geändert hat (*Seehusen/Schwede/Schwantag/Wingerter*, FlurbG, 8. Aufl., § 79 Rdnr. 4). Das Grundbuchamt hat somit zu Unrecht die Vorlage der Grundschuldbriefe verlangt. Es ist deshalb unter Aufhebung der Entscheidung des Beschwerdegerichts anzuweisen, die Erledigung des Eintragungsersuchens nicht wegen der fehlenden Grundschuldbriefe zu verweigern.

(...)

Steuerrecht

23. GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, §§ 8, 9 (*Einheitlicher Erwerbsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht*)

Treten auf der Veräußererseite mehrere Personen als Vertragspartner auf, liegt ein einheitlicher, auf den Erwerb des bebauten Grundstücks gerichteter Erwerbsvorgang unter anderem vor, wenn die Personen durch ihr abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss des Grundstückskaufvertrags und der Verträge, die der Bebauung des Grundstücks dienen, hinwirken, ohne dass dies für den Erwerber erkennbar sein muss.

BFH, Urteil vom 19.6.2013, II R 3/12

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) erwarb mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 21.3.2005 von der B-Bank ein näher bezeichnetes unbebautes Grundstück zu einem Kaufpreis i. H. v. 24.750 €. Das Geschäft wurde von der B-GmbH vermittelt, einer Immobiliengesellschaft mehrerer Banken, unter anderem der Verkäuferin.

Am 4.4.2005 schloss der Kläger mit der C-GmbH einen Vertrag über die Errichtung einer Doppelhaushälfte auf seinem Grundstück zum Festpreis i. H. v. 99.000 €. Das Gebäude wurde in der Folgezeit von der C-GmbH für 98.803,99 € errichtet. Gegenüber dem Beklagten und Revisionskläger (Finanzamt) erklärte der Kläger, er habe sich das Grundstück und den Vertragspartner der Bebauung selbst ausgesucht. Mit Bescheid vom 13.6.2005 setzte das Finanzamt unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gemäß § 164 Abs. 1 AO die Grunderwerbsteuer auf 866 € fest.

Spätere Ermittlungen des Finanzamts ergaben, dass die B-GmbH mit der C-GmbH für das Objekt des Klägers einen Immobilienvermittlungsvertrag abgeschlossen hatte. Für die Vermittlung des Grundstücks berechnete die B-GmbH vereinbarungsgemäß eine Provision, die mit dem Verkauf der zweiten Doppelhaushälfte fällig wurde. Auf Rückfrage des Finanzamts erklärte der Kläger, er habe die C-GmbH beauftragt, weil sie ihm vom Architekten, einem Cousin seines Vaters, empfohlen worden sei. Mit der Planung habe er bereits einhalb Jahre vor dem Kauf des Grundstücks angefangen.

Das Finanzamt erließ am 22.10.2009 einen geänderten Grunderwerbsteuerbescheid, bezog die Bauerrichtungskosten in die Bemessungsgrundlage ein und setzte die Grunderwerbsteuer auf 4.324 € fest.

Die nach erfolglosem Einspruchsverfahren erhobene Klage hatte Erfolg. Nach Ansicht des FG bildet der Werkvertrag über die Errichtung des Gebäudes mit dem Kaufvertrag über den Erwerb des unbebauten Grundstücks kein einheitliches Vertragswerk, das darauf gerichtet gewesen sei, dem Kläger ein bebautes Grundstück zu verschaffen. Zwar hätten die C-GmbH und die B-GmbH, Letztere handelnd für die Grundstückseigentümerin, durch ein abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss beider Verträge, Werkvertrag und Kaufvertrag, hingewirkt. Dieses Zusammenwirken auf der Veräußererseite sei für den Erwerber jedoch objektiv nicht erkennbar gewesen. Die Entscheidung des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte 2012, 972, veröffentlicht.

Dagegen richtet sich die Revision des Finanzamts. Seiner Ansicht nach sei das abgestimmte Verhalten auf der Veräußererseite für den Kläger erkennbar gewesen. Insbesondere die Tatsache, dass der Kläger in Ruhe mit dem Bauträger habe verhandeln können, ohne Gefahr zu laufen, das Grundstück an einen anderen Erwerber zu verlieren, und der zeitliche Ablauf sprächen für eine enge Absprache zwischen den Beteiligten auf der Veräußererseite.

Das Finanzamt beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das FG

zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 FGO). Entgegen der Auffassung des FG kommt es für die Annahme eines einheitlichen Erwerbsvorgangs bei mehreren Anbietern auf der Veräußererseite nur darauf an, dass diese objektiv zusammenwirken, ohne dass das Zusammenwirken für den Erwerber erkennbar sein muss.

