Beiträge

NOTARASSESSOR DR. TIMO HARTLICH, BONN

Ausgewählte Probleme der Erbauseinandersetzung aus notarieller Sicht

Inhaltsübersicht

A. Einleitung
I. Die auf Beendigung gerichtete Erbengemeinschaft
II. Formen der Auseinandersetzung
1. Erbteilskauf/Erbteilsübertragung
2. Abschichtungsvereinbarung
3. Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände
a) Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Bestimmungen
b) Auseinandersetzungsvertrag
aa) Erscheinungsformen
bb) Rechtsnatur

B. Die Erbauseinandersetzung im Einzelnen
I. Grundlagen des Erbauseinandersetzungsvertrages
1. Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten
2. Formerfordernisse
a) Beachtung allgemeiner Formvorschriften
b) Reichweite von Formerfordernissen
aa) Grundsätze
bb) Konkrete Schlussfolgerungen
3. Die Erbauseinandersetzung als Verbrauchervertrag
a) Grundsätzliche Qualifikation
b) Sonderproblem: Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker
4. Güterrechtliche Zustimmung nach § 1365 BGB
II. Einzelne Regelungsgegenstände
1. Sicherung des Austauschverhältnisses
2. Haftung für Sach- und Rechtsmängel
3. Rücktrittsproblematik
a) Reichweite eines Rücktritts
b) Rechtsfolgen des Rücktritts bei Vollauseinandersetzung
c) Ausgestaltung des Rücktrittsrechts
III. Pfändung eines Miterbenanteils
1. Auswirkungen auf die Beteiligung an einer künftigen Erbauseinandersetzung
2. Verbindlichkeit eines bereits abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrages
IV. Angeordnete Vor- und Nacherbfolge
1. Schranken für den Vorerben
a) Person des Zustimmenden
b) Verpflichtung zur Zustimmung
2. Erbauseinandersetzung zu Gunsten des Vorerben

C. Steuerrechtliche Aspekte
I. Grunderwerbsteuer
1. Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG
2. Auseinandersetzung in eine Immobilien-GbR
II. Erbschaftsteuer
1. Irrelevanz der Auseinandersetzung
2. Begünstigungstransfer von sachlichen Steuerbefreiungen
3. Freigiebige Zuwendung
a) Unwirksame Verfügung von Todes wegen
b) Erbvergleich und Auslegungsvertrag
III. Einkommensteuer
1. Realteilung ohne Ausgleichszahlungen
a) Grundsatz
b) Betriebsaufgabe
2. Realteilung mit Ausgleichszahlungen

D. Schluss

A. Einleitung

I. Die auf Beendigung gerichtete Erbengemeinschaft

Wird ein Erblasser von mehr als einem Rechtssubjekt beerbt, entsteht kraft Gesetzes eine Erbengemeinschaft, die den Regelungen der §§ 2032 ff. BGB unterliegt. Neben einigen Bestimmungen zur Auseinandersetzung und der Haftung gegenüber Nachlassgläubigern (§§ 2042 ff. BGB) enthält das Gesetz Normen zum Innenverhältnis der Miterben, die Schlüsse auf den rechtlichen Charakter der Erbengemeinschaft zulassen. Nach § 2033 BGB kann ein einzelner Miterbe zwar über seinen Anteil am Nachlass, nicht jedoch über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen verfügen. § 2040 Abs. 1 BGB ordnet die Kompetenz zur Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände den Erben gemeinschaftlich zu. Daraus ergibt sich, dass die Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft konzipiert ist.[1]

Umstritten ist allerdings, ob die Erbengemeinschaft als solche rechtsfähig ist. Die Rechtsprechung hat sich schon früh gegen die These einer Rechtspersönlichkeit der Erbengemeinschaft positioniert,[2] freilich zum Teil unter Rückgriff auf die entsprechende Auffassung bei der BGB-Gesellschaft.[3] Mit dem Paradigmenwechsel des BGH aus dem Jahre 2001,[4] der die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR brachte, bekamen daher diejenigen Stimmen in der Literatur neuen Aufwind, die sich (mit unterschiedlichen Nuancen) für eine eigene Rechtspersönlichkeit der Erbengemeinschaft aussprachen.[5] Als praktische Konsequenz dieses Verständnisses wird für eine Abkehr vom Prinzip der Sonderrechtsnachfolge in Personengesellschaftsanteile plädiert, so dass stattdessen die Erbengemeinschaft selbst Inhaberin der Anteile würde.[6] Diesen

1 MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2032 Rn. 4; BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2032 Rn. 2 ff.; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2040 Rn. 1.
2 Vgl. etwa RGZ 171, 328 (329).
3 BGH NJW 1989, 2133 (2134).
4 BGH NJW 2001, 1056.
5 Vgl. die Nachweise bei BGH ZEV 2002, 504 (505); ferner nach Ergehen der BGH-Entscheidung *Eberl-Borges* ZEV 2002, 125 und *Weipert* ZEV 2002, 300 (300 f.).
6 *Weipert* ZEV 2002, 300. Hierauf weist auch *Keim* RNotZ 2003, 375 (376) hin, der die Rechtsfähigkeit allerdings ablehnt.

Auffassungen hat die Rechtsprechung jedoch relativ schnell eine Absage erteilt und sich dabei vor allem auf strukturelle Unterschiede zwischen beiden Gesamthandsgemeinschaften berufen.[7]

Die divergierende Interessenlage von Mitgliedern einer Erbengemeinschaft gegenüber GbR-Gesellschaftern folgt dabei schon aus der unterschiedlichen Entstehung und Zielsetzung beider Rechtsgebilde. Die Erbengemeinschaft ist gesetzlich als auf die Auseinandersetzung angelegte Zufallsgemeinschaft ausgestaltet.[8] Als solche ist sie nicht darauf gerichtet, als werbende Gesellschaft am Markt tätig zu sein,[9] während die auf freiem Willensentschluss gründende GbR diesen Zweck durchaus verfolgen kann. Aus der mangelnden Vergleichbarkeit wird gefolgert, dass die Erbengemeinschaft nicht in gleicher Weise wie die GbR rechtsfähig sei.[10]

Diese Auffassung verdient insbesondere deshalb Zustimmung, weil die Rechtsfähigkeit der GbR auch und gerade im Hinblick auf die praktischen Bedürfnisse des Rechtsverkehrs begründet worden ist und sich wesentliche praktische Probleme bei fehlender Rechtsfähigkeit im Falle der Erbengemeinschaft nicht in gleichem Maße stellen. Dies gilt etwa für die ohne Rechtsfähigkeitspostulat nur schwer zu handhabenden identitätswahrenden Umwandlungen von GbR in OHG und umgekehrt.[11] Zudem weist *Heil* zutreffend darauf hin, dass sich umgekehrt durch die Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft Schwierigkeiten ergeben, die auf Seiten der GbR nicht bestehen, etwa im Hinblick auf das Haftungsregime nach §§ 2058 ff. BGB.[12]

II. Formen der Auseinandersetzung

Versteht man die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft in einem weiten Sinne, nämlich als Inbegriff derjenigen Rechtsgeschäfte, die sich auf einen Miterben angefallenen Nachlass beziehen, so sind anhand ihrer Konstruktion und Zielsetzung mehrere Vertragstypen zu unterscheiden.

1. Erbteilskauf/Erbteilsübertragung[13]

In §§ 2371 ff. BGB behandelt das Gesetz den Erbschaftskauf. Die entsprechenden Vorschriften finden auf den Verkauf von Erbteilen ebenso Anwendung.[14] Das dingliche Erfüllungsgeschäft liegt dabei regelmäßig in der Erbteilsübertragung nach § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB.[15] Sowohl das schuldrechtliche als auch das dingliche Rechtsgeschäft sind beurkundungsbedürftig (§ 2371 BGB u. § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB). Im Verkauf von Erbteilen an andere Miterben oder einen Dritten braucht dabei nicht zwingend eine endgültige Nachlassauseinandersetzung zu liegen. Denn der vorerwähnte Auflösungszweck der Erbengemeinschaft wird durch den Erbteilskauf nur dann erreicht, wenn sich durch Vertragsvollzug sämtliche Erbteile in einer Hand vereinigen und die Erbengemeinschaft dadurch erlischt.[16]

Gegenstand eines Erbschaftskaufvertrages ist nicht der Miterbenanteil als solcher. Die formale Erbenstellung kann nur durch Erwerb von Todes wegen begründet werden und bleibt daher von rechtsgeschäftlichen Vereinbarungen unberührt.[17] Dementsprechend ist der Veräußerer weiterhin im Erbschein als Erbe aufzuführen.[18] Kauf und Übertragung beziehen sich lediglich auf die Mitberechtigung am Nachlass als vermögenswerte Position.[19] Bezugspunkt ist dabei stets die Berechtigung am Nachlass als solche. Der Wechsel der Mitberechtigung an den einzelnen Nachlassgegenständen ist folglich nicht der rechtsgeschäftliche Erfolg der Erbteilsübertragung, sondern lediglich ihr Reflex. Daher erfolgt etwa der grundbuchliche Vollzug grundsätzlich im Wege des Unrichtigkeitsnachweises.[20]

2. Abschichtungsvereinbarung

Als weitere, gesetzlich nicht vorgesehene Form der Auseinandersetzung unter Miterben wird von der Rechtsprechung die sog. Abschichtung des Erbteils zugelassen.[21] Damit ist das einverständliche Ausscheiden eines Miterben aus der Erbengemeinschaft gegen Zahlung einer Abfindung gemeint. Rechtstechnisch vollzieht sich die Abschichtung weder durch Veräußerungsakte an einzelnen Nachlassgegenständen noch durch Übertragung des Erbteils gem. § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB. Vielmehr erklärt der Ausscheidende seinen Austritt aus der Miterbengemeinschaft. Mit Wirksamwerden des Austritts endet seine Mitgliedschaft und wächst in der Folge sein Anteil den verbleibenden Miterben an. Bestand die Erbengemeinschaft nur aus zwei Rechtssubjekten, tritt durch die Abschichtung Anwachsung beim – sodann allein – verbleibenden Erben an, mit der Folge, dass die Erbengemeinschaft endet und der Verbleibende Alleininhaber der Nachlassgegenstände wird. Konstruktiv ähnelt diese Rechtsfigur dem Ausscheiden des Gesellschafters einer GbR, das in § 738 BGB gesetzlich normiert ist. Auf die Ähnlichkeit der Abschichtung zum Mechanismus des Ausscheidens aus der GbR wird auch in der Rechtsprechung des BGH ausdrücklich Bezug genommen.[22]

Gegen die Zulässigkeit der Abschichtung wird von Seiten der Literatur zunächst vorgebracht, dass das Recht der Erbengemeinschaft keine dem § 738 BGB vergleichbare Bestimmung kenne.[23] Angesichts der bestehenden Möglich-

7 BGH ZEV 2002, 504 (505); ebenso BGH ZEV 2007, 30 (30 f.).
8 MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2032 Rn. 5; Schulze/*Hoeren*, BGB, 9. Aufl. 2017, § 2032 Rn. 2; BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2032 Rn. 2; *Ivo* ZEV 2004, 499 (499); *Keim* RNotZ 2003, 375 (375).
9 Etwa Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, Vor § 2032 Rn. 3.
10 BGH ZEV 2002, 504 (505); *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (345).
11 BGH NJW 2001, 1056 (1057).
12 *Heil* ZEV 2002, 296 (298 f.).
13 Vgl. zu diesem Themenkomplex etwa die Darstellung von *Pöting* MittBayNot 2007, 376.
14 Vgl. § 1922 Abs. 2 BGB.
15 Anders jedoch, wenn der Nachlass bereits auseinandergesetzt ist. In solchen Fällen erfolgt die Erfüllung (ggf. auch) durch Einzelrechtsübertragung der zugewiesenen Nachlassgegenstände, vgl. die Zusammenstellung bei Staudinger/*Olshausen*, BGB, 2016, Einl §§ 2371 ff. Rn. 20 ff. mwN.
16 BGH DNotZ 2016, 205 (207); Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2033 Rn. 5 b; *Lehmann* NJW 1976, 263 (264); *Keim* RNotZ 2003, 375 (382).
17 RGZ 64, 173 (175 f.); BGH NJW 1971, 1264; MüKoBGB/*Musielak*, 7. Aufl. 2017, Vorb. § 2371 Rn. 3.
18 RGZ 64, 173 (178); Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2033 Rn. 24; *Keim* RNotZ 2003, 375 (383).
19 Vgl. Palandt/*Weidlich*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2033 Rn. 1; BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2033 Rn. 7.
20 § 22 Abs. 1 S. 1 GBO; vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 963 u. 965; Erman/*Bayer*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2033 Rn. 5.
21 Grundlegend in der Rechtsprechung BGH NJW 1998, 1557 (1557 f.); ferner BGH NJW 2005, 284 (285) jeweils mwN.
22 BGH NJW 1998, 1557 (1557 f.); BGH NJW 2005, 284 (285).
23 *V. Venrooy* DNotZ 2012, 119 (121 f.); in die gleiche Richtung MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 14.

keiten für die Auseinandersetzung bestehe keine auszufüllende Lücke, zumal die Abschichtung keineswegs ein Grundprinzip von Gesamthandsgemeinschaften sei.[24] Durch die Zulassung der Abschichtung werde zudem das für die Erbteilsübertragung geltende Formerfordernis aus § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB umgangen.[25]

Der BGH tritt dem unter Berufung auf die tatbestandlichen Unterschiede zwischen Erbteilsverkauf und Abschichten der Erbengemeinschaft entgegen: Im Gegensatz zur Übertragung des Erbteils auf einen bestimmten Rechtsnachfolger verzichte im Falle der Abschichtung der Miterbe lediglich „auf seine Rechte als Mitglied der Erbengemeinschaft".[26] Ferner wird auch vor dem Hintergrund des Zwecks der Formvorschrift eine Abschichtung für zulässig gehalten. Die notarielle Beurkundung dient dem Schutz vor Übereilung, der Beweiserleichterung und der sachkundigen Beratung durch den Notar.[27] Der BGH stellt insoweit darauf ab, dass insbesondere der Schutz eines außerhalb der Erbengemeinschaft stehenden Erwerbers intendiert sei und folglich im Falle der zur Anwachsung führenden Abschichtung nicht im gleichem Maße erforderlich sei.[28]

Diese Begründung gibt zu Zweifeln Anlass, weil sie den mangelnden Schutz des Veräußerers nicht hinreichend würdigt. Denn der Formzwang der Erbteilsübertragung dient – wie auch vom BGH im Ansatz zutreffend ausgeführt wird – gleichsam als Schutz vor dem unüberlegten Verlust des Gesamtrechtes, nämlich des Anteils an der Erbengemeinschaft. Auf die einzelnen Nachlassgegenstände und die Frage, ob deren Übertragung an sich formbedürftig wäre, kommt es demgegenüber nicht an. Das führt dazu, dass die Erbteilsübertragung selbst dann notarieller Beurkundung bedarf, wenn der Nachlass ausschließlich aus Barvermögen besteht. Aus diesem Grunde kommt nur der Zweck in Betracht, den Erben davor zu schützen, eine Gesamtheit von Rechten und Gegenständen herzugeben, deren Umfang er möglicherweise nicht zu überblicken vermag.[29] Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zur formfreien Übertragung eines GbR-Anteils, ebenso wie zum formfreien Austritt. Im Gegensatz zur Erbengemeinschaft als Schicksalsgemeinschaft, handelt es sich bei der BGB-Gesellschaft um eine Willensgesellschaft. Wer die GbR mitgründet oder ihr später beitritt, tut dies auf Grund eigenen Willensentschlusses. Dementsprechend hat er die Möglichkeit, sich über Art und Umfang der geschäftlichen Aktivitäten und des Vermögens zu erkundigen, bevor er sich zur Mitgliedschaft entschließt. Diese Chance hat der Miterbe nicht in gleicher Weise. Er kann nicht zuverlässig beurteilen, ob sich im Nachlass unerkannt noch weitere Vermögensgegenstände befinden, auf die sich eine Erbteilsübertragung zwangsläufig ebenfalls erstrecken würde.[30]

Die rechtliche Konsequenz der Abschichtung für den Ausscheidenden entspricht dabei derjenigen der Erbteilsweggabe für den übertragenden Erben. In beiden Varianten verliert der Erbe gegen Vereinnahmung einer ausgehandelten Abfindung seine Berechtigung am Nachlass und allen dazu gehörigen Gegenständen. Zumindest dieser wichtige Aspekt des durch die Beurkundung gesicherten Schutzzwecks geht deshalb bei der Abschichtung verloren. Soweit der BGH demgegenüber auf Tatbestandsebene Erbteilsübertragung und Abschichtung unterscheiden möchte,[31] wird dem teleologischen Ansatzpunkt des Formerfordernisses keine Beachtung geschenkt. Für die Frage, ob die Beteiligten des Schutzes der notariellen Beurkundung bedürfen, darf es nicht auf die rechtstechnische Ausgestaltung des Verlassens der Erbengemeinschaft ankommen. Vielmehr ist danach zu fragen, ob ausgehend vom vergleichbaren rechtlichen Ergebnis der Vorgänge dem Miterben der vorgesehene rechtliche Schutz vorenthalten wird. Wie dargelegt, ist dies bei der Abschichtung der Fall.

3. Übertragung der einzelnen Vermögensgegenstände

§ 2042 Abs. 1 BGB räumt jedem Miterben das grundsätzliche Recht ein, jederzeit die Auseinandersetzung des Nachlasses verlangen zu können. Dieser unverjährbare[32] Anspruch richtet sich gegen die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft und verpflichtet diese, an allen zur Auseinandersetzung notwendigen Maßnahmen mitzuwirken.[33] Unter Auseinandersetzung sind dabei abstrakt diejenigen Rechtshandlungen zu verstehen, die zur Auflösung der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft führen.[34]

Der konkrete Anspruchsinhalt, also das Regime zur Durchführung dieser Auflösung, kann sich aus drei unterschiedlichen Quellen ergeben, nämlich einverständlichen Vereinbarungen der Miterben untereinander, den Anordnungen des Erblassers und den gesetzlichen Teilungsregeln der §§ 2046 ff. BGB. Zwischen ihnen besteht ein Rangordnungsverhältnis. Im Rahmen der Privatautonomie können die Erben durch vertragliche Übereinkunft von den gesetzlichen Regelungen ebenso abweichen wie von anderslautenden Anordnungen des Erblassers, denn diese haben grundsätzlich die schuldrechtliche Wirkung von Miterbenvereinbarungen[35] und können daher durch eine spätere Vereinbarung der Miterben außer Kraft gesetzt werden. Sie können sich also bspw. über vom Erblasser getroffene Teilungsanordnungen (§ 2048 BGB) oder ein Auseinandersetzungsverbot (§ 2044 BGB) hinwegsetzen.[36] Bei feh-

24 Vgl. etwa zur Gütergemeinschaft *K. Schmidt* AcP 205 (2005), 305 (317 ff.).
25 *Baumann* in: Würzburger Notarhandbuch, 4. Aufl. 2015, S. 1864 f.; *Eberl-Borges* MittRhNotK 1998, 242 (243); *Keim* RNotZ 2003, 375 (386) mwN. Zu beachten ist, dass hieraus überwiegend nicht die Unmöglichkeit einer Abschichtung, sondern lediglich ihre Beurkundungsbedürftigkeit abgeleitet wird. Anders jedoch ausdrücklich *v. Venrooy* DNotZ 2012, 119 (123).
26 BGH NJW 1998, 1557 (1558).
27 BGH NJW 1998, 1557 (1558). Ebenso MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2033 Rn. 2. Für die schuldrechtliche Seite (§§ 2371, 2385 Abs. 1 BGB) Staudinger/*Baldus*, BGB, 2016, § 2371 Rn. 4 und ausführlich *Muscheler* RNotZ 2009, 65 (66).
28 BGH NJW 1998, 1557 (1558).
29 Zwar wird hiergegen eingewandt, auch der Notar könne die Erben nicht vor einer falschen Bewertung des Nachlasses oder Erbteils bewahren (BGH NJW 1998, 1557 [1558]). Dabei wird jedoch der Schutz vor Übereilung als Zweck zu gering geschätzt.
30 Vgl. *Winkler* ZEV 2001, 435 (436).
31 Zur Kritik an dieser „filigranen" Differenzierung vgl. *v. Venrooy*, DNotZ 2012, 119 (120 f.).
32 §§ 2042 Abs. 2, 758 BGB. So die ganz hM, vgl. OLG Rostock ZEV 2009, 464 (465); BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12. 2017, § 2042 Rn. 62; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 4;
33 MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 4; *Löhnig* ZEV 2004, 267 (269).
34 BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 10; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 3.
35 Vgl. BGH NJW 2012, 2712.
36 RGZ 110, 270 (274); BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12. 2017, § 2048 Rn. 33 u. § 2044 Rn. 20; MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2048 Rn. 9 u. § 2044 Rn. 8; *Scheuren-Brandes* ZEV 2007, 306 (307); *Muscheler* ZEV 2010, 340 (341).

lender Miterbenvereinbarung gehen die Erblasseranordnungen den gesetzlichen Teilungsregelungen vor,[37] so dass etwa ein Miterbe kraft Teilungsanordnung Anspruch auf ein bestimmtes Nachlassgrundstück haben kann und deshalb eine Zwangsversteigerung nach §§ 2042 Abs. 2, 753 Abs. 1 BGB nicht hinzunehmen braucht.[38]

a) Auseinandersetzung nach den gesetzlichen Bestimmungen

Nur bei Fehlen einer Miterbenvereinbarung und Anordnungen des Erblassers hat daher jeder Erbe Anspruch darauf (und ist umgekehrt jeder Erbe verpflichtet, daran mitzuwirken), dass die Auseinandersetzung strikt nach den Vorschriften der §§ 2046 ff. BGB durchgeführt wird.

Dafür sind zunächst die fälligen Nachlassverbindlichkeiten nach § 2046 Abs. 1 S. 1 BGB zu berichtigen.[39] In einem zweiten Schritt ist gem. § 2047 Abs. 1 BGB der nach Berichtigung der Verbindlichkeiten verbleibende Überschuss gem. den Erbquoten und unter Berücksichtigung von etwaigen Ausgleichungen nach §§ 2050 ff. BGB zu verteilen.[40] Die Verteilung des Überschusses selbst erfolgt nach den Bestimmungen zur Aufhebung einer Bruchteilsgemeinschaft, §§ 2042 Abs. 2, 752 ff. BGB. Primär sind die Nachlassgegenstände daher in Natur zu teilen, soweit durch die Teilung keine Wertminderung eintritt (§ 752 BGB). Unproblematisch werden auf diese Weise zB Barmittel und auf Geldleistung gerichtete Forderungen des Nachlasses verteilt. Bei GmbH-Geschäftsanteilen kommt es auf die Teilbarkeit und eine etwaige Vinkulierung an.[41] Grundstücke – insbesondere bebaute – werden in der Regel nicht ohne Wertverlust teilbar sein.[42] Kommt die Teilung in Natur nicht in Betracht, sind die Nachlassgegenstände gem. den Regelungen über den Pfandverkauf (§§ 753 Abs. 1 S. 1, 1233 ff. BGB), bei Grundstücken mittels Zwangsversteigerung (§§ 180 ff. ZVG) zu verwerten und ist der Erlös zu verteilen.

Der Anspruch jedes Miterben ist dabei in der Regel nur auf die vollständige Auseinandersetzung nach Maßgabe dieser Grundsätze gerichtet. Eine teilweise Auseinandersetzung kann von den übrigen Erben dagegen nur in begründeten Ausnahmefällen verlangt werden, etwa wenn Nachlassverbindlichkeiten nicht mehr bestehen und berechtigte Belange der Erbengemeinschaft und der einzelnen Miterben nicht gefährdet werden.[43] Das hindert freilich nicht daran, zur Vorbereitung der Auseinandersetzung die Zwangsversteigerung eines Nachlassgrundstücks zu beantragen.[44] Denn die Zwangsversteigerung bereitet die Auseinandersetzung nur vor; bis zur Verteilung setzt sich die Erbengemeinschaft am erzielten Erlös fort (vgl. § 2041 S. 1 BGB).

Zivilprozessual wird der Auseinandersetzungsanspruch der Miterben durch Klage auf Zustimmung zu einem bestimmten Teilungsplan durchgesetzt, wobei der Klageantrag zugleich auf die dinglichen Erklärungen zur Durchführung des Plans gerichtet sein kann.[45] Alternativ besteht nach §§ 363 ff. FamFG die Möglichkeit, ein notarielles Vermittlungsverfahren unter den Miterben durchzuführen.[46] Das Verfahren hat sich bislang in der Praxis nicht recht durchsetzen können, was mutmaßlich auf die damit verbundenen Kosten,[47] die mangelnde Erfolgsgarantie[48] und die konkrete Ausgestaltung des Verfahrensablaufs[49] zurückzuführen ist.

b) Auseinandersetzungsvertrag

Um ohne Bindung an die starren Regelungen des BGB die Rechtsbeziehungen der Miterben mit dem Ziel zu regeln, die Erbengemeinschaft ihrer gesetzlichen Bestimmung zuzuführen, dh sie zu beenden, bieten sich vertragliche Vereinbarungen der Miterben untereinander an. Dafür hat sich der Begriff (Erb-)Auseinandersetzungsvertrag eingebürgert.[50] Der Abschluss einer einvernehmlichen Vereinbarung unter den Miterben zur Auseinandersetzung des Nachlasses bietet diesen die Möglichkeit, einen Vertrag nach ihren Bedürfnissen zu gestalten und die Verteilung des Nachlasses nach ihren Vorstellungen bestmöglich durchzuführen. Diese Art von Auseinandersetzungsverträgen ist Gegenstand der Abhandlung.

aa) Erscheinungsformen

Die Regelungsgehalte sind dabei so verschieden wie die Interessen der Beteiligten. Abstrakt gesprochen ist etwa die quotengerechte Übertragung der Nachlassgegenstände auf die einzelnen Miterben denkbar. Weiterhin können sämtliche Nachlassgegenstände auf einen oder mehrere Miterben gegen Abfindung der anderen übertragen werden. Dabei muss nicht zwingend der gesamte Nachlass in einem Rechtsakt aufgeteilt werden. Die Miterben können bspw. auch die Verteilung einzelner Nachlassgegenstände vorziehen und später eine endgültige Auseinandersetzung vereinbaren.[51] Davon abgesehen kann auch ein von der Erbengemeinschaft abgeschlossener Kaufvertrag mit einem Dritten Elemente der Erbauseinandersetzung enthalten, namentlich dann, wenn der Kaufpreis unter den Miterben verteilt wird. Kostenrechtlich ist dabei zu beachten, dass die darin liegende (Teil-)Auseinandersetzung einen selbständigen Beurkundungsgegenstand bildet und daher bis zu einer Verdopplung des Geschäftswertes führen kann.[52]

---

37 BGH NJW 1985, 51 (52); BGH DNotZ 2003, 56 (57);
38 OLG Oldenburg ZEV 2014, 417 (418); OLG München RNotZ 2017, 107 (109).
39 Vgl. hierzu unter B. I. 1.
40 MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 23; BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2047 Rn. 4.
41 MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 752 Rn. 20; BeckOGK BGB/*Fehrenbacher*, Stand 1.3.2018, § 752 Rn. 8.
42 Vgl. BeckOGK BGB/*Fehrenbacher*, Stand 1.3.2018, § 753 Rn. 7 ff. mwN.
43 BGH NJW 1985, 51 (52); OLG München NJW-RR 1991, 1097; OLG Rostock ZEV 2009, 465; BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 11; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 46.
44 BGH MittRhNotK 1999, 52 (53); MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 65.
45 OLG Düsseldorf BeckRS 1999, 30970662; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 45; *Keim* RNotZ 2003, 375 (376).
46 Vgl. hierzu ausführlich *Ihrig* MittBayNot 2012, 353; *Holzer* ZEV 2013, 656.
47 Gem. KV 23900 fällt eine 6,0-Gebühr aus dem Nachlasswert ohne Abzug von Schulden an (vgl. Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 2. Aufl. 2016, § 118 a Rn. 2).
48 Haußleiter/*Schemmann*, FamFG, 2. Aufl. 2017, Vorb. § 363 Rn. 4.
49 Insbesondere die fehlenden Sanktionsmöglichkeiten des Notars bei Verzögerungen durch die Beteiligten und die Aussetzung des Verfahrens beim Aufkommen von Streitpunkten (§ 370 S. 1 FamFG), vgl. BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 33; BeckOK FamFG/*Schlögel*, Stand 1.1.2018, § 363 Rn. 3; MüKoFamFG/*Mayer*, 2. Aufl. 2013, § 363 Rn. 4.
50 Auch: Erbteilungsvertrag, vgl. MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 31. Diese Begrifflichkeit hat für sich, dass sie vom Gesetzgeber verwendet wird (§ 1822 Nr. 2 BGB).
51 Vgl zu Formfragen in diesem Zusammenhang unter B. I. 2 b).
52 Vgl. LG Mönchengladbach RNotZ 2017, 331 mAnm *Gehse*.

bb) Rechtsnatur

Zur Frage der Rechtnatur eines Erbauseinandersetzungsvertrages lassen sich in der Literatur vereinfachend drei Leitlinien ausmachen. Zum Teil wird die Nähe zum Vergleich nach § 779 BGB betont.[53] Nach der insoweit weitest gehenden Position soll potentiell *jede* Erbauseinandersetzung Vergleichscharakter haben, weil sie die Ungewissheit der Miterben über die Art der Auseinandersetzung beende.[54] Dieser Auffassung wird zu Recht innere Widersprüchlichkeit vorgeworfen.[55] Denn ihre Begründung ist geradezu zirkelschlüssig: aus der Tatsache, dass vor Vertragsschluss keine vertragliche Regelung bestand, wird eine Ungewissheit konstruiert, die durch denselben Vertragsschluss wieder beseitigt wird. Dennoch können im Rahmen einer Erbauseinandersetzung selbstverständlich Ungewissheiten über Rechtsverhältnisse nach Maßgabe des § 779 BGB beigelegt werden. Hierunter fällt zB ein Streit über die Auslegung des Testaments hinsichtlich der Erbquoten der einzelnen Miterben.[56] Der Vergleich kann daher integrativer Bestandteil einer Erbauseinandersetzung sein, ist aber keinesfalls notwendige Voraussetzung für deren Vorliegen.[57]

In jüngerer Zeit hat *Eberl-Borges* generell in Frage gestellt, ob es sich bei der Erbauseinandersetzung um einen Vertrag handle. Sie plädiert stattdessen dafür, das Rechtsgeschäft als quasi-organschaftlichen Beschluss der Erbengemeinschaft zu begreifen und verortet die Problematik daher eher im Binnenorganisationsrecht der Miterben als in ihrer Rechtsstellung als einander gegenüberstehende Beteiligte.[58] Wichtigste Konsequenz dieses Ansatzes soll die unmittelbare Geltung von schuldrechtlichen Auseinandersetzungsvereinbarungen gegen Sonderrechtsnachfolger der Miterben sein. Ein Auseinandersetzungsvertrag wirke nur zwischen den Vertragsbeteiligten und binde einen Erbteilskäufer daher nicht, anders als ein Beschluss der Erbengemeinschaft.[59]

Andere ordnen die Erbauseinandersetzung dagegen als Vertrag ein, der je nach Ausgestaltung tausch- oder auch kaufähnlich sein könne.[60]

Die Auffassung *Eberl-Borges'* ist nicht von der Hand zu weisen, spricht doch das Gesetz bei Verwaltungsmaßnahmen der Erbengemeinschaft selbst von einer Beschlussfassung (§§ 2038 Abs. 2 S. 1 iVm 745 BGB). Dort findet das Mehrheitsprinzip seinen Niederschlag, das mitunter als charakteristisch, wenngleich nicht notwendig (vgl. § 709 Abs. 1 Hs. 2 BGB), für Beschlüsse angesehen wird.[61] Gleichwohl handelt es sich bei der Erbauseinandersetzung um einen Grenzfall. Die Auseinandersetzung bildet im Prinzip den Schlussstein der Verwaltung, denn es handelt sich dabei um die letzte Maßnahme in Bezug auf die Erbengemeinschaft. Andererseits müssen bei der Vereinbarung einer Auseinandersetzung sämtliche Miterben mitwirken.[62] Die (Voll-)Erbauseinandersetzung regelt typischerweise zweierlei: einerseits die Auflösung der Erbengemeinschaft als solche (was freilich nicht immer klargestellt wird) und andererseits die aus der Auflösung folgende Verteilung des Nachlassvermögens. Die Auflösungsentscheidung selbst hat eher beschlussähnlichen Charakter,[63] während bei der Vermögensverteilung die Miterben einander wieder in dem Sinne gegenüberstehen, dass sie gegenläufige, und nicht gleichgerichtete Willenserklärungen abgeben.[64]

Überzeugend erscheint es daher, von einer Doppelnatur der Erbauseinandersetzung auszugehen. Sie trägt sowohl Elemente eines Beschlusses, als auch eines Vertrages in sich. Ob die vertragliche Regelung dabei überwiegend Ähnlichkeiten zu Tausch, Kauf oder auch Schenkung aufweist, lässt sich nur anhand des Gesamtzusammenhanges der konkreten Regelungen entscheiden.[65] Ein typengemischter Vertrag kommt nicht selten vor,[66] zB bei der Verteilung von Nachlassvermögen auf alle Miterben und einem Zahlungsausgleich durch die wertmäßig Bessergestellten.

B. Die Erbauseinandersetzung im Einzelnen

I. Grundlagen des Erbauseinandersetzungsvertrages

1. Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten

§ 2046 Abs. 1 BGB bestimmt, dass im Rahmen der Auseinandersetzung zunächst die Nachlassverbindlichkeiten zu begleichen sind. Die angeordnete Primärverpflichtung zur Schuldentilgung trifft zwar lediglich die Erben im Innenverhältnis.[67] Gleichwohl wird dieses Prinzip durch die Begründung von zwei erheblichen Sanktionen[68] im Außenverhältnis zu etwaigen Nachlassgläubigern flankiert. Zum einen kann ein Miterbe bis zur Teilung des Nachlasses den Nachlassgläubigern die Einrede entgegensetzen, dass er nur mit seinem Anteil am Nachlass, nicht aber mit seinem sonstigen Vermögen haftet (§ 2059 Abs. 1 BGB).

Dieses Privileg gegenüber etwaigen Gläubigern verliert der Miterbe mit Vollzug der Teilung. Der Teilungsbegriff be-

53 MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 33; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 10.
54 RG DNotV 1916, 599 (600 f.) für die Übernahme des gesamten Nachlasses durch einen Miterben gegen Ausgleichsleistung.
55 *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 74.
56 *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 76. Allgemein zum Vergleich bei Streit über die Auslegung von Testamenten: BGH DNotZ 1987, 109 (112); *v. Proff* ZEV 2010, 348.
57 Entsprechend vorsichtig wird von der in Fn. 53 zitierten Literatur formuliert, dass es sich *häufig* um Vergleiche handeln solle.
58 Hier und im Folgenden: *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 77 ff.
59 Freilich gelangt der BGH unter Rückgriff auf § 2382 Abs. 1 BGB (Haftung des Käufers gegenüber Nachlassgläubigern), jedenfalls in entsprechender Anwendung, zum identischen Ergebnis (BGH NJW 1963, 345 [347]).
60 Vgl. BGH BeckRS 1953, 31400979; WürzNotarHB/*Baumann*, 4. Aufl. 2015, S. 1862; *Weimer* MittRhNotK 1997, 164 (176); ggf. für Kaufrecht auch MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 33; unklar BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 26.
61 Vgl. BGH NJW 1998, 3713 (3715); Palandt/*Ellenberger*, BGB, 77. Aufl. 2018, Überbl v § 104 Rn. 12.
62 Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 8.
63 Vgl. zur GbR etwa MüKoBGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, Vor § 723 Rn. 18; DNotI-Report 2017, 105.
64 Vgl. zu diesem Kriterium für einen Vertragsschluss: BGH NJW 1998, 3713 (3715); Jauernig/*Mansel*, BGB, 16. Aufl. 2015, Vor § 104 Rn. 7.
65 Im Ergebnis wohl ähnlich *Keim* RNotZ 2003, 375 (377): mehrseitiges Rechtsgeschäft eigener Art.
66 So BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 25.
67 BGH NJW 1971, 2264 (2266); MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2046 Rn. 3; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2046 Rn. 2.
68 Vgl. zur Motivlage des Gesetzgebers etwa Staudinger/*Marotzke*, BGB, 2016, § 2062 Rn. 18.

schreibt dabei den dinglichen Vollzug der Auseinandersetzung.[69] Es kommt nicht darauf an, dass jeder einzelne Nachlassgegenstand durch die Erbengemeinschaft übertragen wurde und die Nachlassteilung damit vollständig vollzogen ist. Nach hM ist es ausreichend, dass ein so erheblicher Teil der Nachlassgegenstände in das Eigenvermögen der Miterben überführt wurde, dass die Erbengemeinschaft bei objektiver, wirtschaftlicher Betrachtung als aufgelöst anzusehen ist.[70]

Mit Teilungsvollzug verlieren die Miterben ebenfalls die Möglichkeit, eine Nachlassverwaltung nach Maßgabe der §§ 1975 ff. BGB zu erwirken (§ 2062 Hs. 2 BGB). Damit geht – vorbehaltlich des weiterhin zulässigen Nachlassinsolvenzverfahrens[71] – eine nunmehr nicht mehr auf den Nachlass beschränkbare Haftung der Miterben einher. Besonders dramatisch tritt die Nachlasshaftung zu Tage, wenn ein Miterbe als Gesamtschuldner (vgl. § 2058 BGB) nach der Auseinandersetzung für Verbindlichkeiten herangezogen wird, die wirtschaftlich einem Nachlassgegenstand zuzuordnen sind, der einem anderen Miterben zugewiesen wurde.[72] Hierdurch kann mitunter auch noch Jahre nach Durchführung der Auseinandersetzung das gewollte wirtschaftliche Ergebnis der Teilung nachträglich in Schieflage geraten.

Auf diese Zusammenhänge sollte der Notar im Rahmen der Belehrungspflicht nach § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG aufmerksam machen und darauf hinweisen, dass vor Durchführung der Auseinandersetzung des Nachlasses die Verbindlichkeiten getilgt sein sollten, weil anderenfalls erhebliche Risiken für jeden Miterben drohen.[73] Wenn die Beteiligten hier mögliche Unsicherheiten vermeiden wollen, kann ggf. das Aufgebotsverfahren der Nachlassgläubiger nach §§ 1970 ff. BGB eingeleitet werden.[74] Dies führt u. a. in Abweichung von der gesamtschuldnerischen Haftung der Erben zu einer Beschränkung auf den jeweiligen Erbanteil (§ 2060 Nr. 1 BGB). Die Durchführung der Auseinandersetzung sollte dann bis zum Abschluss des Aufgebotsverfahrens aufgeschoben werden, um erforderlichenfalls noch durch Beantragung der Nachlassverwaltung reagieren zu können.

2. Formerfordernisse

Grundsätzlich bedarf eine Erbauseinandersetzungsvereinbarung iSd § 2042 BGB keiner besonderen Form. Auch für sie gilt zunächst das aus der Vertragsfreiheit abgeleitete Prinzip der Formfreiheit. Insbesondere ist die Erbauseinandersetzung kein dem Erbschaftskauf (§ 2385 Abs. 1 BGB) ähnlicher Vertrag, so dass auch nicht nach § 2371 BGB notarielle Beurkundung erforderlich ist.[75] § 2042 BGB trifft insoweit eine abschließende Sonderregelung.[76]

a) Beachtung allgemeiner Formvorschriften

Notarielle Beurkundung ist deshalb nur erforderlich, wenn im Auseinandersetzungsvertrag Verpflichtungen enthalten sind, für die das Gesetz allgemein diese Form vorschreibt. Zu nennen sind hier in erster Linie die Zuwendung von Immobilien (§ 311 b Abs. 1 S. 1 BGB) oder GmbH-Geschäftsanteilen (§ 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG) an die Miterben.[77] Auf diese beiden wichtigsten Normen soll sich die folgende Darstellung konzentrieren.

Nicht übersehen werden sollte jedoch auch § 518 Abs. 1 BGB (notarielle Beurkundung des Schenkungsversprechens). Der zweigliedrige Schenkungsbegriff des § 516 Abs. 1 BGB erfordert einerseits eine Bereicherung des Beschenkten auf Kosten des Schenkers und andererseits eine Einigung der Beteiligten über die Unentgeltlichkeit der bereichernden Zuwendung. In objektiver Hinsicht haben die Miterben untereinander Anspruch auf eine Auseinandersetzung entsprechend den Erbquoten und ggf. modifiziert durch Ausgleichungen nach §§ 2050 ff. BGB.[78] Eine Abweichung zu Gunsten eines Miterben führt zu dessen vermögensmäßiger Besserstellung,[79] so dass eine Bereicherung dieses Miterben und eine korrespondierende Entreicherung der übrigen ohne weiteres vorliegen. Weniger eindeutig dürfte jedoch regelmäßig sein, ob subjektiv auch der Wille zur Unentgeltlichkeit vorliegt.[80] Ein solcher Wille wird fehlen, wenn die Beteiligten bei der Verteilung der Nachlassgegenstände diese – etwa bei Grundstücken im Nachlass – lediglich schätzen und somit geringe Wertabweichungen im Vergleich zu den Erbquoten zu verzeichnen sind.[81] Gleiches dürfte in den praktisch nicht selten vorkommenden Fällen gelten, in denen einer der Erben bereits zu Lebzeiten einen Teil des Erbes „ausgezahlt bekommen“ hat und die Miterben daher von einer Ausgleichungspflicht ausgehen. Sind die Voraussetzungen für eine solche Ausgleichung nicht gegeben (etwa weil bei der Zuwendung eine Anordnung nach § 2050 Abs. 3 BGB unterblieben ist[82]), liegt zwar eine unentgeltliche Zuwendung des rechtlich nicht ausgleichspflichtigen Miterben an die übrigen vor. Ohne fachkundigen Rat werden sich die Beteiligten dessen jedoch nicht bewusst sein, so dass mangels Einigung über die Unentgeltlichkeit keine Schenkung vorliegen dürfte.[83] Anders liegt der Fall, wenn die Beteiligten bewusst einen von ihnen über die ihm rechtlich zustehende Quote hinaus begünstigen wollen, zB, wenn eine aus Kindern und überlebendem Ehegatten bestehende Erbengemeinschaft dem Elternteil den größten Teil des Nachlassvermögens überquotal zukommen lassen will oder wenn von mehreren Geschwistern ein finanziell schwächeres gezielt unterstützt werden soll.

69 MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2059 Rn. 4.
70 BeckOGK BGB/*Otto*, Stand 15.1.2018, § 2059 Rn. 6. Vgl. zu weiteren Einzelheiten Staudinger/*Marotzke* BGB, 2016, § 2059 Rn. 37 ff.; *Lettmann* RNotZ 2002, 538 (544).
71 Vgl. § 316 Abs. 2 InsO. Ferner MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2062 Rn. 13; Staudinger/*Marotzke*, BGB, 2016, § 2062 Rn. 18.
72 Vgl. für den Fall von Steuernachzahlungen etwa das illustrative Beispiel von *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (350).
73 Formulierungsbeispiel bei *Lettmann* RNotZ 2002, 538 (554).
74 So auch *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (351).
75 Palandt/*Weidlich*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2042 Rn. 12; MüKoBGB/*Musielak*, 7. Aufl. 2017, § 2385 Rn. 3.
76 BeckOGK BGB/*Grigas*, Stand 1.8.2017, § 2385 Rn. 5; *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (347).
77 *Keim* RNotZ 2003, 375 (380); *Pöting* MittBayNot 2007, 273 (275).
78 Vgl. oben Fn. 40.
79 Vgl. hierzu MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 516 Rn. 11; Staudinger/*Chiusi*, BGB, 2013, § 516 Rn. 26.
80 *Keim* RNotZ 2003, 375 (380) geht davon aus, dass dieses Element in Erbauseinandersetzungsverträgen in der Regel fehlen dürfte.
81 Außerdem können die Beteiligten im Rahmen der Privatautonomie auch bei ungleichwertigen Leistungen subjektiv von Äquivalenz ausgehen, vgl. BGH BeckRS 1990, 31066432; OLG Frankfurt NJWE-FER 2000, 292; OLG Köln BeckRS 2000 30108639; MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 516 Rn. 21; Staudinger/*Chiusi*, BGB, 2013, § 516 Rn. 56.
82 Zu den Problemen in diesem Zusammenhang BeckOGK BGB/*Rißmann*, Stand 1.1.2018, § 2050 Rn. 104.
83 Vgl. zur irrtümlichen Annahme einer Verpflichtung BGH NJW 2014, 294 (296); MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2016, § 516 Rn. 25.

b) Reichweite von Formerfordernissen

Bei Erbengemeinschaften kommt es häufig vor, dass das Nachlassvermögen sich sowohl aus Vermögensgegenständen zusammensetzt, für deren Übertragung notarielle Beurkundung erforderlich ist, als auch aus solchen, die formfrei unter die Miterben verteilt werden können. Nicht selten äußern Beteiligte dabei den Wunsch, zur Kostenersparnis zunächst die Verteilung von Bar- und Buchvermögen, Fondsanteilen, Aktien etc. intern vorzunehmen und nur die Übertragung von Immobilien und/oder GmbH-Geschäftsanteilen in notarieller Urkunde zu regeln. In jedem Falle sollte in solchen Situationen dazu geraten werden, die Vereinbarungen zu Beweiszwecken schriftlich festzuhalten. Allerdings stellt sich weitergehend die Frage, inwieweit sich aus der Verknüpfung von beurkundungspflichtigen und formfreien Rechtsgeschäften Konsequenzen für letztere ergeben.[84]

aa) Grundsätze

Das Beurkundungserfordernis umfasst in erster Linie das dem Formzwang unterliegende Rechtsgeschäft selbst. Allerdings erstreckt sich das Formerfordernis auch auf sonstige Rechtsgeschäfte, die mit dem beurkundungsbedürftigen eine Einheit bilden sollen. Ausgehend vom Normzweck der Formvorschriften kommt es dabei auf die Abhängigkeit des formbedürftigen vom nichtformbedürftigen Vertrag an: Soll etwa ein Grundstücksübertragungsvertrag nur dann Bestand haben, wenn auch ein weiterer Vertrag Bestand hat, so erstreckt sich das Formerfordernis des § 311 b BGB auch auf diesen weiteren Vertrag.[85] Die Rechtsprechung verwendet in diesem Zusammenhang die Formulierung, dass die Verträge miteinander stehen und fallen sollen.[86] Maßgeblich für eine derartige Verknüpfung verschiedener Rechtsgeschäfte ist ein übereinstimmender Parteiwille, was von der Rechtsprechung auch dann angenommen wird, wenn der Wille des einen Teils dem anderen erkennbar war und von diesem hingenommen wurde.[87]

bb) Konkrete Schlussfolgerungen

In der Literatur wird bei Erbauseinandersetzungen zur Vorsicht im Hinblick auf eine mögliche Erstreckung von Formerfordernissen geraten. Behandelt wird dort zumeist der Fall, dass Gegenstand der notariellen (Teil-)Erbauseinandersetzung die Übertragung eines Grundstücks an einen Miterben ist. Dann sei von einer zumindest stillschweigenden Abrede auszugehen, nach der den übrigen Miterben später eine Abfindung zustehen solle. Diese weitere Vereinbarung sei dann ebenfalls beurkundungsbedürftig.[88] Problematisch sind jedoch auch Konstellationen wie die zuvor dargestellte, in denen also eine Verteilung von Nachlassvermögen vor der Beurkundung zB der Grundstücksübertragung stattfindet. Denn nach hM spielt bei zusammengesetzten Verträgen die zeitliche Abfolge keine Rolle für die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit.[89] Auch die Gegenauffassung gelangt freilich über § 154 Abs. 1 S. 1 BGB (dh die Einigung hinsichtlich des formfreien Geschäfts wird nicht bindend, solange die Grundstücksübertragung nicht beurkundet ist) zu ähnlichen Ergebnissen.[90]

Auch bei Erbauseinandersetzungen kommt es für die Frage der Einheitlichkeit von Vereinbarungen auf den rechtsgeschäftlichen Willen der Beteiligten an. Dabei soll ein wirtschaftlicher Zusammenhang zwar für sich genommen nicht ausreichend, andererseits jedoch ein starkes Indiz für einen dahingehenden Verknüpfungswillen sein.[91] Diese Feststellung legt auf den ersten Blick nahe, bei einer aufgespaltenen Auseinandersetzung einen Verknüpfungswillen grundsätzlich zu bejahen, weil die Beteiligten – auch aus Laiensicht – die Gesamtabwicklung und -verteilung des Nachlasses als einheitlichen Lebenssachverhalt begreifen werden. Gerade die Aufspaltung zeigt jedoch, dass objektive Kriterien wie der wirtschaftliche Zusammenhang nicht automatisch einen Schluss auf die subjektive Verknüpfungsabsicht zulassen. Vielmehr ist (ausgehend von den eingangs geschilderten allgemeinen Grundsätzen) danach zu fragen, ob der spätere formbedürftige Vertrag in seiner Wirksamkeit von dem vorgezogenen, nicht formbedürftigen Teil abhängen soll. Angesichts dessen wird man zunächst regelmäßig von einer fehlenden Verknüpfung (und damit einer fehlenden Erstreckung des formbedürftigen Geschäfts) ausgehen können, wenn beabsichtigt ist, in beiden Vertragsteilen eine den Erbquoten entsprechende Aufteilung des Nachlassvermögens herbeizuführen.[92] Denn dabei werden konstruktiv zwei Teilerbauseinandersetzungen zu jeweils gleichen Quoten vereinbart, so dass jeder Beteiligte prinzipiell an der ersten Teilerbauseinandersetzung auch dann mitwirkte, wenn er nicht sicher sein könnte, dass der übrige Nachlass in gleicher Weise verteilt wird. Denn auf eine Verteilung des Restnachlasses gem. den Erbquoten geht ohnehin sein gesetzlicher und damit notfalls gerichtlich durchsetzbarer Auseinandersetzungsanspruch.

Anders liegt der Fall, wenn bei einer – für sich genommen nicht beurkundungsbedürftigen – Teilauseinandersetzung im Hinblick auf bestimmte Gegenstände des Nachlasses ein Miterbe entweder gar nicht oder nur in unterquotalem Umfang zum Zuge kommt, weil dieser nach dem Willen der Miterben im beurkundungsbedürftigen, späteren Teil der Auseinandersetzung besser gestellt werden soll. In solchen Fällen wird jedenfalls ein Verknüpfungswille dieses Miterben bestehen, der den anderen auch ohne weiteres erkennbar ist. In dieser Konstellation ist daher von einer Erstreckung des Beurkundungserfordernisses auszugehen.

---

84 Bei der Frage der Reichweite von Beurkundungserfordernissen gelten dabei für § 311 b BGB und § 15 Abs. 4 GmbHG laut *Maier-Reimer* NJW 2015, 273 im Wesentlichen die gleichen Grundsätze. Allerdings wird im GmbH-Recht zunehmend eine restriktivere Handhabung zur Erstreckung der Beurkundungspflicht auf weitere Vereinbarungen vertreten, vgl. hierzu MüKoGmbHG/*Reichert/Weller*, 2. Aufl. 2015, § 15 Rn. 113 ff. u. 126 mwN.

85 BeckOGK BGB/*Schreindorfer*, Stand 1.11.2017, § 311 b Rn. 185; Staudinger/*Schumacher*, BGB, 2018, § 311 b Rn. 174; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 311 b Rn. 32; *Weber* RNotZ 2016, 377 (379 f.). Noch weitergehend MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2016, § 311 b Rn. 54, dem zufolge auch eine umgekehrte Abhängigkeit unter Umständen genügen kann.

86 Vgl. nur BGH NJW 1980, 829 (830); BGH NJW 1987, 1069; BGH NJW 2000, 951 (dort ausdrücklich zur einseitigen Abhängigkeit).

87 BGH NJW-RR 2009, 953 (955); MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2016, § 311 b Rn. 54; Staudinger/*Schumacher*, BGB, 2018, § 311 b Rn. 175; Palandt/*Grüneberg*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 311 b Rn. 32. Enger BeckOGK BGB/*Schreindorfer*, Stand 1.11.2017, § 311 b Rn. 188.

88 Vgl. *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 167; *Keim* RNotZ 2003, 375 (380).

89 BGH DNotZ 2002, 944 (945); BeckOGK BGB/*Schreindorfer*, Stand 1.11.2017, § 311 b Rn. 195 f.; Staudinger/*Schumacher*, BGB, 2018, § 311 b Rn. 175.

90 *Maier-Reimer* NJW 2015, 273 (276).

91 BGH NJW-RR 1991, 688 (689); OLG Oldenburg BeckRS 2007, 14595; BeckOGK BGB/*Schreindorfer*, Stand 1.11.2017, § 311 b Rn. 187; Staudinger/*Schumacher*, BGB, 2018, § 311 b Rn. 177.

92 *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 167; *Keim* RNotZ 2003, 375 (380 f.); *Pöting* MittBayNot 2007, 273 (276).

Freilich wird bei vorangegangener, nicht formbedürftiger Verteilung des sonstigen Nachlassvermögens die gesamte Vereinbarung gem. § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB durch Auflassung und Eintragung oder gem. § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG durch formgerechte Abtretung der Geschäftsanteile geheilt. Denn die Heilung erstreckt sich auf den gesamten Inhalt des beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäfts, so dass auch zuvor getroffene, beurkundungsbedürftige Vereinbarungen nachträglich wirksam werden.[93] Auf die entsprechenden Zusammenhänge sollten Beteiligte, die eine Aufspaltung der Erbauseinandersetzung planen, dennoch hingewiesen werden. Demjenigen, der im Rahmen der ersten (nicht beurkundeten) Vereinbarung weniger erhält als bei der später geplanten (beurkundeten) Verteilung, wird zwar regelmäßig bewusst sein, dass er auf die vertragliche Vereinbarung des zweiten Schrittes keinen Anspruch hat. Weniger eindeutig dürfte es aber um die Kenntnis der übrigen Miterben bestellt sein, dass die ihnen vorteilhafte erste Verteilung bis zu Abschluss und Vollzug der notariellen Vereinbarung unwirksam ist und daher bis zur Heilung jederzeit angegriffen werden kann.

3. Die Erbauseinandersetzung als Verbrauchervertrag

Bei Verträgen zwischen Unternehmern und Verbrauchern sieht das Gesetz bestimmte Schutzmechanismen zu Gunsten des Verbrauchers vor. Aus Sicht der notariellen Vertragsvorbereitung ist dabei besonders § 17 Abs. 2 a BeurkG zu beachten. Dem Verbraucher muss ausreichend Gelegenheit gegeben werden, sich mit dem Vertragstext zu befassen (§ 17 Abs. 2 a S. 2 Nr. 2 S. 1 Hs. 1 BeurkG). Unterliegt der Vertrag der Beurkundungspflicht nach § 311 b Abs. 1 BGB, so soll der Urkundstext dem Verbraucher zwei Wochen vor Beurkundung vom Notar zur Verfügung gestellt werden. Ein Verbrauchervertrag liegt nach der Legaldefinition des § 310 Abs. 3 BGB vor, wenn an dem Rechtsgeschäft auf unterschiedlichen Seiten Unternehmer und Verbraucher beteiligt sind.

Verbraucher iSd § 13 BGB ist jede natürliche Person, die ein Rechtsgeschäft zu Zwecken abschließt, die überwiegend weder ihrer gewerblichen noch ihrer selbständigen beruflichen Tätigkeit zugerechnet werden können. Unternehmer iSd § 14 BGB ist dagegen eine natürliche oder juristische Person oder eine rechtsfähige Personengesellschaft, die bei Abschluss eines Rechtsgeschäfts in Ausübung ihrer gewerblichen oder selbständigen beruflichen Tätigkeit handelt. Bei natürlichen Personen kommt es für die zutreffende Einordnung damit maßgeblich auf die Zweckrichtung des jeweiligen Geschäfts an.[94]

Auf welcher Seite des Vertrages (Veräußerer oder Erwerber) der Verbraucher steht, ist für Zwecke des § 17 Abs. 2 a BeurkG unerheblich.[95] Auch kommt es nicht darauf an, ob der Verbraucher im konkreten Fall in schutzwürdiger Weise geschäftlich unerfahren ist. Dies wird vielmehr im Rahmen der Vorschrift typisierend unterstellt.[96]

a) Grundsätzliche Qualifikation

Um entscheiden zu können, ob ein Erbauseinandersetzungsvertrag als Verbrauchervertrag anzusehen ist, muss daher im Einzelfall auf den von den Miterben verfolgten Zweck abgestellt werden. Erwirbt etwa ein Erbe im Rahmen der Auseinandersetzung einen Nachlassgegenstand, um diesen für sein gewerbliches Unternehmen einzusetzen (etwa ein Grundstück, das künftig als Betriebsgrundstück dienen soll), so handelt er insoweit als Unternehmer.[97] Übernimmt ein Miterbe stattdessen einen Vermögensgegenstand für private Zwecke (etwa eine Immobilie, die er künftig selbst bewohnen möchte), so ist er als Verbraucher zu behandeln.

Nicht ganz klar ist hingegen, wie die Erbengemeinschaft als solche zu qualifizieren ist. Allein die Tatsache, dass es sich bei der Erbengemeinschaft um eine Mehrheit von Personen handelt, führt jedenfalls nicht dazu, zwangsläufig von einem Unternehmer auszugehen. Denn der Anwendungsbereich des § 13 BGB ist zwar nach dessen Wortlaut auf natürliche Personen beschränkt. Allerdings ist anerkannt, dass mangels Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft die in ihr zusammengeschlossenen Personen insgesamt als Verbraucher auftreten können.[98] Regelmäßig wird es sich bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft um private Vermögensverwaltung handeln,[99] so dass die Erben in ihrer gemeinschaftlichen Verbundenheit zumeist als Verbraucher auftreten werden. Anders könnte der Fall jedoch liegen, wenn sich die Erbengemeinschaft über unternehmerisches Vermögen auseinandersetzt, zB wenn im Rahmen der Auseinandersetzung ein Einzelunternehmen auf einen der Erben übertragen wird. Jedenfalls der Erwerber handelt in dieser Konstellation als Unternehmer, weil er den Betrieb übernimmt und auch der Existenzgründer grundsätzlich als Unternehmer zu qualifizieren ist.[100] Fraglich bleibt jedoch die Unternehmereigenschaft der Erbengemeinschaft. Abstellend auf den Zweck des Auseinandersetzungsvertrages für die Erbengemeinschaft wäre zunächst zu vermuten, dass sich die Abstoßung des Betriebsvermögens gegen zB Entgeltabfindung für die übrigen Erben als nicht unternehmerisches Handeln erweist, weil die übrigen Mitglieder der Erbengemeinschaft an der Fortführung des Unternehmens gerade kein Interesse zeigen.[101] Dabei bliebe jedoch unberücksichtigt, dass die Veräußerung von Betriebsvermögen den Abschluss der unternehmerischen Tätigkeit markiert und damit als Gegen-

93 Zu § 311 b BGB: BGH NJW 1974, 136; BeckOGK BGB/*Schreindorfer*, Stand 1.11.2017, § 311 b Rn. 346; MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2016, § 311 b Rn. 85; Staudinger/*Schumacher*, BGB, 2018, § 311 b Rn. 304. Zu § 15 Abs. 4 S. 2 GmbHG: BGH NJW-RR 1987, 807; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl. 2017, § 15 Rn. 36; Saenger/Inhester/*Pfisterer*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 15 Rn. 44.

94 Näher MüKoBGB/*Micklitz/Purnhagen*, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 42 ff.; Staudinger/*Kannowski*, BGB, 2013, § 13 Rn. 41 ff.

95 BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 156; Kersten/Bühling/*Danne*, Formularbuch und Praxis der Freiwilligen Gerichtsbarkeit, 25. Aufl. 2016, § 6 Rn. 151; *Solveen* RNotZ 2002, 318 (319).

96 Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 17 Rn. 75; BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 144.

97 *Böhr* RNotZ 2003, 277 (281).

98 MüKoBGB/*Micklitz/Purnhagen*, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 17; Erman/*Saenger*, BGB, 14. Aufl. 2014, § 13 Rn. 7; Staudinger/*Kannowski*, BGB, 2013, § 13 Rn. 34.

99 So auch *Böhr* RNotZ 2003, 277 (281).

100 Vgl. hierzu etwa BGH NJW 2005, 1273 (1274); OLG Düsseldorf NJW 2004, 3192 (3193); MüKoBGB/*Micklitz/Purnhagen*, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 61 ff.; BeckOGK BGB/*Alexander*, Stand 1.1.2018, § 13 Rn. 334 mwN auch zur aA.

101 In diese Richtung geht wohl *Böhr* RNotZ 2003, 277 (281), der ausführt, dass die Auseinandersetzung (offenbar immer) der privaten Vermögenssphäre zuzuordnen sei. Soweit er dabei explizit auf den von der Erbengemeinschaft, und nicht den einzelnen Erben verfolgten Zweck abstellen will, ist freilich zu bedenken, dass mangels Rechtsfähigkeit der Erbengemeinschaft stets die Miterben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Verbraucher/Unternehmer zu qualifizieren sein dürften.

stück zur Existenzgründung ebenfalls (noch) als unternehmerisches Handeln gilt.[102] In Fällen der Übertragung eines Nachlassunternehmens an einen der Miterben wird man daher in der Regel davon ausgehen müssen, dass sowohl der übernehmende Miterbe als auch die übrigen als Unternehmer einzustufen sind.[103] § 17 Abs. 2 a S. 2 BeurkG ist dann nicht anwendbar.[104]

b) Sonderproblem: Auseinandersetzung durch den Testamentsvollstrecker

Besondere Schwierigkeiten ergeben sich in den Fällen, in denen an der Erbauseinandersetzung ein Testamentsvollstrecker beteiligt ist. Als unproblematisch auszuscheiden ist hier zunächst der Fall, dass der Testamentsvollstrecker seine Aufgabe wahrnimmt, ohne dass diese im Rahmen seiner gewerblichen oder beruflich selbständigen Tätigkeit läge. In diesem Fall handelt der Testamentsvollstrecker ohne weiteres als Verbraucher. Wenn allerdings die Besorgung fremder Vermögensangelegenheiten im weitesten Sinne der beruflichen Sphäre des Testamentsvollstreckers zuzuordnen ist, könnte dadurch seine Unternehmereigenschaft iSd § 14 BGB begründet werden. Zu denken ist in diesem Zusammenhang etwa an einen Notar oder Rechtsanwalt als Testamentsvollstrecker, der die Auseinandersetzung einer zweigliedrigen Erbengemeinschaft durch Übertragung von Grundeigentum an die beiden Erben betreibt. Allein auf Grund der beruflichen Qualifikation könnten im Rahmen des Vertragsschlusses die beiden Erben als Verbraucher in diesem Fall einem Unternehmer gegenüberstehen.

Die Literatur neigt dazu, den Verbraucher als dem unternehmerisch handelnden Testamentsvollstrecker unterlegen anzusehen, und aus diesem Grunde das Vorliegen eines Verbrauchervertrages zu bejahen.[105] Das OLG Düsseldorf hat in einem Fall aus dem Jahre 2010 zwar die Unternehmereigenschaft eines Testamentsvollstreckers, der zugleich Mitglied der Erbengemeinschaft war, im Ergebnis verneint, sich aber gleichwohl intensiv mit der Frage auseinandergesetzt, ob der Testamentsvollstrecker im Rahmen seines Amtes privat oder gewerblich tätig war.[106]

Allerdings wird im Gegensatz dazu in Fällen des Vertreterhandelns für die Frage der Verbrauchereigenschaft allein auf den Vertretenen abgestellt.[107] Weil die Folgen des Vertreterhandelns ausschließlich den vertretenen Verbraucher träfen, sei auch nur dessen Status relevant[108]. Ähnliches trifft jedoch auch auf den Testamentsvollstrecker zu. Auch seine Rechtshandlungen haben Wirkung für und gegen den Nachlass.[109] Der Unterschied zum Testamentsvollstrecker soll darin liegen, dass dieser als Partei kraft Amtes[110] tätig wird.[111] Er handelt zwar für Rechnung des Nachlasses, aber gleichwohl im eigenen Namen. Zudem ist er selbst Partei des Vertragsschlusses.[112] Dieser dogmatisch zutreffenden Differenzierung dürfte jedoch vor dem Hintergrund des Schutzzwecks der Verbrauchervorschriften keine größere Bedeutung beizumessen sein. Ob jemand in fremdem Namen als Vertreter oder im eigenen als Partei kraft Amtes auftritt, spielt für die Frage der Schutzwürdigkeit des Verbrauchers keine Rolle. Abstrakt kann zwar in beiden Fällen eine potentielle Unterlegenheit eines Verbrauchers gegenüber dem professionellen Testamentsvollstrecker nicht in Abrede gestellt werden. Auf der anderen Seite ist zu bedenken, dass dem Verbraucher, für dessen Rechnung der Testamentsvollstrecker handelt, ebenfalls Schutz entzogen wird, wenn man diesen stets als Unternehmer behandelt (man denke an Situationen, in denen der Testamentsvollstrecker für den Nachlass Verträge mit einem Unternehmer abschließt). Daher sollte im Rahmen der Erbauseinandersetzung grundsätzlich auch der professionelle Testamentsvollstrecker als Verbraucher behandelt werden können.[113]

Ausnahmsweise möchte die Rechtsprechung auch in Vertretungskonstellationen auf die Person des Vertreters abstellen, wenn die zu Grunde liegende Verbraucherschutznorm gerade vor einer situativen Überrumpelung durch die Gegenseite schützen möchte. Konkret wird daher im Falle eines Haustürwiderrufsgeschäfts danach unterschieden, ob der Vertreter Verbraucher oder Unternehmer ist.[114] Entscheidender Grund für diese abweichende Sichtweise ist jedoch, dass die „Gefahr besteht, dass auf die Willensbildung des Verbrauchers in unzulässiger oder unangemessener Weise Einfluss genommen“ wird.[115] Angesichts dessen dürfte diese singulär gebliebene Ausnahmekonstellation auf die notarielle Erbauseinandersetzung nicht entsprechend übertragbar sein. In der Beurkundungssituation trägt der Notar durch seine Beratungs- und Belehrungstätigkeit die Verantwortung dafür, dass eine unzulässige Überrumpelung eines Beteiligten nicht stattfindet.

Im Gesamtergebnis dürfte es daher richtig sein, die Erbauseinandersetzung nicht lediglich auf Grund der Beteiligung eines professionellen Testamentsvollstreckers als Verbrauchervertrag anzusehen.

