

AUFsätze

Grunderwerbsteuer für die notarielle Gestaltungspraxis

Von Notar Dr. **Eckhard Wälzholz**, Füssen¹

Im Anschluss an den Beitrag in MittBayNot 2018, 113 wird im Folgenden die aktuelle Entwicklung des Grunderwerbsteuerrechts aus der Zeit von Herbst 2017 bis Herbst 2018 geschildert. An erster Stelle stehen die Änderungen des Gesetzgebers im Rahmen des sog. JStG 2018 und weitere geplante Reformen der Grunderwerbsteuer im Bereich der Umstrukturierungen mit Unternehmen und Beteiligungen, gefolgt von gestaltungsrelevanter Rechtsprechung des letzten Jahres und einigen aktuellen Erlassen der Finanzverwaltung.

I. (Geplante) Gesetzesänderungen

1. Änderungen des GrEStG im Rahmen des JStG 2018

Der Gesetzgeber nimmt im Rahmen des „Gesetzes zur Vermeidung von Umsatzsteuerausfällen beim Handel mit Waren im Internet und zur Änderung weiterer steuerlicher Vorschriften“,² dem ehemaligen „JStG 2018“, erneut Änderungen am GrEStG vor. Unter anderem wird die bergrechtliche Gewerkschaft aus dem Wortlaut des Gesetzes entfernt. Bedeutsamer für die notarielle Praxis ist hingegen die Neufassung des § 20 GrEStG:

Danach sind zukünftig noch mehr Details des notariellen Vertrages in die Anzeigen nach § 20 GrEStG an das FA aufzunehmen, namentlich sind zukünftig folgende Angaben zusätzlich erforderlich:

- die Person, die die Grunderwerbsteuer nach den vertraglichen Vereinbarungen trägt, sowie Name und Anschrift von dessen gesetzlichem Vertreter
- bis zur Einführung der Wirtschafts-Identifikationsnummer die Registernummer und die für die Besteuerung nach dem Einkommen vergebene Steuernummer von Veräußerer und Erwerber
- der Anteil von Erwerber und Veräußerer am Grundstück

1 Der Beitrag beruht überarbeitet und aktualisiert auf dem Vortrag des Verfassers auf der DAI-Jahresarbeitstagung des Notariats 2018 in Berlin vom 4.10. bis 6.10.2018.

2 Siehe BR-Drucks. 372/2018 vom 10.8.2018; endgültig beschlossen am 23.11.2018, siehe BR-Drucks. 559/18 (Beschluss). Ehemals wurde dieses Gesetz im Entwurfsstadium noch JStG 2018 genannt. Siehe zu diesem Reformvorhaben allgemein *Ortmann-Babel/Bolik*, DB 2018, 1876; *Adrian/Fey/Yilmaz*, StuB 2018, 569; *Weiss/Brühl*, BB 2018, 2135; *Geberth/Bartelt*, GmbHR 2018, R264.

- bei Wohnungs- und Teileigentum die genaue Bezeichnung des Wohnungs- und Teileigentums und des Miteigentumsanteils
- die Urkundennummer
- bei einem Vorgang unter einer Bedingung die Bezeichnung der Bedingung

Diese Gesetzesänderung dient der weiteren Vorbereitung der elektronischen Einreichung der Anzeige an das FA, damit diese unmittelbar elektronisch in einen Steuerbescheid weiterverarbeitet werden kann. Diese Gesetzesänderung tritt nicht sogleich mit dem JStG 2018 in Kraft, sondern erst wenn dies durch Verordnung bestimmt wird.

Weiterhin ist bei Beteiligung mehrerer Gesellschaften die Übersendung einer Beteiligungsübersicht erforderlich. Was genau unter einer Beteiligungsübersicht zu verstehen ist, ist bisher unklar;³ vermutlich ein bloßes Organigramm der Beteiligungsstrukturen. Nach *Pahlke*⁴ sollen nur die am jeweiligen Erwerbsvorgang beteiligten Rechtsträger aufgeführt werden müssen. Bei zwei zu verschmelzenden GmbHs wären dann nur diese beiden GmbHs und ggf. noch die daran beteiligten Muttergesellschaften aufzuführen, aber nicht die beispielsweise dreißig oder vierzig Tochter- und Enkelgesellschaften der beiden an der Verschmelzung beteiligten GmbHs. Diese Auslegung ist zu begrüßen, aber keineswegs gesichert. Ob auch alle mittelbar gehaltenen Grundstücke in der Grunderwerbsteueranzeige aufzuführen sind, ist ebenso ungeklärt.

Die vollständige und rechtzeitige Absendung der Veräußerungsanzeige hat weiterhin erhebliche, auch materielle rechtliche Auswirkungen. Einerseits darf der Notar vorher keine beglaubigten Abschriften oder Ausfertigungen an die Beteiligten aushängen, § 21 GrEStG. Andererseits eröffnet nur die rechtzeitige und in jeder Hinsicht vollständige Anzeige an das FA, Grunderwerbsteuerstelle, die Möglichkeit der Beseitigung unerwarteter Grunderwerbsteuerfolgen nach § 16 Abs. 5 GrEStG.⁵

2. Grunderwerbsteuerreform bei Anteilsübertragungen – Überblick

Bereits vor zwei Jahren hatte die Finanzministerkonferenz eine Bund-Länder-Arbeitsgruppe eingesetzt, die eine Reform der

3 Siehe kritisch *Behrens/Wachter/Wachter*, GrEStG, 2018, § 20 Rdnr. 83 m. w. N.; für Notare soll dies nicht gelten, siehe ebenda m. w. N. und *Gottwald*, MittBayNot 2015, 1, 6.

4 *Pahlke*, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 20 Rdnr. 3.

5 Siehe *Hofmann*, GrEStG, 11. Aufl. 2017, § 16 Rdnr. 60 f.

Grunderwerbsteuer ausarbeiten sollte. Die Kommission hat ihre Ergebnisse im Rahmen der Finanzministerkonferenz am 21.6.2018 vorgestellt.⁶ Hierbei geht es im Kern um drei Reformansätze,⁷ die zu einer wesentlichen Verschärfung der Grunderwerbsteuer bei Anteilsübertragungen führen:

- Herabsetzung der Beteiligungsquoten von 95 % auf 90 % im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a, 3 und 3a GrEStG,
- Verlängerung der sonst fünfjährig geltenden Haltefristen auf zehn Jahre im Bereich der § 1 Abs. 2a, §§ 5, 6, 6a GrEStG,
- Ausweitung des Besteuerungsregimes des § 1 Abs. 2a GrEStG auf Kapitalgesellschaften.

Bereits seit Jahren waren die Möglichkeiten der Ersparnis von Grunderwerbsteuer durch den Einsatz von Gesellschaften immer wieder Gegenstand der politischen Diskussion. Mehrere Anfragen an die Bundesregierung waren aus dem Parlament bereits gestellt worden,⁸ sodass die nunmehr anstehende Reform der Grunderwerbsteuer nicht weiter überrascht. Wesentliche Steuergestaltungsmöglichkeiten werden hierdurch eingeschränkt. Umso größer wird die Bedeutung der weiterhin verbleibenden Gestaltungsmöglichkeiten, um Grunderwerbsteuer zu sparen. Ein genauer Zeitplan für das Gesetzgebungsverfahren ist noch nicht bekannt.⁹

Zwischenzeitlich waren auch Absenkungen der Beteiligungsquoten auf 75 % oder gar 50 % politisch diskutiert worden. Hiervon ist jedoch aus verfassungsrechtlichen Gründen wieder Abstand genommen worden.¹⁰

3. Absenkung der Beteiligungshöhe in § 1 Abs. 2a, 3 und 3a GrEStG auf 90 %

Die Tatbestände des § 1 Abs. 2a, 3, und 3a GrEStG werden bisher verwirklicht, wenn Anteile in Höhe von mindestens 95 % auf neue Gesellschafter übergehen (Abs. 2a) oder eine Anteilsvereinigung eintritt bzw. anteilsvereinigte Anteile als solche im Umfang von 95 % übergehen. Diese Beteiligungsquote von 95 % soll zukünftig reduziert werden auf 90 %. Alle Gestaltungen, die bisher unter Berücksichtigung der 95 %-Grenze vorgenommen werden konnten, können daher weiter praktiziert werden. Im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG muss lediglich ein Altgesellschafter im Umfang von mehr als 10 % beteiligt bleiben und im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 3, 3a GrEStG wird der Tatbestand verwirklicht, wenn kein Gesellschafter 90 % der Anteile unmittelbar oder mittelbar erwirbt. Weiterhin werden die Grundsätze anwendbar bleiben, wonach ein wirtschaftlicher Übergang entsprechend § 39 AO zum mittelbaren Anteilsübergang führen kann, insbesondere in den Fällen der sog. Doppeloption und bei Abschluss eines Treuhandvertrages. Die Erteilung unwiderrufflicher Vollmachten, mit denen wirtschaftlich sämtliche Entscheidungsbefug-

nisse auf den 90 %-Gesellschafter übertragen werden, wird nach der neueren Rechtsprechung des BFH auch künftig möglich bleiben. Die kritische Quote von bisher 94,9 % wird in Zukunft 89,9 % betragen.¹¹

Problematisch werden künftig die Fälle sein, die bisher auf der Grundlage von 94,9 % gestaltet wurden und nun nach Inkrafttreten des neuen Rechtes eine Aufstockung auf beispielsweise 97 % erfolgt.¹² Bei der letzten Übergangsregelung im Jahr 1999 durch das Steuerentlastungsgesetz 1999/2000/2002, womit die Beteiligungsquote von 100 % auf 95 % herabgesetzt wurde, wurde eine weitergehende Anteilsverstärkung als unschädlich angesehen.¹³ Eindeutige Aussagen hierzu sind von der Finanzverwaltung und der Politik noch nicht getroffen worden.¹⁴ Meines Erachtens wird hier jedoch zu differenzieren sein: Soweit durch eine Aufstockung der Beteiligung von 94,9 % auf über 95 % nach dem alten Recht eine Grunderwerbsteuerbelastung eintreten würde, wie dies nach § 1 Abs. 3 Nr. 1, Nr. 2 und § 1 Abs. 3a GrEStG der Fall wäre, so wird auch eine entsprechende Überschreitung der 95 %-Grenze in zukünftigen Fällen der Grunderwerbsteuer unterliegen.¹⁵ Dies gilt insbesondere für Kapitalgesellschaften. Soweit hingegen nach bisherigem Recht eine Aufstockung der Beteiligung auf über 95 % keine zusätzliche Grunderwerbsteuer ausgelöst hätte, wird insoweit Vertrauensschutz zu gewähren sein. Dies wäre insbesondere bei Personengesellschaften in den Grenzen des § 6 GrEStG der Fall.

Nicht kommuniziert, systematisch aber eindeutig dürfte sein, dass die Änderung der 95 %-Grenze auf eine 90 %-Grenze auch im Anwendungsbereich des § 6a Satz 4 GrEStG zu gelten hat.¹⁶

4. Verlängerung der Haltefrist von fünf auf zehn Jahre

Wird ein Grundstück von Miteigentümern in eine personenidentische GmbH & Co. KG oder sonstige Personengesellschaft eingebracht, so ist dies nach § 5 GrEStG ebenso von der Grunderwerbsteuer befreit, wie wenn ein Alleineigentümer den Grundbesitz in eine ihm allein gehörende GmbH & Co. KG einbringt, § 5 GrEStG. Ebenso ist die Übertragung von Grundbesitz aus einer Personengesellschaft quotenentsprechend auf deren Gesellschafter bei der Grunderwerbsteuer befreit, wie die Übertragung zwischen mehreren personenidentischen und quotenentsprechenden Gesamthandsgemeinschaften, § 6 Abs. 1 und 3 GrEStG. In allen diesen Fällen besteht jedoch eine fünfjährige Nachhaltefrist. Sofern also eine Gesamthandsgemeinschaft erwirbt, müssen die Beteiligungsverhältnisse an dieser Gesamthandsgemeinschaft bisher auf fünf Jahre kon-

6 Siehe *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521; *Wagner*, DB 2018, 1553; *Broemel/Lange*, DB 2018, 666.

7 *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

8 Siehe insbesondere BT-Drucks. 18/8617; BR-Drucks. 627/17; BT-Drucks. 19/227.

9 *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

10 Siehe *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

11 Siehe *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521, 1522.

12 Für eine mögliche Grunderwerbsteuerpflicht bei Aufstockungen *Wagner*, DB 2018, 1553, 1557 unter V. 4.

13 Gleichlautender Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder vom 2.12.1999, BStBl. I 1999, S. 991; siehe auch *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521, 1522.

14 Zu weiteren möglichen Übergangsproblemen siehe *Wagner*, DB 2018, 1553, 1556.

15 Für eine mögliche Grunderwerbsteuerpflicht bei Aufstockungen auch *Wagner*, DB 2018, 1553, 1557 unter V. 4.

16 Siehe insoweit auch *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521, 1522.

stant bleiben. Bei Übertragung von einer Gesamthandsgemeinschaft darf der Erwerb des Anteils an der Personengesellschaft nicht weniger als fünf Jahre zurückliegen; anderenfalls wäre § 6 GrEStG nicht anwendbar, § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG. Diese fünfjährigen Vor- bzw. Nachhaltefristen sollen nunmehr auf zehn Jahre verlängert werden. Eine vergleichbare fünfjährige Haltefrist gilt im Rahmen des § 6a GrEStG für konzerninterne Umwandlungen und im Anwendungsbereich des § 1 Abs. 2a GrEStG. Ein Gesellschafter gilt danach zukünftig erst nach Ablauf von zehn Jahren als Altgesellschafter. Bis dahin sind Anteilsübertragungen auf einen erst weniger als zehn Jahre beteiligten Gesellschafter solche auf einen Neugesellschafter, die zu einem schädlichen Anteilsübergang im Sinne des § 1 Abs. 2a GrEStG führen können. Bisher konnte Grundbesitz weitgehend grunderwerbsteuerfrei durch Einsatz von Personengesellschaften auf neue Gesellschafter übertragen werden, indem der Grundbesitz vom Alleineigentümer A auf die AB-GbR übertragen wurde, an der A zu 99 % und B zu 1 % beteiligt waren. Nach Ablauf von fünf Jahren konnten 93,9 % der Anteile auf den B unschädlich übertragen werden, ohne dass hierdurch Grunderwerbsteuer ausgelöst wurde. Zukünftig werden erst nach Ablauf von zehn Jahren und nur 88,8 % der Anteile des A auf B übertragen werden können, sodass nach Ablauf von zehn Jahren und einem Tag B zu 11 % und A zu 89 % beteiligt ist. In diesem Fall wäre nur der Einbringungsvorgang nach § 5 GrEStG i. V. m § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zu 1 % grunderwerbsteuerpflichtig.

5. Ausweitung des § 1 Abs. 2a GrEStG auf Kapitalgesellschaften

Nach bisher gültiger Rechtslage ist folgende grunderwerbsteuerfreie Gestaltung möglich:

Beispiel: Die AB-GmbH ist Inhaberin von Grundbesitz und gehört A und B zu je 50 %. A und B verkaufen jeder ihren 50 %igen Anteil an C und D, sodass nach Abwicklung der Transaktion C zu 50 % und D zu 50 % Inhaber der grundstückshaltenden AB-GmbH sind.

Abwandlung 1: Die A-GmbH ist Inhaberin von Grundbesitz und gehört A zu 100 %. A verkauft seine sämtlichen Anteile an der GmbH an C und D, sodass nach Abwicklung der Transaktion C zu 50 % und D zu 50 % Inhaber der grundstückshaltenden A-GmbH sind.

Dieser Vorgang ist sowohl im Ausgangsbeispiel als auch in der Abwandlung bei Kapitalgesellschaften nicht grunderwerbsteuerbar. Es gibt keinen Grunderwerbsteuerstatbestand, der diesen Sachverhalt erfasst, da weder § 1 Abs. 3 GrEStG noch § 1 Abs. 3a GrEStG erfüllt sind. Denn keiner der Gesellschafter erhält einen mindestens 95 % betragenden Gesellschaftsanteil an der GmbH.¹⁷

Abwandlung 2: Wie wäre der vorstehende Beispielfall zu lösen, wenn es sich um eine Personengesellschaft handeln würde?

Bei einer Personengesellschaft sind entsprechende Vorgänge nach § 1 Abs. 2a GrEStG grunderwerbsteuerpflichtig. Denn der Übergang von Gesellschaftsanteilen von mindestens 95 %

auf neue Gesellschafter führt zur fingierten Besteuerung der Übertragung des Grundstücks auf eine neue Personengesellschaft gemäß § 1 Abs. 2a GrEStG. Im vorliegenden Fall würde auf den vollen Grundstückswert der im Gesamthandsvermögen befindlichen Grundstücke Grunderwerbsteuer nach § 1 Abs. 2a GrEStG erhoben. Es besteht insoweit eine Steuerlücke im Bereich der Kapitalgesellschaften. Diese Steuerlücke möchte die Steuerpolitik nunmehr schließen, indem entweder § 1 Abs. 2a GrEStG auf Kapitalgesellschaften ausgedehnt oder aber ein neuer Tatbestand, zum Beispiel § 1 Abs. 2b GrEStG, geschaffen wird, der eine entsprechende Steuerpflicht auch für Kapitalgesellschaften begründet. Der genaue Wortlaut des geplanten Gesetzes ist noch nicht bekannt. Gleichzeitig wird sowohl in § 1 Abs. 2a GrEStG als auch in dem etwa neu zu schaffenden § 1 Abs. 2b GrEStG die Frist auf zehn Jahre verlängert und die maßgebliche Prozentschwelle bei 90 % liegen.

In Zukunft ließe sich eine entsprechende Besteuerung nach § 1 Abs. 2a, 2b GrEStG nur vermeiden, wenn der bisherige Altgesellschafter zu mindestens 10, x % an der Ausgangsgesellschaft beteiligt bleibt und erst nach Ablauf von zehn Jahren die verbleibenden 10, x % auf die erwerbenden Gesellschafter überträgt. Dabei ist jedoch wiederum zu beachten, dass hierbei keine Anteilsvereinigung nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 und 2 GrEStG eintritt, da speziell bei einer Kapitalgesellschaft in diesem Fall ein Erwerb des Grundbesitzes von der GmbH fingiert und daher eine volle Grunderwerbsteuerpflicht ausgelöst werden würde.

Für die Steuer nach § 1 Abs. 2b GrEStG wäre künftig die Kapitalgesellschaft selbst Steuerschuldnerin.¹⁸ Bemessungsgrundlage sollen die Grundbesitzwerte nach § 8 Abs. 2 GrEStG in Verbindung mit dem Bewertungsgesetz sein. Während im Rahmen des § 1 Abs. 2a GrEStG die personenbezogenen Begünstigungen nach § 3 Nr. 7 GrEStG anwendbar sind, soll dieser im Rahmen des neu zu schaffenden Tatbestandes des § 1 Abs. 2b GrEStG für Kapitalgesellschaften keine Anwendung finden.¹⁹

Zutreffend weist *Wagner*²⁰ auf das Problem einer begrenzten Überwachungsmöglichkeit bei indirekten Gesellschafterwechseln hin. Dies gilt insbesondere, wenn derartige indirekten oder mittelbaren Gesellschafterwechsel im Ausland beurkundet werden, Anzeigepflichten nicht nachgekommen wird oder entsprechende Übertragungen ohne nach außen tretende Veränderungen im Gesellschafterbestand eintreten, sondern allein durch Treuhandvereinbarungen oder Ähnliches herbeigeführt werden.

Die neu geschaffene Norm des § 1 Abs. 2b GrEStG wird voraussichtlich nicht nur immobilienverwaltende Gesellschaften, sondern sämtliche grundstückshaltenden Gesellschaften erfassen, also auch operative gewerbliche Gesellschaften, die unmittelbar oder mittelbar über Grundbesitz verfügen.

Durch die angestrebte Gleichstellung von Personen- und Kapitalgesellschaften im Bereich des § 1 Abs. 2a GrEStG ist gleichwohl keine vollständige Gleichstellung beider Gesell-

¹⁸ *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

¹⁹ *So Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

²⁰ DB 2018, 1553, 1554.

¹⁷ Ebenso *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521, 1524. Siehe auch *Behrens/Wachter/Behrens*, GrEStG, § 1 Rdnr. 472.

schaftsarten angestrebt. Insbesondere die unterschiedliche Beurteilung mittelbarer Gesellschaftsbeteiligungen nach § 1 Abs. 2a Satz 2-5 GrEStG soll aufrecht erhalten bleiben, so dass mittelbare Beteiligungen über Personengesellschaften stets quotaal durchgerechnet werden, während bei Kapitalgesellschaften eine Zurechnung zu 100 % erst ab einer Beteiligungsquote von 95 % erfolgen soll.²¹

Zum Konkurrenzverhältnis des neuen § 1 Abs. 2b GrEStG zu den Fällen des § 1 Abs. 3 und 3a GrEStG siehe *Wagner*²².

Zwischenzeitlich werden bereits verfassungsrechtliche Bedenken gegen die Neuregelung geltend gemacht.²³

6. Weitere mögliche Neuregelungen

Als weitere Diskussionspunkte sollen das Bundesfinanzministerium und die Länderfinanzministerien prüfen, ob klarere Vorgaben für einen wirtschaftlichen Anteilsübergang, insbesondere durch den Einsatz von Stiftungen, Stimmrechtsvereinbarungen, Stimmrechtsvollmachten und dergleichen eingeführt werden, um eine klarere Trennlinie zwischen dem tatsächlichen und dem maßgeblichen wirtschaftlichen Anteilsübergang zu gewährleisten.

Im Hinblick auf Stiftungen ist darauf hinzuweisen, dass Stiftungen keine Gesellschafter haben, sodass Anteile an einer Stiftung niemandem zugerechnet werden können. Daher wird die Auffassung vertreten, dass Stiftungen den Anfall von Grunderwerbsteuer blockieren können.²⁴ Ob entsprechende Gestaltungen hinsichtlich Stiftungen tatsächlich umgesetzt werden, dürfte problematisch sein, da die genaue Abgrenzung der Art der Zurechnung von durch Stiftung gehaltenen Anteilen mit erheblichen praktischen Problemen verbunden sein dürfte.

Die Einführung einer Vollverzinsung nach § 233a ff. AO wird derzeit noch geprüft.²⁵

7. Verbleibende Gestaltungsmöglichkeiten

Auch wenn der Gesetzgeber durch die Reform die Gestaltungsmöglichkeiten im Bereich der Grunderwerbsteuer wesentlich einschränken will, so verbleiben doch auch weiterhin einige Gestaltungsansätze, bei denen durch die Einschaltung von Gesellschaften steuersparende Gestaltungen möglich sind. Als wichtigste Steuergestaltungsmöglichkeiten sind zu erwähnen:

- Zurückbehaltung von mehr als 5 %, zukünftig mehr als 10 %, und unter unwiderruflicher Bevollmächtigung und Einräumung eines unentgeltlichen Erwerbsrechts zugunsten des Zielerwerbers nach Ablauf der maßgeblichen Haltefristen, wie dies im Jahre 2017 durch den BFH bestätigt wurde;²⁶
- Aufnahme von Kleinstgesellschaftern, damit diese zu sog. Altgesellschaftern werden, mit späterer Anteilsüber-

tragung auf diese in den Grenzen des § 1 Abs. 2a, 3, 3a GrEStG;²⁷

- Umgehung der Zwischenhandelstatbestände des § 1 Abs. 1 Nr. 5-7 GrEStG durch den Einsatz von Gesellschaften,²⁸ indem Grundstückserwerbsangebote bzw. aufschiebend bedingte Kaufverträge mit einer Kapitalgesellschaft abgeschlossen, die Anteile an der Kapitalgesellschaft veräußert bzw. ggf. mehrfach übertragen werden und erst nach der letzten Übertragung die Bedingung eintritt bzw. das Angebot angenommen wird.²⁹

II. Aktuelle Rechtsprechung, schwerpunktmäßig BFH

1. Stand des EuGH-Verfahrens zu § 6a GrEStG

Im letzten Bericht³⁰ zu den aktuellen Entwicklungen im Recht der Grunderwerbsteuer wurde über die EuGH-Vorlage des BFH zu § 6a GrEStG (Steuerfreiheit von Konzernverschmelzungen) berichtet. Dabei ging es um die Frage, ob die Norm des § 6a GrEStG eine unzulässige europarechtliche Beihilfe darstelle. Der Generalanwalt *Øe* hat sich nunmehr in seinem Schlussantrag vom 19.9.2018 zum Aktenzeichen C-374/17 (A-Brauerei) der Ansicht des BFH angeschlossen, dass es sich bei dieser Norm nicht um eine Beihilfe im Sinne des Beihilferechts des Art. 107 AEUV handele.³¹ Es bleibt zu hoffen und ist anzunehmen, dass der EuGH sich dieser Ansicht anschließen wird.

2. Keine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft (BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 39/15, DStR 2018, 26)

Die bloße Einräumung einer Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus einem Gesellschaftsanteil sowie zur Veräußerung und Abtretung dieses Gesellschaftsanteils reicht für einen Anteilsübergang im Sinne einer mittelbaren Änderung des Gesellschafterbestandes einer Personengesellschaft nach § 1 Abs. 2a GrEStG nicht aus.³²

Nach einem Verkauf eines Großteils der Gesellschaftsanteile einer GmbH & Co. KG geschah Folgendes: Am 25.5.2005 erteilte die KG den beiden Erwerbern A und B unter Bezugnahme auf den Vertrag vom 12.4.2005 jeweils einzeln und unter Befreiung von § 181 BGB eine umfassende, unbefristete, unwiderrufliche und etwaige Rechtsnachfolger bindende Vollmacht. Danach waren die Bevollmächtigten je einzeln und unwiderruflich befugt, die Gesellschafterrechte bei der Klägerin auszuüben, insbesondere das Stimmrecht in Gesellschafterversammlungen wahrzunehmen, die KG bei satzungsändernden Gesellschafterbeschlüssen zu vertreten und in deren Namen auf Gewinnverteilungsansprüche zu verzichten. Ferner waren die Bevollmächtigten berechtigt, den von der KG an der

21 Dies entspricht der bisher h. M. zu § 1 Abs. 2a GrEStG, siehe dazu *Pahlke*, GrEStG, § 1 Rdnr. 299 ff.

22 DB 2018, 1553, 1555.

23 Siehe *Broemel/Mörwald*, DStR 2018, 1521, 1525 f.

24 Siehe *Wagner*, DB 2018, 1553, 1557.

25 *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

26 BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 39/15, DStR 2018, 26.

27 Siehe auch *Wagner*, DB 2018, 1553, 1554.

28 *Behrens/Wachter/Behrens*, GrEStG, § 1 Rdnr. 575 f.

29 BFH, Urteil vom 12.5.2016, II R 26/14, DStR 2016, 1747; BFH, Urteil vom 11.12.2014, II R 26/12, DStR 2015, 116.

30 *Wälzholz*, MittBayNot 2018, 113 ff.

31 Siehe BeckRS 2018, 22111. Siehe dazu auch *Ellenrieder/Mörwald*, IStR 2018, 861 ff.

32 BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 39/15, DStR 2018, 26.

Klägerin gehaltenen Kommanditanteil zu veräußern, abzutreten, die Bedingungen der Veräußerung oder Abtretung festzulegen und ggf. auf eine Gegenleistung völlig zu verzichten.

Der BFH lehnte dennoch einen mittelbaren Anteilsübergang aufgrund anderweitiger Zurechnung der Anteile ab.

Die mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes im Sinne von § 1 Abs. 2a Satz 1 GrEStG kann sich auch aus schuldrechtlichen Bindungen der an der Personengesellschaft unmittelbar beteiligten Gesellschafter ergeben. Schuldrechtliche Bindungen können es nach den § 1 Abs. 2a GrEStG zugrunde liegenden Wertungen rechtfertigen, den Anteil am Gesellschaftsvermögen einem Dritten zuzurechnen und diesen wie einen neuen Gesellschafter der grundbesitzenden Personengesellschaft zu behandeln. Die Änderung der Zurechnung des Anteils ist unter bestimmten Voraussetzungen einem zivilrechtlichen Erwerb des Anteils durch einen neuen Rechtsträger gleichzustellen. Ein dinglicher Übergang von Anteilen am Gesellschaftsvermögen auf neue Gesellschafter ist hierzu nicht erforderlich.

Für die nach wirtschaftlichen Gesichtspunkten vorzunehmende Zurechnungsentscheidung kann unter Beachtung grunderwerbsteuerrechtlicher Besonderheiten auf die Grundsätze des § 39 Abs. 2 Nr. 1 AO zurückgegriffen werden. Die Zurechnung aufgrund wirtschaftlichen Eigentums ist dabei jedoch nicht auf bestimmte Vertragstypen oder bestimmte Sachverhaltsgruppen beschränkt. Entscheidend ist das Gesamtbild der tatsächlichen Verhältnisse im jeweiligen Einzelfall. Ist danach der Gesellschaftsanteil dem Erwerber wirtschaftlich zuzurechnen, gilt dies als mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes.

In Fällen der Vereinbarung einer „Doppeloption“, bei der dem Käufer ein Ankaufsrecht und zugleich dem Verkäufer ein Andienungsrecht zu jeweils feststehenden Konditionen eingeräumt wird, liegt wirtschaftliches Eigentum hinsichtlich nicht übertragener Gesellschaftsanteile nur vor, wenn der Erwerber aufgrund eines (bürgerlich-rechtlichen) Rechtsgeschäfts bereits eine rechtlich geschützte, auf den Erwerb des Rechts gerichtete Position erworben hat, die ihm gegen seinen Willen nicht mehr entzogen werden kann, und die mit dem Anteil verbundenen wesentlichen Rechte sowie das Risiko einer Wertminderung und die Chance einer Wertsteigerung auf ihn übergegangen sind.³³ Dasselbe gilt nach Auffassung des BFH bei der Vereinbarung eines Treuhandverhältnisses.³⁴

Die Einräumung einer umfassenden, unwiderruflichen Vollmacht zur Ausübung der Rechte aus einem Gesellschaftsanteil reicht demgegenüber nicht aus, um eine mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes im Hinblick auf den von der Vollmacht umfassten Gesellschaftsanteil anzunehmen. Insofern wird dem Bevollmächtigten nur die bloße Möglichkeit eingeräumt, die wesentlichen Gesellschafterrechte für den Ge-

sellschafter wahrzunehmen. Es genügt nach dem BFH auch nicht, wenn der Bevollmächtigte zudem berechtigt ist, den Gesellschaftsanteil auf sich ohne Gegenleistung zu übertragen. Die wesentlichen Rechte des Gesellschafters, nämlich insbesondere die Stimmrechte und das Gewinnstammrecht, sind damit gerade nicht auf den Bevollmächtigten übergegangen.

3. Entgeltliche Mieterdienstbarkeit als grunderwerbsteuerrechtliche Gegenleistung (BFH, Urteil vom 6.12.2017, II R 55/15, BStBl. II 2018, S. 406)

Bei Lebensmittelmärkten ist es heutzutage üblich, dass der Betreiber des Lebensmittelmarktes vom Grundstückseigentümer nicht nur einen Mietvertrag, sondern zur Absicherung seiner Investitionen auf den Mietvertrag auch eine Mieterdienstbarkeit erhält. Insofern kann sich die Frage stellen, inwieweit auch der Wert der Mieterdienstbarkeit als Gegenleistung für das Grundstück im Sinne von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG anzusehen sein kann. Hierzu hat der BFH in seiner Entscheidung vom 6.12.2017 entschieden, dass in der Bestellung einer Mieterdienstbarkeit keine Gegenleistung für das Grundstück im Sinne von § 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG zu sehen ist, wenn sich der Grundstückskäufer im Zusammenhang mit dem Grundstückskaufvertrag verpflichtet, einem Mieter eine solche Mieterdienstbarkeit gegen angemessenes Entgelt zu bestellen.

Der BFH-Entscheidung lag folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit Kaufvertrag vom 27.3.2013 erwarb ein Käufer einen Lebensmittelmarkt samt Kfz-Stellplätzen und Tankstelle zu einem Kaufpreis von rund sieben Mio. €. Das Grundstück war an eine Handelsgesellschaft (Mieterin) vermietet. In derselben notariellen Urkunde bestellten Verkäufer und Käufer zugunsten der Mieterin eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit zur Absicherung des Rechtes auf Einrichtung, Betrieb und Unterhaltung eines Handelsgeschäftes mit Kundenparkplätzen und die Nutzung einer Tankstelle samt Waschanlage. Gleichzeitig schloss die Käuferin mit der Mieterin einen neuen Mietvertrag. Die Mieterdienstbarkeit sollte mit Beendigung des Mietvertrages erlöschen; es sei denn, die Beendigung des Mietvertrages erfolgte auf der Grundlage des § 111 InsO bzw. nach § 57a ZVG.

Das FA setzte die Grunderwerbsteuer nicht nur auf den Kaufpreis von rund sieben Mio. € fest, sondern kapitalisierte den Wert des Mietzinses von jährlich 535.000 € zuzüglich Umsatzsteuer und erhob auf weitere 6,2 Mio. € als Wert der Mieterdienstbarkeit Grunderwerbsteuer. Der Jahreswert der Miete wurde multipliziert mit dem sich aus § 13 Abs. 1 BewG für zeitlich befristete wiederkehrende Leistungen ergebenden Vervielfältiger.

Sowohl das FG³⁵ als auch der BFH lehnten die Erhöhung der grunderwerbsteuerlichen Bemessungsgrundlage um den Wert der Mieterdienstbarkeit ab. Gegen die Entscheidung des FG legte das FA Revision ein. Es handele sich bei der Mieterdienstbarkeit um eine sonstige Leistung im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG und diese sei damit Bestandteil der Gegenleistung. Die Einräumung der Dienstbarkeit sei Bedingung für den Erwerb des Grundstücks gewesen.

33 BFH, Urteil vom 9.7.2014, II R 49/12, BStBl. II 2016, S. 57; dazu teilweise ablehnend zur entsprechenden Anwendung des § 39 AO im GrEStG gleichlautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder vom 9.12.2015, BStBl. I 2016, S. 136; siehe auch Schmid, DStR 2018, 2058, 2064.

34 BFH, Urteil vom 25.11.2015, II R 18/14, DStR 2016, 242 = BFHE 251, 492; Schmid, DStR 2018, 2058, 2064.

35 FG Saarland, Urteil vom 14.10.2015, 2 K 1271/13, EFG 2016, 51.

Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist nach § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung. Bei einem Grundstückskauf ist dies nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG nicht nur der Kaufpreis, sondern darüber hinaus alle vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen. Alle Leistungen, die ein Käufer erbringen muss, um nach den vertraglichen Vereinbarungen das Grundstück zu erwerben, sind der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen. Der Erwerb des Grundstücks und die Gegenleistung müssen allerdings kausal verknüpft sein. Wie dies bezeichnet wird, ist hingegen irrelevant.³⁶ Soweit der Käufer hingegen Aufwendungen für eine andere Leistung zu erbringen hat, betrifft dies nicht die grunderwerbsteuerliche Bemessungsgrundlage. Die Bestellung einer Mieterdienstbarkeit ist dabei nach Ansicht des BFH keine Gegenleistung für das Grundstück. Zwar kann grundsätzlich auch die Verpflichtung, einen Vertrag mit einem Dritten abzuschließen, als sonstige Gegenleistung einzustufen sein. Dies gilt allerdings nur, wenn eine Unausgewogenheit der wechselseitigen vertraglichen Verpflichtungen zwischen dem Grundstückskäufer und Dritten vorliegt und der Grundstückskäufer die höherwertige Leistung erbringt. Sofern hingegen Leistung und Gegenleistung aus dem Mietverhältnis, das durch die Mieterdienstbarkeit abgesichert wird, ausgewogen sind, findet kein auf den Erwerbsgegenstand bezogener Wertzufluss oder -abfluss statt. Der Grundstückskäufer erbringt daher keine zusätzliche Leistung für den Erwerb des Grundstücks.

Beachtlich sind die Hinweise in Rdnr. 15 der Entscheidungsgründe des BFH zur Bewertung der Bemessungsgrundlage, wenn tatsächlich ein unausgewogenes Verhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung aus dem Mietvertrag besteht. Sollte beispielsweise der Mietzins, den der Käufer aufgrund des Mietvertrages erhält, um 50.000 € pro Jahr zu niedrig sein, wäre der Wert der Mieterdienstbarkeit nicht nach dem vollen Entgelt des Mietvertrages, sondern nur nach der Differenz zwischen dem angemessenen und dem vereinbarten Entgelt zu bemessen. Der Differenzbetrag von 50.000 € pro Jahr zur üblichen Miete wäre also nach § 13 BewG zu kapitalisieren und würde um diese Differenz die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer erhöhen.

Im vorliegenden Fall hatte die Mieterdienstbarkeit jedoch keine weitergehende Bedeutung, abgesehen von der Absicherung des schuldrechtlichen Mietvertrages. Anhaltspunkte für eine unangemessene Mietvertragshöhe bestanden vorliegend nicht und wurden von der Finanzverwaltung auch nicht geltend gemacht.

4. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer bei Grundstückserwerb durch zur Veräußerungsseite gehörende Person (einheitliches Vertragswerk) (BFH, Urteil vom 25.4.2018, II R 50/15, DStR 2018, 1716)

Der Kläger ist Immobilienmakler und stand in Kontakt mit einer Kirchengemeinde wegen der Errichtung von sechs Eigentumswohnungen auf deren Grundstück. Der Makler arbeitete gemeinsam mit der A-KG, fertigte Planungsunterlagen für die

Bebauung und stellte einen Antrag auf Erteilung eines Bauvorbescheides. Der Kläger erstellte und verteilte ein Exposé mit Emblemen seiner Immobilienfirma und der A-KG. Schließlich wurde man sich mit der Kirchengemeinde einig: Es wurde ein Wohnungserbaurecht bestellt, bei dem der Makler selbst die Wohnung Nr. 3 erhalten und die übrigen Einheiten fremd vertrieben werden sollten. Der Kläger (Makler) verpflichtete sich gegenüber der Kirchengemeinde bei Bestellung des Wohnungserbaurechts für den Fall des Nichtverkaufs der Wohnungen, diese Einheiten selbst zu erwerben. Der Kläger schloss mit der A-KG einen Werkvertrag über die Erstellung der Eigentumswohnung zum Preis von 140.000 €.

Das FA erhob Grunderwerbsteuer auf eine Bemessungsgrundlage von 189.000 €, was sich zusammensetzt aus einem kapitalisierten Erbbauzins von 24.000 € und einem Kaufpreis für die Wohnung von 165.000 €.

Der BFH lehnte dies ausnahmsweise für den vorliegenden Fall ab und befand die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes für nicht anwendbar. Grundsätzlich hält der BFH zwar an den Grundsätzen des einheitlichen Vertragswerkes fest, sodass der Vertragsgegenstand in dem Zustand der Grunderwerbsteuer zu unterwerfen ist, wie er vom Verkäufer bzw. Erbaurechtsbesteller geschuldet war. Maßgeblich ist insoweit der Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages. Die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes gelten auch bei Bestellung eines Erbaurechts. Sie finden jedoch keine Anwendung, wenn ein Verkauf bzw. eine Erbaurechtseinräumung an eine Person erfolgt, die bestimmenden Einfluss auf das Ob und Wie der Bebauung hat.³⁷ Gegenstand des Erwerbsvorgangs ist in diesem Fall das unbebaute Grundstück. Denn die zur Veräußererseite gehörende Person ist Bauherr und nicht Erwerber eines bebauten Grundstücks. Ist eine zur Veräußererseite gehörende Person wie ein Bauherr zu behandeln, sind beim Kauf des noch unbebauten Grundstücks durch diese Person die Bauerrichtungskosten nicht in die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer einzubeziehen. Dies gilt auch, wenn ein Miterbaurechtsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung erworben wird und der Erwerber damit hinsichtlich der konkreten Bebauung des Grundstücks rechtlich oder wirtschaftlich gebunden war. Denn die Bindung beruht auf der Tätigkeit des Erwerbers als Bauherr.

Der Entscheidung des BFH ist uneingeschränkt zuzustimmen. Die Grenzziehung im konkreten Einzelfall dürfte jedoch regelmäßig mit Schwierigkeiten verbunden sein.

5. Steuerhaftung des Verkäufers bei einheitlichem Vertragswerk (BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 48/15, BStBl. II 2018, S. 24)

In dem vom BFH zu entscheidenden Sachverhalt sind mehrere beteiligte Personen zu unterscheiden:

- Käufer: Diese haben eine Teilfläche gekauft.
- Verkäuferin: Sie ist die Klägerin des vorliegenden Verfahrens und hat das Grundstück an die Käufer verkauft und vorher mit der D-GmbH einen Erwerberbenennungsvertrag abgeschlossen, wonach die D-GmbH von dem

³⁶ BFH, Urteil vom 10.5.2017, II R 16/14, BStBl. II, S. 964 Rdnr. 11.

³⁷ Zustimmend *Schmid*, DStR 2018, 2058, 2062.

Kaufpreis vorab 5.000 € erhielt und die jeweiligen Käufer benennen konnte.

- G-KG: Die Bauunternehmerin. Die Käufer haben bereits vor Abschluss des notariellen Kaufvertrages einen Bauwerkvertrag mit der G-KG schriftlich abgeschlossen zu einem Preis von 204.200 € brutto.
- D-GmbH: Die D-GmbH hat von der Grundstückseigentümerin den Grundbesitz zum Zwecke der Vermarktung „an die Hand bekommen“ und zu diesem Zwecke einen Erwerbberbenennungsvertrag abgeschlossen.
- F-GmbH: Diese GmbH hat als Maklerin den Vertrag vermittelt.

Nach den Vereinbarungen im Grundstückskaufvertrag waren die Käufer verpflichtet, die Grunderwerbsteuer sowie die Maklerprovision gegenüber der F-GmbH zu zahlen.

Die Käufer gerieten in wirtschaftliche Schwierigkeiten. Da das FA sich nicht in der Lage sah, die Grunderwerbsteuer bei den Käufern beizutreiben, hat es die Verkäuferin per Haftungsbescheid gemäß § 13 Nr. 1 GrEStG in Anspruch genommen. Das FG hat festgestellt, dass Verkäuferin, D-KG, F-GmbH und D-GmbH aufgrund Absprachen bei der Veräußerung zusammengearbeitet und auf den Abschluss sowohl des Grundstückskaufvertrages als auch des Bauvertrages hingewirkt hätten. Zum Erwerb des Grundstücks sei nur zugelassen worden, wer zuvor einen Bauwerkvertrag mit der G-KG, der Bauträgerin, abgeschlossen habe. Die Koordination sei vollständig über die Unternehmensgruppe F-GmbH/G-KG erfolgt. Die G-KG als Bauunternehmen habe auch die Erwerber erstmals auf die Möglichkeit des Grundstückskaufes aufmerksam gemacht, die F-GmbH als Maklerin sei mit der G-KG eng verbunden. Beide Unternehmen arbeiteten nach den Feststellungen des FG mit übereinstimmendem Interesse zielgerichtet zusammen. Die Klägerin als Grundstückseigentümerin habe das Grundstück der D-GmbH und diese habe es der F-GmbH an die Hand gegeben.

Der BFH bestätigt in seiner Revisionsentscheidung vom 30.8.2017 sowohl das Vorliegen eines einheitlichen Vertragswerkes als auch die Inanspruchnahme der Verkäufer auf die Grunderwerbsteuer in voller Höhe,³⁸ obwohl die Herstellung des Gebäudes durch einen selbstständigen Rechtsträger, nämlich die G-KG, zu erfolgen habe. Ergibt sich aus den Vereinbarungen der Beteiligten, dass der Grundstückskaufvertrag mit dem Bauwerkvertrag in einem rechtlichen oder zumindest objektiv sachlichen Zusammenhang steht, dass der Erwerber das beim Abschluss des Kaufvertrages unbebaute Grundstück also in bebautem Zustand erhält, bezieht sich nach dem BFH der Grunderwerbsteuerliche Erwerbsvorgang auf diesen einheitlichen Erwerbsgegenstand. Maßgeblich sind die Umstände des Einzelfalls, wie diese sich im Zeitpunkt des Abschlusses des Grundstückskaufvertrages darstellen.³⁹ Den sachlichen objektiven Zusammenhang zwischen Grundstückskauf- und Bauwerkvertrag bejaht der BFH insbesondere, wenn der Erwerber beim Abschluss des Grund-

stückskaufvertrages gegenüber der Veräußererseite in seiner Entscheidung über das Ob und Wie der Baumaßnahme nicht mehr frei war und deshalb feststand, dass er das Grundstück nur in einem bestimmten bebauten Zustand erhalten werde. Dieser Umstand liegt insbesondere vor, wenn der Bauvertrag bereits vor dem Abschluss oder Wirksamwerden des Kaufvertrages geschlossen wurde.

Zivilrechtlich ist insoweit darauf hinzuweisen, dass in entsprechenden Fällen eigentlich der Bauwerkvertrag im Regelfall hätte mitbeurkundet werden müssen. Dass dies nicht erfolgt ist, ändert an der entstandenen Grunderwerbsteuerbelastung jedoch nichts.

Die vorstehenden Grundsätze gelten auch, wenn auf der Veräußererseite mehrere Personen als Vertragspartner auftreten. Dabei bestätigt der BFH in seiner Entscheidung vom 30.8.2017 erneut, dass es nicht darauf ankommt, ob das koordinierte Vorgehen der Veräußererseite für den Erwerber erkennbar war.⁴⁰ Damit waren im vorliegenden Fall die Grundsätze des einheitlichen Vertragswerkes erfüllt. Die Käufer hatten die Grunderwerbsteuer nicht nur für den Kaufpreis des unbebauten Grundstücks, sondern für das Grundstück in bebautem Zustand zu leisten. Die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer wurde also um den Preis des Bauwerkvertrages erhöht.

Nach § 13 Nr. 1 GrEStG haften für die Grunderwerbsteuer sowohl der Käufer als auch der Verkäufer. Unter Berücksichtigung von Ermessensgesichtspunkten ist daher das FA auch befugt, den Verkäufer auf Zahlung der Grunderwerbsteuer in Anspruch zu nehmen. Hierbei hat es das Ermessen tatsächlich auszuüben. Regelmäßig hat es sich an den nach dem Kaufvertrag zur Zahlung der Grunderwerbsteuer verpflichteten Vertragspartner zu halten. Kommt dieser seiner Zahlungsverpflichtung jedoch nicht nach, so ist das FA auch befugt, den Verkäufer in Anspruch zu nehmen. Eine vorherige Vollstreckungsmaßnahme gegenüber dem Käufer als Primärschuldner ist nicht erforderlich, auch nicht unter Ermessensgesichtspunkten. Dies gilt insbesondere, wenn der Käufer geäußert hat, eine Schuldenbereinigung mit seinen Gläubigern durchführen zu wollen und damit seine eingeschränkte Leistungsfähigkeit bereits erklärt hat. Käufer und Verkäufer sind Gesamtschuldner gemäß § 44 Abs. 1 Satz 1 AO.

Auch bei Vorliegen eines einheitlichen Vertragswerkes, bei dem ein Dritter zivilrechtlich zur Gebäudeerrichtung verpflichtet ist, trifft den Verkäufer die vollständige Grunderwerbsteuerhaftung.⁴¹ Gleichzeitig weist der BFH darauf hin, dass der Bauunternehmer, also der Dritte, nicht am Erwerbsvorgang als Vertragsteil beteiligt sei im Sinne des § 13 Nr. 1 GrEStG. Dies gelte auch dann, wenn aufgrund objektiv sachlichen Zusammenhangs zwischen dem Grundstückskaufvertrag und dem Abschluss des Bauwerkvertrages das bebaute Grundstück als Gegenstand des Erwerbs anzusehen sei. Anders dürfte dies hingegen sein, wenn zivilrechtlich zutreffend auch der

38 Siehe dazu *Schmid*, DStR 2018, 2058, 2063.

39 BFH, Urteil vom 25.1.2017, II R 19/15, BStBl. II 2017, S. 655. Siehe umfassend zu den Grundsätzen des einheitlichen Vertragswerkes nach Ansicht der Finanzverwaltung gleichlautender Ländererlass vom 14.3.2017, BStBl. I 2017, S. 436.

40 BFH, Urteil vom 30.8.2017, II R 48/15, BStBl. II 2018, S. 24 Rdnr. 21.

41 So auch *Borutttau/Viskorf*, GrEStG, 18. Aufl. 2016, § 13 Rdnr. 13; *Pahlke*, GrEStG, § 13 Rdnr. 6; *Hofmann*, GrEStG, § 13 Rdnr. 6; a. A. *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, 5. Aufl. 2015, Rdnr. 891.

Bauwerkvertrag mit dem Grundstückskaufvertrag zusammen beurkundet wird. Dies war vorliegend jedoch nicht erfolgt.

Auch die Vermessungskosten durch den Käufer sind Bestandteil der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer.⁴² Denn nach § 448 Abs. 1 BGB habe der Verkäufer die Kosten der Übergabe der Sache zu tragen, wozu auch die Vermessungskosten gehörten. Sofern der Käufer diese übernimmt, handele es sich um eine zusätzliche sonstige Leistung im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG. Ferner wurde die Bemessungsgrundlage um den Wert eines Geh- und Fahrrechtes erhöht, das der Käufer einem benachbarten Grundstück einzuräumen hatte.

6. Auslegung und Anwendung des § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG (FG München, Urteil vom 24.1.2018, 4 K 2690/15, EFG 2018, 662)

Die Entscheidung des FG München vom 24.1.2018, gegen die Nichtzulassungsbeschwerde eingelegt wurde,⁴³ ist für die Auslegung von § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG von erheblicher Bedeutung und betrifft einen Sachverhalt, der in der Praxis immer wieder anzutreffen ist.

Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft. Kommanditisten der Klägerin sind die XY-Holding GmbH mit einer Einlage von 9.400 € sowie Z mit einer Einlage von 600 €. Mit Kaufvertrag vom 29.9.2014 erwarb die KG von einer anderen KG umfangreichen Grundbesitz zu einem Gesamtkaufpreis von sechs Mio. €. Die verkaufende ABC-GmbH & Co. KG war entstanden durch einen formwechselnden Gesellschafterbeschluss vom 27.5.2015, der am 30.6.2015 im Grundbuch eingetragen worden war. Dabei war eine GmbH in die ABC-GmbH & Co. KG formgewechselt worden. Im Zeitpunkt des Erwerbs des Grundbesitzes am 29.9.2014 waren an der veräußernden ABC-GmbH & Co. KG als Gesellschafterin ohne Kapitalanteil die XY-GmbH und als Kommanditisten die XY-Holding GmbH mit 90,462 % und Z mit 5,774 % sowie zwei weitere GmbHs mit einer Einlage von jeweils 1,882 % beteiligt. Die beiden kleinstbeteiligten GmbHs waren erst nach der formwechselnden Umwandlung, jedoch vor dem Grundstückserwerb in die verkaufende ABC-GmbH & Co. KG eingetreten.

Das FA erachtete den vollständigen Erwerbsvorgang insgesamt als grunderwerbsteuerpflichtig. Hiergegen legte die Klägerin zunächst Einspruch ein und erhob später Klage. Die Klage begründet die Klägerin mit der Beteiligungsidentität der Gesellschafter der Klägerin und der ABC-GmbH & Co. KG in Höhe von 96,236 %. Insoweit komme es zur Anwendung des § 6 Abs. 3 GrEStG. Die Vorschrift des § 6 Abs. 4 GrEStG, die hiervon eine Ausnahme vorsieht, wenn ein Gesamthänder seinen Gesellschaftsanteil innerhalb der vorangegangenen fünf Jahre erst erworben hatte, sei auf den Streitfall nicht anwendbar. Da die formwechselnde Umwandlung zu keinem der Grunderwerbsteuer unterliegenden Erwerb führe, könne dieser Vorgang auch nicht unter die fünfjährige Sperrfrist fallen. Die Klage hatte beim FG München keinen Erfolg. Dieses teilt die Auffassung der Finanzverwaltung.⁴⁴ Zutreffend ist der Aus-

gangspunkt der Klägerin, dass der Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthandsgemeinschaft auf eine andere Gesamthandsgemeinschaft grunderwerbsteuerbefreit ist, soweit dieselben Gesamthänder an der veräußernden und der erwerbenden Gesamthand beteiligt sind, § 6 Abs. 3 Satz 1, Abs. 1 Satz 1 GrEStG. Maßgeblich ist dabei der Umfang der Beteiligung des einzelnen Gesamthänders am Vermögen der Gesamthand.

Hinweis: Die genauen Fragen der Ermittlung der Beteiligung am Vermögen der Gesamthand sind teilweise noch ungeklärt und sowohl von BFH als auch Finanzverwaltung immer wieder mit Unklarheiten und Unschärfen belegt. Klar sollte insoweit sein, dass Guthaben auf reinen Fremdkapital abbildenden Forderungskonten insoweit keine Rolle spielen. Maßgeblich ist meines Erachtens hingegen der vollständige Anteil am Kapitalkonto I, wohl auch am variablen Kapitalkonto II und an einer gesamthänderisch gebundenen Rücklage. Auf die Anteile am Gewinnbezugsrecht, Liquidationsanteil und Stimmanteil kommt es hingegen nicht an. Es können sich also auch durch erhebliche disquotale Einlagen und Gewinnentnahmen Verschiebungen unter den Beteiligungsquoten der Gesellschafter ergeben, obwohl die gesellschaftsrechtlichen Beteiligungsquoten am Kapitalkonto I unverändert bleiben. Letzteres ist allerdings noch nicht abschließend entschieden.

§ 6 Abs. 3 Satz 1 GrEStG ist jedoch nicht anwendbar, soweit ein Gesamthänder innerhalb von fünf Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil an der Gesamthand durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat, § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG. Zweck dieser Vorschrift ist die Verhinderung objektiver Steuerumgehungen, die sich aus der Kombination eines nicht steuerbaren Wechsels im Personenbestand der Gesamthand und der anschließenden von der Grunderwerbsteuer befreiten Übernahme eines Grundstücks aus dem Vermögen der Gesamthand ergeben.⁴⁵ Genau dieser Normzweck ist vorliegend einschlägig.⁴⁶ Hätte die Käuferin den Grundbesitz nämlich von der GmbH (vor Formwechsel) erworben, so wäre der Erwerbsvorgang selbstverständlich grunderwerbsteuerpflichtig gewesen. Durch den Formwechsel sollte § 6 Abs. 3 GrEStG genutzt werden. Auch der Formwechsel ist jedoch ein auf Rechtsgeschäft beruhender Erwerb eines Anteils an einer Mitunternehmerschaft, sodass nach herrschender Meinung auch der vorherige Formwechsel einer Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft eine fünfjährige Sperrfrist nach § 6 Abs. 4 Satz 1 GrEStG auslöst. Die Entscheidung des FG München entspricht der ganz herrschenden Meinung, sodass ein Erfolg der Nichtzulassungsbeschwerde beim BFH nicht anzunehmen ist.⁴⁷ Für die Fristberechnung beginnt die Fünf-Jahres-Frist beim Formwechsel erst mit dem Zeitpunkt der Eintragung der neuen Rechtsform in das Handelsregister.⁴⁸

45 So auch *Pahlke*, GrEStG, § 6 Rdnr. 63; *Boruttau/Viskorf*, GrEStG, § 6 Rdnr. 71; *Behrens/Wachter/Schley*, GrEStG, § 6 Rdnr. 96.

46 Siehe auch BFH, Urteil vom 14.12.2002, II R 31/01, BStBl. II 2003, S. 319.

47 Siehe auch *Behrens/Wachter/Schley*, GrEStG, § 6 Rdnr. 100.

48 So auch *Schley*, ebd.; FG München, Urteil vom 24.1.2018, 4 K 2690/15, EFG 2018, 662.

42 BFH, ebd., Rdnr. 36.

43 Az. II B 21/18.

44 Oberste Finanzbehörden der Länder vom 9.12.2015, BStBl. I 2015, S. 1029 unter Rdnr. 7.3.

7. Weitere Rechtsprechung

- a) Instandhaltungsrücklage grunderwerbsteuerfrei? (FG Köln, Urteil vom 17.10.2017, 5 K 2297/16, EFG 2018, 480, Revision unter II R 49/17)

In der Vergangenheit entsprach es stets ganz herrschender Meinung, dass der Betrag der Instandhaltungsrücklage, der auf eine verkaufte Sondereigentumseinheit entfiel, nicht der Grunderwerbsteuer unterlag, weil insoweit kein Grundbesitz erworben, sondern lediglich das Barvermögen abgelöst wurde.

Für Fälle der Zwangsversteigerung hat der BFH diese Auffassung bereits im Jahre 2016 abgelehnt.⁴⁹ Nunmehr hat das FG Köln auch für den rechtsgeschäftlichen Erwerb einer Sondereigentumseinheit die Auffassung vertreten, dass der auf das Guthaben der Instandhaltungsrücklage entfallende Kaufpreisteil nicht die Grunderwerbsteuer mindere. Die frühere Rechtsprechung sei überholt, nachdem gemäß § 10 WEG die Teilrechtsfähigkeit von Wohnungseigentümergeinschaften gelte und daher das Bargeld nicht mehr dem Verkäufer zuzuordnen sei, sondern der teilrechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft.

- b) Keine GrESt auf mitverkaufte Einbauküche und Markisen (FG Köln, Urteil vom 8.11.2017, 5 K 2838/16, rechtskräftig)

In seiner Entscheidung vom 8.11.2017 hat das FG Köln die herrschende Meinung bestätigt, wonach die Gegenleistung für mitverkaufte bewegliche Gegenstände nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt. Der Streit war entstanden, weil das FA die Kaufpreishöhe von 9.500 € für Einbauküche und Markisen bei einem Gesamtkaufpreis von 392.000 € nicht akzeptierte und weitere Wertnachweise verlangte. Das FG hat der Klage des Steuerpflichtigen mit folgenden Kernaussagen stattgegeben:

Grundsätzlich sind die Vereinbarungen zwischen den Vertragsteilen maßgeblich; es sei denn diese seien nur zum Schein getroffen oder unrealistisch und nicht zu rechtfertigen.

Der bloße Umstand, dass die Gegenstände ertragsteuerlich schon abgeschrieben seien, sei unbeachtlich.

Auch die üblichen Preise auf (Internet-)Verkaufsportalen seien unmaßgeblich, weil es sich dabei um ausgebauten Gegenstände handele, während der Wert beweglicher Gegenstände für den Käufer einer Immobilie wesentlich höher sei, da er sich nicht mehr um Beschaffung, Anpassung und Einbau kümmern müsse.

Beachtlich war ferner, dass das FG die Eigenschaft einer Markise als bewegliche Sache nicht bezweifelt hatte, obwohl dies meines Erachtens gerade nicht zweifelsfrei ist.

III. Aktuelle Anweisungen der Finanzverwaltung

1. Fünf neue Erlasse zu Anteilsübertragungen (§ 1 Abs. 2a bis 4 GrEStG)

Unter dem 19.9.2018 hat die Finanzverwaltung in fünf unterschiedlichen gleichlautenden Ländererlassen wichtige Vorgaben für die Auslegung des umstrukturierungsrelevanten § 1

Abs. 2a bis 4 GrEStG veröffentlicht. Namentlich sind das:

- Erwerbsvorgänge im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG im Zusammenhang mit Treuhandgeschäften und Auftrags-erwerben bzw. Geschäftsbesorgungen, vom 19.9.2018, DStR 2018, 2208; der neue Erlass tritt an die Stelle der gleichlautenden Erlasse zu Erwerbsvorgängen im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG im Zusammenhang mit Treuhandgeschäften und Auftragserwerben bzw. Geschäftsbesorgungen vom 12.10.2007, BStBl. I, S. 761.
- Oberste Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018 zur Anwendung des § 1 Abs. 3a GrEStG – RETT-Blocker-Gestaltungen, DStR 2018, 2213; dieser Erlass tritt an die Stelle der gleichlautenden Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 1 Abs. 3a GrEStG vom 9.10.2013, BStBl. I, S. 662.
- Anwendung der §§ 3 und 6 GrEStG in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG, Oberste Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018, DStR 2018, 2211; der Erlass tritt an die Stelle des bisherigen vom 6.3.2013.
- Mittelbare Änderung des Gesellschafterbestandes einer grundbesitzenden (Personen-)Gesellschaft im Sinne des § 1 Abs. 3 GrEStG, Oberste Finanzbehörden der Länder vom 19.9.2018, DStR 2018, 2207; damit wird die modifizierende Anwendung der BFH-Entscheidung vom 27.9.2017, II R 41/15, DStR 2018, 189 geregelt.
- Anwendung des § 1 Abs. 3 in Verbindung mit Abs. 4 GrEStG auf Organschaftsfälle, Ländererlass vom 19.9.2018.

Aufgrund des Umfangs dieser Anweisungen bleiben diese Erlasse einem selbstständigen, in Kürze folgenden Beitrag vorbehalten.

2. Erlass des Finanzministeriums Saarland vom 10.7.2017 (ZEV 2017, 544 = DStR 2017, 1998)

Der Erlass des Finanzministeriums Saarland ist mit den Vertretern der obersten Finanzbehörden der Länder abgestimmt und setzt sich mit der Frage auseinander, ob die Übertragung eines Grundstücks im Rahmen einer Erbauseinandersetzung unter mehreren Geschwistern als Miterben auf den Abkömmling nur eines Miterben nach § 3 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist.

§ 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG nimmt den Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses von der Besteuerung aus. Im Wege der Auslegung und einer Zusammenschau der Befreiungsvorschriften (Interpolation⁵⁰) des § 3 GrEStG gilt die Steuerbefreiung auch dann, wenn das Grundstück nicht auf einen Miterben, sondern auf dessen Abkömmling übertragen wird.

Dieser Ansicht der Finanzverwaltung ist zuzustimmen. Die Grundstücksübertragung von der Erbengemeinschaft auf den Abkömmling eines Miterben stellt auch nach Ansicht der Finanzverwaltung in dem aktuellen Erlass einen abgekürzten Übertragungsweg dar – nämlich erst von der Erbengemeinschaft auf den Miterben und von diesem auf das Kind. Der

49 BFH, Urteil vom 2.3.2016, II R 27/14, BStBl. 2016, S. 619.

50 Siehe dazu *Pahlke*, GrEStG, vor § 3 Rdnr. 10; *Gottwald/Behrens*, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 417 ff.

Stufenerwerb wäre nach § 3 Nr. 3 Satz 1 GrEStG (Übertragung von der Erbengemeinschaft auf den Miterben) und nach § 3 Nr. 6 Satz 1 GrEStG (unentgeltliche bzw. entgeltliche Übertragung vom Miterben auf seinen Abkömmling) steuerfrei. Dies entspricht auch bisher schon der herrschenden Ansicht in der Rechtslehre.⁵¹

Gleiches muss meines Erachtens bei unmittelbarer Übertragung aus der Erbengemeinschaft auf ein Schwiegerkind oder Stiefkind eines Miterben gelten nach § 3 Nr. 3 i. V. m. § 3 Nr. 6 Satz 2, 3 GrEStG. Dazu schweigt die Finanzverwaltung allerdings.

3. Erlass des Finanzministeriums Bayern vom 26.6.2018 zur Anwendung der Freigrenze des § 3 Nr. 1 GrEStG bei mehreren Veräußerern und Erwerbern (DStR 2018, 1670)

Im Jahre 2008 haben die Bundesländer einen koordinierten Ländererlass zur Anwendung des § 3 Nr. 1 GrEStG veröffentlicht.⁵² Dieser Erlass wird nunmehr um ein weiteres Beispiel 3.2 wie folgt ergänzt:

Beispiel: Die Ehegatten A und B sind je zur Hälfte Eigentümer eines Grundstücks. Sie übertragen das Grundstück zu einem Kaufpreis von insgesamt 10.000 € auf die Eheleute C und D. Im notariell beurkundeten Kaufvertrag wird ausdrücklich vereinbart, dass A seinen hälftigen Miteigentumsanteil zu je 1/2 auf C und D und B seinen hälftigen Miteigentumsanteil zu je 1/2 auf C und D überträgt. Sämtliche Ehegatten leben im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft.

Nach Auffassung der Finanzverwaltung, die ihre Auffassung unter den Ländern abgestimmt hat, liegen hier vier Erwerbsvorgänge vor. Die Eheleute C und D erhalten je 1/4 von den Veräußererehegatten A und B. Die Freigrenze des § 3 Nr. 2 GrEStG kommt bei jedem Erwerbsvorgang zur Anwendung, weil die Gegenleistung mit jeweils 2.500 € diese nicht übersteigt.

Die Finanzverwaltung weist damit in Ergänzung zu dem bisherigen Erlass⁵³ die Möglichkeit auf, bei zwei Veräußerern und zwei Erwerbern auch Grundbesitz bis zu einem Wert von 10.000 € grunderwerbsteuerfrei zu übertragen. In Abgrenzung zu der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung und zur Erläuterung erfordert dies jedoch ausdrücklich die klarstellende Vereinbarung, dass der jeweilige Veräußererehegatte seinen hälftigen Miteigentumsanteil jeweils je zur Hälfte an die beiden Käuferehegatten überträgt. Ohne eine solche eindeutige und klare Vereinbarung bleibt es bei der bisherigen Auffassung der Finanzverwaltung aus dem Schreiben vom 6.5.2008,⁵⁴ wonach in entsprechenden Fällen ohne eindeutige Regelung die Freigrenze des § 3 Nr. 2 GrEStG nicht zur Anwendung kommt.

51 Hofmann, GrEStG, § 3 Rdnr. 3; Gottwald/Behrens, Grunderwerbsteuer, Rdnr. 456; Wälzholz, ZEV 2016, 369, 372.

52 Finanzministerium Baden-Württemberg vom 6.5.2008, DStR 2008, 1096.

53 Das Landesamt für Steuern und Finanzen Niedersachsen hat mit Verfügung vom 16.7.2018 diesen Erlass insgesamt neu veröffentlicht, DB 2018, 2275.

54 DStR 2008, 1096, dort Beispiel 3.

4. Aktualisierter gleichlautender Erlass der obersten Finanzbehörden der Länder zum einheitlichen Vertragswerk vom 20.9.2017 (BStBl. I 2017, S. 1328)

Zuletzt hatte die Finanzverwaltung mit koordiniertem Ländererlass vom 14.3.2017⁵⁵ die Grundsätze zum einheitlichen Vertragswerk bei der Grunderwerbsteuer zusammengefasst. Zwei aktuelle BFH-Entscheidungen hatte die Finanzverwaltung dabei jedoch nicht mehr berücksichtigen können.⁵⁶ Um auch diese beiden Entscheidungen in einem aktuellen gleichlautenden Ländererlass erfasst zu haben, wurde daher der Erlass zum 20.9.2017 vollständig neu gefasst und neben verfahrensrechtlichen Ausführungen vor allem der Abschnitt 3.4.3 aktualisiert.

Nach Ziffer 3.4.3 des neuen Erlasses ist ein vorbereiteter Geschehensablauf zur Annahme eines einheitlichen Vertragswerkes nicht anzunehmen, wenn der von dem Grundstücksveräußerer ursprünglich angebotene Bauvertrag nach Abschluss des Grundstückskaufvertrages mit einer wesentlichen Abweichung bzw. Änderung vorgenommen wird. Hierdurch muss der Charakter der Baumaßnahme verändert werden. Nunmehr bestätigt auch die Finanzverwaltung, dass eine wesentliche Änderung des Bauvertrages vorliegen kann, wenn sich die Flächengrößen oder die Baukosten um mehr als 10 % verändern oder die Errichtung eines zusätzlichen Gebäudes vereinbart wird.⁵⁷ Allerdings soll nach Ansicht der Finanzverwaltung eine Erhöhung der Baukosten um mehr als 10 %, die auf nachträglichen Ausstattungswünschen beruht, nicht bereits für sich die Annahme eines vorbereiteten Geschehensablaufs ausschließen. Denn allein der Einbau zum Beispiel höherwertiger Fußbodenbeläge oder Badarmaturen ändere im Gegensatz zur Errichtung eines Doppel- oder Mehrfamilienhauses anstelle eines Einfamilienhauses nichts an dem Charakter der Baumaßnahme. Die Finanzverwaltung versucht mit diesen Erläuterungen die BFH-Entscheidung vom 8.3.2017 einzuschränken.

5. Grunderwerbsteuer ist sofort abzugsfähige Betriebsausgabe (Landesamt für Steuern Niedersachsen vom 16.7.2018, DB 2018, 2274)

Entgegen früheren Stellungnahmen der Finanzverwaltung hat die Finanzverwaltung⁵⁸ sich nunmehr der Ansicht des BFH⁵⁹ angeschlossen, dass die Grunderwerbsteuer in den Fällen des § 1 Abs. 3 GrEStG und des § 1 Abs. 2a GrEStG als sofort abziehbare Werbungskosten/Betriebsausgaben anzusehen ist und daher nicht nur als Anschaffungsnebenkosten im Rahmen der AfA geltend gemacht werden kann.

55 BStBl. I 2017, S. 436.

56 BFH, Urteil vom 8.3.2017, II R 38/14, BStBl. II 2017, S. 1005 und BFH, Urteil vom 25.1.2017, II R 19/15, BStBl. II 2017, S. 655.

57 So bereits BFH, Urteil vom 8.3.2017, II R 38/14, BStBl. II 2017, S. 1005.

58 Landesamt für Steuern Niedersachsen, Verfügung vom 16.7.2018, DB 2018, 2274.

59 BFH, Urteil vom 20.4.2011, I R 2/10, DB 2011, 1553; BFH, Urteil vom 2.9.2014, IX R 50/13, DB 2015, 530.

Von Vertretungsketten und Geburtsvollmachten: Die Vertretung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts im Grundstücksverkehr

Von Notar a. D. Dr. **Johannes Weber**, LL.M. (Cambridge), Würzburg

Nach §§ 709, 714 BGB wird die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) durch sämtliche Gesellschafter vertreten. Die hiermit angeordnete Gesamtvertretung beruht auf dem besonderen persönlichen Vertrauen der Gesellschafter einer GbR; gerade bei größeren Grundstücks-GbRs stößt dieses Prinzip an praktische Grenzen. Die Gestaltungspraxis weicht regelmäßig von den gesetzlichen Regelungen ab. Im Gesellschaftsvertrag können die Gesellschafter zum Beispiel jedem Gesellschafter oder bestimmten Gesellschaftern Einzelvertretungsmacht einräumen. Für Probleme sorgt bei grundbesitzhaltenden GbRs immer wieder der Vertretungs- bzw. Vollmachtsnachweis. Auch im zehnten Jahr nach der Einführung des § 899a BGB und des § 47 Abs. 2 GBO durch das ERVGBG¹ ist noch vieles ungeklärt. Aus Sicht der Gestaltungspraxis tauchen dabei häufig Probleme aus drei Bereichen auf: Zunächst ist zu fragen, wie sich die Vertretungsverhältnisse der GbR bei rechtsgeschäftlichen Vollmachten darstellen und wer hier wem überhaupt eine Vollmacht erteilen kann (hierzu unter I.). Der Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vollmacht ist mit zahlreichen Schwierigkeiten verbunden (hierzu unter II.). Als noch komplexer gestaltet sich der Nachweis einer organschaftlichen Vertretungsmacht einzelner Gesellschafter. Die Rechtsprechung ist hier sehr restriktiv. Die Gestaltungspraxis sieht daher kaum Möglichkeiten, den Nachweis einer von der gesetzlichen Regelung abweichenden organschaftlichen Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter im Grundbuchverfahren zu erbringen (hierzu unter III.).

I. Rechtsgeschäftliche Vollmacht

Wenn man sich mit dem Stand der Diskussion zur rechtsgeschäftlichen Vollmachtserteilung durch die GbR beschäftigt, stellt man zunächst verwundert fest, dass schon im Ausgangspunkt alles unklar ist. Man ist sich nicht einmal darüber einig, wer überhaupt eine Vollmacht erteilen kann.

Die überwiegende Auffassung in der Literatur geht davon aus, dass die GbR eine Vollmacht erteilen kann.² Sie werde bei der Vollmachtserteilung durch ihre Gesellschafter vertreten. Der Bevollmächtigte könne im Namen der GbR handeln. Die Vollmacht sei nur an die GbR gebunden und vom Bestand der

Gesellschafter unabhängig.³ Nach der Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR⁴ müsste dies eigentlich selbstverständlich sein. Ein Blick auf zwei aktuelle Entscheidungen des OLG München zeigt, dass das Gegenteil der Fall ist. Das OLG München spricht der GbR die Fähigkeit ab, einem Dritten eine Vollmacht zu erteilen. Vollmachten könnten nur die Gesellschafter im eigenen Namen zur Wahrnehmung ihrer organschaftlichen Vertretungsmacht erteilen.⁵

1. Ausgangspunkt: BGH-Entscheidung vom 20.1.2011

Keimzelle der Diskussion ist die Entscheidung des BGH vom 20.1.2011.⁶ Die Entscheidung des BGH ist im Ergebnis sicher richtig; die Entscheidungsgründe haben es hingegen in sich. Der Sachverhalt, über den der BGH zu entscheiden hatte, war einfach gelagert: Die Gesellschafter einer GbR hatten jeweils einzeln im eigenen Namen Generalvollmachten an einen Dritten erteilt. Aus der Vollmacht ergab sich eindeutig, dass auch die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten von der Vollmacht erfasst sein sollte. Der von allen Gesellschaftern Bevollmächtigte bewilligte die Löschung eines Grundpfandrechts der GbR und berief sich auf die Vollmacht.

Während das KG annahm, dass der Bevollmächtigte die GbR nur vertreten könne, wenn die GbR dem Bevollmächtigten selbst eine Vollmacht erteilt hätte,⁷ hielt der BGH die Vollmacht der Gesellschafter für ausreichend. Der BGH nahm an, dass die Gesellschafter mit der Vollmacht ihre gesellschafterliche Vertretungsmacht auf den Bevollmächtigten übertragen hätten.⁸ Die Vollmacht umfasse auch die Angelegenheiten der Vollmachtgeber, „die deren Handeln als Gesellschafter der Eigentümerin betreffen“.

Das KG hatte argumentiert, die von den Gesellschaftern erteilten Generalvollmachten bezögen sich nicht auf die Angelegenheiten der GbR, es handle sich um im eigenen Namen der Gesellschafter erteilte Vollmachten.⁹ Der BGH hielt diesem

3 *Krauß*, notar 2009, 429, 438.

4 BGH, Urteil vom 29.1.2001, II ZR 331/00, NJW 2001, 1056.

5 OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, RNotZ 2017, 449 = MittBayNot 2018, 586 m. abl. Anm. *Lautner*; OLG München, Beschluss vom 9.7.2018, 34 Wx 223/17, BeckRS 2018, 14485.

6 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 = MittBayNot 2011, 494 m. Anm. *Lautner*.

7 KG, Beschluss vom 14.9.2010, 1 W 380/10, FGPrax 2011, 54.

8 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 Rdnr. 11.

9 KG, Beschluss vom 14.9.2010, 1 W 380/10, FGPrax 2011, 54, 55.

1 Gesetz zur Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs und der elektronischen Akte im Grundbuchverfahren sowie zur Änderung weiterer grundbuch-, register- und kostenrechtlicher Vorschriften vom 11.8.2009, BGBl. I, S. 2713.

2 Hauschild/Kallrath/Wachter/*Bolkart*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl. 2017, § 13 Rdnr. 130; *Zimmer*, NZM 2009, 187, 189.