1. Der Gegenstand des Erwerbsvorgangs, nach dem sich gemäß § 8 Abs. 1 i. V. m. § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG die als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer anzusetzende Gegenleistung richtet, wird zunächst durch das den Steuertatbestand des § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG erfüllende zivilrechtliche Verpflichtungsgeschäft bestimmt. Ergibt sich jedoch aus weiteren Vereinbarungen, die mit diesem Rechtsgeschäft in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang stehen, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrags unbebaute Grundstück in bebautem Zustand erhält, bezieht sich der Grunderwerbsteuerrechtliche Erwerbsvorgang auf diesen einheitlichen Erwerbgegenstand (st. Rspr., vgl. BFH, Urteil vom 29.7.2009, II R 58/07, BFH/NV 2010, 63 m. w. N.; BFH, Urteil vom 28.3.2012, II R 57/10, BFHE 237, 460, BStBl II 2012, S. 920; BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 7/12, BFHE 239, 154, BStBl II 2013, S. 86).

a) Ob ein objektiv sachlicher Zusammenhang zwischen dem Grundstückskaufvertrag und weiteren Vereinbarungen besteht, ist nach den Umständen des Einzelfalls zu ermitteln (BFH, Urteil vom 28.3.2012, II R 57/10, BFHE 237, 460, BStBl II 2012, S. 920 m. w. N.). Ein solcher Zusammenhang ist nicht nur gegeben, wenn der Erwerber beim Abschluss des Grundstückskaufvertrags gegenüber der Veräußererseite in seiner Entscheidung über das „Ob“ und „Wie“ der Baumaßnahme nicht mehr frei war und deshalb feststand, dass er das Grundstück nur in einem bestimmten (bebauten) Zustand erhalten werde (BFH, Urteil vom 28.3.2012, II R 57/10, BFHE 237, 460, BStBl II 2012, 920 m. w. N.). Ein objektiv sachlicher Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag wird vielmehr auch indiziert, wenn der Veräußerer dem Erwerber vor Abschluss des Kaufvertrags über das Grundstück aufgrund einer in bautechnischer und finanzieller Hinsicht konkreten und bis (annähernd) zur Baureife gediehenen Vorplanung ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis anbietet und der Erwerber dieses Angebot später annimmt (BFH, Urteil vom 29.7.2009, II R 58/07, BFH/NV 2010, 63; BFH, Urteil vom 29.7.2009, II R 58/07, BFHE 237, 460, BStBl II 2012, S. 920, und BFH, Urteil vom 27.9.2012, II R 7/12, BFHE 239, 154, BStBl II 2013, S. 86, jeweils m. w. N.).

b) Für einen objektiv sachlichen Zusammenhang zwischen Kauf- und Bauvertrag ist es nicht erforderlich, dass das Angebot der Veräußererseite in einem Schriftstück und zu einem einheitlichen Gesamtpreis unterbreitet wird (BFH, Urteil vom 29.7.2009, II R 58/07, BFH/NV 2010, 63, und BFH, Urteil vom 29.7.2009, II R 58/07, BFHE 237, 460, BStBl II 2012, S. 920, jeweils m. w. N.). Entscheidend ist vielmehr, dass die Veräußererseite das Angebot zur Bebauung des Grundstücks bis zum Abschluss des Grundstückskaufvertrags abgegeben und der Erwerber das Angebot später unverändert oder lediglich vom Umfang her mit geringen Abweichungen, die den Charakter der Baumaßnahmen nicht verändern, angenommen hat (BFH, Urteil vom 29.7.2009, II R 58/07, BFHE 237, 460, BStBl II 2012, S. 920 m. w. N.).

c) Auf der Veräußererseite können dabei auch mehrere Personen als Vertragspartner auftreten, so dass sich die Ansprüche des Erwerbers auf Übereignung des Grundstücks und auf Errichtung des Gebäudes zivilrechtlich gegen verschiedene

Personen richten. Entscheidend ist insoweit, dass (auch) der den Grundstücksübereignungsanspruch begründende Vertrag in ein Vertragsgeflecht miteinbezogen ist, das unter Berücksichtigung aller Umstände darauf gerichtet ist, dem Erwerber als einheitlichen Erwerbsgegenstand das Grundstück in bebautem Zustand zu verschaffen (BFH, Urteil vom 23.11.1994, II R 53/94, BFHE 176, 450, BStBl II 1995, S. 331, und BFH, Urteil vom 21.9.2005, II R 49/04, BFHE 211, 530, BStBl II 2006, S. 269, jeweils m. w. N.). Dies ist regelmäßig anzunehmen, wenn die auf der Veräußererseite auftretenden Personen entweder personell, wirtschaftlich oder gesellschaftsrechtlich eng verbunden sind (vgl. BFH, Urteil vom 6.12.1989, II R 72/87, BFH/NV 1991, 344; BFH, Urteil vom 6.12.1989, II R 145/87, BFH/NV 1991, 345, und BFH, Urteil vom 23.8.2006, II R 42/04, BFH/NV 2007, 760) oder aufgrund von Abreden bei der Veräußerung zusammenarbeiten oder durch abgestimmtes Verhalten auf den Abschluss sowohl des Grundstückskaufvertrags als auch der Verträge, die der Bebauung des Grundstücks dienen, hinwirken (BFH, Urteil vom 13.8.2003, II R 52/01, BFH/NV 2004, 663, und in BFHE 211, 530, BStBl II 2006, S. 269, jeweils m. w. N.), insbesondere Angebote über Grundstück und Bebauung abgeben.

