

## inhaltsverzeichnis

<b>editorial</b>	Alles digital ( <i>Dr. Ludwig Bittner</i> )	321
<b>inhalt</b>		322
<b>impressum</b>		345
<b>beitrag des monats</b>	Erbschein und ENZ nach der EuErbVO ( <i>Michael Volmer</i> )	323
<b>jahresrückblick</b>	Immobilienübertragung – Aktuelle Entwicklungen ( <i>Dr. Alexander Michael</i> )	332
<b>rechtsprechung</b>	OLG Schleswig: Wohnungseigentum an schwimmenden Häusern (mit Anmerkung von <i>Dr. Jens Jeep</i> )	338
	BGH: Grunderwerb durch WEG (mit Anmerkung von <i>Dr. Jens Jeep</i> )	339
	OLG Zweibrücken: Maßgebliches Ehegüterrecht bei ausländischer Staatsangehörigkeit eines oder beider Ehegatten – Verfahren des Grundbuchamts bei Eintragung von Ehegatten italienischer Staatsangehörigkeit als Eigentümer im Grundbuch (mit Anmerkung von <i>Cornelia Schmellenkamp</i> )	339
	OLG Hamm: Nachweis der Erbfolge in einen Hof i. S. d. HöfeO durch eidesstattliche Versicherung (mit Anmerkung von <i>Dr. Thorsten Führ, LL.M. (Cambridge)</i> )	342
<b>praxisforum</b>	Disquotale Gewinnverwendungsabreden bei Personen- und Kapitalgesellschaften – Gesellschafts- und Steuerrecht ( <i>Dr. Eckhard Wälzholz</i> )	345
	Erbscheinsverfahren neu geregelt ( <i>Prof. Dr. Herbert Grziwotz</i> )	352
<b>bericht aus berlin</b>		358
<b>nachrichten</b>		360



### Agenda 2020 im Notariat

Der Deutsche Notarverein lädt zur zehnten Tagung Berufspolitik am **13. und 14. Januar 2017 im Industrie-Club Düsseldorf** ein.

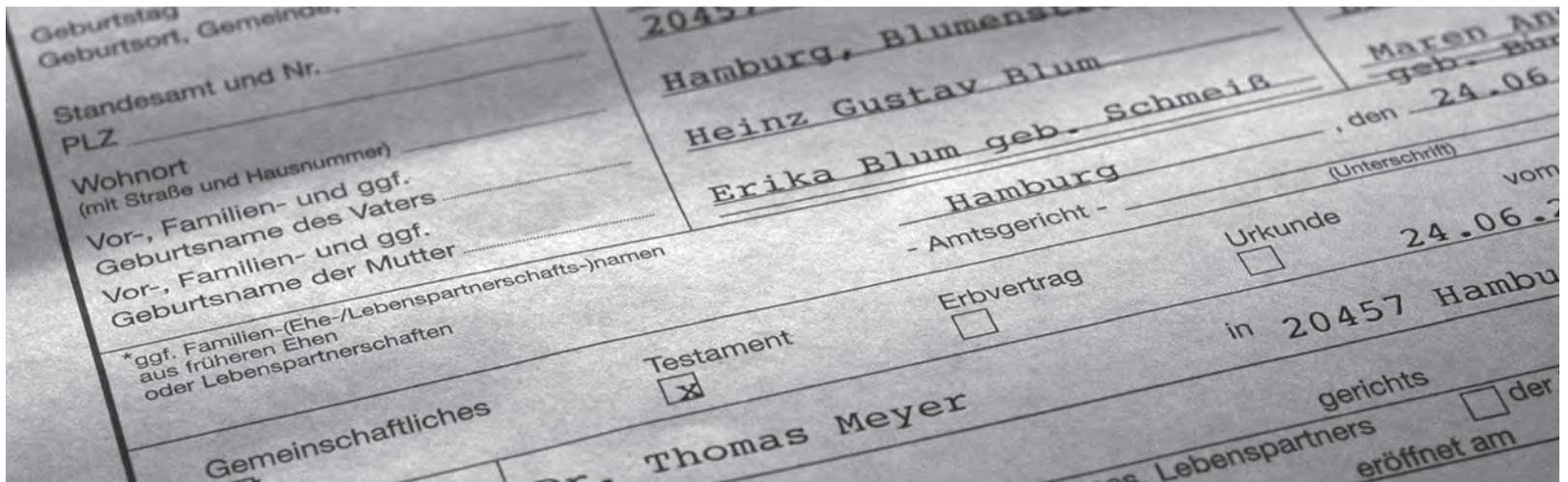
Folgende Themen werden von namhaften Referenten aus Politik, Notariat und Wissenschaft behandelt:

- Die Digitale Außendarstellung des Notariats
- Automatisierte (notarielle) Arbeit
- Bauvertragsrecht, Bauträgerrecht

Als Rahmenprogramm sind ein Abendessen in der *Classic Remise* und eine Führung durch die Oldtimer-Ausstellung geplant.

Die Teilnahmegebühr beträgt 120,00 € für Notarassessoren, 240,00 € für alle übrigen Teilnehmer. Anmeldeschluss ist am 9.1.2017.

Weitere Informationen, das Programm und ein Anmeldeformular finden Sie auf der Homepage des Deutschen Notarvereins unter [www.dnotv.de](http://www.dnotv.de).



## beitrag des monats

Michael Volmer

### Erbschein und ENZ nach der EuErbVO

Mit Beginn ihrer Anwendbarkeit zum 17.8.2015 muss sich die Europäische Erbrechtsverordnung nun in der Praxis bewähren. Es bleibt vorerst zweifelhaft, ob diese VO angesichts des Umfangs des neu eingeführten Nachweisdokuments die rechtspolitischen Hoffnungen erfüllt. Zudem steht die Bewältigung möglicher Kollisionen mit dem weiterhin zulässigen deutschen Erbschein im Raum: Die EuErbVO greift nicht in das nationale Regelungsregime ein; nationales Recht kann die EuErbVO auch im Einzelfall nicht zurückdrängen. Die daraus resultierenden Praxisprobleme bei Verwendung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) im notariellen Beurkundungs- und Grundbuchverfahren waren (u. a.) Thema einer Tagung des Instituts für Notarrecht in Berlin.

#### A. Enttäuschte Hoffnungen – eine persönliche Annäherung

Ungeachtet verbreiteter Skepsis<sup>1</sup> hatte ich mir vom Inkrafttreten der EuErbVO und insbesondere von der Möglichkeit des Europäischen Nachlasszeugnisses (ENZ) als grenzüberschreitendem und grundbuchtauglichem Erbnachweis innerhalb der teilnehmenden Mitgliedstaaten<sup>2</sup> einiges versprochen. Meine früheren Erfahrungen mit ausländischen Erbfolgen hätten nämlich den Fachzeitschriften entnommen sein können:<sup>3</sup> Die Erben haben in ihrem Heimatland bereits ein Nachlassverfahren durchgeführt und die nach Ortsrecht bzw. Orts-Usus einschlägigen Erbnachweise erhalten, stellen nun aber ernüchtert bis wutentbrannt fest, dass diese Dokumente im deutschen Grundbuchverfahren unbrauchbar sind. Als Notar kommt man zwar einerseits nicht umhin, dem Grundbuchamt bezüglich dieser Nichtakzeptanz rechtskonformes

Verhalten bescheinigen zu müssen, ist aber gleichwohl unversehens Adressat für den Ärger über die deutsche Bürokratie.

Leider schrecken nunmehr die Formularmuster zum ENZ,<sup>4</sup> aus denen es für das ENZ selbst auch kein Entrinnen gibt, nach Länge und Komplexität ab. Streichungsmöglichkeiten, von denen die EuErbVO noch hoffnungsfroh berichtet,<sup>5</sup> gibt es in Wahrheit nur hinsichtlich einzelner Anlagen, die je nach Situation weggelassen werden können (beispielsweise im eher seltenen Fall der Antragstellung durch Bevollmächtigte).<sup>6</sup> Im laufenden Text der jeweiligen Anlage hingegen sind Streichungen auch von unsinnigen Textstellen – unsinnig bezogen auf die maßgebliche Rechtsordnung<sup>7</sup> – nicht vorgesehen. Mehr noch muss der Aussteller ausdrücklich Rechenschaft über fehlende Einträge ablegen.<sup>8</sup> Das erleichtert möglicherweise ein Delegieren an Mitarbeiter im Notariat oder in der Justiz, weil diese einfach das vorgegebene Muster durchgehen müssen, um in jedes angebotene Formularfeld gegebenenfalls Fehlstriche zu setzen. Der Aufwand entsteht dem Verfügungsadressaten, der sich aus 15 Seiten die relevanten zehn Zeilen herausuchen muss. Völlig unbrauchbar für deutsche Nachlassverfahren ist auch das parallel aufgebaute Antragsmuster, weil es im Rahmen einer notariell beurkundeten eidesstattlichen Versicherung (§ 353 Abs. 3 S. 3 FamFG) faktisch nicht sinnvoll verlesungsfähig ist.<sup>9</sup> Zum Glück ist dessen Verwendung nicht zwingend.

<sup>1</sup> Soutier, Die Geltung deutscher Rechtsgrundsätze im Anwendungsbereich der Europäischen Erbrechtsverordnung, 2015, S. 45 f.; Schurig, FS Spellenberg, 2010, S. 343, 353; Kanzleiter, FS Zimmermann, 2010, 165, 174; Dutta/Weber/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Einl. Rn 34.

<sup>2</sup> Vgl. ErwG 82: Mitgliedstaaten der EU mit Ausnahme des Vereinigten Königreichs, Irlands und Dänemarks.

<sup>3</sup> KG DNotZ 2013, 135 oder OLG Bremen, DNotZ 2012, 687 mit Anm. Hertel.

<sup>4</sup> Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 der Kommission von 9.12.2014, ABl L 359, S. 30; dazu Dorsel/Scholl, GPR 2015, 36, 40 ff.

<sup>5</sup> Art. 68 EuErbVO: „soweit ... erforderlich“.

<sup>6</sup> Auch wegen der regelmäßig höchstpersönlichen (OLG München NJW-RR 2016, 83) eidesstattlichen Versicherung werden beispielsweise Anwälte oder Erbenermittler zwar im Vorfeld tätig, nie aber bei der formellen Antragstellung.

<sup>7</sup> Beispiel: Formblatt V, Anlage IV, dort Ziffer 4: „Der Erbe hat die Erbschaft ausgeschlagen“.

<sup>8</sup> Etwa Formblatt V – Schlussabsätze.

<sup>9</sup> Die Muster gleichen strukturell einer Liste bzw. einem Verzeichnis, sind aber kein Verzeichnis über Rechte oder Sachen, weswegen § 14 BeurkG nicht angewandt werden kann.

Immerhin verschafft es Trost, dass es vermutlich anderen teilnehmenden Mitgliedstaaten und deren Rechtsunterworfenen noch schlechter geht. Die gesamte deutsche Literatur betrachtet das ENZ im Vergleich zum Erbschein vorrangig als Verlust, als Verlust an Einfachheit, als Verlust an Vertrauensschutz.<sup>10</sup> Wie müssen sich aber andere Mitgliedstaaten fühlen, die einen gutgläubigen Erwerb oder ein mit Redlichkeitsschutz versehenes Dokument bisher überhaupt nicht kannten. In einer ersten Stellungnahme aus dem italienischen Recht ist deswegen im Hinblick auf das ENZ-Verfahren auch nicht von Verlust an Rechtssicherheit, sondern von extremer Verkomplizierung des Verfahrens die Rede.<sup>11</sup>

## B. Das dinglich wirkende Vermächtnis in der deutschen Rechtsordnung

An verschiedenen Stellen der nachfolgenden Überlegung werden das dinglich wirkende Vermächtnis und dessen Umsetzung im deutschen Recht zur Sprache kommen.

Die Meinungslager stehen sich in dieser Frage letztlich unversöhnlich gegenüber. Die Befürworter einer Anerkennung argumentieren mit dem Wegfall der historischen Begründung für die bloß schuldrechtliche Ausgestaltung<sup>12</sup> und mit der durch die EuErbVO gerade festgeschriebenen wechselseitigen Anerkennung der Rechtsordnungen und dem erbrechtlich determinierten Erwerbsmodus.<sup>13</sup> Die „Umdeuter“ lehnen dies vor dem Hintergrund ihrer Erfahrung in der Notar- und Grundbuchverfahrenspraxis ab und nennen den Registervorbehalt,<sup>14</sup> den Vorrang des Sachenrechts,<sup>15</sup> schließlich frühere Entscheidungen der Gerichte.<sup>16</sup>

Völlig zu Recht hat zuletzt Süß darauf hingewiesen, dass es im Ansatz falsch ist, die Frage des dinglichen oder schuldrechtlichen Vermächtnisses isoliert für sich zu stellen, dass man vielmehr die Einbettung in die Rechtsordnung berücksichtigen muss, nämlich in solche mit und solche ohne Trennungsprinzip.<sup>17</sup>

Dafür dürfte jedenfalls sprechen, dass die Erfüllung eines bloß schuldrechtlichen Vermächtnisses in Rechtsordnungen, die keine isolierte Verfügung kennen, sich rechtstechnisch ebenfalls nicht einfach gestaltet.<sup>18</sup> Unglücklicherweise liegt dem IPR aber

offenbar die strikte Trennung von Erbrecht und Sachenrecht zugrunde, die erst die Probleme heraufbeschwört.

Angesichts dieser Strukturvorgaben halte ich die Umdeutung für richtig, weil es ein großes rechtspolitisches und verfahrenspraktisches Angebot an die Erben und Vermächtnisnehmer beinhaltet, die gegebenenfalls erforderliche Anpassung des dinglichen Rechts privatautonom vornehmen zu können. Dieser „Angebotscharakter“ mag angesichts der auch wieder völlig falschen Konzentration der Diskussion auf Eigentumsvermächtnisse nicht unbedingt naheliegen. Er erschließt sich aber, sobald man beispielsweise Nutzungsrechte für den überlebenden Ehegatten, Lebenspartner oder nichtehelichen Lebensgefährten in die Überlegungen miteinbezieht.<sup>19</sup> Hier ist es eben nicht so einfach zu entscheiden, ob in deutscher Terminologie ein Nießbrauch, ein ausübungsübertragbares oder ein nur zur Selbstnutzung berechtigendes Wohnungsrecht eingeräumt werden soll. Nun verlangt Art. 31 EuErbVO in solchen Fällen eine Anpassung des dinglichen Rechts, lässt aber völlig offen, durch wen und wie diese Anpassung vorgenommen werden soll.<sup>20</sup>

Nach den bisherigen Erkenntnissen deutet viel darauf hin, dass diese Probleme, jedenfalls soweit sie das Immobiliarsachenrecht betreffen, bei den Grundbuchämtern abgeladen werden sollen.<sup>21</sup> Andere „Hoheitsträger“ sind im Inland mit der Durchsetzung/Umsetzung eines selbsterfüllenden Vermächtnisses nicht befasst und die Ausstellungsbehörde im Ausland scheidet aus. Das Grundbuchamt ist aber doch nicht die richtige Stelle für die feinsinnige Auslegung von Testamenten, die unter Geltung ausländischen Rechts errichtet wurden, oder für die Feststellung des ausländischen Immobiliarsachenrechts, um das Gewollte für die erforderliche Anpassung zu ermitteln. Von der Bestandskraft der Entscheidung und ihrer Rechtsmittelfähigkeit wollen wir erst gar nicht sprechen. Die Beibehaltung des dinglich wirkenden Vermächtnisses führt deswegen allenfalls zu einer Scheinvereinfachung, weil sie zwar zwischengeschaltete Notarurkunden vermeidet, dafür aber zeitaufwendige und teure Gutachten zum ausländischen Immobiliarsachenrecht verlangt.<sup>22</sup>

Da die zu erwartende Entscheidung des EuGH auf absehbare Zeit gleichwohl aussteht, soll, soweit für die Überlegungen erforderlich, auf beide Lösungsmöglichkeiten eingegangen werden.

<sup>10</sup> Burandt/Rojahn/Burandt, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 69 EuErbVO Rn 1.

<sup>11</sup> Etwa Rundschreiben der ital. nationalen Notarkammer zu Erlass der EuErbVO vom 3.9.2012: „Il regolamento disciplina minuziosamente la procedura di richiesta...“.

<sup>12</sup> Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2013), 723.

<sup>13</sup> Dutta, FamRZ 2013, 4, 12; Schmidt, ZEV 2014, 133; Kroiß/Horn/Solomon/Köhler, Nachfolgerecht, 2014, Art. 1 EuErbVO Rn 22.

<sup>14</sup> Wilsch, ZEV 2012, 530; Döbereiner, GPR 2014, 42, 43; ders., ZEV 2015, 559; auch Soutier, S. 287, der deswegen das dinglich wirkende Vermächtnis auch nur bei registrierten Rechten ablehnen will. Das mit Verkehrsschutzüberlegungen zu begründen, ist erstaunlich: Wegen des sowieso nicht mehr vorhandenen eingetragenen Eigentümers hielt der historische dt. Gesetzgeber bei der damaligen Diskussion über Vindikations- oder Damnsationslegat gerade im Grundstücksverkehr den Verkehrsschutz für kein zutreffendes Argument; Mugdan, V, S. 623.

<sup>15</sup> Simon/Buschbaum, NJW 2012, 2393, 2397; dies., Rpfleger 2015, 444, 453; Dutta/Herrler/Hertel, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 87 ff.; Böhringer, NotBZ 2015, 281, 287; auch Döbereiner, ZEV 2015, 559, 562, nennt den generellen Vorrang des Ortsrechts im Immobilienverkehr.

<sup>16</sup> BayObLG FamRZ 1996, 694, BGH DNotZ 1995, 704.

<sup>17</sup> Süß, RabelsZ 65 (2001), 246.

<sup>18</sup> Exemplarische Überlegungen am Beispiel Italien, dazu bei Soutier, S. 283: Er hilft mit einer auf den Übertragungsweg bezogenen Analogie zu Art. 31 EuErbVO; vgl. auch Döbereiner, ZEV 2015, 599.

<sup>19</sup> Etwa den Legalnießbrauch nach belgischem Recht, dazu BayObLG FamRZ 1996, 694; ferner Süß/Hustedt, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Länderbericht Belgien Rn 46.

<sup>20</sup> Für Anpassungen im Rahmen des Vollstreckungsrechts etwa ist die Brüssel Ia-VO mit Geltung ab Januar 2015 deutlich besser strukturiert, weil dort immerhin rudimentäre Verfahrensvorgaben für solche Fälle niedergelegt sind. Man mag darüber streiten, ob diese völlig ausgereift sind oder ob andere Verfahren vielleicht zügiger und einfacher zum Erfolg führen könnten (vgl. Volmer, MittBayNot 2016, 20). Bei der EuErbVO ist dieser Punkt aber gänzlich ungeregelt.

<sup>21</sup> Dutta/Weber/Schmidt, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 31 EuErbVO Rn 11 (inzidente Anpassung im Rahmen der Rechtsanwendung); MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 31 EuErbVO Rn 11; Hüfstege/Mansel/Looschelders, BGB, 2. Aufl. 2015 Art. 31 EuErbVO Rn 17.

<sup>22</sup> Um den Einwänden gleich zu begegnen: Natürlich kann der Erbe jedes zulässige dingliche Recht privatautonom bewilligen und können sich Erbe und Vermächtnisnehmer formlos darüber einigen, dieses dann als allein geschuldet mit Erfüllungswirkung gelten zu lassen. Damit werden sie aber bei dinglicher Wirkung das außerhalb des Grundbuchs entstandene und vom Grundbuchamt zu berücksichtigende Recht aus dem Vermächtnis nicht los. Der Vermächtnisnehmer müsste vielmehr dessen Löschung beantragen. Der Fall liegt gleich dem Verzicht des Grundschuldgläubigers auf die gesetzliche Sicherungshypothek nach der „Verpfändung der Auflassungsvormerkung“, Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn 1577 ff.

### C. Geltungsdauer

Die Wirkungen des ENZ werden aufgrund Art. 70 Abs. 3 EuErbVO im Gegensatz zum deutschen Recht nicht auf das Original des ENZ bezogen, sondern vermittelt durch eine beglaubigte Abschrift (respektive Ausfertigung<sup>23</sup>) mit einer Regelgültigkeitsdauer von sechs Monaten ab der Ausstellung.

Diese Wirkungsbefristung stellt für die Ausstellungsbehörde kein Problem dar, weil die entsprechende Rubrik im ENZ-Vordruck vorgegeben ist. Aufwendig erscheint eher die Verlängerung auf eine Gültigkeitsfrist über sechs Monate hinaus, wenn die technischen Vorgaben keine Korrektur des ENZ-Musters vorsehen.

Für den Anwender im Immobilienbereich ist diese Befristung hingegen schwer handhabbar. Im grenzüberschreitenden Verkehr ist nicht davon auszugehen, dass innerhalb der Gültigkeitsfrist von sechs Monaten eine vollständige Erbaueinandersetzung stattgefunden hat.<sup>24</sup> Entgegen bisheriger Praxis dürfte es vermehrt zu Grundbuchberichtigungen auch beim sofortigen Verkauf der Immobilie kommen.<sup>25</sup> Ohne vorherige Grundbuchberichtigung muss demgegenüber der Restvollzug insbesondere bei Fälligkeit der Kaufpreiszahlung genau abgeschätzt werden. Sonst stellt sich beispielsweise die Frage, ob auf der Grundlage der vorhandenen beglaubigten Abschrift des ENZ eine Kaufpreisfälligkeit mitgeteilt werden kann, wenn ersichtlich eine Neubeantragung für die Eigentumsumschreibung erforderlich wird. Natürlich könnte der Erbe schon von vornherein eine längere Gültigkeitsfrist beantragen. Das setzt aber voraus, dass er vorab erstens an diese Möglichkeit denkt und er zweitens den erforderlichen Zeitraum in etwa abschätzen kann. In beiden Punkten bin ich skeptisch.

Nach meiner Erfahrung nimmt in einzelnen Bundesländern die normale Antragsbearbeitung bei den Grundbuchämtern schon einen Zeitraum in Anspruch, der an die Gültigkeitsdauer von sechs Monaten heranreicht. Das wirft die Frage auf, ob nicht wenigstens der fristgerechte Antragszugang beim Grundbuchamt (§ 878 BGB) für die Einhaltung der Sechsmonatsfrist genügt.<sup>26</sup> *Wilsch* hält diese Idee der analogen Anwendung des § 878 BGB aus Gründen eines *a maiore ad minus* Schlusses für zutreffend.<sup>27</sup> Die Rechtspraxis scheint dem nur widerwillig zu folgen. Insbesondere *Böhringer*<sup>28</sup> hat dagegen eingewandt, dass § 878 BGB eine Spezialvorschrift lediglich für Verfügungsbeschränkungen sei und eine ausdehnende Normanwendung ausscheide.

Dabei übersieht *Böhringer* aber, dass nach der modernen Rechtslehre auch Spezialvorschriften im Rahmen ihrer Spezialität durchaus analogiefähig sind.<sup>29</sup> Sein Hinweis auf § 878 BGB als Spezialvorschrift ist für sich gesehen damit zunächst einmal wenig aussagekräftig.

Weiteren Aufschluss ergeben die historischen Überlegungen des Gesetzgebers. Dieser hatte nämlich zunächst eine vollumfängliche Dispensation für die damals – also bei Inkrafttreten des BGB – maßgeblichen Hinderungsgründe durch Verzögerungen beim Grundbuchamt gesehen und regeln wollen. Wörtlich heißt es:

<sup>23</sup> Volmer, Rpfleger 2013, 421; *Böhringer*, NotBZ 2015, 281, 286.

<sup>24</sup> *Böhringer*, NotBZ 2015, 281, 284.

<sup>25</sup> *Böhringer*, NotBZ 2015, 281, 285.

<sup>26</sup> Positiv dazu bereits KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl. 2015, § 35 GBO Rn 106.

<sup>27</sup> Hügel/Wilsch, GBO, 3. Aufl. 2015, § 35 Rn 40.

<sup>28</sup> NotBZ 2015, 281, 287.

<sup>29</sup> *Larenz/Canaris*, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl. 1995, BVerfGE 47, 239, Tz 44.

„Gegen Nachteile, welche sich hieraus [d. h. aus Verzögerungen der Bearbeitung, Anm. des Verfassers] für die dem Eintragungszwange unterworfenen Geschäfte ergeben können, muß das Gesetz die Beteiligten schützen, wenn nicht dieser Zwang zu einer Ungerechtigkeit werden soll.“<sup>30</sup> Als weitere Zwischenfälle zeitlicher Art sah der Gesetzgeber nachfolgenden Tod und nachfolgende Geschäftsunfähigkeit an. Beides war auch zunächst sachenrechtlich geregelt, nämlich in § 828 Abs. 4 BGB-E.<sup>31</sup> Diese Fälle wurden letztlich aber teils in § 130 Abs. 3 BGB für Willenserklärungen allgemein geregelt, und zwar in demselben Sinne der Erklärungsfortgeltung bzw. der Unbeachtlichkeit dieser nachfolgenden Störfälle. Daraus, nur daraus, erklärt sich der enge Wortlaut des § 878 BGB, der aber im Zusammenhang gerade mit § 130 Abs. 3 BGB eine analogiefähige Gesamregelung darstellt.

### D. Die Erteilung des ENZ im konsensualen Verfahren

Angesichts der häufigen Einbettung erbrechtlicher Streitigkeiten in das deutsche Erbscheinsverfahren nimmt man als Rechtsanwender mit Erstaunen zur Kenntnis, dass Art. 67 Abs. 1 S. 3 EuErbVO jedwede Ausstellung des ENZ bei anhängigen Einwänden ausschließt.<sup>32</sup> Das steht diametral zur Handlungsanweisung des § 352e FamFG, wonach das Nachlassgericht verpflichtet ist, sich zu dem aus seiner Sicht richtigen Antrag zu bekennen und dessen Erteilung zu beschließen, wenn nur unter den mehreren widerstreitenden Anträgen der aus seiner Sicht zutreffende dabei ist. Wohl auch deswegen ist hierzulande die Anzahl der im streitigen Verfahren angestregten Klagen auf Feststellung des Erbrechts äußerst gering.

Eine Folgerung aus dieser Feststellung zu Art. 67 EuErbVO ist, dass Europa die Nachlassgerichte nicht als streitentscheidend wahrnimmt und sie deswegen (parallel zu den Registergerichten) nicht „Gericht“ i. S. d. Art. 267 AEUV sind, welche die Befugnis zur Einleitung von Vorabentscheidungsersuchen hätten.<sup>33</sup>

Gleichwohl eröffnet Art. 66 Abs. 1 S. 2 EuErbVO trotz des konsensualen Verfahrens, ebenso § 35 Abs. 1 deutsches IntErbRVG im Rahmen seiner Globalverweisung, die Amtsermittlung. Allerdings ist die Zielsetzung der Amtsermittlung wohl unterschiedlich. Nach deutschem Recht hat sie (auch) das Ziel, die Ergebnisse in die Lösung von Antragskonflikten einfließen zu lassen bzw. dem Nachlassgericht die Tatsachengrundlage für seine Entscheidung zu verschaffen. Auf europäischer Ebene führt die Amtsermittlung aber allenfalls zu einer Verzögerung des Antrags, im Rahmen widerstreitender Anträge aber

<sup>30</sup> *Mugdan* III, S. 105.

<sup>31</sup> *Mugdan* III, S. 106.

<sup>32</sup> Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 67 EuErbVO Rn 5; MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 67 EuErbVO Rn 5. Ob die Rechtsprechung es schafft, über den Wortlaut hinaus eine Erheblichkeitsschwelle einzuführen, um Verzögerungstaktiken zu unterbinden, und wie die Erheblichkeit dann zu definieren wäre, soll hier offenbleiben. Im Wortlaut angelegt ist das nicht unmittelbar. Man müsste andernorts geäußerte Bedenken gegen offenkundige Verzögerungstaktiken in ihrer Gesamtschau zum europäischen Rechtsprinzip erheben. Dazu MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 67 EuErbVO Rn 6; Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 67 EuErbVO Rn 8. Anders soeben *Steiner*, ZEV 2016, 487: Anhängige Einwände seien nur solche, die in einem anderen (eröffneten bzw. laufenden) Verfahren vorgebracht sind. Fraglich, die Rechtsfolge passt nicht. Richtigerweise sollte dann nämlich nicht zurückgewiesen, sondern ausgesetzt werden, bis das anderweitige Verfahren rechtskräftig entschieden ist.

<sup>33</sup> Dutta/Weber/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Einl. Rn 51.

nie zu einem Zuspruch.<sup>34</sup> Zur Versagung führt sie, weil natürlich trotz konsensualen Verfahrens das ENZ-Verfahren die Erbfolge nicht „disponibel“ ausgestaltet in dem Sinne, dass die Erbfolge zu Lasten der objektiven Richtigkeit seitens der sich geschlagen gebenden Erbprätendenten anerkannt werden könnte. Selbst ohne Einwände oder widerstreitende Anträge muss das Nachlassgericht auch beim ENZ von dessen Richtigkeit überzeugt sein (Art. 67 Abs. 1 EuErbVO). Es kann sich aber nicht auf der Grundlage der Ermittlungsergebnisse über Einwände hinwegsetzen, die von anderen Erbprätendenten vorgebracht werden.

Daran schließt sich aber die Frage an, ob denn das Beschwerdegericht über diese Einwände entscheiden kann. Art. 72 EuErbVO eröffnet gegen das ENZ den Instanzenweg der „Anfechtungsklage“. Dies ist im deutschen Recht umgesetzt durch die Beschwerde.<sup>35</sup> Sie kann nach Art. 72 Abs. 2 S. 2 EuErbVO auch gegen die Versagung des ENZ gerichtet sein.

Ich hatte zunächst als selbstverständlich angenommen, dass das Beschwerdegericht inhaltlich darüber entscheidet. Dieses wäre dann auch aus europäischer Sicht streitentscheidende Instanz, parallel etwa zur Stellung des OLG im Handelsregisterverfahren.<sup>36</sup> Gleichwohl hat *Milzer* hiergegen einen wesentlich engeren Verfahrensgegenstand eingewandt.<sup>37</sup> Das Beschwerdegericht entscheide nicht den Sachverhalt, sondern kontrolliere lediglich die verfahrensrechtliche Handhabung des Erstgerichts auf Richtigkeit. In Fällen der Versagung wegen entgegenstehender Einwände prüfe das OLG somit lediglich, ob solche anhängig waren (und gegebenenfalls die einzuführende Erheblichkeitsschwelle überschritten hatten). Das würde dazu führen, dass bei widerstreitenden Anträgen das ENZ-Verfahren auch in höheren Instanzen zu keinerlei inhaltlichem Ergebnis führt, allenfalls zu einer wechselseitigen Pattsituation. Erbfeststellungsklagen prognostiziert *Milzer* deswegen als wesentlich häufiger als bisher.<sup>38</sup>

Die Frage ist natürlich, ob diesen Überlegungen von *Milzer* tatsächlich gefolgt werden kann. *Dutta* denkt vom Ergebnis her und lehnt diese Folgerung ab, weil anderenfalls das ENZ-Verfahren viel zu einfach auszuhebeln wäre.<sup>39</sup> Ich sehe es ebenso, möchte aber meine Ansicht dogmatisch untermauern:

Für die Anfechtungsklage, im deutschen Recht also die Beschwerde, die gegen ein erteiltes ENZ gerichtet ist, gibt Art. 72 Abs. 2 S. 1 EuErbVO das Prüfungsprogramm vor. Die Beschwerde ist sodann begründet, wenn das Beschwerdegericht feststellt, dass das ausgestellte Zeugnis nicht den Tatsachen entspricht. „Nicht den Tatsachen entsprechen“ meint hier wohl: Es darf der materiellen Erbrechtslage nicht entsprechen. Daraus folgt aber, dass bei einem erteilten ENZ gerade eines nicht stattfindet, nämlich eine Kontrolle auf Richtigkeit des Erteilungsverfahrens.<sup>40</sup> Die Kontrolle ist vielmehr allein auf das Ergebnis bezogen, d. h. auf die ausgewiesene Erbenstellung. Bei *Milzer* bleibt aber völlig offen, warum dies bei einer Beschwerde gegen die ENZ-Ablehnung genau anders sein sollte, das Ergebnis völlig ausgeblendet wird und allein die Richtigkeit des Verfahrens in den Mittelpunkt rückt.

<sup>34</sup> Anders wohl *Herzog*, ErbR 2013, 2, 14; Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 67 ErbVO Rn 11, in Fn 14.

<sup>35</sup> § 43 IntErbRVG.

<sup>36</sup> Zu deren Vorlageberechtigung in Vorabentscheidungsverfahren siehe EuGH NJW 2009, 569; NJW 2012, 2715.

<sup>37</sup> NJW 2015, 2997, 2999.

<sup>38</sup> NJW 2015, 2997, 2999.

<sup>39</sup> MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 67 EuErbVO Rn 6; ebenso Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, § Art. 67 EuErbVO Rn 6; jurisPK-BGB/Kleinschmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 72 EuErbVO Rn 36.

<sup>40</sup> MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 72 EuErbVO Rn 7.

Hinzu kommt als sekundäres Argument, dass nach der EuErbVO, in Deutschland vom IntErbRVG übernommen, auch das Beschwerdegericht erstmals unmittelbar das ENZ ausstellen kann, Art. 72 Abs. 2 S. 1 EuErbVO. Das käme aber nach *Milzer* kaum vor, weil ja allenfalls Beschwerden gegen ein erteiltes ENZ das OLG zur abschließenden Beurteilung der Erbfolge berechtigen würde. Solche Verfahrenskonstellationen aber sind kaum sinnvoll denkbar, weil typischerweise die Einwände sogleich vorgetragen werden und zur Ablehnung des ENZ insgesamt führen müssten. Der Anwendungsbereich des Art. 72 Abs. 2 EuErbVO würde also deutlich zurückgedrängt. Das spricht binnensystematisch gegen eine solche Begrenzung des Verfahrensgegenstandes der Beschwerde.<sup>41</sup>

## E. Die Auflösung von Widersprüchen zwischen ENZ und Erbschein

### I. Konkurrenz ENZ/Erbschein

Im Verhältnis von FamFG/IntErbRVG einerseits zur EuErbVO andererseits ist jedenfalls der Plan des Bundesgesetzgebers zu konstatieren, den Erbschein beizubehalten, und zwar nicht nur als allgemeines Rechtsinstitut, sondern für jeden einzelnen Sachverhalt, in dem bisher der Erbschein hätte erteilt werden können.<sup>42</sup> Auch deswegen, meines Erachtens sogar maßgeblich deswegen, hat der Bundesgesetzgeber das IntErbRVG als eigenes Verfahrensrecht nur für das ENZ etabliert, um das Erbscheinsverfahren gemäß FamFG vollständig abkoppeln zu können. Lediglich die Aufenthaltsanknüpfung gemäß EuErbVO wurde anstelle der bisherigen Wohnsitzanknüpfung in das deutsche Recht übernommen.<sup>43</sup>

Diese Entscheidung ist jedenfalls hinzunehmen.<sup>44</sup> Sie macht meines Erachtens das deutsche Umsetzungsgesetz nicht per se europarechtswidrig. Eine etwaige Europarechtswidrigkeit dürfte allenfalls im einzelnen Kollisionsfall eine Rolle spielen. Diese Kollisionsgefahr ist natürlich durch den Dualismus von deutschem Erbschein und ausländischem ENZ wesentlich erhöht, und zwar ungeachtet der Tatsache, dass aus deutscher Sicht der Erbschein wegen der Schlichtheit und besseren Vertrautheit voraussichtlich der primäre Erbnachweis bleiben wird.<sup>45</sup> Man muss aber in Betracht ziehen, dass sich in Streitfällen aufgrund der nachfolgend erörterten strukturellen Widersprüche häufig ein Erbprätendent durch ENZ, ein anderer durch Erbschein besser gestellt sehen wird und damit auch der wirtschaftliche Druck steigt, parallele Verfahren im In- und Ausland einzuleiten.