Einwand entgegen, dass der Bevollmächtigte in sämtlichen Vermögensangelegenheiten bevollmächtigt sei:¹⁰

„Bereits hieraus lässt sich die Berechtigung der Bevollmächtigten herleiten, die Vollmachtgeber auch in Angelegenheiten zu vertreten, die deren Handeln als Gesellschafter der Eigentümerin betreffen. [...] Die Gesellschaft selbst kann keine Vollmacht erteilen; für sie handeln die Gesellschafter. Wollen diese sich dabei vertreten lassen, können sie einen Dritten durch Bevollmächtigung zu ihrem Vertreter bestellen. Fraglich ist allein, ob sich die Vertreterbestellung in den Generalvollmachten auch auf ein Handeln der Vollmachtgeber als Gesellschafter der Eigentümerin bezieht.“¹¹

2. Rechtsprechung des OLG München

Das OLG München hat die BGH-Entscheidung in zwei aktuellen Entscheidungen aufgegriffen und angenommen, dass die GbR selbst nie eine Vollmacht erteilen könne, sondern Vollmachtgeber und Vertretene stets die einzelnen GbR-Gesellschafter seien.¹²

In den Sachverhalten beider Entscheidungen schloss eine GbR einen Kaufvertrag über ein ihr gehörendes Grundstück. Die GbR wurde durch ihre Gesellschafter vertreten. Die „Beteiligten“ bevollmächtigten den Notar, die Bewilligung zur Eigentumsumschreibung zu erklären. Einer der GbR-Gesellschafter fiel nach dem Vertragsschluss in die Insolvenz.

Folge der Eröffnung eines Insolvenzverfahrens ist bekanntlich, dass eine vom Insolvenzschuldner erteilte Vollmacht erlischt, sofern die Vollmacht das Vermögen des Insolvenzschuldners betrifft (§ 117 Abs. 1 InsO). Das OLG München nahm an, dass die dem Notar im Kaufvertrag erteilte Vollmacht mit der Gesellschafterinsolvenz nach § 117 Abs. 1 InsO gegenstandslos sei. Das Gericht stellte unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des BGH fest, dass die Gesellschaft keine Vollmacht erteilen könne; für sie handelten ihre Gesellschafter. Die Vollmacht habe daher der einzelne GbR-Gesellschafter erteilt. Die Vollmacht sei mit der Eröffnung des Insolvenzverfahrens erloschen.¹³ Sie erfasse die Ausübung vermögensrechtlicher Befugnisse des Gesellschafters.¹⁴ Die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnisse des Gesellschafters gingen gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über.¹⁵

¹⁰ Dem hat sich mittlerweile auch das KG angeschlossen, vgl. Beschluss vom 17.11.2016, 1 W 562/16, MittBayNot 2017, 368 f.

¹¹ BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 Rdnr. 12.

¹² OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, RNotZ 2017, 449 = MittBayNot 2018, 586; OLG München, Beschluss vom 9.7.2018, 34 Wx 223/17, BeckRS 2018, 14485.

¹³ OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, RNotZ 2017, 449, 452 = MittBayNot 2018, 586.

¹⁴ OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, RNotZ 2017, 449, 453 = MittBayNot 2018, 586.

¹⁵ OLG München, Beschluss vom 9.7.2018, 34 Wx 223/17, BeckRS 2018, 14485 Rdnr. 18.

3. Meinungsstand in der Literatur

Das Schrifttum hat die BGH-Entscheidung vom 20.1.2011 unterschiedlich interpretiert.¹⁶ Im Gegensatz zum OLG München meint der überwiegende Teil der Literatur, der BGH habe lediglich klargestellt, dass die GbR nur durch ihre Organe handlungsfähig sei, habe ihr aber nicht die Fähigkeit zur Erteilung einer Vollmacht abgesprochen.¹⁷

Andere Stimmen gehen hingegen im Einklang mit dem OLG München davon aus, dass die Vollmacht nur von den GbR-Gesellschaftern im eigenen Namen erteilt werden könne.¹⁸

4. Stellungnahme

Die Äußerungen des BGH in seiner Entscheidung vom 20.1.2011 lassen sich nicht so verstehen, dass das Gericht der GbR die Teilrechtsfähigkeit im Hinblick auf die Erteilung einer Vollmacht abgesprochen hat. Es wäre kaum verständlich, wenn die GbR als teilrechtsfähiger Verband alle rechtsgeschäftlichen Erklärungen abgeben, nur nicht eine Vollmacht erteilen könnte. Auch die teilrechtsfähige OHG kann (selbstverständlich) eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilen.¹⁹ Dies ergibt sich bereits aus § 126 Abs. 1 HGB, der den Gesellschaftern die Vertretungsmacht für die Erteilung einer Prokura im Namen der OHG verleiht. Für die GbR gilt nichts anderes, wenn sie eine Vollmacht erteilt. Auch sie wird durch ihre Gesellschafter vertreten. Sie handeln als Organe des Verbands.²⁰

Kann die GbR eine Vollmacht erteilen, schließt dies jedoch nicht die Möglichkeit aus, dass die Gesellschafter einem Dritten auch im eigenen Namen Vertretungsmacht einräumen können. Die Trennung von organschaftlicher Vertretung durch die Gesellschafter und rechtsgeschäftlicher Vertretung durch Bevollmächtigte der Gesellschafter fügt sich konsequent in die Dogmatik der Teilrechtsfähigkeit ein. Es sind zwei verschiedene Sphären voneinander zu unterscheiden: Die Vertretung des Verbands auf der einen und die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten auf der anderen Seite.²¹ Der Verband kann sich vertreten lassen, wenn er selbst eine Vollmacht erteilt. Eine Vertretung des Verbands ist aber gleichfalls möglich, wenn ein eigener Vertreter des Gesellschafters dessen organschaftliche Gesellschafterrechte zur Vertretung der Gesellschaft wahrnimmt.

¹⁶ Vgl. hierzu im Überblick auch Gutachten DNotI-Report 2018, 75, 76.

¹⁷ *Kessler*, EWiR 2017, 567, 568; *Lautner*, MittBayNot 2011, 495, 496; *ders.*, MittBayNot 2018, 591; v. *Proff*, ZInsO 2017, 2007, 2008; in diese Richtung auch *Böttcher*, DNotZ 2011, 361.

¹⁸ *Führ*, RNotZ 2011, 155, 156 f.; so auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 4265.

¹⁹ BGH, Urteil vom 22.1.1962, II ZR 11/61, NJW 1962, 738, 739: „Die Erteilung einer solchen Vollmacht [Generalvollmacht] ist der Personalhandelsgesellschaft ebenso wenig verwehrt wie einer natürlichen Person oder einer juristischen Person“; *Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl. 2009, § 125 Rdnr. 13 f.; *BeckOK-HGB/Meyer*, Stand: 15.7.2018, § 48 Rdnr. 59.

²⁰ *Suttmann*, NJW 2013, 423, 436.

²¹ In diese Richtung auch *Volmer*, MittBayNot 2017, 368, 369.

a) Kritik an der Entscheidung des OLG München

Es ist erstaunlich, dass das OLG München überhaupt nicht näher auf die Frage eingegangen ist, wer die Vollmacht in wessen Namen erteilt. Die Aussage, dass der Gesellschafter bei der Vollmachtserteilung im eigenen Namen handele und es um die Wahrnehmung seiner Vermögensrechte gehe, verfehlt den Kern des Problems.²² Die Ausführungen des OLG beruhen auf der nicht begründeten Hypothese, die Vollmacht müsse stets als Vollmacht des Gesellschafters zur Wahrnehmung seiner Gesellschafterrechte konzipiert sein. Das ist aber nicht zutreffend. Die GbR kann selbst eine Vollmacht erteilen.

Sollten die Entscheidungen des OLG München richtig sein, müssen bei Vollmachten der GbR künftig die Alarmglocken schrillen. Denkt man die Argumentation des OLG München zu Ende, muss eine Vollmacht nicht nur im Falle der Gesellschafterinsolvenz, sondern auch dann erlöschen, wenn der Gesellschafter seinen Anteil veräußert. Der Rechtsnachfolger ist an die Vollmachtserteilung des einzelnen Gesellschafters nicht gebunden.²³ Im Ergebnis würde dies bedeuten, dass eine GbR keine vom Gesellschafterbestand unabhängige Vollmacht mehr erteilen könnte.

Das kann nicht richtig sein. Aus der Lehre von der Teilrechtsfähigkeit folgt, dass die GbR als eigener Rechtsträger unabhängig von den Gesellschaftern zu betrachten ist. Sie erwirbt eigene Rechte und Pflichten, die vom Wechsel im Gesellschafterbestand unabhängig sind. Das muss auch und gerade für von der GbR erteilte Vollmachten gelten. Wenn die GbR ein Rechtsgeschäft wie einen Grundstückskaufvertrag im eigenen Namen abschließen kann, muss sie auch im eigenen Namen eine Vollmacht zum Abschluss dieses Rechtsgeschäfts erteilen können.

Wäre die Auffassung des OLG München richtig, könnten sich schon mittelgroße Grundstücks-GbRs im Rechtsverkehr de facto nicht mehr vertreten lassen. Die Insolvenz eines von 25 Gesellschaftern würde eine Vollmacht zerstören, ebenso eine Anteilsabtretung. Auch die Konstruktion der Geburtsvollmacht²⁴ wäre eine Totgeburt.

Das OLG München hätte sich also mit der Frage beschäftigen müssen, in wessen Namen die Vollmacht erteilt wurde. Dies hängt von ihrer Auslegung ab. In der Urkunde war nur die Rede von einer Vollmacht der „Beteiligten“. Dass die Gesellschafter zugleich eine Vollmacht im Namen der GbR erteilten, war damit klar. Die GbR war ebenfalls „Beteiligte“. Sie war die Grundstücksverkäuferin und erklärte die Auffassung. Dass die Vollmacht für die Erklärung zur Bewilligung der Eigentumsumschreibung und zum Vollzug der Auflassung von der GbR erklärt wurde, lag damit eigentlich auf der Hand.

Die weiteren Ausführungen des OLG München laufen ins Leere, weil ihnen ein falscher Bezugspunkt zugrunde liegt. Dies gilt insbesondere für den insolvenzrechtlichen Teil der Entscheidungen.

22 Ablehnend auch *Kessler*, EWIR 2017, 567, 568; *ders.*, NZI 2018, 680, 682; v. *Proff*, ZInsO 2017, 2007, 2008.

23 Treffend *Kessler*, EWIR 2017, 567, 568; *ders.*, NZI 2018, 680, 682.

24 Näher dazu unten, II.; ferner *Zimmer*, NZM 2009, 187, 189; *Hartmann*, RNotZ 2011, 401, 411 ff.

Der BGH hat kürzlich ausführlich zu der Frage der Auswirkungen der Insolvenz des GbR-Gesellschafters Stellung genommen.²⁵ Der BGH differenziert zwischen der insolvenzbedingten Auflösung der Gesellschaft und einer Fortsetzungsklausel. Im ersten Fall gehe die „Befugnis des Gesellschafter-Erben, als (Gesamt-)Vertreter über im Grundbuch eingetragene Rechte der GbR zu verfügen“²⁶ auf den Insolvenzverwalter nach § 80 Abs. 1 InsO i. V. m. § 146 Abs. 3 HGB analog über; im zweiten Fall sei hingegen weiterhin der Gesellschafter zur Geschäftsführung und Verfügung über die Gegenstände des Gesellschaftsvermögens befugt.²⁷ Deshalb sei nur im ersten Fall ein Insolvenzvermerk im Grundbuch einzutragen (§ 32 Abs. 1 Satz 1 InsO analog), im zweiten hingegen nicht.²⁸

Auf diese Unterscheidung des BGH kommt es aber nicht an, wenn es um den Fortbestand einer von der GbR selbst erteilten Vollmacht geht. Unabhängig vom Übergang der Vertretungsmacht auf den Insolvenzverwalter bleibt die Vollmacht in der Insolvenz des Gesellschafters bestehen; Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens ist die GbR. § 117 Abs. 1 InsO betrifft nur Vollmachten in Bezug auf das Eigenvermögen des Gesellschafters, nicht hingegen Vollmachten der GbR.²⁹ Anders liegt der Fall, wenn die Gesellschaft in die Insolvenz fällt. Hier erlischt die von der Gesellschaft erteilte Vollmacht nach § 117 Abs. 1 InsO. Eine Vollmacht des Gesellschafters geht ins Leere, weil die Verwaltungsbefugnisse nach § 80 InsO von den Gesellschaftern auf den Insolvenzverwalter übergehen.³⁰

b) Vollmachtserteilung durch die teilrechtsfähige Gesellschaft – Direktvertretung der Gesellschaft

Der Verband wird durch seine Gesellschafter vertreten. Die Vertreter können für den Verband in dessen Namen eine Vollmacht erteilen. Die Vollmacht ist an den Verband geknüpft. Es findet eine unmittelbare Vertretung des Verbands statt. Insbesondere ist die Vollmacht nicht an das Fortbestehen der Vertretungsmacht der Organe gekoppelt. Mit der einmal eingetretenen Wirksamkeit der Vollmacht löst sich diese von der Vertretungsmacht der für sie handelnden Organe. Scheidet ein Gesellschafter nach der Erteilung der Vollmacht aus der Gesellschaft aus, bleibt die Vollmacht hiervon unberührt. Die Vollmacht führt nicht zu einer Vertretung des Gesellschafters, nur weil sie vom Gesellschafter für die GbR erteilt wurde. § 117 Abs. 1 InsO gilt nur für solche Vollmachten, die sich auf das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen beziehen. Die für die GbR erteilte Vollmacht bezieht sich nicht auf das Vermögen des Gesellschafters, sondern auf das Vermögen eines vom Gesellschafter separat zu betrachtenden Verbands.

25 BGH, Urteil vom 13.7.2017, V ZB 136/16, NZG 2017, 1257.

26 BGH, Urteil vom 13.7.2017, V ZB 136/16, NZG 2017, 1257 Rdnr. 16; ablehnend *Altmeppen*, NZG 2017, 1281 ff.; dem Grunde nach zustimmend v. *Proff*, NJW 2018, 828 ff.

27 BGH, Urteil vom 13.7.2017, V ZB 136/16, NZG 2017, 1257 Rdnr. 19.

28 BGH, Urteil vom 13.7.2017, V ZB 136/16, NZG 2017, 1257 Rdnr. 15; so zuvor etwa bereits *Kessler*, DNotZ 2012, 616, 621.

29 *Kessler*, DNotZ 2012, 616, 621; *ders.*, NZI 2018, 680, 682.

30 Vgl. BeckOGK/v. *Proff*, Stand: 1.7.2018, § 728 BGB Rdnr. 12.

c) Direktvertretung versus Untervertretung

Anders ist es, wenn der Gesellschafter einen Dritten bevollmächtigt, für ihn als Gesellschafter zu handeln und *seine* Vertretungsmacht als Gesellschafter für ihn auszuüben. Die Vertretungsbefugnis ist ein Mitgliedschaftsrecht des Gesellschafters.³¹ Das zeigt sich nicht zuletzt in der insolvenzbedingten Auflösung der Gesellschaft (§ 728 Abs. 2 BGB), wenn die Geschäftsführung und Ausübung der Vertretung auf den Insolvenzverwalter übergeht.³²

Ist das Vertretungsrecht zugleich Mitgliedschaftsrecht, kann es aufgrund der Erteilung einer (Unter-)Vollmacht durch einen Bevollmächtigten ausgeübt werden. Es ist daher stimmig, wenn der BGH betont, dass der Gesellschafter die Vertretungsmacht der Gesellschaft durch rechtsgeschäftliche Vollmacht auf einen Dritten übertragen könne,³³ und das OLG München hervorhebt, dass die Vollmacht zur Vertretung von den einzelnen Gesellschaftern erteilt werde und sich auf ein Handeln der Vollmachtgeber „in deren Eigenschaft als Gesellschafter der Eigentümerin“ beziehe.³⁴ Wird die Vollmacht durch den Gesellschafter im eigenen Namen zur Ausübung dieses Mitgliedschaftsrechts erteilt, ist sie an die Gesellschafterstellung gebunden. Scheidet der Gesellschafter aus der Gesellschaft aus, kann der Bevollmächtigte nicht mehr die Vertretungsmacht wahrnehmen. Es handelt sich um eine akzessorische Vollmacht.

In der Entscheidung des BGH vom 20.1.2011 ging es um die Vertretung des Gesellschafters bei dessen Vertretung der GbR und damit um einen Fall der Untervertretung. Insoweit – aber nur insoweit – kann die GbR keine Vollmacht erteilen. Dem BGH ging es in seinen Ausführungen offenbar um die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte und die sich daraus ergebende Vertretungsbefugnis. Deswegen betont er, dass die Vertretung das „Handeln der Gesellschafter der Eigentümerin“ betreffe.

d) Diskussion um den Vertreter des Vertreters

Wenn man zwischen der Vertretung der Gesellschaft durch einen Direktbevollmächtigten und der Wahrnehmung der organschaftlichen Vertretungsmacht des Gesellschafters durch einen Untervertreter unterscheiden möchte, kann man dies nicht tun, ohne sich mit der grundsätzlichen Frage der Zulässigkeit der Figur des „Vertreters des Vertreters“ auseinanderzusetzen.

Nach Auffassung der herrschenden Lehre gibt es keinen Vertreter des Vertreters. Der Vertreter könne nur im Namen des Vertretenen eine Untervollmacht erteilen. Etwas anderes lasse sich nicht mit dem Offenkundigkeitsgrundsatz in Einklang bringen.

gen.³⁵ Außerdem könne der Hauptvertreter nicht im eigenen Namen eine Vollmacht erteilen, die nicht ihn, sondern den Vertretenen binde. Der Hauptvertreter könne den Vertretenen nur binden, wenn er in dessen Namen aufgrund der Hauptvollmacht handele. Dies setze voraus, dass er die Vollmacht im Namen des Vertreters erteile. Eine eigene Befugnis zur Erteilung einer Vollmacht im Namen eines Dritten habe der Vertreter nicht.³⁶

Die ständige Rechtsprechung hält die Konstruktion des Vertreters des Vertreters demgegenüber für zulässig.³⁷ Die Wirkungen des Handelns des Vertreters gingen über die Vollmachtenkette durch „den (Haupt-)Vertreter hindurch.“³⁸ Auch im Zusammenhang mit der Vollmacht eines Geschäftsführers ist der BGH davon ausgegangen, dass ein Handeln in Untervollmacht des Geschäftsführers möglich sei.³⁹

Die Rechtsprechung des BGH zur zulässigen Vertretung der GbR durch eigene Bevollmächtigte der Gesellschafter lässt sich stimmig begründen, wenn man zu ihrer Rechtfertigung die Figur des Vertreters des Vertreters bemüht: Der Gesellschafter erteilt einem Dritten die Vollmacht, ihn in seiner Eigenschaft als Organ der Gesellschaft zu vertreten. Ob das Organ seine Vertretungsmacht an den Vertreter weitergeben kann, entscheidet das Gesellschaftsrecht bzw. der Gesellschaftsvertrag.

Würde man entgegen der Auffassung des BGH meinen, dass *nur* die Gesellschaft eine Vollmacht zu ihrer Vertretung erteilen kann, wäre eine Vertretung der Gesellschafter einer Grundstücksgesellschaft auf der Grundlage von Vollmachten der Gesellschafter im eigenen Namen nicht mehr möglich. Man denke etwa an den Fall einer Grundstücks-GbR mit den Gesellschaftern A, B, C und D. Vertritt man die Ansicht, dass die GbR nur selbst eine Vollmacht erteilen kann, könnte der Gesellschafter A mangels Einzelvertretungsmacht seinem Bevollmächtigten keine Vollmacht zur Vertretung im Außenverhältnis der GbR erteilen und sich bei der Veräußerung des Grundstücks nicht durch einen Vorsorgebevollmächtigten vertreten lassen.⁴⁰ Es wäre eine Mitwirkung aller anderen Gesellschafter erforderlich und nur eine Vollmachtserteilung durch die GbR möglich. Anders ist dies, wenn man mit dem BGH die Figur des Vertreters des Vertreters bemüht und eine Delegation der Vertretungsmacht durch eine Willenserklärung des einzelnen Gesellschafters zulässt.

31 MünchKomm-BGB/Schäfer, 7. Aufl. 2017, § 714 Rdnr. 12.

32 Hierauf zu Recht hinweisend Kessler, DNotZ 2012, 616, 619.

33 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 Rdnr. 11.

34 OLG München, Beschluss vom 28.4.2011, 34 Wx 81/11, ZIP 2011, 2108; ebenso OLG München, Beschluss vom 15.6.2015, 34 Wx 513/13, RNotZ 2015, 495, 498.

35 BeckOK-BGB/Schäfer, Stand: 1.5.2018, § 167 Rdnr. 29; MünchKomm-BGB/Schubert, 7. Aufl. 2015, § 167 Rdnr. 79; Muscheler, ZEV 2008, 213, 214; Staudinger/Schilken, Neub. 2014, § 167 Rdnr. 62; Schulze/Dörner, BGB, 9. Aufl. 2017, § 167 Rdnr. 6.

36 MünchKomm-BGB/Schubert, § 167 Rdnr. 79; vgl. zur Kritik im Überblick auch Gutachten DNotI-Report 1996, 76, 77.

37 BGH, Urteil vom 5.5.1960, III ZR 83/59, NJW 1960, 1565, 1566; BGH, Urteil vom 25.5.1977, VIII ZR 18/76, NJW 1977, 1535; KG, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 688/15, FGPrax 2015, 195; OLG München, Beschluss vom 19.9.2013, 34 Wx 315/13, FGPrax 2014, 14, 15; OLG München, Beschluss vom 21.4.2011, 34 Wx 1/11, NotBZ 2011, 452.

38 BGH, Urteil vom 5.5.1960, III ZR 83/59, NJW 1960, 1565, 1566.

39 BGH, Urteil vom 8.5.1978, II ZR 209/76, WM 1978, 1047, 1048; BGH, Urteil vom 18.7.2002, III ZR 124/01, DNotZ 2003, 147, 148; kritisch zur dogmatischen Begründung Maier-Reimer, FS Hellwig, 2010, S. 205, 213; K. Schmidt, JuS 2003, 95, 96.

40 So die später vom BGH aufgehobene Entscheidung KG, Beschluss vom 14.9.2010, 1 W 380/10, FGPrax 2011, 54, 55.

Ob man die Figur des Vertreters des Vertreters zur Erklärung des Ergebnisses benötigt, erscheint auf den ersten Blick nicht vollkommen zweifelsfrei. Man könnte auch an folgende Konstruktion denken: Die Mitgesellschafter ermächtigen den Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag implizit, im Namen der GbR eine Vollmacht mit der Maßgabe zu erteilen, dass der Bevollmächtigte nur gemeinsam mit den anderen gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern die GbR vertreten kann. Man kann insoweit von einer „partiellen Untervollmacht“ sprechen.⁴¹ Die Vollmacht des Gesellschafters an den Vertreter müsste man wiederum so auslegen, dass sie – wenn sie sich auch auf die Wahrnehmung von Gesellschafterrechten bezieht – konkludent als Erteilung einer Untervollmacht im Namen der GbR zu verstehen ist.

Diese Konstruktion erscheint als zu gekünstelt – der Gesellschafter handelt nicht im Namen der GbR und denkt auch nicht hieran, wenn er eine Vorsorgevollmacht erteilt – insbesondere wenn die GbR im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung noch gar nicht existierte. Stimmiger erscheint mir der Ansatz des Vertreters des Vertreters. Warum der Vertreter nicht für den Hauptvertreter und kraft dessen Vollmacht zugleich für den Vertretenen handeln können soll, wenn er dies offenlegt, leuchtet nicht ein. Die Wirkungen der Willenserklärungen treffen über die Kette der Vertretungsberechtigung den Vertretenen. Der Kern der Figur des Vertreters des Vertreters liegt in der Akzessorität der Vollmacht. Dem BGB ist der Gedanke nicht fremd, dass jemand im eigenen Namen mit Wirkung für einen anderen eine Vollmacht erteilt. Dies zeigt sich auch an anderer Stelle. So kann etwa der Testamentsvollstrecker Vollmacht zur Vertretung der Erben erteilen, auch wenn er als Partei kraft Amtes im eigenen Namen handelt.⁴² Entscheidend ist nur der offengelegte Bezug der Vollmachtserteilung im Hinblick auf die Wahrnehmung der eigenen Rechte zur Vertretung des Verbands – nicht in wessen Namen die Erteilung der Vollmacht erfolgt.

e) Abspaltungsverbot und Selbstorganschaft

Nicht näher vertieft werden kann hier die Frage, ob die Erteilung einer Generalvollmacht an einen Vertreter des Gesellschafters unter dem Gesichtspunkt des Abspaltungsverbots oder des Grundsatzes der Selbstorganschaft problematisch ist.⁴³ Der BGH hat gegenüber einer umfassenden Vollmacht keine Bedenken, wenn die Gesellschafter ihre organschaftliche Vertretungsmacht behalten und nicht sämtliche Gesellschafter von der Geschäftsführung ausgeschlossen werden.⁴⁴

41 *Maier-Reimer*, FS Hellwig, S. 205, 211.

42 OLG Düsseldorf, Urteil vom 18.5.2000, 10 U 107/96, ZEV 2001, 281, 282; *Staudinger/Reimann*, Neub. 2016, § 2218 Rdnr. 16; vgl. kritisch bzgl. der Konstruktion der h. M. *Muscheler*, ZEV 2008, 213 ff.

43 Vgl. hierzu *Volmer*, MittBayNot 2017, 369 f.; *Wedemann*, ZIP 2013, 1508 ff.

44 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361 Rdnr. 9; BGH, Urteil vom 18.7.2006, XI ZR 143/05, NJW 2006, 2980 Rdnr. 18; BGH, Urteil vom 15.2.2005, XI ZR 396/03, WM 2005, 1698, 1700; vgl. zur OHG BGH, Urteil vom 22.1.1962, II ZR 11/61, NJW 1962, 738, 739; ebenso zur GbR auch OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.2.2016, 3 W 122/15, MittBayNot 2017, 575. Aus der Literatur *Schuck*, RNotZ 2016, 247, 248; *Spieker*, notar 2017, 21.

5. Schlussfolgerung

Wer erteilt die Vollmacht – die GbR oder ihre Gesellschafter? Die Antwort lautet: Beide können eine Vollmacht erteilen. Die Vollmacht der GbR ist von der Stellung der Gesellschafter unabhängig. Anders verhält es sich bei der Vollmacht, die der einzelne Gesellschafter im eigenen Namen zur Wahrnehmung seines organschaftlichen Vertretungsrechts erteilt. Die BGH-Entscheidung vom 20.1.2011 verdient insoweit volle Zustimmung.

Dass der Gesellschafter in der im eigenen Namen erteilten Vollmacht die Vertretung der GbR erwähnt, ist zumindest bei General- und Vorsorgevollmachten nicht erforderlich. Es genügt eine Vollmacht des einzelnen Gesellschafters, ihn in allen Angelegenheiten zu vertreten.⁴⁵ Ob die Gesellschaft im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung existierte, ist unerheblich.⁴⁶ Die Reichweite der Vollmacht ergibt sich aus der Natur ihres umfassenden Charakters; sie erstreckt sich auch auf die Wahrnehmung der Gesellschafterrechte und die Vertretung des GbR-Gesellschafters als dessen Vertreter. Die Figur des Vertreters des Vertreters findet damit im Recht der GbR einen praktisch wichtigen Anwendungsfall.

Für Notare stellt sich die Rechtslage insgesamt als ungewiss dar. Sicherheitshalber sollten die Gesellschafter die Vollmachten nicht nur im Namen der GbR, sondern auch im eigenen Namen erteilen und klarstellen, dass die so erteilten beiden Vollmachten in ihrem rechtlichen Bestand voneinander unabhängig sind. Außerdem erscheint es bei Grundstückskaufverträgen, bei denen eine GbR ein Grundstück veräußert, zweckmäßig, die Bewilligung durch alle Gesellschafter in der notariellen Urkunde erklären zu lassen und mit der sog. Ausfertigungssperre zu arbeiten, um zu verhindern, dass die dem Notar erteilte Vollmacht zur Bewilligung erlischt.⁴⁷ Allerdings ist nicht vollkommen geklärt, ob die Anweisung an den Notar nach § 115 InsO analog erlischt. Richtigerweise ist dies nicht der Fall, da es sich um eine zweiseitige Anweisung handelt.⁴⁸ Dass nach der Logik des OLG München die von den Gesellschaftern im Namen der GbR erklärte Bewilligung wirksam bleibt, nicht aber eine Vollmacht zur Erklärung der Bewilligung im Namen der GbR, unterstreicht die Widersprüchlichkeit der Rechtsprechung des OLG.

45 So jetzt auch KG, Beschluss vom 17.11.2016, 1 W 562/16, MittBayNot 2017, 368; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.2.2016, 3 W 122/15, MittBayNot 2017, 575.

46 OLG Zweibrücken, Beschluss vom 3.2.2016, 3 W 122/15, MittBayNot 2017, 575; zustimmend *Schuck*, RNotZ 2016, 247, 248; *Spieker*, notar 2017, 21.

47 *Kessler*, NZI 2018, 680, 683.

48 *Reul/Heckschen/Wienberg/Heckschen*, Insolvenzrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 2. Aufl. 2018, § 7 Rdnr. 14; *Reul/Heckschen/Wienberg/Reul*, Insolvenzrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, § 3 Rdnr. 24; Gutachten DNotI-Report 2004, 32, 33; näher hierzu *Weber*, RNotZ 2015, 195, 202; anders für den Vollzugauftrag des Insolvenzschuldners BayObLG, Beschluss vom 3.9.2003, 3 Z BR 113/03, MittBayNot 2004, 206, 207.

II. Nachweis der rechtsgeschäftlichen Vollmacht im Grundbuchverfahren

Viele GbR-Gesellschaftsverträge räumen den Gesellschaftern Einzelvertretungsmacht ein oder lassen das Handeln von zwei Gesellschaftern genügen. Diese Vertretungsregelungen sind materiellrechtlich zulässig, lassen sich aber im Grundbuchverfahren nicht umsetzen. Denn der Nachweis der organschaftlichen Vertretungsmacht ist mit besonderen Schwierigkeiten verbunden. Die Rechtsprechung misst auch einem notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrag keine Legitimationswirkung im Grundbuchverfahren zu (näher hierzu unter III.).⁴⁹

Demzufolge müssen alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter handeln, damit sich die wirksame Vertretung der GbR gegenüber dem Grundbuchamt nachweisen lässt. Die Gestaltungspraxis ist dazu übergegangen, mit rechtsgeschäftlichen Vollmachten zugunsten der Gesellschafter zu arbeiten. Rechtsgeschäftliche Vollmachten genießen die Vermutungswirkung des § 172 BGB und bieten auch im Verhältnis zum Grundbuchamt einen sicheren Vertretungsnachweis.

1. Konstruktion einer sog. Geburtsvollmacht

Um der GbR eine Teilnahme am Rechtsverkehr durch einzelne Vertreter zu ermöglichen, hat die Literatur bereits vor einigen Jahren die Idee einer sog. Geburtsvollmacht entwickelt.⁵⁰ Die Gesellschaft⁵¹ erteilt den Gesellschaftern anlässlich ihrer Gründung zu gesonderter Urkunde rechtsgeschäftliche Vollmachten in öffentlicher Form. Die Gesellschafter sind zwar einerseits zur Gesamtvertretung berechnigte Gesellschaftsorgane. Das schließt es jedoch nicht aus, dass die Gesellschaft den Gesellschaftern von der Organstellung unabhängige rechtsgeschäftliche Vollmachten erteilt, die neben das Organverhältnis treten.⁵² Eine Generalvollmacht ist sogar dann zulässig, wenn sie einem von mehreren gesamtvertretungsberechtigten Gesellschaftern erteilt wird.⁵³ Wirken alle Gesellschafter an der rechtsgeschäftlichen Vollmachtserteilung mit, liegt hierin keine unzulässige Durchbrechung der organschaftlichen Gesamtvertretungsmacht. Die Vollmacht ist von der Organstellung unabhängig. Wenn alle Gesellschafter

an der Vollmachtserteilung mitwirken, kann man auch nicht von einer Umgehung des Schutzes der Gesamtvertretungsregelung sprechen. Sinnvollerweise wird man für einen Gleichklang zwischen organschaftlicher und rechtsgeschäftlicher Vollmacht sorgen und einem aufgrund der Vollmacht alleinvertretungsberechtigten Bevollmächtigten zusätzlich in seiner Eigenschaft als Gesellschafter eine von der Organstellung abhängige Alleinvertretungsmacht einräumen. Außerdem könnte man im Gesellschaftsvertrag der GbR klarstellen, dass sämtliche Gesellschafter auch einem Gesellschafter stets eine rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Alleinvertretung erteilen können.

2. Nachweisprobleme im Grundbuchverfahren

Eher stiefmütterlich wird bisher die Frage behandelt, ob und wie der Nachweis der wirksamen Vertretung der GbR geführt werden kann, wenn ein Bevollmächtigter für die GbR auftritt.

a) Veräußerung von Grundbesitz

aa) Vertretung durch alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter

Verfügt die GbR über ein im Grundbuch eingetragenes Recht und wird sie von sämtlichen Gesellschaftern vertreten, ergeben sich keine Schwierigkeiten. Nach § 899a Satz 1 BGB wird vermutet, dass in Ansehung des dinglichen Rechts keine weiteren außer den im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern vorhanden und die eingetragenen Gesellschafter auch tatsächlich Gesellschafter sind. Verfügen also alle Gesellschafter im Namen der GbR über ein für die GbR eingetragenes Recht, folgt daraus die Vermutung, dass sie die Gesellschaft wirksam vertreten können (§§ 709, 714 BGB).⁵⁴ § 899a BGB gilt auch im Verhältnis zum Grundbuchamt.⁵⁵ Außerdem begründet die Vorschrift nach ganz überwiegender und zutreffender Auffassung eine Vermutung für die Existenz der Gesellschaft.⁵⁶ Dies stellt die Gesetzesbegründung zu § 899a BGB ausdrücklich klar.⁵⁷

bb) Vertretung durch Bevollmächtigte der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter

Lassen sich die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter von eigenen Bevollmächtigten vertreten,⁵⁸ kommt man zu

49 KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft); siehe zuvor OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, NZG 2011, 1144; OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 Wx 98/10, ZNotP 2010, 440.

50 Vgl. hierzu bereits Zimmer, NZM 2009, 187, 189; Hartmann, RNotZ 2011, 401, 411 ff.; Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 129 ff.

51 Nach der Entscheidung des BGH vom 20.1.2011 (V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361) sollten die Gesellschafter sicherheitshalber auch im eigenen Namen handeln.

52 Steffek, ZIP 2009, 1445, 1455; Hartmann, RNotZ 2011, 401, 410 f.; Heinze, ZNotP 2010, 408, 418; für die OHG vgl. Staub/Habersack, HGB, § 125 Rdnr. 13; auch der BGH hat die Möglichkeit der Bevollmächtigung der Gesellschafter zumindest implizit anerkannt, vgl. BGH, Urteil vom 17.7.2000, II ZR 39/99, NJW 2000, 3272; BGH, Urteil vom 14.2.2005, II ZR 11/03, ZNotP 2005, 270.

53 H. M., vgl. OLG München, Beschluss vom 28.4.2011, 34 Wx 81/11, ZIP 2011, 2108; MünchKomm-BGB/Schubert, § 172 Rdnr. 11.

54 BeckOGK/Hertel, Stand: 1.12.2017, § 899a BGB Rdnr. 66.

55 OLG Brandenburg, Beschluss vom 27.4.2011, 5 Wx 89/10, NJW-RR 2011, 1036; OLG Frankfurt, Beschluss vom 15.4.2011, 20 W 530/10, NotBZ 2011, 402; OLG München, Beschluss vom 7.9.2010, 34 Wx 100/10, MittBayNot 2011, 63; Gutachten DNotI-Report 2010, 145, 147.

56 NK-BGB/Krause, 4. Aufl. 2016, § 899a Rdnr. 14; Heinze, RNotZ 2010, 289, 295; ders., Die GbR im Grundbuch nach dem ERVGBG, 2015, S. 80; Staudinger/Gursky, Neub. 2013, § 899a Rdnr. 6; Lautner, DNotZ 2009, 650, 667; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4263; C. Wagner, Die „registrierte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, 2014, S. 21 ff.; a. A. Krüger, NZG 2010, 801, 805.

57 BT-Drucks. 16/13437, S. 26 f.

58 Für Zulässigkeit des Vertreters in diesem Zusammenhang ausdrücklich BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361.

einer kombinierten Anwendung von §§ 899a und 172 BGB.⁵⁹ Es wird nach dem Grundbuchinhalt vermutet, dass der im Grundbuch eingetragene Gesellschafter tatsächlich Gesellschafter der GbR ist. Außerdem wird nach § 172 BGB vermutet, dass die Vollmacht des Gesellschafters fortbesteht. Dass die Gesellschafter zur Erteilung der Vollmacht nach dem Gesellschaftsvertrag nicht befugt waren, ist mangels abweichender Anhaltspunkte nicht anzunehmen.

cc) Erteilung einer Geburtsvollmacht durch die GbR vor ihrer Eintragung als Eigentümerin im Grundbuch

Hat die GbR im eigenen Namen einzelnen oder mehreren Gesellschaftern eine Geburtsvollmacht erteilt, bevor sie als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen wurde, und veräußert die GbR nunmehr Grundbesitz, stellt sich die Frage, ob der Gesellschaftsvertrag in Kombination mit der Geburtsvollmacht einen Vertretungsnachweis erbringen kann. Eine kombinierte Anwendung von §§ 899a und 172 BGB scheidet aus, weil die GbR im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung noch nicht im Grundbuch eingetragen war.

Die Literatur vertritt teilweise die Auffassung, dass eine in engem zeitlichen Zusammenhang mit der (notariell beurkundeten) Gründung der GbR errichtete Vollmacht einen grundbuchtauglichen Nachweis dafür erbringen könne, dass die in der Vollmacht individualisierte GbR existierte und bei Erteilung durch die Gesellschafter der GbR wirksam vertreten wurde. § 172 BGB spreche eine Vermutung für den Fortbestand der Vollmacht aus.⁶⁰ Eine strenge Auffassung verlangt, dass die Vollmachten in einer Urkunde mit dem Gesellschaftsvertrag beurkundet werden müssen.⁶¹

Ein grundbuchtauglicher Nachweis für die Erteilung der Vollmacht durch die im Grundbuch eingetragene GbR liegt vor, wenn folgende Nachweiskette besteht:

- Nachweis der GbR-Gründung durch öffentliche Urkunde,
- Nachweis der Vollmachtserteilung durch die gegründete GbR (und nicht eine dritte personengleiche GbR),
- Nachweis der Existenz der GbR und Vertretungsmacht der Gesellschafter im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung und
- Nachweis von Inhalt und Umfang der Vollmachtserteilung.

Dass die GbR im Zeitpunkt der Vollmacht bereits gegründet wurde, kann dem Grundbuchamt durch die Vorlage des Gesellschaftsvertrags in öffentlicher Form nachgewiesen werden. Nicht abschließend geklärt ist, ob der Gesellschaftsvertrag lediglich öffentlich beglaubigt sein muss (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) oder die notarielle Beurkundung (§ 29 Abs. 1 Satz 2 GBO) erforderlich ist. Da es auf die Abgabe der rechtsgeschäftlichen Erklärung zur Gründung der Gesellschaft ankommt, wird man so wie bei einer Vollmacht eine nur unter-

schriftsbeglaubigte Erklärung ausreichen lassen müssen.⁶² Aus Gründen der Beweissicherheit ist die notarielle Beurkundung jedoch dringend zu empfehlen. Sie eröffnet außerdem die Möglichkeit, mehrere Ausfertigungen der notariellen Urkunde zu erteilen. Dies ist insbesondere sinnvoll, wenn die Gesellschafter im Falle einer späteren Übertragung des Anteils gegenüber dem Grundbuchamt einen Nachweis erbringen möchten, dass nach den Regelungen des Gesellschaftsvertrags eine Zustimmung der Mitgesellschafter zur Anteilsabtretung nicht erforderlich ist.⁶³

Meines Erachtens erbringt die Geburtsvollmacht zumindest dann einen tauglichen Nachweis für die Vertretung der GbR, wenn sie in einer öffentlichen Urkunde zusammen mit Errichtung der GbR beurkundet wurde (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO) und sämtliche an der Gründung beteiligte Gesellschafter die Vollmacht erteilen.

Zweifel könnten allenfalls daher rühren, dass die Vollmacht von einer anderen personenidentischen GbR und nicht von der später im Grundbuch eingetragenen GbR erteilt worden sein könnte.⁶⁴ Unproblematisch ist der Nachweis der Identität der GbR, wenn der Gesellschaftsvertrag nebst der Vollmacht in der Erwerbsurkunde enthalten war, die zur Grundbucheintragung geführt hat.⁶⁵ Für einen Nachweis der Vertretungsmacht ist dies jedoch keine Voraussetzung. Denkbar ist der Nachweis der Identität zwischen der die Vollmacht erteilenden GbR und der später im Grundbuch eingetragenen GbR auch, wenn sich die Vollmacht auf die künftige Eintragung einer GbR im Grundbuch eines bestimmten Grundstücks bezieht. Alternativ genügt eine individuelle Bezeichnung über den Namen der GbR, ihr Gründungsdatum oder eine bestimmte Urkundennummer. In diesen Fällen geht aus der Vollmacht hinreichend klar hervor, welche GbR die Vollmacht erteilt hat. Die Möglichkeit, dass eine andere personengleiche GbR den Grundbesitz erworben hat und nicht diejenige, die sich auf den Grundbesitz beziehende Vollmachten erteilt hat, wird man dann nach der Lebenswahrscheinlichkeit außer Betracht lassen können.

Gegenüber dem Grundbuchamt ist der Nachweis zu erbringen, dass die GbR bei der Vollmachtserteilung wirksam durch die Gesellschafter vertreten wurde. Unproblematisch ist der Nachweis der Vertretungsmacht, wenn die Vollmacht in der Gründungsurkunde erteilt wurde. Dass die GbR im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht existierte und von den Gründungsgesellschaftern vertreten wurde, kann meines Erachtens je-

62 Für Beglaubigung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.6.2010, 20 W 195/10, BeckRS 2011, 00348; OLG Hamm, Beschluss vom 12.10.2010, 15 W 306/10, NZM 2011, 527, 528; *Tebben*, NZG 2009, 288, 291; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 300; implizit wohl auch BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, DNotZ 2009, 115 Rdnr. 12; für Beurkundung dagegen *Wagner*, ZIP 2005, 637, 645; für Beurkundung bei der organschaftlichen Vertretung einer Alpengenossenschaft BayObLG, Beschluss vom 17.1.1991, BReg. 2 Z 98/90, BayObLGZ 1991, 24; vgl. auch Gutachten DNotl-Report 2017, 169, 172.

63 Vgl. hierzu BeckOK-GBO/*Reetz*, Stand: 1.5.2018, § 47 Rdnr. 98.

64 In diese Richtung *Suttmann*, NJW 2013, 423, 426; *C. Wagner*, Die „registrierte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 30, 33.

65 Vgl. Gutachten DNotl-Report 2012, 77, 79.

59 *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 669; *Reymann*, EwIR 2011, 77, 78.

60 *Steffek*, ZIP 2009, 1445, 1452, 1455; *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 88.

61 *Hartmann*, RNotZ 2011, 401, 411; *Heinze*, ZNotP 2010, 408, 418; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 130.

doch nicht nur zwingend durch die Erteilung der Vollmacht in derselben Urkunde nachgewiesen werden. Es dürfte auch ein enger zeitlicher Zusammenhang zwischen Gesellschaftsvertragsabschluss und Vollmachtserteilung genügen.⁶⁶ Auch Registerauszüge reichen als Nachweisurkunden aus, wenn sie nicht tagesaktuell, sondern wenige Wochen alt sind (Richtschnur: sechs Wochen).⁶⁷ Dann kann für die Vermutung des Fortbestands des Gesellschaftsvertrags und der Gesellschafterstellung nichts anderes gelten.

Sicherer und besser ist es gleichwohl, die Vollmacht „als Bestandteil der Gründungsurkunde“ zu beurkunden, „etwa als Annex zum Gesellschaftsvertrag“.⁶⁸ Alternativ soll auch ein Tatsachenprotokoll über die Gleichzeitigkeit der Errichtung der Geburtsvollmacht in Betracht kommen.⁶⁹ Es ist darauf zu achten, dass die Vollmacht vom Gesellschaftsvertrag getrennt wird, um den Eindruck zu verhindern, dass es sich bei der Vollmacht um einen Bestandteil des Gesellschaftsvertrags handelt. Denkbar wäre es zum Beispiel, eine Mantelurkunde mit dem Gesellschaftsvertrag (Anlage 1) und der Vollmacht (Anlage 2) zu errichten. Von der Mantelurkunde und den Anlagen können dann jeweils auszugsweise Ausfertigungen erteilt werden.

Die Geburtsvollmacht kann somit einen Nachweis erbringen, wenn sie in der Urkunde des Gesellschaftsvertrags enthalten war oder in zeitlich engem Zusammenhang errichtet wurde und wegen der hinreichenden Individualisierung keine Zweifel an der Identität der gegründeten GbR mit der im Grundbuch eingetragenen GbR bestehen. Auf die Vermutung der aus dem Grundbuch hervorgehenden Gesellschafterstellung nach § 899a BGB kommt es insoweit nicht an, weil der Nachweis der Vertretung der GbR gesichert ist. Es besteht daher auch eine Gewissheit, dass sich die Vollmacht auch auf das schuldrechtliche Rechtsgeschäft erstreckt. Ob nämlich § 899a BGB auch für das schuldrechtliche Kausalgeschäft gilt, ist nicht gesichert. Haben etwa A und B in Vertretung der X-GbR dem Rechtsanwalt R eine Vollmacht erteilt und hat B seinen Gesellschaftsanteil an C abgetreten, kann R die GbR aufgrund der ihm von A und B erteilten Vollmacht weiterhin vertreten.⁷⁰

dd) Erteilung einer Vollmacht nach Eintragung der GbR im Grundbuch

Hat die GbR die Vollmacht erst nach ihrer Grundbucheintragung erteilt, stellt sich die Frage, ob ein Nachweis der wirksamen Vertretung der GbR im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung erbracht werden kann. Nach Auffassung der Rechtspre-

chung⁷¹ bietet ein notariell beurkundeter Gesellschaftsvertrag keine Grundlage für einen Nachweis der organschaftlichen Vertretungsmacht der Gesellschafter der GbR. Es besteht keine Vermutung dafür, dass die Regelungen zur Vertretung der GbR weiterhin gültig sind. Etwas anderes gilt allenfalls dann, wenn zwischen der Beurkundung des Gesellschaftsvertrags und der Vollmachtserteilung ein sehr kurzer Zeitraum liegt (siehe oben).

Erteilen alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter im Namen der GbR eine Vollmacht, fragt sich, ob § 899a Satz 1 BGB auf die Vollmachtserteilung durch die GbR anzuwenden ist und vermutet wird, dass sämtliche Gesellschafter die Gesellschaft im Rahmen der Bevollmächtigung vertreten haben. Relevant wird dies in den Fällen des späteren Anteilswechsels. Haben etwa die im Grundbuch als Gesellschafter eingetragenen A und B dem A eine rechtsgeschäftliche Vollmacht erteilt, fragt sich, ob nach der Eintragung der Anteilsabtretung von B an C der bevollmächtigte A weiterhin seine Vertretungsmacht nachweisen kann, wenn er das Grundstück veräußert.

Es müsste zunächst ausgeschlossen werden, dass eine andere personenidentische GbR die Vollmacht erteilt hat. Dies ist aber durch eine entsprechende Spezifizierung der Vollmacht möglich (siehe oben). Der Nachweis der wirksamen Vertretung der GbR könnte jedoch nur gelingen, wenn man § 899a Satz 1 BGB auf die Erteilung der Vollmacht anwenden könnte.⁷² Hiergegen spricht zunächst, dass § 899a Satz 1 BGB die Vermutung nur „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ entfaltet. Die Vollmacht betrifft das eingetragene Recht aber nicht unmittelbar. Außerdem ist das Grundbuch kein GbR-Ersatzregister, das eine Richtigkeitsvermutung für die Vertretung der GbR im Allgemeinen begründet.⁷³ Ferner könnte man sagen, dass die Eigentümerstellung der GbR durch die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter mediatisiert wird.⁷⁴ Demzufolge könnte bei einer Grundstücksveräußerung der GbR stets deren Vertretung durch die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter erforderlich und eine von den früheren Gesellschaftern erteilte Vollmacht demzufolge unbeachtlich sein.

Eine derartige Interpretation erscheint jedoch als zu restriktiv. Der Mediatisierungsgedanke zwingt nicht zu der Annahme, dass bei der Veräußerung von Grundbesitz immer die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter eine Erklärung abgeben müssten. Die Verfügung über den Grundbesitz trifft die GbR. Wenn vermutet wird, dass die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter die GbR bei der Abgabe von Verfügungserklärungen vertreten können, muss dies auch für eine entsprechende Erteilung einer Vollmacht zur Abgabe von Verfügungserklärungen gelten. Das materielle Recht verlangt keine Mitwirkung der im Grundbuch eingetragenen Gesell-

66 So auch *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 88; *Tebben*, NZG 2009, 288, 292.

67 *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 8. Aufl. 2017, Rdnr. 484.

68 *Hartmann*, RNotZ 2011, 401, 412; *Krauß*, notar 2009, 429, 438.

69 *Heinze*, ZNotP 2010, 408, 418.

70 Dies gilt jedoch nur, wenn man entgegen der Auffassung des OLG München (vgl. oben unter I. 2.) annimmt, dass die GbR die Vollmacht selbst erteilen kann.

71 KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190 = *MittBayNot* 2019, 48 (in diesem Heft); siehe zuvor OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, NZG 2011, 1144; OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 Wx 98/10, ZNotP 2010, 440.

72 Skeptisch *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 446.

73 MünchKomm-BGB/*Kohler*, 7. Aufl. 2017, § 899a Rdnr. 11.

74 BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, DNotZ 2011, 711 – im Anschluss an *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 103.

schafter. Es wäre daher problematisch, wenn das dienende Verfahrensrecht hierüber hinausgehen würde. Der Mediatisierungsgedanke führt nicht zu einer materiellrechtlichen Umqualifizierung der teilrechtsfähigen GbR in eine einfache Gesamthandsgemeinschaft auf verfahrensrechtlicher Ebene.

Außerdem ist zu berücksichtigen, dass sich die Vollmacht auf die Abgabe einer Verfügungserklärung über den Grundbesitz der GbR bezieht. Man kann daher nicht nur die Verfügungserklärung selbst, sondern auch die ihr zugrunde liegende Vollmacht als Rechtsgeschäft „in Ansehung des eingetragenen Rechts“ betrachten. Die dinglichen Erklärungen stützen sich auf die Vollmacht; ohne die Vollmacht hat das dingliche Rechtsgeschäft keine Wirkungen. Insoweit unterscheidet sich die Problemlage deutlich von der Diskussion, ob § 899a BGB auch auf das schuldrechtliche Kausalgeschäft angewendet werden kann.

Würde man Vollmachten zur Auflassung des Grundbesitzes nicht unter § 899a Satz 1 BGB fassen, hätte dies gravierende Konsequenzen: Erteilen die Gesellschafter im Namen der GbR einem Notar Vollmacht zur Bewilligung der Eigentumsumschreibung, ginge diese Vollmacht grundbuchverfahrensrechtlich ins Leere, wenn in der Zwischenzeit auch nur ein neuer Gesellschafter in das Grundbuch eingetragen würde. Das kann nicht richtig sein. Wenn das materielle Recht entsprechende Vollmachten zulässt, kann das Verfahrensrecht sie nicht verbieten.

Problematisch an dieser Lösung könnte jedoch sein, dass die Gesellschafter, die die Vollmacht erteilt haben, im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs nicht mehr im Grundbuch eingetragen sind. Die durch die beglaubigende Buchlage erzeugte Vermutung des § 891 BGB muss grundsätzlich bis zur Grundbucheintragung fortbestehen.⁷⁵ Diese Wertung wird man aber nicht auf die Erteilung der Vollmacht übertragen können. Denn anders als bei Verfügungen ist bei der Bevollmächtigung der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärung (willentliche Entäußerung der Erklärung in den Rechtsverkehr) entscheidend, nicht derjenige der Vollendung des Rechtserwerbs.⁷⁶ Demzufolge wird man nicht verlangen können, dass die Buchlage bis zu einem Zeitpunkt fort dauert, auf den es für die Wirksamkeit des Rechtsgeschäfts nicht ankommt. Maßgeblich sind die Vertretungsverhältnisse im Zeitpunkt der Erteilung der Vollmacht, nicht im Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs. Die im Grundbuch eingetragenen neuen Gesellschafter sind auch nicht schutzlos gestellt, falls sie die Vollmacht zu einem späteren Zeitpunkt widerrufen. Sie müssen dafür sorgen, dass die Ausfertigung der Vollmachtsurkunde aus dem Rechtsverkehr gelangt (vgl. §§ 175 f. BGB).

§ 899a Satz 1 BGB gilt daher auch für die Erteilung einer Vollmacht der im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter, soweit sich diese auf Verfügungserklärungen über den Grundbesitz bezieht. Es wird vermutet, dass die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter die GbR bei der Erteilung einer entsprechenden Vollmacht vertreten können. Die Wirksamkeit

der Vollmacht wird vermutet – und zwar auch dann, wenn sich der im Grundbuch eingetragene Gesellschafterbestand im Zeitpunkt der Vornahme des Rechtsgeschäfts durch den Bevollmächtigten geändert hat. Aus der Vollmacht muss jedoch hervorgehen, dass die Gesellschafter die Vollmacht gerade für die über die Grundbucheintragung spezifizierte GbR erteilen. Der Fortbestand der Vollmacht wird wiederum über § 172 BGB vermutet.

Vertritt man, dass § 899a Satz 1 BGB auch auf schuldrechtliche Rechtsgeschäfte Anwendung findet,⁷⁷ wäre es sogar konsequent, § 899a BGB auch auf die Erteilung einer Vollmacht zum Abschluss eines schuldrechtlichen Rechtsgeschäfts anzuwenden.

b) Nachweise beim Erwerb

Beim Erwerb von Grundeigentum durch die GbR ist zu berücksichtigen, dass nach der Rechtsprechung des BGH erleichterte Anforderungen für den Nachweis der Existenz der GbR und ihres Gesellschafterbestands gelten. Der BGH beruft sich auf die über die Eintragung der Gesellschafter im Grundbuch vermittelte Nachweismediatisierung (§ 47 Abs. 2 GBO).⁷⁸ Der Nachweis der Existenz und wirksamen Vertretung der Gesellschaft ist nach Auffassung des BGH erbracht, wenn die Gesellschafter in der Urkunde erklären, dass sie die Gesellschafter einer zwischen ihnen bestehenden GbR sind.⁷⁹

Lassen sich *einzelne Gesellschafter* beim Erwerb vertreten, bedarf es eines Vertretungsnachweises in grundbuchmäßiger Form. Es genügt eine Vollmacht der *vertretenen Gesellschafter* in grundbuchmäßiger Form, wenn diese beim Abschluss des Rechtsgeschäfts dem Notar in Ausfertigung vorliegt (§ 172 BGB). Der BGH hat ausdrücklich anerkannt, dass die Gesellschafter im eigenen Namen eine entsprechende Vollmacht zur Wahrnehmung ihrer organschaftlichen Vertretungsmacht erteilen können.⁸⁰

Zum anderen dürfte nach den vorstehenden Ausführungen auch ein Nachweis über eine von der GbR selbst erteilte rechtsgeschäftliche Geburtsvollmacht möglich sein. Dies kann allerdings nur gelten, wenn die an der Gesellschaftsgründung beteiligten Personen, welche die Geburtsvollmacht im Namen der GbR erteilt haben, als Gesellschafter ins Grundbuch eingetragen werden. Kommt es nach der Gründung der GbR zu einem Wechsel im Gesellschafterbestand, verliert die von der GbR erteilte Vollmacht zwar materiellrechtlich nicht ihre Wirkung, kann aber nicht den Nachweis bringen, wer als Gesellschafter der GbR in das Grundbuch einzutragen ist. Der Mediatisierungsgedanke verlangt, dass die Mitgliedschaft der im Grundbuch einzutragenden Gesellschafter in öffentlichen Urkunden nachgewiesen ist oder Erklärungen der Gesellschafter im eigenen Namen oder durch einen von ihnen bevollmächtigten Vertreter vorliegen. Wäre dies anders, könnte eine

77 Vgl. zum Ganzen BeckOGK/Hertel, § 899a BGB Rdnr. 75.

78 BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, DNotZ 2011, 711 – im Anschluss an *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 103.

79 BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, DNotZ 2011, 711 Rdnr. 15.

80 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, DNotZ 2011, 361.

75 Vgl. hierzu nur Staudinger/*Gursky*, § 899a Rdnr. 184, 186.

76 Vgl. BayObLG, Urteil vom 12.4.1983, BReg. 2 Z 16/82, DNotZ 1983, 752; OLG Jena, Beschluss vom 11.1.2012, 9 W 526/11, NotBZ 2012, 459.

Person als GbR-Gesellschafter im Grundbuch ohne einen Nachweis ihrer Mitgliedschaft oder ihre rechtsgeschäftliche Beteiligung im Grundbuch eingetragen werden. Dies wäre mit dem Rechtsgedanken von § 47 Abs. 2 Satz 2, § 22 Abs. 2 GBO unvereinbar, wonach eine Person als GbR-Gesellschafter im Wege der Grundbuchberichtigung nur mit ihrer Zustimmung eingetragen werden kann, sofern kein Unrichtigkeitsnachweis in öffentlicher Form erbracht ist. Die Angabe eines Vertreters der GbR über den Gesellschafterbestand kann als Unrichtigkeitsnachweis nicht genügen. Wenn dies für die nachträgliche Berichtigung gilt, kann für den Erwerb nichts anderes angenommen werden.

Die Vorlage einer öffentlich beglaubigten Kette von Abtretungserklärungen dürfte keinen Unrichtigkeitsnachweis erbringen. Eine analoge Anwendung von § 1155 Satz 1 BGB verbietet sich, da der GbR-Anteil nicht in einem Legitimationspapier verkörpert ist. Ein Vertretungsnachweis lässt sich auch nicht dadurch erbringen, dass man auf den Gesellschafterbestand der GbR verweist, wie er sich aus dem Grundbuch eines *anderen* Grundstücks der GbR ergibt. Denn § 899a Satz 1 BGB begründet nur eine Objektpublizität.

Erwirbt ein Dritter einen GbR-Anteil durch Beitritt oder Abtretung, kann der Dritte einem oder mehreren Gesellschaftern im eigenen Namen eine entsprechende Vollmacht in öffentlich beglaubigter Form erteilen, ihn beim Erwerb weiteren Grundbesitzes in seiner Eigenschaft als Gesellschafter zu vertreten. Hat die GbR die Vollmacht im eigenen Namen erteilt, dürfte auch eine Vollmachtsbestätigung genügen, dass er die im Namen der GbR bereits erteilte Vollmacht anerkennt und auch für sich bestätigt. Kommt es also nach der Gründung der Gesellschaft zu einem Wechsel im Gesellschafterbestand und soll die Gesellschaft weiteren Grundbesitz hinzuerwerben, dürften sich regelmäßig besondere Vollmachten der neu hinzutretenden Gesellschafter empfehlen.

Können die Gesellschafter keine Vollmachtsurkunde, sondern nur einen Gesellschaftsvertrag vorlegen, bleibt es bei den grundsätzlichen Nachweisproblemen.⁸¹

c) Notarielle Vollmachtsbescheinigung (§ 21 Abs. 3 BNotO)

Dem Notar ist es unbenommen, auf die Vorlage der Vollmachtsurkunde gegenüber dem Grundbuchamt zu verzichten und nach § 21 Abs. 3 BNotO eine Vollmachtsbescheinigung zu erteilen. Diese reicht als Nachweis im Grundbuchverfahren für das Bestehen der Vertretungsmacht aus (§ 34 GBO). Es genügt, dass der Notar bescheinigt, dass die Vollmacht sämtliche in der Niederschrift abgegebene Erklärungen umfasst.⁸² Allerdings kann der Notar nicht die Vertretungsmacht für die GbR bescheinigen. Nach Auffassung des BGH ist dem Grundbuchamt bei einer Vertretungskette jeder einzelne Schritt

durch eine Bescheinigung in öffentlicher Form nachzuweisen.⁸³ Der Notar kann zwar eine Vollmachtsbescheinigung über die Erteilung der Vollmacht durch die Vertreter der GbR erteilen. Schwierigkeiten bestehen aber bezüglich des Nachweises der organschaftlichen Vertretungsmacht der GbR-Gesellschafter bei der Vollmachtserteilung. Der Notar kann insoweit keine Vertretungsbescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO erteilen, da die GbR in keinem Register eingetragen ist.⁸⁴ Ob der Notar aufgrund der Vorlage des Gesellschaftsvertrags nach § 21 Abs. 3 BNotO analog eine Bescheinigung über die organschaftliche Vertretungsmacht der die Vollmacht erteilenden Gesellschafter erteilen kann, erscheint ungewiss.⁸⁵ Im vorliegenden Zusammenhang ist außerdem zu berücksichtigen, dass gegenüber dem Grundbuchamt der Nachweis der Existenz der GbR im Zeitpunkt der Vollmachtserteilung geführt werden muss. Über eine Vollmachtsbescheinigung dürfte dies nicht möglich sein.

3. Dynamische Vollmachten

Veräußert ein Gesellschafter seinen Gesellschaftsanteil, geht eine ihm von der GbR erteilte Vollmacht nicht auf seinen Rechtsnachfolger über. Die Vollmacht kann auch nicht übertragen werden.⁸⁶

Das Problem könnte man dadurch lösen, dass der ausscheidende Gesellschafter bevollmächtigt wird, einen Untervertreter zu bestellen.⁸⁷ Der Untervertreter müsste für den Fall der weiteren Anteilsveräußerung die Möglichkeit haben, einen weiteren Untervertreter zu bestellen.

Praktikabler und einfacher dürfte es sein, abstrakt einer bestimmten Anzahl von im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern Gesamtvertretungsmacht zu erteilen (zum Beispiel zwei Gesellschaftern).⁸⁸ Durch diese dynamische Vollmacht wird es möglich, auch bei einem späteren Wechsel der GbR-Gesellschafter eine Vertretung durch einige wenige Gesellschafter zu ermöglichen. Durch eine Notarbescheinigung über den Grundbuchstand an einem bestimmten Tag kann man einen grundbuchtauglichen Nachweis über das Bestehen der Vertretungsmacht erbringen.⁸⁹ Erforderlich dürfte eine solche Bescheinigung nicht sein, da das Grundbuchamt auch rückwirkend feststellen kann, welche Gesellschafter an einem bestimmten Tag im Grundbuch eingetragen waren.

Die vereinzelt gegen die Konstruktion einer dynamischen Vertretungsregelung angeführten Bedenken⁹⁰ können nicht über-

81 KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft); siehe zuvor OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, NZG 2011, 1144; OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 Wx 98/10, ZNotP 2010, 440.

82 BeckOK-GBO/Otto, Stand: 1.5.2018, § 34 Rdnr. 13; Gutachten DNotI-Report 2016, 135, 136.

83 BGH, Beschluss vom 22.9.2016, V ZB 177/15, DNotZ 2017, 303 Rdnr. 11.

84 Vgl. Gutachten DNotI-Report 2017, 169, 171 (zur KG in Gründung).

85 Vgl. hierzu eingehend Münchener Vertragshandbuch/Heinze, Band 6 BR II, 7. Aufl. 2016, VIII. 52e Anm. 1a.

86 H. M., vgl. *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 89.

87 *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 89.

88 Hierfür vor allem *Hartmann*, RNotZ 2011, 401, 413; *Krauß*, Immobilienkaufverträge in der Praxis, Rdnr. 417.

89 *Hartmann*, RNotZ 2011, 401, 413.

90 *C. Wagner*, Die „registrierte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 31; andeutungsweise auch *Reymann*, ZNotP 2011, 83, 88.

zeugen.⁹¹ Es spricht nichts dagegen, noch nicht feststehenden, aber aufgrund objektiver Kriterien wie der Eintragung in einem Register bestimmbarer Personen eine Vollmacht zu erteilen. Es ist nicht nachvollziehbar, wenn die Literatur vereinzelt behauptet, es handele sich bei der dynamischen Vollmacht um eine unzulässige Willenserklärung, die ihren Inhalt verändere.⁹² Das ist schon deswegen nicht richtig, weil es nicht um eine, sondern um eine unbestimmte Anzahl von Willenserklärungen geht.⁹³ Man kann auch durch das Aufstellen eines Automaten eine unbestimmte Anzahl von Angeboten ad incertas personas abgeben. Es ist also sehr wohl möglich, durch einen Erklärungstatbestand eine Vielzahl von Willenserklärungen abzugeben. Nur am Rande sei bemerkt, dass dynamische Vollmachten in anderen Bereichen nahezu selbstverständlich und unproblematisch zulässig sind. Prominentestes Beispiel aus unserer Praxis sind die Vollzugsvollmachten an sämtliche Amtsnachfolger des Notars.⁹⁴

Auch grundbuchverfahrensrechtlich dürfte die dynamische Geburtsvollmacht einen tauglichen Vertretungsnachweis erlauben. Es gilt nichts anderes als bei der einer bestimmten einzelnen Person erteilten Vollmacht.⁹⁵ Dass sich die Vertretungsverhältnisse der GbR nach der Erteilung der dynamischen Vollmacht geändert haben können, spielt keine Rolle. Maßgeblich sind die Vertretungsverhältnisse im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung, also der Errichtung der Geburtsvollmacht. Ab diesem Zeitpunkt können sich sowohl der Bevollmächtigte als auch der Rechtsverkehr auf den außerhalb der Urkunde liegenden Umstand der Grundbucheintragung stützen. So wenig wie die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers einer Vollzugsvollmacht im Zeitpunkt der Amtsnachfolge noch bestehen muss, müssen auch die Vertretungsverhältnisse der GbR zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vollmacht durch die Eintragung eines späteren Gesellschafters im Grundbuch fortbestehen.

Die dynamische Vollmacht ist auch keine unzulässige dingliche Vollmacht. Die Vollmacht bezieht sich nicht auf den Inhalt des Eigentums; das Grundbuch dient lediglich als Identifizierungsbehelf zur Bestimmung des Bevollmächtigten. Es ist zwar richtig, dass im Wohnungseigentumsrecht dingliche Vollmachten zur sachenrechtlichen Änderung des Wohnungseigentums nicht anerkannt werden. Die Vollmacht zur Vertretung der GbR ist hiermit aber nicht vergleichbar. Denn hier wird dem Bevollmächtigten nicht die Vollmacht erteilt, den Gesellschaftsvertrag zu ändern, sondern über Gegenstände der Gesellschaft zu verfügen. Entsprechende Ermächtigungen zur Verfügung über das Vermögen des teilrechtsfähigen Verbands

sind auch im Wohnungseigentumsrecht zulässig.⁹⁶ Es handelt sich auch bei ihnen um keine unzulässigen dinglichen Vollmachten.

Eine dynamische Vollmacht, die nur auf die Eintragung von Gesellschaftern im Grundbuch abstellt, bedarf einer Ergänzung. Es sollte sichergestellt sein, dass die Vollmacht auch schon vor der Eintragung der GbR im Grundbuch greift, indem man zusätzlich einer ganz bestimmten Person eine Vollmacht erteilt.⁹⁷

Unklar ist, wie man die dynamische Vollmacht für den Fall sinnvoll gestalten kann, dass die Gesellschaft das für die Bestimmung der Bevollmächtigten in Bezug genommene Grundstück veräußert und dafür ein anderes Grundstück erwirbt. Ein Lösungsansatz könnte darin liegen, dass die Vollmacht auch für die in einem anderen Grundbuchblatt eingetragenen Gesellschafter gilt, sofern einer der zuletzt im bisherigen Grundbuchblatt eingetragenen Gesellschafter ein anderes Grundbuchblatt als Träger für die Ermittlung der Personen des Bevollmächtigten benennt.

4. Formulierungsvorschlag Geburtsvollmacht

Eine Formulierung für eine Geburtsvollmacht in einem beurkundeten Gesellschaftsvertrag könnte wie folgt lauten:⁹⁸

Heute erschienen vor mir (...)

1. A,
2. B,
3. C und
4. D.

Die Beteiligten ersuchten mich um die Beurkundung folgender bei gleichzeitiger Anwesenheit abgegebener Erklärungen. Sie geben die Erklärungen sowohl im eigenen Namen als auch im Namen der in dieser Urkunde errichteten *** GbR ab. Alle Beteiligten erklären, dass sie als Verbraucher und auf eigene Rechnung handeln.

In der Anlage 1 gründen die Beteiligten die vorgenannte Gesellschaft bürgerlichen Rechts; in der Anlage 2 erteilen die Beteiligten rechtsgeschäftliche Vollmachten zur Vertretung der GbR. Die Anlagen wurden verlesen. Sie sind Bestandteil der Niederschrift und ihr beizufügen.

Jeder Beteiligte erhält von den Anlagen dieser Urkunde jeweils eine auszugsweise Ausfertigung. Jeder Beteiligte ist berechtigt, jederzeit weitere auszugsweise Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften dieser Niederschrift zu verlangen.

(Kosten etc.)

91 *Heinze*, DNotZ 2016, 344, 363; *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 130.

92 So aber *C. Wagner*, Die „registrierte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 31.

93 *Heinze*, DNotZ 2016, 344, 363.

94 Hierauf hinweisend *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 130.

95 Vgl. hierzu bereits oben bei Fn. 63.

96 Vgl. zur Beschlusskompetenz der Wohnungseigentümer BGH, Urteil vom 18.3.2016, V ZR 75/15, NJW 2016, 2177 Rdnr. 16: Es liegt keine Maßnahme des sachenrechtlichen Grundverhältnisses vor.

97 *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 130.

98 Vgl. auch *Hauschild/Kallrath/Wachter/Bolkart*, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, § 13 Rdnr. 132; *Formularbuch Recht und Steuern/Hund-von Hagen*, 9. Aufl. 2017, A. 5.32.

Vom Notar vorgelesen samt Anlagen 1 und 2, von den Beteiligten genehmigt und von den Beteiligten und dem Notar eigenhändig unterschrieben wie folgt: (...)

Anlage 2 – Erteilung rechtsgeschäftlicher Vollmacht

Die mit dieser Urkunde gegründete *** GbR (im Folgenden: die GbR) wird den Grundbesitz im Bezirk des AG *** Grundstück FINr. (...) erwerben.

I. Vollmachtserteilung

Die GbR bevollmächtigt hiermit A, B, C und D, sie im Rechtsverkehr zu vertreten. Die GbR bevollmächtigt außerdem jede im Grundbuch des Grundstücks FINr. (...) künftig als Gesellschafter eingetragene Person, sie zu vertreten.

Die Vollmacht ist im Außenverhältnis in der Weise beschränkt, dass jeweils nur zwei Bevollmächtigte gemeinsam für die GbR handeln können.

Die Gesellschafter erteilen diese Vollmacht auch im eigenen Namen zu ihrer Vertretung in ihrer Eigenschaft als Gesellschafter der GbR.

II. Umfang der Vollmacht

Die Vollmacht ermächtigt dazu, die GbR umfassend in allen Angelegenheiten zu vertreten, soweit eine Vertretung gesetzlich zulässig ist (Generalvollmacht), insbesondere Verträge abzuschließen, Erklärungen jeder Art abzugeben und entgegenzunehmen, die Auffassung und Belastung von Grundbesitz zu erklären und Grundbucheintragungen sowie Erklärungen zur Unterwerfung unter die sofortige Zwangsvollstreckung abzugeben. Die organschaftliche Vertretungsmacht der Gesellschafter bleibt unberührt. Es wird klargestellt, dass sich die Vollmacht auch auf weiteres Vermögen und weiteren Grundbesitz erstreckt und zum Erwerb weiteren Grundbesitzes ermächtigt.

Jeder Bevollmächtigte ist von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit und im Außenverhältnis berechtigt, unentgeltliche Verfügungen vorzunehmen. Untervollmacht kann durch jeden Bevollmächtigten erteilt werden. Die Untervollmacht ist vom Bestand der Hauptvollmacht unabhängig.

Die im Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelungen zur Geschäftsführung und Vertretung sowie Vereinbarungen zur Ausübung der Vollmacht wirken nur im Innenverhältnis und haben für die Vollmacht im Außenverhältnis keine Bedeutung.

III. Geltung der Vollmacht im Fall des Erwerbs weiteren Grundbesitzes

Die Vollmacht gilt auch, wenn die GbR weiteren Grundbesitz erwerben sollte. Bevollmächtigt sind nach vorstehender Maßgabe die im Grundbuch des weiteren Grundbesitzes als Gesellschafter eingetragenen Personen. Hierzu ist eine Erklärung von zwei im Grundbuch für das Grundstück mit der derzeitigen FINr. (...) als Gesellschafter eingetragenen Personen in beurkundeter Form darüber erforderlich, dass sich die Person der Bevollmächtigten künftig nach der Grundbucheintragung eines anderen bestimmten Grundbesitzes bestimmt.

Die so Bevollmächtigten sind ihrerseits berechtigt, weiteren Grundbesitz im vorstehenden Sinne zur Identifizierung der Gesellschafter und der Bevollmächtigten zu benennen.

IV. Veränderungen im Kreis der Gesellschafter

Die Vollmacht bleibt von einem Wechsel der Gesellschafter unberührt und gilt auch gegenüber künftig hinzutretenden Gesellschaftern.

– Ende der Anlage –

III. Nachweis organschaftlicher Vertretungsmacht durch Vorlage des Gesellschaftsvertrags?

1. Keine Anwendung des § 172 BGB auf den Gesellschaftsvertrag

Viele GbR-Gesellschaftsverträge weichen vom Prinzip der Gesamtvertretung (§§ 709, 714 BGB) ab und räumen den Gesellschaftern Einzelvertretungsmacht ein. Liegt ein Gesellschaftsvertrag in notariell beurkundeter Form vor, ist es auf den ersten Blick nahe liegend, in ihm ein Instrument zum Nachweis der Vertretungsmacht im Grundbuchverfahren nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO zu sehen.

Nach mittlerweile gefestigter oberlandesgerichtlicher Rechtsprechung kann der beurkundete Gesellschaftsvertrag entgegen einer in der Literatur vertretenen Auffassung⁹⁹ jedoch keinen Nachweis über das Bestehen der Vertretungsmacht erbringen. Die sich aus § 172 BGB ergebende Vermutungswirkung gelte nur für Vollmachten, nicht aber für Gesellschaftsverträge.¹⁰⁰

Die Rechtsprechung stützt dieses Ergebnis auf mehrere Argumente, von denen jedoch nicht alle überzeugen können.

Wenn der Gesellschaftsvertrag einzelnen Gesellschaftern Einzelvertretungsmacht einräumt, handele es sich um keine rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht. Nur die rechtsgeschäftliche Vertretungsmacht falle unter § 172 BGB.¹⁰¹ Dieser Begründungsansatz ist etwas apodiktisch. Denn die Vertretungsmacht ist zwar organschaftlicher Natur, beruht aber auf rechtsgeschäftlichen Erklärungen im Gesellschaftsvertrag und ist insoweit mit der Vollmacht vergleichbar.¹⁰²

Außerdem beruft sich die Rechtsprechung darauf, dass der Gesellschafter jederzeit weitere Ausfertigungen und beglaubigte Abschriften der Urkunde verlangen könne.¹⁰³ Auch diese

99 Lautner, DNotZ 2009, 650, 661; Kiehnle, ZHR 174 (2010), 209, 225 f.; zweifelnd Heinze, DNotZ 2016, 344, 360.

100 KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft); siehe zuvor OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, NZG 2011, 1144; OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 Wx 98/10, ZNotP 2010, 440; zustimmend etwa Zimmer, NZM 2009, 187, 189; Reymann, ZNotP 2011, 84, 90 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, Rdnr. 4265; Gutachten DNotI-Report 2012, 77, 80.

101 KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190, 1191 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft).

102 Heinze, DNotZ 2016, 344, 360.

103 KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190, 1191 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft).