4. Güterrechtliche Zustimmung nach § 1365 BGB

Sind im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft lebende Ehegatten Beteiligte des Erbauseinandersetzungsvertrages, sollte bedacht werden, ob nach § 1365 Abs. 1 BGB die Zustimmung des anderen Ehegatten notwendig ist. Wird die Zustimmung trotz Erforderlichkeit nicht eingeholt, sind nach § 1366 BGB sowohl das Ver-

102 EuGH-Urteil 14.3.1991 – C-361/98 – „di Pinto“; MüKoBGB/*Micklitz/Purnhagen*, 7. Aufl. 2015, § 14 Rn. 18; Staudinger/*Kannowski*, BGB, 2013, § 13 Rn. 61; *Böhr* RNotZ 2003, 277 (287).

103 Bei gleichzeitiger Verfolgung privater und unternehmerischer Zwecke möchte die hM prinzipiell auf den Schwerpunkt des Handelns abstellen, vgl. OLG Celle NJW-RR 2004, 1645 (1646); Palandt/*Ellenberger*, BGB, 76. Aufl. 2017, § 13 Rn. 4; *Böhr* RNotZ 2003, 277 (286); *Pfeiffer* NJW 1999, 169 (173). AA *v. Westphalen* BB 1996, 2101; *Bodewig*, DZWir 1997, 447 (449); *Ullmann* NJW 1998, 966; MüKoBGB/*Basedow*, 7. Aufl. 2016, § 310 Rn. 53.

104 Eylmann/Vaasen/*Frenz*, 4. Aufl. 2016, § 17 BeurkG Rn. 43; BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 157.

105 Vgl. BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 152.

106 OLG Düsseldorf BeckRS 2010, 13332.

107 BGH NJW 2015, 3228 (3233); BGH BeckRS 2015, 8619 Rn. 29; MüKoBGB/*Micklitz/Purnhagen*, 7. Aufl. 2015, § 13 Rn. 28; *Solveen* RNotZ 2002, 318 (319); *Weber* MittBayNot 2018, 10.

108 Etwa BeckOGK BGB/*Alexander*, Stand 1.6.2016, § 13 Rn. 182.

109 BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 152.

110 MüKoBGB/*Zimmermann*, 7. Aufl. 2017, Vorb. § 2197 Rn. 5; Staudinger/*Reimann*, BGB, 2016, Vorb. §§ 2197-2228 Rn. 19 m. w. N.

111 So BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 152. Gleicher Ansicht für das Parallelproblem des Insolvenzverwalters: Staudinger/*Kannowski*, BGB, 2013, § 13 Rn. 51; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 17 Rn. 93 a; *Mairose* RNotZ 2012, 467 (470); Gutachten DNotI-Report 2009, 25 (26).

112 Zum Ganzen Gutachten DNotI-Report 2009, 25 (26), wiederum für den Insolvenzverwalter.

113 So auch *Krauß* notar 2015, 282 (283) für den Insolvenzverwalter mit dem Argument, dass die Betonung der Amtsstellung durch die Gegenauffassung formalistisch sei. Differenzierend Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 17 Rn. 93 b.

114 BGH NJW 2015, 3228 (3233); BGH BeckRS 2015, 8619 Rn. 29.

115 BGH NJW 2000, 2268 (2268 f.).

pflichtungs- als auch das Erfüllungsgeschäft schwebend unwirksam.[116] Voraussetzung für die Anwendbarkeit der Vorschrift ist in objektiver Hinsicht ein Rechtsgeschäft über nahezu das gesamte Vermögen des Ehegatten[117] und subjektiv nach wohl hM die Kenntnis des Vertragspartners von den dies begründenden Umständen.[118] Etwaige Gegenleistungen, die dem verfügenden Ehegatten zufließen, sind für die Beurteilung des objektiven Tatbestandes irrelevant.[119] § 1365 BGB gilt auch für Erbauseinandersetzungsverträge.[120] Wenn der über die Beteiligung an der Erbengemeinschaft vermittelte Anteil des Ehegatten an den Vermögensgegenständen, über die im Erbauseinandersetzungsvertrag verfügt wird, dessen wesentliches Vermögen ausmachen, sollte deshalb stets an die Zustimmung des anderen Ehegatten gedacht werden. Gerade wenn die Erbauseinandersetzung innerhalb einer familiär verbundenen Erbengemeinschaft stattfindet, ist damit zu rechnen, dass den übrigen Miterben die wirtschaftlichen Verhältnisse des betreffenden Ehegatten bekannt sind mit der Folge, dass eine „gutgläubige Überwindung“[121] des § 1365 BGB ausscheidet.

II. Einzelne Regelungsgegenstände

1. Sicherung des Austauschverhältnisses

Auch beim Erbauseinandersetzungsvertrag treffen den Notar grundlegende Pflichten im Hinblick auf die Gefahr ungesicherter Vorleistungen. Er muss einerseits auf erster Stufe auf die rechtliche Tragweite der ungesicherten Vorleistung hinweisen und auf zweiter Stufe Wege zur Gefahrvermeidung aufzeigen.[122] Grundsätzlich ist zu beachten, dass dabei die Gefahr vertragswidriger Verfügungen seitens der Vertragspartner im Erbauseinandersetzungsvertrag wegen der gemeinschaftlichen Verfügungsbefugnis der Miterben aus § 2040 Abs. 1 BGB nur eine untergeordnete Rolle spielt. Es bleibt allerdings das Risiko, dass ein Miterbe auf Grund einer Pfändung des Erbteils in seiner Verfügungsbefugnis eingeschränkt wird.[123] Allgemein kann zwischen zwei Typen der Auseinandersetzung differenziert werden. Einerseits solche, die sich in einer bloßen Verteilung der Nachlassgegenstände auf die Miterben erschöpfen. Davon zu unterscheiden sind Vereinbarungen, bei denen einer oder mehrere Miterben sich zu Leistungen aus ihrem sonstigen Vermögen (zB Ausgleichszahlungen oder Schuldfreistellungen) verpflichten.

Im ersten Fall ergeben sich keine Probleme, sofern Vermögensgegenstände allein durch rechtsgeschäftliche Erklärung auf die Miterben übertragen werden können. So kann etwa die Übertragung von GbR-Anteilen oder GmbH-Geschäftsanteilen mit sofortiger dinglicher Wirkung im Auseinandersetzungsvertrag vorgesehen werden. Problematisch sind hier Verfügungen über Vermögensgegenstände, die nicht unmittelbar wirksam werden, wie die Übertragung von Grundbesitz. Hier wäre, wie üblich, die Vormerkung zu Gunsten des jeweiligen Erwerbers das Mittel der Wahl.[124]

Falls einzelne Miterben zur Erbringung von Leistungen verpflichtet werden, kann auf die Instrumentarien aus Kauf- und Überlassungsverträgen zurückgegriffen werden. Vorleistungsrisiken kann daher etwa bei Immobilien durch Umschreibungssperre, bei Gesellschaftsanteilen durch auf die Abfindungszahlung oder Schuldfreistellung aufschiebend bedingte Übertragung vorgebeugt werden.[125]

Soweit eine im Grundbuch noch nicht eingetragene Erbengemeinschaft ein Nachlassgrundstück an einen fremden Dritten verkauft, kann zur Sicherung des Käufers die vorherige Grundbuchberichtigung auf die Erben zur Fälligkeitsvoraussetzung erhoben werden. Jedenfalls dann, wenn die Erben nicht durch einen Erbschein, sondern durch eine eröffnete notarielle Verfügung von Todes wegen legitimiert sind, ist zum Schutz der Interessen des Käufers zur Grundbuchberichtigung zu raten. Denn falls es sich bei den in der Verfügung Bezeichneten nicht um die wahren Erben handeln sollte, erwirbt der Käufer kein Eigentum am Grundstück, auch nicht gutgläubig.[126] In dieser Hinsicht ist darauf hinzuweisen, dass eine Grundbuchberichtigung bei Erbauseinandersetzungen zwischen Miterben keinen derartigen Vorteil bietet. Denn sowohl § 892 BGB als auch § 2366 BGB setzen ein Verkehrsgeschäft voraus. Weil die jeweils erwerbenden Miterben zugleich Teil der veräußernden Gesamthandsgemeinschaft sind, liegt ein Verkehrsgeschäft bei interner Veräußerung jedoch gerade nicht vor.[127]

2. Haftung für Sach- und Rechtsmängel

Für den Erbauseinandersetzungsvertrag gelten die Gewährleistungsvorschriften der §§ 434 ff. BGB entspre-

116 Vgl. nur BeckOK BGB/*Siede*, Stand 1.11.2017, § 1366 Rn. 1.
117 Konkret sind dabei die Wertverhältnisse (vom Rechtsgeschäft erfasstes Vermögen in Relation zum übrigen Vermögen des Ehegatten) im Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgebend (MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 15; Staudinger/*Thiele*, BGB, 2007, § 1365 Rn. 27). Die Rechtsprechung verneint den Tatbestand des § 1365 BGB grundsätzlich, wenn das relevante Rechtsgeschäft bei größeren Vermögen weniger als 90 %, bei kleineren Vermögen weniger als 85 % des Gesamtvermögens betrifft (BGH NJW 1990, 2350 [2352]; BGH NJW 1991, 1739 [1740]; OLG Köln NJW-RR 2005, 4 [5]).
118 BGH NJW 1996, 1740; MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 28; BeckOK BGB/*Siede*, Stand 1.11.2017, § 1365 Rn. 17; Staudinger/*Thiele*, BGB, 2007, § 1365 Rn. 20 ff., die Kommentarstellen mwN zu abweichenden Auffassungen.
119 BGH NJW 1965, 909 (910); MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2017, § 1365 Rn. 22.
120 BGH NJW 1961, 1301 (1304); *Keim* RNotZ 2003, 375 (379); aA *Haegele* Rpfleger 1959, 242 (247); differenzierend OLG München DNotZ 71, 544 (545 f.); Palandt/*Weidlich*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2042 Rn. 15.
121 Vgl. etwa *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 1834.
122 Vgl. nur BGH DNotZ 1998, 637; BeckOGK BeurkG/*Regler*, Stand 13.5.2016, § 17 Rn. 66 ff.; *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (352).
123 *Keim* RNotZ 2003, 375 (377 f.); vgl. zu § 2040 Abs. 1 BGB auch Fn. 167.
124 *Keim* RNotZ 2003, 375 (377 f.).
125 Vgl. *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (352 f.).
126 Vgl. zu diesen Zusammenhängen etwa WürzNotarHB/*Hertel*, 4. Aufl. 2015, S. 665 f. Zur Frage der Vergleichbarkeit des Schutzniveaus von § 2366 BGB und § 892 BGB beim Erwerb von Erbscheinsinhabern bzw. einer eingetragenen Erbengemeinschaft vgl. *Vollhardt* MittBayNot 1986, 114 (115); *Wolfsteiner* NotBZ 2001, 134. (135).
127 BGH NJW 2001, 1069; BGH NJW 2007, 3204 (3205); BGH DNotZ 2015, 629 (630); OLG Dresden BeckRS 2010, 11613; *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 246; MüKoBGB/*Oechsler*, 7. Aufl. 2017, § 932 Rn 34; MüKoBGB/*Kohler*, 7. Aufl. 2017, § 892 Rn. 34; MüKoBGB/*Grziwotz*, 7. Aufl. 2017, § 2366 Rn. 11; Staudinger/*Gursky*, BGB, 2013, § 892 Rn. 101 mwN auch zur Gegenauffassung. Auf die Grundbuchberichtigung kann dann nicht verzichtet werden, wenn sie zwar nicht auf Grund des Sicherungsinteresses der Beteiligten, allerdings formell-rechtlich zur Beachtung des Voreintragungsgrundsatzes aus §§ 39 Abs. 1, 40 GBO notwendig ist. Dies ist etwa der Fall, wenn im Rahmen der Erbauseinandersetzung zur Finanzierung von Herauszahlungsbeträgen Grundpfandrechte zu Lasten der Nachlassgrundstücke bestellt werden sollen.

chend. Dies ergibt sich aus der Verweisungskette in §§ 2042 Abs. 2, 757 BGB. Die Anwendung ist auch in der Sache richtig, wenn man zutreffend davon ausgeht, dass der Erbauseinandersetzungsvertrag als Austauschvereinbarung kauf- und tauschrechtliche Elemente enthält, die insbesondere dann im Vordergrund stehen, wenn sich einzelne verteilte Nachlassgegenstände nachträglich als mangelbehaftet erweisen. Anspruchsberechtigt ist dabei der jeweilige Erwerber des konkreten Nachlassgegenstandes, anspruchsverpflichtet sind die Miterben in erbengemeinschaftlicher Verbundenheit als Veräußerer. In gleicher Weise wie beim typischen Immobilienkaufvertrag bietet sich daher auch im Erbauseinandersetzungsvertrag an, die Haftung der veräußernden Miterben für Mängel eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks auszuschließen. Der Ausschluss dient der Streitvermeidung. Er verhindert, dass einer der Miterben zunächst bedenkenlos dem Vertrag zustimmt und im Nachhinein versucht, durch die Geltendmachung von Mängelrechten das wirtschaftliche Ergebnis zu seinen Gunsten zu verändern. Damit wird dem jeweiligen Erwerber die Notwendigkeit vorheriger Prüfung deutlich gemacht und dem Veräußerer Planungssicherheit für die Zeit nach dem Vertragsschluss gewährleistet.[128]

Insbesondere wenn es sich um einen Auseinandersetzungsvertrag handelt, bei dem jedem Miterben einzelne Nachlassgegenstände zugewiesen und zu Eigentum übertragen werden, dürfte üblicherweise der Widerstand gegen einen solchen Ausschluss von Mängelrechten sehr gering sein. Denn der Austauschcharakter des Vertrages sorgt dafür, dass jeder Miterbe sich – je nach betroffenem Nachlassgegenstand – sowohl auf Seiten der potentiell Anspruchsverpflichteten als auch des Anspruchsberechtigten wiederfindet.

Ist die Gewährleistung auf diese Weise ausgeschlossen, können Mängelrechte bezüglich der einzelnen Nachlassgegenstände nur noch in Ausnahmefällen geltend gemacht werden, namentlich bei Vorliegen der Voraussetzungen des § 444 BGB. Danach ist einerseits im Falle einer Beschaffenheitsgarantie[129] die Berufung auf den Gewährleistungsausschluss verwehrt. Inhalt und Umfang einer solchen Garantie sind bei Fehlen einer präzisen inhaltlichen Ausgestaltung im Zweifel durch Auslegung zu ermitteln.[130] Zu beachten ist, dass der BGH weiterhin – und insoweit über § 444 BGB hinaus – davon ausgeht, dass sich ein vereinbarter Haftungsausschluss nach dem Gesamtzusammenhang des Vertrages ebenfalls nicht auf eine Beschaffenheitsvereinbarung iSd § 434 Abs. 1 S. 1 BGB beziehen soll.[131] Einer solchen aus der Vertragsauslegung gewonnenen Schlussfolgerung bedarf es freilich nur, sofern der Vertrag nicht in Bezug auf die Bestimmungen der Beschaffenheitsvereinbarungen ohnehin vorsieht, dass der Haftungsausschluss nur „im Übrigen“ gilt.

Des Weiteren verhindert § 444 BGB die Berufung auf den Haftungsausschluss bei arglistigem Handeln. Diesbezüglich kommt es im Rahmen von mehrseitigen Erbauseinandersetzungsverträgen entscheidend darauf an, bei welchen Personen Arglist vorliegen muss. Eine Wissenszurechnung eines Miterben zu Lasten der anderen käme zunächst nach Maßgabe des § 166 BGB in Betracht. Vertritt der arglistige Miterbe bei Vertragsschluss andere Miterben, hätte dies eine Wissenszurechnung zu den Vertretenen nach § 166 Abs. 1 BGB zur Folge. Darüber hinaus stellt sich die Frage, ob die Arglist nur eines Vertragsbeteiligten dazu führt, dass Mängelrechte auch gegen die übrigen Beteiligten geltend gemacht werden können. Hierzu bietet sich ein Vergleich mit der Situation bei einem Kaufvertrag mit mehreren Verkäufern an. Denn auch im Erbauseinandersetzungsvertrag wird dem jeweils erwerbenden Miterben der Vermögensgegenstand von der Gesamtheit der Miterben zugewiesen. Nach der Rechtsprechung soll es in diesem Zusammenhang ausreichen, dass nur ein Verkäufer arglistig gehandelt hat, um die Wirkung des Haftungsausschlusses zu Lasten aller Verkäufer auszuschalten.[132] Die tatsächlichen Konsequenzen dieses Grundsatzes können beträchtlich sein. Ist etwa nur einem der Miterben ein offenbarungspflichtiger Mangel eines Nachlassgrundstückes bekannt, das einem anderen Miterben im Rahmen des Vertrages übertragen wird, bekommt der Erwerber bspw. die Möglichkeit, Minderung oder Rücktritt geltend zu machen.[133]

3. Rücktrittsproblematik

Im Falle von Leistungsstörungen in der Erbauseinandersetzung besteht prinzipiell die Möglichkeit des Rücktritts vom Vertrag (§ 323 BGB, ggf. iVm § 437 Nr. 2 BGB). Der Rücktritt ist dabei gem. § 349 BGB gegenüber dem anderen Teil zu erklären. Bei einem Vertrag mit mehr als zwei Beteiligten ist der Rücktritt von allen Ausübenden gegenüber allen übrigen Vertragspartnern zu erklären, vgl. § 351 S. 1 BGB. Dogmatik und Handhabung eines solchen Rücktrittsrechtes stellen im Rahmen von Erbauseinandersetzungen aus zwei Gründen eine besondere Herausforderung dar.

a) Reichweite eines Rücktritts

Bei einem mehrseitigen Erbauseinandersetzungsvertrag stellt sich zunächst die Frage der Reichweite des Rücktritts. Einerseits wäre es denkbar, den Rücktritt nur auf die gestörte Leistungsbeziehung zu beschränken (also zB auf die Zuwendung des Grundstücks, das mit einem arglistig verschwiegenen Mangel behaftet ist).[134] Die Alternative wäre eine globale Wirkung des Rücktritts, also die Erstreckung auf den gesamten Erbauseinandersetzungsvertrag. Hierfür spricht sich etwa *Keim* in den Fällen aus, in denen eine der Leistungspflichten aus dem Vertrag unmöglich geworden ist. Jeder der Miterben erbringe seine eigenen Erfüllungshandlungen, von denen eine gänzlich unmöglich werde, so dass ein vollständiger Rücktritt geboten sei.[135] In der Tat dürfte ein Rücktritt bei einer Leistungsstörung im

128 Vgl. zu diesen Motiven im Rahmen der Gestaltung des Grundstückskaufvertrages *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 7. Aufl. 2014, Rn. 2518; *Amann* DNotZ 2003, 643 (643 f.).

129 Zur Definition der Garantie vgl. etwa BeckOGK BGB/*Stöber*, Stand 1.11.2017, § 444 Rn. 59 mwN.

130 Vgl. MüKoBGB/*Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 443 Rn. 5; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, 2013, § 443 Rn. 1.

131 Vgl. BGH DNotZ 2007, 524 (527 f.). Krit. *Gutzeit* NJW 2007, 1350 (1351); MüKoBGB/*Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 444 Rn. 5.

132 BGH BeckRS 1976, 31117584; BGH NJW-RR 1987, 1415 (1416); Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB, 2013, § 444 Rn. 48. AA (nur Schadensersatzanspruch gegen den arglistig Handelnden): MüKoBGB/*Westermann*, 7. Aufl. 2016, § 444 Rn. 12;

133 Unklar BeckOGK BGB/*Stöber*, Stand 1.11.2017, § 444 Rn. 48. Dagegen BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 60.2, die den Rücktritt im mehrseitigen Auseinandersetzungsvertrag ohne nähere Begründung für per se ausgeschlossen halten.

134 Angedeutet bei *Pöting* MittBayNot 2007, 273 (276).

135 *Keim* RNotZ 2003, 375 (381); *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 384.

Erbauseinandersetzungsvertrag – sei es auf Grund Unmöglichkeit, Leistungsverzögerung oder der vorbehandelten Mangelhaftigkeit – dazu führen, dass der gesamte Vertrag von ihm betroffen wird. Denn dem Erbauseinandersetzungsvertrag liegt insgesamt eine Austauschabrede aller beteiligten Miterben zu Grunde. Jeder ist mit der Übertragung einzelner Nachlassgegenstände auf andere Miterben einverstanden, weil er im gleichen Zuge ebenfalls rechtlich und wirtschaftlich von der Verteilung profitiert. Die Rückabwicklung auch nur einer der Leistungsbeziehungen in diesem Geflecht zerstört das Gleichgewicht im Gesamtgefüge.

b) Rechtsfolgen des Rücktritts bei Vollauseinandersetzung

Wird die Erbengemeinschaft durch Vertrag vollständig auseinandergesetzt, so führt der Vollzug dieser Vereinbarung zum Erlöschen der Gesamthand.[136] Folglich hört die Erbengemeinschaft mit Durchführung des letzten Vollzugsaktes auf zu existieren. Kommt es nach diesem Zeitpunkt zur Ausübung eines Rücktrittsrechtes, so soll § 346 Abs. 1 BGB bewirken, dass der Zustand vor Vertragsschluss wiederhergestellt wird.[137] Allerdings kann eine Erbengemeinschaft nicht durch Rechtsgeschäft (wieder)begründet werden. Dieser Grundsatz wird überwiegend auch für Fälle der Rückabwicklung einer Erbengemeinschaft herangezogen.[138] Eine dezidiert andere Auffassung hat der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 1953 vertreten. Dort wurde nach erfolgtem Rücktritt vom vollzogenen Auseinandersetzungsvertrag dem Antrag auf Rückauflassung eines Nachlassgrundstücks an die Erbengemeinschaft stattgegeben. Der BGH hat dazu § 2041 S. 1 BGB herangezogen. Die Erbengemeinschaft bestehe noch fort, solange Nachlassvermögen vorhanden sei. Der Anspruch der Erbengemeinschaft aus § 346 Abs. 1 BGB auf Rückgewähr sei als rechtsgeschäftliches Substitut anzusehen.[139] Diese Entscheidung ist singulär geblieben und zu Recht auf Kritik gestoßen.[140] Schon die systematische Stellung im Recht der Erbengemeinschaft lässt an der Anwendung des § 2041 S. 1 BGB zweifeln. Der Rückübertragungsanspruch entsteht in dem Moment, in dem der Rücktritt geltend gemacht wird. Dieser Zeitpunkt liegt allerdings nach der Auseinandersetzung, so dass ein der Erbengemeinschaft zuzuordnender Nachlass nicht mehr existiert. Daneben spricht auch der Zweck der Vorschrift dagegen, im Rückübertragungsanspruch einen Ersatz für die fortgegebenen Nachlassgegenstände zu erkennen. § 2041 S. 1 BGB zielt darauf ab, den Nachlass dem Werte nach für Gläubiger und Miterben zu erhalten.[141] Von den Miterben in Bezug auf Nachlassgegenstände abgeschlossene Rechtsgeschäfte sollen zur Verhinderung der Schmälerung des Nachlasses mit der Gegenleistung in der Gesamthand berücksichtigt werden. Der Rückgewähranspruch ist aber gerade keine Gegenleistung für das Ausscheiden der Erbmasse aus der Erbengemeinschaft. Er ist vielmehr Konsequenz einer gestörten Auseinandersetzungsvereinbarung. Zudem ist zu beachten, dass die Erfüllung des Rückgewähranspruchs in der (Rück-)Leistung des Nachlassvermögens liegt, dieses also bei Anwendung des § 2041 S. 1 BGB in letzter Konsequenz sein eigenes Substitut wäre.

Angesichts dessen ist zu klären, worin bei der Erbengemeinschaft die Rechtsfolgen eines Rücktritts vom Auseinandersetzungsvertrag bestehen. Die einschlägigen gerichtlichen Entscheidungen sind in der Sache zurückhaltend und ziehen sich darauf zurück, eine vertragliche Wiederbegründung der Erbengemeinschaft für unzulässig zu erklären.[142] Das Kammergericht hat freilich angedeutet, dass bei Aufhebung des Erbauseinandersetzungsvertrages eine Übertragung an eine aus den Erben bestehende Bruchteils- oder Gesamthandsgemeinschaft in Betracht kommen kann.[143] In der Literatur wird die Problematik namentlich von *Eberl-Borges* aufgegriffen, die dafür plädiert, den dinglichen Status quo nach Durchführung der Auseinandersetzung beizubehalten. Durch den Rücktritt entstehe lediglich der wechselseitige Anspruch der Miterben, den Nachlass auf Grundlage der gesetzlichen Regelungen erneut unter ihnen auseinanderzusetzen.[144]

Vorzugswürdig dürfte es sein, die Rückabwicklung so weit wie möglich dem vorherigen Rechtszustand anzunähern, um dem Zweck des Rücktrittsrechtes (nämlich Herstellung der Situation vor Vertragsschluss, also vor dem Erbauseinandersetzungsvertrag) am besten zu entsprechen. Dem wird der Ansatz *Eberl-Borges*' (Beibehaltung der dinglichen Rechtslage nach Durchführung der Auseinandersetzung) nicht gerecht. Es ist vielmehr zu überlegen, wie rechtstechnisch ein Zustand erreicht wird, der sich der vorherigen Erbengemeinschaft zumindest weitestgehend annähert. Ausgehend von dieser Prämisse zeigt sich ein Manko der Bruchteilsgemeinschaft. Genauer betrachtet handelt es sich um eine Mehrzahl von Bruchteilsgemeinschaften, die sich jeweils auf die einzelnen Nachlassgegenstände beziehen. Nach § 747 S. 1 BGB können die Teilhaber dabei über ihren Bruchteil verfügen, über den Gegenstand als Ganzen jedoch nur gemeinschaftlich (S. 2). Nach § 137 S. 1 BGB kann von der Verfügungsbefugnis dinglich nicht abgewichen werden.[145] Bei einem Rücktritt von einer vollzogenen Auseinandersetzung hat dies zur Folge, dass jeder Miterbe über seinen Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen verfügen kann. Damit besteht auch die Möglichkeit, dass die Berechtigungen daran isoliert und ohne Mitwirkung der anderen Miterben verändert werden können. Die Erbengemeinschaft basiert allerdings auf dem Strukturprinzip der gesamthänderischen Bindung sowohl hinsichtlich einzelner Gegenstände wie

136 MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2032 Rn. 4; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 65.
137 BGH NJW 1982, 105 (107) zur Wandelung; BeckOGK BGB/*Schall*, Stand 1.3.2018, § 346 Rn. 98; MüKoBGB/*Gaier*, 7. Aufl. 2016, Vor § 346 Rn. 1.
138 Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 66; OLG Düsseldorf Rpfleger 1952, 244, unter Hinweis darauf, dass durch den Rücktritt nur die schuldrechtliche Verpflichtung zur Rückgewähr der empfangenen Leistungen begründet wird (vgl. heute § 346 Abs. 1 BGB). Hiernach gilt im Übrigen Gleiches bei einer Teilauseinandersetzung. Auch dabei können die aus der Gesamthand ausgeschiedenen Gegenstände nicht wieder auf Grund des Rücktritts in die Erbengemeinschaft zurückgeführt werden. Vgl. OLG Köln OLGZ 1965, 117.
139 BGH BeckRS 1953, 31400979. I. E. ebenso MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 46.
140 *Keim* RNotZ 2003, 375 (381); *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 411 f.
141 MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2041 Rn. 1; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2041 Rn. 1; *Keim* RNotZ 2003, 375 (381).
142 OLG Düsseldorf Rpfleger 1952, 244; KG OLGRspr. 5, 357.
143 KG OLGRspr. 5, 357 (358). Auch Palandt/*Weidlich*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2042 Rn. 18 und Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 66 weisen auf die Möglichkeit einer GbR-Gründung hin. Vorausgesetzt wird dabei jeweils ein Willensentschluss der Erben, die eigentliche Frage nach der Rechtswirkung des Rücktritts wird daher nicht beantwortet.
144 *Eberl-Borges*, Erbauseinandersetzung, 2000, S. 418 ff.
145 BeckOK BGB/*Gehrlein*, Stand 1.11.2017, § 741 Rn. 4; Staudinger/*Eickelberg*, BGB, 2015, § 747 Rn. 4.

auch des Nachlasses in seiner Gesamtheit.[146] Die Bildung von Bruchteilsgemeinschaften als Rechtsfolge des Rücktritts ließe es zu, dass eine Zersplitterung des Nachlasses eintreten könnte, die vom Gesetz gerade verhindert werden soll. Dieser Einwand trifft im Übrigen in gleicher Weise die von *Eberl-Borges* favorisierte Lösung der Beibehaltung der dinglichen Rechtslage nach Rücktritt.

Diese erhebliche Abweichung vom Recht der Erbengemeinschaft findet sich bei der Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht. Denn auch hier kann der einzelne Gesellschafter nicht über seinen Anteil am Gesellschaftsvermögen oder einzelnen Gegenständen verfügen (§ 719 Abs. 1 BGB). Die Regelungen zur BGB-Gesellschaft bieten außerdem die notwendige Flexibilität, um das Gefüge der vormals bestehenden Erbengemeinschaft zutreffend abzubilden. Daher wird man davon ausgehen können, dass bei Fehlen einer vertraglichen Bestimmung im Erbauseinandersetzungsvertrag der Rücktritt zum Anspruch auf Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts führt, deren Gesellschaftsvermögen die Gesamtheit der Nachlassgegenstände bildet. Die innere Ausgestaltung der GbR ist dabei so weit wie möglich der Erbengemeinschaft anzugleichen, so dass etwa die §§ 2042 BGB an die Stelle der gesetzlichen Auseinandersetzungsregeln nach §§ 731 ff. BGB treten. Die weitgehende Dispositivität des Gesellschaftsrechts lässt dies zu.[147] Grenzen bestehen allerdings, soweit die Strukturprinzipien des Gesellschaftsrechts erbrechtliche Normen modifizieren. So wird man davon ausgehen müssen, dass etwa der Tod eines Gesellschafters bei einer auf Grund Rücktritts gebildeten GbR nicht zur Auflösung führt (§ 727 Abs. 1 BGB), sondern die Gesellschaft mit den Erben des Verstorbenen fortgesetzt wird. Allerdings kann diese Erbengemeinschaft nach dem verstorbenen Gesellschafter nicht selbst in die Gesellschafterstellung eintreten, vielmehr geht die Berechtigung im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf die einzelnen Miterben unmittelbar über.[148] Insoweit lässt sich eine exakte Nachbildung von Untererbengemeinschaften nicht erreichen.

Auf den ersten Blick mag es ungewöhnlich und systemwidrig erscheinen, dass nach Auflösung der nicht rechtsfähigen Erbengemeinschaft durch Rücktritt ein Anspruch auf Bildung einer potentiell rechtsfähigen BGB-Gesellschaft begründet wird. Letztlich ist dies jedoch nur die Konsequenz daraus, dass das Gesetz die Wiedererrichtung der zuvor bestehenden Gesamthandsgemeinschaft nicht zulässt. Nach Sinn und Zweck des § 346 Abs. 1 BGB hat daher eine neue Gesamthandsgemeinschaft zu entstehen, die der erloschenen in ihren rechtlichen Wirkungen möglichst ähnelt.

c) Ausgestaltung des Rücktrittsrechts

Aus Sicht des Vertragsgestalters stellt sich nunmehr die Frage, ob das zuvor skizzierte Regelungssystem des Rücktritts den Wünschen und Interessen der Vertragsbeteiligten entspricht. Denn eine durch Rücktrittserklärung verursachte Gesamtrückabwicklung der Auseinandersetzung führt möglicherweise dort zu ungewollten Ergebnissen, wo die Störung einer Leistungsbeziehung die übrigen Bestandteile des Auseinandersetzungsvertrages nach dem Willen der Beteiligten nicht tangieren soll. Besonders augenscheinlich wird diese Interessenlage, wenn sich der Rücktritt auf eine Leistungsbeziehung auswirkt, die von eher untergeordneter Bedeutung ist, etwa die Abfindung eines nur zu einem geringen Anteil bedachten Miterben durch entsprechend geringwertige Nachlassgegenstände. Durch seinen Rücktritt könnte ein Miterbe den gesamten Vertrag zu Fall bringen und dadurch anderen Miterben, die der Vertragsschluss mittlerweile reut, ebenfalls die Möglichkeit der Nachverhandlung eröffnen.

Dieser Motivlage kann Rechnung getragen werden, indem die Leistungsbeziehungen im Erbauseinandersetzungsvertrag isoliert voneinander betrachtet werden. So kann angeordnet werden, dass der Rücktritt eines Miterben den Vertrag im Übrigen unberührt lässt. Dann wäre nur die gestörte Leistungsbeziehung rückabzuwickeln. Gegenleistung für den Zurückgetretenen müsste, um die Ausgewogenheit der ursprünglichen Vereinbarung weiterhin zu wahren, die Zahlung eines Betrages sein, der dem dem betreffenden Miterben quotenmäßig zustehenden Anteil wertmäßig entspricht. Dies kann freilich dazu führen, dass nach Durchführung der Auseinandersetzung die übrigen Miterben gezwungen werden, das ihnen zugewiesene Nachlassvermögen zu versilbern, um den zurückgetretenen Miterben abzufinden. In dieser Hinsicht kann etwa überlegt werden, die Abfindungszahlung ratierlich auszugestalten oder von der gesamtschuldnerischen Haftung der Miterben zB in Fällen des Verschuldens eines der Miterben zu dessen Lasten abzusehen, so dass eine Rückabwicklung nur zwischen dem Zurücktretenden und dem arglistig Handelnden stattfindet.

III. Pfändung eines Miterbenanteils

Gestört werden kann die Erbauseinandersetzung unter den Miterben dadurch, dass ein Erbteil zu Gunsten eines vollstreckenden Gläubigers gepfändet wird. Nach § 859 Abs. 2 ZPO unterliegt auch der Anteil eines Miterben am Nachlass der Pfändung. Allerdings kann ein Pfandrecht nicht am Anteil an den einzelnen Nachlassgegenständen begründet werden.[149] Insoweit folgt das Zwangsvollstreckungsrecht der materiellen Unmöglichkeit einer Verfügung über einzelne Nachlassgegenstände nach § 2033 Abs. 2 BGB.[150] Daher kann etwa auf Grund eines gegen einen Miterben gerichteten Titels keine Sicherungshypothek an einem Grundstück der Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen werden.[151] Die Erbteilspfändung ist Rechtspfändung iSd § 857 ZPO.[152] Das Pfandrecht entsteht daher mit der Zustellung des Pfändungs- und Überweisungsbeschlusses[153] an den oder die Drittschuldner (§§ 857 Abs. 1, 829 Abs. 3 ZPO).[154] Drittschuldner sind dabei grundsätzlich die anderen Miterben.[155] Bei Bestellung eines Testamentsvollstreckers ist dieser ebenfalls als

146 BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2033 Rn 4; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2033 Rn. 38 ff.
147 Vgl. hierzu MüKoBGB/*Schäfer*, 7. Aufl. 2017, § 731 Rn. 3 mwN.
148 RG RGZ 16, 40; BGH NJW 1999, 571 (572); MüKoBGB/*Schäfer*, 7. Aufl. 2017, § 727 Rn. 33; Staudinger/*Habermeier*, BGB, 2003, § 727 Rn. 15.
149 BGH NJW 1967, 200 (201); OLG Köln RNotZ 2014, 604 (605 f.); Musielak/Voit/*Becker*, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 859 Rn. 21.
150 MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2033 Rn 38; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2033 Rn. 46.
151 BeckOK ZPO/*Riedel*, Stand 1.12.2017, § 859 Rn. 17.
152 MüKoZPO/*Smid*, 5. Aufl. 2016, § 859 Rn 17.
153 Eine Überweisung an Zahlungs statt ist bei der Erbteilspfändung nicht möglich, vgl. MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2033 Rn. 37.
154 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1661.
155 Musielak/Voit/*Becker*, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 859 Rn. 20; OLG Frankfurt a. M., BeckRS 1979, 01324.

Drittschuldner anzusehen, soweit ihm die Teilung des Nachlasses obliegt.[156] Die wirksame Pfändung führt zum Erwerb eines Pfändungspfandrechts durch den Gläubiger. Verfügungen des Schuldners über seinen Erbanteil sind dem Gläubiger gegenüber relativ unwirksam.[157] Das Gleiche gilt für Verfügungen, die der Schuldner gemeinsam mit den anderen Miterben über einzelne Nachlassgegenstände trifft,[158] weil anderenfalls das Pfandrecht am Erbanteil ohne Mitwirkung des Pfändungsgläubigers wertmäßig ausgehöhlt werden könnte.[159] Aus diesem Grunde ist die Pfändung eines Erbanteils im Grundbuch bei einem der Erbengemeinschaft gehörenden Grundstück eintragungsfähig.[160]

1. Auswirkungen auf die Beteiligung an einer künftigen Erbauseinandersetzung

Im Falle einer Erbteilspfändung vor Abschluss eines Vertrages zur Erbauseinandersetzung ist zunächst zu klären, welche Auswirkungen die Pfändung auf die Frage hat, wer an einer vollziehbaren Vereinbarung zur Nachlassauseinandersetzung beteiligt werden muss. Erforderlich ist jedenfalls die Mitwirkung des Pfändungsgläubigers. Denn durch die Pfändung steht ihm die Befugnis zu, die Auseinandersetzung nach § 2042 BGB zu verlangen[161]. Dem Gläubiger gegenüber entfaltet daher eine Auseinandersetzung, die ohne seine Zustimmung nach Entstehung des Pfändungspfandrechts durchgeführt wurde, keine Wirkung.[162] Angesichts der starken Stellung des Gläubigers im Hinblick auf die Auseinandersetzung kann man daran zweifeln, ob neben ihm auch noch der von der Pfändung betroffene Miterbe Vertragsbeteiligter sein muss. Es darf jedoch nicht außer Acht gelassen werden, dass die Pfändung dem Erben nicht seine Stellung als Mitglied der Erbengemeinschaft nimmt.[163] Daraus dürfte folgen, dass grundsätzlich auch der Erbe weiterhin an der Vereinbarung zu beteiligen ist.[164] Denn mit erfolgter (Voll-)Auseinandersetzung geht der Erbteil endgültig unter, so dass der Erbe auch sämtliche sich aus der Erbenstellung ergebenden Rechte verliert.[165]

Allenfalls bei einer streng am gesetzlichen Auseinandersetzungsregime orientierten Vereinbarung wäre es denkbar, auf die Mitwirkung des Erben, dessen Erbteil gepfändet wurde, zu verzichten. Denn wenn im Auseinandersetzungsvertrag die gesetzlichen Regelungen exakt gespiegelt werden, ist der Erbe nicht schützenswert. Gegen eine gerichtliche Geltendmachung des Auseinandersetzungsanspruchs durch den Gläubiger, der in dasselbe rechtliche und wirtschaftliche Ergebnis mündet, könnte er sich ebenfalls nicht zur Wehr setzen und keine einseitigen Modifikationen der inhaltlichen Ausgestaltung verlangen. Freilich ist zu bedenken, dass einerseits die strikte Einhaltung der §§ 2046 ff. BGB in den wenigsten Fällen der Interessenlage der Beteiligten entsprechen dürfte und andererseits selbst in einem solchen Falle der Verzicht auf die Mitwirkung des Erben ein nicht unerhebliches Risiko bedeutet, weil selbst bei der kleinsten Abweichung vom gesetzlichen Teilungsregime eine Zustimmung doch wieder erforderlich ist.[166] Zum dinglichen Vollzug wäre jedoch auch in diesem Falle die rechtsgeschäftliche Mitwirkung des betreffenden Miterben erforderlich, weil die Pfändung nicht das Recht verleiht, anstelle des Miterben gemeinsam mit den übrigen Erben über die Nachlassgegenstände zu verfügen.[167]

2. Verbindlichkeit eines bereits abgeschlossenen Auseinandersetzungsvertrages

Um die Bedeutung der Erbteilspfändung im Hinblick auf die Erbauseinandersetzung zu beurteilen, ist von entscheidender Bedeutung, den Entstehungszeitpunkt des Pfandrechts in Relation zum schuldrechtlichen Abschluss und dinglichen Vollzug des Auseinandersetzungsvertrages zu setzen.

Wird die Pfändung des Erbteils durch Drittschuldnerzustellung erst nach dem dinglichen Vollzug der Erbauseinandersetzung wirksam, kommt es zunächst darauf an, ob der Nachlass vollständig auseinandergesetzt wurde. Ist dies der Fall, wird die Pfändung nicht wirksam, sondern geht ins Leere, weil der Anteil an der Erbengemeinschaft mit vollständiger Auseinandersetzung zu existieren aufhört.[168] Bei nur teilweiser Auseinandersetzung ist dagegen auf die Übertragung der einzelnen Nachlassgegenstände abzustellen. Ist also bspw. die Übereignung eines Nachlassgrundstücks an einen Miterben bereits erfolgt, so kann eine nachfolgend wirksam gewordene Pfändung des Erbteils auf die bereits getroffene Verfügung keinen Einfluss mehr haben. Gem. § 878 BGB ist insoweit auf den Zeitpunkt des Antrags auf Umschreibung bei dem Grundbuchamt abzustellen,[169] der also vor der Drittschuldnerzustellung gestellt sein muss, um vom Pfändungspfandrecht unbeeinflusst zu bleiben. Vor Antragsstellung könnte einen Erwerber grundsätzlich zwar § 892 Abs. 1 S. 2 BGB schützen.[170] Allerdings liegt bei der Übertragung von Nachlassgegenständen von der Erbengemeinschaft auf einen Miterben nach ganz hM kein Verkehrsgeschäft vor, so dass Gutglaubensvorschriften nicht anwendbar sind.[171]

156 BeckOK ZPO/*Riedel*, Stand 1.12.2017, § 859 Rn. 22. Weitergehend Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1661: Der Testamentsvollstrecker tritt an die Stelle der Miterben.
157 MüKoZPO/*Smid*, 5. Aufl. 2016, § 859 Rn 20. Vgl. auch BayObLG NJW 1959, 1780 (1781).
158 Hergeleitet aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 1276, 1273 Abs. 2, 1258 Abs. 1 BGB: BGH NJW 1969, 1347 (1348); BGH NJW 1968, 2059 (2060); MüKoBGB/*Damrau*, 7. Aufl. 2017, § 1274 Rn. 42.
159 RG RGZ 90, 232 (236).
160 BayObLG NJW 1959, 1780; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1661; *Stritter* ZErb 2015, 6 (7).
161 MüKoZPO/*Smid*, 5. Aufl. 2016, § 859 Rn 19; MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn 32; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 3.
162 Vgl. BGH NJW 1969, 1347 (1348); MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn 6.
163 BayObLG v. 27.12.1982, BReg 1 Z 112/82, juris, Rn. 14; LG Stuttgart BWNotZ 1992, 59; BeckOK ZPO/*Riedel*, Stand 1.12.2017, § 859 Rn. 27.
164 AA BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2042 Rn. 23.
165 MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 45; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 67.
166 Vgl. insgesamt DNotI-Gutachten Nr. 105488, S. 4 f.
167 OLG Köln RNotZ 2014, 604; MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2040 Rn 3 ff. Obwohl Rechtsprechung und herrschende Literatur in bestimmten Fällen auf Grundlage des § 2038 Abs. 1 S. 2 Hs. 1 BGB Verfügungen durch die Mehrheit der Miterben zulassen (zB BGH DNotZ 2010, 210 [211 ff.]; detailliert BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2038 Rn. 41 ff.), wird sich regelmäßig für die Auseinandersetzung des Nachlasses nichts anderes ergeben, weil es sich dabei um eine außerordentliche Maßnahme, und nicht eine solche der ordentlichen Verwaltung handeln dürfte (vgl. etwa BeckOGK BGB/*Rißmann/Szalai*, Stand 15.12.2017, § 2038 Rn. 37, 89 ff.).
168 MüKoZPO/*Smid*, 5. Aufl. 2016, § 859 Rn 17; Musielak/Voit/*Becker*, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 859 Rn. 19.
169 Vgl. BeckOGK BGB/*Kesseler*, Stand 1.12.2017, § 878 Rn. 41; Staudinger/*Gursky*, BGB, 2012, § 878 Rn. 24.
170 Vgl. *Keilich/Schönig* NJW 2012, 1841 (1844); MüKoBGB/*Kohler*, 7. Aufl. 2017, § 878 Rn 28.
171 Vgl. oben Fn. 127.

Unklar ist die Rechtslage in den Fällen, in denen der Erbauseinandersetzungsvertrag schuldrechtlich bereits geschlossen, jedoch noch nicht dinglich vollzogen ist. Wird eine Erbteilspfändung in dieser Phase wirksam, ist jedenfalls unzweifelhaft, dass zum dinglichen Vollzug die Zustimmung des Pfändungsgläubigers erforderlich ist.[172] Nicht ohne weiteres zu beantworten ist jedoch die Frage, ob der Pfändungsgläubiger zur Zustimmungserteilung entsprechend der zuvor von den Miterben getroffenen Vereinbarung verpflichtet ist. Hierzu muss auf die aus der Pfändung folgenden Befugnisse des Gläubigers zurückgegriffen werden. Wie bereits dargelegt, erlangt der Gläubiger die Rechtsmacht, die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft zu verlangen mit der Folge, dass er Auseinandersetzungsvereinbarungen, die nach Wirksamwerden der Pfändung ohne seine Zustimmung getroffen wurden, nicht gegen sich gelten lassen muss. Umgekehrt dürfte der Gläubiger jedoch an eine vor Wirksamkeit der Pfändung getroffene Vereinbarung gebunden sein.[173] Denn Gegenstand der Pfändung ist der Erbteil mit allen Rechten und Pflichten, wie er im Zeitpunkt der Pfändung besteht.[174] Ist daher eine wirksame Auseinandersetzungsvereinbarung getroffen worden, bindet diese den Miterben selbst wie auch den pfändenden Gläubiger.[175] Insofern besteht kein Unterschied zu dem Fall, dass vor Pfändung zu Lasten des Nachlasses Verbindlichkeiten begründet wurden. Diese muss ein Pfändungsgläubiger im Rahmen der Auseinandersetzung ebenfalls gegen sich gelten lassen.[176]

Aus der Bindung des Gläubigers an die getroffene Vereinbarung wird auch zu folgern sein, dass dieser nach Wirksamwerden der Pfändung verpflichtet ist, an der Durchführung des Auseinandersetzungsvertrages mitzuwirken. Schuldrechtlich ist jeder Miterbe verpflichtet, die zum dinglichen Vollzug der Vereinbarung notwendigen Rechtshandlungen vorzunehmen,[177] so dass – auch insoweit gleichlaufend – ebenfalls eine Mitwirkungspflicht des Gläubigers besteht. Aus den Bestimmungen der §§ 2044 Abs. 1 S. 2, 751 S. 2 BGB dürfte sich nichts anderes ergeben.[178] Danach ist der Pfändungsgläubiger berechtigt, ohne Rücksicht auf eine entgegenstehende Anordnung des Erblassers die Auseinandersetzung zu verlangen, wenn er mittels eines nicht nur vorläufig vollstreckbaren Titels die Pfändung erwirkt hat. § 751 S. 2 BGB soll verhindern, dass Vermögensgegenstände der Zwangsvollstreckung durch Einbringung in eine Gemeinschaft entzogen werden.[179] Übertragen auf die Erbengemeinschaft als Zufallsgemeinschaft liegt der Sinn der Vorschrift darin, dass die Zwangsvollstreckung nicht durch das bloße Auseinandersetzungsverbot des Erblassers vereitelt werden kann. Denn anderenfalls hätte der Pfändungsgläubiger solange keine wirtschaftliche Verwertungsmöglichkeit des gepfändeten Erbteils, bis das Auseinandersetzungsverbot seine Wirkung verliert. Angesichts dieses Zweckes lässt sich aus den genannten Vorschriften kein Argument gegen die Bindung an getroffene Auseinandersetzungsvereinbarungen ableiten. Denn dadurch wird die Verwertungsmöglichkeit des Gläubigers lediglich modifiziert, nicht jedoch vollständig vereitelt.

IV. Angeordnete Vor- und Nacherbfolge

1. Schranken für den Vorerben

Soweit ein Mitglied einer Erbengemeinschaft lediglich Vorerbe des Erblassers geworden ist, ist er im Rahmen der Nachlassabwicklung gewissen Beschränkungen unterworfen. Zu Gunsten des Nacherben sind gesetzliche Schutzmechanismen vorgesehen, die nur teilweise (vgl. § 2036 BGB) zur Disposition des Erblassers stehen.[180] Diese sind auch bei einer Erbauseinandersetzung unter Beteiligung eines oder mehrerer Vorerben zu beachten, wobei zwischen der schuldrechtlichen und der dinglichen Seite zu differenzieren ist.

Die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben aus §§ 2113-2115 BGB betreffen ausschließlich Verfügungen im Rechtssinne,[181] so dass die im Auseinandersetzungsvertrag getroffenen schuldrechtlichen Verpflichtungen (etwa die der Erbengemeinschaft, ein Grundstück auf eines ihrer Mitglieder zu übertragen) davon unberührt bleiben. Wird eine Verpflichtung ohne Mitwirkung von Nacherben wirksam begründet, so stellt sich im Anschluss nur die Frage, ob die Nacherben ggf. verpflichtet sind, beim dinglichen Vollzug dieser Vereinbarung mitzuwirken.[182] Erst auf der Ebene des dinglichen Erfüllungsgeschäfts wirken die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben. Nach § 2113 Abs. 1 BGB ist die Verfügung des nicht nach § 2136 BGB befreiten Vorerben über ein Grundstück oder ein Grundstücksrecht bei Eintritt der Nacherbfolge unwirksam, soweit hierdurch das Recht des Nacherben beeinträchtigt wird. Die angeordnete Unwirksamkeit wirkt ab dem Eintritt der Nacherbfolge absolut;[183] um der Verfügung auch danach Wirksamkeit zu verschaffen, ist die Zustimmung des Nacherben nötig. Nur wenn diese Zustimmung vorliegt, kann auch (zB bei Übertragung eines Grundstücks auf einen nicht der Vor- und Nacherbfolge unterliegenden Miterben) ein im Grundbuch eingetragener Nacherbenvermerk gelöscht werden, weil das Grundstück durch die Zustimmung des Nacherben aus der Vor- und Nacherbfolge ausscheidet.[184]

172 Vgl. oben Fn. 158.
173 So im Ergebnis auch DNotI-Gutachten Nr. 111112, S. 2 f., mit dem Hinweis, dass die Frage in Literatur und Rechtsprechung nicht erörtert wird.
174 Vgl. zum GbR-Anteil: Kindl/Meller-Hannich/Wolf/*Koch*, Gesamtes Recht der ZVS, 3. Aufl. 2015, § 859 ZPO Rn. 4; Musielak/Voit/*Becker*, ZPO, 14. Aufl. 2017, § 859 Rn. 2.
175 Zu Recht wird angeführt, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als ihm selbst zustehen (DNotI-Gutachten Nr. 111112, S. 2 f).
176 Bei Verbindlichkeiten, die im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Nachlasses begründet werden, handelt es sich um Schulden des Nachlasses (sog. Nachlasserbenschulden), vgl. hierzu RG RGZ 90, 91 (93 f.); RG RGZ 146, 343 (345); BGH NJW 1960, 959 (960) mwN; *Heil* ZEV 2002, 296 (298). Außerhalb eines Insolvenzverfahrens dürfte für den Gläubiger allenfalls die Möglichkeit der Anfechtung nach dem AnfG bestehen, vgl. etwa RGZ 149, 129 (131); MüKoAnfG/*Kichhof*, 2012, § 11 Rn. 126.
177 MüKoBGB/*Ann*, 7. Aufl. 2017, § 2042 Rn. 43; Staudinger/*Löhnig*, BGB, 2016, § 2042 Rn. 64.
178 So jedoch DNotI-Gutachten Nr. 111112, S. 3.
179 Staudinger/*Eickelberg*, BGB, 2015, § 751 Rn. 8.
180 Dass trotz Anordnung von Vor- und Nacherbfolge eine Erbauseinandersetzung unter Beteiligung von Vorerben möglich ist, ergibt sich mittelbar aus § 2044 Abs. 2 S. 2 BGB, vgl. DNotI-Gutachten Nr. 1205.
181 MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2112 Rn. 1; BeckOGK BGB/*Müller-Christmann*, Stand 15.1.2018, § 2112 Rn. 4; *Waltjen* NJW 1973, 2061.
182 Vgl. unter B.IV 1. b) .
183 BGH NJW 1969, 2043 (2044); MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 10; Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2113 Rn. 24.
184 OLG Rostock RNotZ 2016, 686 (687); Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3516.

a) Person des Zustimmenden

Nicht erforderlich ist demgegenüber die Zustimmung des Ersatznacherben.[185] Begründet wird dies mit der unterschiedlichen Rechtsstellung der beiden potentiellen Nacherben. Der Ersatznacherbe sei vom Erblasser nicht mit dem primären Ziel berufen worden, am Ende dessen Erbe anzutreten. Vielmehr habe die Ersatznacherbberufung ausschließlich den Zweck, dafür Sorge zu tragen, dass bei Ausfall des Nacherben ein anderer an dessen Stelle treten könne. Dogmatisch wird das Recht des Ersatznacherben am Nachlass als im Vergleich zum Recht des Nacherben schwächer ausgestaltetes Anwartschaftsrecht begriffen.[186] Deshalb hat der Ersatznacherbe, wenn er tatsächlich Nacherbe wird, die zuvor erteilte Zustimmung des – nunmehr ausgefallenen – Nacherben gegen sich gelten zu lassen.

Anderes soll jedoch für den Nachnacherben gelten. Bei Anordnung von Nachnacherbschaft bestimmt der Erblasser, dass nach dem Vor- und sodann dem Nacherben eine weitere Person erben soll, die als Nach(nach)erbe des Nacherben eingesetzt ist, mit der Folge, dass auch der Nacherbe lediglich Vorerbe ist. Diese Konstruktion führt dazu, dass der Erblasser im Ergebnis drei Mal beerbt wird. Die hM steht auf dem Standpunkt, dass auch der Nachnacherbe Nacherbe iSd § 2113 BGB sei und es demnach zur Wirksamkeit von Verfügungen auch seiner Zustimmung bedürfe.[187] Zur Begründung wird auch hier vielfach der Erblasserwille herangezogen: Der Nachnacherbe sei aus Sicht des Erblassers ebenso „Hauptbedachter" wie Vorerbe und Nacherbe, so dass er nicht lediglich – wie der Ersatznacherbe – nur behelfsmäßig zum Zuge komme.[188] Gegen diese am Erblasserwillen ausgerichtete Auffassung wendet sich *Dumoulin*, der aus dem Wortlaut des § 2100 BGB folgert, dass der Nachnacherbe erst dann Nacherbe iSd Norm sei, wenn die Erbschaft beim Vorerben angefallen sei. Bis dahin besteht zwischen der Ersatznacherben und dem Nachnacherben kein Unterschied.[189] Ausgehend vom Zweck des § 2113 BGB, nämlich bestimmte Nachlassgegenstände für den Nacherben zu erhalten und Verschleuderung zu verhindern,[190] muss jedoch die Frage gestellt werden, wem der Erblasser diesen Schutz zukommen lassen wollte. Ordnet er Nachnacherbfolge an, so wird nach seiner Vorstellung der Nachlass hintereinander drei verschiedenen Personen hinterlassen. Um § 2113 BGB Genüge zu tun, bedarf jeder des Schutzes der Norm, solange eine andere Person den Nachlass in ihrer Verfügungsgewalt hat. Diese Überlegung wird auch nicht durch den Wortlaut des § 2100 BGB widerlegt. Dort wird der Nacherbe definiert als ein Erbe, der erst zur Erbschaft gelangt, nachdem sie zunächst einem anderen angefallen ist. Daraus lässt sich jedoch nicht ableiten, dass die Anwendung der gesetzlichen Bestimmungen über die Nacherbschaft zwingend voraussetzen, dass bereits der erste Erbfall eingetreten ist. Mit seiner Verfügung von Todes wegen legt der Erblasser bereits den Eintritt der Nachnacherbschaft fest; lediglich deren Wirkungen treten erst nach seinem Tode ein.

b) Verpflichtung zur Zustimmung

Liegt eine Fallgestaltung vor, in der eine Zustimmung erforderlich ist, um die Wirksamkeit der Verfügung auch bei Eintritt des Nacherbfalls aufrechtzuerhalten, stellt sich die Frage, ob der Vorerbe gegen den Nacherben (und ggf. den Nachnacherben) einen Anspruch auf eine solche Zustimmung hat. In der Literatur wird dies verschiedentlich bejaht. Teilweise wird – gestützt auf § 2120 BGB – von einer Verpflichtung ausgegangen, wenn ein Erbe zugleich Vor- und Vollerbe ist.[191] Andererseits wird auch ohne besondere Voraussetzungen eine Zustimmungspflicht angenommen.[192] Zur Begründung wird § 2111 BGB herangezogen.[193] Scheidet ein der Nacherbschaft unterliegender Nachlassgegenstand aus der Erbmasse aus, so ordnet § 2111 Abs. 1 S. 1 BGB für bestimmte Fälle dingliche Surrogation an. Wichtigster Anwendungsfall ist dabei der Erwerb eines Ersatzgegenstandes mit Mitteln der Erbschaft.[194] Dieser Surrogationstatbestand hat auch im Rahmen von Erbauseinandersetzungen erhebliche Bedeutung. Es ist anerkannt, dass diejenigen Vermögensgegenstände,[195] die einem Vorerben bei der Auseinandersetzung übertragen werden, als mit Mitteln der Erbschaft erworben gelten.[196] Begründet wird dies mit der Schutzbedürftigkeit des Nacherben, dessen Anwartschaft durch eine surrogationslose Übertragung von Nachlassgegenständen nicht benachteiligt werden dürfe.[197] Auch mit dem Wortlaut lässt sich die Sichtweise vereinbaren, weil – wie in der Literatur mitunter angeführt wird – der erwerbende Vorerbe im Gegenzug seine Gesamthandsbeteiligung an der Erbengemeinschaft hergibt und diese jedenfalls in einem weiteren Sinne als zur Erbschaft gehörig zu qualifizieren ist.[198]

Vor diesem Hintergrund wird eine Verpflichtung zur Zustimmung verständlich: Das Recht des Nacherben pflanzt sich an denjenigen Gegenständen fort, die dem Vorerben im Zuge der Erbauseinandersetzung zugeteilt werden. Daher wird davon ausgegangen, dass der Nacherbe keines weiteren Schutzes bedürfe. Dogmatisch unter den Wortlaut des § 2120 BGB fassen lässt sich diese Fallgestaltung freilich nur, wenn man Berührungspunkte zwischen Nachlassverwaltung und Erbauseinandersetzung anerkennt.[199] Weiter wird man voraussetzen müssen, dass die dem Vorerben zugewiesenen Vermögensgegenstände wertmäßig seiner Erbquote entsprechen müssen,[200] weil anderenfalls keine äquivalente Sicherung des Nacherben gewährleistet ist. Gegen eine Anwendung des § 2120 BGB könnte man

185 Allgemeine Meinung seit RG RGZ 145, 316; vgl. *Dumoulin* DNotZ 2003, 571 (575).
186 Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2100 Rn. 89; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3478; *Dumoulin* DNotZ 2003, 571 (574).
187 OLG Zweibrücken ZEV 2011, 321; MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2113 Rn. 17; BeckOGK BGB/*Müller-Christmann*, Stand 15.1.2018, § 2113 Rn. 47.
188 *Dillmann* RNotZ 2002, 2 (11).
189 Insgesamt *Dumoulin*, DNotZ 2003, 571 (578 ff.).
190 Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2113 Rn. 1; Burandt/Rojahn/*Lang*, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2113 BGB Rn. 1.
191 MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2120 Rn. 4; BeckOK BGB/*Litzenburger*, Stand 1.11.2017, § 2120 Rn. 3. Offen gelassen von BayObLG NJW 1958, 1683 (1684).
192 Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2111 Rn. 27.
193 Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2111 Rn. 27.
194 So MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2111 Rn. 12.
195 Die Rechtsprechung tendiert hier zu einer weiten Auslegung, die nicht nur die Nachlassgegenstände selbst einschließt, vgl. KG OLGE 8, 321 (zu einer im Rahmen der Auseinandersetzung bestellten Hypothek).
196 RG RGZ 89, 53 (58); BGH DNotZ 2001, 392 (394); OLG Hamm MittRhNotK 1995, 102 (103 f.); MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2111 Rn. 18.
197 BGH DNotZ 2001, 392 (394).
198 Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2112 Rn. 16.
199 Vgl. unter A. II.3.b)bb).
200 Hierunter versteht die Literatur ein vollentgeltliches Geschäft des Vorerben, das der Anwendung des § 2113 Abs. 2 BGB entgegensteht, vgl. *Pöting* MittBayNot 2007, 273 (278).

zwar einwenden, dass die Durchsetzung dieses Schutzes je nach betroffenem Vermögensgegenstand unterschiedlich stark ausfallen kann. Bei Grundstücken verhindert die Eintragung des Nacherbenvermerks einen gutgläubigen Wegerwerb (vgl. § 2113 Abs. 3 BGB) der Nacherbschaftsbindung,[201] während eine ähnlich effektive Sicherung etwa für Bar- und Buchgeld nicht existiert. Allerdings verlangt das Erfordernis der ordnungsgemäßen Verwaltung in § 2120 S. 1 BGB lediglich die Erhaltung der wirtschaftlichen Substanz des Nachlasses,[202] die auch in solchen Konstellationen gewahrt bleibt. Zudem ist dem Nacherben nicht die Befugnis zugewiesen, die Auseinandersetzung zu unterbinden,[203] die gerade Zweck der Erbengemeinschaft ist.

2. Erbauseinandersetzung zu Gunsten des Vorerben

Mitunter haben die Nacherben den Wunsch, den Vorerben aus den Bindungen der Vor- und Nacherbfolge zu entlassen.[204] Dabei handelt es sich zwar technisch nicht um eine Erbauseinandersetzung, weil Vor- und Nacherbe keine Erbengemeinschaft bilden.[205] Allerdings wird auch insoweit zwischen Personen, die der Erblasser bedacht hat eine Einigung über die Verteilung des Nachlasses getroffen, so dass jedenfalls eine strukturelle Ähnlichkeit zur klassischen Auseinandersetzung besteht.[206]

Zu diesem Zweck bieten sich zwei Konstruktionen an. Zum einen kann der Nacherbe seine Nacherbenanwartschaft auf den Vorerben übertragen. Sowohl die entsprechende schuldrechtliche Vereinbarung als auch der dingliche Vollzug sind in analoger Anwendung von §§ 2371, 2385 Abs. 1 bzw. § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB formbedürftig.[207] Allerdings bedarf diese Vereinbarung (sofern in der letztwilligen Verfügung hierzu nichts Abweichendes geregelt wurde)[208] zu ihrer Wirksamkeit gegenüber den Ersatznacherben deren Zustimmung.[209] Anderenfalls wird der Ersatzerbe mit Eintritt des Nacherbfalls anstelle des Nacherben Vollerbe.[210] Verhindert werden könnte dies nur durch Zustimmung aller in Betracht kommender Ersatznacherben, die jedoch insbesondere bei Minderjährigen oder noch nicht Geborenen erhebliche Schwierigkeiten bereitet.[211]

Als Alternativmodell bietet sich ein Verzicht des Nacherben auf die ihm zustehenden Rechte an einzelnen Gegenständen des Nachlasses an. Dass es dem Nacherben möglich ist, den Vorerben auf diese Weise von den Einschränkungen der Vor- und Nacherbfolge zu befreien, ist mittlerweile anerkannt.[212] Unsicherheit besteht jedoch hinsichtlich der dogmatischen Begründung. Zunächst hatte der BGH in einem Urteil aus dem Jahre 2000 angedeutet, dass auch eine Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben möglich sei.[213] Diese Aussage war für die Entscheidung nicht tragend, so dass erst das BayObLG sich mit den Details der näheren Ausgestaltung zu befassen hatte. Danach soll die Auseinandersetzung dinglich durch Übertragung der einzelnen Nachlassgegenstände durchgeführt werden.[214] Dabei wird jedoch verkannt, dass ein Eigentumswechsel gerade nicht stattfindet; Rechtsträger der Nachlassgegenstände ist vorher wie nachher der Vorerbe.[215] In der Literatur wurde dagegen ein Insichgeschäft des Vorerben analog § 181 BGB dergestalt angenommen, dass der Vorerbe den entsprechenden Gegenstand in sein ungebundenes Vermögen überführt, was sodann vom Nacherben genehmigt wird.[216] Auch hiergegen spricht freilich, dass § 181 BGB stets ein Rechtsgeschäft voraussetzt, an dem materiell zwei unterschiedliche Rechtsträger beteiligt sind.[217] Maßgeblich von *Keim* wurde die Idee entwickelt, die Entlassung des Vorerben als Freigabe des Nachlassgegenstandes analog zur Freigabe durch den Testamentsvollstrecker aus § 2217 Abs. 1 BGB zu begreifen.[218] Ähnlich dem Testamentsvollstrecker, der Nachlassgegenstände aus dem Sondervermögen zu Gunsten eines Erben entlässt, könne auch der Nacherbe durch Willenserklärung die Überführung des durch Vor- und Nacherbschaft gebundenen Vermögens des Vorerben in dessen freies Vermögen bewirken. Diese Ansicht hat vor allem für sich, dass sie die strukturelle Ähnlichkeit zwischen der Vorerbmasse einerseits und der der Testamentsvollstreckung unterliegenden Vermögensmasse andererseits erkennt und hinreichend würdigt. In beiden Fällen wird ein vom sonstigen Vermögen des Rechtsträgers zu unterscheidendes Sondervermögen gebildet,[219] das gegen Gläubigerzugriff eine gewisse Abschirmwirkung entfaltet.[220] Hinsichtlich der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis bestehen für den Testamentsvollstrecker wie für den Vorerben Einschränkungen,[221] von denen nur teilweise Befreiung durch den Erblasser erteilt werden kann (§ 2220 BGB und § 2136 BGB). Deshalb ist die Freigabe die dogmatisch naheliegende Erklärung für die Auseinandersetzung zwischen Vor- und Nacherben.[222]

Relevant wird der dogmatische Streit vor allem bei der Frage der Formbedürftigkeit. Nach hM ist die Freigabe nach § 2217 Abs. 1 BGB eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung und unabhängig vom Freigabegegenstand stets formlos möglich.[223] Gleiches gilt dann auch für die Freigabe durch den Nacherben. Soweit ein Grundstück betroffen ist, bedarf die Freigabe allerdings der Form

201 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 3495; Hügel/*Zeiser*, GBO, Stand 1.2.2018, § 51 Rn. 1.
202 BeckOK BGB/*Litzenburger*, Stand 1.11.2017, § 2120 Rn. 2 mwN.
203 Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2112 Rn. 16.
204 WürzNotarHB/*Keim*, 4. Aufl. 2015, S. 1701.
205 BFH DStR 1996, 218 (219); MüKoBGB/*Gergen*, 7. Aufl. 2017, § 2112 BGB Rn. 12; BeckOGK BGB/*Küpper*, Stand 1.12.2017, § 2100 Rn. 3.
206 Vgl. *Mayer* MittBayNot 2010, 345 (349).
207 RG RGZ 170, 163 (169); MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2100 Rn. 37; Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2100 Rn. 75; *Dillmann* RNotZ 2002, 2 (21); *Hartmann* ZEV 2009, 107 (108).
208 Vgl. etwa die Formulierung von WürzNotarHB/*Keim*, 4. Aufl. 2015, S. 1696.
209 Vgl. BayObLG NJW 1970, 1794 (1795); MüKoBGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2100 Rn. 35; *Dillmann* RNotZ 2002, 2 (21).
210 Vgl. zu den dogmatischen Abläufen im Einzelnen *Hartmann* ZEV 2009, 107 (108 f.).
211 Vgl. WürzNotarHB/*Keim*, 4. Aufl. 2015, S. 1701: Bestellung von Ergänzungspfleger(n) und familiengerichtliche Genehmigung.
212 *Hartmann* ZEV 2009, 107 (110).
213 BGH DNotZ 2001, 392 (394).
214 BayObLG RNotZ 2005, 366 (367) zur Übertragung von Grundeigentum.
215 So auch *Keim* RNotZ 2005, 368 (368).
216 *Ludwig*, Vor- u. Nacherbschaft im GrundstücksR, 1996, S. 257 f.
217 OLG Stuttgart OLGZ 1973, 262 (263); Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2111 Rn. 7.
218 *Keim* DNotZ 2003, 822 (829 ff.).
219 Ermann/*Westermann*, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2100 Rn. 5; BeckOK BGB/*Litzenburger*, Stand 1.11.2017, § 2100 Rn. 25.
220 Vgl. § 2214 BGB und § 2115 S. 1 BGB.
221 Etwa das Verbot unentgeltlicher Verfügungen nach § 2205 S. 3 BGB und § 2113 Abs. 2 BGB oder die Rechenschaftspflicht gegenüber den Erben (§ 2218 BGB) bzw. den Nacherben (§ 2130 Abs. 2 BGB).
222 Weitergehend *Keim* DNotZ 2003, 822 (829 ff.) und *Hartmann* ZEV 2009, 107 (111 f.).
223 MüKoBGB/*Zimmermann*, 7. Aufl. 2017, § 2217 Rn. 7; BeckOGK BGB/*Suttmann*, Stand 1.12.2017, § 2217 Rn. 19.

des § 29 GBO, um die Löschung des Nacherbenvermerks nach § 22 Abs. 1 GBO herbeizuführen.[224]

Zur Freigabe einzelner Nachlassgegenstände ist die Zustimmung der Ersatznacherben – anders als bei der Übertragung der Nacherbenanwartschaft auf den Vorerben – nicht notwendig. Argumentiert wird insoweit mit dem Gegenstand der Übertragung: Der Ersatznacherbe habe lediglich ein Anwartschaftsrecht am Nachlass als solchem, nicht jedoch an einzelnen Nachlassgegenständen.[225] Die Begründung ist damit letztlich dieselbe wie beim fehlenden Zustimmungserfordernis des Ersatznacherben zur Verfügung über Nachlassgegenstände iSd § 2113 BGB.[226] Diese Differenzierung, die letztlich auf dem Verständnis einer schwachen Rechtsstellung des Ersatznacherben beruht,[227] gerät jedoch bei konsequenter Fortführung an ihre Grenzen. Im Ergebnis kann die Nacherbenanwartschaft als solche nur mit Zustimmung der Ersatznacherben endgültig auf den Vorerben übertragen werden. Ohne Zustimmung können jedoch *alle* in den Nachlass des Erblassers fallenden Gegenstände durch Freigabe des Nacherben in das freie Vermögen des Vorerben überführt werden. Diese Konsequenz wird von der Literatur hingenommen.[228] Rechtsprechung hierzu ist – soweit ersichtlich – noch nicht ergangen. Deshalb dürfte Vorsicht geboten sein: Je mehr der der Vor- und Nacherbschaft unterliegende Nachlass durch Freigabe zu Lasten des Nacherben wirtschaftlich erodiert, desto eher kann man geneigt sein, hierin eine Umgehung der Rechte des Ersatznacherben zu sehen. Unterlässt es der Nacherbe, seine Anwartschaft auf den Vorerben zu übertragen und gibt er stattdessen sämtliche Nachlassgegenstände frei, hat diese recht künstlich anmutende Konstruktion augenscheinlich den Zweck, ohne Zustimmung des Ersatznacherben zum Ziel zu kommen.