### II. Widerspruch ENZ/Erbschein

Mit diesem Dualismus ist dann aber die Frage eröffnet, wie inhaltliche Widersprüche zwischen beiden im Umlauf befindlichen Dokumenten aufgelöst werden können.<sup>46</sup> Dies kann theoretisch auch bei einer innerdeutschen Zuständigkeitsdiskrepanz erforderlich werden.<sup>47</sup> § 48 Abs. 2 IntErbRVG lässt im Fall einer

<sup>41</sup> So auch Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 67 EuErbVO Rn 6.

<sup>42</sup> Dutta/Weber/Weber, Internationales Erbrecht 2016, Einl. EuErbVO Rn 70; Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 62 EuErbVO Rn 33; Dorsel, ZErB 2014, 212. Kritisch zur Gesetzgebung Leipold, ZEV 2015, 553, 557.

<sup>43</sup> Einzelheiten Egidy/Volmer, Rpfleger 2015, 433, 436.

<sup>44</sup> Ablehnend jurisPK-BGB/Kleinschmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 62 EuErbVO.

<sup>45</sup> Simon/Buschbaum, NJW 2012, 2393, 2397; MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 62 EuErbVO Rn 7.

<sup>46</sup> Überblick bei MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 62 EuErbVO Rn 8 ff.

<sup>47</sup> Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 62 EuErbVO Rn 36 spricht insoweit von „interner Divergenz“.

Verfahrensverweisung aufgrund Rechtswahl nach Deutschland hinein eine Wahl des konkreten Nachlassgerichts zu. Es kann also nicht nur Deutschland schlechthin (mit der sich dann aus innerdeutschem Recht ergebenden Zuständigkeitsordnung) gewählt werden, sondern das konkrete Amtsgericht, das aufgrund dieser Prorogation selbst dann zuständig wird, wenn es nach der innerdeutschen örtlichen Zuständigkeitsordnung nie zuständig wäre. Für den Erbschein gilt demgegenüber ausschließlich § 343 FamFG ohne Prorogationsmöglichkeit. Das widerspricht zwar der Intention auch des deutschen Gesetzgebers, idealerweise Erbschein und ENZ bei demselben Gericht zu konzentrieren,<sup>48</sup> ist aber zunächst einmal geltendes Recht.

Widersprüche zwischen ENZ und Erbschein können gerade bei divergierenden Gerichten aufgrund unterschiedlicher Beurteilung desselben Tatsachenmaterials entstehen, also durch unterschiedliche Beweiswürdigung hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit, unterschiedliche Auslegung, unterschiedliche Wertung außerurkundlicher Gesichtspunkte, die nach der Andeutungstheorie zur Auffüllung herangezogen werden müssen.<sup>49</sup>

Daneben gibt es aber auch Widersprüche, die nicht auf unterschiedlicher Tatsachenbeurteilung beruhen, sondern in der unterschiedlichen gesetzlichen Systematik ihren Grund haben. Ich möchte, entgegen *Dorsel*,<sup>50</sup> der mit dem Begriffspaar der unechten und echten Divergenz argumentiert, insoweit besser von systematischen oder strukturellen Widersprüchen sprechen.

Diese strukturellen Widersprüche im Verhältnis des Auslands-ENZ zum Inlands-Erbschein können sich beispielsweise aus einer unterschiedlichen Vorfragenanknüpfung ergeben.<sup>51</sup> Der BGH hat erst kürzlich § 1371 Abs. 2 BGB rein güterrechtlich qualifiziert.<sup>52</sup> Die Quotenerhöhung greift seiner Ansicht auch bei einem Erblasser, der zwar nach griechischem Erbrecht beerbt wurde, aber im deutschen gesetzlichen Güterstand verheiratet war. Diese Entscheidung ist aus deutscher Sicht umfassend in jede Richtung diskutiert worden;<sup>53</sup> nur verfehlt die Diskussion meines Erachtens das Problem. Die entscheidende Frage ist die Rechtsanwendung in Griechenland. Würde ein in Griechenland erteiltes ENZ diese Quotenerhöhung ebenfalls ausweisen oder würde die griechische Rechtsordnung diese Quotenerhöhung als Korruption ihres eigenen Erbrechts zurückweisen und der Ehefrau lediglich eine geringere Erbquote zuweisen?<sup>54</sup> Ähnlich kann womöglich die Anerkennung/Nichtanerkennung gleichgeschlechtlicher Lebenspartnerschaften zu ganz unterschiedlicher Beurteilung der Erbfolge führen.<sup>55</sup>

<sup>48</sup> BR-Drucks 644/14, S. 41.

<sup>49</sup> MüKo-BGB/Leipold, 6. Aufl. 2013, § 2084 Rn 87 f.

<sup>50</sup> ZErB 2014, 212.

<sup>51</sup> *Dorsel*, ZErB 2014, 212. Hinsichtlich des Güterrechts siehe aber nun die Verordnung (EU) 2016/1103 des Rates vom 24.6.2016 zur Durchführung einer verstärkten Zusammenarbeit im Bereich der Zuständigkeit, des anzuwendenden Rechts und der Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Fragen des ehelichen Güterstands, ABl EU L Nr. 183, 1.

<sup>52</sup> DNotZ 2015, 624.

<sup>53</sup> Lorenz, NJW 2015, 2157; *Brudermüller*, NJW 2015, 3203, 3204; *Beller*, BWNotZ 2015, 158, 161; *Rauscher*, NJW 2015, 3551, 3552; *Weber*, DNotZ 2016, 424. Allgemein auch *Dutta/Herrler/Dömer*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, S. 80 ff.

<sup>54</sup> Deswegen geht m. E. auch die Frage, ob und wie das güterrechtliche Viertel des § 1371 BGB gesondert auszuweisen ist und worauf sich die Vermutungswirkung bezieht (dazu *Weber*, DNotZ 2016, 424), am Problem vorbei. Das ist ein Problem der anderen Mitgliedstaaten. Unser Problem ist, wie gegen ein ENZ aus Griechenland oder Österreich ohne Ausweis der Quotenerhöhung die abweichende deutsche Ehegattenerbquote durchgesetzt werden kann.

<sup>55</sup> *Dorsel*, ZErB 2014, 212.

Umfassend diskutiert wurden zudem die Rechtsfolgen unterschiedlicher Bindungen an völkerrechtliche Verträge.<sup>56</sup> Zu einem mit letztem Aufenthalt in Frankreich verstorbenen türkischen Staatsangehörigen würde das französische ENZ wohl ohne Berücksichtigung des für Deutschland maßgeblichen Abkommens erteilt, der deutsche Erbschein selbstverständlich mit dessen Beachtung.

Die bisherigen Stellungnahmen schlagen mehrheitlich vor, analog zur grundbuchtechnischen Doppelbuchung eines Grundstücks oder dem versehentlichen Erlass zweier sich widersprechender Erbscheine eine wechselseitige Aufhebung des Vertrauensschutzes anzunehmen.<sup>57</sup> Teils soll das konkret vorgelegte Dokument Vertrauensschutz genießen, sofern der Adressat keine Kenntnis vom abweichenden anderen Erbnachweis hat.<sup>58</sup> Abweichend davon möchte *Dorsel* dem Erbschein einen Anwendungsvorrang aufgrund systematischen Anwendungszusammenhangs gewähren.<sup>59</sup> Das dürfte aber mit EU-Recht schwerlich vereinbar sein. Selbst wenn die EuErbVO nationale Erbnachweise unangestastet lässt und insoweit dem Subsidiaritätsprinzip Geltung verschafft,<sup>60</sup> kann daraus kaum auf einen Anwendungsrücktritt des ENZ hinter anderslautende nationale Erbnachweise geschlossen werden.

Jedenfalls hinsichtlich struktureller Widersprüche reißen diese Vorschläge die Probleme zudem lediglich an, ohne sie aber letztlich einer Lösung zuzuführen.

Am Anfang muss dabei die Erkenntnis stehen, dass die Erbnachweise, jedenfalls wenn das ENZ im Ausland erteilt wurde, hinsichtlich struktureller Widersprüche beide richtig sind.<sup>61</sup> Sie sind schlicht auf je unterschiedliche Referenzrahmen bezogen, nämlich bezogen auf das unterschiedliche IPR (und gegebenenfalls auch das materielle Erbrecht) der jeweiligen Rechtsordnung, aus der heraus sie erlassen wurden.<sup>62</sup> Nun dürfte jede Rechtsordnung Verfahren enthalten, um unwirksame oder inhaltlich falsche Dokumente in irgendeiner Weise aus dem Rechtsverkehr zu ziehen oder ihnen die Wirkung zu nehmen, um es vorsichtig und zugleich im weitestmöglichen Umfang zu formulieren. Es ist aber keine Rechtsordnung vorstellbar, die Möglichkeiten vorhält, zutreffende Urkunden und Dokumente richtigen Inhalts aus dem Verkehr zu nehmen. Daraus folgt: Natürlich gibt es zunächst einmal keinen Instanzenzug zur Auflösung dieses Konflikts.<sup>63</sup> Und auch die Analogiebildung zum Doppelerlass des Erbscheins oder zur Doppelbuchung des Grundstücks erweist sich nicht durchgehend als schlüssig. Beim Doppelerlass des Erbscheins mit widersprechendem Inhalt kann innerhalb der Rechtsordnung nur einer zutreffend sein, der andere muss un-

<sup>56</sup> *Dutta/Herrler/Siß*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, S. 181; *Dutta/Weber/Weber*, Internationales Erbrecht, 2016, Einl. EuErbVO Rn 76; *Hüfstege/Mansel/Magnus*, BGB, Art. 75 EuErbVO Rn 11.

<sup>57</sup> Etwa *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 62 EuErbVO Rn 20; *Dutta/Herrler/Dömer*, Die Europäische Erbrechtsverordnung, S. 127.

<sup>58</sup> *Hüfstege/Mansel/Nordmeier*, BGB, Art. 62 EuErbVO Rn 38.

<sup>59</sup> ZErB 2014, 212.

<sup>60</sup> *Dutta/Weber/Fornasier*, Internationales Erbrecht, 2016, vor Art. 62 EuErbVO Rn 6.

<sup>61</sup> *Hüfstege/Mansel/Nordmeier*, BGB, Art. 62 EuErbVO Rn 38.

<sup>62</sup> Siehe etwa *Dorsel*, ZErB 2014, 212: „... wenn das Zeugnis erkennbar falsch ist, weil es beispielsweise die erbrechtliche Bedeutung des Güterstands nicht berücksichtigt.“ Diese Aussage ist aber ihrerseits nur unter der Prämisse richtig, die deutsche Anwendung des § 1371 BGB sei in jedem Fall auch für die ausländische Ausstellungsbehörde verbindlich.

<sup>63</sup> Auch *Hüfstege/Mansel/Nordmeier* BGB, Art. 62 EuErbVO Rn 38: Die Lösung „erweist sich als offen“.

richtig sein – ungeklärt ist möglicherweise vorerst nur welcher. Hier hingegen sind beide richtig.

Deswegen gilt es meines Erachtens, zunächst aus der Vielzahl der denkbaren strukturellen Widersprüche diejenigen auszuschalten, die für das Grundbuchverfahren ohne Relevanz sind und damit leicht gelöst werden können.

Eine erste Überlegung geht dahin, den an sich vorhandenen Widerspruch aufgrund unterschiedlicher Vermutungswirkungen zu eliminieren.<sup>64</sup> Dies betrifft die Fälle des dinglichen Vermächtnisses, soweit diese in Deutschland anzuerkennen sein sollten. Da der Erbschein zu diesen keine Aussage enthält, steht er insoweit nie zu einem ENZ mit Ausweis eines solchen in Widerspruch. Ein im Grundbuch berichtend (§ 22 GBO) eingetragenes Vermächtnis auf Grundlage eines ENZ, beispielsweise ein Legalnießbrauch für den überlebenden Ehegatten,<sup>65</sup> könnte durch nachfolgende Vorlage eines Erbscheins nicht gelöscht werden. Andererseits kann selbst dann noch die nachfolgende Eintragung des Vermächtnisses unter ENZ-Nachweis gem. § 22 GBO erfolgen, wenn der Erbe aufgrund Erbscheins bereits seine Eintragung als Eigentümer herbeigeführt hat. Dass in der Zwischenzeit ein gutgläubig lastenfreier Erwerb über § 892 BGB möglich ist, steht als Folge des deutschen Grundbuchsystems auf einem anderen Blatt. Diese Diskrepanz erhöht allenfalls den Druck auf die Beteiligten, tatsächlich die für sie je günstigen Erbnachweise zu beantragen.

Irrelevant für das Grundbuchverfahren sind häufig auch die Erbquoten.<sup>66</sup> Diesbezügliche Widersprüche führen also nicht zur Aufhebung der Vertrauensschutzwirkung hinsichtlich der Erbenstellung an sich. Allerdings ist bei dieser Aussage Vorsicht angebracht. Die Irrelevanz der Quote gilt für die deutsche Erben-gemeinschaft gewiss, folgt aber aus § 2040 Abs. 1 BGB, weil zu jedweder Verfügung quotenunabhängig sowieso sämtliche Erben erforderlich sind. In Rechtsordnungen, in denen ein Miterbe gegebenenfalls über seine rechnerische Quote am einzelnen Nachlassgegenstand verfügen kann, müssten diese Quoten konsequent auch im Grundbuch offengelegt werden.

Für die verbleibenden Fälle ist zu konstatieren: Erbschein und ENZ stehen im Rahmen ihrer jeweiligen Erteilungsverfahren nebeneinander. Verfahrensinterne Mittel bestehen zum Abgleich nicht. Ein Rückzug des EU-Rechts ist allenfalls bei Widersprüchen wegen besonderer völkerrechtlicher Bindungen denkbar, weil es insoweit, nur insoweit, eine normative Grundlage für den Rücktritt der EuErbVO gilt. Andererseits stehen die nationalen Erbnachweise außerhalb des Fokus der EuErbVO, so dass auch wenig für eine konsequente Verdrängung des Erbscheins spricht.

Eine Auflösung der verbleibenden Konflikte im Grundbuchverfahren scheidet aus.<sup>67</sup> Denn auf welcher Grundlage sollte das Grundbuchamt die Schwerpunkte setzen? Warum sollte das Grundbuchamt zwischen zwei für sich gleich wirksamen Dokumenten eine Entscheidung treffen? Wenn Dutta etwa einen Gutgläubensschutz aufgrund des konkret vorgelegten Dokuments vorschlägt,<sup>68</sup> ist das für das Grundbuchamt kein tauglicher

Vorschlag. Das Grundbuchamt ist nicht Wissensvertreter des Verfügungsempfängers. Immerhin wird vor dem Hintergrund der strukturellen Widersprüche auch klar, dass der Vorschlag, das Grundbuchamt möge bei der Ausstellungsbehörde des ENZ Rücksprache halten,<sup>69</sup> ebenfalls nicht zielführend ist. Beide Dokumente sind, wie ausgeführt, richtig. Die Ausstellungsbehörde dürfte den eigenen Nachweis deswegen nach ihrer nationalen Rechtsordnung ungeachtet des Sachvortrags des deutschen Grundbuchamtes ja gar nicht aufheben und anders entscheiden.

Die naheliegendste Möglichkeit wäre die Erhebung einer Erbfeststellungsklage.<sup>70</sup> Jedenfalls für diese enthalten Art. 4 ff. EuErbVO ausschließliche Zuständigkeitsvorschriften, so dass sich jedenfalls der Anwendungsvorrang des EU-Rechts durchsetzt. Selbst dann ist aber noch zu überlegen, wie das Ergebnis im Grundbuchverfahren umgesetzt wird. Das Urteil allein ermöglicht keine Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erbfolge.<sup>71</sup> Dem steht schon § 35 GBO entgegen.<sup>72</sup> Gegebenenfalls wäre im Anschluss an die Entscheidung des KG an eine gemeinschaftliche Anwendung von Urteil und europäischem Nachlasszeugnis<sup>73</sup> unter Außerachtlassung des Erbscheins denkbar. Oder unsere Rechtsordnung und deren Anwender erweisen sich als kreativ und gewähren Ansprüche auf Unterlassung der Verwendung des Erbscheins<sup>74</sup> oder aus dem Anwendungsvorrang des Europarechts hergeleitete Ansprüche auf Einziehung des Erbscheins ungeachtet der Tatsache, dass dieser nach nationalem Recht wirksam ist.

## F. Der redliche Erwerb auf der Grundlage des ENZ

### I. Der Erbschein als Rechtsscheinträger

Über die Grundsätze des redlichen Erwerbs vom erbscheinslegitimierten Scheinerben herrscht Einigkeit: Der Erbschein gewährt einen abstrakten Vertrauensschutz.<sup>75</sup> Er muss nur erteilt sein. Hingegen muss der Erbschein dem Verfügungsadressaten nicht vorgelegt werden. Mehr noch, es ist nicht einmal Kenntnis des Erwerbers von der Existenz des Erbscheins erforderlich.<sup>76</sup>

### II. Der gutgläubige Erwerb von ENZ-Legitimierten

Demgegenüber gewährt Art. 69 Abs. 3 EuErbVO Vertrauensschutz nur für eine Verfügung „auf der Grundlage“ des ENZ. Dies setzt möglicherweise nicht zwingend eine Vorlage im Einzelfall voraus, immerhin aber doch eine Kausalität.<sup>77</sup> Der Erwerber muss

<sup>64</sup> MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 62 Rn 16; ders. Art. 69 EuErbVO Rn 27.

<sup>65</sup> Zu Belgien etwa vgl. ferner Süß/Hustedt, Erbrecht in Europa, 3. Aufl. 2015, Länderbericht Belgien Rn 46.

<sup>66</sup> Buschbaum/Simon, Rpfleger 2015, 444, 453.

<sup>67</sup> Kritisch bis ablehnend bereits Dörner, ZEV 2012, 505, 509; BeckOK-GBO/Wilsch, Stand: 1.9.2015, § 35 Rn 33: Zurückweisung aller Berichtigungsanträge.

<sup>68</sup> MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 EuErbVO Rn 28; Dutta/Herrler/Lange, Die Europäische Erbrechtsverordnung, 2014, S. 176.

<sup>69</sup> Böhringer, NotBZ 2015, 281, 288; jurisPK-BGB/Kleinschmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 62 EuErbVO Rn 48.

<sup>70</sup> jurisPK-BGB/Kleinschmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 62 EuErbVO Rn 52.

<sup>71</sup> Eingehend Zimmermann, ZEV 2010, 457, 460.

<sup>72</sup> Ich bin keineswegs davon überzeugt, dass § 35 GBO europarechtskonform ausgelegt, hier wohl reduziert werden kann. (so aber in: Dutta/Weber/Fornasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 69 EuErbVO Rn 44). § 35 GBO steht als Teil des Grundbuchverfahrensrechts außerhalb des Anwendungsbereichs der EuErbVO.

<sup>73</sup> Das KG hat in FGPrax 2015, 52 einen notariellen Ehevertrag mit rechtskräftigem Anerkenntnisurteil mit Aussagen zur Geschäftsfähigkeit zwischen den allein in Betracht kommenden Erbprätendenten für grundbuchtauglich gehalten.

<sup>74</sup> Wobei fraglich ist, ob das angesichts des abstrakten Vertrauensschutzes genügen würde; dazu sogleich im Text.

<sup>75</sup> MüKo-BGB/Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2366 Rn 25.

<sup>76</sup> Im Grundbuchverfahren wird dieser Grundsatz indes maßgeblich modifiziert, indem der Erbschein dem Grundbuchamt (in Ausfertigung) vorgelegt werden muss. Wenn auch nicht unmittelbar gegenüber dem Erwerber, muss doch der Erbschein konkret in das Verfahren eingeführt werden. Außerdem – teils mit Vorteilen, teils mit Nachteilen – ergeben sich Diskrepanzen aus dem zeitlich gestreckten Verfahren.

<sup>77</sup> BeckOGK-BGB/Schmidt, Art. 69 EuErbVO Rn 45, 46; Omlor, GPR 2014, 216, 219; jurisPK-BGB/Kleinschmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 69 EuErbVO Rn 26. Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 69 EuErbVO Rn 7.

das ENZ kennen und dies zum Anlass für das Verkehrsgeschäft nehmen. Insoweit ist der Vertrauensschutz konkret.<sup>78</sup>

Anderenfalls liefe auch die Gültigkeitsdauer der beglaubigten Abschriften von sechs Monaten rechtspolitisch ins Leere. Die Befristung betrifft ja nicht die Urschrift, sondern lediglich die Gültigkeit der beglaubigten Abschrift. Bezogen auf die Urschrift ist eine Gültigkeitsfrist ohne Sinn; für sie gelten die Kategorien der (nicht an konkrete Zeiträume gebundenen) Wirkungsaussetzung und des Widerrufs. Damit ist auch die von *Dorsel* aufgeworfene Frage<sup>79</sup> nach dem Rechtsscheinträger des Gutgläubenschutzes zu beantworten: Nach europäischem Recht sind dies kumulativ die Urschrift des europäischen Nachlasszeugnisses (dazu sogleich) wie die als Vermittlungsträger zwischengeschoebene beglaubigte Abschrift innerhalb deren Gültigkeitsfrist.<sup>80</sup>

Anders als im deutschen Recht schadet dem Erwerber nach den Vorgaben der EuErbVO schon grob fahrlässige Unkenntnis der ENZ-Unrichtigkeit.<sup>81</sup> Eine Beschränkung der Bösgläubigkeit auf Kenntnis ist nicht vorgesehen. Das verlangt die weitaus schwierigere Abgrenzung der groben von der einfachen und mittleren Fahrlässigkeit. Schwieriger ist die Abgrenzung auch deswegen, weil sie mit diskussionswürdigen Festlegungen von Verhaltensanforderungen einhergeht, wogegen „Kenntnis“ in der Regel reine Tatfrage ist.

Leider hält sich die Kommentarliteratur mit praktisch handhabbaren Aussagen zurück und bringt lediglich die bekannten abstrakten Formeln, wonach grob fahrlässig handle, wer auch das Naheliegende an Erkundigung und Nachfragen übersehe und nicht einhalte.<sup>82</sup> Natürlich ist jeder Fall individuell unter diese Vorgaben zu subsumieren. Das ändert aber nichts daran, dass man auch die Einzelfälle typisieren und in eine Ordnung bringen kann. Sonst wäre – nur als Beispiel – die gesamte Kategorisierung des heutigen UWG, die natürlich auf der Fallgruppenbildung zur früheren Allgemeinklausel des § 1 UWG aufbaut, gar nicht möglich gewesen.

Beim Erbschein wird ein Hinterfragen desselben durch Einsicht in den Nachlassakt nicht verlangt.<sup>83</sup> Das wird man auf das ENZ übertragen können. Wenn man sowieso den Verfahrensakt bemühen müsste, könnte man sich die dokumentarische Zusammenfassung der Ergebnisse im ENZ gleich ganz sparen. Technische Probleme durch größere Entfernungen und grenzüberschreitenden Versand kommen hinzu, Sprachprobleme ebenfalls. Auch wäre keineswegs sichergestellt, dass der Erwerber überhaupt einsichtsberechtigt wäre.

Beim ENZ hingegen werden im Gegensatz zum Erbschein die Tatsachengrundlagen weitgehend offengelegt. Ja, man ist geneigt zu sagen: Dies ist sogar das Ziel des europäischen Nachlasszeugnisses, eben nicht bloß das Subsumtionsergebnis (Ausweis der Erbquote, Ausweis des dinglichen Vermächtnisses) wiederzugeben, sondern auch dessen Herleitung offenzulegen. Damit stellt sich dann aber auch die Frage, ob der Verfügungsadressat – oder im Immobilienbereich jedenfalls der Vollzugsnotar für ihn – diese Rechtsanwendung auf Richtigkeit kontrollieren muss.

<sup>78</sup> BeckOGK-BGB/Schmidt, Art. 69 EuErbVO Rn 29, 44.

<sup>79</sup> ZErB 2014, 212.

<sup>80</sup> Anders Dutta/Weber/Formasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 69 EuErbVO Rn 17: nur die begl. Abschrift für die Dauer der Gültigkeitsfrist.

<sup>81</sup> Art. 69 Abs. 3 EuErbVO.

<sup>82</sup> BeckOGK-BGB/Schmidt, Art. 69 EuErbVO Rn 33. Ohne Stellungnahme Hüßtege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 69 EuErbVO Rn 23. Auch Omlor, GPR 2014, 216, 219 hält nur allgemein Nachforschungsobliegenheiten für denkbar.

<sup>83</sup> MüKo-BGB/Mayer, 6. Aufl. 2013, § 2366 Rn 27.

*Dorsel* spricht sich einerseits dafür aus, dass die Nichtkenntnis der Rechtslage geschützt wird, eine Erkundigungspflicht hinsichtlich des angewandten Rechts also nicht besteht.<sup>84</sup>

Angesichts des Fehlens jedweder sicherer Grundlagen böte es sich an, von gesicherten Erkenntnissen zu ähnlich gelagerten Fallgruppen des nationalen Rechts auszugehen (bei allen Einschränkungen, die eine europäisch determinierte Anwendung und Auslegung des Art. 69 EuErbVO mit sich bringt<sup>85</sup>). Selbst hier ist fester Grund indes nicht in Sicht:

Im deutschen Recht vergleichbar ist zunächst der auf die Vollmachtsurkunde bezogene Vertrauensschutz, den § 172 BGB bei grob fahrlässiger Unkenntnis ebenfalls nicht gewährt. Dazu verlangt die Rechtsprechung einerseits, eine Vollmachtsurkunde in vollem Umfang einschließlich sich aus ihr ergebender Rechtsverstöße zur Kenntnis zu nehmen.<sup>86</sup> Das zugrundeliegende Kausalverhältnis bleibe jedoch unberücksichtigt.<sup>87</sup> Andererseits hat der BGH bei Verstößen gegen das Rechtsberatungsgesetz Vertrauensschutz auf die vorgelegte Ausfertigung auch dann gewährt, wenn in derselben Urkunde das schuldrechtliche Geschäft mit dem Rechtsverstoß niedergelegt war.<sup>88</sup>

Die Abgrenzung fahrlässige/grob fahrlässige Unkenntnis von der Richtigkeit der Rechtsscheingrundlage findet sich weiter in § 932 BGB, ist hier aber auf den Sachbesitz bezogen, der keine dokumentierten sonstigen (gegenläufigen) Tatsachen kennt. Immerhin verlangt aber die Rechtsprechung beispielsweise beim gutgläubigen Erwerb eines Kfz die Kenntnisnahme und Einsichtnahme in die Zulassungsbescheinigung Teil I (Fahrzeugschein), widrigenfalls der Erwerber sich dem Vorwurf der groben Fahrlässigkeit aussetzt.<sup>89</sup>

Ungeachtet dieser schon zum nationalen deutschen Recht eher widersprüchlich erscheinenden Ergebnisse spricht gegen eine nähere Kontrollpflicht, dass es sich beim ENZ um eine inhaltlich von einer staatlichen oder jedenfalls staatlich beliehenen Stelle mit Sachkompetenz herausgegebene Urkunde handelt, die auf Sachbefassung und inhaltlicher Sachprüfung beruht, mag sie aus deutscher Sicht gegebenenfalls auch nicht zwingend den Charakter einer öffentlichen Urkunde haben.<sup>90</sup> Damit geht einher, dass das Verlangen nach eigenständiger Überprüfung den Status des ENZ unterminiert<sup>91</sup> und gegebenenfalls zu erwerberbezogenen Diskrepanzen führt, nämlich insofern, als die Überprüfung inhaltlich sinnvoll denkbar ist, sofern gesetzlich vorgeschriebene oder freiwillig mandatierte rechtskundige Berater bei der Verfügung eingebunden sind, wohingegen der juristische Laie wohl überfordert wäre.

Indes nimmt die bisherige deutsche Literatur aber jedenfalls in einem Anwendungsfall überwiegend einen anderen Standpunkt

<sup>84</sup> ZErB 2014, 212, 217.

<sup>85</sup> Dazu Dutta/Weber/Weber, Internationales Erbrecht, 2016, Einl. Rn 41.

<sup>86</sup> Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 173 Rn 3.

<sup>87</sup> BGH NJW 1985, 730; Soergel/Leptien, BGB, 13. Aufl. 1999, § 173 Rn 3.

<sup>88</sup> NJW 2005, 664, 667 f.

<sup>89</sup> Jokelmann, Grobe Fahrlässigkeit, 1971, S. 43 ff.; Palandt/Bassenge, BGB, 75. Aufl. 2016, § 932 Rn 13; BGH NJW 1996, 2226.

<sup>90</sup> Buschbaum/Simon, ZEV 2012, 525, 528.

<sup>91</sup> Vgl., Dutta/Weber/Formasier, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 69 EuErbVO Rn 26, der eine Kontrolle der Rechtsanwendung nicht verlangt. Anders wiederum MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 EuErbVO Rn 21, der aus Angst vor *forum shopping* (falsch, weil die EuErbVO nur in engen Grenzen Rechts- und Zuständigkeitswahlen zulässt) eine Richtigkeitskontrolle des ENZ nach Maßgabe des Erbrechts des Verwendungsstaats verlangt (auch falsch, weil das dem Vertrauensschutz des ENZ und der einheitlichen Beurteilung des Erbfallendes die Grundlage entzöge).

ein, und zwar bei bestehenden völkerrechtlichen Verträgen.<sup>92</sup> Nach überwiegender Ansicht soll aufgrund der vorrangigen Bindung an völkerrechtliche Verträge einem Auslands-ENZ, das diesen Vertrag übergeht, in Deutschland die Anerkennung versagt werden. Das setzt natürlich voraus, dass trotz der dokumentierten Rechtslage ein Darüber-Hinwegsetzen möglich ist, und jedenfalls bei Verfügungen bietet sich dazu (nur) der Begriff der groben Fahrlässigkeit, weil dem Adressaten (häufig) die Staatsangehörigkeit des Erblassers bekannt ist und daraus auf Missachtung der völkerrechtlichen Bindung geschlossen werden kann. Mit anderen Worten: Die deutsche herrschende Meinung würde wahrscheinlich zur Durchsetzung des Vorrangs völkerrechtlicher Verträge jedenfalls in diesem Punkt eine Einsichtnahme in das vollständige ENZ und den Rückschluss auf die abweichende Rechtslage verlangen.<sup>93</sup>

Ist insoweit aber erst einmal der Anfang für eine Prüfungsobliegenheit gemacht, lässt sich eine Begrenzung auf die Frage der völkerrechtlichen Bindung nicht sinnvoll begründen.

### III. Zum Prüfungsrecht des Grundbuchamtes

Während der historische Gesetzgeber die Möglichkeit des redlichen Erwerbs nach § 892 BGB als Schlussstein zur Vollendung eines stimmigen Grundbuchsystems betrachtete,<sup>94</sup> sieht die heutige Praxis des Grundbuchverfahrens darin tendenziell einen möglichst zu verhindernden „Systemfehler“, weil der wahre Berechtigte dann enteignet wäre.<sup>95</sup> Das erklärt die Fülle des Fallmaterials zur Frage, in welchem Umfang das Grundbuchamt eintragungshindernde Tatsachen außerhalb der Formvorschrift des § 29 GBO berücksichtigen darf.<sup>96</sup>

Immerhin hat sich für den Erbschein mittlerweile dessen Statuswirkung im Grundbuchverfahren durchgesetzt, über den sich das Grundbuchamt nicht hinwegsetzen darf.<sup>97</sup> Es kann allenfalls beim Nachlassgericht eine Einziehung und Änderung des Erbscheins anregen, wenn ihm neue, augenscheinlich unberücksichtigte Tatsachen bekanntgeworden sind. Es kann aber nicht seinerseits anders subsumieren.<sup>98</sup>

Die Gleichstellung von Erbschein und ENZ in § 35 GBO spricht dafür, dass im deutschen Grundbuchverfahren auch dem ENZ diese Statuswirkung zukommt. Dies ist meines Erachtens unabhängig von den Vorgaben der EuErbVO eine Frage des deutschen Grundbuchsystems und deswegen aus Sicht des deutschen nationalen Rechts zu entscheiden. Allerdings ergeben sich daraus einige strukturell bedingte Abweichungen, die beispielsweise darauf beruhen, dass eine Remonstration des Grundbuchamts

bei der Ausstellungsbehörde<sup>99</sup> in Fällen der strukturellen Widersprüche nichts bringt. Das ENZ ist nur unter der hypothetischen Anwendung des deutschen Erbrechts falsch, das aber die Ausstellungsbehörde eben nicht anwendet.

In den übrigen Fällen dürfte wohl aufgrund der gesetzlich angeordneten Gleichstellung die Statuswirkung des ENZ ernst zu nehmen sein, auch wenn möglicherweise im Gesetzgebungsverfahren diese Hintergründe und Folgen nicht genau erörtert wurden. Die nächstdenkbare Alternative bestünde ja allein darin, das Grundbuchamt für berechtigt zu halten, trotz vorgelegten ENZ auf einem davon abweichenden Erbschein zu bestehen. Das halte ich für unvereinbar mit § 35 GBO und dem Anwendungsvorrang des Europarechts.

### IV. Vertrauensschutz gegenüber Vermächtnis

Der deutsche Erbschein hingegen weist auch weiterhin ein Vermächtnis nicht aus (§ 2353 BGB), auch kein Legalvermächtnis. Da keine Pflicht zur Einsicht in den Nachlassakt besteht, schränkt die Anordnung von Vermächtnissen den Vertrauensschutz nicht ein.

Ein dinglich wirkendes Vermächtnis wird jedenfalls in das ENZ aufgenommen und gelangt unabhängig von der Umdeutung/Anpassung dem Erwerber zur Kenntnis. Auch wenn die dem ENZ zugrundeliegende Rechtsanwendung nicht überprüft werden muss, kann eine selektive Kenntnisnahme des ENZ bezüglich der Subsumtionsergebnisse nicht zugelassen werden.

Eine ausländische Ausstellungsbehörde, die aus ihrer Sicht mit einem dinglichen Vermächtnis konfrontiert ist, darf kein auf die Erbenstellung beschränktes ENZ erteilen, weil dies die Rechtsfolgen des Erbfalls aus Sicht der anwendbaren Rechtsordnung nicht richtig wiedergeben würde. Das ENZ könnte aber auf ein dinglich wirkendes Vermächtnis beschränkt werden, wenn (und soweit) dies von der Erbenstellung unabhängig ist. Ein ENZ lediglich über die Erbenstellung würde aber die Vermutung der abschließenden Benennung von Beschränkungen hervorrufen (Art. 71 Abs. 2): Insoweit ist die inhaltliche Richtigkeit in das „Feststehen des Sachverhalts“, von dem Art. 67 Abs. 1 spricht, hineinzulesen.

Sollte Deutschland zur Anerkennung des dinglichen Vermächtnisses gezwungen sein, folgt daraus die Kenntnis von der Nichtberechtigung des verfügenden Erben. Im Grundbuch dürfte der Erbe entweder gar nicht (z. B. in Fällen der vermächtnisweisen Eigentumszuweisung) oder nur unter gleichzeitiger Eintragung der Belastung (in Fällen des Legal- oder sonstigen Nießbrauchs) eingetragen werden.

Fraglich ist der Vertrauensschutz im Fall der Umdeutung eines dinglichen Vermächtnisses in ein schuldrechtliches. Auch dieses ist ja im ENZ offengelegt, weil die Ausstellungsbehörde nach eigener Rechtsanwendung handelt. Die von einer solchen Offenlegung ausgehende, eher wirtschaftliche „Abschreckungswirkung“ lassen wir dabei außer Betracht und beschränken uns auf die Dogmatik: Für das Grundbuchamt ist dies kein Fall der Grundbuchunrichtigkeit, die Erfüllung des Vermächtnisses steht ja noch aus. Der Erbe handelt als unbeschränkter Rechtsinhaber. Die Bindung oder Vereitelung schuldrechtlicher Verpflichtungen wird vom Grundbuchamt nicht überprüft.

Allerdings kennt unsere Rechtsordnung natürlich zumindest eine Fallgruppe der (schuldrechtlichen) Korrektur unerwünschter sachenrechtlicher Ergebnisse, nämlich über die Herausgabe-

<sup>92</sup> Dutta/Weber/Bauer, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 75 EuErbVO Rn 19; Buschbaum/Simon, Rpfleger 2015, 444, 453, jurisPK-BGB/Kleinschmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 69 EuErbVO Rn 30, was gerade deswegen unverständlich ist, weil er (kurz vorher Art. 63 EuErbVO Rn 15) gerade die erwünschte europaweite Wirkung des ENZ als Grund für die Anerkennung des Vindikationslegats nennt.