d) In diesen Fällen hat der BFH in früheren Entscheidungen für die Annahme eines einheitlichen Erwerbsvorgangs gefordert, dass das Zusammenwirken für den Erwerber objektiv erkennbar war (vgl. BFH, Urteil vom 11.5.1994, II R 62/91, BFH/NV 1994, 901; BFH, Urteil vom 28.10.1998, II R 36/96, BFH/NV 1999, 667; BFH, Urteil vom 27.10.1999, II R 3/97, BFH/NV 2000, 883). Ungeachtet dessen, dass in den zitierten Entscheidungen das Zusammenwirken tatsächlich anhand objektiver Merkmale für den Erwerber erkennbar war, handelt es sich dabei nicht um ein eigenständiges Tatbestandsmerkmal. Für die Annahme eines einheitlichen Erwerbsvorgangs kommt es allein auf das objektiv vorliegende Zusammenwirken auf der Veräußererseite zur Abgabe eines einheitlichen Angebots an, ohne dass dies für den Erwerber erkennbar sein muss (*Pahlke/Franz*, Grunderwerbsteuergesetz, 4. Aufl., § 9 Rdnr. 31). Ausreichend ist, wenn dieses Zusammenwirken anhand äußerer Merkmale objektiv festgestellt werden kann. Selbst wenn der Erwerber trotz des Zusammenwirkens auf der Veräußererseite davon ausgeht, ein unbebautes Grundstück zu erwerben und dieses eigenverantwortlich zu bebauen, erwirbt er das bebaute Grundstück, wenn er – unerkannt – das tatsächlich vorliegende einheitliche Angebot der Veräußererseite auf Erwerb des bebauten Grundstücks annimmt.

2. Da die Vorentscheidung von einer anderen Rechtsauffassung ausgeht, war sie aufzuheben. Die Vorentscheidung stellt sich auch nicht im Ergebnis als richtig dar (vgl. § 126 Abs. 4 FGO). Die Sache ist nicht spruchreif. Die vom FG getroffenen Feststellungen (§ 118 Abs. 2 FGO) ermöglichen keine abschließende Entscheidung über den Antrag des Klägers.

Das durch Provisionsabreden abgesicherte Zusammenwirken auf der Veräußererseite war zwar nach den Feststellungen des FG darauf gerichtet, dem Kläger das Grundstück im bebauten Zustand mit aufstehender Doppelhaushälfte zu verschaffen. Das FG hat jedoch keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Veräußererseite dem Kläger vor Abschluss des Kaufvertrags über das Grundstück aufgrund einer in bautechnischer und finanzieller Hinsicht konkreten und bis (annähernd) zur Baureife gediehenen Vorplanung ein bestimmtes Gebäude auf einem bestimmten Grundstück zu einem im Wesentlichen feststehenden Preis angeboten hat. Dafür spricht zwar der zeitliche Ablauf, denn der Werkvertrag wurde innerhalb von nur zwei Wochen nach Abschluss des Kaufvertrags über das Grundstück geschlossen. Zudem nimmt der Werkvertrag in der Anlage Bezug auf Planungen, die bereits vor Abschluss

des Kaufvertrags datieren und möglicherweise den Schluss zulassen, dass die Bebauung des Grundstücks dem Kläger schon vor dem Abschluss des Kaufvertrags angeboten wurde. Konkrete Feststellungen des FG dazu fehlen jedoch. Der BFH ist an die Feststellungen des FG im Urteil gebunden (§ 118 Abs. 2 FGO) und kann nicht seine eigene Würdigung an die Stelle der Tatsachenwürdigung des FG setzen (vgl. *Gräber/Ruban*, Finanzgerichtsordnung, 7. Aufl., § 118 Rdnr. 41).

24. ErbStG § 3 Abs. 2 Nr. 4, § 7 Abs. 1 Nrn. 1 und 5, § 10 Abs. 5 Nr. 3; BGB § 311b Abs. 5 (*Besteuerung der Abfindung für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch*)

Die Abfindung, die ein künftiger gesetzlicher Erbe an einen anderen Erben für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch zahlt, ist eine freigebige Zuwendung des künftigen gesetzlichen Erben an den anderen und kann nicht als fiktive freigebige Zuwendung des künftigen Erblassers an diesen besteuert werden.

BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 21/11

Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) verzichtete durch den notariell beurkundeten Erbschaftsvertrag vom 14.2.2006 gegenüber seinen drei Brüdern für den Fall, dass er durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge seiner Mutter (M) ausgeschlossen sein sollte, auf die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs einschließlich etwaiger Pflichtteilergänzungsansprüche gegen eine von den Brüdern zu zahlende Abfindung von je 150.000 €. Die Vertragsparteien waren sich darüber einig, dass der Vertrag auch dann Bestand haben soll und die gezahlten Abfindungen nicht zurückzugewähren sind, wenn der Kläger nach dem Tod der M nicht Erbe wird und keinen Pflichtteilsanspruch erwirbt.