Begründung ist kritikwürdig. § 172 BGB verlangt vom Vollmachtgeber, dass er dem Vertreter weitere Vollmachtsurkunden abnimmt, wenn er die Vollmacht widerruft. Will sich die Gesellschaft davor schützen, dass weitere Ausfertigungen erteilt werden, müssen die Beteiligten eine einschränkende Weisung in der Urkunde treffen. Wäre das Argument der Rechtsprechung richtig, könnte etwa eine widerrufliche Finanzierungsvollmacht keinen tauglichen Vollmachtsnachweis erbringen, weil der bevollmächtigte Käufer nach § 51 BeurkG jederzeit weitere Ausfertigungen verlangen kann.

Gewicht gewinnt die Argumentation der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung hingegen, wenn sie hervorhebt, dass der Gesellschaftsvertrag nicht mit einer Vollmachtsurkunde vergleichbar sei. Der Bevollmächtigte habe die Urkunde nach dem Widerruf zurückzugeben (§ 175 BGB). Außerdem könne die Vollmachtsurkunde für kraftlos erklärt werden (§ 176 Abs. 1 BGB).¹⁰⁴ Es ist in der Tat zweifelhaft, ob man die Urkunde eines Gesellschaftsvertrags ohne Weiteres wie eine Vollmachtsurkunde für kraftlos erklären kann. Außerdem weist die Rechtsprechung zutreffend darauf hin, dass der Gesellschaftsvertrag geändert worden sein könnte und keine Pflicht für den Gesellschafter bestehe, den Gesellschaftsvertrag nach einer möglichen Änderung herauszugeben.¹⁰⁵

Schlagend dürfte im Ergebnis das Argument sein, dass der Gesellschaftsvertrag im Gegensatz zu einer Vollmachtsurkunde nicht darauf gerichtet ist, im Rechtsverkehr einen Vertretungsnachweis zu erbringen.¹⁰⁶ Er ist kein Legitimationsinstrument im Verhältnis zu Dritten.

Keine Rückschlüsse erlaubt demgegenüber die Rechtsprechung des BGH, die § 174 BGB auf den Gesellschaftsvertrag entsprechend anwendet.¹⁰⁷ Nach § 174 BGB kann die von einem alleinvertretungsberechtigten Gesellschafter abgegebene einseitige Erklärung vom Empfänger zurückgewiesen werden, wenn ihm weder durch eine Vollmacht noch durch einen Gesellschaftsvertrag die Einzelvertretungsmacht des Gesellschafters nachgewiesen wird. Bei § 174 BGB geht es jedoch nur um eine einseitige Zurückweisungsmöglichkeit einer Willenserklärung durch den Vertragspartner, nicht aber um den positiven Rechtsschein einer wirksamen Bevollmächtigung.¹⁰⁸ Was im Rahmen von § 174 BGB richtig ist, muss nicht in gleicher Weise für § 172 BGB gelten.

Trotz der Kritik an einzelnen Begründungsansätzen wird man der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung im Ergebnis folgen können. Der Gesellschaftsvertrag erbringt keinen tauglichen Nachweis über die Vertretungsmacht der Gesellschafter.

¹⁰⁴ KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190, 1191 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft).

¹⁰⁵ KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326/17, NZG 2017, 1190, 1191 = MittBayNot 2019, 48 (in diesem Heft); so auch OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, NZG 2011, 1144.

¹⁰⁶ *Reymann*, ZNotP 2011, 84, 90; Gutachten DNotI-Report 2012, 77, 80.

¹⁰⁷ BGH, Urteil vom 9.11.2001, LwZR 4/01, DNotZ 2002, 533.

¹⁰⁸ Vgl. *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209, 224; *C. Wagner*, Die „registrierte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 36.

Eine Ausnahme ist nach vielfach vertretener und überzeugender Auffassung zu machen, wenn zwischen dem Datum des Gesellschaftsvertrags und dem Gebrauchmachen von der Vollmacht nur ein kurzer Zeitraum liegt. Wenn man kürzlich erteilten Registerbescheinigungen eine entsprechende Vermutungswirkung beimisst, kann für den Gesellschaftsvertrag als originäres Beweismittel nichts anderes gelten.¹⁰⁹ Hiergegen ließe sich anführen, dass der Gesellschaftsvertrag anders als ein Registerauszug keinen Vertretungsnachweis erbringen soll und nicht für den Außenrechtsverkehr bestimmt ist. Allerdings kann das Grundbuchamt so wie bei einem nicht tagesaktuellen Registerauszug, der seinerseits nicht unter § 172 BGB oder § 15 Abs. 1 HGB fällt, annehmen, dass die in der Urkunde enthaltenen Erklärungen abgegeben wurden und weiterhin maßgeblich sind. Es ist daher anzunehmen, dass für eine Übergangszeit (vorgeschlagen werden regelmäßig sechs Wochen) der Gesellschaftsvertrag einen Vertretungsnachweis erbringt, sofern er zumindest öffentlich beglaubigt wurde.¹¹⁰

2. Ausnahme bei Vertretungsbescheinigung durch die GbR

Fraglich ist, ob die Gesellschaft dem Gesellschafter nicht eine Vertretungsurkunde über seine organschaftliche Vertretungsmacht erteilen kann. Richtigerweise wird man § 172 BGB auf ein Legitimationsdokument analog anwenden können, das die organschaftliche Vertretungsmacht eines Gesellschafters bescheinigt.¹¹¹ Dies gilt auch für eine zusammen mit dem Gesellschaftsvertrag ausgestellte Vertretungsbescheinigung.¹¹² Dient das von der Gesellschaft ausgestellte Dokument gerade dazu, die Vertretungsmacht des Gesellschafters nachzuweisen, setzt die Gesellschaft im Rechtsverkehr einen Rechtsschein einer bestehenden Vertretungsmacht. Das Argument, dass der Gesellschaftsvertrag kein für den Rechtsverkehr bestimmtes Legitimationsdokument ist, verfährt nicht. Die Vertretungsbescheinigung hat ausschließlich die Funktion, Nachweisinstrument im Rechtsverkehr zu sein.

§ 172 Abs. 1 BGB stellt der besonderen Mitteilung der Bevollmächtigung die Aushändigung einer Vollmachtsurkunde gleich. Für den Rechtsverkehr kann es keinen Unterschied machen, ob sich die Mitteilung auf eine rechtsgeschäftliche Vollmacht oder auf eine organschaftliche Vertretungsmacht bezieht. Die Gleichstellung zwischen rechtsgeschäftlicher und organ-

¹⁰⁹ *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 301 ff.; *Reymann*, ZNotP 2011, 84, 91; Gutachten DNotI-Report 2012, 77, 81.

¹¹⁰ Für Beglaubigung nach § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO OLG Frankfurt, Beschluss vom 17.6.2010, 20 W 195/10, BeckRS 2011, 00348; OLG Hamm, Beschluss vom 12.10.2010, 15 W 306/10, NZM 2011, 527, 528; *Tebben*, NZG 2009, 288, 291; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 300; implizit wohl auch BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, DNotZ 2009, 115 Rdnr. 12; für Beurkundung dagegen *Wagner*, ZIP 2005, 637, 645; für die organschaftliche Vertretung einer Alpengenossenschaft BayObLG, Beschluss vom 17.1.1991, BReg. 2 Z 98/90, BayObLGZ 1991, 24; vgl. auch Gutachten DNotI-Report 2017, 169, 172.

¹¹¹ So auch *C. Wagner*, Die „registrierte“ Gesellschaft bürgerlichen Rechts, S. 40; *Hartmann*, RNotZ 2011, 401, 410; *Kiehnle*, ZHR 174 (2010), 209, 224; MünchKomm-BGB/Schubert, § 172 Rdnr. 9.

¹¹² MünchKomm-BGB/Schubert, § 172 Rdnr. 9.

schaftlicher Vertretungsmacht ist gerechtfertigt, wenn sich die organschaftliche Vertretungsmacht keinem Register entnehmen lässt.¹¹³ Vor diesem Hintergrund ist zum Beispiel anerkannt, dass § 172 BGB auf eine behördliche Bescheinigung zur Vertretung einer Stiftung entsprechend anzuwenden ist.¹¹⁴ Für die GbR besteht eine entsprechende Regelungslücke.

Es ist daher möglich, dass die GbR in einer Anlage des Gesellschaftsvertrags den Gesellschaftern eine entsprechende Vertretungsbescheinigung erteilt. Diese fällt unter § 172 BGB.

Die Vertretungsbescheinigung muss von den vertretungsberechtigten Gesellschaftern der GbR ausgestellt werden, damit sie eine Rechtsscheinwirkung gegen die GbR entfalten kann. Ein Nachweis lässt sich erbringen, wenn die Gründungsgesellschafter in die Anlage der Gründungsurkunde eine entsprechende Vertretungsbescheinigung aufnehmen. Dass es sich bei der GbR um die später im Grundbuch eingetragene GbR handelt, lässt sich über eine individualisierte Bezeichnung der Gesellschaft oder ihrer Gesellschafter sicherstellen.

Schwierigkeiten ergeben sich allerdings, wenn es später zu einem Gesellschafterwechsel kommt und eine neue Vertretungsbescheinigung zu erstellen ist. Ob § 899a BGB auch für die Erteilung einer Vertretungsbescheinigung angewendet werden kann, ist unsicher, wohl aber tendenziell zu bejahen. § 899a Satz 1 BGB greift aber wiederum nur ein, wenn alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter die Vertretungsbescheinigung erteilen. Das ist bei größeren Gesellschaften kaum praktikabel.

Man könnte allenfalls erwägen, dass die Gesellschaft eine dynamische Vertretungsbescheinigung für die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter ausstellt. Eine solche Bescheinigung könnte aber nur Sinn ergeben, wenn der Gesellschaftsvertrag den im Grundbuch eingetragenen Personen eine organschaftliche Vertretungsmacht unabhängig von ihrer Gesellschafterstellung einräumen würde. Dies wäre aber im Hinblick auf den Grundsatz der Selbstorganschaft problematisch.¹¹⁵

Die dynamische rechtsgeschäftliche Geburtsvollmacht erweist sich daher im Ergebnis wohl als die bessere Gestaltungsvariante.

IV. Fazit

1. Die GbR kann einem Dritten oder auch einem Gesellschafter eine rechtsgeschäftliche Generalvollmacht erteilen. Die GbR wird bei der Erteilung der Vollmacht von ihren Gesellschaftern vertreten. Die Auffassung des OLG München, dass nur die Gesellschafter selbst eine Vollmacht erteilen könnten, beruht auf einem falschen Verständnis der BGH-Rechtsprechung und steht in Widerspruch zur Teilrechtsfähigkeit der GbR. Insbesondere führt die Insolvenz eines Gesellschafters nicht zum Erlöschen der von der GbR erteilten Vollmacht.

2. Wie der BGH in seiner Entscheidung vom 20.1.2011 herausgearbeitet hat, können auch die GbR-Gesellschafter im eigenen Namen eine Vollmacht zur Wahrnehmung ihrer Gesellschafterrechte und damit auch zur Vertretung der GbR erteilen. Der Bevollmächtigte wird dann als Vertreter des Vertreters tätig. Die Wirkungen der von ihm abgegebenen Erklärungen werden durch den Gesellschafter hindurch auf die GbR geleitet.
3. Für die notarielle Praxis folgt daraus, dass auch Vorsorgebevollmächtigte des Gesellschafters diesen im Umfang der erteilten Vorsorgevollmacht bei der Vertretung der GbR vertreten können.
4. In der Praxis sind sog. Geburtsvollmachten verbreitet: Anlässlich der Gründung erteilt die GbR einem oder mehreren Gesellschaftern eine Vollmacht. Solche Vollmachten sind zulässig. Möglich sind sogar dynamische Vollmachten, die einem oder mehreren im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern eine Vollmacht unabhängig von der Richtigkeit der Eintragung einräumen.
5. Der Nachweis der Vollmacht lässt sich im Grundbuchverfahren erbringen, wenn die Vollmacht in derselben Urkunde wie der öffentlich beglaubigte (besser: notariell beurkundete) Gesellschaftsvertrag erteilt wird und an der Identität zwischen der die Vollmacht erteilenden und der später im Grundbuch eingetragenen GbR keine Zweifel bestehen.
6. Nach hier vertretener Auffassung findet § 899a BGB auf die Erteilung einer Vollmacht Anwendung, auch wenn sich der Gesellschafterbestand im Zeitpunkt des Gebrauchs der Vollmacht verändert hat. Daher ist auch die nachträgliche Erteilung einer Vollmacht durch die GbR denkbar.
7. Beim Grundstückserwerb muss eine Vollmacht der GbR vorliegen, die von allen im Grundbuch einzutragenden Gesellschaftern erteilt wurde. Alternativ genügt eine einzelne Vollmacht aller im Grundbuch einzutragenden Gesellschafter.
8. Nach Auffassung der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung lässt sich der Nachweis der organschaftlichen Vertretungsmacht der Gesellschafter nicht durch die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags führen. Dem ist zuzustimmen. Allerdings muss die Möglichkeit bestehen, dass die GbR in der Gründungsurkunde den Gesellschaftern eine Vertretungsbescheinigung in öffentlicher Form erteilt. Auf diese Vertretungsbescheinigung ist § 172 BGB analog anzuwenden. Allerdings ergeben sich Schwierigkeiten, wenn es später zu einem Gesellschafterwechsel kommt. Die dynamische rechtsgeschäftliche Vollmacht dürfte daher in der Gestaltungspraxis den Vorzug verdienen.

¹¹³ Bei einem Rechtsträger mit Registerpublizität kommt eine analoge Anwendung nicht in Betracht, vgl. MünchKomm-BGB/Schubert, § 172 Rdnr. 7.

¹¹⁴ MünchKomm-BGB/Schubert, § 172 Rdnr. 8.

¹¹⁵ Vgl. allg. hierzu MünchKomm-BGB/Schäfer, § 709 Rdnr. 5.

BUCHBESPRECHUNGEN

Ralf Ek:

Praxisleitfaden für die Hauptversammlung

3. Aufl., C. H. Beck, 2017. 211 S., 53 €

Von Notar Dr. **Martin T. Schwab**, München

Das nunmehr in dritter Auflage erschienene Werk stellt einen Grundriss für die Vorbereitung und Durchführung einer Hauptversammlung dar. Es setzt sich zum Ziel, alle relevanten Fragen zur Einberufung und Durchführung einer Hauptversammlung darzustellen. Zielgruppe sind neben Vorständen, Aufsichtsräten, Rechtsberatern und Aktionären auch Notare. Die dritte Auflage bringt die Darstellung nun auf den Rechtsstand Mitte 2017 und berücksichtigt die Aktienrechtsnovelle 2016, die aktuellen Änderungen im Corporate Governance Kodex sowie die jüngere Rechtsprechung insbesondere zu den Formalia bei der Einberufung und Durchführung von Hauptversammlungen, zum Fragerecht von Aktionären, zum Rechtsmissbrauch sowie zum Freigabeverfahren.

Inhaltlich orientiert sich die Darstellung am zeitlichen Verlauf einer Hauptversammlung, die mit einer knappen Einführung zu deren Rahmenbedingungen samt einer lesenswerten Darstellung der unterschiedlichen Interessenlagen der Aktionäre, etwa zum „naturaldividendenzentrierten Aktionär“ beginnt.¹ In der Folge wird detailliert die Vorbereitung und Durchführung der Hauptversammlung referiert und schließlich ein etwaiges „Nachspiel“ in Form gerichtlicher Verfahren dargestellt. Abgerundet wird das Buch durch die Darstellung praxisrelevanter Einzelbeschlüsse und einen umfangreichen Formularteil, der knapp ein Viertel des Werks ausmacht.

Insbesondere Letzterer ist für eine nicht börsennotierte Aktiengesellschaft ohne eigenen Hauptversammlungsrechtsberater sehr zu empfehlen. So finden sich hier etwa ein ausführlicher Terminplan zur Vorbereitung und Durchführung, detaillierte Ladungstexte, Leitfäden, auch zu Sondersituationen in der Hauptversammlung, und sonstigen Dokumente, die bei der Durchführung behilflich sein können. Hier wäre allenfalls eine individuelle Erläuterung der einzelnen Muster und Formulare, ggf. auch durch Verweisung auf die entsprechenden Erläuterungen in den anderen Teilen des Buchs, wünschenswert.

Im Rahmen der Neuauflage wurde die aktuelle Rechtsprechung berücksichtigt, so etwa auch das jüngere Urteil des BGH zur Aufteilung des Hauptversammlungsprotokolls in einen vom Notar beurkundeten Teil für Grundlagenbeschlüsse und eine einfache Niederschrift des Versammlungsleiters für den

übrigen Teil der Hauptversammlung.² Hier vermisst man konkrete Empfehlungen für den protokollführenden Notar bzw. Aufsichtsratsvorsitzenden, wie sich inhaltlich die beiden Protokolle zueinander verhalten, was mutmaßlich bereits bald die Gerichte beschäftigen wird.³ Übersehen wurde leider die Kostenrechtsreform, sodass bei den Kosten für die notarielle Niederschrift noch die bis 2013 gültige Rechtslage zu § 47 KostO dargestellt wird und Hinweise fehlen auf den neuen Kostentatbestand in § 120 GNotKG für die notarielle Beratung bei der Vorbereitung und Durchführung einer Hauptversammlung. Detailliert dargestellt wird die aktuelle Rechtslage zum häufig streitigen Thema einer Abwahl des Versammlungsleiters,⁴ sodass man das Buch auch gut ad hoc in der Versammlung zu Rate ziehen kann. Vermisst habe ich hingegen Ausführungen zu den Auswirkungen der DSGVO auf die Hauptversammlungspraxis. Gerade bei größeren Versammlungen ist hier mit Rückfragen der Aktionäre zu rechnen. Die Verwaltung ist daher gut beraten, ein Informationsblatt zur Erhebung und Verarbeitung der Daten bereit zu halten. Nicht mehr berücksichtigt werden konnte die Änderung der Rechtsprechung durch den BGH zur nachträglichen Berichtigung von Hauptversammlungsprotokollen durch den Notar.⁵ Insgesamt sind nur wenige spezifische notarielle Aspekte enthalten; so wird beispielsweise die notarielle Niederschrift lediglich auf knapp vier Seiten dargestellt. Bei Zweifelsfragen wird man daher auf weiterführende Literatur zurückgreifen.

Dies trübt den Eindruck jedoch nur unwesentlich. Insgesamt ist das Werk für den Einstieg in die Vorbereitung einer Hauptversammlung sehr zu empfehlen. Angesichts auch des günstigen Preises ist es jeder jungen Aktiengesellschaft und deren Versammlungsleiter als „Erstausstattung“ ans Herz zu legen. Auch für den aktienrechtlich interessierten Notar empfiehlt sich die Anschaffung der aktualisierten Neuauflage.

¹ Ergänzen könnte man hier vielleicht noch die Rolle insbesondere angelsächsischer Stimmrechtsberater; hierzu etwa *Schockenhoff*, NZG 2015, 657.

² Siehe BGH, Urteil vom 19.5.2015, II ZR 176/14, MittBayNot 2016, 252 m. Anm. *Weiler*.

³ Siehe nur MünchKomm-AktG/*Kubis*, 4. Aufl. 2018, § 130 Rdnr. 30.

⁴ Siehe hierzu zuletzt *Wicke*, NZG 2018, 161.

⁵ BGH, Urteil vom 10.10.2017, II ZR 375/15, DNotZ 2018, 382; hierzu *Heckschen/Kreußlein*, NZG 2018, 401; *Lubberich*, DNotZ 2018, 324.

Felix Herzog/Olaf Ahtelik (Hrsg.):

Geldwäschegesetz (GwG)

3. Aufl., Beck, 2018. 986 S., 169 €

Von Notarassessor **David Sommer**, München

Nach Inkrafttreten des novellierten Gesetzes über das Aufspüren von Gewinnen aus schweren Straftaten (Geldwäschegesetz – GwG) am 26.6.2017 ist nunmehr am 22.5.2018 der aktualisierte Kommentar von *Herzog* erschienen, dessen Voraufgabe als Standardwerk bezeichnet werden kann. Die umfangreiche gesetzgeberische Neugestaltung des GwG hat dabei eine entsprechend ausführliche Neubearbeitung der Kommentierung erforderlich gemacht. Bei der Neufassung des *Herzog* sind neue Autoren einbezogen worden, unter anderem Dr. *Julia Figura*, Senatsrätin in Bremen, und Dr. *Steffen Barreto da Rosa*, Kriminaloberrat beim Bayerischen Landeskriminalamt.

Für Notare ergeben sich mit dem Inkrafttreten des neuen Geldwäschegesetzes einerseits im Hinblick auf Identifizierungspflichten wenige Neuerungen, andererseits vor allem im Hinblick auf das Risikomanagement in Abschnitt 2 des GwG zusätzliche Pflichten im Vergleich zur früheren Rechtslage. Aus der Sicht einzelner Verpflichteter nach § 2 Abs. 1 GwG bleibt der bisherige Nachteil der Gesetzessystematik erhalten, dass das GwG allgemein für alle Verpflichteten gilt. In der Konsequenz erscheinen die Normen des GwG für die konkreten praktischen Herausforderungen der wenig homogenen Gruppen von Verpflichteten (von Banken und anderen Finanzdienstleistern über Freiberufler und Dienstleister bis zu Lotterien) und erst recht für den einzelnen Verpflichteten in seiner konkreten Situation in der Regel nicht adäquat. Diese Problematik wird erheblich dadurch verschärft, dass der Bundesgesetzgeber die vierte EU-Geldwäscherichtlinie¹ häufig wortlautgetreu umsetzt, obwohl diese die unterschiedliche Ausgestaltung der Tätigkeiten der verschiedenen Gruppen von Verpflichteten in den einzelnen Mitgliedstaaten der EU verallgemeinernd regeln muss und als Richtlinie gemäß Art. 288 UAbs. 3 AEUV nur hinsichtlich der verfolgten Ziele verbindlich ist, nicht aber im Wortlaut. Sowohl der EU-Richtliniengeber als auch der Bundesgesetzgeber behelfen sich damit, dass die Maßnahmen zur Umsetzung der Pflichten nach dem Geldwäschegesetz „risikoangemessen“ sein müssen. Damit wird den Verpflichteten ein Spielraum eröffnet, der es ihnen ermöglicht, Maßnahmen den konkreten Erfordernissen der eigenen Tätigkeit anzupassen; gleichzeitig erschwert es dieses gesetzgeberische Vorgehen aber, das „richtige“ Verhalten in konkreten Einzelfällen zu bestimmen. Die Bundesnotarkammer hat in ihren im Mai 2018 verbreiteten Anwendungsempfehlungen

versucht, die Normen des GwG für Notarinnen und Notare praktisch handhabbar auszulegen und Auslegungsfragen in Bezug auf die notarielle Praxis zu klären.² Die Autoren im *Herzog* verstehen es, für Praktiker prägnante, konkrete Hinweise zu geben und gleichzeitig ein besonders allgemein und vage gefasstes Gesetz zu kommentieren. Gegenstand dieser Buchbesprechung sollen dabei die Kommentierungen der notarrelevanten Themen im Bereich des GwG sein.

In der Einleitung fällt auf, dass der konkrete Bezug zur deutschen notariellen Praxis fehlt, wenn die Einbeziehung der Notare in den Kreis der Verpflichteten nach dem GwG ausschließlich damit begründet wird, dass Notare „fingierte Verträge über tatsächlich nicht existierende (Grundstücks-)Transaktionen beurkunden, die dann als Grundlage für eine Geldverschiebung erhalten können“.³ Notare dürfen an Scheingeschäften nicht mitwirken, sodass berufsrechtlich sichergestellt ist, dass in Deutschland nur Grundstückskaufverträge beurkundet werden, die auch vollzogen werden, wenn es nicht aus anderen Gründen (insbesondere Mängel oder unzureichende Kaufpreisfinanzierung) zur Rückabwicklung kommt. Verträge über nicht existente Grundstücke sind in Deutschland wie auch in anderen Ländern mit funktionierendem Grundbuch- und Katasterwesen insbesondere seit Online-Abrufbarkeit der Grundbuchauszüge fern liegend.

Von Praxisnähe zeugt dagegen die Kommentierung von § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG – der Vorschrift zur Bestimmung der Notare als Verpflichtete im Sinne des GwG. Als aus notarieller Sicht im Sinne des GwG relevante Tätigkeiten werden dabei insbesondere die Entgegennahme von Geld auf Anderkonten, die Gründung von Dachgesellschaften, die Beteiligung von Mittelsmännern und der Erwerb von Immobilien geschildert.⁴ Richtigerweise wird zugleich festgehalten, dass aufgrund des Verbots zur Annahme von Bargeld auf Notaranderkonten durch § 57 Abs. 1 BeurkG sowie das Erfordernis eines berechtigten Sicherungsinteresses gemäß § 57 Abs. 3 BeurkG durch das notarielle Berufsrecht bereits wirksam Geldwäsche verhindert wird.⁵ Für anwendbar hält *Figura* mit den früheren Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer das GwG nicht nur bei der Beurkundung, sondern auch bei notarieller Beratung und Belehrung, nicht allerdings im Rahmen von Unterschriftsbeglaubigungen ohne Beratung und Belehrung des Mandanten.⁶ Vollmachten seien nur erfasst, wenn sie Geschäfte im Anwendungsbereich des GwG unmittelbar be-

1 Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20.5.2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung, zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 648/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates und zur Aufhebung der Richtlinie 2005/60/EG des Europäischen Parlaments und des Rates und der Richtlinie 2006/70/EG der Kommission (ABl. L 141 vom 5.6.2015, S. 73).

2 Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zum GwG.

3 *Herzog/Herzog/Ahtelik*, GwG, 3. Aufl. 2018, Einl. Rdnr. 22.

4 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 144.

5 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 147.

6 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 148, 150.

träfen, nicht aber allgemein erteilt seien und solche Geschäfte nur ermöglichen.⁷ Ausgenommen vom Anwendungsbereich des GwG seien Schenkungen, auf Begründung, Änderung oder Löschung eines Rechts an einem Grundstück gerichtete Vorgänge, familienrechtliche Angelegenheiten und Testamente und Erbverträge.⁸ Demgegenüber soll der Anwendungsbereich eröffnet sein, wenn Testamente und Erbverträge selbst die Durchführung von Finanz- oder Immobilientransaktionen im Namen und auf Rechnung des Mandanten erfordern können;⁹ wann dies der Fall sein soll, bleibt unklar. Richtig ist, Nachlassauseinandersetzungen mit Immobilien nicht einzuschließen, weil der Wortlaut des § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nicht eröffnet ist. Zutreffend wird ferner die „Begründung einer Geschäftsbeziehung“ im Sinne des GwG im Zusammenhang mit notariellen Amtstätigkeiten auch bei einem auf ein einzelnes Amtsgeschäft beschränkten Tätigwerden des Notars angenommen, da anderenfalls die Pflichten des GwG für Notare regelmäßig nicht greifen würden.¹⁰

Zu undifferenziert ist die Feststellung von *Herzog* bei den Dokumentationspflichten gemäß § 8 GwG, dass die Aufzeichnungen im Rahmen der Dokumentationspflichten insgesamt der Beschlagnahme unterliegen,¹¹ da das gemäß § 203 StGB strafbewehrte und verfassungsrechtlich gebotene Berufsgeheimnis neben dem strafprozessualen Beschlagnahmeverbot gemäß § 97 Abs. 1, § 53 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 StPO über diverse spezialgesetzliche Normen des GwG besonders geschützt wird, indem ein Auskunftsverweigerungsrecht kodifiziert wird (vgl. § 6 Abs. 6, § 30 Abs. 3 Satz 2, § 52 Abs. 5 GwG), solange der Verpflichtete nicht weiß, dass sein Mandant seine Rechtsberatung für Zwecke der Geldwäsche oder der Terrorismusfinanzierung in Anspruch genommen hat oder nimmt.

Besonders gewichtig für Notare ist das Spannungsfeld der notariellen Berufspflichten (namentlich Amtsgewährung und Verschwiegenheit) einerseits und der Pflichten nach dem GwG andererseits. *Figura* stellt fest, dass der in diesem Zusammenhang vom Gesetz verwendete Begriff der „Rechtsberatung“ in einem umfassenden Sinne zu verstehen sein dürfte, bei Notaren also die gesamte Amtstätigkeit nach §§ 20-24 BNotO erfasst ist.¹² Missverständlich ist die Formulierung von *Barreto da Rosa*, dass die Befreiung von der Meldepflicht für die Verpflichteten nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nur gelten solle, wenn der Anwendungsbereich des GwG eröffnet sei.¹³ Fraglich ist, ob außerhalb des eröffneten Anwendungsbereichs des GwG für diese Verpflichtete überhaupt eine Meldepflicht bestehen kann. Jedenfalls muss die Befreiung von der Meldepflicht erst recht gelten, wenn den Verpflichteten außerhalb des Anwendungsbereichs des GwG ein Geldwäscheverdacht entsteht, der sich nicht zu einer Kenntnis im Sinne des § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG erhärten lässt. Im Vergleich zu § 11 Abs. 3 GwG a. F. und dem Regierungsentwurf (Befreiung von der Melde-

pflcht bei Informationserlangung „bei Rechtsberatung oder Prozessvertretung“) wurde der Wortlaut des § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG („Mandatsverhältnis“) verändert. Zwar wurde auch der frühere § 11 Abs. 3 GwG a. F. weit ausgelegt als außergerichtliche Rechts- und auch Steuerberatung und Vermeiden von Prozessen. Nichtsdestotrotz ist im Laufe des Gesetzgebungsverfahrens im Wortlaut der neuen Norm verallgemeinert worden, dass die Informationserlangung im der Schweigepflicht unterliegenden „Mandatsverhältnis“ von der Meldepflicht ausgenommen ist. Hierzu stellt *Barreto da Rosa* klar, dass mit dieser redaktionellen Überarbeitung die Reichweite der Befreiung von der Meldepflicht betont werden sollte.¹⁴ Das Fortbestehen der Meldepflicht bei Kenntnis der Inanspruchnahme des Mandatsverhältnisses für Zwecke auch einer anderen Straftat gemäß § 43 Abs. 2 Satz 2 Fall 3 GwG wird mit ausführlicher Begründung als redaktionelles Versehen eingeordnet.¹⁵ Wer gleichwohl in einer solchen Situation meldet, dürfte sich auf einen Erlaubnisirrtum berufen können. *Barreto da Rosa* stellt weiter fest, dass es sich für die in § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG genannten Verpflichteten letztendlich nicht um eine Verdachtsmeldung, sondern um eine *Gewissheitsmeldung* handelt.¹⁶ Da die bloße Verdachtsmeldung strafbewehrt wäre und der Mandant nicht positiv mitteilt, dass er ein Geschäft für Zwecke der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung abschließen möchte, wird eine Meldung nach § 43 Abs. 2 Satz 2 GwG Seltenheitscharakter behalten.

Abgesehen von den notarrelevanten Kommentierungen ist insbesondere die Lektüre der Einleitung empfehlenswert, die zur Geschichte und zum Phänomen der Geldwäsche und Terrorismusbekämpfung ausführt. Die tatsächliche Bekämpfung der Geldwäsche begann in den USA mit dem Kampf gegen (organisierte) Drogenkriminalität. Der Geldwäschebekämpfung schlossen sich andere Länder, teilweise durch Einrichtung supranationaler Organisationen wie der Financial Action Task Force (FATF), und relativ schnell Bankenverbände an. Auf Indikatoren für einen Geldwäscheverdacht und Studien zum Phänomen der Geldwäsche wird bei den jeweiligen Normen im Kontext zur Erläuterung der Regelungshintergründe zurückgegriffen. Aufschlussreich sind auch die Ausblicke auf den Kommissionsentwurf der 5. EU-Geldwäscherichtlinie mit geplanter Absenkung der Schwelle der wirtschaftlichen Berechtigung auf 10 % der Kapital- oder Stimmanteile und zwingenden Vorschriften für den Umgang mit Hochrisikoländern, die sich jedoch teilweise durch die nunmehr verabschiedete 5. Geldwäscherichtlinie (Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2015/849 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung und zur Änderung der Richtlinien 2009/138/EG und 2013/36/EU) überholt haben.

Wer sich vertiefter mit Fragen zum neuen GwG und den Hintergründen der Geldwäschebekämpfung auseinandersetzen möchte, findet im neuen *Herzog* interessante und prägnant dargestellte Erläuterungen. Wer erwartet, für Einzelfallfragen aus der eigenen Praxis anhand der Kommentierungen einen

7 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 149.

8 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 150.

9 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 150.

10 *Herzog/Figura*, GwG, § 2 Rdnr. 151.

11 *Herzog/Herzog*, GwG, § 8 Rdnr. 16.

12 *Herzog/Figura*, GwG, § 10 Rdnr. 124.

13 *Herzog/Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 68.

14 *Herzog/Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 70.

15 *Herzog/Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 72.

16 *Herzog/Barreto da Rosa*, GwG, § 43 Rdnr. 74.

Handlungsleitfaden zu finden, dürfte enttäuscht werden. Die Strukturproblematik des GwG, mit allgemeinen Normen die gesamte Bandbreite der Geldwäschebekämpfung abdecken zu wollen, kann auch der *Herzog* nicht auflösen. Es verbleibt

der Trost, dass der Maßstab für konkrete Maßnahmen des Verpflichteten die aus Ex-ante-Sicht zu beurteilende Risikoangemessenheit ist, sodass getroffene Maßnahmen regelmäßig nicht falsch sein werden, nur müssen sie getroffen werden.

Dietmar Kurze (Hrsg.):

Vorsorgerecht – Vollmacht, Patientenverfügung, lebzeitige Verfügungen

Beck, 2017. 593 S., 85 €

Von Notar **Ralf Rebhan**, Cadolzburg

Derzeit sind Sammelwerke in Mode, die die Kommentierung verschiedener Gesetze zu einem Themenkomplex wie Gesellschaftsrecht oder Erbrecht in einem Kommentar bündeln. Diese Konzeption liegt auch dem Kommentar zum Vorsorgerecht aus dem Beck Verlag, herausgegeben von *Kurze*, zugrunde.

Der Kommentar erhebt dabei für sich selbst den Anspruch, vor allem vorsorgerechtliche Streitigkeiten zu behandeln, die sich daraus ergeben, dass die Zahl der angewandten Vorsorgevollmachten in den letzten Jahren stark gestiegen ist. Nach Ansicht des Herausgebers gebe es zwar „viele und auch gute Bücher zur Gestaltung von Vorsorgeregelungen“, es fehle aber an einem „praxistauglichen, aber trotzdem umfassenden Nachschlagewerk für den Konflikt“. Und so finden sich zum Beispiel umfassende Ausführungen zur Beweislast, etwa in der Kommentierung zu § 104 BGB über die Geschäftsfähigkeit, bei § 516 BGB für Kontoabhebungen durch den Bevollmächtigten oder in der Kommentierung zu § 812 BGB zur Frage, ob ein Rechtsgrund vorliegt, der eine Kondiktion ausschließt (zum Beispiel eine Schenkung oder eine „Aufwandsentschädigung“). Diese Kommentierungen sind jeweils auf die besondere Fallgestaltung bei Vorsorgevollmachten zugeschnitten. Auch ausführlich aufgearbeitet wird zum Beispiel im Rahmen der Kommentierung des Auftragsrechtes die wichtige Frage, wann einer Vorsorgevollmacht ein Auftragsverhältnis zugrunde liegt und inwieweit sich daraus für den Bevollmächtigten Rechenschafts- und Auskunftspflichten ergeben. Kommt Auftragsrecht samt den sich daraus ergebenden Verpflichtungen zur Anwendung, warnt *Kurze* vor einer „Vollmachtsfalle“, bei der die Verantwortung in keinem Verhältnis zu Risiko und Aufwand stehe. Andererseits besteht gerade in Fällen, in denen der für die Vermögenssorge zuständige Vorsorgebevollmächtigte nicht zum Kreis der potenziellen Erben gehört, ein erhöhtes Missbrauchsrisiko. Im strafrechtlichen Teil hätte ich mir deshalb neben der Kommentierung des § 217 StGB auch Ausführungen zur Strafbarkeit eines Vollmachtsmissbrauchs nach § 266 StGB gewünscht. Für die Praxis

wichtige Fragen, zum Beispiel ob ein Rücktritt von einem Erbvertrag gegenüber dem Bevollmächtigten zulässig ist, oder wie im Erbscheinsverfahren auf die eidesstattliche Versicherung des Vollmachtgebers verzichtet werden kann, werden behandelt, ebenso der Problembereich der postmortalen Vollmachten; *Kurze* schließt sich dabei zutreffend der Ansicht an, dass auch der Vollmacht für den Alleinerben eine Legitimationswirkung zukommt („So-oder-So-Bevollmächtigter“). Erfreulich ist, dass auch internationale Aspekte von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen behandelt und Art. 15 und 16 des Übereinkommens über den internationalen Schutz von Erwachsenen durch *Demirci* kommentiert werden. Warum andererseits eine eher lückenhafte Kommentierung der §§ 1601 ff. BGB unternommen wurde, die kaum einen Bezug zu Vorsorgevollmachten aufweist und gegenüber den üblichen Standardkommentierungen jedenfalls keinen Mehrwert bringt, erschließt sich nicht auf den ersten Blick.

Glanzstück der Kommentierung sind die medizinischen Ausführungen von *Jox* zur Patientenverfügung in der Kommentierung zu § 1901a BGB, die allein die Anschaffung des Werkes rechtfertigen – die am Lebensende wichtigen Situationen (u. a. der Sterbeprozess, der Themenkomplex „Endstadium einer unheilbaren Krankheit“, chronische Erkrankungen von Herz und Lunge, Krebserkrankungen, Schlaganfälle, Demenz und chronische Bewusstseinsstörungen – Stichwort „Wachkoma“) und Maßnahmen (u. a. Ausführungen zu Wiederbelebungsmaßnahmen, künstlicher Ernährung und Palliativversorgung) werden konzis und für Nichtmediziner verständlich dargestellt.

Dass *Kurze* im Allgemeinen keine gute Meinung über die notarielle Beurkundung hat und dies in seiner Kommentierung mehrfach kundtut, ist dagegen misslich; da er aber sogar Ärzte für ungeeignet hält, Patientenverfügungen zu formulieren, bleibt der Eindruck, dass er seine Kommentierung zu Lasten der gebotenen wissenschaftlichen Sachlichkeit und Neutralität für ein bisschen Werbung in eigener Sache nutzen will – das trübt den im Übrigen guten Gesamteindruck des Werkes dann doch ein wenig.

Peter Limmer/Christian Hertel/Norbert Frenz (Hrsg.):

Würzburger Notarhandbuch

5. Aufl., Carl Heymanns, 2018. 3.698 S. + CD-ROM, 249 €

Von Notarassessor Dr. **Thomas Bernhard**, LL.M. (Galway), Schwandorf

Das Würzburger Notarhandbuch wird dem Leser dieser Zeilen sicherlich bestens bekannt sein. Das mittlerweile in der fünften Auflage erschienene Werk deckt alle notariellen Tätigkeitsbereiche ab und ist dabei zugleich Formularsammlung, Lehrbuch und Nachschlagewerk. Diese Kombination gelingt ausgezeichnet: Durch das Voranstellen eines komplett ausformulierten Entwurfs am Beginn jedes Kapitels kann sich der Leser schnell einen Überblick darüber verschaffen, in welchen Bereichen bei einem bestimmten Vertragstyp Regelungsbedarf besteht. Außerdem hat er zugleich eine Lösungsmöglichkeit zur Hand. Sodann werden jeweils die einzelnen Regelungen genauer erläutert und Sonderfälle behandelt, wobei für diese ebenfalls stets eine konkrete Gestaltungsmöglichkeit inklusive eines Formulierungsvorschlags angeboten wird.

Auch wenn der sehr große Umfang des Buches zunächst abschreckend wirken mag, kann es insbesondere Berufsanfängern nur empfohlen werden, das Buch nicht lediglich als Nachschlagewerk, sondern tatsächlich auch als Lehrbuch zur Einarbeitung in neue Rechtsgebiete zu verwenden.

Die in verschiedenen Rezensionen¹ kritisierte kleine Schrift und die dünnen Seiten sollten dabei kein Hindernis darstellen: In diesem Zusammenhang ist auf die Möglichkeit hinzuweisen, zu einem recht moderaten Preis (14,90 € pro Monat bei monatlicher Kündbarkeit, 10 % günstiger im Jahresabo) in digitaler Form auf das komplette Buch zuzugreifen. Dies ermöglicht nicht nur das Lesen in einer beliebig großen Schriftart, sondern über eine Stichwortsuche auch das noch schnellere Auffinden bestimmter Problemkreise. Erfreulich ist zudem, dass der Verlag das Werk auf Mobilgeräten auch offline zur Verfügung stellt. Dies ermöglicht dem Leser, jederzeit – beispielsweise auf langen Zugfahrten ohne Internetempfang – in dem Werk zu lesen. Diese digitale Nutzungsmöglichkeit kann man über einen im Buch enthaltenen Gutscheincode 90 Tage lang kostenlos testen.

Da das Erscheinen der Voraufgabe mittlerweile vier Jahre zurückliegt, ist der Erwerb des Buches wegen wichtiger Aktualisierungen auch Inhabern der Voraufgabe dringend zu empfehlen. Insbesondere die aktuelle Rechtsprechung hat an vielen Stellen Berücksichtigung gefunden. So wird beispielsweise die eindringliche Warnung vor der Verwendung von konstitutiven Maklerklauseln ohne besonderen Anlass nun mit der Darstellung der Entscheidung des BGH² über ein Amtsenthebungsverfahren wegen der Verwendung ebensolcher Klauseln eindringlich untermauert (Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 492). In dem Kapitel über den Bauträgervertrag werden in übersichtlicher Form

mehrere Urteile des BGH³ zusammengefasst, aus denen sich ergibt, dass die in der Literatur diskutierten Gestaltungsvarianten zur Verjährungsverkürzung bei sog. Nachzüglern einer Überprüfung nicht standhalten (Teil 2 Kap. 2 Rdnr. 311 ff.). Die Entscheidung des BGH zu der Frage, inwieweit die Zurückbehaltung eines Wohnungsrechts das Anlaufen der Zehnjahres-Frist des § 2325 BGB verhindern kann,⁴ findet sich zwar nicht – wie man vermuten würde – in dem Abschnitt über Grundstücksüberlassungen, in dem Vorbehalte und Gegenleistungen dargestellt werden (Teil 2 Kap. 6 D.), wird dafür aber an anderer Stelle erörtert, nämlich in dem Teil über Schranken der Testierfreiheit (Teil 4 Kap. 1 B. Rdnr. 146).

Die neue Auflage bringt das Werk nach Angabe der Herausgeber auf den Stand von Mai 2017 mit einzelnen Nachträgen bis Ende Juli 2017. Erfreulicherweise wurden aber Gesetzesänderungen, die zu diesem Zeitpunkt noch nicht in Kraft getreten oder noch nicht anwendbar waren, sogar noch deutlich über diesen Zeitpunkt hinaus vorausschauend in die neue Auflage eingearbeitet. Besonders hervorzuheben ist hier das Kapitel über den Bauträgervertrag (Teil 2 Kap. 3), in das *Hertel* bereits umfassend die am 1.1.2018 in Kraft getretene Reform des Bauvertragsrechts eingearbeitet hat. Eine große praktische Relevanz werden zudem in naher Zukunft die neue Europäische Güterrechtsverordnung (EUGüVO) bzw. die Verordnung über güterrechtliche Wirkungen eingetragener Partnerschaften (EUPartVO) erlangen, die für alle Ehen gelten, die nach dem 29.1.2019 geschlossen werden. Wem der Überblicksaufsatz von *Döbereiner*⁵ Lust auf mehr gemacht hat, dem sei die Lektüre des Kapitels „Ausländisches Eherecht, insbesondere Ehegüterrecht“ (Teil 7 Kap. 2) empfohlen.

Zusammenfassend ist zu konstatieren, dass auch die neue Auflage des Würzburger Notarhandbuchs völlig zu Recht ihren Weg in die meisten Notarbibliotheken in Deutschland bereits gefunden haben dürfte. Sofern dies noch nicht geschehen ist, kann eine klare Kaufempfehlung ausgesprochen werden. Anzuraten ist die Anschaffung zudem auch Notarassessoren für ihre private Bibliothek, da man hiermit sowohl eine in jeder Hinsicht überzeugende Einführung in alle notariellen Tätigkeitsfelder als auch eine Sammlung mit aktuellen und praxistauglichen Vertragsmustern erhält.

1 *Berg*, RNotZ 2018, 426 sowie *Betz*, MittBayNot 2013, 211 zur Voraufgabe.

2 Urteil vom 24.11.2014, NotSt (Brfg) 1/14, DNotZ 2015, 461.

3 Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 49/15, MittBayNot 2016, 503; Urteil vom 12.5.2016, VII ZR 171/15, MittBayNot 2017, 35; Urteil vom 25.2.2016, VII ZR 156/13, MittBayNot 2016, 499.

4 Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15, MittBayNot 2017, 408.

5 MittBayNot 2018, 405.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT – ALLGEMEINES

1. Rechtsfähigkeit bei Körperschaftswaldungen

BGH, Beschluss vom 29.6.2017, V ZB 18/15 (Vorinstanz: LG Würzburg, Beschluss vom 21.1.2015, 3 T 54/15)

ZVG § 180 Abs. 1, § 181

BGB §§ 41, 45, 47, 49, 731 Satz 2

EGBGB Art. 234 § 4a Abs. 2 Satz 2

ALR § 25 Abs. 2 Satz 6

AGG Art. 40

LEITSÄTZE:

1. Die Teilungsversteigerung der im Eigentum von Personengemeinschaften, die vor dem Inkrafttreten des BGB errichtet worden sind, oder von in diesem Sinne altrechtlichen (teil-)rechtsfähigen Verbänden – juristischen Personen oder rechtsfähigen Personengesellschaften – stehenden Grundstücke ist nur zulässig, wenn dem einzelnen Mitglied ein Aufhebungsanspruch zusteht, der im Wege der Teilungsversteigerung durchgesetzt werden kann.
2. Die Anordnung der Teilungsversteigerung der Grundstücke altrechtlicher Körperschaftswaldungen ist jedenfalls in den Gebieten Bayerns, in denen deren Rechtsverhältnisse nicht gesetzlich geregelt waren, unzulässig, wenn die Waldungsgrundstücke nach der Satzung der Waldung im Eigentum der Gesamtheit der Teilhaber als Körperschaft stehen, die Gesamtheit der Teilhaber die Aufsicht über die Waldung führt und die Satzung dem einzelnen Teilhaber keinen Aufhebungsanspruch einräumt.

2. Durch einen Betreuer zu veräußernde Eigentumswohnung

KG, Beschluss vom 6.9.2018, 1 W 88/18; mitgeteilt von Ronny Müller, Richter am KG

BGB §§ 164, 167, 1896, 1902

GBO § 13 Abs. 1 Satz 1, §§ 19, 29 Abs. 1, § 71 Abs. 1

LEITSATZ:

Der einem Betreuer – allein – übertragene Aufgabenkreis „Veräußerung der Eigentumswohnung“ kann diesen berechtigen, einen Erwerber zu bevollmächtigen, schon vor Eigentumsumschreibung das Wohnungseigentum

mit einer ausschließlich der Finanzierung des Kaufpreises dienenden Grundschuld zu belasten.

SACHVERHALT:

1 I. Am 17.1.2018 veräußerte H zu notarieller Urkunde das verfahrensgegenständliche Wohnungseigentum im Namen der Beteiligten zu 1 als deren Betreuer mit dem Aufgabenkreis „Veräußerung der Eigentumswohnung (...)“ an den Beteiligten zu 2. § 8 der Urkunde enthält eine Belastungsvollmacht zugunsten des Beteiligten zu 2, wonach dieser zur Finanzierung des Kaufpreises das Grundstück schon vor Eigentumsumschreibung mit Grundpfandrechten bis zur Höhe des Kaufpreises nebst Zinsen und etwaigen Nebenleistungen belasten darf. In § 9 der Urkunde wurden die Rechtsanwalts- und Notarangestellten des Urkundsnotars bevollmächtigt, unter anderem

„den Kaufgegenstand im Rahmen der dem Käufer in diesem Vertrag erteilten Belastungsvollmacht zu belasten und alle in diesem Zusammenhang etwa erforderlichen Erklärungen abzugeben und zu ändern.“

Zu weiterer notarieller Urkunde bewilligte eine der Angestellten des Notars unter Berufung auf die in § 9 der Kaufvertragsurkunde enthaltene Vollmacht die Eintragung einer brieflosen Grundschuld über 188.000 € nebst 15 % Jahreszinsen und einer einmaligen Nebenleistung von 5 % des Grundschuldbetrags im Wohnungseigentumsgrundbuch.

2 Das AG Pankow/Weißensee – Betreuungsgericht – genehmigte die Erklärungen des Betreuers in der Kaufvertrags- und der Grundschuldbestellungsurkunde mit Beschluss vom 22.2.2018.

3 Unter dem 1.3.2018 hat der Urkundsnotar unter Beifügung der vorgenannten Urkunden die Eintragung einer Grundschuld sowie einer Eigentumsvormerkung im Wohnungsgrundbuch beantragt. Das Grundbuchamt hat mit Verfügung vom 7.3.2018 unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass der Aufgabenkreis des Betreuers eine Belastung des Wohnungseigentums nicht erfasse. Es bedürfe einer Erweiterung des Aufgabenkreises, danach der formgerechten Genehmigungserklärung des Betreuers zur Grundschuldbestellungsurkunde und schließlich der betreuungsgerichtlichen Genehmigung dieser nachträglichen Genehmigung. Hiergegen richtet sich die Beschwerde des Notars vom 19.3.2018, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 26.3.2018 nicht abgeholfen hat.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 II. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung ist aufzuheben, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

5 Die Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 Satz 1 GBO, wenn sie derjenige bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen wird, § 19 GBO. Die Bewilligung muss nicht persönlich abgegeben werden. Sie kann auch von einem Vertreter erklärt werden. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt dessen Vertretungsmacht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachzuweisen. Bei Handlungen eines Unterevollmächtigten ist die gesamte Vertretungskette nachzuweisen (Senat, Beschluss vom 14.7.2015, 1 W 688-689/15, FGPrax 2015, 195). Das aber ist vorliegend geschehen.

6 Die in der Grundschuldbestellungsurkunde erklärte Bewilligung der Notariatsangestellten wirkt für und gegen die Betei-

ligte zu 1, § 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1, § 1902 BGB. Das folgt aus den in §§ 8 und 9 der Kaufvertragsurkunde getroffenen Regelungen zur Befugnis des Beteiligten zu 2, das Grundstück im Namen der Beteiligten zu 1 mit Grundpfandrechten zu belasten.

7 Hiergegen spricht nicht, dass die Beteiligte zu 1 bereits in der notariellen Verhandlung vom 17.1.2018 durch ihren Betreuer vertreten war. Dessen Erklärungen wirken gemäß § 164 Abs. 1, § 1902 BGB ebenfalls für und wider die Beteiligte zu 1. Der dem Betreuer von dem Betreuungsgericht übertragene Aufgabenkreis umfasst auch eine im Zusammenhang mit der Veräußerung des Wohnungseigentums erteilte Belastungsvollmacht.

8 Allerdings wird in der der Kaufvertrags- und der Grundschuldbestellungsurkunde jeweils in beglaubigter Ablichtung beigefügten Bestellungsurkunde des Betreuers die Berechtigung zur Vertretung der Beteiligten zu 1 bei der Bewilligung einer Belastungsvollmacht nicht ausdrücklich erwähnt. Die Beschreibung des Aufgabenkreises erschöpft sich in dem oben wiedergegebenen Wortlaut. Sie ist jedoch einer Auslegung zugänglich (vgl. BGH, FamRZ 2003, 748, 751), wobei im Grundbuchverfahren gewisse Einschränkungen zu beachten sind (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 19 Rdnr. 28).

9 Teilweise wird vertreten, eine – rechtsgeschäftlich – erteilte Vollmacht zur Grundstücksveräußerung berechtige nicht ohne Weiteres auch zur Belastung des Grundstücks mit Finanzierungsgrundpfandrechten im Namen des Verkäufers (OLG Jena, OLG-NL 1994, 245, 246; LG Oldenburg, MittBayNot 2003, 291 m. abl. Anm. *Peter/Roemer*, MittBayNot 2003, 292; OLG Jena, DNotI-Report 2015, 6; vgl. auch OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 7.9.2009, 20 W 157/08, juris; OLG München, DNotZ 2012, 535, 536; *Erman/Maier-Reimer*, BGB, 15. Aufl., § 167 Rdnr. 55; *Palandt/Ellenberger*, 77. Aufl., § 167 Rdnr. 9; *BeckOK-GBO/Reetz*, 2018, Stichwort „Vertretungsmacht“ Rdnr. 14).

10 Dem vermag der Senat jedenfalls für den vorliegenden Fall einer gesetzlichen Vertretung, § 1902 BGB, nicht zu folgen. Allein der Wortlaut des dem Betreuer hier übertragenen Aufgabenkreises „Veräußerung der Eigentumswohnung“ schließt es nicht aus, ihn in diesem Zusammenhang auch für berechtigt zu erachten, das Eigentum mit ausschließlich der Finanzierung des Kaufpreises dienenden Grundschulden zu belasten.

11 Zutreffend wendet die Beschwerde ein, dass der Betreuer innerhalb des ihm übertragenen Aufgabenkreises die typischerweise damit verbunden rechtsgeschäftlichen Erklärungen im Namen des Betroffenen abzugeben berechtigt ist, vgl. § 1902 BGB. Käufer von Eigentumswohnungen sind aber regelmäßig darauf angewiesen, den Kaufpreis zumindest teilweise durch Darlehen zu finanzieren (*Peter/Roemer*, a. a. O.) und als Finanzierungssicherheit das Kaufobjekt zu verwenden (OLG München, DNotZ 2012, 535, 537; *Würzburger Notarhandbuch/Hertel*, 5. Aufl., Teil 2 Kapitel 2 Rdnr. 423; *Beck'sches Notarhandbuch/Everts*, 6. Aufl., A. I. Grundstückskauf Rdnr. 266). In der Praxis wird dies dadurch gelöst, dass der Verkäufer bei der Belastung des Grundstücks mitwirkt, indem er den Käufer bevollmächtigt, das Eigentum schon vor

Umschreibung auf diesen mit der Finanzierung dienenden Grundpfandrechten zu belasten. Die damit für den Verkäufer verbundenen Risiken werden durch geeignete Einschränkungen der Vollmacht minimiert, sodass sie in der Regel tragbar sind (OLG München, a. a. O.; *Hertel*, a. a. O., Rdnr. 426; *Everts*, a. a. O., Rdnr. 268). Einem solchen Vorgehen entspricht auch die in § 57 Abs. 2 Nr. 1 BeurkG zum Ausdruck kommende gesetzgeberische Wertung für eine Direktzahlung des Käufers an den Verkäufer als Standardmodell, wenn sich dadurch keine besonderen Risiken ergeben (vgl. *Grziwotz/Heinemann/Grziwotz*, BeurkG, 3. Aufl., § 57 Rdnr. 5).

12 Dafür, dass das Betreuungsgericht hiervon abweichend den Betreuer tatsächlich nur mit dem Ziel des Abschlusses eines reinen Kaufvertrags bestellen wollte, findet sich kein Anhalt. Dagegen spricht auch der Beschluss des Betreuungsgerichts vom 22.2.2018. Allerdings vermag die betreuungsgerichtliche Genehmigung eine fehlende Vertretungsmacht des Betreuers nicht zu ersetzen, sondern setzt diese voraus (vgl. OLG München, NJW-RR 2015, 1222, 1224; BayObLG, BayObLGZ 1986, 294, 300; *Demharter*, GBO, § 19 Rdnr. 65). Andererseits wird dem Betreuer die betreuungsgerichtliche Genehmigung für eine bestimmte Maßnahme nur erteilt, wenn für das Betreuungsgericht dessen wirksame Bestellung und die Zugehörigkeit zum Aufgabenkreis feststehen (OLG Hamm, FGPrax 2017, 11, 12). Hier hatte das Betreuungsgericht offensichtlich keine Zweifel an der Befugnis des Betreuers zur Erteilung einer Finanzierungsvollmacht bzw. an der hierzu den Rechtsanwalts- und Notariatsangestellten des Urkundsnotars erteilten Untervollmacht. Der Beschluss vom 22.2.2018 erfasst neben dem Kaufvertrag ausdrücklich auch die Bestellung der Grundschuld.

13 Schließlich sind in der Belastungsvollmacht gemäß § 8 der Kaufvertragsurkunde auch die typischen zur Absicherung der Beteiligten zu 1 als Verkäuferin dienenden Abreden und Anweisungen an den Notar enthalten, die es ausschließen, das Wohnungseigentum zu anderen als der Finanzierung des Kaufpreises dienenden Zwecken zu belasten.

3. Unwirksame Klausel über die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den vom Bauträger bestimmbareren Erstverwalter

OLG München, Beschluss vom 9.4.2018, 13 U 4710/16

BGB §§ 212, 307 Abs. 1 Satz 1, § 634a Abs. 2 und 3, § 637 Abs. 3
WEG § 26

LEITSATZ:

Eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestellten Erstverwalter oder einen von diesem bestimmten Baufachmann ermöglicht, ist

unwirksam. Dies gilt auch, wenn nach dem Vertrag ein unabhängiger Sachverständiger hinzuzuziehen ist, sofern dieser faktisch nur mit der Beiziehung zur Abnahme beauftragt wird, aber nicht mit der Abnahme als solcher. (Leitsatz der Schriftleitung)

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

7 II. Ohne Erfolg beruft sich die Beklagte sodann auf die Verjährung der von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche. Die Ansprüche sind nicht verjährt. Insoweit ist das Ergebnis des landgerichtlichen Urteils zutreffend.

8 1. Mangels wirksamer Abnahme des Gemeinschaftseigentums begann die Verjährungsfrist für Mängelrechte noch nicht gemäß § 634a Abs. 3 BGB zu laufen. Insbesondere ist durch das Abnahmeprotokoll vom 20.1.2003 nicht eine wirksame Abnahme erklärt worden.

9 Mit der Klagepartei ist der Senat der Auffassung, dass die hier in den Kaufverträgen verwendete Abnahmeklausel einer AGB-Kontrolle nicht standhält, sondern gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB in Ansehung der Rechtsprechung des BGH unwirksam ist.

10 Ziffer VII.6 des notariellen Kaufvertrages vom 19.9.2002 lautet (unter Übernahme der Interpunktion):

„Das Gemeinschaftseigentum wird durch den Verwalter unter Beiziehung eines öffentlich vereidigten Sachverständigen abgenommen.

Der Käufer beauftragt und bevollmächtigt den Verkäufer einen entsprechenden öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen und den Verwalter mit der Abnahme der ausgeführten Arbeiten am Gemeinschaftseigentum zu beauftragen. Der Käufer beauftragt und bevollmächtigt ferner diesen vom Verkäufer beauftragten Sachverständigen und den Verwalter, auch im Namen des Käufers diese Abnahme vorzunehmen.

Die Kosten des Sachverständigen trägt der Verkäufer.

Sollte zu diesem Zeitpunkt bereits ein Beirat gewählt sein, so wird dieser zur Abnahme beigezogen.“

11 Der Senat geht davon aus, dass es unstrittig ist, dass diese Klausel nicht nur in dem vorgelegten Vertrag verwendet wurde und dass die Abnahmebegehung und -erklärung vom 20.1.2003 auf dieser Grundlage erfolgte.

12 Anders als die Beklagte sieht der Senat zwischen dieser Klausel und der Klausel, die dem Beschluss des BGH vom 12.9.2013 im Verfahren VII ZR 308/12 (NJW 2013, 3360) zugrunde lag, keinen entscheidenden Unterschied.

13 Dabei ist zunächst festzustellen, dass die Beklagte die entscheidungserhebliche Vertragsklausel auf Seite 5 ihrer Berufungsbegründung unvollständig und damit falsch zitiert, denn den entscheidenden ersten Satz der Klausel lässt sie weg.

14 Dieser erste Satz der Klausel ist aber entscheidend: Nach dessen eindeutigem Wortlaut wird das Gemeinschaftseigentum durch den Verwalter abgenommen, also eben nicht durch

einen (unabhängigen) Sachverständigen. Der Sachverständige ist lediglich beizuziehen. Auch aus den nachfolgenden Sätzen der Klausel ergibt sich nicht, dass der Sachverständige die Abnahme erklären kann. Dass der Käufer den Verkäufer bevollmächtigt, „einen (...) Sachverständigen und den Verwalter mit der Abnahme (...) zu beauftragen“ ändert daran nichts. Durch diese Formulierung wird letztlich verschleiert, dass der Sachverständige damit faktisch nur mit der Beiziehung zur Abnahme beauftragt wird, aber nicht mit der Abnahme als solcher. Diese ist, wie sich dem ersten Satz, der mit einem Absatz von den übrigen Sätzen getrennt ist, eindeutig entnehmen lässt, dem Verwalter vorbehalten.

15 Der BGH hat in der oben zitierten Entscheidung eine Abnahmeklausel für unwirksam erklärt, mit der – jeweils für sich allein (!) – der Sachverständige, der Verwalter und der Verwaltungsbeirat mit der Abnahme beauftragt wurden. Die Klausel hat er für unwirksam angesehen, obwohl theoretisch auch der Sachverständige allein die Abnahme hätte erklären können. Als teilender Eigentümer habe der Bauträger nämlich die Möglichkeit, den ersten Verwalter bereits in der Teilungserklärung zu bestellen (BGH, a. a. O. mit zahlreichen weiteren Nachweisen zu § 26 WEG a. F. und § 26 WEG n. F.). Dabei könne der Bauträger einen Erstverwalter bestellen, der mit ihm wirtschaftlich oder rechtlich verbunden ist. Das begründe im Hinblick auf die Abnahme für die Erwerber die Gefahr, dass ein solcher Verwalter die Voraussetzungen der Abnahmefähigkeit des Gemeinschaftseigentums nicht neutral prüfe, sondern zugunsten des Bauträgers verfare, wodurch dieser entscheidenden Einfluss auf die Abnahme nehmen könnte.

16 Genauso verhält es sich hier. Der Verkäufer und Eigentümer des Grundstücks hat es gemäß Ziffer I. 3 des notariellen Kaufvertrages geteilt. Tatsächlich hat das Abnahmeprotokoll vom 20.1.2003 für die Verkäuferin der „Bau-Verein H“ und als WEG-Verwalter die „Bau-Verein H Hausverwaltungsgesellschaft mbH“ unterschrieben. Damit ist hier wie im BGH-Fall der gleiche Interessenwiderstreit gegeben. Auch das OLG München hat mit der herrschenden Meinung in der Vergangenheit bereits entschieden, dass eine von einem Bauträger in Allgemeinen Geschäftsbedingungen eines Erwerbsvertrags verwendete Klausel, die die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch einen vom Bauträger bestellten Erstverwalter oder einen von diesem bestimmten Baufachmann ermöglicht, unwirksam ist (vgl. zum Beispiel OLG München, Urteil vom 6.12.2016, 28 U 2388/16, NJW-Spezial 2017, 76).

17 Soweit man wegen der dem ersten Satz der Klausel nachfolgenden Sätze der Meinung sein sollte, es sei nicht eindeutig, dass nur der Verwalter die Abnahme erklären dürfe, würde sich diese Unklarheit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB ebenfalls zugunsten der Beklagten auswirken.

18 Offen bleiben kann an dieser Stelle, ob ein Verstoß gegen das Transparenzgebot und damit eine Unwirksamkeit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB deshalb angenommen werden kann, weil sie keinen Hinweis auf die Widerruflichkeit der Vollmacht enthält (vgl. BGH, Urteil vom 12.9.2013, VII ZR 308/12, DNotZ 2014, 39 Rdnr. 12 m. w. N.).

19 Folge der unwirksamen Klausel ist, dass am 20.1.2003 nicht wirksam die Abnahme erklärt wurde. Das hat des Weiteren

ren zur Folge, dass gemäß § 634a Abs. 2 BGB die Frist für die Verjährung der Mängelrechte noch nicht zu laufen begonnen hat.

20 Zu den Voraussetzungen einer konkludenten Abnahme wurde nichts Substantiiertes vorgetragen.

21 Rein vorsorglich wird in diesem Zusammenhang auf Folgendes hingewiesen:

22 Eine konkludente Abnahme setzt voraus, dass dem Verhalten des Auftraggebers zu entnehmen ist, dass er die Leistung als im Wesentlichen vertragsgerecht billigt. Dies kann überhaupt nur in Betracht kommen, wenn das Werk im Wesentlichen mangelfrei fertig gestellt ist. Es kommt nicht darauf an, ob tatsächlich Mängel bestehen, sondern darauf, ob der Auftragnehmer annehmen darf, dass aus der Sicht des Auftraggebers das Werk im Wesentlichen mangelfrei hergestellt ist, etwa weil sich Mängel noch nicht gezeigt haben, und er durch sein Verhalten die Billigung des Werkes zum Ausdruck gebracht hat. Stehen noch wesentliche Vertragsleistungen aus, kann eine konkludente Abnahme regelmäßig nicht angenommen werden (Kniffka/Koeble, Kompendium des Baurechts, 4. Teil, Die Abnahme der Bauleistung, Rdnr. 30-46).

23 3. Dass die Beiräte im Rahmen der Nachbegehungen nicht einer Abnahme widersprochen haben, ist insoweit ohne Bedeutung. Zum einen sind die Beiräte eben nicht zur Abnahme bevollmächtigt (siehe oben), sodass auch aus einem fehlenden Vorbehalt nichts abgeleitet werden kann. Darüber hinaus hat Schweigen keinen Erklärungsinhalt. Und schließlich mussten die Beiräte nach dem eigenen Vortrag der Beklagten davon ausgehen, dass bereits eine Abnahme durch den Verwalter erfolgt war (vgl. im Übrigen auch OLG Dresden, Urteil vom 8.10.2010, 1 U 1371/09, IBR 2013, 82).

(...)

4. Ungesunde Verteilung von Grund und Boden bei Hofübergabe wegen Rückübertragungsrecht

AG Beckum, Beschluss vom 28.8.2017, 100 Lw 69/17

BGB §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 2
GrdstVG § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2
HöfeO §§ 5, 6 Abs. 7, §§ 16, 17

LEITSÄTZE:

1. Ein Verstoß gegen das Verbot einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden (§ 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG) ist zu bejahen, wenn eine Hofübertragung Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspricht, indem der Übertragsnehmer in seiner eigenständigen Betriebsführung massiv eingeschränkt wird und sich jeweils mit dem Übertragsgeber abstimmen müsste.

- 2. Eine bedingte Pflicht zur Rückübertragung des Hofes schließt die Möglichkeit des Übertragsnehmers, Investitionskredite aufzunehmen, aus und beeinträchtigt ihn so in der eigenständigen Betriebsführung (vgl. AG Beckum, Beschluss vom 12.12.2016, 100 Lw 89/16).**
- 3. Die wesentliche Einschränkung in der eigenständigen Betriebsführung ergibt sich wegen der Möglichkeit, gemäß §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 2 BGB im Wege der einstweiligen Verfügung eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eintragen zu lassen, auch ohne die Vereinbarung einer Eintragungsvormerkung.**
- 4. Eine „Rückübertragung“ des Hofes nach dem Tod des Übertragungsgebers und auf dessen Ehefrau schließt die Hoferben erster Ordnung zugunsten einer Hoferbin zweiter Ordnung von der Hoferbfolge aus und führt deshalb zur Versagung der Genehmigung einer Hofübertragung.**

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligten zu 1, die Übertragsgeber, sind zu je zur Hälfte Eigentümer des Hofes mit Hofstelle. Der Grundbesitz umfasst ca. 29 ha. Flächen von ca. (...) ha sind verpachtet, (...) ha hinzugepachtet, sodass etwa (...) ha, im Wesentlichen Ackerland, bewirtschaftet werden. Der Hof verfügt über etwa (...) Mastschweinplätze.

2 Der Beteiligte zu 2, Sohn der Beteiligten zu 1 und Übertragsnehmer, ist Dipl. Agrar-Ingenieur. Er bewirtschaftet den betroffenen Hof seit fast zehn Jahren als Pachthof eigenverantwortlich im Nebenerwerb. Die valuierten Belastungen sind sehr gering, der zu versteuernde Gewinn erheblich.

3 Mit notariellem Vertrag von 2017 haben die Übertragsgeber den Hof auf den Übertragsnehmer übertragen. Die bedingte Rückübertragung des Hofes ist in Ziffer 7 des Vertrags wie folgt vereinbart:

4 „Der Übertragsnehmer bzw. dessen Erbe ist nicht berechtigt, den übertragenen Betrieb als Ganzes zu Lebzeiten der Übertragsgeber zu veräußern. Im Falle eines Verstoßes gegen die Verpflichtung können die Übertragsgeber vom Übertragsnehmer bzw. dessen Erben die Rückübertragung des Grundbesitzes auf sich oder von ihnen zu benennende Dritte verlangen.“

5 Der Übertragsnehmer bzw. dessen Erbe ist auf Verlangen zur Rückübertragung verpflichtet wenn

a) er vor den Übertragsgebern verstirbt,

b) in den übertragenen Grundbesitz die Zwangsvollstreckung betrieben oder über das Vermögen des Übertragsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird und es dem Übertragsnehmer nicht gelingt diese Maßnahmen innerhalb von drei Monaten abzuwenden.

6 Im Falle der Rückübertragung sind die Übertragsgeber verpflichtet, vom Übertragsnehmer nach der Übertragung des Besitzes vorgenommene Wertverbesserungen zu ersetzen.

7 Auf eine dingliche Sicherung des bedingten Rückübertragungsanspruchs wurde von den Übertragsgebern nach Belehrung verzichtet.“

8 Die Antragsteller beantragen, den Hofübergabevertrag landwirtschaftsgerichtlich zu genehmigen.

9 Die Stellungnahme der Landwirtschaftskammer Nordrhein-Westfalen, die gleichzeitig auch für die land- und forstwirtschaftliche Berufsvertretung abgegeben worden ist, befürwortet die Genehmigung.

AUS DEN GRÜNDEN:

10 II. Die landwirtschaftsgerichtliche Genehmigung ist gemäß §§ 16, 17 HöfeO wegen der in Nr. 7 des Vertrages vorgesehenen bedingten Rückübertragung des Hofes zu versagen.

11 a) Allerdings liegen die Voraussetzungen für eine Genehmigung des Übertragsvertrags im Übrigen vor.

12 Bei der übertragenen landwirtschaftlichen Besitzung handelt es sich um einen Hof gemäß der HöfeO. Angesichts der Ausbildung, des Hauptberufs und der von ihm seit Jahren erfolgreich durchgeführten eigenverantwortlichen Bewirtschaftung des Hofes steht die Wirtschaftsfähigkeit des Übertragsnehmers gemäß § 6 Abs. 7 HöfeO außer Zweifel. Die mit dem Übergabevertrag neu übernommenen Verpflichtungen sind für den Hof tragbar und angemessen. Es ist davon auszugehen, dass der Hof weiterhin wirtschaftlich erfolgreich geführt werden kann.

13 b) Durch die Verpflichtung des Übertragsgebers, den Hof zurück zu übertragen, wenn in den übertragenen Grundbesitz die Zwangsvollstreckung betrieben oder über das Vermögen des Übertragsnehmers das Insolvenzverfahren eröffnet wird und es dem Übertragsnehmer nicht gelingt, diese Maßnahmen innerhalb von drei Monaten abzuwenden, in Verbindung mit der Möglichkeit, gemäß §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 2 BGB im Wege der einstweiligen Verfügung eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eintragen zu lassen, wird der Übertragsnehmer in seiner eigenständigen ordnungsgemäßen Betriebsführung in nicht vertretbarer Weise eingeschränkt, denn er ist bei Maßnahmen mit Finanzierungsbedarf jeweils auf das wohlwollende „Stillhalten“ der Übertragsgeber angewiesen.

14 Eine Hofübertragung, die mit einer solchen Einschränkung der eigenständigen Betriebsführung einhergeht, läuft dem Ziel der Verbesserung der Agrarstruktur entgegen und verstößt gegen das Verbot einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden im Sinne vom § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG. Deshalb führen Klauseln in Hofübergabeverträgen, die die Belastung und/oder auch nur teilweise Veräußerung des Hofes von der Zustimmung des Übergebers abhängig machen und/oder den Übernehmer für den Fall der Zuwiderhandlung zur Rückübertragung verpflichten, grundsätzlich zur Versagung der landwirtschaftsgerichtlichen Genehmigung aus grundstücksverkehrsrechtlichen und aus höferechtlichen Gesichtspunkten (OLG Celle, Beschluss vom 21.2.2005, 7 W 85/04 und Beschluss vom 17.3.1997, 7 W (L) 12/97; *Wöhrmann*, Landwirtschaftserbrecht, 9. Aufl. 2008, § 17 HöfeO Rdnr. 77; vgl. auch Düsing/Martinez, Agrarrecht, 2016, § 17 HöfeO Rdnr. 43 f.).

15 Das OLG Hamm (ZWW 2009, 147 f.; vgl. auch Düsing/Martinez, a. a. O., Rdnr. 21) hat den Vorbehalt eines Nießbrauchsrechts („Rheinische Übertragung“) für nur dann unbedenklich erklärt, wenn die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des Hofes nicht gefährdet ist und der Übernehmer nicht auf unabsehbare Zeit an der selbstständigen und eigenverantwortlichen Hofbewirtschaftung gehindert wird. Der BGH (Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11, MDR 2012, 1148 f.) hat ein vergleichbares Verfügungs- und Belastungsverbot in einem Vertrag zur Übertragung eines Landgutes mit ähnlicher Gedankenführung wegen einer Knebelung des Übertragsnehmers für sittenwidrig erklärt: Ein solcher Vertrag sei gemäß § 138 BGB nichtig,

wenn nicht der Übernehmer von dem Übergeber die Zustimmung zu einer Verfügung (Veräußerung oder Belastung), die mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbaren ist und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdet, verlangen könne. Zur Begründung führte der BGH aus, die wirtschaftlichen Entfaltungsmöglichkeiten des Übernehmers würden sonst in einem Maße beschränkt, dass dieser seine Selbstständigkeit und wirtschaftliche Handlungsfreiheit in einem wesentlichen Teil einbüße; das Verfügungs- und Belastungsverbot stelle sich damit als sittenwidrige Knebelung dar.

16 Durch den hier zu prüfenden Vertrag wird die Möglichkeit des Übernehmers, den Hof selbstständig und eigenverantwortlich zu bewirtschaften, auf nicht absehbare Zeit massiv eingeschränkt. Es ist allgemeinkundig und wird durch die landwirtschaftlichen Beisitzer überzeugend bestätigt, dass in der modernen Landwirtschaft Veränderungsprozesse immer wieder Investitionen sinnvoll oder gar zwingend werden lassen, die oft langfristig nicht absehbar sind. Solche Investitionen können in der Regel nur durch Grundstücksverkäufe oder Darlehen finanziert werden.

17 Die Erlangung solcher Darlehen setzt in der Regel die Möglichkeit der Absicherung durch Grundpfandrechte voraus. Eine Sicherung durch Grundpfandrechte ist nur möglich, wenn keine vorrangige Eintragungsvormerkung eingetragen ist. Würde ein Kreditinstitut sich zur der Absicherung eines Darlehens mit einer nachrangigen Grundschuld begnügen, müsste es in Kauf nehmen, dass im Falle des Eintritts der Bedingung der Hof lastenfrei zurückfällt und das Kreditinstitut seine Sicherung verliert.

18 c) Zwar haben die Beteiligten auf die Vereinbarung einer dinglichen Sicherung des Rückübertragungsanspruchs verzichtet, jedoch verbleibt den Übertragsgebern jederzeit die Möglichkeit, eine Vormerkung aufgrund einer einstweiligen Verfügung eintragen zu lassen (§§ 883, 885 Abs. 1 Satz 2 BGB).