<sup>93</sup> Dutta/Weber/Bauer, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 75 EuErbVO Rn 20. Das kann beim Erbschein wegen fehlender Offenlegung von Staatsangehörigkeit und Rechtsgrundlage nicht verlangt werden.

<sup>94</sup> Vgl. Mugdan III, S. 115: „Denn können die Beteiligten sich auf den Inhalt des Buches nicht verlassen, so sind sie der Gefahr der Täuschung ausgesetzt, und bei dieser wäre zu besorgen, dass die ganze Einrichtung zu einer Falle für den redlichen Grundstücksverkehr würde.“

<sup>95</sup> Bauer/v. Oefele/Kössinger, GBO, 3. Aufl. 2013, § 19 Rn 235 ff., mit umfassender Darstellung.

<sup>96</sup> Bauer/v. Oefele/Knothe, GBO, 3. Aufl. 2013, § 29 Rn 170, 171.

<sup>97</sup> BeckOK-GBO/Wilsch (Stand 1.9.2015) § 35 Rn 51; Meikel/Krause, GBO, 11. Aufl. 2015, § 35 Rn 98, 99 (weitergehend noch in Rn 86); Bauer/v. Oefele/Schaub, GBO, 3. Aufl. 2013, § 35 Rn 102.

<sup>98</sup> Böhringer, NotBZ 2015, 281, 283.

<sup>99</sup> So empfohlen von Böhringer, NotBZ 2015, 281, 283; Kleinschmidt, RabelsZ 77 (2013), 725, 749 schlägt zur Widerspruchsvermeidung die Erteilung des einen Dokuments erst nach Aufhebung des anderen vor.

und Übereignungspflichten aufgrund Mitwirkens am oder Verlebens zum fremden Vertragsbruch.<sup>100</sup> Richtig hat der BGH festgestellt, dass der vereitelte und insofern gebrochene Vertrag gar kein Vertrag im schuldrechtlichen Sinn sein muss, sondern auch in einem Vermächtnis bestehen kann.<sup>101</sup> Auch das sollte noch nicht die dogmatische Grenze der Fallgruppe sein; richtigerweise geht es um die sittenwidrige, weil von der Rechtsordnung nicht zu duldenende Vereitelung schuldrechtlicher Ansprüche. Die Fallgruppe müsste also, richtig – aber kompliziert – nicht „*Verleiten zum Vertragsbruch*“ heißen, sondern „*Verleiten zum Bruch von Sonderrechtsbeziehungen*“.<sup>102</sup> Belassen wir es aber für den Moment bei der Vereitelung der Vermächtniserfüllung.

Andererseits ist unserer Rechtsordnung aufgrund des Trennungsprinzips die Möglichkeit anderweitiger, vertragsvereitelnder Verfügungen immanent. Diese Wertung sogleich über die Fallgruppe des Mitwirkens am Vertragsbruch zu inkriminieren würde systematisch zu weit gehen.<sup>103</sup> Zu Recht ist für das allgemeine Zivilrecht – im Wettbewerbs- oder Arbeitsrecht<sup>104</sup> mögen strengere Anforderungen gelten – anerkannt, dass der Erwerber an diesem Vertragsbruch in irgendeiner Weise aktiv mitgewirkt haben muss.<sup>105</sup> Eine bloße Kenntnis des Vertragsbruchs gereicht ihm noch nicht zum Vorwurf.<sup>106</sup> Das gilt selbst nach den strengen Grundsätzen im Handelsverkehr bzw. zwischen den Wettbewerbern. Das bloße Ausnutzen fremden Vertragsbruches – wenn nicht zugleich planmäßiges Vorgehen oder kollusives Zusammenwirken vorliegen – begründet auch dort noch keinen Vorwurf der Sittenwidrigkeit.<sup>107</sup> Damit schadet dem Erwerber – dogmatisch – eine sorgfältige Lektüre des ENZ noch nicht.

## G. Gutgläubensschutz trotz Wirkungssetzung

Die EuErbVO enthält für das ENZ nicht die Möglichkeit seiner Einziehung,<sup>108</sup> sehr wohl aber die Möglichkeit einstweiligen Rechtsschutzes gem. Art. 73 EuErbVO, wonach die Wirkungen des ENZ ausgesetzt werden können. Zwar handelt es sich bei dieser Norm um eine Ermessensentscheidung,<sup>109</sup> da aber, wie ausgeführt, jeder gutgläubige Erwerb schon bei uns tendenziell als Systembruch und Enteignung zu Lasten des wahren Berechtigten gesehen wird,<sup>110</sup> ist davon auszugehen, dass das Ermessen der Ausstellungsbehörde bei Plausibilität der vorgetragenen Einwände gegen die Richtigkeit eher zu einer Wirkungssetzung führt.

Die Aussetzung erfolgt nur vorläufig und kann zurückgenommen werden. Dann erlangt das ENZ ohne Neuausstellung seine volle Wirkkraft zurück.<sup>111</sup>

Offen ist aber der Abgleich der Wirkungssetzung mit Art. 69 EuErbVO, insbesondere in der Frage, ob ab Wirkungssetzung per sofort und womöglich ohne Kenntnis der Beteiligten die Vertrauensschutzwirkungen entfallen. Eine verhältnismäßig moderate Meinung vertreten *Schmidt* und *Nordmeier*.<sup>112</sup> Ihrer Ansicht nach entfallen die Wirkungen der Urschrift des ENZ aufgrund der Wirkungssetzung. Der durch beglaubigte Abschriften vermittelte Schutz bleibe aber bestehen.

Erstaunlicherweise beruft sich *Schmidt* für seine Auffassung z. B. auf *Dutta*, der aber in seiner Kommentierung zu Art. 73 EuErbVO gerade meint, das Problem sei gar nicht in den Gutgläubensschutz einzuordnen.<sup>113</sup> Vielmehr entfallende mit Wirkungssetzung schon jede Rechtsscheingrundlage, damit also auch der Gutgläubensschutz.

Ich befürchte aufgrund des Wortlauts des Art. 76 EuErbVO eine sehr weitgehende Einschränkung des Gutgläubensschutzes, auch wenn dies für die Vertragsdurchführung natürlich unpraktisch ist. Danach ist die Wirkungssetzung etwas Neues, eine neue Verfahrensanweisung, die über die Nichtausstellung beglaubigter Abschriften hinausgeht. Die Nichtausstellung beglaubigter Abschriften ist nach der Formulierung der Norm nicht Teil, sondern separate Folge der vorläufigen Wirkungssetzung. Und umgekehrt: Wozu braucht es überhaupt eine Wirkungssetzung, wenn der durch die vorhandenen beglaubigten Abschriften vermittelte Vertrauensschutz doch unangetastet bliebe. Das könnte man sich dann auch sparen und den vorläufigen Rechtsschutz insgesamt auf die Nichtneuerteilung beglaubigter Abschriften reduzieren.

Aufgrund dieser gesetzlichen Anordnungen muss man deswegen für den Augenblick wohl davon ausgehen, dass mit Wirkungssetzung der Gutgläubensschutz per se entfällt,<sup>114</sup> und zwar selbst dann, wenn die beglaubigte Abschrift des ENZ mit offener Gültigkeitsfrist bei Vornahme der Verfügung vorgelegt wird. Auch das spricht im Gegensatz zur üblichen Handhabung beim Erbschein für eine schnellstmögliche Grundbuchberichtigung.

## INFO

### Erfahrungsberichte erwünscht:

Seit Inkrafttreten der EuErbVO dürften mittlerweile viele Leserinnen und Leser eigene Erfahrungen mit dem ENZ und dessen Einbettung in das deutsche Nachlass- und Grundbuchwesen gesammelt haben. Die Redaktion des *notar* möchte Sie einladen, uns über Ihre Erfahrungen positiver oder negativer Art und über den Umgang der Nachlassgerichte und der Grundbuchämter mit dem ENZ zu berichten. Kurze Erfahrungsberichte möchten wir – Ihr Einverständnis vorausgesetzt – in unserer Rubrik „Diskussion“ veröffentlichen.



Michael Volmer

ist Notar in Starnberg. Die Überlegungen beruhen auf einem Vortrag, gehalten vor dem Institut für Notarrecht der Humboldt-Universität zu Berlin am 26.11.2015. Als eine der letzten von ihm durchgeführten Veranstaltungen widmet der Autor diese Ausarbeitung Herrn Prof. Dr. Rainer Schröder.

<sup>100</sup> Köhler, FS Canaris, 2007, S. 591; Steinle, Verleitung zu Vertragsbruch, 2001. Zur Rechtsfolge der dinglichen Übertragung des Gegenstandes etwa OLG Schleswig BeckRS 2004, 05350.

<sup>101</sup> NJW 1992, 2152.

<sup>102</sup> Vgl. bereits Steinle, Verleitung zu Vertragsbruch, 2001, S. 64 in Fn 169, der die Fallgruppe auf jeden gegen das Vermögen gerichteten, sittenwidrigen Angriff erweitert. Sowieso seien alle rechtswirksamen Verträge erfasst.

<sup>103</sup> So auch Steinle, Verleitung zu Vertragsbruch, 2001, S. 75.

<sup>104</sup> Zum Vertragsbruch im Handelsverkehr bzw. in wettbewerblichen Beziehungen Steinle, Verleitung zu Vertragsbruch, 2001, S. 65 ff.

<sup>105</sup> Steinle, Verleitung zu Vertragsbruch, 2001, S. 65.

<sup>106</sup> BGH DNotZ 1994, 456; BGH NJW-RR 1993, 367.

<sup>107</sup> Steinle, Verleitung zu Vertragsbruch, 2001, S. 68; BGH NJW 1994, 128.

<sup>108</sup> Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB Art. 73 EuErbVO Rn 14.

<sup>109</sup> Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 73 EuErbVO Rn 8 (auch mit Hinweisen zu Ermessenskriterien).

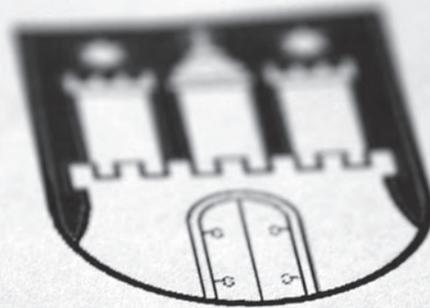
<sup>110</sup> Dies umso mehr bei Ausstellungsbehörden anderer Mitgliedstaaten, in denen ein gutgläubiger Erwerb bis dato unbekannt ist.

<sup>111</sup> Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 73 EuErbVO Rn 12.

<sup>112</sup> BeckOGK-BGB/Schmidt, Art. 73 EuErbVO Rn 21 (Stand 17.8.2015). Hüfstege/Mansel/Nordmeier, BGB, Art. 73 EuErbVO Rn 9; auch Dutta/Weber/Fornasier, Europäische Erbrechtsverordnung, 2016, Art. 73 EuErbVO Rn 6; unsicher Steiner, ZEV 2016, 487, 488.

<sup>113</sup> MüKo-BGB/Dutta, 6. Aufl. 2015, Art. 69 EuErbVO Rn 19.

<sup>114</sup> In diesem Sinn auch Omlor, GPR 2014, 216, 220. jurisPK-BGB/Klein-schmidt, 7. Aufl. 2014, Art. 73 EuErbVO Rn 7.



Überlassungsvertrag

21. Dezember 2008

jahresrückblick

Alexander Michael

## Immobilienübertragung

### Aktuelle Entwicklungen

Der nachfolgende Aufsatz behandelt die Neuerungen in der Gesetzgebung und Rechtsprechung zu Immobilienübertragungen im Zeitraum von September 2015 bis August 2016.

#### A. Gesetzgebung

Besondere gesetzliche Änderungen hat es im vergangenen Jahr zum Thema nicht gegeben. Das Gesetzgebungsverfahren zur Neuregelung der Erbschaftsteuer ist immer noch nicht abgeschlossen, obwohl das Bundesverfassungsgericht dem Gesetzgeber eine Frist bis zum 30.6.2016 gesetzt hatte, die mittlerweile verstrichen ist, da der Bundesrat den Vermittlungsausschuss angerufen hat.<sup>1</sup> Bereits jetzt kann allerdings festgehalten werden, dass sich die Änderungen zum Erbschaftsteuerrecht im Wesentlichen mit der Übertragung von Betriebsvermögen befassen, die nicht Gegenstand dieses Aufsatzes ist. Im Zusammenhang mit Immobilienübertragungen wird es – soweit derzeit ersichtlich – keine Änderungen geben.

Erwähnenswert ist noch eine Verwaltungsanweisung des Bayerischen Landesamtes für Steuern vom 1.6.2016.<sup>2</sup> Danach unterliegt nach §§ 13a, 13b ErbStG begünstigt übertragenes Vermögen den Behaltensregelungen des § 13a Abs. 5 Nr. 1 bzw. Nr. 4 ErbStG. Wird solches Vermögen vom Erwerber anschließend unentgeltlich innerhalb der Behaltensfrist weiter übertragen, so ist dies für die Anwendung der Steuerbefreiungstatbestände unschädlich, wenn es sich um eine voll unentgeltliche Weiterübertragung handelt und in der Person des Erwerbers die Voraussetzungen für die Steuerbefreiung nach den §§ 13a, 13b ErbStG weiter erhalten bleiben. Dagegen sind entgeltliche bzw. auch teilentgeltliche Übertragungen schädlich und führen zum Entzug der Steuerbefreiung bzw. zu einer

entsprechenden Nachversteuerung. Vereinbart der Erwerber im Rahmen der Weiterübertragung auf einen Dritten eine Duldungsaufgabe, stellt dies keine Gegenleistung im schenkungsteuerrechtlichen Sinne dar und führt demzufolge auch nicht zu einer teilentgeltlichen Weiterübertragung. Zur Erläuterung wird darauf hingewiesen, dass die Unterscheidung zwischen Leistungs- und Nutzungsaufgaben nur zur Vereinheitlichung der Berechnung der Bemessungsgrundlage aus einer gemischten Schenkung/Schenkungsunter Auflage erfolgte.<sup>3</sup> Daraus folge, dass nach §§ 13a, 13b ErbStG begünstigt erworbenes Vermögen unter einer Duldungsaufgabe voll unentgeltlich weiterübertragen werden kann, ohne dass ein Verstoß gegen die Behaltensregelungen gem. § 13a Abs. 5 Nr. 1 bzw. Nr. 4 des ErbStG angenommen werden darf.

Zwar beziehen sich die §§ 13a und 13b ErbStG nicht auf die Übertragung von Privatimmobilien, sondern auf die Übertragung von Betriebsvermögen; die steuerrechtlichen Fragen im Zusammenhang mit der Weiterübertragung von Vermögen nach § 13 Abs. 1 Nrn. 4b und 4c ErbStG sind in dieser Hinsicht ebenfalls streitig und könnten daher ohne weiteres auf diese Vorschrift ausgedehnt werden. Ob dies noch geschieht bzw. diese Verwaltungsanweisung allgemein Eingang in die schenkungs- und erbschaftsteuerlichen Anwendungsrichtlinien aller Bundesländer Einzug findet, bleibt abzuwarten.

#### PRAXISTIPP

##### Weiterübertragungsfälle:

Im Zusammenhang mit der Gestaltung solcher „Weiterübertragungsfälle“ ist darauf zu achten, dass eine steuerliche Beratung stattfindet und der Notar zumindest darauf entsprechend hinweist.

<sup>1</sup> Vgl. Einzelheiten zur zusammenfassenden Darstellung bei Röhl, *notar* 2016, 239 ff.

<sup>2</sup> BayLfSt, Vfg. v. 1.6.2016 – S 3812a.1.1-19/4 St 34.

<sup>3</sup> Vgl. Richtlinien R E 7.4 Abs. 1 ErbStR 2011.

## B. Aktuelle Rechtsprechung

### I. Bundesgerichtshof

#### 1. Auswirkungen der Zwangsverwaltung eines Grundstücks auf das Besitzrecht von Wohnungseigentümern

Am 18.12.2015 entschied der BGH<sup>4</sup> über einen gerichtlich geltend gemachten Herausgabeanspruch eines Zwangsverwalters gemäß § 985 BGB gegenüber einem Wohnungseigentümer, der zuvor die Immobilie unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts auf den Schuldner übertragen hatte. Die Vollstreckung war durch eine Grundpfandrechtsgläubigerin eingeleitet worden, deren Grundpfandrecht im Rang vor dem Wohnungsrecht zugunsten des Veräußerers im Grundbuch eingetragen war. Der Veräußerer und frühere Eigentümer hatte sich gegenüber dieser Grundpfandrechtsgläubigerin, ebenso wie der Erwerber, der dinglichen Zwangsvollstreckung aus der Grundschuldbestellungsurkunde unterworfen. Der Zwangsverwalter verlangte nunmehr die vom Wohnungseigentümer genutzte Wohnung gem. § 985 BGB, § 152 ZVG heraus. Der BGH hat diesen Anspruch verneint. Zwar habe der Inhaber des Grundpfandrechts gegenüber dem Wohnungseigentümer gem. §§ 1147, 879 Abs. 1 BGB einen Anspruch auf Duldung der Zwangsvollstreckung in den Besitz,<sup>5</sup> der Inhalt des Anspruchs des Vollstreckungsgläubigers beinhalte aber nicht die Pflicht des Dritten (Wohnungseigentümer) zur Herausgabe an den Zwangsverwalter, sondern die Duldung der Inbesitznahme durch diesen zum Zweck der Erzielung verteilter Nutzungen nach § 155 ZVG. Ein Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB stehe dagegen weder dem Vollstreckungsgläubiger noch dem Zwangsverwalter zu.<sup>6</sup> Auch § 152 Abs. 2 ZVG berechtere den Vollstreckungsgläubiger, die Zwangsvollstreckung in ein Grundstück zu betreiben, wenn es einem Mieter oder Pächter überlassen worden ist. Es verschaffe aber keinen Anspruch gegen einen Dritten, der sich auf ein dingliches Recht zum Besitz berufe, den Besitz an dem dem dinglichen Nutzungsrecht unterliegenden Grundstück bzw. Grundstücksteil zu verschaffen.<sup>7</sup> Der Zwangsverwalter könne einen solchen Herausgabeanspruch nur vom Vollstreckungsgläubiger herleiten, wenn er einen entsprechenden Duldungstitel hätte. Ein solcher könne allerdings nicht aus dem Beschluss des Vollstreckungsgerichts hergeleitet werden, ausweislich dessen der Zwangsverwalter die Befugnis erhielt, das zu verwaltende Grundstück nebst aufstehenden Gebäuden in Besitz zu nehmen. Dies würde auch dann nicht gelten, wenn das Grundpfandrecht, aus dem die Vollstreckung betrieben wird, einen besseren Rang im Grundbuch als das Wohnungsrecht hat. Die unbeschränkte Anordnung des Vollstreckungsgerichts zur Inbesitznahme habe insoweit nur verfahrensrechtliche Bedeutung und begründe keinen materiell-rechtlichen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB. Zwar sei der Zwangsverwalter aufgrund der Ermächtigung zur Inbesitznahme durch die Anordnung des Vollstreckungsgerichts verfahrensrechtlich berechtigt, den Besitz am Grundstück insgesamt – mithin auch gegenüber einem nicht herausgabewilligen Wohnungseigentümer – durchzusetzen; dies habe allerdings vollstreckungsrechtlich gem. § 855 ZPO zu erfolgen.<sup>8</sup> Eine solche Anordnung könnte auch durchgesetzt werden, solange diese nicht vollstreckungsrechtlich angefochten wird,<sup>9</sup> ihr kommt aber keine materiell-rechtliche Bedeutung bei. Die unbeschränkte Anordnung des Vollstreckungsgerichts zur

Inbesitznahme durch den Zwangsverwalter hätte auch so nicht erlassen werden dürfen, da ein in Abt. II des Grundbuchs eingetragenes Wohnungsrecht ein die Anordnung eines unbeschränkten Zwangsverwaltungsverfahrens hinderndes Recht gem. §§ 161 Abs. 4, 28 Abs. 1 S. 1 ZVG darstellt. Es hätte mithin eines weiteren Duldungstitels des Vollstreckungsgläubigers nebst Zustellung an den Wohnungseigentümer bedurft, bevor eine unbeschränkte Anordnung nach § 150 ZVG hätte ergehen dürfen. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass das Grundpfandrecht im Rang vor dem Wohnungsrecht eingetragen war.

#### PRAXISTIPP

##### Wohnungsrecht in der Zwangsverwaltung:

Der BGH unterscheidet an dieser Stelle zwischen materiellem Recht und Verfahrensrecht. Eine vollstreckungsrechtliche Anordnung des Gerichts, das der Zwangsverwaltung unterliegende Grundstück in Besitz zu nehmen, könne zwar vollstreckungsrechtlich durchgesetzt werden, wenn die Entscheidung des Vollstreckungsgerichts durch den Schuldner nicht angegriffen wird, begründet aber selbst keinen Räumungsanspruch gegen den nicht mit dem Vollstreckungsschuldner identischen Dritten. Solche Konfliktsituationen können in Übertragungsverträgen vorkommen, wenn Wohnungsrechte nur zu Sicherungszwecken eingetragen werden und aus wirtschaftlichen oder steuerrechtlichen Gründen neben dem Wohnungsrecht noch ein Mietvertrag vereinbart wird. Die Kündigung des Mietvertrages wegen Zahlungsverzugs begründet sodann nicht automatisch auch einen Anspruch auf Herausgabe nach § 985 BGB, da insoweit das Recht zum Besitz auch noch aufgrund des Wohnungsrechts bestehen kann. Besondere praktische Bedeutung wird der Fall jedoch nicht haben, da in den meisten Fällen aufgrund des vorrangig eingetragenen Grundpfandrechts des Kreditgebers meistens sofort die Zwangsversteigerung betrieben werden wird, in deren Rahmen sodann das nachrangig eingetragene Wohnungsrecht erlischt und demzufolge auch als Recht zum Besitz entfällt. Für die notarielle Praxis hat daher die Entscheidung eher untergeordnete Bedeutung, da es zwar sicher zu den Belehrungspflichten des Notars gehört, auf die Risiken und Gefahren eines nachrangig eingetragenen Wohnungsrechts hinzuweisen, die Differenzierungen zwischen den materiell-rechtlichen Fragen zu möglichen Herausgabeansprüchen im Rahmen der Zwangsverwaltung, aufgrund eines in der Grundschuldbestellungsurkunde des Notars enthaltenen Vollstreckungstitels dürften mit Rücksicht auf die zumeist unvorhersehbaren weiteren Entwicklungen im Einzelfall jedoch kaum sinnvoll erörtert werden können.

#### 2. Fristbeginn nach § 2325 Abs. 3 BGB bei Vorbehalt eines Wohnungsrechts

Das Urteil des BGH vom 29.6.2016<sup>10</sup> ist eher dem Erbrecht zuzuordnen, gehört nach meiner Auffassung aber auch zum Jahresrückblick für Immobilienübertragungsverträge, denn das Thema der Pflichtteilergänzung spielt bei Immobilienübertragungsverträgen eine prominente Rolle.

Der BGH hat im Rahmen der Entscheidung zu der Frage Stellung genommen, ob die Übertragung einer Immobilie unter Vorbehalt eines Wohnungsrechts zum Anlauf der Zehn-Jahres-Frist gem. § 2325 Abs. 3 BGB führt und damit auch zur Abschmelzung des Pflichtteilergänzungsanspruchs, die seit der Erbrechtsreform im Jahr 2010 gilt. Im Rahmen des zu entscheidenden Sachverhalts hatten Eltern auf einen ihrer beiden Söhne ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück übertragen und sich ein Wohnungsrecht an den Räumlichkeiten im Erdgeschoss nebst Mitbenutzungsrecht bezüglich des Gartens, der Nebenräume sowie aller Leitungen und Anlagen zur Versorgung des Anwesens mit

<sup>4</sup> BGH, Urt. v. 18.12.2015 – V ZR 191/14.

<sup>5</sup> BGH NJW 2003, 2164.

<sup>6</sup> Stöber, ZVG, 20. Aufl., § 146 Rn 11.3.

<sup>7</sup> BGHZ 96, 91, 67 ff.

<sup>8</sup> Stöber, ZVG, 20. Aufl., § 146 Rn 11.3; BGH NJW-RR 2011, 195, Rn 7.

<sup>9</sup> BGHZ 30 173, 175; BGH WM 2015, 2325, Rn 30.

<sup>10</sup> BGH, Urt. v. 29.6.2016 – IV ZR 474/15.

Wasser, Wärme, Energie und Entsorgung vorbehalten. Ferner war vereinbart worden, dass die Veräußerer die Garage weiterhin unentgeltlich nutzen können. Des Weiteren waren bedingte Rückübertragungsansprüche zugunsten des Veräußerers, die auch durch eine Rückauffassungsvormerkung im Grundbuch gesichert wurden, für den Fall der abredewidrigen Verfügung oder der Durchführung von Um- und Ausbaumaßnahmen vereinbart. Schließlich gestatteten die Veräußerer auch die Belastung des Grundstücks mit Grundpfandrechten bis zu einem Betrag von 200.000 DM mit Rang vor den zu ihren Gunsten aufgrund des Übertragungsvertrages vereinbarten Rechten. Die Übertragung erfolgte im Jahr 1993 und wurde vollständig im Jahr 1994 vollzogen. Der Erbfall trat im Jahr 2012 ein.

Der geltend gemachte Pflichtteilergänzungsanspruch wurde vom BGH und allen Vorinstanzen verneint und die Klage abgewiesen, da die Zehn-Jahres-Frist bereits abgelaufen war. Nach Auffassung des BGH führte das vorbehaltene Wohnungs- und Mitbenutzungsrecht nicht dazu, dass der Anlauf der Frist des § 2325 Abs. 3 BGB unterblieb, da sich die Veräußerer der Immobilie soweit entäußert hätten, dass sie sich ihrer Einflussmöglichkeiten auf die Nutzung und Verwertung der Immobilie in erheblichem Umfang begeben hatten, auch wenn sie sich ein entsprechendes Nutzungsrecht vorbehalten hatten. Der BGH bezieht sich in diesem Zusammenhang auch auf seine ursprüngliche Rechtsprechung, dass vorbehaltene dingliche und schuldrechtliche Rechte am Grundstück zugunsten des übertragenden Eigentümers dazu führen könnten, dass sich dieser des übertragenen Vermögensgegenstandes trotz Eigentumsumschreibung nicht endgültig entäußert habe,<sup>11</sup> die auch nach der Gesetzesänderung zum 1.1.2010 weiter Geltung habe.

Im Anschluss an diese Rechtsprechung des BGH haben die Instanzgerichte überwiegend einen Anlauf der Zehn-Jahres-Frist i. S. v. § 2325 Abs. 3 BGB angenommen, wenn sich der Erblasser ein Wohnungsrecht lediglich an Teilen des Hausgrundstücks vorbehält.<sup>12</sup> Dies solle jedenfalls dann gelten, wenn sich der Erblasser nicht noch weitere Rechte am Grundstück vorbehalten habe.<sup>13</sup> Nur in seltenen Fällen wurde entschieden, dass die Zehn-Jahres-Frist nicht anläuft, wenn nur ein Wohnungsrecht vorbehalten wird. Der Vorbehalt eines Wohnungsrechts am gesamten Haus führt jedoch dazu, dass die Frist nicht anläuft.<sup>14</sup> Das gilt auch dann, wenn sich der Erblasser weiteren Einfluss auf die Verwendung des Hausgrundstücks vorbehält.<sup>15</sup>

Maßgeblich sei daher nach wie vor, ob sich der Veräußerer des verschenkten Gegenstandes soweit entäußert hat, dass er den „Genuss“ des verschenkten Gegenstands nach der Schenkung auch tatsächlich entbehrt. Eine Leistung i. S. v. § 2325 BGB liege mithin nur dann vor, wenn der Erblasser nicht nur die Rechtsstellung eines Eigentümers aufgabe, sondern auch darauf verzichte, den Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen.<sup>16</sup> Im weiteren Verlauf des Urteils orientiert sich der BGH grundsätzlich am Nießbrauch, bei dessen Vorbehalt die Zehn-Jahres-Frist definitiv nicht anläuft, wenn er sich auf das gesamte Grundstück bezieht, und stellt fest, dass der Vorbehalt des Wohnungsrechts nur an einem Teil der Immobilie – hier konkret: das Erdgeschoss –

bei Vollzug der Schenkung eine erhebliche Aufgabe von Rechten als Eigentümer bedeute, so dass der Veräußerer nicht mehr „Herr im Haus“ sei. Es stellt weiter darauf ab, dass dem Veräußerer kein weitgehend alleiniges Nutzungsrecht unter Ausschluss des Erwerbers am Grundstück mehr zustehe, so dass durch den Verlust der Eigentümerstellung in Verbindung mit einem nur an Teilen des Grundstücks bestehenden Wohnungsrecht sowie der fehlenden Möglichkeit zur Übertragung der Nutzungsrechte auf Dritte, die rechtliche Stellung des Erblassers, im Verhältnis zu seiner Stellung als vormaliger Eigentümer und auch die wirtschaftliche Verwertbarkeit des Grundstücks, deutlich eingeschränkt worden seien. Auch die Möglichkeit der Bestellung von Grundpfandrechten im Rang vor den Nutzungsrechten des Veräußerers stelle eine erhebliche Einschränkung der rechtlichen Position des Veräußerers dar, da durch die Möglichkeit der Verwertung der Immobilie im Rahmen von Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aufgrund des Grundpfandrechts den Fortbestand des Wohnungsrechts zumindest gefährde, was auch durch weitergehende Einschränkungen des Erwerbers im Hinblick auf die Verwertung des übertragenen Grundstücks durch Vereinbarung diverser Zustimmungsvorbehalte nicht in Frage gestellt werde.

#### PRAXISTIPP

##### Zehn-Jahres-Frist beim Wohnungsrecht:

Die Frage, ob und in welchem Umfang der Vorbehalt eines Wohnungsrechts zugunsten des Veräußerers den Anlauf der Zehn-Jahres-Frist hindert, ist zumindest nunmehr im Ansatz geklärt. Fakt ist aber auch, dass letztendlich im Einzelfall beurteilt werden muss, ob und wann die Zehn-Jahres-Frist anläuft oder nicht.

Die Entscheidung legt allerdings die Annahme nahe, dass man tendenziell davon ausgehen muss, dass der Vorbehalt eines Wohnungsrechts, das nicht an Dritte übertragen werden kann und nur an Teilen des Grundstücks/Gebäudes vorbehalten bleibt, den Anlauf der Zehn-Jahres-Frist nicht hindert. Im Einzelfall wird es dennoch schwierig bleiben, zu beurteilen, ob der Anlauf tatsächlich erfolgt oder nicht. Der beratende Notar ist daher auch in solchen Fällen gehalten, auf mögliche Risiken im Zusammenhang mit späteren Pflichtteilergänzungsansprüchen hinzuweisen und gegebenenfalls die Möglichkeit zum Pflichtteilsverzicht im Rahmen des Übertragungsvertrags in Betracht zu ziehen.

### 3. Wohnungsrecht; Ausübungshindernis bei schwerer Verfehlung gegen den Grundstückseigentümer

In seinem Urteil vom 11.3.2016 entschied der BGH<sup>17</sup> über die Rechtsfrage, ob der Veräußerer eines Grundstücksanteils, der sich im Zuge der unentgeltlichen Übertragung ein Wohnungsrecht vorbehalten hat, an der weiteren Ausübung in Gänze entschädigungslos gehindert sei, wenn er den Erwerber anschließend vorsätzlich tötet.<sup>18</sup> Nach dem zu entscheidenden Sachverhalt war der Beklagte zusammen mit seinem Bruder zu je hälftigem Miteigentum an einem Grundstück mit aufstehendem Wohnhaus beteiligt. Der Beklagte übertrug seinen hälftigen Miteigentumsanteil auf seinen Bruder, der sodann Alleineigentümer wurde. Im Gegenzug wurde ein Wohnungsrecht im Obergeschoss vorbehalten, während der Bruder die Wohnung im Untergeschoss bewohnte. Wenig später tötete der Beklagte seinen Bruder in einem Streit. Der Beklagte wurde zu einer mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt und rechtskräftig für erbenwürdig erklärt. Nunmehr klagt die Erbin – die Mutter des Beklagten und des Getöteten – auf entschädigungslose Löschung des Wohnungsrechts. Die Klage wurde mit folgenden Gründen abgewiesen:

<sup>11</sup> BGHZ 98, 226, 232; BGHZ 125, 395, 398 ff.

<sup>12</sup> OLG Karlsruhe, ZEV 2008, 244, 245; OLG Oldenburg ZEV 2006, 80; OLG Bremen OLGR 2005, 233 ff.; OLG Celle OLGR 2003, 370, 371 und OLG Düsseldorf FamRZ 1997, 1114.

<sup>13</sup> OLG Celle OLGR 2003, 370, 371.

<sup>14</sup> OLG München ZEV 2008, 480 ff.; OLG Zweibrücken ErbR 2016, 379, 380.

<sup>15</sup> So etwa OLG Düsseldorf FamRZ 1999, 1546 Rn 10.

<sup>16</sup> So schon BGHZ 125, 395.

<sup>17</sup> BGH, Urt. v. 11.3.2016 – V ZR 208/15.

<sup>18</sup> BGH MDR 2016, 820, 821.

Ein Erlöschen des Wohnungsrechts nach § 1019 BGB wegen eines auf Dauer ausbleibenden Vorteils für den Berechtigten entfalle, da dieser nach Verbüßung seiner Haftstrafe von dem Wohnungsrecht wieder Gebrauch machen könne. Die Möglichkeit einer Kündigung des Wohnungsrechts sei im Gesetz nicht vorgesehen, so dass eine Kündigung aus wichtigem Grund weder nach § 543 BGB analog noch nach § 314 BGB möglich sei, da Grundlage für die Einräumung des Wohnungsrechts der Schenkungsvertrag gewesen sei und es sich hierbei nicht um ein Dauerschuldverhältnis handle.<sup>19</sup> Zwar habe der österreichische Oberste Gerichtshof in einem vergleichbaren Fall eine solche Kündigungsmöglichkeit nach österreichischem Recht für möglich erachtet. Das österreichische Recht unterscheide sich jedoch insoweit vom deutschen Recht, da § 524 ABGB ein Erlöschen von Dienstbarkeiten (Servituten) über die allgemeinen Vorschriften zur Kündigung von Dauerschuldverhältnissen aus wichtigem Grund zulässt. Dies sei dem deutschen Recht fremd und daher auch nicht entsprechend anzuwenden. Auch ein Anspruch auf Wegfall der Geschäftsgrundlage nach § 313 BGB sei nicht gegeben, da es sich bei dem Schenkungsvertrag um einen bereits beidseitig vollständig erfüllten Vertrag handle.<sup>20</sup> Auch ein Anspruch auf Aufgabe des Wohnungsrechts nach § 242 BGB, der in der Rechtsprechung zum Teil vertreten worden ist,<sup>21</sup> komme nicht in Betracht, da eine Anwendung von § 1169 BGB analog oder über eine Ausdehnung der Bestimmung des § 1020 S. 1 BGB ausgeschlossen sei, da ein solcher Anspruch allenfalls dann in Betracht käme, wenn erhebliche Nachteile, die das dienende Grundstück durch Bestehenbleiben oder die Ausübung der betreffenden Dienstbarkeit erleide, in keinem vernünftigen Verhältnis zu einem bloß geringfügigen Nutzen desselben stünde. Dies sei im vorliegenden Fall nicht gegeben, da der Beklagte den Vorteil des Wohnungsrechts nach Verbüßung der Straftat uneingeschränkt wahrnehmen könne, ohne dass das dienende Grundstück einen Schaden erleide. Gegen Ende der Entscheidung zeigt der BGH allerdings sodann eine Lösungsmöglichkeit auf, die sich dogmatisch daraus ergeben soll, dass neben dem dinglichen Wohnungsrecht nach § 1020 S. 1 BGB ein gesetzliches (Begleit-)Schuldverhältnis bestehe, ausweislich dessen die Ausübung der Dienstbarkeit die Interessen des Grundstückseigentümers tunlichst zu schonen hat.<sup>22</sup> Der BGH stellt weiter fest, dass dieses (Begleit-)Schuldverhältnis in den Fällen, in denen Eigentümer und Wohnungsberechtigte nur – jeweils getrennte – Teile des Grundstücks/Gebäudes für sich allein in Anspruch nehmen können, gemeinschaftsähnliche Züge bekomme, so dass § 745 Abs. 2 BGB sinngemäß Anwendung finde.<sup>23</sup> Die daraus resultierende Pflicht für alle Beteiligten, Grundstück und Gebäude ordnungsgemäß zu benutzen, könne in Extremsituationen dazu führen, dass der Wohnungsberechtigte auf Verlangen des Grundstückseigentümers von der persönlichen Nutzung seines Rechts Abstand nehmen müsse und die Ausübung des Wohnungsrechts nach Maßgabe von § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB einem Dritten überlassen müsse. Auch wenn grundsätzlich nach dem Schenkungsvertrag die Überlassung des Wohnungsrechts an einen Dritten ausgeschlossen sei, folge aus dem (Begleit-)Schuldverhältnis in Verbindung mit § 745 Abs. 2 BGB, dass man im Zuge einer ordnungsgemäßen Verwaltung/Benutzung der gemeinsam genutzten Immobilie wechselseitig aufeinander zugehen müsse, somit der Eigentümer im Gegenzug für den Fall, dass der Berech-

tigte das Wohnungsrecht nicht mehr selbst ausüben könne, die Zustimmung zur Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an einen Dritten erteilen müsse.