Der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) war im Hinblick auf das Urteil des BFH vom 25.1.2001, II R 22/98 (BFHE 194, 440, BStBl II 2001, 456) der Ansicht, die Zahlung der Abfindungen an den Kläger sei als Schenkung der M an diesen zu besteuern und setzte dementsprechend gegen den Kläger Schenkungsteuer fest. Der Einspruch blieb erfolglos.

Das FG hob durch das in Entscheidung der Finanzgerichte 2011, 1267, veröffentlichte Urteil den Schenkungsteuerbescheid und die Einspruchsentscheidung mit der Begründung auf, die von den Brüdern an den Kläger gezahlten Abfindungen könnten nicht als Schenkung der M an den Kläger besteuert werden.

Mit der Revision vertritt das FA die Auffassung, es habe die Abfindungszahlungen zu Recht als Schenkung der M an den Kläger besteuert. Der Kläger sei zwar nicht aus dem Vermögen der M bereichert worden, es liege aber ein fiktiver Erwerb des Klägers von M vor. Es gehe nämlich um eine wertmäßige Teilhabe des Klägers am Vermögen der M. Beim Eintritt des Erbfalls seien demgemäß die Abfindungszahlungen gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) als Kosten zur Erlangung des Erwerbs der Brüder des Klägers als Erben abzuziehen.

Das FA beantragt, die Vorentscheidung aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Aus den Gründen:

II.

Die Revision ist unbegründet und war daher zurückzuweisen (§ 126 Abs. 2 FGO). Das FG hat zu Recht angenommen, dass die Abfindungszahlungen der Brüder an den Kläger nicht als Schenkung der M an diesen besteuert werden können.

1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird.

a) Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung (objektiv) unentgeltlich ist (BFH, Urteil vom 23.11.2011, II R 33/10, BFHE 237, 179 = BStBl II 2012, S. 473, Rdnr. 20, und BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, BFH/NV 2013, 846 Rdnr. 11), und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (BFH, Urteil vom 15.12.2010, II R 41/08, BFHE 232, 210 = BStBl II 2011, S. 363, Rdnr. 9, und in BFH, Urteil vom 30.1.2013, II R 6/12, BFH/NV 2013, 846 Rdnr. 11).

b) Schließen künftige gesetzliche Erben einen Vertrag gemäß § 311b Abs. 5 BGB (früher § 312 Abs. 2 BGB), wonach der eine auf seine künftigen Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegen Zahlung eines Geldbetrages verzichtet, stellt die Zahlung eine freigebige Zuwendung des Zahlenden im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar. Die Steuerklasse richtet sich indes nicht nach dem Verhältnis des Zuwendungsempfängers (Verzichtenden) zum Zahlenden, sondern zum künftigen Erblasser (BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440, BStBl II 2001, S. 456; insoweit a. A. *Hartmann*, Umsatzsteuer- und Verkehrssteuer-Recht 2001, 255, 258 f.).

Da die Abfindung in einem solchen Fall aus dem Vermögen des künftigen gesetzlichen Erben geleistet wird, liegt eine freigebige Zuwendung von diesem an den Empfänger der Abfindung vor. Es ist nicht möglich, stattdessen eine fiktive freigebige Zuwendung des künftigen Erblassers an den Empfänger der Abfindungszahlung zu besteuern. Für die Beurteilung dieser Abfindungsleistung als freigebige Zuwendung des künftigen Erblassers, die auch dazu führen würde, dass dieser gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG neben dem Zuwendungsempfänger Schuldner der Schenkungsteuer ist, gibt es keine gesetzliche Grundlage. Wie der BFH bereits im Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440, BStBl II 2001, S. 456, ausgeführt hat, ist der Sondertatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG nicht anwendbar, wenn ein künftiger gesetzlicher Erbe gegenüber einem anderen gegen Zahlung eines Geldbetrages auf seine künftigen Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche verzichtet. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG ist ebenfalls nicht einschlägig. Die Vorschrift betrifft lediglich bestimmte Abfindungen nach Eintritt des Erbfalls.

Dass ein künftiger gesetzlicher Erbe die Abfindung, die er an einen anderen für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteils(ergänzungs)anspruch zahlt, beim Eintritt des Erbfalls gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i. V. m. Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit vom Erwerb abziehen kann (BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440, BStBl II 2001, S. 456, unter II. 2. d), beruht darauf, dass die Abfindung aus seinem Vermögen geleistet wurde, und lässt nicht den Schluss zu, dass sie als fiktive freigebige Zuwendung des Erblassers an deren Empfänger zu besteuern ist.

2. Das FA hat demnach zu Unrecht die Abfindungszahlungen der Brüder als Schenkung der M an den Kläger besteuert. Die von den Brüdern gezahlten Abfindungen stellen vielmehr drei getrennt zu besteuernde freigebige Zuwendungen der Brüder an den Kläger dar. Wie diese Besteuerung im Einzelnen zu erfolgen hat, kann im Streitfall auf sich beruhen.