C. Steuerrechtliche Aspekte

I. Grunderwerbsteuer

Werden im Rahmen einer Erbauseinandersetzung Grundstücke auf Miterben übertragen, liegt darin grundsätzlich ein nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG steuerbarer Vorgang. Im Übergang des Grundstücks von der gesamthänderischen Erbengemeinschaft auf eines ihrer Mitglieder liegt der vom GrEStG erfasste Rechtsträgerwechsel.

1. Steuerbefreiung nach § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG

Eine zentrale Steuerbefreiung für Erbauseinandersetzungen findet sich jedoch in § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG für den „Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses". Privilegiert sind demnach all diejenigen Erwerbe, die zu Gunsten eines Miterben die Nachlasszugehörigkeit eines Grundstücks beenden.[229] Ob nach der Auseinandersetzungsvereinbarung eine Abfindungszahlung durch den erwerbenden Miterben zu leisten ist, spielt keine Rolle.[230] Zu beachten ist jedoch, dass die Steuerbefreiung durch die Auseinandersetzung verbraucht wird, so dass spätere Grundstücksübertragungen zwischen den Miterben die Grunderwerbsteuer wieder auslösen. Das betrifft insbesondere Fälle, in denen die Miterben die Nachlassgrundstücke zu (den Erbquoten entsprechenden) Miteigentumsanteilen erwerben und anschließend im Wege eines Tauschvertrages jedem Miterben ein eigenes Grundstück zugewiesen wird. Durch den Bruchteilserwerb scheiden die Grundstücke aus dem Nachlass aus; nur hierfür gilt die Steuerbefreiung des § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG. Der nachfolgende Tausch (§ 1 Abs. 5 GrEStG) ist nicht privilegiert.[231]

Zum Teil verfährt die Rechtsprechung in diesem Zusammenhang auch großzügiger. So soll es sich etwa bei einer Auseinandersetzung zu Bruchteilseigentum durch die Miterben in Verbindung mit einer unmittelbar anschließenden Aufteilung in Wohnungseigentum nach § 3 Abs. 1 WEG und Zuweisung einzelner Einheiten an die Miterben um ein einheitliches Rechtsgeschäft handeln, mit der Folge, dass der gesamte Vorgang grunderwerbsteuerfrei ist.[232]

2. Auseinandersetzung in eine Immobilien-GbR

Ihle führt als Alternative zur Zuweisung von Bruchteilseigentum die Möglichkeit an, die Grundstücke an eine aus den Miterben bestehende BGB-Gesellschaft zu übertragen. Im Vergleich zur späteren Veränderung der Bruchteilsquoten habe dies den Vorteil, dass in den Grenzen der § 1 Abs. 2 a, Abs. 3 a und § 6 GrEStG Anteilsverschiebungen zwischen den Gesellschaftern steuerfrei bleiben.[233] Dieser Hinweis darf jedoch nicht zu dem Irrtum verleiten, bei der GbR-Gestaltung wären die Probleme einer Miterbengemeinschaft gelöst, die zwar die Erbauseinandersetzung betreiben will, sich aber nicht auf eine endgültige Zuweisung von Immobilien einigen kann. Zunächst ist auch bei der Übertragung auf eine – personenidentische – GbR das Befreiungsprivileg des § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG verbraucht, weil das jeweilige Grundstück mit dem Ausscheiden aus der Erbengemeinschaft seine Eigenschaft als Nachlassgegenstand verliert.[234] Darüber hinaus bezieht sich die Anteilsverschiebung stets auf das Gesellschaftsvermögen der GbR und damit auf alle dort gebündelten Nachlassgrundstücke. Soll daher später zum Zwecke der endgültigen Teilung jedem der Miterben ein Grundstück aus dem GbR-Vermögen übertragen werden, ist zwar grundsätzlich die Steuerbefreiung des § 6 Abs. 2 GrEStG anwendbar. Allerdings ist die Vorschrift rein grundstücksbezogen, dh es ist auf jedes einzelne Grundstück, und nicht etwa auf den gesamten Grundbesitz der Gesamthand abzustellen.[235] Haben also bspw. zwei Miterben zu gleichen Anteilen das aus

224 *Hartmann* ZEV 2009, 107 (111 f.).
225 *Hartmann* ZEV 2009, 107 (109); ohne Begründung: BGH NJW 1963, 2320 (2321).
226 BeckOGK BGB/*Müller-Christmann*, Stand 15.1.2018, § 2113 Rn. 48.1; *Dillmann* RNotZ 2002, 2 (22). Das ist insofern konsequent, als auch die Freigabe als Verfügung aufgefasst wird, vgl. hierzu *Keim* DNotZ 2003, 822 (832 f.).
227 Hierzu RG RGZ 145, 316 (318 ff.); OLG München DNotZ 2013, 24 (25 f.); Staudinger/*Avenarius*, BGB, 2013, § 2100 Rn. 89; *Hartmann* ZEV 2009, 107 (113).
228 *Hartmann* ZEV 2009, 107 (112 f.).
229 Dagegen kommt eine Befreiung nach dieser Vorschrift nicht in Betracht, wenn im Zuge der Auseinandersetzung ein Anteil an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft erworben und infolgedessen § 1 Abs. 3 Nr. 1 GrEStG verwirklicht wird, vgl. BFH DStRE 2016, 292 (293 f.); Boruttau/*Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 3 Rn. 290.
230 Boruttau/*Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 3 Rn. 348 f.
231 Vgl. zum Ganzen BFH BeckRS 1974, 22002927; FG Rheinland-Pfalz DStRE 2016, 804 (805 f.); Boruttau/*Meßbacher-Hönsch*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 3 Rn. 350.
232 Sächsisches FG BeckRS 2003, 26020366.
233 *Ihle* notar 2017, 53 (63).
234 BFH RNotZ 2001, 597.
235 BFH BeckRS 1985, 22007146; BFH BeckRS 2001, 25006308; Boruttau/*Viskorf*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 6 Rn. 6.

zwei gleichwertigen Grundstücken bestehende Nachlassvermögen durch Übertragung in eine aus ihnen bestehende, anteilsentsprechende GbR auseinandergesetzt und bekommt nun jeder Miterbe ein Grundstück übertragen, so ist der Erwerb jedes Gesellschafters nur iHv jeweils 50 % des Grundstückswertes steuerbefreit.[236] Eine vollständige Steuerbefreiung ist in derartigen Fällen nur erreichbar, wenn es sich bei den Grundstücken um eine wirtschaftliche Einheit iSd § 2 Abs. 3 S. 1 GrEStG handelt.[237]

II. Erbschaftsteuer

Die Erbschaftsteuer entsteht grundsätzlich bereits mit dem Tode des Erblassers (§§ 3 Abs. 1 Nr. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG). Dieser Zeitpunkt ist nach § 11 ErbStG ebenfalls maßgeblich für die Wertermittlung der Bemessungsgrundlage. Den einzelnen Miterben werden dabei die Nachlassgegenstände nach dem Verhältnis ihrer Erbteile wertmäßig zugerechnet.

1. Irrelevanz der Auseinandersetzung

Daraus wird die Konsequenz gezogen, dass die nachfolgende Auseinandersetzung unter den Miterben für die Erbschaftsteuer grundsätzlich unerheblich ist; die Auseinandersetzung selbst ist erbschaftsteuerlich neutral.[238] Das gilt sowohl für eine auf den Willensentschluss der Miterben zurückzuführende Zuweisung des Nachlasses als auch für den Vollzug einer Teilungsanordnung (§ 2048 BGB) des Erblassers. Nur soweit die testamentarischen Anordnungen Grundlage einer Quotenverschiebung sind (zB wenn sich die Erbquoten nach den Werten einzelner zugewandter Vermögensgegenstände richten), sind sie auch erbschaftsteuerlich beachtlich.[239] Von diesem Grundsatz gibt es zwei wesentliche, praxisrelevante Ausnahmen, nämlich die zielgenaue Anwendung von Begünstigungsregelungen und freigiebige Zuwendungen der Miterben untereinander im Zuge der Auseinandersetzung.

2. Begünstigungstransfer von sachlichen Steuerbefreiungen

Die jüngste Erbschaftsteuerreform hat die zahlreichen sachlichen Steuerbefreiungen u. a. für betriebliches Vermögen jedenfalls im Grundsatz unangetastet gelassen. Einzelne Begünstigungsregelungen sind dabei mitunter auf Grund gleichlautender gesetzlicher Anordnungen dadurch gekennzeichnet, dass sie nur auf denjenigen Anwendung finden, der die Voraussetzungen erfüllt, dh den entsprechenden Nachlassgegenstand (oder die Gesamtheit an Nachlassgegenständen) im Wege der Auseinandersetzung erwirbt. Dies gilt namentlich in den Fällen des § 13 a Abs. 5 ErbStG (Verschonungsabschlag und Abzugsbetrag nach § 13 a Abs. 1 bzw. 2 ErbStG), § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG (Erwerb von Todes wegen des Familienheims durch Ehegatten oder Lebenspartner) und des § 13 Abs. 1 Nr. 4 c ErbStG (Erwerb von Todes wegen des Familienheims durch Kinder). Rechtstechnisch wird dem Erben, der begünstigtes Vermögen weiterreicht, die Möglichkeit der Steuerbefreiung entzogen und gleichzeitig dem Empfänger der Leistung gewährt.[240] Grundsätzlich ist dabei unerheblich, ob die entsprechende Zuweisung von Nachlassgegenständen auf Grund Anordnung des Erblassers oder auf freiwilliger Basis im Erbauseinandersetzungsvertrag geschieht. Im letzteren Fall verlangt die Finanzverwaltung allerdings eine zeitnahe Auseinandersetzung, die grundsätzlich nicht später als sechs Monate nach dem Erbfall vereinbart werden sollte.[241] Dem Vorteil der Steuerbefreiung entspricht dabei spiegelbildlich die Pflicht zur Steuernachzahlung bei Verstoß gegen Haltefristen (zB unerzwungene Aufgabe der Selbstnutzung bei § 13 Abs. 1 Nr. 4 b ErbStG).[242]

3. Freigiebige Zuwendung

Erbschaftsteuerlich relevant kann der Auseinandersetzungsvertrag auch dann sein, wenn in ihm selbständig ein steuerlicher Tatbestand verwirklicht wird. Denkbar ist, dass die Miterben auf eine quotenentsprechende Verteilung des Nachlassvermögens und die Leistung von eventuellen Ausgleichszahlungen verzichten. In dieser Konstellation kann eine nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG steuerbare, freigiebige Zuwendung der Miterben an denjenigen vorliegen, der durch die Auseinandersetzung überquotal am Nachlass partizipiert.[243] Dazu müssen die Merkmale des § 7 Abs. 1 Nr. 1 EStG erfüllt sein, es muss also insbesondere ein Wille zur Freigiebigkeit vorliegen, der allerdings von der Finanzverwaltung bei Kenntnis der objektiven Unentgeltlichkeit unterstellt wird.[244] Wird der Tatbestand bei einer Auseinandersetzung unter Geschwistern erfüllt, können angesichts des geringen Freibetrages von 20.000 EUR (§ 16 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG) erhebliche Steuerbelastungen die Folge sein. Abgelehnt wird eine Freigiebigkeit der Zuwendung im Rahmen einer Erbauseinandersetzung in zwei Sonderkonstellationen.

a) Unwirksame Verfügung von Todes wegen

Die starre Orientierung der Zuwendung des Erblassers an den zivilrechtlichen Erbquoten erfährt in der Praxis der Finanzgerichte eine bedeutsame Einschränkung. Denn die Rechtsprechung erkennt auch solche Verfügungen von Todes wegen, die wegen Verstoßes gegen zivilrechtliche Vorgaben nichtig sind, auf Grundlage des § 41 Abs. 1 AO an.[245] Die Unwirksamkeit kann sich zB daraus ergeben, dass ein

236 Voraussetzung ist freilich, dass kein Ausschluss nach § 6 Abs. 4 GrEStG (Beteiligungs[hinzu]erwerb innerhalb eines Fünfjahreszeitraums) vorliegt. Dabei ist allerdings zu beachten, dass die Sperrfrist keine Wirkung entfaltet, wenn die Beteiligungsverhältnisse an der GbR seit dem Grundstückserwerb unverändert geblieben sind, vgl. BFH BeckRS 1969, 21005472; BFH DStR 1997, 1533 (1535); Boruttau/*Viskorf*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 6 Rn. 95.

237 BFH BeckRS 2001, 25006308. Vgl. zum Begriff der wirtschaftlichen Einheit ausführlich Boruttau/*Viskorf*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 2 Rn. 283 ff.

238 BFH BeckRS 1960, 21006001; BFH DStR 1992, 1281; Troll/Gebel/Jülicher/*Gottschalk*, ErbStG, Stand 10/2014, § 3 Rn. 112; juris-PK-BGB/*Lampert*, 8. Aufl. 2017, Steurrechtl. Hinw. zu § 2032 BGB, Rn. 18.

239 FG München BeckRS 1990, 31011576; Troll/Gebel/Jülicher/*Gottschalk*, ErbStG, Stand 10/2014, § 3 Rn. 117. Die Abgrenzung zwischen Teilungsanordnung und Vorausvermächtnis gewinnt steuerlich dadurch an Bedeutung, dass letzteres nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG selbständig der Steuer unterworfen ist, vgl. Meincke, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 3 Rn. 50.

240 Vgl. *Wälzholz* ZEV 2009, 113 (115 f.) mit Beispielsrechnung.

241 ErbStR 2011, H E 13.4; Gleichlt. LänderErl. v. 3.3.2016, BeckVerw 325170, Ziff. 2., auch zu Gründen für eine Verlängerung der Frist. Krit. hinsichtlich der zeitlichen Vorgaben *Roth* RNotZ 2013, 193 (198).

242 ErbStR 2011, R E 13.4 Abs. 5 S. 5; *Pach-Hanssenheimb* DStR 2008, 957 (961); *Wälzholz* ZEV 2009, 113 (115).

243 Vgl. FG Münster DStRE 2017, 674 (676).

244 ErbStR 2011, R E 7.1 Abs. 3 S. 4; vgl. auch BFH BWNotZ 1995, 23 (25).

245 Vgl. BFH NJW 1982, 407; BFH ZEV 2000, 335, jeweils mwN.

Testament des Erblassers gegen eine bestehende Bindung aus einem Erbvertrag oder früheren gemeinschaftlichen Testament verstößt.[246] Einen weiteren, praktisch bedeutsamen Anwendungsbereich bilden Formverstöße, also insbesondere privatschriftliche Testamente, die unter Missachtung des § 2247 BGB errichtet sind. Grundsätzlich können hierunter selbst mündliche Anordnungen des Erblassers fallen, die dieser auf dem Sterbebett getroffen hat.[247] Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung sind das Vorliegen einer entsprechenden – zivilrechtlich unwirksamen – Anordnung des Erblassers und die korrespondierende, willentliche Umsetzung durch die Beteiligten im Erbauseinandersetzungsvertrag.[248] Angesicht der schwierigen Nachweislage gerade bei mündlichen „Testamenten" ist es jedenfalls ratsam, den gesamten Sachverhalt, insbesondere auch die Ernstlichkeit des Erblasserwillens, im Auseinandersetzungsvertrag hinreichend zu dokumentieren.[249]

b) Erbvergleich und Auslegungsvertrag

Daneben kann die Freigiebigkeit einer Zuwendung unter Miterben entfallen, wenn die Auseinandersetzung auf Grundlage eines Erbvergleichs oder Auslegungsvertrages erfolgt. Mittels dieser Rechtsgeschäfte können die Miterben tatsächliche Streitpunkte im Hinblick auf die eingetretene Erbfolge (etwa bei der Frage der Wirksamkeit eines Testamtens) einer einvernehmlichen Lösung zuführen bzw. zu einer gemeinsamen Auslegung von interpretationsbedürftigen Verfügungen (etwa des Bestehens und der Reichweite von Bindungswirkungen in Ehegattentestamenten) gelangen.[250] Umstritten ist im Einzelnen, in welchen Fällen derartige Vereinbarungen beurkundungspflichtig sind, so dass im Zweifelsfall zur Beurkundung geraten werden sollte.[251] Die Finanzverwaltung erkennt Vereinbarungen an, sofern die durch den Erbfall eingetretenen Rechtsverhältnisse tatsächlich zweifelhaft und zwischen den Beteiligten ernsthaft umstritten waren.[252] Unter dieser Voraussetzung wird die Abrede zwischen den Miterben als Grundlage der Besteuerung herangezogen. Das Finanzamt muss daher den Sachverhalt so behandeln, als habe der Erblasser eine Regelung entsprechenden Inhalts getroffen.[253] Damit scheidet eine freigiebige Zuwendung unter den Miterben aus, sofern sie lediglich die im Erbvergleich oder Auslegungsvertrag gefundene Einigung im Rahmen der Erbauseinandersetzung umsetzen.

Im Sinne einer Beilegung tatsächlicher Unklarheiten über die konkrete Erbfolge kann ein Erbvergleich auch bei Vorliegen eines formunwirksamen Testaments hilfreich sein und insoweit – gleichsam als Kombination aus unwirksamer Verfügung und Erbvergleich – dazu beitragen, den wahren Willen des Erblassers auch erbschaftsteuerlich anzuerkennen.[254]

III. Einkommensteuer

Bei der Verteilung des Nachlasses unter den Miterben oder der Veräußerung von Nachlassgegenständen sind einkommensteuerlich grundsätzlich zwei Fragen für die Beteiligten von besonderer Bedeutung. Zum einen können durch die – entgeltliche oder unentgeltliche – Veräußerung (Betriebs-)Einnahmen entstehen. Andererseits muss darauf geachtet werden, wie sich die Auseinandersetzung auf die Geltendmachung von Betriebsausgaben/Werbungskosten auswirkt. Die Praxis orientiert sich dabei am Erlass des BMF zur ertragsteuerlichen Behandlung der Erbengemeinschaft und ihrer Auseinandersetzung v. 14.3.2006[255]. Die einkommensteuerlichen Implikationen der Auseinandersetzung unter den Miterben (die Veräußerung an Dritte bleibt außer Betracht[256]) sollen in Anlehnung hieran in ihren Grundzügen dargestellt werden. Der umfangreiche Erlass trägt dem Umstand Rechnung, dass der Erbfall und die Erbauseinandersetzung einkommensteuerrechtlich (und damit anders als im Erbschaftsteuerrecht) von der Rechtsprechung seit einer Entscheidung des Großen Senats als voneinander unabhängige Rechtsvorgänge aufgefasst werden, die selbständige steuerliche Folgen nach sich ziehen können.[257] Im Grundsatz werden dabei zwei unterschiedliche Varianten von Auseinandersetzungen unterschieden. Werden die Nachlassgegenstände den einzelnen Miterben zugewiesen (sog. Realteilung[258]), ohne dass innerhalb der Erbengemeinschaft Ausgleichs- oder Abfindungszahlungen fließen, ergeben sich nur ausnahmsweise einkommensteuerliche Konsequenzen. Werden jedoch derartige Zahlungen geleistet, sind die steuerlichen Folgen – gerade bei vorhandenem Betriebsvermögen – erheblich.

1. Realteilung ohne Ausgleichszahlungen

a) Grundsatz

Teilen die Erben die Nachlassgegenstände unter sich auf, wird die Beteiligung an der Erbengemeinschaft wirtschaftlich durch den Erwerb der einzelnen Wirtschaftsgüter des Nachlasses ersetzt. Dieser Vorgang wird nicht als Tausch von Anteilen an den einzelnen Nachlassgegenständen aufgefasst, sondern vielmehr als Erfüllung des gesetzlichen Auseinandersetzungsanspruchs, wie er sich durch die Miterbenvereinbarung konkretisiert hat.[259] Daher liegt auf Seiten des jeweiligen Erwerbers kein einkommensteuerlich relevanter Anschaffungsvorgang und auf Seiten der übrigen Miterben kein Veräußerungsvorgang vor; die Auseinandersetzung erfolgt vielmehr unentgeltlich.[260] Das hat zur

246 BFH NJW 1982, 407; *Friedrich-Büttner/Herbst* ZEV 2014, 593 (597 f.).
247 BFH BeckRS 1969, 21005441; *Theysohn-Wadle* ZEV 2002, 221.
248 *Theysohn-Wadle* ZEV 2002, 221 (221 f.). Auch ein Teilvollzug kann dazu genügen, allerdings wird dann auch nur der tatsächlich vollzogene Teil steuerlich anerkannt, vgl. BFH MittBayNot 2011, 348; *Friedrich-Büttner/Herbst* ZEV 2014, 593 (597).
249 So die zutreffende Empfehlung von *Wachter* MittBayNot 2006, 10 (12) und *Roth* RNotZ 2013, 193 (208).
250 Vgl. etwa *v. Proff* ZEV 2010, 348 mwN.
251 *V. Proff* ZEV 2010, 348 (348 f.). Jedenfalls für Erbvergleiche wird eine Beurkundungspflicht zum Teil aus §§ 2385 Abs. 1, 2371 BGB wegen der Vergleichbarkeit mit einem Erbschaftskauf abgeleitet, vgl. Palandt/*Weidlich*, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2385 Rn. 2; MüKoBGB/*Musielak*, 7. Aufl. 2017, § 2385 Rn. 2.
252 BFH NJW 2006, 3455 (3456); BFH DStR 2013, 906 (908), jeweils zum Streit über die Höhe von Pflichtteilen; Troll/Gebel/Jülicher/*Gottschalk*, ErbStG, Stand 06/2017, § 3 Rn. 83.
253 BFH BeckRS 2000, 25005514; FG München BeckRS 2006, 26022107; Troll/Gebel/Jülicher/*Gottschalk*, ErbStG, Stand 06/2017, § 3 Rn. 80.
254 *Theysohn-Wadle* ZEV 2002, 221 (222).
255 BMF v. 14.3.2006, Az. IV B 2 – S 2242 – 7/06 (ZEV 2006, S. 154 ff.).
256 Vgl. hierzu *Wacker/Franz* BB-Beilage 1993 Nr. 5, S. 18.
257 BFH GrS MittRhNotK 1990, 254; Blümich/*Schallmoser*, EStG, Stand 08/2017, § 16 Rn. 36; juris-PK-BGB/*Lampert*, 8. Aufl. 2017, Steurrechtl. Hinw. zu § 2032 BGB, Rn. 19.
258 Zur Terminologie vgl. *Reich* MittBayNot 2007, 280 (281).
259 BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 10); Schmidt/*Wacker*, EStG, 32. Aufl. 2013, § 16 Rn. 614.
260 BFH GrS MittRhNotK 1990, 254 (259); BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 10, 22 u. 32): Blümich/*Glenk/Ratschow*, EStG, Stand 05/2015, § 23 Rn. 100 u. Blümich/*Schallmoser*, EStG, Stand 08/2017, § 16 Rn. 39.

Folge, dass beim Erwerb von Privatvermögen für Zwecke der AfA die Anschaffungskosten des Erblassers anzusetzen (§ 11 d Abs. 1 S. 1 EStDV) und auch beim Erwerb von Betriebsvermögen die bisherigen Buchwerte nach § 6 Abs. 3 EStG fortzuführen sind.[261] Unerheblich ist es, wenn bei einer während längerer Zeit bestehenden Erbengemeinschaft sich das Betriebsvermögen mittlerweile in seiner Zusammensetzung geändert hat.[262]

b) Betriebsaufgabe

Ausnahmsweise kann bei Vorhandensein von Betriebsvermögen im Nachlass ein Veräußerungsgewinn entstehen. Denn die Buchwerte sind nach § 6 Abs. 3 EStG nur dann fortzuführen, wenn auch der Betrieb an sich weitergeführt wird. Wird dagegen der Betrieb vom übernehmenden Erben eingestellt[263] oder das Betriebsvermögen dadurch zerschlagen, dass die wesentlichen Betriebsgrundlagen einzelnen Erben zugewiesen werden, so liegt eine nach § 16 Abs. 3 S. 1 EStG steuerbare Betriebsaufgabe vor.[264] Realisiert wird in diesem Fall der Aufgabegewinn aus dem gemeinen Wert abzüglich der bisherigen Buchwerte (§ 16 Abs. 2 S. 1, Abs. 3 S. 7 EStG). Dieser Gewinn ist dabei grundsätzlich von den Mitgliedern der Erbengemeinschaft entsprechend ihren Erbquoten zu versteuern.[265] Weil der den Betrieb übernehmende Miterbe es nach der Auseinandersetzung in der Hand hat, eine Betriebsaufgabe herbeizuführen, wird zu Recht empfohlen, einen etwaigen Gewinn diesem vertraglich allein zuzuweisen.[266] Diese Abrede wird von der Finanzverwaltung anerkannt.[267]

2. Realteilung mit Ausgleichszahlungen

Erwirbt ein Miterbe im Rahmen der Auseinandersetzung mehr als ihm nach seiner Erbquote zustünde, wird er regelmäßig Ausgleichsleistungen an die übrigen Miterben für diesen Mehrerwerb erbringen müssen. Weil die Ausgleichszahlungen aus dem sonstigen Vermögen geleistet werden, liegen darin letztlich Aufwendungen, die zu einem steuerlich relevanten Anschaffungs- und Veräußerungsvorgang führen. Im Hinblick auf Privatvermögen gilt dies aber nur, wenn ein bestimmter Steuertatbestand (§§ 17, 23 EStG, 21 UmwStG) im konkreten Fall einschlägig ist.[268] Zu beachten ist dabei generell, dass eine Besteuerung sowohl bei Betriebs- als auch bei Privatvermögen nur stattfindet, *soweit* der jeweilige Vorgang tatsächlich entgeltlich ist. Im Übrigen gelten die Grundsätze über die steuerneutrale Realteilung ohne Abfindung.[269]

Beispiel 1 (Nachlass besteht nur aus Betriebsvermögen)[270]

X und Y sind zur Hälfte Erben. Zum Nachlass gehören zwei Betriebe. Betrieb B1 hat einen Buchwert von 50.000 EUR und einen Verkehrswert von 500.000 EUR. Betrieb B2 hat einen Buchwert von 100.000 EUR und einen Verkehrswert von 1 Mio. EUR. Es wird vereinbart, dass X den Betrieb B1 übernimmt und Y den Betrieb B2. Zum Ausgleich zahlt Y dem X die Summe von 250.000 EUR.

Der Nachlasswert beträgt hier 1,5 Mio. EUR, so dass rechnerisch jedem Erben 750.000 EUR zustehen. Für Y bedeutet das bezogen auf den Betrieb B2: diesen Betrieb erwirbt er iHv 750.000 EUR unentgeltlich und iHv 250.000 EUR entgeltlich. Quotal besteht also iHv ¾ Unentgeltlichkeit, iHv ¼ Entgeltlichkeit.

Auf Seiten des Y hat dies folgende Konsequenzen: Den unentgeltlichen Buchwert (75.000 EUR = ¾ x 100.000 EUR) führt er fort (§ 16 Abs. 3 S. 2 EStG). Zusätzlich hat er Anschaffungskosten in Höhe der Ausgleichszahlung, die den Buchwert erhöhen. Nach der Auseinandersetzung hat der Betrieb B2 des B folglich einen Buchwert von 325.000 EUR.

Auf Seiten des X hat dies folgende Konsequenzen: Spiegelbildlich zum entgeltlichen Erwerb des Y liegt bei X eine entgeltliche Betriebsveräußerung vor, bei der die Differenz zwischen Veräußerungserlös (250.000 EUR) und Buchwert des Betriebs B2 maßgeblich ist. Hier ist allerdings ebenfalls zu berücksichtigen, dass bei X nur der Teil des Buchwerts zu berücksichtigen ist, der seinem Anteil (¼) entspricht. Der Veräußerungserlös des X beträgt daher 225.000 EUR (= 250.000 EUR ./. 25.000 EUR).

Hinsichtlich des von X übernommenen Betriebs B1 ergeben sich jedoch keine Besonderheiten: X erwirbt wegen seiner hälftigen Beteiligung am Nachlass in voller Höhe unentgeltlich und führt daher den Buchwert von 50.000 EUR fort (§ 16 Abs. 3 S. 2 EStG). Ein Veräußerungserlös (oder damit korrespondierende Anschaffungskosten) sind bezüglich B1 nicht entstanden.

Diese Grundsätze gelten nicht nur für Betriebs-, sondern auch für Privatvermögen und Mischnachlässe.

Beispiel 2 (Nachlass besteht aus Betriebs- und Privatvermögen)[271]

X und Y sind zur Hälfte Erben. Zum Nachlass gehören ein Betrieb und ein privat gehaltenes Grundstück. Der Betrieb B hat einen Buchwert von 100.000 EUR und einen Verkehrswert von 1 Mio. EUR. Das Grundstück hat einen Verkehrswert von 500.000 EUR. Es wird vereinbart, dass X das Grundstück übernimmt und Y den Betrieb. Zum Ausgleich zahlt Y dem X die Summe von 250.000 EUR.

Hier ergeben sich keine Unterschiede zum vorigen Beispiel. Y zahlt Anschaffungskosten für den Betrieb und führt im Übrigen den anteiligen Buchwert fort. X erzielt den entsprechenden Veräußerungserlös.

Beispiel 3 (Nachlass besteht aus Betriebs- und Privatvermögen)

X und Y sind zur Hälfte Erben. Zum Nachlass gehören ein Betrieb und ein privat gehaltenes Grundstück. Der Betrieb B hat einen Buchwert von 100.000 EUR und einen Verkehrswert von 500.000 EUR. Das Grundstück hat der Erblasser für 800.000 EUR angeschafft, mittlerweile hat es einen Verkehrswert von 1 Mio. EUR. Es wird vereinbart, dass X das Grundstück übernimmt und Y den Betrieb. Zum Ausgleich zahlt X dem Y die Summe von 250.000 EUR.

261 BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 32); Schmidt/*Wacker*, EStG, 32. Aufl. 2013, § 16 Rn. 639.
262 BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 32); Blümich/*Schallmoser*, EStG, Stand 08/2017, § 16 Rn. 39.
263 Zu den zeitlichen Dimensionen in diesem Zusammenhang vgl. juris-PK-BGB/*Lampert*, 8. Aufl. 2017, Steurrechtl. Hinw. zu § 2032 BGB, Rn. 22; *Reich* MittBayNot 2007, 280.
264 BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 11).
265 Vgl. *Reich* MittBayNot 2007, 280 (280 f.) und das Beispiel bei BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 11).
266 *Reich* MittBayNot 2007, 280.
267 BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 13).
268 BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 27); juris-PK-BGB/*Lampert*, 8. Aufl. 2017, Steurrechtl. Hinw. zu § 2032 BGB, Rn. 28.
269 Vgl. Blümich/*Schallmoser*, EStG, Stand 08/2017, § 16 Rn. 44.
270 Angelehnt an BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 17).
271 Angelehnt an BMF ZEV 2006, 154 (Tz. 36).

Der Vorgang ist bezogen auf das Grundstück steuerpflichtig, sofern die Voraussetzungen des § 23 EStG vorliegen. Der Nachlasswert beträgt hier 1,5 Mio.EUR, so dass rechnerisch jedem Erben 750.000 EUR zustehen. Daher hat X das Grundstück iHv 250.000 EUR entgeltlich erworben. Als anteilige Anschaffungskosten sind 200.000 EUR (= ¼ x 800.000 EUR) anzusetzen (ggf. gem. § 23 Abs. 3 S. 4 EStG um die in Anspruch genommene AfA korrigiert), so dass ein Veräußerungsgewinn von 50.000 EUR entsteht.

D. Schluss

Die Gestaltung von Erbauseinandersetzungsverträgen dürfte in den meisten Notariaten zu den alltäglichen Aufgaben gehören. In ihrer Grundstruktur ähneln sie den ebenso praxisrelevanten Kauf- und Übertragungsverträgen, so dass die rechtssichere Gestaltung in der Regel keine besonderen Schwierigkeiten bereitet und den Klienten in vielen Fällen unter Rückgriff auf entsprechende Musterformulierungen adäquate vertragliche Regelungen unterbreitet werden können. Je nach Sachverhaltskonstellation ist jedoch Vorsicht geboten. In der Detailtiefe bietet auch die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft eine Vielzahl von rechtsdogmatisch interessanten und praxisrelevanten Problemen. Nur bei genauer Ermittlung des zu Grunde liegenden Sachverhalts und stringenter Durchdringung der rechtlichen Fragestellungen lässt sich eine für alle Seiten zufriedenstellende Lösung erreichen. ■

DIPL. RPFL. (FH) JÖRG FELIX*

Notarkosten im Gesellschaftsrecht – Teil I – Von der (A)nteilsabtretung bis zum (Z)ustimmungsbeschluss

Inhaltsübersicht

A. Einleitung

B. Anteilsabtretung bei Kapitalgesellschaften (Share-Deals)

I. Anwendungsbereich des § 54 GNotKG
1. Operativ tätige Gesellschaften
2. Vermögensverwaltende Gesellschaften
3. Stille Beteiligungen
4. Außerhalb des Anwendungsbereichs

II. Abtretungsvertrag und Zustimmungsbeschluss
1. Bewertung des Abtretungsvertrages
a) Die Unternehmensbilanz
b) Veränderungen zwischen Bilanzstichtag und Gebührenfälligkeit
2. Der Zustimmungsbeschluss zur Anteilsabtretung
3. Teilung, Zusammenlegung und Nummerierung von Geschäftsanteilen
4. Die Bewertung zusätzlicher Leistungen
a) Freistellungsverpflichtungen
b) Investitionsverpflichtungen
c) Earn out-Klauseln, Milestones, variable Kaufpreise
d) Selbstständige Garantieversprechen iSd § 311 BGB
5. Beispielsfall
a) Lösung
b) Hinweise zur Zitation

III. Anteilsabtretung verbundener Unternehmen (§ 107 Abs. 2 GNotKG)

C. Unternehmensverträge

I. Ergebnisabführungsvertrag und Zustimmungsbeschluss
1. Anwendung der §§ 36, 52 GNotKG
2. Zustimmungsbeschluss zum Ergebnisabführungsvertrag
3. Verzichtserklärungen im Ergebnisabführungsvertrag
4. Beispielsfall

II. Der isolierte Beherrschungsvertrag

III. Aufhebung und Änderung bestehender Unternehmensverträge
1. Aufhebung bestehender Unternehmensverträge
2. Änderung bestehender Unternehmensverträge

D. Anmeldung der Unternehmensliquidation

A. Einleitung

Diese zweiteilige Abhandlung befasst sich mit den Notarkosten auf dem umfangreichen und komplexen Gebiet des Gesellschaftsrechts. Die praktische Erfahrung zeigt, dass vor allem die kostenrechtliche Wertermittlung zu Schwierigkeiten führt. Die ausgewählten Inhalte lassen daher sowohl die praktische Erfahrung des Verfassers als Rechtspfleger, die landgerichtliche Erfahrung als Prüfungsbeamter als auch die Kenntnisse aus der Tätigkeit als Referent einfließen.

Bevor die kostenrechtlichen Eigenheiten des jeweiligen Themas dargestellt werden, stellt eine kurze Einführung das dem Kostenrecht zugrundeliegende materielle Recht vor. Der erste Teil befasst sich unter Abschnitt B. insbesondere mit der Wertermittlung bei den sog. Share-Deals. Hierzu wird ausführlich die an der Unternehmensbilanz vorzunehmende Wertermittlung dargestellt. Aufgrund des zunehmenden Einflusses angloamerikanischer Vertragsbestandteile auf das deutsche Gesellschaftsrecht, werden die in Abtretungsverträgen am häufigsten benutzten Klauseln und deren kostenrechtliche Auswirkungen auch anhand eines Beispielfalles vorgestellt. Die Abschnitte C. und D. befassen sich mit der kostenrechtlichen Bewertung von Unternehmensverträgen, isolierten Beherrschungsverträgen sowie mit den Besonderheiten der Anmeldung der Unternehmensliquidation.

Der zweite Teil der Abhandlung wird sich eingehend den kostenrechtlichen Problematiken in Beteiligungsverträgen und deren angloamerikanischen Vertragsbestandteilen wid-

* Der Autor ist als Dipl. Rechtspfleger (FH) im OLG-Bezirk Celle tätig. Der Schwerpunkt seiner Tätigkeiten als Prüfungsbeamter und Referent liegt insbesondere im Bereich der Notarkosten.

men. Darüber hinaus werden die kostenrechtliche Beurteilung von Umwandlungsvorgängen nach dem UmwG, die kostenrechtliche Privilegierung der UG und die Betreuungs- und Vollzugsgebühren im Gesellschaftsrecht behandelt.

B. Anteilsabtretung bei Kapitalgesellschaften (Share-Deals)

Gem. § 54 S. 1 GNotKG ist der Wert von Anteilen an Kapitalgesellschaften und von Kommanditbeteiligungen nach dem Eigenkapital iSd § 266 Abs. 3 HGB zu bestimmen, wenn für einen höheren Wert keine genügenden Anhaltspunkte bestehen.

Die Vorschrift des § 54 GNotKG gelangt für die Wertbestimmung einzelner Gesellschaftsanteile ebenso zur Anwendung, wie für die kostenrechtliche Bewertung einer Gesamtbeteiligung an einer Gesellschaft. In der Praxis spielt § 54 GNotKG vor allem bei Share-Deals eine große Rolle, in denen die das Unternehmen verkörpernden Gesellschaftsanteile veräußert werden. Eine kostenrechtliche Bewertung von Gesellschaftsanteilen kann ebenfalls im Zuge von Asset-Deals erforderlich werden, wenn das zu veräußernde Unternehmen selbst Unternehmensbeteiligungen hält. Aber auch die Beurkundung von Eheverträgen, Scheidungsfolgevereinbarungen, Verfügungen von Todes wegen und Generalvollmachten kann die Anwendung des § 54 GNotKG notwendig werden lassen.

I. Anwendungsbereich des § 54 GNotKG

1. Operativ tätige Gesellschaften

Der Anwendungsbereich des § 54 GNotKG erstreckt sich nicht nur auf die Beteiligungen an einer UG (haftungsbeschränkt), GmbH oder Aktiengesellschaft, sondern ebenfalls auf Beteiligungen an der KG aA, der Europäischen Gesellschaft (SE) und aufgrund der Haftungsbeschränkung des § 2 GenG auch auf Genossenschaftsbeteiligungen sowie auf gemeinnützige Gesellschaften (gGmbH).[1]

§ 54 GNotKG erfasst, ebenso wie § 15 Abs. 3 GmbHG, die Abtretungen von Gesellschaftsanteilen an Mitgesellschafter oder an oder durch die GmbH selbst. Dies gilt auch für die Abtretung eines ideellen Bruchteils des Geschäftsanteils (§ 747 S. 1 BGB) oder für die Fälle, in denen der einer Personengemeinschaft gehörende Geschäftsanteil ganz oder real geteilt an einzelne Mitberechtigte oder an eine personenidentische andere Personengemeinschaft übertragen wird.[2]

2. Vermögensverwaltende Gesellschaften

Zu den in § 54 S. 3 GNotKG genannten vermögensverwaltenden Gesellschaften gehören neben den reinen grundbesitzverwaltenden Gesellschaften auch diejenigen Gesellschaften, die andere Vermögensmassen verwalten (Holding, etc.). Maßgebliches Unterscheidungskriterium zu einer operativ tätigen Gesellschaft ist der Unternehmensgegenstand und der Gesellschaftszweck. Während der Gesellschaftszweck das gesellschaftliche Ziel umschreibt, bildet der Unternehmensgegenstand (Tätigwerden im gewerblichen Bereich oder der Vermögensverwaltung) das Mittel, mit dem der Gesellschaftszweck erreicht werden soll.[3]

Die Anwendung des in § 54 S. 3 GNotKG verwendeten kostenrechtlichen Begriffes „überwiegend" stellt somit auf den Unternehmensgegenstand und die konkret entfaltete Geschäftstätigkeit abgestellt werden.[4] Zur Verdeutlichung gibt der Gesetzgeber in Satz 3 einige nicht abschließend aufgezählte Regelbeispiele vor. Weitere Anhaltspunkte können sich im Übrigen aus der Regelung des Unternehmensgegenstandes im Gesellschaftsvertrag, dem Anteil des Immobilien- und Beteiligungsvermögens auf der Aktivseite der Bilanz oder dem Anteil des operativen Geschäfts am Gesamtumsatz in der Gewinn- und Verlustrechnung ergeben.

3. Stille Beteiligungen

Zunächst ist bei den stillen Beteiligungen zwischen der typischen stillen Beteiligung (§§ 230 ff. HGB) und der atypischen stillen Beteiligung zu unterscheiden. Überdies ist § 54 GNotKG auf die Einräumung einer atypischen Unterbeteiligung an einem Kommanditanteil anwendbar.[5]

Die typische Beteiligung kennzeichnet sich dadurch, dass der stille Gesellschafter mit seiner geleisteten Einlage nur am Gesellschaftsgewinn oder -verlust teilnimmt (§§ 231, 232 HGB). Als Bewertungsgrundlage ist daher die Einlage des stillen Gesellschafters heranzuziehen.[6] Verpflichtet sich der stille Gesellschafter neben der Erbringung der Einlage zu zusätzlichen Dienstleistungen, ist deren Wert (zB nach § 52 GNotKG) dem Einlagewert hinzuzurechnen.[7]

Bei der atypischen stillen Beteiligung wird zwischen den Parteien rein schuldrechtlich vereinbart, dass auch das vor der Einlage vorhanden gewesene Gesellschaftsvermögen als gemeinsames Vermögen behandelt wird und dem atypischen stillen Gesellschafter somit die Wertänderungen des ganzen Geschäftsvermögens zugutekommen.[8]

Demgemäß bemisst sich der Geschäftswert nach der prozentualen Beteiligung des atypisch stillen Gesellschafters am Gesellschaftsvermögen bzw. am Eigenkapital. Weil keine unmittelbare Beteiligung am Gesellschaftsvermögen vorliegt, muss wegen des schuldrechtlichen Charakters ein Wertabschlag von etwa 20-30 % vorgenommen werden.[9]

---

1 Schneider/Volpert/Fölsch/*Leiß*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., GNotKG, § 54, Rn. 5; BeckOK Kostenrecht/*Neie*, Stand 15.11.2017, GNotKG, § 54, Rn. 1; zur Anwendung auf gemeinnützige Gesellschaften vgl. Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 12; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, 2. Aufl., § 54 Rn. 20; aA Schneider/Volpert/Fölsch/*Leiß*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 54 GNotKG, Rn. 15, der in diesen Fällen nur den Nominalwert der Anteile ansetzt.

2 Zum Anwendungsbereich des § 15 GmbHG s. Scholz/*Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 15 GmbHG, Rn. 77 ff.

3 Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbH-Gesetz, 19. Aufl., § 1 GmbHG, Rn. 3; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbHG, 21. Aufl., § 1 Rn. 5.

4 BT-Drs. 17/11471 (neu), S. 172; LG Düsseldorf v. 31.7.2015 – 19 T 152/14, juris.

5 BeckOK KostR/*Neie*, Stand 15.11.2017, § 54 GNotKG, Rn. 1; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, 2. Aufl., § 54, Rn. 6.

6 BayObLG, MittBayNot 1983, 31; Schneider/Volpert/Fölsch/*Leiß*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 54 GNotKG, Rn. 13.

7 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 26 mwN.

8 Zur atypischen stillen Beteiligung s. zB Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/*Gehrlein*, HGB, 3. Aufl., § 230, Rn. 65

9 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 27; Schneider/Volpert/Fölsch/*Leiß*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 54 GNotKG, Rn. 13.

4. Außerhalb des Anwendungsbereichs

Infolge der bei der Wertermittlung zu berücksichtigenden Verbindlichkeiten, darf § 54 GNotKG nicht auf andere Beteiligungen als die Kommanditbeteiligungen an Personengesellschaften angewendet werden. Hierunter fallen Beteiligungen an einer GbR, OHG, Partnerschaftsgesellschaften sowie an einem Gewerbebetrieb eines eingetragenen Kaufmanns. Bei diesen sonstigen Personengesellschaften steht nicht das Mitgliedschaftsrecht, sondern die unmittelbare Beteiligung am Gesellschaftsvermögen und damit auch an den Gesellschaftsverbindlichkeiten (vgl. zB §§ 128, 161 Abs. 2 HGB) im Vordergrund. Dementsprechend greift bei diesen Gesellschaften das in § 38 S. 2 GNotKG normierte Schuldenabzugsverbot ein. Keine Anwendung findet § 54 GNotKG überdies bei den persönlich haftenden Gesellschaftern einer KGaA.[10]

II. Abtretungsvertrag und Zustimmungsbeschluss

1. Bewertung des Abtretungsvertrages

Die Veräußerung von Geschäftsanteilen stellt einen Austauschvertrag iSd § 97 Abs. 3 GNotKG dar. Dem nach § 54 GNotKG zu ermittelnden Wert, wird daher der Wert der Gegenleistungen gegenübergestellt, wobei der höhere Wert zur Kostenberechnung herangezogen wird.

Auch wenn der Großteil der Literatur davon ausgeht, dass bei einer gewerblich geprägten GmbH der Kaufpreis in der Regel dem Wert des Geschäftsanteils entspricht und eine weitergehende Wertermittlung nicht notwendig sei,[11] sollte auf den zugleich als Kaufpreis ausbedungenen Nennbetrag nur dann abgestellt werden, wenn für einen höheren Wert tatsächlich keine genügenden Anhaltspunkte bestehen. Der Nennbetrag drückt nämlich lediglich den – die Mitgliedschaft in der Gesellschaft begründenden – Geschäftsanteil und das damit verbundene Beteiligungsverhältnis des Gesellschafters aus. Daher orientiert sich weder die wirtschaftliche noch die steuerliche Bewertung an dem Nennbetrag.[12]

Insoweit verpflichtet § 95 GNotKG die Beteiligten zur Mitwirkung bei der Wertermittlung, indem sie ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben und die hierfür erforderlichen Unterlagen zu liefern haben. Von den Beteiligten ist daher die zum Zeitpunkt der Gebührenfälligkeit (§ 96 GNotKG) aktuelle Bilanz (31.12.) anzufordern. Kommen die Beteiligten ihrer Mitwirkungspflicht nicht nach, ist der Wert nach billigem Ermessen zu bestimmen, wobei die Wertbestimmung auf Grundlage der dem Notar ohne größeren Aufwand zugänglichen Anhaltspunkte erfolgt. Hierfür kann auf die nach § 325 HGB im Bundesanzeiger zu veröffentlichende Bilanz zurückgegriffen werden.

a) Die Unternehmensbilanz

Zu dem in der Unternehmensbilanz aufgelisteten Eigenkapital iSd § 266 Abs. 3 HGB zählen:

- das gezeichnete Kapital (I.),
- die Kapitalrücklage (II.),
- Gewinnrücklagen (III.), die gesetzliche Rücklage und die Rücklage für eigene Anteile an einem herrschenden oder mehrheitlich beteiligten Unternehmen, satzungsmäßige Rücklagen und andere Gewinnrücklagen,
- der Gewinn- und Verlustvortrag (IV.)
- sowie der Jahresüberschuss bzw. -fehlbetrag (V.).

Nicht zum Eigenkapital zählen indes Rückstellungen, Verbindlichkeiten und passive latente Steuern (§§ 274 Abs. 1 S. 1, 266 Abs. 3 HGB).[13] Passive Rechnungsabgrenzungsposten (§ 250 HGB) werden dem Eigenkapital hinzugerechnet, weil es sich um bereits erfolgte Zuflüsse handelt, die zur periodengenauen Zurechnung zunächst passiviert wurden.[14] Hingegen sind aktive Rechnungsabgrenzungsposten (§ 250 HGB) vom Eigenkapital abzuziehen, weil die Mittel bereits abgeflossen sind.[15] Ein nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag (§ 268 Abs. 3 HGB) ist abzuziehen, weil dieser Verlustvortrag das kostenrechtliche Eigenkapital mindert.[16] Vinkulierungen, Rückübertragungsverpflichtungen oder Treuhandvereinbarungen sind indes ohne Einfluss auf den Wert. An der folgenden Musterbilanz soll dies noch einmal verdeutlicht werden:

Aktiva		Passiva	
A Anlagevermögen		**A Eigenkapital**	
I. Sachanlagen		I. Gezeichnetes Kapital	100.000,00 €
1. Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte	9.000.000,00 €	II. Kapitalrücklage	2.600.000,00 €
Grundstücke ohne Wohnbauten	200.000,00 €	III Verlustvortrag	-100.000,00 €
2. Betriebs- und Geschäftsausstattung	10.000,00 €	IV Jahresüberschuss	90.000,00 €
B Umlaufvermögen		**B Sonderposten Investitionszuschüsse**	200.000,00 €
I. Vorräte		**C Rückstellungen**	
1. Unfertige Leistungen	220.000,00 €	sonstige Rückstellungen	50.000,00 €
2. geleistete Anzahlungen	4.000,00 €	**D Verbindlichkeiten**	
II. Forderungen und sonstige Vermögensgegenstände		1. Verbindlichkeiten gegenüber Kreditinstituten	6.600.000,00 €
1. Forderungen aus Vermietung	2.000,00 €	2 Erhaltene Anzahlungen	19.000,00 €
2. sonstige Vermögensgegenstände	4.000,00 €	3. Verbindlichkeiten aus Lieferungen/ Leistungen	33.500,00 €
III. Guthaben bei Kreditinstituten	170.000,00 €	4. Verbindlichkeiten gegenüber Gesellschaftern	15.000,00 €
		5. Sonstige Verbindlichkeiten	1.000,00 €
		E Aktive Rechnungsabgrenzungsposten	1.500,00 €
Summe:	**9.610.000,00 €**	**Summe**	**9.610.000,00 €**

Anhand der vorstehenden beispielhaften Bilanz, ergibt sich dann folgendes Berechnungsschema:

Aktivsumme der Bilanz: 9.610.000,00 €

zuzüglich passive Rechnungsabgrenzungsposten: 0,00 €

10 Leipziger GNotKG/*Heinze*, 2. Aufl., § 54, Rn. 6 mwN.
11 vgl. nur Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 11; Streifzug GNotKG, 11. Aufl., Rn. 1127.
12 Roth/Altmeppen/*Altmeppen*, GmbHG, 8. Aufl., § 14, Rn. 5 ff.; Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbH-Gesetz, 21. Aufl., § 14, Rn. 7.
13 Leipziger GNotKG/*Heinze*, 2. Aufl., § 54, Rn. 16.
14 Baumbach/Hopt/*Merkt*, HGB, 37. Aufl., § 250, Rn. 1, 5.
15 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, 2. Aufl., § 54, Rn. 17.
16 Leipziger GNotKG/*Heinze*, 2. Aufl., § 54, Rn. 19.

zuzüglich Verkehrswert des Grundstücks mit Gebäuden: 9.500.000,00 €

abzüglich aktive Rechnungsabgrenzungsposten: 1.500,00 €

abzüglich Buchwert Grundstück und Gebäude: 9.000.000,00 €

abzüglich nicht durch Eigenkapital gedeckter Fehlbetrag: 0,00 €

abzüglich Rückstellungen: 50.000,00 €

abzüglich Verbindlichkeiten[17]: 6.668.500,00 €

abzüglich latente Steuern: 0,00 €

Endsumme: 3.390.000,00 €

Ist ein Gesellschafter zB mit einem Anteil von 25 % an der Gesellschaft beteiligt, beträgt der Wert der Beteiligung damit 25 % der Endsumme, mithin 847.500,00 EUR. Würde hier lediglich auf den Nennwert von 6.250 EUR (25 % von 25.000 EUR) abgestellt werden, ergäbe sich allein bei der Gebühr Nr. 21100 KV-GNotKG eine Differenz von 2.876,00 EUR.

Unter Zugrundelegung des bilanziellen Eigenkapitals führt eine kürzere Berechnungsweise zum selben Ergebnis:

Bilanzielles Eigenkapital: 2.690.000,00 €

zuzüglich Sonderposten Investitionszuschuss: 200.000,00 €

zuzüglich Verkehrswert Immobilien: 9.500.000,00 €

abzüglich Buchwert Immobilien: 9.000.000,00 €

Endsumme (Eigenkapital): 3.390.000,00 €

Die Ermittlung des bilanziellen Eigenkapitals erfolgt rein rechnerisch, weil dieses nicht als eigene Position in der Bilanz ausgewiesen wird. Es ergibt sich aus der Differenz aller Vermögenspositionen (Aktivseite der Bilanz) zzgl. der Investitionszuschüsse und abzüglich aller Verbindlichkeiten inkl. den Rückstellungen, den aktiven Rechnungsabgrenzungsposten und dem nicht durch Eigenkapital gedeckten Fehlbetrag. Der Bilanzposten „Eigenkapital" bleibt indes unberücksichtigt. Die im vorstehenden Beispiel vorhandene Position „Investitionszuschüsse" ist in der Gliederung nach § 266 Abs. 2 HGB zwar nicht enthalten, doch ist diese Position – da es sich nicht um eine Verbindlichkeit (Fremdkapital) handelt – dem Eigenkapital zuzurechnen.[18]

Sind die betreffenden Gesellschaften überwiegend vermögensverwaltend tätig, wird zur Bewertung nicht auf die Bilanzposten abgestellt, sondern auf die allgemeinen Wertvorschriften, so dass die einzelnen Vermögensgegenstände entsprechend den §§ 36 ff. GNotKG zu bewerten sind. Die Summe dieser Gegenstände bildet dann den Wert der Gesellschaft und der Beteiligung.

Wird der Geschäftsanteil einer neu gegründeten GmbH veräußert, kann der Geschäftswert in Höhe des Nominalbetrages angesetzt werden. In diesen Fällen ist der Nominalwert auch dann anzusetzen, wenn das Stammkapital noch nicht in voller Höhe eingezahlt ist, weil das Gesellschaftsvermögen nicht nur aus den geleisteten Einzahlungen besteht, sondern ebenfalls aus der Forderung gegen die Gesellschafter auf Restzahlung.

b) Veränderungen zwischen Bilanzstichtag und Gebührenfälligkeit

Haben zwischen Bilanzstichtag und Fälligkeitszeitpunkt vermögensändernde Maßnahmen stattgefunden, müssen diese bei der Bewertung berücksichtigt werden. Hierzu gehören u. a. das Eigenkapital vermindernde Gewinnausschüttungen oder Verlustzuweisungen, zum Bewertungszeitpunkt vollzogene Kapitalerhöhungen oder Kapitalherabsetzungen und der Verkauf / Erwerb von Anlage- oder Umlaufvermögen.

Eine zwischenzeitliche Veräußerung von Anlage- oder Umlaufvermögen kann unter Umständen zu einer Veränderung des als Bewertungsgrundlage heranzuziehenden Eigenkapitals führen. Fließt der Veräußerungserlös jedoch in das Umlaufvermögen oder wird mit der Veräußerung eine gleich hohe Verbindlichkeit getilgt, hat dies regelmäßig keine Veränderungen des Eigenkapitals zur Folge.

Gleiches gilt für den zwischenzeitlichen Immobilien- oder Finanzanlagenerwerb. Wurden hierfür Gewinnrücklagen (Teil des Eigenkapitals) verwendet, reduziert dies das Eigenkapital. Stammen die finanziellen Mittel aus einer Fremdfinanzierung, tritt in der Regel keine Änderung des Eigenkapitals ein.[19] Zur Wertermittlung kann auf den Buchwert des erworbenen Anlagevermögens abgestellt werden, der aufgrund des kurzen Zeitraums gewöhnlich dem Verkehrswert entsprechen wird. Für die wertmäßige Berücksichtigung ist es unerheblich, ob der Erwerbsvertrag bereits vollzogen ist.[20]

Bei überwiegend vermögensverwaltenden Gesellschaften ist eine Veränderung des Eigenkapitals (Mittelherkunft) unbeachtlich. Für die Geschäftswertermittlung ist die Quote am Aktivvermögen ausschlaggebend, weil sich diese infolge eines zwischenzeitlichen Erwerbs erhöht.

2. Der Zustimmungsbeschluss zur Anteilsabtretung

Die Satzung kann nach § 15 Abs. 5 GmbHG eine Vinkulierung der Geschäftsanteile u. a. dergestalt vorsehen, dass die Abtretung von der Genehmigung der Gesellschaft abhängig gemacht wird. Eine besondere Form ist für die Genehmigung gesetzlich nicht vorgegeben und sie kann unabhängig von der Satzung entweder vor, bei oder nach Abtretung des Geschäftsanteils erteilt werden.[21] Schweigt die Satzung zur Formbedürftigkeit, erfolgt die Genehmigung ebenfalls konkludent durch (widerspruchslose) Teilnahme aller Gesellschafter an der Abtretung.[22] Wünschen die Beteiligten allerdings ausdrücklich die Mitbeurkundung des Zustimmungsbeschlusses, liegt keine unrichtige Sachbehandlung iSd § 21 GNotKG vor.

---

17 Unter den Verbindlichkeiten sind auch Gesellschafterdarlehen auszuweisen (vgl. § 39 Abs. 1 Nr. 5 InsO). Eine Pflicht zum gesonderten Ausweis von Gesellschafterdarlehen ergibt sich aus § 42 Abs. 3 GmbHG. Dies galt auch für sog. eigenkapitalersetzende Gesellschafterdarlehen nach §§ 32 a, b GmbHG aF (vgl. hierzu Staub/*Hüttemann/Meyer*, HGB, 5. Aufl. 2014, § 266, Rn. 68; s.a. Fn. 19).

18 OLG Rostock 7.6.2011 – 5 W 38/10, juris.

19 Durch das am 1.11.2008 in Kraft getretene MoMiG wurde die Regelung des § 32 a GmbHG aF ersatzlos gestrichen, so dass es eigenkapitalersetzende Darlehen nicht mehr gibt. Insoweit dürften die Ausführungen bei Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 8 e obsolet sein.

20 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 8 d.

21 Baumbach/Hueck/*Fastrich*, GmbH-Gesetz, 21. Aufl., § 15, Rn. 41; DNotI-Report 2003, 185 ff.

22 Scholz/*Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 15 GmbHG, Rn. 131 mwN.

Ist ein Zustimmungsbeschluss erforderlich und/oder wird dieser auf Wunsch der Beteiligten mitbeurkundet, entsteht eine 2,0 Gebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG. Der Zustimmungsbeschluss ist gem. § 110 Nr. 1 GNotKG zur Anteilsveräußerung gegenstandsverschieden, so dass die Werte des Abtretungs- und Veräußerungsvertrages und des Zustimmungsbeschlusses gem. § 35 Abs. 1 GNotKG zusammenzurechnen sind. Der Geschäftswert des Zustimmungsbeschlusses bestimmt sich gem. § 108 Abs. 2 GNotKG nach dem Wert des Rechtsverhältnisses, dem durch Beschluss zugestimmt wird und beträgt gem. § 108 Abs. 1 S. 2, § 105 Abs. 1 S. 2 GNotKG mindestens 30.000 EUR.

3. Teilung, Zusammenlegung und Nummerierung von Geschäftsanteilen

Im Zusammenhang mit der Anteilsabtretung können neben dem (erforderlichen) Zustimmungsbeschluss weitere Beschlüsse für die Teilung, Zusammenlegung (§ 46 Nr. 4 GmbHG) oder die Nummerierung von Geschäftsanteilen erforderlich werden.

Die Zusammenlegung ist die Vereinigung mehrerer bisher selbständiger Anteile zu einem einheitlichen Anteil. Die Teilung führt zu einer Zerlegung in mehrere selbständige Anteile, die als solche veräußerlich und vererblich sind und dient insbesondere dem Zweck der Veräußerung von Teilen des Geschäftsanteils. Die Veräußerung des geteilten Geschäftsanteils bedarf eines Teilungsbeschlusses, welcher auch konkludent angenommen werden kann, wenn alle Gesellschafter an der Abtretung mitwirken.[23] Sowohl der Zustimmungsbeschluss zur Teilung als auch der Zustimmungsbeschluss zur Teilveräußerung, bewirken – soweit der Gesellschaftsvertrag keine gegenteilige Regelung enthält – unmittelbar die Teilung.[24] Im Falle der Ein-Personen-GmbH bedarf es ebenso wie in der Zwei-Personen-GmbH bei der Veräußerung eines Gesellschafters an den anderen, zusätzlich zu dem in der Veräußerung ausgedrückten Verständnis keines weiteren Formalakts.[25]

Die Beschlüsse über die Teilung, Zusammenlegung oder Nummerierung der Geschäftsanteile sind Beschlüsse mit unbestimmtem Geldwert. Deren Wert richtet sich somit nach §§ 108 Abs. 1 S. 1, 105 Abs. 4 und 6 GNotKG.

Gem. § 110 Nr. 1 GNotKG sind Gesellschafterbeschlüsse zu einer in derselben Urkunde enthaltenen Anteilsabtretung (= Erklärung) gegenstandsverschieden. Für mehrere Beschlüsse über die Teilung, Zusammenlegung und Nummerierung von Anteilen untereinander gilt, dass ein Beschluss vorliegt, wenn ein Anteil mehrfach unterteilt wird oder die Teilung von Anteilen mehrerer Gesellschafter erfolgt[26] oder ein Beschluss sowohl die Teilung als auch die Nummerierung von Anteilen umfasst.[27] Werden neben dem Zustimmungsbeschluss zur Anteilsabtretung auch Beschlüsse über die Teilung, Zusammenlegung oder Nummerierung beurkundet, sind diese zur Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses gegenstandsgleich und zu weiteren Satzungsänderungsbeschlüssen gegenstandsverschieden.[28]

23 Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbH-Gesetz, 19. Aufl., § 46 GmbHG, Rn. 19.
24 BGH 17.12.2013 – II ZR 21/12, juris.
25 Roth/Altmeppen/*Roth*, GmbHG, 8. Aufl., § 46, Rn. 17 d mwN.
26 *Sikora*/*Tiedtke* MittbayNot 2009, 209 (211).
27 Streifzug GNotKG, 11. Aufl., Rn. 1096.