## II. Rechtsprechung der Finanzgerichte

### 1. Steuerfreiheit bei Immobilienübertragung gegen Verzicht auf Abfindungsansprüche

In seiner Entscheidung vom 29.9.2015<sup>24</sup> entschied der BFH über die Frage, ob die Übertragung von Grundstücken, die einem Hof i. S. d. Höfeordnung zuzurechnen sind, zur Abgeltung von Abfindungsansprüchen nach § 13 Abs. 1 S. 2 HöfeO, dem Grunderwerbsteuerbefreiungstatbestand des § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG unterfällt. Im Ergebnis wird dies genauso verneint wie bei anderen – vom BFH bereits entschiedenen – Fällen der Übertragung von Grundstücken zur Abgeltung von Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüchen.<sup>25</sup> Der im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge übertragene Hof i. S. d. HöfeO löse im Verhältnis zu den Abkömmlingen, die den Hof nicht erhalten, entsprechende Abfindungsansprüche nach der HöfeO aus. Hierbei handle es sich allerdings nur um Geldzahlungsansprüche. Wenn sodann ein solcher Anspruch an Erfüllungs Statt, durch Übertragung eines Grundstücks erfüllt werde, ändere das nichts daran, dass es sich hier um einen neuen Lebenssachverhalt handle, der mit dem eigentlichen, dem ErbStG unterfallenden „Erbfolgevorgang“ im weitestgehenden Sinne nichts mehr zu tun habe. Das sei auch der Grund, warum keine doppelte Belastung eines einheitlichen Lebensvorganges gegeben sei. Auch der Befreiungstatbestand des § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG greife nicht ein. Danach gelte als vom Erblasser zugewendet, was ihm als Abfindung für einen Verzicht auf einen entstandenen Pflichtteilsanspruch und für die Ausschlagung einer Erbschaft oder eines Vermächtnisses gewährt werde. Die Abfindung eines entstandenen Pflichtteilsanspruchs komme nicht in Betracht, weil ein solcher erst im Todesfall entstehe. Die Übertragung des Hofes führe nicht zu einer Enterbung der Abkömmlinge, die den Hof nicht erhalten, wenn ihnen die gesetzlichen Abfindungsansprüche zustehen.<sup>26</sup> Die Abfindungsansprüche der §§ 12 und 13 HöfeO treten insoweit an die Stelle des Erbes, so dass ein daneben bestehender Pflichtteilsanspruch nicht entstehe.<sup>27</sup> Im Rahmen des Hofübergabevertrages waren entsprechende Abfindungsansprüche nicht ausgeschlossen worden. Auch ein Pflichtteilsverzicht sei nicht vereinbart worden. Auch eine Parallele zu dem Grunderwerbsteuerstatbestand nach § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG i. V. m. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG komme nicht in Betracht, da nach dem Vertrag auf Abfindungsansprüche nach den §§ 12, 13 HöfeO nicht verzichtet worden sei, was einer Ausschlagung einer Erbschaft hätte gleichgestellt werden müssen. § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG erfasse nur Sachverhalte, in denen eine Erbschaft ausgeschlagen werde. Wird nur zum Teil auf Abfindungsansprüche nach der HöfeO verzichtet, ist dieser Sachverhalt nicht mit dem Regelungsinhalt von § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG gleichzusetzen, weil ein vollständiger Verzicht auf erbrechtliche Ansprüche anlässlich der Übertragung des Hofes nicht vereinbart worden sei und Teilausschlagungen gesetzlich unzulässig seien.

Die Übertragung des Grundstücks zur Abfindung der weiteren – zunächst vorbehaltenen – Abfindungsansprüche nach der HöfeO stelle ebenfalls keine Schenkung i. S. d. GrEStG dar, da die Erwerberin im Gegenzug auf Abfindungsansprüche verzichtet habe und demzufolge ein entgeltlicher Vorgang gegeben gewesen sei.

<sup>19</sup> So schon BGH NJW RR 1999, 376, 377.

<sup>20</sup> So schon BGHZ 74, 370, 373 und BGHZ 131, 209, 216.

<sup>21</sup> OLG Brandenburg OLGR 2008, 603, 604 ff.; OLG Düsseldorf MDR 1976, 401; RGZ 169, 180, 183.

<sup>22</sup> BGHZ 95, 144, 146 ff.; BGHZ 106, 348, 350 und BGH ZfR 2016, 233, Rn 18 ff.

<sup>23</sup> BGH NJW 2008, 3703, Rn 26; RGZ 173, 367, 374.

<sup>24</sup> BFH, Urt. v. 29.9.2015 – II R 23/14.

<sup>25</sup> BFHE 199, 28.

<sup>26</sup> MüKoBGB/Lange, 6. Aufl., § 2303 Rn 18.

<sup>27</sup> BGH NJW-RR 1986, 1014.

Auch § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG sei nicht einschlägig, da hier nur die Abfindung als Gegenleistung für einen Erbverzicht geregelt sei, der mit dem Erblasser vereinbart werden müsse. Die nachträgliche Abgeltung von Abfindungsansprüchen nach der HöfeO würden aber gerade nicht mit dem Erblasser/Hofübergeber vereinbart, sondern zwischen dem Hoferwerber und den weichenden Erben.

Schließlich sei auch § 3 Nr. 3 S. 1 GrEStG nicht einschlägig, da das Grundstück niemals zu einem gesamthänderisch gebundenen Erbenverband gehört habe. Nach Übertragung des Hofes auf den Hofübernehmer bestand keine gesamthänderische Bindung mehr, so dass auch dieser Grunderwerbsteuerbefreiungstatbestand nicht einschlägig sei.

#### PRAXISTIPP

##### Steuerfallen bei der Hofübergabe:

Möglicherweise hätte die Rechtsfolge vermieden werden können, wenn anlässlich des Hofübergabevertrages neben der Abgeltung von Abfindungsansprüchen ein separater weiterer Pflichtteilsverzicht des weichenden Abkömmlings i. S. d. HöfeO vereinbart worden wäre. Dies kann natürlich nur insoweit in Erwägung gezogen werden, als ein solcher Verzicht im Verhältnis zur Abfindung bezogen auf das hoffreie Vermögen angemessen wäre. Letztlich kann in einem solchen Sachverhalt nur empfohlen werden, die Entwürfe in Abstimmung mit dem Steuerberater vorzubereiten.

## 2. Grunderwerbsteuerbefreiung für die Übertragung von Miteigentumsanteilen unter Geschwistern auf der Basis einer Schenkung durch die Eltern

Der BFH entschied am 16.12.2015<sup>28</sup> folgenden Sachverhalt:

Ein Vater übertrug seinen drei Kindern ein Grundstück zu gleichen Anteilen. Ferner wurde vereinbart, dass die Erwerber verpflichtet seien, künftig vom Vater gezeugte und noch geborene Kinder durch Übertragung eines Miteigentumsanteils an diesem Grundstück in der Weise gleichzustellen, dass im Ergebnis sämtliche Abkömmlinge des Vaters bei dessen Ableben gleichanteilig am Grundstück beteiligt seien.

Der Vater behielt sich den Nießbrauch am übertragenen Grundstück vor. Mehrere Jahre später übertrugen die Erwerber, unter Bezugnahme auf die Verpflichtung aus dem Veräußerungsvertrag mit dem Vater Zug um Zug gegen Mitübernahme des Nießbrauchs einen Miteigentumsanteil an die weiteren vom Vater abstammenden Abkömmlinge, so dass alle Geschwister gleichanteilig am Grundstück beteiligt waren. Das Finanzamt setzte Grunderwerbsteuer fest und zog als Gegenleistung den Wert des von den Erwerbern mitübernommenen Nießbrauchrechts heran. Auf die Klage beim Finanzgericht wurde die Entscheidung des Finanzamtes aufgehoben. Die Revision wurde zurückgewiesen. Der BFH kommt aufgrund einer Zusammenschau (Interpolation) zweier Befreiungsvorschriften im Ergebnis zu einer Steuerbefreiung, die so aus dem Wortlaut der Einzelvorschriften nicht resultiert. Eine solche Vorgehensweise sei gerechtfertigt, wenn sich der tatsächlich verwirklichte Grundstückserwerb als abgekürzter Übertragungsweg darstelle und die unterbliebenen Einzelerwerbe, wenn sie denn durchgeführt worden wären, ebenfalls jeweils steuerfrei gewesen wären.<sup>29</sup> Für sich genommen ist weder § 3 Nr. 2 S. 1 GrEStG noch § 3 Nr. 6 S. 1 GrEStG als Steuerbefreiungstatbestand einschlägig, da die Übertragung seitens der Geschwister auf einer Verpflichtung aus dem Vorübergabevertrag resultierte und es sich auch nicht um eine Übertragung zwischen Verwandten in gerader Linie handelte. Da sich jedoch die Übertragung auf die später

geborenen Geschwister als abgekürzter Übertragungsweg darstelle, war die Übertragung im Wege der Interpolation insgesamt als steuerfrei anzusehen, da auch kein Gestaltungsmissbrauch nach § 42 AO anzunehmen sei.

#### PRAXISTIPP

##### Interpolierende Betrachtung bei Erwerb unter Geschwistern:

Diese Entscheidung ist folgerichtig, da sie auch ohne weiteres durch eine andere notarielle Gestaltung möglich gewesen wäre. So hätte im Rahmen des Übertragungsvertrages vorgesehen werden können, dass sich der Veräußerer zu Lebzeiten die Rückübertragung entsprechender Miteigentumsanteile vorbehalten hätte, wenn weitere von ihm abstammende Kinder geboren würden. Ob diese Lösung auch eingreifen würde, wenn der Vater vor Vollzug dieser Übertragung verstorben wäre, kann abschließend nicht beurteilt werden. Je nach Sachverhalt bzw. Lebensentwicklung kann nach meiner Auffassung nie ausgeschlossen werden, dass weitere Steuern bei der Weiterübertragung durch Geschwister anfallen, so dass auch insoweit Vorsicht geboten ist und der Rat eines Steuerberaters im Rahmen der Vorbereitung entsprechender Entwürfe mit in Betracht gezogen werden sollte.

## 3. Höhe der schenkungsteuerlichen Bereicherung bei vorbehaltenem Nießbrauch und noch valutierenden Grundpfandrechten

Das FG Münster entschied am 26.11.2015<sup>30</sup> die Frage, ob und in welchem Umfang die vom Nießbraucher anlässlich einer Grundstücksübertragung übernommene Verpflichtung zur Zahlung von Zins- und Tilgungsleistungen auf durch Grundpfandrechte am Vertragsobjekt abgesicherte Verbindlichkeiten und sonstige Kosten und Lasten bei der Wertermittlung zum Zweck der Schenkungsteuerfestsetzung berücksichtigt werden müssen. Nach dem Sachverhalt waren die Veräußerer des Grundstücks verpflichtet, im Rahmen ihres Nießbrauchs, sämtliche Nutzungen zu ziehen und sämtliche private und öffentliche Lasten, einschließlich außerordentlicher öffentlicher Lasten sowie die dem Eigentümer obliegenden privaten Lasten zu tragen. Der Erwerber wiederum übernahm die durch Grundpfandrechte am übertragenen Grundbesitz abgesicherten Verbindlichkeiten in dinglicher und persönlicher Haftung. Im Innenverhältnis wurde zwischen Veräußerer und Erwerber allerdings vereinbart, dass während der Dauer des Nießbrauchs die Zins- und Tilgungsleistungen weiter vom Nießbraucher zu tragen sind.

Das Finanzamt setzte Schenkungsteuer fest und berücksichtigte die vom Erwerber ebenfalls mitübernommenen Darlehensverbindlichkeiten nicht als Minderung der schenkungsteuerlichen Bereicherung, da diese weiter von den Veräußerern getragen würden. Die dagegen erhobene Klage wurde zurückgewiesen. Das Finanzgericht stellt insoweit fest, dass der Kapitalwert des lebenslangen Nießbrauchs vom Wert des Grundstücks abgezogen werden muss, wobei sich die Bewertung des Kapitalwerts nach § 14 Abs. 1 BewG i. V. m. §§ 15, 16 BewG richtet. Als Grundlage für die Berechnung des Kapitalwerts sei danach der jeweilige Jahresnettoertragswert des Nießbrauchs zu ermitteln, wobei in diesem Zusammenhang die vom Nießbraucher weiter zu zahlenden Zinsen, von den Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung abzuziehen seien.<sup>31</sup> Dies ergebe sich aus § 10 Abs. 5 ErbStG. Aus diesem Grund sei die Übernahme der übernommenen Darlehensverbindlichkeiten nicht als separate Minderung der schenkungsteuerlichen Bereicherung zu berücksichtigen, da diese den Erwerber wirtschaftlich nicht belaste. Die Revision wurde zugelassen.

<sup>28</sup> BFH ZEV 2016, 218 ff.

<sup>29</sup> BFH/NV 2015, 5.

<sup>30</sup> FG Münster, Urt. v. 26.11.2015 – 3 K2711/13 Erb.

<sup>31</sup> BFH BStBl II 1980, 748.

#### 4. Wegfall der Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG bei Weiterübertragung an einen Abkömmling des Erwerbers vor Ablauf der Zehn-Jahres-Frist des § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 5 ErbStG

Das Finanzgericht Hessen<sup>32</sup> entschied die Frage, ob Immobilien, für die nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 5 ErbStG 1997 Schenkungsteuerbefreiung gewährt wurde und die im Anschluss daran von dem Erben zu eigenen Wohnzwecken genutzt werden, nachträglich mit Erbschaftsteuer belastet werden können, wenn der Erbe die Immobilie zwar zunächst zu eigenen Wohnzwecken nutzt, sie anschließend allerdings unentgeltlich weiter überträgt und sodann weiter als Nießbraucher nutzt. Das Finanzamt hatte eine entsprechende Nachversteuerung festgesetzt. Die dagegen erhobene Klage wurde als unbegründet abgewiesen; die Revision wurde zur Rechtsfortbildung zugelassen. Es war und ist streitig, ob eine Nachversteuerung bei Weiterübertragung der Immobilie unter gleichzeitigem Vorbehalt von Duldungsrechten (Nießbrauch, umfassendes Wohnungsrecht) oder gar bei fortlaufender Anmietung der Immobilie durch den Erben nach Verkauf derselben gerechtfertigt sei. Diese Frage ist bisher höchstrichterlich noch nicht entschieden, so dass es zu begrüßen ist, dass die Revision zugelassen wurde. Das Argument für die fortwährende Gewährung der Steuerbefreiung resultiert nach Auffassung ihrer Verfechter daraus, dass § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 5 ErbStG die Fortgewährung der Steuerbefreiung nicht an die Eigentümerstellung knüpfe. Dies gelte zumindest dann, wenn der Erbe überhaupt irgendwann Eigentümer der Immobilie wird und sie nicht schon unmittelbar ab dem Erbfall oder nach einer Erbauseinandersetzung als Nießbrauchberechtigter oder Wohnungsberechtigter nutzt.<sup>33</sup> Dagegen wird argumentiert, dass der Gesetzgeber das Wohneigentum nicht allgemein privilegieren wollte, sondern nur im Zusammenhang mit einem „familiären Nutzungs- und Funktionszusammenhang“. Das Familiengebrauchsvermögen solle krisenfest gemacht werden.<sup>34</sup> Es solle durch den Befreiungstatbestand vermieden werden, dass der Erbe das Familienheim verkaufen müsse, um Erbschaftsteuern zu bezahlen. Verkaufe er es gleichwohl, solle er auch die erbschaftsteuerliche Privilegierung verlieren.<sup>35</sup> Schließlich wird die Meinung vertreten, dass auf die Person des Erwerbers abgestellt werden solle, auf den der Erbe das Familienheim überträgt. Die Steuerbefreiung solle daher erhalten bleiben, wenn die Übertragung unentgeltlich auf Kinder des Erben erfolge.

Der Senat des FG Hessen hat sich zugunsten der 2. Auslegungsvariante entschieden, die Nachversteuerung durch das Finanzamt unterstützt und sich dabei maßgeblich auf die mit der Gesetzesänderung durch den Gesetzgeber verfolgten Ziele gestützt.

#### PRAXISTIPP

##### Vorsicht bei Übertragung ererbter Immobilien vor Ablauf der Zehn-Jahres-Frist:

Es bleibt abzuwarten, wie der BFH in der Sache entscheiden wird. Bis dahin ist bei der Übertragung von ererbten Immobilien, die nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 5 privilegiert werden, während der Zehn-Jahres-Frist Vorsicht geboten. Auf entsprechende Risiken sollte hingewiesen werden.

#### 5. Keine Steuerbefreiung als Familienheim bei Erwerb eines Eigentumsanwartschaftsrechts

Am 6.4.2016 entschied das Finanzgericht München<sup>36</sup> die Frage, ob eine Steuerbefreiung i. S. v. § 13 Abs. 1 Nr. 4b S. 1 ErbStG auch beim Erwerb eines Anwartschaftsrechts auf Erwerb eines Voll Eigentums an einem Familienwohnheim Gegenstand der Erbfolge ist. Nach dem zu entscheidenden Sachverhalt war die Erblasserin noch nicht als Eigentümerin eines im Grundbuch bereits verzeichneten Wohnungseigentums eingetragen. Zivilrechtlich war jedoch unstrittig davon auszugehen, dass die Erblasserin ihrem Vermögen bereits ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb des Eigentums an dieser Wohnung zurechnen konnte, als sie verstarb. Dieses Erwerbsrecht war dem Ehemann vermächtnisweise zugewandt worden, der sich auf den Steuerbefreiungstatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 4d ErbStG berief. Die Anwendung dieses Steuerbefreiungstatbestandes wurde durch das Finanzgericht nicht gewährt und die Klage gegen den vom Finanzamt festgesetzten Steuerbescheid als unbegründet zurückgewiesen.

Zur Begründung knüpft das Finanzgericht an die enge Verzahnung zwischen Zivilrecht und Erbschaftsteuerrecht an<sup>37</sup> und stellt fest, dass die Erblasserin zum Zeitpunkt ihres Todes noch nicht zivilrechtliche Eigentümerin gewesen sei. Der Erbschaftsteuerbefreiungstatbestand des § 13 Abs. 1 Nr. 4d ErbStG knüpfe jedoch an zivilrechtliches Eigentum an, so dass ein Anwartschaftsrecht auf Erwerb desselben nicht ausreichend sei. Die Haltung ist insoweit konsequent, als eine ähnliche Sichtweise schon bei der Frage herangezogen worden ist, ob der Erwerb eines Wohnungsrechts am Familienwohnheim ausreichend ist, um den vorgenannten Steuerbefreiungstatbestand zu erfüllen, was seinerzeit vom BFH ebenfalls verneint wurde.<sup>38</sup> Das Finanzgericht vergleicht den Sachverhalt mit dem bereits höchstrichterlich entschiedenen Fall des Erwerbs eines vertraglichen Sachleistungsanspruchs, der auf Übertragung von Grundbesitz gerichtet ist und in dessen Rahmen ebenfalls der gemeine Wert des Grundbesitzes maßgebend ist.<sup>39</sup> Da Steuerbefreiungstatbestände restriktiv ausgelegt werden müssten, könnten die Grundsätze des wirtschaftlichen Eigentums gem. § 39 AO nicht herangezogen werden. Eine erweiternde Auslegung der Steuerbefreiungsvorschrift komme nicht in Betracht, da das Erbschaftsteuerrecht sich sehr am Zivilrecht orientiere, der Wortlaut des Gesetzes an dieser Stelle eindeutig und abschließend sei und auch im Rahmen einer teleologischen Auslegung der Rechtsnormen des § 13 Abs. 1 Nr. 4b S. 1 ErbStG im Interesse der Klarheit der Rechtsnorm und der zweifelsfreien Bestimmbarkeit des Erwerbstatbestandes eine ausdehnende Auslegung der Rechtsnorm nicht gerechtfertigt sei. Die Revision wurde wegen grundsätzlicher Bedeutung zugelassen.



Dr. Alexander Michael

ist Notar in Wiehl und Fachredakteur der Zeitschrift *notar* für Immobilienzuwendungen.

E-Mail: a.michael@notare-wiehl.de

<sup>32</sup> FG Hessen, Beschl. v. 15.2.2016 – 1 K 2275/15.

<sup>33</sup> Geck, ZEV 2008, 557, 559; Richter/Viskorf/Philipp, DB 2009, Beil. Nr. 2 zu H 6, 10; Viskorf/Haag, DStR 2012, 219, 223.

<sup>34</sup> BT-Drucks 16/11107, 9.

<sup>35</sup> Tiedtke/Schmitt, NJW 2009, 2632, 2638.

<sup>36</sup> FG München, Urt. v. 6.4.2016 – 4 K 1868/15.

<sup>37</sup> BFHE 148, 324.

<sup>38</sup> BFHE 245, 374.

<sup>39</sup> BFHE 183, 248.



## rechtsprechung

OLG Schleswig

### Wohnungseigentum an schwimmenden Häusern

**Schwimmende Häuser, die mit dem Erdboden über eine unlös-  
bare Verankerung mit fest in den Grund gerammten Dalben  
sowie über einen betonierten Steg zum Uferflurstück verbun-  
den sind, können grundsätzlich in Wohnungseigentum auf-  
geteilt werden. (redaktioneller Leitsatz)**

OLG Schleswig, Beschl. v 10.4.2016 – 2 Wx 12/16  
BGB § 94 Abs. 1; WEG § 8 Abs. 1

#### Entscheidung:

Ein Grundstück bestehend aus Ufer- und Wasserfläche soll als Ferienwohnanlage in Form von Wohnungseigentum aufgeteilt werden. Auf vier schwimmenden, 110 x 29 m<sup>2</sup> großen Anlagen mit ihrerseits fünf Kombiplattformen sollen jeweils 15 Häuser errichtet werden. Die Anlagen bewegen sich zwar vertikal mit dem Wasserstand, sind über im Grund eingelassene Stahlrohre (Dalben) jedoch an der horizontalen Bewegung gehindert. Mit dem Ufer sind die Anlagen zudem über landseitig fest einbetonierte Stege verbunden, über die alle Leitungen geführt werden.

Das Grundbuchamt lehnte die beantragte Aufteilung in Wohnungseigentum ab, da es in Ermangelung einer festen Verbindung mit Grund und Boden an der Gebäudeeigenschaft fehle. Eine gleiche oder ähnliche Anlage sei zudem bisher noch von keinem Grundbuchamt als Wohnungseigentum eingetragen worden.

Das Gericht teilt diese Bedenken nicht. Es macht vielmehr deutlich, dass auf die sachenrechtliche Gebäudeeigenschaft gem. § 94 BGB abzustellen sei, welche auf die Erhaltung wirtschaftlicher Werte und die Wahrung rechtssicherer Vermögenszuordnung ausgerichtet sei. Diese Definition gehe nicht zwingend mit der bewertungsrechtlichen Einordnung als Gebäude einher, weshalb einer divergierenden Entscheidung des BFH, der sich das Grundbuchamt angeschlossen hatte, keine Bedeutung zukomme.

Konkret handele es sich bei den Anlagen keineswegs um Hausboote, die anderweitig ohne wesentliche Zerstörung und mit

einigermaßen begrenztem Aufwand wieder aufgebaut werden könnten. Die Zerlegung der einzelnen Steganlagen würde vielmehr zu massiven Zerstörungen führen und ein Transport wäre nicht nur wegen des hohen Gewichts von etwa 2.400 t je Anlage, sondern auch wegen fehlender Kintersicherheit ohne die Stege zum Ufer und die Dalben nicht möglich.

Die vielfachen Verankerungen der Steganlage mit dem Grund und Boden stünden in ihrer Stabilität zudem einer anderweitigen Verbindung von Gebäuden mit dem Grund, etwa durch ein Fundament aus Holzpfählen, in nichts nach. Eine Aufteilung in Wohnungseigentum sei daher möglich.

#### Anmerkung:

In der ersten wohnungseigentumsrechtlichen Entscheidung überhaupt zu dieser Frage verharret das OLG begrüßenswerterweise nicht an dem althergebrachten Verständnis eines „Gebäudes“. Vielmehr wendet es das geltende Recht auf neue Entwicklungen an und hält sich dabei eng an den Sinn und Zweck der Normen. Dem in der Praxis oft begegneten „Argument“, dass es so etwas ja noch nie gegeben habe, wird erfreulicherweise nicht gefolgt. Oder anders formuliert: Nur weil ein Haus schwimmt, ist es noch kein Boot, dem die Gebäudeeigenschaft fehlt.

Spannend wird die weitere Entwicklung im Bereich schwimmender Häuser, denn zwischen der hier in Frage stehenden, sehr monumentalen Anlage auf der einen und dem schlicht angetauten Hausboot auf der anderen Seite der (Nicht)Einordnung als „schwimmendes Gebäude“ dürften vielfältige Anlagen stehen, bei denen die Zuordnung schwerer fällt.

Es ist wünschenswert, immer dann zugunsten der Gebäudeeigenschaft zu entscheiden, wenn es sich letztlich um ein dauerhaft stationäres Haus auf dem Wasser und nicht lediglich um ein bewohnbares, jederzeit problemlos einen Standortwechsel ermöglichendes Boot handelt.

Dr. Jens Jeep, Hamburg

BGH

**Grunderwerb durch WEG**

Die Wohnungseigentümer können grundsätzlich den Erwerb eines Grundstücks durch die Gemeinschaft beschließen. An der erforderlichen Beschlusskompetenz fehlt es nur dann, wenn es sich offenkundig nicht um eine Verwaltungsmaßnahme handelt.

Der Erwerb eines Grundstücks durch die Wohnungseigentümergeinschaft entspricht jedenfalls dann in aller Regel ordnungsgemäßer Verwaltung, wenn das Grundstück für die Wohnungseigentumsanlage von Beginn an eine dienende und auf Dauer angelegte Funktion hatte und diese mit dem Erwerb aufrechterhalten werden soll. (amtliche Leitsätze)

BGH, Urt. v 18.3.2016 – V ZR 75/15

WEG §§ 10 Abs. 6 und 7, 21 Abs. 1 und 7

**Entscheidung:**

Allen Einheiten einer Gemeinschaft war von Anbeginn jeweils ein Stellplatz zur Nutzung „zugeordnet“, wobei jedoch 25 der insgesamt 31 Stellplätze auf dem Nachbargrundstück lagen und lediglich durch eine Stellplatzbaulast, nicht jedoch durch eine entsprechende Dienstbarkeit „gesichert“ waren.

Der Erwerber dieses nur faktisch „dienenden“ Nachbargrundstücks verlangte nunmehr eine Nutzungsentschädigung oder den Ankauf der genutzten Teilfläche. Die Wohnungseigentümer beschlossen mit einfacher Mehrheit, den von ihnen genutzten Grundstücksteil durch die Gemeinschaft anzukaufen und ermächtigten den Verwalter, einen entsprechenden Kaufvertrag zu schließen. 85 % der Kosten sollten die Nutzer der 25 Stellplätze tragen, 15 % alle Wohnungseigentümer zu gleichen Teilen. Eine der 25 Miteigentümerinnen hatte erfolglos gegen den Beschluss geklagt und scheiterte auch mit Berufung und Revision.

Der BGH entnimmt die grundsätzliche Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer für den Erwerb von Grundvermögen § 20 Abs. 1 i. V. m. § 21 Abs. 1, 3 WEG, da Gegenstand der gemeinschaftlichen Verwaltung auch das Verwaltungsvermögen sei. Zu diesem gehören gem. § 10 Abs. 7 S. 2 WEG auch rechtsgeschäftlich erworbene Sachen, ohne dass zwischen beweglichen und unbeweglichen unterschieden wird.

Der Beschluss bedürfe auch nicht der notariellen Form, da ein Fall des § 311b Abs. 1 BGB nicht vorliege und die Ermächtigung des Verwalters wie jede Vollmacht grundsätzlich formfrei sei.

Zudem entsprach der Erwerb der bereits seit Errichtung der Anlage als Parkplatz genutzten Teilfläche auch so klar ordnungsgemäßer Verwaltung, dass der BGH zwar die in Literatur und Rechtsprechung vorgebrachten Kriterien für die Beurteilung der Ordnungsmäßigkeit eines Beschlusses über den Erwerb eines Grundstücks zitiert, ohne jedoch Stellung beziehen zu müssen.

Die Kosten des Grundstückserwerbes stellten einen besonderen Verwaltungsaufwand i. S. d. § 21 Abs. 7 WEG dar, dessen Tragung durch Sonderumlagen hier entsprechend der eintretenden Nutzungsvorteile zulässigerweise abweichend von dem gesetzlichen Kostenverteilungsschlüssel des § 16 Abs. 2 WEG für den Einzelfall geregelt worden sei.

**Anmerkung:**

Die Entscheidung ist zutreffend und instruktiv. Man kann ihr die einzelnen Hürden entnehmen, die ein zulässiger Erwerb von Grundeigentum durch die WEG zu nehmen hat.

Erstens muss für die Annahme einer Beschlusskompetenz lediglich die niedrige Schwelle der „Verwaltungsmaßnahme“ überschritten werden, was im Sinne eines Schutzes des Rechtsverkehrs, der sich auf die Wirksamkeit des Vertragsschlusses durch den Verwalter verlassen können muss, nur bei Offenkundigkeit abzulehnen ist. Offenkundig keine Verwaltungsmaßnahme einer WEG wäre etwa der Erwerb eines Ferienresorts auf Mallorca.

Der Erwerbsbeschluss muss jedoch zweitens im Rahmen ordnungsgemäßer Verwaltung erfolgen, um anfechtungsfest zu sein. Hier wird es letztlich immer auf eine sachgerechte Abwägung im Einzelfall ankommen. Die grundsätzlichen Vorzüge des Gemeinschaftserwerbs – etwa eines Miteigentumsanteils an einer weiteren Grundstücke erschließenden privaten Zuwegung oder des Alleineigentums an einer Hausmeisterwohnung – gegenüber dem in der Praxis nicht selten vorzufindenden Bruchteilserwerb durch alle Wohnungseigentümer können hierbei gar nicht genug hervorgehoben werden.

Nur am Rande zeigt der Fall zudem, dass eine Baulast trotz des für Laien auf den ersten Blick scheinbar identischen Inhalts anders als die – hier aus nicht nachvollziehbaren Gründen nicht bestellte – Grunddienstbarkeit gerade keine individuellen Nutzungsrechte vermittelt.

Dr. Jens Jeep, Hamburg

**OLG Zweibrücken****Maßgebliches Ehegüterrecht bei ausländischer Staatsangehörigkeit eines oder beider Ehegatten – Verfahren des Grundbuchamts bei Eintragung von Ehegatten italienischer Staatsangehörigkeit als Eigentümer im Grundbuch**

Nach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB bestimmt sich in Abweichung zu den Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB das maßgebliche Ehegüterrecht nach deutschem Recht nur, wenn einer der Ehegatten zum Zeitpunkt der Eheschließung bereits die deutsche Staatsangehörigkeit besaß. (redaktioneller Leitsatz)

OLG Zweibrücken, Beschl. v. 9.12.2015 – 3 W 115/15

EGBGB Art. 5 Abs. 1 S. 2, 14 Abs. 1 Nr. 1, 15 Abs. 1; GBO § 47 Abs. 1

**Entscheidung:**

Eheleute (der Ehemann ist ausschließlich italienischer Staatsangehöriger, die Ehefrau ist deutsch-italienische Doppelstaaterin) mit Wohnsitz in Deutschland kauften ein Grundstück „als Miteigentümer zu ½“. Wann die Eheleute heirateten und wann die Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit erwarb, bleibt offen. Der Notarvertrag regelt weiter:

*Für den Fall, dass sich herausstellen sollte, dass ausländisches Recht Erwerb zu Bruchteilen nicht zulässt, ist die nachfolgende Auffassung in eine wirksame Auffassung umzudeuten. Der Veräußerer erklärt ausdrücklich, an die Käufer mit der Maßgabe veräußern zu wollen, dass diese berechtigt sind, ihr Gemeinschaftsverhältnis einseitig festzulegen...*

Das Grundbuchamt beanstandete den Antrag auf Eigentumsumschreibung: Wegen der italienischen Staatsangehörigkeit der Eheleute sei davon auszugehen, dass sich deren Güterrecht nach

italienischem Recht bestimme. Dieses kenne keine Gütergemeinschaft und keine Möglichkeit gemeinschaftlichen Erwerbs zu Bruchteilen, so dass die beantragte Eintragung nicht möglich sei; eine Eintragung der gemeinschaftlichen Berechtigung in Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht sei nicht beantragt. Dem hielt der Notar entgegen, wegen der auch deutschen Staatsangehörigkeit der erwerbenden Ehefrau sei deutsches Güterrecht anzuwenden.

Das OLG Zweibrücken wies die Beschwerde zurück: Die maßgebliche Rechtslage sei im Nichtabhilfe- und Vorlagebeschluss des Grundbuchamtes zutreffend dargestellt. Die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe italienischer Staatsangehöriger, die keinen Ehevertrag vereinbart und keine Rechtswahl getroffen hätten, unterlägen dem bei der Eheschließung für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebenden Recht (Art. 15 Abs. 1 EGBGB); dies sei das italienische Recht (Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB). Das italienische Recht kenne für in Deutschland lebende und hier Grundbesitz erwerbende Staatsangehörige keine Rückverweisung auf deutsches Recht, vielmehr bestimmten die einschlägigen Regelungen des italienischen IPR, dass die Ehegatten grundsätzlich dem Heimatrecht unterlägen (Art. 29, 30 des ital. IPRG vom 31.5.1995). Nach Art. 159, 177 *Codice Civile* sei gesetzlicher Güterstand die Errungenschaftsgemeinschaft. Mit Blick auf § 47 GBO sei deshalb die „Errungenschaftsgemeinschaft nach italienischem Recht“ im Grundbuch einzutragen. Es heißt weiter:

*Für den Fall, dass einer der beiden Ehegatten eine doppelte Staatsbürgerschaft besitzt und deshalb – auch – Deutscher ist, bestimmt Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB, dass sich in Abweichung zu den Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB das maßgebliche Güterrecht nach deutschem Recht bestimmt. Diese Regelung wird zwar ganz überwiegend kritisiert (...), sie ist aber als geltendes Recht hinzunehmen und anzuwenden. Dabei kann dahinstehen, ob und in welchem Umfang die Norm geltungserhaltend zu reduzieren ist. Denn nach Art. 15 Abs. 1 EGBGB kommt es auf die maßgebliche Rechtslage gerade zum Zeitpunkt der Eheschließung an. Dieser Umstand ist auch bei der Anwendung der allgemeinen Bestimmungen des IPR zu berücksichtigen. Erwerben die Ehegatten nach ihrer Eheschließung eine gemeinsame effektive Staatsangehörigkeit oder einer der Ehegatten zusätzlich die deutsche Staatsangehörigkeit, begründen sie später einen gewöhnlichen Aufenthalt in einem anderen Staat, vereinbaren sie erst nach Eheschließung ein Statut für die allgemeinen Ehwirkungen usw., so sind alle diese Vorgänge für die Bestimmung des maßgeblichen Ehegüterstatuts grundsätzlich unerheblich (sog. Grundsatz der Unwandelbarkeit).*

#### Anmerkung:

Die Entscheidung ist ein schönes Beispiel für die Schwierigkeiten bei Sachverhalten mit Auslandsberührung und für die Prüfung kollisionsrechtlicher Fragen.