Anmerkung:

1. Die Streitfrage

Zwischen Kläger und Finanzamt war streitig, ob in dem abgeschlossenen Vertrag drei Schenkungen der drei Brüder des

Klägers in Höhe von jeweils 150.000 € nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG oder eine Schenkung der Mutter an den Kläger i. H. v. 450.000 € nach § 4 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG vorlag. Auch wenn das Ziel der Brüder des Klägers darin lag, nach dem Tode der Mutter deren Vermögen ohne Pflichtteilsansprüche des Klägers zu übernehmen, lag gleichwohl eine unentgeltliche Zuwendung vor. Hintergrund ist, dass es nur um den Verlust einer Erwerbssaussicht geht, der sowohl nach zivilrechtlicher als auch finanzgerichtlicher Rechtsprechung kein Vermögenswert beigemessen wird.¹

2. Die Lösung des BFH

Sowohl das FG² als auch der BFH sehen zu Recht nur drei freigebige Zuwendungen der Brüder, weil diese den Vertrag mit dem Kläger abgeschlossen und die Zahlung aus ihrem Vermögen zu leisten hatten. Die Mutter des Klägers war überhaupt nicht am Vertrag beteiligt. Zuwendender konnte im vorliegenden Fall nur die andere Partei des Verzichtsvertrages sein.³

Die Wertung des Finanzamtes hätte unter anderem auch dazu führen können, dass neben dem Begünstigten gemäß § 20 Abs. 1 Satz 1 ErbStG auch die Mutter Schuldner des Steueranspruchs sein könnte, wenn man die Auffassung des Finanzamtes zu Ende denkt. Dieser Alternative hat der BFH einen Riegel vorgeschoben.

3. Konsequenzen

a) Die gleiche steuerliche Behandlung ist nicht nur bei einem Pflichtteilsverzicht, sondern ebenso auch bei einem Erbverzicht anzunehmen. Derartige Zahlungen sind auch nicht der Einkommensteuer unterworfen.⁴

b) Die Steuerklasse richtet sich trotz der Zuwendung durch die Brüder nach dem Verhältnis des Verzichtenden zum zukünftigen Erblasser (hier der Mutter).⁵ Dies schließt auch die Freibeträge nach § 16 ErbStG ein.⁶ Im konkreten Fall bedeutet dies, dass auf jeden der Erwerbe die Steuerklasse 1 anzuwenden ist und der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG mit 400.000 € anzunehmen ist. Als Begründung für die Anwendung der steuerlichen Verhältnisse nach dem zukünftigen Erblasser hat die Rechtsprechung angeführt, dass der frühere Verzicht zu Lebzeiten nicht schlechter gestellt sein darf als der Verzicht nach dem Erbfall. Insoweit stellt sich die Frage, ob der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG für jeden der Brüder in voller Höhe oder insgesamt nur einmal und damit nur anteilig anfällt. In den bisher entschiedenen Fällen stellte sich dieses Problem nicht, weil es immer nur einen Vertragspartner gab. Geht man von der Intention aus, dürfte der Freibetrag nur einmal anfallen. Die steuerliche Behandlung ist allerdings noch nicht abschließend geklärt.⁷

c) Die drei Brüder des Klägers können beim Eintritt des Erbfalls der Mutter den jeweils gezahlten Geldbetrag als

¹ Vgl. hierzu *Troll/Gebel/Jülicher*, ErbStG, Stand 1/13, § 7 Rdnr. 316; zuletzt BFH, Urteil vom 9.2.2010, VIII R 43/06, BFHE 229, 104; ebenso BGH, Urteil vom 28.2.1991, IX ZR 74/90, BGHZ 113, 393.

² FG Münster, Urteil vom 17.2.2011, 3 K 4815/08.

³ BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440.

⁴ BFH, Urteil vom 20.11.2012, VIII R 57/10, ZEV 2013, 223.

⁵ BFH, Urteil vom 25.5.1977, II R 136/73, BFHE 122, 543; BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440.

⁶ BFH, Urteil vom 25.5.1977, II R 136/73, BFHE 122, 543.

⁷ Vgl. etwa *Esskandari*, ErbStB 2011, 161.

Nachlassverbindlichkeit von ihrem Erwerb abziehen, § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG.⁸

4. Ähnliche Fallgestaltungen

Ist der Pflichtteilsanspruch durch den Eintritt des Erbfalls bereits entstanden, aber noch nicht geltend gemacht, so ist der Verzicht ohne Abfindung nach § 13 Abs. Ziffer 11 ErbStG steuerbefreit. Erfolgt der Verzicht gegen Abfindung, so stellt die Abfindung für den Verzicht einen Erwerb von Todes wegen dar, der nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG zu behandeln und zu besteuern ist.⁹

Streitigkeiten nach dem Erbfall, insbesondere über die Wirksamkeit einer Erbeinsetzung, können dagegen steuerlich vorteilhaft sein. Eine Abfindung, die ein weichender Erbprätendent durch einen Prozessvergleich erhält, mit dem der Streit über die Wirksamkeit mehrerer Testamente erledigt wird, unterliegt nicht der Erbschaftsteuer.¹⁰

⁸ BFH, Urteil vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440.

⁹ *Troll/Gebel/Jüllicher*, ErbStG, § 3 Rdnr. 332 m. w. N.

¹⁰ BFH, Urteil vom 4.5.2011, II R 34/09, ZEV 2011, 438 m. Anm. Fischer.