4. Die Bewertung zusätzlicher Leistungen

Verpflichtet sich im Rahmen des Veräußerungs- und Abtretungsvertrages der Käufer gegenüber dem Verkäufer zu weiteren Leistungen, sind diese zusätzlichen Leistungen im Rahmen des § 97 Abs. 3 GNotKG dem vereinbarten Kaufpreis hinzuzurechnen.[29]

a) Freistellungsverpflichtungen

Zu den dem Kaufpreis hinzuzurechnenden Leistungen zählt die Übernahme bereits fälliger, aber noch nicht eingezahlter Stammeinlagen. Dies gilt gleichermaßen auch dann, wenn der Verkäufer vom Käufer von Zahlungsverpflichtungen schuldbefreiend freigestellt wird.[30] Ebenfalls führt die Übernahme von Verbindlichkeiten mit schuldbefreiender Wirkung ebenso zu einer Hinzurechnung, wie die Freistellungsverpflichtung des Verkäufers aus Bürgschaften.

Übernimmt der Erwerber bestehende Verbindlichkeiten, ermittelt sich der hinzuzurechnende Wert aus dem Schuldbetrag. Handelt es sich um die Freistellung aus einer Bürgschaft, bestimmt sich Wert nach § 53 Abs. 2 GNotKG. Liegt ein Pfand zur Sicherung „aller derzeitigen und künftigen Verbindlichkeiten“ vor oder ist der Wert des Sicherungsgegenstandes nicht eindeutig festzustellen, entfällt der nach § 52 Abs. 2 GNotKG durchzuführende Wertvergleich und die Bewertung erfolgt aufgrund des feststehenden Wertes des Sicherungsgegenstandes oder des gesicherten Anspruchs. Sichert die Bürgschaft zum Beurkundungszeitpunkt keine Forderung mehr oder sind sowohl der Forderungswert als auch der Wert des Sicherungsgegenstands nicht bestimmbar, ist der Wert der Freistellungsverpflichtung nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu schätzen.[31]

b) Investitionsverpflichtungen

Neben dem durch den Erwerber zu zahlenden Kaufpreis wirken sich schuldrechtlich vereinbarte Investitionsverpflichtungen, Verpflichtungen zur Arbeitsplatzsicherung oder zur Entschuldung ebenfalls werterhöhend aus. Hierzu zählt auch die Verpflichtung, die Gesellschaft mit liquiden Mitteln auszustatten, damit diese aus einem Kaufvertrag bereits bestehende Verpflichtungen erfüllen kann.[32] Der Geschäftswert solcher Verpflichtungen bestimmt sich nach § 50 Nr. 4 GNotKG und ergibt sich aus einem Teilwert von 20 % der Investitionssumme.[33]

Von den vorgenannten Investitionsverpflichtungen sind die in Beteiligungsverträgen vorkommenden Verpflichtungen zur Kapitalerhöhung mit Zuzahlungsvereinbarung abzugrenzen. Bei diesen Verpflichtungen scheidet eine Teilwertbildung aus, weil der volle Wert der versprochenen Mittel maßgebend ist.[34]

28 Schneider/Volpert/Fölsch/*Heisel*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 108 GNotKG, Rn. 44; *Volpert* RNotZ 2015, 276 (283).
29 Schneider/Volpert/Fölsch/*Leiß*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 54 GNotKG, Rn. 35; Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 54, Rn. 11.
30 OLG Köln 14.1.2000 – 2 Wx 46/99, juris.
31 BeckOK KostR/*Becker*, Stand 15.11.2017, § 53 GNotKG, Rn. 19; Schneider/Volpert/Fölsch/*Leiß*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 53 GNotKG, Rn. 25 mwN.
32 OLG Köln 14.1.2000 – 2 Wx 46/99, juris.
33 Schneider/Volpert/Fölsch/*Fackelmann*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., § 50 GNotKG, Rn. 13.
34 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG , 2. Aufl., § 50 Rn. 14.

c) Earn out-Klauseln, Milestones, variable Kaufpreise

Sind in dem Veräußerungs- und Abtretungsvertrag sog. *Earn out-Klauseln* oder *Milestones*-Klauseln enthalten, müssen diese als weitere Verpflichtung berücksichtigt werden.[35]

Hierbei handelt es sich um Vereinbarungen, bei denen zum ursprünglichen Kaufpreis ein zusätzlicher variabler Kaufpreisbestandteil ausbedungen wird, dessen Anspruch erst nach Ablauf der *Earn out*-Periode oder nach Erreichen der vereinbarten Zielparameter entsteht. In der Praxis kommen als mögliche Parameter entweder Umsatzvorgaben, Kennzahlen der Gewinn- und Verlustrechnung (zB EBITDA, EBIT, Gewinn vor Steuern) oder, wie zB bei den *Milestones*, Umsatz-, Wachstums- und Entwicklungsziele in Betracht.

Von den *Earn out*-Klauseln sind die sog. *Mehrerlösklauseln* zu unterscheiden. Diese verpflichten den Käufer im Fall der Weiterveräußerung an einen Dritten dazu, einen Teil des Erlöses an den Erstverkäufer abzuführen, wenn der Weiterverkauf zu einem über den ursprünglich gezahlten Kaufpreis durchgeführt wurde.[36]

Des Weiteren kann die Kaufpreisanpassung auch in Abhängigkeit von einer auf den Zeitpunkt des Vertragsvollzugs aufgestellten Stichtagsbilanz vorgenommen werden, so dass zwischen Vertragsunterzeichnung (*Signing*) und Vertragsvollzug (*Closing*) wertbeeinflussende Veränderungen bei der Kaufpreisbemessung berücksichtigt werden.

Im Ergebnis handelt es sich bei den vorstehenden Klauseln jeweils um bedingte Kaufpreise, deren Erhöhung oder Herabsetzung an zuvor durch die Parteien bestimmte Parameter geknüpft sind. Die Wertbestimmung erfolgt im Rahmen des § 36 Abs. 1 GNotKG und knüpft an den Grad der Wahrscheinlichkeit des Eintritts der vereinbarten Einflussgrößen an.[37] Abhängig vom Wahrscheinlichkeitsgrad des Bedingungseintritts kann ein Teilbetrag von 10-30 % des variablen Kaufpreises angesetzt werden. Bei höherer (bekannter) Eintrittswahrscheinlichkeit ist auch ein höherer Prozentsatz möglich.

d) Selbstständige Garantieversprechen iSd § 311 BGB

Hierbei handelt es sich in Abgrenzung zu den Garantien nach § 443 Abs. 1 BGB um einen Vertragstypus eigener Art, der im Rahmen der Vertragsfreiheit und unter regelmäßigem Ausschluss des gesetzlichen Gewährleistungsrechts ein vertragliches Gewährleistungssystem auf Basis selbstständiger Garantien darstellt.[38] Das selbständige Garantieversprechen iSd § 311 BGB beinhaltet insbesondere die Übernahme der Verpflichtung zur Schadloshaltung, wenn der garantierte Erfolg nicht eintritt.[39] Hiervon zu unterscheiden ist die unselbstständige Garantie (zB Zusicherung einer Eigenschaft), bei der es sich um eine nähere Ausgestaltung eines bereits bestehenden Schuldverhältnisses handelt und die als unselbstständige Vertragsbedingung nicht gesondert bewertet wird.

Einem selbstständigen Garantieversprechen steht regelmäßig eine Generalklausel vor (zB *„Der Verkäufer garantiert der Käuferin im Sinne eines selbstständigen, verschuldensunabhängigen Garantieversprechens gem. § 311 Abs. 1 BGB…“*), der im Nachgang die eigentliche Formulierung des Garantieumfangs folgt. Der Umfang des Garantiekatalogs wird durch die Parteien festgelegt und kann sich zB auch auf ein festgelegtes Einsparpotential bezogen auf das Einkaufsvolumen im Wirtschaftsjahr beziehen. Darüber hinaus sind neben Bilanz- oder Eigenkapitalgarantien weitere verschiedenste Gestaltungsvarianten möglich.

Als eigenständiges Schuldverhältnis tritt das selbstständige Garantieversprechen iSd § 311 BGB daher nach hiesiger Auffassung neben die Rechte aus dem Abtretungsvertrag und stellt somit ein gesondert zu bewertenden Beurkundungsgegenstand dar. Die Bestimmung des Geschäftswerts eines Garantieversprechens erfolgt nach § 36 Abs. 1 GNotKG unter Bildung eines angemessenen Teilwerts aus dem Wert der garantierten Leistung oder dem Wert des zugrunde liegenden Geschäfts.[40]

5. Beispielsfall

A und B verkaufen ihre Geschäftsanteile an der ABC-GmbH im Nennbetrag von jeweils 6.250,00 EUR zum Kaufpreis von jeweils 100.000,00 EUR. Das Stammkapital beträgt 25.000 EUR. Das Eigenkapital nach § 54 GNotKG iVm § 266 Abs. 3 HGB beträgt 650.000,00 EUR. Die Abtretung erfolgt aufschiebend bedingt mit der Zahlung des Kaufpreises. Zwischen den Parteien wird vereinbart, dass bei Erreichen einer Umsatzsteigerung von 15 % gegenüber dem Vorjahr ein weiterer Kaufpreis von 10.000,00 EUR zu zahlen ist. Der Vorjahresumsatz betrug 850.000,00 EUR. Gleichzeitig wird ein Garantieversprechen iSd § 311 Abs. 1 BGB dergestalt vereinbart, dass die Verkäufer dem Käufer u. a. versichern, dass die Angaben zu den gesellschafts- und vermögensrechtlichen Verhältnissen zutreffend sind. Die Satzung der Gesellschaft sieht vor, dass zur Wirksamkeit der Abtretung ein Beschluss der Gesellschaftersammlung erforderlich ist, welcher auch mitbeurkundet wird. Der Notar bescheinigt nach Eintritt der Bedingung die Wirksamkeit der Abtretung.

a) Lösung

1. Geschäftswert

a) Abtretungsvertrag; §§ 97, 54 GNotKG: 325.000,00 €

(162.500 € je Anteil = 25 % von 650.000 €)

b) Zustimmungsbeschluss, § 108 GNotKG: 325.000,00 €

c) Earn-out Klausel, § 36 GNotKG: 3.000,00 Euro

(30 % von 10.000 €)

d) Selbstständige Garantie, § 36 GNotKG: 32.500,00 €

(10 % von 325.000 €)

Gesamtsumme: 685.500,00 €

35 Zu den verschiedenen Formen der Earn-out-Klauseln und zur vertraglichen Gestaltung s. *Meyding/Grau* NZG 2011, 41 ff; *Ettinger/Schmitz* GmbHR 2016, 966 ff.

36 *Werner* DStR 2012, 1662 (1663); *Schmidt-Hern/Behne* NZG 2012, 81 ff.

37 Korintenberg/*Bengel*, GNotKG, 20. Aufl., § 97, Rn. 36 mwN.

38 Baumbach/Hopt/*Hopt*, HGB, 37. Aufl., § 349, Rn. 16; zum Inhalt von selbstständigen Garantieversprechen s. a. *Mellert* BB 2011, 1667 ff; Hölters/*Semler*, Handbuch Unternehmenskauf, 8. Aufl., Teil 7, Rn. 7.237 ff.

39 BGH 10.2.1999 – VIII ZR 70/98, juris.

40 Streifzug GNotKG, 11. Aufl., Rn. 349.

2. Gebühren

a) 2,0 Gebühr Nr. 21100 KV-GNotKG: 2.510,00 €

Wert: 685.500,00 €, §§ 97, 54, 108, 36 GNotKG

b) 0,5 Betreuungsgebühr Nr. 22200 KV-GNotKG: 627,50 €

Wert: 685.000 €, § 113 GNotKG

b) Hinweise zur Zitation

Die notarielle Kostenberechnung soll gem. § 19 Abs. 3 Nr. 2 GNotKG die angewandten Wertvorschriften enthalten. Der Kreis der zu zitierenden Wertvorschriften ist abschließend festgelegt. Die Zitation beschränkt sich folglich auf § 36 (allgemeiner Geschäftswert), §§ 40-54 (besondere Geschäftswertvorschriften), §§ 97-108 (Wertvorschriften für Beurkundungen) und §§ 112-114 GNotKG (Wertvorschriften für Vollzug, Betreuung und sonstige notarielle Geschäfte).

Finden für die Ermittlung einer Gebühr mehrere Geschäftswertvorschriften Anwendung, ergibt sich der Wert in der Regel aus der Kombination einer Geschäftswertermittlungsvorschrift (zB § 97 GNotKG) und einer Bewertungsvorschrift (zB § 46, 47, 54 GNotKG), so dass beide Vorschriften anzugeben sind.[41] Bei den Geschäftswertvorschriften der §§ 119, 121 GNotKG ist die Angabe der Wertvorschrift erforderlich, auf die §§ 119, 121 GNotKG verweisen. Bei „unechten" Verweisungen (zB §§ 98, 120, 112, 113 GNotKG), muss keine weitere Vorschrift hinzugesetzt werden.[42]

Liegt ein Fall der vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsverfahrens vor, findet § 119 GNotKG auf die anfallenden Gebühren keine Anwendung, da die Geschäftswertvorschriften für die Beurkundung unmittelbar greifen.[43] In der Kostenrechnung sind bei der vorzeitigen Beendigung daher zB die §§ 92 Abs. 2, 97, 54, GNotKG aufzunehmen.

Die Angabe unter Differenzierung nach Absätzen, Sätzen, Halbsätzen oder Nummern ist nicht erforderlich, aber anzuraten, wenn eine Wertvorschrift mehrere Absätze und innerhalb der Absätze weitere Untergliederungen enthält (zB § 105 GNotKG).

Gem. § 19 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG genügt die Angabe des Gesamtwertes als Muss-Tatbestand, um den Wirksamkeitsvoraussetzungen zu genügen. Die Vorschrift korrespondiert allerdings mit der Sollvorschrift des Abs. 3 Nr. 3, wonach die Werte der einzelnen Gegenstandswerte anzugeben sind, wenn sich der Geschäftswert aus der Summe mehrerer Beurkundungsgegenstände (§ 35 Abs. 1) zusammensetzt. Fallen verschiedene Gebühren aus unterschiedlichen Geschäftswerten an, ist für jede Gebühr der Geschäftswert anzugeben.[44]

III. Anteilsabtretung verbundener Unternehmen (§ 107 Abs. 2 GNotKG)

§ 107 Abs. 2 GNotKG begrenzt den Geschäftswert der Vertragsbeurkundung zwischen verbundenen Unternehmen über die Veräußerung oder über die Verpflichtung zur Veräußerung von Gesellschaftsanteilen und -beteiligungen auf 10 Mio. EUR. Dieser Höchstwert gilt sowohl für Verpflichtungsgeschäfte als auch für Erfüllungsgeschäfte.[45] Die in § 107 Abs. 2 GNotKG enthaltene Geschäftswertbegrenzung gilt nicht für überwiegend vermögensverwaltende Gesellschaften. In diesen Fällen ist der allgemeine Höchstwert von 60 Mio. EUR maßgebend.

Verbundene Unternehmen stellen nach § 15 AktG den Oberbegriff für Unternehmensverbindungen in Form der Mehrheitsbeteiligung (§ 16 AktG), der Beherrschung (§ 17 AktG), des Konzerns (§ 18 AktG), der wechselseitigen Beteiligung (§ 19 AktG) und der Verbindung durch Unternehmensvertrag (§§ 291, 292 AktG) dar. Insoweit findet die Definitionsnorm des § 15 AktG auch außerhalb des Aktienkonzernrechts Anwendung.[46]

Die Geschäftswertermittlung richtet sich aber weiterhin nach §§ 97 Abs. 3, 54 GNotKG, so dass dem kostenrechtlichen Wert nach § 54 GNotKG der Wert der Gegenleistungen gegenüberzustellen ist.

Aufgrund des in § 107 Abs. 2 GNotKG enthaltenen Wertprivilegs, obliegt es dem Notar zu erfragen, ob verbundene Unternehmen vorliegen und das Ergebnis in der Veräußerungsurkunde festzuhalten.[47] Sind die Voraussetzungen nicht feststellbar, findet die Geschäftswertbegrenzung zu Lasten des Kostenschuldners keine Anwendung.

C. Unternehmensverträge

Unternehmensverträge iSd § 291 Abs. 1 AktG sind dadurch gekennzeichnet, dass die eine Aktiengesellschaft oder Kommanditgesellschaft auf Aktien die Leitung ihrer Gesellschaft einem anderen Unternehmen unterstellt (Beherrschungsvertrag) oder sich verpflichtet, ihren ganzen Gewinn an ein anderes Unternehmen abzuführen (Gewinnabführungsvertrag). Auf die GmbH werden die §§ 291 ff. AktG unter Berücksichtigung der zwischen AG und GmbH bestehenden Unterschiede analog angewandt.[48] Der Unternehmensvertrag bedarf gem. § 293 Abs. 3 AktG der Schriftform.

I. Ergebnisabführungsvertrag und Zustimmungsbeschluss

1. Anwendung der §§ 36, 52 GNotKG

Gegenstand eines Ergebnisabführungsvertrages (§§ 291 ff. AktG) ist die Gewinnabführungspflicht des beherrschten Unternehmens einerseits und die Verlustausgleichungspflicht der Obergesellschaft andererseits.

Kostenrechtlich liegt somit ein Anspruch auf wiederkehrende Geldleistungen vor, so dass diese Verträge grund-

41 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 19, Rn. 42 ff. mwN.
42 Fackelmann/Heinemann/*Macht*, GNotKG Kommentar, 1. Aufl., § 19, Rn. 31.
43 Korintenberg/*Diehn*, GNotKG, 19. Aufl., § 119, Rn. 7.
44 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Neie*, GNotKG, 2. Aufl., § 19, Rn. 27.
45 BR-Drs. 517/12, 270
46 Zum Anwendungsbereich s. Hüffer/Koch/*Koch*, Aktiengesetz, 12. Aufl., § 15, Rn. 6.
47 BeckOK KostR/*Neie*, Stand 15.8.2017, § 107 GNotKG, Rn. 52 mwN.
48 Allgem. Ansicht, vgl. nur *Boor* RNotZ 2017, 65 (67) mwN.

sätzlich nach § 52 GNotKG zu bewerten sind. Der zu verwendende Multiplikator ist abhängig von der Unterscheidung zwischen Rechten von bestimmter Dauer (Abs. 2) und Rechten von unbestimmter Dauer (Abs. 3 S. 2).

Rechte von bestimmter Dauer umfassen Vertragsverhältnisse, die nur für eine festgelegte Dauer abgeschlossen werden. Der Wegfall des Rechts ist demnach entweder gewiss oder ergibt sich aus der Natur der Sache. Maßgebend ist daher der auf die Dauer des Rechts entfallende Wert, höchstens jedoch der auf die ersten zwanzig Jahre entfallende Wert.

Bei einem Recht von unbestimmter Dauer, ist der auf die ersten zehn Jahre entfallende Wert maßgebend, wenn der Zeitpunkt des Wegfalls oder der Beendigung unsicher oder nicht absehbar ist. Dies ist insbesondere immer dann der Fall, wenn der Wegfall des Rechts von einer Kündigung oder der Beendigung eines anderen Schuldverhältnisses abhängt. Hierzu zählen Verträge, die zwar auf bestimmte Zeit geschlossen sind, sich aber automatisch verlängern, wenn sie nicht ausdrücklich gekündigt oder widerrufen werden. Wurde zB vereinbart, dass sich das Recht ohne Kündigung nur für eine bestimmte Zeit verlängert und dann erlischt, bemisst sich der Wert anhand der Laufzeit zuzüglich der Verlängerung, mindestens jedoch nach der bestimmten Zeit (Absatz 2). Übersteigt die vereinbarte Mindestlaufzeit oder die Kündigungsbeschränkung den Zeitraum von zehn Jahren, richtet sich die Wertberechnung nach Absatz 2.[49]

Ergebnisabführungsverträge werden aufgrund § 14 Abs. 1 Nr. 3 KStG mindestens für fünf Jahre abgeschlossen. Ergeben sich bezüglich der Laufzeit aus dem Vertrag keine gegenteiligen Vereinbarungen, liegt regelmäßig ein Recht von unbestimmter Dauer vor und es ist der auf die ersten zehn Jahre entfallende Wert maßgebend (§ 52 Abs. 3 S. 2 GNotKG). Enthält der Ergebnisabführungsverträge eine Klausel, die eine automatische Verlängerung bei nicht rechtzeitiger Kündigung vorsieht, ist kostenrechtlich ebenfalls von einem auf unbestimmte Dauer eingegangenen Vertragsverhältnis auszugehen.[50] Zu beachten ist jedoch die Konkurrenz zu § 52 Abs. 2 GNotKG, wenn die vereinbarte Mindestlaufzeit des Ergebnisabführungsvertrages zehn Jahre übersteigt und der Wert sich nach der im Vertrag bestimmten Dauer richtet.

Für die Wertermittlung wird als Basis zunächst der durchschnittliche Gewinn oder Verlust der letzten Jahre zugrunde gelegt. In der Literatur finden sich für den hierfür zugrunde zu legenden Zeitraum unterschiedliche Vorgaben, die sich auf eine Zeitspanne von zwei bis zu fünf Jahren erstrecken.[51] In Anbetracht der anzustellenden Prognose, sollte allerdings als verlässliche Beurteilungsgrundlage mindestens ein zurückliegender Zeitraum von fünf Jahren betrachtet werden. Im Hinblick auf die darauf aufbauende Schätzung der zukünftigen Gewinnentwicklung, sind im Rahmen der §§ 36, 52 GNotKG Zu- oder Abschläge möglich.[52]

Auch wenn in Literatur und Rechtsprechung vereinzelt noch die Ansicht vertreten wird, dass für die Wertermittlung die zum Zeitpunkt der Beurkundung vorhandene Gewinn- und Verlustrechnung oder das Stammkapital der Gesellschaft heranzuziehen sei,[53] ist im Rahmen der durchzuführenden Schätzung die zukunftsorientierte Ertragswertmethode zugrunde zu legen, in deren Rahmen ebenfalls die vergangenen Erträge berücksichtigt werden.[54]

Die Zugrundelegung des Hilfswerts aus § 52 Abs. 5 GNotKG ist nur dann geboten, wenn kein anderer Wert festgestellt werden kann. Gleichwohl sind die Beteiligten gem. § 95 GNotKG dazu verpflichtet, bei der Wertermittlung mitzuwirken und ihre Erklärungen über tatsächliche Umstände vollständig und wahrheitsgemäß abzugeben sowie die hierfür erforderlichen Unterlagen zu liefern.

2. Zustimmungsbeschluss zum Ergebnisabführungsvertrag

Der wirksame Vertragsabschluss bedarf auf Seiten der abhängigen Gesellschaft eines notariell zu beurkundenden Zustimmungsbeschlusses.[55] Handelt es sich bei der Obergesellschaft nicht um eine AG oder KGaA, besteht zwar auch seitens der herrschenden Gesellschaft die Notwendigkeit eines Zustimmungsbeschlusses (§ 293 Abs. 2 AktG analog), doch bedarf dieser zur Wirksamkeit nicht der notariellen Beurkundung.[56]

Die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses wird genauso bewertet, wie der Unternehmensvertrag (§ 108 Abs. 2 GNotKG). Werden Unternehmensvertrag und Zustimmungsbeschluss zusammen beurkundet, sind diese gem. § 110 Nr. 1 GNotKG gegenstandsverschieden und die Werte werden gem. § 35 Abs. 1 GNotKG zusammengerechnet.

3. Verzichtserklärungen im Ergebnisabführungsvertrag

Das AktG gibt für den Abschluss von Unternehmensverträgen umfangreiche Berichts-, Prüfungs- und Informationspflichten vor. Hiernach kann auf die Erstellung eines Berichts für den Unternehmensvertrag (§ 293 a AktG), auf die Prüfung des Unternehmensvertrags (§ 293 b AktG) und auf den Prüfungsbericht (§ 293 e AktG) jeweils durch öffentlich beglaubigte Erklärung verzichtet werden.

Umstritten ist allerdings, ob die Regelungen des § 293 a ff. AktG auf die GmbH Anwendung finden.[57] In diesen Fällen kann dem Notar kein Vorwurf gemacht werden, wenn er aus Gründen der Sicherheit einen Weg wählt, der höhere Kosten verursacht.[58] Ferner kann es nicht als offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige Normen und damit

49 Korintenberg/*Schwarz*, GNotKG, 20. Aufl., § 52, Rn. 60, 64 mwN.; BeckOK KostR/*Lutz/Mattes*, Stand 15.11.2017, § 52 GNotKG, Rn. 35.
50 OLG Düsseldorf 7.11.2016 – 10 W 278/16, juris.
51 Vgl. die Aufstellung bei *Boor* RNotZ 2017, 65 (86).
52 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Bormann*, GNotKG, 2. Aufl, § 107, Rn. 32.
53 Lutz/Mattes in: BeckOK KostR/*Lutz/Mattes*, Stand 15.11.2017, § 52 GNotKG, Rn. 30; OLG Celle 16.11.2006 – 2 W 235/06, juris.
54 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, 2. Aufl., § 52 Rn. 12; Korintenberg/*Schwarz*, GNotKG, 20. Aufl., § 52, Rn. 34 mwN; zur Ertragswertmethode s. Fleischer/Hüttemann/*Böcking/Nowak*, Rechtshandbuch Unternehmensbewertung, 1. Aufl., § 4, Rn. 30 ff.
55 Vgl. § 130 Abs. 1 AktG; Die Regelung des § 293 Abs. 3 AktG gilt nur für den Unternehmensvertrag selbst. Die für den Vertrag erforderliche Schriftform kann gem. § 126 Abs. 4 BGB durch notarielle Beurkundung ersetzt werden.
56 BGH 24.10.1988 – II ZB 7/88, juris; eingehend zu diesem Thema: MüKoAktG/*Altmeppen*, 4. Aufl., § 293, Rn. 103, 111.
57 Gegen eine Anwendung sprechen sich zB aus: Baumbach/Hueck/*Beurskens*, GmbHG, 21. Aufl., Schlussanhang, Rn. 94, 104; MüKoAktG/*Altmeppen*, 4. Aufl., § 293 a, Rn. 13 ff; differenzierend: Scholz/*Emmerich*, GmbHG, 11. Aufl., Anhang, § 13, GmbH Konzernrecht, Rn. 133.
58 Leipziger GNotKG/*Wudy*, § 21, Rn. 68, mwN.

nicht als unrichtige Sachbehandlung gewertet werden, wenn der Notar eine nicht höchstrichterlich abschließend geklärte Rechtsfrage unzutreffend bewertet.[59]

Erfolgt die Beurkundung der Verzichtserklärungen zusammen mit dem Unternehmensvertrag, sind diese zum Unternehmensvertrag gegenstandsgleich iSd § 109 Abs. 1 GNotKG.[60] Soweit es möglich ist, muss der Notar deshalb darauf hinwirken, die Verzichtserklärungen in den Unternehmensvertrag mit aufzunehmen.[61] Liegt eine Personenidentität zwischen organschaftlichem Vertreter und Anteilsinhaber vor, besteht dann ohne weiteres die Möglichkeit der Mitbeurkundung.

Findet die Beurkundung der Verzichtserklärungen zusammen mit dem Zustimmungsbeschluss statt, sind die Verzichtserklärungen aufgrund § 110 Nr. 1 GNotKG zum Unternehmensvertrag gegenstandsverschieden. Neben der Beschlussgebühr nach Nr. 21100 KV-GNotKG, entsteht für die Verzichtserklärungen zusätzlich eine 1,0-Gebühr nach Nr. 21200 KV-GNotKG, so dass die Vergleichsberechnung nach § 94 Abs. 1 GNotKG durchgeführt werden muss. Werden in einer Urkunde mehrere Verzichtserklärungen abgegeben, sind diese zueinander gegenstandsverschieden, weil jede Verzichtserklärung für sich stehen kann.[62] Die Gebühr Nr. 21200 KV-GNotKG entsteht in diesen Fällen einmal in Höhe der zusammengerechneten Werte.

Den Ausgangspunkt für die Ermittlung des Geschäftswertes der Verzichtserklärung bildet der Wert der vom Verzichtenden gehaltenen Beteiligung, der je nach Beteiligungsart nach § 54 oder §§ 36, 38 GNotKG[63] bestimmt wird. Hiervon ist dann ein angemessener Teilwert aus dem Aktivvermögen des beherrschten Rechtträgers zu bilden.

4. Beispielsfall

Die XY-GmbH mit einem Aktivvermögen von 1.000.000 EUR und die AB-GmbH haben einen Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrag abgeschlossen. Hiernach hat die XY-GmbH ihren jährlichen Gewinn an die AB-GmbH abzuführen. Verluste sind von der AB-GmbH auszugleichen. Der in den letzten fünf Jahren durchschnittlich erwirtschaftete Jahresgewinn der XY-GmbH beläuft sich auf ca. 60.000 EUR. Der zukünftige jährliche Gewinn wird auf 100.000 EUR geschätzt. Der Vertrag wird auf die Dauer von 5 Jahren geschlossen und verlängert sich automatisch um ein weiteres Jahr, wenn ein halbes Jahr vor Ablauf der Frist gekündigt wird. Der Notar wird mit der Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses der XY-GmbH beauftragt. Neben der Beschlussfassung soll auch die Abgabe der Verzichtserklärungen nach §§ 293 a, 293 b, 293 e AktG erfolgen.

1. Geschäftswert:

Es liegt ein Recht von unbestimmter Dauer vor. Gem. § 52 Abs. 3 S. 2 GNotKG ist somit der Wert des Rechts, der auf die ersten 10 Jahre entfällt, maßgeblich. Der zukünftig erwartete Jahresgewinn wird mit 100.000 EUR angegeben.

a) Zustimmungsbeschluss, § 108 GNotKG: 700.000 €

(70 % von 1.000.000 €)

b) Verzichtserklärungen, §§ 54, 36 GNotKG: 300.000 €

(3 x 10 % vom Aktivvermögen der XY-GmbH)

Gesamtwert: 1.000.000 €

2. Gebühren

a) 2,0 Gebühr Nr. 21100 KV-GNotKG: 2.510,00 €

Wert: 700.000 €

b) 1,0 Gebühr Nr. 21200 KV-GNotKG

Wert: 300.000 €: 635,00 €

c) Summe: 3.145,00 €

d) Vergleichsberechnung nach § 94 Abs. 1 GNotKG

2,0 Gebühr Nr. 21100 KV-GNotKG: 3.470,00 €

Wert: 1.000.000 €

Die getrennte Berechnung ist günstiger und damit maßgeblich.

II. Der isolierte Beherrschungsvertrag

Der isolierte Beherrschungsvertrag enthält weder eine Gewinnabführungspflicht noch ist er mit einem Gewinnabführungsvertrag verbunden, so dass das beherrschte Unternehmen anders als beim Gewinnabführungsvertrag Bilanzgewinn erwirtschaften und Dividende ausschütten kann. Demzufolge gelangt ein ohne Gewinnabführungsabrede (isolierter Beherrschungsvertrag) ausgestalteter Unternehmensvertrag nur in seltenen Fällen zur Anwendung.[64]

Die isolierten Beherrschungsverträge werden nicht nach § 52 GNotKG bewertet, sondern nach § 36 GNotKG. Grundlage für den nach billigem Ermessen zu bestimmenden Wert, ist u. a. die Unternehmensgröße und der Jahresumsatz.[65]

Einen weiteren Anhaltspunkt kann jedoch ebenfalls der den außenstehenden Aktionären nach § 304 Abs. 1 S. 2 AktG zu garantierende Gewinnanteil liefern, der sich gem. § 304 Abs. 2 S. 1 AktG an der bisherigen Ertragslage und den künftigen Ertragsaussichten zu orientieren hat. Sieht der Vertrag eine solche Ausgleichsregelung nicht vor, ist er gem. § 304 Abs. 3 S. 1 AktG nichtig.[66]

III. Aufhebung und Änderung bestehender Unternehmensverträge

1. Aufhebung bestehender Unternehmensverträge

Die Aufhebung eines bestehenden Unternehmensvertrages bedarf der Schriftform (§ 296 Abs. 1 S. 3 AktG). Liegen

59 OLG Düsseldorf 26.11.2015 – 10 W 120/15, juris.
60 OLG Hamm MittBayNot 2002, 210 (212).
61 Korintenberg/*Tiedtke*, GNotKG, 20. Aufl., § 108, Rn. 78.
62 Leipziger GNotKG/*Heinze*, 2. Aufl., § 107, Rn. 72, 76.
63 Die §§ 36, 38 GNotKG beziehen sich auf die Bewertung von Anteilen an sonstigen Personengesellschaften, obwohl Beherrschungsverträge mit abhängigen Personengesellschaften kaum vorkommen dürften; siehe hierzu auch MüKoAktG/*Altmeppen*, 4. Aufl., § 281, Rn. 19.
64 Hierzu MüKoAktG/*Altmeppen*, 4. Aufl., § 291, Rn. 55.
65 *Volpert* RNotZ 2015, 276 (287).
66 ur Anwendung auf andere Gesellschaftsformen außer auf die AG und KGaA vgl. MüKoAktG/*Paulsen*, 4. Aufl., § 304, Rn. 18 f.

die Voraussetzungen des § 296 Abs. 2 AktG vor, bedarf es bei der AG eines Sonderbeschlusses der außenstehenden Aktionäre. Handelt es sich bei der abhängigen Gesellschaft um eine GmbH, erfordern die Kündigung und Aufhebung des Unternehmensvertrages einen Gesellschafterbeschluss.[67]

Sowohl für die Beurkundung des Aufhebungsvertrages als auch für die des Zustimmungsbeschlusses bestimmt sich der Wert gem. § 97 Abs. 1 GNotKG nach dem vollen Wert des seinerzeitigen Rechtsverhältnisses.[68] Für die Wertermittlung ist gem. § 96 GNotKG der volle nach § 52 GNotKG (oder § 36 Abs. 1 GNotKG beim isolierten Beherrschungsvertrag) ermittelte Vertragswert zum Zeitpunkt der Beurkundung maßgebend.[69] Zwischen Vertragsschluss und Vertragsaufhebung eingetretene Wertveränderungen sind zu berücksichtigen.[70]

Im Falle der Beurkundung des Aufhebungsvertrages entsteht eine 1,0 Gebühr nach Nr. 21102 KV-GNotKG. Für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses entsteht die 2,0 Gebühr nach Nr. 21100 KV-GNotKG.

Die Zustimmung zur Aufhebung ist ein auf die Vertragsaufhebung bezogener willensbildender mehrseitiger körperschaftlicher Organisationsakt,[71] so dass für die Beurkundung eines solchen Beschlusses eine 2,0-Gebühr nach Nr. 21100 KV-GNotKG zu erheben ist. Die 1,0 Gebühr Nr. 21102 KV-GNotKG gilt bereits aufgrund des eindeutigen Wortlauts nicht für die Beurkundung von Beschlussfassungen. Insoweit hat der BGH in seiner Entscheidung v. 26.9.2017 keinesfalls ober dictum ausgeführt, dass für die Beurkundung des Zustimmungsbeschlusses zu einem Aufhebungsvertrag die ermäßigte Gebühr Nr. 21102 KV-GNotKG anzusetzen sei.[72]

2. Änderung bestehender Unternehmensverträge

Für die Änderung bestehender Unternehmensverträge gelten nach § 295 Abs. 1 S. 2 AktG die §§ 293-294 AktG sinngemäß, so dass die Änderung der Zustimmung der Hauptversammlung bzw. der Gesellschafterversammlung bedarf .[73] Dementsprechend sind auch die Berichts- und Prüfungspflichten zu beachten. Für die möglichen Verzichtserklärungen wird daher auf die Ausführungen unter Abschnitt C I. 3. verwiesen.

Die Wertermittlung für den Änderungsvertrag erfolgt nach § 97 Abs. 2 GNotKG und nicht nach § 52 GNotKG.[74] Auch § 107 GNotKG findet keine Anwendung, da dieser nur rechtsgeschäftliche Erklärungen und Vereinbarungen bei der Beurkundung von Gesellschaftsverträgen und Satzungen betrifft.[75] Im Hinblick auf die kostenrechtliche Bewertung muss zwischen Änderungen sachlicher und redaktioneller Art unterschieden werden.

Betrifft die Änderung sachliche Inhalte, muss der Geschäftswert des Unternehmensvertrags nach alter Fassung mit dem nach neuer Fassung verglichen werden. Der sich aus dem Vergleich ergebende Unterschiedsbetrag wird dann nach § 52 GNotKG kapitalisiert.

Handelt es sich um redaktionelle Änderungen oder stellt sich kein Unterschiedsbetrag ein, ist der Wert nach § 36 GNotKG zu bestimmen. Als ermessensleitender Wert erscheint ein Teilwert in Höhe von 10-30 % des Ausgangswertes als angemessen.[76]

Die Beurkundung des erforderlichen Zustimmungsbeschlusses wird gem. § 108 Abs. 2 GNotKG genauso bewertet, wie das Geschäft, auf das er sich bezieht. Werden der Unternehmensvertrag (= Erklärungen) und der Zustimmungsbeschluss zusammen beurkundet, sind diese gem. § 110 Nr. 1 GNotKG gegenstandsverschieden, so dass die Werte gem. § 35 Abs. 1 GNotKG zusammenzurechnen sind.

D. Anmeldung der Unternehmensliquidation

Gem. § 65 Abs. 1 S. 1 GmbHG ist die Auflösung der Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden. Die Liquidation erfolgt – außer im Fall des Insolvenzverfahrens – durch die sog. Liquidatoren, die gem. § 67 Abs. 1 GmbHG durch die Geschäftsführer anzumelden sind. Hierunter fallen ohne weiteren Bestellungsakt oder Amtsannahme alle im Zeitpunkt der Auflösung im Amt befindlichen Geschäftsführer (geborene Liquidatoren).[77] Stattdessen oder zusätzlich, können der Gesellschaftsvertrag oder der Gesellschafterbeschluss andere Personen als Liquidatoren vorsehen (gekorene Liquidatoren). Eine gemeinsame Anmeldung der Auflösung, des Erlöschens der Vertretungsmacht der bisherigen Geschäftsführer und der Liquidatoren ist gem. §§ 65, 67 GmbHG möglich und im Regelfall auch geboten.

Im Hinblick auf die kostenrechtliche Bewertung der zu beachtenden Anmeldetatbestände, wurden in der Literatur bisher verschiedene Ansichten vertreten.[78] In seiner Entscheidung vom 18.10.2016 hat sich der BGH der Auffassung angeschlossen, die die Anmeldung der Auflösung und Bestellung eines Liquidators als ein Beurkundungsgegenstand behandelt, wenn zwischen bisherigen Geschäftsführer und Liquidator Personenidentität besteht.[79]

Erstellt demnach der Notar nach Beschlussfassung über die Auflösung der GmbH oder UG den Entwurf einer entsprechenden Handelsregisteranmeldung, stellt die Anmeldung der Auflösung einer GmbH einschließlich der Abberufung des Geschäftsführers und dessen Anmeldung zum Liquidator eine Erklärungseinheit dar. Folglich kann der Wert von 30.000 EUR nur einmal angesetzt werden, wenn zwischen bisherigen Geschäftsführer und Liquidator Personenidentität besteht. ■

67 BGH RNotZ 2011, 507 f-.
68 Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Diehn*, GNotKG, 2. Aufl., § 36, Rn. 29 und § 97, Rn. 9.
69 *Boor* RNotZ 2017, 65 (86) mwN.
70 Schneider/Volpert/Fölsch/*Fackelmann*, Gesamtes Kostenrecht, 2. Aufl., KV GNotKG Nr. 21100-21102, Rn. 87.
71 zur Einordnung dieses Beschlusses als Organisationsakt s. *Müller-Eising/Schmitt* NZG 2011, 1100 (1101).
72 BGH 26.9.2017 – II ZB 27/16, Rn. 1, juris.
73 Zur Anwendung des § 295 AktG auf die GmbH: Altmeppen in: MüKoAktG, 4. Aufl., § 295, Rn. 19.
74 Leipziger GNotKG/*Heinze*, 2. Aufl., § 108, Rn. 85, § 107, Rn. 69.
75 Fackelmann/Heinemann/*Heisel*, GNotKG Kommentar, § 107, Rn. 13.
76 Leipziger GNotKG/*Heinze*, 2. Aufl., § 108, Rn. 85, § 107, Rn. 69.
77 Baumbach/Hueck/*Haas*, GmbHG, 21. Aufl., § 66 Rn. 12.
78 Streifzug GNotKG, 11. Aufl. Rn. 995, 996 a; LG Bochum RNotZ 2016, 263; Ländernotarkasse NotBZ 2015, 220, 221.
79 BGH RNotZ 2017, 113-120.

Rechtsprechung

1. Liegenschaftsrecht – Zum Formerfordernis des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB bei Änderungsvereinbarungen nach bereits erklärter Auflassung

(*OLG Stuttgart*, Urteil vom 26.9.2017 – 10 U 140/16)

BGB §§ 311 b Abs. 1, 313 Abs. 1, 437 Nr. 2
WEG § 4 Abs. 3

1. **Änderungen eines Grundstücksübertragungsvertrags bedürfen auch dann gemäß § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung, wenn der Änderungsvertrag nach Auflassung, aber noch vor Eigentumsumschreibung geschlossen wird (entgegen BGH, Urteil vom 14. Mai 1971 – V ZR 25/69, juris Rn. 13 m. w. N.; Urteil vom 25. Februar 1972 – V ZR 74/69, juris Rn. 24; Urteil vom 27. Oktober 1972 – V ZR 37/71, juris Rn. 13; Urteil vom 23. März 1973 – V ZR 166/70, juris Rn. 31; Urteil vom 9. November 1979 – V ZR 38/78, juris Rn. 15; Urteil vom 28. September 1984 – V ZR 43/83, NJW 1985, 266, juris Rn. 15; Urteil vom 6 Mai 1988 – V ZR 50/87, BGHZ 104, 276, juris Rn. 12; Urteil vom 28.10.2011 – V ZR 212/10 – NJW-RR 2012, 18, Rn. 15).**
2. **Dies gilt jedenfalls dann, wenn die Vertragsparteien im ursprünglichen Vertrag die Auflassung erklären und der Erwerber die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch beantragt, die Parteien den Notar aber anweisen, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist.**

Zur Einordnung

Wenn die Beteiligten eines Grundstückskauf- oder -übertragungsvertrages nach der notariellen Beurkundung eine Abänderung ihrer Vereinbarungen wünschen, stellt sich dem hiermit ggf. befassten Notar die Frage, ob die geplante Änderung wiederum gem. § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB der Beurkundung bedarf. Nach ständiger Rechtsprechung unterliegen grundsätzlich auch spätere Änderungen oder Ergänzungen eines schon beurkundeten Vertrags ihrerseits diesem Formerfordernis (vgl. nur BGH NJW-RR 1988, 185; BGH NJW 1982, 434; BGH NJW 1974, 271 jeweils mwN). Eine Ausnahme hiervon erkennt die Rechtsprechung allerdings für jene Vereinbarungen an, die lediglich dazu dienen, unvorhergesehene Abwicklungsschwierigkeiten zu beheben, ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern (vgl. nur BGH MittRhNotK 1999, 48 f.; BGH NJW 1982, 434; BGH NJW 1976, 1842 jeweils mwN). Darüber hinaus vertritt der BGH – anknüpfend an eine gefestigte Entscheidungslinie des Reichsgerichts – seit jeher die Auffassung, dass Änderungsvereinbarungen auch jederzeit nach Beurkundung der grundbuchlich ggf. noch nicht vollzogenen Auflassung (§ 925 BGB) formfrei abgeschlossen werden können (BGH DNotZ 1971, 541 [542] mwN). Argumentative Basis dieser letztgenannten Ausnahme war die bis ins Jahr 1973 geltende Fassung der Formvorschrift, wonach nur die die Pflicht zur Grundstücksübertragung begründende Willenserklärung des Veräußerers beurkundungsbedürftig war. Demzufolge konnte man seinerzeit noch von einem auf den Schutz des Veräußerers vor unüberlegtem Verlust seines Grundbesitzes verengten Zweck des Formerfordernisses ausgehen und annehmen, dass sich dieser mit der Auflassung erledigt haben dürfte (vgl. BGH DNotZ 1971, 541 [542] mwN).

Seitdem aber durch im Jahr 1973 erfolgte Änderung des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB (damals noch § 313 S. 1 BGB) nunmehr sämtliche vertragsgegenständlichen Erklärungen beurkundungsbedürftig sind, werden der Norm weitergehende Schutzzwecke zugeschrieben. Sie nimmt die Belange des Erwerbers nunmehr gleichberechtigt mit denen des Veräußerers in den Blick (vgl. nur MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2016, § 311 b Rn. 1 f. mwN zu den Gesetzesmaterialien; *Hagen* DNotZ 1984, 267 [268]). Dessen ungeachtet hat der BGH auch in der Zeit nach 1973 seine Rechtsprechung zur Formfreiheit von Vertragsänderungen nach formgerecht erklärter Auflassung fortgeführt (zunächst BGH NJW 1985, 266, später auch BGH NJW-RR 2012, 18 [19]). Diese unverändert auf den Zeitpunkt der Auflassungserklärung abstellende Anerkennung formfreier Änderungsmöglichkeiten sieht sich im Schrifttum schon seit Langem erheblicher Kritik ausgesetzt. Die an den vollzogenen Eigentumsübergang anknüpfende Heilungsvorschrift des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB gebe nach ihrem Sinngehalt vor, dass alle vor diesem Zeitpunkt getroffenen Änderungsvereinbarungen konsequenterweise zunächst formnichtig sein müssen (MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2016, § 311 b Rn. 59; Staudinger/*Schumacher*, BGB [2018], § 311 b Rn. 207). Zudem werde – empirisch wohl kaum bestreitbar – die Auflassung heutzutage und anders als früher in den allermeisten Fällen nicht mehr in eine erst später separat errichtete und sofort vollzugsreife Urkunde ausgelagert, sondern in Verbindung mit den Veräußerer vor vorzeitigem Eigentumsverlust absichernden Mechanismen bereits in der Kauf- bzw. Übertragungsvertragsurkunde selbst erklärt. Bei dieser weithin praktizierten „modernen" Form der Vertragsgestaltung gebe der Veräußerer durch Erklärung der Auflassung seine Eigentumsposition aber eben noch nicht effektiv preis und bleibe weiter schutzbedürftig (MüKoBGB/*Kanzleiter*, 7. Aufl. 2016, § 311 b Rn. 59; Staudinger/*Schumacher*, BGB [2018], § 311 b Rn. 208).

Das OLG Stuttgart hatte in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung über die Wirksamkeit einer von den Parteien eines Bauträgerkaufvertrages nach erklärter Auflassung nur privatschriftlich getroffenen Vereinbarung über die Herabsetzung des Kaufpreises zu befinden und ist daher auf die dargestellte Rechtsfrage zum Formerfordernis gestoßen. Unter ausführlicher Würdigung der im Schrifttum geäußerten Kritik hat es die bisherige Rechtsprechung des BGH auf den Prüfstand gestellt und kommt nach Auslegung des § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB zum Ergebnis, dass die aus seiner Sicht besseren Argumente dafür sprechen, übereinstimmend mit der hM im Schrifttum formfreie Vertragsänderungen erst dann anzuerkennen, sobald die Auflassung durch Eigentumsumschreibung im Grundbuch vollzogen ist.

Die Kautelarpraxis sieht sich infolge der Entscheidung des OLG Stuttgart zumindest vorübergehend einer erhöhten Rechtsunsicherheit ausgesetzt, wenn Änderungs-

vereinbarungen zu Grundstückskauf- oder -übertragungsverträgen im Stadium vor Eigentumsumschreibung außerhalb notarieller Urkunde getroffen werden sollen. Angesichts insgesamt uneinheitlicher Rechtsprechungslinien der Oberlandesgerichte (vgl. OLG Dresden 29.7. 2016 – 6 U 355/16, OLG Bamberg MDR 1999, 151 und OLG Brandenburg BeckRS 2015, 00146 einerseits sowie OLG Düsseldorf NJW 1998, 2225 andererseits) bleibt zu hoffen, dass der BGH im Rahmen des dort bereits anhängigen Revisionsverfahrens (Az. V ZR 213/17) Gelegenheit erhalten wird, sich selbst noch einmal in grundlegender Weise dieser hochgradig praxisrelevanten Thematik zu widmen. Bis dahin erscheint es ratsam, die im Einzelfall eine Änderungsvereinbarung anstrebenden Beteiligten über die neuerlichen Zweifel an der Formfreiheit zu belehren und im Sinne des sicherten Weges die notarielle Beurkundung zu empfehlen.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Klägerin macht restliche Zahlungsansprüche aus einem Bauträgerkaufvertrag über drei zu sanierende Eigentumswohnungen geltend. Die Parteien streiten, ob eine nach Auflassung, aber noch vor Eintragung der Eigentumsumschreibung im Grundbuch erfolgte Vereinbarung über die Minderung des Kaufpreises hätte notariell beurkundet werden müssen.

[2] Mit notariell beurkundetem Bauträgerkaufvertrag vom 4. Mai 2011 erwarb der Beklagte von der Klägerin drei noch zu sanierende Eigentumswohnungen in der L. Straße in Leipzig. Der Kaufpreis betrug insgesamt 309.692,00 €. Unter III. des Vertrags erklärten die Parteien die Auflassung und beantragte der Beklagte die Eintragung des Eigentumswechsels in das Grundbuch. Der amtierende Notar wurde angewiesen, eine die Auflassungserklärung enthaltende beglaubigte Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen worden ist.

[3] Mit Schreiben vom 24. Juli 2012 machte der Beklagte gegenüber der Klägerin eine Kaufpreisminderung in Höhe von insgesamt 27.100,76 € „aufgrund der nicht notwendigen Dekontaminationsarbeiten“ geltend. Die Klägerin unterzeichnete dieses Schreiben mit dem Zusatz „zur Kenntnis genommen und anerkannt“.

[4] Der Beklagte erbrachte Zahlungen i. H. v. 283.368,17 € an die Klägerin.

[5] Bezüglich der Einzelheiten des Sach- und Streitstandes und der erstinstanzlichen Anträge wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Ravensburg vom 28. Oktober 2016, Az.: 6 O 200/16, verwiesen.

[6] Das Landgericht hat die auf Zahlung des rechnerischen Differenzbetrags zwischen dem am 4. Mai 2011 vereinbarten Kaufpreis und dem gezahlten Betrag in Höhe von 26.323,83 € nebst Zinsen gerichtete Klage abgewiesen. Auf die Widerklage des Beklagten wurde die Klägerin verurteilt, an den Beklagten 776,93 € nebst Zinsen zu zahlen. Zudem stellte das Landgericht fest, dass der für den Erwerb der drei Wohnungen zu zahlende Kaufpreis 282.591,24 € betrage und der Kläger diesen Kaufpreis vollständig bezahlt habe, so dass der Notar berechtigt sei, nach Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Eintragung des Klägers als Eigentümer des näher bezeichneten Grundbesitzes in das Grundbuch zu bewirken.

[7] Zur Begründung hat das Landgericht ausgeführt, dass die Parteien in dem gegengezeichneten Schreiben vom 24. Juli 2012 wirksam eine Reduzierung des Kaufpreises vereinbart hätten und im Übrigen Erfüllung eingetreten sei. Für die Formwirksamkeit der Vereinbarung sei die notarielle Form nach der Rechtsprechung nicht erforderlich. Die Klägerin könne sich hinsichtlich der Formbedürftigkeit auch nicht auf § 14 der Urkunde vom 4. Mai 2011 berufen. Sie könne die Kaufpreisminderung auch nicht kondizieren. Es sei keine wirksame Anfechtung des Bauträgervertrages erfolgt. Jedenfalls sei eine Anfechtung nicht mehr unverzüglich vorgenommen worden. Die Widerklage sei zulässig und begründet. Es liege eine Überzahlung des Beklagten i. H. v. 776,93 € vor, die nach § 812 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 BGB von der Klägerin zurückzuzahlen sei. Mit der vollständigen Kaufpreiszahlung seien die Eintragungsvoraussetzungen gegeben.

[8] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Entscheidungsgründe des angegriffenen Urteils verwiesen.

[9] Hiergegen richtet sich die Berufung der Klägerin.

[10] Die Auffassung des Landgerichts, dass die Änderung des Kaufpreises nicht beurkundungspflichtig gewesen sei, überzeuge weder hinsichtlich der dogmatischen Begründung noch in Bezug auf den Normzweck des § 311 b Abs. 1 BGB. Sie führe auch nicht zu praxisgerechten Ergebnissen. Heilende Wirkung könne nach dem Gesetzeswortlaut nur „Auflassung und Eintragung“ haben. Die Auffassung des Landgerichts widerspreche der gesetzlichen Regelung. Die häufig zu beobachtende notarielle Praxis, wonach die Auflassung zugleich beurkundet, dem Notar allerdings eine Vorlagensperre auferlegt werde, beruhe auf reinen Praktikabilitätserwägungen und nicht auf der Überlegung, dass die Parteien ab Unterzeichnung nach Belieben formfreie Vereinbarungen zur Änderung und/oder Ergänzung des Grundstücksübertragungsvertrages treffen dürfen sollten. Mit der Vorlagensperre werde nichts anderes bewirkt als die Gewährleistung des von §§ 311 b und 925 BGB bezweckten Schutzes der Parteien vor übereilten Erklärungen. Überdies hätten die Parteien vereinbart, dass alle Änderungen des Vertrages, also auch des schuldrechtlichen Kausalgeschäfts, der Beurkundung bedürften.

[11] Demnach sei die Vereinbarung über die Kaufpreisminderung formunwirksam. Heilung durch Eintragung sei nicht erfolgt. Die Klägerin könne also den vollen Kaufpreis verlangen. Die Abweisung der Widerklage folge zwingend aus dem Erfolg der Klage.

[12] Die Klägerin beantragt,

Unter Abänderung des am 28. Oktober 2016 ergangenen Urteils des Landgerichts Ravensburg, 6 O 200/16, wird der Beklagte verurteilt, an die Klägerin € 26.323,83 nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit 31. Mai 2013 zu zahlen und die Widerklage abgewiesen.

[13] Die Beklagte beantragt,

die Berufung kostenpflichtig zurückzuweisen mit der Maßgabe, dass es in dem Feststellungsausspruch heißen muss:

„ … dass der Beklagte diesen Kaufpreis vollständig bezahlt hat … nach dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils die Eintragung des Beklagten als Eigentümer … zu bewirken“.

[14] Die Beklagte verteidigt das angefochtene Urteil.

[15] Die Vorlagensperre ändere nichts daran, dass es vorliegend keiner notariellen Beurkundung der nach Auflassung getroffenen Abrede bedurft habe. Die Klägerin habe den Entschluss, dem Beklagten das Eigentum an den Wohnungen zu übertragen, vor Erklärung der Auflassung gefasst. Sie sei daher ausreichend über die Folgen der erklärten Auflassung gewarnt gewesen.

[16] Es sei als treuwidrig anzusehen, wenn sich die Beklagte als Vollkaufmann an eine schriftlich getroffene Vereinbarung nicht mehr halten wollte (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1967 – V ZR 153/64). Ferner habe die Klägerin in einem Rechtsstreit mit ihrem ehemaligen Vertriebspartner eine Provisionsabrechnung vorgelegt, in der sie die Bemessungsgrundlage für die zu zahlenden Provisionen um die aufgrund des Entfalls der Dekontamination vereinbarten Nachlässe reduziert habe. Dort wolle sie also aus der hier als unwirksam bezeichneten Kaufpreisminderung finanzielle Vorteile ziehen. Dies widerspreche kaufmännischen Gepflogenheiten und dem Grundsatz von Treu und Glauben.

[17] Das Schriftformerfordernis gemäß § 14 des Bauträgerkaufvertrags sei eingehalten.

[18] Bezüglich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes zweiter Instanz wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Die zulässige Berufung ist teilweise begründet

[19] Die zulässige Berufung ist teilweise begründet.

[20] Der Klägerin steht ein restlicher Zahlungsanspruch aus dem Bauträgerkaufvertrag in Höhe von 26.323,83 € zu. Die Parteien haben am 24. Juli 2012 keine formwirksame Ermäßigung der Vergütung um 27.100,76 € vereinbart. Die Vereinbarung hätte notariell beurkundet werden müssen. Allerdings ist der Zahlungsanspruch lediglich in Höhe von 15.484,61 € fällig. In Höhe von 10.839,22 € ist die Klage derzeit unbegründet. Die Widerklage ist nicht begründet.

Im Einzelnen:

Zum Inhalt des notariell beurkundeten Vertrags und bisherigen Zahlungsstand

[21] 1. a) Der Beklagte verpflichtete sich in dem notariell beurkundeten Bauträgerkaufvertrag vom 4. Mai 2011 mit der Klägerin, dieser insgesamt 309.692,00 € zu zahlen.

[22] Unstreitig erbrachte der Beklagte Zahlungen in Höhe von insgesamt 283.368,17 €. Der rechnerisch noch offenstehende Differenzbetrag beläuft sich auf 26.323,83 € und wurde von der Klägerin mit Schreiben vom 16. Mai 2013 beim Beklagten angefordert.

Die Vertragsparteien haben sich nachträglich auf eine Anpassung des Kaufpreises geeinigt; Gestaltungsrechte wurden nicht wirksam ausgeübt

[23] b) Mit Schreiben vom 24. Juli 2012 teilte der Beklagte der Klägerin unter Bezugnahme auf eine Besprechung sein Kaufpreisminderungsverlangen mit, das er auf insgesamt 27.100,76 € bezifferte. Er bat die Klägerin um Überweisung dieses Betrages auf sein Konto. Das Schreiben wurde rechts unten von X., dem Geschäftsführer der Klägerin, neben dem Vermerk: „zur Kenntnis genommen und anerkannt“ gegengezeichnet. Damit ist – ungeachtet der Formfrage – eine Vereinbarung der Parteien über eine Reduzierung des Kaufpreises für die drei Wohnungen in Höhe von insgesamt 27.100,76 € getroffen worden.

[24] Der Sache nach handelt es sich nicht um eine Minderung im Sinne von § 437 Nr. 2 BGB oder § 634 Nr. 3 BGB. Ungeachtet der streitigen Frage, ob die Parteien zunächst davon ausgegangen waren, dass Dekontaminationsarbeiten auf dem Grundstück durchzuführen sind, und sich später herausgestellt hat, dass eine solche Dekontamination nicht erforderlich ist, handelt es sich beim Wegfall ursprünglich vorgesehener Altlastenbeseitigungsarbeiten nicht um einen Sachmangel, so dass dem Beklagten deswegen kein Mangelrecht in Form der Minderung zugestanden hat.

[25] Es liegt auch kein Fall der Störung der Geschäftsgrundlage gemäß § 313 Abs. 1 BGB vor, die zu einer Preisanpassung führt. Dies käme nur dann in Betracht, wenn die Erforderlichkeit von Dekontaminationsarbeiten zur Geschäftsgrundlage des Bauträgerkaufvertrags gemacht worden wäre. Dies ist jedoch nicht geschehen. Die Baubeschreibung (Anlage 3 zur Grundlagenurkunde vom 28. Juni 2010) enthält keinen Hinweis auf die Notwendigkeit von Dekontaminationsarbeiten. In § 9 Nr. 11 des Bauträgerkaufvertrags vom 4. Mai 2011 findet sich die Erklärung der Verkäuferin, dass ihr nicht erkennbare Mängel, insbesondere auch Altlasten und schädliche Bodenveränderungen nicht bekannt seien. Ferner ist dort geregelt, dass der Käufer keine Rechte wegen Mängeln für mögliche Boden- und Grundwasserkontaminationen sowie andere Altlasten geltend machen kann. Die Ausführung von Dekontaminationsarbeiten war somit ausdrücklich nicht gemeinsame Geschäftsgrundlage des Bauträgerkaufvertrags.

[26] Die Vereinbarung vom 24. Juli 2012 stellt deshalb eine nachträgliche Anpassung des Kaufpreises in Form einer Kaufpreisermäßigung dar.

Die Änderungsvereinbarung ist mangels notarieller Beurkundung unwirksam

[27] c) Die Vereinbarung vom 24. Juli 2012 ist nicht wirksam, da sie entgegen § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB nicht notariell beurkundet worden ist.

[28] aa) Gemäß § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Diese Vorschrift gilt entsprechend gemäß § 4 Abs. 3 WEG für einen Vertrag, durch den sich ein Teil verpflichtet, Sondereigentum einzuräumen, zu erwerben oder aufzuheben.

Zur Reichweite des Formerfordernisses gem. § 311 Abs. 1 S. 1 BGB nach bisheriger Rechtsprechung

[29] Die Formbedürftigkeit ist nicht auf die Veräußerungs- und Erwerbsverpflichtung beschränkt, sondern erstreckt sich auf den Vertrag im Ganzen (allg. Meinung, vgl. nur Palandt/Grüneberg, BGB, 76. Aufl., § 311 b Rn. 25 m. Nachw. d. Rspr.). Auch Änderungen oder Ergänzungen eines schon beurkundeten, aber noch nicht durch Auflassung vollzogenen Grundstücksvertrags sind

grundsätzlich formbedürftig (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 6. November 1981 – V ZR 138/80, NJW 1982, 434, juris Rn. 13; Urteil vom 2. Oktober 1987 – V ZR 42/86, NJW-RR 1988, 185, juris Rn. 15, jeweils m. w. N.). Beurkundungsbedürftig sind unter anderem der Erlass, die Ermäßigung oder die Stundung des Kaufpreises oder die Anrechnung einer Vorauszahlung auf die Kaufpreisforderung (BGH, Urteil vom 6. November 1981 – V ZR 138/80, NJW 1982, 434, juris Rn. 16; Urteil vom 11. November 1983 – V ZR 150/82, NJW 1984, 974, juris Rn. 13; Urteil vom 17. März 2000 – V ZR 362/98, NJW 2000, 2100, juris Rn. 8; s. auch Gehrlein in BeckOK BGB, Stand: 1.2.2017, § 311 b Rn. 27 m. Nachw. d. Rspr.).

[30] Nicht vom Formerfordernis erfasst werden nach herrschender Meinung solche Vereinbarungen, die lediglich dazu dienen, unvorhergesehen aufgetretene Schwierigkeiten bei der Vertragsabwicklung zu beheben, ohne die beiderseitigen Verpflichtungen wesentlich zu verändern (BGH, Urteil vom 6. November 1981 – V ZR 138/80, NJW 1982, 434, juris Rn. 14 mit weiteren Nachw. d. älteren Rspr.; Urteil vom 11. Dezember 1998 – V ZR 377/97, BGHZ 140, 218, juris Rn. 7).

[31] Im Anschluss an die Rechtsprechung des Reichsgerichts verneint der Bundesgerichtshof ferner eine Formbedürftigkeit von Abänderungsverträgen, die nach der Auflassung, aber noch vor Eigentumsumschreibung abgeschlossen werden (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1971 – V ZR 25/69, juris Rn. 13 mit Nachw. der reichsgerichtlichen Rspr.; Urteil vom 25. Februar 1972 – V ZR 74/69, juris Rn. 24; Urteil vom 27. Oktober 1972 – V ZR 37/71, juris Rn. 13; Urteil vom 23. März 1973 – V ZR 166/70, juris Rn. 31; Urteil vom 9. November 1979 – V ZR 38/78, juris Rn. 15; Urteil vom 28. September 1984 – V ZR 43/83, NJW 1985, 266, juris Rn. 15; Urteil vom 6. Mai 1988 – V ZR 50/87, BGHZ 104, 276, juris Rn. 12; Urteil vom 28.10.2011 – V ZR 212/10 – NJW-RR 2012, 18, juris Rn. 15). Die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung sei mit der Auflassung in vollem Umfang erfüllt und bestehe deshalb nach erklärter Auflassung nicht mehr (BGH, Urteil vom 14. Mai 1971 – V ZR 25/69, juris Rn. 13; Urteil vom 27. Oktober 1972 – V ZR 37/71, juris Rn. 13). Im Jahr 1984 entschied der Bundesgerichtshof, dass deutlich überwiegende oder schlechthin zwingende Gründe für eine Abkehr von dieser Rechtsentwicklung nicht gegeben seien. Weder lasse sich aus § 313 S. 2 BGB a. F. (jetzt § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB) die zeitliche Grenze der Beurkundungsbedürftigkeit zwingend entnehmen noch ergebe sich eine andere Beurteilung aufgrund der Neufassung des § 313 BGB a. F. durch Gesetz vom 30. Mai 1973 (BGH, Urteil vom 28. September 1984 – V ZR 43/83, NJW 1985, 266, juris Rn. 15).

[32] Dieser Auffassung hat sich das OLG Dresden in dem vom Beklagten als Anlage B 8 vorgelegten Hinweisbeschluss vom 29. Juli 2016 – 6 U 355/16 – angeschlossen (ebenso OLG Bamberg, Urteil vom 27. Juli 1998 – 4 U 195/97, juris Rn. 28; Brandenburgisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 9. Dezember 2014 – 10 UF 257/13, juris Rn. 39).

[33] Das OLG Düsseldorf (Urteil vom 6. Oktober 1997 – 9 U 24/97, NJW 1998, 2225) hält dies dann für nicht zutreffend, wenn es um nachträgliche Vereinbarungen geht, die eine durch die Auflassung selbst noch nicht „erfüllte" Übereignungspflicht betreffen und diese zum Nachteil des Übertragenden maßgeblich modifizieren (OLG Düsseldorf aaO juris Rn. 46). In dem der Entscheidung des OLG Düsseldorf zugrunde liegenden Sachverhalt hatten die Parteien eines Grundstücksübertragungsvertrags in diesem zwar die Auflassung erklärt, aber den Zeitpunkt der grundbuchrechtlichen Vollziehung der Eigentumsumschreibung in das freie Belieben des Übertragenden gestellt. Auch in diesem Fall bedarf nach Ansicht des OLG Düsseldorf die nachträgliche Vertragsänderung der notariellen Beurkundung, da weder der Zweck des Gesetzes, den Grundstückseigentümer vor unüberlegten und übereilten Grundstücksübertragungen zu schützen, noch der daneben beabsichtigte Zweck, den Beweis der getroffenen Vereinbarung zu sichern, gegenstandslos geworden sei (OLG Düsseldorf aaO Rn. 47).