Vorab folgender Hinweis: Die These des OLG, bei Doppelstaatern mit auch deutscher Staatsangehörigkeit folge aus Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB, dass sich in Abweichung zu den Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB das maßgebliche Ehegüterrecht nach deutschem Recht bestimme, ist nicht richtig. Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB trifft keine Aussage zu dem auf die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe maßgeblichen Recht (Güterrechtsstatut). Diese Norm dient lediglich der Bestimmung des Personalstatuts bei Mehrstaatern. Danach geht bei Mehrstaatern mit auch deutscher Staatsangehörigkeit die deutsche Staatsangehörigkeit vor. Das Güterrechtsstatut bestimmt sich hingegen ausschließlich nach Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB.

Auf der Grundlage des in zentralen Punkten nicht aufgeklärten Sachverhalts – dazu nachstehend – ergibt sich (aus deutscher Sicht) folgendes Prüfungsschema:

Art. 15 Abs. 1 EGBGB verweist zur Ermittlung des auf die güterrechtlichen Wirkungen einer Ehe anwendbaren Rechts, also des Güterrechtsstatuts, auf das **bei der Eheschließung** für die allgemeinen Wirkungen der Ehe maßgebende Recht. Letzteres bestimmt sich nach Art. 14 Abs. 1 EGBGB, der eine stufenweise Anknüpfung vorsieht (sog. *Kegel'sche Leiter*) und in Zusammenhang mit Art. 15 Abs. 1 EGBGB wie folgt zu lesen ist: In erster Linie unterliegen die güterrechtlichen Wirkungen der Ehe dem Recht des Staates, dem beide Ehegatten **bei der Eheschließung** angehörten (Nr. 1), sonst dem Recht des Staates, in dem beide Ehegatten **bei der Eheschließung** ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten (Nr. 2), hilfsweise dem Recht des Staates, mit dem die Ehegatten **bei der Eheschließung** auf andere Weise gemeinsam am engsten verbunden sind (Nr. 3).

Wenn beide Ehegatten bei der Eheschließung ausschließlich die italienische Staatsangehörigkeit besaßen, verweist das deutsche Kollisionsrecht somit gemäß Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB auf das italienische Recht. Aus den gesetzlichen Bestimmungen der Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB wird der zur Bestimmung des Güterrechtsstatuts wichtige **Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts** abgeleitet: Die Anknüpfung an das Ehwirkungsstatut **zum Zeitpunkt der Eheschließung** hat zur Konsequenz, dass die für die Beurteilung der güterrechtlichen Wirkungen der Ehe einmal festgelegte Rechtsordnung auch dann maßgebend bleibt, wenn sich während der Ehe tatsächliche Veränderungen in Bezug auf die Anknüpfungspunkte (wie etwa Wechsel der Staatsangehörigkeit, Hinzuerwerb einer weiteren Staatsangehörigkeit, Wechsel des gewöhnlichen Aufenthaltes) ergeben. Das zu Beginn der Ehe fixierte Güterrechtsstatut beherrscht deshalb grundsätzlich das Güterrecht der Ehegatten während der ganzen Zeit des Bestehens der Ehe.<sup>1</sup>

Verweist Art. 15 Abs. 1 EGBGB i. V. m. Art. 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB mit Rücksicht auf die gemeinsame italienische Staatsangehörigkeit der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung auf das italienische Recht, so handelt es sich um eine Gesamtverweisung, also um eine Verweisung auch auf das italienische Internationale Privatrecht.<sup>2</sup> Nach dem am 1.9.1995 in Kraft getretenen Gesetz Nr. 218 vom 31.5.1995 (IPRG) wird für die Anknüpfung der vermögensrechtlichen Beziehungen der Ehegatten auf das für die persönlichen Beziehungen maßgebende Recht verwiesen (Art. 30 Abs. 1 IPRG). Die persönlichen Beziehungen der Ehegatten unterliegen ihrem gemeinsamen Heimatrecht (Art. 29 Abs. 1 IPRG). Aus diesen Vorschriften ergibt sich, dass das italienische Kollisionsrecht anders als das deutsche Kollisionsrecht **wandelbar** anknüpft: Nach italienischem Kollisionsrecht ist also (in erster Linie) allein die gemeinsame Staatsangehörigkeit maßgebend, ohne dass für diese Feststellung auf einen bestimmten Zeitpunkt abgestellt wird.<sup>3</sup> Daraus folgt, dass

<sup>1</sup> Schotten/*Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn 137, 138 m. w. N. in Fn 130, 131.

<sup>2</sup> Vgl. Art. 4 Abs. 1 S. 1 EGBGB; zum Begriff vgl. Schotten/*Schmellenkamp*, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn 16, 17.

<sup>3</sup> Vgl. auch Bergmann/*Ferid/Henrich*, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Italien, Stand: 15.5.2015, S. 26, sowie den Gesetzestext S. 53; *Kindler*, Einführung in das italienische Recht, 2. Aufl. 2008, S. 346 f.

nach italienischem Kollisionsrecht bei einem Wechsel der Staatsangehörigkeit auch ein Wechsel des Güterrechtsstatuts eintreten kann (sog. *Statutenwechsel*). Insbesondere kann der im italienischen Kollisionsrecht geltende Grundsatz der Wandelbarkeit des Güterrechtsstatuts zu Rück- oder Weiterverweisungen führen.<sup>4</sup> Eine Rückverweisung des italienischen Rechts auf das deutsche Recht wird vom deutschen Recht gemäß Art. 4 Abs. 1 S. 2 EGBGB angenommen.

Zurück zum konkreten Fall: Die entscheidende Frage in dem vom OLG Zweibrücken zu beurteilenden Sachverhalt ist, ob die deutsch-italienische Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit bereits zum Zeitpunkt der Eheschließung besaß oder ob sie diese erst später hinzugewonnen hat.

Besaßen die Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung beide ausschließlich die italienische Staatsangehörigkeit, wird die Verweisung des deutschen Kollisionsrechts durch das italienische Kollisionsrecht angenommen. In diesem Fall ist Güterrechtsstatut das italienische Recht.

Erwarb die Ehefrau nach Eheschließung zusätzlich zur italienischen Staatsangehörigkeit auch die deutsche Staatsangehörigkeit, wirkt sich dies auf das ermittelte Güterrechtsstatut (= italienisches Recht) nicht aus: Im italienischen Kollisionsrecht (das ja die Verweisung des deutschen Kollisionsrechts angenommen hat) geht bei Mehrstaatern mit auch italienischer Staatsangehörigkeit die italienische Staatsangehörigkeit vor (Art. 19 Abs. 2 IPRG). Der Hinzuerwerb der deutschen Staatsangehörigkeit nach der Eheschließung führt also keinen Statutenwechsel herbei. Es bleibt bei der Maßgeblichkeit des italienischen Rechts als Güterrechtsstatut. Mangels Ehevertrag leben die Ehegatten im gesetzlichen Güterstand italienischen Rechts, bei dem es sich um eine Art Errungenschaftsgemeinschaft handelt.<sup>5</sup>

Besaß die Ehefrau bereits im Zeitpunkt der Eheschließung neben der italienischen auch die deutsche Staatsangehörigkeit, geht gemäß Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB die deutsche Staatsangehörigkeit vor. In diesem Fall fehlt es (auf der 1. Stufe der *Kegel'schen Leiter*) an der Voraussetzung „gemeinsame Staatsangehörigkeit“ i. S. d. Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 1 EGBGB. Vielmehr ist gemäß Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB (auf der 2. Stufe der *Kegel'schen Leiter*) zu prüfen, in welchem Staat beide Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung ihren gewöhnlichen Aufenthalt hatten.

- Befand sich der gewöhnliche Aufenthalt eines jeden Ehegatten bei Eheschließung in Deutschland, so verweist das deutsche Kollisionsrecht auf das deutsche Recht und nicht auf das italienische Recht. Güterrechtsstatut ist das deutsche Recht.
- Befand sich der gewöhnliche Aufenthalt beider Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung hingegen in Italien, verweist das deutsche Kollisionsrecht gemäß Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB auf das italienische Kollisionsrecht und zwar als Gesamtverweisung. Nach italienischem Kollisionsrecht geht bei Mehrstaatern mit auch italienischer Staatsangehörigkeit die letztere vor (Art. 19 Abs. 2 IPRG). Das italienische Recht nimmt in einem solchen Fall die Verwei-

sung des deutschen Rechts an, so dass das italienische Recht Güterrechtsstatut ist und die Ehegatten mangels Ehevertrag im gesetzlichen Güterstand der Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts leben.

- Befand sich der gewöhnliche Aufenthalt der Ehegatten im Zeitpunkt der Eheschließung nicht in demselben Staat, hatte also ein Ehegatte seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Italien und der andere Ehegatte in Deutschland, ist gemäß Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 Nr. 3 EGBGB (3. Stufe der *Kegel'schen Leiter*) das Recht des Staates zu ermitteln, mit dem die Ehegatten bei der Eheschließung auf andere Weise am engsten verbunden waren. In Betracht kommen hier die gemeinsamen sozialen Bindungen der Ehegatten an einen Staat, aber auch subjektive Elemente, wie etwa die gemeinsame Lebensplanung der Ehegatten, in einem bestimmten Staat nach der Eheschließung den ersten gemeinsamen ehelichen Wohnsitz begründen zu wollen.<sup>6</sup>
- Bestand im Zeitpunkt der Eheschließung die engste Verbindung zu Deutschland, verweist das deutsche Kollisionsrecht auf das deutsche Recht, eine Verweisung auf italienisches Recht findet nicht statt. Güterrechtsstatut ist das deutsche Recht.
- Bestand im Zeitpunkt der Eheschließung die engste Verbindung zu Italien, verweist das deutsche Kollisionsrecht auf das italienische Recht, und zwar als Gesamtverweisung (so die herrschende Meinung<sup>7</sup>). Das italienische Kollisionsrecht stellt wegen der auch italienischen Staatsangehörigkeit der Ehefrau gemäß Art. 19 Abs. 2 IPRG auf die gemeinsame italienische Staatsangehörigkeit ab und nimmt somit die Verweisung des deutschen Kollisionsrechts an. Güterrechtsstatut ist das italienische Recht. Mangels Ehevertrag leben die Ehegatten in Errungenschaftsgemeinschaft italienischen Rechts.

Zusammenfassend ist festzustellen:

- Die These des OLG Zweibrücken, wonach Art. 5 Abs. 1 S. 2 EGBGB bei Mehrstaatern mit auch deutscher Staatsangehörigkeit bestimmt, dass sich abweichend von Art. 15 Abs. 1, 14 Abs. 1 EGBGB das maßgebliche Güterrecht nach deutschem Recht beurteilt, ist unzutreffend.
- Der Grundsatz der Unwandelbarkeit des Güterrechtsstatuts gilt im deutschen Kollisionsrecht, nicht aber im italienischen Kollisionsrecht.

Für das Grundbuchamt ist die Ermittlung des Güterrechtsstatuts und – darauf basierend – die Ermittlung des Güterstandes von Ehegatten sowohl für die Beurteilung der Verfügungsmacht bei Verfügungen über unbewegliches Vermögen als auch für die Beurteilung des Erwerbsverhältnisses gemäß § 47 GBO von Bedeutung. Das Grundbuchamt ist aufgrund des Legalitätsprinzips gehalten, das Grundbuch mit der wirklichen Rechtslage in Einklang zu halten.<sup>8</sup> Eine Eintragung, deren Unrichtigkeit dem Grundbuchamt bekannt ist, hat es abzulehnen. Allerdings trifft das Grundbuchamt (auch) in Fällen mit Auslandsberührung keine Nachforschungspflicht; ohne konkrete Anhaltspunkte darf die beantragte Eintragung nicht abgelehnt werden, nur weil möglicherweise das beantragte Gemeinschaftsverhältnis wegen

<sup>4</sup> Sog. *bewegliche Rückverweisung*, vgl. Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn 144 m. w. N. in Fn 168.

<sup>5</sup> Zur Rechtsnatur dieses Güterstandes vgl. Bergmann/Ferid/Henrich, Internationales Ehe- und Kindschaftsrecht, Italien, Stand 15.5.2015, S. 35 ff.

<sup>6</sup> Vgl. Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn 113 m. w. N. in Fn 19, Rn 155.

<sup>7</sup> Zum Meinungsstand vgl. Schotten/Schmellenkamp, Das Internationale Privatrecht in der notariellen Praxis, 2. Aufl. 2007, Rn 114 Fn 23.

des Güterrechts unrichtig ist.<sup>9</sup> Gelangt das Grundbuchamt indes zu der sicheren Überzeugung, dass die beantragte Eintragung zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen würde, kann eine Zwischenverfügung erlassen werden.<sup>10</sup>

In dem durch das OLG Zweibrücken zu entscheidenden Fall wäre die Zwischenverfügung vermutlich nicht erforderlich gewesen, wenn dem Grundbuchamt von vornherein außer den Staatsangehörigkeiten der Vertragsbeteiligten auch mitgeteilt worden wäre, wann die Ehefrau die deutsche Staatsangehörigkeit erworben hat. Wir Notare sind aufgefordert, einen Beitrag zur Entlastung der Grundbuchämter zu leisten, indem wir die erforderlichen Informationen bei den Beteiligten erfragen und den ermittelten Sachverhalt im Text der notariellen Urkunde dokumentieren. Diesen Grundsätzen wird die streitgegenständliche Urkunde nicht gerecht. Die mehrzeilige „*Rettungsklausel*“ verdeutlicht, dass sich der Kollege seiner Sache selbst nicht sicher war. Diese Unsicherheit hätte durch einige wenige Fragen maßgeblich abgemildert werden können, und zwar auch im Laufe des Antragsverfahrens. Der Eintragungsantrag hätte hinsichtlich des Beteiligungsverhältnisses nach Aufklärung des Sachverhaltes unschwer abgeändert werden können.

#### INFO

##### Hilfestellung zur Bestimmung des Güterrechtsstatuts:

Wertvolle Hilfestellungen zur Bestimmung des Güterrechtsstatuts (einschließlich etwa bestehender Rechtswahlmöglichkeiten) und zur Ermittlung des gesetzlichen Güterstandes, zur Zulässigkeit von Eheverträgen etc. in den verschiedenen EU-Mitgliedstaaten liefert zudem die Informationsplattform zum Güterrecht in Europa ([www.coupleseurope.eu](http://www.coupleseurope.eu)).

Cornelia Schmellenkamp, Leverkusen

<sup>8</sup> Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn 209.

<sup>9</sup> Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn 3421 m. w. N. in Fn 45.

<sup>10</sup> Vgl. statt aller: BayObLG DNotZ 1987, 98; Wolfsteiner, DNotZ 1987, 86; ferner Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn 3241b m. w. N. in Fn 51.

#### OLG Hamm

### Nachweis der Erbfolge in einen Hof i. S. d. HöfeO durch eidesstattliche Versicherung

**Der Nachweis der negativen Tatsache, dass der Erblasser keine formlose Hoferbenbestimmung im Sinne des § 6 Abs. 1 HöfeO getroffen hat, bevor er durch die gem. § 35 Abs. 1 S. 2 GBO vorgelegte öffentliche Urkunde durch letztwillige Verfügung einen Hoferben berufen hat, kann auch im Grundbucheintragungsverfahren durch eine eidesstattliche Versicherung der als gesetzliche Hoferben in Betracht kommenden Abkömmlinge des Erblassers geführt werden. (amtlicher Leitsatz)**

OLG Hamm, Beschl. v. 27.1.2016, I-15 W 555/15

GBO § 35; HöfeO §§ 6 Abs. 1, 7 Abs. 2

#### Entscheidung:

Ein Erblasser hatte in einem Erbvertrag seine Ehefrau zur Hoferbin bestimmt. Das Grundbuchamt entsprach dem Antrag auf Grundbuchberichtigung auf Basis dieses Erbvertrages nebst Niederschrift über die Eröffnung desselben (§ 35 Abs. 1 S. 2 GBO) nicht und erließ eine Zwischenverfügung. Der Grund-

buchberichtigung stehe entgegen, dass die Erbfolge in den Hof i. S. d. HöfeO nicht vollständig nachgewiesen worden sei. Das OLG Hamm hielt die daraufhin eingelegte Beschwerde für weitgehend unbegründet. Allein aufgrund der Vorlage des Erbvertrages könne nicht ausgeschlossen werden, dass der Erblasser die Bewirtschaftung des Hofes nach § 6 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 HöfeO einem seiner (vier) Kinder vor dem Abschluss des Erbvertrages ohne Vorbehalt auf Dauer übertragen habe und diese Bewirtschaftung andauere. Die im Erbvertrag angegebene Aussage des Erblassers, keine formlose Hoferbenbestimmung vorgenommen zu haben, werde im Sinne einer inhaltlichen Richtigkeit nicht durch § 415 ZPO bewiesen. Vielmehr sei der Nachweis der Hoferbfolge nur durch die Vorlage eines Hoffolgezeugnisses oder eines Hoferbenfeststellungsbeschlusses zu führen bzw. – so das OLG in Ergänzung der Zwischenverfügung – durch eine eidesstattliche Versicherung der (vier) Kinder dergestalt, dass der Erblasser ihnen die Bewirtschaftung des Hofes nicht vor Abschluss des Erbvertrages auf Dauer übertragen hatte, ohne sich ihnen gegenüber die Bestimmung des Hoferben ausdrücklich vorzubehalten oder – für den Fall einer solchen Übertragung – dass eine Bewirtschaftung des Hofes nicht andauere. Nur bei weiteren Zweifeln, die über die abstrakte Möglichkeit eines anderen Sachverhalts hinausgehen würden, wäre ein Hoffolgezeugnis nach § 35 Abs. 1 S. 2 HS 2 GBO nicht verzichtbar.

#### Anmerkung:

Die Entscheidung befasst sich im weiteren Sinne mit der Prüfungspflicht des Grundbuchamts hinsichtlich der durch öffentliche Urkunde nachgewiesenen Erbfolge. Während durch § 35 Abs. 1 S. 1 GBO das Grundbuchamt der Prüfung konkreter erbrechtlicher Verhältnisse entledigt werden soll, bleibt dem Grundbuchamt wegen § 35 Abs. 1 S. 2 1. HS die eigene Prüfungspflicht in den Fällen der letztwilligen Erbfolge nicht erspart.<sup>1</sup> Grundsätzlich genügt es dem Gesetz entsprechend, wenn bei einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen anstelle des Erbscheins die Verfügung und die Niederschrift über ihre Eröffnung vorgelegt werden. Die Vorlage kann durch die die Urkunden enthaltenden Akten desselben Amtsgerichts ersetzt werden.<sup>2</sup> Allerdings wird diese Ausnahmeregelung außer Kraft gesetzt und zu § 35 Abs. 1 S. 1 zurückgekehrt, wenn das Grundbuchamt gem. § 35 Abs. 1 S. 2 2. HS die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen erachtet. Für diesen Fall werden von der Rechtsprechung allerdings hohe Anforderungen gestellt. Hiernach darf das Grundbuchamt eine Eintragung aufgrund vorgelegter letztwilliger Verfügungen in öffentlicher Urkunde nur versagen, wenn sich nach erschöpfender rechtlicher Würdigung konkrete Zweifel an der Gültigkeit des Testaments oder der Beurteilung der Erbfolge ergeben.<sup>3</sup> Während der Rechtsinhalt des Testaments, auch wenn es um rechtlich schwierige Fragen geht, stets vom Grundbuchamt zu prüfen ist, kann die Vorlage eines Erbscheins dann verlangt werden, wenn besondere tatsächliche Ermittlungen über außerhalb der Urkunde liegende Umstände erforderlich sind.<sup>4</sup> Entfernte abstrakte Möglichkeiten, die das aus der Verfügung hervorgehende Erbrecht nur unter ganz besonderen Umständen in Frage stellen, vermögen das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheins ebenso wenig zu rechtfertigen wie rein rechtliche Bedenken.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> Meikel/Roth, GBO, § 35 Rn 1.

<sup>2</sup> OLG Frankfurt a. M. NJW-RR 2005, 380.

<sup>3</sup> KG OLGE 6, 15.

<sup>4</sup> KG OLGE 44, 88; zum Ganzen Meikel/Roth, GBO, § 35 Rn 110.

<sup>5</sup> Demharter, GBO, § 35 Rn 39.

In der hier vorgestellten Entscheidung ging es nun im weiteren Sinne um einen Zweifelsfall und die damit verbundene Frage weiterer Beweismittel in Ergänzung des § 35 Abs. 1 S. 2 GBO. Eigene Ermittlungen darf das Grundbuchamt nicht anstellen, jedoch hat es vorgelegte öffentliche Urkunden anderer Art sowie offenkundige Tatsachen bei der Auslegung der Verfügung zu berücksichtigen.<sup>6</sup> Hierzu zählen insbesondere eidesstattliche Versicherungen vor einem Notar, wenn auch das Nachlassgericht ohne weitere Ermittlungen eine solche eidesstattliche Versicherung gem. § 2356 Abs. 2 BGB der Erbscheinerteilung zu Grunde legen würde.<sup>7</sup> Das gilt insbesondere, wenn es um den Nachweis des Nichtvorliegens bestimmter Tatsachen geht. Prominentes Beispiel hierfür ist die eidesstattliche Versicherung des überlebenden Ehegatten oder eines betroffenen Abkömmlings, dass keine weiteren gemeinschaftlichen Kinder geboren wurden.<sup>8</sup> Ablehnenden Literaturstimmen<sup>9</sup> zu dieser Handhabung durch das Grundbuchamt kommt die einschränkende Entscheidung des BayObLG entgegen, nach der die eidesstattliche Versicherung zum Nachweis nur ausreicht, wenn keine Anhaltspunkte dafür sprechen, dass das Nachlassgericht weitere Ermittlungen anstellen und zu einer abweichenden Beurteilung der Erbfolge gelangen könnte, wobei dem Grundbuchamt bei der Beurteilung dieser Frage ein gewisser Beurteilungsspielraum zusteht.<sup>10</sup>

Im beschlussgegenständlichen Anwendungsbereich des Höferechts kann das Vorgesagte bedeuten, dass zur Grundbuchberichtigung ein Hoffolgezeugnis erforderlich ist, wenn einer erbvertraglichen Hoferbeneinsetzung die Möglichkeit einer formlosen Hoferbenbestimmung gem. §§ 7 Abs. 2, 6 Abs. 1 HöfeO entgegenstehen kann.<sup>11</sup> Entsprechend der Rechtsprechung zum Nachweis des Nichtvorliegens bestimmter Tatsachen (Negativtatsachen) hat das OLG Hamm klargestellt, dass es auch im Anwendungsbereich der HöfeO ausreichend ist, wenn die als Hoferben nach § 7 Abs. 2 S. 1 HöfeO in Betracht kommenden Kinder des Erblassers an Eides Statt vor einem Notar versichern, dass der Erblasser ihnen die Bewirtschaftung des Hofes nicht vor Errichtung des Erbvertrages mit der Ehefrau, in dem diese zur Hoferbin bestimmt wurde, auf Dauer übertragen hatte, ohne sich ihnen gegenüber die Bestimmung des Hoferben ausdrücklich vorzubehalten, oder dass für den Fall einer solchen Übertragung die eigene Bewirtschaftung nicht mehr vorgenommen wird.

Dieser Klarstellung durch das OLG Hamm ist zuzustimmen. Die Erfordernisse des Nachweises der Hoferbenstellung dürfen insofern nicht strenger gehandhabt werden als im Bereich außerhalb der Sondererbfolge. Anders wäre dies entsprechend der vorgenannten Rechtsprechung nur zu beurteilen, wenn konkrete Anhaltspunkte nahelegen würden, dass im Hoffolgeerteilungsverfahren weitere tatsächliche Ermittlungen durchzuführen wären.

Hiervon zu trennen, aber ebenfalls von praktischem Interesse ist folgender Fall: Ein kinderloser, verwitweter Erblasser ohne hoffähige Erben in der Verwandtschaft setzt in einem notariel-

len Testament zwei Patenkinder zu gleichen Teilen als Erben ein. Das Grundbuchamt lehnt die Grundbuchberichtigung ab, da im Grundbuch ein Hofvermerk eingetragen ist und verlangt ein Hoffolgezeugnis. Der Hof war allerdings nachweislich seit Jahrzehnten verwaist. Hier stellte sich die Frage des korrekten und praktikabelsten Vorgehens. Die Beantragung eines Hoffolgezeugnisses würde in diesem Fall nicht zum Ziel führen. Es gab keinen Hoferben und die beiden Patenkinder sollten und wollten zu gleichen Teilen erben. In Betracht käme freilich, beim Landwirtschaftsgericht einen Feststellungsantrag dergestalt zu stellen, dass kein Hof im Sinne der HöfeO vorlag. § 11 Abs. 1 Buchst. a) HöfeVfO ist gegenüber § 37 Abs. 1 Buchst. a) LVO durch die Worte „oder vorgelegen hat“ erweitert worden, so dass nun auch unzweifelhaft die Feststellung der Hofeigenschaft für die Vergangenheit getroffen werden kann.<sup>12</sup> Die Klarstellung war insofern wichtig, als der Feststellungsantrag nicht selten erst nach dem Erbfall gestellt wird, wenn die Beteiligten sich darüber streiten, ob die Besitzung nach der HöfeO oder nach dem BGB ererbt worden ist.<sup>13</sup> Grundsätzlich ist in Höfesachen ein nach § 18 Abs. 2 S. 2 HöfeO ausgestellter Erbschein, der den Hoferben ausweist, bzw. ein Hoffolgezeugnis nötig, da bei eingetragenem Hofvermerk ein Erbschein ohne Angabe darüber, wer Hoferbe ist, nicht die Vermutung begründen kann, dass sich der Hof nach bürgerlichem Recht vererbt hat. Die Vermutung des § 2365 BGB wird insofern durch § 5 HöfeVfO aufgehoben.<sup>14</sup> Eine Grundbuchberichtigung kommt dann regelmäßig nur in Betracht, wenn entweder ein dem § 18 Abs. 2 S. 2 HöfeO entsprechender Erbschein vorgelegt wird oder das Landwirtschaftsgericht das Grundbuchamt um Löschung des Hofvermerks ersucht bzw. wenn sich aus einem Feststellungsbeschluss ergibt, dass kein Hof vorlag. Die richtige Vorgehensweise ist in vorliegend geschildertem Fall allerdings die Beantragung und Erteilung eines Erbscheins, aus dem hervorgeht, dass sich die Besitzung trotz ihrer Hofeigenschaft gem. § 10 HöfeO nach bürgerlichem Recht vererbt hat. Im Fall des § 10 HöfeO verliert die Besitzung die Hofeigenschaft zwar nicht, jedoch bildet der Hof zusammen mit dem hoffreien Vermögen den Nachlass, über den ein Erbschein (und nicht ein Hoffolgezeugnis) ohne Hinweis auf den Hof zu erteilen ist. Die Hofeigenschaft entfällt sodann bei Anfall an eine Personenmehrheit mit der Folge, dass der Hofvermerk von Amts wegen zu löschen ist.<sup>15</sup> Einer besonderen Feststellung der Verwaistheit des Hofes mittels eigenen Feststellungsverfahrens bedarf es nicht. Ein solches Feststellungsverfahren ist weder in der HöfeO noch in der HöfeVfO vorgesehen.<sup>16</sup> Die Praxis sollte in diesen Fällen aber im Erbscheinantrag die Verwaistheit des Hofes nachweisbar darstellen und der Erbschein sollte in der Folge einen Vermerk enthalten, dass der im Nachlass befindliche Hof verwaist ist.<sup>17</sup>

<sup>12</sup> Vgl. aber auch früher schon BGHZ 44, 145.

<sup>13</sup> Steffen/Ernst, Höfeordnung mit Höfeverfahrensordnung, 3. Aufl. 2010, § 11 HöfeVfO Rn 11.

<sup>14</sup> Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 18 Rn 77.

<sup>15</sup> Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 10 Rn 13. Der eingetragene Hofvermerk wirkt nur bei einem Eigentumswechsel durch Erbgang an einen Alleinerben oder an Ehegatten so lange fort, bis der neue Hofeigentümer die Löschung des Hofvermerks veranlasst hat.

<sup>16</sup> Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 10 Rn 17.

<sup>17</sup> Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 10 Rn 17; zur Zuständigkeit vgl. § 18 Abs. 2 HöfeO und Wöhrmann, Das Landwirtschaftserbrecht, 10. Aufl., § 18 Rn 40.

<sup>6</sup> Demharter, GBO, § 35 Rn 40 m. w. N.

<sup>7</sup> Z. B. BayObLG NJW-RR 2003, 736.

<sup>8</sup> Vgl. zusammenfassend DNotI-Report 14/2006, 109 ff.

<sup>9</sup> Meikel/Roth, GBO, § 35 Rn 119 ff.

<sup>10</sup> BayObLGZ 2000, 167 ff.

<sup>11</sup> OLG Oldenburg Rpfleger 1989, 95.

**FORMULIERUNGSVORSCHLAG****(Auszugsweise) Formulierung des Erbscheinantrags bei Verwaistheit des Hofes und Anfall des Erbes an eine Personenmehrheit:**

(...) Aus diesem Grund, basierend auf den voran geschilderten Tatsachen zur Verwaistheit des Hofes, beantragen wir die Erteilung eines Erbscheins des Inhalts, dass Erben des Erblassers geworden sind die Antragsteller

1. der Erschienenen zu 1.,
  2. die Erschienenen zu 2.,
- zu je hälftigem Anteil – .

Da die Hofeigenschaft erloschen ist, ist der Hofvermerk im Grundbuch zu löschen, was hiermit beantragt wird. Es wird angeregt, in dem Erbschein einen klarstellenden Vermerk über die „Verwaistheit“ des Hofes und die entfallene Hofeigenschaft aufzunehmen.

Der Notar hat uns darüber belehrt, (...)

Einer Grundbuchberichtigung auf die bürgerlich rechtlichen Erben steht nach Erteilung eines solchen Erbscheins dann nichts mehr entgegen.

Dr. Thorsten Führ, LL.M. (Cambridge), Düren

**Impressum****notar**

Monatsschrift für die gesamte notarielle Praxis und Mitteilungsblatt des Deutschen Notarvereins

**Herausgeber**

Prof. Dr. Walter Bayer, Jena  
Notar Dr. Peter Schmitz, Köln  
Prof. Dr. Rainer Schröder †, Berlin  
Notar Dr. Oliver Vossius, München  
Richter am BGH a.D. Roland Wendt, Karlsruhe

**Schriftleiter**

Notarassessor Dr. Sven Schindler, Berlin  
Notar Andreas Schmitz-Vormoor, Remscheid

**Redaktion**

Carola Vonhof-Stolz

**Bildnachweis**

Dr. Jens Jeep (Rubrikköpfe)

**Fachredakteure**

Handelsregister  
Notar Dr. Thomas Kilian, Aichach

**Steuerrecht**

Notar Dr. Jörg Ihle, Bergisch Gladbach-Bensberg

**Bauträgerrecht**

Notarassessor Christian Scheibengruber, München

**Gesellschaftsrecht**

Notar Dr. Oliver Vossius, München

**Wohnungseigentum**

Notarin Dr. Ingrid Naumann, LL.M. (Harvard), Hamburg

Beurkundungs- und Berufsrecht  
Notar Dr. Tobias Genske, Erfurt

Erbrecht  
Notar Dr. Christoph Röhl, Wegscheid

Grundbuch  
Rechtsanwalt und Notar Ulrich Spieker, Bielefeld

Notarkosten  
Dipl.-Rpfl. (FH) Harald Wudy, Leipzig

Immobilienkauf  
Notar Dr. Hans-Frieder Krauß, LL. M. (Michigan), München

Immobilienzuwendung  
Notar Dr. Alexander Michael, Wiehl

Familienrecht  
Notar Dr. Wolfgang Reetz, Köln

**Manuskripteinsendungen bitte an folgende Anschrift:**

E-Mail: schriftleitungnotar@notarverlag.de

**Manuskripte**

Der Verlag haftet nicht für unverlangt eingesandte Manuskripte. Mit der Annahme zur Veröffentlichung erhält der Verlag das ausschließliche Verlagsrecht. Eingeschlossen sind insbesondere die Befugnis zur Einspeisung in eine Datenbank sowie das Recht der weiteren Vervielfältigung.

**Urheber- und Verlagsrechte**

Alle Rechte zur Vervielfältigung und Verbreitung einschließlich der Mikroverfilmung sind dem Verlag vorbehalten. Der Rechtsschutz gilt auch gegenüber Datenbanken oder ähnlichen Einrichtungen.

**Erscheinungsweise**

Monatlich

**Anzeigenverwaltung**

Deutscher Notarverlag GmbH  
Dr. Miriam Götz  
Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn  
Tel. 0 228 - 9 19 11 40  
Fax 0 228 - 9 19 11 23  
E-Mail: goetz@notarverlag.de

**Bezugspreis**

Jahresabonnement: 132,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)  
Einzelheft: 14,00 EUR (zzgl. MwSt., zzgl. Versandkosten)

**Bestellungen**

Über jede Buchhandlung und beim Verlag. Abbestellungen müssen 6 Wochen zum Jahresende erfolgen.

**Verlag**

Deutscher Notarverlag  
Rochusstraße 2-4, 53123 Bonn  
Tel. 0 800 - 66 82 78 31  
Fax 0 800 - 66 82 78 39  
E-Mail: riedel@notarverlag.de

**Koordination im Verlag**

Jana Riedel

**Satz**

Reemers Publishing Services GmbH, Krefeld

**Druck**

Hans Soldan Druck GmbH, Essen

**ISSN**

1860-8760

**Hinweis**

Namensbeiträge, Leserbriefe o. Ä. geben nicht notwendig die Meinung der Redaktion oder des Deutschen Notarvereins wieder.



Eckhard Wälzholz

## Disquotale Gewinnverwendungsabreden bei Personen- und Kapitalgesellschaften

Gesellschafts- und Steuerrecht

Die Zulässigkeit disquotaler Gewinnverwendungsabreden sowohl bei Personengesellschaften als auch bei Kapitalgesellschaften ist grundsätzlich anerkannt. Bei der Ausgestaltung sind jedoch bestimmte Vorgaben des Minderheitenschutzes zu beachten, insbesondere, wenn entsprechende Regelungen besonders flexibel sein sollen oder erst nachträglich eingeführt werden. Gleichzeitig haben disquotale Gewinnverwendungsabreden weitreichende steuerrechtliche Folgen, sowohl hinsichtlich der Bewertung von Gesellschaftsanteilen, freigelegter Zuwendungen i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG als auch hinsichtlich der Anerkennung der Gewinnzurechnung. Bezüglich der steuerlichen Wirkungen ist zwischen Personen- und Kapitalgesellschaften zu differenzieren. Der nachfolgende Beitrag schildert sowohl die gesellschaftsrechtlichen Vorgaben für gesellschaftsrechtlich wirksame Regelungen als auch die steuerlichen Folgen.

### I. Einführung

Disquotale Gewinnverwendungsabreden kommen in der Praxis aus unterschiedlichsten Gründen vor.