5. Praktische Auswirkungen

Die gezielte Beachtung dieser Rechtsprechung erlaubt eine maßgeschneiderte Gestaltung von Erbschaftsverträgen, die nach § 311b BGB Abs. 5 ausnahmsweise zwischen gesetzlichen Erben zulässig sind.¹¹ Wegen der besonderen Bedeutung bedürfen derartige Verträge der notariellen Beurkundung. Ein solcher Vertrag zwischen den gesetzlichen Erben kann auch durch einen weiteren Vertrag zwischen den Eltern und den Zuwendenden ergänzt werden, wenn dies steuerliche Vorteile mit sich bringt und die Abfindung letztlich aus dem Vermögen der Eltern stammt. Zu beachten ist bei einer „Kettenschenkung“ nur, dass im Vertrag keine Verpflichtung zur Weiterschenkung enthalten sein darf.¹² Derartige Gestaltungen sollten sorgfältig auf ihre steuerlichen Auswirkungen im Einzelfall untersucht werden.

Rechtsanwalt/Fachanwalt für Erbrecht
Franz M. Große-Wilde, Bonn

¹¹ Zu den Einzelheiten derartiger Verträge insbesondere aus zivilrechtlicher Sicht siehe den Aufsatz von *Freiherr von Proff*, ZEV 2013, 183.

¹² BFH, Beschluss vom 30.11.2011, II B 60/11, BFH/NV 2012, 580 = ZEV 2012, 562.

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Bewertung von Gebäuden gemäß § 46 GNotKG. Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes (Anschluss an MittBayNot 2013, 89). Neue Richtzahl ab 1.10.2013: 16,4

Prüfungsabteilung der Notarkasse A. d. ö. R., München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2013 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 16,4. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80, und 2008, 80, und in Streifzug durch das GNotKG, 10. Auflage 2013, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden – regelmäßiger Abschlag darauf 25 %) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar.

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall wird auf *Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, 18. Auflage 2010, § 19 Rdnr. 58a verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (*Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann*, KostO, a. a. O., § 19 Rdnr. 58a am Ende).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrandversicherungswertes zu verfahren.

2013

Stand: 1.10.2013

Tabelle

zur Berechnung des Verkehrswertes von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBI 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2013 für Gebäude: 16,4

Anleitung

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8 a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert. Vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, 5604-VI-4032/04.

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	12,989	12,989	12,989	12,858	12,726
2	12,858	12,989	12,726	12,595	12,202
3	12,726	12,858	12,595	12,333	11,808
4	12,595	12,858	12,464	12,070	11,414
5	12,464	12,726	12,333	11,808	10,890
6	12,333	12,726	12,070	11,546	10,496
7	12,202	12,595	11,939	11,283	10,102
8	12,070	12,595	11,808	11,021	9,578
9	11,939	12,464	11,677	10,758	9,184
10	11,808	12,333	11,414	10,496	8,790
11	11,677	12,333	11,283	10,234	8,266
12	11,546	12,202	11,152	9,971	7,872
13	11,414	12,202	11,021	9,709	7,478
14	11,283	12,070	10,758	9,446	6,954
15	11,152	11,939	10,627	9,184	6,560
16	11,021	11,939	10,496	8,922	6,166
17	10,890	11,808	10,365	8,659	5,642
18	10,758	11,677	10,102	8,397	5,248
19	10,627	11,677	9,971	8,134	4,854
20	10,496	11,546	9,840	7,872	4,330
21	10,365	11,414	9,709	7,610	und darüber (Restwert = 30 %): 3,936
22	10,234	11,414	9,446	7,347	
23	10,102	11,283	9,315	7,085	
24	9,971	11,152	9,184	6,822	
25	9,840	11,021	9,053	6,560	
26	9,709	11,021	8,790	6,298	
27	9,578	10,890	8,659	6,035	
28	9,446	10,758	8,528	5,773	
29	9,315	10,627	8,397	5,510	

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
30	9,184	10,496	8,134	5,248	
31	9,053	10,496	8,003	4,986	
32	8,922	10,365	7,872	4,723	
33	8,790	10,234	7,741	4,461	
34	8,659	10,102	7,478	4,198	
35	8,528	9,971	7,347	und darüber (Restwert = 30 %): 3,936	
36	8,397	9,971	7,216		
37	8,266	9,840	7,085		
38	8,134	9,709	6,822		
39	8,003	9,578	6,691		
40	7,872	9,446	6,560		
41	7,741	9,315	6,429		
42	7,610	9,184	6,166		
43	7,478	9,053	6,035		
44	7,347	8,922	5,904		
45	7,216	8,790	5,773		
46	7,085	8,659	5,510		
47	6,954	8,528	5,379		
48	6,822	8,397	5,248		
49	6,691	8,266	5,117		
50	6,560	8,134	4,854		
51	6,429	8,003	4,723		
52	6,298	7,872	4,592		
53	6,166	7,741	4,461		
54	6,035	7,610	4,198		
55	5,904	7,478	4,067		
56	5,773	7,347	und darüber (Restwert = 30 %): 3,936		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab vier Wohnungen, Fertighäuser, Veran- staltungsgebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
57	5,642	7,216			
58	5,510	7,085			
59	5,379	6,954			
60	5,248	6,822			
61	5,117	6,691			
62	4,986	6,560			
63	4,854	6,429			
64	4,723	6,298			
65	4,592	6,035			
66	4,461	5,904			
67	4,330	5,773			
68	4,198	5,642			
69	4,067	5,510			
70	und darüber (Restwert = 30 %): 3,936	5,248			
71		5,117			
72		4,986			
73		4,854			
74		4,723			
75		4,461			
76		4,330			
77		4,198			
78		und darüber (Restwert = 30 %): 4,067			
79					
80					