Zur Reichweite des Formerfordernisses gem. § 311 Abs. 1 S. 1 BGB nach im Schrifttum verbreiteter Gegenauffassung

[34] bb) Schumacher (in Staudinger (2012) BGB § 311 b Abs. 1 Rn. 207 ff.) hält die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs für dogmatisch und rechtspolitisch bedenklich. Bewirkt im Sinne von § 362 Abs. 1 BGB sei die Leistung in der Regel noch nicht mit der Vornahme der Leistungshandlung, sondern erst mit Eintritt des Leistungserfolgs. Demgemäß bestehe auch nach Auflassung der Anspruch auf Eigentumsverschaffung weiter. Mit gutem Grund sei deshalb gemäß § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB der Eigentumsübergang Voraussetzung für den Eintritt der Heilung. Aus dem Normengefüge des § 311 b Abs. 1 selbst ergebe sich keine Stütze für eine Formfreiheit von Änderungen nach Auflassung. Ansonsten würde die Funktion des § 311 b Abs. 1 S. 2 BGB auf die Heilung von nichtigen Änderungen vor Auflassung „verkürzt". Mit der Auflassung allein sei daher der Normzweck, nämlich dem Schutz der Beteiligten und der Rechtssicherheit zu dienen, nicht entfallen. Seit der vom Reichsgericht begonnenen und vom Bundesgerichtshof übernommenen Rechtsprechung hätten sich die gegenseitigen Schutzbedürftigkeiten von Verkäufer und Käufer grundlegend geändert. Aus praktischen, zeitlichen und gebührensparenden Gründen seien anstelle der ausgesetzten Auflassung andere Vertragsgestaltungen entwickelt worden, die sämtlich ungefähr denselben Schutz des Verkäufers gewährleisteten, aber die sofortige Auflassung zur Grundlage hätten. Während der Schutz des Verkäufers gleichbliebe, werde der Schutz des Käufers verkürzt, obwohl in der Gesetzgebung erkennbar ein erhöhter Käuferschutz angestrebt sei. Es könne im Übrigen auch nicht von einer gefestigten Rechtsprechung die Rede sein. Der Rechtsprechung, der ratio legis und dem Normgefüge entspreche nur, die zeitliche Grenze für die Beurkundungspflichtigkeit von Änderungen bei der Eigentumsumschreibung zu ziehen.

[35] Kanzleiter (in MünchKomm-BGB, 7. Aufl., § 311 b Rn. 57 ff. sowie DNotZ 1985, 285) wendet sich ebenfalls mit beachtlichen Gründen gegen die Rechtsprechung. Auch Gehrlein (in BeckOK BGB, Stand: 1.2.2017, § 311 b Rn. 27), Einsele (in MünchKomm-BGB, 7. Aufl., § 125 Rn. 18), Hertel (in Staudinger (2012) BGB § 125, Rn. 75), J. Mayer (in Soergel, BGB, 13. Aufl., § 311 b Rn. 205), Ludwig (in jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 311 b BGB, Rn. 283), Grziwotz (in Erman, BGB, 14. Aufl., § 311 b Rn. 59) und Hagen (DNotZ 1984, 267, 278 f.) halten die Rechtsprechung nicht für überzeugend (weitere Nachweise bei Schumacher in Staudinger aaO und Kanzleiter in MünchKomm-BGB aaO).

Verträge, die einen Grundstückskaufvertrag nach Auflassung, aber noch vor Eigentumsumschreibung abändern, bedürfen der notariellen Beurkundung

[36] cc) Die letztgenannte Ansicht ist zutreffend. Auch Verträge, die einen Grundstückskaufvertrag nach Auflassung, aber noch vor Eigentumsumschreibung abändern, bedürfen der notariellen Beurkundung.

Grammatikalische Auslegung des § 311 b Abs. 1 BGB

[37] (1) Der Wortlaut des § 311 b Abs. 1 BGB enthält keine Hinweise darauf, dass Änderungen eines Vertrags, der eine Pflicht zur Übertragung oder zum Erwerb eines Grundstücks enthält, dann von dem Formerfordernis der notariellen Beurkundung ausgenommen sind, wenn sie vor der Eintragung in das Grundbuch, aber nach der Auflassung erfolgen.

Systematische Auslegung des § 311 b Abs. 1 BGB

[38] (2) Die Systematik des § 311 b Abs. 1 BGB spricht gegen Formerleichterungen dergestalt, dass Änderungen eines Grundstückskaufvertrags formfrei möglich sein sollen, wenn sie vor der Eintragung, aber nach der Auflassung erfolgen. Vielmehr spricht § 311 b Abs. 1 S. 1 BGB gegen ein solches Verständnis. Nach dieser Vorschrift wird ein ohne Beachtung des Formerfordernisses geschlossener Vertrag gültig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen. Für die Heilung eines nach §§ 311 b Abs. 1 S. 1, 125 S. 1 BGB formnichtigen Vertrages bedarf es also nicht nur der Abgabe der für die dingliche Eigentumsänderung erforderlichen Erklärungen der Parteien, sondern auch des Eintritts des vom Übertragenden geschuldeten Leistungserfolgs, der mit der Eintragung des Erwerbenden als Eigentümer in das Grundbuch eintritt.

Historische Auslegung des § 311 b Abs. 1 BGB

[39] (3) Nach § 313 BGB a. F., der Vorgängerregelung des § 311 b Abs. 1 BGB, bedurfte es für die Heilung eines formnichtigen Vertrags der Auflassung und Eintragung in das Grundbuch.

[40] Ursprünglich lautete der § 313 S. 1 BGB a. F. wie folgt:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung."

[41] Durch Gesetz vom 30. Mai 1973 (BGBl. 1973 I 501) wurde § 313 S. 1 BGB a. F. wie folgt gefasst:

„Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, bedarf der notariellen Beurkundung."

[42] Geschützt wurde zuvor nur der Grundstückseigentümer vor übereilten und unüberlegten Veräußerungen (BT-Drs. 7/63 S. 5). Verträge, in denen sich lediglich der eine Teil zum Erwerb eines Grundstücks verpflichtet und bei denen der andere Teil eine entsprechende Verpflichtung zur Veräußerung des Grundstücks weder unmittelbar noch mittelbar übernimmt, unterlagen nicht dem Beurkundungszwang des § 313 BGB a. F., wenn der Ausschluss der Verpflichtung des Veräußerers hinreichend deutlich in Erscheinung trat (OLG Stuttgart, Urteil vom 22. Oktober 1969 – 13 U 24/69, NJW 1970, 566). Das Oberlandesgericht Stuttgart bemerkte 1969, dass „im heutigen Grundstücksverkehr der Käufer oft noch erheblich schutzbedürftiger erscheint als der Verkäufer" (OLG Stuttgart aaO). Dieses Defizit sollte durch die Neufassung im Jahr 1973 geändert werden. Die Neuregelung bezweckte, den Erwerber ebenso wie den Veräußerer zu schützen (BT-Drs. 7/63 S. 6). Die Schuldrechtsmodernisierung brachte keine inhaltlichen Änderungen (vgl. BT-Drs. 14/6040 S. 166). Der Gesetzgeber hat also zu keinem Zeitpunkt zum Ausdruck gebracht, dass nachträgliche Änderungen eines formbedürftigen Grundstückskaufvertrags dann nicht dem Formerfordernis unterliegen, wenn die Auflassung bereits erklärt, aber noch keine Eintragung erfolgt ist."

Teleologische Auslegung des § 311 b Abs. 1 BGB

[43] (4) Zweck des Beurkundungszwangs in § 311 b Abs. 1 BGB ist der Schutz des Veräußerers vor übereilter Preisgabe eines Grundstücks und des Erwerbers vor übereiltem Erwerb und vor dem Eingehen zu unangemessenen Bedingungen (Warnfunktion und Übereilungsschutz). Zudem erleichtert die Formpflicht den Beweis der getroffenen Vereinbarung (Beweisfunktion) und untermauert die Gültigkeit des Rechtsgeschäfts (Gültigkeitsgewähr). Der Beurkundungszwang lässt den Parteien ferner einer sachkundige Beratung zuteilwerden (Betreuungsfunktion) (allgemein zum Normzweck Gehrlein in BeckOK BGB, Stand: 1.2. 2017, § 311 b Rn. 1; Schumacher in Staudinger (2012) BGB § 311 b Abs. 1 Rn. 3).

[44] Die Beweisfunktion ist im Zeitraum zwischen der Auflassung und der Eintragung der Eigentumsänderung nach wie vor relevant. Dies zeigt sich gerade im vorliegenden Fall, in dem die Parteien darüber streiten, ob aufgrund der nachträglichen Ermäßigung des Kaufpreises der Beklagte seinen Zahlungspflichten bereits vollumfänglich nachgekommen ist.

[45] Die Warnfunktion und der Schutz sowohl des Veräußerers als auch des Erwerbers vor übereilten Entscheidungen kommen bei einer Änderung eines notariell beurkundeten Vertrags nach Auflassung, aber noch vor der Eintragung nach wie vor zum Tragen. Auch dies illustriert der vorliegende Sachverhalt: Ein Schutz des Veräußerers, hier der Klägerin, vor übereilten und unüberlegten Äußerungen wäre durch eine Beurkundungspflicht möglich gewesen. Hält man hingegen die vorliegende Vereinbarung für wirksam, hat die Klägerin durch bloße Unterzeichnung des Schreibens des Beklagten vom 24. Juli 2012 mit dem Vermerk: „zur Kenntnis genommen und anerkannt" auf 27.100,76 € verzichtet. Für Erwerber besteht nach Auflassung und vor Eintragung ebenfalls eine Schutzbedürftigkeit. Ansonsten wäre es möglich, dass sie im Extremfall durch eine bloß mündliche Abrede mit dem Veräußerer über die notariell beurkundete Vergütung hinaus wirksam zur Erbringung weiterer Leistungen verpflichtet werden. Dies ist ersichtlich nicht mit der gesetzgeberisch gewollten Schutzfunktion vereinbar. Zu Recht weist die Klägerin darauf hin, dass dann, wenn die Auflassung wie im vorliegenden Sachverhalt bereits in der notariellen Urkunde über das schuldrechtliche Veräußerungs- bzw. Erwerbsgeschäft enthalten ist, die vertragschließenden Parteien praktisch unmittelbar nach Unterzeichnung der notariellen Urkunde Änderungen vereinbaren könnten, die nicht dem notariellen Beurkundungszwang unterliegen. Es ist nicht ersichtlich, dass sich die Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofs zur Verneinung der Formbedürftigkeit für nach Auflassung, aber vor Eigentumsumschreibung abgeschlossene Änderungsverträge mit dieser Konsequenz auseinandergesetzt hat.

[46] Die Auffassung des Beklagten, die Klägerin sei ausreichend gewarnt gewesen, da sie den Entschluss, ihm das Eigentum zu übertragen, vor Erklärung der Auflassung gefasst habe, überzeugt nicht. Es ist zwar richtig, dass in der Erklärung der Auflassung der Entschluss der Klägerin zum Ausdruck kommt, das Eigentum auf den Beklagten zu übertragen. Dies war allerdings der Entschluss zur Eigentumsübertragung gegen Zahlung eines Kaufpreises von 309.692,00 € und nicht zu einem um 27.100,76 € reduzierten Kaufpreis, wie er sich aus dem Schreiben vom 24. Juli 2012 ergibt.

[47] Das Argument des Bundesgerichtshofs, die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung sei mit der Auflassung in vollem Umfang erfüllt und bestehe deshalb nach erklärter Auflassung nicht mehr (vgl. BGH, Urteil vom 14. Mai 1971 – V ZR 25/69, juris Rn. 13; Urteil vom 27. Oktober 1972 – V ZR 37/71, juris Rn. 13), trifft überdies nicht zu, wenn – wie im vorliegenden Fall – die Parteien dem beurkundenden Notar die Anweisung erteilt haben, eine Abschrift oder Ausfertigung der Urkunde mit der bereits erklärten Auflassung erst zu erteilen, wenn ihm die Zahlung des geschuldeten Kaufpreises nachgewiesen ist. Faktisch wird der Notar die Auflassung sowie die Eintragungsbewilligung der Parteien und den Eintragungsantrag des Beklagten dann nicht an das Grundbuchamt weiterleiten, wenn zwar der Erwerber unter Bezugnahme auf eine nach der Auflassung vereinbarte, nicht notariell beurkundete Vereinbarung mit dem Veräußerer vorträgt, die Vergütung sei gegenüber der ursprünglichen vertraglichen Vereinbarung reduziert und in dieser Höhe beglichen worden, jedoch der Veräußerer die nachträgliche Vereinbarung oder deren Formwirksamkeit in Abrede stellt.

[48] Schließlich hinge die Entscheidung darüber, ob nach der Auflassung vereinbarte Änderungen des Grundstücksübertragungsvertrags formfrei möglich sind oder der notariellen Beurkundung bedürfen, davon ab, welchen Abwicklungsmodus die Parteien – vielfach auf Vorschlag des Notars – wählen. Es widerspricht aber Sinn und Zweck des Beurkundungszwangs in § 311 b BGB, wenn die Entscheidung darüber, ob eine Vertragsänderung der notariellen Beurkundung bedarf, in das Belieben der Parteien oder des den Ursprungsvertrag beurkundenden Notars gestellt ist.

Das Berufen auf die Formunwirksamkeit der Änderungsvereinbarung ist nicht treuwidrig

[49] d) Das Berufen der Klägerin auf die Formunwirksamkeit der Vereinbarung vom 24. Juli 2012 ist nicht treuwidrig (§ 242 BGB).

[50] Der Beklagte beruft sich insoweit auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 27. Oktober 1967 – V ZR 153/64, BGHZ 48, 396), in der es um die Frage ging, ob sich ein „bedeutendes wirtschaftliches Unternehmen“, das beim Abschluss eines der notariellen Form bedürftigen Vertrags mit einem früheren Angestellten diesen unter Einsatz seines Gewichts und seines Ansehens sowie durch den Hinweis, dass es einen privatschriftlichen Vertrag einem notariellen als gleichwertig anzusehen pflege, zum Absehen von der Einhaltung der notariellen Form veranlasst hat, später auf die Formunwirksamkeit berufen kann. Der Bundesgerichtshof hat dies verneint, da das Berufen auf die Formunwirksamkeit eine unzulässige Rechtsausübung darstelle. In dem dortigen Fall hatte der geschäftsführende Gesellschafter des Unternehmens den früheren Mitarbeiter auf dessen Hinweis, dass „doch wohl die Hinzuziehung eines Notars erforderlich sei“ „mit einem gewissen Stolz“ darauf hingewiesen, dass „der Vertrag ja seine Unterschrift trage“ und erklärt, der Vertrag sei einem notariellen Vertrag gleichwertig. Damit ist der vorliegende Sachverhalt nicht vergleichbar. Die Parteien haben die Frage der Formbedürftigkeit einer Vereinbarung über die Reduzierung des Kaufpreises bei Abschluss der Vereinbarung vom 24. Juli 2012 nicht thematisiert. Die Klägerin hat deshalb auch keine Erklärung abgegeben, die ihre nunmehrige Berufung auf die Formunwirksamkeit als unzulässige Rechtsausübung und damit treuwidrig erscheinen ließe.

[51] Auch der Umstand, dass die Klägerin nach dem Vorbringen des Beklagten in der Berufungserwiderung mit einem ehemaligen Vertriebsmitarbeiter vor dem Landgericht Leipzig einen Rechtsstreit über zu zahlende Vertriebsprovisionen führt, in welchem sie als Bemessungsgrundlage für die Verkäufe der Wohnung in dem streitgegenständlichen Objekt die Kaufpreise um die mit den Erwerbern vereinbarten Nachlässe gekürzt angesetzt hat, genügt nicht, um im Verhältnis der Klägerin zum Beklagten ein treuwidriges Verhalten der Klägerin anzunehmen.

Rechtsfolge: Fortbestand der beurkundeten Zahlungsverpflichtungen

[52] e) Da die Parteien den Kaufpreis somit nicht wirksam um 27.100,76 € ermäßigt haben, steht der Klägerin unter Berücksichtigung der bereits erbrachten Zahlungen von 283.368,17 € noch ein restlicher Anspruch in Höhe von 26.323,83 € zu.

In Höhe eines geltend gemachten Teilbetrages ist die Klage derzeit unbegründet

[53] f) In Höhe von 10.839,22 € ist die Klage aber derzeit unbegründet.

[54] Der noch offene Betrag von 26.323,83 € entspricht 8,5 % des vereinbarten Kaufpreises.

[55] Nach § 6 Nr. 1 des notariellen Bauträgerkaufvertrags ist der Kaufpreis nach Baufortschritt in höchstens sieben Teilbeträgen zu zahlen. Die Teilbeträge sind „nach freiem Ermessen des Verkäufers“ aus einem Ratenplan zu bilden. Nach diesem Ratenplan (§ 6 Nr. 1 Buchstabe a) bis n)) ist die letzte Rate von 3,5 % „nach vollständiger Fertigstellung“ fällig. Die vorletzte Rate von 2,1 % ist „für die Fassadenarbeiten“ und die drittletzte Rate von 8,4 % „nach Bezugsfertigkeit Zug um Zug gegen Besitzübergabe“ fällig.

[56] Unstreitig sind die Wohnungen übergeben und bezugsfertig. Es gibt auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Fassadenarbeiten noch ausstehen, nachdem bereits im November und Dezember 2012 bzw. Februar 2013 die Abnahmeprotokolle für die vom Beklagten erworbenen Wohnungen angefertigt worden sind. Damit sind die drittletzte sowie die vorletzte Rate aus dem Ratenplan nach § 6 Nr. 1 des Bauträgerkaufvertrags fällig geworden.

[57] Hinsichtlich der letzten Rate in Höhe von 3,5 % aus 309.692,00 €, also in Höhe von 10.839,22 €, ist hingegen noch keine Fälligkeit eingetreten. Es liegt noch keine „vollständige Fertigstellung“ im Sinne des Ratenplans gemäß § 6 Nr. 1 Buchstabe n) des Bauträgerkaufvertrags vor. Eine „vollständige Fertigstellung“ setzt voraus, dass die in den Abnahmeprotokollen aufgeführten Mängel vollständig beseitigt sind.

[58] Das Abnahmeprotokoll vom 20. Dezember 2012 bezüglich der Wohnung 5 enthält keine Erklärung über die Abnahme der Leistungen. Vielmehr sind auf der dritten Seite zahlreiche Mängel aufgeführt. Das Abnahmeprotokoll vom 28. November 2012 bezüglich der Wohnung 7 und das Abnahmeprotokoll vom 18. Februar 2013 bezüglich der Wohnung 8 enthalten jeweils mehrere Eintragungen bei noch nicht erbrachten oder noch nicht fertiggestellten Leistungen und bei einvernehmlich festgestellten Mängeln. Das Abnahmeprotokoll vom 28. November 2012 enthält darüber hinaus die ausdrückliche Erklärung, dass die Leistung „unter Vorbehalt" abgenommen wird und der Erwerber die Fertigstellung der nicht erbrachten Leistungen bzw. Nachbesserung der Baumängel geltend macht. Mit Schreiben vom 27. Februar 2013 erklärte die Klägerin gegenüber dem Beklagten, dass „die in den Mängellisten vom 27.11.2012, 20.12.2012 und 18.2.2013 aufgeführten baulichen Mängel, die im Zusammenhang mit der Abnahme der Wohnungen 5, 7 und 8 festgestellt worden, […] hiermit anerkannt" würden. Von einer „vollständigen Fertigstellung" kann deshalb nicht ausgegangen werden.

[59] Die für das Vorliegen der Fälligkeitsvoraussetzungen darlegungs- und beweisbelastete Klägerin hat zwar ein Schreiben des Ingenieurbüros Y. vom 16. Mai 2013 vorgelegt, in dem die „vollständige Fertigstellung" bestätigt wird. Dies genügt angesichts des Vorbringens der Klägerin, die in den Abnahmeprotokollen aufgeführten und von der Klägerin anerkannten Mängel seien bislang zum großen Teil nicht beseitigt worden, nicht zum Nachweis der vollständigen Fertigstellung. Einen weiteren Beweis für die Beseitigung der Mängel hat die Klägerin nicht angeboten. Soweit sie im Schriftsatz vom 4. Oktober 2016 das Zeugnis von Herrn J. angeboten hat, betraf dies ausdrücklich lediglich die Vermietung der Wohnungen zu den von der Klägerin vorgetragenen Zeitpunkten.

[60] Da mangels vollständiger Fertigstellung die letzte Rate in Höhe von 10.839,22 € noch nicht fällig ist, ist die Klage insoweit derzeit unbegründet.

Kein Zurückbehaltungsrecht der Beklagten

[61] g) Die Klägerin hat daher derzeit lediglich in Höhe von 15.484,61 € einen fälligen Zahlungsanspruch gegen der Beklagte.

[62] Diesem Anspruch kann der Beklagte kein Zurückbehaltungsrecht wegen fehlender Unterlagen entgegenhalten. Zwar hat die Klägerin im Schreiben vom 27. Februar 2013 gegenüber dem Beklagten erklärt:

„Nach vollständiger Abnahme des Objektes durch alle Beteiligten erhalten Sie von uns

– das Protokoll über die Abnahme des Brandschutzgutachters,

– das Protokoll über die Abnahme des Prüfstatikers,

– die Abnahmebestätigung des Denkmalamtes,

– die Fertigmeldung an das Bauordnungsamt,

– sowie die Liste der am Bau beteiligten Handwerker."

[63] Ein mögliches Zurückbehaltungsrecht betrifft demnach lediglich die letzte Rate in Höhe von 3,5 % des Kaufpreises. Insoweit fehlt es aber nach den vorstehenden Ausführungen bereits an der Fälligkeit.

Verzinsung

[64] h) Der Betrag von 15.484,61 € ist ab dem 31. Mai 2013 mit Jahreszinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen.

[65] Die Klägerin forderte den Beklagten mit Schreiben vom 16. Mai 2013 auf, innerhalb von 14 Tagen die Rate 7 in Höhe von 26.323,83 € zu zahlen. Hierdurch geriet der Beklagte ab dem 31. Mai 2013 in Zahlungsverzug.

[66] Die Zinshöhe ergibt sich aus § 288 Abs. 1 S. 2 BGB.

Entscheidung über die Widerklage

[67] 2. Die zulässige Widerklage ist nicht begründet. Da die Vereinbarung der Parteien vom 24. Juli 2012 formunwirksam ist, liegt keine Überzahlung der Klägerin in Höhe von 776,93 € vor.

[68] Auch der neben dem Rückforderungsanspruch geltend gemachte Feststellungsantrag ist nicht begründet, da der Kaufpreis nicht wirksam auf 282.591,24 € reduziert worden und noch nicht vollständig bezahlt ist.

III.

Prozessuale Nebenentscheidungen

[69] Die Kostenentscheidung beruht auf §§ 92 Abs. 1 S. 1, 97 Abs. 1 ZPO.

[70] Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergeht gemäß §§ 708 Nr. 10, 711 ZPO.

[71] Die Zulassung der Revision ergibt sich aus § 543 Abs. 2 S. 1 Nr. 1 u. 2 ZPO.

[72] Die Frage der Formbedürftigkeit einer nach Auflassung, aber vor Eintragung getroffenen Änderung eines Grundstückkaufvertrags hat grundsätzliche Bedeutung. Auch die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung erfordert die Zulassung der Revision, nachdem sich bei der Beantwortung dieser Rechtsfrage nicht nur die überwiegende Literatur gegen die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs stellt, sondern auch die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte nicht einheitlich ist.

[73] Der Streitwert ergibt sich aus der Addition der mit Klage und Widerklage geltend gemachten Beträge. ■

2. Liegenschaftsrecht – Zum berechtigten Interesse an Grundbucheinsicht des behaupteten oder möglichen Erben

(*OLG München*, Beschluss vom 11.1.2018 – 34 Wx 408/17)

GBO §§ 12, 12 c Abs. 4 S. 2, 71 Abs. 1, 73
BGB §§ 1943, 1944, 2229
RPflG §§ 3 Nr. 1 lit. h, 11 Abs. 1
FamFG § 10 Abs. 2 S. 1

1. Wer nach dem Tod des im Grundbuch noch als Eigentümer eingetragenen Erblassers aufgrund eines eigenen behaupteten Erbrechts Grundbucheinsicht begehrt, hat sein berechtigtes Interesse i. S. v. § 12 Abs. 1 GBO entweder durch Vorlage eines Erbscheins oder durch Vorlage der die Erbeinsetzung enthaltenen öffentlichen Urkunde nebst Eröffnungsniederschrift darzulegen. Wenn die die Einsicht gewährende Stelle jedoch aufgrund amtsbekannter Umstände Anlass zu konkreten Zweifel

an der Wirksamkeit der in der vorgelegten öffentlichen Urkunde getroffenen Erbeinsetzung hat, kann sie zur Darlegung seines berechtigten Interesses auch letzterenfalls die Vorlage eines Erbscheins verlangen.

2. **Wer als möglicher Erbe zeitnah nach dem Tod und im Hinblick auf eine etwaige Erbausschlagung Grundbucheinsicht nehmen will, hat darzulegen, seit wann die Ausschlagungsfrist läuft und dass er die Erbschaft noch nicht angenommen hat.**

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Ein in der notariellen und grundbuchamtlichen Praxis wiederkehrendes Phänomen sind von Privatpersonen isoliert gestellte Anträge auf Gewährung von Grundbucheinsicht oder Mitteilung bestimmter im Grundbuch verzeichneter Informationen. Anders als bei der jedermann voraussetzungslos möglichen Einsicht in andere Register (vgl. nur § 10 Abs. 1 HRV für das Handelsregister) ist ihnen die Einsicht in das Grundbuch nur gestattet, wenn sie ein berechtigtes Interesse darlegen (§ 12 Abs. 1 GBO) oder selbst dinglich Berechtigte des betroffenen Grundstücks sind (§ 43 Abs. 2 S. 1 GBV). Die Einsichtnahme als solche steht ihnen deshalb auch nicht direkt (zB über einen Internetabruf) offen, sondern muss beim zuständigen Grundbuchamt oder – im Verfahren nach § 133 a GBO – bei einem Notar beantragt werden.

Ein „berechtigtes Interesse" iSv § 12 Abs. 1 GBO sieht die Rechtsprechung als gegeben an, wenn zur Überzeugung des Grundbuchamts bzw. Notars ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse des Antragstellers dargelegt wird, wobei auch ein tatsächliches, insbesondere wirtschaftliches Interesse das Recht auf Grundbucheinsicht begründen kann (vgl. nur OLG Düsseldorf ZEV 2011, 44; KG NJW-RR 2004, 943; OLG München FamRZ 2013, 1070). Dies zwingt die Grundbuchämter und Notare zu einer genauen einzelfallbezogenen Prüfung jedes an sie herangetragenen Einsichtnahmeantrags.

Die Anwendung dieser Kriterien kann sich u. a. bei im Zusammenhang mit Erbfällen gestellten Einsichtnahmeanträgen als problematisch erweisen. So ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung bereits entschieden worden, dass eine enterbte, aber nach § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB zum Kreis der Pflichtteilsberechtigten gehörende Person nach Eintritt des Erbfalls zur Prüfung eigener Ansprüche ein berechtigtes Interesse iSv § 12 GBO hat und daher einsichtsberechtigt ist (OLG Düsseldorf FGPrax 2014, 151 und FGPrax 2015, 199). In der Rechtsprechung bis zuletzt wenig konturiert waren hingegen die Voraussetzungen der erforderlichen Darlegung, wenn sich der Antragsteller auf ein (mögliches) Erbrecht beruft und der Verstorbene zu diesem Zeitpunkt noch in Abt. I des Grundbuchs verzeichnet ist. Im Ausgangspunkt klar ist insoweit nur, dass der wahre (Mit-)Erbe sowohl nach § 12 Abs. 1 GBO als auch § 43 GBV einsichtsberechtigt ist (vgl. BeckOK GBO/*Wilsch*, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 12 Rn. 58).

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung hat das OLG München die Anforderungen an die Darlegung des (möglichen) Erben näher umrissen und sich hierzu den Rechtsgedanken des § 35 Abs. 1 GBO zunutze gemacht: Wer sich auf ein eigenes Erbrecht beruft, muss der die Einsicht gewährenden Stelle bei gesetzlicher oder handschriftlich-testamentarischer Erbfolge eine Erbscheinsausfertigung und bei Erbfolge aufgrund öffentlicher Urkunde wenigstens jene Urkunde nebst Eröffnungsniederschrift vorlegen. Letztgenannte Erleichterung gilt allerdings nur – und das war die Crux im konkret entschiedenen Fall – soweit sich dem Grundbuchamt bzw. Notar nicht aufgrund bestimmter Umstände begründete Zweifel an der Wirksamkeit des Testaments aufdrängen. Wer sich – so das Gericht im weiteren Gang der Entscheidung – unmittelbar nach dem Erbfall und vor Ablauf der Ausschlagungsfrist darauf beruft, er sei möglicher Erbe und wolle sich durch die Grundbucheinsicht im Hinblick auf eine etwaige Ausschlagung zunächst einen Überblick über den Nachlassbestand verschaffen, hat grundsätzlich ebenfalls ein berechtigtes Interesse an der Grundbucheinsicht und soll im Rahmen der Darlegung seines berechtigten Interesses sogar ohne Erbnachweis iSv § 35 Abs. 1 GBO auskommen dürfen. Allerdings muss der Antragsteller substantiiert darlegen, woraus sich seine Erbenstellung ergibt und dass die Ausschlagungsfrist noch nicht abgelaufen ist.

Die Entscheidung des OLG München bietet eine erste obergerichtliche Orientierung im Umgang mit Anträgen auf Grundbucheinsicht durch mögliche Erben im Stadium vor Grundbuchberichtigung. In der Sache betont das Gericht, indem es für den Antrag des behaupteten Erben auf die gesetzlichen Anforderungen des Erbennachweises im Eintragungsverfahren nach § 35 Abs. 1 GBO zurückgreift und selbst für den nur potentiellen, weil noch ausschlagungsberechtigten Erben eine qualifizierte Darlegung verlangt, die gebotene Sorgfalt und Strenge bei der Prüfung von Einsichtnahmeanträgen. Offen bleibt, ob diese strengen und formalisierten Maßstäbe auch für die durch Notare zu gewährende Grundbucheinsicht gelten. Dagegen spricht, dass sie im Gegensatz zum Grundbuchamt wohl oft auch ohne schon vorhandenen Erbnachweis zu einer eigenen Würdigung der erbrechtlichen Verhältnisse imstande sein dürften. Der konkrete Fall zeigt schließlich: Durch die Verwertbarkeit relevanter amtsbekannter Umstände kann sich die Auswahl der die Einsicht gewährenden Stelle für den Antragsteller mal günstig, mal ungünstig auswirken.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Als Eigentümer von Grundbesitz ist im Grundbuch der am 31.10.2014 verstorbene A. M. eingetragen.

[2] Am 22.9.2017 beantragte der Beteiligte durch Anwaltsschreiben beim Grundbuchamt die Übersendung von unbeglaubigten Grundbuchauszügen über sämtliche bis zum Ableben des A. M. auf diesen eingetragene Grundstücke und Grundstücksrechte einschließlich solcher, die in den letzten zehn Jahren vor seinem Ableben auf ihn eingetragen waren. Er begründet dies damit, dass er aufgrund notariellen Testaments vom 25.6.2010 Miterbe sei. Dieses und das Eröffnungsprotokoll vom 9.12.2014 legte er in Kopie mit vor.

[3] Gegen die Mitteilung der Urkundsbeamtin vom 22.9.2017, dass ein berechtigtes Interesse nach § 12 GBO nicht nachgewiesen sei und daher der Grundbuchauszug nicht erteilt werde, legte der Beteiligte am 26.9.2017 Erinnerung ein.

[4] Daraufhin hat das Grundbuchamt aus den Betreuungsakten hinsichtlich des A. M. die am 21.7.2009 ergangene einstweilige Anordnung einer vorläufigen Betreuung sowie den Beschluss vom 18.1.2010 über die endgültige Betreuungsanordnung erholt, sowie aus den Nachlassakten einen Beschluss vom 22.9.2017, wonach die Erteilung eines Erbscheins für die gesetzlichen Erben des A. M. angekündigt wird. Die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses wurde ausgesetzt und die Erteilung des Erbscheins bis zur Rechtskraft zurückgestellt. Nach der Begründung ist das Nachlassgericht aufgrund des gerichtlich erholten Sachverständigengutachtens auf der Basis von Stellungnahmen der mit der Behandlung befassten Ärzte und weiterer Personen davon überzeugt, dass A. M. zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung nicht mehr testierfähig war.

[5] Mit Beschluss vom 2.11.2017 hat das Grundbuchamt die Erteilung der Grundbuchauszüge unter Verweis auf den Beschluss des Nachlassgerichts vom 22.9.2017 abgelehnt. Hiergegen wendet sich der Beteiligte mit der Beschwerde vom 10.11.2017. Gegen den Beschluss des Nachlassgerichts vom 22.9.2017 habe der Beteiligte Beschwerde eingelegt, weshalb er nicht rechtskräftig sei. Es gelte daher weiter die Vermutung der Testierfähigkeit nach § 2229 BGB. Im Übrigen müsse ein letztwillig Bedachter in die Lage versetzt werden, sich einen genaueren Überblick über Umfang und Werthaltigkeit des Nachlasses zu verschaffen.

[6] Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

Aus den Gründen:

II.

Die Beschwerde hat keinen Erfolg

[7] Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.

Die Beschwerde ist zulässig

[8] 1. Gegen die Versagung von Grundbucheinsicht durch den Rechtspfleger (§ 3 Nr. 1 Buchst. h RPflG) ist die Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO; § 12 c Abs. 4 Satz 2 GBO) und auch formgemäß nach § 73 GBO mit § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG eingelegt.

[9] Wenngleich die Zurückweisung des Antrags allein die Beschwerdeberechtigung nicht begründet, eine formelle Beschwer also nicht ausreicht (Demharter GBO 30. Aufl. § 71 Rn. 59 m. w. N.), so genügt es im Rahmen der Zulässigkeitsprüfung nach vorherrschender Ansicht jedoch, dass der Adressat der Entscheidung geltend machen kann, durch diese in seiner Rechtsstellung unmittelbar oder mittelbar beeinträchtigt zu sein, sofern die angefochtene Entscheidung in der behaupteten Weise unrichtig wäre und er deshalb ein rechtliches Interesse an ihrer Beseitigung hat (BGHZ 80, 126/127; Budde in Bauer/von Oefele GBO 3. Aufl. § 71 Rn. 62 m. w. N.).

[10] Durch die Behauptung, die Unterlagen als durch notarielles Testament bedachter Miterbe zu dem Zweck zu benötigen, sich einen genaueren Überblick über Umfang und Werthaltigkeit des Nachlasses zu verschaffen, erscheint eine Beschwer zumindest möglich.

Die Beschwerde ist jedoch unbegründet

[11] 2. Das Rechtsmittel ist jedoch unbegründet, da das Grundbuchamt zu Recht die Grundbucheinsicht verweigert hat.

Jeder, der ein berechtigtes Interesse darlegt, darf nach § 12 Abs. 1 GBO Einsicht in das Grundbuch nehmen

[12] a) Gemäß § 12 Abs. 1 GBO ist jedem die Einsicht in das Grundbuch und die in diesem in Bezug genommenen Urkunden sowie in die noch nicht erledigten Eintragungsanträge zu gestatten, der ein berechtigtes Interesse darlegt. Gemäß § 12 Abs. 2 GBO besteht in diesem Umfang auch ein Anspruch auf Erteilung von Abschriften. Diese Rechte umfassen unter den gleichen Voraussetzungen auch Teile der Grundakten (vgl. Demharter § 12 Rn. 2). Der Umfang der Einsichtnahme richtet sich danach, wie weit das berechtigte Interesse reicht und dargelegt wurde, weshalb die Einsichtnahme auf einzelne Bestandteile des Grundbuchs, einzelne Abteilungen oder Aktenstücke beschränkt werden kann (Hügel/Wilsch GBO 3. Aufl. § 12 Rn. 10).

[13] Ein berechtigtes Interesse an der Einsicht in das Grundbuch i. S. v. § 12 Abs. 1 GBO ist nach der Rechtsprechung gegeben, wenn ein verständiges, durch die Sachlage gerechtfertigtes Interesse des Antragstellers dargetan wird, das sich im Unterschied zum rechtlichen Interesse nicht auf ein bereits vorhandenes Recht oder konkretes Rechtsverhältnis stützen muss, sondern auch mit einem (beispielsweise) bloß tatsächlichen, insbesondere wirtschaftlichen Interesse begründet werden kann (OLG Oldenburg RPfleger 2014, 131; BayObLG Rpfleger 1999, 216, 217; Demharter § 12 Rn. 7 ff.; Schreiner RPfleger 1980, 51). § 12 Abs. 1 GBO bezweckt nicht in erster Linie einen Geheimnisschutz, sondern zielt auf eine Publizität, die über die rein rechtliche Anknüpfung an die Vermutungs- und Gutglaubensvorschriften der §§ 891 ff. BGB hinausgeht. Dabei genügt allerdings nicht jedes beliebige Interesse des Antragstellers. Entscheidend ist in der Regel das Vorbringen sachlicher Gründe, welche die Verfolgung unbefugter Zwecke oder bloßer Neugier ausgeschlossen erscheinen lassen (BayObLG Rpfleger 1999, 216 f.; KG NJW 2002, 223 ff; KG NJW-RR 2004, 1316 ff.). Dies ist im Fall erbrechtlicher Ansprüche nicht grundsätzlich der Fall, sondern im Einzelfall zu prüfen (Maaß in Bauer/von Oefele § 12 Rn. 38).

[14] Die Darlegung dieses Interesses erfordert einen nachvollziehbaren Vortrag von Tatsachen in der Weise, dass dem Grundbuchamt daraus ein überzeugender Anhalt der Berechtigung des geltend gemachten Interesses verschafft wird; denn es hat in jedem Einzelfall genau zu prüfen, ob durch die Einsichtnahme das schutzwürdige Interesse des Eingetragenen oder seiner Rechtsnachfolger verletzt werden könnte, und darf Unbefugten keinen Einblick in ihre Rechts- und Vermögensverhältnisse gewähren (KG NJW-RR 2004, 1316, 1317; BayObLG Rpfleger 1999, 216/217; Hügel/Wilsch § 12 Rn. 7). Im Einzelfall kann Glaubhaftmachung oder Nachweis des Interesses verlangt werden (Demharter § 12 Rn. 13; Böhringer DNotZ 2014, 16/18). So wird etwa für das Einsichtsbegehren eines Pflichtteilsberechtigten nicht der bloße Vortrag eines Verwandtschaftsverhältnisses genügen; auch wenn in diesem Fall kein Erbschein gefordert werden kann, sind allerdings zumindest Geburts- oder Heiratsurkunden vorzulegen (OLG Frankfurt Rpfleger 2011, 430; Grziwotz MDR 2013, 433, 435).

Zum Einsichtsrecht des behaupteten Erben im Stadium vor Grundbuchberichtigung in Abt. I

[15] b) Einem testamentarischen (Mit-)Erben kann ein berechtigtes Interesse an der Grundbucheinsicht schon vor einer Grundbuchberichtigung zustehen, etwa zur Vorbereitung einer Erbauseinandersetzung nach § 2042 BGB oder zur Klärung von Ausgleichspflichten nach §§ 2050 ff BGB.

[16] Dies setzt allerdings zur Darlegung der Erbenstellung regelmäßig die Vorlage einer Ausfertigung des Erbscheines voraus (Hügel/Wilsch § 12 Rn. 58). Allerdings kann zur Beweiserleichterung im Falle einer Erbeinsetzung in einer öffentlichen Urkunde auf § 35 GBO zurückgegriffen werden, so dass deren Vorlage zusammen mit der Eröffnungsniederschrift genügt, wenn nicht Zweifel an der Erbfolge bestehen. Solche können sich trotz der Vermutung der Testierfähigkeit in § 2229 BGB auch schon vor einer rechtskräftigen Entscheidung des Nachlassgerichts ergeben (Senat vom 7.3.2016, 34 Wx 32/16 = FamRZ 2016, 1405). Entsprechend der Rechtsprechung zu § 35 GBO kann daher das Grundbuchamt, wenn berechtigte tatsächliche Zweifel an der Testierfähigkeit des Erblassers und damit an der Wirksamkeit der Verfügung bestehen, in der der Beteiligte als (Mit-)Erbe eingesetzt wurde, auch für die Frage der Grundbucheinsicht zur Darlegung der Erbenstellung einen Erbschein verlangen. Zwar bildet die generelle – abstrakte – Gefahr, dass letztwillige Verfügungen wegen Testierunfähigkeit (vgl. § 2229 Abs. 4 BGB) nichtig sein können, keinen ausreichenden Grund, einen Erbschein zu verlangen (vgl. Senat vom 31.10.2014, 34 Wx 293/14 = FamRZ 2015, 698; Meikel/Krause GBO 11. Aufl. § 35 Rn. 133). So reichen bloße Behauptungen, der Erblasser sei testierunfähig gewesen, nicht aus (Meikel/Krause § 35 Rn. 135; Hügel/Wilsch § 35 Rn. 124). Auch eine Betreuung als solche berührt die Testierfähigkeit nicht; denn auch für den Betreuten besteht die Vermutung der Testierfähigkeit (BayObLG NJW-RR 2005, 1025; OLG München – 31. Zivilsenat – NJW-RR 2008, 164). Es bedarf "wirklicher" (OLG Hamm OLGZ 1969, 301), d. h. begründeter bzw. konkreter Zweifel (Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 788), etwa gestützt auf fachärztliche Gutachten oder Entscheidungen (Hügel/Wilsch § 35 Rn. 124), die das Verlangen, einen Erbschein vorzulegen, rechtfertigen können. Dies gilt nur dann nicht, wenn nicht zu erwarten ist, dass das Nachlassgericht durch weitere Beweiserhebungen zu einer zweifelsfreien Überzeugung der Testierunfähigkeit kommen kann (Demharter § 35 Rn. 39).

[17] Die vom Grundbuchamt zulässigerweise beigezogenen, aktenkundigen (vgl. Demharter § 29 Rn. 61) Entscheidungen des Betreuungs- und Nachlassgerichts begründen jedenfalls Zweifel an der Testierfähigkeit, selbst wenn die Entscheidung des Nachlassgerichts noch nicht rechtskräftig ist. Die Entscheidungen beziehen sich nämlich auf schon erholte, fachärztliche Gutachten und kommen jeweils zum Ergebnis, dass der Erblasser bei Testamentserrichtung suggestibel und in seiner Urteils- und Kritikfähigkeit so weit gemindert gewesen ist, dass er nicht mehr in der Lage war, sich einen freien Willen über seine Geschäfte zu bilden. Da das Nachlassgericht zur Klärung der Frage der Testierfähigkeit ärztliche Befunde erhoben und Gutachten erholt hat, kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Frage der Testierfähigkeit nicht geklärt werden könnte.

Zum Einsichtsrecht des möglichen und ggf. ausschlagungswilligen Erben im Stadium vor Grundbuchberichtigung in Abt. I

[18] c) Auch unmittelbar nach dem Erbfall kann allerdings einem möglichen Erben ein Einsichtsrecht ins Grundbuch mit Blick auf den Nachlasswert zustehen, wenn er der Einsichtnahme bedarf, um die Frage der Ausschlagung der Erbschaft zu klären. In diesem Fall besteht in der Regel die Möglichkeit der Vorlage eines Erbscheins noch nicht. Es kann daher genügen, wenn der Beteiligte neben seiner Erbeinsetzung – etwa durch das notarielle Testament und die Eröffnungsniederschrift – zudem darstellt, dass er die Erbschaft noch ausschlagen kann. Dazu müsste er allerdings vorbringen, wann die Ausschlagungsfrist (§ 1944 BGB) zu laufen begonnen hat, sowie dass er die Erbschaft noch nicht – und sei es konkludent durch schlüssiges Verhalten oder Beantragung eines Erbscheins – angenommen hat (§ 1943 BGB).

[19] Zwar verweist der Beteiligte in seiner Beschwerde darauf, sich einen genaueren Überblick über Umfang und Werthaltigkeit des Nachlasses verschaffen zu wollen. Mangels konkreteren Vortrags ist schon fraglich, ob damit zum Ausdruck gebracht werden soll, er benötige die Informationen für die Überlegung zu einer Ausschlagung. Im Übrigen sprechen jedoch auch die von ihm geltend gemachte Anfechtung der Entscheidung des Nachlassgerichts und sein umfassender Antrag auf Grundbucheinsicht, die auch zwischenzeitlich veräußerte Rechte des Erblassers an Grundstücken umfassen soll, dafür, dass er Erbe sein und die Erbschaft behalten will (vgl. Palandt/Weidlich BGB 77. Aufl. § 1943 Rn. 2), so dass eine Ausschlagung schon nicht mehr möglich sein dürfte. Auch der Verweis auf den benötigten Überblick über Umfang und Werthaltigkeit des Nachlasses ist daher nicht geeignet, ein Einsichtsinteresse darzulegen.

III.

Prozessuale Nebenentscheidungen

[20] 1. Einer Kostenentscheidung bedarf es nicht, da der Beteiligte die gerichtlichen Kosten des erfolglosen Beschwerdeverfahrens schon kraft Gesetzes zu tragen hat, § 22 Abs. 1 GNotKG.

[21] 2. Den Geschäftswert des Beschwerdeverfahrens bestimmt der Senat auch im Hinblick darauf, dass sich das Auskunftsbegehren auf sämtliche bis zum Ableben des Erblassers auf diesen eingetragene Grundstücke und Grundstücksrechte einschließlich solcher, die in den letzten zehn Jahren vor seinem Ableben auf ihn eingetragen waren, bezog, nach dem Regelwert (§ 79 Abs. 1 Satz 1 i. V. m. § 36 Abs. 1 und 3 GNotKG).

[22] 3. Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 Abs. 2 GBO) liegen nicht vor. ■

3. Liegenschaftsrecht – Zur Vereinigung unterschiedlich belasteter Bruchteile und deren Darstellung im Grundbuch

(*OLG München*, Beschluss vom 20.2.2018 – 34 Wx 109/17)

BGB §§ 747 S. 1, 894, 1008, 1010 Abs. 1, 1922
GBO §§ 22, 47 Abs. 1

1. Vereinigt sich der von einem Miteigentümer erworbene Bruchteil in dessen Hand mit dem bereits innegehalte-

nen Bruchteil zu einem – entsprechend vergrößerten – Miteigentumsanteil am Grundstück, so bleibt eine unterschiedliche dingliche Bruchteilsbelastung grundsätzlich bestehen. Insofern behalten die ideellen Bruchteile eine gewisse rechtliche Selbständigkeit bei; die belasteten Anteile bestehen als fiktive Anteile im Rahmen der durch den Zuerwerb geschaffenen Rechtslage fort (Anschluss an BGH NJW-RR 2004, 1513; BayObLG NJW-RR 1996, 1041).

2. **Dies gilt auch im Hinblick auf eine von allen Miteigentümern getroffene Benutzungsregelung, die durch Eintragung im Grundbuch dingliche Wirkung erhalten hat.**

Zur Einordnung

Der Notar stößt mitunter auf Grundbücher, aus denen die am Grundstück bzw. Grundstückseigentum bestehenden Rechtsverhältnisse selbst bei sorgfältiger und fachkundiger Lektüre nur sehr schwer zu erkennen sind oder sogar zweifelhaft bleiben. Besonders anfällig hierfür sind Grundbücher von Grundstücken, die mehreren Eigentümern gemeinschaftlich nach Bruchteilen gehören, wenn die Bruchteile unterschiedlich belastet werden. Denn durch Veränderungen der Eigentumsverhältnisse kann die Zuordnung der Eintragungen in Abt. II und III des Grundbuchs zu den in Abt. I verzeichneten Bruchteilen an Eindeutigkeit und Klarheit verlieren. Dies gilt insbesondere für wechselseitige Belastungen im Rahmen einer verdinglichten Verwaltungs- und Benutzungsregelung der Miteigentümer, die in der Praxis vor allem bei solchen Objekten vorkommt, die nicht nach dem WEG aufgeteilt werden können.

Eine im Miteigentum stehende Sache gehört nicht ungeteilt der „Gemeinschaft", an der die Miteigentümer beteiligt sind, auch besteht der Bruchteil nicht nur in einem das gemeinschaftliche Eigentum belastenden dinglichen Recht; vielmehr liegt eine geteilte Eigentumszuständigkeit an einer ungeteilten Sache vor. Dabei ist der (ideelle) Bruchteil selbst Eigentum im Rechtssinne und unterliegt daher grundsätzlich den gesetzlichen Vorschriften über das Eigentum (MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 1008 Rn. 1, 16; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 258). Er kann aber nicht mehreren Personen wiederum gemeinschaftlich nach Bruchteilen gehören; vielmehr kommt es zu einer dinglichen Trennung (Spaltung), wenn derselbe Bruchteil auf verschiedene Erwerber übergeht. Auch kann nicht eine Person mehrere dinglich separate Bruchteile an demselben Objekt haben, weshalb es zu einer dinglichen Vereinigung (Verschmelzung) kommt, wenn ein Miteigentümer einen Bruchteil von einem anderen Miteigentümer hinzuerwirbt oder ein Dritter Bruchteile verschiedener Miteigentümer übernimmt (vgl. MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 16, § 1008 Rn. 1, 14, 17; BeckOK GBO/*Reetz*, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 47 Rn. 22). Fraglich ist, ob und wie sich eine solche Vereinigung mehrerer Bruchteile in der Hand desselben Miteigentümers mit einer unterschiedlichen dinglichen „Vorbelastung" der einzelnen Bruchteile verträgt. Verschiedene Bruchteile können nämlich nicht nur selbstständig übertragen, sondern auch selbstständig dinglich belastet werden, sofern nicht die Art der Belastung einen realen Grundstücksbezug erfordert (so vor allem bei [Nutzungs-]Dienstbarkeiten: BeckOK BGB/*Wegmann*, 45. Ed., Stand 1.2.2017, § 1018 Rn. 8 ff., § 1090 Rn. 2, vgl. MüKoBGB/*Mohr*, 7. Aufl. 2017, § 1018 Rn. 20 f., § 1090 Rn. 41; BeckOK BGB/*Fritzsche*, 45. Ed., Stand 1.2.2017, § 1008 Rn. 18; MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 1008 Rn. 16). Ein bestehender Bruchteil kann aber grundsätzlich nur einheitlich belastet werden (keine Quotenbelastung, vgl. hierzu BGH NJW 2019, 934 [935 Rn. 6 ff.], MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 1008 Rn. 5 f., eine Ausnahme ist jedenfalls beim Nießbrauch anerkannt, dazu MüKoBGB/*Pohlmann*, 7. Aufl. 2017, § 1030 Rn. 88, § 1066 Rn. 3; BeckOK BGB/*Wegmann*, 45. Ed., Stand 1.2.2017, § 1030 Rn. 28, § 1066 Rn. 1). Gleichwohl ist anerkannt, dass eine unterschiedliche dingliche Belastung der Vereinigung verschiedener Bruchteile nicht nur nicht entgegensteht, sondern danach auch „bruchteilintern" fortbesteht, so dass der belastete Anteil als „fiktiver" Anteil eine gewisse Selbstständigkeit behält (MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 741 Rn. 16, § 1008 Rn. 14; vgl. BGH NJW-RR 2004, 1513). Diese materiell-rechtlichen Verhältnisse werden im Grundbuch grds dadurch abgebildet, dass für jeden Miteigentümer genau ein Bruchteil verzeichnet wird (BeckOK GBO/*Reetz*, 31. Ed., Stand 1.2.2018, § 47 Rn. 54 f.; MüKoBGB/*K. Schmidt*, 7. Aufl. 2017, § 1008 Rn. 19), dessen unterschiedliche Belastung sich aus einer Zusammenschau der Vermerke zu den Eintragungsgrundlagen (Abt. I Spalte 4) und den Eintragungen in Abt. II und III ergibt.

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung hat das OLG München klargestellt, dass die vorstehenden Grundsätze auch für wechselseitige Bruchteilbelastungen im Rahmen einer gem. § 1010 BGB vedinglichten Benutzungsregelung gelten. So kann es durch Rechtsnachfolgevorgänge zB dazu kommen, dass von drei Bruchteilen (A, B, C), von denen ursprünglich jeder einheitlich mit dem Ausschluss seines Inhabers von der Nutzung all derjenigen räumlichen Grundstücksbereiche (I, II, III), die je einem anderen Bruchteileigentümer zur exklusiven Nutzung zugewiesen sind ([A-I], [B-II], [C-III]), belastet war, zwei Bruchteile unter Fortbestand der jeweiligen Belastung zunächst geteilt ([A1-I] ; [A2-I]; [B1-II] ; [B2-II]) und die unterschiedlich belasteten „Bruchteilanteile" später durch Vereinigung miteinander „vermischt" werden ([A1-I + B1-II]; [A2-I + B2-II]), so dass die betroffenen Miteigentümer letztlich bezüglich derselben Grundstücksbereiche sowohl zur (Mit-)Benutzung berechtigt als auch zur Duldung der (Mit-)Benutzung verpflichtet sind. Eine Änderung der Nutzungsregelung zur Wiederherstellung einer exklusiven Zuordnung der Nutzungsbefugnisse bedarf der Mitwirkung aller beteiligten Miteigentümer, also nicht nur diejenigen, die untereinander Nutzungsbefugnisse „tauschen" wollen, und zu ihrer Verdinglichung ist die Änderung in das Grundbuch einzutragen. Zum Erlöschen der verdinglichten Benutzungsregelung kommt es erst und nur dann, wenn sich alle belasteten Anteile in einer Hand vereinigen. Das OLG München hat daran erinnert, dass es in besonders komplexen Fällen geboten sein kann, im Grundbuch bereits durch einen Vermerk im Rahmen der Bruchteilangabe bei der Eigentümereintragung (Abt. I Spalte 2) klarzustellen, aus welchen (unterschiedlich belasteten) Teilen sich ein einheitlicher Bruchteil zusammensetzt. Hierüber hat das Grundbuchamt nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden, das im Einzelfall auch „auf Null" reduziert sein kann.

In der notariellen Praxis ist daher vor allem bei der „anteiligen" Veräußerung von Bruchteilen zu bedenken,

dass „bruchteilintern" unterschiedliche Belastungen bestehen können und eine Bezugnahme auf das Bestandsverzeichnis zur Identifizierung des Vertragsobjekts daher möglicherweise nicht ausreicht; ggf. ist in der Urkunde klarzustellen, wie der Bruchteil sich zusammensetzt und welcher fiktive Bruchteilanteil veräußert oder belastet wird. Bei unübersichtlichen Eintragungen sollte von der Möglichkeit Gebrauch gemacht werden, eine Klarstellung im Grundbuch anzuregen (hierzu bereits BGH BeckRS 2017, 102598 [Rn. 22, 27] mwN; Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 294-296); gegen eine ablehnende Entscheidung des Grundbuchamts findet die sog Fassungsbeschwerde statt (Schöner/Stöber, GrundbuchR, 15. Aufl. 2012, Rn. 297, 485 ff.). Soll nach Vermischung von Bruchteilen, die im Rahmen einer „1010er-Regelung" unterschiedlich belastet sind, ohne Mitwirkung aller an der Vereinbarung beteiligten Bruchteileigentümer eine exklusive Zuordnung wiederhergestellt werden, kann dies durch eine wechselseitige Übereignung der unterschiedlich belasteten Bruchteilanteile zwischen den betroffenen Miteigentümern erreicht werden.

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Im Grundbuch sind als Miteigentümer von Grundbesitz neben Frau H. R. (3/30) die Beteiligten zu 1 und 2 in Erbengemeinschaft (10/30) und der Beteiligte zu 2 (10/30 sowie 7/30) eingetragen. Der Beteiligte zu 1 beanstandet die Art und Weise der Miteigentümereintragung und meint, die zusammenfassende Darstellung eines Miteigentumsanteils von 10/30 für die Erbengemeinschaft gebe die materielle Rechtslage nicht zutreffend wieder, weil die Erben als Rechtsnachfolger des Erblassers Inhaber von zwei 5/30-Anteilen seien, denen – zusammen mit dem Inhaber zweier weiterer 5/30-Anteile – mit dinglicher Wirkung das Benutzungsrecht an zwei verschiedenen Wohnungen des Anwesens zugewiesen sei.

[2] Dem liegt folgendes zugrunde:

[3] 1. Zu notarieller Urkunde vom 11.10.1968 räumte die Erwerberin des (ganzen) Grundbesitzes, Frau W. B., den Anteilserwerbern J. Wa. und A. G. (später verheiratete Wa.) Miteigentum am Grundstück zu je 1/6-Bruchteilen ein, so dass ihr selbst noch 2/3-Bruchteile verblieben. Unter Ziff. VII. der Urkunde trafen W. B., J. Wa. und A. G. folgende Vereinbarung „hinsichtlich der Benützung des Grundstücks": 1) Dem jeweiligen Eigentümer der im Eigentum der Frau B. verbleibenden 2/3-Bruchteile steht das Recht auf ausschließliche Benützung

a) der im Erdgeschoss gelegenen Wohnräume, …

b) der im zweiten Obergeschoss gelegenen Wohnung, …

c) des Nebengebäudes, ausgenommen …, sowie des Bienenhauses,

d) des linken Kellerraumes,

e) der vom S…weg aus links vom Zugangsweg gelegenen unbebauten Grundstücksteils mit Ausnahme des Wäschetrockenplatzes.

[4] 2) Den jeweiligen Eigentümern der von Herrn Wa. und Frau G. erworbenen Miteigentumsbruchteile steht gemeinsam das Recht auf ausschließliche Benützung der im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung zu, … sowie dem rechten Kellerraum, sowie dem an die Küche angrenzenden Raum, ferner an der Holzlege Nr. …, sowie an dem unbebauten Grundstücksteil angrenzend an das Nebengebäude und die Einfahrt und den Zugangsweg vom S…-weg her bis zum Bienenhaus.

[5] 3) Gemeinsam wird benützt …

[6] Die Urkundsbeteiligten bewilligten die Eintragung der Benützungsregelung als Belastung der einzelnen Bruchteile zugunsten des jeweiligen Eigentümers der anderen Bruchteile im Grundbuch.

[7] Am 27.3.1969 wurden in Abteilung I des Grundbuchs als Miteigentümer eingetragen: W. B. zu 2/3-Bruchteilen (lfd. Nr. 6 a), A. G. zu 1/6-Bruchteil (lfd. Nr. 6 b) und J. Wa. ebenfalls zu 1/6-Bruchteilen (lfd. Nr. 6 c). Zugleich wurde in Abteilung II des Grundbuchs als Belastung jedes Anteils zugunsten der jeweiligen Miteigentümer unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 11.10.1968 eingetragen:

[8] Die Benutzung des Grundstücks ist geregelt.

[9] 2. Zu notarieller Urkunde vom 7.3.1972 übertrug W. B. einen 1/10-Miteigentumsbruchteil auf J. G., so dass ihr selbst ein Anteil von noch 17/30-Bruchteilen verblieb. Unter Ziff. VII. der Urkunde trafen die Urkundsbeteiligten folgende Benützungsregelung:

[10] Nach … steht Frau B. … das Recht auf Benützung der im Erdgeschoss gelegenen Wohnräume ausschließlich zu.

[11] Vereinbarungsgemäß soll dem jeweiligen Eigentümer des Kaufgegenstandes das Recht auf ausschließliche Benützung der im beigefügten Plan gekennzeichneten Räume im Erdgeschoss (als Teil der bisher Frau B. zur ausschließlichen Benutzung zugewiesenen Räume) zustehen, ebenso an dem … Teil der Holzlege Nr. … Der Urkunde ist ein Grundrissplan beigefügt, in dem der dem Erwerber zur ausschließlichen Nutzung zugewiesene Bereich durch Umrandung gekennzeichnet ist.

[12] Die Rechtsänderungen wurden im Grundbuch am 6.10.1972 vollzogen durch Eintragung von W. B. als Miteigentümerin zu 17/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 7 a) und J. G. zu 3/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 7 d). Der Sache nach unverändert blieb die Eintragung der Miteigentümer J. Wa. zu 5/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 7 b) und A. (verehelichte) Wa. ebenfalls zu 5/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 7 c). Ebenfalls am 6.10.1972 wurde in Abteilung II (Veränderungsspalte) die Inhaltsänderung der Benützungsregelung unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 7.3.1972 eingetragen.

[13] 3. Zu Urkunde vom 17.8.1972 übertrug W. B. einen 7/30-Bruchteil von dem ihr verbliebenen 17/30-Anteil auf W. L., so dass ihr noch ein Anteil von noch 10/30-Bruchteilen verblieb. Unter Ziff. IX. der Urkunde trafen die Urkundsbeteiligten folgende Benützungsregelung:

[14] Nach … steht Frau B. … das Recht auf Benützung der Wohnräume im Erdgeschoss zu, soweit sie nicht dem Miteigentümer Herrn G. zugewiesen sind. Die Räume sind in der dieser Urkunde beigefügten Lageskizze rot angelegt. Es besteht Einverständnis darüber, dass dem jeweiligen Eigentümer der erworbenen Bruchteile künftig das Recht auf ausschließliche Benützung dieser Räume im Erdgeschoß zustehen soll. … Nach dieser Regelung verblieb bei dem nicht übertragenen Anteil der W. B. von 10/30 das Nut-

zungsrecht an der im zweiten Obergeschoss gelegenen Wohnung.

[15] Am 16.5.1973 wurden W. B. als Miteigentümerin zu 10/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 8 a) und W. L. zu 7/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 8 e) in Abteilung I eingetragen. Außerdem wurde in Abteilung II (Veränderungsspalte) unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 17.8.1972 eingetragen, dass der Inhalt der Benützungsregelung geändert ist.

[16] 4. Den Miteigentumsanteil der W. B. zu 10/30 (verbundenen mit dem Nutzungsrecht an der im zweiten Obergeschoss gelegenen Wohnung) erwarben die Eltern der Beteiligten, J. und C. W., aufgrund notarieller Urkunde vom 27.6.1973 zu unter sich gleichen Bruchteilen. Am 22.5. 1974 wurden J. W. unter lfd. Nr. I/8 f und C. W. unter lfd. Nr. I/8 g als Miteigentümer jeweils zu 5/30-Bruchteilen eingetragen; als Grundlage der Eintragung (Spalte 4) wurde die „Auflassung des Miteigentumsanteils unter 8 a an die Miteigentümer unter 8 f-g“ vermerkt. Die Eintragungen zur lfd. Nr. 8 a in den Spalten 1 und 2 wurden gerötet.

[17] In die Stellung der Miteigentümerin A. Wa. (lfd. Nr. 8 c) trat durch Erbfolge J. Wa. ein. Dieser wurde am 25.4.1983 aufgrund Vereinigung des ererbten und des eigenen Anteils als Miteigentümer zu 10/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 8 h) eingetragen.

[18] 5. Mit Umschreibung auf ein neues Grundbuchblatt am 13.11.1987 wurde die Reihenfolge der Miteigentümereintragungen bei im übrigen gleichgebliebenem Grundbuchinhalt geändert.

[19] J. W. und C. W. wurden unter lfd. Nrn. 2 a und 2 b als Miteigentümer zu je 5/30 vermerkt, J. Wa. mit einem Bruchteil von 10/30 unter lfd Nr. 4.

[20] 6. Den 10/30-Bruchteil des J. Wa. (verbundenen mit dem Nutzungsrecht an der im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung) erwarben J. und C. W. je zu gleichen Teilen von dessen Rechtsnachfolgerin M. Z. (lfd. Nr. I/5) gemäß Auflassung vom 2.9.2004.

[21] Am 16.12.2004 wurden J. W. als Miteigentümer zu 10/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 7.2.1) und C. W. als Miteigentümerin zu 10/30-Bruchteilen (lfd. Nr. 7.2.2) eingetragen. Als Grundlage der Eintragungen ist vermerkt (Spalte 4):

aufgrund bisherigen Eigentums (2 a und b) und Auflassung vom 2.9.2004 (Anteil Nr. 5).

[22] 7. J. W. verstarb am 30.7.2012. Er wurde laut Erbschein beerbt von C. W. und den beiden Beteiligten.

[23] Am 16.10.2012 wurde in Spalte 2 (Eigentümer) der Abteilung I eingetragen:

8.2.1.1 C. W.

8.2.1.2. A. W. (Beteiligter zu 2)

8.2.1.3 J. W. (jun.; Beteiligter zu 1)

in Erbengemeinschaft

– zu 10/30 – 8.2.2 C. W.

– zu 10/30 – Als Eintragungsgrundlage ist angegeben:

Zu 8.2.1.1 – 8.2.1.3: Erbschein vom …; zu 8.2.2 wie vor zu 7.2.2.

[24] 8. Zu Urkunde vom 2.7.2013 übertrug C. W. ihren Erbanteil auf den Beteiligten zu 2. Zugleich bewilligte sie die Berichtigung des Grundbuchs im Hinblick auf den zum Nachlass gehörenden 10/30 Miteigentumsanteil.

[25] Am 8.7.2013 wurde in die Eigentümerspalte eingetragen:

9.2.1.1 A. W. (Beteiligter zu 2)

9.2.1.2 J. W. (jun; Beteiligter zu 1)

in Erbengemeinschaft

– zu 10/30 – 9.2.2 C. W.

– zu 10/30 – Als Grundlage der Eintragung ist vermerkt:

zu 9.2.2 wie vor zu 8.2.2;

zu 9.2.1.2 wie vor zu 8.2.1.3;

zu 9.2.1.1 wie vor zu 8.2.1.2 sowie Erbanteilsübertragung vom 2.7.2013.

[26] 9. Zu Urkunde vom 5.7.2013 überließ C. W. ihren 10/30 Miteigentumsanteil dem Beteiligten zu 2. Die Grundbuchlage ist in Ziffer I der Urkunde wie folgt beschrieben:

[27] Als Eigentümer sind Frau C. W., Herr A. W. (der Beteiligte zu 2) und Herr J. W. (der Beteiligte zu 1) in Erbengemeinschaft zu 10/30 Anteilen sowie Frau C. W. zu 10/30 Anteilen eingetragen.

[28] Der Anteil von Frau W. ist folgendermaßen belastet:

Abteilung II:

lfd. Nr. 1:

[29] Die Benutzung des Grundstücks ist geregelt;

lfd. Nr. 2:

… Gemäß Ziff. V. der Urkunde behielt sich C. W. „an dem vertragsgegenständlichen Miteigentumsanteil“ auf ihre Lebenszeit den unentgeltlichen Nießbrauch vor. Der Beteiligte zu 2 verpflichtete sich ihr gegenüber zur Zahlung einer lebenslangen Leibrente. Die Eintragung eines Nießbrauchs sowie einer Reallast wurden bewilligt.

[30] Im Grundbuch wurde am 10.7.2013 „Anstelle von 9.2.2“ der Beteiligte zu 2 unter lfd. Nr. 9.4 als Miteigentümer zu 10/30-Bruchteilen auf der Grundlage der Auflassung vom 5.7.2013 eingetragen. Die Eigentümereintragung unter lfd. Nr. 9.2.2 (C. W. zu 10/30-Anteilen) wurde gerötet.