#### Anwendungsfälle:

- In Handwerker- oder Dienstleistungsgesellschaften können Gewinne nach erbrachten, abrechenbaren Stunden pro Jahr verteilt werden. Dadurch wird die Gewinnverteilung entsprechend der Leistungserbringung der Gesellschafter geregelt.
- Im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge möchte ein Übergeber sich nur einen kleinen Gesellschaftsanteil zurückbehalten, der jedoch mit mehr Gewinnanteilen verbunden sein soll. Hier kann neben einem Nießbrauch oder Versorgungsleistungen gemäß § 10 Abs. 1a Nr. 2 EStG auch eine disquotale Gewinnverwendungsabrede eingesetzt werden.
- Bei Kapitalanlagemodellen können disquotale Gewinnverwendungsabreden verwendet werden, damit einzelne Gesellschafter an einzelnen Segmenten der unternehmerischen Tätigkeit der Gesellschaft beteiligt werden.<sup>1</sup>

Die vorstehende Auflistung stellt nur eine Auswahl der verbreitetsten Anwendungsfälle disquotaler Gewinnverwendungsabreden dar. In der Praxis kommen weitere hinzu.

<sup>1</sup> Siehe insbes. unter dem Stichwort „tracking-stock“ Schürmer/Prinz, DStR 2003, 181 ff.; Sieger/Hasselbach, BB 1999, 1277 ff.

### II. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit disquotaler Gewinnverwendungen

#### 1. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit bei der GmbH

Gemäß § 29 Abs. 3 GmbHG erfolgt die Verteilung des Gewinns nach dem Verhältnis der Geschäftsanteile. Auf die Einzahlung der Stammeinlagen kommt es insoweit nach herrschender Meinung nicht an.<sup>2</sup> Maßgeblich ist vielmehr das Verhältnis der Nennbeträge der Gesellschafter bei Beschlussfassung. Gleichwohl entspricht es herrschender Meinung, dass mit Zustimmung aller hiervon betroffenen Gesellschafter auch eine disquotale Gewinnausschüttung zulässig ist.<sup>3</sup> Das Gesetz beinhaltet in § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG ausdrücklich die Möglichkeit, in der Satzung eine abweichende Verteilung des Bilanzgewinns zu regeln.<sup>4</sup> Soweit eine entsprechende Abänderung nachträglich eingeführt werden soll, muss eine solche abweichende Regelung klar und eindeutig formuliert sein.<sup>5</sup> Ferner bedarf es entsprechend § 53 Abs. 3 GmbHG der Zustimmung aller hierdurch potenziell beeinträchtigter Gesellschafter.<sup>6</sup> Abweichend hiervon soll die einfache  $\frac{3}{4}$ -Mehrheit nach § 53 Abs. 2 GmbHG genügen, sofern eine Rechtfertigung durch den Gleichbehandlungsgrundsatz beachtet wird.<sup>7</sup> Sofern sämtliche Gesellschafter der Satzungsgrundlage zugestimmt haben, bedarf es für die Satzungsregelung keiner Inhaltskontrolle nach den Maßstäben der Erforderlichkeit und Verhältnismäßigkeit.<sup>8</sup>

Soweit eine disquotale Gewinnverwendungsabrede in der Satzung vorgesehen werden soll, ist es möglich, starre Gewinnver-

<sup>2</sup> Siehe Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 29 Rn 103.

<sup>3</sup> Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 29 Rn 103.

<sup>4</sup> Siehe auch Lohr, GmbH-StB 2015, 301 f.

<sup>5</sup> BayObLG, Beschl. v. 17.9.1987 – BReg. 3 Z 122/87, DB 1987, 2349, 2350 = DNotZ 1988, 252 = MittBayNot 1988, 44.

<sup>6</sup> MüKo-GmbHG/Ekkenga, 2. Aufl. 2015, § 29 Rn 193; Michalski/Salje, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 29 Rn 122; ebenso Baumbach/Hueg/Fastrich, GmbHG, § 29 Rn 53; Scholz/Emmerich, GmbHG, § 29 Rn 79; Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl. 2015 § 29 Rn 48.

<sup>7</sup> So Ulmer/Habersack/Winter/Müller, GmbHG, 2. Aufl. 2014, § 29 Rn 80; gegen eine zwingende Einhaltung des Gleichbehandlungsgrundsatzes: Michalski/Salje, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 29 Rn 120. M. E. ist die Ansicht, wonach nicht alle Gesellschafter zustimmen müssen, zweifelhaft. Die Zustimmung aller beeinträchtigten Mitgesellschafter ist erforderlich; die aus der Treuepflicht ggf. resultierende Zustimmungspflicht ist ggf. im Klageweg geltend zu machen.

<sup>8</sup> So auch MüKo-GmbHG/Ekkenga, 2. Aufl. 2015, § 29 Rn 194.

teilungsquoten für jeden einzelnen Geschäftsanteil vorzusehen. Ebenso ist es möglich, eine Öffnungsklausel vorzusehen, bei der im jeweiligen konkreten Einzelfall mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter über eine abweichende Gewinnverteilung beschlossen wird.<sup>9</sup> Ebenso ist die Schaffung stimmrechtsloser Vorzugsanteile für die GmbH möglich.<sup>10</sup>

Durch entsprechende Gestaltungen kann sich eine Ungleichbehandlung unterschiedlicher Gesellschafter ergeben. Ein Verstoß gegen das Gleichbehandlungsgebot aller Gesellschafter<sup>11</sup> liegt nicht vor, wenn sämtliche Gesellschafter der Ungleichbehandlung zugestimmt haben oder sachliche Gründe die Ungleichbehandlung rechtfertigen, wie dies beispielsweise bei stimmrechtslosen Vorzugsanteilen der Fall sein kann oder wenn durch die Satzungsbestimmung das unterschiedliche Ausmaß der Leistungserbringung für die Gesellschaft abgegolten werden soll.

Abweichende Gewinnverteilungsabreden als Dauersachverhalt bedürfen stets einer Satzungsgrundlage, wie bereits § 29 Abs. 3 S. 2 GmbHG zu entnehmen ist.<sup>12</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Öffnungsklausel:

*Hinsichtlich der Gewinnverwendung gelten grundsätzlich die gesetzlichen Bestimmungen. Danach erfolgt die Verteilung des Gewinns nach dem Verhältnis des Nennbetrags der Geschäftsanteile. Die Gesellschafter können jedes Jahr mit Zustimmung aller Gesellschafter, also auch nicht Erschienenener, eine von dem vorstehenden Gewinnverteilungsschlüssel abweichende Gewinnverteilung beschließen.*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Dingliche Vorabquote:

*Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen erhält der Gesellschafter ... als Inhaber der Geschäftsanteile zu derzeit insgesamt € ... (Summe einfügen) mit den Nummern ... in der aktuellen Gesellschafterliste einen Gewinnvoraus dahingehend, dass der Gesellschafter von allen Gewinnen, deren Ausschüttung durch die Gesellschaftsversammlung beschlossen wird, zusätzlich zu der ihm im Übrigen zustehenden Quote vorab 30 % erhält und nur der Rest von 70 % aller auszuschüttenden Gewinne nach den allgemeinen Gewinnverteilungsregeln (Verhältnis der Anteile am Stammkapital) verteilt wird. Der vorstehend vereinbarte Gewinnvoraus gilt nicht ausschließlich zugunsten des genannten Gesellschafters und erlischt daher nicht mit Veräußerung der Geschäftsanteile an andere Gesellschafter, sondern ist anteilig mit den oben bezeichneten Geschäftsanteilen zu insgesamt € ... mit den Nummern ... verbunden.<sup>13</sup>*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Persönlich, befristet, absolut 100 %:

*Abweichend von den gesetzlichen Bestimmungen erhält der Gesellschafter ... als Inhaber der Geschäftsanteile zu derzeit insgesamt € ... mit den Nummern ... in der aktuellen Gesellschafterliste einen Gewinnvoraus dahingehend, dass von allen*

*ausschüttungsfähigen Gewinnen diese bis zum ... diesem Gesellschafter allein zustehen. Nach Ablauf dieser Frist gilt wieder das Gesetz. Der vorstehend vereinbarte Gewinnvoraus gilt ausschließlich höchstpersönlich zugunsten des genannten Gesellschafters und erlischt mit Veräußerung des letzten Teils des Geschäftsanteils an andere Gesellschafter; das Erlöschen des Sonderrechts gilt auch bei Eintritt einer Gesamtrechtsnachfolge, insbesondere im Todesfall. Der bezeichnete Gesellschafter kann bis zum Fristablauf verlangen, dass jedes Jahr alle ausschüttungsfähigen Gewinne zur Ausschüttung gelangen.*

Entsprechende Regelungen sind auch als Liquidationsvoraus zulässig. Das GmbH-Gesetz geht zwar grundsätzlich von einer Verteilung des Liquidationsüberschusses entsprechend den Gesellschaftsquoten aus (§ 72 GmbHG). Nach § 72 S. 2 GmbHG können die Gesellschafter jedoch ausdrücklich auch einen **anderen Verteilungsmaßstab** festlegen. Dies kann entweder bereits bei Gründung der Gesellschaft erfolgen oder später per Satzungsänderung – im letztgenannten Fall bedarf der Beschluss der Zustimmung jedes Gesellschafters, der durch die Neuregelung benachteiligt wird.<sup>14</sup> Dies kann auch grunderwerbsteuerliche Auswirkungen haben.<sup>15</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Liquidationsverteilung, dinglich, feste Quote:

*Im Fall der Liquidation ist das Vermögen der Gesellschaft an die Gesellschafter in folgendem Verhältnis auszuzahlen:*

Geschäftsanteil Nr.	Derzeitiger Inhaber	Anteil am Liquidationserlös
1	A	30 %
2	B	20 %
3	B	40 %
4	C	10 %

*Die vorstehend vereinbarte Liquidationserlösverteilung ist fest mit dem jeweiligen Geschäftsanteil verbunden und geht bei Anteilsübergang mit über; bei Teilanteilsabtretung geht die Liquidationserlösquote anteilig auf den jeweiligen Erwerber mit über.*

## 2. Besonderheiten bei der AG

Gesellschaftsrechtlich werden Gewinne einer AG grundsätzlich im Verhältnis der Beteiligung der Gesellschafter am Grundkapital der Gesellschaft verteilt, § 60 Abs. 1 AktG. Die Festlegung eines abweichenden Gewinnverteilungsschlüssels vom Verhältnis der Anteile am Stammkapital bzw. Grundkapital ist auch für die AG gesellschaftsrechtlich ausdrücklich vorgesehen, § 60 Abs. 3 AktG. Der abweichende Gewinnverteilungsschlüssel erfordert jedoch eine entsprechende Satzungsbestimmung. Eine solche Satzungsbestimmung kann bereits bei Gründung der Gesellschaft aufgenommen werden. Soweit eine entsprechende disquotale Gewinnverteilungsabrede nachträglich eingeführt werden soll, bedarf ein solcher Beschluss der Zustimmung aller Gesellschafter, die hierdurch benachteiligt werden, § 179 Abs. 3 AktG. Dabei ist es gleichgültig, ob diese Aktionäre bei der Gesellschafterversammlung nicht anwesend sind oder sich der Stimme enthalten. Erforderlich ist vielmehr die tatsächliche Zustimmung zum Beschluss. Insoweit sind also besonders strenge Maßstäbe zu beachten.

<sup>9</sup> BayOblG, Beschl. v. 23.5.2001 – 3Z BR 31/01, NJW-RR 2002, 248 = GmbHR 2001, 728; Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 29 Rn 103; Roth/Altmeyden/Roth, GmbHG, 8. Aufl. 2015 § 29 Rn 48.

<sup>10</sup> Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 29 Rn 108.

<sup>11</sup> Siehe Rohwedder/Schmidt-Leithoff/Pentz, GmbHG, 5. Aufl. 2013, § 13 Rn 78 ff.

<sup>12</sup> MüKo-GmbHG/Ekkenga, 2. Aufl. 2015, § 29 Rn 192; LG Frankfurt NZG 2015, 482. Siehe zur Satzungsdurchbrechung OLG Dresden, Beschl. v. 9.11.2011 – 12 W 1002/11, NZG 2012, 507.

<sup>13</sup> Möglich wäre auch die Verbindung des Gewinnvoraus mit einem einzigen bestimmten Geschäftsanteil, sozusagen als „golden share“.

<sup>14</sup> Baumbach/Hueck/Schulze-Osterloh, GmbHG, § 72 Rn 11, 12.

<sup>15</sup> Siehe zu grunderwerbsteuerlichen Folgewirkungen von disquotaler Liquidationsteilhabung § 6 Abs. 4 S. 2 GrEStG, Oberste Finanzbehörden der Länder v. 9.12.2015, BStBl I 2015, 1029.

Auch für die AG ist der Gleichbehandlungsgrundsatz nach § 53a AktG zu beachten, der jedoch einer disquotalen Gewinnverwendung nicht per se entgegensteht.<sup>16</sup>

Ob eine allgemeine Öffnungsklausel für abweichende Gewinnverteilungsbeschlüsse gesellschaftsrechtlich für die AG statthaft ist, ist umstritten.<sup>17</sup>

### 3. Gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit bei den Personengesellschaften

Für die GbR ist eine Gewinnverteilung nach Köpfen vorgesehen, § 722 BGB. Für die OHG richtet sich die Gewinnverteilung nach § 121 HGB, für die KG nach § 168 HGB. Danach gebührt bei der OHG jedem Gesellschafter vom Jahresgewinn zunächst ein Anteil in Höhe von 4 % seines Kapitalanteils. Im Übrigen wird gemäß § 121 Abs. 3 HGB der Gewinn nach Köpfen verteilt. Daran knüpft auch § 168 HGB für den Kommanditisten an. Es entspricht der ganz herrschenden Meinung in der Praxis, dass die gesetzlichen Regelungen für die Gewinnverteilung bei GbR, OHG und KG nicht angemessen sind und der Interessenlage der Gesellschafter regelmäßig nicht hinreichend Rechnung tragen. Typischerweise werden die Regelungen zur Ergebnisverteilung daher im Gesellschaftsvertrag abweichend geregelt. Dabei entspricht es herrschender Meinung, dass der Gesellschaftsvertrag von den gesetzlichen Vorgaben der § 722 BGB, §§ 121, 168 HGB in den Grenzen der Sittenwidrigkeit beliebig abweichen kann, beispielsweise auch durch Schaffung eines Vorabgewinns, disquotalen Gewinnverwendungsabreden und dergleichen.<sup>18</sup> Die nachträgliche Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels bedarf grundsätzlich eines einstimmigen Beschlusses aller Gesellschafter.<sup>19</sup>

Mehrheitsbeschlüsse können im Gesellschaftsvertrag auch zur Änderung des Gesellschaftsvertrages vorgesehen werden; entsprechende Beschlüsse unterliegen dann aber einer formellen und materiellen Inhaltskontrolle.<sup>20</sup> Regelmäßig wird eine nachträgliche Änderung des Gewinnverteilungsschlüssels zu Lasten einzelner Gesellschafter im Rahmen der materiellen Beschlusskontrolle deren Zustimmung bedürfen, es sei denn diese Gesellschafter wären nach Treu und Glauben zur Zustimmung verpflichtet.<sup>21</sup>

## III. Steuerrechtliche Auswirkungen bei Kapitalgesellschaften

### 1. Ertragsteuerliche Anerkennung inkongruenter Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften

Die ertragsteuerrechtliche Anerkennung inkongruenter Gewinnausschüttungen ist seit der BFH-Entscheidung vom 19.8.1999<sup>22</sup> ein ständiger Zankapfel zwischen Finanzverwaltung und Steuerpflichtigen sowie Rechtsprechung. Der BFH akzeptiert von den Beteiligungsverhältnissen abweichende inkongruente Gewinnausschüttungen und inkongruente Wiedereinlagen steuerrecht-

lich, selbst wenn keine anderen als steuerliche Gründe für diese Maßnahmen erkennbar sind. Der BFH<sup>23</sup> wendet § 42 AO insoweit nur sehr zurückhaltend an. Dies entspricht mittlerweile ständiger Rechtsprechung, wie auch das BMF erkennt.

Ende 2013 hat das BMF gleichwohl ein neues Anwendungsschreiben für die ertragsteuerliche Anerkennung inkongruenter Gewinnausschüttungen bei Kapitalgesellschaften veröffentlicht,<sup>24</sup> das in der Praxis berücksichtigt werden sollte, um unnötige Auseinandersetzungen mit der Finanzverwaltung zu vermeiden. Teilweise ordnet das BMF dabei die Nichtanwendung der BFH-Rechtsprechung an.

Die Finanzverwaltung stellt zwei Voraussetzungen für die ertragsteuerliche Anerkennung disquotaler Gewinnverwendungsabreden auf:

- zivilrechtliche Wirksamkeit und
- das Vorliegen außersteuerlicher Gründe für die Gestaltung.

Hinsichtlich der gesellschaftsrechtlichen Vorgaben kann auf die Ausführungen oben (unter II.) verwiesen werden.

Nur für die GmbH erkennt die Finanzverwaltung auch eine Satzungsklausel an (Öffnungsklausel), nach der alljährlich mit Zustimmung aller beeinträchtigten Gesellschafter eine vom Verhältnis der Beteiligung am Stammkapital abweichende Gewinnverteilung beschlossen werden kann. Für die AG wird diese Gestaltung vom BMF<sup>25</sup> ohne weitere Begründung nicht anerkannt – vermutlich weil die gesellschaftsrechtliche Zulässigkeit für die AG ungeklärt ist und vielfach bestritten wird.<sup>26</sup>

Das BMF äußert sich nicht weiter zu den Fällen der sogenannten Satzungsdurchbrechung.<sup>27</sup> Als Satzungsdurchbrechung wird es gesellschaftsrechtlich teilweise als wirksam angesehen, wenn entgegen den Satzungsbestimmungen für einen einmaligen Sachverhalt, also ohne Schaffung eines Dauersachverhalts, ohne Einhaltung der Bestimmungen für eine Satzungsänderung nach § 53 GmbHG, einmalig eine der Satzung widersprechende Gewinnverteilung beschlossen wird. Hier ist vieles streitig, insbesondere Formerfordernisse, Gebot der Handelsregisteranmeldung und dergleichen.<sup>28</sup> Das BMF erkennt entsprechende Fälle steuerrechtlich nicht an.<sup>29</sup>

Als weiteren Prüfungsschritt neben der zivilrechtlichen Wirksamkeit prüft die Finanzverwaltung das Vorliegen eines Missbrauchs rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 AO. Dies liegt nach Auffassung des BMF vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil

<sup>16</sup> Hüffer/Koch/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 53a Rn 5.

<sup>17</sup> Siehe ablehnend auch Hüffer/Koch/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 60 Rn 6 m. w. N.

<sup>18</sup> Siehe Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn/Weipert, HGB, 3. Aufl. 2014, § 168 Rn 13; Röhrich/Graf v. Westphalen/Haas/Mock, HGB, 4. Aufl. 2014, § 168 Rn 18; Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 121 Rn 8; Koller/Roth/Morck/Koller, HGB, 8. Aufl. 2015, § 121 Rn 4.

<sup>19</sup> Siehe Baumbach/Hopt/Roth, HGB, 36. Aufl. 2014, § 121 Rn 10.

<sup>20</sup> BGH, Urt. v. 21.10.2014 – II ZR 84/13, NZG 2014, 1296; Goette/Goette, DStR 2016, 74 ff.; Wertbruch, DB 2014, 2875 ff.

<sup>21</sup> Koller/Roth/Morck/Koller, HGB, 8. Aufl. 2015, § 105 Rn 53.

<sup>22</sup> BFH, Urt. v. 19.8.1999 – I R 77/96, BStBl II 2001, 43 ff.

<sup>23</sup> Siehe z. B. BFH, Urt. v. 4.12.2014 – IV R 28/11, GmbHR 2015, 274.

<sup>24</sup> BMF v. 17.12.2013, IV C 2-S 2750-a/11/10001, BStBl I 2014, 63 = DStR 2014, 36 = DB 2014, 23 = FR 2014, 78. Siehe dazu Kamchen/Kling, NWB 2015, 819; Bender/Bracksiek, DStR 2014, 121; Bimbaum/Escher, DStR 2014, 1413; Dunkmann/Schönhaar, GWR 2014, 361.

<sup>25</sup> BMF v. 17.12.2013, IV C 2-S 2750-a/11/10001, BStBl I 2014, 63 = DStR 2014, 36 = DB 2014, 23 = FR 2014, 78.

<sup>26</sup> Siehe ablehnend auch Hüffer/Koch/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 60 Rn 6 m. w. N.

<sup>27</sup> OLG Dresden, Beschl. v. 9.11.2011 – 12 W 1002/11, NZG 2012, 507 = GmbHR 2012, 213 = NotBZ 2012, 108. Siehe zur GmbH Michalski/Hoffmann, GmbHG, 2. Aufl. 2010, § 53 Rn 35; Wicke/Wicke, GmbHG, 3. Aufl. 2016, § 53 Rn 19; zur AG Hüffer/Koch/Koch, AktG, 12. Aufl. 2016, § 179 Rn 7.

<sup>28</sup> Siehe dazu Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, § 53 Rn 40 ff.; Pöschke, DStR 2012, 1089; Zöllner, Festschrift Priester 2007, 879; Leitzen, RNotZ 2010, 566.

<sup>29</sup> Siehe dazu kritisch Bender/Bracksiek, DStR 2014, 121 ff.

führt. Die Finanzverwaltung fordert in ihrem BMF-Schreiben vom 17.12.2013 weiterhin beachtliche wirtschaftlich vernünftige, außersteuerliche Gründe, die der Steuerpflichtige nachzuweisen habe. Hier habe eine Prüfung unter Zugrundelegung der besonderen Umstände des jeweiligen Einzelfalls zu erfolgen. Als Indiz für eine unangemessene Gestaltung sieht das BMF es an, wenn die Gewinnverteilungsabrede nur kurzzeitig gilt oder wiederholt geändert wird. Das BMF hält damit in seinem Schreiben grundsätzlich an seiner bisherigen restriktiven Auffassung fest.

Disquotale Gewinnverteilungsabreden aus Anlass der vorweggenommenen Erbfolge oder wegen unterschiedlicher Leistungserbringung sind hiervon meines Erachtens jedoch regelmäßig nicht betroffen, da es nicht um steuerliche Überlegungen geht, sondern außersteuerliche Gründe des Versorgungsbedürfnisses der Übergeber maßgeblich sind. So kann beispielsweise bei Übertragung eines 40 %igen GmbH-Geschäftsanteils anstelle der hier nicht zulässigen Versorgungsleistungen<sup>30</sup> mit disquotalen Gewinnverteilungsabreden gearbeitet werden. Durch diese können die Versorgung des Übergebers sichergestellt und die besondere Erfahrung, die Kundenkontakte und technische Kenntnisse des Übergebers belohnt werden. Dies ist von der Finanzverwaltung anzuerkennen. Eine freigebige Zuwendung vom Erwerber an den Übergeber kann hierin nicht gesehen werden, wenn die entsprechende Regelung bereits bei Zuwendung der Geschäftsanteile vereinbart wird. Auf diese Weise kann die Notwendigkeit eines Nießbrauchs oder eines Quotennießbrauchs am Geschäftsanteil vermieden werden.

## 2. Inkongruente Gewinnausschüttung zum Vorbehalt des Gewinnbezugsrechts bei Anteilsveräußerung, BFH vom 4.12.2014 – IV R 28/11, GmbHR 2015, 274 (N. V.)

Die BFH-Entscheidung<sup>31</sup> vom 4.12.2014 zeigt für die Praxis eindrucksvoll auf, wie sich disquotale Gewinnverwendungsabreden auch für die Vertragsgestaltung beim Verkauf von Anteilen an Kapitalgesellschaften nutzen lassen, um dem Verkäufer die Gewinne des Verkaufsjahres vorzubehalten. Die Gestaltung dient damit der Vermeidung der zwingenden Folgen des § 20 Abs. 5 EStG.

Der BFH-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde: In ein und derselben Urkunde übertrug die Klägerin ihre GmbH-Beteiligung, die sich im Rahmen einer steuerlichen Betriebsaufspaltung in einem Besitzunternehmen befand, mit Wirkung zum 2.1. des Folgejahres an einen Mitgesellschafter. Gleichzeitig wurde in die GmbH-Satzung eine Öffnungsklausel für inkongruente Gewinnausschüttungen aufgenommen und eine Ausschüttung aus den vorhandenen Gewinnvorträgen ausschließlich an den Verkäufer beschlossen.

Die Finanzverwaltung sah in dem Vorgang eine nicht anzuerkennende inkongruente Gewinnverteilung, wollte den auszuschüttenden Gewinn dem Käufer zurechnen und gleichzeitig die Weiterzahlung des Betrages an den Verkäufer als zusätzlichen Veräußerungsgewinn versteuern. So hätte ein und derselbe Betrag gleich zweimal einer Besteuerung unterworfen werden können.<sup>32</sup> Der Käufer hätte seine Anschaffungskosten erst im Rahmen eines Weiterverkaufs geltend machen können.

Der BFH hat die Gestaltung hingegen anerkannt. Ob es sich hierbei um eine inkongruente Gewinnausschüttung handelte, lässt der BFH offen, da der Verkäufer sich aus Anlass des Verkaufs lediglich die bisher erwirtschafteten Gewinnvorträge vorbehalten wollte. Ebenso lehnt der BFH dementsprechend eine Behandlung der Zahlung als weiteren Veräußerungserlös im Rahmen des Betriebsvermögens ab.

### PRAXISTIPP

#### Gestaltungshinweis:

Auch wenn der BFH im vorliegenden Fall die Gestaltung anerkannt hat, obwohl beides in einer Urkunde vereinbart wurde, so sollte meines Erachtens im Regelfall sichergestellt werden, dass die Satzungsänderung im Handelsregister eingetragen ist, bevor der Gewinnverwendungsbeschluss gefasst wird. Denn die Satzungsänderung wird ja erst mit Handelsregistereintrag wirksam.

Allerdings rechnet der BFH dem Verkäufer den Gewinn bereits als Sonderbetriebseinnahme für das laufende Geschäftsjahr des Besitzunternehmens zu und nicht erst für das Folgejahr, in dem der Verkauf wirtschaftlich realisiert wird.

### INFO

#### Hinweis:

Die BFH-Entscheidung weist damit einen gangbaren Weg, wie aus Anlass eines Verkaufs außerhalb der Möglichkeiten des Vorabgewinnverwendungsbeschlusses durch Satzungsöffnungs-klausel und inkongruente Gewinnverteilungsbeschlüsse einem Verkäufer noch Gewinne für vergangene Geschäftsjahre zugerechnet werden können. Voraussetzung dafür ist jedoch, dass der Verkäufer Gesellschafter bleibt.

## IV. Auswirkung inkongruenter Gewinnausschüttungen auf die Bewertung bei Kapitalgesellschaften (StÄndG 2015)

Die schenkungsteuerliche Bewertung eines solchen GmbH-Geschäftsanteils mit reduziertem oder überproportionalem Gewinnbezugsrecht richtet sich nach § 97 Abs. 1b des BewG. Nach dem bis zum Inkrafttreten des StÄndG 2015<sup>33</sup> geltenden Recht kam es für die Bewertung eines Anteils an einer Kapitalgesellschaft nur auf die Beteiligungsquote am Stammkapital bzw. Grundkapital an, nicht aber auf den darauf entfallenden Gewinnanteil. Auf diese Weise konnten bisher substantielle Vermögenswerte auf den Erwerber übertragen werden, obwohl noch wesentliche Erträge beim Übergeber zurückblieben. Nach dem bisher geltenden Recht konnte folgende (grenzwertige) Gestaltung gewählt werden:

#### Gestaltungsmodell:

*Bei Übertragung des Geschäftsanteils von 90 % mit dem reduzierten Gewinnbezugsrecht von 10 % wird der niedrigere gemeine Wert im Besteuerungsverfahren durch ein Einzelwertgutachten nachgewiesen,<sup>34</sup> so dass § 97 Abs. 1b des BewG nicht zur Anwendung kommt. Geht später im Todeszeitpunkt des Übergebers oder zu einem späteren Zeitpunkt der Geschäftsanteil von 10 % Stammkapital und 90 % erhöhtem Gewinnbezugsrecht auf den Erwerber oder einen anderen Erwerber über, so war in diesem Fall § 97 Abs. 1b BewG anwendbar, so dass das überquotale Gewinn-*

<sup>30</sup> Siehe § 10 Abs. 1a Nr. 2 lit. c) EStG.

<sup>31</sup> BFH, Urt. v. 4.12.2014 – IV R 28/11, GmbHR 2015, 274.

<sup>32</sup> Siehe zu diesem Gestaltungsproblem *Gondert/Behrens*, GmbHR 1997, 682 ff.; *Schuck*, DStR 1996, 371, 371; *Weber*, GmbHR 1995, 494, 496.

<sup>33</sup> StÄndG 2015 v. 2.11.2015, BGBl I 2015, 1834. Nach § 205 Abs. 8 BewG anzuwenden ab dem 1.1.2016.

<sup>34</sup> Da die gängigen Bewertungsverfahren wie IDW S1 Ertragswertverfahren sind, werden dabei die kapitalisierten Erträge bewertet, so dass aufgrund des reduzierten Gewinnbezugsrechts nur ein Wert von rund 10 % des Wertes der GmbH beim Erwerber anzusetzen sind.

bezugsrecht bei der Bewertung keine Rolle spielte. Nach diesem Modell wären nur 20 % des Wertes der GmbH besteuert worden, obwohl 100 % der Anteile übertragen wurden.

Der Gesetzgeber hat diese (grenzwertige) Gestaltungsmöglichkeit nun unterbunden und zu diesem Zweck § 97 Abs. 1b BewG folgenden Satz 4 im Rahmen des StÄndG 2015 angefügt:

*Abweichend von Satz 1 sind bei der Wertermittlung des Anteils vorbehaltlich des § 9 Absatz 2 und 3 Regelungen zu berücksichtigen, die sich auf den Wert des Anteils auswirken, wie insbesondere eine vom Verhältnis des Anteils am Nennkapital (Grund- oder Stammkapital) abweichende Gewinnverteilung.*

Die Finanzverwaltung hat die Anwendungsgrundsätze dieser neuen Norm inzwischen in einem koordinierten Ländererlass<sup>35</sup> vom 2.3.2016 zusammengefasst und anhand von Beispielen erläutert. Im ersten Schritt wird nach § 11 BewG (gegebenenfalls i. V. m. §§ 199 ff. BewG) stets der Wert der Gesamtgesellschaft ermittelt. Maßgeblich für die Aufteilung dieses Wertes der Kapitalgesellschaft auf die einzelnen Geschäftsanteile bzw. Aktien bleibt danach grundsätzlich das Verhältnis des Anteils am Nennkapital (Grund- oder Stammkapital) der Gesellschaft (§ 97 Abs. 1b S. 1 BewG). Ungewöhnliche oder persönliche Verhältnisse (§ 9 Abs. 2 S. 3 und Abs. 3 BewG) werden weiterhin bei der Aufteilung des Wertes der Kapitalgesellschaft nicht beachtet, z. B. Mehrstimmrechte, Vinkulierungsklauseln, Vererblichkeitsbeschränkungen, Abfindungsbeschränkungen, Vetorechte etc. Für Bewertungsstichtage ab dem 1.1.2016 sind jedoch nunmehr gesellschaftsrechtliche Vereinbarungen zu berücksichtigen, die eine davon abweichende Aufteilung zur Folge haben (§ 97 Abs. 1b S. 4 BewG n. F.), wenn eine Aufteilung nach dem Verhältnis des Anteils am Nennkapital zu einem unzutreffenden Ergebnis führt. Die Finanzverwaltung berücksichtigt dabei nicht nur eine abweichende, also disquotale Gewinnverteilung, sondern auch eine disquotale Verteilung des Liquidationserlöses. Die Wirkungen werden am deutlichsten anhand der Beispiele aus dem Erlass.

### 1. Sachverhalt 1 (abweichender Gewinnverteilungsschlüssel)

Gesellschafter der X-GmbH sind A zu 40 % und B zu 60 %. Die Anteile am Nennkapital gelten auch für die Verteilung eines späteren Liquidationserlöses. Vertraglich wurde abweichend vom Anteil am Nennkapital eine Gewinnverteilung für A zu 75 % und B zu 25 % vereinbart.

Der Ertragswert des Betriebsvermögens der GmbH wurde i. H. v. 4.000.000 € und der Substanzwert i. H. v. 2.500.000 € ermittelt. Somit ist der Wert des Betriebsvermögens der GmbH mit 4.000.000 € anzusetzen.

#### Beispiel 1:

*A verstirbt im Jahr 2016. Erbe ist K.*

*Grundsatz: Bei einer Aufteilung nach dem Anteil am Nennkapital ergibt sich ein Wert des Anteils des A von (40 % von 4.000.000 € =) 1.600.000 €.*

*Bei Vorliegen eines abweichenden Gewinnverteilungsschlüssels ist dieser für die Aufteilung des Wertes des Betriebsvermögens nicht allein maßgebend. Zunächst ist der Substanzwert nach dem Anteil am Nennkapital aufzuteilen. Übersteigt der im vereinfachten Ertragswertverfahren ermittelte gemeine Wert den Substanzwert, ist die Differenz nach dem Gewinnverteilungsschlüssel aufzuteilen.*

*Der ermittelte Substanzwert ist nach dem Anteil am Nennkapital aufzuteilen:*

*40 % von 2.500.000 €: 1.000.000 €*

*Der den Substanzwert übersteigende Betrag des ermittelten Ertragswerts i. H. v. (4.000.000 € – 2.500.000 € =) 1.500.000 € wird nach dem Gewinnverteilungsschlüssel aufgeteilt:*

*75 % von 1.500.000 € zuzüglich 1.125.000 €*

*Wert des Anteils des A: 2.125.000 €*

Unter Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen ist nach § 97 Abs. 1b BewG der gemeine Wert des Anteils des A mit 2.125.000 € festzustellen.

#### INFO

##### Hinweis:

Die beschriebene Aufteilung entfällt, wenn der Substanzwert zum Ansatz kommt. Die Aufteilung erfolgt dann allein nach dem Anteil am Nennkapital.

Für den Todesfall des B gelten die vorstehenden Grundsätze spiegelbildlich.

### 2. Sachverhalt 2 (abweichende Beteiligung am Liquidationserlös)

Gesellschafter der X-GmbH sind A zu 30 % und B zu 70 %. Diese Verteilung gilt auch für auszuschüttende Gewinne. Vertraglich wurde abweichend zum Anteil am Nennkapital eine Beteiligung am Liquidationserlös für A zu 75 % und B zu 25 % vereinbart.

Der Ertragswert des Betriebsvermögens der GmbH wurde i. H. v. 4.000.000 € und der Substanzwert i. H. v. 2.500.000 € ermittelt. Somit ist der Wert des Betriebsvermögens der GmbH i. H. v. 4.000.000 € anzusetzen.

#### Beispiel 2:

*A verstirbt im Jahr 2016. Erbe ist K.*

*Grundsatz: Bei einer Aufteilung nach dem Anteil am Nennkapital ergibt sich ein Wert des Anteils des A von (30 % von 4.000.000 € =) 1.200.000 €.*

*Bei Vorliegen einer abweichenden Beteiligung am Liquidationserlös ist diese für die Aufteilung des Wertes des Betriebsvermögens nicht allein maßgebend. Zunächst ist der Substanzwert nach der Beteiligung am Liquidationserlös aufzuteilen. Übersteigt der im vereinfachten Ertragswertverfahren ermittelte gemeine Wert den Substanzwert, ist die Differenz nach dem Anteil am Nennkapital aufzuteilen.*

*Der ermittelte Substanzwert ist nach der Beteiligung am Liquidationserlös aufzuteilen:*

*75 % von 2.500.000 €: 1.875.000 €*

*Der den Substanzwert übersteigende Betrag des ermittelten Ertragswerts i. H. v. (4.000.000 € – 2.500.000 € =) 1.500.000 € wird nach dem Anteil am Nennkapital aufgeteilt:*

*30 % von 1.500.000 € zuzüglich 450.000 €*

*Wert des Anteils des A: 2.325.000 €*

Unter Berücksichtigung der vertraglichen Vereinbarungen ist nach § 97 Abs. 1b BewG der gemeine Wert des Anteils des A mit 2.325.000 € festzustellen.

#### INFO

##### Hinweis:

Die beschriebene Aufteilung entfällt, wenn der Substanzwert zum Ansatz kommt. Die Aufteilung erfolgt dann nach der Beteiligung am Liquidationserlös.