19 Die Eintragungsvoraussetzungen werden von bedingten Ansprüchen regelmäßig erfüllt (vgl. § 883 Satz 2 BGB). Zwar genießen bedingte und künftige Ansprüche nur dann Vormerkungsschutz, wenn für die künftige Gestaltung des Anspruchs nicht lediglich eine bloß mehr oder weniger aussichtsreiche tatsächliche Möglichkeit besteht, sondern bereits eine feste, die Gestaltung des Anspruchs bestimmende Grundlage (Rechtsboden) vorhanden ist. Denn ansonsten würde das Grundbuch mit einer unübersehbaren Zahl gesicherter Ansprüche überlastet, die möglicherweise nie zur Entstehung gelangen. Dies hätte eine faktische Sperre des Grundbuchs auf ungewisse Zeit zur Folge und beeinträchtigte zudem die Verkehrsfähigkeit des betroffenen Grundstücks. Jedoch entstehen bedingte Ansprüche im Gegensatz zu künftigen Rechten bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung und nicht erst mit dem Eintritt der vorgesehenen Bedingung. So kommt der BGH zu dem Ergebnis, dass ein bei der Übertragung des Eigentums an einem Grundstück vorbehaltene Anspruch auf Rückübertragung in dem Falle, dass der Erwerber oder dessen Gesamtrechtsnachfolger sich als grob undankbar erweist, vormerkungsfähig ist (so BGH, NJW 2002, 2461, 2462).

20 Ist also der Übertragsgeber mit einer Investitionsplanung des Übertragsnehmers nicht einverstanden, kann er leicht die Eintragung der Vormerkung durch eine einstweilige Verfügung erlangen. Ein Verfügungsgrund ist gemäß § 885 Abs. 1 Satz 2 BGB zu vermuten (!) (OLG Hamm, Urteil vom 4.11.2003, 21 U 44/03, juris; OLG Hamburg, Urteil vom 4.5.2012, 8 U 5/12, juris). Die Vermutung ist zwar durch den Übertragsgeber (theoretisch?) widerlegbar, jedoch müsste der Übertragsnehmer „gerichtsfest“ den Nachweis erbringen, dass die Investition kein wirtschaftliches Risiko darstellt und so den Rückübertragungsanspruch des Übertragsgebers nicht gefährdet. Im Gerichtsverfahren wird regelmäßig die Einholung eines Sachverständigengutachtens erforderlich sein. Ein solches Verfahren würde die Investition mindestens auf unabsehbare Zeit verhindern und so regelmäßig auch grundsätzlich gefährden.

21 Die Gefahr erachtet das Gericht als konkret, da die Erfahrung zeigt, dass die Einschätzung der Notwendigkeit von Veränderungen und Investitionen zwischen Übertragsnehmer und Übertragsgeber häufig deutlich abweicht. Verschärft wird diese Gefahr, wenn bei einem Übertragsgeber mentale Alters Einschränkungen auftreten oder gar eine gesetzliche Betreuung erforderlich wird und der Betreuer zu prüfen hat, ob er das Sicherungsmittel zur Wahrung der Interessen seines Betreuten ergreifen muss.

22 Zwar ist nach dem Vertrag die Veräußerung einzelner Grundflächen zum Zwecke der Beschaffung des Investitionskapitals zulässig. Jedoch erscheint dies auch angesichts der Größe des Hofes keine ausreichende Möglichkeit, die wirtschaftliche Freiheit des Übertragsnehmers hinreichend herzustellen.

23 d) Ein weiterer – höferechtlicher – Versagungsgrund ergibt sich daraus, dass der Rückübertragungsgrund a), Vorversterben des Übertragsnehmers, dessen Abkömmlinge von der gesetzlichen Hoferbfolge nach dem Übertragsnehmer ausgeschlossen würden (vgl. OLG Celle, Beschluss vom 17.3.1997, 7 W (L) 12/97).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Schreindorfer**, Straubing

1. Sachverhalt und Entscheidung

Der Sachverhalt der Entscheidung – soweit für die Besprechung relevant – ist schnell skizziert: In einem Hofübergabevertrag haben sich die Veräußerer ein bedingtes Rückforderungsrecht für die Fälle der Veräußerung des übergebenen Betriebs (als Ganzes), des Vorversterbens des Erwerbers, der Zwangsvollstreckung in den übertragenen Grundbesitz und der Insolvenz des Erwerbers jeweils zu Lebzeiten der Veräußerer vorbehalten. Eine Vormerkung zur Absicherung dieses bedingten Rückforderungsrechts wurde nicht bewilligt.

Das AG Beckum war der Auffassung, die erforderliche Genehmigung nach dem GrdstVG (rechtlicher Aufhänger waren hier die §§ 16, 17 der in Nordrhein-Westfalen geltenden

HöfeO, die aber insoweit auf die Vorschriften des GrdstVG verweisen) sei zu versagen, da das im Übergabevertrag enthaltene bedingte Rückforderungsrecht die eigenständige Betriebsführung einschränke. Dies laufe dem Ziel der Verbesserung der Agrarstruktur entgegen und verstoße damit gegen das Verbot einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG. Das Fehlen einer grundbuchlichen Absicherung des Rückforderungsrechts stehe dem nicht entgegen, da eine Vormerkung jederzeit aufgrund einer einstweiligen Verfügung nach §§ 883, 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1, Satz 2 BGB zur Eintragung gelangen könne.

Würde auf diesem Wege eine Auflassungsvormerkung eingetragen, so könnten die Veräußerer die grundpfandrechtliche Absicherung eines etwa notwendigen Kredits (und damit in der Regel auch die Kreditaufnahme selbst) faktisch verhindern, indem sie keinen – durch den Grundpfandgläubiger zur Erreichung einer sicheren Rangstelle stets verlangten – Rangrücktritt erklären. Auf diesem Wege *könnten* wirtschaftlich wesentliche Entscheidungen weiter maßgeblich durch die Veräußerer beeinflusst werden.¹

2. Rechtliche Hintergründe und Bewertung

Die Einfügung von Rückforderungsrechten in Hofübergabeverträge wird von den Beteiligten in der Praxis häufig gewünscht und die Bemühungen des Vertragsgestalters, deren Nachteile herauszustellen, sind nicht in allen Fällen von Erfolg gekrönt. Dass unter Berufung auf eine solche Rückforderungsklausel die Genehmigung nach dem GrdstVG versagt wird, entspricht indes in der Praxis bisher sicher nicht dem Regelfall.

Gesetzlicher Ausgangspunkt der Entscheidung ist § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrdstVG, wonach die GrdstVG-Genehmigung nur versagt werden darf, wenn die Veräußerung eine ungesunde Verteilung des Grund und Bodens bedeutet; hiervon ist nach § 9 Abs. 2 GrdstVG in der Regel auszugehen, wenn die Veräußerung Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur widerspricht. Telos der gesetzlichen Regelung ist – soweit in diesem Zusammenhang von Interesse –, die Lebensfähigkeit von landwirtschaftlichen Betrieben zu erhalten.²

Maßnahmen zur Verbesserung der Agrarstruktur im Sinne des § 9 Abs. 2 GrdstVG sind nach allgemeiner Ansicht sämtliche agrarpolitischen Maßnahmen, die auf die Gründung, den Erhalt und die Förderung leistungsfähiger landwirtschaftlicher Betriebe und die Steigerung ihrer Ertragslage gerichtet sind.³ In der Literatur wird davon ausgegangen, dass auch die Einzelheiten des konkreten Vertrages zu einer Versagung der Genehmigung führen können, wenn sie sich nachteilig auf die Lebensfähigkeit des konkreten Betriebes

¹ Zum Ganzen Rdnr. 13 f., 16-22 der besprochenen Entscheidung.

² Vgl. nur Beck'sches Notar-Handbuch/*Hagemann*, 6. Aufl. 2015, A. I Rdnr. 114.

³ Vgl. nur *Pikalo/Bendel*, Grundstücksverkehrsgesetz, 1963, S. 555; *Netz*, Grundstücksverkehrsgesetz, 7. Aufl. 2015, Rdnr. 1771 m. w. N.

auswirken können.⁴ Hier findet man in diesem Zusammenhang beispielsweise Äußerungen, wonach die Genehmigung versagt werden darf, „wenn durch die Bedingungen des Veräußerungsvertrages die ordnungsgemäße Bewirtschaftung des veräußerten Betriebes (...) so stark beeinträchtigt werden würde, dass (...) der Erwerber an der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung ernsthaft behindert werden würde“.⁵

Auch in der bisherigen Rechtsprechung findet man einige wenige Fälle, in welchen tatsächlich die GrdstVG-Genehmigung aufgrund eines im Übergabevertrag für den Fall der Veräußerung oder Belastung ohne Zustimmung des Veräußerers vorbehaltenen Rückforderungsrechts versagt worden ist.⁶ Benötigt der Erwerber bei jeder – ggf. auch wirtschaftlich nur geringfügigen – strukturellen Veränderung (auch Straßengrundabtretung oder kleinere Grundpfandrechtl. gesicherte Finanzierung) die Zustimmung des Erwerbers, liegt es in der Tat nahe, die ordnungsgemäße, eigenverantwortliche Bewirtschaftungsfähigkeit des landwirtschaftlichen Betriebes durch den Erwerber als gefährdet anzusehen.

Die Besonderheit der dem Beschluss des AG Beckum zugrunde liegenden Konstellation lag darin, dass – neben dem Fall des Vorversterbens sowie der Zwangsvollstreckung und der Insolvenz – nur die Veräußerung des Betriebes als Ganzes einem Zustimmungsvorbehalt unterlag, was eine deutlich weniger einschneidende Einschränkung bedeutet. Den Verstoß gegen das Verbot einer ungesunden Verteilung von Grund und Boden im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG begründet das AG Beckum daher auch nicht mit dem materiellrechtlichen Inhalt des Übergabevertrages, sondern vielmehr mit der abstrakten Grundbuchverfahrensrechtlichen Gefahr, dass die Übergeber mithilfe einer durch einstweilige Verfügung zur Eintragung gelangenden Vormerkung die Eintragung neuer Grundpfandrechte an gesicherter Rangstelle verhindern oder jedenfalls wesentlich verzögern könnten. Dies überzeugt nur bedingt. Nimmt man dies ernst, müsste man streng genommen auch jede Grundbuchliche Sicherung von Austragsleistungen für die Veräußerer als unzulässig ansehen, da Banken jedenfalls bei größeren Finanzierungen erfahrungsgemäß oftmals den Rangrücktritt von Wohnungsrechten, Reallasten etc. verlangen. Dies gilt erst recht für – einer ordnungsgemäßen Wirtschaft entsprechende – Veräußerungen einzelner Grundstücke, die in jedem Fall von für die Veräußerer eingetragenen Rechten freigegeben werden müssen.

Entgegen der Auffassung des AG Beckum wird man daher richtigerweise die bloße abstrakte Möglichkeit, dass durch im Grundbuch jetzt oder in Zukunft aufgrund des Übergabevertrages eingetragene Belastungen die Veräußerung oder Belastung erschwert wird, nicht als allein ausreichend für einen Verstoß gegen das Verbot einer ungesunden Vertei-

lung von Grund und Boden im Sinne des § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG ansehen können. Zu bejahen ist ein solcher jedoch mit der bisherigen Rechtsprechung regelmäßig, wenn bereits aufgrund der materiellrechtlichen Vereinbarungen im Übergabevertrag die Veräußerung oder Belastung (auch einzelner Grundstücke) von der Zustimmung des Veräußerers abhängig ist.

Ist die Rückforderung hingegen nur bei Vorversterben des Erwerbers sowie in den ebenfalls nur bedingt durch diesen beeinflussbaren Fällen der Insolvenz und der Zwangsvollstreckung möglich, also nur in Fällen, in welchen eine „ordnungsgemäße Bewirtschaftung“ durch den Erwerber ohnehin nicht mehr stattfindet, steht dies der ordnungsgemäßen Bewirtschaftung des Hofes zu „Normalzeiten“ nicht im Wege. Ein Verstoß gegen § 9 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 GrdstVG kann allein hierauf mithin richtigerweise nicht gestützt werden – und zwar auch nicht, wenn das entsprechende Rückforderungsrecht durch eine Vormerkung im Grundbuch abgesichert wird oder zukünftig werden kann. Zu berücksichtigen ist hierbei auch, dass der Vorbehalt eines Rückforderungsrechts für den Fall des Vorversterbens des Erwerbers bei alleinstehenden Übernehmern im Hinblick auf erbschaftsteuerliche Erwägungen sogar im Einzelfall sinnvoll und dem Fortbestehen des Betriebes dienlich sein kann.

3. Exkurs: Zivilrechtliche Grenzen von Verfügungsverboten

In diesem Zusammenhang erscheint es schließlich geboten, kurz auf die zivilrechtlichen Grenzen von Verfügungsverboten im Rahmen von Übergabeverträgen hinzuweisen. Im Jahr 2012 hat der BGH entschieden, dass in Übergabeverträgen zur vorweggenommenen Erbfolge vereinbarte Unterlassungspflichten, die dem Übernehmer Verfügungen über das Vermögen eines übergebenen Betriebs insgesamt oder über dessen Grundvermögen untersagen, nach § 138 Abs. 1 BGB nichtig sind, wenn der Übernehmer von dem Übergeber nicht die Zustimmung zu einer mit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Wirtschaft zu vereinbarenden und den Zweck des Verfügungsverbots nicht wesentlich gefährdenden Verfügung verlangen kann.⁷ Spätestens seit diesem Zeitpunkt ist daher – unabhängig von der Frage der Genehmigungsfähigkeit nach dem GrdstVG – zu empfehlen, Zustimmungsvorbehalte des Veräußerers dahin gehend einzuschränken, dass der Veräußerer die Zustimmung zu Verfügungen nur aus wichtigem Grund verweigern darf.⁸ Fehlt eine solche Einschränkung, kann es allerdings auch nach Auffassung des BGH möglich sein, eine solche im Wege ergänzender Vertragsauslegung in den Übergabevertrag hineinzulesen.⁹

4 Netz, Grundstücksverkehrsgesetz, Rdnr. 1773.

5 Ehrenforth, Reichssiedlungsgesetz und Grundstücksverkehrsgesetz, 1965, S. 437.

6 OLG Celle, Beschluss vom 13.7.1970, 7 M Lw 15/69, MittBayNot 1971, 34; OLG Celle, Beschluss vom 21.2.2005, 7 W 85/04 (L), BeckRS 2006, 04072.

7 BGH, Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11, MittBayNot 2013, 218.

8 Litzenerberger, ZEV 2012, 550, 554; Graß, ZEV 2013, 375, 378; von Oertzen/Blüm, ZEV 2016, 71, 74; von Oertzen, ZEV 2018, 557, 558.

9 BGH, Urteil vom 6.7.2012, V ZR 122/11, MittBayNot 2013, 218, 220 f.

4. Fazit und praktische Empfehlung

Die Entscheidung des AG Beckum sollte als „Warnschuss“ für die Praxis angesehen werden, sich der Gefahren von Rückforderungsrechten in Hofübergabeverträgen im Hinblick auf deren Genehmigungsfähigkeit nach dem GrdstVG bewusst zu sein und auch die Beteiligten auf insoweit bestehende rechtliche Unsicherheiten hinzuweisen.

Im Detail erscheint die Entscheidung im konkreten Fall als zu weit gehend. Richtigerweise dürfte der bloße Vorbehalt von Rückforderungsrechten für den Fall des Vorversterbens sowie der Insolvenz und der Zwangsvollstreckung unschädlich sein. Auch die Eintragung einer Vormerkung zur Absicherung eines solchen Rückforderungsrechts sollte als solche noch nicht zur Versagung der Genehmigung führen *können* – wenngleich es ratsam ist, deren Vor- und Nachteile im Hinblick auf später etwa erforderliche Freigaben oder Rangrücktritte sorgfältig abzuwägen.

Ein hohes Risiko für die Versagung der Genehmigung dürfte indes zukünftig bestehen, wenn die Rückforderung auch im Fall der Veräußerung und/oder der Belastung einzelner Grundstücke vorbehalten wird; hiervon sollte nach Möglichkeit abgesehen werden. In jedem Fall sind die zivilrechtlichen Grenzen im Zusammenhang mit Zustimmungsvorbehalten zu beachten. Die Entwicklung der Rechtsprechung bleibt aber zu beobachten.

BÜRGERLICHES RECHT – SACHEN- UND GRUNDBUCHRECHT

5. Gesamtrechtsnachfolge im Sinne von § 40 GBO bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft

BGH, Beschluss vom 5.7.2018, V ZB 10/18 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 8.1.2018, I-2 Wx 270/17)

GBO § 29 Abs. 1, § 40 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Eine die entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO rechtfertigende erbgangsgleiche Gesamtrechtsnachfolge ist gegeben, wenn aus einer zweigliedrigen Personenhandelsgesellschaft ein Gesellschafter ausscheidet und es zu einer liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft und damit zu einer anwachungsbedingten Gesamtrechtsnachfolge des anderen Gesellschafters kommt.
2. Diese Gesamtrechtsnachfolge ist grundbuchverfahrensrechtlich (§ 29 Abs. 1 GBO) jedenfalls dann nachgewiesen, wenn zum einen die notariell beglaubigte Handelsregisteranmeldung beider Gesellschafter, aus der sich die zur Gesamtrechtsnachfolge führende Rechtsänderung ergibt, oder eine notariell beglaubigte Ausscheidensvereinbarung der

Gesellschafter vorgelegt werden und zum anderen das Ausscheiden des Gesellschafters sowie das Erlöschen der Gesellschaft im Handelsregister eingetragen ist.

3. § 40 Abs. 1 GBO findet entsprechende Anwendung, wenn in Vorbereitung der Übertragung eines Rechts zunächst nur eine Vormerkung in das Grundbuch eingetragen werden soll.
4. Gesamtrechtsnachfolge tritt auch ein, wenn aus einer zweigliedrigen Personenhandelsgesellschaft der vorletzte Gesellschafter ausscheidet. Dies führt vorbehaltlich einer abweichenden Regelung der Gesellschaft zur liquidationslosen Vollbeendigung der Gesellschaft. (Leitsatz der Schriftleitung)

HINWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 914.

6. Entgeltliche Überlassung gemeinschaftlicher Räume einer Miteigentümergeinschaft an eines ihrer Mitglieder

BGH, Urteil vom 25.4.2018, VIII ZR 176/17 (Vorinstanz: LG Berlin, Urteil vom 13.6.2017, 63 S 278/16)

BGB §§ 535, 566 Abs. 1, §§ 741, 1008, 1010 Abs. 1

LEITSÄTZE:

1. Überlässt eine Miteigentümergeinschaft gemeinschaftliche Räume einem ihrer Mitglieder vertraglich gegen Entgelt zur alleinigen Nutzung, kommt hierdurch regelmäßig ein (Wohnraum-)Mietverhältnis zustande (Anschluss an BGH, Urteile vom 8.1.1969, VIII ZR 184/66, WM 1969, 298 unter 2. b); vom 17.12.1973, II ZR 59/72, NJW 1974, 364 unter A. II. 2. b); vom 15.9.1997, II ZR 94/96, NJW 1998, 372 unter I.; vom 11.9.2000, II ZR 324/98, NZM 2001, 45 unter II. 1. b); vom 15.9.2010, VIII ZR 16/10, NZM 2010, 898 Rdnr. 14). Auf ein derartiges Mietverhältnis sind die zum Schutz des Mieters vorgesehenen gesetzlichen Bestimmungen anzuwenden.
2. Dem wirksamen Zustandekommen eines solchen Mietvertrags steht nicht entgegen, dass der Miteigentümer hieran sowohl auf Mieterseite als auch – neben anderen Miteigentümern – auf Vermieterseite beteiligt ist (Bestätigung und Fortführung der Senatsurteile vom 27.4.2016, VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 Rdnr. 18 m. w. N.; vom 24.8.2016, VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331 Rdnr. 21).
3. Der Erwerber eines Miteigentumsanteils tritt in ein zwischen der Miteigentümergeinschaft und einem oder einzelnen ihrer Mitglieder bestehendes Wohnraummietverhältnis gemäß § 566 Abs. 1 BGB

ein (Bestätigung des Senatsurteils vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NZM 2012, 150 Rdnr. 23 m. w. N.). Dies gilt auch, wenn die mietvertragliche Regelung nicht als Belastung des Miteigentumsanteils im Grundbuch eingetragen ist (§ 1010 Abs. 1 BGB).

4. Eine auf den Fortbestand eines (Wohnraum-)Mietverhältnisses zwischen einer Miteigentümergeinschaft und einem oder einzelnen ihrer Mitglieder gerichtete Feststellungsklage muss nicht gegen sämtliche Mitglieder der Miteigentümergeinschaft erhoben werden, wenn nur einzelne von ihnen das Bestehen eines Mietverhältnisses in Abrede stellen (Anschluss an BGH, Urteile vom 26.10.1990, V ZR 105/89, NJW-RR 1991, 333 unter II. 2.; vom 4.4.2014, V ZR 110/13, NZM 2014, 522 Rdnr. 10).

SACHVERHALT:

1 Die Parteien streiten über die Feststellung des Fortbestands eines Mietverhältnisses über die von den Klägern bewohnte Wohnung in einem Mehrfamilienhaus in Berlin sowie über das Recht der Kläger zur alleinigen Nutzung des hinteren Gartens des Hausgrundstücks.

2 Das vorbezeichnete Anwesen stand seit mehr als 100 Jahren im Eigentum der Familie der Klägerin zu 1. Ende des Jahres 2006 wurden die Klägerin zu 1 und ihre Schwester im Grundbuch zu je einem Sechstel als Miteigentümer des Hausgrundstücks eingetragen. Unter dem 3.5.2009 schlossen sämtliche damaligen Miteigentümer, handelnd unter der Bezeichnung „Grundstücksgemeinschaft F“ mit der Klägerin zu 1 und deren Ehemann, dem Kläger zu 2, einen als „Wohnungs-Einheitsmietvertrag“ überschriebenen (Formular-)Vertrag, wonach die Kläger die streitgegenständliche 214,47 m² große Sechszimmerwohnung in der ersten Etage und im Dachgeschoss links auf unbestimmte Zeit für eine monatliche Miete von 898,96 € einschließlich der Betriebskosten zuzüglich einer monatlichen Heizkostenvorauszahlung i. H. v. 361 €, insgesamt mithin 1.259,96 € monatlich, mieteten.

3 § 20 des Mietvertrags enthält als Ziffer 2 unter der Überschrift „weitere Vereinbarungen“ die handschriftliche Bezugnahme auf eine Anlage des Mietvertrags, wonach die Kläger, da ihnen der Zustand des Hauses bekannt sei, als Mieter auf etwaige Minderungs- oder Instandhaltungsrechte sowie Ansprüche gegen die Vermieterin, die Grundstückseigentümergeinschaft, wegen sämtlicher bekannten und unbekannter Mängel verzichteten. Weiter enthält § 20 des Mietvertrags unter Ziffer 4 folgende (handschriftliche) Regelung hinsichtlich der Gartennutzung:

„Die Mieter haben den hinteren Gartenteil hergerichtet. Ihnen steht ein alleiniges Nutzungsrecht zu.“

4 Im Jahre 2014 erhielt die Klägerin zu 1 als Alleinerbin der Miteigentümerin N deren Miteigentumsanteil von einem Drittel, sodass sie fortan insgesamt die Hälfte der Miteigentumsanteile hielt.

5 Nach dem Tod des weiteren Miteigentümers B erwarb die Beklagte, eine aus den Gesellschaftern S-A H und Dr. J R bestehende Gesellschaft des bürgerlichen Rechts, dessen Miteigentumsanteil von einem Drittel von dem Insolvenzverwalter aus dem Nachlass. Seit dem 4.4.2016 ist die Beklagte als Miteigentümerin im Grundbuch eingetragen. Die Beklagte war sodann bestrebt, auch die übrigen, von der Klägerin zu 1 und deren – inzwischen verstorbenen – Schwester gehaltenen Miteigentumsanteile von insgesamt zwei Dritteln zu erwerben, was diese jedoch ablehnten.

6 Mit an die Klägerin zu 1 gerichtetem Schreiben vom 27.4.2016 vertrat die Beklagte die Auffassung, der oben genannte Vertrag vom 3.5.2009 sei ihr gegenüber gemäß § 1010 Abs. 1 BGB mangels Eintragung im Grundbuch unwirksam, forderte die Kläger auf, aus der Wohnung auszuziehen, und kündigte die Beantragung einer

Teilungsversteigerung an. Zugleich verlangte die Beklagte für den Zeitraum ab ihrer Eintragung als Miteigentümerin im Grundbuch bis zur Räumung der Wohnung von den Klägern die Zahlung einer über die oben genannte monatliche Miete hinausgehenden Nutzungsschädigung in Höhe von zusätzlich 571,92 € monatlich. Mit Schriftsatz vom 31.5.2016 erklärte die Beklagte schließlich die Kündigung des Mietverhältnisses zum nächstmöglichen Termin, spätestens zum 30.10.2016.

7 Mit der vorliegenden Klage begehren die Kläger die Feststellung, dass das Mietverhältnis gemäß dem oben genannten Mietvertrag bis auf Weiteres fortbestehe und insbesondere nicht mit dem Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Beklagte oder durch deren Schreiben vom 27.4.2016 beendet worden sei. Die Beklagte erstrebt im Wege der Widerklage die Feststellung, dass die Kläger mietvertraglich gegenüber der Beklagten nicht das Recht zum ausschließlichen Nutzen und Besitz an dem hinter dem Haus gelegenen Garten („Hintergarten“) des Anwesens haben.

8 Das AG hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Die hiergegen gerichtete Berufung der Kläger hat das LG zurückgewiesen. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgen die Kläger ihr Klagebegehren und die von ihnen erstrebte Abweisung der Widerklage weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

9 Die Revision hat Erfolg.

(...)

16 Das Berufungsgericht hat zu Unrecht einen Anspruch der Kläger auf Feststellung des Fortbestehens des Mietverhältnisses hinsichtlich der streitgegenständlichen Wohnung verneint, indem es den Vertrag vom 3.5.2009 trotz dessen eindeutigen Inhalts rechtsfehlerhaft nicht als Mietvertrag, sondern als eine bloße gemeinschaftsrechtliche Verwaltungs- und Benutzungsregelung nach § 745 BGB angesehen hat, welche die Beklagte mangels Eintragung im Grundbuch nicht binde (§ 1010 Abs. 1 BGB). Wie die Revision mit Recht rügt, kann ein Mietverhältnis über Wohnraum, anders als das Berufungsgericht aufgrund eines Fehlverständnisses des Senatsurteils vom 27.4.2016 (VIII ZR 323/14, WuM 2016, 341 Rdnr. 18 und Leitsatz 1) gemeint hat, auch zwischen den Mitgliedern einer Miteigentümergeinschaft und einem ihrer Mitglieder – hier der Klägerin zu 1 (neben dem an der Gemeinschaft nicht beteiligten Kläger zu 2) – begründet werden. Dem steht nicht entgegen, dass in einem solchen Fall das Mitglied der Miteigentümergeinschaft an dem Mietvertrag sowohl als Mieter als auch – neben anderen Miteigentümern – als Vermieter beteiligt ist. In die sich aus dem Mietvertrag vom 3.5.2009 ergebenden Rechte und Pflichten ist die Beklagte nach § 566 Abs. 1 BGB mit dem Erwerb ihres Miteigentumsanteils eingetreten.

17 Ebenfalls zu Unrecht hat das Berufungsgericht – infolge der rechtsfehlerhaften Verneinung des Vorliegens eines Mietverhältnisses – auf die Widerklage hin den Klägern die in § 20 Ziffer 4 des Mietvertrags vereinbarte alleinige Nutzung des hinter dem Haus gelegenen Gartens aberkannt.

(...)

21 3. Rechtsfehlerhaft hat das Berufungsgericht jedoch – wie die Revision mit Recht rügt – das Zustandekommen und den Fortbestand eines Mietverhältnisses zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft über die

streitgegenständliche Wohnung verneint. Hierbei hat das Berufungsgericht – wie bereits das AG – die personellen Anforderungen an das wirksame Entstehen eines vertraglichen Schuldverhältnisses grundlegend verkannt. Dementsprechend hat es die Ausführungen des Senats in dessen Urteil vom 27.4.2016 (VIII ZR 323/14, a. a. O.), welches sich auf die – hier offensichtlich nicht gegebene – Fallgestaltung bezog, dass der Mieter zugleich alleiniger Vermieter der Wohnung (geworden) ist, falsch verstanden und deshalb zu Unrecht gemeint, der Annahme eines Mietverhältnisses stehe im Streitfall entgegen, dass die Klägerin zu 1 sowohl aufseiten der Vermieter als auch aufseiten der Mieter an dem Mietvertrag beteiligt sei. Dabei hat das Berufungsgericht zum einen rechtsfehlerhaft nicht berücksichtigt, dass die Klägerin zu 1 nicht alleinige Vermieterin war und ist, sondern neben ihr weitere Miteigentümer auf Vermieterseite beteiligt (gewesen) sind. Zum anderen hat das Berufungsgericht in diesem Zusammenhang grundlegend verkannt, dass nach der ständigen Rechtsprechung des BGH und nach einhelliger Auffassung der Literatur die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft Wohnräume, die sich auf dem gemeinschaftlichen Grundstück befinden, an ein Mitglied oder an einzelne Mitglieder der Miteigentümergeinschaft (§§ 741 ff., 1008 ff. BGB) vermieten können, ohne dass der Wirksamkeit eines solchen Mietvertrags – schon anfänglich oder später infolge einer Konfusion – entgegensteünde, dass einer der Miteigentümer oder einzelne Miteigentümer sowohl auf Vermieter- als auch auf Mieterseite an dem Vertrag beteiligt sind.

22 a) Im Ansatz noch zutreffend ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Kläger und sämtliche damaligen Mitglieder der Miteigentümergeinschaft am 3.5.2009 den als „Wohnungs-Einheitsmietvertrag“ überschriebenen Vertrag über die Nutzung der streitgegenständlichen Wohnung unterzeichnet haben. Dies zieht auch die Beklagte nicht in Zweifel.

23 b) Ebenfalls noch frei von Rechtsfehlern ist der – auch von der Revision nicht angegriffene – Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass ein Schuldverhältnis nach allgemeiner Auffassung voraussetzt, dass Gläubiger und Schuldner (mindestens zwei) verschiedene Personen sind (siehe nur Senatsurteile vom 27.4.2016, VIII ZR 323/14, a. a. O. Rdnr. 18; vom 24.8.2016, VIII ZR 100/15, BGHZ 211, 331 Rdnr. 21). So verhält es sich hier. Sowohl auf Vermieterseite als auch auf Mieterseite sind – nach wie vor – neben der Klägerin zu 1 Personen beteiligt, die nicht identisch sind. Mieter sind die Klägerin zu 1 und der Kläger zu 2, ihr Ehemann; demgegenüber sind Vermieter die Klägerin zu 1, die Beklagte sowie der Rechtsnachfolger der Schwester der Klägerin zu 1.

24 c) Aus dem Senatsurteil vom 27.4.2016 (VIII ZR 323/14, a. a. O. m. w. N.) ergibt sich – entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts – nichts anderes. Insbesondere ist diesem Urteil des Senats nicht zu entnehmen, dass ein Mietverhältnis nicht wirksam zustande kommen kann, wenn auf Gebrauchsnutzerseite eine Person beteiligt ist, die zugleich Vermieterstellung neben anderen Personen einnimmt. Im Gegenteil ist der Senat (auch) in dieser Entscheidung, wie dort im Einzelnen ausgeführt worden ist, von der seit langem gefestigten Rechtsprechung ausgegangen, dass ein Schuldverhältnis (nur dann)

erst gar nicht entstehen kann bzw. in der Regel erlischt, wenn sich die Vertragsparteien und damit die Gläubiger- und Schuldnerstellung – mithin Forderung und Schuld – in einer Person vereinigen (vgl. bereits RGZ 49, 285, 286; Senatsurteile vom 9.6.2010, VIII ZR 189/09, NZM 2010, 698 Rdnr. 18 f.; vom 27.4.2016, VIII ZR 323/14, a. a. O. m. w. N.).

25 Ein solcher Fall liegt bei der im Streitfall zu beurteilenden Vermietung einer Wohnung durch die Mitglieder einer Miteigentümergeinschaft an eines oder einzelne ihrer Mitglieder nicht vor. Dementsprechend hat der Senat in seinem von den Vorinstanzen zur Begründung ihrer fehlerhaften Rechtsauffassung angeführten Urteil vom 27.4.2016 (VIII ZR 323/14, a. a. O.) auch nicht etwa zu erkennen gegeben, die hierzu seit langem bestehende, von den Vorinstanzen jedoch nicht berücksichtigte Rechtsprechung des BGH ändern zu wollen.

26 d) In der Rechtsprechung des BGH ist, wie die Revision zutreffend geltend macht, seit langem anerkannt, dass eine Miteigentümergeinschaft ihr Grundstück oder darauf befindliche gemeinschaftliche Räume einem ihrer Mitglieder durch vertragliche Vereinbarung mit diesem entgeltlich zur alleinigen Nutzung überlassen kann und in einem solchen Fall regelmäßig ein (Wohnraum-)Mietverhältnis zustande kommt (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 15.9.2010, VIII ZR 16/10, NZM 2010, 898 Rdnr. 14; so auch bereits BGH, Urteile vom 8.1.1969, VIII ZR 184/66, WM 1969, 298 unter 2. b); vom 17.12.1973, II ZR 59/72, NJW 1974, 364 unter A. II. 2. b); vom 15.9.1997, II ZR 94/96, NJW 1998, 372 unter I.; vom 11.9.2000, II ZR 324/98, NZM 2001, 45 unter II. 1. b); ebenso Palandt/*Sprau*, a. a. O., § 744 Rdnr. 2; vgl. auch MünchKomm-BGB/*Schmidt*, 7. Aufl., § 743 Rdnr. 15; Staudinger/*Emmerich*, Neub. 2018, Vor § 535 BGB, Rdnr. 73a; Staudinger/*von Proff*, Neub. 2015, § 741 Rdnr. 75 f.).

27 Die Revisionserwiderung macht demgegenüber geltend, die streitgegenständliche Vereinbarung der damaligen Miteigentümer und der Kläger vom 3.5.2009 stelle – zumindest dem Schwerpunkt nach – eine gemeinschaftsrechtliche Regelung über die Verwaltung und Benutzung des gemeinschaftlichen Grundstücks dar. Dies trifft nicht zu. Vielmehr handelt es sich bei dieser Vereinbarung unter Berücksichtigung aller für deren Beurteilung maßgeblichen Umstände um einen Mietvertrag.

28 Anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung gemeint haben, spricht es auch nicht gegen, sondern sogar eher für die Annahme eines Mietvertrags, wenn – wie hier vom Berufungsgericht zwar festgestellt, von der Revision jedoch angegriffen – die dem Mieter (Miteigentümer) vertraglich eingeräumte Nutzungsmöglichkeit (deutlich) über den Umfang hinausgeht, der seinem Miteigentumsanteil entspricht, und durch die vereinbarte Vergütung der Mehrwert der Nutzung über den Miteigentumsanteil hinaus ausgeglichen werden soll. Entscheidend ist, dass Gegenstand eines solchen – hier zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft abgeschlossenen – Vertrags die Überlassung einer Wohnung gegen Entgelt ist (vgl. Senatsurteil vom 15.9.2010, VIII ZR 16/10, a. a. O., Rdnr. 13). Dies gilt auch, wenn das vereinbarte Entgelt niedrig ist. Denn die Miete braucht, anders als die Revisionserwiderung offenbar meint, nicht dem Mietwert der Sache zu entsprechen und kann daher, ohne dass

dies der Annahme eines Mietvertrags entgegenstünde, auch weit unter der Marktmiete liegen (vgl. Senatsurteil vom 20.9.2017, VIII ZR 279/16, NJW-RR 2017, 1479 Rdnr. 17).

29 Selbst wenn in einem solchen Fall in dem Abschluss des Mietvertrags zugleich eine – einvernehmliche – gemeinschaftsrechtliche Regelung nach § 745 BGB liegen und insoweit zusätzlich auch die Regelungen des Gemeinschaftsrechts zu berücksichtigen sein sollten (vgl. hierzu BGH, Urteile vom 17.12.1973, II ZR 59/72, a. a. O.; vom 15.9.1997, II ZR 94/96, a. a. O.; Staudinger/*Emmerich*, a. a. O.; Staudinger/*von Proff*, a. a. O., Rdnr. 76; MünchKomm-BGB/*Schmidt*, a. a. O.), änderte dies nichts daran, dass beim Vorliegen der tatsächlichen und rechtlichen Voraussetzungen eines (Wohnraum-)Mietvertrags die für einen solchen Vertrag geltenden gesetzlichen Vorschriften, insbesondere die vom Gesetzgeber zum Schutz des Mieters vorgesehenen Bestimmungen, grundsätzlich auch im Rahmen einer Miteigentümergeinschaft anzuwenden sind.

30 aa) Nach diesen Grundsätzen hätte das Berufungsgericht unter den hier gegebenen Umständen die Begründung eines Mietverhältnisses zwischen den Klägern und den damaligen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft durch den Vertrag vom 3.5.2009 nicht verneinen dürfen. Zwar darf die Auslegung einer Individualerklärung – wie sie hier hinsichtlich der auf den Vertragsabschluss gerichteten Erklärungen der damaligen Vertragsparteien vorliegt – durch den Tatrichter vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (st. Rspr.; vgl. etwa Senatsurteil vom 12.10.2016, VIII ZR 55/15, BGHZ 212, 248 Rdnr. 35 m. w. N.). Solche Rechtsfehler sind dem Berufungsgericht, wie die Revision mit Recht geltend macht, hier jedoch unterlaufen.

31 bb) Dabei hat sich das Berufungsgericht aufgrund seines oben (unter II. 3. c)) im Einzelnen dargestellten rechtlich unzutreffenden Ausgangspunktes bereits von vornherein den Blick für eine zutreffende Auslegung des Vertrags vom 3.5.2009 verstellt. Es hat hierdurch, wie die Revision mit Recht rügt, sowohl den Inhalt des Vertrags und den darin zum Ausdruck gebrachten Willen der Vertragsparteien – und damit wesentlichen Auslegungstoff – außer Betracht gelassen als auch den Grundsatz einer nach beiden Seiten hin interessengerechten Auslegung des Vertrags (vgl. hierzu Senatsurteil vom 22.11.2017, VIII ZR 83/16, NJW 2018, 537 Rdnr. 30 m. w. N. – zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehen) verletzt.

32 Damit ist der Senat an das Auslegungsergebnis des Berufungsgerichts nicht gebunden und kann, da weitere tatsächliche Feststellungen insoweit nicht zu erwarten sind, die Auslegung selbst vornehmen (vgl. Senatsurteile vom 20.9.2017, VIII ZR 279/16, a. a. O., Rdnr. 21; vom 6.12.2017, VIII ZR 219/16, BauR 2018, 671 Rdnr. 31; jeweils m. w. N.). Danach hat die Miteigentümergeinschaft den Klägern die streitgegenständliche Wohnung zur entgeltlichen Nutzung überlassen. Ein solcher Vertrag ist nach der oben (unter II. 3. d)) dargestellten höchstrichterlichen Rechtsprechung regelmäßig als Mietvertrag anzusehen. So liegen die Dinge auch hier.

33 Sowohl die Überschrift des Vertrages („Wohnungs-Einheitsmietvertrag“) als auch die Verwendung eines gängigen Mietvertragsformulars sprechen eindeutig dafür, dass die Kläger und die damaligen Mitglieder der Miteigentümergeinschaft einen Wohnraummietvertrag abschließen wollten (vgl. Senatsurteil vom 9.7.2014, VIII ZR 376/13, BGHZ 202, 39 Rdnr. 37 m. w. N.). Für einen solchen Willen der Vertragsschließenden sprechen ebenso unmissverständlich der auf die Vermietung der Wohnung gerichtete Inhalt des Vertrags (vgl. Senatsurteil vom 9.7.2014, VIII ZR 376/13, a. a. O.) sowie die hierin zum Ausdruck gebrachte Interessenlage der Vertragsparteien, den Klägern mit der entgeltlichen Überlassung der Nutzung der Wohnung auch den im Gesetz vorgesehenen Schutz für Wohnraummieter zukommen zu lassen. Das Vorliegen eines Mietvertrags wird schließlich auch deutlich durch den Umstand belegt, dass der nicht an der Miteigentümergeinschaft beteiligte Kläger zu 2 als weiterer Mieter in den Vertrag einbezogen worden ist.

34 4. In diesen zwischen den Klägern und den damaligen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft abgeschlossenen Mietvertrag vom 3.5.2009 ist die Beklagte durch den Erwerb des Miteigentumsanteils des verstorbenen Miteigentümers B gemäß § 566 Abs. 1 BGB neben den verbleibenden Miteigentümern auf Vermieterseite eingetreten. Der Mietvertrag besteht daher, wie die Kläger mit ihrer Feststellungsklage zu Recht geltend machen, auch in Ansehung des Erwerbs des Miteigentumsanteils des verstorbenen Miteigentümers B durch die Beklagte fort, entfaltet mithin auch ihr gegenüber Wirkung und ist dementsprechend auch nicht durch das oben genannte, die Wirksamkeit des Mietvertrags und die daraus folgende Nutzungsberechtigung der Kläger in Abrede stellende Schreiben der Beklagten vom 27.4.2016 beendet worden.

35 a) Wird der vermietete Wohnraum nach der Überlassung an den Mieter von dem Vermieter an einen Dritten veräußert, so tritt gemäß § 566 Abs. 1 BGB der Erwerber anstelle des Vermieters in die sich während der Dauer seines Eigentums aus dem Mietverhältnis ergebenden Rechte und Pflichten ein. Dies gilt auch für den – hier gegebenen – Fall des Erwerbs eines Miteigentumsanteils durch eine Person, die – wie die Beklagte – nicht bereits Miteigentümer ist (vgl. Senatsurteil vom 23.11.2011, VIII ZR 74/11, NZM 2012, 150 Rdnr. 23 m. w. N.; Schmidt-Futterer/*Strey*, Mietrecht, 13. Aufl., § 566 BGB Rdnr. 76; Blank/Börstinghaus/*Blank*, Miete, 5. Aufl., § 566 Rdnr. 53; Palandt/*Weidenkaff*, a. a. O., § 566 Rdnr. 7).

36 b) Dieser Rechtswirkung des Mietvertrags gegenüber der Beklagten steht, anders als das Berufungsgericht und die Revisionserwiderung meinen, die Bestimmung des § 1010 Abs. 1 BGB nicht entgegen.

37 aa) Nach dieser Vorschrift wirkt eine von den Miteigentümern eines Grundstücks getroffene Regelung über die Verwaltung und Benutzung gegen den Sondernachfolger eines Miteigentümers nur, wenn sie als Belastung des Anteils im Grundbuch eingetragen ist.

38 Eine solche Eintragung im Grundbuch war nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hinsichtlich der streitgegenständlichen vertraglichen Vereinbarung vom 3.5.2009 nicht erfolgt. Diese Vereinbarung wirkt gleichwohl (auch) gegen die

Beklagte, da es sich hierbei aus den oben (unter II. 3. d)) im Einzelnen dargestellten Gründen jedenfalls nicht im Schwerpunkt um eine Verwaltungs- und Benutzungsregelung in dem vorbezeichneten Sinne (§§ 745, 1010 Abs. 1 BGB), sondern um einen Mietvertrag gemäß § 535 BGB handelt. Bei einem solchen richtet sich der Eintritt eines Rechtsnachfolgers nach der mietrechtlichen Vorschrift des § 566 Abs. 1 BGB.

39 bb) Anders als die Revisionserwidern meint, steht der Anwendung des § 566 Abs. 1 BGB bei der hier gegebenen Fallgestaltung auch nicht etwa ein Vorrang des § 1010 Abs. 1 BGB entgegen. Vergeblich macht sie insoweit geltend, ein solcher Vorrang müsse schon deshalb bestehen, weil ansonsten ein klarer, dem Verkehrsschutz dienender sachenrechtlicher Normbefehl (§ 1010 Abs. 1 BGB) durch eine nur „quasi-dinglich“ wirkende Schuldrechtsnorm (§ 566 Abs. 1 BGB) unterlaufen würde. Zweck des § 1010 Abs. 1 BGB sei es, den Erwerber des Miteigentumsanteils verlässlich durch Grundbuchpublizität gegen ihm unbekanntere Vereinbarungen oder Ansprüche zu schützen.

40 Dieser Einwand greift nicht durch. Nach dem in § 566 Abs. 1 BGB zum Ausdruck gebrachten Willen des Gesetzgebers ist der Eintritt des Erwerbers von vermietetem Wohnraum in den Mietvertrag nicht an ein Publizitätserfordernis geknüpft. Es obliegt vielmehr dem Erwerber, sich vor dem Erwerb der Mietsache über das Bestehen eines Mietvertrags zu informieren. Einen sachlichen Grund dafür, warum derjenige, der (nur) einen Miteigentumsanteil an dem vermieteten Wohnraum erwirbt, rechtlich stärker geschützt werden soll als derjenige, der den vermieteten Wohnraum insgesamt erwirbt, vermag weder die Revisionserwidern aufzuzeigen noch ist ein solcher sonst zu erkennen.

41 c) Das zwischen den Klägern und den Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft – einschließlich der Beklagten – bestehende Mietverhältnis ist mithin, wie die Kläger mit ihrer Feststellungsklage zu Recht geltend machen, weder durch den Erwerb des Miteigentumsanteils durch die Beklagte noch aufgrund deren Schreibens vom 27.4.2016 beendet worden. Dies gilt in gleicher Weise für die mit Schriftsatz der Beklagten vom 31.5.2016 ausgesprochene (ordentliche) Kündigung des Mietverhältnisses. Denn diese ist – unabhängig von der Frage einer Kündigungsberechtigung der lediglich über ein Drittel der Miteigentumsanteile verfügenden Beklagten – schon mangels der Angabe eines Kündigungsgrundes (§ 573 Abs. 3 BGB) unwirksam.

42 5. Das Berufungsgericht hat schließlich die auf Feststellung des Nichtbestehens eines Rechts der Kläger auf die in § 20 Ziffer 4 des Mietvertrags vorgesehene alleinige Nutzung des hinteren Gartens gerichtete Widerklage zu Unrecht – nach seinem Rechtsstandpunkt allerdings folgerichtig – als begründet angesehen. Da durch den Vertrag vom 3.5.2009, anders als das Berufungsgericht gemeint hat, ein Mietverhältnis zustande gekommen und die Beklagte in dieses Mietverhältnis gemäß § 566 Abs. 1 BGB eingetreten ist, dürfen sich die Kläger (auch) ihr gegenüber auf das im Mietvertrag vorgesehene Recht zur alleinigen Nutzung des hinteren Gartens berufen. Der von der Beklagten geltend gemachte Anspruch auf (negative) Feststellung besteht deshalb nicht.

43 Die Beklagte hat zwar, wie dem Urteil des AG zu entnehmen ist, auf dessen tatsächliche Feststellungen das Berufungsgericht ergänzend Bezug genommen hat, erstinstanzlich geltend gemacht, es bestehe der Verdacht, dass die vorbezeichnete (handschriftliche) Regelung des Mietvertrags nachträglich zugesetzt worden sei. Diesen – nur in pauschaler Form erfolgten – Vortrag, hat die Beklagte indessen weder im weiteren Verlauf des erstinstanzlichen Verfahrens – nach entsprechendem Gegenvortrag der Kläger – vertieft noch im Berufungsverfahren aufgegriffen. Dementsprechend verfolgt auch die Revisionserwidern diesen Einwand nicht weiter und hat eine entsprechende Gegenrüge nicht erhoben.

44 III. Nach alledem kann das Urteil des Berufungsgerichts keinen Bestand haben; es ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat entscheidet in der Sache selbst, da es weiterer Feststellungen nicht bedarf und die Sache zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Da zwischen den Klägern und den damaligen Mitgliedern der Miteigentümergeinschaft durch den Mietvertrag vom 3.5.2009 ein wirksames Mietverhältnis über die streitgegenständliche Wohnung zustande gekommen, die Beklagte gemäß § 566 Abs. 1 BGB in das Mietverhältnis eingetreten ist und dieses damit unter ihrer Beteiligung fortbesteht, steht den Klägern der hierauf gerichtete Feststellungsanspruch zu. Hingegen kann die Beklagte die mit der Widerklage geltend gemachte (negative) Feststellung nicht beanspruchen, da die Kläger gemäß § 20 Ziffer 4 des Mietvertrags ein alleiniges Nutzungsrecht hinsichtlich des hinteren Gartenteils haben. Auf die Berufung der Kläger ist daher das Urteil des AG abzuändern und der Klage stattzugeben sowie die Widerklage abzuweisen.

7. Dauerhafte Änderung des Sondernutzungsrechts eines Wohnungseigentümers bedarf einer Änderung der Gemeinschaftsordnung

BGH, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 65/17 (Vorinstanz: LG Köln, Entscheidung vom 9.2.2017, 29 S 223/15)

WEG § 10 Abs. 2 Satz 3, § 13 Abs. 2 Satz 1, §§ 14, 15 Abs. 1
BGB § 242

LEITSÄTZE:

1. Die dauerhafte Änderung des Inhalts eines Sondernutzungsrechts und die dauerhafte Aufhebung eines solchen Rechts können die übrigen Wohnungseigentümer gegen den Willen des Sondernutzungsberechtigten nur nach Maßgabe von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG und auf dem darin geregelten Weg einer Anpassung oder Änderung der Gemeinschaftsordnung herbeiführen.
2. Aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG kann sich auch ein Anspruch auf ersatzlose Aufhebung eines Sondernut-

zungsrechts ergeben, allerdings nur als ultima ratio, etwa wenn die Sondernutzungsfläche zwingend benötigt wird, um unabwendbaren behördlichen Auflagen nachzukommen, und regelmäßig nur gegen Zahlung einer entsprechenden Entschädigung.

- 3. Selbst wenn die übrigen Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG die Aufhebung eines Sondernutzungsrechts verlangen können, ist der Sondernutzungsberechtigte nicht verpflichtet, seine Sondernutzungsfläche im Vorgriff auf eine solche Aufhebung zur Verfügung zu stellen.**

SACHVERHALT:

1 Die Klägerin ist eine Wohnungseigentümergeinschaft, deren Mitglied die Beklagte ist. In der von der Stadt im Jahre 2004 erteilten Baugenehmigung ist vorgesehen, die an der Straße gelegenen Stellplätze parallel zum Gebäude zu errichten, unter anderem auf der Fläche vor der Wohnung der Beklagten. Davon abweichend wurden die Stellplätze in einem rechten Winkel zu dem Gebäude ausgerichtet. Vor der Wohnung der Beklagten befindet sich eine abgezaunte Terrassen- und Gartenfläche. In der Gemeinschaftsordnung wird dem jeweiligen Eigentümer der Wohnung der Beklagten ein entsprechendes unentgeltliches Sondernutzungsrecht an dieser Fläche eingeräumt, welches in das Grundbuch eingetragen wurde. Die Stadt, die dem Rechtsstreit aufseiten der Klägerin beigetreten ist, lehnt die nachträgliche Genehmigung der tatsächlichen Bauausführung ab und verlangt die Errichtung der Stellplätze parallel zum Gebäude, unter anderem auf der Sondernutzungsfläche der Beklagten.

2 Die Klägerin verlangt von der Beklagten, es zu dulden, dass die Klägerin die Terrasse, den Rasen und die Pflanzen sowie den die Sondernutzungsfläche umgebenden Zaun entfernt und auf der Fläche zwei Stellplätze errichtet, die dauerhaft durch die Wohnungseigentümer oder Bewohner genutzt werden können. Weiterhin verlangt die Klägerin von der Beklagten die Duldung der Nutzung ihrer Sondernutzungsfläche als Zufahrt zu weiteren Stellplätzen. In der Eigentümerversammlung vom 24.11.2010 wurde die gerichtliche Durchsetzung der Duldung der Umbaumaßnahmen beschlossen.

3 Das AG hat der Klage Zug um Zug gegen eine Entschädigungszahlung i. H. v. 38.000 € stattgegeben. Die Berufung der Beklagten und die Anschlussberufung der Klägerin hat das LG zurückgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Antrag auf Abweisung der Klage weiter.

AUS DEN GRÜNDEN:

(...)

6 Die Erwägungen des Berufungsgerichts halten einer revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

7 1. Anders als das Berufungsgericht meint, muss ein sondernutzungsberechtigter Wohnungseigentümer den umfassenden Mitgebrauch seiner Sondernutzungsfläche durch alle Wohnungseigentümer nicht dauerhaft dulden. Etwas anderes lässt sich entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht aus § 242 BGB ableiten.

8 a) Jeder Wohnungseigentümer ist zwar gemäß § 13 Abs. 2 Satz 1 WEG zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach Maßgabe der §§ 14 und 15 WEG berechtigt. Das gilt aber nach § 15 Abs. 1 WEG nicht für die Teile des gemeinschaftlichen Eigentums, an denen einzelnen Wohnungseigentümern Sondernutzungsrechte zugewiesen sind. Wesensmerk-

mal von Sondernutzungsrechten ist, dass sie dem begünstigten Wohnungseigentümer unter Ausschluss der übrigen (negative Komponente) das Recht zur Nutzung von Teilen des Gemeinschaftseigentums zuweisen (positive Komponente). Sie schränken damit die gesetzliche Befugnis jedes Wohnungseigentümers zum Mitgebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums nach § 13 Abs. 2 WEG ein (vgl. Senat, Urteil vom 13.1.2017, V ZR 96/16, ZWE 2017, 224 Rdnr. 31; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 10; Urteil vom 8.4.2016, V ZR 191/15, ZfIR 2017, 12 Rdnr. 14; Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rdnr. 10). Es widerspräche daher dem Sinn und Zweck eines Sondernutzungsrechts, wenn der Sondernutzungsberechtigte dauerhaft den Mitgebrauch seiner Sondernutzungsfläche durch andere Wohnungseigentümer dulden müsste.

9 b) Allerdings wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung die Ansicht vertreten, ein Sondernutzungsberechtigter könne unabhängig von einer Änderung der Gemeinschaftsordnung oder Vereinbarung nach Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aus dem Gemeinschaftsverhältnis verpflichtet sein, seine Sondernutzungsfläche – ggf. gegen Zahlung einer angemessenen Entschädigung – auf Dauer zum Mitgebrauch der Wohnungseigentümer zur Verfügung zu stellen und die Nutzung dieser Fläche auch durch andere Wohnungseigentümer zu dulden. Eine solche Verpflichtung wird etwa angenommen, wenn die Inanspruchnahme der Sondernutzungsfläche zur Erfüllung öffentlichrechtlicher Anforderungen, etwa für einen Stellplatznachweis oder einen Kinderspielplatz zwingend erforderlich ist (vgl. KG, ZWE 2000, 138, 139; BayObLG, WuM 2002, 225). Dem folgen Teile der Literatur (Jennißen/*Grziwotz*, WEG, 5. Aufl., § 5 Rdnr. 60a; *Spielbauer/Then*, WEG, 3. Aufl., § 13 Rdnr. 43). Auch das Berufungsgericht stützt sich auf diese Ansicht.

10 c) Richtigerweise kommt § 242 BGB aber jedenfalls seit dem Inkrafttreten der WEG-Novelle des Jahres 2007 am 1.7.2007 als Anspruchsgrundlage für den dauerhaften umfassenden Mitgebrauch einer Sondernutzungsfläche durch andere Wohnungseigentümer nicht mehr in Betracht.

11 aa) Der Gesetzgeber hat mit § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG den zuvor aus § 242 BGB abgeleiteten Anspruch eines Wohnungseigentümers auf eine von dem Gesetz dauerhaft abweichende Vereinbarung oder – hier – auf dauerhafte Anpassung einer bestehenden Vereinbarung kodifiziert. Dabei hat er nicht nur die bisherige hohe Schwelle für einen solchen Änderungs- oder Anpassungsanspruch gesenkt. Es bedarf keiner „außergewöhnlichen“ Umstände mehr, sondern nur „schwerwiegender“; das Festhalten an der geltenden Regelung muss nicht mehr „grob unbillig“ sein, sondern nur „unbillig“ (BT-Drucks. 16/887, S. 18 f.; zum bisherigen Recht: Senat, Beschluss vom 13.7.1995, V ZB 6/94, BGHZ 130, 304, 312). Mit der Einführung eines gesetzlichen Änderungs- oder Anpassungsanspruchs einerseits und der Ausweitung der Beschlusskompetenz der Gemeinschaft in § 16 Abs. 3 und 4 WEG andererseits hat sich der Gesetzgeber vielmehr auch für die Beibehaltung des bisherigen Verfahrens entschieden, wonach ein von den gesetzlichen Regelungen und den geltenden Vereinbarungen abweichendes Verhalten erst verlangt werden kann, wenn die Änderung erfolgt ist (vgl. Senat,

Beschluss vom 13.7.1995, V ZB 6/94, BGHZ 130, 304, 312 f.; Urteil vom 28.3.2018, V ZR 307/16, juris Rdnr. 17).

12 bb) Diese Entscheidung des Gesetzgebers ändert allerdings nichts daran, dass auch die Durchsetzung von Vereinbarungen wie bisher unter dem allgemeinen Grundsatz von Treu und Glauben im Rechtsverkehr (§ 242 BGB) steht und im Einzelfall unzulässig sein kann (Senat, Beschluss vom 4.5.1995, V ZB 5/95, BGHZ 129, 329, 334 f. für die Durchsetzung eines Hundehaltungsverbots gegenüber einem blinden Wohnungseigentümer mit Blindenhund; Timme/Dötsch, WEG, 2. Aufl., § 10 Rdnr. 330). Sie lässt im Grundsatz auch die Befugnis der Wohnungseigentümer nach § 15 Abs. 1 WEG unberührt, neben Regelungen zum Gebrauch des Sonder- und des Gemeinschaftseigentums auch Regelungen zum Gebrauch von Sondernutzungsflächen zu beschließen (vgl. OLG Hamm, OLGR 2009, 750, 751; Timme/Dötsch, WEG, § 15 Rdnr. 355).

13 cc) Die dauerhafte Änderung des Inhalts eines Sondernutzungsrechts und die dauerhafte Aufhebung eines solchen Rechts können die übrigen Wohnungseigentümer gegen den Willen des Sondernutzungsberechtigten aber nur nach Maßgabe von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG und auf dem darin geregelten Weg einer Anpassung oder Änderung der Gemeinschaftsordnung herbeiführen. Ein Sondernutzungsrecht gibt dem begünstigten Wohnungseigentümer das Recht, die übrigen Wohnungseigentümer von dem an sich nach § 13 Abs. 2 WEG gegebenen Mitgebrauch auch der Sondernutzungsfläche auszuschließen und diesen Teil des gemeinschaftlichen Eigentums allein zu gebrauchen. Die mit der Einräumung eines Sondernutzungsrechts getroffene Grundlagenentscheidung für den ausschließlichen Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums durch einzelne Wohnungseigentümer und gegen dessen Mitgebrauch durch alle kann nur durch Vereinbarung nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG oder durch den teilenden Eigentümer nach § 8 Abs. 2, § 5 Abs. 4 i. V. m. § 10 Abs. 2 WEG begründet oder geändert werden (vgl. Senat, Urteil vom 13.1.2017, V ZR 96/16, ZWE 2017, 224 Rdnr. 31; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 10; Urteil vom 2.12.2011, V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rdnr. 10). Ebenso kann es schuldrechtlich nur durch eine Abänderung der Vereinbarung verändert oder als „actus contrarius“ aufgehoben werden (vgl. Senat, Beschluss vom 13.9.2000, V ZB 14/00, BGHZ 145, 133, 136). Dies gilt auch, wenn das Sondernutzungsrecht – wie hier – in der Teilungserklärung bzw. in der Gemeinschaftsordnung begründet wurde, weil diese ab dem Zeitpunkt, von dem an sie von dem teilenden Eigentümer nicht mehr einseitig geändert werden kann, einer Vereinbarung gleichsteht (Senat, Beschluss vom 13.9.2000, V ZB 14/00, a. a. O.; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, a. a. O. Rdnr. 25).

14 2. Die von dem Berufungsgericht angenommene Verpflichtung der Beklagten, ihre Sondernutzungsfläche dauerhaft zum Mitgebrauch durch alle Wohnungseigentümer zur Verfügung zu stellen, lässt sich auch nicht aus § 10 Abs. 2 Satz 3, § 15 Abs. 3 WEG herleiten.

15 a) Die von dem Berufungsgericht getroffenen Feststellungen ergeben schon einen Aufhebungsanspruch der übrigen Wohnungseigentümer aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG nicht.

16 aa) Nach dieser Bestimmung kann jeder Wohnungseigentümer eine vom Gesetz abweichende Vereinbarung oder die Anpassung einer Vereinbarung verlangen, soweit ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint. Gegenstand einer solchen „Anpassung“ könnte jede Veränderung der bestehenden Vereinbarungen sein, die die Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG durch (Änderungs-)Vereinbarung treffen könnten, damit im Grundsatz auch die Aufhebung eines bestehenden Sondernutzungsrechts. Daran änderte es nichts, wenn das Sondernutzungsrecht – wie hier – gemäß § 10 Abs. 3 WEG im Grundbuch eingetragen ist. Nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG könnte zwar keine Veränderung der sachenrechtlichen Grundlagen verlangt werden (vgl. Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, NJW-RR 2012, 1036 Rdnr. 9). Zu den sachenrechtlichen Grundlagen der Gemeinschaft zählt das Sondernutzungsrecht aber auch nicht, und zwar selbst dann nicht, wenn es im Grundbuch eingetragen ist. Die Eintragung ändert den Charakter des Sondernutzungsrechts nicht, sondern stellt nur sicher, dass die Vereinbarung auch gegenüber dem Sondernachfolger eines Wohnungseigentümers gilt (vgl. Senat, Urteil vom 11.5.2012, V ZR 189/11, a. a. O. Rdnr. 9; Beschluss vom 21.12.1989, V ZB 22/89, BGHZ 109, 396, 399). Daher kann sich aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG auch ein Anspruch auf ersatzlose Aufhebung eines Sondernutzungsrechts ergeben, allerdings nur als ultima ratio, etwa wenn die Sondernutzungsfläche zwingend benötigt wird, um unabwendbaren behördlichen Auflagen nachzukommen, und regelmäßig nur gegen Zahlung einer entsprechenden Entschädigung (vgl. BeckOK-WEG/Dötsch, Stand: 1.1.2018, § 15 Rdnr. 301; Grziwotz, MietRB 2008, 276, 277 f.; Köhler/Häublein/Ott, Anwalts-Handbuch WEG, 3. Aufl., Teil 17 Rdnr. 190; Hogenschurz, Das Sondernutzungsrecht nach dem WEG, § 5 Rdnr. 18).

17 bb) Diese Voraussetzungen sind hier aber nicht festgestellt. Der gegenwärtige Zustand der Wohnungseigentumsanlage entspricht zwar nicht den Festsetzungen der Baugenehmigung. Die Nebenintervenientin verlangt auch die Inanspruchnahme der Sondernutzungsfläche der Beklagten. Das allein rechtfertigt es aber nicht, der Beklagten das Sondernutzungsrecht nahezu vollständig zu entziehen. Eine derart weitgehende Maßnahme setzt vielmehr voraus, dass andere Möglichkeiten nicht bestehen oder fehlgeschlagen sind. Feststellungen hierzu, insbesondere zu den Gründen dafür, dass die verwaltungsgerichtliche Klage gegen die Stellplatzaufgabe nicht weiterverfolgt wurde, und zu der Frage, ob die Stellplätze an anderer Stelle (auf dem gemeinschaftlichen oder einem anderen Grundstück) errichtet werden könnten, hat das Berufungsgericht nicht getroffen. Sie sind entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht deshalb entbehrlich, weil die Beklagte entsprechende Alternativen nicht substantiiert dargelegt hat. Das oblag ihr nämlich nicht. Die Aufhebung eines Sondernutzungsrechts kann zur Herstellung eines den bauordnungsrechtlichen Anforderungen entsprechenden Zustands des gemeinschaftlichen Eigentums nur verlangt werden, wenn es keine andere Möglichkeit gibt, diesen Anforderungen gerecht zu werden. Das Fehlen solcher Möglichkeiten

ist deshalb Tatbestandsvoraussetzung sowohl des Aufhebungs- als auch des Anspruchs auf einen Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums zu dem bauordnungsrechtlich vorgesehenen Zweck. Die Darlegungs- und Beweislast dafür trifft nach den allgemeinen Regeln denjenigen, der diesen Anspruch geltend macht. Das ist hier die Klägerin, nicht die Beklagte. Es ist deshalb Aufgabe der Klägerin, darzulegen und zu beweisen, dass die Vorgaben der Baugenehmigung zu den Stellplätzen nicht auf andere Weise erfüllt werden können und die Änderung dieser Vorgaben öffentlichrechtlich nicht in Betracht kommt. Mangels entsprechender Feststellungen kann nicht davon ausgegangen werden, dass solche Möglichkeiten nicht bestehen.

18 b) Selbst wenn die übrigen Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG die Aufhebung eines Sondernutzungsrechts verlangen können, ist der Sondernutzungsberechtigte – hier die Beklagte – zudem nicht verpflichtet, seine Sondernutzungsfläche im Vorgriff auf eine solche Aufhebung zur Verfügung zu stellen.

19 aa) Zwar hat der Senat einen unmittelbaren Anspruch auf ein der vorzunehmenden Änderung oder Regelung entsprechendes Verhalten bei der Anpassung eines Vertrages nach den Grundsätzen über den Wegfall der Geschäftsgrundlage in § 313 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139 Rdnr. 33 f.) und bei der Regelung der Benutzung eines gemeinschaftlichen Gegenstandes gemäß § 745 Abs. 2 BGB (Senat, Urteil vom 19.9.2008, V ZR 164/07, NJW 2008, 3703 Rdnr. 26) bejaht. In diesen Fällen ist es auch nicht erforderlich, die förmliche Regelung oder Änderung später nachzuholen.

20 bb) Diese Rechtsprechung lässt sich aber auf die Wohnungseigentümergeinschaft nicht übertragen, weil sie auf den Besonderheiten des § 313 BGB und des § 745 Abs. 2 BGB beruht und das Wohnungseigentumsgesetz eine auf die Besonderheiten des Wohnungseigentums zugeschnittene abweichende Sonderregelung trifft.

21 (1) Die wechselseitigen Ansprüche auf Anpassung des Vertrags, die den Vertragsparteien nach dem Wegfall der Geschäftsgrundlage zustehen, haben dienende Funktion. Ihr Zweck erschöpft sich darin, den mit dem Vertrag angestrebten Leistungsaustausch unter den veränderten Umständen zur Durchführung zu bringen (vgl. Senat, Urteil vom 30.9.2011, V ZR 17/11, BGHZ 191, 139 Rdnr. 25, 34; Artz/Gsell/Lorenz/J. Schmidt-Räntsch, Zehn Jahre Schuldrechtsmodernisierung, S. 141, 166 f.; dies., ZJS 2012, 301, 309 f.). Diesem begrenzten Zweck entspricht es, den Vertragsparteien die Möglichkeit zu geben, gleich den Leistungsaustausch zu verlangen, um dessen Verwirklichung es bei der Anpassung nach § 313 Abs. 1 BGB geht. Demgegenüber zielt der Regelungsanspruch nach § 745 Abs. 2 BGB zwar auf eine Regelung des Mitgebrauchs des gemeinschaftlichen Gegenstands durch die Teilhaber. Der Anspruch besteht aber nur, wenn der Mitgebrauch weder durch Vereinbarung noch durch einen Mehrheitsbeschluss geregelt ist, und gewinnt praktische Bedeutung nur, wenn keiner der Teilhaber seinen Aufhebungsanspruch nach § 749 BGB geltend gemacht hat (Staudinger/Eickelberg, Neub. 2015, § 749 Rdnr. 51 f.).

22 (2) Das ist bei der Wohnungseigentümergeinschaft grundlegend anders. Die Wohnungseigentümergeinschaft ist nach § 11 WEG unauflöslich. Schon deshalb haben Vereinbarungen über den Gebrauch und die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums für eine solche Gemeinschaft eine ähnlich grundlegende Bedeutung wie die Satzung für einen Verein. Die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums und der Gebrauch des gemeinschaftlichen und des Sondereigentums richten sich nämlich gemäß § 15 Abs. 3, § 21 Abs. 4 WEG in erster Linie nach den getroffenen Vereinbarungen. Solche Vereinbarungen müssen deshalb, anders als nach den §§ 741 ff. BGB über die Gemeinschaft, gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG einstimmig getroffen werden, wenn entsprechende Regelungen nicht bei der Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum nach § 8 WEG vorgesehen worden sind. Sie können daher nur durch eine allseitige Vereinbarung geändert werden. Gegen den Willen einzelner Wohnungseigentümer kann eine solche Änderung nur durchgesetzt werden, wenn ein Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG einen gesetzlichen Anspruch darauf hat. Diese Hürden sind bewusst höher als bei der Gemeinschaft im Sinne des §§ 741 ff. BGB und haben den Sinn, den Wohnungseigentümern gerade wegen der Unauflöslichkeit der Wohnungseigentümergeinschaft eine dauerhafte Grundlage für Verwaltung und Gebrauch des gemeinschaftlichen Eigentums zu geben. Es soll und muss Klarheit darüber herrschen, ob und in welchem Umfang hierfür die gesetzlichen Bestimmungen oder davon abweichende Vereinbarungen maßgeblich sind (vgl. Senat, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, juris Rdnr. 17). Das lässt sich nicht erreichen, ohne dass die Änderungen der Vereinbarungen auch dann in der Gemeinschaftsordnung umgesetzt werden, wenn ein Wohnungseigentümer Anspruch darauf hat.

23 (3) Das Ziel, dauerhaft klare Verhältnisse unter den Wohnungseigentümern zu gewährleisten, würde verfehlt, wenn einem Wohnungseigentümer das Recht eingeräumt würde, von den übrigen Wohnungseigentümern einen Gebrauch des Gemeinschaftseigentums zu verlangen, der einer erst noch vorzunehmenden Änderung der Vereinbarungen entspricht. Ähnlich wie die einredeweise Geltendmachung des Änderungsanspruchs nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG (dazu Senat, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, juris) führte ein Anspruch auf einen der zu beanspruchenden Änderung der Vereinbarungen entsprechenden Mitgebrauch des Gemeinschaftseigentums auf der Sondernutzungsfläche eines Wohnungseigentümers dazu, dass der Alleingebrauch dieser Fläche eingeschränkt oder – wie hier – größtenteils aufgegeben würde, ohne dass es zu einer förmlichen Änderung der Gemeinschaftsordnung und, bei einer Eintragung der Vereinbarung nach § 10 Abs. 3 WEG im Grundbuch, zu deren Änderung kommt. Für Sondernachfolger des betroffenen Wohnungseigentümers stellt sich der Inhalt des Sondereigentums aber so dar, wie er sich aus der Gemeinschaftsordnung ergibt. Daran änderte es auch nichts, wenn über die Nutzung der Sondernutzungsfläche ein Rechtsstreit geführt würde. An dessen Entscheidung wären Sondernachfolger zwar nach § 10 Abs. 4 WEG gebunden. Die Rechtskraft des Urteils erstreckte sich aber nicht auf die Vorfrage nach dem Inhalt und der Ausgestaltung des Änderungsanspruchs, wenn sie – wie

im vorliegenden Fall – nur inzident geprüft und nicht zum Gegenstand eines eigenständigen Klage- oder Widerklageantrags gemacht würde (vgl. Senat, Urteil vom 23.3.2018, V ZR 307/16, juris Rdnr. 17). Die Folge wäre eine erhebliche Unsicherheit über die geltenden Vereinbarungen, die mit dem Fortschreiten der Zeit immer größer würde und den Gemeinschaftsfrieden gefährdete.

24 (4) Deshalb kann einem Wohnungseigentümer auch dann nicht das Recht eingeräumt werden, sich ohne Vornahme einer solchen Änderung auf Dauer und nicht nur im Einzelfall so zu verhalten, als wären sie geändert, wenn er eine entsprechende Änderung gemäß § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG beanspruchen könnte. Auch ein in diesem Sinne anspruchsberechtigter Wohnungseigentümer ist an die bestehenden Vereinbarungen gebunden, bis er ihre Änderung rechtskräftig durchgesetzt hat. Eine Ausnahme hat der Senat nur in dem Sonderfall anerkannt, dass ein Wohnungseigentümer die Beseitigung eines den Vereinbarungen nicht entsprechenden Zustands verlangt, den er hinzunehmen und an den er im Zusammenwirken mit den übrigen Wohnungseigentümern die Vereinbarungen anzupassen hat (vgl. Senat, Urteil vom 5.12.2003, V ZR 447/01, WM 2004, 1551, 1556; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 29). Ansonsten muss sich jeder Wohnungseigentümer an die bestehenden Vereinbarungen halten, bis sie geändert oder ein darin vorgesehener anderer Gebrauch von Gemeinschafts- oder Sondereigentum genehmigt ist (vgl. Senat, Urteil vom 13.7.2012, V ZR 204/11, ZfIR 2012, 744 Rdnr. 9 f. für eine genehmigungsfähige, aber nicht genehmigte gewerbliche Nutzung einer Wohnung; Urteil vom 21.10.2016, V ZR 78/16, NJW-RR 2017, 712 Rdnr. 28 für eine änderungsbedürftige Bestimmung von Sondernutzungsrechten in der Gemeinschaftsordnung). Den faktischen Entzug seines Sondernutzungsrechts, der mit einem dauerhaften Mitgebrauch der Sondernutzungsfläche durch andere Wohnungseigentümer einherginge, muss der Sondernutzungsberechtigte bis dahin nicht hinnehmen; er könnte vielmehr seinerseits gemäß § 15 Abs. 3 WEG die Unterlassung bzw. Beseitigung einer entsprechenden Beeinträchtigung verlangen.

25 3. Der geltend gemachte Duldungsanspruch folgt auch nicht aus dem Ersterstellungsanspruch gemäß § 21 Abs. 4 i. V. m. § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG. Zwar kann danach jeder Wohnungseigentümer im Rahmen der ordnungsmäßigen Verwaltung grundsätzlich verlangen, dass das Gemeinschaftseigentum erstmals in einen der Teilungserklärung entsprechenden Zustand versetzt wird. Dazu können auch Maßnahmen zur Erfüllung öffentlichrechtlicher Anforderungen gehören, wie etwa die Schaffung baurechtlich vorgesehener Stellplätze oder eines zweiten Rettungswegs (vgl. Senat, Urteil vom 26.2.2016, V ZR 250/14, NJW 2016, 2181 Rdnr. 10 ff.; Urteil vom 9.12.2016, V ZR 84/16, ZWE 2017, 177 Rdnr. 13). Den primären Maßstab für die Bestimmung des herzustellenden Zustands des Gemeinschaftseigentums bilden aber weder die Vorgaben des Bauordnungsrechts noch die Festlegungen in der Baugenehmigung, sondern die Teilungserklärung. Sie gibt den Rahmen vor, der allerdings, soweit die Teilungserklärung keine Aussagen trifft, durch die bauordnungsrechtlichen Vorschriften und die Baugenehmigung auszufüllen ist (vgl. Senat, Urteil vom 26.2.2016, V ZR 250/14, NJW 2016, 2181 Rdnr. 12).

26 Hier weicht die Teilungserklärung bei der Anordnung der Parkplätze und der Festlegung der Sondernutzungsflächen von der Baugenehmigung ab. Dem entspricht die Ausführung des Gebäudes, das sich damit, soweit hier von Interesse, in einem teilungserklärungskonformen Zustand befindet. Es geht deshalb nicht um den Ersterstellungsanspruch, sondern um die Frage, ob die durch die Nebenintervenientin angedrohte Stilllegung der Parkplätze nach den Grundsätzen ordnungsmäßiger Verwaltung hingenommen werden muss und ob eine sachgerechte Lösung nur durch die Änderung der Gemeinschaftsordnung im Sinne einer ersatzlosen Aufhebung des Sondernutzungsrechts der Beklagten erreicht werden kann. Da sich die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums aber gemäß § 21 Abs. 4 WEG vorrangig nach den bestehenden Vereinbarungen richtet, könnte die Einrichtung von Parkplätzen und einer Zufahrt auf der Sondernutzungsfläche der Beklagten nur erreicht werden, wenn diese Vereinbarungen zuvor geändert worden sind.