[31] Die Eintragung lautet daher:

9.2.1.1 A. W. (Beteiligter zu 2)

9.2.1.2 J. W. (jun.; Beteiligter zu 1)

in Erbengemeinschaft

– zu 10/30 – 9.4 A. W. (Beteiligter zu 2)

– zu 10/30 – In Abteilung II wurde am selben Tag je unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom 5.7.2013 eingetragen:

lfd. Nr. 9: Am Anteil Abt. I/9.4: Nießbrauch für C. W. …

lfd. Nr. 10: Am Anteil Abt. I/9.4: Reallast (Rentenrecht) … für C. W. …

[32] 10. Am 7.12.2016 beantragte der anwaltlich vertretene Beteiligte zu 1 die Grundbuchberichtigung. Er macht geltend: Zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers seien die Eheleute J. und C. W. zu gleichen Bruchteilen Eigentümer zweier 10/30-Anteile am Grundbesitz gewesen, nach der dinglichen Benützungsregelung verbunden einerseits mit dem Recht zur ausschließlichen Nutzung der im zweiten

Obergeschoss gelegenen Wohnung und andererseits mit dem Recht zur ausschließlichen Nutzung der im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung. Da somit die Erbengemeinschaft hälftig an jedem der Miteigentumsbruchteile von je 10/30, verbunden mit dem Recht zur ausschließlichen Nutzung zweier verschiedener Wohnungen, beteiligt sei, müsse dies auch aus der Grundbucheintragung hervorgehen. Die zusammenfassende Eintragung als 10/30-Anteil werde dem nicht gerecht. Richtigerweise müsse die Eigentümerspalte verlautbaren:

10/30 Miteigentumsbruchteil

A. W.

J. W.

– in Erbengemeinschaft – und

A. W.

10/30 Miteigentumsbruchteil

A. W.

J. W.

– in Erbengemeinschaft – und

A. W.

[33] In dieser Weise sei das Grundbuch zu berichtigen.

[34] Das Grundbuchamt hat die übrigen Miteigentümer und C. W. als dinglich Berechtigte angehört und mitgeteilt, es beabsichtige, im Wege der Klarstellung die eingetragenen Miteigentumsanteile entsprechend den zugehörigen Wohnungen gemäß der getroffenen Benutzungsregelungen neu vorzutragen und die mit der Eintragung vom 16.12.2004 zusammengeworfenen 10/30-Anteile auf die zutreffenden 5/30-Anteile zurückzuführen. Die jeweils zusammengehörenden 10/30-Anteile (Wohnung im ersten bzw. zweiten Stock) würden sich aus der vorgesehenen Nummerierung ergeben. An den Eigentums- und Berechtigungsverhältnissen würde sich dadurch nichts ändern. Es sei daher folgende Eigentümereintragung beabsichtigt:

10.1.1.1 A. W., geb. …

10.1.1.2 J. W., geb. …

10.1.1.1 und 10.1.1.2 als Teil von 9.2.1 (ursprünglich Anteil 2 a W. J.)

in Erbengemeinschaft

– zu 5/30 – 10.1.2 A. W., geb. … als Teil von 9.4 (ursprünglich Anteil 2 b W. C.)

– zu 5/30 – 10.2 A. W., geb. …

(vormals 9.5)

– zu 7/30 – 10.3 H. R., geb. …

(vormals 9.3)

– zu 3/30 – 10.4.1.1 A. W., geb. …

10.4.1.2 J. W., geb. …

10.4.1.1 und 10.4.1.2 als Teil von 9.2.1 (ursprünglich Anteil 5 …)

in Erbengemeinschaft

– zu 5/30 – 10.4.2 A. W., geb. … als Teil von 9.4 (ursprünglich Anteil 5 …)

– zu 5/30 – Die zugunsten von C. W. eingetragenen Rechte (Nießbrauch und Reallast) würden danach an den neuen Anteilen 10.1.2 und 10.4.2 lasten.

[35] Der Beteiligte zu 2 ist dem entgegengetreten und hat Schadensersatzansprüche in den Raum gestellt. Eine Klarstellung sei zwar wünschenswert, habe sich jedoch an der Realität und nicht an den Wünschen des Antragstellers zu orientieren. Er hat auch im Auftrag von C. W. geltend gemacht, unter den drei Erben sei kurz nach Eintritt des Erbfalls Einigkeit dahingehend erzielt worden, dass die im zweiten Obergeschoss liegenden und bis dahin als elterliche Wohnung genutzten Räumlichkeiten dem in den Nachlass fallenden 10/30 Bruchteil entspreche. Leider habe man es versäumt, dies schriftlich festzuhalten. Es könne aber jederzeit eine Mehrheitsentscheidung über eine entsprechende Nutzungsregelung herbeigeführt werden.

[36] Der Beteiligte zu 1 ist diesen Ausführungen in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht entgegengetreten und hat an seiner „Anregung zur Grundbuchberichtigung“ festgehalten, wobei die Berichtigung gemäß dem übersandten Entwurf des Eintragungstextes vorzunehmen sei.

[37] Das Grundbuchamt hat sodann mit Beschluss vom 7.3.2017 den Antrag vom 25.10.2016 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt: Zwar hätten C. und J. W. zu je hälftigem Miteigentum zunächst den mit der Nutzungsbefugnis an der Wohnung im zweiten Obergeschoss verbundenen 10/30-Anteil erworben und später den mit der Nutzungsbefugnis an der Wohnung im ersten Obergeschoss verbundenen 10/30-Anteil hinzu erworben, so dass mit dem Versterben des J. W. an dessen Stelle die Erbengemeinschaft getreten sei. Weil aber die Eheleute infolge des Zuerwerbs als Inhaber eines Anteils von 20/30 ohne Unterscheidung nach den Benutzungsregelungen eingetragen worden sei, sei es nach dem Erbfall zur Eintragung der Erbengemeinschaft an einem 10/30 Anteil gekommen. Es könne nicht ausgeschlossen werden, dass die Beteiligten bei der Erbanteilsübertragung und vor allem bei der rechtsgeschäftlichen Übertragung des nicht von der Erbfolge betroffenen 10/30-Anteils der C. W. auf den Beteiligten zu 2 (unter gleichzeitiger Bestellung eines Nießbrauchs und einer Reallast) infolge der unübersichtlichen Darstellung der Eigentumsverhältnisse im Grundbuch davon ausgehen konnten, dass – wie der Beteiligte zu 2 geltend mache – der 10/30-Anteil der Erbengemeinschaft einerseits und der 10/30-Anteil der C. W. andererseits mit dem Nutzungsrecht an der Wohnung einerseits im ersten Obergeschoss und andererseits im zweiten Obergeschoss verbunden sei. Nach dem Vortrag des Beteiligten zu 2 werde gemäß dieser Vorstellung der zu Gunsten von C. W. bestellte Nießbrauch an der Wohnung im ersten Stock ausgeübt. Aufgrund der unübersichtlichen Entwicklungen und Darstellung der Miteigentumsanteile könne somit ein gutgläubiger Erwerb nicht ausgeschlossen werden.

[38] Mit seiner hiergegen gerichteten Beschwerde beantragt der Beteiligte zu 1, das Grundbuch unter Aufhebung des amtsgerichtlichen Beschlusses zu berichtigen. Er meint, gutgläubiger Erwerb sei deshalb auszuschließen, weil spätestens seit der Eintragung vom 16.12.2004 eine konkrete Zuordnung der Benutzungsregelungen zu Miteigentumsanteilen nicht mehr möglich gewesen sei.

[39] Das Grundbuchamt hat nicht abgeholfen.

[40] In der Beschwerdeinstanz haben der Beteiligte zu 2, die weitere Miteigentümerin als Inhaberin eines dinglichen Vorkaufsrechts und C. W. als dinglich Berechtigte Gele-

genheit zur Äußerung erhalten. Der Beteiligte zu 2 hat sich auch namens seiner Mutter für die Zurückweisung der Beschwerde ausgesprochen.

Aus den Gründen:

II.

[41] Das Rechtsmittel hat nur teilweise Erfolg. Weil das Grundbuch die materielle Rechtslage zutreffend wiedergibt, ist für eine Berichtigung kein Raum. Auch gutgläubiger Erwerb kommt deshalb nicht in Betracht. Aus den Grundbucheintragungen erschließt sich die materielle Rechtslage allerdings nur dem sorgfältigen Leser, so dass die Eintragung eines Klarstellungsvermerks in Betracht kommt. Weil die Begründung, mit der das Grundbuchamt eine Klarstellung abgelehnt hat, ermessensfehlerhaft ist, ist die Sache insoweit zur erneuten Entscheidung unter Beachtung der Rechtsauffassung des Senats zurückzuverweisen.

[42] 1. Die Beschwerde ist zulässig.

Zur Abgrenzung des Grundbuchberichtigungsantrags von der Fassungsbeschwerde

[43] a) Das mit der Beschwerde weiterverfolgte Begehren bedarf zunächst der Auslegung. Nachdem sich der Beteiligte zu 1 gegenüber dem Grundbuchamt zustimmend zur angekündigten Klarstellung geäußert und ein entsprechendes Vorgehen angeregt hatte, formulierte er mit der Beschwerde erneut einen Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs. Nach diesem Wortlaut und mit Blick auf die inhaltlichen Ausführungen über den – angeblichen – Widerspruch zwischen der formellen Grundbuchlage und der materiellen Rechtslage kann das Rechtsmittel nicht als Fassungsbeschwerde (Demharter GBO 30. Aufl. § 71 Rn. 46) gegen die Art und Weise der (Mit-)Eigentümereintragung ausgelegt werden. Die Beschwerde zielt vielmehr auf eine für notwendig erachtete Berichtigung des für falsch erachteten Grundbuchs.

[44] b) Die mit diesem Ziel nach 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte Beschwerde ist in zulässiger Weise (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG) vom Beschwerdeberechtigten eingelegt.

[45] 2. In der Sache ist das Rechtsmittel teilweise begründet, weil zwar – mangels Grundbuchunrichtigkeit – eine Berichtigung (§ 22 GBO) nicht verlangt werden kann, der inzident auch eine Klarstellung ablehnende Beschluss des Grundbuchamts aber wegen seiner rechtsfehlerhaften und damit ermessensfehlerhaften Erwägungen keinen Bestand haben kann.

[46] a) Die Miteigentumsanteile und die Berechtigten hieran sowie die an den jeweiligen Anteilen lastenden dinglichen Benutzungsbeschränkungen sind im Grundbuch im Einklang mit der materiellen Rechtslage wiedergegeben. Das Grundbuch erweist [sich] daher als richtig (vgl. § 894 BGB, § 22 GBO).

[47] aa) Haben die Miteigentümer eines Grundstücks unter sich die Benutzung des gemeinschaftlichen Gegenstands geregelt (§ 746 BGB), so erhält die getroffene Bestimmung nach der für das Miteigentum an Grundstücken (vgl. § 1008 BGB) geltenden Sonderbestimmung des § 1010 Abs. 1 BGB dingliche Wirkung nur, wenn sie als Anteilsbelastung im Grundbuch eingetragen wird (BayObLG Rpfleger 1980, 478; Staudinger/Gursky BGB [2012] § 1010 Rn. 1). Die in Abteilung II des Grundbuchs vorzunehmende (vgl. § 10 Abs. 1 Buchst. a GBV) Eintragung begründet eine dingliche Belastung der Miteigentumsanteile zugunsten des jeweiligen nutzungsberechtigten Miteigentümers (BayObLG Rpfleger 1980, 478; Palandt/Herrler BGB 77. Aufl. § 1010 Rn. 3; Staudinger/Gursky § 1010 Rn. 6 und 12 m. w.Nachw.).

[48] Den vormals zugunsten von J. W. und C. W. in Abteilung I unter lfd. Nrn. 2 a und 2 b eingetragenen Miteigentumsanteilen zu je 5/30, erworben von W. B. nach § 1008 BGB i. V. m. § 747 Satz 1, §§ 873, 925 BGB, war nach dem Inhalt der in Abteilung II unter zulässiger Bezugnahme (§ 874 BGB) auf die Bewilligung eingetragenen Benutzungsregelung (§ 1010 Abs. 1 BGB) das ausschließliche Recht zur Nutzung der im zweiten Obergeschoss gelegenen Wohnung zugeordnet. Dem von der Rechtsnachfolgerin des J. Wa. zu unter sich je gleichen Teilen erworbenen 10/30-Bruchteil, vormals eingetragen in Abteilung I lfd. Nr. 5, war das ausschließliche Nutzungsrecht an der im ersten Obergeschoss gelegenen Wohnung zugeordnet. Die als Belastung der jeweils anderen Miteigentumsanteile gemäß §§ 873, 877 BGB bestellte und im Grundbuch eingetragene Benutzungsregelung hat gemäß § 1010 Abs. 1 BGB dingliche Wirkung.

Der rechtsgeschäftliche Zuerwerb von Miteigentumsanteilen führt auch bei unterschiedlichen Belastungsverhältnissen zur Vereinigung der Bruchteile

[49] Der rechtsgeschäftliche Zuerwerb von Miteigentumsanteilen durch J. und C. W. hatte keine materiell-rechtliche Auswirkung auf Bestand und Inhalt der Benutzungsregelung. Aufgrund des Zuerwerbs trafen in der Hand jedes Erwerbers zwei 5/30-Anteile zusammen, der bereits innegehaltene Anteil von 5/30 und ein hinzuerworbener Anteil von 5/30. Vereinigen sich – wie hier – mehrere Bruchteile in einer Hand, so wird aus ihnen ein Bruchteil (BGH NJW 2013, 934; BayObLG NJW-RR 1996, 1041, 1042; MüKo/K. Schmidt BGB 7. Aufl. § 741 Rn. 16 mit § 1008 Rn. 14). In der Hand von J. und C. W. verschmolzen mithin die Anteile je zu einem 10/30-Miteigentumsanteil. Trotz Vereinigung mehrerer Bruchteile in der Hand desselben Miteigentümers bleibt allerdings eine unterschiedliche dingliche Bruchteilsbelastung grundsätzlich bestehen.

Insofern behalten die ideellen Bruchteile eine gewisse rechtliche Selbständigkeit bei; die belasteten Anteile bestehen als fiktive Anteile im Rahmen der durch den Zuerwerb geschaffenen Rechtslage fort (BGH NJW-RR 2004, 1513; BayObLG NJW-RR 1996, 1041, 1042; MüKo/K. Schmidt § 741 Rn. 16 mit § 1008 Rn. 14; Palandt/Herrler § 1008 Rn. 5).

Dies gilt grundsätzlich auch für eine durch Bruchteilbelastung verdinglichte Benutzungsregelung

Dies gilt hier im Hinblick auf die als dingliche Belastung eingetragene Benutzungsregelung, nach der der/die Inhaber des jeweils belasteten Anteils von der Nutzung des den anderen Anteilen zugewiesenen räumlichen Bereichs ausgeschlossen ist/sind. Eine Vereinigung aller Anteile in einer Hand, die zum Erlöschen der Benutzungsregelung führen würde ([Staudinger]/Gursky § 1010 Rn. 7), liegt nicht vor.

Die Zusammensetzung eines Bruchteils und ggf. unterschiedliche „bruchteilinterne" Belastungsverhältnisse ergeben sich im Grundbuch aus dem Vermerk der Eintragungsgrundlage

[50] Das Grundbuch verlautbart diese materielle Rechtslage korrekt. Die Eintragung von J. W. und C. W. als Mit-

eigentümer zu jeweils 10/30-Bruchteilen (lfd. Nr. I/7.2.1 und I/7.2.2) berücksichtigt zutreffend, dass sich die in der Hand jedes Erwerbers zusammentreffenden zwei 5/30-Anteile zu je einem 10/30-Anteil vereinigt haben. Aus der korrekten Darstellung der Eintragungsgrundlage ergibt sich, dass diese Anteile jeweils durch Verschmelzung von 5/30-Anteilen entstanden sind, die ausweislich der in Abteilung II des Grundbuchs eingetragenen Benutzungsregelung mit unterschiedlichen Nutzungsausschlüssen belastetet sind.

[51] bb) Durch den Erbfall, die Erbanteilsübertragung und die rechtsgeschäftliche Anteilsübertragung von C. W. auf den Beteiligten zu 2 hat sich nur der Inhaber der betroffenen Anteile geändert, nicht aber deren Zusammensetzung aus unterschiedlich belasteten ideellen Anteilen.

[52] (1) Gemäß § 1922 Abs. 1 BGB sind die Erben in die (Mit) Eigentümerposition des Erblassers J. W. nachgerückt, wie sie im Zeitpunkt des Erbfalls bestanden hat, mithin in den sich aus zwei unterschiedlich belasteten ideellen 5/30-Anteilen zusammensetzenden 10/30-Anteil des Erblassers und deshalb verbunden mit dem Recht auf Nutzung der Wohnung im ersten bzw. im zweiten Obergeschoss. Diese Änderung der materiellen Rechtslage wurde im Grundbuch durch die Eintragung der Erbengemeinschaft anstelle des Erblassers unter korrekter Angabe der Eintragungsgrundlage zutreffend nachvollzogen.

[53] (2) Mit der dinglichen Übertragung des Erbanteils von C. W. auf den Beteiligten zu 2 nach § 2033 BGB schied C. W. aus der Erbengemeinschaft aus. Auch diese außerhalb des Grundbuchs eingetretene Änderung der materiellen Rechtsinhaberschaft am 10/30-Anteil des Erblassers wurde im Grundbuch unter zutreffender Angabe der Eintragungsgrundlage eingetragen.

[54] (3) Die rechtsgeschäftliche Übertragung des 10/30-Anteils von C. W. auf den Beteiligten zu 2 gemäß Urkunde vom 5.7.2013 betrifft deren Anteil mit dem Inhalt, mit dem C. W. ihn innehatte, somit als einen sich aus zwei unterschiedlich belasteten und vice versa berechtigten ideellen 5/30-Anteilen zusammensetzenden 10/30-Anteil. Nur über ihren eigenen Miteigentumsanteil konnte C. W. ohne Mitwirkung der übrigen Miteigentümer, mithin ohne Mitwirkung der Mitglieder der Erbengemeinschaft, verfügen, § 1008 BGB i. V. m. § 747 Satz 1 BGB (BayObLG Rpfleger 1979, 302). Mit der Übertragung des Miteigentumsanteils trat der Beteiligte zu 2 nach § 1010 Abs. 1 BGB in die zwischen den Miteigentümern vereinbarte und im Grundbuch eingetragene Benutzungsregelung mit dem dort vorgesehenen Inhalt ein (BayObLG Rpfleger 1980, 478). Für die Rechtsstellung am vererbten Anteil des J. W. hat dieses Rechtsgeschäft keine materiell-rechtliche Bedeutung.

[55] Die Eintragung der Auflassung im Grundbuch entspricht der materiell-rechtlichen Einigung und führte gemäß §§ 925, 873 BGB zum Rechtsübergang auf den Beteiligten zu 2. Selbst eine abweichende Vorstellung der am Rechtsgeschäft Beteiligten in Bezug auf die Benutzungsregelung würde daran nichts ändern (BayObLG Rpfleger 1979, 302). Das Nießbrauchsrecht (§ 1030 BGB) und die Reallast (§ 1105 BGB) wurden (nur) an diesem Miteigentumsanteil bestellt (§ 873 BGB) und bewilligt. Die mit der Bewilligung übereinstimmende Eintragung im Grundbuch brachte diese dinglichen Rechte zur Entstehung, § 873 Abs. 1 BGB, lastend nur am übertragenen Anteil.

Die Fehlinterpretation des Grundbuchs begründet auch bei unübersichtlichen Eintragungen keinen gutgläubigen Erwerb

[56] Gutgläubiger Erwerb eines 10/30-Anteils mit einem anderen als dem aus dem Grundbuch ersichtlichen Inhalt scheidet aus. Zum einen gilt nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB der Inhalt des Grundbuchs zugunsten des Erwerbers als richtig; eine Fehlinterpretation des die materielle Rechtslage zutreffend verlautbarenden Grundbuchinhalts, so sie denn beim Erwerber vorgelegen haben sollte, wird hingegen durch das Gesetz nicht geschützt. Ein Fehlverständnis des Erwerbers führt mithin nicht zum Verlust der Berechtigung aus einer zutreffend im Grundbuch eingetragenen, aber vom Erwerber nicht erkannten oder falsch verstandenen Belastung (vgl. auch BayObLG Rpfleger 1979, 302).

[57] cc) Eine etwaige abweichende Nutzungsregelung unter den Miteigentümern nach § 746 BGB oder aufgrund Mehrheitsbeschlusses nach § 745 Abs. 1 BGB hat auf die dingliche Rechtslage keinen Einfluss. Dasselbe gilt für eine tatsächliche Nutzung, die mit der dinglichen Rechtslage nicht im Einklang steht.

[58] § 1008 BGB verweist für das Miteigentum an Grundstücken auf die Sonderbestimmung des § 1010 BGB (Staudinger/Gursky § 1010 Rn. 1; Staudinger/Eickelberg BGB [2015] § 746 Rn. 2). Die Änderung der dinglichen Belastung (Benutzungsregelung) richtet sich nach §§ 873 ff. BGB, § 19 GBO (Staudinger/Gursky § 1010 Rn. 7; MüKo/K. Schmidt § 1010 Rn. 10). Die einmal zustande gekommene Belastung im Sinne von § 1010 Abs. 1 BGB kann nur durch eine neue wirksame Vereinbarung der Miteigentümer und deren Eintragung im Grundbuch geändert werden. Zur inhaltlichen Änderung der dinglich wirkenden Benutzungsregelung bedarf daher der Mitwirkung des Beteiligten zu 2 und der konstitutiv wirkenden Eintragung im Grundbuch. Jedenfalls an Letzterem fehlt es hier. Weil aber erst die Eintragung die dingliche Wirkung einer – behaupteten – geänderten Nutzungsabrede zustande bringt (Staudinger/Gursky § 1010 Rn. 7), erweist sich das Grundbuch auch dann als richtig, wenn – wie vom Beteiligten zu 2 behauptet – eine abweichende Nutzungsregelung nach § 745 Abs. 1 BGB getroffen worden sein sollte. Sie hat – wie das Grundbuch zutreffend ausweist – jedenfalls keine dingliche Wirkung.

[59] dd) Aus diesen Gründen steht die formelle Grundbuchlage im Einklang mit der materiellen Rechtslage. Das Grundbuch verlautbart zutreffend, dass die Erbengemeinschaft an dem sich aus zwei ideellen 5/30-Anteilen zusammensetzenden 10/30-Miteigentumsanteil des Erblassers besteht und die ideellen Anteile aufgrund der dinglichen Nutzungsregelung unterschiedlich belastet sind.

Wenn inhaltlich zutreffende Grundbucheintragungen äußerlich unzulänglich gefasst sind, kann eine Klarstellung geboten sein

[60] b) Obgleich sich die Zusammensetzung des von der Erbfolge betroffenen 10/30-Miteigentumsanteils dem sorgfältigen Leser des Grundbuchs erschließt, ist eine diesbezüglich klarstellende Eintragung in Betracht zu ziehen.

[61] aa) Eine Klarstellung kann von Amts wegen oder auf Anregung eingetragen werden, wenn der vorhandene Grundbucheintrag die Rechtsverhältnisse am Grundstück zwar inhaltlich richtig darstellt, die Eintragungen aber unübersichtlich und deshalb in ihrer äußeren Fassung un-

zulänglich sind (BGH FGPrax 2014, 101, 102; Senat vom 20.2.2017, 34 Wx 433/16 = FGPrax 2017, 114; Demharter § 53 Rn. 7; Hügel/Holzer GBO 3. Aufl. § 22 Rn. 96; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 294 – 296).

[62] Danach kommt eine Klarstellung hier in Betracht. Die Zusammensetzung der 10/30-Miteigentumsanteile aus ideellen 5/30-Anteilen, die aufgrund der dinglich wirkenden Nutzungsregelung unterschiedlich belastet sind und trotz Verschmelzung insoweit eine rechtliche Selbständigkeit beibehalten haben, erschließt sich nur aus einer Zusammenschau der Vermerke über die Eintragungsgrundlagen in Abteilung I und dem Inhalt der in Abteilung II unter Bezugnahme auf die Bewilligung der eingetragenen Benutzungsregelung.

Über die Fassung der Eintragung und die Vornahme einer Klarstellung hat das Grundbuchamt nach pflichtgemäßem Ermessen zu entscheiden

[63] bb) Für das Beschwerdegericht existiert jedoch keine Rechtsgrundlage, das Grundbuchamt zur Eintragung eines Klarstellungsvermerks anzuweisen (BayObLGZ 1995, 153). Vielmehr steht dem Grundbuchamt bei der Fassung der Eintragung ein eigenes Ermessen zu.

[64] Da die angefochtene Entscheidung allerdings wegen unzutreffender Beurteilung der Rechtslage ermessensfehlerhaft ist, ist sie aufzuheben. Bei der neu vorzunehmenden Entscheidung wird zu berücksichtigen sein, dass nach dem Gesetz zum einen nur der gute Glaube an die Richtigkeit des Grundbuchs, nicht aber ein rechtliches Fehlverständnis geschützt ist und dass zum anderen das Interesse des Berechtigten an einer klaren grundbuchlichen Verlautbarung seiner Rechtsstellung bei schwieriger Rechtslage eine Ermessensreduzierung auf Null bewirken kann (Holzer NotBZ 2008, 14/19). Dass die Rechtslage schwierig zu beurteilen ist, ergibt sich aus den Ausführungen unter II. 2. a). Daneben dürfte das Interesse des Beteiligten zu 1 an einer klaren Fassung des Eintragungsvermerks wegen der zur Aufhebung der Erbengemeinschaft anstehenden Teilungsversteigerung in die Ermessensentscheidung einzubeziehen sein.

[65] Die vor einer klarstellenden Eintragung durchzuführende Anhörung der Betroffenen und dinglich Berechtigten hat bereits vor dem Grundbuchamt und erneut in der Beschwerdeinstanz vor dem Senat stattgefunden.

III.

[66] Die Kostenentscheidung beruht hinsichtlich des erfolglosen Teils der Beschwerde auf § 81 Abs. 1 Satz 1, § 84 FamFG. Die Anordnung einer Erstattung außergerichtlicher Kosten erscheint nicht angezeigt, da der Beteiligte zu 2 zu Unrecht die Rechtsposition des Beteiligten zu 1 bestritten hat. Im Übrigen – soweit der Beteiligte zu 1 obsiegt hat – bedarf es keines Kostenausspruchs. Denn die Kostenhaftung erlischt insoweit kraft Gesetzes (§ 25 Abs. 1 GNotKG).

[67] Der Geschäftswert für den erfolglosen Teil der Beschwerde bestimmt der Senat mit dem Regelwert (§ 61 Abs. 1, § 36 Abs. 1 und Abs. 3 GNotKG), weil es an tauglichen Anhaltspunkten für die Bemessung des diesbezüglichen wirtschaftlichen Interesses fehlt.

[68] Die gesetzlichen Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 78 GBO) liegen nicht vor. ■

4. Erbrecht – Zu Pflichtteilsergänzungsansprüchen wegen ehebedingter Zuwendungen

(*BGH*, Urteil vom 14.3.2018 – IV ZR 170/16)

BGB §§ 421, 426 Abs. 1 S. 1, 427, 516, 1360 a, 2325 Abs. 1, Abs. 2 S. 2

1. **Zum Pflichtteilsergänzungsanspruch hinsichtlich Finanzierungsleistungen für ein Hausgrundstück als unbenannte Zuwendung unter Ehegatten.**
   (amtl. Orientierungssatz)
2. **Eine unbenannte Zuwendung unter Ehegatten ist idR unabhängig von einer Einigung über ihre Unentgeltlichkeit als ergänzungspflichtige Schenkung anzusehen. Dies gilt jedoch nicht für Zuwendungen, die unterhaltsrechtlich geschuldet sind, die sich im Rahmen einer nach den konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung halten oder durch die langjährige Dienste, die ein Ehegatte dem anderen vor und nach der Eheschließung geleistet hat, nachträglich in angemessenem Umfang vergütet werden.**
   (RNotZ-Leitsatz)
3. **Soweit der Tilgungsanteil von Finanzierungsleistungen des Erblassers für ein Hausgrundstück sich in dem ergänzungspflichtigen Wert eines übertragenen Miteigentumsanteils an diesem Grundstück verkörpert, liegt keine zusätzliche ergänzungspflichtige Schenkung vor. Die Übernahme von Zinsleistungen durch den Erblasser führt hingegen zu einer Bereicherung im sonstigen Vermögen des Zuwendungsempfängers, die eine zusätzliche Ergänzungspflicht begründen kann.**
   (RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

In der notariellen Praxis stellt sich häufig die Frage, ob und inwieweit Vermögens-, insbesondere Grundbesitzübertragungen Pflichtteilsergänzungsansprüche begründen können und ob sich solche Ansprüche vermeiden oder zumindest verringern lassen.

Wenn der Erblasser zu seinen Lebzeiten dem Erben oder einem Dritten eine Schenkung gemacht hat, kann ein Pflichtteilsberechtigter von dem oder den Erben gem. § 2325 BGB als Ergänzung des Pflichtteils den Betrag verlangen, um den sich der Pflichtteil erhöht, wenn der verschenkte Gegenstand zum Nachlass hinzugerechnet wird (sog. fiktiver Nachlasswert). Eine Schenkung iSv § 2325 BGB setzt grundsätzlich in Übereinstimmung mit dem Schenkungsbegriff der §§ 516, 517 BGB voraus, dass zum Zeitpunkt der Zuwendung der Empfänger objektiv aus dem Vermögen des Erblassers bereichert ist und subjektiv Zuwendender und Empfänger darüber einig gewesen sind, dass die Zuwendung ganz oder teilweise unentgeltlich erfolgt (MüKoBGB/*Lange*, 7. Aufl. 2017, § 2325 Rn. 16; BeckOK BGB/*Müller*, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 2325 Rn. 7). Abweichend hiervon werden aber auch ehebedingte (auch: „ehebezogene" oder „unbenannte") Zuwendungen ohne Rücksicht darauf, dass es bei ihnen typischerweise an einer Abrede über die Unentgeltlichkeit fehlt (ausf. dazu MüKoBGB/*Koch*, 7. Aufl. 2017, § 516 Rn. 62; BeckOK BGB/*Gehrlein*, 45. Ed., Stand 1.11. 2017, § 516 Rn. 9), im Rahmen von § 2325 BGB wie Schenkungen behandelt, weil sonst Zuwendungen unter Ehegatten regelmäßig „ergänzungsfest" wären und der

von § 2325 BGB bezweckte Schutz des Pflichtteilsberechtigten weitgehend unterlaufen würde (MüKoBGB/*Lange*, 7. Aufl. 2017, § 2325 Rn. 23; BeckOK BGB/*Müller*, 45. Ed., Stand 1.11.2017, § 2325 Rn. 17; BGH NJW 1992, 564 [565]). Gegenstand ehebedingter Zuwendungen, mit denen der Notar in Berührung kommt, ist häufig ein Miteigentumsbruchteil an Grundbesitz. Hierbei handelt es sich um eine nicht verbrauchbare Sache iSv § 2325 Abs. 2 BGB, die bei der Berechnung des fiktiven Nachlasswerts entsprechend dem Regelfall des § 2325 Abs. 2 S. 2 BGB mit ihrem Wert zur Zeit des Erbfalls (Erbfallwert) in Ansatz kommt, falls nicht ihr Wert zur Zeit der Schenkung geringer war. War der betreffende Grundbesitz bei der Übertragung zur Sicherung eines Darlehens, das die Eheleute gemeinsam zur Finanzierung des Grundstückserwerbs und/oder zur Bebauung des Grundstücks aufgenommen haben, mit einer Grundschuld belastet und hat allein der Erblasser die Darlehensraten geleistet, ist fraglich, ob und inwieweit es sich hierbei neben der Übertragung des Grundbesitzanteils um weitere Schenkungen iSv § 2325 BGB handelt, die den fiktiven Nachlass erhöhen.

In der nachfolgend abgedruckten Entscheidung beantwortet der BGH diese Frage aufgrund einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise differenziert. Die Tilgungsleistungen auf den „Hauskredit" sind demnach abschließend bei der Bemessung des Werts der (ergänzungspflichtigen) Grundbesitzübertragung berücksichtigt, wenn insoweit der Erbfallwert maßgeblich ist. Denn dieser Wert wird außer von dem Sachwert (Verkehrswert) des Grundstücks/Miteigentumsanteils auch von dem Stand der Belastungen und dieser wiederum vom Ausmaß der Darlehenstilgung bestimmt. Die Tilgungsleistungen erhöhen also bereits den für die Pflichtteilergänzung maßgeblichen Wert des Grundbesitzanteils. Die Zinsleistungen hingegen können eine zusätzliche ergänzungspflichtige Schenkung darstellen, weil sie sich nicht erhöhend in dem Wert der ausgleichpflichtigen Grundbesitzübertragung verkörpern, sondern den Erwerber in seinem sonstigen Vermögen bereichern (Befreiung von einer Verbindlichkeit). Ob und inwieweit der Erwerber bereichert ist, richtet sich vorrangig nach den Abreden zwischen den Gesamtschuldnern. Eine von der grds hälftigen Beteiligung der Gesamtschuldner (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB) abweichende Vereinbarung kann sich während intakter Ehe aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben. Hat hiernach ein Ehegatte die Zinslast im Innenverhältnis alleine übernommen, ist diese (ehebedingte) Zuwendung gleichwohl ausnahmsweise nicht als ausgleichpflichtige Schenkung iSv § 2325 BGB anzusehen, wenn dies unterhaltsrechtlich geschuldet ist (vgl. zum Familienunterhalt: *Hachenberg* NZFam 2018, 427 mit Verweis auf MüKoBGB/*Weber-Moneke*, 7. Aufl. 2017, § 1360 a Rn. 4) oder sich im Rahmen einer nach den konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung hält oder hierdurch langjährige Dienste, die ein Ehegatte dem anderen vor oder nach der Eheschließung geleistet hat, nachträglich in angemessenem Umfang vergütet werden.

Für die notarielle Praxis kann die Entscheidung als Empfehlung verstanden werden, es zur Vermeidung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen bei der Gestaltung von Grundbesitzübertragungen zwischen Eheleuten in geeigneten Fällen nicht bei der formelhaften Beschreibung zu belassen, dass es sich um eine ehebedingte Zuwendung handelt, sondern die von den Beteiligten verfolgten Zwecke, die zwischen ihnen bestehenden Abreden und gemeinsamen Erwartungen möglichst konkret zu beschreiben. Wenn der vertragsgegenständliche Grundbesitz(-anteil) mit einem Grundpfandrecht belastet ist, sollte nicht nur geklärt werden, welche Verbindlichkeiten zugrunde liegen und wie sich die persönliche Haftung im Außenverhältnis gestaltet, sondern auch, welche Abreden im Innenverhältnis zwischen den Eheleuten hinsichtlich der Finanzierungsleistungen bestehen. Umstände, die geeignet erscheinen, die für die Annahme einer ergänzungspflichtigen Schenkung notwendige Unentgeltlichkeit auszuschließen oder auch nur in Frage zu stellen, sollten in der Niederschrift dokumentiert werden (vgl. auch *Hachenberg* NZFam 2018, 427 a. E.).

Die Schriftleitung (TK)

Zum Sachverhalt:

[1] Die Parteien streiten im Revisionsverfahren noch um Pflichtteilsergänzungsansprüche der Kläger nach dem Tod ihres Vaters. Der Erblasser war mit der Beklagten in zweiter Ehe im gesetzlichen Güterstand verheiratet. Die Kläger sind seine beiden Söhne aus erster Ehe.

[2] Der Vater des Erblassers hatte sich verpflichtet, dem Erblasser eine Teilfläche eines Grundstücks zu übereignen. Auf dieser Teilfläche wurde ein Einfamilienhaus errichtet, zu dessen Finanzierung der Erblasser und die Beklagte ein Bankdarlehen in Höhe von 250.000 DM aufnahmen. Als Kreditsicherheit wurde 1996 am noch ungeteilten Grundstück des Vaters eine Grundschuld bestellt. Mit Übergabevertrag vom 12. Februar 1997 wurde die Löschung der Grundschuld veranlasst, soweit sie auf dem Restgrundstück lastete; außerdem übertrug der Erblasser einen Miteigentumsanteil von 1/2 an dem ihm überlassenen Grundbesitz als im Vertrag so bezeichnete „ehebedingte Zuwendung" auf die Beklagte. Der Eigentumswechsel wurde im Grundbuch vollzogen, nachdem die Ehegatten in das fertiggestellte Haus eingezogen waren.

[3] Durch gemeinschaftliches Testament vom 6. August 2008 setzten sich der Erblasser und die Beklagte gegenseitig als Alleinerben ein. Am 6. Dezember 2009 verstarb der Erblasser. Der zum Zweck des Hausbaus aufgenommene und zwischenzeitlich umgeschuldete Bankkredit valutierte zu diesem Zeitpunkt noch in Höhe von 108.122,30 €. Die Tilgungsleistungen in Gesamthöhe von 19.699,70 € und Zinszahlungen von 112.666,12 € waren von einem Konto des Erblassers erfolgt.

[4] Die Kläger, die sowohl die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils an dem Grundstück als auch die Hälfte der geleisteten Darlehensraten als Schenkungen ansehen, haben gegen die Beklagte als Erbin unter anderem Pflichtteilsergänzungsansprüche geltend gemacht. Das Landgericht hat ihrer Klage, soweit sie die Pflichtteilsergänzungsansprüche betraf, in Höhe von jeweils 17.733,08 € stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat das landgerichtliche Urteil überwiegend aufrechterhalten, dabei aber das Verlangen nach Pflichtteilsergänzung insoweit zurückgewiesen, als es auf dem gesonderten Ansatz der Finanzierungsleistungen beruhte. Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger.

Aus den Gründen:

[5] Die Revision ist teilweise begründet.

I.

[6] Das Berufungsgericht hat – soweit für das Revisionsverfahren von Belang – angenommen, bei der Übertragung des hälftigen Miteigentums an dem Hausgrundstück durch den Erblasser auf die Beklagte im Jahr 1997 handele es sich um eine Schenkung. Weder sei die Übertragung des Miteigentumsanteils hier der Erfüllung eines Anspruchs der Beklagten gegenüber dem Erblasser auf Alterssicherung geschuldet gewesen noch habe sie der nachträglichen Vergütung langjähriger Dienste gedient. Demgegenüber dürften die (hälftigen) Zahlungen des Erblassers zur Finanzierung des Eigenheims für die Berechnung des Ergänzungspflichtteils nicht herangezogen werden. Dies ergebe sich aus dem Zweck des § 2325 BGB, der sicherstellen solle, dass das Pflichtteilsrecht durch Schenkungen nicht verringert werde, der eine Besserstellung des Pflichtteilsberechtigten aber nicht erreichen wolle. Daher sei nicht der Finanzbeitrag des Erblassers, sondern – allein – die von ihm auf die Ehefrau übergegangene Eigentumshälfte bedeutsam. Der Finanzierungsbeitrag, dessen Wert sich im übertragenen Miteigentumsanteil verkörpere, sei keine zusätzliche, eigenständige Schenkung.

[7] Schließlich entspreche es höchstrichterlicher Rechtsprechung, dass bei der Begleichung von Darlehensverbindlichkeiten nur der Tilgungs-, nicht der Zinsanteil eine Zuwendung zur Vermögensbildung sei. Bei „nicht verbrauchbaren Sachen“, zu denen Grundstücke zählten, sei entsprechend dem Regelfall des § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB grundsätzlich auf den Erbfallwert abzustellen. Dessen Höhe werde vom Stand der Belastung und dieser wiederum vom Ausmaß der Darlehenstilgung bestimmt. So sei es auch hier, so dass die Tilgungsleistungen pflichtteilsrechtlich bereits berücksichtigt seien.

[8] Zudem sei seitens der Kläger nicht vorgebracht worden, der Erblasser habe der Beklagten das Freiwerden von der Verpflichtung gegenüber dem Darlehensgeber ausdrücklich geschenkt bzw. ihr die ihm gegenüber bestehende Ausgleichsschuld aus § 426 BGB ausdrücklich erlassen. Dabei wäre es bei diesem Befund folgerichtig gewesen, etwaige Ansprüche der Kläger gegen die Beklagte beim ordentlichen, nicht beim Ergänzungspflichtteil zu erwägen.

II.

[9] Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

Die Tilgung eines gemeinsamen Hausdarlehens ist keine gesondert ergänzungspflichtige Schenkung, soweit sie bereits den für den Ausgleich der Grundbesitzübertragung maßgeblichen (Erbfall-)Wert erhöht

[10] 1. Zu Recht hat das Berufungsgericht allerdings den Klägern aufgrund der erbrachten Tilgungsleistungen auf das Hausdarlehen keinen weiteren Anspruch zuerkannt, der über den als Pflichtteilsergänzung bereits ausgeurteilten Betrag hinausgeht. Das Berufungsgericht hat bei seiner Entscheidung zur Höhe des Pflichtteilsergänzungsanspruchs den hälftigen Betrag der erbrachten Tilgungsleistungen bereits als Schenkung im Sinne von § 2325 BGB berücksichtigt.

[11] Das Berufungsgericht hat den Ergänzungspflichtteil „zum Hausgrundstück“ mit jeweils 5.763,17 € für die beiden Kläger, denen eine Pflichtteilsquote von je 1/8 zukommt, beziffert. Dabei hat es, insoweit dem landgerichtlichen Urteil folgend, einen für die Pflichtteilsergänzung zu berücksichtigenden Wert des hälftigen Miteigentumsanteils von 46.105,35 € zugrunde gelegt. Dieser Wert ergibt sich daraus, dass vom Erbfallwert des Hausgrundstücks von 200.333 € die zur Zeit des Erbfalles noch valutierende Grundschuld in Höhe von 108.122,30 € abgezogen wurde; der Gesamtwert des Grundstücks belief sich daher auf 92.210,70 €. Da das Hausgrundstück zur Zeit der Schenkung unstreitig einen höheren Wert hatte als beim Erbfall, war nach § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB der Erbfallwert in Ansatz zu bringen.

[12] Der bei dieser Berechnung angesetzte Wert der beim Erbfall noch valutierenden Grundschuld ist jedoch durch die bis dahin erbrachten Tilgungsleistungen gemindert und der Grundstückswert daher in gleichem Umfang erhöht worden. Während die Grundschuld bei der Übereignung des Miteigentumsanteils noch in der im Grundbuch eingetragenen Höhe von 127.822,97 € valutierte, verringerte sich diese Belastung durch die Tilgungsleistungen von 19.699,70 € auf die genannten rund 108.122,30 € und der Wert des belasteten Grundstücks stieg entsprechend. Auf diesem Wege sind die Tilgungsleistungen daher bereits in den fiktiven Nachlasswert eingeflossen, der nach § 2325 Abs. 1 BGB für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zugrunde zu legen ist. Sie können dem Nachlass nicht ein zweites Mal als Schenkung hinzugerechnet werden.

Der Zinsanteil der Darlehensleistungen kann dagegen als gesonderte ergänzungspflichtige Schenkung anzusehen sein, weil er das sonstige Vermögen des Zuwendungsempfängers erhöht

[13] 2. Dagegen durfte das Berufungsgericht mit der gegebenen Begründung einen Pflichtteilsergänzungsanspruch wegen der vom Konto des Erblassers geleisteten Zinszahlungen nicht ablehnen.

[14] a) Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB setzen voraus, dass der Erblasser eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB gemacht hat, d. h. eine Zuwendung, die den Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichert und bei der beide Teile darüber einig sind, dass sie unentgeltlich erfolgt (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2003 – IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178 unter II 1 [juris Rn. 13]). Dabei ist die unbenannte Zuwendung unter Ehegatten einer Schenkung in diesem Sinne auch unabhängig von einer Einigung über ihre Unentgeltlichkeit gleichgestellt (vgl. Senatsurteil vom 27. November 1991 – IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II 2 a [juris Rn. 14 ff.]). Eine ergänzungspflichtige Schenkung kann danach angenommen werden, wenn der ohne wirtschaftlichen Gegenwert erfolgte Vermögensabfluss beim Erblasser zu einer materiell-rechtlichen, dauerhaften und nicht nur vorübergehenden oder formalen Vermögensmehrung des Empfängers geführt hat (vgl. Senatsurteil vom 10. Dezember 2003 aaO).

[15] aa) Eine solche Bereicherung der Beklagten aus dem Vermögen des Erblassers durch die Zinszahlungen kommt hier in Betracht. Die Beklagte und der Erblasser hafteten für das gemeinsam aufgenommene Darlehen und damit auch für die Zinsen als Gesamtschuldner, §§ 421, 427 BGB. Mit den Zinszahlungen wurde daher auch eine Schuld der Beklagten erfüllt. Durch diese Verringerung ihrer Verbindlichkeiten wäre deren Vermögen gemehrt wor-

den, falls die vom Konto des Erblassers erfolgten Zahlungen aus dessen Vermögen stammten und nicht durch Leistungen der Beklagten oder den Erwerb eines Anspruchs gegen diese ausgeglichen wurden.

[16] Zu Unrecht nimmt das Berufungsgericht an, auch der Wert der Zinszahlungen zur Finanzierung des Eigenheims verkörpere sich im übertragenen Miteigentumsanteil und die Zahlungen seien deshalb keine zusätzliche, eigenständige Schenkung. Die Belastung der Beklagten durch die gesamtschuldnerische Zinsverbindlichkeit bestand unabhängig davon, welcher Gegenstand mit dem zugrunde liegenden Darlehen finanziert worden war. Die Übertragung des Miteigentumsanteils verringerte diese Vermögensbelastung daher nicht; ebenso wenig flossen die Finanzierungskosten in den Wert des Grundstücks ein. Erst die Zinszahlungen vom Konto des Erblassers führten zu einer Reduzierung der Verbindlichkeiten der Beklagten und damit zu einem möglichen weiteren Vermögenszuwachs neben dem Wert des ihr bereits übereigneten Miteigentumsanteils.

Der Freiwilligkeit einer ergänzungspflichtigen Schenkung steht nicht entgegen, dass der Erblasser als Gesamtschuldner dem Gläubiger gegenüber zur Erbringung der vollen Darlehensleistungen verpflichtet war

[17] Anders als die Revisionserwiderung meint, ist es dabei für die Annahme einer Schenkung ohne Belang, dass der Erblasser die Erbringung der monatlichen Annuitäten aus dem Darlehensvertrag schuldete und damit nicht freiwillig übernahm. Denn diese vertragliche Verpflichtung betraf allein das Außenverhältnis des Erblassers zu den Kreditgebern, nicht aber das hier maßgebliche Innenverhältnis zwischen den Ehegatten.

[18] bb) Die Revisionserwiderung weist insoweit zwar zutreffend darauf hin, dass der Pflichtteilsberechtigte einen Teilhabeanspruch nur insoweit hat, als der Beschenkte „aus dem Vermögen des Schenkers heraus“ bereichert ist, die Bereicherung des Beschenkten also auf einer entsprechenden Entreicherung des Schenkers beruht (Senatsurteil vom 28. April 2010 – IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252 Rn. 26). Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist für das Revisionsverfahren zugunsten der Kläger zu unterstellen, dass die Zahlungen vom Konto des Erblassers auch aus dessen Vermögen stammten. Dann erfüllte der Erblasser mit diesen Zahlungen auch seine eigene Zinsverbindlichkeit. Als Gesamtschuldner hätte er dafür aber nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB regelmäßig einen Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte in hälftiger Höhe erlangt. Falls jedoch zwischen dem Erblasser und der Beklagten eine abweichende Übereinkunft bestand, dass er für die von ihm erbrachten Zahlungen auf die gemeinsame Gesamtschuld keinen Ausgleich von ihr erhalten werde, war der Erblasser im Umfang dieses verlorenen Ausgleichsanspruchs entreichert und die Beklagte entsprechend bereichert.

Inwieweit die Zinsleistungen des Erblassers den überlebenden Ehegatten bereichert haben, richtet sich vorrangig nach den Vereinbarungen zwischen den Gesamtschuldnern

[19] cc) Für die Frage einer Bereicherung der Beklagten aus dem Vermögen des Erblassers ist daher maßgeblich, ob die Eheleute etwas anderes als den regelmäßigen Ausgleich unter Gesamtschuldnern nach § 426 Abs. 1 BGB für die nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt vom Erblasser erbrachten Zahlungen bestimmt haben.

[20] Der gesetzliche Gesamtschuldnerausgleich wird durch die Ehe des Erblassers mit der Beklagten, insbesondere durch die güterrechtlichen Vorschriften der Zugewinngemeinschaft nicht verdrängt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. Mai 2015 – XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272 Rn. 15; Urteil vom 6. Oktober 2010 – XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rn. 16). Gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben (BGH, Urteile vom 6. Oktober 2010 aaO Rn. 17; vom 17. Mai 1983 – IX ZR 14/82, BGHZ 87, 265 unter I 2 a [juris Rn. 12]; jeweils m. w. N.). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedarf es daher keines ausdrücklichen Schulderlasses durch den leistenden Gesamtschuldner, um eine Ausgleichsforderung aus § 426 Abs. 1 BGB auszuschließen.

Eine von der grundsätzlich hälftigen Beteiligung der Gesamtschuldner (§ 426 Abs. 1 S. 1 BGB) abweichende Vereinbarung kann sich aus der ehelichen Lebensgemeinschaft ergeben

[21] Während intakter Ehe kann die grundsätzlich hälftige Beteiligung der Gesamtschuldner an den Belastungen vielmehr von der ehelichen Lebensgemeinschaft in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten eine andere Aufteilung ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1993 – XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676 unter B I 1 a [juris Rn. 26]; so auch BGH, Urteil vom 9. Februar 2011 – XII ZR 40/09, BGHZ 188, 282 Rn. 53). Ob dies hier der Fall war, lässt sich derzeit nicht beurteilen. Das Berufungsgericht hat bisher keine Feststellungen zum Innenverhältnis zwischen dem Erblasser und der Beklagten getroffen, soweit es die Zahlungen auf die gemeinsame Zinsschuld betraf.

Unter Umständen ist eine Zuwendung unter Ehegatten aufgrund „ehebedingter“ Entgeltlichkeit auch im Rahmen von § 2325 BGB nicht als Schenkung zu behandeln

[22] b) Bei der Prüfung der Frage, ob eine unbenannte Zuwendung unter § 2325 BGB fällt, kommt es weiter darauf an, ob es sich um einen unentgeltlichen Vorgang handelt. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, die unbenannte Zuwendung unter Ehegatten in der Regel als objektiv unentgeltlich anzusehen (vgl. Senatsurteil vom 27. November 1991 – IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II 2 [juris Rn. 14]). Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes (auf den kein Rechtsanspruch besteht) ist unentgeltlich, wenn er von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers nicht rechtlich abhängig ist. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (aaO unter II 2 a [juris Rn. 15]). So ist eine unbenannte oder sogar ausdrücklich zur Alterssicherung bestimmte Zuwendung unter Ehegatten entgeltlich, wenn sie sich im Rahmen einer nach konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung hält (vgl. aaO [juris Rn. 20]). Dementsprechend

kann auch eine ehebedingte Zuwendung, durch die langjährige Dienste nachträglich vergütet werden, die ein Ehegatte dem anderen vor und nach der Eheschließung geleistet hat, im Rahmen des objektiv Angemessenen als entgeltlich anzusehen sein (aaO).

Der Zuwendungsempfänger trägt im Prozess die sekundäre Darlegungslast zur Entgeltlichkeit der Zuwendung

[23] Nachdem die Beklagte, die insoweit eine sekundäre Darlegungslast zur Entgeltlichkeit der Zuwendung trifft (vgl. Senatsurteil vom 17. Januar 1996 – IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705 unter 2 b bb [juris Rn. 20]), vorgetragen hat, die Zahlungen auf das Darlehen hätten der Sicherung der gemeinschaftlichen Ehewohnung gedient, ist zu prüfen, ob die Leistung etwa unterhaltsrechtlich geschuldet war oder ob ihr eine durch sie ganz oder teilweise vergütete, konkrete Gegenleistung gegenübersteht oder nicht (vgl. Senatsurteil vom 27. November 1991 – IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II 3 [juris Rn. 27]). Dazu fehlt es hinsichtlich der Zinszahlungen, die nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt aus dem Vermögen des Erblassers geleistet wurden, an Feststellungen. Das Berufungsgericht hat – aus seiner Sicht folgerichtig – bisher nicht geprüft, ob die Zinszahlungen unterhaltsrechtlich geschuldet waren.

[24] Das Berufungsgericht wird sich daher gegebenenfalls auch damit zu befassen haben, ob die Zinsleistungen – anstelle von Mietzahlungen – ein gemäß §§ 1360, 1360 a BGB geschuldeter Beitrag zu den gemeinsamen Wohnkosten gewesen sein könnten (vgl. dazu MünchKomm-BGB/Weber-Monecke, 7. Aufl. § 1360 a BGB Rn. 4; Staudinger/Voppel (2012), § 1360 a BGB Rn. 7; Kleffmann in Scholz/Kleffmann/Motzer, Praxishandbuch Familienrecht Teil H Rn. 9 (Stand: Dezember 2014); Bömelburg in Wendl/Dose, Das Unterhaltsrecht in der familienrichterlichen Praxis 9. Aufl. § 3 Rn. 27).

III.

[25] Nach alledem kann das angefochtene Urteil keinen Bestand haben, soweit die Klage hinsichtlich des Pflichtteilsergänzungsbegehrens der Kläger in Höhe von jeweils 7.041,63 € nebst Zinsen und der Nebenforderung des Klägers zu 2 in Höhe von 61,88 € abgewiesen worden ist. Dieser Betrag entspricht einer Pflichtteilsquote von je 1/8 aus 56.333,06 €, d. h. der Hälfte der Zinszahlungen von insgesamt 112.666,12 €. Die Sache ist insoweit an das Berufungsgericht, das die noch fehlenden Feststellungen nachzuholen haben wird, zurückzuverweisen. ■

5. Erbrecht – Zur Benennung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker

(*OLG Köln*, Beschluss vom 5.2.2018 – 2 Wx 275/17, mitgeteilt durch VorsRiOLG Werner Sternal)

BeurkG §§ 7 Nr. 1, 27
BGB §§ 125, 2232, 2247

Errichtet der Erblasser im Anschluss an die notarielle Beurkundung einer letztwilligen Verfügung handschriftlich ein Testament, in welchem der Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker bestimmt wird, führt dies nicht zur Formunwirksamkeit des privatschriftlichen Testaments. Insoweit liegt auch kein zur Unwirksamkeit führender Umgehungstatbestand vor.

Zur Einordnung

Das OLG Köln befasst sich in der nachfolgend abgedruckten Entscheidung mit der Frage, inwieweit die Ernennung des ein Testament beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker durch ein eigenhändiges Ergänzungstestament des Erblassers wirksam ist.

Äußert ein Erblasser den Wunsch, in seiner notariellen letztwilligen Verfügung den Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker über seinen Nachlass einzusetzen, muss der Notar dieses Ansinnen ablehnen. Die entsprechende Anordnung wäre nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG unwirksam. Ob der Testamentsvollstrecker eine Vergütung erhalten soll, ist dabei irrelevant (Eylmann/Vaasen/*Baumann*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 8). Inwieweit die Unwirksamkeit der Bestimmung die Nichtigkeit der übrigen Verfügungen nach sich zieht, beurteilt sich nach der allgemeinen Vorschrift des § 2085 BGB (BeckNotarHB/*Bengel/Dietz*, 6. Aufl. 2015, Teil C Rn. 69; Bengel/Reimann/*Sandkühler*, HdB der TV, 6. Aufl. 2017, § 11 Rn. 24, die bei Erbverträgen außerdem auf § 2298 BGB abstellen wollen).

Aus Sicht der Gestaltungspraxis stellt sich daher die Frage, ob dem Willen des Testators auf andere Weise Geltung verschafft werden kann. Der Erblasser kann etwa nach Beurkundung eines notariellen Testaments, das die Berufung des Urkundsnotars nicht enthält, ein weiteres privatschriftliches mit diesem Inhalt errichten. Dieser Weg wird grundsätzlich für zulässig erachtet (MüKoBGB/*Hagena*, 7. Aufl. 2017, § 27 BeurkG Rn. 18; BeckNotarHB/*Bengel/Dietz*, 6. Aufl. 2015, Teil C Rn. 70; Winkler, BeurkG, 18. Aufl. 2017, § 27 Rn. 9). Unwirksam ist die Ernennung allerdings, wenn der Erblasser das Zusatztestament durch Übergabe einer verschlossenen Schrift als öffentliches Testament errichtet (§ 2232 BGB), weil es auf die Kenntnis des Notars von seiner Ernennung nicht ankommt (BeckNotarHB/*Bengel/Dietz*, 6. Aufl. 2015, Teil C Rn. 69; Bengel/Reimann/*Sandkühler*, HdB der TV, 6. Aufl. 2017, § 11 Rn. 25). Errichtet der Erblasser das Zusatztestament und übergibt es dem Notar mit der Bitte, es gemeinsam mit dem beurkundeten Testament in einem einzigen Umschlag dem Nachlassgericht zu übersenden, geht das OLG Bremen mittlerweile von der Wirksamkeit der Ernennung aus (OLG Bremen MittBayNot 2016, 344 mAnm *Reimann*; anders noch die frühere Entscheidung OLG Bremen MittBayNot 2016, 347).

In dem der Entscheidung des OLG Köln zu Grunde liegenden Sachverhalt hatte zunächst der Notar ein Testament mit Erbeinsetzungen beurkundet. Am gleichen Tag errichtete die Erblasserin in den Amtsräumen des Notars ein handschriftliches Testament, in dem sie den Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernannte. Nach dem Tod der Erblasserin reichte der Urkundsnotar dieses Testament zur Eröffnung ein. Das OLG Köln verneint eine Umgehung der §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG. Das Gesetz verbiete nicht den von der Erblasserin erstrebten Erfolg – die Testamentsvollstreckung durch den Notar – sondern nur einen bestimmten Weg zur Zielerreichung.

Von der Beurteilung der zivilrechtlichen Wirksamkeit einer Testamentsvollstreckerernennung ist die Frage nach der dienstrechtlichen Zulässigkeit eines solchen Vorgehens abzugrenzen. So ist es zB dienstrechtlich unzulässig, in einer notariell errichteten Verfügung von Todes wegen dem Sozius des Urkundsnotars zum Testaments-

vollstrecker zu bestellen (§ 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 4 BeurkG; vgl. Bengel/Reimann/*Sandkühler*, HdB der TV, 6. Aufl. 2017, § 11 Rn. 30; Schippel/Bracker/*Schäfer*, BNotO, 9. Aufl. 2011, § 16 Rn. 40; zivilrechtlich wirksam nach BGH DNotZ 1987, 768 [769]). Wegen Verstoßes gegen das Gebot der Unabhängigkeit und Unparteilichkeit (§ 14 Abs. 1 S. 2 BNotO) ging der BGH auch dann von einem Dienstvergehen aus, wenn in der beurkundeten letztwilligen Verfügung eine UG als Testamentsvollstreckerin benannt wird, deren Geschäftsführerin eine leitende Mitarbeiterin des Notars ist (BGH NVwZ-RR 2018, 274 [277 ff.]). Schließlich soll es nach einigen Stimmen in der Literatur standesrechtlich unzulässig sein, dem Erblasser die Möglichkeit eines eigenhändigen Zusatztestaments vorzuschlagen (Armbrüster/Preuß/Enner/*Seger*, 7. Aufl. 2015, § 27 BeurkG Rn. 6; Eylmann/Vaasen/*Baumann*, BeurkG, 4. Aufl. 2016, § 27 Rn. 8 Fn. 10), selbst wenn der Erblasser danach fragt (BeckOGK BeurkG/*Grziwotz*, Stand 1.12.2017, § 27 Rn. 16).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

[1] 1. Die verwitwete und kinderlose Erblasserin hatte mit Testament vom 15.5.2001 (UR-Nr. …/2001 des Notariats B.) zunächst die Beteiligten zu 4. bis 9., bei denen es sich um Neffen und eine Nichte ihres vorverstorbenen Ehemannes handelt, zu gleichen Teilen als Erben eingesetzt. Das Testament war von dem seinerzeit als Notar tätigen Beteiligten zu 3. beurkundet worden. Die Erblasserin hatte im Testament die amtliche Verwahrung durch das Notariat beantragt. Das in einen Verwahrumschlag gegebene Testament wurde im Notariat B. als Nachlassgericht von dem Nachlassrichter Dr. D. am 8.1.2015 eröffnet (Bl. 153 d. BA 30 IV 386/15).

[2] In einem handschriftlich abgefassten Schriftstück ebenfalls vom 15.5.2001 (Bl. 208 d. BA 30 IV 386/15) ordnete sie Testamentsvollstreckung an und bestimmte den Beteiligten zu 3. zum Testamentsvollstrecker. Dieses Schriftstück wurde vom Beteiligten zu 3. unter dem 10.9.2015 mit dem Bemerken, die Erblasserin habe es ihm übergeben, bei dem Amtsgericht Köln eingereicht und am 30.9.2015 eröffnet.

[3] Mit weiterem Testament vom 24.6.2003 (UR-Nr. … für 2003 des Notars H. in Köln) ordnete die Erblasserin erneut Testamentsvollstreckung an und bestimmte nun den Beteiligten zu 1. zum Testamentsvollstrecker.

[4] In dem mit dem Beteiligten zu 2., ihrem Neffen, am 5.5.2004 geschlossenen Erbvertrag (UR-Nr. … für 2004 des Notars B. in St. G., Bl. 59 ff in BA 30 IV 386/15) berief die Erblasserin unter ausdrücklichem Widerruf der oben genannten Testamente den Beteiligten zu 2. zum Alleinerben.

[5] Die beiden letztgenannten letztwilligen Verfügungen wurden am 11.2.2015 vom AG Köln eröffnet.

[6] Zunächst hat der Beteiligte zu 1. die Erteilung eines auf ihn lautenden Testamentsvollsteckerzeugnisses beantragt.

[7] Mit Schreiben vom 3.2.2016 (Bl. 955 d. A.) hat der Beteiligte zu 3. das Amt des Testamentsvollstreckers angenommen und beantragt, ihm ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen. Dem Antrag sind die Beteiligten zu 1. und 2. entgegengetreten.

[8] Das Amtsgericht hat zur Frage der Testierunfähigkeit der Erblasserin Beweis erhoben.

[9] Mit dem am 4.7.2017 erlassenen Beschluss vom 3.7.2017 (Bl. 1845 ff. d. A.) hat die Nachlassrichterin beide Anträge auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses zurückgewiesen. In Bezug auf den Antrag des Beteiligten zu 1. hat sie dies damit begründet, die Erblasserin sei bei Errichtung des Testaments vom 24.6.2003 testierunfähig gewesen. Die Zurückweisung des Antrages des Beteiligten zu 3. hat sie mit dem Fehlen einer eidesstattlichen Versicherung sowie damit begründet, die Ernennung des Beteiligten zu 3. zum Testamentsvollstrecker sei aufgrund einer Umgehung des § 7 BeurkG i. V. m. § 125 BGB unwirksam.

[10] Der Beschluss ist dem Beteiligten zu 3. auf eine Verfügung vom 13.11.2017 (Bl. 2216 d. A.) hin am 15.11.2017 zugestellt worden (Bl. 2310 d. A.).

[11] Gegen den Beschluss wendet sich der Beteiligte zu 3. mit seinem am 7.12.2017 bei dem Amtsgericht eingegangenen Beschwerdeschreiben (Bl. 2380 d. A.). Er hat eine eidesstattliche Versicherung nachgereicht und greift die Rechtsauffassung des Nachlassgerichts, insbesondere im Zusammenhang mit der Frage der Wirksamkeit seiner Berufung zum Testamentsvollstrecker, an.

[12] Die Nachlassrichterin hat der Beschwerde mit am 12.12.2017 erlassenem Beschluss vom 7.12.2017 (Bl. 2395 ff. d. A.) nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

Aus den Gründen:

[13] 2. Das Rechtsmittel des Beteiligten zu 2. ist als Beschwerde gemäß §§ 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Weise, insbesondere nach Maßgabe der §§ 63 Abs. 1, 64 Abs. 2 FamFG form- und fristgerecht eingelegt worden. In Anbetracht des Nachlasswertes übersteigt der Wert des Beschwerdegegenstandes auch unter Berücksichtigung der Vorschrift des § 40 Abs. 5 Satz 1 GNotKG den Betrag von 600,- € (§ 61 Abs. 1 FamFG).

[14] Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

Das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis ist zu erteilen

[15] Dem Beteiligten zu 3. ist das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen, da die Erblasserin durch das handschriftliche Testament vom 15.5.2001 wirksam Testamentsvollstreckung angeordnet, den Beteiligten zu 3. zum Testamentsvollstrecker ernannt und diese Anordnungen später nicht mehr wirksam aufgehoben hat.

Die Ernennung des das Testament beurkundenden Notars zum Testamentsvollstrecker verstößt nicht gegen § 27 BeurkG

[16] a) Die Berufung des Beteiligten zu 3. zum Testamentsvollstrecker war nicht nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG i. V. m. § 125 BGB unwirksam.

[17] Es liegt weder ein direkter Verstoß gegen § 7 Nr. 1 BeurkG noch ein ebenfalls zur Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung führender Umgehungstatbestand vor.

Ein direkter Verstoß gegen § 27 BeurkG liegt nicht vor, weil die Ernennung nicht in öffentlichem Testament erfolgte

[18] An einem direkten Verstoß fehlt es, weil der Beteiligte zu 3. in Bezug auf seine Berufung zum Testamentsvollstrecker keine Urkundstätigkeit entfaltet hat, und zwar nach keiner der beiden Alternativen des § 2232 Satz 1 BGB. Weder hat der Beteiligte zu 3. eine die Testamentsvollstreckerernennung betreffende mündliche Erklärung der Erblasserin beurkundet noch ist ersichtlich, dass er eine Niederschrift über die Übergabe des handschriftlich errichteten Testaments betreffend die Testamentsvollstreckung gefertigt hat. Vielmehr ist ihm nach seinen Angaben das handschriftlich errichtete Testament lediglich von der Erblasserin ausgehändigt worden, sodass dieses nicht zu einem öffentlichen Testament geworden ist. Der Umstand, dass die Erblasserin das Schriftstück in den Räumen des Notariats in unmittelbarem zeitlichem Zusammenhang mit der Beurkundung des die Erbeinsetzung enthaltenden Testaments durch den Beteiligten zu 3. abgefasst hat, ändert daran nichts. Auf die Frage, ob dann, wenn der Notar in einem Testament die Erklärung des Erblassers beurkundet, dass dieser noch in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift die Person des Testamentsvollstreckers bestimmen werden, und der Notar das ihm im Anschluss übergebene entsprechende Schriftstück zusammen mit dem von ihm beurkundeten Testament in amtliche Verwahrung übergibt, ein Verstoß gegen § 7 Nr. 1 BeurkG vorliegen kann (bejahend noch OLG Bremen, Beschluss vom 10.3.2016 – 5 W 40/15 – NJW-RR 2016, 76; verneinend OLG Bremen, Beschluss vom 24.9.2015 – 5 W 23/15 – NJW-RR 2016, 979) kommt es im vorliegenden Fall nicht an, sie kann daher offen bleiben. Denn weder enthält das vom Beteiligten zu 3. beurkundete Testament eine solche Verweisung noch hat dieser eine entsprechende Verbindung beider Schriftstücke zur amtlichen Verwahrung vorgenommen. Dass ein Erblasser den Urkundsnotar in einem gesonderten privatschriftlichen Testament zum Testamentsvollstrecker ernennen kann, wird – soweit ersichtlich – nicht in Frage gestellt (Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2013, 11. Kapitel, Rz. 28).