<sup>35</sup> DB 2016, 622.

Für den Todesfall des B gelten die vorstehenden Grundsätze wiederum spiegelbildlich.

#### PRAXISTIPP

##### (Quoten-)Nießbrauch:

Die vorstehenden Beispiele zeigen, dass der Vorbehalt überproportionaler Gewinnbezugsrechte zulasten beschenkter Kinder die regelmäßig angestrebte Wertübertragung einschränkt; ein größerer Wert als eigentlich angenommen verbleibt dem Übergeber und geht erst später über, ggf. nach einem neuen, strengeren Recht. Insoweit ist der Vorbehalt eines (Quoten-)Nießbrauchs günstiger, da dieser zwar den Wert der Bereicherung des Kindes mindert, später aber nicht spiegelbildlich den Wert der Bereicherung des Kindes bei Nacherwerb eines zurückbehaltenen Anteils erhöht. Das Erlöschen des Nießbrauchs durch Tod ist erbschaftsteuerlich grds. unbeachtlich.

Die Vereinbarung einer allgemeinen Öffnungsklausel (Muster 1 unter Ziffer 2.1.) wird von der Finanzverwaltung nicht behandelt und kann meines Erachtens auch bewertungsrechtlich nicht berücksichtigt werden, da jeder Gesellschafter im Grundsatz sein allgemeines quotenentsprechendes Gewinnbezugsrecht behält.

### 3. Schenkungsteuer für die Durchführung inkongruenter Gewinnausschüttungen?

Bei allen disquotalen Gewinnverteilungsabreden mit Kapitalgesellschaften ist auch an die schenkungsteuerlichen Auswirkungen zu denken. Die Finanzverwaltung hat die Grundsätze freigebiger Zuwendungen unter Beteiligung von Kapitalgesellschaften in dem gleichlautenden Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder<sup>36</sup> vom 14.3.2012 zusammengefasst. Dort heißt es unter Ziffer 2.6.4:

*Verzichtet ein Gesellschafter zugunsten eines Mitgesellschafters auf einen bereits entstandenen Gewinnanspruch, liegt regelmäßig eine freigebige Zuwendung im Sinne des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG des Verzichtenden zugunsten des Mitgesellschafters vor. Entsprechendes kann auch in Fällen einer nicht leistungsbezogenen bestimmten disquotalen Gewinnausschüttung vorliegen.*

Vor diesem Hintergrund sind disquotale Gewinnverteilungsabreden ohne entsprechenden außersteuerlichen Grund auch unter schenkungsteuerlichen Gesichtspunkten zu würdigen.<sup>37</sup> Dies kann auch bei jeder Nutzung der allgemeinen Öffnungsklausel eine Rolle spielen. Vermeiden lassen sich freigebige Zuwendungen i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG in derartigen Fällen, indem die Gesellschafter entweder damit einen Ausgleich für andere Leistungen erbringen wollen oder wenn durch Gesellschaftervereinbarung sichergestellt ist, dass die Mehrdividende in späteren Jahren wieder ausgeglichen wird.

Begünstigungen nach den §§ 13a, 13b, 19a ErbStG können für disquotale Gewinnausschüttungen nicht gewährt werden, da hier kein Geschäftsanteil Gegenstand der Zuwendung ist, sondern lediglich ein Barauszahlungsanspruch auf überquotalen Gewinn.

<sup>36</sup> BStBl I 2012, 331.

<sup>37</sup> Siehe dazu auch Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, 49. EL 2015, Rn 182 f.; Hübner, Disquotale Gewinnausschüttungen und Einlagen im Schenkungsteuerrecht – eine unendliche Geschichte, DStR 2008, 1357 ff.; Tolksdorf, Schenkungsteuer bei disquotalen Einlagen und Gewinnausschüttungen, DStR 2010, 423 ff.

Eine Zuwendung von Seiten der Kapitalgesellschaft an den Gesellschafter (Steuerklasse III) ist in entsprechenden Fällen nicht zu befürchten, da die Zuwendung zwischen den Gesellschaftern erfolgt.

## V. Steuerrechtliche Auswirkungen bei Personengesellschaften

### 1. Disquotale Gewinnverteilung bei Mitunternehmenschaften, OFD Frankfurt am Main, Rundvfg. v. 13.5.2015 – S 2241 A-9-St 213, DStR 2015, 1802

Disquotale Gewinnverwendungsabreden sind ein klassisches Mittel der Gestaltungspraxis der vorweggenommenen Erbfolge, um einen Nießbrauch zu ersetzen oder Versorgungsleistungen zu vermeiden. Gleichzeitig hat diese Abrede ggf. Auswirkungen auf die Bewertung nach § 97 Abs. 1a BewG, da nach Verteilung der Kapitalkonten der Mehrwert nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel verteilt wird. Dieses Phänomen lässt sich vermeiden, indem ein Gewinnvorab vereinbart wird, der keine Auswirkungen auf die Bewertung des übertragenen Mitunternehmeranteils hat. Gleichzeitig kann als Gegeneffekt dadurch wiederum Anrechnungsguthaben nach § 35 EStG verloren gehen, da für die Zurechnung des Anrechnungsguthabens ein Gewinnvorab wiederum unbeachtlich ist.

#### Checkliste:

- Anerkennung der Abrede
- keine Anerkennung rückwirkender Abreden
- Bewertung des Anteils nach dem BewG, § 97 Abs. 1a BewG
- Verlust von Anrechnungsguthaben nach § 35 EStG

Aktuell hat die OFD Frankfurt<sup>38</sup> vom 13.5.2015 eine Rundverfügung veröffentlicht, mit der sie strenge Maßstäbe an die Anerkennung disquotaler Gewinnverteilungsabreden bei Personengesellschaften stellt.

Grundsätzlich erfolgt die Verteilung des Gewinns bei gewerblichen Personengesellschaften nach dem im Gesellschaftsvertrag vereinbarten Gewinnverteilungsschlüssel. Eine Änderung dieses Schlüssels ist einkommensteuerrechtlich allerdings anzuerkennen, soweit sie ihre Erklärung und Rechtfertigung in den Verhältnissen der Personengesellschaft findet.<sup>39</sup> Danach ist eine disquotale Gewinnverteilung bei Personengesellschaften ertragsteuerlich nur dann anzuerkennen, wenn für diese Gewinnverteilung die Verhältnisse der Gesellschafter in Bezug auf die Gesellschaft und ihre Beiträge zum Gesellschaftszweck maßgebend sind, nicht aber wenn sie auf außerbetrieblichen Gründen (wie etwa Verwandtschaft oder wirtschaftliche Beziehungen außerhalb der Gesellschaft) beruht.

#### PRAXISTIPP

##### Disquotale Gewinnverteilungsabrede:

Der Grund für eine disquotale Gewinnverteilungsabrede sollte daher nicht im Verhältnis zwischen den Gesellschaftern oder deren privatem Versorgungsbedürfnis gesucht werden, sondern in dem Verhältnis der Gesellschafter zu der Gesellschaft selbst und zu deren Unternehmen.

<sup>38</sup> OFD Frankfurt am Main, Rundvfg. v. 13.5.2015 – S 2241 A – 9 – St 213, DStR 2015, 1802.

<sup>39</sup> H 15.8 Abs. 3 EStH „Außerbetrieblich veranlasser Gewinn- und Verlustverteilungsschlüssel“, BFH, Urt. v. 23.8.1990 – IV R 71/89, DStR 1991, 179.

Diese restriktive Position kann sich einerseits auswirken, wenn eine GmbH an einer KG beteiligt ist und auch alle Kommanditisten an der GmbH beteiligt sind; verzichtet die GmbH zugunsten der anderen Kommanditisten auf ihren Gewinnanteil, wird dies regelmäßig nicht anerkannt, da dies nicht aus dem Verhältnis zur KG resultiert, sondern allein aus dem Verhältnis der Gesellschafter untereinander. Diese Gedanken können sich auch in Fällen der vorweggenommenen Erbfolge auswirken. Anerkennungsprobleme sind nicht auszuschließen. Die Gründe für die überquotalen Gewinnbezugsrechte sollten daher stets mit Argumenten versehen werden, die in Leistungen, Kenntnissen, Know-how und Erfahrung des Übergebers begründet sind, hingegen nicht in seinem privaten Versorgungsbedürfnis. Sind diese anfänglich gegeben, so dürfte die Anerkennung gewährleistet sein. Ungeklärt ist insoweit dann nur, ob eine Pflicht zur späteren Anpassung besteht, wenn der sachliche Grund später wegfällt.

Teilweise wurden in der Vergangenheit Einbringungsvorgänge nach § 24 UmwStG vermieden, indem der aufgenommene Gesellschafter keine Leistungen in die Personengesellschaft erbracht hat und stattdessen dem Aufnehmenden ein Vorabgewinnanteil zugewandt wurde. Dieses Gestaltungsmodell hat der BFH<sup>40</sup> nicht anerkannt und gleichwohl als Veräußerung eines Mitunternehmeranteils eingestuft.

**PRAXISTIPP**

**Disquotale Gewinnverwendungsabreden – Gewinnverteilung oder Gewinnvorab?:**

Wenn bei Personengesellschaften disquotale Gewinnverwendungsabreden getroffen werden, besteht die Wahl zwischen einer abweichenden allgemeinen Gewinnverteilung und einem Gewinnvorab. Beides hat unterschiedliche steuerliche Wirkungen<sup>41</sup> im Rahmen des § 35 EStG und des § 97 Abs. 1a BewG und muss daher berücksichtigt werden.

**FORMULIERUNGSVORSCHLAG**

**Vorabgewinnanteil:**

*Von dem Gewinn der Gesellschaft erhält der Gesellschafter X einen Vorabgewinnanteil in Höhe von 30 % des Gesamtgewinns. Der danach verbleibende Gewinnanteil ist auf alle Gesellschafter im Verhältnis ihrer Beteiligungsquoten am Kapitalkonto I zu verteilen.*

**2. Bewertung und Wertverteilung, § 97 Abs. 1a BewG**

Die Bewertung eines Mitunternehmeranteils erfolgt grundsätzlich nach dem allgemeinen Bewertungsverfahren des § 11 BewG i. V. m. §§ 199 ff. BewG. Maßgeblich ist grundsätzlich nach § 202 Abs. 1 BewG das steuerliche Ergebnis der zu bewertenden Einheit, das nach Korrekturen mit dem Kapitalisierungsfaktor multipliziert wird. Sonder- und Ergänzungsbilanzen sind dabei nach § 202 Abs. 1 S. 1 HS 2 BewG nicht zu berücksichtigen.

Die **Verteilung des Wertes** im Rahmen einer Mitunternehmerschaft richtet sich nach § 97 Abs. 1a BewG:

*(1a) Der gemeine Wert eines Anteils am Betriebsvermögen einer in § 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 genannten Personengesellschaft ist wie folgt zu ermitteln und aufzuteilen:*

*1. Der nach § 109 Abs. 2 ermittelte gemeine Wert des der Personengesellschaft gehörenden Betriebsvermögens (Gesamthandsvermögen) ist wie folgt aufzuteilen:*

*a) die Kapitalkonten aus der Gesamthandsbilanz sind dem jeweiligen Gesellschafter vorweg zuzurechnen;*

*b) der verbleibende Wert ist nach dem für die Gesellschaft maßgebenden Gewinnverteilungsschlüssel auf die Gesellschafter aufzuteilen; Vorabgewinnanteile sind nicht zu berücksichtigen.*

*2. Für die Wirtschaftsgüter und Schulden des Sonderbetriebsvermögens eines Gesellschafters ist der gemeine Wert zu ermitteln. Er ist dem jeweiligen Gesellschafter zuzurechnen.*

*3. Der Wert des Anteils eines Gesellschafters ergibt sich als Summe aus dem Anteil am Gesamthandsvermögen nach Nummer 1 und dem Wert des Sonderbetriebsvermögens nach Nummer 2.*

Bei Personengesellschaften herrscht regelmäßig ein differenziertes System von Kapital- und Darlehenskonten, nach denen sich regelmäßig die Beteiligung am Vermögen der Gesellschaft und an den Erträgen orientiert. Insoweit normiert § 97 Abs. 1a BewG n. F., dass der gemeine Wert eines Anteils am Betriebsvermögen einer in § 97 Abs. 1 S. 1 Nr. 5 BewG n. F. genannten Personengesellschaft wie folgt zu ermitteln ist: Zunächst ist für das Gesamthandsvermögen der Ertragswert nach den allgemeinen Bestimmungen zu ermitteln. Dieser ist anschließend aufzuteilen nach Maßgabe der Kapitalkonten aus der Gesamthandsbilanz, jedoch ohne Korrektur um das Ergebnis der Kapitalkonten aus den Ergänzungsbilanzen.<sup>42</sup> Ferner ist bei der Verteilung nach dem allgemeinen Gewinnverteilungsschlüssel der Gesellschaft klargestellt, dass Vorabgewinnanteile einzelner Gesellschafter nicht zu berücksichtigen sind. Dies gilt unabhängig davon, ob diese gewinnabhängig sind oder nicht gewinnabhängige Sondervergütungen. Dies kann im Einzelfall jedoch zweifelhaft sein, sofern diese nicht personenbezogen sind, sondern mit der Übertragung des Gesellschaftsanteils auf einen Dritten ebenfalls mit übergehen.

**INFO**

**Hinweis:**

Für die Gestaltungspraxis kann dies genutzt werden, um durch feste Vorabgewinnanteile Ertragspotential zu übertragen, das aber schenkungsteuerrechtlich nicht erfasst wird, obwohl der Vorabgewinn vom Markt bewertet würde. Sofern ein Vorbehaltsnießbrauch durch einen Vorabgewinnanteil ersetzt werden soll, was gesellschaftsrechtlich möglich ist, so ist diese unterschiedliche Wirkung zu berücksichtigen. Das Erlöschen des Nießbrauchs ist später schenkungsteuerneutral, sofern die Fristen des § 14 BewG überschritten sind.

**Aufteilung des Wertes des Betriebsvermögens:**

**Beispiel 1:**

Steuerlicher Wert des Betriebsvermögens im Besteuerungszeitpunkt:	9.000.000 €
Kapitalkonten lt. Gesamthandsbilanz der Personengesellschaft:	6.000.000 €

*Davon entfallen auf A 3.000.000 €, auf B 2.000.000 € und auf C 1.000.000 €.*

*Gewinn- und Verlustverteilung A, B und C je 1/3.*

*A erwarb seinen Kommanditanteil entgeltlich. In seiner steuerlichen Ergänzungsbilanz ist der entgeltlich erworbene Firmenwertanteil ertragsteuerlich zutreffend mit 600.000 € ausgewiesen und im Wert des Betriebsvermögens berücksichtigt.*

*Zu bewerten ist der Anteil des Gesellschafters A.*

<sup>40</sup> BFH, Urt. v. 27.10.2015 – VIII R 47/12, DStR 2016, 292.

<sup>41</sup> Siehe nur BFH, Urt. v. 5.6.2014 – IV R 43/11, GmbH-StB 2014, 252.

<sup>42</sup> So noch zu Unrecht der Regierungsentwurf zum ErbStRG 2009.

Gesellschafter		A	B/C
Wert des Betriebsvermögens	9.000.000 €		
abzgl. Kapitalkonten lt. Gesamthands- <b>ohne</b> Ergänzungsbilanz	6.000.000 €	3.000.000 €	3.000.000 €
Unterschiedsbetrag je $\frac{1}{3}$	3.000.000 €	1.000.000 €	2.000.000 €
Anteil am Wert des Betriebsvermögens		4.000.000 €	5.000.000 €

**Abwandlung 1:**

Wie würde sich der Fall ändern, wenn A ein überproportionales Gewinnbezugsrecht von 50 % hätte und der Restgewinn zu je 25 % B und C zustünde? Der Wert des Gesellschaftsanteils des A würde sich damit um 500.000 auf 4.500.000 € erhöhen.

**Abwandlung 2:**

Wie würde sich der Fall ändern, wenn A einen Vorabgewinnanteil in Höhe von 16,67 % hätte und der Restgewinn zu A, B und C zu je einem Drittel zustünde? Der Wert des Gesellschaftsanteils des A würde sich in diesem Fall trotz identischer Gewinnbezugshöhe wie in dem vorstehenden Absatz gar nicht erhöhen, da Vorabgewinnanteile außer Betracht bleiben.

Die vorstehende Unterscheidung zwischen Vorabgewinn und fester abweichender Gewinnquote findet sich auch in § 35 Abs. 2 EStG und führt zu einer unterschiedlichen Zuordnung des Gewerbesteueranrechnungsguthabens nach § 35 EStG.

**INFO****Hinweis:**

Die Einräumung eines überproportionalen Gewinnanteils kann nach § 7 Abs. 6 ErbTG auch einen Schenkungsteueratbestand erfüllen.

**VI. Zusammenfassung**

Disquotale Gewinnverwendungsabreden sind gesellschaftsrechtlich zulässig, sofern alle Gesellschafter dem zustimmen. Sie können bei ausreichendem Minderheitenschutz auch als Öffnungsklausel ganz flexibel gestaltet werden. Sie sind ein alternatives Gestaltungsmittel; mit Gewinnverteilungsabreden können der Nießbrauch am Gesellschaftsanteil oder Versorgungsleistungen substituiert werden.

Steuerrechtlich haben diese Klauseln zahlreiche Nebenwirkungen und Fallstricke, die es zu beachten gilt, nämlich sowohl hinsichtlich

- der steuerrechtlichen Anerkennung,
- der Auslösung von freigebigen Zuwendungen i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG,
- der Bewertung der Gesellschaftsanteile für Zwecke der Schenkungsteuer und
- der Zuordnung des gewerbesteuerlichen Anrechnungsguthabens nach § 35 Abs. 2 EStG.

Bei Personengesellschaften ist dazu zwischen dem sog. Gewinnvorab und einer allgemein abweichenden Gewinnverteilung genau zu unterscheiden, da die Wirkungen sich in § 97 Abs. 1a BewG und in § 35 Abs. 2 EStG unterscheiden.

**Dr. Eckhard Wälzholz**

ist Notar in Füssen.

E-Mail: echri@t-online.de

Herbert Grziwotz

**Erbscheinsverfahren neu geregelt**

Das bisher im BGB enthaltene Erbscheinsverfahren wurde im Wesentlichen aus systematischen Gründen in das FamFG überführt. Allerdings haben sich auch einige für die Praxis relevante Änderungen ergeben. Diese sollen im nachfolgenden Beitrag dargestellt werden.

**A. Erbschein und Erbscheinsverfahren**

Das BGB regelt in den §§ 2353 ff. BGB den Erbschein. Es handelt sich um den 8. Abschnitt des 3. Buches des BGB. In diesem Abschnitt waren bisher auch Verfahrensvorschriften enthalten. Diese wurden nunmehr überwiegend aus systematischen Gründen durch das Gesetz zum Internationalen Erbrecht und zur Änderung von Vorschriften zum Erbschein sowie zur Änderung sonstiger Vorschriften vom 29.6.2015<sup>1</sup> in das FamFG übernommen. Die

nachstehende Übersicht gibt den bisherigen und den neuen Standort der Regelung wieder:<sup>2</sup>

§ 2360 BGB a. F., der die Anhörung des Gegners des Antragstellers eines Erbscheins vorsah, ist bereits mit Inkrafttreten des FamFG (1.9.2009) aufgehoben worden.<sup>3</sup>

**B. Die für die notarielle Praxis relevanten Änderungen****I. Erbscheinsantrag****1. Antragsprinzip, Kosten und Zuständigkeit**

Die Erbscheinserteilung gehört zu den Angelegenheiten der Freiwilligen Gerichtsbarkeit (§ 342 Abs. 1 Nr. 6 FamFG). Zuständig ist

<sup>1</sup> BGBl 2015 I, S. 1042.

<sup>2</sup> Vgl. auch die ausführlichen Synopsen von Herzog, ErbR 2015, 606, 608 u. Grziwotz, FamRZ 2016, 417, 421 ff.

<sup>3</sup> Vgl. dazu §§ 345, 27, 28, 30 Abs. 4, 33 f., 37 Abs. 2, 44 FamFG.

das Nachlassgericht (§ 2353 BGB). Es erteilt einen Erbschein nur auf Antrag. Es handelt sich somit um kein Amtsverfahren. Bei dem Antrag handelt es sich nicht nur um eine Verfahrensvoraussetzung, sondern um einen „Sachantrag“.<sup>4</sup> Der Antragsteller muss dem Gericht die gewünschte Sachentscheidung vorgeben, so dass es entweder dem gestellten Antrag entsprechen kann oder ihn zurückweisen muss. Wird ein Erbschein ohne einen wirklichen Antrag erteilt, so ist dieser nicht unwirksam. Wird die Erteilung nicht durch einen Antragsberechtigten nachträglich genehmigt, ist er jedoch einzuziehen.<sup>5</sup>

#### Gegenüberstellung Fundstellen BGB/FamFG

Bisherige Regelung	Neuregelung
§ 2353 BGB	Unverändert
§ 2354 BGB	§ 352 Abs. 1 FamFG mit Änderungen bzw. Ergänzungen in Nrn. 2, 3, 7 und 8
§ 2355 BGB	§ 352 Abs. 2 FamFG mit entsprechenden Änderungen wie in Abschn. 1 beim Erbschein aufgrund gesetzlicher Erbfolge
§ 2356 BGB	§ 352 Abs. 3 FamFG, wobei die Regelung über die Offenkundigkeit der Tatsachen beim Nachlassgericht als überflüssig entfallen ist
§ 2357 BGB	§ 352a FamFG, wobei die Angabe der Erbteile beim gemeinschaftlichen Erbschein nicht erforderlich ist, wenn alle Antragsteller hierauf verzichten
§ 2358 BGB	§ 352d FamFG, wobei der Grundsatz der Amtsermittlung wegen der Regelung in §§ 26, 29 FamFG gestrichen wurde
§ 2359 BGB	§ 352e Abs. 1 S. 1 FamFG
§ 2361 Abs. 1 S. 1 und 2 BGB	§ 2361 S. 1 und 2 BGB
§ 2361 Abs. 2 BGB	§ 353 Abs. 1 FamFG, wobei sich hinsichtlich der Bekanntmachung des Beschlusses über die Kraftloserklärung Änderungen ergeben haben
§ 2361 Abs. 3 BGB	wegen § 26 FamFG ersatzlos gestrichen
§ 2362 BGB	Unverändert
§ 2363 Abs. 1 BGB	§ 352b Abs. 1 FamFG
§ 2363 Abs. 2 BGB	§ 2363 BGB
§ 2364 Abs. 1 BGB	§ 352b Abs. 2 FamFG
§ 2364 Abs. 2 BGB	§ 2363 BGB
§ 2365 BGB	Unverändert
§ 2366 BGB	Unverändert
§ 2367 BGB	Unverändert
§ 2368 Abs. 1 S. 1 BGB	§ 2368 S. 1 BGB
§ 2368 Abs. 1 S. 2 BGB	§ 354 Abs. 2 FamFG
§ 2368 Abs. 3 BGB	§ 2368 S. 2 BGB
§ 2369 BGB	§ 352c FamFG
§ 2370 BGB	Unverändert

<sup>4</sup> Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 30.

<sup>5</sup> Grziwotz, FamRZ 2016, 417, 418; unklar Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 30, der von der Möglichkeit der Einziehung ausgeht („kann“).

Besondere Formvorschriften bestehen für den Erbscheinsantrag nicht. Gemäß § 23 FamFG muss der Antrag schriftlich gestellt werden. Dies kann zu Protokoll des Nachlassgerichtes oder beim Notar erfolgen. Kostenmäßig besteht grundsätzlich kein Unterschied. Beim Notar und beim Nachlassgericht fällt eine 1,0-Gebühr aus dem Geschäftswert an (Nr. 23300 GNotKG KV). Die Gebührensatzung regelt die Beurkundung einer Versicherung an Eides statt. Neben dieser Gebühr fällt, wenn in der Niederschrift über die Abnahme der eidesstattlichen Versicherung zugleich ein Antrag an das Nachlassgericht auf Erteilung eines Erbscheins beurkundet wird, keine weitere Gebühr mehr an (Vorbem. 2.3.3 Abs. 2 GNotKG KV). Der Unterschied zwischen dem Nachlassgericht und dem Notar besteht lediglich darin, dass der Notar auf seine Gebühren 19 Prozent Umsatzsteuer erheben muss und das Nachlassgericht dagegen nicht. Eine Hinweispflicht darauf, dass aus diesem Grund der Antrag beim Nachlassgericht günstiger ist, trifft den Notar nicht.<sup>6</sup> In beiden Fällen fällt beim Nachlassgericht zusätzlich eine 1,0-Verfahrensgebühr für die Erteilung des Erbscheins an (Nr. 12210 GNotKG KV). Der Geschäftswert bestimmt sich nach dem Wert des Reinnachlasses zum Zeitpunkt des Erbfalls (§ 40 Abs. 1 S. 1 GNotKG). Bei der Ermittlung des Reinvermögens sind nur die im Zeitpunkt des Erbfalls bestehenden Verbindlichkeiten abzuziehen, die durch den Erblasser veranlasst waren. Weitergehende Erbfallsschulden, wie Pflichtteilsansprüche, Vermächtnisse, Auflagen und Erbschaftsteuern, sind nicht in Abzug zu bringen. Bewertungszeitpunkt ist der Erbfall; Wertveränderungen nach dem Erbfall bleiben unberücksichtigt. Bezieht sich der beantragte Erbschein nur auf das Erbrecht eines Miterben, bestimmt sich der Geschäftswert nur nach dem Anteil des Miterben am Reinnachlass des Erblassers (§ 40 Abs. 2 S. 2 GNotKG).<sup>7</sup>

#### PRAXISTIPP

##### Keine Begünstigung zweckgebundener Erbscheine:

Eine Begünstigung von Erbscheinen, die nur für bestimmte Zwecke verwendet werden sollen (Erbschein zur Berichtigung des Grundbuchs oder des Handelsregisters), besteht nicht mehr. Der Geschäftswert ist auch in diesen Fällen mit dem vollen Wert des Reinnachlasses zu bestimmen. Zu beachten ist ferner, dass ein in der Niederschrift über die Beantragung des Erbscheins enthaltener Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs gegenstandsverschieden (§ 86 Abs. 2 GNotKG) und deshalb zusätzlich zu bewerten ist.<sup>8</sup>

Für den Erbscheinsantrag existiert keine Frist. Der Erbscheinsantrag kann also auch noch lange Jahre nach dem Todesfall gestellt werden. Auch eine Verwirkung des verfahrensrechtlichen Antragsrechts tritt nicht ein. Die örtliche Zuständigkeit für die Erteilung des Erbscheins richtet sich nicht mehr nach dem letzten Wohnsitz des Erblassers vor seinem Tod, sondern nach dem letzten gewöhnlichen Aufenthalt des Erblassers (§ 343 Abs. 1 FamFG). Maßgeblich ist zur Erreichung eines Gleichlaufs mit Art. 4 EuErbVO der Begriff des gewöhnlichen Aufenthalts nach dieser Bestimmung.<sup>9</sup>

<sup>6</sup> Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 61.

<sup>7</sup> Zum Ganzen Notarkasse A.d.ö.R., Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn 2132 ff.; Diehn, Notarkostenberechnungen, 4. Aufl. 2016, Rn 1817.

<sup>8</sup> Notarkasse A.d.ö.R., Streifzug durch das GNotKG, 11. Aufl. 2015, Rn 2342.

<sup>9</sup> Vgl. dazu Burandt/Rojahn/Burandt, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, Art. 21 EuErbVO Rn 3; Grziwotz, Europäische Erbrechtsverordnung – Ein Überblick, 2015, S. 29 ff. u. Dutta/Weber/Lein, Internationales Erbrecht, 2016, Art. 4 EuErbVO Rn 9 ff. u. Deixler-Hübner/Schauer/Deixler-Hübner, Europäische Erbrechtsverordnung, 2015, Art. 4 Rn 3 ff.

## INFO

**Gewöhnlicher Aufenthalt:**<sup>10</sup>

„Gewöhnlicher Aufenthalt“ ist der Ort, an dem jemand persönliche, soziale und familiäre Bindungen aufbaut, also etwas mehr als der bloße Wohnsitz, an dem man polizeilich gemeldet ist. In der Regel wird der gewöhnliche Aufenthalt mit dem Familienwohnsitz übereinstimmen. Es bleiben aber Zweifelsfälle, etwa bei Fernbeziehungen über die Staatsgrenzen hinweg, bei Arbeitern auf Montage, Studenten und Forschungsstipendiaten, Soldaten in Nato-Verwendungen oder bei Managern, Sportlern und Künstlern mit längeren Auslandsaufenthalten bzw. „Expats“.

**2. Das Antragsrecht**

Der Erbscheinsantrag kann nur von demjenigen gestellt werden, der ein berechtigtes Interesse an seiner Erteilung hat. Dies sind insbesondere der Allein- und der Miterbe, wobei ein Antrag auf einen gemeinschaftlichen Erbschein wie bisher jeder Miterbe allein stellen kann (nunmehr § 352a Abs. 1 S. 2 FamFG, vgl. § 2357 Abs. 1 S. 2 BGB a. F.). Aber auch Erbeserben, Testamentsvollstrecker, Nachlassverwalter, Nachlassinsolvenzverwalter, Erbschaftserwerber und Gläubiger, die über einen Titel verfügen (§§ 792, 896 ZPO), sind antragsberechtigt. Bei ehelicher und lebenspartnerschaftlicher Gütergemeinschaft mit gemeinsamer Verwaltung durch beide Partner kann jeder Ehegatte bzw. Lebenspartner den Antrag stellen (§§ 1442, 1450 BGB).<sup>11</sup> Ein Erbteilerwerber (§ 2033 BGB) kann einen Erbschein beantragen, allerdings nur auf den Namen des Erben, nicht auf sich selbst.<sup>12</sup> Umstritten ist, ob auch der Erbschaftskäufer (§§ 2371 ff. BGB) einen Antrag auf Erteilung eines Erbscheins auf den Namen des Erben beantragen kann.<sup>13</sup> Im Unterschied zum Erbteilerwerber, auf den die Rechte des veräußernden Miterben am Nachlassvermögen im Wege der Gesamtrechtsnachfolge übergehen, erhält der Erbschaftskäufer zunächst nur einen schuldrechtlichen Anspruch. Veräußert ein Miterbe an ihn, so ist er verpflichtet, seinen Erbteil auf den Käufer zu übertragen; verkauft ein Alleinerbe, so muss er die einzelnen Nachlassgegenstände auf den Käufer übertragen. Der Erbschaftskäufer, der einen Erbteil erwirbt, erhält nach dinglicher Übertragung des Erbteils die Position eines Erbteilerwerbers und ist dann antragsberechtigt.

## PRAXISTIPP

**Nicht Antragsberechtigte:**

Nicht antragsberechtigt sind der (lediglich obligatorisch berechnete) Vermächtnisnehmer und der Pflichtteilsberechtigte, solange sie noch nicht über einen Titel verfügen.<sup>14</sup>

Beim Erbscheinsantrag ist grundsätzlich eine Vertretung zulässig. Allerdings stellt sich das Problem einer Vertretung regelmäßig nicht, da die eidesstattliche Versicherung (§ 352 Abs. 3 FamFG) nicht von einem gewillkürten Vertreter abgegeben werden kann, weil es sich um eine Wissenserklärung handelt. Der Bevollmächtigte kann nicht Wahrnehmungen des Vertretenen bezeugen. Umstritten ist dies hinsichtlich des Vorsorgebevollmächtigten.

Teilweise wird seine Vertretungsmacht unter dem Hinweis darauf bejaht, dass er einem gesetzlichen Vertreter gleichsteht.<sup>15</sup> Bei minderjährigen Erben, die nicht selbst verfahrensfähig sind, müssen ihre gesetzlichen Vertreter, also regelmäßig die Eltern (§ 1629 BGB), handeln (§ 9 FamFG). Eine Genehmigung des Familiengerichts ist hierzu nicht erforderlich. Ein über sechzehn Jahre alter Minderjähriger kann nach herrschender Meinung selbst zur Abgabe der eidesstattlichen Versicherung zugelassen werden (§ 455 Abs. 2 ZPO).<sup>16</sup>

## PRAXISTIPP

**Eingeschränkte Vertretungsberechtigung der Eltern:**

Eltern können das Kind bei der Antragstellung nicht vertreten, wenn sie nach § 1638 BGB von der Vermögensverwaltung durch den Erblasser ausgeschlossen sind.<sup>17</sup>

Ein betreuter Erbe, bei dem hinsichtlich der Vermögensverwaltung die Betreuung angeordnet ist, ist nicht verfahrensfähig (§ 9 FamFG). Für ihn muss der Betreuer als gesetzlicher Vertreter (§ 1902 BGB) handeln. Er benötigt hierzu den Aufgabenkreis Vermögenssorge oder zumindest „*erbrechtliche Angelegenheiten*“. Eine Genehmigung des Betreuungsgerichts ist zur Stellung des Erbscheinsantrags und zur Annahme der Erbschaft (§ 1943 BGB) nicht erforderlich.

**3. Antragsinhalt**

Die Anforderungen an den Erbscheinsantrag sind nunmehr in § 352 FamFG zusammengefasst. Diese Vorschrift betrifft sowohl die gewillkürte als auch die gesetzliche Erbfolge. Im Hinblick auf die für Erbfälle ab dem 18.8.2015 geltende Europäische Erbrechtsverordnung muss der Erbscheinsantrag nunmehr auch Angaben zum letzten gewöhnlichen Aufenthalt sowie zur Staatsangehörigkeit des Erblassers enthalten (§ 352 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, Abs. 2 Nr. 3 FamFG). Ferner muss in den Antrag die ausdrückliche Erklärung aufgenommen werden, dass der Erbe die Erbschaft angenommen hat (§ 352 Abs. 1 Nr. 7, Abs. 2 Nr. 3 FamFG). In der Antragstellung durch den Erben wurde allerdings bereits bisher konkludent eine Annahme der Erbschaft gesehen.<sup>18</sup> Nunmehr ist die ausdrückliche diesbezügliche Erklärung erforderlich; gleichwohl wird man bei einer vergessenen diesbezüglichen Erklärung weiterhin in der Antragstellung eine Annahme der Erbschaft sehen können. Auch Angaben zur Größe des Erbteils waren erforderlich, nachdem der Erblasser den Inhalt des erteilten Erbscheins nicht in das Ermessen des Nachlassgerichts stellen konnte.<sup>19</sup> Der Nachweis durch öffentliche Urkunden und hilfsweise andere Beweismittel sowie hinsichtlich der negativen Tatsachen auch durch eine eidesstattliche Versicherung und ihr Erlass durch das Nachlassgericht gelten weiterhin (§ 352 Abs. 3 FamFG). Nicht erforderlich sind einzelne Angaben bei Offenkundigkeit, auch wenn dies nicht mehr ausdrücklich (bisher § 2356 Abs. 3 BGB a. F.) geregelt ist.<sup>20</sup> Auch das Amtsermittlungsprinzip im Erb-

<sup>10</sup> Diese Definition wurde der Infobroschüre des Deutschen Notarvereins *Erbrecht für Deutsche im Ausland und Ausländer in Deutschland* (Deutscher Notarverlag, 1. Aufl. 2016) entnommen.

<sup>11</sup> BayObLG, Beschl. v. 9.12.1958 – BReg. 1 Z 84/58, BayObLGZ 1958, 364 = MDR 1959, 400.

<sup>12</sup> Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 51.

<sup>13</sup> Verneinend MüKo-BGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2016, § 2353 Rn 88 u. Staudinger/Herzog, BGB, Neubearb. 2016, § 2353 Rn 31, jeweils m. w. N.; a. A. Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 53.

<sup>14</sup> Danach sind sie als Gläubiger antragsberechtigt.

<sup>15</sup> So Staudinger/Herzog, BGB, Neubearb. 2016, § 2353 Rn 210; a. A. MüKo-BGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2016, Anh. zu § 2353 Rn 44; ausführlich Litzener, ZEV 2004, 450 ff.

<sup>16</sup> Siehe nur Staudinger/Herzog, BGB, Neubearb. 2016, § 2353 Rn 209 u. MüKo-BGB/Grziwotz, 7. Aufl. 2016, Anh. zu § 2353 Rn 44.