III. Die Entscheidung stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO). Der Senat kann in der Sache selbst entscheiden, weil sie zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO). Der geltend gemachte Duldungsanspruch besteht nicht. Der Klägerin muss auch nicht Gelegenheit gegeben werden, den bisher nicht geltend gemachten Anspruch aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG auf Zustimmung zur Änderung der Gemeinschaftsordnung geltend zu machen. Dieser Anspruch ist ein Individualanspruch des jeweiligen einzelnen Wohnungseigentümers, den dieser selbst geltend machen muss und den die Wohnungseigentümergeinschaft nicht nach § 10 Abs. 6 Satz 3 WEG an sich ziehen kann (Senat, Urteil vom 13.10.2017, V ZR 305/16, GE 2018, 269 Rdnr. 10 ff.).

(...)

8. Eintragungsfähigkeit eines in seinem Umfang aufschiebend bedingten Wohnungsrechts

OLG Nürnberg, Beschluss vom 17.7.2018, 15 W 1291/18, mitgeteilt von **Andreas Leuzinger**, Richter am OLG Nürnberg

BGB §§ 158, 1093

LEITSATZ:

Die Einräumung eines Wohnrechts unter der Voraussetzung, dass eine Wohnung von bestimmten Personen nicht mehr bewohnt wird, stellt eine hinreichend bestimmte aufschiebende Bedingung dar.

SACHVERHALT:

1 I. Mit notariellem Übergabevertrag vom 5.9.2017 überließen die Beteiligten zu 2 und 3 die verfahrensgegenständlichen Grundstücke dem Beteiligten zu 1. Dabei behielten sich die Beteiligten zu 2 und 3 als Gegenleistung ein Wohnrecht vor, bestehend in dem Recht, die sich im Erdgeschoss des Wohnhauses befindliche Wohnung unter Ausschluss des Eigentümers zu nutzen. Darüber hinaus ist das Folgende geregelt:

„Sobald der Übernehmer oder dessen Abkömmlinge die Wohnung im Obergeschoß des Wohngebäudes (...) nicht mehr selbst oder zusammen mit Dritten bewohnen, erstreckt sich der Bereich, der dem Berechtigten zur Alleinnutzung zusteht, auf das gesamte Wohnhaus (...).“

2 Zur Sicherung dieses Wohnrechts bewilligten und beantragten die Beteiligten die Eintragung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit an einem der Grundstücke für die Beteiligte zu 2 und 3 in das Grundbuch.

3 In der Folge vermerkte das Grundbuchamt zunächst – entsprechend dem (abgeänderten) Antrag des Urkundsnotars – das auf das Erdgeschoss des Wohnhauses beschränkte Wohnrecht im Grundbuch. Mit Schreiben vom 25.4.2018 beantragte der Urkundsnotar darüber hinaus einzutragen, dass sich der den Berechtigten zur Alleinnutzung zustehende Bereich unter den in der Urkunde bestimmten Voraussetzungen auf das gesamte Wohnhaus erstreckt.

4 Mit Zwischenverfügung vom 14.5.2018 fordert das Grundbuch unter Fristsetzung dazu auf, mittels

„Nachtragsurkunde mit Bewilligung auf Eintragung der (aufschiebend bedingten) Inhaltsänderung des Grundstückseigentümers, der Rechtsinhaber und evtl. der nachrangigen Berechtigten (...) die Bedingungen für die Erstreckung des Ausübungsbereiches auf das gesamte Wohnhaus genauer [zu] definier[en].“

5 Dagegen wendet sich die Beschwerde vom 20.6.2018. Am 9.7.2018 entschied das Grundbuchamt, dieser nicht abzuhelfen.

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde ist begründet. Das Grundbuchamt verlangt mit seiner Zwischenverfügung vom 14.5.2018 in der Sache zu Unrecht, „die Bedingung für die Erstreckung des Ausübungsbereiches auf das gesamte Wohnhaus genauer [zu] definier[en]“. Insofern kann dahingestellt bleiben, ob die Zwischenverfügung – wie zwingend erforderlich ist – auf die Beseitigung eines mit rückwirkender Kraft behebbaren Eintragungshindernisses gerichtet ist.

7 Ein Wohnungsrecht im Sinne von § 1093 BGB kann unter einer aufschiebenden Bedingung (§ 158 BGB) bestellt werden (BayObLG, Beschluss vom 26.2.1988, BReg 2 Z 107/87, juris Rdnr. 14). In Bezug auf das gesamte Wohnhaus soll das eingeräumte Wohnrecht davon abhängen, dass der „Übernehmer oder dessen Abkömmlinge die Wohnung im Obergeschoß des Wohngebäudes (...) nicht mehr selbst oder zusammen mit Dritten bewohnen“. Damit knüpft die Bedingung mittelbar an den Auszug des Übernehmers oder seiner Abkömmlinge aus der Wohnung an.

8 Zwar kann nicht jedes beliebige Ereignis zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht an einem Grundstück bestimmt werden. Vielmehr ist Rücksicht zu nehmen auf den Zweck des Grundbuchs, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben; dies bedeutet, dass nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden können, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist (BayObLG, Beschluss vom 2.8.1984, BReg 2 Z 66/84, juris Rdnr. 20; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., Anhang zu § 13 Rdnr. 6). Der Senat, der die Eintragungsbewilligung als verfahrensrechtliche Erklärung selbstständig auszulegen hat, sieht dieses Erfordernis hier aber als erfüllt an.

9 Der Begriff des Wohnens ist durch eine auf Dauer angelegte Häuslichkeit, Eigengestaltung der Haushaltsführung und des häuslichen Wirkungskreises sowie Freiwilligkeit des Aufenthalts gekennzeichnet (BVerwG, Beschluss vom 25.3.1996, 4 B 302/95, juris Rdnr. 12). Dementsprechend bedeutet Beziehen einer Wohnung im Sinne des § 17 Abs. 1 BMG die tatsächliche Benutzung der Wohnung mit der Absicht, sie für einen nicht unerheblichen Zeitraum zu nutzen (*Erbs/Kohlhaas/Wache*, Strafrechtliche Nebengesetze, Stand: Januar 2018, § 17 BMG Rdnr. 1). Zur Frage, ob jemand eine Wohnung noch bewohnt, kann dabei auf die Regelung in § 7 Abs. 3 BGB zurückgegriffen werden. Danach bedarf die Aufhebung eines Wohnsitzes der Aufgabe der tatsächlichen Niederlassung mit dem Willen, den Wohnsitz nicht mehr am bisherigen Ort zu haben. Dies kann im Einzelfall schwierig zu beurteilen sein. Objektive Bestimmbarkeit bedeutet jedoch nicht, dass das Ereignis, welches die Bedingung auslöst, sogleich und ohne Weiteres feststellbar ist, ohne dass es über seinen Eintritt Meinungsverschiedenheiten oder gar Streit geben könnte. Dies steht der Eintragungsfähigkeit eines solchen Umstands als auflösende Bedingung des dinglichen Rechts nicht entgegen. Nur wenn die verwendeten Begriffe selbst zu ungenau sind, gilt etwas anderes (BayObLG, Beschluss vom 2.8.1997, 2 BR 61/97, juris Rdnr. 9).

10 Eine Entscheidung in der Sache kann der Senat nicht treffen, weil Gegenstand des Rechtsmittelverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht das Eintragungsersuchen selbst ist (BGH, Beschluss vom 26.9.2013, V ZB 152/12, juris Rdnr. 11).

(...)

9. Notwendigkeit eines Erbscheins für die Grundbuchberichtigung trotz notariellen Testaments

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 8.1.2018, 20 W 215/17

GBO §§ 22, 35, 51

FamFG § 352b

BGB §§ 1944, 1945, 2142

LEITSATZ:

Trotz Vorliegens eines notariellen Testamentes bedarf es für die Berichtigung des Eigentümers im Grundbuch der Vorlage eines Erbscheins, wenn die Erbfolge auf einer Erbausschlagung eines Nacherben beruht, deren Wirksamkeit vom Grundbuchamt geprüft werden muss.

SACHVERHALT:

1 I. Als Eigentümer des verfahrensgegenständlichen Grundbesitzes ist im Grundbuch noch eingetragen der im August 2016 verstorbene Ehemann der Antragstellerin A (im Folgenden: Erblasser).

2 Die Antragstellerin beantragte am 2.9.2016 ihre Eintragung als neue Eigentümerin unter Bezugnahme auf das von ihr gemeinsam mit dem Erblasser am 13.2.2012 errichtete notarielle Testament. In die-

sem Testament hatte der Erblasser die Antragstellerin zu seiner nicht befreiten Vorerbin und die Töchter C und D sowie die Enkelkinder E und F zu Nacherben zu gleichen Teilen bestimmt.

3 Das Nachlassgericht übersandte dem Grundbuchamt am 29.9.2016 zur Kenntnis die beglaubigte Abschrift eines Protokolls, wonach die Tochter C unter diesem Datum gegenüber diesem Nachlassgericht erklärt hatte, erst durch das bei ihr am 27.8.2016 eingegangene gerichtliche Schreiben Kenntnis vom Anfall der Erbschaft erlangt zu haben und die durch das notarielle Testament angefallene Nacherbschaft auszuschlagen, weil sie den Pflichtteil geltend machen wolle.

4 Die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes beanstandete mit Zwischenverfügung vom 11.7.2017, zum Nachweis der Erbfolge sei ein Erbschein vorzulegen. Der beigezogenen Nachlassakte sei lediglich die Niederschrift über die Ausschlagungserklärung zu entnehmen, die jedoch nicht den Beweis der Wirksamkeit der Ausschlagung erbringe. Hierfür sei ein Erbschein unbedingt erforderlich.

5 Gegen diese Zwischenverfügung legte die Antragstellerin mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 25.7.2017 Beschwerde ein. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, das Grundbuchamt habe in eigener Verantwortung zu prüfen, ob die Ausschlagung der Nacherbschaft durch die Tochter des Erblassers form- und fristgerecht erfolgt sei und wer auf der Grundlage dieser Ausschlagung als Nacherbe in den von Amts wegen einzutragenden Nacherbenvermerk aufzunehmen sei. Der von der Tochter geltend gemachte Pflichtteilsanspruch könne nur durch die neue Valutierung der bereits im Grundbuch vorhandenen Grundschulden finanziert werden, weshalb Eile geboten sei.

6 Die Rechtspflegerin des Grundbuchamtes hat der Beschwerde mit Beschluss vom 28.7.2017, auf dessen Inhalt verwiesen wird, nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Frankfurt a. M. zur Entscheidung vorgelegt.

7 Der Verfahrensbevollmächtigte hat mit weiteren Schriftsätzen vom 14.8.2017 und 18.11.2017 weiter geltend gemacht, im vorliegenden Fall könne das Grundbuchamt sofort und eindeutig anhand der Nachlassakten feststellen, dass die schon vor Eintritt des Nacherbfallendes mögliche Ausschlagung der Nacherbschaft durch die Tochter kurz nach dem Tod des Erblassers form- und fristgerecht erfolgt sei. Im Übrigen sei der Nacherbenvermerk von Amts wegen unabhängig von diesbezüglichen Anträgen, Anregungen oder Rechtsauffassungen einzutragen.

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die Beschwerde der Antragstellerin, über die nach der erfolgten Nichtabhilfe durch den Grundbuchrechtspfleger gemäß §§ 72, 75 GBO das OLG zu entscheiden hat, ist zulässig.

9 In der Sache führt die Beschwerde jedoch nicht zum Erfolg, weil die Grundbuchrechtspflegerin für die beantragte Grundbuchberichtigung aufgrund der eingetretenen Rechtsnachfolge zu Recht die Vorlage eines Erbscheines verlangt hat.

10 Nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO ist der Nachweis der Erbfolge gegenüber dem Grundbuchamt grundsätzlich durch einen Erbschein zu führen. Beruht jedoch die Erbfolge auf einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, so genügt nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO die Vorlage dieser Urkunde und der Eröffnungsniederschrift. Dabei ist das Grundbuchamt im Rahmen der inhaltlichen Überprüfung der notariell beurkundeten letztwilligen Verfügung ggf. auch selbst zu deren Auslegung unter Heranziehung des Urkundeninhalts, allgemein bekannter oder offenkundiger Tatsachen, sonstiger ihm vorliegender öffentlicher Urkunden und der gesetzlichen Auslegungsregeln verpflichtet und hat hierbei ggf. auch selbst schwierige Rechtsfragen zu entscheiden (vgl.

OLG Hamm, Rpfleger 2013, 23; OLG Köln, Rpfleger 2000, 157; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 42 m. w. N.). Einen Erbschein kann das Grundbuchamt bei Vorliegen von in öffentlichen Urkunden errichteten Verfügungen von Todes wegen ausnahmsweise lediglich dann fordern, wenn sich bei der Prüfung des Erbrechts begründete konkrete Zweifel ergeben, die nur durch weitere Ermittlungen über den tatsächlichen Willen des Erblassers oder sonstige tatsächliche Verhältnisse geklärt werden können, denn zu solchen Ermittlungen ist das Grundbuchamt im Unterschied zum Nachlassgericht nicht befugt (vgl. BayObLG, Rpfleger 2000, 266; OLG Köln, Rpfleger 2000, 157; *Demharter*, GBO, § 35 Rdnr. 39; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 788; *Bauer/von Oefele/Schaub*, GBO, 3. Aufl., § 35 Rdnr. 126, 127).

11 Somit ist das Verlangen nach Vorlage eines Erbscheines nur dann gerechtfertigt, wenn bei der Auslegung des Inhalts von notariellen letztwilligen Verfügungen sich Bedenken ergeben, die nicht oder nicht nur im Wege der Anwendung des Gesetzes auf die Verfügung, sondern nur durch die Anstellung besonderer – außerhalb der letztwilligen Verfügung liegender – Ermittlungen über den Willen des Erblassers oder über tatsächliche Verhältnisse ausgeräumt werden können (vgl. Senat, FamRZ 2012, 1591; *Meikel/Krause*, GBO, 11. Aufl., § 35 Rdnr. 117).

12 Dies ist hier der Fall. Die im Wege der Berichtigung in das Grundbuch einzutragende Erbfolge beruht vorliegend inhaltlich gerade nicht nur auf dem in der notariellen Urkunde enthaltenen Ehegattentestament vom 13.2.2012. Nach § 51 GBO ist bei der Eintragung eines Vorerben in das Grundbuch zugleich das Recht des oder der Nacherben einzutragen, wozu auch die Angabe sämtlicher Nacherben gehört (vgl. *Demharter*, GBO, § 51 Rdnr. 17; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 51 Rdnr. 10, 11). Vorliegend sollen als Nacherben aber nicht sämtliche in dem notariellen Testament vom 13.2.2012 für den hier eingetretenen Fall des Vorversterbens des Ehemannes bestimmten Nacherben eingetragen werden, sondern es ist zusätzlich auch der mögliche Wegfall der Nacherbin C auf Grund einer von dieser Nacherbin erklärten Erbausschlagung zu berücksichtigen.

13 In diesem Zusammenhang wurde zwar in einer vereinzelt gebliebenen Entscheidung des LG Aschaffenburg (ZEV 2009, 577 = FamRZ 2010, 1373) die Auffassung vertreten, die Vorlage eines Erbscheines sei nicht nötig, soweit das Grundbuchamt das Vorliegen einer form- und fristgerechten Ausschlagungserklärung als offenkundige oder aktenkundige Tatsache selbst anhand vorgelegter öffentlicher Urkunden oder beigezogener Nachlassakten feststellen könne.

14 Zugleich ist zu dieser Problematik aber auch anerkannt, dass trotz Vorliegens eines notariellen Testamentes jedenfalls dann ein Erbschein, der gemäß § 352b Abs. 1 Satz 1 FamFG stets auch die Person des oder der Nacherben ausweist, zu verlangen ist, wenn weitere Ermittlungen dazu erforderlich sind, ob eine zu berücksichtigende Erbausschlagung wirksam erklärt wurde (vgl. OLG München, ZEV 2016, 532; OLG Hamm, Rpfleger 2017, 539; *BeckOK-GBO/Wilsch*, Stand: 1.10.2017, § 35 Rdnr. 123c und 123d; *Böhringer*, ZEV 2017, 68, 70; *Böttcher*, ZEV 2009, 579, 580; *Spieker*, notar 2017, 6).

15 Letzteres ist nach Auffassung des Senates in aller Regel und so auch hier der Fall. Zwar handelt es sich bei der nach § 1945 Abs. 1 BGB zur Niederschrift des Rechtspflegers des Nachlassgerichts erklärten Ausschlagung um eine öffentlich beglaubigte Urkunde. Auch mag die Feststellung der Wahrung der Ausschlagungsfrist des § 1944 BGB in Bezug auf Einhaltung der Frist von sechs Wochen im vorliegenden Fall keine Probleme bereiten, weil die Ausschlagungsfrist von sechs Wochen im Falle der Ausschlagung der Nacherbschaft erst mit der Kenntnis vom Eintritt des Nacherbfalles beginnt, wobei die Erklärung der Ausschlagung nach § 2142 Abs. 1 BGB bereits vor Eintritt des Nacherbfalles erfolgen kann (vgl. Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl., § 1944 Rdnr. 6; Staudinger/*Avenarius*, Neub. 2013, § 2142 BGB Rdnr. 1 und 2).

16 Allein aus dem Umstand, dass die Ausschlagungserklärung in der Form des § 1945 BGB und innerhalb der Sechs-Wochen-Frist des § 1944 Abs. 1 und 2 BGB erklärt wurde, folgt jedoch noch nicht, dass die Erbausschlagung Wirksamkeit erlangt hat. So ergibt sich unabhängig von der Fristenregelung des § 1944 BGB aus § 1943 BGB, dass der Erbe die Erbschaft nicht mehr ausschlagen kann, wenn er sie angenommen hat. Diese Regelung gilt auch für den Nacherben, wobei nach ganz herrschender Auffassung, der auch der Senat folgt, anerkannt ist, dass der Nacherbe die Nacherbschaft sobald der Erbfall eingetreten ist und schon vor Eintritt des Nacherbfalles annehmen kann (vgl. BayObLG, FamRZ 1962, 538; Staudinger/*Avenarius*, § 2142 BGB Rdnr. 14; Palandt/*Weidlich*, § 2142 Rdnr. 6). Die Annahme der Erbschaft bzw. Nacherbschaft bedarf im Unterschied zur Erbausschlagung keiner besonderen Form, sondern kann auch durch schlüssiges Verhalten erfolgen (vgl. Palandt/*Weidlich*, § 1943 Rdnr. 1 und Staudinger/*Avenarius*, § 2142 BGB Rdnr. 14 jeweils m. w. N.). Hieraus folgt, dass der für die Grundbuchberichtigung nach Eintritt des Erbfalls notwendige Nachweis der Erbfolge, der sich bei der hier gegebenen Anordnung von Vor- und Nacherbschaft auch auf die in das Grundbuch einzutragenden Personen der Nacherben zu erstrecken hat, sich insoweit gerade nicht auf die Einhaltung von Form und Frist einer zu berücksichtigenden Erbausschlagung beschränkt, sondern auch die Wirksamkeit dieser Ausschlagung erfasst, die aus den dargelegten Gründen hier nicht in der grundbuchmäßigen Form des § 29 Abs. 1 GBO erfolgen kann.

17 Das Grundbuchamt hat mit der Zwischenverfügung deshalb zu Recht die Vorlage eines Erbscheins gefordert.

(...)

10. Nachweis der Vertretungsmacht von GbR-Gesellschaftern im Grundbuchverfahren

KG, Beschluss vom 12.9.2017, 1 W 326-327/17; mitgeteilt von **Ronny Müller**, Richter am KG

GBO §§ 20, 29 Abs. 1 Satz 1, § 47

BGB § 166 Abs. 2 Satz 1, §§ 172, 175, 176 Abs. 1, §§ 184, 185 Abs. 2, § 709 Abs. 1, § 714

BeurkG § 51

LEITSATZ:

Ein vor mehreren Jahren in notarieller Form geschlossener Gesellschaftsvertrag einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist zum Nachweis einer von dem gesetzlichen Regelfall abweichend vereinbarten Vertretungsmacht im Verfahren vor dem Grundbuchamt nicht geeignet.

AUS DEN GRÜNDEN:

1 1. Die Beschwerde ist zulässig. Beschwerdeführer sind sämtliche Beteiligte, weil der Notar nicht angegeben hat, in wessen Namen das Rechtsmittel erhoben worden ist. In einem solchen Fall gelten als Beschwerdeführer sämtliche Antragsberechtigte im Sinne von § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO, wenn sich, wie hier, aus den Umständen nichts anderes ergibt (BGH, NJW 2010, 3300, 3302; *Demharter*, GBO, 30. Aufl., § 15 Rdnr. 20).

2 2. Das Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung ist im Ergebnis zu Recht ergangen, weil dem Vollzug der mit Schriftsatz des Notars vom 26.5.2017 gestellten Anträge Hindernisse entgegenstehen, die aber rückwirkend beseitigt werden können, § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

3 a) Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist, § 20 GBO. Die Einigung muss von den Vertragsparteien nicht persönlich abgegeben, sondern kann auch von Vertretern erklärt werden. In diesem Fall ist dem Grundbuchamt die Vertretungsmacht des Vertreters – in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO – nachzuweisen (Senat, Beschluss vom 13.3.2012, 1 W 542/11, FGPrax 2012, 145, 146; Beschluss vom 3.11.2011, 1 W 495/10, FGPrax 2012, 7). Hieran mangelt es vorliegend. Die von den Beteiligten bei dem Grundbuchamt eingereichten Urkunden erbringen nicht den Nachweis für eine wirksame Bevollmächtigung der Beteiligten zu 1, auch im Namen der Beteiligten zu 2 die Auflassung des verfahrensgegenständlichen Wohnungs- und Teileigentums zu erklären.

4 aa) Die von der Beteiligten zu 1 in Anspruch genommene Vollmacht ist ihr zu notarieller Urkunde von der damals noch in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts verfassten Beteiligten zu 2 erteilt worden. Für diese handelten lediglich zwei ihrer vier Gesellschafter, die sich dabei auf eine vom gesetzlichen Regelfall der Gesamtvertretung, vgl. § 709 Abs. 1, § 714 BGB, abweichende gesellschaftsvertragliche Regelung beriefen. Tatsächlich war der Vollmachtsurkunde die auszugswise Ausfertigung der notariellen Gründungsurkunde beige-

fügt, mit der die vier Gesellschafter eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegründet hatten und die in § 6 Regelungen zur Geschäftsführung und Vertretung durch jeweils zwei Geschäftsführer gemeinsam enthält. Damit ist aber in grundbuchtauglicher Form die Vertretungsberechtigung der beiden die Auflassung erklärenden Gesellschafter nicht nachgewiesen.

5 bb) Dem steht nicht entgegen, dass im Anwendungsbereich des § 20 GBO nach der Rechtsprechung des BGH (NJW 2011, 1958), der sich der Senat zwischenzeitlich angeschlossen hat (vgl. Beschluss vom 14.7.2011, 1 W 193/11, MDR 22011, 1368), bei der Eintragung von Rechten für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts gegenüber § 29 GBO Nachweiserleichterungen bestehen. Danach genügt es, wenn die Gesellschaft und ihre Gesellschafter in der notariellen Auflassungsverhandlung benannt sind und die für die Gesellschaft Handelnden erklären, dass sie deren alleinige Gesellschafter sind (BGH, NJW 2011, 1958, 1959 f.).

6 Dies setzt jedoch den gesetzlichen Regelfall der aus der gemeinschaftlichen Geschäftsführung der Gesellschafter, § 709 Abs. 1 BGB, folgenden Gesamtvertretung der Gesellschaft, § 714 BGB, voraus. Berufen sich die Gesellschafter auf eine hiervon abweichende Vertretungsbefugnis, ist diese in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO nachzuweisen (Senat, Beschluss vom 8.3.2011, 1 W 99-100/10, juris; OLG München, FGPrax 2011, 229, 230; NJW-RR 2010, 888, 890; OLG Celle, MDR 2013, 770, 771; *Demharter*, GBO, § 47 Rdnr. 30.1; *Hügel/Kral*, GBO, 3. Aufl., Gesellschaftsrecht, Rdnr. 30; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl E Rdnr. 243).

7 cc) Der Nachweis der Vertretungsbefugnis der handelnden Gesellschafter der Erwerberin kann durch den auszugsweise vorliegenden notariellen Gesellschaftsvertrag vom 9.5.2011 nicht erbracht werden.

8 (1) Allerdings wird dies in der Literatur zum Teil bejaht. Durch die Vorlage eines der Form des § 29 Abs. 1 GBO entsprechenden Gesellschaftsvertrags werde analog § 172 BGB der Rechtsschein der Vertretungsmacht der für die Gesellschaft Handelnden begründet, was zum Nachweis gegenüber dem Grundbuchamt ausreiche (*Böttcher*, a. a. O.; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 661; *Keller/Munzig/Keller*, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 47 GBO Rdnr. 26; *Bauer/von Oefele/Knothe*, GBO, 3. Aufl., § 29 Rdnr. 39i; a. A. *Kral*, a. a. O.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rdnr. 4265; *Hertel*, DNotZ 2009, 121, 129; *Demharter*, GBO § 47 Rdnr. 30.1).

9 (2) Dem vermag sich der Senat hingegen nicht anzuschließen.

10 Durch § 172 BGB wird das Vertrauen des Geschäftsgeners in den Fortbestand einer durch Rechtsgeschäft erteilten Vertretungsmacht, vgl. § 166 Abs. 2 Satz 1 BGB, geschützt, wenn der Vertreter eine ihm ausgehändigte Vollmacht vorlegen kann (*Palandt/Ellenberger*, 71. Aufl., § 172 Rdnr. 1). Hingegen handelt es sich bei der Vertretung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts um eine gesetzliche Vertretung, die sich aus der gesellschaftsrechtlich vereinbarten Geschäftsführung ableitet, vgl. §§ 709, 714 BGB, und nicht auf einer Willensentscheidung des Vertretenen beruht.

11 Ein förmlich geschlossener Gesellschaftsvertrag ist auch keine der Vollmacht vergleichbare Urkunde. Der durch die Voll-

machtsurkunde begründete Rechtsschein beruht auf der Entscheidung des Vollmachtgebers, sie dem Bevollmächtigten auszuhändigen. Demgemäß hat sie der Bevollmächtigte dem Vollmachtgeber nach Erlöschen der Vollmacht zurückzugeben, ohne dass ihm insoweit ein Zurückbehaltungsrecht zusteht, § 175 BGB. Ggf. kann der Vollmachtgeber die Vollmachtsurkunde durch eine öffentliche Bekanntmachung für kraftlos erklären, § 176 Abs. 1 BGB.

12 Demgegenüber können die Gesellschafter einer wie hier in notarieller Form gegründeten Gesellschaft bürgerlichen Rechts regelmäßig Ausfertigungen sowie einfache und beglaubigte Abschriften des Gesellschaftsvertrags verlangen, vgl. § 51 BeurkG. Selbst bei Änderungen des Gesellschaftsvertrags müssen diese Urkunden schon deshalb nicht zurückgegeben werden, weil andere Regelungen nach wie vor Geltung haben können. Da die Gesellschafter darüber hinaus nicht gehindert sind, einen förmlich geschlossenen Gesellschaftsvertrag jederzeit formlos zu ändern, kann der Nachweis der Vertretungsmacht der für die Gesellschaft handelnden Gesellschafter mit der Urschrift eines öffentlich beglaubigten oder der Ausfertigung eines notariell beurkundeten Gesellschaftsvertrags gegenüber dem Grundbuchamt nicht nachgewiesen werden (vgl. OLG München, a. a. O.).

13 (3) Ob hiervon ausnahmsweise bei kürzlich abgeschlossenen Gesellschaftsverträgen abgewichen werden kann (vgl. DNotl-Report 2012, 77), muss nicht entschieden werden, da vorliegend der Gesellschaftsvertrag mehrere Jahre vor Beurkundung der Vollmachtsurkunde geschlossen worden war.

14 Ebenfalls kommt es nicht darauf an, dass die Gesellschafter grundsätzlich nicht gehindert sind, sich ihrerseits bei der Vertretung der Gesellschaft durch von ihnen Bevollmächtigte vertreten zu lassen (BGH, MittBayNot 2011, 494, 495; Senat, Beschluss vom 17.11.2016, 1 W 562/16, MittBayNot 2017, 368). Entsprechende Vollmachten liegen nicht vor und solche sind insbesondere auch nicht in dem eingereichten Gesellschaftsvertrag enthalten.

15 b) Das bestehende Eintragungshindernis kann rückwirkend durch Genehmigung der Beteiligten zu 2 beseitigt werden, vgl. § 185 Abs. 2, § 184 BGB. Hierauf hat das Grundbuchamt zutreffend in der angefochtenen Zwischenverfügung hingewiesen und damit das zur Hebung des Hindernisses geeignete Beseitigungsmittel benannt, vgl. § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 GBO.

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Benedikt Goslich**, LL.M. (Harvard),
Günzburg

Der entscheidungsrelevante Sachverhalt lässt sich anhand der veröffentlichten Entscheidungsgründe wie folgt rekonstruieren: Vier Gesellschafter errichten im Jahr 2011 eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts. In der notariellen (Gründungs-)Urkunde wird abweichend von § 709 Abs. 1, § 714 BGB vereinbart, dass die Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft durch je zwei Geschäftsführer (richtig wohl: Gesellschafter) gemeinsam erfolgt. Einige Zeit später

– leider ist dieser Zeitraum der Entscheidung nicht zu entnehmen (näher unter Ziffer 3.) – erteilen zwei Gesellschafter im Namen der GbR eine rechtsgeschäftliche, grundbuchtaugliche Erwerbsvollmacht an einen Stellvertreter. Die aufgrund dieser Vollmacht im Jahr 2015 erklärte Auflassung wird vom Grundbuchamt mit dem Hinweis darauf nicht vollzogen, die Vertretung der GbR sei nicht ausreichend nachgewiesen. Das KG schließt sich der Ansicht des Grundbuchamtes an.

1. Erwerbskonstellation und darüber hinausgehende Bedeutung

Die für die Entscheidung zentrale Frage des grundbuchtauglichen Vertretungsnachweises stellt sich in der vorliegenden Erwerbskonstellation (lediglich) im Rahmen des materiellen Konsensprinzips (§ 20 GBO). Insoweit hat der BGH mit seiner Grundsatzentscheidung vom 28.4.2011 eine erstaunlich liberale, jedoch praxistaugliche Linie eingeschlagen und neben der Bezeichnung der erwerbenden GbR sowie deren Gesellschafter weitere (öffentliche) Existenz-, Identitäts- und Vertretungsnachweise grundsätzlich für entbehrlich gehalten.¹ Dies kann jedoch nur gelten, wenn alle einzutragenden (vgl. § 47 Abs. 2 GBO) Gesellschafter persönlich handeln; andernfalls sind entsprechende Vertretungsnachweise vorzulegen. Dies folgt weniger, wie vom KG begründet, aus der Abweichung von der gesetzlichen Vertretungsregelung der GbR, sondern vielmehr unmittelbar aus der Mediatisierungsthese des BGH.² Die relevanten Nachweisfragen sind aber nicht auf Erwerbskonstellationen beschränkt, sondern stellen sich in Veräußerungskonstellationen inhaltsgleich (auch) auf Ebene des formellen Konsensprinzips (§ 19 GBO). Auch hier bedarf es grundsätzlich der Mitwirkung (Auflassung und Bewilligung) aller im Grundbuch eingetragener Gesellschafter, ansonsten der Vorlage ausreichender Nachweise der Vertretungsbefugnis der für die GbR handelnden Personen. § 899a BGB bringt insoweit keinerlei Nachweiserleichterung.³

2. Beweiskraft des Gesellschaftsvertrages

Für die vom handelnden Stellvertreter in Anspruch genommene Vertretungsmacht für die einzutragende GbR war grundsätzlich ein formal grundbuchtauglicher Eintragungsnachweis erbracht: Der notariell beurkundete Gesellschaftsvertrag der GbR bezeugt die Vertretungsmacht der beiden handelnden GbR-Gesellschafter; die von diesen Gesell-

schaftern zu notarieller Urkunde erklärte Bevollmächtigung bezeugt wiederum die rechtsgeschäftliche Vollmacht des Stellvertreters. Das KG beanstandet daher auch nicht, dass die ursprüngliche Vereinbarung der Gesamtvertretung durch nur einen Teil der Gesellschafter nicht nachgewiesen sei, sondern dass der Fortbestand dieser Regelung aufgrund der jederzeit formlos änderbaren gesellschaftsvertraglichen Vertretungsklausel in Zweifel stehe.

Dogmatisch lässt sich die Ablehnung auf das grundbuchrechtliche Legalitätsprinzip stützen, wonach es dem Grundbuchamt möglich sein muss, auch einen öffentlichen Eintragungsnachweis zu hinterfragen.⁴ Dabei hat das Grundbuchamt zunächst über die formale Nachweiskraft vorgelegter Eintragungsnachweise hinausgehende materielle Richtigkeitsvermutungen zu beachten und kann die Eintragung in diesem Bereich nur dann ablehnen, wenn die Unrichtigkeit der nachgewiesenen Tatsache positiv feststeht.⁵ Eine solche materielle Richtigkeitsvermutung besteht nach zutreffender Ansicht des KG für den Gesellschaftsvertrag allerdings nicht. Insbesondere ist die Fortgeltungsvermutung des § 172 BGB nicht analog anwendbar.⁶ Schon verfahrensrechtlich, wie das Gericht richtig bemerkt, bestehen erhebliche Unterschiede zwischen der Ausfertigung einer einseitigen Vollmachtsurkunde und der Ausfertigung eines Gesellschaftsvertrages. Während erstere – vorbehaltlich besonderer Anweisungen – nur dem Vollmachtgeber erteilt werden kann, kommt der Ausfertigungserteilungsanspruch (§ 51 BeurkG) bei multilateralen (Gesellschafts-)Verträgen auf Dauer allen Urkundsbeteiligten zustatten. Beschränkende Anweisungen im Sinne von § 51 Abs. 2 BeurkG bedürfen der Einstimmigkeit,⁷ sodass ein etwaiger Rechtsschein bei fehlender Ausfertigungssperre im Gesellschaftsvertrag selbst im Nachhinein nicht beseitigbar wäre. Vor allem aber fehlt es an den Analogievoraussetzungen: Der Gesetzgeber hat sich bewusst gegen ein mit Gutgläubenswirkung ausgestattetes allgemeines GbR-Register entschieden.⁸ Diese Entscheidung würde durch einen partiell rechtsscheintragenden Gesellschaftsvertrag konterkariert. Ein solcher wäre vielmehr systemfremd, da der gute Glaube an die Vertretungsbefugnis im Gesellschaftsrecht nicht am Statut, sondern am Registerinhalt (§ 15 HGB) festgemacht

1 BGH, Beschluss vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393; vgl. zur früher vertretenen faktischen Erwerbssperre für die bereits bestehende GbR OLG Schleswig, Beschluss vom 9.12.2009, 2 W 168/09, DNotZ 2010, 296; OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 Wx 98/10, NZG 2010, 1263; OLG Bamberg, Beschluss vom 9.2.2011, 3 W 176/10, NZG 2011, 427; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 177 ff.; ausführlich zum früheren Meinungsstand auch *Lautner*, MittBayNot 2010, 286.

2 Vgl. BGH, a. a. O., zurückgehend auf *Reymann*, ZNotP 2011, 84, 101 ff. (das Recht der GbR wird grundbuchrechtlich durch die Gesellschafter „mediatisiert“).

3 Vgl. OLG München, Beschluss vom 20.7.2011, 34 Wx 131/10, RNotZ 2011, 601, 603; *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 667.

4 OLG München, Beschluss vom 29.7.2014, 34 Wx 138/14, NJW-RR 2015, 1230; *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl. 2018, AT A Rdnr. 25 ff.; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 209 ff.

5 Vgl. BGH, Beschluss vom 28.4.1961, V ZB 17/60, NJW 1961, 1301, 1303; OLG München, Beschluss vom 7.11.2011, 34 Wx 400/11, DNotZ 2012, 298; OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 5.1.2012, 20 W 242/11, NJW-RR 2012, 784; *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, AT A Rdnr. 27, 180 ff. sowie *Bauer/Schaub/Bayer/Meier-Wehrsdorfer*, GBO, § 29 Rdnr. 180 ff.

6 Vgl. auch OLG München, Beschluss vom 17.8.2010, 34 Wx 98/10, NZG 2010, 1263; OLG Bamberg, Beschluss vom 9.2.2011, 3 W 176/10, NZG 2011, 427; *Heinze*, DNotZ 2016, 344, 359; *Hertel*, DNotZ 2009, 121, 129; abweichend *Lautner*, DNotZ 2009, 650, 661, der die liberale Haltung des BGH in der Entscheidung vom 28.4.2011, V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393 freilich noch nicht berücksichtigen konnte; kritisch auch *Pottgiesser*, EWIR 2018, 297.

7 *BeckOGK/Regler*, Stand 15.6.2016, § 51 BeurkG Rdnr. 52.

8 Vgl. BT-Drucks. 16/13437, S. 26 zur Einführung von § 899a BGB.

wird. Auch die vergleichbare Interessenlage wurde vom KG zu Recht verneint. Während die Rechtsscheinwirkung bei einer (notariellen) Vollmachtserteilung von zentraler Bedeutung ist, stehen bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages vor allem Fragen der Verteilung von Gewinn- und Verwaltungsrechten im Vordergrund. Auf den Punkt gebracht: Typische Gesellschafter einer GbR stellen bei Unterzeichnung des GbR-Vertrages einen möglicherweise nach außen geschaffenen Rechtsschein ebenso wenig in Rechnung, wie sie bei späteren Änderungen des Vertrages oder des Gesellschafterbestandes je einen Gedanken daran verlieren, etwaige Ausfertigungen oder Urschriften früherer Vertragsfassungen zur Beseitigung eines solchen Rechtsscheins zurückzuerlangen. Es ist ihnen nicht zu verdenken.

Außerhalb materieller Richtigkeitsvermutungen eröffnet sich für das Grundbuchamt nun zwar ein weiterer Spielraum, die (fortbestehende) Richtigkeit öffentlicher Eintragungstatsachen zu prüfen. Nach allgemeiner Meinung kann die Eintragung aber auch dann nur bei Vorliegen berechtigter Zweifel abgelehnt werden.⁹ Hier werden die Ausführungen des KG dünn. Der Feststellung, jedenfalls ein mehrere Jahre zurückliegender Gesellschaftsvertrag weise die Vertretungsbefugnis nicht ausreichend nach, lässt sich aber entnehmen, dass das Gericht seine Zweifel allein auf die abstrakte Gefahr nachträglicher Änderungen des Gesellschaftsvertrages gründet. Dem mag man zunächst eine Äußerung des BGH entgegenhalten, wonach das bloße Zeitmoment nicht Quelle die Eintragung hindernder Zweifel sein kann.¹⁰ Andererseits wäre es aber mit dem Legalitätsprinzip kaum in Einklang zu bringen, die Nachweisführung für volatile Tatsachen, deren Unbeständigkeit also eher die Regel als die Ausnahme ist, auch durch jahrealte öffentliche Urkunden zuzulassen.¹¹ Die sich insoweit letztlich stellende Frage nach der Feststellungslast für negative Tatsachen wird sich kaum pauschal beantworten lassen. Richtigerweise wird das Grundbuchamt eine anhand von Erfahrungssätzen typisierte Betrachtung vornehmen müssen und weitere Nachweise nur dort verlangen können, wo die entsprechende Negativtatsache abstrakt-typisiert ausreichend wahrscheinlich ist.¹² In diesem Sinne ausreichend wahrscheinlich ist die Gefahr einer jederzeit möglichen Änderung der Vertretungsverhältnisse von rechtsfähigen Gesellschaften. Für die Nachweisführung durch notarielle Registerbescheinigung (§ 21 BNotO) haben sich die meisten Grundbuchämter durchaus maßvoll auf eine schädliche Altersgrenze von vier bis sechs Wochen verständigt, wobei es für den Fristbeginn auf das Datum der Einsicht in das Handelsregister als allein maßgeblichem

9 BayObLG, Beschluss vom 13.1.1967, BReg. 2 Z 60/66, NJW 1967, 1283; BayObLG, Beschluss vom 22.6.1995, 2 Z BR 42/95, MittBayNot 1995, 389; vgl. auch *Wolfsteiner*, DNotZ 1987, 67 ff.

10 BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, DNotZ 2009, 115 m. Anm. *Hertel*.

11 Vgl. *Bestelmeyer*, Rpfleger 2010, 169, 179 f., vgl. auch DNotl-Report 2012, 77, 79.

12 Insoweit hinkt der Vergleich des BGH, Beschluss vom 4.12.2008, V ZB 74/08, DNotZ 2009, 115 mit einer jederzeit möglichen Änderung der Auflassung vor Eintragung im Grundbuch, da eine solche bei typisierter Betrachtung die absolute Ausnahme darstellt.

Rechtsscheinträger (§ 15 HGB) ankommen sollte.¹³ Die Übertragung dieser Frist auf notariell beurkundete Gesellschaftsverträge, deren Abschluss nicht länger als vier bis sechs Wochen zurückliegt, ist bereits überzeugend gefordert worden.¹⁴ Das KG hat eine aus Rechtssicherheitsgründen wünschenswerte Klarstellung leider unterlassen.

Ein nach diesen Grundsätzen überalterter Gesellschaftsvertrag ist zur Nachweisführung der aus ihm folgenden Vertretungsbefugnis ungeeignet. Seine Nachweiskraft kann auch nicht durch eine eidesstattliche Versicherung der handelnden Personen, der Gesellschaftsvertrag sei trotz seines Alters noch immer aktuell, aufgewertet werden. Die nicht ablassenden Stimmen, die eine eidesstattliche Versicherung im Grundbuchverfahren rechtsfortbildend als ausnahmsweise taugliches Beweismittel ansehen,¹⁵ verkennen die Bedeutung des strafrechtlichen Analogieverbotes.¹⁶ Eine Beweisnot entsteht gleichwohl nicht: Zur Eintragung ist die (einfache) Erklärung aller zur Eintragung gelangender Gesellschafter erforderlich, aber – seit der BGH-Entscheidung vom 28.4.2011¹⁷ – auch ausreichend.

3. Erforderliche Beweiskraft des Gesellschaftsvertrages im konkreten Fall?

Können die Ausführungen des KG bis hierhin überzeugen, muss zuletzt die Frage gestellt werden, ob das Gericht überhaupt den richtigen Zeitpunkt, bis zu dem die aus dem Gesellschaftsvertrag rührende Vertretungsmacht bestehen und nachgewiesen sein muss, in Blick genommen hat. Hierzu sollte man sich nochmals den Sachverhalt vergegenwärtigen: Die GbR wurde im Jahr 2011 zu notarieller Urkunde gegründet. Unter Berufung auf die in diesem Gesellschaftsvertrag enthaltene Vertretungsregelung wird im Jahr X (welches der veröffentlichten Entscheidung leider nicht zu entnehmen ist) rechtsgeschäftliche Vollmacht an einen Stellvertreter erteilt. Diese Vollmacht wird im Jahr 2015 ausgeübt. Schon auf materiellrechtlicher Ebene fragt sich, ob die gesellschaftsvertragliche Vertretungsregelung überhaupt bis zum Jahr 2015 fortbestehen musste oder ob es nicht genügt, dass sie bis zur Erteilung der Vollmacht an den Stellvertreter unverändert gilt. Zwei neuere Entscheidungen des OLG München zum Erlöschen einer durch eine GbR erteilten Vollmacht bei Insolvenz eines ihrer Gesellschafter legen ersteres nahe.¹⁸ Das Gericht geht dabei unter Bezugnahme auf eine BGH-Entscheidung aus dem Jahr 2011¹⁹

13 Missverständlich *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 209, 3637 („Das Zeugnis [...] muss aus neuester Zeit stammen“).

14 *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 302; DNotl-Report 2012, 77, 80.

15 Vgl. KG, Beschluss vom 6.3.2012, 1 W 10/12, NJW-RR 2012, 847; OLG Hamm, Beschluss vom 8.2.2011, 15 W 27/11, MittBayNot 2012, 146; Beschluss vom 20.8.2015, 15 W 346/15, MittBayNot 2016, 142; OLG München, Beschluss vom 28.10.2015, 34 Wx 274/15, ZEV 2016, 401; *Heinze*, RNotZ 2010, 289, 304.

16 Vgl. *Goslich*, MittBayNot 2018, 138, 143.

17 V ZB 194/10, MittBayNot 2011, 393.

18 OLG München, Beschluss vom 22.5.2017, 34 Wx 87/17, MittBayNot 2018, 586; Beschluss vom 9.7.2018, 34 Wx 223/17, NZI 2018, 696.

19 BGH, Beschluss vom 20.1.2011, V ZB 266/10, MittBayNot 2011, 494.

davon aus, eine GbR selbst könne gar keine Vollmacht erteilen. Die Vollmacht leite sich danach stets direkt von den jeweiligen Gesellschaftern ab, sodass jede Änderung in der Zusammensetzung oder der Verfügungsmacht der Gesellschafter auch Vollmachten der GbR infiziere. Dieser Ansicht liegt ein anachronistisches, aus der Zeit vor Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit stammendes Verständnis der GbR zugrunde, welches die Mediatisierungsthese des BGH deutlich überspannt.²⁰ Die in Bezug genommene BGH-Entscheidung aus 2011 betraf die Auslegung einer standardisierten Generalvollmacht und ist kaum dahin zu verstehen, der BGH wolle im Vorbeigehen seine Rechtsprechung zur (Teil-)Rechtsfähigkeit der GbR partiell revidieren. Richtigerweise ist Vollmachtgeber allein die GbR, welche durch ihre organschaftlichen Vertreter vertreten wird. Die organschaftliche Vertretungsbefugnis muss nur bis zu deren Ausübung, also bis zur Erteilung der rechtsgeschäftlichen Vollmacht, vorliegen. Eine spätere Änderung der gesellschaftsvertraglichen Vertretungsverhältnisse beeinträchtigt zuvor wirksam erteilte rechtsgeschäftliche Vollmachten ebenso wenig wie dies bei anderen Gesellschaftsformen der Fall wäre.²¹

Im Fall kam es damit richtigerweise auf den Fortbestand der gesellschaftsvertraglichen Vertretungsregelung bis zur Ausübung der Erwerbsvollmacht im Jahr 2015 überhaupt nicht an. Ausreichend ist der Fortbestand des Gesellschaftsvertrages bis zum Zeitpunkt der Erteilung der rechtsgeschäftlichen Erwerbsvollmacht. Zur Nachweisführung gegenüber dem Grundbuchamt muss es entsprechend oben Gesagtem daher genügen, wenn *bei Erteilung* der rechtsgeschäftlichen Vollmacht die Unterzeichnung des notariellen Gesellschaftsvertrages weniger als sechs Wochen zurückliegt. Die Prüfung dieser Zeitpunkte ist für das Grundbuchamt anhand der vorgelegten Unterlagen ohne Weiteres möglich; für den Verfasser dieser Anmerkung anhand des insoweit lückenhaft mitgeteilten Sachverhaltes leider nicht.

4. Fazit

Das KG versagt richtigerweise (auch notariellen) Gesellschaftsverträgen die Rechtsscheinwirkung des § 172 BGB (analog). Die grundbuchrechtliche Nachweisführung sollte mit solchen Verträgen aufgrund deren Volatilität, entsprechend der allgemein anerkannten Gültigkeit notarieller Registerbescheinigungen, lediglich zeitlich beschränkt auf einen Zeitraum von maximal sechs Wochen nach Abschluss des jeweiligen Vertrages zugelassen werden. Erteilt jedoch die GbR, vertreten durch ihre organschaftlichen Vertreter, rechtsgeschäftliche Vollmacht an einen Stellvertreter, kommt es für die so verstandene Gültigkeit des Gesellschaftsvertrages nicht auf den Zeitpunkt der Ausübung der rechtsgeschäftlichen Vollmacht durch den Vertreter, sondern auf den Zeitpunkt deren Erteilung durch die GbR an.

²⁰ Ebenso *Kessler*, NZI 2018, 680; *ders.* EWIR 2017, 567; *Lautner*, MittBayNot 2018, 591; *Altmeyen*, NZG 2017, 1281; ferner *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, Rdnr. 4265 sowie *Ruhwinkel*, MittBayNot 2010, 126, 128; a. A. *Munzig*, notar 2018, 368.

²¹ Vgl. *Kessler*, NZI 2018, 680, 682 mit weiteren Friktionsargumenten.

BÜRGERLICHES RECHT – FAMILIENRECHT

11. Anspruch auf Ausgleich der Grundstückskosten und auf Nutzungsentschädigung

BGH, Urteil vom 11.7.2018, XII ZR 108/17 (Vorinstanz: KG, Urteil vom 23.9.2016, 13 UF 135/14)

BGB §§ 242, 291, 426 Abs. 1, § 743 Abs. 2, § 745 Abs. 2, §§ 748, 755, 812 Abs. 1 Satz 2

LEITSATZ:

Nutzt ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft mit Duldung des anderen das im hälftigen Miteigentum beider stehende Haus nach der Trennung weiterhin und trägt wie bisher die Lasten, ohne zu erkennen zu geben, einen hälftigen Ausgleich geltend machen zu wollen, und ohne dass der andere Partner ihm ein Nutzungsentgelt abverlangt, so ist sein Ausgleichsanspruch in Höhe des hälftigen Nutzungswerts des Anwesens beschränkt (Fortführung von Senatsurteil vom 13.1.1993, XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676 und Senatsbeschluss vom 20.5.2015, XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272).

HIWEIS DER SCHRIFTLICHTUNG:

Der Volltext der Entscheidung ist erschienen in DNotZ 2018, 841.

12. Befristung des Elementarunterhalts

BGH, Beschluss vom 4.7.2018, XII ZB 122/17 (Vorinstanz: OLG Köln, Beschluss vom 9.2.2017, 10 UF 141/15)

BGB § 1587b

LEITSÄTZE:

- Ehebedingte Nachteile im Sinne des § 1587b Abs. 1 Satz 2 BGB können nicht mit den durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden, wenn für diese Zeit ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen (im Anschluss an Senatsurteil vom 7.3.2012, XII ZR 179/09, FamRZ 2012, 772).**
- Ein ehebedingter Nachteil, der darin besteht, dass der unterhaltsberechtigter Ehegatte auch naheheilig geringere Versorgungsansprüche erwirbt, als dies bei hinweggedachter Ehe der Fall wäre, ist grundsätzlich als ausgeglichen anzusehen, wenn er für diese Zeit Altersvorsorgeunterhalt zugesprochen erhält oder jedenfalls erlangen kann (im Anschluss**

an Senatsbeschluss vom 14.5.2014, XII ZB 301/12, FamRZ 2014, 1276).

AUS DEN GRÜNDEN:

1 Der Verfahrenskostenhilfeantrag ist zurückzuweisen, weil die Rechtsbeschwerde der Antragsgegnerin keine hinreichende Aussicht auf Erfolg bietet, § 113 Abs. 1 FamFG i. V. m. § 114 Abs. 1 Satz 1 ZPO.

2 I. Die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) wendet sich mit der bereits eingelegten und begründeten Rechtsbeschwerde gegen die Befristung ihres Elementarunterhalts bis einschließlich März 2021.

3 Die Rechtsbeschwerde greift insbesondere die Annahme des OLG an, wonach die Ehefrau hinsichtlich des Bezugs ihrer Altersrente keine ehebedingten Nachteile erlitten habe.

4 Nach den von der Rechtsbeschwerde unbeanstandeten Feststellungen des OLG hätte die Ehefrau ohne Ehe bei einer unterstellten Tätigkeit bis zum Eintritt ihrer Erwerbsunfähigkeit eine fiktive Altersrente von 1.303,75 € ab April 2021 erlangen können. Weiter ist das OLG davon ausgegangen, dass sie eine solche Rente aufgrund ihrer eigenen Rentenanwartschaften, der ihr von der Ärzteversorgung des Ehemanns im Wege des Versorgungsausgleichs übertragenen Anwartschaften und des ihr zugesprochenen Zugewinnausgleichs auch tatsächlich erzielen könnte. Insoweit rügt die Rechtsbeschwerde, das OLG habe bei seiner Entscheidung nicht die zusätzliche Zahlung aus dem Zugewinnausgleich von 41.164,72 € berücksichtigen dürfen, da nicht sicher sei, dass die Ehefrau tatsächlich einen Anspruch hierauf habe. Schließlich habe das OLG die wirtschaftlichen Verhältnisse des Antragstellers (im Folgenden: Ehemann) nicht hinreichend konkret festgestellt.

5 II. Die Entscheidung des OLG hält den Angriffen der Rechtsbeschwerde stand. Sie ist auch im Ergebnis rechtsbeschwerderechtlich nicht zu beanstanden.

6 1. Ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt ist nach § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB auf den angemessenen Lebensbedarf herabzusetzen, wenn eine an den ehelichen Lebensverhältnissen orientierte Bemessung des Unterhaltsanspruchs auch unter Wahrung der Belange eines dem Berechtigten zur Pflege oder Erziehung anvertrauten gemeinschaftlichen Kindes unbillig wäre. Nach § 1578b Abs. 2 Satz 1 BGB ist ein Anspruch auf nachehelichen Unterhalt zeitlich zu begrenzen, wenn ein zeitlich unbegrenzter Unterhaltsanspruch unbillig wäre. Die Kriterien für die Billigkeitsabwägung ergeben sich aus § 1578b Abs. 1 Satz 2 und 3 BGB. Danach ist insbesondere zu berücksichtigen, inwieweit durch die Ehe Nachteile im Hinblick auf die Möglichkeit eingetreten sind, für den eigenen Unterhalt zu sorgen, oder eine Herabsetzung des Unterhaltsanspruchs unter Berücksichtigung der Dauer der Ehe unbillig wäre. Nachteile im Sinne des Satzes 2 können sich vor allem aus der Dauer der Pflege oder Erziehung eines gemeinschaftlichen Kindes sowie aus der Gestaltung von Haushaltsführung und Erwerbstätigkeit während der Ehe ergeben, § 1578b Abs. 1 Satz 3 BGB (Senatsbeschluss vom 26.3.2014, XII ZB 214/13, FamRZ 2014, 1007 Rdnr. 17 m. w. N.).

7 Der Maßstab des angemessenen Lebensbedarfs, der nach § 1578b Abs. 1 BGB die Grenze für die Herabsetzung des nachehelichen Unterhalts bildet, bemisst sich dabei nach dem Einkommen, das der unterhaltsberechtigte Ehegatte ohne die Ehe und Kindererziehung aus eigenen Einkünften zur Verfügung hätte. Erzielt der Unterhaltsberechtigte nach einer ehebedingten Einschränkung seiner Erwerbstätigkeit lediglich Einkünfte, die den eigenen angemessenen Unterhaltsbedarf nach § 1578b BGB nicht erreichen, scheidet eine Befristung des Unterhaltsanspruchs regelmäßig aus. Auch dann kann der Unterhalt nach einer Übergangszeit aber bis auf den ehebedingten Nachteil herabgesetzt werden, der sich aus der Differenz zwischen angemessenem Unterhaltsbedarf und dem erzielten oder erzielbaren eigenen Einkommen ergibt, was freilich voraussetzt, dass der Bedarf nach den ehelichen Lebensverhältnissen den eigenen angemessenen Lebensbedarf übersteigt. Um den ehebedingten Nachteil der Höhe nach bemessen zu können, muss der Tatrichter Feststellungen zum angemessenen Lebensbedarf des Unterhaltsberechtigten im Sinne des § 1578b Abs. 1 Satz 1 BGB und zum Einkommen treffen, das der Unterhaltsberechtigte tatsächlich erzielt bzw. gemäß §§ 1574, 1577 BGB erzielen könnte. Die Differenz aus den beiden Positionen ergibt den ehebedingten Nachteil (Senatsbeschluss vom 26.3.2014, XII ZB 214/13, FamRZ 2014, 1007 Rdnr. 18 m. w. N.).

8 Der Ausgleich unterschiedlicher Vorsorgebeiträge ist vornehmlich Aufgabe des Versorgungsausgleichs, durch den die Interessen des Unterhaltsberechtigten regelmäßig ausreichend gewahrt werden. Ehebedingte Nachteile im Sinne des § 1578b Abs. 1 Satz 2 BGB können also nicht mit den durch die Unterbrechung der Erwerbstätigkeit während der Ehe verursachten geringeren Rentenanwartschaften begründet werden, wenn für diese Zeit ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat. Nachteile in der Versorgungsbilanz sind dann in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen (Senatsurteil vom 7.3.2012, XII ZR 179/09, FamRZ 2012, 772 Rdnr. 24 m. w. N.). Ein ehebedingter Nachteil, der darin besteht, dass der unterhaltsberechtigte Ehegatte auch nachehelich geringere Versorgungsansprüche erwirbt, als dies bei hinweggedachter Ehe der Fall wäre, ist grundsätzlich als ausgeglichen anzusehen, wenn er für diese Zeit Altersvorsorgeunterhalt zugesprochen erhält oder jedenfalls erlangen kann (Senatsbeschluss vom 14.5.2014, XII ZB 301/12, FamRZ 2014, 1276 Rdnr. 46 f.).

9 2. Gemessen hieran fehlt es mit Erreichen der Regelaltersgrenze an einem nach § 1578b BGB zu berücksichtigenden ehebedingten Nachteil aufseiten der Ehefrau.

10 a) Der Senat hat in einem von den Beteiligten geführten Parallelverfahren zum Zugewinnausgleich ausgeführt, dass die Feststellungen des OLG schon nicht die Annahme tragen, dass aufseiten der Ehefrau überhaupt ehebedingte (und nicht anderweitig kompensierte) Nachteile beim Aufbau einer Altersversorgung entstanden sind (Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 84/17, NJW 2018, 2871).

11 b) Selbst wenn die tatsächliche Altersrente der Ehefrau, die sie im Jahr 2021 unter Einschluss des Versorgungsausgleichs und des Vermögenszuflusses aus dem Zugewinnausgleich erreichen könnte, hinter der vom OLG berechneten

Rente ohne Ehe und Kindererziehung zurückbliebe, wäre darin entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde kein ehebedingter Nachteil zu erblicken. Denn wenn ein Versorgungsausgleich stattgefunden hat, sind die Nachteile in der Versorgungsbilanz in gleichem Umfang von beiden Ehegatten zu tragen und somit vollständig ausgeglichen.

12 aa) Ein Versorgungsausgleich ist durchgeführt worden. Hierzu hat der Senat im Parallelverfahren ausgeführt:

„Der Antragsteller hat durch seine Beitragszahlung in der Ehezeit ein Versorgungsanrecht in monatlicher Höhe von 708,95 € erworben. Angesichts dieser Größenordnung konnte das geteilte Versorgungsvermögen beim Ärzteversorgungswerk – auch in Relation zu der rund siebzehnjährigen Ehezeit – durchaus die den primären Versorgungssystemen obliegende Funktion erfüllen, dem Versorgungsberechtigten eine selbständige (Basis-)Absicherung für den Fall von Alter oder Invalidität zu bieten“ (Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 84/17, NJW 2018, 2871, 2873).

13 bb) Hinzu kommt, dass die Ehefrau über den Zugewinnausgleich einen weiteren Vermögenszufluss erhalten hat, den sie nach den von der Rechtsbeschwerde auch insoweit unbeanstandeten Feststellungen des OLG ohne die Ehe nicht erlangt hätte. Dabei handelt es sich um den der Ehefrau bereits seinerzeit rechtskräftig zugesprochenen Betrag von 50.000 € sowie mindestens weitere 7.218,23 €, die ihr nach der teilweisen Zurückweisung der Rechtsbeschwerde in dem Parallelverfahren rechtskräftig zugesprochen sind (vgl. Senatsbeschluss vom 20.6.2018, XII ZB 84/17, NJW 2018, 2871). Dieser ehebedingte Vorteil wäre daher auch im Übrigen geeignet, einen etwaigen ehebedingten Nachteil zu kompensieren (vgl. Senatsbeschluss vom 8.6.2016, XII ZB 84/15, FamRZ 2016, 1345 Rdnr. 26 m. w. N.).

14 cc) Freilich ist zu beachten, dass für die Entstehung eines ehebedingten Nachteils im Sinne des § 1578b BGB auch der nach der – für den Zugewinnausgleich maßgeblichen – Zustellung des Scheidungsantrags am 28.6.2006 liegende Zeitraum entscheidend sein kann, namentlich wenn es darum geht, dass die Ehefrau wegen ihres ehebedingt reduzierten Einkommens ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags keine bzw. nur noch geringere Rentenanwartschaften bilden kann (vgl. Palandt/Brudermüller, 77. Aufl., § 1578 Rdnr. 63, 65).

15 Aber auch dieser Aspekt führt hier zu keinem anderen Ergebnis. Denn die Ehefrau hat einen bis einschließlich Juli 2017 titulierten Anspruch auf Altersvorsorgeunterhalt. Damit kann sie die ehebedingt geringeren Rentenanwartschaften ohne Weiteres ausgleichen (vgl. Senatsbeschluss vom 14.5.2014, XII ZB 301/12, FamRZ 2014, 1276 Rdnr. 47), zumal sie den Feststellungen des OLG zufolge bereits im Jahr 2008 erwerbsunfähig geworden ist und deshalb – auch ohne Ehe – seither keine weitere Altersvorsorge mehr hätte betreiben können.

(...)

13. Erforderliche Einwilligung des biologischen Vaters bei einer Adoption

OLG Bamberg, Beschluss vom 26.4.2017, 2 UF 70/17

LPartG § 9 Abs. 7 Satz 2

BGB §§ 1592, 1600d Abs. 2 Satz 1, § 1626a Abs. 3,

§§ 1741, 1743, 1745 Satz 2, § 1747 Abs. 1 Satz 1, § 1750

Abs. 1 Satz 1 und Satz 2, § 1752 Abs. 1, § 1754 Abs. 1 und 3

FamFG §§ 26, 27, 189, 194

EGBGB Art. 22 Abs. 1

LEITSÄTZE:

- 1. Nach § 1747 Abs. 1 Satz 2 BGB ist die Einwilligung des biologischen Vaters für die Adoption erforderlich, wenn die Voraussetzungen des §§ 1600d Abs. 2 Satz 1 BGB vorliegen, der biologische Vater also glaubhaft gemacht hat, dass er der Mutter während der Empfängniszeit beigezogen hat.**
- 2. Der Vater ist nach § 188 Abs. 1 Nr. 1b FamFG daher nur dann zu beteiligen, wenn er dem Verfahren im Hinblick auf seine mögliche Vaterschaft beitrifft. Sieht er davon ab, ist er weder zu beteiligen noch ist seine Zustimmung nach § 1747 Abs. 1 Satz 1 BGB erforderlich.**
- 3. Von einer formellen Benachrichtigung des Vaters durch das Familiengericht kann dann abgesehen werden, wenn aufgrund der aufgeklärten Umstände unzweifelhaft ist, dass eine Beteiligung des leiblichen Vaters nicht in Betracht kommt. Dies ist dann der Fall, wenn er auf sein grundrechtlich geschütztes Interesse, die Rechtsstellung als Vater des Kindes einzunehmen, von vornherein verzichtet hat (BGH, Beschluss vom 18.2.2015, XII ZB 473/13).**
- 4. Die berechtigten Interessen des Kindes auf Klärung seiner Abstammung (vgl. hierzu BGH, Beschluss vom 28.1.2015, XII ZR 201/13) rechtfertigen keine Versagung der Adoption, weil dies gesetzlich nicht vorgesehen ist.**

BÜRGERLICHES RECHT – ERBRECHT

14. Pflichtteilsergänzungsanspruch aufgrund unbenannter Zuwendung unter Ehegatten

BGH, Urteil vom 14.3.2018, IV ZR 170/16 (Vorinstanz: OLG Dresden, Urteil vom 22.6.2016, 17 U 360/16)

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

LEITSÄTZE:

- Zum Pflichtteilsergänzungsanspruch hinsichtlich Finanzierungsleistungen für ein Hausgrundstück als unbenannte Zuwendung unter Ehegatten.**
- Tilgungsleistungen, die auf eine zur Zeit des Erbfalls noch valutierende Grundschuld erbracht worden sind, sind bereits in den fiktiven Nachlasswert eingeflossen, der nach § 2325 Abs. 1 BGB für die Berechnung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs zugrunde zu legen ist. Sie können dem Nachlass nicht ein zweites Mal als Schenkung hinzugerechnet werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, die unbenannte Zuwendung unter Ehegatten in der Regel als objektiv unentgeltlich und unter § 2325 BGB fallend anzusehen. Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes (auf den kein Rechtsanspruch besteht) ist nicht unentgeltlich, wenn er von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers rechtlich abhängig ist. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- Eine unbenannte oder sogar ausdrücklich zur Alterssicherung bestimmte Zuwendung unter Ehegatten ist entgeltlich, wenn sie sich im Rahmen einer nach konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung hält. Dementsprechend kann auch eine ehebedingte Zuwendung, durch die langjährige Dienste nachträglich vergütet werden, die ein Ehegatte dem anderen vor und nach der Eheschließung geleistet hat, im Rahmen des objektiv Angemessenen als entgeltlich anzusehen sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

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

2 Der Vater des Erblassers hatte sich verpflichtet, dem Erblasser eine Teilfläche eines Grundstücks zu übereignen. Auf dieser Teilfläche wurde ein Einfamilienhaus errichtet, zu dessen Finanzierung der Erblasser und die Beklagte ein Bankdarlehen i. H. v. 250.000 DM aufgenommen. Als Kreditsicherheit wurde 1996 am noch ungeteilten Grundstück des Vaters eine Grundschuld bestellt. Mit Übergabevertrag vom 12.2.1997 wurde die Löschung der Grundschuld veranlasst, soweit

sie auf dem Restgrundstück lastete; außerdem übertrug der Erblasser einen Miteigentumsanteil von ½ an dem ihm überlassenen Grundbesitz als im Vertrag so bezeichnete „ehebedingte Zuwendung“ auf die Beklagte. Der Eigentumswechsel wurde im Grundbuch vollzogen, nachdem die Ehegatten in das fertiggestellte Haus eingezogen waren.

3 Durch gemeinschaftliches Testament vom 6.8.2008 setzten sich der Erblasser und die Beklagte gegenseitig als Alleinerben ein. Am 6.12.2009 verstarb der Erblasser. Der zum Zweck des Hausbaus aufgenommene und zwischenzeitlich umgeschuldete Bankkredit valutierte zu diesem Zeitpunkt noch i. H. v. 108.122,30 €. Die Tilgungsleistungen in Gesamthöhe von 19.699,70 € und Zinszahlungen von 112.666,12 € waren von einem Konto des Erblassers erfolgt.

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

AUS DEN GRÜNDEN:

5 Die Revision ist teilweise begründet.

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

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

8 Zudem sei seitens der Kläger nicht vorgebracht worden, der Erblasser habe der Beklagten das Freiwerden von der Verpflichtung gegenüber dem Darlehensgeber ausdrücklich geschenkt bzw. ihr die ihm gegenüber bestehende Ausgleichs-

schuld aus § 426 BGB ausdrücklich erlassen. Dabei wäre es bei diesem Befund folgerichtig gewesen, etwaige Ansprüche der Kläger gegen die Beklagte beim ordentlichen, nicht beim Ergänzungspflichtteil zu erwägen.

9 II. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht in allen Punkten stand.

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

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

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

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

14 a) Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB setzen voraus, dass der Erblasser eine Schenkung im Sinne von § 516 BGB gemacht hat, d. h. eine Zuwendung, die den Empfänger aus dem Vermögen des Gebers bereichert und bei der beide Teile darüber einig sind, dass sie unentgeltlich erfolgt (vgl. Senatsurteil vom 10.12.2003, IV ZR 249/02, BGHZ 157, 178 unter II. 1., juris Rdnr. 13). Dabei ist die unbenannte Zuwendung unter Ehegatten einer Schenkung in diesem Sinne auch unabhängig von einer Einigung über ihre Unentgeltlichkeit gleichgestellt (vgl. Senatsurteil vom 27.11.1991, IV ZR

164/90, BGHZ 116, 167 unter II. 2. a), juris Rdnr. 14 ff.). Eine ergänzungspflichtige Schenkung kann danach angenommen werden, wenn der ohne wirtschaftlichen Gegenwert erfolgte Vermögensabfluss beim Erblasser zu einer materiellrechtlichen, dauerhaften und nicht nur vorübergehenden oder formalen Vermögensmehrung des Empfängers geführt hat (vgl. Senatsurteil vom 10.12.2003, a. a. O.).

15 aa) Eine solche Bereicherung der Beklagten aus dem Vermögen des Erblassers durch die Zinszahlungen kommt hier in Betracht. Die Beklagte und der Erblasser hafteten für das gemeinsam aufgenommene Darlehen und damit auch für die Zinsen als Gesamtschuldner, §§ 421, 427 BGB. Mit den Zinszahlungen wurde daher auch eine Schuld der Beklagten erfüllt. Durch diese Verringerung ihrer Verbindlichkeiten wäre deren Vermögen gemehrt worden, falls die vom Konto des Erblassers erfolgten Zahlungen aus dessen Vermögen stammten und nicht durch Leistungen der Beklagten oder den Erwerb eines Anspruchs gegen diese ausgeglichen wurden.

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

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

18 bb) Die Revisionserwiderung weist insoweit zwar zutreffend darauf hin, dass der Pflichtteilsberechtigte einen Teilhabeanspruch nur insoweit hat, als der Beschenkte „aus dem Vermögen des Schenkers heraus“ bereichert ist, die Bereicherung des Beschenkten also auf einer entsprechenden Entreichung des Schenkers beruht (Senatsurteil vom 28.4.2010, IV ZR 73/08, BGHZ 185, 252 Rdnr. 26). Mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts ist für das Revisionsverfahren zugunsten der Kläger zu unterstellen, dass die Zahlungen vom Konto des Erblassers auch aus dessen Vermögen stammten. Dann erfüllte der Erblasser mit diesen Zahlungen auch seine eigene Zinsverbindlichkeit. Als Gesamtschuldner hätte er dafür aber nach § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB regelmäßig einen Ausgleichsanspruch gegen die Beklagte in hälftiger Höhe erlangt. Falls jedoch zwischen dem Erblasser und der Beklagten eine abweichende Übereinkunft bestand, dass er für die von ihm erbrachten Zahlungen auf die gemeinsame

Gesamtschuld keinen Ausgleich von ihr erhalten werde, war der Erblasser im Umfang dieses verlorenen Ausgleichsanspruchs entreichert und die Beklagte entsprechend bereichert.

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

20 Der gesetzliche Gesamtschuldnerausgleich wird durch die Ehe des Erblassers mit der Beklagten, insbesondere durch die güterrechtlichen Vorschriften der Zugewinnngemeinschaft nicht verdrängt (vgl. BGH, Beschluss vom 20.5.2015, XII ZB 314/14, FamRZ 2015, 1272 Rdnr. 15; Urteil vom 6.10.2010, XII ZR 10/09, FamRZ 2011, 25 Rdnr. 16). Gemäß § 426 Abs. 1 Satz 1 BGB sind Gesamtschuldner im Verhältnis zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist. Eine abweichende Bestimmung kann sich aus dem Gesetz, einer Vereinbarung, dem Inhalt und Zweck des Rechtsverhältnisses oder der Natur der Sache, mithin aus der besonderen Gestaltung des tatsächlichen Geschehens ergeben (BGH, Urteile vom 6.10.2010, a. a. O. Rdnr. 17; vom 17.5.1983, IX ZR 14/82, BGHZ 87, 265 unter I. 2. a), juris Rdnr. 12; jeweils m. w. N.). Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts bedarf es daher keines ausdrücklichen Schulderrlasses durch den leistenden Gesamtschuldner, um eine Ausgleichsforderung aus § 426 Abs. 1 BGB auszuschließen.

21 Während intakter Ehe kann die grundsätzlich hälftige Beteiligung der Gesamtschuldner an den Belastungen vielmehr von der ehelichen Lebensgemeinschaft in der Weise überlagert werden, dass sich im Innenverhältnis zwischen den Ehegatten eine andere Aufteilung ergibt (vgl. BGH, Urteil vom 13.1.1993, XII ZR 212/90, FamRZ 1993, 676 unter B. I. 1. a), juris Rdnr. 26; so auch BGH, Urteil vom 9.2.2011, XII ZR 40/09, BGHZ 188, 282 Rdnr. 53). Ob dies hier der Fall war, lässt sich derzeit nicht beurteilen. Das Berufungsgericht hat bisher keine Feststellungen zum Innenverhältnis zwischen dem Erblasser und der Beklagten getroffen, soweit es die Zahlungen auf die gemeinsame Zinsschuld betraf.

22 b) Bei der Prüfung der Frage, ob eine unbenannte Zuwendung unter § 2325 BGB fällt, kommt es weiter darauf an, ob es sich um einen unentgeltlichen Vorgang handelt. Es entspricht der Rechtsprechung des Senats, die unbenannte Zuwendung unter Ehegatten in der Regel als objektiv unentgeltlich anzusehen (vgl. Senatsurteil vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II. 2., juris Rdnr. 14). Der Erwerb eines zugewendeten Gegenstandes (auf den kein Rechtsanspruch besteht) ist unentgeltlich, wenn er von einer den Erwerb ausgleichenden Gegenleistung des Erwerbers nicht rechtlich abhängig ist. Dabei kommen als rechtliche Abhängigkeit, welche die Unentgeltlichkeit ausschließt und Entgeltlichkeit begründet, Verknüpfungen sowohl nach Art eines gegenseitigen Vertrages als auch durch Setzung einer Bedingung oder eines entsprechenden Rechtszwecks in Betracht (a. a. O. unter II. 2. a), juris Rdnr. 15). So ist eine unbenannte oder sogar ausdrücklich zur Alterssicherung bestimmte Zuwendung unter Ehegatten entgeltlich, wenn sie sich im Rahmen einer

nach konkreten Verhältnissen angemessenen Alterssicherung hält (vgl. a. a. O., juris Rdnr. 20). Dementsprechend kann auch eine ehebedingte Zuwendung, durch die langjährige Dienste nachträglich vergütet werden, die ein Ehegatte dem anderen vor und nach der Eheschließung geleistet hat, im Rahmen des objektiv Angemessenen als entgeltlich anzusehen sein (a. a. O.).

23 Nachdem die Beklagte, die insoweit eine sekundäre Darlegungslast zur Entgeltlichkeit der Zuwendung trifft (vgl. Senatsurteil vom 17.1.1996, IV ZR 214/94, NJW-RR 1996, 705 unter 2. b) bb), juris Rdnr. 20), vorgetragen hat, die Zahlungen auf das Darlehen hätten der Sicherung der gemeinschaftlichen Ehwohnung gedient, ist zu prüfen, ob die Leistung etwa unterhaltsrechtlich geschuldet war oder ob ihr eine durch sie ganz oder teilweise vergütete, konkrete Gegenleistung gegenübersteht oder nicht (vgl. Senatsurteil vom 27.11.1991, IV ZR 164/90, BGHZ 116, 167 unter II. 3., juris Rdnr. 27). Dazu fehlt es hinsichtlich der Zinszahlungen, die nach dem revisionsrechtlich zu unterstellenden Sachverhalt aus dem Vermögen des Erblassers geleistet wurden, an Feststellungen. Das Berufungsgericht hat – aus seiner Sicht folgerichtig – bisher nicht geprüft, ob die Zinszahlungen unterhaltsrechtlich geschuldet waren.

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

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

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Arne Everts, Berchtesgaden

Auch sog. „ehebedingte Zuwendungen“ sind grundsätzlich pflichtteilsergänzungserheblich, wie der BGH mit seiner vorstehenden Entscheidung nochmals klarstellt. Er bestätigt aber auch die Pflichtteilsfestigkeit von solchen Leistungen, die einer „angemessenen Alterssicherung“ beim Zuwendungsempfänger dienen, sich also nicht in dessen bloßer Vermögensmehrung erschöpfen. Dementsprechend wird in der Entscheidung differenziert.