Es liegt auch kein zur Unwirksamkeit führender Umgehungstatbestand vor

[19] Es lag entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts auch kein zur Unwirksamkeit führender Umgehungstatbestand vor. Ob einem Geschäft die Wirksamkeit unter dem Gesichtspunkt der Umgehung einer bestimmten Norm zu versagen ist, hängt von deren Zweckrichtung ab. Um ein eigentliches, zur Unwirksamkeit führendes Umgehungsgeschäft handelt es sich nur dann, wenn durch Umgehung verbotener rechtlicher Gestaltungen ein vom Gesetz verbotener Erfolg herbeigeführt werden soll. Anders ist es hingegen, wenn das Gesetz – lediglich – bestimmte Wege zur Erreichung eines an sich zulässigen Erfolgs verbietet (vgl. RGZ 155, 138, 146; Staudinger/Sack/Seibl, BGB, Neubearbeitung 2017, § 134 Rz. 144, 145). Dadurch, dass die Erblasserin den Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernannt hat, ist kein vom Gesetz verbotener Erfolg herbeigeführt worden. Denn das Gesetz missbilligt in § 7 Nr. 1 BeurkG weder eine Bestellung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker noch verbietet es dem Notar ein Tätigwerden als Testamentsvollstrecker, also das von der Erblasserin mit ihrer letztwilligen Verfügung verfolgte, nicht zu missbilligende Ziel. Vielmehr verschließt das Gesetz lediglich einen bestimmten Weg zur Erreichung dieses Zieles, nämlich eine Beurkundung der Erklärung durch den Notar. Es bleibt dem Erblasser unbenommen, zur Umsetzung seines letzten Willens eine Form – hier die es eigenhändigen Testaments gemäß § 2247 BGB – zu wählen, für die es einer Urkundstätigkeit des Notars nicht bedarf.

Bei Errichtung des Ernennungstestaments war die Erblasserin nicht testierunfähig

[20] b) Eine Testierunfähigkeit der Erblasserin zum Zeitpunkt der Berufung des Beteiligten zum Testamentsvollstrecker am 15.5.2001 ist nach dem Ergebnis des vom Nachlassgericht eingeholten Gutachtens des Sachverständigen Dr. B. nicht festzustellen. Zwar nimmt dieser (S. 63 des Gutachtens vom 30.12.2016, Bl. 1725 d. A.) bereits zu diesem Zeitpunkt einen Zustand der eingeschränkt freien Willensbildung und der eingeschränkten Einsichtsfähigkeit an. Indes vermochte er nicht mit sehr hoher Sicherheit festzustellen, ob diese einen Grad erreicht hatten, der Testierunfähigkeit begründete.

Die späteren, abweichenden Testamente sind wegen Testierunfähigkeit unwirksam

[21] c) Die letztwillige Verfügung der Erblasserin vom 21.5. 2001 ist auch nicht durch die letztwilligen Verfügungen vom 24.6.2003 und vom 5.5.2004 aufgehoben worden. Denn diese sind unwirksam, weil sie von der Erblasserin im Zustand der Testierunfähigkeit errichtet worden sind. Zur Vermeidung unnötiger Wiederholungen nimmt der Senat auf die im angefochtenen Beschluss vom 3.7.2017 insoweit zutreffend zugrunde gelegten Rechtsgrundsätze, die im Wege umfassender Beweisaufnahme getroffenen Feststellungen und deren zutreffende Würdigung durch das Nachlassgericht (S. 7 bis 16 des angefochtenen Beschlusses, Bl. 1851-1860 d. A.) Bezug. Diesen schließt der Senat sich auch unter Berücksichtigung späteren Vorbringens zur Frage der Testierfähigkeit, insbesondere auch des diesbezüglichen weiteren Vortrages des Beteiligten zu 2., in vollem Umfang an.

[22] 3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 81 Abs. 1 Satz 1, 2 FamFG.

[23] Anlass zur Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) besteht nicht. Ein Rechtsmittel gegen diesen Beschluss des Senats ist daher nicht gegeben. ■

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu den Anforderungen an einen Gesellschafterbeschluss zur Errichtung eines Aufsichtsrats aufgrund Öffnungsklausel

(*KG*, Zwischen- und Schlussurteil vom 9.11.2017 – 23 U 67/15)

GmbHG §§ 16 Abs. 1 S. 1, 35, 46 Nr. 8, 53, 54

Die Umwandlung einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine GmbH mit Aufsichtsrat durch Gesellschafterbeschluss aufgrund einer Öffnungsklausel ist eine tiefgreifende Änderung der Gesellschaftsverfassung (Satzungsänderung) und unterliegt als solche den zwingenden Formvorschriften der §§ 53 und 54 GmbHG.

(RNotZ-Leitsatz)

Zur Einordnung

Wünschen GmbH-Gesellschafter eine Änderung ihrer Satzung – auch für einen Einzelfall –, ist grundsätzlich

gem. §§ 53, 54 GmbHG ein notariell beurkundeter Gesellschafterbeschluss mit Dreiviertelmehrheit zu fassen und die Satzungsänderung ins Handelsregister einzutragen (vgl. Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 26). Durch Öffnungsklauseln können sich die Gesellschafter aber vorbehalten, im Einzelfall eine von der Satzung abweichende Regelung durch Gesellschafterbeschluss zu treffen. Das KG befasst sich in dieser Entscheidung mit der Beschlussfassung über die Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats aufgrund einer in der Satzung enthaltenen Öffnungsklausel.

Für Satzungsabweichungen durch Gesellschafterbeschluss hat die Rechtsprechung als Ausnahmen von den Beurkundungs-, Eintragungs- und Mehrheitserfordernissen punktuelle satzungsdurchbrechende Beschlüsse (BGH DNotZ 1994, 313; OLG Düsseldorf RNotZ 2017, 110 mit Einordnung der Schriftl.) und Beschlüsse aufgrund von Öffnungsklauseln (OLG München MittBayNot 2011, 416; BayObLG RNotZ 2001, 401) zugelassen. Aufgrund der Öffnungsklausel sieht die Satzung selbst vor, dass die Gesellschafter durch Beschluss eine im Einzelfall vom Satzungsinhalt abweichende Regelung treffen dürfen (Henssler/Strohn/*Gummert*, GesR, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 12). Der ausdrückliche Vorbehalt bewirkt, dass es sich bei der späteren Beschlussfassung nicht um eine Satzungsdurchbrechung handelt (BayObLG RNotZ 2001, 401 [402]; Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 27; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 48). Die Öffnungsklausel muss sich allerdings auf eine ganz konkrete Satzungsregelung beziehen (Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 53 Rn. 34). Unzulässig ist ein allgemeiner Vorbehalt abweichender Regelungen durch Gesellschafterbeschluss (Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 27), ebenso die Verwendung schematischer Vorbehaltsklauseln in einer Vielzahl von Satzungsbestimmungen (Saenger/Inhester/*Inhester*, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn. 24 a; MüKoGmbHG/*Harbarth*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 47). Ein Gesellschafterbeschluss auf Grundlage einer Öffnungsklausel ohne besondere Vorgaben zur Beschlussmehrheit kann mit einer einfachen Mehrheit gefasst werden (Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 53 Rn. 34). Überwiegend wird zudem vertreten, dass ein solcher Beschluss nicht der Einhaltung der weiteren Formalien für Satzungsänderungen bedarf (Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 53 Rn. 34; Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 48; MüKoGmbHG/*Harbarth*, 2. Aufl. 2016, § 53 Rn. 47; Scholz/*Priester*, GmbHG, 11. Aufl. 2015, § 53 Rn. 27 a). Inzwischen anerkannt sind Öffnungsklauseln für Befreiungen vom Wettbewerbsverbot oder von den Beschränkungen des § 181 BGB sowie für Beschlüsse über eine abweichende Gewinnverteilung (Lutter/Hommelhoff/*Bayer*, GmbHG, 19. Aufl. 2016, § 53 Rn. 34; *Priester* NZG 2016, 774; vgl. zur Gewinnverteilung OLG München MittBayNot 2011, 416; BayObLG RNotZ 2001, 402; vgl. zur Befreiung vom Wettbewerbsverbot BGH NJW 1981, 1512 [1513]; zur Befreiung von § 181 BGB OLG Hamm MittRhNotK 1993, 73).

Öffnungsklauseln werden in Satzungen in der Praxis zudem im Hinblick auf eine spätere Errichtung eines fakultativen Aufsichtsrats aufgenommen. Die Bildung eines fakultativen Aufsichtsrats bedarf nach überwiegender Auffassung einer Regelung in der Satzung (vgl. nur Henssler/Strohn/*Henssler*, GesR, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 3; Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 52 Rn. 3; *Priester* NZG 2016, 774 [775]). Durch die Öffnungsklausel behalten sich die Gesellschafter vor, die Entscheidung über die Bildung des Aufsichtsrats zu einem späteren Zeitpunkt zu treffen. Da die Errichtung des Aufsichtsrats meist langfristige Auswirkungen hat, stellt sich die Frage, ob eine solche Vorgehensweise kraft Öffnungsklausel zulässig ist und welche Anforderungen an den Gesellschafterbeschluss zu stellen sind (vgl. *Priester* NZG 2016, 774). Enthält die Satzung neben der Öffnungsklausel bereits Regelungen über die Kompetenzen, die innere Ordnung, Wahl und Abberufung seiner Mitglieder, wird eine Errichtung aufgrund einfachen Gesellschafterbeschlusses für zulässig erachtet (*Priester* NZG 2016, 774 [775] mwN; s.a. Rowedder/Schmidt-Leithoff/*Schnorbus*, GmbHG, 6. Aufl. 2017, § 53 Rn. 48; vgl. zudem OLG München BeckRS 2012, 17266 zur Einrichtung eines Beirats aufgrund Öffnungsklausel). Das KG hat allerdings bereits in einer früheren Entscheidung darauf hingewiesen, dass die Errichtung eines Aufsichtsrats nicht nur punktuelle Auswirkungen hat (KG NZG 2016, 767 [788]). Der Beschluss kann zwar mit einfacher Mehrheit gefasst werden, aufgrund der „tiefgreifenden Änderung der Gesellschaftsverfassung" einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine GmbH mit Aufsichtsrat bedürfe es aber der notariellen Beurkundung und Eintragung der Satzungsänderung im Handelsregister (KG NZG 2016, 767 [789]; s.a. BGH DNotZ 1994, 313 [315]; krit. *Priester* NZG 2016, 774 [776]). Das KG bestätigt nun seine frühere Rechtsprechung und hält aufgrund der Auswirkungen der Errichtung des Aufsichtsrats auf die Gesellschaftsverfassung einen satzungsändernden Gesellschafterbeschluss unter Einhaltung der Formvorschriften für erforderlich. Auf die Frage kommt es aber im vorliegenden Fall letztendlich nicht an, da der Gesellschafterbeschluss schon nicht von der Öffnungsklausel gedeckt war (vgl. auch BGH DNotZ 1994, 313 [314]). Zudem enthielt die Satzung außer der Befugnis zur Errichtung eines Aufsichtsrats keine weiteren Regelungen zum Aufsichtsrat. Das KG weist außerdem darauf hin, dass eine Gesellschaft gegen Treu und Glauben verstößt, wenn sie einen nicht mehr in der Gesellschafterliste enthaltenen Gesellschafter nicht zur Gesellschafterversammlung lädt, obwohl ihr aufgrund zweier hierzu ergangener Gerichtsentscheidungen bekannt ist, dass der Gesellschafter noch in der Liste stehen müsste.

Für die Praxis verdeutlicht diese Entscheidung, dass bei Gesellschafterbeschlüssen auf Grundlage einer Öffnungsklausel immer zu prüfen ist, ob es trotz der Öffnungsklausel der notariellen Beurkundung und Eintragung der Satzungsänderung im Handelsregister bedarf.

Da die Frage der Beurkundungsbedürftigkeit und Eintragungspflichtigkeit der Satzungsänderung über die Errichtung des Aufsichtsrates nicht entscheidungserheblich ist, hat das KG keine Revision zum BGH zugelassen. Eine höchstrichterliche Klärung der Rechtsfrage ist daher derzeit nicht zu erwarten.

Die Schriftleitung (IK)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Die Beklagte entwickelt professionelle Audioanlagen, die von Unternehmen der Familie des Nebenintervenienten

zu 6) vertrieben wurden. Mehrheitsgesellschafter der Beklagten war mit mehr als 60 % der Geschäftsanteile der Nebenintervenient zu 6); ob dessen Geschäftsanteil im Jahr 2014 wirksam eingezogen worden ist, ist zwischen den Parteien streitig. Die vom Kläger beherrschte Nebenintervenientin zu 1) hält ca. 15 % der Geschäftsanteile. Die von Söhnen des Nebenintervenienten zu 6) beherrschte, seit 2016 insolvente Nebenintervenientin zu 2) hielt ca. 3 % der Geschäftsanteile, die am 27.8.2015 von der Gesellschaft eingezogen worden sind. Die weiteren Anteile werden von mehreren anderen Gesellschaftern, überwiegend Mitarbeitern der Beklagten und deren Familienangehörigen sowie der Gesellschaft selbst gehalten. Geschäftsführer der Beklagten waren bis ins Jahr 2014 der Kläger und einer der Söhne des Nebenintervenienten zu 6), …

[2] Im Verlauf des Jahres 2014 kam es zu Meinungsverschiedenheiten zwischen dem Kläger und dem Nebenintervenienten zu 6) sowie dessen als Mitgeschäftsführer amtierenden Sohn … . Auf einer von dem Geschäftsführer … einberufenen Gesellschafterversammlung vom 13.10. 2014 wurden mit einer Stimmenmehrheit von 63,318 % die Errichtung eines Aufsichtsrats beschlossen und die Nebenintervenienten zu 3) bis 5) als Aufsichtsratsmitglieder berufen; der von den Minderheitsgesellschaftern auf die Tagesordnung gesetzte Antrag, den Geschäftsführer … abzuberufen, wurde mit den Stimmen des Mehrheitsgesellschafters abgelehnt. Hiergegen hat ein Minderheitsgesellschafter der Beklagten vor dem Landgericht Berlin (95 O 92/14 LG Berlin) Anfechtungs- und Beschlussfeststellungsklage erhoben, über die noch nicht entschieden ist.

[3] In einer außerordentlichen Sitzung vom 7.12.2014 beschlossen die Nebenintervenienten zu 3) bis 5) wegen Verweigerung der Kooperation einstimmig die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer und die Kündigung seines Anstellungsvertrages. Als neue Geschäftsführer wurden die … und … bestellt. Am 21.12.2014 wurde die Kündigung des Anstellungsvertrages des Klägers von dem Aufsichtsrat erneut beschlossen.

[4] Auf Gesellschafterversammlungen vom 6.1.2015 und 7.1.2015, zu denen der Kläger eingeladen hatte, wurde die Einziehung des Geschäftsanteils des Nebenintervenienten zu 6) beschlossen. Dieser war den Versammlungen wegen (vom Kläger bestrittener) Erkrankung ferngeblieben. Gegen die Einziehungsbeschlüsse sind bei dem Landgericht Berlin Klagen unter den Aktenzeichen 104 O 19/15 und 97 O 48/15 anhängig.

[5] Auf Antrag des Nebenintervenienten zu 6) hat das Landgericht Berlin mit Beschlüssen vom 7.1.2015 – 104 O 2/15 (Anlage H 15 = Bd. V, Bl. 100 d. A.) und 8.1.2015 – 97 O 4/15 (Anlage H 16 = Bd. V, Bl. 102 d. A.) der Beklagten und dem Kläger untersagt, eine neue Gesellschafterliste, die den Nebenintervenienten zu 6) nicht mehr als Gesellschafter ausweist, zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen. In den auf den Kostenpunkt beschränkten Widerspruchsverfahren hat das Landgericht die Beschlüsse mit Urteilen vom 20.7.2016 – 97 O 4/15 (Anlage H 20 = Bd. V, Bl. 111 d. A.) und 26.11.2015 – 104 O 2/15 (Anlage H 19 = Bd. V, Bl.108 d. A.) im Kostenpunkt bestätigt.

[6] Ein mit Beschluss vom 12.1.2015 – 93 O 4/15 vom gegen den Kläger ausgesprochenes Verbot, als Geschäftsführer der Beklagten zu agieren, hat der Senat mit Urteil vom 23.7.2015 – 23 U 18/15 aufgehoben.

[7] Am 22.1.2015 reichte der die Gesellschafterversammlungen vom 6. und 7.1.2015 beurkundende Notar … eine Gesellschafterliste (Anlage H 11) zum Handelsregister ein, die den Nebenintervenienten zu 6) nicht mehr als Gesellschafter der Beklagten ausweist. Diese Gesellschafterliste wurde am 6.8.2015 in den Registerordner aufgenommen. Auf Antrag des Nebenintervenienten zu 6) hat das Landgericht Berlin mit Beschluss vom 24.8.2015 – 90 O 66/15 – angeordnet, dass dieser Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet werde.

[8] Im vorliegenden Rechtsstreit begehrt der Kläger die Feststellung der Nichtigkeit der Beschlüsse des Aufsichtsrats vom 7.12.2014 und 21.12.2014 über seine Abberufung und die Kündigung seines Anstellungsvertrages.

[9] Das Landgericht hat mit Urteil vom 25.6.2015 antragsgemäß festgestellt, dass

1. der Beschluss des …, der … sowie des Herrn … als Aufsichtsrat der Beklagten vom 7. Dezember 2014 zu TOP 1 über die Abberufung des Klägers mit sofortiger Wirkung als Geschäftsführer der Beklagten nichtig ist und der Kläger über den Zeitpunkt der Beschlussfassung hinaus Geschäftsführer der Beklagten ist,

2. der Beschluss des Herrn …, der Frau … sowie des Herrn … als Aufsichtsrat der Beklagten vom 7. Dezember 2014 zu TOP 2 sowie vom 21. Dezember 2014 über die Kündigung des Anstellungsvertrages zwischen der Beklagten und dem Kläger mit sofortiger Wirkung aus wichtigem Grund, hilfsweise ordentlich zum 30. Juni 2015 nichtig ist und der Anstellungsvertrag zwischen der Beklagten und dem Kläger über den Kündigungstermin hinaus fortbesteht.

[10] Auf die tatsächlichen Feststellungen in dem angefochtenen Urteil wird Bezug genommen.

[11] Gegen das ihr am 1.7.2015 zugestellte Urteil hat die Beklagte, vertreten durch die Geschäftsführer … und … sowie die Nebenintervenienten zu 3) bis 5), am 2.7.2015 Berufung eingelegt. Berufungsbegründungen sind innerhalb der um einen Monat verlängerten Berufungsbegründungsfrist am 22.9.2015 von der Nebenintervenientin zu 2) und am 1.10.2015 von den Nebenintervenienten zu 3) bis 5) eingereicht worden, die der Beklagten im Berufungsverfahren als Streithelfer beigetreten sind.

[12] Am 27.7.2015 haben die Herren … und … ihre Ämter mit sofortiger Wirkung niedergelegt.

[13] Am 6./7.8.2015 haben die Gesellschafter der Beklagten im Umlaufverfahren ohne Beteiligung des Nebenintervenientin zu 6) u. a. die Unwirksamkeit aller Beschlüsse der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 bezüglich der Einrichtung eines Aufsichtsrats und die Unwirksamkeit der Abberufung des Klägers als Geschäftsführer, vorsorglich seine Wiederbestellung zum Geschäftsführer, die Abberufung der Geschäftsführer … und… sowie die Abberufung des Geschäftsführers … beschlossen (Anlage… = Bd. … d. A.). Die Eintragung des Geschäftsführers … wurde im Handelsregister gelöscht.

[14] Am 27.8.2015 wurde auf einer Gesellschafterversammlung der Beklagten die Einziehung des Geschäftsanteils der Nebenintervenientin zu 2) sowie mehrere tiefgreifende Änderungen des Gesellschaftsvertrags beschlossen. Die Einziehung des Geschäftsanteils der Nebenintervenientin zu 2) wird von dieser nach dem unwidersprochen gebliebenen Vortrag des Klägers nicht angefoch-

ten. Die beschlossenen Satzungsänderungen werden von dem Nebenintervenienten zu 6) angefochten.

[15] Mit Schriftsatz vom 27.8.2015 hat sich für die Beklagte, vertreten durch den Kläger, Rechtsanwalt … gemeldet und die Rücknahme der Berufung erklärt.

[16] Am 1.9.2015 ist eine von dem die Gesellschafterversammlungen vom 6. und 7.1.2015 beurkundenden Notar am 26.8.2015 erstellte Gesellschafterliste (Anlage K … = Bd… d. A.) in das Handelsregister aufgenommen worden, die den Nebenintervenienten zu 6) nicht mehr als Gesellschafter ausweist.

[17] Am 2.9.2015 hat das Landgericht Berlin auf Antrag des Nebenintervenienten zu 6) unter dem Aktenzeichen 97 O 93/15 der Beklagten aufgegeben, eine Gesellschafterliste, die ihn weiterhin als Gesellschafter ausweist, zum Handelsregister einzureichen und ihn einstweilen als Gesellschafter zu behandeln. Diese einstweilige Verfügung hat der Senat mit Urteil vom 10.12.2015 – 23 U 99/15 (ZIP 2016, 1166) aufgehoben.

[18] Am 22.9.2015 haben die Rechtsanwälte … ihr Mandat niedergelegt.

[19] Am 26.4.2016 haben die Nebenintervenienten zu 3) bis 5) ihre Aufsichtsratsämter niedergelegt (Anlage K … d. A.).

[20] Die Beklagte, vertreten durch den Kläger, beantragt,

die Beklagte des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären.

[21] Die Beklagte, vertreten durch… als Geschäftsführer, beantragt,

die Klage in Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

[22] Die Nebenintervenienten zu 2) bis 6) beantragen,

die Klage in Abänderung des angefochtenen Urteils abzuweisen.

[23] Der Nebenintervenient zu 6) beantragt ferner, hilfsweise für den Fall, dass der Senat die Unzulässigkeit der Nebenintervention ausspricht,

festzustellen, dass das Endurteil keine Rechtswirkungen für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten zu 6) insbesondere keine Rechtskraft und keine Präjudizialität entfaltet.

[24] Der Kläger beantragt,

1. die Beklagte des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären,

2. hilfsweise die Berufung als unzulässig zu verwerfen,

3. hilfs-hilfsweise zu den Anträgen 1 und 2 die Berufung zurückzuweisen,

4. hilfsweise zu dem Antrag 1 die Nebeninterventionen der Nebenintervenienten zu 2) bis 6) für unzulässig zu erklären,

5. das Klagerubrum dahin zu berichtigen, dass die Beklagte nunmehr durch den Kläger vertreten wird.

[25] Die Nebenintervenientin zu 1) beantragt,

1. das Beklagtenrubrum dahin zu berichtigen, dass die Beklagte durch den Kläger vertreten wird,

2. die Beklagte des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären,

3. hilfsweise zum Antrag 2

a) die Nebeninterventionen der Nebenintervenienten zu 2) bis 6) für unzulässig zu erklären.

b) die Berufung zurückzuweisen.

[26] Die Klägerin und die Nebenintervenientin zu 1) haben die Vollmacht der Rechtsanwälte … gerügt. Der Berichterstatter hat den Rechtsanwälten aufgegeben, bis zum 31.8.2017 mitzuteilen, von welchen natürlichen Personen sie bevollmächtigt worden seien, und die schriftlichen Vollmachten vorzulegen. Die Rechtsanwälte haben in Kopie Vollmachten vom 8.1.2015 und vom 16.1.2015 vorgelegt. In der mündlichen Verhandlung am 28.9.2017 hat Rechtsanwalt … unter Vorlage einer von dem im Gerichtssaal anwesenden Geschäftsführer … unterschriebenen Terminsvollmacht beantragt, das Urteil zu ändern und die Klage abzuweisen. Mit Fax vom 10.10.2017 hat Rechtsanwalt … die Kopie einer ihm von dem Geschäftsführer … mit Datum vom 6.10.2017 erteilten Prozessvollmacht eingereicht. Mit Schriftsatz vom 25.10.2017 hat Rechtsanwalt … das Original der von dem Geschäftsführer … mit Datum vom 16.1.2015 den Rechtsanwälten … erteilten Prozessvollmacht eingereicht.

[27] Mit Schriftsatz vom 27.10.2017 hat Rechtsanwalt … angezeigt, dass er nunmehr auch von dem mit Umlaufbeschluss vom 12.10.2017 nach § 46 Nr. 8 GmbHG bestimmten besonderen Vertreter der Beklagten, dem Prokuristen …, bevollmächtigt sei, und namens der Beklagten erklärt, dass diese das angefochtene Urteil anerkenne, die Einlegung der Berufung nicht genehmige und das Rechtsmittel vorsorglich nochmals zurücknehme.

Aus den Gründen:

II.

Die Berufung der Beklagten ist nicht wirksam zurückgenommen

[28] Dem Antrag des Klägers und des Nebenintervenienten zu 1), die Beklagte des Rechtsmittels der Berufung für verlustig zu erklären, kann nicht entsprochen werden. Denn die Berufung der Beklagten ist nicht wirksam zurückgenommen.

[29] 1. Die von der vom Kläger vertretenen Beklagten erklärte Berufungsrücknahme ist unwirksam, weil die Beklagte in diesem Prozess nicht vom Kläger vertreten werden kann.

Der Vertretung der Beklagten durch den Kläger steht das „Verbot des Insichgeschäfts im Prozess" entgegen

[30] Einer solchen Vertretung steht das "Verbot des Insichgeschäfts im Prozess" entgegen. Es ist prozessrechtlich nicht möglich, als gesetzlicher Vertreter einer Partei einen Prozess mit sich selbst zu führen, was jedoch dann der Fall ist, wenn eine Person auf beiden Seiten entweder Partei oder Parteivertreter ist (vgl. etwa BGH, NJW 1996, 658). Dementsprechend sind alle vom Kläger für die Beklagte vorgenommenen Prozesshandlungen, insbesondere auch die Zurücknahme der Berufung unwirksam (vgl. OLG Stuttgart, Beschluss vom 14.1.2013 – 14 W 17/12 Rn. 46; Staudinger/Schilken, BGB, Neubearbeitung 2009, § 181 Rn. 27).

[31] Da der Kläger die Beklagte in diesem Prozess nicht vertreten kann, ist auch die beantragte Rubrumsberichtigung nicht vorzunehmen.

Auch die aufgrund Vollmacht erklärte Berufungsrücknahme ist unbeachtlich, da der Nebenintervenient zu 6) am Beschlussverfahren über die Bestimmung eines besonderen Vertreters nicht beteiligt worden ist

[32] 2. Auch die erneute, nach der Berufungsverhandlung auf Grund einer Vollmacht des als besonderen Vertreters bestellten Prokuristen … erklärte Berufungsrücknahme ist unbeachtlich. Denn der am 12.10.2017 im Umlaufverfahren zu Stande gekommene Beschluss über die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters ist nichtig. Das hat zur Folge, dass Rechtsanwalt … von dem Prokuristen der Beklagten nicht wirksam bevollmächtigt werden konnte.

[33] a) Nach § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG kann die Gesellschafterversammlung in Prozessen, die sie gegen einen Geschäftsführer führt, einen besonderen Vertreter bestimmen. Diese Vorschrift, die sowohl für Aktiv- wie auch für Passivprozesse gilt, soll die unvoreingenommene Prozessführung in Rechtsstreitigkeiten sicherstellen, in denen regelmäßig die Gefahr besteht, dass die nach § 35 GmbHG an sich zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Geschäftsführer befangen sind. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs sind davon auch Prozesse gegen ausgeschiedene Geschäftsführer umfasst (vgl. BGH, Beschluss vom 2.2.2016 – II ZB 2/15 Rn. 13 m. w. N.).

[34] b) Der von den in die Gesellschafterliste vom 27.8.2015 (Anlage K 25 = Bd. III, Bl. 128 d. A.) eingetragenen Gesellschaftern gefasste Beschluss über die Bestellung eines besonderen Prozessvertreters ist nichtig, weil der Nebenintervenient zu 6) an dem Beschlussverfahren nicht beteiligt worden ist.

[35] Die Nichtladung eines Gesellschafters ist ein Einberufungsmangel, der zur Nichtigkeit der in der Versammlung gefassten Gesellschafterbeschlüsse führt (vgl. BGHZ 36, 207, 211; BGH, Urteil vom 13.2.2006 – II ZR 200/04 Rn. 9; BGH, Beschluss vom 24.3.2016 – IX ZB 32/15 Rn. 21). Das gilt für Umlaufbeschlüsse entsprechend.

Die Beklagte verhält sich rechts- und treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sie einen Gesellschafter ausschließt, der, wie sie weiß, in der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste noch aufgeführt sein müsste

[36] Wer als Gesellschafter einzuladen oder im Umlaufverfahren an der Abstimmung zu beteiligen ist, ergibt sich zwar grundsätzlich aus der jeweils aktuellen, im Handelsregister verwahrten Gesellschafterliste. Denn gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gelten im Verhältnis zur Gesellschaft nur die in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste eingetragen Personen als Gesellschafter. Hier liegt jedoch die Besonderheit vor, dass das Landgericht Berlin mit Beschlüssen vom 7.1.2015 – 104 O 2/15 (Anlage H 15 = Bd. V, Bl. 100 d. A.) und 8.1.2015 – 97 O 4/15 (Anlage H 16 = Bd. V, Bl. 102 d. A.) der Beklagten und dem Kläger untersagt hatte, auf Grund der Gesellschafterbeschlüsse vom 6. und 7.1.2015 eine neue Gesellschafterliste, die den Nebenintervenienten zu 6) nicht mehr als Gesellschafter ausweist, zur Veröffentlichung im Handelsregister einzureichen. Gegen dieses Verbot hat die Beklagte zwar in eigener Person nicht verstoßen. Sie verhält sich aber rechts- und treuwidrig (§ 242 BGB), wenn sie einen Gesellschafter von der Beschlussfassung ausschließt, der, wie sie weiß, in der beim Handelsregister hinterlegten Gesellschafterliste noch aufgeführt sein müsste.

[37] Da die Verpflichtung zur Unterlassung einer Handlung regelmäßig auch die Verpflichtung beinhaltet, mögliche und zumutbare Handlungen zur Beseitigung des Störungszustands vorzunehmen (vgl. BGH, Beschluss vom 29. September 2016 – I ZB 34/15 Rn. 24 m. w. N.), hätte die Beklagte, um sich rechtstreu zu verhalten, zunächst den Notar um eine Zurückstellung der Listeneinreichung bitten müssen und bei Fruchtlosigkeit solchen Bemühens von sich aus eine korrigierte, den Nebenintervenienten zu 6) wieder als Gesellschafter ausweisende Liste einreichen müssen. Dass sie dies unterlassen hat, kann ihr jetzt nicht zum Vorteil gereichen. Sie muss sich vielmehr so behandeln lassen, als seien die Gesellschafterliste vom 27.8.2015 und alle späteren, deren Angaben perpetuierende Listen nie in den Handelsregisterordner aufgenommen worden.

Die formale Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wird dadurch nicht in Frage gestellt

[38] Die formale Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG wird dadurch nicht in Frage gestellt. In Rechtsprechung und Schrifttum ist allerdings die Auffassung im Vordringen begriffen, dass selbst der Umstand, dass die Gesellschaft die fehlende materiell-rechtliche Berechtigung der Listengesellschafter positiv kennt, der Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG nicht entgegenstehe (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 4.11.2016 – 20 W 269/16 Rn. 36 m. w. N.) und sogar Vorsatz des Geschäftsführers oder des Notars die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste nicht entkräfte (vgl. Kort, GmbHR 2009, 169, 173). Ob dem zu folgen ist, bedarf hier keiner Entscheidung. Denn hier war durch einstweilige Verfügungen rechtskräftig entschieden (zur Rechtskraft im Verfügungsverfahren vgl. OLG Hamburg, Urteil vom 1.7.2004 – 3 U 188/03 Rn. 72), dass der Nebenintervenient zu 6) Anspruch auf Sicherung seiner Gesellschafterstellung hat. Über diese eingeschränkte Rechtskraftwirkung der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren ergangenen Entscheidungen kann sich die Beklagte nicht hinwegsetzen, indem sie unter Berufung auf die Legitimationswirkung von Gesellschafterlisten ohne Beteiligung des Nebenintervenienten zu 6) Beschlüsse fasst.

III.

Der als Hilfsantrag des Klägers und des Nebenintervenienten zu 1) gestellte Antrag ist zulässig und begründet

[39] Der als Hilfsantrag zu dem vorstehend zurückgewiesenen Hauptantrag zu 1) des Klägers und des Nebenintervenienten zu 1), gestellte Antrag, die Nebeninterventionen der Nebenintervenienten zu 2) bis 6) für unzulässig zu erklären, ist zulässig und begründet.

[40] 1. Über die beantragte Zurückweisung der Nebeninterventionen ist gemäß § 71 Abs. 1 ZPO durch Zwischenurteil zu entscheiden. Die Entscheidung kann aber mit der Entscheidung über die Berufung verbunden werden (vgl. BGH, Urt. vom 11.2.1982 – III ZR 184/80 Rn. 9 = NJW 1982, 2070).

[41] 2. Der Kläger und der Nebenintervenient zu 1) konnten den Antrag unter der Bedingung stellen, dass die Berufung nicht als zurückgenommen angesehen wird. Die Möglichkeit, Anträge in einem Zivilprozessverfahren bedingt zu stellen, ist allgemein unter der Voraussetzung anerkannt, daß die Antragstellung nicht von dem Eintritt ei-

nes außer-, sondern eines innerprozessualen Ereignisses abhängt (BGH, Urteil vom 13. Mai 1996 – II ZR 275/94 Rn. 22 = BGHZ 132, 390). Die Entscheidung des Senats, dass die Berufung nicht wirksam zurückgenommen ist (s. oben II.) ist ein solches innerprozessuales Ereignis.

Die Nebenintervention der Streithelfer zu 2) bis 6) sind unzulässig

[42] 3. Die Nebenintervention der Streithelfer zu 2) bis 6) sind unzulässig.

[43] Die Nebenintervention setzt gemäß § 66 Abs. 1 ZPO ein rechtliches, nicht nur wirtschaftliches oder ideelles Interesse daran voraus, dass die unterstützte Hauptpartei im Rechtsstreit obsiege (vgl. BGH, Beschluss vom 17.1.2006 – X ZR 236/01). Ein solches rechtliches Interesse ist bei den Streithelfern zu 2) bis 6) auch bei gebotener weiter Auslegung des Begriffs des rechtlichen Interesses nicht zu erkennen.

[44] a) Von der infolge der Streithilfe eintretenden Interventionswirkung können die Streithelfer zu 2) bis 6) rechtlich nicht profitieren. Denn die Interventionswirkung entfaltet prozessuale Rechtswirkung nur zugunsten der unterstützen Hauptpartei, nicht zugunsten des Nebenintervenienten (§ 68 Hs. 1 ZPO).

[45] b) Die Nebeninterventienten zu 2) und 6) können allein aus ihrer Stellung als (ehemalige) Gesellschafter der Beklagten kein Nebeninterventionsinteresse herleiten. In der Rechtsprechung ist zwar anerkannt, dass bei Beschlussanfechtungsklagen der dem Kläger beitretende Gesellschafter sein nach § 66 ZPO erforderliches Interventionsinteresse am Obsiegen der unterstützten Partei schon allein damit begründen kann, dass ein stattgebendes Anfechtungsurteil gemäß § 248 Abs. 1 Satz 1 AktG ihm gegenüber Rechtskraft- und Gestaltungswirkung entfaltet (vgl. u. a. BGH, Beschluss vom 23.4.2007 – II ZB 29/05). Das gilt aber nicht für die hier vorliegende einfache Feststellungsklage (s. dazu unten IV.1). Einfache Feststellungsklagen entfalten ihre Wirkung allein zwischen den Parteien des Rechtsstreits. Eine Rechtskrafterstreckung erfolgt auch dann nicht, wenn aus Gründen der Logik eine einheitliche Entscheidung gegenüber nicht am Rechtsstreit beteiligten Personen notwendig oder wünschenswert wäre. Für die Rechtskrafterstreckung auf nicht am Rechtsstreit beteiligte Personen ist ohne eine besondere Vorschrift kein Raum (BGH, Urt. vom 10.5.2001 – III ZR 262/00 = NJW 2001, 2176, 2177; BGH, Beschluss vom 16.4.2015 – I ZB 3/14 Rn. 15, 22 = GmbHR 2015, 1148, 1150).

[46] Die von den Nebenintervenienten ins Feld geführte rein faktische Gegebenheit, dass andere Gerichte sich einzelne Urteilselemente möglicherweise zu eigen machen würden, reicht zur Begründung eines rechtlichen Interesses nicht aus.

[47] c) Die Nebenintervenienten zu 3) bis 5) können ihr Interventionsinteresse nicht aus der von ihnen behaupteten früheren Organstellung herleiten.

[48] Das von der Rechtsprechung anerkannte rechtliche Interesse der einzelnen Aufsichtsratsmitglieder an der Feststellung, dass die im Aufsichtsrat gefassten Beschlüsse wirksam oder unwirksam sind, beruht auf der Organstellung der Aufsichtsratsmitglieder und der sich daraus ergebenden gemeinsamen Verantwortung für die Rechtmäßigkeit der von ihnen gefassten Beschlüsse (vgl. BGH, Zwischenurteil vom 29.1.2013 – II ZB 1/11 Rn. 13 f.; Urt. vom 17.7.2012 – II ZR 55/11 Rn. 12; Urt. vom 21.4. 1997– II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244, 248 ff.). Es endet mit dem Verlust der Organstellung. Denn nur als Organ ist ein Interesse der Aufsichtsräte anzuerkennen, den Aufsichtsrat in der Frage der Wirksamkeit der gefassten Beschlüsse zu unterstützen. Hat die Organstellung aber geendet, so kann das Aufsichtsratsmitglied mangels Organstellung ein solches Interesse an der Unterstützung des Aufsichtsrats nicht mehr geltend machen.

[49] Ohne die Organstellung ist die Verteidigung der gefassten Beschlüsse allein dem eigenen Interesse geschuldet, einen etwaigen Regress abzuwehren. Insoweit kommt jedoch mangels Rechtskraftwirkung der Entscheidung keine rechtliche Bedeutung zu. Die bloße Wahrscheinlichkeit, dass der Senat an seiner rechtlichen Auffassung in einem etwaigen Regressprozess festhielte, beschränkte die Nebenintervenienten zu 3) bis 5) in keiner Weise in ihrer Verteidigung, insbesondere käme dem vorliegenden Rechtsstreit keine präjudizielle Wirkung zu.

[50] d) Da der Zwischenstreit zuungunsten des Nebenintervenienten ausgeht, haben diese in entsprechender Anwendung von § 91 Abs. 1 ZPO die Kosten des Zwischenstreits zu tragen (BAGE 19, 366).

[51] e) Der von dem Nebenintervenienten zu 6) für den Fall seiner Zurückweisung gestellte Hilfsantrag, festzustellen, dass das Endurteil keine Rechtswirkungen für das Rechtsverhältnis zwischen den Parteien und dem Nebenintervenienten zu 6) insbesondere keine Rechtskraft und keine Präjudizialität entfaltet, ist unzulässig. Denn der Nebenintervenient begehrt einen Rechtsausspruch, den das Gericht mangels Entscheidungskompetenz nicht treffen kann. Die Frage, ob eine Entscheidung Rechtskraft wirkt oder jedenfalls präjudiziell ist, wird nie im Ursprungsprozess beantwortet, sondern stets nur in Nachfolgeprozessen von den dann zuständigen Gerichten. Diese kann der Senat aber nicht binden.

IV.

Die Berufung der Beklagten ist zulässig

[52] Dem Hilfsantrag des Klägers, die Berufung der Beklagten als unzulässig zu verwerfen, kann nicht entsprochen werden. Denn die Berufung ist zulässig.

[53] 1. Die Beklagte hat rechtzeitig vor Ablauf der Berufungsfrist Berufung eingelegt. Auf den Streit der Beteiligten, ob die Rechtsanwälte… zum Zeitpunkt der Berufungseinlegung von einem vertretungsberechtigten Organ der Beklagten bevollmächtigt waren und ob sie ihre Prozessvollmacht in gehöriger Weise nachgewiesen haben, kommt es nicht an. Wird ein Rechtsmittel oder ein Rechtsbehelf durch einen vollmachtslosen Vertreter eingelegt, so ist dieses als unzulässig zu verwerfen, wenn nicht der Berechtigte zuvor die Verfahrenshandlung genehmigt. Genehmigt der Berechtigte, wird dadurch der Verfahrensmangel der nicht ordnungsgemäßen Vertretung von Anfang an geheilt (§ 89 Abs. 2 ZPO). Wegen ihrer Rückwirkung braucht die Genehmigung nicht innerhalb der Frist erklärt zu werden, die für die genehmigte Verfahrenshandlung gilt (GmSOGB BGHZ 91, 111, 114; BGH, Beschluss vom 10.1.1995 – X ZB 11/92 = BGHZ 128, 280).

[54] Im vorliegenden Fall ist die möglicherweise vollmachtlose Einlegung der Berufung durch die Rechtsanwälte … dadurch geheilt, dass die Beklagte, vertreten durch den von dem Geschäftsführer … bevollmächtigten Rechtsanwalt … die Prozessführung genehmigt hat, indem dieser in der Berufungsverhandlung vom 28.9.2017 eine Ände-

rung des angefochtenen Urteils und die Abweisung der Klage beantragt hat.

[55] … ist als Geschäftsführer der Beklagten zu deren Vertretung in diesem Rechtsstreit berechtigt.

[56] a) Gemäß § 46 Nr. 8 Alt. 2 GmbHG kann die Gesellschafterversammlung für Prozesse, die sie gegen einen (auch abberufenen) Geschäftsführer führt, einen besonderen Vertreter bestimmen. Diese Vorschrift, die sowohl für Aktiv- wie Passivprozesse gilt, soll die unvoreingenommene Prozessführung in Rechtsstreitigkeiten sicherstellen, in denen regelmäßig die Gefahr besteht, dass die nach § 35 GmbHG an sich zur Vertretung der Gesellschaft berufenen Geschäftsführer befangen sind. Kann die Gesellschaft im Prozeß gegen einen Geschäftsführer durch weitere vorhandene Geschäftsführer satzungsgemäß vertreten werden, so kann zwar die Gesellschafterversammlung auch in einem solchen Fall von der Möglichkeit des § 46 Nr. 8 GmbHG Gebrauch machen; sie muß es aber nicht tun; sieht sie davon ab, dann bleibt es bei der Vertretungszuständigkeit der anderen Geschäftsführer (vgl. BGH, Urt. vom 24.2.1992 – II ZR 79/91 Rn. 9; Beschluss vom 2.2.2016 – II ZB 2/15 Rn. 13).

[57] b) … ist auch weiterhin Geschäftsführer der Beklagten. Er ist weder in der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 noch durch den Umlaufbeschluss vom 6./7.8. 2015 wirksam abberufen worden. Der Umstand, dass er nicht mehr als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen ist, hat auf seine Organstellung keinen Einfluss; die Eintragung ist zur Erlangung und Aufrechterhaltung der Organstellung nicht erforderlich (vgl. BGH, Beschluss vom 9.5.1960 – II ZB 3/60).

[58] aa) Die Frage, ob der Geschäftsführer … in der Gesellschafterversammlung vom 13.10.2014 trotz 63,318777 % Gegenstimmen abberufen worden ist, weil der Nebenintervenient zu 6) bei dieser Abstimmung einem Stimmverbot unterlag, ist Gegenstand der bei dem Landgericht Berlin unter dem Aktenzeichen 95 O 92/14 anhängigen Beschlussfeststellungsklage. Solange der Beschluss nicht gerichtlich festgestellt ist, gilt die Feststellung des Versammlungsleiters, dass der Beschluss abgelehnt worden ist.

[59] bb) Der Umlaufbeschluss vom 6./7.8.2015 (Anlage K 24 = Bd. III, Bl. 123 d. A.) ist nichtig, weil der Nebenintervenient zu 6) nicht an der Abstimmung beteiligt worden ist. Insoweit gilt dasselbe wie für die Beschlussfassung vom 27.8.2015 (s. oben II.2.b).

[60] 2. Die Berufung ist innerhalb verlängerter Frist rechtzeitig begründet worden.

[61] Innerhalb der verlängerten Berufungsbegründungsfrist haben sowohl die Nebenintervenientin zu 2) als auch die Nebenintervenienten zu 3) bis 5) den Anforderungen des § 520 Abs. 3 ZPO genügende Berufungsbegründungen eingereicht.

[62] Bis zur rechtskräftigen Entscheidung über die Unzulässigkeit der Nebenintervention ist der Intervenient im Hauptverfahren zuzuziehen (§ 71 Abs. 3 ZPO). Er kann für die unterstützte Hauptpartei wirksam Prozesshandlungen vornehmen, solange er nicht rechtskräftig aus dem Rechtsstreit verwiesen worden ist. Seine Befugnis zur Vornahme von Prozesshandlungen endet erst, wenn seine Streithilfe rechtskräftig zurückgewiesen ist (BGH, Urteil vom 11.2.1982 – III ZR 184/80 Rn. 7). Die bis zur Zurückweisung seines Beitritts wirksam vorgenommenen Prozesshandlungen behalten auch nach Rechtskraft der Zurückweisungsentscheidung ihre Wirksamkeit (vgl. BGH, Beschluss vom 14.5.2013 – II ZB 1/11).

[63] Ein Widerspruch der Hauptpartei (§ 67 Hs. 2 ZPO) ist im vorliegenden Fall nicht anzunehmen. Weder hat die Beklagte der Durchführung der Berufung ausdrücklich widersprochen, noch ist ihr Prozessverhalten im Sinne eines Widerspruchs auszulegen. Dass die Beklagte ihre Berufung nicht fristgemäß selbst begründet hat, ist kein solcher Widerspruch, vielmehr Untätigkeit, die als solche kein Hindernis für eigene Prozesshandlungen des Streithelfers darstellt (vgl. BGHZ 49, 183, 188; BGH, Urteil vom 28.3. 1985 – VII ZR 317/84 Rn. 8).

[64] Die von den vom Kläger und vom Prokuristen beauftragten Prozessbevollmächtigten erklärte Rücknahme der Berufung, die auch als Widerspruch gegen die Prozessführung der Nebenintervenienten anzusehen wäre, ist, wie bereits ausgeführt, unwirksam.

V.

Die Berufung ist aber zurückzuweisen, da der Kläger vom Aufsichtsrat nicht wirksam als Geschäftsführer abberufen und die Kündigung seines Anstellungsvertrags nicht wirksam beschlossen worden ist

[65] Die zulässige Berufung ist, dem Hilfsantrag der Klägerin und dem Hilfsantrag der Nebenintervenientin zu 1) entsprechend, zurückzuweisen. Denn das Landgericht hat im Ergebnis richtig entschieden, dass der Kläger vom Aufsichtsrat der Beklagten nicht wirksam als Geschäftsführer abberufen und die Kündigung seines Anstellungsvertrages nicht wirksam beschlossen worden ist.

Die Feststellungsklage des Klägers ist zulässig

[66] 1. Die Feststellungsklage des Klägers ist als allgemeine Feststellungsklage (§ 256 Abs. 1 ZPO) zulässig.

[67] Wenn die Abberufung des Klägers von der Gesellschafterversammlung beschlossen worden wäre, hätte der Kläger als Fremdgeschäftsführer kein Anfechtungsrecht; er könnte aber mit der allgemeinen Feststellungsklage gemäß § 256 Abs. 1 ZPO die Feststellung begehren, dass der Beschluss nichtig ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 2008 – II ZR 187/06 Rn. 34).

Die Prüfung der Rechtmäßigkeit gefasster Beschlüsse kann im Wege der Feststellungsklage erfolgen, §§ 241 ff. AktG finden keine entsprechende Anwendung auf fehlerhafte Aufsichtsratsbeschlüsse

[68] Klagen gegen Aufsichtsratsbeschlüsse waren in der Vergangenheit vergleichsweise selten (so BGH, Urt. vom 17.5.1993 – II ZR 89/92 Rn. 11 = BGHZ 122, 342 zum Aktienrecht). Das gilt in verstärktem Maße für die Beschlüsse von GmbH-Aufsichtsräten. Dass die Mitglieder des Aufsichtsrats selbst sich durch Feststellungsklagen Gewissheit über die Rechtmäßigkeit gefasster Beschlüsse verschaffen können, ist in der Rechtsprechung geklärt (vgl. BGH, Urt vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 LS = BGHZ 135, 244). Geklärt ist ferner, dass die §§ 241 ff AktG keine entsprechende Anwendung auf fehlerhafte Beschlüsse des Aufsichtsrats der AG finden (vgl. BGH, Urt. vom 17.5. 1993 – II ZR 89/92 = BGHZ 122, 342), was für den fakultativen Aufsichtsrat einer GmbH erst recht gelten muss.

[69] Im übrigen findet eine Begrenzung des zur Geltendmachung bestimmter Beschlussmängel berechtigten Personenkreises mit Hilfe einer sachgerechten Bestimmung

des erforderlichen Rechtsschutzinteresses statt (BGH, Urteil vom 17. Juli 2012 – II ZR 55/11 Rn. 10; Urteil vom 21.4.1997 – II ZR 175/95 = BGHZ 135, 244; BGH, Zwischenurteil vom 29.1.2013 – II ZB 1/11 Rn. 13 f.; Urt. vom 17.5.1993 – II ZR 89/92 Rn. 16 = BGHZ 122, 342). Der durch den Aufsichtsrat abberufene Fremdgeschäftsführer hat ebenso wie ein durch die Gesellschafterversammlung abberufener Geschäftsführer ein berechtigtes Interesse, sich im Wege der Feststellungsklage darüber Gewissheit zu verschaffen, ob er wirksam abberufen ist oder nicht. Daher ist die Feststellungsklage zulässig.

[70] 2. In der Sache kann das Urteil des Landgerichts nicht mit der Begründung aufrechterhalten werden, dass der Kläger wegen der Treuebindung der Gesellschafter untereinander nur bei Vorliegen eines rechtfertigenden sachlichen Grundes hätte abberufen werden können, der hier nicht vorgelegen habe (UA 8).

[71] Dabei kann dahinstehen, ob der von den Streithelfern der Beklagten vorgebrachte Einwand stichhaltig ist, dass Mitglieder des Aufsichtsrats anders als Mitgesellschafter bei der Abberufung eines jahrzehntelang verdienstvoll tätigen Geschäftsführers, der mittelbar an der Gesellschaft beteiligt ist, keinen Einschränkungen kraft gesellschafterlicher Treuepflicht unterliegen (vgl. dazu BGH, Beschluss vom 29.11.1993 – II ZR 61/93 = DStR 1994, 214 sowie vorausgehend OLG Düsseldorf, Urt. vom 11.2.1993 – 6 U 43/92 = GmbHR 1994, 245). Denn eine etwaige Verletzung von Treuepflichten würde nur zur Anfechtbarkeit der gefassten Beschlüsse führen, nicht aber zu ihrer Nichtigkeit (vgl. OLG Düsseldorf a. a. O.). In dem Verfügungsverfahren 23 U 18/15 KG, in dem der Senat die Entscheidung auch darauf gestützt hat, dass eine Abberufung des Klägers als Geschäftsführer nicht ohne rechtfertigenden Grund möglich und ein solcher nicht erkennbar sei, spielte die Frage, ob die Beschlüsse des Aufsichtsrats anfechtbar oder nichtig sind, keine Rolle. Im vorliegenden Berufungsverfahren kann die vom Kläger erhobene allgemeine Feststellungsklage aber nur Erfolg haben, wenn die Beschlüsse des Aufsichtsrats nicht nur anfechtbar, sondern nichtig sind.

Die Aufsichtsratsbeschlüsse über die Abberufung des Klägers sind nichtig, weil der Aufsichtsrat nicht wirksam bestellt worden ist

[72] 3. Die Beschlüsse des Aufsichtsrats der Beklagten vom 7.12.2014 und 21.12.2014 sind nichtig, weil der Aufsichtsrat nicht wirksam bestellt worden ist. Die Einrichtung des Aufsichtsrats durch den Gesellschafterbeschluss vom 13.10.2014 ist unwirksam, weil es sich dabei um eine Satzungsänderung handelte, die nur durch notarielle Beurkundung (§ 53 Abs. 2 GmbHG) und Eintragung im Handelsregister wirksam werden konnte (§ 54 Abs. 3 GmbHG). Der Senat hält insoweit an seinen Ausführungen in dem Urteil vom 23.7.2015 – 23 U 18/15 (ZIP 2016, 673 = GmbHR 2016, 29 = NZG 2016, 787), auf das im übrigen verwiesen wird, fest:

Die Satzungsänderung zur Umwandlung einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine GmbH mit Aufsichtsrat unterliegt den zwingenden Bestimmungen der §§ 53, 54 GmbHG

[73] Der Senat hält die Bestimmungen der §§ 53 und 54 GmbHG für zwingendes Recht, das nicht durch gesellschaftsvertragliche Abmachungen („Öffnungsklauseln") außer Kraft gesetzt werden kann. Es ist auch nicht richtig, dass eine dauerhafte Änderung der Gesellschaftsverfassung keine Satzungsänderung darstellt, wenn die Änderung im Gesellschaftsvertrag durch eine Öffnungsklausel „bereits angelegt" ist. Eine Ermächtigung zur Regelung ist nicht schon die Regelung selbst, vielmehr nur eine Voraussetzung dafür, sie durch Gesellschafterbeschluss – unter Einhaltung der zwingenden Bestimmungen des GmbHG – treffen zu können (so OLG Hamm, Beschluss vom 22.1.1993 – 15 W 224/91 = GmbHR 1993, 500 = MittRhNotK 1993, 73). E GmbH, die in ihrer Satzung die Möglichkeit der Errichtung eines Aufsichtsrats vorsieht, hat bis zur Errichtung desselben keinen Aufsichtsrat. Die Umwandlung einer GmbH ohne Aufsichtsrat in eine GmbH mit Aufsichtsrat ist aber ganz unzweifelhaft eine tiefgreifende Änderung der Gesellschaftsverfassung (Satzungsänderung) und unterliegt als solche den zwingenden Bestimmungen der §§ 53 und 54 GmbHG.

Die Änderung der Gesellschaftsverfassung durch Errichtung eines mit Organkompetenzen ausgestatteten Aufsichtsrats bedarf immer der Beurkundung und Eintragung

[74] Das Mehrheitserfordernis des § 53 II GmbHG (3/4-Mehrheit) lässt sich möglicherweise durch eine Öffnungsklausel überwinden, wenn diese als antizipierte Zustimmung aller, auch später hinzutretender Gesellschafter ausgelegt werden kann (vgl. für das Personengesellschaftsrecht BGH, Urteil vom 9. Juni 2015 – II ZR 420/13 Rn. 21 m. w. N.). Durch eine solche Auslegung können aber nicht auch die weiteren Anforderungen der §§ 53 II, 54 III GmbHG außer Kraft gesetzt werden. Die Änderung der Gesellschaftsverfassung durch Errichtung eines mit Organkompetenzen ausgestatteten Aufsichtsrats ist mit oder ohne Öffnungsklausel stets materiell eine Satzungsänderung, die nicht ohne Beurkundung und Eintragung wirksam werden kann.

[75] Die Entscheidung ist in der Literatur ganz überwiegend auf Ablehnung gestoßen (zustimmend Weiß, EWiR 2016, 267). Was gegen die Entscheidung vorgebracht wird, ist aber nicht überzeugend. Im wesentlichen sind es Praktikabilitätserwägungen, die gegen die Entscheidung angeführt werden. So bescheinigt beispielsweise Priester (NZG 2016, 774, 775) dem Senat eine „schlüssige Argumentation", die „auf den ersten Blick problemerledigend" erscheine; er sieht aber andererseits „gute Gründe, eine Abweichung von einer gesetzlichen und damit satzungsmäßigen Regelung über den vom Instrument der punktuellen Satzungsdurchbrechung gedeckten Einzelfall hinaus in der Satzung zuzulassen." Das überzeugt deswegen nicht, weil die Zulassung einer Abweichung von einer gesetzlichen Regelung Sache des Gesetzgebers und nicht Sache der Parteien eines Gesellschaftsvertrags ist.

[76] Die von der Nebenintervenientin zu 2) beigebrachten Literaturstellen (Anlage N 13) besagen im wesentlichen nur, dass die Satzung eine Errichtungsermächtigung enthalten dürfe und der Aufsichtsrat dann durch einfachen Beschluss eingerichtet werden könne. Die Frage, welche Formalien zu beachten sind, wenn von der Satzungsermächtigung Gebrauch gemacht wird, wird selten behandelt. Die Nebenintervenientin zu 1) weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass Raiser in der von der Nebenintervenientin zu 2) zitierten Kommentierung (Hachenburg/Ulmer/Raiser, GmbHG, 1990, § 52 Rn. 320) ausdrücklich eine Registeranmeldung der Satzungsänderung fordert.

[77] Der Nebenintervenientin zu 2) ist zuzugeben, dass nach dem von ihr zitierten Urteil des Bundesgerichtshofs

vom 7.6.1993 – II ZR 81/92 = BGHZ 123, 15 die Annahme naheliegt, dass eine den Vorgaben einer Öffnungsklausel in allen Punkten entsprechende Errichtung eines Aufsichtsrats nicht als formbedürftige Satzungsänderung anzusehen sei. Diese Schlussfolgerung ist aber nicht zwingend. Der Bundesgerichtshof hat in dem dortigen Fall die Bestellung eines Aufsichtsrats mit drei Mitgliedern als formbedürftige Satzungsänderung erachtet, weil die Satzung der GmbH nur die Möglichkeit der Errichtung eines Aufsichtsrats mit zwei Mitgliedern (vorbehaltlich der notwendigen Ergänzung um einen Arbeitnehmervertreter) vorsah. Daraus folgt nicht ohne weiteres, dass eine der Öffnungsklausel entsprechende Errichtung eines Aufsichtsrats mit zwei Mitgliedern nicht als Satzungsänderung anzusehen gewesen wäre. Denn dieser Fall stand nicht zur Entscheidung.

[78] Der Senat ist weiterhin der Ansicht, dass eine GmbH, in der ein Aufsichtsrat errichtet ist, sich von einer GmbH, deren Satzung die Errichtung eines Aufsichtsrats nur zulässt, so lange materiell unterscheidet, bis der Aufsichtsrat errichtet ist. E GmbH, in der ein Aufsichtsrat bestellt ist, hat einen Aufsichtsrat; eine GmbH, deren Satzung die Bestellung eines Aufsichtsrats zulässt, hat, solange er nicht errichtet wird, keinen. Die Nebenintervenientin zu 2) hat den Unterschied zwischen der Satzung einer GmbH vor und nach Ausschöpfung einer Öffnungsklausel an einem sehr prägnanten Beispiel verdeutlicht. Wenn die Satzung einer GmbH in einer Öffnungsklausel die Änderung der Firma durch Gesellschafterbeschluss zuließe, würde eine entsprechende Umfirmierung ohne Beurkundung und Eintragung zweifellos nicht wirksam werden. Für die Errichtung eines Aufsichtsrats gilt nichts anderes.

Auf die Frage, ob die durch Öffnungsklausel zugelassene Errichtung eines Aufsichtsrats eine beurkundungsbedürftige und eintragungspflichtige Satzungsänderung ist, kommt es nicht an

[79] Im vorliegenden Fall kommt es letztlich auf die grundsätzliche Rechtsfrage, ob die durch eine Öffnungsklausel zugelassene Errichtung eines Aufsichtsrats als beurkundungsbedürftige und eintragungspflichtige Satzungsänderung anzusehen ist, nicht an. Zum einen liegt hier – wie in dem vom Bundesgerichtshofs am 7.6.1993 entschiedenen Fall – die Besonderheit vor, dass die Gesellschafter einen von der Öffnungsklausel abweichenden Beschluss gefasst haben, indem sie den Aufsichtsrat ermächtigten, den von ihnen zu bestellenden Geschäftsführern auch Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB zu erteilen, obwohl § 9 (3) der Satzung nur die Befugnis vorsah, „Geschäftsführer zu bestellen und abzuberufen, Anstellungsverträge mit diesen abzuschließen, zu ändern und zu beendigen, Geschäftsführer zu ermächtigen, die Gesellschaft allein zu vertreten, eine Geschäftsordnung für die Geschäftsführer festzulegen und diesen Weisungen zu erteilen." Auf diese Diskrepanz zwischen Öffnungsklausel und Beschlussfassung hat bereits der 22. Zivilsenat des Kammergerichts mit Beschluss vom 7. Juli 2015 – 22 W 15/15 (Rn. 48) hingewiesen.

[80] Hinzu kommt, dass die Satzung der Beklagten keine eindeutige Vorgaben hinsichtlich der Kompetenzen des potentiellen Aufsichtsrats enthielt. Aus der in der Satzung der Beklagten enthaltenen Öffnungsklausel war nicht zu ersehen, ob der zukünftige Aufsichtsrat drei oder sechs Mitglieder haben würde und ob er die Befugnisse nach § 52 Abs. 1 GmbHG haben würde oder, wenn nicht, welche anderen der in § 9 (3) der Satzung genannten Kompetenzen ihm zugewiesen werden würden. Wenn die Ausstattung und Funktion des Aufsichtsrats in der Öffnungsklausel aber derart unbestimmt gehalten ist, verbietet sich die Annahme, dass der spätere Inhalt des Gesellschaftsvertrages sich bereits aus dem Inhalt der Öffnungsklausel ergebe und durch die Beschlüsse der Gesellschafter nicht mehr geändert werde.

[81] Die Nebenentscheidungen beruhen auf den §§ 97 I, 708 Nr. 10, 711, 543 II 1 ZPO.

[82] Für die Zulassung der Revision besteht kein Anlass, da die klärungsbedürftige grundsätzliche Rechtsfrage, ob die durch eine Öffnungsklausel zugelassene Errichtung eines Aufsichtsrats der Beurkundung und Eintragung im Handelsregister bedarf, letztlich nicht entscheidungserheblich ist. ■

7. Kostenrecht – Zur Kostenberechnung bei nur teilweise erfolgreicher notarieller Teilungsvermittlung nach §§ 363 ff. FamFG

(*LG Köln*, Beschluss vom 28.2.2018 – 11 T 21/17)

FamFG §§ 342 Abs. 2, 363, 370
GNotKG §§ 10, 15, 118 a S. 1, 127 Abs. 1; Nr. 23900 KV, Nr. 23903 KV
KostO § 116 Abs. 5

1. **Wird der Notar mit der Vermittlung der Auseinandersetzung eines Nachlasses beauftragt und errichtet er aus nachvollziehbaren Gründen eine Urkunde über die Bestätigung einer zwischen den Beteiligten bis dahin nur teilweise erzielten Einigung, fällt hierfür nach Nr. 23900 KV GNotKG eine nicht ermäßigte 6,0-Gebühr auch dann an, wenn die Beteiligten den Fortgang des Verfahrens im Übrigen über einen anderen Notar betreiben. Wenn der die teilweise Einigung bestätigende Notar ursprünglich mit der Vermittlung des gesamten Nachlasses beauftragt worden ist, entspricht der Geschäftswert (§ 118 a S. 1 GNotKG) dem gesamten Nachlasswert.**
2. **Der Einwand, die durch notarielle Beschlussurkunde bestätigte (teilweise) Einigung sei zwischen den Beteiligten so gar nicht zustande gekommen, ist im Verfahren nach § 127 Abs. 1 GNotKG unbeachtlich.**

(RNotZ-Leitsätze)

Zur Einordnung

Für die Vermittlung der Auseinandersetzung eines Nachlasses oder des Gesamtguts einer ehelichen, lebenspartnerschaftlichen oder fortgesetzten Gütergemeinschaft (sog. „Teilungssachen", vgl. § 23 a Abs. 3 GVG iVm § 342 Abs. 2 Nr. 1 FamFG) erheben Notare Gebühren gem. Teil 2, Hauptabschnitt 3, Abschnitt 9 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG. Nach Nr. 23900 KV GNotKG fällt grundsätzlich eine 6,0-Verfahrensgebühr an. Diese ermäßigt sich allerdings auf eine 3,0-Gebühr, wenn das Verfahren nach Eintritt in die Verhandlung entweder ohne Bestätigung der Auseinandersetzung abgeschlossen oder wegen einer Vereinbarung der Beteiligten über die Zuständigkeit an einen anderen Notar verwiesen wird (Nr. 23903 KV GNotKG). Der maßgebliche Geschäftswert entspricht dem Wert des den Gegenstand der Auseinandersetzung bildenden Nachlasses oder Gesamtguts oder

des von der Auseinandersetzung betroffenen Teils davon (§ 118 a S. 1 GNotKG).

In der nachstehend abgedruckten Entscheidung hat das LG Köln die notarielle Kostenrechnung für eine Beschlussurkunde über die vor dem eigentlichen Ende des gesamten Vermittlungsverfahrens erteilte Bestätigung einer bis dahin lediglich teilweise erfolgreichen Vermittlung der Nachlassauseinandersetzung (§ 366 Abs. 1 FamFG) auf den Prüfstand gestellt. Dazu, verbunden mit einer Aussetzung des Verfahrens im Übrigen und Verweisung der Beteiligten wegen der noch streitigen Verfahrensteile auf den Rechtsweg (§ 370 FamFG), sah sich der Notar hier offenbar deshalb veranlasst, weil das Vermittlungsverfahren schon geraume Zeit andauerte und zwischenzeitlich absehbar geworden war, dass er vor Herbeiführung einer umfassenden Einigung aus dem Amt ausscheiden würde. Offenbar zum Unverständnis der Beteiligten berechnete er seine Kosten auf Grundlage einer 6,0-Gebühr nach Nr. 23900 KV GNotKG aus dem Wert des gesamten Nachlasses.