<sup>17</sup> OLG Frankfurt a. M., Beschl. v. 16.12.1996 – 20 W 597/95, FamRZ 1997, 1115 = NJW-RR 1997, 580.

<sup>18</sup> Siehe nur OLG Köln, Beschl. v. 19.8.2014 – 2 Wx 213/14, FamRZ 2014, 282.

<sup>19</sup> Vgl. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 4.12.2013 – 3 Wx 201/13, NJW-RR 2014, 395.

<sup>20</sup> BR-Drucks 644/14 S. 70, 79; BT-Drucks 18/4201 S. 67; vgl. auch Herzog, ErbR 2015, 606, 607; Grziwotz, FamRZ 2016, 417, 419; übersehen von Holzer, ZNotP 2015, 258, 260.

scheinsverfahren gilt weiterhin (bisher § 2358 Abs. 1 BGB a. F.). Auch wenn bisher die Mitwirkungspflicht des Antragstellers ausdrücklich erwähnt wurde, ergibt sich durch die Streichung kein Unterschied. Die Mitwirkungspflicht im Verfahren bestimmt sich nunmehr nach § 27 Abs. 1 FamFG. Eine Einschränkung des Amtsermittlungsprinzips ergibt sich ferner aus dem Antragsprinzip. Die Ermittlungspflicht des Nachlassgerichts beschränkt sich auf den beantragten Inhalt des Erbscheins. In diesem Rahmen ist der Sachverhalt vollständig aufzuklären. Das Nachlassgericht entscheidet über Art und Umfang der Ermittlung nach pflichtgemäßem Ermessen. Es ist an Beweisanträge der Beteiligten nicht gebunden. Übereinstimmende Beteiligterklärungen und Auslegungsverträge sowie ein Nichtbestreiten von Behauptungen führen nicht dazu, dass das Nachlassgericht diese seinen Feststellungen zugrunde legen muss, wenn es hinsichtlich der Richtigkeit der behaupteten Tatsachen Bedenken hat. Es muss vielmehr auch unstrittige Tatsachen auf ihre Richtigkeit überprüfen.<sup>21</sup> Ein Vergleich über die Erbenstellung im Erbscheinsverfahren ist für das Nachlassgericht unbeachtlich, da die Beteiligten materiell-rechtlich nicht über den Verfahrensgegenstand verfügen können. Die Parteien können sich nur intern verpflichten, sich schuldrechtlich so zu stellen, als sei die vereinbarte Auslegung zutreffend. Allerdings kommt dem Verständnis des Testaments durch die Erblasser eine indizielle Bedeutung zu.<sup>22</sup> Das Nachlassgericht entscheidet im Frei- oder Strengbeweisverfahren (§§ 26, 30 FamFG). Das Strengbeweisverfahren ist dann zu wählen, wenn es im Erbscheinsverfahren um den Beweis der Errichtung und den Inhalt eines abhandengekommenen Testaments oder die Testierfähigkeit des Erblassers geht.<sup>23</sup> Der Freibeweis wird dagegen vor allem bei der Feststellung der Verfahrensvoraussetzungen gewählt werden. Insoweit besteht keine Bindung an die Beweismittel der ZPO.

Der nachfolgende Erbscheinsantrag verwendet juristische Fachausdrücke. Hiervon rät *Zimmermann*<sup>24</sup> ab, „weil der Laie sich darunter nichts vorstellen kann und die Gefahr einer falschen eidesstattlichen Versicherung dadurch erhöht wird.“ Sowohl das Nachlassgericht als auch der Notar haben dem Antragsteller jedoch die verwendeten Begriffe zu erläutern. Insofern würde beispielsweise die Formulierung „Der Erblasser wohnte zum Zeitpunkt seines Todes in ...“ wahrscheinlich zu unzutreffenden Angaben veranlassen.

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Erbscheinsantrag (mit Angabe der Erbquoten):

*Auf Ansuchen des/der Erschienenen beurkunde ich seinen/ihren vor mir abgegebenen Erklärungen gemäß was folgt:*

I.

*Am (Datum ergänzen) ist in (Ort ergänzen) mein (evtl. familienrechtliches Verhältnis angeben) verstorben. (Bei Ehegatte/eingetragenen Lebenspartner: Er/Sie war mit mir in einziger Ehe verheiratet. Er/Sie lebte mit mir in eingetragener Lebenspartnerschaft. Wir*

*lebten im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft (anderen Güterstand angeben). Die Voraussetzungen für den Ausschluss des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB/des Lebenspartnererbrechts (§ 10 Abs. 3 LPartG) lagen zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht vor. Aus der Ehe mit dem Erblasser sind ... gemeinschaftliche Kinder hervorgegangen, nämlich ... (evtl.: Adoptionen ergänzen).*

*Der Erblasser hatte keinerlei (sonstige) Abkömmlinge, weder nichteheliche noch adoptierte.*

*Der/Die Verstorbene war ausschließlich deutscher/e Staatsangehöriger/e und hatte seinen/ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, nämlich in (Gemeinde angeben).<sup>25</sup>*

II.

*Eine letztwillige Verfügung hat der/die Verstorbene nicht hinterlassen. Es ist daher gesetzliche Erbfolge eingetreten. Gesetzliche Erben sind*

- *ich zu ... Anteil,*
- *die gemeinschaftlichen Kinder ... zu ... Anteil/die Eltern/Geschwister des Erblassers zu ... Anteil.*

*Weitere Personen, durch die die Erbfolge beeinträchtigt würde, sind und waren nicht vorhanden.*

*Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig. Alle Erben haben die Erbschaft angenommen.*

**Bei gewillkürter Erbfolge:** *Der Erblasser hat als einzige Verfügung von Todes wegen das eigenhändige Testament vom ... hinterlassen, das vom Nachlassgericht ... unter dem AZ: ... eröffnet worden ist. Darin hat er ... zu Erben eingesetzt.*

*Weitere Personen, durch die die Erbfolge beeinträchtigt würde, sind und waren nicht vorhanden. Sämtliche Erben haben die Erbschaft angenommen. Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig.*

III.

*Nach Hinweis des Notars auf die Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung, insbesondere auf die strafrechtlichen Folgen falscher Angaben, versichere ich hiermit an Eides statt, dass mir nichts bekannt ist, was der Richtigkeit meiner vorstehenden Angaben entgegensteht.*

*Die erforderlichen Personenstandsunterlagen werden dem Nachlassgericht gesondert vorgelegt./Beigefügt sind: ...<sup>26</sup>*

*Ich beantrage die Erteilung eines (gemeinschaftlichen) Erbscheins, der die Erbfolge ausweist, wie sie in Ziffer II. dieser Urkunde niedergelegt ist, und bitte, mir diesen an die im Eingang genannte Adresse zu übersenden.*

IV.

*Den Reinwert des gesamten Nachlasses gebe ich mit € ... an.*

*Ich trage die Kosten dieser Urkunde und des Erbscheinsverfahrens. Ich beantrage die Erteilung einer Ausfertigung dieser Urkunde für das Nachlassgericht sowie einer beglaubigten Abschrift für mich.*

## II. Quotenloser gemeinschaftlicher Erbschein

Ein gemeinschaftlicher Erbschein wird erteilt, wenn mehrere Miterben vorhanden sind und das Erbrecht sämtlicher Miterben

<sup>21</sup> Siehe nur BayObLG, Beschl. v. 5.6.1992 – 1Z BR 21/92, BayObLGZ 1992, 181, 184 = FamRZ 1992, 1353; Burandt/Rojahn/Burandt, Erbrecht, 2. Aufl. 2014, § 2358 BGB Rn 24.

<sup>22</sup> BGH, Urt. v. 22.1.1986, IVa ZR 90/84, DNotZ 1987, 113 = NJW 1986, 1812, 1813.

<sup>23</sup> BayObLG, Beschl. v. 28.1.1992 – BReg 1 Z 64/91, NJW-RR 1992, 653 = FamRZ 1992, 1323 u. OLG Düsseldorf, Beschl. v. 17.11.2014 – 25 Wx 84/14, FamRZ 2015, 874; OLG Karlsruhe, Beschl. v. 21.5.2015 – 11 Wx 82/14, FamRZ 2015, 1926; OLG Düsseldorf, Beschl. v. 15.6.2015 – 3 Wx 103/14, FamRZ 2015, 2088.

<sup>24</sup> *Zimmermann*, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 84.

<sup>25</sup> Die Angabe des Wohnsitzes ist nicht mehr erforderlich und auch nicht richtig; anders *Zimmermann*, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 63.

<sup>26</sup> Entgegen *Zimmermann*, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 61 besteht keine Amtspflicht des Notars die Urkunden vom Standesamt zu besorgen.

festgestellt werden soll. Er betrifft – anders als der Teilerbschein, der lediglich den Erbteil eines oder mehrerer Miterben ohne Erwähnung der übrigen Miterben ausweist – den gesamten Nachlass. Grundsätzlich werden in ihm neben den Erben auch deren Erbteile aufgenommen. Dies hat bereits bisher große Probleme bereitet, wenn, wie dies bei eigenhändigen Testamenten nicht selten ist, eine gegenständliche Erbeinsetzung erfolgte. Aber auch bei noch nicht geborenen Miterben ergaben sich Schwierigkeiten. Insoweit war umstritten, ob der Erbscheinsantrag zumindest die Berechnungsgrundlage angeben musste und ein gemeinschaftlicher Erbschein ohne Quoten vorläufig erteilt werden konnte.<sup>27</sup> Die bisherige für den gemeinschaftlichen Erbschein geltende Vorschrift (§ 2357 BGB a. F.) enthielt dazu keine Regelung. § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG lässt nunmehr bei Verzicht aller Miterben gegenüber dem Nachlassgericht einen gemeinschaftlichen Erbschein ohne Erbquoten ausdrücklich zu.

#### PRAXISTIPP

##### Gemeinschaftlicher Erbschein bei Verzicht aller Miterben:

Der Verzicht muss durch alle Miterben schriftlich oder zu Protokoll gegenüber dem Nachlassgericht abgegeben werden. Es genügt nicht, dass der Antragsteller dies im Erbscheinsantrag erklärt oder die Erklärung nur gegenüber den Miterben abgegeben wird.

Der quotenlose gemeinschaftliche Erbschein ist nicht nur in den Fällen zulässig, in denen die Ermittlung der Quoten Schwierigkeiten bereitet.<sup>28</sup> Die gesetzliche Regelung dürfte die bisherige „Hilfslösung“ ersetzen. Sie hat insbesondere Bedeutung auch dafür, ob ein gemeinschaftlicher Erbschein mit unbestimmten Quoten auch ohne Zustimmung sämtlicher Miterben möglich ist. Dies dürfte nicht mehr der Fall sein.<sup>29</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Erbscheinsantrag (ohne Angabe der Erbquoten):

*Auf Ansuchen des/der Erschienenen beurkunde ich seinen/ihren vor mir abgegebenen Erklärungen gemäß was folgt:*

I.

*Am ... (Datum ergänzen) ist in ... (Ort ergänzen) mein ... (evtl. familienrechtliches Verhältnis angeben) verstorben. Er war nicht verheiratet und lebte auch in keiner eingetragenen Lebenspartnerschaft*

*Der Erblasser hatte keinerlei Abkömmlinge, auch keine nichtehelichen oder adoptierten.*

*Der/Die Verstorbene war ausschließlich deutscher/e Staatsangehöriger/e und hatte seinen/ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland, nämlich in ... (Gemeinde angeben).*

II.

*Der Erblasser/Die Erblasserin hat als einzige Verfügung von Todes wegen das eigenhändige Testament vom ... (Datum ergänzen) hinterlassen, das vom Nachlassgericht ... (ergänzen) unter AZ: ... (ergänzen) eröffnet worden ist. Darin hat er/sie mich zum Erben seines Hauses in ... (Ort und Grundbuchangaben), seinen/ihren Bruder ... (Personalien ergänzen) zum Erben seiner/ihrer Eigentumswohnung in ... (Ort und Grundbuchangaben ergänzen) sowie seine/ihre Schwester ... (Personalien ergänzen) zur Erbin seines/ihrer Geldvermögens eingesetzt.*

*Weitere Personen, durch die die Erbfolge beeinträchtigt würde, sind und waren nicht vorhanden.*

*Sämtliche Erben haben die Erbschaft angenommen. Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig.*

*Im Hinblick auf die Schwierigkeiten und die Kosten, die sich bezüglich der Bewertung der oben genannten Immobilien ergeben, verzichten sämtliche Miterben auf die Angabe der Erbquoten im Erbschein. Ich erkläre dies hiermit gegenüber dem Nachlassgericht. Die übrigen Miterben werden dies gesondert gegenüber dem Nachlassgericht erklären.*

III.

*Nach Hinweis des Notars auf die Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung, insbesondere auf die strafrechtlichen Folgen falscher Angaben, versichere ich hiermit an Eides statt, dass mir nichts bekannt ist, was der Richtigkeit meiner vorstehenden Angaben entgegensteht.*

*Die erforderlichen Personenstandsurkunden werden dem Nachlassgericht gesondert vorgelegt./Beigefügt sind: ...*

*Ich beantrage die Erteilung eines (gemeinschaftlichen) Erbscheins, der die Erbfolge ausweist, wie sie in Ziffer II. dieser Urkunde niedergelegt ist, ohne Angabe der Erbquoten, und bitte, diesen an die im Eingang genannte Adresse zu senden.*

IV.

*Den Reinwert des gesamten Nachlasses gebe ich mit € ... an.*

*Ich trage die Kosten dieser Urkunde und des Erbscheinsverfahrens. Ich beantrage die Erteilung einer Ausfertigung dieser Urkunde für das Nachlassgericht sowie einer beglaubigten Abschrift für mich.*

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Verzicht der Miterben auf Angabe der Erbquoten:<sup>30</sup>

*Auf Ansuchen des/der Erschienenen beurkunde ich seinen/ihren: vor mir abgegebenen Erklärungen gemäß was folgt:*

I.

*Am ... (Datum ergänzen) ist in ... (Ort ergänzen) mein ... (evtl. familienrechtliches Verhältnis angeben) verstorben. Er war nicht verheiratet und lebte auch in keiner eingetragenen Lebenspartnerschaft.*

II.

*Der Erblasser/Die Erblasserin hat als einzige Verfügung von Todes wegen das eigenhändige Testament vom ... (Datum ergänzen) hinterlassen, das vom Nachlassgericht ... (ergänzen) unter AZ: ... (ergänzen) eröffnet worden ist. Darin hat er/sie mich zum Erben seines Hauses in ... (Ort und Grundbuchangaben), seinen/ihren Bruder ... (Personalien ergänzen) zum Erben seiner/ihrer Eigentumswohnung in ... (Ort und Grundbuchangaben ergänzen) sowie seine/ihre Schwester ... (Personalien ergänzen) zur Erbin seines/ihrer Geldvermögens eingesetzt.*

*Weitere Personen, durch die die Erbfolge beeinträchtigt würde, sind und waren nicht vorhanden.*

*Sämtliche Erben haben die Erbschaft angenommen. Ein Rechtsstreit über das Erbrecht ist nicht anhängig.*

*Ein Erbschein wurde von ... (Name des Antragstellers ergänzen) beantragt. Dieser hat im Erbscheinsantrag gegenüber dem Nachlassgericht auf die Angabe der Erbquoten verzichtet. Auch wir ... (Namen ergänzen) und ... (Namen ergänzen) als Miterben verzichten gegenüber dem Nachlassgericht auf die Angabe der Erbquoten im Erbschein.*

<sup>27</sup> OLG Düsseldorf, Beschl. v. 9.11.1977 – 3 W 178/77, DNotZ 1978, 683; OLG Köln, Beschl. v. 25.5.1992 – 2 Wx 21/92, DNotZ 1993, 814.

<sup>28</sup> Anders wohl BT-Drucks 644/14, S. 71; wie hier Zimmermann, ZEV 2015, 520, 521 u. Grziwotz, FamRZ 2016, 417, 420.

<sup>29</sup> Grziwotz, FamRZ 2016, 417, 420.

<sup>30</sup> Es handelt sich um eine bedingungsfeindliche verfahrensrechtliche Erklärung, die nur bis zur Erteilung des Erbscheins widerrufen werden kann.

### III. Erteilung, Einziehung und Ergänzung des Erbscheins

Ist das Erbrecht nicht streitig, ergeht vor Erteilung des Erbscheins ein Feststellungsbeschluss (§ 352e Abs. 1 S. 2 FamFG), der mit seinem Erlass wirksam wird und nicht bekannt zu geben ist (§ 352e Abs. 1 S. 3 und 4 FamFG). Es folgt sodann die Erteilung des Erbscheins. Liegen dem Nachlassgericht abweichende Erbscheinsanträge vor oder hat lediglich ein Beteiligter dem Nachlassgericht einen vom beantragten Inhalt abweichenden Willen dargetan, muss der Feststellungsbeschluss den Beteiligten bekannt gegeben werden. Die Erteilung des Erbscheins wird bis zur Rechtskraft des Beschlusses zurückgestellt (§ 352e Abs. 2 FamFG).

Ein unrichtiger Erbschein ist weiterhin einzuziehen. Mit der Einziehung wird der Erbschein kraftlos (§ 2361 BGB). Die in den Rechtsverkehr gelangten Ausfertigungen sind dem Nachlassgericht abzuliefern. Um die Publizitätswirkungen der im Rechtsverkehr befindlichen Ausfertigungen, die nicht an das Nachlassgericht abgeliefert werden, auszuschließen, hat das Nachlassgericht den Erbschein durch Beschluss für kraftlos zu erklären (§ 353 Abs. 1 S. 1 FamFG). Diese Kraftloserklärung erfolgt nunmehr entsprechend der Regelung des Aufgebotsverfahrens (§§ 353 Abs. 1 S. 2, 435 FamFG). Die öffentliche Bekanntmachung folgt danach durch Aushang an der Gerichtstafel und durch einmalige Veröffentlichung im Bundesanzeiger. Anstelle der Gerichtstafel kann die Bekanntmachung auch in einem elektronischen Informations- und Kommunikationssystem erfolgen (§ 435 Abs. 1 FamFG), das im Gericht öffentlich zugänglich ist.

Wird ein gemeinschaftlicher Erbschein ohne Erbquoten erteilt, ist dieser nicht unrichtig, wenn die Erbquoten festgestellt sind. Eine Einziehung dieses Erbscheins ist deshalb nicht möglich,<sup>31</sup> vielmehr ist der bereits erteilte Erbschein um die Erbquoten zu ergänzen.<sup>32</sup> Der Antrag kann analog § 352a Abs. 1 S. 2 FamFG von jedem Miterben gestellt werden.<sup>33</sup> Beim Gericht fallen diesbezüglich keine Gebühren an, nachdem das GNotKG hierfür keine Gebühr vorsieht. Die Ergänzung dürfte deshalb mit der Verfahrensgebühr (Nr. 12210 GNotKG KV) abgegolten sein; Auslagen sind zu erheben.<sup>34</sup> Stehen später die endgültigen Erbquoten fest, kann der quotenlose Erbschein um die Quoten ergänzt werden. Der Antrag bedarf, nachdem die Erbquoten im ergänzenden Erbscheinsantrag angegeben werden müssen (§ 352 Abs. 1 S. 1 Nr. 8 u. Abs. 2 Nr. 3 FamFG), einer ergänzenden eidesstattlichen Versicherung (§ 352 Abs. 3 FamFG). Die Notarkosten für diesen ergänzenden Erbscheinsantrag sind aus einem Teilwert von 20 – 50 Prozent des Wertes zu erheben (§§ 36 Abs. 1, 40 GNotKG), der für den Erbschein maßgeblich ist.<sup>35</sup>

#### FORMULIERUNGSVORSCHLAG

##### Erbscheinsantrag (Ergänzung Erbquoten):

*Auf Ansuchen des/der Erschienenen beurkunde ich seinen/ihren vor mir abgegebenen Erklärungen gemäß was folgt:*

I.

*Am ... (Datum ergänzen) ist in ... (Ort ergänzen) mein ... (evtl. familienrechtliches Verhältnis angeben) verstorben. Er war nicht verheiratet und lebte auch in keiner eingetragenen Lebenspartnerschaft. Der Erbschein nach dem Erblasser ... wurde vom Amtsgericht ... (ergänzen) Nachlassgericht unter dem AZ. ... (ergänzen) erteilt. Von ihm wurden zwei Ausfertigungen erteilt, die in der Anlage zu diesem Antrag beigelegt sind.*

II.

*Es wird beantragt, den erteilten Erbschein um die Erbquoten zu ergänzen. Nach Ermittlung der Werte der Immobilien durch einen vereidigten Sachverständigen ergeben sich nunmehr folgende Erbquoten:*

*Erben sind:*

*a) ... zu 1/2-Anteil*

*b) ... zu 1/3-Anteil und*

*c) ... zu 1/6-Anteil.*

*Ablichtungen der Wertgutachten sowie der Kontoauszug des einzigen Kontos des Erblassers, das dieser zum Zeitpunkt seines Todes besaß, mit dem Kontostand zum Zeitpunkt des Erbfalls sind beigelegt. Die weiteren beiden Miterben sind mit der Ergänzung des erteilten Erbscheins entsprechend den vorstehenden Erbquoten einverstanden.*

III.

*Nach Hinweis des Notars auf die Bedeutung einer eidesstattlichen Versicherung, insbesondere auf die strafrechtlichen Folgen falscher Angaben, versichere ich hiermit an Eides statt, dass mir nichts bekannt ist, was der Richtigkeit meiner vorstehenden Angaben entgegensteht.*

*Ich beantrage, den gemeinschaftlichen Erbschein um die oben genannten Erbquoten zu ergänzen und bitte die Ausfertigungen an die bekannten Adressen zu übersenden.*



Prof. Dr. Herbert Grziwotz

ist Notar in Regen.

E-Mail: info@notare-grziwotz.de

<sup>31</sup> Zimmermann, Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 505, der allerdings unzutreffend auf § 352a Abs. 2 S. 2 FamFG verweist, der diese Frage gerade nicht regelt.

<sup>32</sup> Zutreffend Zimmermann, ZEV 2015, 520, 521 u. ders., Erbschein – Erbscheinsverfahren – Europäisches Nachlasszeugnis, 3. Aufl. 2016, Rn 470.

<sup>33</sup> Offen Zimmermann, ZEV 2015, 520, 522; wie hier Grziwotz, FamRZ 2016, 417, 420.

<sup>34</sup> Ebenso Zimmermann, ZEV 2015, 520, 522.

<sup>35</sup> Insoweit wird – mangels einer gesetzlichen Regelung – § 36 Abs. 1 GNotKG durch § 40 GNotKG nicht verdrängt (vgl. Korintenberg/Bormann, GNotKG, 19. Aufl. 2015, § 36 Rn 6).

## bericht aus berlin

### I. Umsetzung der Berufsankennungsrichtlinie (insb. § 29 Abs. 3 BNotO-E)

Die Anregungen des Deutschen Notarvereins in der Stellungnahme<sup>1</sup> vom 23.6.2016 wurden im Regierungsentwurf nur ansatzweise berücksichtigt. Nunmehr lauten § 29 Abs. 3 und 4 BNotO-E wie folgt:

*(3) Ein Anwaltsnotar, der sich nach § 9 Abs. 2 mit nicht an seinem Amtssitz tätigen Personen verbunden hat oder der weitere Kanzleien oder Zweigstellen unterhält, darf auf Geschäftspapieren, in Verzeichnissen, in der Werbung und auf nicht an einer Geschäftsstelle befindlichen Geschäftsschildern seine Amtsbezeichnung als Notar nur unter Hinweis auf seinen Amtssitz angeben. Der Hinweis muss der Amtsbezeichnung unmittelbar nachfolgen, ihr im Erscheinungsbild entsprechen und das Wort „Amtssitz“ enthalten. Satz 1 gilt nicht, soweit die Geschäftspapiere, die Verzeichnisse oder die Werbung keinen Hinweis auf die Verbindung nach § 9 Abs. 2 oder weitere Kanzleien oder Zweigstellen enthalten.*

*(4) Amts- und Namensschilder dürfen nur an Geschäftsstellen geführt werden.*

Der Deutsche Notarverein begrüßt, dass nach dem nun vorgeschlagenen Abs. 4 (auch) Namensschilder nur an notariellen Geschäftsstellen geführt werden dürfen. Die Bundesregierung hat ihren Regierungsentwurf am 5.9.2016 dem Deutschen Bundestag zugeleitet (BT-Drucks 18/9521).

<sup>1</sup> Diese und alle im Bericht genannten Stellungnahmen finden Sie auf der Homepage des Deutschen Notarvereins ([www.dnotv.de](http://www.dnotv.de)) unter dem Navigationspunkt Dokumente/Stellungnahmen.

### II. Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Richtlinie 2014/52/EU im Städtebaurecht und zur Stärkung des neuen Zusammenlebens in der Stadt

Der Deutsche Notarverein gab am 4.7.2016 eine Stellungnahme ab. Er hält die Erweiterung der Genehmigungsvorbehalte in § 22 BauGB unter Nr. 13 des Referentenentwurfs (S. 12) für untauglich (Umgebungsgestaltungen; vgl. nur Gestaltungspraxis bei Wohneigentum).

### III. Entwurf eines Gesetzes zur weiteren Verbesserung des Hochwasserschutzes und zur Vereinfachung von Verfahren des Hochwasserschutzes

Der Deutsche Notarverein wies in seiner Stellungnahme vom 12.7.2016 auf die Rechtslage im Freistaat Sachsen hin, wo trotz zweier Hochwasser das Vorkaufsrecht gem. § 25 Abs. 2 SächsWG a. F. gestrichen wurde. Außerdem sei bereits die Zuständigkeit des Bundes für ein solches Vorhaben zweifelhaft.

### IV. Verordnung (EG) Nr. 2201/2003 vom 27.11.2003 über die Zuständigkeit und die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen in Ehesachen und in Verfahren betreffend die elterliche Verantwortung und zur Aufhebung der Verordnung (EG) Nr. 3147/2000 (Brüssel IIa-Verordnung)

Die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins vom 29.8.2016 finden Sie ebenfalls auf der Homepage.

### V. Kündigung des Haager Abkommens zur Regelung des Geltungsbereichs der Gesetze auf dem Gebiete der Eheschließung vom 12. Juni 1902 („Haager Eheschließungsabkommen“)

In seiner Stellungnahme vom 31.8.2016 befürwortet der Deutsche Notarverein die Kündigung des Haager Abkommens, da es nur noch gegenüber Italien gilt. Das Abkommen entfaltet keine Wirkung und führt praktisch kaum zu anderen Ergebnissen, als das autonome Internationale Privatrecht. Seine bloße Existenz führt eher zu Verunsicherung über die Anwendungsweite.

### VI. Entwurf eines Gesetzes zur Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und Einrichtung des Elektronischen Urkundenarchivs

In seiner Stellungnahme vom 12.9.2016 begrüßt der Deutsche Notarverein das avisierte Elektronische Urkundenarchiv.

### VII. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Verbesserung der Rechtssicherheit bei Anfechtungen nach der Insolvenzordnung und nach dem Anfechtungsgesetz

Seit dem 16.12.2015 (BT-Drucks 18/7054) liegt der Regierungsentwurf vor. Dieser beschränkt sich, anders als noch der Referentenentwurf, nicht auf Zwangsvollstreckungsmaßnahmen aus gerichtlich erlangten Titeln. Damit findet sich erfreulicherweise der Vorschlag des Deutschen Notarvereins zu § 131 InsO-E im Regierungsentwurf wieder. In der Beratung zum Gesetzesvorhaben wird allerdings befürwortet, die Einschränkung – wie noch im Referentenentwurf enthalten – wieder aufzunehmen.

### VIII. Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Reform des Bauvertragsrechts und zur Änderung der kaufrechtlichen Mängelhaftung (...)

Der Regierungsentwurf wurde am 11.3.2016 dem Bundesrat zugeleitet (BR-Drucks 123/16). Dazu gab der Bundesrat am 22.4.2016 seine Stellungnahme (BR-Drucks 123/16 Beschluss) ab. Der Deutsche Bundestag beriet am 10.6.2016 den Gesetzentwurf samt Stellungnahme des Bundesrats und Gegenäußerung der Bundesregierung (BT-Drucks 18/8486) in erster Lesung und überwies ihn in die Ausschüsse. Am 22.6.2016 fand vor dem Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Deutschen Bundestags eine öffentliche Anhörung statt.

### IX. Evaluierung zur FGG Reform

Geplant ist derzeit eine Anwenderbefragung bei Richtern, Rechtsanwälten, Rechtspflegern und Notaren.

### X. Änderungen GVO u. a.

Die geplante Änderung wird wohl erst zwei Jahre später als ursprünglich geplant in Kraft treten, also zum 1.1.2019.<sup>2</sup> Begründet wird die Verschiebung mit Arbeitsüberlastung beim *Bundesamt für zentrale Dienste und offene Vermögensfragen* (BADV), das dann nur noch damit beschäftigt wäre, die Anmeldevermerke in das Grundbuch einzutragen und keine Anträge mehr bearbeiten könnte.

### XI. Änderungsgesetz zur Anpassung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes

Der Bundesrat hat am 8.7.2016 das vom Bundestag verabschiedete Änderungsgesetz zur Anpassung des Erbschaft- und Schenkungsteuergesetzes an die Rechtsprechung des BVerfG (BT-Drucks 18/5923) an den Vermittlungsausschuss verwiesen (BR-Drucks 344/16 Beschluss). Damit kann das Gesetz nicht mehr fristgerecht in Kraft treten, vielmehr geht die Änderung des Erbschaftsteuergesetzes in eine weitere Runde.

### XII. BVerfG, Beschluss vom 26.7.2016 (Az. 1 BvL 8/15) – Zur Zulässigkeit ärztlicher Zwangsmaßnahmen

Das BVerfG betont in seiner Entscheidung vom 26.7.2016 (Az. 1 BvL 8/15) die staatliche Schutzpflicht und hält eine Zwangsbehandlung auch ohne Zwangsunterbringung aus diesem Grund für zulässig. Das Gericht fordert den Gesetzgeber auf, „die festgestellte Schutzlücke unverzüglich zu schließen“ und ordnet bis zu einer solchen Regelung die Anwendbarkeit des § 1906 Abs. 3 BGB auch auf stationär behandelte Betreute an, die sich einer ärztlichen Zwangsbehandlung räumlich nicht entziehen können.

Auch der Deutsche Notarverein hatte in seiner Stellungnahme vom

17.9.2015 zum Vorlagebeschluss des BGH u. a. betont, dass der Grundsatz, dass der Staat einen Menschen, der nicht selbstbestimmte und eigenverantwortliche Entscheidungen treffen könne, vor sich selbst schützen müsse und hierin eine den Gleichheitssatz verletzende Unterlassung des Staates gesehen.

### XIII. Besuch einer Delegation der Notarvereinigung der VR China

Im Rahmen einer Fachreise – organisiert durch die *Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit* (GIZ) GmbH – besuchte am 8.9.2016 eine Delegation der Notarvereinigung der VR China den Deutschen Notarverein in seiner Berliner Geschäftsstelle. Dr. Peter Schmitz berichtete über Aufbau und Zuständigkeiten, Mitgliedschaft, Finanzierung und die Unterschiede zwischen Verein und Bundesnotarkammer. Auf besonders großes Interesse im Kreis der Zuhörer stieß auch sein Fachreferat zur Rolle der Notare und des Grundbuchamtes bei Immobilientransaktionen.



Dr. Peter Schmitz, Notar in Köln, beantwortet Fragen der Gäste nach seinem Fachreferat.

<sup>2</sup> Siehe dazu auch Krauß, *notar* 2016, 300, 307.



## nachrichten

### Nachrichten

#### Neuer Internetauftritt des Deutschen Notarvereins

Acht Jahre sind in der Welt des Internets eine ganze Epoche und genau diese ist seit der letzten Modernisierung der Webseite des Deutschen Notarvereins vergangen. Neben einer behutsamen Renovierung des Layouts beschloss der Vorstand des Vereins deswegen im vergangenen Jahr, die neuen Möglichkeiten des Internets für einige grundlegende Änderungen der Webseite zu nutzen:

- Der neue Aufbau erlaubt es, die Seiten auch auf mobilen Endgeräten wie Tablets und Smartphones bequem zu nutzen und auf alle Inhalte übersichtlich zugreifen zu können.
- Dem Aushängeschild des Vereins, den Stellungnahmen wurde die meiste Arbeit gewidmet. Sämtliche Stellungnahmen wurden verschlagwortet und verlinkt, so dass sie nunmehr nicht nur deutlich leichter auf unserer Seite durchsuchbar sind, sondern auch mit den üblichen Suchmaschinen ein erheblich verbesserter und gezielterer Zugriff möglich ist.
- Die Vorratsgesellschaften der DNotV GmbH haben eine eigene Seite bekommen, die Sie unter der URL <http://www.vorratsgesellschaften.dnotv.de> finden. Auch dies soll der besseren Auffindbarkeit über Suchmaschinen dienen und erlaubt eine übersichtlichere Darstellung der Abläufe.
- Der Punkt „Aktuelles“ wurde durch den Punkt „Nachrichten“ ersetzt, unter dem Sie künftig alles finden, was für die Notarin und den Notar aktuell von Interesse ist.

#### Agenda 2020 im Notariat. Soziale Medien, elektronischer Rechtsverkehr, Bauvertragsrecht

##### Zehnte Tagung Berufspolitik in Düsseldorf

Die zehnte Tagung Berufspolitik findet am 13. und 14.1.2017 im Industrie-Club Düsseldorf statt. In drei Panels werden die folgenden Themen behandelt:

- Digitale Außendarstellung des Notariats
- Automatisierte (notarielle) Arbeit
- Bauvertragsrecht, Bauträgerrecht

Für Begegnungen und Gespräche außerhalb des fachlichen Teils sind ein Abendessen in der *Classic Remise* Düsseldorf und eine Führung durch die Oldtimer-Ausstellung geplant. Die Teilnahmegebühr beträgt 80 € für Assessoren, die auch Vereinsmitglieder sind, 120 € für alle anderen Assessoren und 240 € für alle anderen Teilnehmer. Anmeldeschluss ist am 9.1.2017.

Weitere Informationen finden Sie auf der Homepage des Deutschen Notarvereins ([www.dnotv.de](http://www.dnotv.de)).

##### Ernennung zum Honorarprofessor

Notar *Dr. Matthias Wagner*, Leipzig, wurde mit Wirkung zum 12.7.2016 zum Honorarprofessor für Notarielle Vertragsgestaltung an der Universität Leipzig bestellt. Der *notar* gratuliert *Prof. Wagner ganz herzlich*.

### Personen

#### Notarkammer Sachsen

##### Ernennung zur Notarassessorin/zum Notarassessor

*Nadine Heyne*, Dresden, zum 1.7.2016

*Sabine Reinhold*, Leipzig, zum 1.8.2016

*Richard Böttger*, Dresden, zum 1.9.2016

*Jessica Werkmann*, Leipzig, zum 1.9.2016

#### Rheinische Notarkammer

##### Ernennung zur Notarin/zum Notar

*Jonas Thebille*, Engelskirchen, zum 1.7.2016

*Dr. Christian Pelz*, Krefeld, zum 11.7.2016

*Dr. Niklas Patrick Mairose*, Hilden, zum 1.8.2016

##### Ernennung zur Notarassessorin/zum Notarassessor

*Dr. Eva Frankenberger*, Düsseldorf, zum 1.8.2016

##### Ausscheiden aus dem Notaramt

Notar *Martin Jakobs*, Engelskirchen, zum 1.7.2016

Notar *Dr. Dieter Janke*, Leverkusen, zum 1.7.2016

Rechtsanwalt und Notar *Bernd Helmut Minzenmay*, Dinslaken, zum 1.7.2016

Notar *Jörg Bettendorf*, Hilden, zum 1.8.2016

Notarin *Heidrun Bach*, Lindlar, zum 1.9.2016

Notar *Utz Walter*, Bergneustadt, zum 1.9.2016

Rechtsanwalt und Notar *Dr. Bernhard Krahwinkel*, Wesel, zum 1.9.2016