1. Darlehenszinsen als Unterhalt

An einer Schenkung im Sinne von § 2325 Abs. 1 BGB kann es fehlen, wenn der Ehegatte unterhaltsrechtlich nach

§§ 1360, 1360a BGB zu der Zuwendung verpflichtet war.¹ Zinszahlungen zu einer Eigenheimfinanzierung sind grundsätzlich ebenso wie Mietzinsen zu den Haushaltskosten im Sinne von § 1360a BGB zu rechnen und können somit unterhaltsrechtlich geschuldet sein.² Die Übernahme der Zahllast im Außenverhältnis stellt dann die Erfüllung dieser Schuld dar und ist somit als entgeltlich zu qualifizieren.³ Dies setzt aber eine umfangreiche Analyse der finanziellen Verhältnisse der Akteure im konkreten Einzelfall voraus, einschließlich der Beurteilung der anderweitigen Altersvorsorge-situation eines jeden der Ehegatten.⁴ Eine solche Analyse zu leisten, ist aber sicher nicht notarielle Aufgabe. So kann die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Wohnungsrechts durchaus ebenso ergänzungsfest sein⁵ wie ein Privatrentenversicherungsvertrag über 58.300 €. ⁶ Umgekehrt können Zinsleistungen eines Ehegatten für den anderen nicht deshalb von vornherein außer Betracht bleiben, weil bereits der Übertragungsgegenstand der Pflichtteilsergänzung unterliegt. Denn Zinsen sind Entgelt für die Nutzung von Kapital und verkörpern sich nicht im Übertragungsgegenstand. Zutreffend hat der BGH daher in diesem Spannungsfeld an das Berufungsgericht zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen.

2. Darlehenstilgung und Pflichtteilsergänzung

Dagegen sollen Tilgungsleistungen, die dem anderen Ehegatten ganz oder anteilig zugutekommen, selbst im Umfang üblicher Mietzahlungen nicht Teil des geschuldeten Unterhalts sein, weil sie der Vermögensbildung und nicht dem Unterhalt dienen.⁷ Einen ehelichen Anspruch auf Vermögensbildung gibt es indes nicht.⁸ Im Besprechungsfall wurde allerdings – zu Recht – bereits die Übertragung des hälftigen Miteigentumsanteils der Pflichtteilsergänzung unterworfen. Konnte somit die Leistung von Tilgungsbeiträgen zusätzlich zum Wert des Grundstücks als ergänzungspflichtige Schenkung angesehen werden? Der BGH verneint dies und bestätigt insoweit die Berufungsentscheidung. Denn die Tilgung sei bereits durch Abzug der hälftigen, am Todestag noch bestehenden Darlehensvaluta vom Grundstückswert berücksichtigt; der Wert des Grundstücks steige nämlich in gleicher Weise, wie der Stand des Darlehenskapitals sinke.

1 J. Weber, FamRZ 2018, 777, 778.

2 Horn, ZEV 2018, 277, 278; BeckOGK/Preisner, Stand: 1.8.2018, § 1360a BGB Rdnr. 50 f.; MünchKomm-BGB/Weber-Monecke, 7. Aufl. 2017, § 1360a Rdnr. 4; vgl. auch BGH, Urteil vom 11.5.2005, XII ZR 211/02, NJW 2005, 3277, 3281.

3 Hachenberg, NZFam 2018, 427.

4 Aspekte für die Beurteilung der Angemessenheit zum Beispiel bei Horn, ZEV 2018, 277, 278.

5 OLG Schleswig, Beschluss vom 16.2.2010, 3 U 39/09, MittBayNot 2011, 148 m. Anm. Herrler.

6 OLG Stuttgart, Beschluss vom 26.1.2011, 19 W 52/10, ZEV 2011, 384.

7 Horn, ZEV 2018, 277; BeckOGK/Preisner, § 1360a BGB Rdnr. 52 Fn. 2; Staudinger/Voppel, Neub. 2012, § 1360a Rdnr. 7.

8 BGH, Urteil vom 3.7.1984, VI ZR 42/83, NJW 1985, 49, 50.

3. Niederwertprinzip versus Einzelleistungen

Diese Herangehensweise überzeugt mich persönlich nicht.⁹ Im konkreten Fall hat sie nur deshalb zu einem vertretbaren Ergebnis geführt, weil die Immobilie zum Zeitpunkt des Erbfalls gegenüber dem Zuwendungszeitpunkt bereits an sich, d. h. unter Außerachtlassung des Darlehensstandes, einen niedrigeren Wert hatte und aufgrund des in § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB verankerten Niederwertprinzips dieser maßgeblich war. Dies ist in der heutigen Zeit jedenfalls nicht die Regel. Im umgekehrten Fall – Grundstückswert im Zuwendungszeitpunkt geringer als im Erbfall, jeweils ohne Darlehensvaluta – wäre die Tilgung nicht in dem dann maßgeblichen Wert des Schenkungsgegenstands enthalten und müsste auf jeden Fall als jeweils eigene ergänzungspflichtige Zuwendung behandelt werden.

Dass unabhängig davon der Wert des Grundstücks stets in dem Umfang steigen solle, wie der Stand des Darlehenskapitals sinke, ist im Übrigen reine Fiktion. Grundbesitz wird über die Dauer des Schuldendienstes wiederum abgewohnt. Auch können mit der Darlehensvaluta Aufwendungen getätigt worden sein, die der Wirtschaftsverkehr gerade nicht entsprechend honoriert, zum Beispiel eine besonders kitschige oder auch sonst mittlerweile unmodern gewordene Ausstattung. Kein Gutachter wird daher bei der Grundstücksbewertung Grundschulden bzw. die ihr zugrunde liegenden Darlehensverbindlichkeiten als wertbildenden Faktor des Grundbesitzes ansehen. Auch bei Tilgungsleistungen geht es rein um die Befreiung von einer Verbindlichkeit, einer eigenen oder eben für einen anderen, insofern nicht anders als bei den Zinsen. Richtig ist es daher, in derartigen Fällen ausnahmslos die Tilgungsleistungen oder anteilige Tilgungsleistungen aus dem Wert des Grundstücks zum Erbfall herauszurechnen und in ihnen jeweils selbstständige Zuwendungen zu sehen. Wegen § 2325 Abs. 3 Satz 3 BGB kommt es unter Ehegatten auch nicht zu einer Abschmelzungsproblematik bezüglich der einzelnen Tilgungsraten.

4. Praktische Schlussfolgerungen

Für die Praxis folgt aus der Besprechungsentscheidung, dass im Einzelfall genau geklärt werden sollte, woraus sich trotz der eingetretenen Bereicherung durch eine ehebedingte Zuwendung deren Entgeltlichkeit ergeben kann.¹⁰ Uneingeschränkt kann dies freilich nur für die gerichtliche und anwaltliche (Streit)Praxis gelten. Die Kautelarjurisprudenz wird vor dem Hintergrund des Gebotes des „sichersten Weges“ im Zweifel immer von der Ergänzungserheblichkeit ausgehen. Soll eine Unentgeltlichkeit von vornherein vermieden werden, wird man sich nicht auf Unterhaltspfade begeben, sondern andere Wege wählen, wie zum Beispiel Darlehensverträge zwischen den Ehegatten.¹¹

Für das notarielle Tätigkeitsfeld „Nachlassverzeichnisse“ kann die Entscheidung indes Anlass zu genauerem Hin-

9 Ähnlich auch Horn, ZEV 2018, 277, 278; J. Weber, FamRZ 2018, 777.

10 Hachenberg, NZFam 2018, 427.

11 Siehe z. B. Everts, MittBayNot 2012, 258 ff. und 337 ff.

schaufen geben. Auch hier obliegt Notarinnen und Notaren keine rechtlich abschließende Beurteilung der (Un)Entgeltlichkeit. Im Zweifel wird man daher stets einen Schuldendienst vom Konto eines Ehegatten für Darlehen, die von dem anderen oder beiden Ehegatten aufgenommen wurden bzw. einen Schuldendienst von einem ehedem gemeinsamen Konto für Darlehen allein des überlebenden Ehegatten in das Nachlassverzeichnis zum „fiktiven“ Nachlass aufnehmen müssen.

15. Bindungswirkung einer wechselbezüglichen Verfügung im gemeinschaftlichen Testament

OLG Düsseldorf, Beschluss vom 20.4.2018, I-3 Wx 202/17

BGB § 1922 Abs. 1, § 2270 Abs. 1, § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1, § 2289 Abs. 1 Satz 2

FamFG § 29 Abs. 2

ZPO § 383 Abs. 1 Nr. 6, § 385 Abs. 2

LEITSÄTZE:

- Zur Bindungswirkung einer wechselbezüglichen Verfügung im gemeinschaftlichen Testament bei nicht getroffenem Änderungsvorbehalt (hier: Berufung des gemeinsamen Sohnes) mit dem Tode eines Ehepartners.**
- Zur Auslegung der Erklärung „Der Überlebende von uns ist durch dieses Testament nicht beschwert oder beschränkt und kann in jeder Weise frei verfügen.“ (hier im Sinne einer Klarstellung der gegenseitigen Vollerbeneinsetzung, mithin eines Bezuges auf lebzeitige Rechtsgeschäfte).**

SACHVERHALT:

1 I. Der Beteiligte zu 2 ist das einzige Kind der Erblasserin und ihres 2005 vorverstorbenen Ehemannes. Unter dem 15.12.2004 errichteten die Eheleute ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament. Dieses lautete – in Ziffer 2. – unter anderem:

„1)

Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.

2) Der Überlebende von uns ist durch dieses Testament nicht beschwert oder beschränkt und kann in jeder Weise frei verfügen.

3) Sollten wir beide gleichzeitig bzw. einer von uns vorversterben, so soll unser Erbe unser gemeinsamer Sohn [der Beteiligte zu 2] sein.

4) Zu unserem Nachlass gehört eine Grundbesitzung, (...).

5) Wir ordnen hiermit an, dass unser Erbe, [der Beteiligte zu 2] die Grundbesitzung zu seinen Lebzeiten weder veräußern noch verschenken darf. Sollte der Erbe hiergegen verstoßen, soll [dessen Tochter, die Enkelin der Eheleute] die Grundbesitzung erhalten. Dies gilt auch für den Fall des versuchten Verstoßes gegen diese Anordnung.

6) Sollte unser Sohn seinen Erbteil bereits beim Tode des Vorversterbenden geltend machen, so erhält er nur seinen Pflichtteil. In diesem Fall wird [die Enkelin] unsere Erbin.“

2 Mit einem weiteren eigenhändigen Testament vom 20.3.2015 bestimmte die Erblasserin die Beteiligte zu 1 zu ihrer Alleinerbin und verwies den Beteiligten zu 2 ausdrücklich auf den Pflichtteil; außerdem setzte sie Vermächtnisse aus.

3 Unter Berufung auf die letztwillige Verfügung aus dem Jahre 2015 hat die Beteiligte zu 1 einen sie als Alleinerbin nach der Erblasserin ausweisenden Erbschein beantragt. Diesen Antrag hat das Nachlassgericht durch die angefochtene Entscheidung zurückgewiesen. Gegen den ihr am 14.6.2017 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrem am 10.7.2017 bei Gericht eingegangenen Rechtsmittel, dem der Beteiligte zu 2 entgegentritt.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

6 II. Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 1, das infolge der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen ist (§ 68 Abs. 1 Satz 1 Hs. 2 FamFG), ist als befristete Beschwerde statthaft und insgesamt zulässig (§ 58 Abs. 1, § 59 Abs. 2, § 61 Abs. 1, § 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, § 64 Abs. 1 und 2 FamFG).

7 In der Sache jedoch bleibt es ohne Erfolg. Zu Recht hat das Nachlassgericht das Testament der Erblasserin von 2015 – auf das sich die Beschwerdeführerin einzig stützen kann – wegen Verstoßes gegen die Bindungswirkung einer wechselbezüglichen Verfügung des gemeinschaftlichen Testaments als gemäß § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB analog (dazu Palandt/Weidlich, 77. Aufl. 2018, § 2271 Rdnr. 12 m. w. N.) unwirksam angesehen.

8 1. Gründe, die Gültigkeit des gemeinschaftlichen Testaments von 2004 zu bezweifeln, werden weder von den Beteiligten geäußert noch sind solche ersichtlich.

9 Die Berufung des gemeinsamen Sohnes stellt eine wechselbezügliche Verfügung, § 2270 Abs. 1 BGB, dar. Auch das wird von den Beteiligten nicht bezweifelt. In der Tat spricht hier wie regelmäßig alles dafür, dass jedenfalls der erstversterbende Ehegatte den anderen nicht zu seinem Alleinerben berufen hätte, hätte letzterer als Überlebender nicht den Beteiligten zu 2 als Schlusserben – sowie die Enkelin in bestimmten Fällen als Ersatzschlusserbin – eingesetzt. Wer, wie hier, sein Vermögen letztendlich an das eigene Kind weitergeben will, dieses gleichwohl für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das regelmäßig im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeneinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf jenen Abkömmling übergehen wird (eingehend zu diesem Fall der Wechselbezüglichkeit OLG Köln, ZErB 2014, 118). Vorliegend tritt hinzu, dass die Testierenden – zur Zeit der Testamentserrichtung, auf die es ankommt – erkennbar auf die Person des Schlusserben besonderen Wert legten, weil sie bei dessen Auswahl offenkundig gezielt auch die Erwartung, der Grundbesitz werde „in der Familie“ bleiben, hegten, wie die Anordnungen für den Veräußerungs- und Verschenkensfall in Ziffer 2. 5) zeigen.

10 2. Mit dem Tode des Ehemannes 2005 ist – da Fälle des § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 2 oder Satz 2 BGB erkennbar nicht vorliegen – die Schlusserbeneinsetzung des Beteiligten zu 2 nach § 2271 Abs. 2 Satz 1 Hs. 1 BGB bindend geworden. Ein durch die Eheleute getroffener Änderungsvorbehalt ist nicht feststellbar.

11 a) Er könnte seine Grundlage allein in Ziffer 2. 2) haben. Diese Verfügung ist auslegungsbedürftig und auslegungsfähig.

12 Es kann inzwischen als in der obergerichtlichen Rechtsprechung gesichert gelten, dass eine Formulierung der hier in Rede stehenden Art zunächst einmal nur als klarstellender Hinweis darauf, der Überlebende solle die volle Stellung eines unbeschränkten Erben haben (Klarstellung der gegenseitigen Vollerbeneinsetzung), zu verstehen ist, sich mithin auf dessen lebzeitige Rechtsgeschäfte bezieht, zum zweiten Erbgang, der Schlusserbfolge, indes nichts besagt. Dies rechtfertigt sich aus zwei Erwägungen: Zum einen ist sowohl hinsichtlich der Annahme als auch des Umfangs einer Änderungsbefugnis ein strenger Maßstab anzulegen, weil eine solche Befugnis den von Eheleuten mit wechselbezüglichen Verfügungen typischerweise verfolgten Zwecken der Bindung und des Vertrauensschutzes zuwiderläuft; zum anderen können nur lebzeitige Verfügungen des Überlebenden unmittelbar den – finanziellen – Notwendigkeiten seiner Lebensführung dienen, und diesen Lebensunterhalt zu sichern, ist typischerweise ein weiteres Motiv für ein Berliner Testament (OLG München, NJW-RR 2011, 1020 ff.; OLG Hamm, Urteil vom 29.3.2011, 10 U 112/10; OLG Köln, a. a. O.; OLG Schleswig, NJW-RR 2014, 965 ff.; Staudinger/Kanzleiter, Neub. 2014, § 2271 Rdnr. 57 m. N. zu älterer Rspr. und Hinweis auf § 2137 Abs. 2 BGB). Mit anderen Worten muss deutlich feststellbar sein, dass sich der Vorbehalt gerade (auch) auf die Befugnis zu abweichenden Verfügungen von Todes wegen bezieht (OLG Hamm, a. a. O.).

13 Dabei ist die Beimessung eines gesteigerten Wertes der wörtlichen Fassung der Klausel im Einzelfall – hier etwa in Form der adverbialen Ergänzung „in jeder Weise“ – zumindest dann fehl am Platze, wenn es sich – wie hier – um eine nicht notariell beurkundete Verfügung von Todes wegen juristischer Laien handelt. Dies gilt heutzutage umso mehr, als des Öfteren nicht mehr festgestellt werden kann, ob sich ein solcher Testierender nicht „Muster“, „Formulierungshilfen“ oder anderer allgemein zugänglicher Vorgaben bedient hat, ohne zutreffende Vorstellungen von ihrem sachlichen Gehalt entwickelt zu haben.

14 b) Umstände, die im gegebenen Fall eine weitergehende, letztwillige Verfügungen des Überlebenden einschließende Bedeutung der Klausel zur Verfügungsfreiheit auch nur nahe liegend erscheinen ließen, sind nicht feststellbar.

15 aa) Aus der Testamentsurkunde, insbesondere deren Wortlaut, ergeben sie sich nach den zuvor dargestellten Grundsätzen nicht.

16 Im Gegenteil spricht die Stellung der Ziffer 2. 2), nämlich im Anschluss an die Regelung des ersten Erbganges (nach dem Erstversterbenden) und gerade nicht nach den Regelungen zur Schlusserbfolge, ebenso für eine Beschränkung auf lebzeitige Verfügungen des Überlebenden wie das bereits angesprochene Gewicht, das die Eheleute ersichtlich der Person des im Testament bestimmten Schlusserben oder seines Erbes beimaßen.

17 bb) Für ein erweitertes Verständnis sprechende Umstände außerhalb der letztwilligen Verfügung von Todes wegen können nicht festgestellt werden.

(...)

16. Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung

OLG Saarbrücken, Beschluss vom 12.12.2017, 5 W 53/17

BGB §§ 2269, 2271, 2333 Abs. 1 Nr. 2 und 4, § 2336 Abs. 2 GNotKG § 40 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, § 61

LEITSÄTZE:

- 1. Zu den Anforderungen einer Pflichtteilsentziehung gemäß § 2336 Abs. 2 BGB.**
- 2. Die Bestimmung des § 2333 BGB ist abschließend und nicht analogiefähig. Bei der Fassung des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB, nach der die Straftat als solche der Maßstab für eine Pflichtteilsentziehung ist, müssen spätere Entwicklungen nach der Tat bzw. der Verurteilung deshalb irrelevant sein. (Leitsatz der Schriftleitung)**
- 3. Gemäß § 2336 Abs. 2 BGB können nur die in der letztwilligen Verfügung „angegebenen“ Gründe zu einer Pflichtteilsentziehung führen. Eine derartige konkrete Begründung in dem Testament, die nicht in die Einzelheiten zu gehen braucht, jedoch nach Ort und Zeit bestimmbare Vorgänge bezeichnen muss, ist schon deshalb unverzichtbar, weil die Entziehung anderenfalls im Einzelfall am Ende auf solche Vorwürfe gestützt werden könnte, die für den Erblasser nicht bestimmend waren, sondern erst nachträglich vom Erben erhoben und vom Richter für begründet erklärt werden. (Leitsatz der Schriftleitung)**

SACHVERHALT:

1 I. Die Antragstellerin begehrt die Erteilung eines Erbscheins, der sie als Alleinerbin nach ihrer am 16.7.2014 verstorbenen Mutter ausweist. Die Erblasserin war zum Zeitpunkt ihres Todes verwitwet. Sie hinterließ drei Kinder, darunter die Antragstellerin und den Beteiligten zu 2, ein weiterer Bruder ist nach Angaben der Antragstellerin bereits im Jahre 1968 verstorben. Der Beteiligte zu 2 ist wegen schweren räuberischen Diebstahles in Tateinheit mit gefährlicher Körperverletzung zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt worden, deren Vollstreckung zur Bewährung ausgesetzt wurde.

2 Nach dem Tode der Erblasserin eröffnete das AG folgende beiden letztwilligen Verfügungen:

- ein handschriftliches „gemeinschaftliches Testament“ der Erblasserin und ihres Ehemannes vom 13.2.1984, in dem sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und ihre Kinder zu Erben des Längstlebenden einsetzen;
- ein notarielles Testament der Erblasserin vom 7.3.2013, in welchem diese dem Beteiligten zu 2 unter Berufung auf die §§ 2271, 2294, 2333 BGB den Pflichtteil entzog und die Antragstellerin unter Aufhebung der wechselbezüglichen Verfügung aus dem früheren Testament zur alleinigen Erbin einsetzte.

3 Hinsichtlich der Pflichtteilsentziehung heißt es in § 3 des notariellen Testaments vom 7.3.2013:

„1. Meinem Sohn (...) entziehe ich seinen Pflichtteil.

2. Mein Sohn (...) wurde am 30.3.2010 vom LG (...) wegen schweren räuberischen Diebstahls rechtskräftig zu einer Freiheitsstrafe von einem Jahr und neun Monaten verurteilt. Die Freiheitsstrafe wurde für die Dauer von vier Jahren zur Bewährung ausgesetzt. Den Bewährungsauflagen kam er in der Folge nicht

nach und wurde trotz mehrfacher Aufforderung nicht bei der Bewährungshilfe vorstellig, so dass das LG (...) mit Beschluss vom 13.2.2012 die Aussetzung der Strafvollstreckung widerrief. Derzeit verbüßt mein Sohn (...) seine Haftstrafe. Zudem wurden weitere Straftaten von meinem Sohn (...) innerhalb meiner Familie begangen, wie bspw. Einbrüche in meine Wohnung und die Wohnung meiner Tochter sowie mehrfacher Diebstahl u. a. meines Schmucks, die jedoch nicht zur Anzeige gebracht wurden.

3. Die von meinem Sohn begangenen Straftaten laufen meinen persönlichen und in meiner Familie geltenden und gelebten Wertvorstellungen in hohem Maße zuwider. Zudem ziehen sie noch heute mein Familien- sowie Berufsleben in Mitleidenschaft. So sind bspw. Gläubiger nicht bereit, weitere Investitionen in den von mir betriebenen Hotel- und Gaststättenbetrieb (...) zu ermöglichen. Aufgrund dieser Erlebnisse entwickelte sich bei mir zunehmend eine depressiv-ängstliche Störung; ich leide unter Unruhe, Schlafstörungen, Nervosität und Stimmungsschwankungen.

Aus diesen Gründen ist die Teilhabe meines Sohnes (...) an meinem Nachlass unzumutbar.

4. Eine Verzeihung hat nicht stattgefunden.

4 Ich erkläre, dass eine künftige Verzeihung nur stattfinden wird, wenn ich eine Verzeihung ausdrücklich in einer neuen letztwilligen Verfügung von Todes wegen erklären werde.“

5 Das AG – Nachlassgericht – hat den Antrag auf Erteilung des Erbscheins zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, die Erblasserin habe die in dem gemeinschaftlichen Testament vom 13.2.1984 getroffene wechselbezügliche Verfügung zugunsten des Beteiligten zu 2 nicht wirksam aufheben können. Ein Pflichtteilsentziehungsgrund nach § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB sei nicht gegeben, weil diese Bestimmung nur rechtskräftige Verurteilungen zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung erfasse. Dass der Beteiligte zu 2 sich eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens im Sinne des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB gegenüber dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person schuldig gemacht habe, bedürfe einer Betrachtung der Umstände im Einzelfall, die in dem notariellen Testament nicht ausreichend dargestellt worden seien.

6 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Antragstellerin. Sie ist der Auffassung, die Bestimmung des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB müsse im vorliegenden Fall zumindest entsprechende Anwendung finden, weil die Aussetzung der mit Urteil vom 30.3.2010 verhängten Freiheitsstrafe zur Bewährung hier wegen Verstoßes gegen Bewährungsaufgaben und erneuter Straftaten durch den Beteiligten zu 2 später widerrufen worden sei. Auch deute der Hinweis der Erblasserin in dem notariellen Testament, wonach der Beteiligte zu 2 in ihre Wohnung eingebrochen sei und Schmuck gestohlen habe, auf Wohnungseinbruchsdiebstähle hin. Dies müsse mit Blick auf das Eindringen in die Privatsphäre der Erblasserin als zur Pflichtteilsentziehung berechtigendes schweres Vergehen im Sinne des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB angesehen werden.

7 Das AG hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Der Senat hat einen Hinweis zur Rechtslage erteilt, zu dem die Beteiligten Gelegenheit zur Stellungnahme hatten.

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die zulässige Beschwerde ist nicht begründet. Das AG hat die Erteilung des beantragten Erbscheines zu Recht abgelehnt.

(...)

10 2. Die Beschwerde ist jedoch nicht begründet. Das AG hat die Erteilung des beantragten Erbscheines, der die Antrag-

stellerin als Alleinerbin ausweisen soll, zu Recht abgelehnt, weil diese aufgrund des notariellen Testaments der Erblasserin vom 7.3.2013 nicht deren Alleinerbin geworden ist. Die Erbfolge nach dem Versterben der Erblasserin richtet sich vielmehr nach dem von dieser und ihrem vorverstorbenen Ehemann im Jahre 1984 errichteten gemeinschaftlichen Testament.

11 a) Bei dem am 13.2.1984 zunächst handschriftlich errichteten gemeinschaftlichen Testament der Erblasserin und ihres Ehemannes handelt es sich um ein sog. „Berliner Testament“ (§ 2269 BGB), durch das sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben und ihre Kinder – mithin neben der Antragstellerin auch den Beteiligten zu 2 – zu Erben des Längstlebenden eingesetzt haben. Hiervon konnte sich die Erblasserin als Alleinerbin ihres vorverstorbenen Ehemannes nach dessen Tode nicht mehr einseitig durch letztwillige Verfügung lösen, weil sie gemäß §§ 2270, 2271 Abs. 2 BGB an die in dem gemeinschaftlichen Testament verfügte Einsetzung ihrer Kinder – d. h. der Antragstellerin und des Beteiligten zu 2 – als Schlusserven nach dem Längstlebenden gebunden ist:

12 aa) Zwar steht es einem Erblasser grundsätzlich offen, frühere testamentarische Anordnungen durch ein Widerrufstestament oder ein widersprechendes Testament zu widerrufen (§§ 2254, 2258 BGB). Das gilt sowohl für einseitige Testamente als auch für einseitige Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten von Ehegatten, und zwar auch noch nach dem Tod des Erstversterbenden (Staudinger/*Kanzleiter*, Neub. 2014, § 2271 Rdnr. 3). Für wechselbezügliche Verfügungen in gemeinschaftlichen Testamenten schließt § 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB hingegen den Widerruf im letztgenannten Fall grundsätzlich aus. Mit dem Tode des erstversterbenden Ehegatten wird der überlebende Ehegatte in ähnlicher Weise an seine wechselbezüglichen Verfügungen gebunden, wie der Erblasser beim Erbvertrag grundsätzlich von vornherein an vertragsmäßige Verfügungen gebunden ist (Staudinger/*Kanzleiter*, § 2271 Rdnr. 28).

13 bb) So liegt es auch hier. Die in dem gemeinschaftlichen Testament vom 13.2.1984 verfügte Einsetzung der Kinder zu Schlusserven des Längstlebenden steht nämlich in Wechselbezug zu der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute.

14 (1) Wann eine Verfügung wechselbezüglich ist, ergibt sich aus dem in § 2271 Abs. 1 BGB in Bezug genommenen § 2270 BGB. Danach kommt es darauf an, ob anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen getroffen sein würde. Hierzu ist die letztwillige Verfügung auszulegen. Für den Fall, dass die bei der Auslegung gebotene Willenserforschung der Testierenden weder die Abhängigkeit noch die Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, kann auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB zurückgegriffen werden (Senat, Beschluss vom 21.6.1990, 5 W 95/90, FamRZ 1990, 1285; Staudinger/*Kanzleiter*, § 2270 Rdnr. 26a; MünchKomm-BGB/*Musielak*, 6. Aufl. 2013, § 2270 Rdnr. 9). Danach ist ein solches Verhältnis der Verfügungen zueinander im Zweifel anzunehmen, wenn die Ehegatten einander gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

15 (2) Im vorliegenden Fall ergibt die Auslegung (§§ 133, 2084 BGB) des gemeinschaftlichen Testaments vom 13.2.1984, dass die darin getroffenen Verfügungen wechselbezüglich erfolgen sollten. Zwar enthält das Testament insoweit keine ausdrückliche Bestimmung. Die getroffenen Regelungen und die Interessenlage der Ehegatten lassen einen solchen Schluss jedoch mit hinreichender Gewissheit zu, weshalb es eines Rückgriffs auf die – gleichlautende – gesetzliche Regelung nicht bedarf. Die auf Geschäftspapier getroffene Regelung, mit der sich die Ehegatten zunächst – unter Übergang ihrer Abkömmlinge – wechselseitig zu Alleinerben und die gemeinsamen Kinder zu Erben des Längstlebenden eingesetzt haben, ist Ausdruck einer gemeinsamen Vermögensplanung, die hier ersichtlich zu dem Zweck erfolgte, den familiären Hotelbetrieb aufrecht zu erhalten, dem Überlebenden die Lebensgrundlage zu sichern und nach dessen Tode das Vermögen den gemeinsamen Kindern zukommen zu lassen (vgl. OLG München, FamRZ 2008, 728). Ohnehin spricht die Lebenserfahrung dafür, dass die Einsetzung der Erblasserin durch ihren erstverstorbenen Ehemann in Abhängigkeit zu dessen (Anmerkung der Schriftleitung: richtig wohl „ihrer“) Einsetzung der gemeinsamen Kinder getroffen wurde. Durch die Einsetzung des Ehegatten zum Alleinerben übergeht und enterbt der Erstversterbende seine eigenen Kinder, denn die eigene Schlusserbeinsetzung der Kinder wird im Fall des Vorversterbens gegenstandslos. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird (OLG München, NJW-RR 2013, 202). Letztlich ist auch die Erblasserin selbst anlässlich der Errichtung des notariellen Testaments im Jahre 2013 erkennbar von einer Wechselbezüglichkeit und einer daraus resultierenden Bindungswirkung des früheren gemeinschaftlichen Testaments ausgegangen, was ebenfalls auf einen entsprechenden Willen der Testierenden bei Errichtung des Testaments hindeutet und bei der Auslegung zu berücksichtigen ist (vgl. BayObLG, FamRZ 1991, 1232; jurisPK-BGB/Reymann, 8. Aufl. 2017, § 2270 Rdnr. 25).

16 c) Entgegen der Auffassung der Antragstellerin ist die aus der Wechselbezüglichkeit der Verfügungen folgende Bindungswirkung hier auch nicht gemäß § 2271 Abs. 2 Satz 2 BGB i. V. m. §§ 2294 und 2336 BGB entfallen. Die Voraussetzungen einer Pflichtteilsentziehung gemäß § 2336 BGB liegen nicht vor:

17 aa) Die in dem Testament vom 7.3.2013 erwähnte Verurteilung des Beteiligten zu 2 zu einer Bewährungsstrafe wegen schweren räuberischen Diebstahles ist zur Begründung der Entziehung des Pflichtteils nicht geeignet, worauf der Senat die Beteiligten bereits mit Beschluss vom 3.8.2017 hingewiesen hat.

18 (1) Gemäß § 2333 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BGB kann der Erblasser einem Abkömmling den Pflichtteil entziehen, wenn dieser wegen einer vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von mindestens einem Jahr ohne Bewährung rechtskräftig verurteilt wird und die Teilhabe des Abkömmlings am Nachlass deshalb für den Erblasser unzumutbar ist. Eine Verurteilung, deren Vollstreckung – wie hier – zur Bewährung ausgesetzt

worden ist, wird, wie das AG richtig annimmt, vom eindeutigen Wortlaut der Vorschrift nicht erfasst (Staudinger/Olshausen, Neub. 2015, § 2333 Rdnr. 28; MünchKomm-BGB/Lange, 7. Aufl., § 2333 Rdnr. 40). Hierbei handelt es sich um eine bewusste Entscheidung des Gesetzgebers, der den im Gesetzgebungsverfahren geäußerten Vorschlag, die Worte „ohne Bewährung“ zu streichen (vgl. Stellungnahme des Bundesrates, Zu Artikel 1 Nr. 28, BT-Drucks. 16/8954, S. 32; siehe auch Gegenäußerung der Bundesregierung, BT-Drucks. 16/8954, S. 36), nicht aufgegriffen hat (dazu auch jurisPK-BGB/Birkenheier, § 2333 Rdnr. 58).

19 (2) Soweit die Antragstellerin geltend macht, die Bestimmung des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BGB müsse auch dann Anwendung finden, wenn die Aussetzung der Strafe zur Bewährung – wie hier – widerrufen worden ist, stünde dies deshalb zu dem eindeutigen Wortlaut der gesetzlichen Bestimmung in Widerspruch. Wie der Senat bereits in seinem Hinweisbeschluss ausgeführt hat, ist die Bestimmung des § 2333 BGB abschließend und nicht analogiefähig; eine ausdehnende Anwendung auf andere Tatbestände als die darin bezeichneten ist daher ausgeschlossen (BGH, Urteil vom 1.3.1974, IV ZR 58/72, NJW 1974, 1084; RG, Urteil vom 11.11.1941, VII 73/41, RGZ 168, 39, 41; OLG München, NJW-RR 2003, 1230; juris-PK-BGB/Birkenheier, § 2333 Rdnr. 59). Bei der Fassung des Gesetzes, nach der die Straftat als solche der Maßstab für eine Pflichtteilsentziehung ist, müssen spätere Entwicklungen nach der Tat bzw. der Verurteilung deshalb irrelevant sein (Staudinger/Olshausen, § 2333 Rdnr. 28; Damrau/Riedel, Praxiskommentar Erbrecht, 2. Aufl., § 2333 Rdnr. 33).

20 bb) Eine Pflichtteilsentziehung kann im Streitfall auch nicht auf die Vorschrift des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB gestützt werden.

21 (1) § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB ermöglicht die Entziehung des Pflichtteils, wenn sich der betroffene Abkömmling eines Verbrechens oder eines schweren vorsätzlichen Vergehens gegen eine der in Nr. 1 bezeichneten Personen – dem Erblasser, dem Ehegatten des Erblassers, einem anderen Abkömmling oder einer dem Erblasser ähnlich nahe stehenden Person – schuldig macht. Gemäß § 2336 Abs. 1 BGB erfolgt die Entziehung des Pflichtteils durch letztwillige Verfügung; der Grund der Entziehung muss gemäß § 2336 Abs. 2 Satz 1 BGB zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung – im Streitfall also am 7.3.2013 – bestanden haben und in der Verfügung angegeben worden sein. Bei der Prüfung der Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung ist deshalb zunächst durch Auslegung zu ermitteln, worauf der Erblasser die Entziehungen stützen wollte; das Ergebnis dieser Auslegung ist sodann an dem Erfordernis des § 2336 Abs. 2 BGB zu messen (BGH, Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36; RG, Urteil vom 4.11.1941, VII 45/41, RGZ 168, 34, 35; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1235). Als mögliche Gründe für die Pflichtteilsentziehung kommen danach nur die in § 3 Nr. 2 erwähnten „weiteren Straftaten“ in Betracht, die der Beteiligte zu 2 nach den Worten der Erblasserin „innerhalb meiner Familie begangen“ haben soll,

„wie bspw. Einbrüche in meine Wohnung und die Wohnung meiner Tochter sowie mehrfacher Diebstahl u. a. meines Schmucks, die jedoch nicht zur Anzeige gebracht wurden“.

22 (2) Allerdings muss der Erblasser die Gründe für die von ihm verfügte Pflichtteilsentziehung formgerecht erklären. Denn gemäß § 2336 Abs. 2 BGB können nur die in der letztwilligen Verfügung „angegebenen“ Gründe zu einer Pflichtteilsentziehung führen. Die Wirksamkeit einer Pflichtteilsentziehung setzt deshalb neben der Entziehungserklärung auch die Angabe eines (zutreffenden) Kernsachverhalts in dem Testament voraus (vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36; Senat, Urteil vom 7.9.2016, 5 U 61/15; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1235, jeweils zu § 2333 BGB a. F.; OLG Köln, Beschluss vom 3.7.2017, 2 Wx 147/17, juris; Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl., § 2336 Rdnr. 3; Staudinger/*Olshausen*, § 2336 Rdnr. 11). Dabei geht es nicht darum, dass der Erblasser zum Ausdruck bringt, unter welchen der im Gesetz angeführten Entziehungstatbestände er seinen Entziehungsgrund einordnet, sondern es kommt auf eine (gewisse) Konkretisierung des Grundes oder der Gründe an, auf die er die Entziehung stützen will. Eine derartige konkrete Begründung in dem Testament, die nicht in die Einzelheiten zu gehen braucht, jedoch nach Ort und Zeit bestimmbare Vorgänge bezeichnen muss, ist schon deshalb unverzichtbar, weil die Entziehung anderenfalls im Einzelfall am Ende auf solche Vorwürfe gestützt werden könnte, die für den Erblasser nicht bestimmend waren, sondern erst nachträglich vom Erben erhoben und vom Richter für begründet erklärt werden (vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1235; Staudinger/*Olshausen*, § 2336 Rdnr. 11). Der Erblasser braucht hierzu in seiner letztwilligen Verfügung nicht den gesamten Geschehensablauf in allen Einzelheiten zu schildern; vielmehr genügt jede substantiierte Bezeichnung, die es erlaubt, durch Auslegung festzustellen, weshalb in concreto der Pflichtteil entzogen worden ist und auf welchen Lebenssachverhalt sich der Erblasser bezieht (Senat, Urteil vom 7.9.2016, 5 U 61/15; vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36; Beschluss vom 13.4.2011, IV ZR 102/09, ZEV 2011, 370). An einer solchen Darlegung fehlt es im vorliegenden Fall. Der bloße Hinweis in dem notariellen Testament auf

„weitere Straftaten innerhalb meiner Familie (...), wie bspw. Einbrüche in meine Wohnung und die Wohnung meiner Tochter sowie mehrfacher Diebstahl u. a. meines Schmucks, die jedoch nicht zur Anzeige gebracht wurden“

verweist nicht auf bestimmte konkrete Vorgänge. Eine Hilfe für die Eingrenzung dessen, was der Erblasser damit gemeint hat, könnte allenfalls die Angabe eines Straftatbestandes (Einbruchsdiebstahl) und die davon betroffenen Personen bieten, ohne dass jedoch nähere Angaben zur Anzahl, zum (ungefähren) Zeitpunkt und zur Art der Begehung dieser Taten erfolgten (vgl. BGH, Urteil vom 27.2.1985, IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36). Eine derart oberflächliche Darstellung ohne jedes fassbare Kerngeschehen ist selbst bei großzügiger Betrachtung nicht ausreichend, um den formellen Anforderungen des § 2336 Abs. 2 BGB zu genügen.

23 (3) Fehlt es mithin schon an einer formwirksamen Pflichtteilsentziehung, so kann offen bleiben, ob es sich bei den von der Erblasserin in Bezug genommenen, nicht näher konkretisierten Taten um solche im Sinne des § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB handelt (vgl. dazu BGH, Urteil vom 1.3.1974, IV ZR 58/72,

NJW 1974, 1084); ebenso ferner, ob in dem Umstand, dass die Erblasserin die angegebenen Taten ausweislich der letztwilligen Verfügung sämtlich nicht zur Anzeige gebracht hat, nicht möglicherweise eine Verzeihung (§ 2337 BGB) liegt, die auch durch schlüssiges Verhalten erklärt werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 1.3.1974, IV ZR 58/72, NJW 1974, 1084; OLG Hamm, NJW-RR 2007, 1235) und die einer Entziehung des Pflichtteiles gleichfalls im Wege stünde. Da andere Gründe, die eine Bindung der Erblasserin an die Verfügung in dem gemeinschaftlichen Testament vom 13.2.1984 entfallen lassen könnten, nicht ersichtlich sind, ist die Antragstellerin aufgrund des – späteren – notariellen Testaments nicht Alleinerbin nach der Erblasserin geworden. Der von ihr beantragte, dies bezeugende Erbschein würde nicht der Rechtslage entsprechen, weshalb ihr auf Erteilung gerichteter Antrag vom AG zu Recht zurückgewiesen worden ist und ihre gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde ohne Erfolg bleiben muss.

(...)

ANMERKUNG:

Von Rechtsanwältin Dr. **Gabriele Müller-Engels**, Würzburg

1. Widerruf erbrechtlich bindender Verfügungen bei Pflichtteilsentziehungsgrund

Die Beurteilung der materiellen und formellen Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung ist für die notarielle Praxis sehr wichtig. Handelt es sich beim Pflichtteil doch aus Sicht der Erblasser häufig um einen erheblichen „Störfaktor“ bei der Nachlassplanung, den es nach Möglichkeit auszuschalten gilt. Im vorliegenden Fall ging es allerdings nicht direkt um eine Reduzierung des Pflichtteils des „missratenen“ Sohnes, sondern um den Widerruf der vom OLG zutreffenderweise als erbrechtlich bindend angesehenen Schlusserbeneinsetzung des Sohnes. Insoweit ist wenig bekannt, dass erbrechtlich bindende Verfügungen auch bei Fehlen eines Änderungsvorbehalts nach den § 2271 Abs. 2 Satz 2, §§ 2294, 2336 BGB nachträglich geändert werden können, wenn in Bezug auf den Begünstigten die Voraussetzungen der Pflichtteilsentziehung erfüllt sind.¹

2. Formelle Anforderungen des § 2336 BGB

Im vorliegenden Fall stützte sich die Erblasserin in ihrem abändernden neuen Testament auf zwei Pflichtteilsentziehungsgründe: Zum einen führte sie die rechtskräftige Verurteilung des Sohnes wegen schweren räuberischen Diebstahls an (vgl. § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB). Zum anderen berief sie sich auf verschiedene Delikte zu ihren Lasten (vgl. § 2333 Abs. 1 Nr. 2 BGB). Da Letztere nur sehr vage und pauschal aufgeführt sind, ist es unzweifelhaft, dass dies den Anforderungen an die Form der Pflichtteilsentziehung (vgl. § 2336 BGB) nicht genügt. Denn nach herrschender Meinung muss der Sachverhaltskern konkret und unverwechselbar geschildert werden, damit klar ist, auf was sich die

¹ Vgl. dazu G. Müller, ZEV 2011, 240 ff.

Pflichtteilsentziehung gründet.² Insoweit kann dem OLG Saarbrücken zugestimmt werden und bringt die Entscheidung auch nichts Neues, vielleicht mit Ausnahme der Klarstellung, dass die hohen formellen Anforderungen nicht nur bei der (direkten) Pflichtteilsentziehung gelten, sondern auch, wenn es wie hier um die Durchbrechung der erbrechtlichen Bindungswirkung einer Verfügung geht.

3. Materielle Anforderungen des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 BGB

Aus juristischer Sicht interessanter ist die zweite Problematik, also die Frage, ob im vorliegenden Fall die Voraussetzungen des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB erfüllt sind. Unstreitig liegen alle materiellen Tatbestandsvoraussetzungen vor, da der Sohn wegen der von ihm begangenen vorsätzlichen Straftat zu einer Freiheitsstrafe von über einem Jahr rechtskräftig verurteilt worden ist. Allerdings muss die Verurteilung zur Freiheitsstrafe nach dem Wortlaut des Gesetzes „ohne Bewährung“ erfolgt sein. Im vorliegenden Fall bestand die Besonderheit, dass die bei der Verurteilung zunächst gewährte Aussetzung der Strafvollstreckung (§ 56 StGB) später widerrufen wurde, da der Verurteilte seinen Weisungen nicht nachkam (vgl. § 56f StGB). Ob auch ein solcher „Bewährungsversager“ unter den Pflichtteilsentziehungsgrund des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB fällt, ist durchaus fraglich und in der Literatur umstritten.³

Diesbezüglich kann man sich zunächst die Frage stellen, warum der Umstand, dass der Täter zu einer Freiheitsstrafe „ohne Bewährung“ verurteilt worden ist, überhaupt für die Pflichtteilsentziehung relevant ist; schließlich kommt es für die „Verwirkung“ des Pflichtteils eher auf den Unrechtsgehalt der Tat (der sich in der Höhe der Strafe widerspiegelt) an und nicht auf die günstige Sozialprognose, die über die Aussetzung der Vollstreckung entscheidet.⁴ Im Gesetzgebungsverfahren hat die Bundesregierung gleichwohl am einschränkenden Tatbestandsmerkmal „ohne Bewährung“ festgehalten. Es steht zu vermuten, dass der Gesetzgeber ganz bewusst differenzieren wollte zwischen einem Pflichtteilsberechtigten, der „nur“ eine erhebliche Straftat begangen hat und einem, der zusätzlich noch „in den Knast gewandert“ ist. Die Gesetzesbegründung umschreibt dies wesentlich galanter mit den Worten „schwerwiegender Verstoß gegen die Familiensolidarität“ und „deutlich größerer Strafmakel“.⁵ Dies ist aus Sicht des Erblassers und im Hinblick auf den Schutz der „Familienehre“, um den es bei § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB schließlich geht, in der Tat von Bedeutung.

Wenn man aber nicht nur auf den Unrechtsgehalt der Tat, sondern auch auf den damit verbundenen Strafmakel, der mit der Vollstreckung der Freiheitsstrafe verbunden ist, abstellt, dann darf es eigentlich bei Anwendung des § 2333

Abs. 1 Nr. 4 BGB keine Rolle spielen, ob die Verurteilung von vornherein ohne Bewährung erfolgt ist oder ob die Vollstreckung der Freiheitsstrafe zunächst zur Bewährung ausgesetzt und später widerrufen wurde. Der Sachverhalt, dass die zunächst gewährte Aussetzung der Vollstreckung später widerrufen wurde, lässt sich auch unter das Tatbestandsmerkmal „ohne Bewährung“ subsumieren, denn letztlich ist der Pflichtteilsberechtigte rechtskräftig verurteilt worden und musste die Freiheitsstrafe wegen des späteren Widerrufs auch verbüßen.⁶ Hierbei handelt es sich nicht, wie das OLG Saarbrücken meint, um eine analoge Anwendung der Vorschrift (die in der Tat nach wohl unstrittiger Ansicht unzulässig wäre), sondern um eine normzweckorientierte Auslegung des Tatbestands. Der ansonsten sorgfältig begründeten Entscheidung des OLG Saarbrücken kann daher im Ergebnis nicht zugestimmt werden. Schade, dass die Rechtsbeschwerde nicht zugelassen worden ist.

⁶ Für eine Anwendbarkeit des § 2333 Abs. 1 Nr. 4 BGB im Falle des späteren Bewährungswiderrufs auch HK-PflichtteilsR/Herzog, 2. Aufl. 2017, § 2333 Rdnr. 67.

17. Eintragung einer Übertragung des Erbteils im Wege der Abschichtung

OLG Köln, Beschluss vom 22.11.2017, 2 Wx 246/17, mitgeteilt von **Werner Sternal**, Richter am OLG Köln

GBO §§ 39, 40, 71 Abs. 1, § 73 Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. **§ 40 Abs. 1 GBO ist entsprechend anwendbar, wenn ein Miterbe seinen Erbteil auf das andere Mitglied der Erbengemeinschaft im Wege der Abschichtung überträgt.**
2. **Einer Voreintragung der Erbengemeinschaft im Grundbuch bedarf es nicht.**

SACHVERHALT:

1 I. Als Eigentümer des im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes ist der am 26.7.2016 verstorbene Erblasser eingetragen. Der Erblasser hatte ein notarielles Testament errichtet, in dem er die Beteiligten zu 1 und 2 als Erben zu gleichen Teilen eingesetzt hat. In der notariellen Urkunde vom 14.6.2017 haben die Beteiligten vereinbart, dass der Beteiligte zu 2 mit sofortiger Wirkung aus der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser ausscheidet.

2 Mit Schriftsatz vom 3.8.2017 haben die Beteiligten beantragt, im Wege der Grundbuchberichtigung den Beteiligten zu 1 als Eigentümer des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes einzutragen. Mit Schriftsatz vom 25.8.2017 haben die Beteiligten klar gestellt, dass sie die unmittelbare Umschreibung auf den Beteiligten zu 1 ohne Zwischeneintragung der Erbengemeinschaft beantragen.

3 Durch am 7.9.2017 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt den Berichtigungsantrag der Beteiligten zurückgewiesen, da auf die gemäß § 39 GBO vorgeschriebene Voreintragung nicht verzichtet werden könne und eine Ausnahme gemäß § 40 GBO nicht vorliege. Eine Abschichtung stelle keine Übertragung im Sinne von § 40 GBO dar.

² BGH, Urteil vom 29.11.1963, V ZR 190/61, NJW 1964, 549; BGH, Urteil vom 20.6.1984, IVa ZR 34/83, BGHZ 94, 36 ff. = NJW 1985, 1554.

³ Vgl. dazu Gutachten DNotI-Report 2014, 116 f. m. w. N.

⁴ Vgl. dazu Kritik des Bundesrates BT-Drucks. 16/8954, S. 32; kritisch auch Hauck, NJW 2010, 903, 904.

⁵ Vgl. BT-Drucks. 16/8954, S. 36.

4 Gegen diesen Beschluss haben diese Beschwerde eingelegt. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 II. Die nach § 71 Abs. 1, § 73 Abs. 2 GBO zulässige Beschwerde der beiden Beteiligten hat auch in der Sache Erfolg.

6 Die in dem am 7.9.2017 erlassenen Beschluss des Grundbuchamtes aufgeführten Gründe stehen der unmittelbaren Eintragung des Beteiligten zu 1 nach dem Erblasser im Wege der Berichtigung des Grundbuchs nicht entgegen. Einer Voreintragung der Erbengemeinschaft bedarf es im vorliegenden Fall nicht.

7 Nach § 39 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung nur erfolgen, wenn die Person, deren Recht durch die Eintragung betroffen ist, als der Berechtigte eingetragen ist. Von dem Voreintragungsgrundsatz ordnet allerdings § 40 Abs. 1 GBO dann eine Ausnahme an, wenn die Person, deren Recht durch eine Eintragung betroffen wird, Erbe des eingetragenen Berechtigten ist und die Übertragung oder Aufhebung eines Rechts eingetragen werden soll. Vollzieht sich die Rechtsänderung jedoch – zum Beispiel durch Erbteilsübertragung gemäß § 2033 Abs. 1 BGB oder wie im vorliegenden Fall durch eine sog. Abschichtung (zu deren Zulässigkeit BGH, NJW 1998, 1557 f.) – außerhalb des Grundbuchs, liegt keine „Übertragung“ im Sinne des § 40 Abs. 1 GBO vor. Nach hergebrachter und verbreiteter Auffassung bedarf es deshalb ausgehend vom Wortlaut der Vorschrift auch dann der Voreintragung der Erbengemeinschaft, wenn nach erfolgter Erbteilsübertragung oder Abschichtung nur noch ein Erbe verbleibt (vgl. hierzu etwa BayObLG, NJW-RR 1995, 272; OLG Hamm, OLGR 1999, 27; *Demharter*, GBO, 30. Aufl. 2016, § 40 Rdnr. 3; Meikel/Böttcher, GBO, 11. Aufl. 2014, § 40 Rdnr. 6; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 142; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2008, 552, 563). Demgegenüber wird von einer im Vordringen befindlichen Auffassung eine entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf Fälle der vorliegenden Art befürwortet (so etwa OLG Nürnberg, Rpfleger 2014, 12; LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657; stillschweigend vorausgesetzt auch von OLG Zweibrücken, Rpfleger 2013, 57 = ZEV 2012, 416 und OLG München, Rpfleger 2006, 288 f.; ebenso *Simon*, Rpfleger 2007, 659 und Rpfleger 2014, 14; Bauer/von Oefele, GBO, 3. Aufl. 2013, § 40 Rdnr. 9). Der Senat schließt sich der letztgenannten Auffassung an.

8 Der in § 39 GBO niedergelegte Grundsatz der Voreintragung soll dem Grundbuchamt die Legitimationsprüfung bei nachfolgenden Eintragungen erleichtern und den eingetragenen Berechtigten dagegen sichern, dass ein anderer über das Recht verfügt. Daneben hat es nach verbreitetem Verständnis auch den Zweck, den Rechtsstand des Grundbuchs und seine Änderungen nicht nur im Endziel zutreffend anzugeben, sondern ihn auch in allen seinen Entwicklungsstufen klar und verständlich wiederzugeben (vgl. *Demharter*, GBO, § 39 Rdnr. 1 m. w. N.). Hiervon wird allerdings im Falle des § 40 Abs. 1 GBO abgewichen. Überträgt ein Erbe ein Grundstück weiter, bedarf es der Voreintragung gemäß § 40 Abs. 1 GBO nicht. Aus dem Grundbuch (Abt. I Spalte 4) ergibt sich dann nur, dass der Rechtserwerb durch Erbfolge und Auflassung erfolgt

ist; der Erbe ist dem Grundbuch nicht zu entnehmen. Nichts anderes gilt, wenn alle Mitglieder einer Erbengemeinschaft („der Erbe“) das Grundstück im Wege der Auseinandersetzung gemäß § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1, § 2040 Abs. 1 BGB an einen Dritten oder einen der Erben übertragen (*Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 3). Eine Voreintragung der Erbengemeinschaft unterbleibt auch in diesem Fall.

9 Es ist indes kein Grund ersichtlich, warum der Fall, in dem ein oder mehrere Erben durch Erbteilsübertragung oder Abschichtungsvereinbarung aus einer Erbengemeinschaft ausscheiden und nur ein Mitglied der Erbengemeinschaft als Erbe verbleibt, der folglich Alleineigentümer vorhandener Nachlassgrundstücke wird, nur deshalb anders beurteilt werden soll, weil sich der Rechtserwerb nicht durch Übertragung des Grundstücks, sondern außerhalb des Grundbuchs vollzieht. Die Prüfung der Legitimation der Bewilligenden ist in diesem Fall in gleicher Weise möglich wie bei einer Übertragung durch den Alleinerben oder eine Erbengemeinschaft; es macht keinen Unterschied, ob der vorzulegende Erbschein bzw. das eröffnete notarielle Testament eine Person oder mehrere Personen nennt und sie alle die Bewilligung erklärt haben. Die Grundbuchkontinuität wird zwar durch eine unmittelbare Eintragung des Letzterwerbers nicht gewahrt, doch hielt sie der Gesetzgeber in den Fällen des § 40 GBO ohnehin ausnahmsweise für entbehrlich. Ein schützenswertes Interesse der beteiligten Erben, zwischenzeitlich eingetragen zu werden, ist ebenfalls nicht erkennbar. Besondere Schwierigkeiten beim Lesen des Grundbuchs oder ein unverständlicher Grundbuchstand werden auch nicht erzeugt (zum Vorstehenden: LG Nürnberg-Fürth, Rpfleger 2007, 657 ff.). Denn es macht keinen Unterschied, ob im Grundbuch in Abt. I Spalte 4 „Erbschein vom (...) und Auflassung vom (...)“ eingetragen wird (direkter Anwendungsfall des § 40 Abs. 1 GBO) oder „Erbschein vom (...) und Erbteilsübertragung vom (...)“ oder „Erbschein vom (...) und Abschichtungsvereinbarung vom (...)“ (ebenso: *Ruhwinkel*, Anm. zu OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.9.2013, 15 W 1799/13, MittBayNot 2014, 336 ff.). Die – analoge – Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO scheidet auch nicht deshalb aus, weil im Fall einer Erbteilsübertragung oder Abschichtungsvereinbarung die Eintragung des neuen Eigentümers nur berichtigenden Charakter besitzt. Denn die Gründe, die für die Entbehrlichkeit der Voreintragung im Falle einer unmittelbaren Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO sprechen, greifen auch in einem Fall einer berichtigenden Eintragung ein (ebenso: OLG Nürnberg, Beschluss vom 25.9.2013, 15 W 1799/13, Rpfleger 2014, 12-14 = MittBayNot 2014, 335, 336). Zudem fallen grundsätzlich auch berichtigende Eintragungen in den Anwendungsbereich des § 40 Abs. 1 GBO (*Demharter*, GBO, § 40 Rdnr. 16, 17).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar **Sebastian Ruhwinkel**, München

1. Abschichtung als Weg zur Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft?

Die Abschichtung einer Erbengemeinschaft wird von der inzwischen ganz herrschenden Rechtsprechung und ohne

weitere Auseinandersetzung mit der Kritik daran als sog. „dritter Weg“ der Auseinandersetzung einer Erbengemeinschaft anerkannt.¹

a) In Analogie zu § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB wird es für zulässig gehalten, dass ein Erbe gleich einem Gesellschafter einer Personengesellschaft aus der Erbengemeinschaft „ausscheidet“, indem er auf seinen Erbteil ohne konkrete Übertragung „verzichtet“.

b) Dabei ist schon unklar, warum eine Abschichtung neben der Erbteilsübertragung überhaupt nötig sein soll, hat sie doch die gleichen dinglichen Wirkungen wie eine Übertragung des Erbteils an alle Miterben entsprechend dem Verhältnis derer Erbquoten. Der Rückgriff der herrschenden Rechtsprechung auf § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB geht schon deshalb fehl, weil diese Norm voraussetzt, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden kann und nicht etwa das Ausscheiden selbst erst zulässt. Die Möglichkeit, dass ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausscheiden kann, ist vielmehr an anderer Stelle geregelt (zum Beispiel §§ 736, 737 BGB).² Zudem ist klar, dass das Ausscheiden durch Vereinbarung zulässig sein muss, wenn auch Gründung der oder Beitritt zur Gesellschaft durch Rechtsgeschäft zugelassen sind. Nichts davon trifft auf eine Erbengemeinschaft zu: Weder gibt es gesetzliche Regelungen, nach denen ein Erbe nachträglich aus der Gemeinschaft ausscheidet oder sich seiner Rechte und Pflichten als Mitglied der Gemeinschaft begeben kann, noch kann man eine Erbengemeinschaft durch Rechtsgeschäft begründen oder ihr als weiterer Erbe „beitreten“.³ Auch die Formfreiheit der Abschichtung ist unzureichend begründet, denn wenn man in ihr einen „Verzicht“ auf die Mitgliedschaft in der Erbengemeinschaft sieht, ist es widersprüchlich, den Verzicht nicht auch, wie bei jedem anderen Verzicht auf eine Rechtsposition, als Verfügung einzuordnen.⁴ Die Annahme einer Verfügung würde aber nach seinem Wortlaut unmittelbar zur

Anwendung des § 2033 Abs. 1 Satz 2 BGB führen. Warum die Schutzzwecke der notariellen Beurkundung bei der Abschichtung nicht greifen sollen, wird ebenfalls nicht begründet.⁵ Der vorsichtige Gestalter wird daher zumindest die Formvorschriften einer Erbteilsabtretung für eine Abschichtungsvereinbarung einhalten.

Das Rechtsinstitut der Abschichtung einer Erbengemeinschaft ist aus all diesen Gründen abzulehnen,⁶ zumal die Folgen im Einzelnen noch nicht geklärt sind. Mit der Bewältigung dieser Folgen befasst sich auch die hier zu besprechende Entscheidung des OLG Köln.

2. Analoge oder entsprechende Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO auf Abschichtung einer Erbengemeinschaft?

Konkret geht es um die Frage, ob § 40 Abs. 1 GBO analog oder entsprechend auf die Abschichtung einer Erbengemeinschaft angewendet werden kann, d. h. ob der bzw. die nach einer Abschichtung verbleibende(n) Erbe(n) auch ohne vorherige Eintragung aller Erben in das Grundbuch eingetragen werden können.

a) Unmittelbar ist § 40 Abs. 1 GBO nicht anwendbar, weil – unabhängig von der Einordnung der Abschichtung – jedenfalls nicht über ein im Grundbuch eingetragenes Recht (zum Beispiel Eigentum) verfügt wird.

b) Nach Meinung des OLG Köln gilt § 40 Abs. 1 GBO dennoch, ist eine Voreintragung also verzichtbar.⁷ Das OLG Köln begründet dies im Wesentlichen damit, dass die Lage hinsichtlich Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen sowie Nachvollziehbarkeit und Klarheit der Grundbucheintragung vergleichbar sei mit der Eintragung eines bzw. mehrerer Erben im Wege der Erbauseinandersetzung oder eines Dritten bei Übertragung des Eigentums durch die Erben ohne Voreintragung der Erbengemeinschaft. Es gelte insoweit das Gleiche wie bei der Eintragung nach Erbteilsabtretung, bei der eine im Vordringen befindliche Meinung auch die Anwendbarkeit des § 40 Abs. 1 GBO bejaht.

c) Dem kann so nicht zugestimmt werden.⁸ § 40 Abs. 1 GBO ist eine Ausnahmvorschrift zu § 39 Abs. 1 GBO und

1 BGH, Urteil vom 21.1.1998, IV ZR 346/96, MittBayNot 1998, 188; BGH, Urteil vom 27.10.2004, IV ZR 174/03, NJW 2005, 284; BGH, Beschluss vom 30.9.2010, V ZB 219/09, NJW 2011, 525; OLG Celle, Urteil vom 25.4.2002, 22 U 99/01, ZEV 2003, 363; KG, Urteil vom 5.7.2006, 25 U 52/05, BeckRS 2006, 19162; OLG Rostock, Beschluss vom 27.3.2009, 3 W 18/09, ZEV 2009, 465; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 25.11.2011, 3 W 124/11, ZEV 2012, 264; OLG Brandenburg, Beschluss vom 14.5.2013, 3 W 20/13, ZEV 2013, 614; OLG München, Beschluss vom 20.1.2014, 34 Wx 516/13, NotBZ 2014, 269; OLG Frankfurt, Beschluss vom 12.3.2015, 20 W 76/15, BeckRS 2016, 4329; OLG Hamm, Beschluss vom 14.7.2015, 15 W 136/15, FamRZ 2016, 333; OLG Hamm, Beschluss vom 2.8.2017, 15 W 263/16, MittBayNot 2018, 39; BFH GrS, Beschluss vom 5.7.1990, GrS 2/89, MittBayNot 1990, 368.

2 Das übersehen zum Beispiel *Wesser/Saalfrank*, NJW 2003, 2397, die aus einer Aufgabe einiger (eigentlich unteilbarer, nicht isoliert übertragbarer) Rechte aus dem Erbteil – einer Möglichkeit, die eben nicht gesetzlich geregelt ist – eine gesetzliche Folge ableiten, die aber für die Erbengemeinschaft gerade auch nicht gesetzlich geregelt ist.

3 Allenfalls den Erbteil erwerben, § 2033 Abs. 1 BGB.

4 Schon der schuldrechtliche Erlassvertrag nach § 397 BGB hat verfügbaren Charakter, zum Beispiel MünchKomm-BGB/*Schlüter*, 7. Aufl. 2016, § 397 Rdnr. 6 m. w. N.

5 Vgl. *Kanzleiter*, ZEV 2012, 447.

6 So auch Teile der Literatur mit ähnlichen Argumenten, die hier kurz wiedergegeben sind, zum Beispiel *Rieger*, DNotZ 1999, 64, *Reimann*, MittBayNot 1998, 190, *ders.*, ZEV 1998, 213, *Spanke*, NotBZ 2004, 76, *Schmidt*, AcP 205, 306 ff.; *Kanzleiter*, ZEV 2012, 447 und bereits etwas ausführlicher *Ruhwinkel*, Die Erbengemeinschaft, 2011, Rdnr. 822 ff., gegen die Formfreiheit *Keim*, RNotZ 2003, 375, 386; *Hartlich*, RNotZ 2018, 285. Zustimmend dagegen *Wesser/Saalfrank*, NJW 2003, 2397; *Fest*, JuS 2007, 1081; *Jünemann*, ZEV 2012, 65; eigentlich kritisch, aber im Ergebnis doch für die Linie des BGH *van Venrooy*, DNotZ 2012, 119.

7 Mit teils wortgleicher Begründung und mit dem gleichen Ergebnis so nun auch OLG München, Beschluss vom 9.4.2018, 34 Wx 13/18, ZEV 2018, 268; ebenso Teile der Lit.: *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 9, BeckOK-GBO/*Zeiser*, Stand 1.9.2018, § 40 Rdnr. 19.

8 Ablehnend auch *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rdnr. 142; *Demharter*, GBO, 31. Aufl. 2018, § 40 Rdnr. 3; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl. 2015, § 40 Rdnr. 6.

als solche einer Analogie oder entsprechenden Anwendung eigentlich nicht zugänglich. Zudem ist sie auch in ihrem unmittelbaren Anwendungsbereich eng auszulegen.⁹ Die GBO ist darauf angelegt, einerseits dem Grundbuchamt selbst die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen zu erleichtern, andererseits eine Nachvollziehbarkeit des Grundbuchstandes und seiner Historie für den Rechtsverkehr in jedem einzelnen Schritt einer Rechtsänderung zu ermöglichen. Daher können Zweckmäßigkeitserwägungen alleine eine entsprechende Anwendung von § 40 Abs. 1 GBO – hält man sie denn überhaupt für zulässig – nicht rechtfertigen. Etwas unglücklich lässt mich als Rechtsanwender dabei die vom OLG Köln und vom OLG München¹⁰ verwendete Formulierung zurück, es sei „kein Grund ersichtlich“, warum man § 40 Abs. 1 GBO nicht anwenden könne – ist der Wortlaut einer Norm zunächst einmal nicht Grund genug für ihre Anwendung oder Nichtanwendung?

d) Die Frage, ob die Voreintragung aller Miterben nötig ist oder nicht, hat aber vor allem eine (in der Entscheidungsbegründung des OLG Köln nicht relevante) kostenrechtliche Bedeutung.¹¹ Nach allgemeiner Auffassung ist nach Ziffer 14110 Anm. (1) KV GNotKG die erste Eintragung der Erben, wenn sie innerhalb von zwei Jahren nach dem Erbfall beantragt wird, sei es durch unmittelbare Eintragung der Miterben „in Erbengemeinschaft“ oder im Rahmen einer Erbaueinandersetzung, durch Erbteilsübertragung oder eben durch Abschichtung, kostenfrei. Dies soll aber nur für die erste Eintragung gelten.¹² Wenn nun Erbteilsübertragung oder Abschichtung nur nach Voreintragung der ursprünglichen Mitglieder der Erbengemeinschaft möglich wäre, wäre diese Kostenbegünstigung verbraucht. Vor allem deshalb wird im vom OLG Köln entschiedenen Fall wohl auch versucht worden sein, die Voreintragung aller Miterben zu übergehen. In diese Richtung argumentiert auch das OLG Bamberg in einer neueren Entscheidung:¹³ Die Voreintragung müsse nach § 40 Abs. 1 GBO entbehrlich sein, damit das Kostenprivileg nicht leerlaufe. Kostenrecht ist aber nur Folgerecht und nicht Voraussetzung für die Anwendung oder Nichtanwendung von Grundbuchverfahrensrecht.

e) Allerdings ist die Auslegung von Ziffer 14110 Anm. (1) KV GNotKG durch die herrschende Meinung zu eng. Der Wortlaut der Norm schränkt ausdrücklich ihre Anwendung

nur zeitlich ein („zwei Jahre nach dem Erbfall (...) eingereicht“). Die Auffassung, eine kostenfreie Begünstigung gäbe es nur einmal, stammt noch aus der Zeit der KostO, unter deren Regime die Möglichkeit einer gebührenfreien Eintragung der Erben nach Erbaueinandersetzung ohnehin umstritten war. Sie war vor allem Schutz der Grundbuchämter vor zeitlich unbefristeter und (theoretisch) damit unbegrenzt wiederholbarer kostenfreier Inanspruchnahme. Dieser Schutz ist durch die zeitliche Grenze von zwei Jahren nun nicht mehr erforderlich. Zwar sind, wenn die Erben bereits „in Erbengemeinschaft“ im Grundbuch eingetragen sind, diese bei Folgeeintragung einer Erbaueinandersetzung, Erbteilsabtretung oder Abschichtung natürlich nicht mehr Erben „des eingetragenen Eigentümers“, wie es Ziffer 14110 Anm. (1) Satz 1 KV GNotKG verlangt. Allerdings lässt der Wortlaut von Ziffer 14110 Anm. (1) Satz 2 KV GNotKG auch mehrere Eintragungen zu, denn danach besteht Kostenfreiheit auch, wenn der bzw. die Erben „erst“ im Wege der Erbaueinandersetzung eingetragen werden. Darunter versteht man unstreitig die Erbaueinandersetzung (auch durch Erbteilsübertragung oder eben Abschichtung)¹⁴ ohne Voreintragung der Mitglieder der Erbengemeinschaft als solche im Grundbuch. Man kann aber auch die Erbaueinandersetzung „erst“ in einem zweiten Schritt, also nach Grundbuchberichtigung der Erbfolge, als davon erfasst ansehen. Die Bezeichnung der begünstigten Personen als „Erben“ dient nach dem hier vertretenen Verständnis nur einer weiteren (klarstellenden) Einschränkung der Norm: Auch die Person oder Personen, die im Wege der Erbaueinandersetzung eingetragen werden, müssen noch zum Kreis der nach Satz 1 begünstigten Personen (Erben und deren Erben) gehören. Dem Zweck der Norm, nämlich der Begünstigung der schnellen Verteilung des Nachlasses unter den Erben, würde ein solches Verständnis voll entsprechen.¹⁵ Wenn es um die Erhebung von Grundbuchkosten geht, scheinen aber weder das OLG Köln noch das OLG München¹⁶ (anders als bei der entsprechenden Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO¹⁷) Probleme damit zu haben, den Zweck einer Norm auszublenden, die Auslegung einer zwischenzeitlich aufgehobenen Norm zu perpetuieren und dies mit dem Wortlaut der Norm (der aber wie gezeigt nicht eindeutig ist) zu begründen.

3. Fazit

Zusammengefasst löst das OLG Köln eine Folgefrage der (abzulehnenden) Abschichtung der Erbengemeinschaft pragmatisch, aber wohl nicht gesetzeskonform. Der Praktiker kann sie dennoch heranziehen, denn der Rechtsübergang bei der Abschichtung (wenn es sie denn gibt) vollzieht

9 Zum Beispiel OLG München, Beschluss vom 27.4.2006, 32 Wx 067/06, MittBayNot 2006, 496. Zur entsprechenden Anwendung des § 40 Abs. 1 GBO bei einer erbgangsgleichen Gesamtrechtsnachfolge siehe jüngst auch BGH, Beschluss vom 5.7.2018, V ZB 10/18, NJW 2018, 3310. In dem vom BGH entschiedenen Fall ging es um das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft. Es ist wenig zweifelhaft, dass der BGH bei einer Abschichtungsvereinbarung ebenso entscheiden würde.

10 Beschluss vom 9.4.2018, 34 Wx 13/18, ZEV 2018, 268.

11 So richtig auch *Rupp*, notar 2014, 342.

12 OLG Köln, Beschluss vom 19.3.2014, 2 Wx 73/14, MittBayNot 2014, 477; OLG München, Beschluss vom 10.2.2016, 34 Wx 425/15, BeckRS 2016, 3389; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/*Gutfried*, GNotKG, 2. Aufl. 2016, 14110 KV Rdnr. 25; Korintenberg/*Heyl*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, 14110 KV Rdnr. 65 ff.

13 Beschluss vom 24.1.2017, 5 W 1/17, BeckRS 2017, 104613.

14 Vgl. zum Beispiel OLG Stuttgart, Beschluss vom 16.7.2015, 8 W 255/15, MittBayNot 2016, 178 m. w. N.

15 So auch Korintenberg/*Heyl*, GNotKG, 14110 KV Rdnr. 66, der die Anwendung der Begünstigung aber dennoch ablehnt.

16 OLG Köln, Beschluss vom 19.3.2014, 2 Wx 73/14, MittBayNot 2014, 477; OLG München, Beschluss vom 10.2.2016, 34 Wx 425/15, BeckRS 2016, 3389.

17 Für die Nichtanwendung von § 40 Abs. 1 GBO ist nach Auffassung beider Gerichte, wie oben schon erwähnt, „kein Grund ersichtlich“.

sich außerhalb des Grundbuchs; die Eintragung ist also nicht konstitutiv. Wie die Eintragung herbeigeführt wird, ist daher ohne Belang. Die vom OLG Köln entschiedene grundbuchrechtliche Frage würde sich bei einer erben- und aus-einandersetzungsfreundlicheren Auslegung von Ziffer 14110 Anm. (1) KV GNotKG nicht stellen, die leider aber von der herrschenden Meinung nicht vorgenommen wird.

18. Angabe der Übertragung von Nacherbenanwartschaftsrechten im Erbschein

OLG Köln, Beschluss vom 22.11.2017, 2 Wx 219/17; mitgeteilt von **Werner Sternal**, Richter am OLG Köln

BGB § 138 Abs. 2, §§ 2100, 2108 Abs. 2 Satz 1 FamFG § 352b

LEITSATZ:

Der Angabe der Nacherbschaft im Erbschein bedarf es nicht, wenn die durch sie bedingte Beschränkung des Vorerben gegenstandslos ist, weil der Vorerbe die Anwartschaft des Nacherben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat (Anschluss an Senat Beschluss vom 11.6.1990, 2 Wx 9/90).

SACHVERHALT:

1 I. Am 31.1.1975 ist R (Erblasser) verstorben. Seine Ehefrau F ist im Jahre 1963 vorverstorben. Die Beteiligte zu 1 ist seine Tochter. Deren Kinder, die Beteiligten zu 2 und 3 und (der nachverstorbene) H sind seine Enkel.

2 Der Erblasser hat drei Verfügungen von Todes wegen hinterlassen. In einem Erbvertrag des Erblassers mit seiner vorverstorbenen Ehefrau vom 6.7.1961 hatten sich die Eheleute R und F gegenseitig als alleinige Erben eingesetzt. In einem privatschriftlichen Testament vom 4.11.1971 hat der Erblasser die Beteiligte zu 1 zu seiner Vorerbin und seine Enkelkinder zu Nacherben zu gleichen Anteilen eingesetzt. Durch weiteres privatschriftliches Testament vom 3.3.1973 hat der Erblasser die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin eingesetzt, sofern sie einen Ehevertrag abschließt und ins Güterrechtsregister eintragen lässt, wonach ein Zugewinn nicht ihrem jeweiligen Ehemann zukommen darf. Für den Fall, dass ein solcher Ehevertrag nicht geschlossen wird, hat der Erblasser die Beteiligte zu 1 als befreite Vorerbin eingesetzt und seine Enkelkinder als Nacherben.

3 Am 13.5.1975 hat das AG Leverkusen einen Erbschein erteilt, wonach die Beteiligte zu 1 Alleinerbin des Erblassers ist, Nacherbfolge angeordnet ist, die mit dem Tod der Beteiligten zu 1 eintritt, die Enkelkinder, d. h. die Beteiligten zu 2 und 3 sowie H, Nacherben sind und die Vorerbin zur freien Verfügung über den Nachlass berechtigt ist. Bei der Antragstellung hatte die Beteiligte zu 1 angegeben, einen Ehevertrag nicht geschlossen zu haben und nicht zu beabsichtigen, einen Ehevertrag zu schließen.

4 Am 30.8.1979 haben die Beteiligte zu 1 und die Beteiligte zu 3 einen notariell beurkundeten Vertrag geschlossen, durch den die Beteiligte zu 1 mit Zustimmung aller Nacherben ein Nachlassgrundstück an die Beteiligte zu 3 übertragen und die Beteiligte zu 3 auf Erb- und Pflichtteilsrechte nach ihren Eltern verzichtet hat. Dieser enthält unter anderem folgende (vom Notar vor/bei der Verlesung der Urkunde handschriftlich eingefügte) Regelung:

„Die Entlassung des übertragenen Grundstücks aus dem Nacherbenvermerk wird bewilligt und beantragt. Die Beteiligten setzen sich hinsichtlich der Nacherbfolge im Übrigen in der Weise

auseinander, dass die zu 2 Erschienene (Anm.: die Beteiligte zu 3) als Nacherbin ausscheidet. Die entsprechende Eintragung wird bewilligt und beantragt.“

5 Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 1.2.1999 hat die Beteiligte zu 2 unter anderem ihre Anwartschaft als Nacherbin nach dem Erblasser mit sofortiger dinglicher Wirkung an die Beteiligte zu 1 übertragen.