Stand: 1.10.2013

STÄNDESNACHRICHTEN

Personaländerungen

1. Ehrungen/Ehrenämter:

Notar a. D. Prof. Dr. Karl Winkler, München, wurde am 12.11.2013 der AGT-Wissenschaftslehrenpreis 2013 in Bonn verliehen

2. Verstorben:

Notar a. D. Raimund Wetlitzky, Gauting, verstorben am 11.10.2013

3. Amtsniederlegung nach § 48b BNotO:

Mit Wirkung zum 1.2.2014:
Notarin Marion Ampenberger, Ingolstadt

4. Versetzung in den Ruhestand:

Mit Wirkung zum 1.1.2014:
Notar Heinrich Saalfeld, Pfaffenhofen a. d. Ilm

Mit Wirkung zum 1.2.2014:
Notar Ludwig Draxel-Fischer, Ludwigshafen a. Rhein
Notar Werner Hofmann, Obergünzburg
Notar Dr. Wolf-Dieter Kirchner, Miesbach

5. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.1.2014:
Buchloe dem Notar
Ralph-Christoph Knerr
(bisher in Furth i. Wald)

Pfaffenhofen a. d. Ilm der Notarin
(in Sozität mit Notar Nicola Struck
Grosser) (bisher in Bad Königshofen
i. Grabfeld)

6. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.11.2013:
Markus Pflieger, Regensburg (Notarstellen
Dr. Thalhammer/Schünemann)
Richard Rachlitz, Prien a. Chiemsee
(Notarstellen Dr. Rieger/Koller)
Sebastian Schmitt, Regensburg (Notarstellen
Ziegler/Dr. Mayer)
Georg von Zimmermann, Bischofsheim a. d. Rhön
(Notarstelle Koch)

Mit Wirkung zum 1.1.2014:
Dr. Markus Müller, Ludwigshafen a. Rhein
(Notarstelle Dr. Wilke/Dr. Pohl)

7. Versetzung und sonstige Veränderungen:

Notarassessorin Anja Gerono, Klingenberg a. Main
(Notarstelle Baumeister), ab 1.12.2013 in
Aschaffenburg (Notarstellen Klotz/Dr. Morhard)

Notarassessorin Inga Franzen, Frankenthal/Pf.
(Notarstellen Seiberth/Dr. Schmidt), ab 1.1.2014
in Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/Dr. Kiefer)

Notarassessor Dr. Fabian Wall, Kandel (Notarstellen
Dr. Bastian/Dr. Kiefer), ab 1.1.2014 in Germersheim
(Notarstelle Dr. Wolf)

Notarassessor Dr. Johannes Weber, Weißenhorn
(Notarstelle Dr. Ziegler), ab 1.1.2014 in Würzburg
(DNotI)

Oberinspektorin i. N. Claudia Zillmann, München
(derzeit in Elternzeit), ab 11.1.2013 in München
(Notarstellen Dr. von Bary/Rapp)

8. Ausgeschiedene Angestellte:

Amtsrat i. N. Martin Gump, Nördlingen
(Notarstelle Dr. Lotter), ab 1.12.2013 im Ruhestand
Oberamtsrat i. N. Franz Anthofer, Vilshofen
(Notarstellen Schuller/Schuller), ab 1.1.2014
im Ruhestand
Amtsrat i. N. Hartwig Brugger, Lindenberg i. Allgäu
(Notarstelle Dr. Hipler), ab 1.1.2014 im Ruhestand

9. Höhergruppierungen:

Mit Wirkung vom 1.1.2014:
Zum Notariatsrat i. N. (Entgeltgruppe 13):
Harald Schreyer, Fürth (Notarstelle Bode)
*Zum Oberamtsrat i. N./zur Oberamtsrätin i. N.
(Entgeltgruppe 12):*
Christof Block von Manteuffel, Erlangen
(Notarstellen Dr. Martini/Siegler)
Norbert Fendt, Passau (Notarstellen Dr. Bandel/Pich)
Gabriele Sollinger, München (Notarstellen Dr. Heller/
Dr. Grötsch)
Günter Zellmer, Kandel/Pfalz (Notarstellen Dr. Bastian/
Dr. Kiefer)
*Zum Amtsrat i. N./zur Amtsrätin i. N.
(Entgeltgruppe 11):*
Ina Eckfelder, Kusel/Pfalz (Notarstelle Dr. Buchhold)
Rudolf Popp, Werneck (Notarstelle Stein)
Hermine Ranner, Freising (Notarstellen Schmidl/Land)
Dietmar Sulger, Füssen (Notarstellen Dr. Malzer/
Dr. Wälzholz)
Cornelia Steinert, Schwabach (Notarstellen Dr. Böhmer/
Dr. Schneider)
Roland Trauner, Starnberg (Notarstellen Klöcker/
Volmer)
Zum Amtmann i. N./zur Amtfrau i. N. (Entgeltgruppe 10)
Manuela Berthold, Hersbruck (Notarstellen Dr. Lenz/
Brückner)
Elke Dittrich, Bamberg (Notarstellen Dr. Eue/Dr. Dietz)
Jochen Freund, Mutterstadt (Notarstelle Dr. Kadel)