Zur Frage des richtigen Gebührensatzes stellt das Gericht klar, dass eine Ermäßigung auf die 3,0-Gebühr nach Nr. 23903 KV GNotKG in der vorliegenden Konstellation nicht in Betracht kommt. Denn das Verfahren ist weder ohne Bestätigung der Auseinandersetzung zum Abschluss gekommen (es hat ja gerade eine immerhin teilweise Bestätigung gegeben), noch kam es zu einer – im förmlichen Wortsinn zu verstehenden – Verweisung des Verfahrens an einen anderen Notar. Dass die Beteiligten nach der urkundlichen Bestätigung der teilweise erzielten Einigung und dem Amtsende des ersten Notars ggf. von sich aus einen zweiten Notar mit der Fortsetzung der Teilungsvermittlung im Übrigen beauftragt haben, bewirkt keine Gebührenermäßigung. Der Umstand, dass es nur zur Bestätigung einer teilweisen Einigung gekommen ist, konnte nach Ansicht des LG Köln ebenso wenig eine Minderung des Geschäftswerts auf den von der Bestätigung gedeckten Teilwert des Nachlasses bewirken. Zwar kann gem. § 118 a S. 1 aE GNotKG auch ein bloßer Teilwert wertbestimmend sein (vgl. Korintenberg/*Klüsener*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 118 a Rn. 4; anders noch § 116 Abs. 5 KostO). Jedenfalls wenn sich der an den Notar gerichtete Vermittlungsantrag auf den gesamten Nachlass erstreckte und der Notar daraufhin verschiedene die Vermittlung des gesamten Nachlasses vorbereitende Maßnahmen ergriffen hat, bleibt dieser auch bei später nur teilweise bestätigter Einigung wertbestimmend.

Die notarielle Praxis erhält mit der hier berichteten Rechtsprechung des LG Köln punktuelle Hilfestellung in einem – auch unter Geltung der KostO – von der Rechtsprechung kaum erschlossenen Bereich des Notarkostenrechts. Dass das Gericht mit keinem Wort auf die Vorschrift des § 21 Abs. 1 S. 1 GNotKG eingegangen ist, lässt vermuten, dass es zumindest für den konkret entschiedenen Fall eine unrichtige Sachbehandlung als fernliegend angesehen hat. Beachtenswert sind schließlich die Ausführungen des Gerichts zu der im Verfahren nach § 127 Abs. 1 GNotKG fehlenden Relevanz des vom Kostenschuldner vorgetragenen Einwands, der Notar habe – weil eine teilweise Einigung noch gar nicht zustande gekommen sei – keine Urkunde nach §§ 366, 370 FamFG errichten dürfen. Dies hätte man im Beschwerdeverfahren gegen die notarielle Beschlussurkunde selbst geltend machen müssen.

Die Schriftleitung (JHB)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Mit ihrem Antrag wendet sich die Antragstellerin gegen die Kostenrechnung des Antragsgegners vom 31.8. 2016 (Sonderbeitrags-Nr. 12) in Höhe von 5.319,30 €.

[2] Die Antragstellerin ist Mitglied einer Erbengemeinschaft. Die anderen Mitglieder dieser Erbengemeinschaft leiteten ein Verfahren in Teilungssachen gemäß §§ 363 ff. FamFG ein. Im Rahmen dieses Verfahrens erstellte der Antragsgegner unter dem 6.2.2015 zunächst einen Einigungsvorschlag (Bl. 20-27 GA). Am 10.6.2015 wurde in diesem Verfahren vor ihm verhandelt, worüber ein Protokoll unter der URNR. …/2015 errichtet wurde (Bl. 14-19 GA). Am 31.8.2016 beurkundete der Antragsgegner unter der URNR. …/2016 einen Beschluss, in dem wegen einzelner Punkte des Protokolls URNR. …/2015 eine Einigung der Beteiligten bestätigt und das Verfahren im Übrigen ausgesetzt wurde und die Beteiligten auf den Rechtsweg verwiesen wurden gemäß § 370 FamFG. Wegen der Einzelheiten dieses Beschlusses wird auf Bl. 11-13 GA verwiesen. Sofortige Beschwerde gegen diesen Beschluss legte keiner der Beteiligten ein.

[3] Die Antragstellerin ist der Ansicht, dass, da das Verfahren bislang noch nicht zu einer Gesamterledigung geführt hat, entweder nur der Geschäftswert für die erledigten Teile zugrunde gelegt werden könne oder aber eine Gebührenermäßigung nach Nr. 23903 KV erfolgen müsse. Im Übrigen müsse berücksichtigt werden, dass tatsächlich keine rechtsverbindliche Einigung erzielt worden sei, die Beurkundung vom 31.8.2016 also unzutreffend gewesen sei.

[4] Der Antragsgegner bat mit Schreiben vom 14.2.2017 darum, die streitgegenständliche Kostenrechnung nach § 15 GNotKG als Kostenvorschussrechnung zu betrachten. Diese habe er erteilt, weil er mit seinem Amtsende dem Finanzamt eine Abschlussbilanz mit einer Aufstellung aller offenen Rechnungen übermitteln müsse.

[5] Der Präsident des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Antragsgegners ist gehört worden. Wegen der Stellungnahme des Bezirksrevisors vom 25.4.2017 wird auf Bl. 45-47 GA Bezug. genommen.

[6] Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

Aus den Gründen:

II.

Der zulässige Antrag auf gerichtliche Entscheidung ist unbegründet

[7] Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Kostenrechnung vom 31.8.2016 ist gemäß § 127 Abs. 1 GNotKG zulässig, insbesondere kann auch gegen den Inhalt einer Vorschussberechnung eine Entscheidung des Landgerichts beantragt werden (vgl. Korintenberg/*Hey'l*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 15 Rn. 11; Korintenberg/*Sikora*, a. a. O., § 127 Rn. 22). In der Sache ist er aber unbegründet. Die Vorschussrechnung vom 31.8.2016 ist nicht zu beanstanden.

1.

Der Notar hat seiner Gebührenberechnung zu Recht den Geschäftswert des gesamten Nachlasses zugrunde gelegt

[8] Der Antragsgegner hat seiner Gebührenberechnung zu Recht den Geschäftswert des gesamten Nachlasses und nicht nur den Wert der erledigten Teile zugrunde gelegt.

[9] Gemäß § 118 a Satz 1 GNotKG ist der Geschäftswert in Teilungssachen nach § 342 Absatz 2 Nummer 1 FamFG der Wert des den Gegenstand der Auseinandersetzung bildenden Nachlasses oder Gesamtguts oder des von der Auseinandersetzung betroffenen Teils davon. Im Gegensatz zu § 116 Abs. 5 KostO stellt die Regelung des § 118 a Satz 1 GNotKG nunmehr ausdrücklich klar, dass, wenn nur ein Teil eines Nachlasses Gegenstand der notariellen Auseinandersetzung ist, auch nur dieser Teil den Wert bestimmt (Korintenberg/*Klüsener*, a. a. O., § 118 a Rn. 4). Ob der gesamte Nachlass auch dann wertbestimmend ist, wenn der Vermittlungsantrag nur wegen eines einzelnen strittigen Punktes gestellt wird (so Korintenberg/*Klüsener*, a. a. O., § 118 a Rn. 5), kann dahin stehen. Denn vorliegend wurde ein unbeschränkter Vermittlungsantrag gestellt. In einem solchen Fall ist ohne Zweifel der gesamte Nachlass wertbestimmend.

[10] Dies ist auch dann sachgerecht, wenn – wie hier – zwischen den Beteiligten eine Einigung nur hinsichtlich eines Teils des Nachlasses erzielt wird. Denn die vorbereitenden Maßnahmen des Antragsgegners erstrecken sich auf den gesamten Nachlass und nicht nur auf den Teil, über den die Beteiligten sich letztlich einigen. Der Antragsgegner muss alle eingereichten Unterlagen sichten, um einen umfassenden Einigungsvorschlag – wie hier am 6.2.2015 geschehen – unterbreiten zu können. Schließlich werden auch alle Punkte verhandelt. Ob und inwieweit zwischen den Beteiligten eine Einigung erzielt wird, liegt nicht in der Hand des Notars, der lediglich auf eine gütliche Beilegung hinwirken kann und soll. Im Übrigen entsteht die Verfahrensgebühr – wie alle Verfahrensgebühren nach dem GNotKG – mit der Antragstellung beim Notar. Zu diesem Zeitpunkt steht naturgemäß noch nicht fest, in welchen strittigen Punkten die Beteiligten sich einigen werden.

2.

Der Notar hat zu Recht eine (nicht nach Nr. 23903 KV GNotKG ermäßigte) 6,0-Gebühr nach Nr. 23900 KV GNotKG angesetzt

[11] Entgegen der Ansicht der Antragstellerin war im vorliegenden Fall auch nicht (nur) eine 3,0-Gebühr nach Nr. 23903 KV anzusetzen.

[12] Die 6,0-Gebühr nach Nr. 23900 KV ermäßigt sich nur dann auf 3,0, wenn das Verfahren nach Eintritt in die Verhandlung ohne Bestätigung der Auseinandersetzung abgeschlossen oder wegen einer Vereinbarung der Beteiligten über die Zuständigkeit an einen anderen Notar verwiesen wird. Weder die eine noch die andere Voraussetzung ist vorliegend erfüllt. Eine einvernehmliche Vereinbarung der Beteiligten über die Zuständigkeit eines anderen Notars und der Verweis an diesen liegen ersichtlich nicht vor. Dass das Verfahren nunmehr von einem anderen Notar bearbeitet wird, ist der Beendigung der Amtstätigkeit des Antragsgegners geschuldet. Vorliegend ist das Verfahren – gemeint ist das gesamte Verfahren – aber auch nicht ohne Bestätigung der Auseinandersetzung abgeschlossen worden. Denn der Antragsgegner hat die zwischen den Mitgliedern der Erbengemeinschaft unstreitigen Punkte des Protokolls URNR. …/2015 in der Urkunde …/2016 (Beschluss vom 31.8.2016) bestätigt.

[13] Soweit die Antragstellerin in ihren Schriftsätzen vom 10.3.2017 und vom 14.2.2018 darauf verweist, dass hier eine Einigung beurkundet worden sei, die tatsächlich nicht getroffen worden sei, die Beurkundung mithin unzutreffend gewesen sei, kann sie in dem vorliegenden Verfahren nicht damit gehört werden. Dieser Einwand hätte mit einer sofortigen Beschwerde gegen den Beschluss vom 31.8. 2016 geltend gemacht werden müssen. Für die Entscheidung der Kammer über den Inhalt der beanstandeten Kostenrechnung ist allein entscheidend, dass eine Bestätigung hinsichtlich eines Teils des Nachlasses vorliegt, so dass das Verfahren nicht im Sinne der Nr. 23903 KV ohne Bestätigung abgeschlossen worden ist.

3.

Mangels Beendigung des Verfahrens bei Rechnungslegung durfte der Notar die Zahlung der Gebühr nur im Vorschusswege anfordern

[14] Es trifft zu, dass die abgerechnete Gebühr nach Nr. 23900 KV noch nicht fällig ist, weil das Vermittlungsverfahren (immer) noch nicht beendet ist (vgl. § 10 GNotKG). Im Hinblick auf die Beendigung der Amtstätigkeit des Notars und den damit verbundenen steuerlichen Verpflichtungen gegenüber dem Finanzamt hat die Kammer allerdings keine Bedenken, dass der Antragsgegner die Kostenrechnung als Vorschussrechnung aufrechterhält. Der insoweit notwendige Hinweis an die Kostenschuldnerin ist mit Schreiben des Antragsgegners vom 19.5.2017 erfolgt (Bl. 49 GA). ■

8. Steuerrecht – Zu § 23 EStG bei Veräußerung eines Erbbaurechts

(*BFH*, Urteil vom 8.11.2017 – IX R 25/15)

EStG §§ 23 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, 23 Abs. 1 S. 3
ErbbauRG § 11

1. **Erbbauzinsen sind keine Anschaffungskosten i. S. des § 255 Abs. 1 HGB für den Erwerb des Erbbaurechts, sondern Entgelt für die Nutzung des erbbaurechtsbelasteten Grundstücks.**
2. **Die „Anschaffung" eines Erbbaurechts i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG setzt voraus, dass das Recht im Zeitpunkt der Übertragung bereits bestellt war und der Inhaber des bestehenden Rechts dieses auf den Erwerber entgeltlich überträgt.**
3. **Zwischen einem unbebauten Grundstück und einem nachfolgend für dieses Grundstück unentgeltlich bestellten Erbbaurecht besteht keine –auch keine partielle– Identität i. S. der Rechtsprechung zum Erfordernis der Nämlichkeit von angeschafftem und innerhalb der Haltefrist veräußertem Wirtschaftsgut.**

Zur Einordnung

Die nachfolgend abgedruckte Entscheidung des BFH befasst sich mit der Frage, unter welchen Voraussetzungen die Veräußerung eines Erbbaurechts nach § 23 EStG steuerbar ist.

Ein grundsätzlich der Einkommensteuer unterliegendes privates Veräußerungsgeschäft nach § 23 Abs. 1 S. 1

Nr. 1 EStG setzt die Veräußerung eines Grundstücks oder eines Rechts, das den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegt, voraus. Zu letzteren zählt auch das Erbbaurecht. Voraussetzung ist weiter, dass der Zeitraum zwischen der Anschaffung und der Veräußerung des Erbbaurechts nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Hat ein Steuerpflichtiger das Erbbaurecht unentgeltlich erworben, so ist ihm die Anschaffung des Rechts durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen (§ 23 Abs. 1 S. 3 EStG). Zweck des § 23 EStG ist es, innerhalb der Spekulationsfrist realisierte Werterhöhungen oder Wertminderungen aus verhältnismäßig kurzfristigen Wertdurchgängen eines bestimmten Wirtschaftsguts im Privatvermögen des Steuerpflichtigen der Einkommensteuer zu unterwerfen (BFH BeckRS 1989, 22008943; BFH NJW 1988, 1288). Aus diesem Zweck wird allgemein gefolgert, dass das zuvor angeschaffte Wirtschaftsgut mit dem später veräußerten identisch sein müsse (sog. Nämlichkeit; vgl. etwa BFH NZM 2014, 721 [722]; Blümich/*Glenk/Ratschow*, EStG, Stand 04/2017, § 23 Rn. 126; Herrmann/Heuer/Raupach/*Musil*, EStG, Stand 05/2017, § 23 EStG Rn. 110). Ob und in welchem Umfang Nämlichkeit gegeben ist, richtet sich nach einem wertenden Vergleich von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut (maßgebliche Kriterien sind Gleichartigkeit, Funktionsgleichheit und Gleichwertigkeit) unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls (BFH BeckRS 1974, 22002853; Herrmann/Heuer/Raupach/*Musil*, EStG, Stand 05/2017, § 23 EStG Rn. 110). Eine partielle Identität führt zu einer partiellen Besteuerung (Herrmann/Heuer/Raupach/*Musil*, EStG, Stand 05/2017, § 23 EStG Rn. 110). Daher geht der BFH von jedenfalls teilweiser Steuerbarkeit aus, wenn Anschaffungsgegenstand ein mit einem Erbbaurecht belastetes Grundstück war und das Grundstück nach Aufhebung des Erbbaurechts wieder veräußert wird (BFH DStR 2013, 1937). Keine Teilidentität besteht allerdings zwischen Erbbaurecht und Grundstück (Kirchhof/*Kube*, EStG, 17. Aufl. 2018, § 23 Rn. 4; Blümich/*Glenk/Ratschow*, EStG, Stand 04/2017, § 23 Rn. 129).

Speziell im Hinblick auf das Erbbaurecht ist zu beachten, dass die Einräumung des Rechts den Tatbestand des § 23 EStG nicht begründen kann. Das liegt zum einen daran, dass – in Rechtsprechung und Literatur anerkannt – der Erbbauzins nicht als Anschaffungskosten für das Erbbaurecht, sondern als Entgelt für eine Nutzungsüberlassung auf Zeit angesehen wird (BFH DStR 2003, 2107 [2108]; Blümich/*Glenk/Ratschow*, EStG, Stand 04/2017, § 23 Rn. 60). Zum anderen vermag (jedenfalls nach Auffassung der Literatur) grundsätzlich nur die Anschaffung eines Erbbaurechts § 23 EStG auszulösen, nicht jedoch – selbst bei Vereinbarung einer weiteren Gegenleistung – die erstmalige Herstellung durch Einräumung (Herrmann/Heuer/Raupach/*Musil*, EStG, Stand 05/2017, § 23 EStG Rn. 110; Blümich/*Glenk/Ratschow*, EStG, Stand 04/2017, § 23 Rn. 60; anders die ältere Rechtsprechung BFH BeckRS 1976, 22003796 und ihr folgend BMF BeckVerw 026744, Tz. 14).

Der BFH stellt in seinem Urteil klar, dass es sich bei einer Anschaffung iSd § 23 EStG bezogen auf das Erbbaurecht um einen abgeleiteten Erwerb handeln muss, die erstmalige Einräumung durch den Eigentümer also nicht darunter fällt. Weil das Erbbaurecht auch mit dem Grundstück selbst nicht (teil-)identisch ist, war der Vorgang im entschiedenen Fall insgesamt steuerfrei.

Auch wenn im Binnenbereich des § 23 EStG streng zwischen Erbbaurecht und Grundstück unterschieden wird, darf nicht übersehen werden, dass das Erbbaurecht als dingliches Recht eigenständiges Objekt des Wirtschaftsverkehrs ist. Daher ist zwar nicht die erstmalige Bestellung, allerdings die Weiterveräußerung eines Erbbaurechtes als Zählobjekt im Rahmen der Drei-Objekt-Grenze zu berücksichtigen (vgl. BFH DStR 2007, 1759 [1761] mwN).

Die Schriftleitung (TH)

Zum Sachverhalt:

I.

[1] Streitig ist, ob die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) mit der Veräußerung eines Erbbaurechts – einschließlich eines von ihr als Erbbauberechtigte errichteten Gebäudes – den Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäftes i. S. der §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) erfüllt hat.

[2] Die Klägerin wird im Streitjahr 2005 mit ihrem Ehemann, dem Insolvenzschuldner, zusammen zur Einkommensteuer veranlagt. Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 30. April 1999 erwarb die A-GbR, deren Gesellschafter der Insolvenzschuldner und X waren, ein unbebautes Grundstück in D, welches vormals dem X zu Alleineigentum gehörte. Mit Erbbaurechtsvertrag gleichen Datums bestellte die A-GbR der Klägerin an einer Teilfläche des Grundstücks ein Erbbaurecht mit einer Laufzeit von 20 Jahren, beginnend ab Grundbucheintrag. Besitz, Nutzen und Lasten an der Teilfläche gingen am 1. Juni 1999 auf die Klägerin über. Nach Ziffer III. des Erbbaurechtsvertrages schuldete die Klägerin einen monatlichen Erbbauzins in Höhe von 3.000 DM; nach Ziffer XII. des Vertrages hatte die Klägerin u. a. die Vertragskosten, die Kosten des Vollzugs der Urkunde und die Grunderwerbsteuer zu tragen. Noch im Jahr 1999 errichtete die Klägerin auf der mit dem Erbbaurecht belasteten Teilfläche des Grundstücks ein Gebäude zum Betrieb eines …-Restaurants. Anschließend vermietete sie das Objekt an die F-GmbH.

[3] Mit notariell beurkundetem Kaufvertrag vom 15. Februar 2005 veräußerten der Insolvenzschuldner, der Gesellschafter X und die Klägerin den gesamten Grundbesitz an die A B. V. zum Kaufpreis von 1.784.600 €, wovon 1.484.600 € auf das Erbbaurecht mit dem aufstehenden Gebäude und 300.000 € auf das Grundstück entfielen. Das Erbbaurecht der Klägerin wurde im Zuge der Abwicklung des Kaufvertrages gelöscht.

[4] Im Rahmen der Einkommensteuerveranlagung für das Streitjahr gab die Klägerin den Veräußerungsvorgang zwar an, erklärte hieraus aber keinen Veräußerungsgewinn. Der Beklagte, Revisionsbeklagte und Feststellungskläger (das Finanzamt – FA –) erließ zunächst einen nach § 164 Abs. 1 der Abgabenordnung (AO) unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr, in dem er den Angaben der Klägerin in ihrer Einkommensteuererklärung folgte. Im Jahr 2010 führte das FA bei den Eheleuten eine Betriebsprüfung durch, deren Gegenstand u. a. die Einkommensteuer des Streitjahres war. Der Betriebsprüfer vertrat die Auffassung, mit dem Abschluss des Vertrages über den Verkauf des Erbbaurechts habe die Klägerin den Tatbestand eines

privaten Veräußerungsgeschäfts i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG erfüllt; das Erbbaurecht sei im Jahr 1999 entgeltlich angeschafft und innerhalb der maßgeblichen Haltefrist wieder veräußert worden. Da hinsichtlich des Erbbaurechts ein privates Veräußerungsgeschäft anzunehmen sei, sei das auf dem erbbaurechtsbelasteten Grundstück errichtete Gebäude in die Ermittlung des Veräußerungsgewinns mit einzubeziehen. Vor diesem Hintergrund erließ das FA unter dem 1. September 2011 einen nach § 164 Abs. 2 AO geänderten Einkommensteuerbescheid für das Streitjahr, in dem ein Veräußerungsgewinn der Klägerin in Höhe von 688.160 € erfasst war, sowie einen geänderten Verlustfeststellungsbescheid auf den 31. Dezember 2005, in dem der verbleibende Verlustvortrag der Kläger nunmehr mit 0 € festgestellt wurde. Der Vorbehalt der Nachprüfung wurde jeweils aufgehoben. Die hiergegen gerichteten Einsprüche wies das FA als unbegründet zurück.

[5] Die Klage hatte nur zum Teil Erfolg. Das Finanzgericht (FG) vertrat in seinem in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2015, 1528 veröffentlichten Urteil die Rechtsauffassung, dass die Klägerin mit der Veräußerung des Erbbaurechts zusammen mit dem von ihr hergestellten Gebäude zwar nicht – wovon das FA ausgegangen war – ein privates Veräußerungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG verwirklicht habe. Der Vorgang sei jedoch nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG steuerbar; das Gebäude sei nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 2 Halbsatz 1 EStG in die Ermittlung des Veräußerungsgewinns mit einzubeziehen. Das FG ging insoweit davon aus, dass die Bestellung des Erbbaurechts zu Gunsten der Klägerin unter Begründung lediglich einer Erbbauzinsverpflichtung kein entgeltliches Anschaffungsgeschäft i. S. des § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 1 EStG darstelle. Die Klägerin müsse sich jedoch nach § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG die Anschaffung des unbebauten Grundstücks – welches „teilidentisch" mit dem später begründeten Erbbaurecht sei – durch den Rechtsvorgänger – die A-GbR – zurechnen lassen. Der Gewinn aus dem steuerbaren privaten Veräußerungsgeschäft sei jedoch vom FA zu hoch angesetzt worden und deshalb zu korrigieren.

[6] Mit ihrer gegen das erstinstanzliche Urteil gerichteten Revision trugen die Klägerin und der Insolvenzschuldner vor, das FG sei zu Unrecht von einer Anwendbarkeit des § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG ausgegangen; denn die A-GbR – als Rechtsvorgänger – habe das Erbbaurecht selbst nicht „angeschafft". Dies entspreche im Übrigen auch der Rechtsauffassung der Finanzverwaltung (Verweis auf das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen – BMF – vom 5. Oktober 2000, BStBl I 2000, 1383, Tz. 14 f.).

[…]

[8] Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das angefochtene Urteil des FG vom 25. März 2015 – 3 K 1265/12 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid 2005 vom 1. September 2011 sowie den Bescheid über die gesonderte Feststellung des verbleibenden Verlustvortrags zur Einkommensteuer auf den 31. Dezember 2005 vom 1. September 2011 – beide in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 5. April 2012 – mit der Maßgabe zu ändern, dass die auf sie entfallenden Einkünfte aus privaten Veräußerungsgeschäften um 688.160 € gemindert werden.

[9] Das FA beantragt,

die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

[10] Es vertritt die Auffassung, das FG habe im Streitfall zu Recht ein steuerbares privates Veräußerungsgeschäft angenommen.

[…]

Aus den Gründen:

II.

[14] Die Revision der Klägerin ist begründet; sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass die Klägerin mit der Veräußerung des ihr eingeräumten Erbbaurechts – einschließlich des von ihr im Zuge der Erbbauberechtigung errichteten Gebäudes – den Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts i. S. der §§ 22 Nr. 2, 23 Abs. 1 Satz 3 EStG erfüllt hat.

[15] 1. Nach § 22 Nr. 2 EStG zählen zu den sonstigen Einkünften (§ 2 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7 EStG) auch solche aus privaten Veräußerungsgeschäften i. S. des § 23 EStG. Diese umfassen gemäß § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG u. a. Veräußerungsgeschäfte sowohl bei Grundstücken als auch bei Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, soweit der Zeitraum zwischen Anschaffung und Veräußerung nicht mehr als zehn Jahre beträgt. Zu den Rechten, die den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, zählt auch das Erbbaurecht.

Der Anschaffungsbegriff des § 23 EStG entspricht dem des § 6 EStG und des § 255 Abs. 1 HGB

[16] a) Die in § 23 EStG verwendeten Begriffe „Anschaffung" und „Anschaffungskosten" sind i. S. des § 6 EStG und des § 255 Abs. 1 des Handelsgesetzbuches (HGB) auszulegen (ständige Rechtsprechung, z. B. Urteile des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 19. August 2008 IX R 71/07, BFHE 222, 484, BStBl II 2009, 13; vom 22. Mai 2003 IX R 9/00, BFHE 202, 309, BStBl II 2003, 712). Unter Anschaffung bzw. Veräußerung i. S. des § 23 EStG ist danach die entgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsguts auf einen Dritten zu verstehen (z. B. BFH-Urteile vom 31. Januar 2017 IX R 26/16, BFHE 257, 78; vom 8. April 2003 IX R 1/01, BFH/NV 2003, 1171, und vom 2. Mai 2000 IX R 73/98, BFHE 192, 435, BStBl II 2000, 614). Bei unentgeltlichem Erwerb ist dem Einzelrechtsnachfolger die Anschaffung des Wirtschaftsguts durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen (§ 23 Abs. 1 Satz 3 EStG). Anschaffungskosten sind nach § 255 Abs. 1 HGB u. a. die Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben.

Voraussetzung der Steuerbarkeit ist die Nämlichkeit von angeschafftem und veräußertem Objekt

[17] b) Nach dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck des § 23 EStG sollen innerhalb der Veräußerungsfrist realisierte Wertänderungen eines bestimmten Wirtschaftsguts im Privatvermögen des Steuerpflichtigen der Einkommensteuer unterworfen werden. Daraus ergibt sich das Erfordernis der Nämlichkeit von angeschafftem und innerhalb der Haltefristen veräußertem Wirtschaftsgut, wobei Nämlichkeit Identität im wirtschaftlichen Sinn bedeutet. Wirtschaftliche Teilidentität ist grundsätzlich ausreichend, begründet ein privates Veräußerungsgeschäft aber nur für diesen Teil des betreffenden Wirtschaftsguts. Ob und in welchem Umfang Nämlichkeit gegeben ist oder ein ande-

res Wirtschaftsgut („aliud") vorliegt, richtet sich nach einem wertenden Vergleich von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalls. Maßgebliche Kriterien sind die Gleichartigkeit, Funktionsgleichheit und Gleichwertigkeit von angeschafftem und veräußertem Wirtschaftsgut (BFH-Urteil vom 12. Juni 2013 IX R 31/12, BFHE 241, 557, BStBl II 2013, 1011, m. w. N.).

Erbbauzinsen sind keine Anschaffungskosten des Erbbaurechts, sondern Entgelt für die Nutzung des Grundstücks

[18] 2. Das Erbbaurecht ist in zivilrechtlicher Hinsicht seinem Wesensgehalt nach ein befristetes Nutzungsrecht. Es umfasst zum einen die „verdinglichte" Befugnis des Erbbauberechtigten, das Grundstück fortwährend in bestimmter Weise zu nutzen, und zum anderen die damit korrespondierende „verdinglichte" Verpflichtung des Grundstückseigentümers, diese Nutzung fortwährend zu dulden. Damit steht das Erbbaurechtsverhältnis seinem Leistungsinhalt nach einem entgeltlichen, rein schuldrechtlichen Nutzungsverhältnis wie Miete oder Pacht nahe. Erbbauzinsen sind mithin – auch wenn sie in einem Einmalbetrag geleistet werden – keine Anschaffungskosten i. S. des § 255 Abs. 1 HGB – für den Erwerb eines Wirtschaftsguts „Erbbaurecht", sondern allein Entgelt für die Nutzung des Grundstücks (BFH-Urteile vom 23. September 2003 IX R 65/02, BFHE 203, 355, BStBl II 2005, 159, m. w. N.; vom 7. März 2007 I R 60/06, BFHE 217, 100, BStBl II 2007, 654).

Eine Anschaffung setzt die Übertragung eines bestehenden Erbbaurechts und die Zahlung eines über den Erbbauzins hinausgehenden Entgelts voraus

[19] Vor diesem Hintergrund setzt die „Anschaffung" eines Erbbaurechts tatbestandlich nicht nur voraus, dass das Recht im Zeitpunkt der Übertragung bereits vorhanden – d. h. „bestellt"– war und der Inhaber des bestehenden Rechts dieses auf den Erwerber überträgt, sondern auch, dass der Erwerber –der spätere Erbbauberechtigte – hierfür – ggf. neben einem laufenden oder in einem Einmalbetrag vorausbezahlten Erbbauzins – ein – zusätzliches Entgelt – leistet (s. BFH-Urteil vom 30. November 1976 VIII R 202/72, BFHE 120, 522, BStBl II 1977, 384; vgl. auch allg. BFH-Urteile vom 30. November 2010 VIII R 58/07, BFHE 232, 337, BStBl II 2011, 491; vom 22. September 1987 IX R 15/84, BFHE 151, 143, BStBl II 1988, 250; Drüen, in: Kirchhof/Söhn/Mellinghoff – KSM –, EStG, § 21 Rz B 71, B 78; Wernsmann, in: KSM, a. a.O, § 23 Rz B 201 „Erbbaurecht"; Musil in Herrmann/Heuer/Raupach, § 23 EStG Rz 89; Blümich/Ratschow, § 23 EStG Rz 49, 60; Hoheisel in Littmann/Bitz/Pust, Das Einkommensteuerrecht, Kommentar, § 23 Rz 113; s. a. BMF-Schreiben in BStBl I 2000, 1383 Tz. 14).

Daher ist im Streitfall das Erbbaurecht nicht angeschafft worden

[20] 3. Nach diesen Grundsätzen hat die Klägerin das mit Erbbaurechtsvertrag vom 30. April 1999 zu ihren Gunsten bestellte Erbbaurecht nicht – i. S. eines „abgeleiteten Erwerbs" (vgl. Wernsmann, in: KSM, a. a. O., § 23 Rz B 65)– nach § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG „angeschafft", da sie kein bestehendes Recht entgeltlich erworben hat. Vielmehr wurde ihr seitens der A-GbR ein Erbbaurecht an dem unbebauten Grundstück unentgeltlich eingeräumt. Auch die von der Klägerin getragenen Kosten gemäß Ziffer XII. des Erbbaurechtsvertrages stellen keine Gegenleistung für dessen Einräumung dar, sondern lediglich Anschaffungsnebenkosten des Erbbaurechts (vgl. BFH-Urteile vom 8. Juni 1994 X R 51/91, BFHE 175, 76, BStBl II 1994, 779, zu Grunderwerbsteuer, Gerichtsgebühren und Fahrtkosten; vom 27. Juli 1994 X R 97/92, BFHE 175, 115, BStBl II 1994, 934, zu Erschließungskosten; s. a. Drüen, in: KSM, a. a. O., § 21 Rz B 74).

Aus § 23 Abs. 1 S. 3 EStG folgt nichts anderes, weil auch auf Seiten des Rechtsvorgängers keine Anschaffung vorliegt

[21] 4. Eine andere rechtliche Bewertung folgt auch nicht aus der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG.

[22] a) Zwar sind im Falle des unentgeltlichen Erwerbs dem Einzelrechtsnachfolger die Anschaffung des Wirtschaftsguts durch den Rechtsvorgänger zuzurechnen; im Streitfall hat indes auch der Rechtsvorgänger – die A-GbR – das von der Klägerin veräußerte Erbbaurecht nicht i. S. des § 23 EStG „angeschafft", sondern durch Bestellung erst „geschaffen" und mithin „hergestellt". In der Herstellung eines Wirtschaftsguts kann aber keine Anschaffung gesehen werden (Wernsmann, in: KSM, a. a. O., § 23 Rz B 65).

Zwischen dem bestellten Erbbaurecht und dem Grundstück besteht keine Identität

[23] b) Entgegen der Auffassung des FG führt auch der Umstand, dass die A-GbR zwar nicht das später von der Klägerin veräußerte Erbbaurecht, wohl aber jene Teilfläche des Grundstücks, auf dem das Erbbaurecht bestellt wurde, entgeltlich angeschafft hat, nicht zur Anwendung der Regelung des § 23 Abs. 1 Satz 3 EStG.

[24] Das Erbbaurecht hat eine Doppelnatur: Einerseits ist es ein dingliches (Nutzungs-)Recht an einem fremden Grundstück, andererseits aber auch ein grundstücksgleiches Recht, das zivilrechtlich „wie" ein Grundstück behandelt wird (zur Anwendung des Grundstücksrechts s. § 11 des Gesetzes über das Erbbaurecht – ErbbauRG –). Daraus folgt indes nicht, dass das Erbbaurecht auch als ein Teil des Grundeigentums – gewissermaßen als Eigentums-„Splitter"– anzusehen ist (ebenso Drüen, in: KSM, a. a. O., § 21 Rz B 71). Vielmehr stellt das Erbbaurecht ein gegenüber dem Grundeigentum eigenständiges Wirtschaftsgut dar, das weder der Art noch der Funktion nach mit dem Eigentum vergleichbar ist. Dieser zivilrechtlichen Einordnung folgt in steuerrechtlicher Hinsicht die Regelung in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG, die explizit zwischen Grundstücken auf der einen Seite und Rechten, die, wie das Erbbaurecht, den Vorschriften des bürgerlichen Rechts über Grundstücke unterliegen, auf der anderen Seite unterscheidet. Sind indes die Kriterien „Gleichartigkeit" und „Funktionsgleichheit" schon nicht erfüllt, kann zwischen einem unbebauten Grundstück und einem nachfolgend für dieses Grundstück bestellten Erbbaurecht keine –auch keine partielle – Identität i. S. der Rechtsprechung zum Erfordernis der Nämlichkeit von angeschafftem und innerhalb der Haltefristen veräußertem Wirtschaftsgut bestehen.

[25] c) Etwas anderes folgt auch nicht aus dem BFH-Urteil in BFHE 241, 557, BStBl II 2013, 1011. In jenem Fall hatten die Steuerpflichtigen ein Erbbaurecht im Wege der Gesamtrechtsnachfolge unentgeltlich erworben, sodann das Eigentum am (belasteten) Grundstück entgeltlich angeschafft und – nach Löschung des Erbbaurechts – entgeltlich weiter übertragen. Der Senat hatte darin ein privates

Veräußerungsgeschäft gesehen, soweit das – Eigentum am Grundstück – in unterschiedlichem Zustand (belastet bzw. unbelastet) angeschafft und wieder veräußert worden ist. Der Sachverhalt des Streitfalles ist damit nicht vergleichbar: Vorliegend hat die A-GbR – als Rechtsvorgänger – ein unbelastetes Grundstück erworben, während die Klägerin ein Erbbaurecht veräußert hat.

[26] 5. Die Sache ist spruchreif. Nach dem gemäß § 118 Abs. 2 FGO bindend festgestellten Sachverhalt hat die Klägerin durch die Veräußerung des Erbbaurechts den Tatbestand eines privaten Veräußerungsgeschäfts i. S. des § 23 EStG nicht verwirklicht. Die Revision der Klägerin ist daher begründet.

[…]

RNotZ-Forum

Rechtsprechung in Leitsätzen

1. Liegenschaftsrecht – Zum nachbarrechtlichen Ausgleichsanspruch für erhöhten Reinigungsaufwand infolge Abfallens von Laub u. ä.

(*BGH,* Urteil vom 27.10.2017 – V ZR 8/17)

BGB §§ 862, 906 Abs. 2 S. 2

Dem Nachbarn, der von dem Eigentümer von Bäumen, die den landesrechtlich vorgeschriebenen Grenzabstand nicht einhalten, deren Beseitigung oder Zurückschneiden wegen des Ablaufs der dafür in dem Landesnachbarrecht vorgesehenen Ausschlussfrist nicht mehr verlangen kann, kann für den erhöhten Reinigungsaufwand infolge des Abfallens von Laub, Nadeln, Blüten und Zapfen dieser Bäume ein nachbarrechtlicher Ausgleichsanspruch nach § 906 Abs. 2 Satz 2 BGB analog zustehen (Bestätigung von Senat, Urteil vom 14. November 2003 – V ZR 102/03, BGHZ 157, 33).

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, Jurion, juris)

2. Liegenschaftsrecht – Zum Prüfvermerk gemäß § 15 Abs. 3 S. 1 GBO

(*OLG Celle,* Beschluss vom 6.11.2017 – 18 W 57/17)

GBO §§ 13 Abs. 1 S. 2, 15 Abs. 3 S. 1, 18 Abs. 1, 27
RPflG §§ 11 Abs. 1, 3 Nr. 1
BNotO § 19
BeurkG § 17
FamFG § 378 Abs. 1 S. 1

1. **Im Anwendungsbereich von § 15 Abs. 3 S. 1 GBO muss für das Grundbuchamt aus den betroffenen Urkunden selbst ohne Nachforschungen ersichtlich sein, dass die Prüfung der Eintragungsfähigkeit erfolgt ist.**
2. **Im Falle der „Unterschriftsbeglaubigung ohne Entwurf" erfordert § 15 Abs. 3 S. 1 GBO einen Prüfvermerk, z. B. in Form einer Eigenurkunde oder durch formlose Bestätigung im Antragsschreiben.**
3. **Ist der Nachweis nicht erbracht, liegt ein Eintragungshindernis i. S. d. § 18 Abs. 1 GBO vor.**

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Niedersachsen, Jurion, juris)

3. Erbrecht – Zur Berichtigung des Grundbuchs bei Versterben des Erben nach Stellung des Berichtigungsantrags

(*OLG München,* Beschluss vom 11.1.2018 – 34 Wx 201/17)

GBO §§ 18 Abs. 1, 22 Abs. 1 S. 1, 29, 35, 52, 71 Abs. 1, 73, 74, 83
BGB §§ 1922 Abs. 1, 2212
RPflG § 11 Abs. 1
ZPO §§ 239, 241, 243, 246

1. **Das Grundbuch darf nur in der Weise berichtigt werden, dass es den geänderten Rechtszustand insgesamt richtig wiedergibt. Stirbt der Erbe des im Grundbuch als Berechtigter eingetragenen Erblassers nach wirksamer Stellung eines Berichtigungsantrags, kann der Antrag – wenn er von den Erbeserben nicht zurückgenommen oder für erledigt erklärt wird – keinen Erfolg haben.**
2. **Die Frage, ob ein grundbuchrechtliches Verfahren bei Versterben des nicht anwaltlich oder notariell vertretenen Antragstellers entsprechend den zivilprozessualen Vorschriften unterbrochen wird, bleibt offen.**

(Fundstellen: beck-online, Bayern.Recht, Jurion, juris)

4. Erbrecht – Zur Wirksamkeit des Zugangs einer Widerrufserklärung „alsbald" nach dem Tod des Erblassers

(*OLG Oldenburg,* Beschluss vom 19.12.2017 – 3 W 112/17)

BGB §§ 130, 2271

1. **Die Tatsache, dass der Notar zunächst nur für die Zustellung einer beglaubigten Abschrift einer Widerrufserklärung sorgte, führt nicht dazu, dass die Anweisung eines Erblassers, eine Widerrufserklärung zuzustellen, „verbraucht" ist.**
2. **Eine binnen 12 Tagen nach dem Tod bewirkte Zustellung einer Widerrufserklärung ist „alsbald" zugestellt.**

(RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: DNotI-Report; juris)

5. Erbrecht – Zu den Anforderungen einer Pflichtteilsentziehung

(*OLG Saarbrücken*, Beschluss vom 12.12.2017 – 5 W 53/17)

BGB §§ 2269, 2271, 2333 Abs. 1 Nr. 2, Nr. 4, 2336 Abs. 2
GNotKG §§ 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, 61

1. **Zu den Anforderungen einer Pflichtteilsentziehung gemäß § 2336 Abs. 2 BGB.**

   (amtlicher Leitsatz)

2. **Die Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung setzt neben der Entziehungserklärung auch die Angabe eines (zutreffenden) Kernsachverhalts in dem Testament voraus, wobei es auf eine (gewisse) Konkretisierung des Grundes oder der Gründe ankommt, auf die der Erblasser die Entziehung stützen will.**

   (RNotZ-Leitsatz)

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris)

6. Handels-/Gesellschaftsrecht – Zu den inhaltlichen Anforderungen an die Versicherung eines Geschäftsführers bei Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels

(*OLG Oldenburg*, Beschluss vom 8.1.2018 – 12 W 126/17)

GmbHG §§ 6 Abs. 2, 39 Abs. 3 S. 1
StGB §§ 265 c, 265 d, 265e
GG Art. 12

Bei der Anmeldung der Gesellschaft nach § 8 GmbHG oder einer Änderung in der Person des Geschäftsführers nach § 39 GmbHG muss sich die Versicherung des Geschäftsführers seit dem 12.4.2017 auch auf die neuen Tatbestände des § 265 c StGB (Sportwettenbetrug) und des § 265 d StGB (Manipulation von berufssportlichen Wettbewerben) beziehen. Einer besonderen Erwähnung des § 265 e StGB bedarf es dagegen nicht.

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Niedersachsen, juris)

7. Handels-/Gesellschaftsrecht – Keine Firmenfortführung bei Verwendung des Namens einer GmbH „ähnlich einer Marke"

(*OLG Saarbrücken*, Beschluss vom 16.1.2018 – 5 W 73/17)

HGB § 25 Abs. 2

1. **Die Eintragung eines Haftungsausschlusses gemäß § 25 Abs. 2 HGB hat zu erfolgen, wenn die Möglichkeit der Bejahung der Haftungsvoraussetzungen nach § 25 Abs. 1 HGB zumindest ernsthaft in Betracht kommt.**
2. **Eine Firmenfortführung im Sinne des § 25 Abs. 1 HGB liegt nicht vor, wenn eine Handelsgesellschaft vereinbarungsgemäß beabsichtigt, den Namen einer anderen, bislang unter dieser Firma am Markt tätigen Handelsgesellschaft „ähnlich einer Marke" im Rechtsverkehr weiter zu verwenden.**

(Fundstellen: beck-online, Jurion, juris)

8. Kostenrecht – Zum Geschäftswert eines Testaments, in dem nur Testamentsvollstreckung angeordnet wird

(*OLG Naumburg*, Beschluss vom 26.7.2017 – 5 W 29/17)

GNotKG §§ 29 Nr. 1, 36 Abs. 1, 51 Abs. 2, 92 Abs. 2, 102 Abs. 1
KV GNotKG Nr. 21200, Nr. 21303, Nr. 32001, Nr. 32004, Nr. 32014
BGB § 2197 Abs. 1
FamFG §§ 19 Abs. 1, 59 Abs. 1, 63 Abs. 1, Abs. 3, 64 Abs. 1, Abs. 2
UStG §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 2 Abs. 1, 12 Abs. 1

1. **Wird nicht die Beurkundung einer Verfügung über den gesamten Nachlass, sondern lediglich der Anordnung einer Testamentsvollstreckung gewünscht, greift § 102 GNotKG nicht ein; der Geschäftswert ist nach § 36 Abs. 1 GNotKG zu bestimmen.**
2. **Es entspricht billigem Ermessen, den Geschäftswert für die isolierte Anordnung einer Testamentsvollstreckung in Anlehnung an die Regelung des § 51 Abs. 2 GNotKG in Höhe von 3/10 des Nachlasswertes zu bestimmen.**

   (RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Rechtsprechungsdatenbank Sachsen-Anhalt)

9. Kostenrecht – Zur kostenrechtlichen Behandlung einer Messungsanerkennung

(*LG Potsdam*, Beschluss vom 6.9.2017 – 12 T 24/15)

GNotKG § 109 Abs. 1
KV GNotKG Nr. 21100, 21201 Nr. 4

1. **Die Messungsanerkennung dient nicht (mehr) dazu, die vertragsgemäße Erfüllung des Kaufvertrages festzustellen, sondern nur dazu, die Identität der unvermessenen, verkauften Teilfläche und des bei der Teilungsvermessung neu gebildeten Flurstücks zu bestätigen, unabhängig davon, ob die Teilungsvermessung der Auflassung nachfolgt oder vorausgeht (im Anschluss an BGH NJOZ 2016, 1082 = DNotZ 2016, 115).**
2. **Die Messungsanerkennung löst deshalb keine 2,0 Verfahrensgebühr nach Nr. 21100 KV GNotKG aus, sie wird vielmehr wie eine Grundbucherklärung nach Nr. 21201 Nr. 4 KV GNotKG bewertet.**

   (RNotZ-Leitsätze)

(Fundstellen: beck-online, Entscheidungsdatenbank Berlin-Brandenburg, juris)

10. Berufs- und Beurkundungsrecht – Zur notariellen Pflicht, Existenz und Vertretungsmacht bei Beteiligung ausländischer Unternehmen zu prüfen

(*BGH*, Beschluss vom 13.11.2017 – NotSt(Brfg) 4/17)

BeurkG §§ 4, 17 Abs. 1
BGB § 164 Abs. 1
BNotO §§ 14 Abs. 2, 29 a. F., 95, 97 Abs. 1 S. 1, 105, 109
BDG §§ 64 Abs. 2 S. 2, 77 Abs. 1, 78 S. 2
VwGO §§ 124 Abs. 2, 124 a Abs. 5 S. 2

§ 17 Abs. 1 BeurkG verpflichtet den Notar bei der Vornahme von Beurkundungen, an denen Vertreter beteiligt sind, die Existenz des Vertretenen und grundsätzlich auch die Vertretungsmacht des Vertreters zu prüfen.

(Fundstellen: beck-online, Bundesgerichtshof, Jurion, juris)

11. Steuerrecht – Erbschaftsteuerrechtlich begünstigtes Vermögen bei einer Wohnungsvermietungsgesellschaft

(*BFH*, Urteil vom 24.10.2017 – II R 44/15)

AO § 14
ErbStG 2009 §§ 13 a, 13 b Abs. 2 S. 1, 13 b Abs. 2 S. 2 Nr. 1 S. 2 Buchst. d

Wohnungen, die eine Wohnungsvermietungsgesellschaft an Dritte zur Nutzung überlässt, gehören nur zum begünstigten Vermögen i. S. des § 13 b Abs. 2 Satz 2 Nr. 1 Satz 2 Buchst. d ErbStG 2009, wenn die Gesellschaft neben der Vermietung im Rahmen eines wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs Zusatzleistungen erbringt, die das bei langfristigen Vermietungen übliche Maß überschreiten. Auf die Anzahl der vermieteten Wohnungen kommt es dabei nicht an.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, Jurion, juris)

12. Steuerrecht – Entgeltliche Mieterdienstbarkeit als grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung

(*BFH*, Urteil vom 6.12.2017 – II R 55/15)

BewG § 13 Abs. 1
GrEStG §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1
InsO § 111
ZVG § 57a

Verpflichtet sich der Grundstückskäufer im Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag, dem Mieter eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit gegen angemessenes Entgelt zu bestellen, liegt darin keine Gegenleistung für das Grundstück i. S. von §§ 8 Abs. 1, 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, Jurion, juris)

13. Steuerrecht – Zum Erwerb eigener Anteile durch eine GmbH als Gewinn nach § 17 EStG beim Gesellschafter auch nach BilMoG

(*BFH*, Urteil vom 6.12.2017 – IX R 7/17)

EStG §§ 3 Nr. 40 S. 1 Buchst. c, 3 c Abs. 2, 17 Abs. 1, Abs. 2 und Abs. 4
HGB §§ 255 Abs. 1, 272 Abs. 1 a und 1b

1. **Auf der Ebene des veräußernden Gesellschafters stellt der entgeltliche Erwerb eigener Anteile durch die GmbH ein Veräußerungsgeschäft i. S. des § 17 Abs. 1 EStG dar (Bestätigung des BMF-Schreibens vom 27. November 2013, BStBl I 2013, 1615, Rz 20 Satz 1).**
2. **Die rein gesellschaftsintern wirkende Umgliederung einer freien Gewinnrücklage in eine zweckgebundene Rücklage führt nicht zu nachträglichen Anschaffungskosten auf den Geschäftsanteil des veräußernden Gesellschafters.**

(Fundstellen: beck-online, Bundesfinanzhof, Jurion, juris)

Buchbesprechungen

Hölters (Hrsg.), Kommentar zum Aktiengesetz (AktG), 3. Auflage 2017

C.H. Beck/Verlag Vahlen, 298,- Euro, ISBN 978-3-8006-5231-0,

1.219.251 zu 15.130, so steht es nach letzter Zählung (Kornblum, GmbHR 2017, 739) im Wettbewerb der Rechtsformen zwischen GmbH und Aktiengesellschaft. Das spiegelt sich in der notariellen Praxis wider: Fragen des GmbH-Rechts landen praktisch täglich auf dem Tisch des Notars, aber das Aktienrecht gehört in vielen Notariaten nicht zum Alltagsgeschäft. Um noch einmal die Statistik zu bemühen: Rechnerisch kommen bundesweit auf jeden Notar nur etwas mehr als zwei Aktiengesellschaften. Im Regelfall gehören daher die großen Kommentare zum Aktienrecht – der Großkommentar, der Münchener und der Kölner Kommentar – nicht zur Grundausstattung eines Notariats. Aber: Selbst wenn Fragen der Aktiengesellschaft im Notariat nicht täglich auftauchen, ist das Aktienrecht viel zu komplex, um sich für die Praxis mit einem der Kurz-Kommentare zum Aktiengesetz zu begnügen. In dieser praxisrelevanten Lücke zwischen den mehrbändigen Werken einerseits und den Kurzkommentaren andererseits ist der von Wolfgang Hölters, Rechtsanwalt in Düsseldorf, herausgegebene Kommentar zum Aktiengesetz angesiedelt. Das Werk erscheint in der bei C. H.Beck/Vahlen verlegten Reihe der „blauen" Kommentare, die in den Nachbargebieten mit den Werken von Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn zum HGB und von Rowedder/Schmidt-Leithoff zum GmbHG vertreten ist. Mit weit über 2700 Seiten im großen Format stellt der Hölters schon formal ein Schwergewicht im Kreis der einbändigen Kommentare zum Aktiengesetz dar.

Das oft bemühte Motto „aus der Praxis für die Praxis“ hat beim *Hölters* vollkommen Berechtigung: Der Autorenkreis setzt sich ausschließlich aus in der aktienrechtlichen Praxis tätigen Rechtsanwälten zusammen, ergänzt um (nur) einen Vertreter des Notarstandes, der allerdings mit den §§ 1-14 AktG und §§ 23-53 AktG einen besonders gewichtigen Teil der Kommentierung übernommen hat.

Stichproben bestätigen die hohen Erwartungen: *Solveen* kommentiert die praxiswichtigen allgemeinen Vorschriften zur AG und zur Gründung der Gesellschaft mit großer Sorgfalt und spart auch Spezialfragen nicht aus, etwa die Frage der familiengerichtlichen Genehmigung bei minderjährigen Gründern (§ 1 Rn. 14), die firmenrechtlichen Besonderheiten bei Umwandlungsvorgängen unter Beteiligung von Aktiengesellschaften (§ 4 Rn. 21) oder die Zulässigkeit eines Doppelsitzes (§ 5 Rn. 13 f.). Selbst die Umstellung von DM auf Euro hat *Solveen* an passender Stelle im Blick (§ 6 Rn. 4; § 7 Rn. 4), ergänzt um eine Darstellung des Übergangsrechts nach den §§ 1-4 EGAktG (kommentiert in § 8 Rn. 32 ff.), so dass man für die in der Praxis durchaus noch vorkommenden DM-Altgesellschaften gerüstet ist. Das Thema der Vorrats- und Mantelgesellschaften ist Gegenstand eines ausführlichen Exkurses (§ 23 Rn. 44-52) und selbst eine Darstellung der Notarkosten rund um die Gründung der AG fehlt nicht (§ 23 Rn. 42).

Die Erwartung besonderer Praxisnähe bestätigt sich auch bei einem Blick in die sehr gut lesbare Darstellung zur für die Notare zentralen Norm des § 130 AktG von *Drinhausen*. Neben den aktienrechtlichen Vorgaben zur Protokollierung der Hauptversammlung werden dort auch die beurkundungsrechtlichen und dienstrechtlichen Aspekte erläutert, jeweils unter sorgfältiger Differenzierung insbesondere hinsichtlich der ganz unterschiedlichen Folgen etwaiger Verstöße und Fehler. Selbst die Frage, ob im Protokoll auch der Rechtsgrund für die gewählte Abstimmungsart anzugeben ist, wird behandelt (und bejaht, § 130 Rn. 29; anders allerdings jüngst der BGH NJW 2018, 52), ebenso wie die in der Praxis durchaus relevante und von *Drinhausen* verneinte (Anh. § 129 Rn. 1) Frage, ob bei der Ein-Personen-AG ein Versammlungsleiter nötig ist; aus rheinischer Sicht wird man allerdings die Entscheidung des OLG Köln DNotZ 2008, 789 nicht übergehen können, die bei der Ein-Personen-AG jedenfalls dann die Versammlungsleitung durch den Aufsichtsratsvorsitzenden verlangt, wenn die Satzung der Gesellschaft dies so festlegt (krit. Wicke, DNotZ 2008, 793; Terbrack, RNotZ 2012, 221, 222).

Zuletzt ein Blick in die Kommentierung zur Einlagenrückgewähr. Bekanntlich hat der BGH (DNotZ 2018, 68) unlängst entschieden, dass aufsteigende Sicherheiten eine verbotene Einlagenrückgewähr darstellen, wenn der Rückgriffsanspruch der Gesellschaft gegen den begünstigten Gesellschafter zum Zeitpunkt der Bestellung der Sicherheit nicht vollwertig ist. Auch wenn diese Entscheidung in der Kommentierung noch keine Berücksichtigung finden konnte, hat *Laubert* die Entscheidung des BGH vorweggenommen (§ 57 Rn. 23): Für die Frage, ob die Gewährung der Sicherheit eine Einlagenrückgewähr darstelle, komme es eben nicht auf eine „bilanzielle Betrachtungsweise“ an, sondern auf eine wirtschaftliche Sicht, weshalb unabhängig davon, ob bilanziell eine Rückstellung zu bilden ist, schon bei Bestellung der Sicherheit die Vollwertigkeit des Rückgriffsanspruchs gegeben sein müsse.

Fazit: Der mittlerweile in 3. Auflage erschienene *Hölters* hat sich zurecht im Kreise der AktG-Kommentare etabliert. Er punktet mit besonderem Praxisbezug und Detailreichtum, ohne es an Prägnanz fehlen zu lassen. Das Werk ist nach Umfang und Inhalt eine Bereicherung für die Bibliothek eines jeden Notariats, auch und gerade, wenn dort aktienrechtliche Fragestellungen nicht zum Alltag gehören.

Notar Dr. Joachim Tebben, LL. M. (Michigan), Düsseldorf

Reithmann, Christoph/Terbrack, Christoph (Hrsg.), Kauf vom Bauträger, 8. Auflage 2018

Verlag Dr. Otto Schmidt KG, 624 Seiten, 99,00 EUR, ISBN 978-3-504-64857-2

23 Jahre sind seit der 7. Auflage des von *Dr. Christoph Reithmann* begründeten Werks „Kauf vom Bauträger“ vergangen – eine stolze Zeit in einem Rechtsgebiet, das – wie der neue Herausgeber *Prof. Dr. Christoph Terbrack* im Vorwort zu Recht betont – „ständigen Veränderungen und Neuerungen unterworfen ist“. Besonders umfassende Veränderungen hat bekanntlich das am 1. Januar 2018 in Kraft getretene Gesetz zur Reform des Bauträgerrechts bewirkt, das den Bauträgervertrag erstmalig als eigenständigen Vertragstypus in § 650 u BGB kodifiziert hat. Vor dem Hintergrund der Reform haben die Autoren mit der nun vorliegenden 8. Auflage des *„Reithmann/Terbrack“* die Herausforderung gemeistert, nicht nur einen Klassiker des Bauträgerrechts auf den aktuellen Rechtsstand zu bringen, sondern auch praxistaugliche Lösungen zu den für die notarielle Vertragsgestaltung relevanten Problemen in kompaktem Umfang zusammenzustellen.

Das einleitende Kapitel A (S. 1-13) zu den „Grundlagen des Bauträgervertrages“ stellt die maßgeblichen Rechtsvorschriften der einschlägigen Gesetze vor und erläutert die faktische und rechtliche Interessenlage beim Bauträgervertrag. Wichtig ist hier insbesondere die Feststellung, dass die Relevanz des Bauträgerrechts über Verträge während der Errichtungsphase deutlich hinauswirkt, können doch auch sogenannte Nachzügler bei einem Erwerb erst nach Fertigstellung des Bauobjekts nach ständiger Rechtsprechung noch von den Sachmängelansprüchen profitieren, die sich aus dem werkvertraglichen Teil des Bauträgervertrags ergeben. Berechtigt ist deshalb der Hinweis von *Terbrack* (Kap. A Rn. 18), die notarielle Vorsicht gebiete es, in Zweifelsfällen von der Anwendbarkeit des Bauträgerrechts auszugehen, wenngleich der Zeitraum von fünf Jahren zwischen vollständiger Fertigstellung und Verkauf des Objekts die von der Rechtsprechung aufgestellten Maßstäbe übererfüllen dürfte (BGH, Urt. v. 25.2.2016 – VII ZR 156/13, hierzu auch *Martius*, Kap. D Rn. 120 des besprochenen Werks).

In Kapitel B (S. 15-117) werden bauträgerrechtliche Besonderheiten zum „Vertragsschluss“ näher erörtert. Den Schwerpunkt der Ausführungen bildet der gut 60-seitige und aus Sicht des Praktikers besonders relevante Abschnitt zum Beurkundungsverfahren. Im Hinblick auf die Neuregelungen zum Inhalt der Baubeschreibung in Art. 249 § 2 EGBGB soll eine notarielle Prüfpflicht auch dahingehend bestehen, dass die vertragliche Beschaffenheit in gesetzeskonformer Weise beschrieben wird und den Grundanforderungen des AGB-Rechts genügt (Kap. B Rn. 184 ff.).

Das fast 300 Seiten starke Kapitel C beinhaltet die materiell-rechtlichen Ausführungen zum Thema „Bauträger-

vertrag – Rechtliche Grundlagen“ (S. 119-399). Positiv hervorzuheben ist hier die instruktive Darstellung des – gesetzgebungstechnisch wenig geglückten – Zusammenspiels von Regelungen des allgemeinen Zivilrechts mit dem Ratenzahlungsplan nach § 3 MaBV (Kap. C Rn. 375 ff.). Als Fremdkörper erweist sich regelmäßig die „Sicherheit für die rechtzeitige Herstellung des Werks ohne wesentliche Mängel“ nach § 650 m Abs. 2 S. 1 BGB (Kap. C Rn. 471 ff.), deren umfassender Sicherungszweck deutlich über den Ratenzahlungsplan der MaBV hinausgeht. Im Ergebnis zutreffend betont *Schiffner*, dass ein Verzicht auf diesen – grundsätzlich zwar dispositiven – Schutz des Bestellers praktisch kaum der AGB-Kontrolle standhalten dürfte (Kap. C Rn. 474). Der Rückgriff auf das allgemeine Benachteiligungsverbot des § 307 Abs. 2 Nr. 1 BGB dürfte allerdings obsolet sein, da das mit der Reform des Bauträgerrechts ebenfalls eingeführte Klauselverbot des § 309 Nr. 15 lit. b BGB einer Beschränkung der Sicherheitsleistung zulasten eines Verbrauchers nunmehr ausdrücklich entgegensteht. Der Vertragsgestalter muss mithin eine Verzahnung des ursprünglichen Einbehalts bzw. der späteren Rückgewähr der Sicherheitsleistung mit dem Ratenzahlungsplan sicherstellen. Hier werden im engen Korsett von bauträgerrechtlichem Vorleistungsverbot und AGB-rechtlichem Transparenzgebot sinnvolle Lösungswege aufgezeigt und praxistaugliche Formulierungen vorgeschlagen (Kap. C Rn. 482 ff., 490 ff. und 496 ff.). Angesichts der unterschiedlichen Terminologie in den Vorschriften zur Schlussrate nach § 3 Abs. 2 S. 2 Nr. 2 MaBV und zur Sicherheitsleistung nach § 650 m Abs. 2 MaBV und der damit verfolgten unterschiedlichen Schutzzwecke ist insbesondere den Ausführungen in Kap. C Rn. 499 f. beizupflichten, dass eine klare Trennung der beiden Rechtsinstitute bei den abschließenden Zahlungen im Bauträgervertrag unvermeidbar ist.

Eine weitere mit der Reform des Bauträgerrechts eingeführte Neuerung findet sich in § 309 Nr. 15 lit. a BGB: Unzulässig ist demnach die Vereinbarung von Abschlagszahlungen, „die wesentlich höher sind als die nach § 632 a Absatz 1 und § 650 m Absatz 1 zu leistenden Abschlagszahlungen“. Angesichts des fehlenden Verweises auf die bauträgerrechtliche Spezialregelung zu Abschlagszahlungen, die nicht in § 632 a Abs. 1 oder § 650 m Abs. 1 BGB, sondern in § 650 u BGB geregelt ist, spricht die gesetzliche Systematik zwar eher gegen eine Geltung dieses Klauselverbots für Bauträgerverträge. Dennoch wurde im Gesetzgebungsverfahren auf den Zahlungsplan der MaBV Bezug genommen, sodass der Gesetzgeber offenbar von der Anwendbarkeit von § 309 Nr. 15 lit. a BGB auch auf Bauträgerverträge ausging (vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 95; im Ergebnis auch *Basty*, MittBayNot 2017, 445 unter Bezugnahme auf § 632 a Abs. 1 BGB). Die Ausführungen von *Schiffner* zum Vorleistungsverbot bzw. Äquivalenzprinzip im Bauträgerrecht berücksichtigen diese neue AGB-rechtliche Wertung leider nicht (Kap. C Rn. 382). Die pauschale Aussage, der Bauträger sei „generell nicht berechtigt, ein höheres Entgelt anzufordern oder entgegenzunehmen, als es den von ihm erbrachten Leistungen entspricht“, erscheint nunmehr zweifelhaft, weil § 309 Nr. 15 lit. a BGB mit der Bezugnahme auf „wesentlich“ höhere Teilleistungen ein qualitatives Kriterium hinzufügt (vgl. BT-Drs. 18/8486, S. 95). Für die Praxis birgt der unbestimmte Rechtsbegriff der Wesentlichkeit allerdings gewisse Prognoserisiken bei der Einschätzung der Zulässigkeit etwaiger Überschreitungen. Offen bleibt in den Ausführungen von *Schiffner* auch, ob der geforderten „Anpassung der Höchstsätze nach unten“ dann aber bei einer späteren Rate spiegelbildlich mit einer Korrektur nach oben begegnet werden darf, um einen Weg zu finden, damit am Ende 100 % des Kaufpreises fließen. Eine zufriedenstellende Lösung scheint hier allerdings auch noch nicht gefunden (vgl. etwa *Basty*, Der Bauträgervertrag, 9. Aufl., Rn. 477 f., der die Aufspaltung einer späteren Rate vorschlägt, damit jedoch dünnes Eis im Hinblick auf das Aufspaltungsverbot betritt).

Als „hochproblematisch“ wird in der Literatur die Neuregelung bewertet, dass das freie Kündigungsrecht des § 648 BGB beim Bauträgervertrag gemäß § 650 u Abs. 2 BGB ausdrücklich nicht anwendbar ist: Um zu verhindern, dass der Erwerber den Schutz der akzessorischen Vormerkung verliere, wird vorgeschlagen, dem Erwerber ein vertragliches Teilkündigungsrecht allein in Bezug auf den werkvertraglichen Teil des Bauträgervertrages einzuräumen (*Weber*, notar 2017, 379, 388 f.). Auch *Vogel* kritisiert diese Neuregelung (Kap. E Rn. 10), ohne daraus jedoch Konsequenzen für die Vertragsgestaltung zu ziehen. Demgegenüber hält *Martius* allein eine einheitliche Rückabwicklung im Wege des (Gesamt-)Rücktritts für zulässig und kann sich insoweit auf die ausdrückliche Intention des Gesetzgebers stützen (Kap. C Rn. 207 a, 207 j). Dem ist namentlich für den Geschosswohnungsbau zuzustimmen, denn ein etwaiges Teilkündigungsrecht einzelner Besteller hätte mit Blick auf die Gesamtherstellungsverpflichtung des Bauträgers erhebliche praktische Probleme zur Folge (vgl. auch BT-Drucks. 18/8486, S. 72).

Den „Besonderheiten beim Wohnungseigentum“ ist in Kapitel D (S. 401-451) zu Recht ein eigener Abschnitt gewidmet, da sich insbesondere in Bezug auf die Abnahme des Gemeinschaftseigentums und die Entstehung der Wohnungseigentumsgemeinschaft weitere spezifische Probleme bei der Vertragsgestaltung stellen. Die Gestaltungsmöglichkeiten für die Abnahme von Sonder- und Gemeinschaftseigentum werden in Kap. D Rn. 38 ff. praxisnah und überzeugend dargestellt.

In einem kurzen Exkurs zur „Durchsetzung der Rechte des Erwerbers“ in Kapitel E (S. 453-461) werden die Rechte auf Eigentums- und Besitzverschaffung sowie zur Beseitigung etwaiger Sachmängel diskutiert.

Das abschließende Kapitel F „Insolvenz und Bauträgervertrag“ (S. 463-510) widmet sich umfassend dem „Worst-Case-Szenario“, dass der Bauträgervertrag während seiner Durchführung steckenbleibt bzw. scheitert.

Abgerundet wird das Werk von einem Anhang mit vier Vertragsmustern sowie einer Synopse von altem und neuem Recht.

Zusammenfassend ist festzustellen, dass der *„Reithmann/Terbrack“* eine wirklich gelungene Abhandlung zum Bauträgerrecht darstellt, die umfassende Arbeitshilfen für die notarielle Praxis bereithält. Anzuerkennen ist, dass sich die Autoren bei der Neubearbeitung zugleich dem ehrgeizigen Ziel verpflichtet haben, die unübersichtlichen Neuregelungen der aktuellen Reform wissenschaftlich fundiert aufzuarbeiten. Das Buch leistet einen wertvollen Beitrag zur praktischen Handhabung der zum Teil völlig neu geschaffenen Vorschriften. Die hier geäußerte Detailkritik soll allein die Diskussion zu umstrittenen Fragestellungen fortsetzen und schränkt nicht das Gesamturteil ein, dass das Werk jedem Praktiker uneingeschränkt zum Kauf empfohlen werden kann.

Notarin Astrid S. Gageik, Düsseldorf