6 Der Enkel des Erblassers H ist am 10.7.2012 verstorben. Durch Beschluss des Nachlassgerichts vom 27.5.2016 ist der Erbschein vom 13.5.1975 im Hinblick auf den Tod des Nacherben H wegen Unrichtigkeit eingezogen worden. Erben des H sind ausweislich des Erbscheins des Nachlassgerichts vom 4.9.2012 die Beteiligte zu 1 zu ½-Anteil und die Beteiligten zu 2 sowie 3 jeweils zu ¼-Anteil.

7 Durch notariell beurkundeten Teilerbauseinandersetzungsvertrag vom 12.7.2017 haben die Beteiligten zu 1 bis 3 die Erbengemeinschaft bezüglich des Nacherbenanwartschaftsrechts des H aufgehoben und sich dergestalt auseinandergesetzt, dass das Anwartschaftsrecht zu je ½-Anteil auf die Beteiligten zu 2 und 3 übertragen worden ist.

8 Mit notarieller Urkunde vom 31.5.2017 haben die Beteiligten zu 1 und 2 beantragt, einen Erbschein zu erteilen, der bezeugt, dass die Beteiligte zu 1 Erbin des Erblassers ist, bezüglich eines ⅓-Anteils aber nur befreite Vorerbin, hinsichtlich dieses ⅓-Anteils Nacherbfolge angeordnet ist, die mit dem Tod der Vorerbin eintritt, zu Nacherben die Erbengemeinschaft nach H, bestehend aus den Beteiligten zu 1 bis 3, berufen ist und das Nacherbenanwartschaftsrecht vererblich ist, hilfsweise einen Erbschein zu erteilen, der bezeugt, dass die Beteiligte zu 1 Alleinerbin des Erblassers ist, sie allerdings nur befreite Vorerbin ist, die Nacherbfolge angeordnet ist, die mit dem Tod der Vorerbin eintritt, und zu Nacherben berufen sind die Beteiligte zu 2 zu ⅓-Anteil, die Beteiligte zu 3 zu ⅓-Anteil und die Erbengemeinschaft nach H, bestehend aus den Beteiligten zu 1 bis 3, zu ⅓-Anteil.

9 Die Beteiligte zu 3 ist den Anträgen der Beteiligten zu 1 und 2 mit Schriftsatz vom 20.7.2017 entgegengetreten. Sie hat vorgetragen, dass sie bei Abschluss des Notarvertrages am 30.8.1979 nicht über die rechtlichen Folgen ihres Verzichts auf ihr Nacherbenanwartschaftsrecht belehrt worden sei. Die Tragweite sei ihr nicht klar gewesen. Sie habe gar nicht gewusst, welche Grundstücke von ihrem anteiligen Anwartschaftsrecht umfasst gewesen seien. Der Vertrag sei zudem gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig.

10 Durch Beschluss vom 10.8.2017 hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des Hilfsantrags der Beteiligten zu 1 vom 31.5.2017 erforderlich sind, für festgestellt erachtet und den Hauptantrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es sich auf einen Beschluss des OLG Braunschweig vom 27.1.2004, 2 W 249/03, gestützt und unter anderem ausgeführt, dass sich die Übertragungen der Nacherbenanwartschaftsrechte der Beteiligten zu 2 und 3 nicht auf deren Rechtsstellung als Nacherben ausgewirkt hätten und deshalb im Erbschein der Vorerbin nicht zu berücksichtigen seien.

11 Gegen diesen den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 am 21.8.2017 zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 1 mit am 13.9.2017 beim AG Leverkusen eingegangenen Schriftsatz vom 11.9.2017 Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 18.9.2017 begründet. Sie verfolgt mit ihrer Beschwerde ihren Hauptantrag vom 31.5.2017 weiter.

12 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde durch Beschluss vom 21.9.2017 nicht abgeholfen und die Sache dem OLG Köln zur Entscheidung vorgelegt.

13 Die Beteiligte zu 3 ist der Beschwerde mit Schriftsätzen vom 25.9.2017 und 13.10.2017 entgegengetreten.

AUS DEN GRÜNDEN:

14 II. Die zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat in der Sache keinen Erfolg.

15 Das Nachlassgericht hat den Hauptantrag der Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Erbscheins vom 31.5.2017 im Ergeb-

nis zu Recht zurückgewiesen. Die Beteiligte zu 1 ist zwar infolge der Erbverzichtserklärungen der Beteiligten zu 2 und 3 Vollerbin nach dem Erblasser zu $\frac{2}{3}$ -Anteil und Vorerbin zu $\frac{1}{3}$ -Anteil. Insoweit sind Nacherben indes nur die Beteiligten zu 2 und 3 und nicht auch die Beteiligte zu 1. Der Senat weist darauf hin, dass deshalb – auch wenn dies nicht Gegenstand der Beschwerde ist – der Hilfsantrag keinen Erfolg haben kann.

16 Im Einzelnen gilt Folgendes:

17 1. Mit dem Tod des Nacherben H sind die Beteiligten zu 2 und 3 als Erben an seine Stelle getreten. Nach § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB geht das Anwartschaftsrecht eines Nacherben, der nach dem Erbfall, aber vor dem Eintritt der Nacherbfolge verstirbt, grundsätzlich auf seine Erben über. Dies gilt allerdings nur, wenn nicht ein anderer Wille des Erblassers anzunehmen ist, zum Beispiel der Wille, Ersatzerben einzusetzen. Hier sind zunächst keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Erblasser für den Fall, dass einer der eingesetzten Nacherben den Nacherbfall nicht erlebt, Ersatzerben bestimmen wollte. Dem maßgeblichen Testament vom 3.3.1973 ist zwar zu entnehmen, dass der Erblasser verhindern wollte, dass sein Vermögen an den jeweiligen Ehemann seiner Tochter und Vorerbin, der Beteiligten zu 1, fällt. In Bezug auf seine Enkel, die Nacherben, ist ein solcher Wille indes nicht erkennbar. Insoweit reicht es auch nicht aus, dass es sich bei den Nacherben um Abkömmlinge des Erblassers handelt. Denn selbst wenn der eingesetzte Nacherbe ein Abkömmling des Erblassers ist – so wie hier –, genügt dies allein noch nicht ohne Weiteres zu der Annahme, dass der Erblasser die Vererblichkeit der Nacherbenanwartschaft nicht gewollt hat (BGH, NJW 1963, 1150 ff.; Palandt/*Weidlich*, 76. Aufl. 2017, § 2108 Rdnr. 2). Eine Anwendung der §§ 2094, 2069, 2102 Abs. 1 BGB kommt daher nicht in Betracht. Das Nacherbenanwartschaftsrecht ist daher im Zweifel vererblich gemäß § 2108 Abs. 2 Satz 1 BGB.

18 Allerdings kann die Vererblichkeit des Anwartschaftsrechts des jeweiligen Nacherben auch teilweise ausgeschlossen werden (MünchKomm-BGB/*Grunsky*, 7. Aufl. 2017, § 2108 Rdnr. 7; Palandt/*Weidlich*, § 2108 Rdnr. 4). Hier ist im Wege der ergänzenden Auslegung des maßgeblichen Testaments vom 3.3.1973 davon auszugehen, dass der Erblasser eine Vererbung des Anwartschaftsrechts eines der eingesetzten Nacherben auf die Vorerbin nicht gewollt hätte, wenn er die Möglichkeit in Betracht gezogen hätte, dass die Vorerbin eines ihrer Kinder, die eingesetzten Nacherben, beerbt. Denn der Erblasser hatte die Beteiligte zu 1 für den Fall, dass sie den Zugewinnausgleich nicht durch einen in das Güterrechtsregister einzutragenden Ehevertrag ausschließt, gerade als Vorerbin eingesetzt, um sein Vermögen im Wege der Erbfolge an die nächste Generation weiterzureichen. Dieses Ziel würde aber nicht erreicht, wenn die Beteiligte zu 1 im Wege der Erbfolge nach ihren Kindern letztlich doch (teilweise) wieder Vollerbin würde. Im Ergebnis ist daher davon auszugehen, dass der Erblasser zwar die Vererblichkeit der Anwartschaftsrechte im Zweifel nicht generell ausschließen wollte, er eine Vererbung an die Vorerbin, die Beteiligte zu 1, aber nicht wollte. Die Beteiligte zu 1 mag den verstorbenen H zwar beerbt haben, das Nacherbenanwartschaftsrecht des H fällt jedoch allein den

Beteiligten zu 2 und 3 zu. Sie sind daher insoweit Nacherben zu je $\frac{1}{6}$ -Anteil.

19 Der Umstand, dass ein Nacherbe nach dem Erbfall und vor dem Nacherbfall verstorben ist, führt zur Unrichtigkeit eines Erbscheins (Keidel/*Zimmermann*, FamFG, 19. Aufl. 2017, § 352b Rdnr. 19). Das Nachlassgericht hat den Erbschein vom 13.5.1975 daher zu Recht eingezogen. Ein neu zu erteilender Erbschein hat die an die Stelle des Verstorbenen getretenen Nacherben zu enthalten.

20 2. Dadurch, dass die Beteiligte zu 3 durch Vertrag mit der Beteiligten zu 1 vom 30.8.1979 als Nacherbin ausgeschieden ist, ist die Beteiligte zu 1 bezüglich dieses $\frac{1}{3}$ -Anteils Vollerbin geworden. Auch insoweit ist der Erbschein vom 13.5.1975 unrichtig geworden.

21 Vor Eintritt des Erbfalls ist der Nacherbe zwar noch nicht Erbe geworden, doch hat er bereits eine so sichere Aussicht auf die Erbschaft, dass von einem Anwartschaftsrecht des Nacherben auszugehen ist, über das er schon vor dem Nacherbfall verfügen kann (MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rdnr. 34 m. w. N.; Palandt/*Weidlich*, § 2100 Rdnr. 12 m. w. N.). Auch eine Übertragung auf den Vorerben ist zulässig und ist auch dann anzunehmen, wenn der Nacherbe dem Vorerben gegenüber in notariell beurkundeter Form auf sein Nacherbenrecht verzichtet (vgl. MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rdnr. 35 m. w. N.; Staudinger/*Avenarius*, Neub. 2013, § 2100 Rdnr. 85). Hier haben die Beteiligten zu 1 und 3 in dem notariell beurkundeten Vertrag vom 30.8.1979 zum Zwecke der Auseinandersetzung der Nacherbfolge vereinbart, dass die Beteiligte zu 3 als Nacherbin ausscheidet. Dieses Ausscheiden als Nacherbin ist als Verzicht auf das Nacherbenrecht und damit als Übertragung auf die Vorerbin zu verstehen.

22 Der Vorerbe wird durch den Erwerb des Anwartschaftsrechts grundsätzlich Vollerbe; die Anwartschaft geht in seiner Hand durch Konsolidation unter. Sein Vorerbrecht erstarkt zum Vollerbrecht (Staudinger/*Avenarius*, § 2100 Rdnr. 85; MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rdnr. 35). Das Anwartschaftsrecht des Nacherben erlischt zwar ausnahmsweise dann nicht, wenn es die Rücksichtnahme auf Rechte Dritter gebietet (BGH, ZEV 1995, 453; Staudinger/*Avenarius*, § 2100 Rdnr. 85; MünchKomm-BGB/*Grunsky*, § 2100 Rdnr. 35). Hier ist indes nicht ersichtlich, dass Rechte Dritter betroffen sein könnten. Denn eine Ersatznacherbschaft hat der Erblasser nicht angeordnet (siehe oben).

23 Die Übertragung des Anwartschaftsrechts der Beteiligten zu 3 auf die Beteiligte zu 1 ist entgegen der Auffassung der Beteiligten zu 3 nicht gemäß § 138 Abs. 2 BGB nichtig. Es ist schon nicht ersichtlich, dass zwischen der Leistung der Beteiligten zu 1, ein Grundstück auf die Beteiligte zu 3 zu übertragen, und der Leistung der Beteiligten zu 3, ihr Nacherbenanwartschaftsrecht auf die Beteiligte zu 1 zu übertragen, zum Zeitpunkt des Vertragsschluss am 30.8.1979 ein auffälliges Missverhältnis im Sinne von § 138 Abs. 2 BGB bestanden hat. Insoweit kann jedenfalls nicht allein auf das Wertverhältnis zwischen dem im Jahre 1979 übertragenen Grundstück und dem sonstigen Nachlass des Erblassers abgestellt werden. Denn wäre der Vertrag im Jahre 1979 nicht geschlossen worden, hätte die Beteiligte zu 1 – außer ihrem Anwartschaftsrecht –

bis heute schon deshalb nichts von dem Nachlass des Erblassers erlangt, weil die Vorerbin noch lebt und der Nacherbfall auch 38 Jahre nach dem Vertragsschluss noch nicht eingetreten ist. Zudem ist die Beteiligte zu 1 befreite Vorerbin und daher weitgehend zu Verfügungen über Nachlassgegenstände (auch Grundstücke) befugt. Die Beteiligte zu 3 konnte daher unabhängig von der Frage, ob sie den Eintritt des Nacherbfalls überhaupt erleben wird, nie sicher sein, was sie mit Eintritt des Nacherbfalls vom Nachlass des Erblassers tatsächlich erhalten wird. Dadurch, dass der Beteiligten zu 3 als Gegenleistung für den Verzicht auf ihr Nacherbenanwartschaftsrecht im Jahre 1979 ein Baugrundstück übertragen worden ist, hat sie daher einen erheblichen Vermögenswert aus dem Nachlass erhalten, den sie andernfalls möglicherweise nie erlangt hätte. Ein auffälliges Missverhältnis ist daher nicht gegeben. Zudem fehlt es auch an den subjektiven Merkmalen des § 138 Abs. 2 BGB. Es ist nicht ersichtlich, dass bei Abschluss des Verzichtsvertrages im Jahre 1979 die Unerfahrenheit der Beteiligten zu 3 ausgenutzt worden wäre. Nur weil die Beteiligte zu 3 noch jung war, bedeutet dies nicht, dass sie unerfahren war und die Tragweite ihres Verzichts auf ihr Nacherbenrecht nicht erfasst hat. Von einem Ausnutzen einer etwaigen Unerfahrenheit der Beteiligten zu 3 kann auch nicht deshalb ausgegangen werden, weil ihr Verzicht auf ihr Nacherbenrecht noch am Beurkundungstag handschriftlich in die notarielle Urkunde eingefügt worden ist. Im Gegenteil spricht dieser Umstand gerade dafür, dass dieser Passus während der Beurkundung nicht nur vorgelesen, sondern im Einzelnen auch besprochen worden ist.

24 Die Übertragung des Nacherbenrechts der Beteiligten zu 3 auf die Vorerbin, die Beteiligte zu 1, führt nicht nur dazu, dass die Vorerbin insoweit Vollerbin geworden ist; dieser Umstand ist entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts auch in den Erbschein des Vorerben aufzunehmen. Das Nachlassgericht ist zwar zunächst zutreffend davon ausgegangen, dass die Übertragung eines Nacherbenanwartschaftsrecht auf einen Dritten nicht dazu führen kann, dass der Dritte Nacherbe wird, weil nur der Erblasser einen Nacherben bestimmen kann. Der Dritte tritt zwar in die vermögensrechtliche Position des Nacherben ein, Nacherbe wird er aber nicht. Dementsprechend ist er auch nicht in den Erbschein aufzunehmen (vgl. zum Vorstehenden: OLG Braunschweig, Beschluss vom 27.1.2004, 2 W 249/03, ZErB 2004, 297, 298; BayObLG, FGPrax 2001, 207 ff.; Keidel/Zimmermann, FamFG, § 352b Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/Grunsky, § 2100 Rdnr. 40). Eine andere Beurteilung ist indes dann geboten, wenn das Nacherbenanwartschaftsrecht auf den (befreiten) Vorerben übertragen wird. Denn wenn die Beschränkung des Vorerben gegenstandslos wird, weil er die Anwartschaft des Nacherben durch Rechtsgeschäft unter Lebenden erworben hat, bedarf es der Angabe der Nacherbschaft im Erbschein nicht mehr (Senat, Beschluss vom 11.6.1990, 2 Wx 9/90, MittRhNotK 1990, 223, 224; LG Berlin, DNotZ 1976, 569; Keidel/Zimmermann, FamFG, § 352b Rdnr. 19; MünchKomm-BGB/Grunsky, § 2100 Rdnr. 40). Dem steht entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts auch die oben genannte Entscheidung des OLG Braunschweig (Beschluss vom 27.1.2004, 2 W 249/03, ZErB 2004, 297, 298) nicht entgegen. Denn das OLG Braunschweig hatte insoweit über einen anderen Sachverhalt zu entscheiden und ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei

dem vom OLG Köln entschiedenen Fall (a. a. O., Beschluss vom 11.6.1990, 2 Wx 9/90, MittRhNotK 1990, 223, 224) um einen Sonderfall handelt.

25 3. Die Übertragung des Nacherbenanwartschaftsrechts der Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 1 durch notariell beurkundeten Vertrag vom 1.2.1999 hat zur Folge, dass die Beteiligte zu 1 auch insoweit Vollerbin geworden ist. Auch dies ist in einem Erbschein zu berücksichtigen.

26 Auf den Teilerbauseinandersetzungsvertrag vom 12.7.2017 kommt es nicht an. Er wirkt sich auf die Stellung der Beteiligten als Nacherben nicht aus. Im Übrigen deckt sich sein Inhalt mit der vorstehenden Auslegung durch den Senat.

27 Im Ergebnis ist die Beteiligte zu 1 daher Alleinerbin. Bezüglich eines $\frac{1}{3}$ -Anteil ist Nacherbfolge angeordnet. Nacherben sind die Beteiligten zu 1 und 2. Es handelt sich um eine befreite Vorerbschaft.

(...)

19. Befugnisse des Testamentsvollstreckers zur Durchsetzung einer testamentarischen Auflage

OLG Karlsruhe, Beschluss vom 18.4.2017, 9 W 4/17

BGB § 273 Abs. 1, §§ 1940, 2194 Satz 1

LEITSÄTZE:

- 1. Zum Aufgabenbereich eines Testamentsvollstreckers, der nach dem Willen des Erblassers „die in diesem Testament angeordneten Vermächtnisse erfüllen“ soll, gehört im Zweifel auch die Durchsetzung einer Auflage, die der Erblasser gegenüber dem Vermächtnisnehmer angeordnet hat.**
- 2. Ein Testamentsvollstrecker, zu dessen Aufgabenbereich die Durchsetzung einer Auflage gehört, kann gegen den Vermächtnisnehmer den Vollziehungsanspruch gemäß § 2194 Satz 1 BGB geltend machen.**
- 3. Der Anspruch gegen den Vermächtnisnehmer auf Vollziehung einer Auflage und der Anspruch des Vermächtnisnehmers auf Erfüllung des ihm zugewendeten Vermächtnisses stammen aus demselben rechtlichen Verhältnis; dem Testamentsvollstrecker steht daher gegenüber dem Erfüllungsanspruch des Vermächtnisnehmers ein Zurückbehaltungsrecht wegen des Anspruchs auf Vollziehung der Auflage zu.**
- 4. Eine Kostenentscheidung bei Wegfall des Klageanlasses vor Rechtshängigkeit erfasst nur Kosten des Rechtsstreits. Kosten auf Antragsgegenseite, die erst nach der „Klagerücknahme“ entstehen – wegen des Streits über die Kostenfrage –, sind keine Kosten des Rechtsstreits und können daher nicht Gegenstand einer Kostenentscheidung gemäß § 269 Abs. 3 Satz 3 ZPO sein.**

HANDELSRECHT, GESELLSCHAFTSRECHT, REGISTERRECHT

20. Sacheinlage – Grundkapital der Gesellschaft

OLG Nürnberg, Beschluss vom 14.2.2018, 12 AktG 1970/17

AktG §§ 182, 240, 246a Abs. 1 Satz 1, §§ 291, 307
FamFG § 395

LEITSÄTZE:

1. Ein Freigabeverfahren ist nach § 246a Abs. 1 Satz 1 AktG statthaft, wenn gegen einen Hauptversammlungsbeschluss über eine Maßnahme der Kapitalbeschaffung Klage erhoben wird. Dies ist auch dann der Fall, wenn sich die Anfechtungsklage lediglich gegen die Ermächtigung des Vorstandes richtet, im Rahmen der Ausnutzung genehmigten Kapitals (§ 202 Abs. 1 AktG) über den Ausschluss des Bezugsrechts von Aktionären zu entscheiden (§ 203 Abs. 2 Satz 1 AktG).
2. Die Berichtspflicht des Vorstandes anlässlich des von der Hauptversammlung zu treffenden Ermächtigungsbeschlusses gemäß § 203 Abs. 2 Satz 2 i. V. m. § 186 Abs. 4 Satz 2 AktG erfordert nicht, dass sämtliche denkbaren Gründe für einen Ausschluss des Bezugsrechts abschließend benannt werden.
3. Ein Hauptversammlungsbeschluss betreffend die Ermächtigung des Vorstandes, im Rahmen der Ausnutzung genehmigten Kapitals über den Ausschluss des Bezugsrechts von Aktionären zu entscheiden, bedarf lediglich insoweit der sachlichen Rechtfertigung, als diese Ermächtigung im wohlverstandenen Interesse der Gesellschaft liegen und der Hauptversammlung allgemein und in abstrakter Form bekannt gegeben werden muss (im Anschluss an BGH, Urteil vom 23.6.1997, II ZR 132/93, BGHZ 136, 133 – Siemens/Nold). Eine konkrete Rechtfertigung des Bezugsrechtsausschlusses ist vom Vorstand erst im Zeitpunkt seiner Entscheidung über einen solchen Ausschluss aufgrund der ihm erteilten Ermächtigung zu prüfen.
4. Die Regelung des erleichterten Bezugsrechtsausschlusses gemäß § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG steht einem Hauptversammlungsbeschluss über die Ermächtigung, im Rahmen der Ausnutzung genehmigten Kapitals (§ 202 Abs. 1 AktG) über den Ausschluss des Bezugsrechts von Aktionären zu entscheiden (§ 203 Abs. 2 Satz 1 AktG), selbst dann nicht entgegen, wenn dieser Beschluss einen Bezugsrechtsausschluss in weitergehendem Umfang, als in § 186 Abs. 3 Satz 4 AktG geregelt, ermöglicht.

21. Eintragung der Einbringung eines einzelkaufmännischen Unternehmens

OLG Brandenburg, Beschluss vom 5.2.2018, 7 W 86/17

UmwG § 8 Abs. 3, § 17 Abs. 2 Satz 4, §§ 127, 153
BeurkG § 44a Abs. 2

LEITSÄTZE:

1. Ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter kann nicht nur förmlich nach Einladung zu einer Gesellschafterversammlung, sondern auch auf andere Weise, insbesondere durch schlüssiges Verhalten zustande kommen. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Grundsätzlich gilt, dass zur Fristwahrung eine wirksame Anmeldung beim Register erforderlich ist. Das bedeutet nicht, dass die Anmeldung sogleich positiv bescheidungsreif sein müsste; fehlende Unterlagen können auch nach Ablauf der Frist des § 17 Abs. 2 UmwG nachgereicht werden, sofern sie die Wirksamkeit des Umwandlungsvorgangs als solchen nicht berühren. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 I. Mit Urkunde vom 17.8.2017 reichte der Verfahrensbevollmächtigte einen Ausgliederungsplan (Einbringungsvertrag) ein, nachdem der einzelkaufmännische Betrieb des Herrn I mit Aktiva und Passiva in die Beteiligte ausgegliedert werden sollte. An dem eingereichten Vertrag vom 26.7.2017 hatten die Geschäftsführer der Komplementär-GmbH der Beteiligten – gleichzeitig ihre einzigen Kommanditisten – mitgewirkt. Neben dem Vertrag reichte der Notar eine Bilanz des einzelkaufmännischen Betriebs zum 31.12.2016 ein.

2 Mit Nachtragsvermerk gemäß § 44a Abs. 2 BeurkG ergänzte der Verfahrensbevollmächtigte die Urkunde vom 26.7.2017 um Folgendes:

„Die Erschienenen zu 1) und 2)“ (die Eheleute I) „erklären was folgt, wobei sie beide sowohl in ihrer Eigenschaft als Geschäftsführer der I Verwaltungs GmbH handeln, die wiederum die Malerbetrieb I GmbH & Co. KG vertritt als auch als deren einzige Kommanditisten und ferner der Erschienene zu 1) allein die Malerbetrieb I, Inhaber: Herr I e. K. vertritt.

„3. Zustimmungsbeschluss der Malerbetrieb I GmbH & Co. KG Der Einbringung des einzelkaufmännischen Betriebs Malerbetrieb I, Inhaber: Herr I e. K. in die Malerbetrieb I GmbH & Co. KG wird hiermit zugestimmt. Die Gesellschafter verzichten auf die Erstellung eines Ausgliederungsberichtes.“

3 Das AG hat die Anmeldung mit dem angefochtenen Beschluss vom 26.10.2017 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt:

4 Nach § 152 Satz 1, §§ 123 ff. UmwG müsse die Anmeldung zum Handelsregister enthalten:

- den Ausgliederungsplan- und Übernahmevertrag,
- die Niederschrift des Zustimmungsbeschlusses des übernehmenden Rechtsträgers in notariell beurkundeter Form (§§ 125, 13 Abs. 3 UmwG), Ausgliederungsbericht oder Verzichtserklärung des übernehmenden Rechtsträgers (§ 127 UmwG), beim übertragenen Rechtsträger außerdem eine Bilanz, die auf einen höchstens acht Monate vor der Anmeldung liegenden Stichtag aufgestellt worden ist (§ 17 Abs. 2 UmwG).

5 Der Anmeldung vom 17.8.2017 sei weder ein Ausgliederungsbericht noch ein Zustimmungsbeschluss des übernehmenden Rechtsträgers beigelegt gewesen. Diese Unvollständigkeit sei durch den Nachtragsvermerk vom 16.10.2017 auch nicht wirksam behoben.

ben worden. Denn der Vermerk belege gerade, dass vor Ablauf des in § 17 Abs. 2 UmwG genannten Acht-Monats-Zeitraums ein Zustimmungsbeschluss nicht vorgelegen habe.

6 Gegen diesen Beschluss, zugestellt am 1.11.2017, richtet sich die Beschwerde der Beteiligten, beim Registergericht eingegangen am 10.11.2017, die sie mit Schriftsatz vom 16.1.2018 näher begründet haben. Sie haben insbesondere einen von den Eheleuten I in ihrer Funktion sowohl als Kommanditisten der Beteiligten als auch als Geschäftsführer von deren Komplementär-GmbH unterzeichneten Zustimmungsbeschluss mit Datum vom 26.7.2017 beigelegt.

AUS DEN GRÜNDEN:

7 II. Die nach § 59 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig, insbesondere in der Frist des § 63 Abs. 1 FamFG beim AG eingegangen.

8 In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg; denn das AG hat die Eintragung der Ausgliederung des einzelkaufmännischen Betriebs des Übertragenden zu Unrecht mit der Begründung abgelehnt, innerhalb der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 UmwG seien die wesentlichen Erfordernisse des Eintragungsantrags nicht erfüllt gewesen.

9 1. Dies gilt zunächst für die Voraussetzung des Vorliegens eines Zustimmungsbeschlusses seitens der Beteiligten. Zutreffend ist zwar, dass ein gesonderter notariell beglaubigter Beschluss der Gesellschafter der Beteiligten mit der Anmeldung nicht eingereicht worden ist.

10 Ein Zustimmungsbeschluss der Gesellschafter (Komplementärin und Kommanditisten) der Beteiligten kann nicht nur förmlich nach Einladung zu einer Gesellschafterversammlung, sondern auch auf andere Weise, insbesondere durch schlüssiges Verhalten zustande kommen (vgl. Baumbach/Hopt/Roth, Handelsgesetzbuch, 37. Aufl., § 119 Rdnr. 27). Sind alle Gesellschafter einer KG anwesend und regeln sie mit Rechtsbindungswillen Belange der Gesellschaft, so reicht dies bereits für die Annahme eines Gesellschafterbeschlusses aus. Für die Willensbildung in der GmbH gilt das gleiche (Baumbach/Hueck/Zöllner/Noack, GmbHG, 21. Aufl., § 48 Rdnr. 40).

11 Anlässlich der Beurkundung vom 26.7.2017 waren sämtliche Gesellschafter der Beteiligten anwesend, wobei die Komplementärin wirksam von den Eheleuten I vertreten wurde. Dadurch, dass die Gesellschafter den Übertragungsvertrag geschlossen haben, haben sie mit dem Willen, den Erfolg der Übertragung herbeizuführen, die Urkunde unterzeichnet. Gleichzeitig haben sie damit auf der Ebene der Gesellschafterversammlung bekundet, mit dem Vertrag einverstanden zu sein. Liegt damit ein konkludenter Zustimmungsbeschluss vor, so bedurfte es einer gesonderten Urkunde hier nicht mehr.

12 Es kommt deshalb nicht darauf an, dass der Zustimmungsbeschluss durch den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten vorsorglich nochmals ausdrücklich im Rahmen des Nachtragsvermerks vom 16.10.2017 beurkundet worden ist.

13 2. Der Ausgliederungsbericht war für den übertragenden Einzelkaufmann zwar nicht erforderlich (§ 153 UmwG), wohl aber für die aufnehmende Beteiligte (§ 127 UmwG). Die Beteiligte konnte auf die Erstellung des Berichts indes wirksam nach § 8 Abs. 3 UmwG verzichten.

14 Zutreffend hat das AG erkannt, dass mit der Anmeldung weder der Ausgliederungsbericht noch eine Verzichtserklärung eingereicht worden sind und dies bis zum Ablauf der Acht-Monats-Frist des § 17 Abs. 2 UmwG nicht nachgeholt worden ist. Dies rechtfertigt jedoch nicht die Ablehnung der Eintragung. Die fehlende Verzichtserklärung konnte noch nach Fristablauf nachgeholt werden.

15 Grundsätzlich gilt, dass zur Fristwahrung eine wirksame Anmeldung beim Register erforderlich ist. Das bedeutet nicht, dass die Anmeldung sogleich positiv bescheidungsreif sein müsste; fehlende Unterlagen können auch nach Fristablauf nachgereicht werden (vgl. Lutter/Decher, UmwG, 5. Aufl. 2014, § 17 Rdnr. 13 m. w. N.). Allerdings müssen wenigstens, wie hier, der Vertrag und die Umwandlungsbeschlüsse vorliegen; nach Fristablauf dürfen nur solche Unterlagen nachgereicht werden, die die Wirksamkeit des Umwandlungsvorgangs als solchen nicht berühren (Lutter/Decher, a. a. O.).

16 Bei der wirksamen Verzichtserklärung, die erst nach Fristablauf mit dem Nachtragsvermerk vom 16.10.2017 vorgelegt worden ist, handelt es sich um ein solches nachträglich erfüllbares Erfordernis.

(...)

22. Barzahlung des Unterschiedsbetrages bei Zweifeln an der Werthaltigkeit der vorgesehenen Sacheinlage

OLG Naumburg, Beschluss vom 17.1.2018, 5 Wx 12/17

GmbHG § 7 Abs. 3, § 8 Abs. 2, § 9c Abs. 1 und 2
BGB § 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1

LEITSATZ:

Wird anlässlich der Gründung einer GmbH mit einem Stammkapital von 25.000 €, das im Wege der Sacheinlage durch Einbringung eines Grundstücks aufgebracht werden soll, die Sacheinlage so bewirkt, dass sie endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers steht, hindern etwaige Zweifel an der Werthaltigkeit der Sacheinlage die Eintragung der betroffenen Gesellschaft nicht, wenn der Gesellschafter zur freien Verfügung des Geschäftsführers einen Geldbetrag von 25.000 € in bar eingezahlt hat.

SACHVERHALT:

1 A. Am 16.2.2015 gründete der Beteiligte die betroffene Gesellschaft mit einem Stammkapital von 25.000 €, das im Wege der Sacheinlage durch Einbringung eines ihm gehörenden Grundstücks aufgebracht werden sollte. Ferner bestellte er sich selbst zum von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiten Geschäftsführer und schloss namens der Gesellschaft mit sich selbst einen Vertrag betreffend die lastenfreie Übertragung des Grundstückes zum Zwecke der Erfüllung der Stammeinlageleistungsverpflichtung. In diesem Vertrag wurde zugleich die Auflassung nebst Umschreibungsbewilligung erklärt. Mit einer durch seinen Verfahrensbevollmächtigten öffentlich beglaubigten Erklärung vom selben Tage meldete er die Gesellschaft

zur Eintragung in das Handelsregister an und versicherte, dass die Sacheinlage erbracht sei und endgültig zu seiner freien Verfügung als Geschäftsführer stehe.

2 Am 20.2.2017 reichte er die Anmeldung mit einem Sachgründungsbericht vom 16.2.2015 und einem darin in Bezug genommenen Gutachten vom 10.1.2010 über den Wert des Grundstücks zum Handelsregister ein. Noch am selben Tage beanstandete das Registergericht, dass die in der Anmeldung enthaltenen Versicherungen des Beteiligten gemäß § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG zu alt seien, dass ein Nachweis über den lastenfreien Übergang des Grundstückseigentums auf die Gesellschaft sowie ein Sachgründungsbericht fehle und dass der Wert des Grundstücks zum Zeitpunkt der Eintragung der Gesellschaft mit dem Gutachten vom 10.1.2010 nicht nachgewiesen werden könne.

3 Der Beteiligte gab daraufhin die in § 8 Abs. 2 und 3 GmbHG vorgeschriebenen Versicherungen am 2.3.2017 erneut ab, verwies auf den bereits vorgelegten Sachgründungsbericht und äußerte die Ansicht, dass die Eintragung der Gesellschaft nicht vom Erwerb des Grundstückseigentums abhängen, sondern bereits erfolgen könne, sobald die Auffassung erklärt, die Umschreibung bewilligt und der Eintragungsantrag gestellt sei. Ferner erklärte er, dass mit dem Gutachten ein zur Deckung der Stammeinlage ausreichender Wert des Grundstücks nachgewiesen sei.

4 Am 14.3.2017 hat das Registergericht ihm eine Frist von einem Monat zur Beibringung der Nachweise der Lastenfreiheit des Grundstücks, des Eigentumsüberganges auf die Gesellschaft und des Wertes des Grundstücks gesetzt und angekündigt, bei fruchtlosem Fristablauf die Anmeldung zurückzuweisen.

5 Der Senat hat die gegen diese Verfügung gerichtete Beschwerde des Beteiligten am 22.5.2017 zurückgewiesen.

6 Mittlerweile ist die betroffene Gesellschaft als Eigentümerin des Grundstücks im Grundbuch eingetragen. In der zweiten und dritten Abteilung des Grundbuchblattes finden sich keine Eintragungen.

7 In einer öffentlich beglaubigten Urkunde vom 5.7.2017 versicherte der Beteiligte, dass die Werthaltigkeit des als Sacheinlage in die betroffene Gesellschaft eingebrachten Grundstücks nicht belegt werden könne und dass deshalb gemäß § 9 Abs. 1 Satz 1 GmbHG 25.000 € in bar eingezahlt worden seien, die ihm als Geschäftsführer zur freien Verfügung stünden. Auf den weiteren Inhalt der Erklärung wird Bezug genommen. Ferner überreichte er eine neue von ihm unterzeichnete Liste der Gesellschafter.

8 Mit Verfügung vom 11.7.2017 teilte das Registergericht ihm mit, dass die Eintragung der Gesellschaft nur erfolgen könne, wenn in der Satzung statt der Sacheinlage eine Bareinlage vorgesehen werde. Der Beteiligte lehnte eine solche Änderung der Satzung ab. Daraufhin wies das Registergericht seine Anmeldung durch Beschluss vom 27.9.2017 zurück, weil der Wert der Sacheinlage den Nennbetrag des dafür übernommenen Geschäftsanteils nicht mehr als unwesentlich unterschreiten dürfe. Daran vermöchten Zahlungen auf eine eventuelle Differenzhaftung gemäß § 9 GmbHG nichts zu ändern.

9 Gegen diesen Beschluss hat der Beteiligte Beschwerde eingelegt. Er ist weiterhin der Ansicht, dass eine etwaige Überbewertung der Sacheinlage der Eintragung der Gesellschaft nicht entgegenstehe, wenn die zur vollständigen Deckung der Stammeinlage fehlende Summe in bar eingezahlt werde.

10 Das Registergericht hat es abgelehnt, der Beschwerde abzuweichen und die Sache dem OLG zur Entscheidung vorgelegt.

AUS DEN GRÜNDEN:

11 B. Die Beschwerde des Beteiligten gegen den Beschluss des AG ist zulässig (§ 10 Abs. 2 Nr. 3, § 38 Abs. 1, § 58 Abs. 1, § 59 Abs. 1 und 2, § 63 Abs. 1 und 3, § 64 Abs. 1 und 2, § 374 Nr. 1, § 378 Abs. 2, § 382 Abs. 3 FamFG) und begründet.

12 Das Registergericht hat die Anmeldung vom 16.2.2015 zu Unrecht zurückgewiesen, denn die Eintragungsvoraussetzungen sind mittlerweile erfüllt.

13 Die betroffene Gesellschaft wurde ordnungsgemäß errichtet (§ 2 Abs. 1, § 3 Abs. 1, § 5 Abs. 1, 2 und 4 GmbHG) und durch den Beteiligten als alleinigen Geschäftsführer ordnungsgemäß angemeldet (§ 7 Abs. 1, § 8 Abs. 5 GmbHG, § 12 HGB). Die Anmeldung hat unter Berücksichtigung der weiteren Erklärungen des Beteiligten, vom 2.3.2017 und 5.7.2017 den in § 8 Abs. 1 bis 4 GmbHG vorgeschriebenen Inhalt.

14 Die Sacheinlage wurde inzwischen so bewirkt, dass sie endgültig zur freien Verfügung des Geschäftsführers steht (§ 7 Abs. 3 GmbHG), denn mit der Eintragung der betroffenen Gesellschaft als Eigentümerin des einzubringenden unbelasteten Grundstücks ist deren Eigentumserwerb so wie in der Satzung vorgesehen vollendet (§ 873 Abs. 1, § 925 Abs. 1 BGB).

15 Etwaige Zweifel an der Werthaltigkeit der Sacheinlage hindern die Eintragung der betroffenen Gesellschaft nicht (§ 9c Abs. 1 GmbHG), weil der Gesellschafter zur freien Verfügung des Geschäftsführers einen Geldbetrag von 25.000 € in bar einzahlte. Mit dieser Summe ist der Unterschiedsbetrag zwischen dem Wert der Sacheinlage und dem Nennbetrag der Stammeinlage in jedem Fall gedeckt. Einer Änderung der Satzung der betroffenen Gesellschaft dahin gehend, dass anstelle der Sacheinlage eine Bareinlage vorgesehen wird, bedarf es nicht. Stellt sich im Eintragungsverfahren heraus, dass der Wert der Sacheinlage hinter dem Nennbetrag der Stammeinlage zurückbleibt, kann die Eintragungsfähigkeit der betroffenen Gesellschaft dadurch hergestellt werden, dass der Gesellschafter den Unterschiedsbetrag in bar einzahlt und der Geschäftsführer die in § 8 Abs. 2 GmbHG vorgesehene Versicherung abgibt, der gezahlte Betrag befinde sich endgültig in seiner freien Verfügung (Lutter/Hommelhoff/Bayer, GmbHG, 19. Aufl., § 9c Rdnr. 21; MünchKomm-GmbHG/Wicke, § 9c Rdnr. 37; Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 4. Aufl., § 9c Rdnr. 26; Scholz/Veil, GmbHG, 11. Aufl., § 9c Rdnr. 40; Ulmer/Ulmer, GmbHG, § 9c Rdnr. 43).

16 Sonstige Eintragungshindernisse, insbesondere im Sinne des § 9c Abs. 2 GmbHG, sind nicht ersichtlich.

ZWANGSVOLLSTRECKUNGS- UND INSOLVENZRECHT

23. Rechtsnachfolgeklausel nicht entbehrlich bei Vollstreckung aus einem Sicherungsrecht gegen späteren Eigentümer

BGH, Beschluss vom 12.4.2018, V ZB 212/17 (Vorinstanz: LG Wuppertal, Beschluss vom 15.9.2017, 16 T 122/17)

ZPO §§ 727, 750 Abs. 1, § 800 Abs. 1
ZVG § 83 Nr. 6

LEITSATZ:

Die im Grundbuch eingetragene dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 Abs. 1 ZPO macht, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks betrieben werden soll, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht entbehrlich.

SACHVERHALT:

1 I. Die Beteiligte zu 1 betreibt die Zwangsversteigerung der im Eingang dieses Beschlusses genannten Grundstücke der Beteiligten zu 2 und 3 aus einer im Grundbuch mit einem Vermerk „vollstreckbar nach § 800 Abs. 1 ZPO“ eingetragenen Grundschuld über 220.000 €. Grundlage dieser Eintragung war die Grundschuldbestellungsurkunde vom 28.3.2007, in der sich der Voreigentümer des Grundstücks der sofortigen Zwangsvollstreckung in das mit der Grundschuld belastete Eigentum in der Weise unterworfen hatte, dass die Zwangsvollstreckung gegen den jeweiligen Eigentümer wegen aller Ansprüche an Kapital und Zinsen aus der Grundschuld zulässig sein soll. Die gegen den Voreigentümer des Grundstücks erteilte vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde wurde den Beteiligten zu 2 und 3 vor Beginn der Zwangsvollstreckung zugestellt, eine Vollstreckungsklausel gegen sie wurde nicht erteilt.

2 In dem Versteigerungstermin am 23.2.2017 ist die Beteiligte zu 4 Meistbietende geblieben. Durch Beschluss vom selben Tag hat ihr das Vollstreckungsgericht den Zuschlag erteilt. Auf die hiergegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 und 3 hat das LG den Zuschlagsbeschluss aufgehoben und die Erteilung des Zuschlags versagt. Dagegen richtet sich die zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1.

3 II. Das Beschwerdegericht meint, es liege ein von Amts wegen zu berücksichtigender Versagungsgrund nach § 83 Nr. 6 ZVG vor. Die Zwangsversteigerung der Grundstücke hätte nach §§ 795, 750 Abs. 1, § 727 ZPO nur angeordnet werden dürfen, wenn die vollstreckbare Ausfertigung der Grundschuldbestellungsurkunde gegen die Beteiligten zu 2 und 3 als Rechtsnachfolger des in der Urkunde bezeichneten Schuldners erteilt und zugestellt worden wäre. Daran fehle es. Eine Rechtsnachfolgeklausel sei nicht nach § 800 ZPO entbehrlich. Die Vorschrift schließe die allgemeinen Vorschriften der §§ 727, 325 ZPO nicht aus und stehe auch nicht alternativ neben ihnen. Sie enthalte eine Ausnahmeregelung lediglich zu § 750 Abs. 2 ZPO und bezwecke, die Durchsetzung des Rechts des Gläubigers zu erleichtern, indem auch eine Vollstreckung gegen den Rechtsnachfolger des Eigentümers ermöglicht werde. Dass vor diesem Hintergrund § 800 Abs. 1 ZPO praktisch funktionslos sei, weil die Vorschriften der §§ 795, 727, 325 ZPO dies bereits ermöglichten, könne nicht dazu führen, der Regelung einen Sinn beizumessen, der ihr nicht entnommen werden könne.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 III. Die nach § 574 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 ZPO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 575 ZPO) Rechtsbeschwerde ist unbegründet. Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht den Zuschlag auf das in dem Versteigerungstermin am 23.2.2017 abgegebene Meistgebot nach § 83 Nr. 6 ZVG versagt. Es fehlt an den Vollstreckungsvoraussetzungen gemäß § 750 Abs. 1 ZPO, weil eine die Beteiligte zu 1 zur Vollstreckung gegen die Beteiligten zu 2 und 3 aus der Grundschuld legitimierende Vollstreckungsklausel nicht erteilt und zugestellt worden ist.

5 1. Nach § 750 Abs. 1 ZPO darf die Zwangsvollstreckung aus einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5, § 795 ZPO) nur beginnen, wenn die Personen, für und gegen die sie stattfinden soll, in der Urkunde oder in der ihr beigefügten Vollstreckungsklausel namentlich bezeichnet sind. Daran fehlt es im hier gegebenen Fall der Rechtsnachfolge. Die Grundschuldbestellungsurkunde vom 28.3.2007 erlaubt zwar die Vollstreckung in das Grundstück der Beteiligten zu 2 und 3. Denn die Grundschuld, die der Voreigentümer des Grundstücks bestellt hat, ist nach § 800 ZPO vollstreckbar. Die Grundschuldbestellungsurkunde hätte aber nach §§ 727, 795 ZPO mit einer Rechtsnachfolgeklausel gegen die Beteiligten zu 2 und 3 versehen werden müssen. Diese Klausel hätte ihnen vor der Vollstreckung zusammen mit der notariellen Urkunde zugestellt werden müssen (§ 750 Abs. 1 ZPO). Etwas anderes folgt nicht aus § 800 ZPO.

6 a) Nach § 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO kann sich der Eigentümer in einer notariellen Urkunde (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) in Ansehung einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld der sofortigen Zwangsvollstreckung in der Weise unterwerfen, dass die Zwangsvollstreckung aus der Urkunde gegen den jeweiligen Eigentümer des Grundstücks zulässig sein soll. Die Unterwerfung bedarf in diesem Fall der Eintragung in das Grundbuch (§ 800 Abs. 1 Satz 2 ZPO). Die Norm soll es Berechtigten einer Unterwerfungserklärung hinsichtlich der genannten Grundpfandrechte ermöglichen, auch gegen einen Rechtsnachfolger des Eigentümers des Grundstücks zu vollstrecken. Die Grundbucheintragung hat Bedeutung für die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen gegen den Erwerber des Grundstücks im Falle der Einzelrechtsnachfolge eine vollstreckbare Ausfertigung der Urkunde erteilt werden kann (Senat, Beschluss vom 28.9.1989, V ZB 17/88, BGHZ 108, 372, 375).

7 b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde macht die im Grundbuch eingetragene dingliche Unterwerfungserklärung nach § 800 Abs. 1 ZPO, wenn die Vollstreckung aus einer Hypothek, einer Grundschuld oder einer Rentenschuld gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks betrieben werden soll, eine Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO nicht entbehrlich.

8 aa) Allerdings ist das Verhältnis von § 800 ZPO zu den Vorschriften der §§ 325, 727, 795 ZPO umstritten.

9 Teilweise wird angenommen, eine Klauselerteilung gegen den neuen Eigentümer sei nur unter den Voraussetzungen des § 800 Abs. 1 ZPO zulässig, da die „dingliche Wirkung“ des Titels die Eintragung der Unterwerfungserklärung voraussetze (Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht,

12. Aufl., § 13 Rdnr. 65; Wieczorek/Schütze/Paulus, ZPO, 4. Aufl., § 800 Rdnr. 5). Die überwiegende Ansicht geht davon aus, dass § 800 ZPO und die Vorschriften der §§ 325, 727 ZPO nebeneinander stehen. Die Vollstreckungsklausel könne gegen den Rechtsnachfolger im Eigentum unabhängig davon erteilt werden, ob die Unterwerfung nach § 800 ZPO erklärt und eingetragen sei oder nicht (OLG Schleswig, SchlHA 2014, 403, 404; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, 22. Aufl., § 800 Rdnr. 1, 8; Saenger/Kindl, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rdnr. 1; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, 15. Aufl., § 800 Rdnr. 2; Prütting/Scheuch, ZPO, 7. Aufl., § 800 Rdnr. 1; Musielak/Voit/Lackmann, ZPO, § 800 Rdnr. 2; Prütting/Scheuch, ZPO, § 800 Rdnr. 1; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, 7. Aufl., § 52 Rdnr. 29). Die Bedeutung des § 800 Abs. 1 ZPO bestehe darin, die Vollstreckung des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht zu erleichtern, indem die Vollstreckung gegen einen späteren Eigentümer, abweichend von § 750 Abs. 2 ZPO, nicht die Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden Urkunden erfordere (Zöller/Geimer, ZPO, 32. Aufl., § 800 Rdnr. 13; HK-ZPO/Kindl, 7. Aufl., § 800 Rdnr. 1; Schuschke/Walker/Walker, Vollstreckung und Vorläufiger Rechtsschutz, 6. Aufl., § 800 Rdnr. 1; vgl. aber auch Senat, Beschluss vom 13.10.2016, V ZB 174/15, BGHZ 212, 264 Rdnr. 15). Wolfsteiner sieht unter Hinweis darauf, dass es einer Zustellung der Nachweisurkunden nach § 799 ZPO ohnehin nicht bedürfe, die Vorschrift des § 800 ZPO als bedeutungslos an und schlägt vor, sie ersatzlos zu streichen (Wolfsteiner, DNotZ 1999, 306, 323; ders., Die vollstreckbare Urkunde, 3. Aufl., § 28 Rdnr. 28.4 ff.; MünchKomm-ZPO/Wolfsteiner, 5. Aufl., § 800 Rdnr. 1).

10 bb) Der Senat muss diesen Meinungsstreit hier nicht entscheiden. Von der Frage, ob die Vollstreckung aus der Urkunde nach § 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO gegen den späteren Eigentümer die – hier gegebene – Erklärung und Eintragung der Unterwerfung nach § 800 ZPO in das Grundbuch voraussetzt, ist die Frage zu trennen, ob die Vollstreckungsunterwerfung nach § 800 ZPO von den weiteren Voraussetzungen nach § 750 Abs. 1 ZPO und damit von der Rechtsnachfolgeklausel gemäß § 727 ZPO entbindet. Das ist nicht der Fall.

11 (1) Nach einhelliger Ansicht bedarf es für eine Zwangsvollstreckung aus einer nach § 800 ZPO vollstreckbaren Urkunde über die Bestellung eines Grundpfandrechts gegen den späteren Eigentümer des Grundstücks nach § 750 Abs. 1 und 2 ZPO der Erteilung und Zustellung einer Rechtsnachfolgeklausel nach § 727 ZPO (vgl. BayObLG, DNotZ 1959, 402, 403; LG Frankfurt, ZIP 1983, 1516, 1517; DNotI-Report 1995, 68, 69; DNotI-Report 2003, 45, 46; Zöller/Geimer, ZPO, § 800 Rdnr. 13; Stein/Jonas/Münzberg, ZPO, § 800 Rdnr. 8; Armbrüster/Preuß/Renner/Preuß, BeurkG, § 52 Rdnr. 29; Gaul/Schilken/Becker-Eberhardt, Zwangsvollstreckungsrecht, § 13 Rdnr. 65; Wolfsteiner, Die vollstreckbare Urkunde, § 28 Rdnr. 28.11; ders., DNotZ 1999, 306, 320; Scheel, NotBZ 2001, 248, 253).

12 (2) Diese Ansicht ist richtig. Der spätere Eigentümer ist vollstreckungsrechtlich Rechtsnachfolger. Die Zwangsvollstreckung aus der Unterwerfungserklärung nach § 800 ZPO kann gegen ihn nur erfolgen, wenn die Rechtsnachfolgeklausel gemäß § 727 ZPO erteilt und ihm zugestellt wurde. Das folgt

aus dem Wortlaut sowie dem Sinn und Zweck der Vorschrift des § 800 Abs. 1 ZPO.

13 § 800 ZPO soll dem Gläubiger des dinglichen Anspruchs aus einem Grundpfandrecht die Vollstreckung gegen den im Grundbuch eingetragenen späteren Eigentümer ermöglichen, indem dem Grundstückseigentümer gestattet wird, sich wegen dieser Ansprüche der sofortigen Zwangsvollstreckung zulasten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks zu unterwerfen. Der historische Gesetzgeber sah es als ungeklärt an, inwieweit die Vorschriften, welche für die Vollstreckbarkeit des Urteils gegen einen Sondernachfolger des Schuldners gelten, gemäß § 703 CPO (§ 795 Satz 1 ZPO) bei anderen vollstreckbaren Titeln, insbesondere bei einer nach § 702 Nr. 5 CPO (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) aufgenommenen Hypothekenurkunde, zur entsprechenden Anwendung gelangen. Aus diesem Grund wurde die Unterwerfungserklärung nach § 705b Abs. 1 CPO (§ 800 Abs. 1 Satz 1 ZPO) geschaffen. Mit dem Erfordernis einer entsprechenden Eintragung in das Grundbuch soll der Erwerber davor geschützt werden, das Grundstück ohne Kenntnis von der Unterwerfungserklärung zu erwerben (vgl. Hahn/Mugdan, Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, Bd. 8, 1898, S. 150). An den allgemeinen Voraussetzungen der Zwangsvollstreckung nach § 750 ZPO hat der Gesetzgeber, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nichts geändert, mit der Ausnahme, dass nach § 800 Abs. 2 ZPO die Zwangsvollstreckung gegen einen späteren Eigentümer abweichend von § 750 Abs. 2 ZPO nicht der Zustellung der den Erwerb des Eigentums nachweisenden Urkunden bedarf. Er hat zudem für die in § 797 Abs. 5 ZPO bezeichneten, die Erteilung der Vollstreckungsklausel betreffenden Klagen eine ausschließliche Zuständigkeit des Gerichts, in dessen Bezirk das Grundstück belegen ist, angeordnet (§ 800 Abs. 3 ZPO). Daraus folgt, dass § 750 Abs. 1 ZPO weiter gilt. Das erfordert die namentliche Bezeichnung des neuen Grundstückseigentümers als Rechtsnachfolger in der Klausel nach § 727 ZPO und deren Zustellung.

14 2. Auf die Frage, ob die Beteiligten zu 2 und 3 sich in der notariellen Kaufvertragsurkunde vom 28.4.2011, aufgrund derer sie die Grundstücke von dem Voreigentümer erwarben, wegen des dinglichen Anspruchs aus der Grundschrift der sofortigen Zwangsvollstreckung unterworfen haben, kommt es, anders als die Rechtsbeschwerde meint, nicht an. Denn auf dieser Grundlage ist die Zwangsversteigerung nicht angeordnet worden.

15 3. Die Rechtsbeschwerde macht auch ohne Erfolg geltend, der Einwand, es fehle in Bezug auf die notarielle Unterwerfungserklärung (§ 794 Abs. 1 Nr. 5 ZPO) an einer titelumschreibenden Klausel gegen den Schuldner als Rechtsnachfolger (§ 727 ZPO), verstoße gegen § 242 BGB, wenn – wie hier – der Schuldner in einer anderen Urkunde für dieselbe Schuld die persönliche Haftung übernommen und sich insoweit der sofortigen Zwangsvollstreckung in sein gesamtes Vermögen unterworfen habe, sodass jedenfalls auf dieser Grundlage die durchgeführte Vollstreckung ohne Weiteres hätte betrieben werden können.

16 a) Zwar kann die Berufung auf ein Recht den – auch im Zwangsvollstreckungsverfahren geltenden – Grundsätzen von Treu und Glauben widersprechen und damit rechtsmiss-

bräuchlich sein. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn ein berechtigtes Eigeninteresse an der Durchsetzung der in Anspruch genommenen Rechtsposition fehlt, etwa weil diese nur (noch) formal besteht (vgl. Senat, Beschluss vom 10.6.2010, V ZB 192/09, WM 2010, 1703 Rdnr. 12; Beschluss vom 12.7.2012, V ZB 130/11, WM 2012, 1867 Rdnr. 11; BGH, Beschluss vom 14.8.2008, I ZB 39/08, WM 2008, 2026 Rdnr. 10; Beschluss vom 17.5.2017, VII ZB 64/15, WM 2017, 1261 Rdnr. 16).

17 b) Eine Person, gegen die die Zwangsvollstreckung stattfinden soll, beruft sich jedoch nicht auf eine nur formale Rechtsstellung, wenn sie geltend macht, die Zwangsvollstreckung sei nach § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO unzulässig, weil sie in dem Titel oder der Klausel namentlich nicht bezeichnet sei. Die Bestimmung des § 750 Abs. 1 Satz 1 ZPO sichert nicht lediglich die Einhaltung einer Formalität, sondern gewährleistet, dass staatlicher Zwang nur zur Durchsetzung eines urkundlich bereits ausgewiesenen Anspruchs gegen die in dem Titel oder der Klausel genannten Personen ausgeübt wird (vgl. BGH, Beschluss vom 25.6.2004, IXa ZB 29/04, BGHZ 159, 383, 385 f.; Beschluss vom 29.5.2008, IX ZB 102/07, BGHZ 177, 12 Rdnr. 14; Beschluss vom 14.8.2008, I ZB 39/08, NZM 2008, 805 Rdnr. 10). So ist es auch hier. Dass die Beteiligte zu 1 die Zwangsvollstreckung aus der notariellen Kaufvertragsurkunde gegen die Beteiligten zu 2 und 3 wegen der persönlichen Haftung aus dem abstrakten Schuldanerkenntnis (§ 780 BGB) hätte betreiben können, führt nicht dazu, dass sich das Erfordernis einer Vollstreckungsklausel für die Vollstreckung aus dem dinglichen Recht als rechtsmissbräuchlich erweist. Das würde zu einem unzulässigen Austausch des Vollstreckungstitels und damit des Anspruchs führen, dessentwegen die Zwangsversteigerung in die Grundstücke der Beteiligten zu 2 und 3 angeordnet wurde.

(...)

24. GbR als einzutragende Berechtigte einer Zwangshypothek

OLG Frankfurt a. M., Beschluss vom 16.3.2018, 20 W 65/18

GBO §§ 19, 29, 47 Abs. 2

GBV § 15 Abs. 1

ZPO § 750 Abs. 1, §§ 866, 867

LEITSÄTZE:

1. Die Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann als Vollstreckungsgläubigerin einzutragende Berechtigte der Zwangshypothek sein. Eintragunggrundlage ist im Falle der Zwangshypothek allein der Vollstreckungstitel, der insoweit die sonst notwendige Einwilligung des Betroffenen nach § 19 GBO ersetzt.
2. Der Vollstreckungstitel hat wegen § 47 Abs. 2 GBO deren Gesellschafter vollständig auszuweisen, ansonsten ist die Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf dieser Grundlage nicht möglich.

BEURKUNDUNGS- UND NOTARRECHT

25. Zuweisung von Notarassessoren

OLG Naumburg, Beschluss vom 30.8.2017, Not 1/17

BNotO § 7 Abs. 3 Satz 2, Abs. 4, § 10 Abs. 2 Satz 2, § 111b

VwGO § 80 Abs. 2 Satz 1, Abs. 5 Satz 1

LEITSÄTZE:

1. Die Überweisung des Notarassessors gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BNotO ist kein Verwaltungsakt. (Leitsatz der Schriftleitung)
2. Eine Versetzung wird regelmäßig nicht dadurch gehindert, dass der Notarassessor und seine Familie den Lebensmittelpunkt aufgeben müssen oder wöchentliches Pendeln zwischen Familienwohnort und Dienort in Kauf nehmen müssen. (Leitsatz der Schriftleitung)
3. Unter Anlegung eines strengen Maßstabs gilt etwas anderes nur bei schwerwiegenden persönlichen Gründen oder außergewöhnlichen Härten. Die Schwangerschaft der Ehefrau reicht hierfür bei weitem nicht aus. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Mit Verfügung vom 10.5.2017 wies der Präsident der Antragsgegnerin den Antragsteller dem Notar G ab dem 29.7.2017 zur Ausbildung zu. Am 28.7.2017 erhob der Antragsteller hiergegen Anfechtungsklage beim Senat. Mit Schreiben vom 8.8.2017 ordnete der Präsident der Antragsgegnerin die sofortige Vollziehbarkeit der Verfügung vom 10.5.2017 an. Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seinem Hauptantrag vom 11.8.2017; hilfsweise beantragt er, die aufschiebende Wirkung seiner Anfechtungsklage herzustellen. Ergänzend hierzu beantragt er mit Schriftsatz vom 21.8.2017, ihn bis zur rechtskräftigen Entscheidung über seine beim Senat anhängige Anfechtungsklage gegen die Verfügung des Präsidenten der Antragsgegnerin vom 10.5.2017 vorläufig dem Notar K, hilfsweise einem Notariat oder einer Standesorganisation zuzuweisen, die vom Wohnsitz des Antragstellers mit öffentlichen Verkehrsmitteln innerhalb von einer Stunde erreichbar ist, wobei das Notariat bzw. die Ausbildungsstelle jeweils vom Senat angewiesen werden soll, die Ausbildung des Antragstellers vorläufig fortzuführen, hilfsweise, die Antragsgegnerin zu verpflichten, die vorbezeichneten Maßnahmen vorzunehmen, wobei der Senat nach Maßgabe der vorstehenden Anträge eine Zwischenverfügung erlassen soll.

AUS DEN GRÜNDEN:

2 Die gemäß § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 80 Abs. 5 VwGO (vgl. Schippel/Bracker, BNotO, 9. Aufl., § 111b Rdnr. 81) gestellten Anträge vom 11.8.2017 sind bereits unzulässig, weil die Anfechtungsklage des Antragstellers offensichtlich unzulässig ist und damit keine aufschiebende Wirkung hat (vgl. OVG Nordrhein-Westfalen, Beschluss vom 24.9.2009, 8 B 1342/September AK, Rdnr. 27, 28; OVG Schleswig, Beschluss vom 26.9.2000, 2 M 21/00, Rdnr. 19; VGH Mannheim, Beschluss vom 23.9.1983, 6 S 2246/83; jeweils zitiert nach juris), welche gemäß § 80 Abs. 5 VwGO wiederhergestellt oder angeordnet werden könnte. Der Notarassessor ist

mit einem Richter auf Probe vergleichbar (siehe § 7 Abs. 4 Satz 3 BNotO), der während seiner Probezeit gemäß § 13 DRiG auf verschiedenen Stellen verwendet wird. Insoweit handelt es sich um keinen Verwaltungsakt (BVerwG, Urteil vom 26.9.1996, 2 C 39/95, juris Rdnr. 20, 21), sondern um eine an den Maßstäben für eine beamtenrechtliche Umsetzung ausrichtende Organisationsmaßnahme (vgl. OVG Bautzen, Beschluss vom 14.10.1999, 2 S 637/99, zitiert nach juris). Für die Zuweisung nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BNotO gilt nichts anderes.

3 Selbst wenn es sich bei der Zuweisung nach § 7 Abs. 3 Satz 2 BNotO um einen Verwaltungsakt handeln würde (vgl. Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, 4. Aufl., § 7 BNotO Rdnr. 33; Schippel/Bracker, BNotO, § 111b Rdnr. 63), käme eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung der Klage gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO nicht in Betracht, denn es läge dann kein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO vor. Die vom Präsidenten der Antragsgegnerin mit Schreiben vom 8.8.2017 vorsorglich angeordnete sofortige Vollziehbarkeit seiner Verfügung vom 10.5.2017 geht ins Leere, da die aufschiebende Wirkung der Anfechtungsklage des Antragstellers dann, wenn die Zuweisung vom 10.5.2017 einen Verwaltungsakt darstellen sollte, jedenfalls gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO i. V. m. § 54 Abs. 4 BeamStG analog entfallen würde. Zwar ist das Dienstverhältnis des Notarassessors kein Beamtenverhältnis im Sinne der Beamtenverhältnisse. Der Notarassessor untersteht nicht dem Beamtenrecht, sondern den Bestimmungen der BNotO. Die dienstrechtliche Stellung ist jedoch derjenigen eines Beamten stark angenähert. In Zweifelsfragen, in denen sich aus der BNotO oder ihrem Sinngehalt keine Antwort ergibt, kann daher auf das Beamtenrecht entsprechend zurückgegriffen werden (vgl. Schippel/Bracker, BNotO, § 7 Rdnr. 47). Dass der Ausschluss des Suspensiv-effektes in der BNotO nur für den Fall der vorläufigen Amtsenthebung (eines bereits bestellten Notars) geregelt ist (§ 54 Abs. 1 Satz 2 BNotO), beruht darauf, dass der Bedarf für ein grundsätzliches Entfallen der aufschiebenden Wirkung einer Klage des Notars regelmäßig nur in einem solchen Fall besteht, und zwar infolge Gefährdung der Rechtspflege. Dass Abordnungen und Versetzungen, welche gegen den Willen des Betroffenen nur bei Assessoren, nicht aber bei bereits bestellten Notaren möglich sind, keinen Aufschub dulden, um einen geordneten Dienst- bzw. Ausbildungsbetrieb zu gewährleisten, gilt im Bereich der Notarassessoren hingegen im gleichen Maße wie bei Beamten. In § 111b Abs. 4 BNotO ist lediglich eine Vereinfachung gegenüber § 80b VwGO enthalten. Die § 54 Abs. 1 Satz 2, § 111b Abs. 4 BNotO stellen daher keine abschließende Spezialregelung zum Suspensiv-effekt einer Klage dar, sodass § 54 Abs. 4 BeamStG, wonach Widerspruch und Anfechtungsklage gegen Abordnungen und Versetzungen keine aufschiebende Wirkung haben, auf Notarassessoren entsprechend anwendbar ist.

4 Würde es sich bei der Verfügung des Präsidenten der Antragsgegnerin vom 10.5.2017 um einen Verwaltungsakt handeln, könnte der Senat daher lediglich auf den Hilfsantrag vom 11.8.2017 gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 1 VwGO die aufschiebende Wirkung ganz oder teilweise anordnen, wobei er eine eigene originäre Ermessensentscheidung nach denselben Gesichtspunkten wie die Ausgangsbehörde treffen würde.

5 In Fällen der gesetzlichen Sofortvollzugsanordnung unterscheidet sich indes die Interessenabwägung von derjenigen, die in den Fällen einer behördlichen Anordnung stattfindet. Während im Anwendungsbereich von § 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 VwGO bei der Interessenabwägung die Grundsatzentscheidung des Gesetzgebers für die aufschiebende Wirkung von Rechtsbehelfen bedeutsam wird, ist in den Fällen des § 80 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1-3 VwGO zu beachten, dass hier der Gesetzgeber einen grundsätzlichen Vorrang des Vollziehungsinteresses angeordnet hat und es deshalb besonderer Umstände bedarf, um eine hiervon abweichende Entscheidung zu rechtfertigen (vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 7.11.2013, 1 M 108/13, juris Rdnr. 4, 5; Kopp/Schenke, VwGO, 22. Aufl., § 80 Rdnr. 166).

6 Für Personalmaßnahmen wie die Versetzung ist im Interesse der Funktionsfähigkeit der Verwaltung anerkannt, dass der Antragsteller grundsätzlich den Ausgang des Hauptsacheverfahrens abzuwarten hat. Etwas anderes gilt nur dann, wenn sich im Verfahren des vorläufigen Rechtsschutzes bei summarischer Prüfung mit der notwendigen Sicherheit feststellen lässt, dass die Versetzung offensichtlich rechtswidrig ist und es dem Betroffenen nicht zugemutet werden kann, bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache seinen Dienst auf dem neuen Posten zu verrichten (vgl. VG Bremen, Beschluss vom 1.6.2017, 6 V 442/17, Rdnr. 20 unter Verweis auf OVG Saarlouis, Beschluss vom 28.4.2017, 1 B 358/16, juris Rdnr. 10).

7 Unter Zugrundelegung dieser Maßstäbe wäre der Hilfsantrag auf Herstellung der aufschiebenden Wirkung dann, wenn man die Verfügung des Präsidenten der Antragsgegnerin vom 10.5.2017 als Verwaltungsakt ansähe, unbegründet, weil die Verfügung nicht offensichtlich rechtswidrig, sondern im Gegenteil offensichtlich rechtmäßig ist.

8 Die Verfügung ist formell rechtmäßig.

9 Dass hierfür gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BNotO der Präsident der Antragsgegnerin zuständig war, schließt es nicht aus, dass sich dieser von der Notarkammer beraten und unterstützen ließ; im Übrigen handelt es sich bei der Verfügung vom 10.5.2017 trotz der ausschließlichen Zuständigkeit des Präsidenten um eine Entscheidung der Notarkammer (vgl. Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, § 7 BNotO Rdnr. 33; Schippel/Bracker, BNotO, § 111b Rdnr. 63). Der etwaige Mangel der ursprünglich fehlenden Begründung wäre zwischenzeitlich jedenfalls gemäß § 1 Abs. 1 VwVfG LSA i. V. m. § 45 Abs. 1 Nr. 2 VwVfG geheilt, da die Antragsgegnerin die erforderliche Begründung mit Schreiben vom 7.7.2017 nachgeholt hat (vgl. OVG Magdeburg, Urteil vom 7.11.2013, 1 M 108/13, Rdnr. 9).

10 Die Verfügung des Präsidenten der Antragsgegnerin vom 10.5.2017 erweist sich auch als materiell rechtmäßig.

11 Gemäß § 7 Abs. 3 Satz 2 BNotO überweist der Präsident der Notarkammer den Notarassessor einem Notar. Dies beinhaltet sowohl die erstmalige Überweisung als auch spätere Überweisungen (Schippel/Bracker, BNotO, § 7 Rdnr. 63). Der Antragsteller hat keinen Anspruch auf Überweisung an einen bestimmten Notar, sodass die Entscheidung des Präsidenten der Antragsgegnerin nur auf fehlerfreie Ermessensausübung überprüft werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 10.1.1975, NotZ 2/74, juris Rdnr. 16; Eylmann/Vaasen, BNotO/BeurkG, § 7 BNotO Rdnr. 33; Schippel/Bracker, BNotO, § 111b

Rdnr. 66). Die Zuweisung des Notarassessors hat sich grundsätzlich an der bestmöglichen Ausbildung zu orientieren, also daran, ob die Notarstelle und deren Inhaber zur Ausbildung geeignet sind (vgl. Schippel/Bracker, BNotO, § 111b Rdnr. 65).

12 Diesen Vorgaben wird das Schreiben des Präsidenten der Antragsgegnerin vom 7.7.2017 gerecht.

13 Auf die von ihm geltend gemachten Belange (längere Fahrzeit und familiäre Verpflichtungen) kann sich der Antragsteller hingegen nicht berufen.

14 Der Anwärterdienst als Notarassessor ist eine Vorstufe zum Notarberuf. Der Notarassessor erwirbt nicht nur eine Anwartschaft auf Bestellung zum Notar, sondern erklärt durch seinen Antrag auf Einstellung als Notarassessor auch die Bereitschaft, für die Besetzung der im Interesse der Rechtspflege erforderlichen Notarstellen zur Verfügung zu stehen. Als Notarassessor geeignet ist grundsätzlich nur, wer zur Erfüllung der den Notaren übertragenen Rechtspflegeaufgaben im ganzen Kammerbezirk bereit ist, weshalb es auch gerechtfertigt ist, ihn zu entlassen, wenn er sich der daraus erwachsenden Verpflichtung entzieht (Schippel/Bracker, BNotO, § 7 Rdnr. 108). Dementsprechend hat der Notarassessor gemäß § 7 Abs. 4 Satz 2, § 10 Abs. 2 Satz 2 BNotO seine Wohnung so zu nehmen, dass er in der ordnungsgemäßen Wahrnehmung seiner Amtsgeschäfte nicht beeinträchtigt wird. Die teilweise vertretene Auffassung, wonach diese Pflicht nur den bestellten Notar, nicht aber den Notarassessor trifft, weil sie Folge der Amtszuweisung sei (Schippel/Bracker, BNotO, § 111b Rdnr. 57), teilt der Senat nicht. Die mit den für Beamte geltenden Vorschriften der § 72 BBG, § 58 BG LSA inhaltsgleiche Pflicht aus § 10 Abs. 2 BNotO knüpft nämlich nicht an die formale Amtszuweisung, sondern an die ordnungsgemäße Erfüllung der Berufspflichten an (vgl. Battis, BBG, 5. Aufl., § 72 Rdnr. 3, 4; Plog/Wiedow, BBG, § 72 Rdnr. 2). Gegenüber seiner Pflicht, pünktlich und voll leistungsfähig zum Dienst zu erscheinen und ihn wahrzunehmen, kann sich der Antragsteller daher nicht auf Schwierigkeiten berufen, die aus einer unzumutbaren Wohnungswahl resultieren, sondern es ist umgekehrt Sache des Antragstellers, seine Wohnung so zu nehmen, dass er seine Dienstpflichten voll erfüllen kann (vgl. VG Frankfurt, Urteil vom 1.7.2002, 9 E 5546/01, juris Rdnr. 17; Plog/Wiedow, BBG, § 72 Rdnr. 2).

15 Der Dienstherr hat zwar bei beabsichtigten Personalmaßnahmen die sich aus der Lage des bisherigen Wohnortes für den Betroffenen und ggf. auch für seine (engere) Familie ergebenden Belastungen im Rahmen seiner Fürsorgepflicht zu berücksichtigen. Im Regelfall muss der durch eine seinen Dienstort verändernde Personalmaßnahme Betroffene aber Nachteile, die aus der Lage des gewählten und aufrechterhaltenen Wohnortes zum (geänderten) Dienstort herrühren, als grundsätzlich seiner persönlichen Sphäre zugehörig hinnehmen (vgl. VG Potsdam, Beschluss vom 10.3.2017, 2 L 49/17, Rdnr. 18, 19 unter Verweis auf OVG NRW, Beschluss vom 25.9.2013, 1 B 571/13, Rdnr. 14, zitiert nach juris). Hiernach wird der Dienstherr an einer dienstlich begründeten Versetzung regelmäßig nicht deshalb gehindert sein, weil durch einen Wechsel des Dienstortes der Betroffene und seine Familie vor die Notwendigkeit gestellt werden, entweder durch Umzug das bisherige persönliche Umfeld, Schule oder Ausbildungsstelle der Kinder und ggf. den Arbeitsplatz des Ehegatt-

ten aufzugeben oder – je nach Entfernung – ein zum Beispiel wöchentliches Pendeln des Betroffenen zwischen Familienwohntort und Dienstort in Kauf zu nehmen (vgl. Plog/Wiedow, BBG, § 28 Rdnr. 75-77). Etwas anderes gilt – und zwar unter Anlegung eines strengen Maßstabes – lediglich bei schwerwiegenden persönlichen Gründen oder außergewöhnlichen Härten (vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.6.2016, 1 WB 28/15, Rdnr. 36; BayVG, Urteil vom 26.1.2015, 3 B 12.943, Rdnr. 17, 19; VG Ansbach, Beschluss vom 28.2.2008, AN 1 E 0800121, Rdnr. 32; VG Würzburg, Urteil vom 25.2.2014, B 5 K 11.938, Rdnr. 28; VG Augsburg, Beschluss vom 16.9.2016, Au 2 E 16.1235, Rdnr. 24 m. w. N.; jeweils zitiert nach juris). Derartige schwerwiegende persönliche Gründe können im Gesundheitszustand des Betroffenen oder eines seiner Familienangehörigen liegen (vgl. BVerwG, Beschluss vom 22.7.1992, 1 WB 30/92, juris Rdnr. 9; Plog/Wiedow, BBG, § 28 Rdnr. 80); nicht hingegen in der schulischen Situation der Kinder, der Ortsgebundenheit des Ehepartners aufgrund eines Arbeitsverhältnisses oder vorhandenem Wohneigentum (vgl. BVerwG, Beschluss vom 30.6.2016, 1 WB 28/15, Rdnr. 40, 41).

16 Derartige schwerwiegende persönliche Gründe oder außergewöhnliche Härten sind hier weder vorgetragen noch ersichtlich; die zweite Schwangerschaft der Ehefrau reicht hierfür bei weitem nicht aus.

17 Selbst aber wenn hier – die Verwaltungsaktsqualität der Verfügung vom 10.5.2017 unterstellt – kein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO, sondern ein Fall des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO vorläge, sodass der Senat gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1 Alt. 2 VwGO über eine Wiederherstellung der aufschiebenden Wirkung zu entscheiden hätte, würde dies am Ergebnis nichts ändern, weil die im Schreiben der Antragsgegnerin vom 8.8.2017 gesondert aufgeführten Gründe für die (vorsorgliche) Anordnung der sofortigen Vollziehung der Verfügung vom 10.5.2017, insbesondere das Interesse an der Wahrung eines geordneten Ausbildungsbetriebes, das bloße Interesse des Antragstellers an der Vermeidung einer längeren Fahrzeit bei weitem überwiegen. Lediglich der Vollständigkeit halber sei insoweit darauf hingewiesen, dass der Vortrag des Antragstellers, die Zuweisung an den Notar K wirke fort, im Widerspruch zu Nr. 2 seines Klageantrags nebst der dazugehörigen Begründung steht und eine Zuweisung an die Notarin Dr. L bereits deshalb ausscheidet, weil der Antragsteller diesem großstädtisch geprägten Notariat bereits zugewiesen war, und nach seiner Zeit bei dem mittelstädtisch geprägten Notariat K zur Erweiterung seines Erfahrungshorizontes nunmehr einem ländlich geprägten Notariat zugewiesen werden soll.