Ingeborg Grundner, Rottenburg a. d. Laaber (Notarstelle Dr. Menzel)

Iwona Heym, Naila (Notarstelle Dr. Gloser)

Karin Huber, Neumarkt-St.Veit, (Notarstelle Wurm)

Barbara Kahlert, Rottenburg a. d. Laaber (Notarstelle Dr. Menzel)

Andreas Nünke, Rosenheim (Notarstellen Dr. Leiß/Wartenburger)

Johannes Schlicht, Würzburg (Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Marcel Sonnenfroh, München (Notarstelle Dr. Schaub)

Michael Wirnshofer, Schwabmünchen (Notarstelle Dr. Pauker)

Zum Oberinspektor i. N./zur Oberinspektorin i. N. (Entgeltgruppe 9, Erfahrungsstufe 4):

Susanne Baumann, Waldfischbach-Burgalben (Notarstelle Weinsheimer)

Susanne Bestle, Dillingen a. d. Donau (Notarstelle Egner)

Andrea Lippold, Ebersberg (Notarstellen Griebel/Dr. Baumhof)

Stefanie Meyer, Ochsenfurt (Notarstellen Zöpfl/Grömer)

Christina Maria Michalke, München (Notarstellen Uhlig/Schmitt)

Florian Raab, Roding (Notarstelle Mayer)

Manuel Rothammer, Straubing (Notarstellen Dr. Satz/Bolkart)

Tanja Schwager, Nürnberg (Notarstellen Dr. Wahl/Dr. Adrian)

Alexandra Schwickert, Lauterecken (Notarstelle Dr. Gilcher)

Simone Stegmayr, Schwabmünchen (Notarstellen Dr. Weigl/Grob)

Anschriften- und Rufnummernänderungen:

Coburg, Notarstellen Dr. Müller/Dr. Lugert

Lossaustraße 3, 96450 Coburg

E-Mail: notare@lugert-mueller.de

Kaiserslautern, Notarstelle Felder

Telefon: 0631 414108-0, Telefax: 0631 41410829

E-Mail: notariat@notar-felder.de

SONSTIGES

„Die Feststellung der Geschäftsfähigkeit in der notariellen Praxis“

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Mittwoch, 29.1.2014, 16.30 Uhr s. t.
Schellingstraße 3, 80539 München, Hörsaal (S 003 der LMU)

Referenten: **Professor Dr. med. Wolfgang Eisenmenger**

gemeinsam mit

Dr. med. Michael Bedacht

**(Ludwig-Maximilians-Universität
München)**

Medizinische Anmerkungen zur
Geschäftsfähigkeit, speziell zur
Testierfähigkeit

**Notarin Dr. Andrea Lichtenwimmer,
Ingolstadt**

Fragen zur Geschäfts- und Testierfähigkeit
in der Praxis des Notars

Anmeldung und Information:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2,
80539 München, Tel: 089 2180-1420, Fax: 089 2180-13981,
E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de

Die Teilnahme ist kostenfrei und steht jedem Interessierten
offen. Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmel-
dung gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang
teilnehmen. Teilnahmebescheinigungen gemäß § 15 FAO
werden auf Wunsch im Anschluss an die Tagung gegen eine
Zahlung von € 50 in bar persönlich ausgehändigt.

Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter
www.notarrechtsinstitut.de.

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur
Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem
kleinen Empfang geladen.

Schriftleitung: Notarassessorin Anja Schaller
Notarassessorin Stefanie Tafelmeier

Ottostraße 10, 80333 München
ISSN 0941-4193

Die Mitteilungen erscheinen jährlich mit sechs Heften und können nur über die Geschäftsstelle der Landesnotarkammer Bayern, Ottostraße 10, 80333 München, Telefon 089 551660, Fax 089 55166234, info@mittbaynot.de, bezogen werden.

Der Bezugspreis beträgt jährlich 53,00 € zuzüglich 6,00 € Versandkosten und wird in einem Betrag am 1.7. in Rechnung gestellt. Einzelheft 13,00 € einschließlich Versandkosten.

Abbestellungen sind nur zum Ende eines Kalenderjahres möglich und müssen bis 15. November eingegangen sein.

Bestellungen für Einbanddecken sind nicht an die Landesnotarkammer Bayern, sondern direkt zu richten an:
Mediengruppe Universal, Kirschstraße 16, 80999 München, Telefon 089 5482170, Fax 089 555551.

Bestellen Sie Einbanddecken gerne auch im Internet unter www.mediengruppe-universal.de/notarkammer.