18 Aus denselben Gründen, aus denen sich hier die Wiederherstellung bzw. die Anordnung der aufschiebenden Wirkung nach § 80 Abs. 5 VwGO verbietet, scheidet auch der Erlass einer einstweiligen Anordnung nach § 111b Abs. 1 Satz 1 BNotO, § 123 VwGO aus, sodass die ergänzenden Anträge vom 21.8.2017 unbegründet sind.

19 Wegen offensichtlicher Aussichtslosigkeit sämtlicher Anträge kam auch der Erlass einer Zwischenverfügung nicht in Betracht (vgl. Kopp/Schenk, VwGO, § 80 Rdnr. 170; § 123 Rdnr. 29).

(...)

KOSTENRECHT

26. Geschäftswertbestimmung eines gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichts

LG Amberg, Beschluss vom 17.7.2018, 31 T 249/18

GNotKG §§ 36, 102

LEITSATZ:

Bezieht sich der vom Notar beurkundete Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht auf den ganzen Nachlass oder einen Bruchteil davon, sondern ist gegenständlich beschränkt auf das an einen Dritten übertragene Grundstück, errechnet sich der Teilgeschäftswert für den Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht aus § 102 GNotKG, sondern nach billigem Ermessen gemäß § 36 Abs. 1 GNotKG. (Leitsatz der Schriftleitung)

SACHVERHALT:

1 Am 24.2.2014 beurkundete der Antragsteller einen Übergabe-, Pflichtteilsverzichts- und Erbschaftsvertrag. In Abschnitt A) dieser Urkunde wurde der Grundbesitz von Herrn G an seine Enkelin M übergeben. In Abschnitt B) I. dieser Urkunde verzichteten die Töchter des Übergebers, Frau G und Frau H, gegenüber ihrem Vater mit Wirkung für sich und ihre Abkömmlinge gegenständlich beschränkt auf den Vertragsgegenstand des Übergabevertrages in Abschnitt A) der Urkunde auf ihre gesetzlichen Pflichtteilsrechte einschließlich aller Pflichtteilsergänzungsansprüche.

2 Unter dem 24.2.2014 stellte der Antragsteller für diese Beurkundung insgesamt 1.153,11 € in Rechnung, wobei er insgesamt einen Geschäftswert von 193.000 € zugrunde legte. Davon entfielen 168.000 € auf den „Kaufpreis/Verkehrswert“ des Grundstücks und 25.000 € auf die „erbrechtliche(n) Angelegenheiten“.

3 Bei der vom 18. bis 19.7.2016 stattfindenden Prüfung des Gebühren- und Abgabewesens durch die Prüfungsabteilung der Notarkasse wurde diese Kostenberechnung beanstandet.

Der Revisor vertrat die Ansicht, dass der Wert des gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzicht gem. § 102 Abs. 4 GNotKG zu bestimmen sei und demgemäß mit der Hälfte des wegen eines vereinbarten Verfügungsverbots um 10 % verminderten Verkehrswertes des Vertragsgegenstandes, somit mit 75.600 €, anzusetzen sei.

4 Nachdem der Antragsteller weiterhin der Ansicht war, dass der Gegenstandswert von ihm richtig angesetzt worden sei, ersuchte der Präsident der Notarkasse den Präsidenten des LG Amberg um eine Anweisung gem. § 130 Abs. 2 GNotKG. Mit Schreiben vom 12.3.2018 wies der Präsident des LG Amberg den Antragsteller gem. § 130 Abs. 2 GNotKG an, gem. § 127 GNotKG eine Entscheidung des LG Amberg herbeizuführen. Mit Schreiben vom 16.03.2018 stellte der Antragsteller Antrag auf gerichtliche Entscheidung gem. § 127 Abs. 1, § 130 Abs. 2 GNotKG.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

6 Die streitgegenständliche Kostenberechnung ist zu bestätigen, da sie mit dem GNotKG im Einklang einsteht, insbesondere der Geschäftswert für den Pflichtteilsverzichtsvertrag mit 25.000 € zutreffend angesetzt worden ist:

7 Richtigerweise hat der Notar den Teilgeschäftswert für den Pflichtteilsverzichtsvertrag nicht aus § 102 GNotKG, sondern

aus § 36 Abs. 1 GNotKG errechnet. § 102 Abs. 4 GNotKG ist für gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzichtsverträge nicht anwendbar. § 102 Abs. 4 Satz 1 GNotKG verweist auf § 102 Abs. 1 Satz 1 und 2 GNotKG, die aber nur für Beurkundungen einer Verfügung von Todes wegen über den ganzen Nachlass oder einen Bruchteil davon, nicht aber über eine gegenständlich beschränkte Verfügung von Todes wegen gelten. Der im vorliegenden Verfahren vom Notar beurkundete Pflichtteilsverzichtsvertrag bezieht sich aber nicht auf den ganzen Nachlass oder einen Bruchteil davon, sondern ist gegenständlich beschränkt auf das an Frau M übertragene Grundstück.

8 § 102 Abs. 3 GNotKG ist nicht direkt anwendbar, da keine Verfügung von Todes wegen im Sinne dieses Absatzes vorliegt.

9 Auch über eine Verweisung in § 102 Abs. 4 GNotKG wird im vorliegenden Fall § 102 Abs. 3 GNotKG nicht anwendbar, da § 102 Abs. 4 Hs. 2 GNotKG nur für den Fall eines Zuwendungsverzichts auf ein Vermächtnis § 102 Abs. 3 GNotKG für anwendbar erklärt.

10 Eine analoge Anwendung dieser Vorschrift scheidet aus, da der Gesetzgeber in § 102 Abs. 4 GNotKG auch ausdrücklich aufgenommen hätte, wenn auch bei einem gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtsvertrag § 102 Abs. 3 GNotKG Anwendung finden sollte, wie er dies bei einem Zuwendungsverzicht auf ein Vermächtnis ausdrücklich getan hat.

11 Es besteht auch kein Bedürfnis für eine analoge Anwendung von § 102 Abs. 3 GNotKG auf gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzichtsverträge, da keine Gesetzeslücke vorliegt, sondern § 36 Abs. 1 GNotKG die Grundlage für die Bestimmung des Geschäftswertes darstellt.

12 Die nach § 36 Abs. 1 GNotKG vorzunehmende Bestimmung des Geschäftswertes nach billigem Ermessen mit 25.000 € ist nicht zu beanstanden:

13 Auszugehen ist vom unstreitigen Geschäftswert für das an Frau M übertragene Grundstück in Höhe von 168.000 €.

14 Nachdem die beiden einzigen Töchter auf ihre diesbezüglichen Pflichtteilsrechte verzichtet haben, ist von einer Quote von ½ auszugehen, was zunächst zu 84.000 € führt.

Unter Berücksichtigung von § 2325 Abs. 3 BGB ist eine Abschmelzung auf 30 %, gerundet somit auf 25.000 € billig. (...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. Markus Sikora, München

1. Sachverhalt

Der Beschluss des LG Amberg befasst sich mit der Geschäftswertbestimmung des praxisrelevanten Falles eines Verzichts weichender Erben auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche, gegenständlich beschränkt auf den Vertragsgrundbesitz, der im Rahmen eines Überlassungsvertrages mitbeurkundet wurde.

Das LG Amberg kommt dabei zu dem Ergebnis, dass der Geschäftswert für einen derartigen Verzicht vom Notar nach § 36 Abs. 1 GNotKG nach billigem Ermessen zu bestimmen sei. Mit seiner äußerst knappen Begründung stützt sich das Gericht dabei im Wesentlichen darauf, dass die gesetzliche Regelung in § 102 Abs. 4 GNotKG wohl für einen umfassenden

den, also auf den gesamten Nachlass des Erblassers bezogenen Pflichtteilsverzicht gelte, nicht aber für einen gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtsvertrag. Auch sei für derartige Verzichtsverträge § 102 Abs. 3 GNotKG weder unmittelbar noch über eine Verweisung in § 102 Abs. 4 GNotKG anwendbar. Letzteres wird damit begründet, dass § 102 Abs. 4 Hs. 2 GNotKG lediglich für den Zuwendungsverzicht auf ein Vermächtnis auf § 102 Abs. 3 GNotKG verweist. Im Übrigen bestehe, so das Gericht weiter, in Bezug auf die Geschäftswertbestimmung für gegenständlich beschränkte Pflichtteilsverzichtete keine Gesetzeslücke und damit auch keinerlei Bedürfnis für eine analoge Anwendung des § 102 Abs. 3 GNotKG, da § 36 Abs. 1 GNotKG die (gesetzliche) Grundlage für die Wertbestimmung bildet.

2. Bewertung

Die vom LG Amberg vertretene Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Insbesondere lässt die Beschlussbegründung eine Auseinandersetzung mit der herrschenden Meinung in der Literatur gänzlich vermissen.

a) Mit Inkrafttreten des GNotKG wurde durch den Gesetzgeber mit den in § 102 Abs. 4 GNotKG niedergelegten Bestimmungen erstmals eine besondere Geschäftswertvorschrift für die Bewertung von Erb-, Pflichtteils- und Zuwendungsverzichtsverträgen geschaffen.

Im Hinblick auf die unter dem Regime der KostO äußerst umstrittene und uneinheitliche Bewertung von Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträgen sollte, so die Intention des Gesetzgebers, mit der neu geschaffenen Sonderbestimmung einerseits eine Vereinheitlichung der Bewertung erreicht sowie andererseits die Wertermittlung als solche vereinfacht werden.¹ Dem folgend sind nach der Kommentarliteratur weder zukünftige Vermögensentwicklungen, Wahrscheinlichkeitserwägungen noch sonstige wirtschaftliche Aspekte, wie zum Beispiel anrechenbare Vorempfänge, im Rahmen der Wertbestimmung für einen Erb- oder Pflichtteilsverzicht zu berücksichtigen.²

Aus den gleichen Erwägungen wird in der Literatur der praxisrelevante Fall, dass ein Pflichtteilsberechtigter aus Anlass einer Schenkung an einen Dritten nicht nur auf sein Pflichtteilsrecht gegenüber dem Schenker (Erblasser) verzichtet, sondern zugleich auf Pflichtteilsergänzungsansprüche gegenüber dem Beschenkten, als ein nach § 102 Abs. 4 GNotKG zu bewertender Vorgang angesehen. Der kostenrechtliche Umfang der Verzichtserklärung erhöht sich hierdurch nicht. Dies wird zutreffend damit begründet, dass der Verzicht auf Pflichtteilsergänzungsansprüche als Teil des gegenüber dem Erblasser erklärten vollständigen Pflichtteilsverzichts angesehen wird.³

1 Vgl. BT-Drucks. 17/11471 (neu), S. 182, 183; Korintenberg/*Reimann*, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 102 Rdnr. 1 ff., 67 ff., 79, 80; Korintenberg/*Tiedtke*, § 97 Rdnr. 42c.

2 Korintenberg/*Reimann*, Korintenberg/*Tiedtke*, je a. a. O.; LK-GNotKG/*Zimmer*, 2. Aufl. 2016, § 102 Rdnr. 23; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 983, 985 ff., 1002 ff.

3 Korintenberg/*Reimann*, § 102 Rdnr. 72; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1002.

Unabhängig von den im Beurkundungszeitpunkt etwa bestehenden fiktiven Ansprüchen nach materiellem Recht ist daher der kostenrechtliche Wert eines vollumfänglichen Pflichtteilsverzichts nach einhelliger Auffassung gemäß § 102 Abs. 4 und 1 Satz 1 und 2 GNotKG mit der Pflichtteilsquote des Verzichtenden am sog. modifizierten Reinvermögen des Erblassers zu bestimmen, also ausgehend vom Wert des Vermögens des Erblassers unter Berücksichtigung des auf den halben Wert des Vermögens begrenzten Abzugs von Verbindlichkeiten.

Verzichtet ein Pflichtteilsberechtigter im Zusammenhang mit der Zuwendung an einen Dritten lediglich auf Pflichtteilsergänzungsansprüche hinsichtlich des zugewendeten Vermögenswertes (gegenständlich beschränkter Pflichtteilsverzicht), so ist dem LG Amberg zwar beizupflichten, dass eine diesbezügliche ausdrückliche Regelung in § 102 Abs. 4 GNotKG nicht enthalten ist. Gleichwohl ist der hierfür anzunehmende Geschäftswert nach einhelliger und überzeugender Literaturmeinung nach den Grundsätzen des § 102 Abs. 4 GNotKG zu bestimmen, wobei in entsprechender Anwendung des § 102 Abs. 3 GNotKG der Wert des betroffenen Gegenstandes (abzüglich der vom Erwerber zu erbringenden Gegenleistungen bzw. zu übernehmenden Verbindlichkeiten) den Ausgangswert für die Wertbestimmung bildet.⁴

b) Entgegen der besprochenen Entscheidung vertritt die Kostenrechtsliteratur die Ansicht, dass die allgemeine Wertvorschrift des § 36 Abs. 1 GNotKG insoweit nicht anzuwenden sei.⁵ Vielmehr habe der Gesetzgeber mit der Einführung des § 102 Abs. 4 GNotKG die Absicht verfolgt, im Bereich der Erb- und Pflichtteilsverzichtete eine einheitliche kostenrechtliche Behandlung zu erreichen. Damit liege, orientiert am Normzweck des § 102 GNotKG, eine (ungevollte) Regelungslücke vor, welche es durch entsprechende Anwendung von § 102 Abs. 4 i. V. m. § 102 Abs. 3 GNotKG zu schließen gelte.⁶ Dieser Auffassung ist beizupflichten, da ansonsten im Bereich der gegenständlich beschränkten Pflichtteilsverzichtete, anders als bei der in § 102 Abs. 4 GNotKG klar normierten Wertbestimmung vollumfänglicher Erb- und Pflichtteilsverzichtsverträge, erneut eine uneinheitliche und damit der Absicht des Gesetzgebers widersprechende Bewertungspraxis vorläge. Dies gilt schon deshalb, weil sich für die vom Notar gewählten und vom Gericht ohne Erörterung im konkreten Fall hingenommenen 30 % keine Anhaltspunkte im Gesetz finden lassen.

4 Korintenberg/*Tiedtke*, § 97 Rdnr. 42e; Korintenberg/*Reimann*, § 102 Rdnr. 84; LK-GNotKG/*Zimmer*, § 102 Rdnr. 25; LK-GNotKG/*Hüttinger*, § 36 Rdnr. 26; HK-GNotKG/*Krause*, 1. Aufl. 2013, § 102 Rdnr. 42; Bormann/*Diehn*/Sommerfeldt/*Pfeiffer*, 2. Aufl. 2016, § 102 Rdnr. 36; *Diehn/Volpert*, Praxis des Notarkostenrechts, 1. Aufl. 2014, Rdnr. 1687; Leipziger Kostenspiegel, 2. Aufl. 2017, Rdnr. 20.102, 20.114; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1012 ff.; a. A. lediglich Bormann/*Diehn*/Sommerfeldt/*Diehn*, § 36 Rdnr. 41, jedoch mit dem Zusatz, dass § 102 Abs. 4 Satz 2 sowie Abs. 3 im Rahmen der Wertbestimmung maßgeblich zu berücksichtigen seien.

5 Korintenberg/*Tiedtke*, § 97 Rdnr. 42e; LK-GNotKG/*Hüttinger*, § 36 Rdnr. 26; Notarkasse A. d. ö. R., Streifzug durch das GNotKG, Rdnr. 1015.

6 Korintenberg/*Tiedtke*, LK-GNotKG/*Hüttinger*, je a. a. O.

ÖFFENTLICHES RECHT

27. Anspruch auf Rückzahlung aus einem Kaufvertrag

BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17 (Vorinstanz: OLG München, Urteil vom 22.5.2017, 21 U 4277/16)

*BauGB § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2, Abs. 2 Satz 1
BGB §§ 307, 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1*

LEITSATZ:

Verkauft eine Gemeinde im Rahmen eines städtebaulichen Vertrages ein von dem Erwerber mit einem Eigenheim zu bebauendes Grundstück zum Verkehrswert, verstößt eine Regelung, die dem Erwerber eine von einer Verkehrswertsteigerung des Grundstücks unabhängige Zuzahlung bei dessen Weiterverkauf innerhalb von acht Jahren nach Errichtung des Eigenheims auferlegt, gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung.

SACHVERHALT:

1 Mit notariellem Vertrag vom 28.7.2009 kauften der Kläger und seine damalige Ehefrau, die beide in einer Nachbargemeinde wohnten, von der beklagten Gemeinde zwei Grundstücke mit einer Gesamtfläche von 857 m² zu einem Quadratmeterpreis von 106,75 € einschließlich Erschließungskosten. Insgesamt betrug der Kaufpreis 91.482,07 €, was – wie in dem Vertrag ausdrücklich festgehalten ist – dem Marktwert der Grundstücke entsprach. Die Grundstücke befinden sich in einem Baugebiet der beklagten Gemeinde.

2 In Ziffer VII. 5. e) des notariellen Kaufvertrages verpflichteten sich die Käufer, innerhalb von acht Jahren nach Vertragsschluss auf den Grundstücken ein bezugsfertiges Wohnhaus zu errichten, dieses ab Bezugsfertigkeit acht Jahre lang selbst zu bewohnen und während dieser Zeit nicht zu veräußern. Für den Fall des Verstoßes gegen die Bauverpflichtung wurde der beklagten Gemeinde das Recht eingeräumt, die Grundstücke gegen Rückerstattung des Kaufpreises zurück zu erwerben. Für den Fall des Verstoßes gegen die Selbstnutzungsverpflichtung verpflichteten sich die Käufer zu einer Zahlung von 5 € pro Quadratmeter und für den Fall der Veräußerung der Grundstücke vor Ablauf von acht Jahren ab Bezugsfertigkeit an Dritte, bei denen es sich nicht um seit mindestens drei Jahren auf dem Gebiet der beklagten Gemeinde wohnhafte näher bestimmte Verwandte oder den Ehegatten handelt, zu einer Zahlung von 25 € pro Quadratmeter. Entsprechende Klauseln wurden von der beklagten Gemeinde bei zahlreichen Verkäufen in dem Baugebiet verwendet.

3 Der Kläger und seine damalige Ehefrau errichteten auf den erworbenen Grundstücken ein Wohnhaus, das sie bis zu ihrer Trennung im Jahr 2011 gemeinsam bewohnten. Nach der Scheidung ihrer Ehe veräußerten sie das Grundstück im September 2013. Daraufhin verlangte die beklagte Gemeinde vom Kläger und seiner früheren Ehefrau einen Betrag von insgesamt 21.425 €, den diese unter dem Vorbehalt der Rückforderung bezahlten. Der geforderte Betrag überstieg die Wertsteigerung der Grundstücke seit deren Erwerb im Juli 2009.

4 Mit der Klage verlangt der Kläger von der beklagten Gemeinde die Rückzahlung des von ihm getragenen hälftigen Anteils von 10.712,50 € nebst Zinsen und die Erstattung außergerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das LG hat die Klage abgewiesen, das OLG hat ihr – bis auf einen geringen Anteil an den geforderten Zinsen – stattgegeben. Mit der von dem OLG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung der Kläger beantragt, möchte die beklagte Gemeinde die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils erreichen.

AUS DEN GRÜNDEN:

5 I. Nach Ansicht des Berufungsgerichts steht dem Kläger ein Rückzahlungsanspruch gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB zu. Die Regelung in Ziffer VII. 5. e) des Kaufvertrages über die Nachzahlungsverpflichtung sei unwirksam. Als Allgemeine Geschäftsbedingung müsse sich die Klausel an § 307 BGB und als Regelung, mit der die Beklagte städtebauliche Ziele verfolge, auch an § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB messen lassen. Aus beiden Normen folge die Unwirksamkeit. Da den Käufern kein Preisvorteil eingeräumt worden sei, diene die Klausel nicht der Abschöpfung einer gewährten Subvention, sondern behindere eine Weiterveräußerung vor Ablauf der vereinbarten Frist durch eine von einer Verkehrswertsteigerung unabhängigen Nachzahlungspflicht. Diese Benachteiligung der Käufer könne nicht mit der von der Beklagten geltend gemachten Abwehr von Spekulationsgeschäften gerechtfertigt werden. Hierfür reiche eine Klausel aus, die der Gemeinde das Recht einräume, die tatsächlich eingetretene Bodenwertsteigerung abzuschöpfen, anstatt pauschal eine Nachzahlungspflicht in einer erheblichen Größenordnung zu regeln, die sich hier – je nach Berechnungsweise – auf knapp 29 % bzw. 23,4 % des Kaufpreises belaufe. Die Klausel berücksichtige ausschließlich das Interesse der Beklagten, die sich im Gegenzug lediglich bereit erklärt habe, überhaupt ein Grundstück an die Erwerber zu verkaufen. Zudem enthalte die Regelung keinerlei Abstufungen, um den Umständen des Einzelfalls gerecht zu werden und unzumutbare Härten für die Erwerber zu vermeiden. Selbst wenn die Klausel wirksam sei, habe die Beklagte ihr Ermessen hinsichtlich der Nachzahlungsforderung nicht ordnungsgemäß ausgeübt, weil der Verkauf keinen spekulativen Hintergrund gehabt, sondern auf der Scheidung der Eheleute und der damit verbundenen finanziellen Zwänge beruht habe.

6 II. Das hält revisionsrechtlicher Nachprüfung stand.

7 Das Berufungsgericht kommt rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis, dass dem Kläger gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB ein Anspruch auf Rückzahlung des unter Vorbehalt an die beklagte Gemeinde gezahlten Betrages von 10.712,50 € nebst Zinsen und vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten zusteht.

8 1. Die in Ziffer VII. 5. e) des notariellen Kaufvertrages vereinbarte Nachzahlungsverpflichtung verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und ist unwirksam. Auf die Frage, ob die Klausel einer Inhaltskontrolle nach den §§ 307 ff. BGB standhielte, kommt es daher nicht an (bisher offengelassen, vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 9 m. w. N.).

9 a) Der notarielle Kaufvertrag vom 28.7.2009 ist ein städtebaulicher Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BauGB. Der für einen städtebaulichen Vertrag erforderliche Zusammenhang mit der gemeindlichen Bauleitplanung ergibt sich daraus, dass die beklagte Gemeinde dem Kläger und seiner damaligen Ehefrau die Grundstücke als Bauplatz verkauft und ihnen in Ziffer VII. 5. e) des Vertrages eine binnen einer bestimmten Frist zu erfüllende Verpflichtung zum Bau eines Wohnhauses (vgl. § 176 BauGB) auferlegt hat (vgl. Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169

Rdnr. 8 m. w. N.), um das Bauland zeitnah einer durch die Bauleitplanung zugelassenen Bebauung zuzuführen (vgl. Brügelmann/*Bank*, BauGB, Stand: Februar 2014, § 11 Rdnr. 53 f.).

10 b) Die Nachzahlungsverpflichtung verstößt gegen das Gebot angemessener Vertragsgestaltung im Sinne des § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB. Nach dieser Vorschrift müssen die in einem städtebaulichen Vertrag vereinbarten Leistungen den gesamten Umständen nach angemessen sein. Das Gebot angemessener Vertragsgestaltung verlangt, dass bei wirtschaftlicher Betrachtung des Gesamtvorgangs die Gegenleistung nicht außer Verhältnis zu der Bedeutung und dem Wert der von der Behörde erbrachten oder zu erbringenden Leistung steht und dass die vertragliche Übernahme von Pflichten auch ansonsten zu keiner unzumutbaren Belastung für den Vertragspartner der Behörde führt (Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 19 m. w. N.). Die vorliegende Vertragsgestaltung ist hiermit nicht vereinbar.

11 aa) Für eine Vertragsgestaltung im sog. „Einheimischenmodell“ (zu den dabei zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben vgl. EuGH, Urteil vom 8.5.2013, Libert u. a. und All Projects & Development NV, C-197/11 und C-203/11, EU: C:2013:288 Rdnr. 39 ff., 49 ff. sowie Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 33), bei dem der Verkauf – anders als im vorliegenden Fall – zu einem unter dem Verkehrswert liegenden Preis erfolgt war, hat der Senat entschieden, dass eine Nachforderung im Umfang des eingeräumten Preisvorteils grundsätzlich möglich ist. Sie stellt keine Vertragsstrafe dar, sondern bedeutet den Widerruf der in der Kaufpreisverbilligung liegenden, an bestimmte Bedingungen geknüpften Subvention. Auch etwaige Bodenwertsteigerungen müssen, wenn der Subventionszweck verfehlt wird, nicht stets dem Käufer verbleiben. Allerdings ist eine Nachzahlungsklausel, die neben der Kaufpreisverbilligung auch künftige Bodenwertsteigerungen einbezieht, nur angemessen, wenn sie die Möglichkeit stagnierender oder sinkender Bodenpreise berücksichtigt und die Nachzahlung auf den tatsächlich eingetretenen Vorteil begrenzt (Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 21). In einem Fall eines nicht subventionierten Grundstücksverkaufs hat der Senat eine Klausel für angemessen erachtet, die dem Käufer, wenn er das Grundstück in unbebautem Zustand innerhalb von fünf Jahren ab Vertragsschluss weiterverkauft, die Verpflichtung zur Abführung des erzielten Mehrerlöses auferlegt (Senat, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, juris).

12 bb) Die von der beklagten Gemeinde verwendete Zuzahlungsklausel ist hingegen unangemessen, weil sie dem Kläger und seiner Ehefrau eine Zuzahlungsverpflichtung auferlegt, die unabhängig von einer Verkehrswertsteigerung des Grundstücks und damit unabhängig von einem tatsächlichen Vorteil der Erwerber ist.

13 (1) Eine vorteilsunabhängige Nachzahlungsklausel lässt sich nicht mit dem Zweck der Verhinderung von Bodenspekulationen rechtfertigen. Beschränkungen, die die öffentliche Hand dem Käufer auferlegt, entsprechen nur dann dem Gebot angemessener Vertragsgestaltung, wenn sie geeignet und erforderlich sind, um das Erreichen der zulässigerweise verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- oder Familienpolitik für einen angemessenen Zeitraum sicherzustellen

(vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 14). Die Abwehr von Grundstücksspekulationsgeschäften stellt zwar ein anerkanntes städtebauliches Ziel dar (Senat, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, juris). Um Bodenspekulationen zu verhindern, ist es aber nicht erforderlich, dem Käufer für den Fall des Weiterverkaufs des Grundstücks eine vorteilsunabhängige Zuzahlungspflicht aufzuerlegen. Das Ziel der Spekulationsbekämpfung kann erreicht werden, indem sich der Zuzahlungsbetrag nach der tatsächlichen Bodenwertsteigerung bemisst. Der Pflicht zur Zahlung eines hiervon unabhängigen Betrages kommt dagegen ein strafähnlicher Charakter zu (vgl. Krüger, ZNotP 2010, 450, 454) und geht damit über das verfolgte Ziel hinaus.

14 (2) Ebenso wenig vermag ein Interesse der beklagten Gemeinde an einer Selbstnutzung der Immobilie durch den Käufer die Nachzahlungsklausel zu rechtfertigen. Da eine Selbstnutzungsverpflichtung nicht eine zwangsweise durchsetzbare Primärverpflichtung des Käufers, sondern lediglich eine Obliegenheit begründet (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 11), ist die Auferlegung einer – über die Abschöpfung einer gewährten Subvention hinausgehenden – Zuzahlungspflicht schon nicht geeignet, die angestrebte Selbstnutzung durch den Käufer zu erreichen. Will die Gemeinde langfristig Einfluss auf die Nutzerstruktur nehmen, könnte sie dies beispielsweise dadurch erreichen, dass sie mit ihrem Vertragspartner ein Wiederkaufsrecht für den Fall der vorzeitigen Veräußerung der Immobilie vereinbart.

15 (3) Entgegen der Ansicht der Revision ergibt sich die Angemessenheit der Zuzahlungsklausel nicht daraus, dass nach Ziffer VII. 5. e) des Vertrages dann keine Zuzahlung zu leisten ist, wenn der Erwerber das Grundstück an seine mindestens seit drei Jahren in der Gemeinde wohnhaften Kinder, Geschwister, Verwandte in gerade Linie oder den Ehegatten verkauft. Eine Ausnahmeregelung, die angesichts ihres stark begrenzten Anwendungsbereiches in den überwiegenden Fällen gar nicht zum Tragen kommen kann, vermag an der Unangemessenheit der Nachzahlungsklausel nichts zu ändern. Das gilt auch dann, wenn eine solche Regelung – wie die Revision meint – den Zweck hat, der Versorgung der einheimischen Bevölkerung mit bezahlbarem Wohneigentum zu dienen.

16 cc) Die für sich genommen unangemessene Klausel wird nicht durch für den Kläger und seine Ehefrau vorteilhafte Bestimmungen im Übrigen Vertrag kompensiert (vgl. dazu Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 102). Das Berufungsgericht weist zu Recht darauf hin, dass der einzige Vorteil der Erwerber darin liegt, dass die beklagte Gemeinde bereit war, ihnen die beiden gemeindlichen Grundstücke zum Marktwert zu verkaufen. Der Hinweis der Revision, dem Vertrag seien „erhebliche wirtschaftliche Vorteile immanent“ gewesen, führt zu keiner anderen Beurteilung. Maßgeblich ist, ob der Vertrag konkrete, für den Erwerber vorteilhafte Bestimmungen enthält, nicht dagegen ob sich der Grundstückskauf in ungewisser Zukunft möglicherweise als wirtschaftlich günstig erweisen könnte. Auch der von der Revision angeführte Nachlass bei den Kanalgebühren von 647,38 € stellt angesichts der Höhe des Nachzahlungsbetrages, der den gewährten Nachlass um ein Vielfaches überschreitet, keinen Ausgleich des gestörten Äquivalenzverhältnisses dar.

17 c) Entgegen der Auffassung der Revision ist die unwirksame Regelung über die Nachzahlungsverpflichtung nicht im Wege ergänzender Vertragsauslegung dahin gehend zu ersetzen, dass die beklagte Gemeinde berechtigt sein soll, jedenfalls eine etwaige Bodenpreissteigerung abzuschöpfen.

18 Entsprechend dem der Vorschrift des § 306 Abs. 3 BGB zugrunde liegenden Rechtsgedanken setzt eine ergänzende Vertragsauslegung bei Unwirksamkeit einer Vertragsklausel in einem – wie hier – privatrechtlich ausgestalteten städtebaulichen Vertrag (vgl. dazu Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 96 f.) wegen Verstoßes gegen § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB voraus, dass es für die Gemeinde unzumutbar ist, an dem lückenhaften Vertrag festgehalten zu werden (vgl. BGH, Urteil vom 22.1.1992, IV ZR 59/91, BGHZ 117, 92, 99). Das ist hier zu verneinen. Anders als in den Fällen, in denen die Gemeinde dem Käufer eine Subvention in Form eines Preisvorteils gewährt hatte und die Regelung über deren Widerruf ein wesentliches Element des Vertragsgefüges bildete (vgl. Senat, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, NJW 2010, 3505 Rdnr. 24), stellt die Klausel über die Nachzahlungsverpflichtung in dem zwischen der beklagten Gemeinde und den Eheleuten geschlossenen Vertrag keine Regelung innerhalb der getroffenen Vereinbarungen dar, deren Wegfall unter Aufrechterhaltung des Vertrages für die Gemeinde zu einem unzumutbaren Ergebnis führt.

19 2. Hinsichtlich der Nebenforderungen sind Rechtsfehler nicht ersichtlich und werden von der Revision auch nicht geltend gemacht.

(...)

ANMERKUNG

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

1. Das Problem

Der BGH hat in seiner Entscheidung vom 16.3.2018¹ noch offen gelassen, ob eine von einer Wertsteigerung des von einer Gemeinde veräußerten Grundstücks unabhängige Zahlung bei dessen Weiterverkauf innerhalb einer bestimmten Frist zur Vermeidung von Spekulationskäufen zulässig ist. Betroffen sind Grundstücksverkäufe durch Gemeinden, bei denen keine verbilligte Grundstücksveräußerung stattfindet, die Gemeinde aber dennoch mit dem Verkauf städtebauliche Zwecke, nämlich den sparsamen Umgang mit Bauland sowie die Vermeidung von Spekulationskäufen, verfolgt. Diese Frage wird in Zeiten knapper werdenden Baulands, insbesondere in Ballungsräumen und Fremdenverkehrsregionen, in denen die Baulandpreise explodieren, immer akuter. Die Ausgangsentscheidung des OLG München² hatte zu einer Irritation bei vielen Gemeinden geführt. Hintergrund ist, dass das Gericht die Nachzahlungsverpflichtung als unwirksame Allgemeine Geschäftsbedingung

1 BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86 (in diesem Heft).

2 OLG München, Urteil vom 22.5.2017, 21 U 4277/16, MittBayNot 2018, 130 mit Anm. Busse = NotBZ 2017, 422 mit Anm. Grziwotz.

angesehen hat, die weder einer Kontrolle nach § 307 Abs. 1 BGB noch nach § 11 Abs. 2 BauGB standhält, denn die Klausel diene nicht der Abschöpfung einer gewährten Subventionierung, sondern nur dazu, eine Weiterveräußerung vor Ablauf der vereinbarten „Haltefrist“ zu behindern. Genau Letzteres war in der Tat die Intention der Gemeinde im Rahmen des gemeindlichen Bauplatzverkaufes.

2. Ausgangslage: Nachzahlungsklauseln im Einheimischenmodell

Bei den sog. Einheimischenmodellen (nunmehr Modell für einkommensschwächere und weniger begüterte Personen der örtlichen Bevölkerung)³ erfolgt eine Veräußerung von Bauplätzen an den begünstigten Personenkreis regelmäßig zu einem deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preis. Dieser entspricht lediglich dem Verkehrswert auf dem Sondermarkt für den begünstigten Personenkreis.⁴ Voraussetzung der Subventionierung ist neben bestimmten Einkommens- und Vermögensverhältnissen sowie sonstigen regelmäßig familien- und ortsbezogenen Kriterien die Übernahme einer Bau- und Nutzungspflicht. Der Erwerber muss sich gegenüber der Gemeinde zum Bau meist eines Wohngebäudes sowie zur Selbstnutzung dieses Bauwerks für einen bestimmten Zeitraum verpflichten. Die Dauer der Nutzungspflicht ist vor allem abhängig von der Höhe des Preisnachlasses.⁵ Hintergrund ist, dass die von den Gemeinden mit diesen Modellen verfolgten Zwecke im Bereich der Wohnungsbau-, Siedlungs- und Familienpolitik, insbesondere der Förderung der Eigenheimbildung und der Vermeidung einseitiger Nutzungsstrukturen (Stichwort: Zweitwohnungen), nicht nur bei einem Weiterverkauf der überbauten Immobilie, sondern auch dann verfehlt werden, wenn die Erwerber das Wohneigenheim nicht mehr selbst nutzen, sondern es an Dritte zum Beispiel als Feriendomizil vermieten oder leer stehen lassen. Der BGH hat angenommen, dass es sich bei derartigen Klauseln nicht um zwangsweise durchsetzbare Primärverpflichtungen der Grundstückserwerber handelt, sondern lediglich um die Bedingung für die Gewährung der in der Kaufpreisverbilligung liegenden Subvention und deshalb lediglich eine Obliegenheit vorliege.⁶

Bei einem Verstoß gegen diese Obliegenheit hat die Gemeinde zwei Möglichkeiten:

- Unbedenklich möglich ist eine Nachforderung im Umfang des eingeräumten Preisvorteils.⁷ Entgegen der

3 Vgl. dazu Grziwotz, ZfIR 2017, 221 f. und ders., ZfIR 2017, 761 ff.

4 Vgl. Jachmann, MittBayNot 1994, 93, 107.

5 Zuletzt BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, DNotZ 2011, 121, 124 = ZfIR 2010, 462.

6 BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, DNotZ 2011, 121, 122 = ZfIR 2010, 462.

7 BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 306 m. Anm. Grziwotz = DNotZ 2007, 513 = NJW-RR 2007, 962, 963.

früheren obergerichtlichen Rechtsprechung⁸ handelt es sich dabei um keine Vertragsstrafe. Durch die Nachzahlungsklausel wird nämlich lediglich der in der Kaufpreisverbilligung liegende und an bestimmte Bedingungen geknüpfte Preisnachlass widerrufen.⁹

- Die Nachzahlungsklausel kann zusätzlich zum Widerruf der Kaufpreisverbilligung auch künftige Bodenwertsteigerungen einbeziehen, um somit zu verhindern, dass dem Grundstückserwerber die insbesondere in Ballungsräumen und Fremdenverkehrsregionen in den letzten Jahren aufgrund der Bodenknappheit teilweise exorbitanten Bodenwertsteigerungen verbleiben und dieser gleichsam die Möglichkeit des verbilligten kommunalen Grundstückserwerbs zu Bodenspekulationen nutzt. Die Gemeinde kann deshalb bei der Nachzahlung auch die tatsächlich eingetretenen diesbezüglichen Vorteile „abschöpfen“, muss allerdings umgekehrt die Möglichkeit stagnierender und sinkender Bodenpreise berücksichtigen. Daran fehlt es, wenn die Kommune weitere Zahlungen, zum Beispiel die Verzinsung des Nachzahlungsbetrages, vereinbart.¹⁰ Diese Alternative berücksichtigt bereits, dass in Zeiten zunehmender Baulandknappheit nicht nur gewährte Preisvorteile zurückerstattet werden müssen, sondern im Rahmen einer Spekulationsverhinderung auch Bodenwertsteigerungen der Allgemeinheit, d. h. der Gemeinde verbleiben, und nicht vom privaten Erwerber vereinnahmt werden.

3. Grundstücksveräußerungen, Spekulationsvermeidung und Vertragsstrafen

a) Grundstücksveräußerung ohne Beihilfecharakter

In Ballungsgebieten und Fremdenverkehrsregionen tritt eine zunehmende Baulandknappheit auf. Die Gemeinden können darauf nicht durch eine unbegrenzte Ausweisung von Baugebieten reagieren; vielmehr soll auch unter Nachhaltigkeitsgesichtspunkten die Bodenversiegelung reduziert und mit Grund und Boden möglichst verantwortungsvoll und sparsam umgegangen werden (vgl. § 1a Abs. 2 BauGB). Weist die Gemeinde Bauland auf eigenen Flächen aus und verkauft sie die Bauparzellen zum Verkehrswert, sind häufig mehr Bewerber vorhanden als Bauplätze. Die Gemeinde wird schon beim normalen, d. h. nicht ermäßigten Bauplatzverkauf auch wohnungs- und familienpolitische sowie städtebauliche Zwecke verfolgen. Dies ist dem Verkauf gleichsam immanent.¹¹ Bereits der Erwerb eines Bauplatzes zum Eigentum schafft für den Käufer trotz etwaiger Bau- und Nutzungspflichten, die im Rahmen dieser Zweckverfolgung

zusätzlich gefordert werden, einen erheblichen Vorteil; jedenfalls beim Erlöschen dieser eingegangenen Bindungen bleibt ihm nämlich regelmäßig ein nicht unerheblicher Vorteil im Rahmen der eingetretenen Bodenwertsteigerungen. Bei einem Verstoß gegen die eingegangenen Bindungen vor Ablauf der vereinbarten Dauer kann die Gemeinde unproblematisch den Spekulationsgewinn „abschöpfen“.¹² Allerdings reicht dies zur Verfolgung der kommunalen Zwecke häufig nicht aus. Beispiele sind oberbayerische Fremdenverkehrsgemeinden, in denen bei einer Weiterveräußerung unter Abschöpfung des Spekulationsgewinns die eingegangenen Nutzungsverpflichtungen entfallen und somit ein Weiterverkauf auch als reines Feriendomizil möglich ist; damit entstehen „Zweitwohnungssiedlungen“ mit sämtlichen damit verbundenen Problemen für die kommunale Bevölkerungs- und Infrastruktur. Aufgrund der derzeit hohen Preissteigerungen in diesen Gebieten kann der Zweiterwerber jedenfalls nach kurzer Zeit den weiteren Spekulationsgewinn vereinnahmen.

Kommunen könnten hierzu auf Erbbaurechtsmodelle ausweichen;¹³ wollen sie das nicht, bleibt ihnen nur die Vereinbarung einer Vertragsstrafe. Insoweit bestehen allerdings, auch wenn man von den Besonderheiten des vorliegenden Falles absieht, erhebliche Unsicherheiten. Dies zeigt ein neu erschienenes Buch zu den städtebaulichen Verträgen, in dem es an einer Stelle heißt, dass die Rechtsprechung keine Einwände gegen die Vereinbarung von Vertragsstrafen zulasten des gemeindlichen Vertragspartners erheben würde.¹⁴ Derselbe Autor stuft die Vertragsstrafe gleichzeitig als „Druckmittel“ ein, das „durch die Zweckbindung der städtebaulichen Ziele „nicht gedeckt sei“.¹⁵ Die Muster-Einführungserlasse der Fachkommission „Städtebau“ sowie weitere Anwendungsempfehlungen zu städtebaulichen Verträgen sehen die Vereinbarung von Vertragsstrafen als Sicherungsmittel ausdrücklich vor.¹⁶ Wird die Vertragsstrafe für unzulässig gehalten, werden regelmäßig der Kommune „dinglich gesicherte Ankaufsrechte“ bzw. Wiederkaufsrechte¹⁷ empfohlen. Diese sind als Sicherungsmittel jedoch ungeeignet. Die Gemeinde wird, wenn bereits mit dem Bauvorhaben begonnen oder dieses sogar (nahezu) fertiggestellt ist, das Grundstück nicht mehr erwerben wollen. Der inzwischen von manchen Gemeinden praktizierte Ausweg, Bauplatzverkäufe gekoppelt mit einem Bauvertrag, den der Erwerber mit einem privaten Bauunternehmer ab-

8 Vgl. nur OLG München, Urteil vom 27.6.1994, 30 U 974/93, MittBayNot 1994, 464 = BayVBl. 1995, S. 282; OLG Koblenz, Urteil vom 5.11.1997, 7 U 370/97, DNotI-Report 1998, 25.

9 BGH, Urteil vom 6.11.2009, V ZR 63/09, NVwZ 2010, 531 = MDR 2010, 228 = ZfIR 2019, 467 m. Anm. *Dirnberger*; BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, DNotZ 2011, 121, 125 = ZfIR 2010, 462 im Anschluss an *Grziwotz*, KommJur 2009, 376, 377.

10 BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, DNotZ 2011, 121, 125 = ZfIR 2010, 462.

11 BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86 (in diesem Heft).

12 BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16, MittBayNot 2019, 86 (in diesem Heft).

13 Vgl. *Grziwotz*, NotBZ 2018, 401, 405; *Weber*, ZNotP 2015, 286 ff. und *Schlögel*, ZfIR 2016, 175 ff.

14 *K. Schwab*, Städtebauliche Verträge, 2017, Rdnr. 345.

15 *K. Schwab*, Städtebauliche Verträge, 2017, Rdnr. 191.

16 Vgl. auch die Formulierungsvorschläge bei *Bunzel/Coulmas/Schmidt-Eichstaedt*, Städtebauliche Verträge – ein Handbuch, 4. Aufl. 2013, S. 356 und *Walker*, Handbuch Städtebauliche Verträge, 1999, Bd. II S. 267 sowie den Hinweis auf die Formulierungsvorschläge der Senatsverwaltung für Stadtentwicklung Berlin bei *Owusu*, Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB, 2017, S. 154 Fn. 200.

17 Vgl. *K. Schwab*, Städtebauliche Verträge, 2017, Rdnr. 191.

schließt, zu beurkunden, ist insoweit ein Irrweg. Diese Verträge dürften dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit nicht entsprechen, da das gewählte Mittel weder geeignet noch erforderlich ist. Insbesondere stünde der Gemeinde durch die Konkretisierung des Bauvorhabens auch im Rahmen einer Baufibel¹⁸ ein weniger eingreifendes Mittel zur Erreichung ihrer städtebaulichen Ziele zur Verfügung.

b) Pflichten oder Obliegenheiten?

Ob es sich bei der Übernahme von Bau- und Nutzungspflichten lediglich um Obliegenheiten handelt, wie dies der BGH im Anschluss an seine bisherige Rechtsprechung¹⁹ meint, ist fraglich. Bei einem Durchführungsvertrag gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB, einem sog. benannten städtebaulichen Vertrag,²⁰ handelt es sich bei der Verpflichtung zur Durchführung des Vorhabens um eine Rechtspflicht. Sie muss so konkretisiert sein, dass ihre Durchsetzung möglich ist.²¹ Dies belegt auch der Vergleich mit der Verpflichtung zur Herstellung der Erschließungsanlagen, die als reine Obliegenheit vor allem dann sinnlos wäre, wenn das Vorhaben bereits errichtet wurde, aber die Erschließung noch aussteht. Die Gemeinde kann den Vorhabenträger auf Erfüllung der vertraglich zugesagten Baupflichten verklagen.²² Sie ist nicht auf die Möglichkeit der Aufhebung des Vorhaben- und Erschließungsplans nach § 12 Abs. 6 BauGB beschränkt. Die Sanktionen der Gemeinde bestehen sogar unabhängig davon, ob den Vorhabenträger beim Verstoß gegen die Realisierungspflichten ein Verschulden trifft.²³ Zusätzlich erwähnt der Muster-Einführungserlass zum BauROG 1998²⁴ ausdrücklich auch die Vereinbarung von Vertragsstrafen.²⁵ Dies zeigt, dass es sich bei Bau- und wohl auch Nutzungspflichten in städtebaulichen Verträgen nicht lediglich um Obliegenheiten handeln muss. Insofern sind die Aussagen des BGH in der vorliegenden Entscheidung, die das Problem der Bodenknappheit und die sich hieraus ergebenden

18 Vgl. BGH, Urteil vom 24.6.1983, V ZR 167/82, MittBayNot 1983, 224 (LS) = NJW 1984, 924; BGH, Urteil vom 7.2.1985, III ZR 179/83, BGHZ 93, 372 = DNotZ 1986, 135 = NJW 1985, 1892.

19 BGH, Urteil vom 16.4.2010, V ZR 175/09, DNotZ 2011, 121, 122 = ZfIR 2010, 462.

20 Siehe nur *Krautzberger*, NotBZ 2010, 241, 242; *Turriau*, NJW 1999, 391, 392; *Grziwotz*, BayBgm 1995, 218 f.; *Reidt*, BauR 1995, 788, 795.

21 OVG Münster, Urteil vom 17.2.2011, 2 D 36/09.NE, BauR 2012, 210.

22 Siehe nur *Busse/Grziwotz*, VEP – Der Vorhaben- und Erschließungsplan, 3. Aufl. 2016, Rdnr. 409; *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger/Krautzberger*, BauGB, Stand: Mai 2018, § 12 Rdnr. 100 und 154; *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, 13. Aufl. 2016, § 12 Rdnr. 18; *Jäde/Dirnberger/Spieß*, BauGB/BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 12 BauGB Rdnr. 19 f.

23 Siehe nur *Jäde/Dirnberger/Spieß*, BauGB/BauNVO, § 12 BauGB Rdnr. 62.

24 Muster-Einführungserlass der Fachkommission „Städtebau“ der ARGE BAU zum Vorhaben- und Erschließungsplan (vorhabenbezogener Bebauungsplan), dortige Ziffer 7.6, abgedruckt in *Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger*, BauGB, § 12 Rdnr. 21.

25 Vgl. auch *Battis/Krautzberger/Löhr/Mitschang*, BauGB, § 12 Rdnr. 18 und *Berl. Komm. zum BauGB/Gatz*, 3. Aufl. 2002, Stand: Aug. 2018, § 12 Rdnr. 34.

neuen städtebaulichen Anforderungen für Kommunen nicht berücksichtigen, zu eng.

c) Vertragsstrafen zur Sicherung städtebaulicher Zwecke?

aa) Zweck und Abgrenzung

Vertragsstrafen weisen eine zweifache Sicherungsfunktion auf: Sie sollen in Form eines Druckmittels den Schuldner zur Einhaltung seiner Vertragspflichten anhalten (sog. Druckfunktion); sie ermöglichen dem Gläubiger ferner im Fall der Vertragsverletzung zusätzlich eine vereinfachte Schadloshaltung, da der Nachweis der konkreten Schadenshöhe entbehrlich wird (sog. Ersatzfunktion).²⁶ Diese Bi-Funktionalität der Vertragsstrafe²⁷ hat zur Konsequenz, dass die Höhe der Vertragsstrafe nicht völlig losgelöst von einem eintretenden Schaden sein darf, der allerdings im Rahmen eines immateriellen Schadens in Bezug auf das Gemeinwohl schwer zu beziffern ist. Im Rahmen städtebaulicher Verträge kommt es deshalb vor allem auf den Sicherungszweck der Druckfunktion an; die Vertragsstrafe soll für den Vertragspartner der Kommune einen Vertragsbruch unter Einbeziehung aller sich hieraus ergebenden Vor- und Nachteile, insbesondere auch eines künftigen Spekulationsgewinns, unrentabel erscheinen lassen.²⁸ Die Vertragsstrafe ist von der Aufzahlungsverpflichtung, bei der es sich zwar ebenfalls um eine Zahlungsverpflichtung handelt,²⁹ zu unterscheiden, bei der lediglich ein Subventionsvorteil wegen der diesbezüglichen Zweckverfehlung zurückgefordert wird. Auch bei einer Mehrerlösklausel, die zusätzlich den Planungsgewinn abschöpft, handelt es sich um keine Vertragsstrafe, auch wenn durch sie derselbe Zweck erreicht wird, da verhindert wird, dass sich der Käufer eines Bauplatzes durch eine vorzeitige Weiterveräußerung der Grundstücksfläche zulasten der Allgemeinheit bereichert. Die Aufzahlungsverpflichtung vermag nicht zu verhindern, dass der Vertragspartner missbräuchlich Spekulationsgewinne erzielt und sich durch Zahlung eines verkehrswertgerechten Kaufpreises von seinen vertraglichen Verpflichtungen lossagt.³⁰

bb) AGB-Recht, Verbraucherrechte-Richtlinie und Angemessenheit

Die Vereinbarung einer selbstständigen Vertragsstrafe setzt als akzessorisches Sicherungsmittel das Bestehen einer wirksamen Hauptpflicht voraus. Die Hauptpflicht muss allerdings nicht durchsetzbar sein. Es kann sich auch um ein zugesagtes, aber rechtlich nicht erzwingbares Verhalten handeln. Klassisches Beispiel aus dem Zivilrecht ist, dass jemand

26 Siehe nur BGH, Urteil vom 20.1.2000, VII ZR 46/98, NJW 2000, 2106, 2107.

27 V. Westphalen/Thüsing/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Stand: April 2018, Vertragsrecht Nr. 43 Rdnr. 1.

28 Zutr. *Owusu*, Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB, S. 155, die zusätzlich eine Absicherung der Vertragsstrafe empfiehlt.

29 *Grziwotz* in *FS Krautzberger*, 2008, S. 187, 190.

30 So bereits *Grziwotz*, *MittBayNot* 1994, 465, 466 und dem folgend *Owusu*, *Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB*, S. 158.

eine Vertragsstrafe für den Fall verspricht, dass er wieder raucht, obwohl er keine Verpflichtung zum Unterlassen des Rauchens eingeht; Gleiches gilt für die Verpflichtung zur Gratifikationsrückzahlung im Falle einer rechtlich zulässigen Kündigung.³¹ Im öffentlichrechtlichen Bereich bezweckt die Vertragsstrafe in erster Linie, einen möglichst wirkungsvollen Druck auf den anderen Teil auszuüben, um die im öffentlichen Interesse übernommenen Bindungen zu erfüllen.³²

§ 309 Nr. 6 BGB zielt unmittelbar nur auf vier Verbotstatbestände: Vertragsstrafeklauseln sind danach unwirksam, wenn sie für den Fall der Nichtabnahme oder der verspäteten Abnahme der Leistung, des Zahlungsverzugs oder für den Fall, dass der andere Vertragsteil sich vom Vertrag löst, die Zahlung einer Vertragsstrafe vorsehen.³³ Unter der Lösung vom Vertrag sind alle Fälle zu verstehen, in denen dem Vertragspartner des Verwenders ein gesetzliches oder vertragliches Lösungsrecht zusteht, also insbesondere die Ausübung eines Rücktrittsrechts sowie ferner die Fälle der Erfüllungsverweigerung.³⁴ In allgemeinen Geschäftsbedingungen und Formularverträgen darf deshalb eine Vertragsstrafe für den Fall der Erfüllungsverweigerung nicht vereinbart werden; dies ist nur individualvertraglich möglich. Der Fall der Erfüllungsverweigerung soll durch den Schadensersatzanspruch, der in den Grenzen des § 309 Nr. 5 BGB pauschaliert werden kann, abgedeckt werden, nicht durch Vertragsstrafen. Teilweise wird über die Bestimmung des § 309 Nr. 6 BGB hinaus generell angenommen, dass Vertragsstrafenklauseln „zumindest gegenüber Verbrauchern im Zweifel unangemessen“ sind.³⁵ Allerdings macht diese Ansicht dann eine Ausnahme, wenn die Möglichkeit einer Schadenspauschalierung als Druckmittel für die Erfüllung ausscheidet, weil es an einem messbaren und erstattungsfähigen Schaden fehlt. Insofern wird ein berechtigtes Interesse an der Verwendung von Vertragsstrafenklauseln bejaht.³⁶

Demzufolge ist die Frage entscheidungserheblich, inwieweit das AGB-Recht auf städtebauliche Verträge nach dem Inkrafttreten der EG-Richtlinie 93/13/EWG (Verbraucherrechte-Richtlinie) Anwendung findet. Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Verbraucherrechte-Richtlinie im Anhang Klauseln gemäß Art. 3 Abs. 3 Nr. 1b verbietet, die dem Verbraucher, der seinen Verpflichtungen nicht nachkommt, einen unverhältnismäßig hohen Entschädigungsbetrag auferlegen.³⁷ Sie

verbietet demnach eine Vertragsstrafe mit Verbrauchern nicht von vornherein, wie dies § 309 Nr. 6 BGB in der herrschenden Auslegung für den Fall der Lösung vom Vertrag nach deutschem Recht annimmt. Geht man davon aus, dass lediglich die Bestimmungen der EU-Verbraucherrechte-Richtlinie zu beachten sind, im Übrigen aber § 11 BauGB eine Spezialnorm gegenüber dem AGB-Recht enthält, wären Vertragsstrafen unter Beachtung des Angemessenheitserfordernisses, bei dem die Rechtsprechung zu § 307 Abs. 2 BGB in Bezug auf Vertragsstrafeversprechen herangezogen werden kann, in städtebaulichen Verträgen zulässig. Zu den allgemeinen Anforderungen gehört wohl, dass die Strafe nur verwirkt sein kann, wenn der Schuldner die Vertragsverletzung zu vertreten hat.³⁸ Dies ist auch im Rahmen der Ausübungskontrolle, der später die Geltendmachung der Vertragsstrafe unterliegt, zu berücksichtigen. Folgt man der hier vertretenen Meinung, wären entgegen der Entscheidung des BGH Vertragsstrafen zur Verfolgung städtebaulicher Ziele des Gemeinwohls zulässig. Der BGH hat sich leider mit dieser Problematik, die im Hinblick auf die zunehmende Bodenknappheit von großer Bedeutung ist, nicht vertieft befasst.³⁹

38 Larenz, Schuldrecht Bd. 1, AT, § 24 II a (S. 377).

39 Die neuen Probleme ebenfalls nicht beachtet von Brinkmann, IMR 2018, 3240.

28. Inhaltskontrolle einer Mehrerlösklausel bei Grundstücksverkauf durch Gemeinde

BGH, Urteil vom 16.3.2018, V ZR 306/16 (Vorinstanz: LG Rostock, Urteil vom 24.11.2016, 1 S 139/15)

BGB § 307 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Satz 1, § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2, § 812 Abs. 1
BauGB § 11

LEITSÄTZE:

1. Bei der in einem Grundstückskaufvertrag von der Gemeinde als Verkäufer verwendeten Klausel, dass der Käufer verpflichtet ist, den durch ihn erzielten Mehrerlös abzüglich der getätigten Investitionen an die Gemeinde abzuführen, wenn er das Grundstück in unbebautem Zustand innerhalb von fünf Jahren ab der Beurkundung weiterveräußert, handelt es sich um eine der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle unterliegende Preisnebenabrede.
2. Eine solche Klausel benachteiligt den Käufer nicht unangemessen, wenn die Gemeinde hieran ein anerkennenswertes, über die reine Abschöpfung eines Veräußerungsgewinns hinausgehendes Interesse hat.

SACHVERHALT:

1 Die beklagte Stadt war Eigentümerin eines aus mehreren Flurstücken bestehenden Grundstücks. Das – damals noch mit ab-

31 Fikentscher/Heinemann, Schuldrecht, 11. Aufl. 2017, Rdnr. 141; vgl. Larenz, Schuldrecht Bd. 1, AT, 14. Aufl. 1987, § 24 II b.

32 Zu dieser Funktion der Vertragsstrafe Medicus/Lorenz, Schuldrecht I, AT, 21. Aufl. 2015, Rdnr. 577.

33 Wolf/Lindauer/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 6. Aufl. 2013, § 309 Nr. 6 Rdnr. 30; Ulmer/Brandner/Hensen/Fuchs, AGB-Recht, 12. Aufl. 2016, § 309 Nr. 6 BGB Rdnr. 21 ff.

34 Wolf/Lindauer/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, § 309 Nr. 6 Rdnr. 42 a. E., 44-49 und v. Westphalen/Thüsing/Thüsing, Vertragsrecht und AGB-Klauselwerke, Vertragsrecht Nr. 43 Rdnr. 11.

35 Wolf/Lindauer/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, § 309 Nr. 6 Rdnr. 61.

36 Wolf/Lindauer/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, § 309 Nr. 6 Rdnr. 61.

37 Ähnlich bereits Jachmann, MittBayNot 1994, 93, 108. Vgl. auch Hoppenberg, PiG 94, 2013, S. 9, 21.

bruchreifen Gebäuden bebaute – Grundstück befindet sich in einem innerstädtischen Gebiet, welches als Wohngebiet ausgewiesen ist. Nachdem die Beklagte die Flurstücke öffentlich zum Verkauf ausgeschrieben hatte, erwarb die Klägerin, eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung, mit notariellem Vertrag vom 21.5.2014 von der Beklagten drei der sechs Flurstücke zu einem Gesamtpreis von 103.168 €; der Kaufpreis je m² betrug 62 € und entsprach mindestens dem Marktpreis. § 6 des Vertrages enthält folgende Klausel, die die Beklagte seit Jahren in einer Vielzahl ihrer Verträge verwendet:

„Sollte der Käufer das heute gekaufte Grundstück in unbebautem Zustand innerhalb von fünf Jahren ab der heutigen Beurkundung weiterveräußern, wird er verpflichtet, den durch ihn erzielten Mehrerlös an die [beklagte Stadt] abzuführen, wobei jedoch die durch den Käufer getätigten Investitionen einschließlich gezahlter Zinsen in Abzug zu bringen sind“.

2 Mit notariellem Vertrag vom 9.10.2014 veräußerte die Klägerin eines der erworbenen Flurstücke unbebaut an einen Dritten weiter und erzielte hierfür einen Kaufpreis von 67 € je qm. Die Beklagte forderte die Klägerin daraufhin auf, den Mehrerlös von 2.735 € (67 € - 62 € = 5 € x 547 m²) auszugleichen. Am 5.12.2014 überwies die Klägerin den geforderten Betrag unter Vorbehalt.

3 Mit der Klage verlangt die Klägerin Rückzahlung der überwiesenen Summe nebst Zinsen sowie die Erstattung vorgerichtlicher Rechtsanwaltskosten. Das AG hat der Klage stattgegeben. Auf die Berufung der Beklagten hat das LG sie abgewiesen. Mit der von dem LG zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagte beantragt, erstrebt die Klägerin die Wiederherstellung des erstinstanzlichen Urteils.

AUS DEN GRÜNDEN:

4 I. Das Berufungsgericht meint, die Klägerin habe keinen Anspruch auf Rückzahlung des überwiesenen Betrages gemäß § 812 Abs. 1 BGB, weil die Leistung mit Rechtsgrund erfolgt sei. Die Bestimmung in § 6 des notariellen Vertrages sei wirksam. Hierfür könne dahinstehen, ob der Vertrag als sog. städtebaulicher Vertrag gemäß § 11 BauGB zu qualifizieren sei und ob er deshalb nur einer Angemessenheitskontrolle unterliege oder ob die Wirksamkeit seiner einzelnen Bestimmungen, sofern es sich um Allgemeine Geschäftsbedingungen handle, auch am strengeren Maßstab der §§ 305 ff. BGB zu messen sei. Denn auch eine Inhaltskontrolle der als sog. Preisnebenabrede zu verstehenden Mehrerlösklausel des Kaufvertrages führe zu dem Ergebnis, dass sie wirksam sei. Die Klausel sei weder überraschend noch intransparent. Die Klägerin werde durch die Klausel auch nicht unangemessen im Sinne des § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB benachteiligt. Zwar berühre eine Mehrerlösklausel die Freiheit des Käufers, das Grundstück allein für eigene Rechnung zu veräußern. Dem Interesse der Klägerin stehe aber ein Interesse der Beklagten gegenüber, das schützenswert sei. Die Beklagte habe mit dem Verkauf des Grundstücks an die Klägerin ersichtlich städtebauliche und planerische Zwecke verfolgt. Dieser Zweck der Mehrerlösklausel sei im Hinblick auf die Knappheit von Wohnraum und bebauungsfähigen Grundstücken in zentraler Stadtlage anerkennenswert und zu berücksichtigen. Eine unverhältnismäßige Belastung der Klägerin könne nicht festgestellt werden, weil die Mehrerlösklausel in ihrer Geltungsdauer auf fünf Jahre beschränkt sei und sichergestellt werde, dass die Klägerin als Käuferin etwaige Investitionen des Grundstücks nebst Zinsen gegenrechnen dürfe.

5 II. Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung stand. Da die zwischen den Parteien vereinbarte Mehrerlösklausel wirksam ist, hat die Beklagte die streitgegenständliche

Zahlung mit Rechtsgrund erlangt. Ein bereicherungsrechtlicher Rückzahlungsanspruch der Klägerin gemäß § 812 Abs. 1 Satz 1 BGB besteht daher nicht.

6 1. Das Berufungsgericht prüft die Wirksamkeit der Klausel zutreffend auf ihre AGB-rechtliche Wirksamkeit. Die Vorschrift des § 11 Abs. 2 BauGB, die für städtebauliche Verträge eine Angemessenheitsprüfung vorsieht, steht einer solchen Prüfung nicht entgegen.

7 a) Allerdings verdrängt nach der Rechtsprechung des Senats die spezialgesetzliche Rechtsfolgeregelung des § 11 Abs. 2 BauGB für städtebauliche Verträge grundsätzlich die Vorschriften der §§ 305 ff. BGB (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 99 f. zum AGBG; Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 9). Offen gelassen wurde von dem Senat lediglich, ob das auch für Verträge gilt, die nach Inkrafttreten der in Umsetzung der EG-Richtlinie vom 5.4.1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen eingefügten Vorschrift des § 24a AGBG (jetzt § 310 Abs. 3 BGB) geschlossen wurden (Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 100; Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 9). Da dieser Vorbehalt des Senats auf den europarechtlich begründeten Anforderungen des Verbraucherrechtsschutzes beruht, bezieht er sich nur auf städtebauliche Verträge mit Verbrauchern. Hier handelt es sich aber nicht um einen Verbrauchervertrag, weil die Klägerin als Gesellschaft mit beschränkter Haftung Unternehmerin gemäß § 14 Abs. 1 BGB ist.

8 b) Der Vorrang des § 11 Abs. 2 BauGB kommt hier aber deshalb nicht zum Tragen, weil es sich bei dem zwischen den Parteien geschlossenen Kaufvertrag nicht um einen städtebaulichen Vertrag im Sinne des § 11 Abs. 1 BauGB handelt.

9 aa) Gemäß § 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB kann Gegenstand eines städtebaulichen Vertrages die Förderung und Sicherung der mit der Bauleitplanung verfolgten Ziele, insbesondere die Grundstücksnutzung oder die Deckung des Wohnbedarfs von der ortsansässigen Bevölkerung sein. Dies ist beispielsweise der Fall, wenn die Gemeinde dem Käufer eines ihr gehörenden Grundstücks eine Bauverpflichtung nach den Vorgaben eines Bebauungsplans auferlegt oder im Rahmen eines sog. Einheimischenmodells ortsansässigen Bürgern Bauflächen zu deutlich unter dem Verkehrswert liegenden Preisen veräußert (vgl. Senat, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103; Urteil vom 26.6.2015, V ZR 271/14, NJW 2015, 3169 Rdnr. 8; siehe zu den dabei zu beachtenden europarechtlichen Vorgaben EuGH, Urteil vom 8.5.2013, Libert u. a. und All Projects & Development NV, C-197/11 und C-203/11, EU: C:2013:288 Rdnr. 39 ff., 49 ff. sowie Senat, Urteil vom 26.6.2015, V ZR 144/14, BGHZ 206, 120 Rdnr. 33). Demgegenüber ist es für die Annahme eines städtebaulichen Vertrags nicht ausreichend, dass eine Gemeinde ein Baugrundstück verkauft, mag sie hiermit auch die Erwartung verbinden, das Grundstück werde zeitnah bebaut. Vielmehr muss der Vertrag Verpflichtungen enthalten, die die von der Gemeinde verfolgten städtebaulichen Ziele zu fördern und zu sichern geeignet sind.

10 bb) Solche Verpflichtungen werden in dem Kaufvertrag vom 21.5.2014 nicht begründet. Eine Bauverpflichtung ist der

Klägerin hierin nicht auferlegt worden. Eine solche ergibt sich auch nicht aus der Streitgegenständlichen Mehrerlösklausel. Diese führt zwar dazu, dass die Klägerin bei einer Veräußerung des Grundstücks in unbebautem Zustand innerhalb eines Zeitraums von fünf Jahren einen Mehrerlös abführen muss und deshalb eine solche Veräußerung wirtschaftlich nicht „lohnend“ ist, während eine Veräußerung in bebautem Zustand innerhalb desselben Zeitraums ohne weiterer Zahlungsverpflichtungen gegenüber der Beklagten möglich ist. Die Beklagte kann aber aufgrund der Klausel nicht verhindern, dass die Klägerin den vereinbarten Zeitraum von fünf Jahren abwartet und das Grundstück anschließend in unbebautem Zustand weiterveräußert. Auch wenn hiernach die Beklagte – wie das Berufungsgericht ausführt – mit dem Verkauf an die Klägerin die Erwartung verbunden hat, dass die in einem Wohngebiet liegenden Flurstücke einer zeitnahen Bebauung und Wohnnutzung zugeführt wurden, fehlt es an entsprechenden Regelungen in dem Vertrag, die dieses städtebauliche Ziel sichern.

11 2. Wie das Berufungsgericht zutreffend sieht, hält die hier zu beurteilende Mehrerlösklausel einer AGB-rechtlichen Überprüfung stand.

12 a) Die Klausel ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung im Sinne des § 305 BGB, weil sie nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts von der Beklagten seit Jahren in einer Vielzahl ihrer Verträge verwendet wird.

13 b) Ohne Rechtsfehler und von der Revision unbeanstandet geht das Berufungsgericht davon aus, dass die Klausel nicht überraschend im Sinne des § 305c Abs. 1 BGB ist, weil eine Regelung über die Abführung eines Mehrerlöses in notariellen Kaufverträgen mit der öffentlichen Hand gerichtsbekannt üblich sei.

14 c) Entgegen der von der Revision vertretenen Auffassung ist die Klausel nicht intransparent.

15 aa) Gemäß § 307 Abs. 1 Satz 2 BGB – die Vorschrift gilt gemäß § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB auch bei der Verwendung gegenüber einem Unternehmer – kann sich eine unangemessene Benachteiligung des Vertragspartners, die gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB die Unwirksamkeit der betreffenden Bestimmung zur Folge hat, auch daraus ergeben, dass diese nicht klar und verständlich ist. Das Transparenzgebot verpflichtet den Verwender Allgemeiner Geschäftsbedingungen, den Regelungsgehalt einer Klausel möglichst klar und überschaubar darzustellen. Zudem verlangt das aus dem Transparenzgebot abgeleitete Bestimmtheitsgebot, dass die Klausel die wirtschaftlichen Nachteile und Belastungen insoweit erkennen lässt, wie dies nach den Umständen gefordert werden kann (st. Rspr., vgl. nur BGH, Urteil vom 14.1.2014, XI ZR 355/12, BGHZ 199, 355 Rdnr. 23 m. w. N.). Bei der Bewertung der Transparenz einer Vertragsklausel ist auf die Verständnismöglichkeiten eines durchschnittlichen Vertragspartners abzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 8.11.2002, V ZR 78/02, ZfIR 2003, 198, 199; BGH, Urteil vom 29.4.2015, VIII ZR 104/14, NJW 2015, 2244 Rdnr. 15 m. w. N.).

16 bb) Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze ist die Beurteilung der Klausel als transparent durch das Berufungsgericht, die einer uneingeschränkten revisionsrechtlichen Nachprüfung unterliegt (vgl. Senat, Urteil vom 12.12.2014, V ZR

109/14, NJW-RR 2015, 1008 Rdnr. 12 m. w. N.), nicht zu beanstanden.

17 (1) Der Begriff des „Mehrerlöses“ ist hinreichend klar. Das Berufungsgericht versteht hierunter zutreffend die Differenz zwischen Erwerbspreis und Weiterverkaufspreis berechnet nach Quadratmeterpreisen ohne Nebenkosten. In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Gegenleistung, die der Käufer bei der Weiterveräußerung erlangt, in Geld oder in einer sonstigen Leistung besteht. Entscheidend ist eine wirtschaftliche Betrachtung, sodass es keinen Unterschied macht, ob sich der Mehrerlös daraus ergibt, dass der Kaufpreis bei der Weiterveräußerung höher ist als der von dem Käufer selbst entrichtete Kaufpreis oder daraus, dass der Käufer bei der Weiterveräußerung andere geldwerte Vorteile erlangt, die den von ihm gezahlten Kaufpreis übersteigen. So würde es auch bei dem von der Revision angeführten Fall liegen, dass der Käufer als Gegenleistung für die Eigentumsübertragung im Wege eines Grundstückstauschs ein Grundstück erhält, dessen Wert über dem vom Käufer entrichteten Kaufpreis liegt. Die Beklagte weist in ihrer Revisionserwidernung zu Recht darauf hin, dass unter Erlös im Kontext eines Verkaufs die Gegenleistung für den veräußerten Gegenstand gemeint ist, ohne Rücksicht darauf, welcher Art diese ist.

18 (2) Keine Unklarheiten bestehen entgegen der Auffassung der Revision auch für den Fall, dass der Erst-Käufer – hier die Klägerin – bei einem Weiterverkauf geldwerte Zugeständnisse machen muss, ohne die der vereinbarte Verkaufspreis von dem Zweit-Käufer nicht gezahlt wird. Bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtungsweise reduziert sich in einem solchen Fall die von dem Zweit-Käufer zu erbringende Gegenleistung, sodass auch der von dem Erst-Käufer an die Beklagte abzuführende Mehrerlös entsprechend geringer ist (vgl. zu der Berücksichtigung der von dem Verkäufer übernommenen, üblicherweise von dem Käufer zu tragenden Erwerbsnebenkosten als Abzugsposten im Rahmen der Prüfung der Sittenwidrigkeit eines Immobilienkaufvertrags Senat, Urteil vom 15.1.2016, V ZR 278/14, NJW-RR 2016, 692). Die von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung weiter aufgeworfene Frage, ob die von der Klägerin bei der Veräußerung anfallende Steuer einen Abzugsposten darstelle, stellt sich nicht, weil die Klägerin den Mehrerlös an die Beklagte abführen muss, also gerade keinen Veräußerungsgewinn erzielt.

19 (3) Schließlich begründet die Klausel entgegen der von der Prozessbevollmächtigten der Klägerin vertretenen Auffassung auch keine Zweifel, für welchen Veräußerungsfall sie eingreifen soll. Mit dem „heute gekauften Grundstück“ können nur die von der Klägerin erworbenen und in dem Vertrag näher bezeichneten drei Flurstücke gemeint sein. Dass die Mehrerlösklausel auch bei einem nur teilweisen Weiterverkauf des Grundstücks zum Tragen kommt, liegt auf der Hand; andernfalls ließe sie sich ohne Weiteres umgehen.

20 d) Ebenso wenig folgt die Unwirksamkeit der Mehrerlösklausel aus einer inhaltlichen Unangemessenheit gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1, § 310 Abs. 1 Satz 1 und 2 BGB. (Auch) hieran ist die Klausel zu prüfen.

21 aa) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH folgt allerdings aus § 307 Abs. 3 Satz 1 BGB, dass formularmäßige

Abreden, die Art und Umfang der vertraglichen Hauptleistung und der hierfür zu zahlenden Vergütung unmittelbar bestimmen (sog. Preishauptabreden), von der Inhaltskontrolle nach § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB ausgenommen sind. Hiervon zu unterscheiden sind die kontrollfähigen Preisnebenabreden, also Abreden, die zwar mittelbare Auswirkungen auf Preis und Leistung haben, an deren Stelle aber, wenn eine wirksame vertragliche Regelung fehlt, dispositives Gesetzesrecht treten kann. Anders als die unmittelbaren Preisabreden bestimmen sie nicht das Ob und den Umfang von Entgelten, sondern treten als ergänzende Regelung, die lediglich die Art und Weise der zu erbringenden Vergütung und/oder etwaige Preismodifikationen zum Inhalt haben, „neben“ eine bereits bestehende Preishauptabrede. Sie weichen von dem das dispositive Recht beherrschenden Grundsatz ab, nach dem die Preisvereinbarung der Parteien bei Vertragsschluss für die gesamte Vertragsdauer bindend ist, und sind daher einer Inhaltskontrolle unterworfen (vgl. BGH, Urteil vom 14.5.2014, VIII ZR 114/13, BGHZ 201, 230 Rdnr. 15 m. w. N.).

22 bb) Der Senat hat sich mit dieser Abgrenzungsfrage insbesondere im Zusammenhang mit sog. Nachbewertungsklauseln in Privatisierungsverträgen der Treuhandanstalt befasst. Die in solchen Verträgen vorgesehene Erhöhung des zunächst vereinbarten Kaufpreises aufgrund einer Nachbewertung der verkauften Grundstücke unterliegt als Preishauptabrede nicht der AGB-rechtlichen Inhaltskontrolle. Dies beruht darauf, dass aufgrund eines fehlenden funktionsfähigen Grundstücksmarkts im Zeitpunkt des Vertragsschlusses lediglich ein bezifferter Kaufpreis als „vorläufiger Wertansatz“ festgelegt werden konnte und damit noch keine feste Entgeltabsprache getroffen war. Die endgültige Höhe des Kaufpreises sollte später festgelegt werden (vgl. Senat, Urteil vom 26.1.2001, V ZR 452/99, BGHZ 146, 331, 338 f.; siehe auch Senat, Urteil vom 14.11.2003, V ZR 144/03, NJW-RR 2004, 263, 264, zugleich zur Abgrenzung zu einer Freistellungsverpflichtung des Verkäufers von weitergehenden Entschädigungsansprüchen eines Restitutionsberechtigten bei einem investiven Verkauf gemäß § 3 BlnVG).

23 cc) Anders liegt es, wenn der Kaufpreis fest vereinbart sein, also weder einer Nachfestsetzung unterliegen noch unter einer von dem Verhalten der Parteien unabhängigen Bedingung stehen soll, außerdem aber eine Zahlungsverpflichtung des Käufers vorgesehen ist, die an ein bestimmtes zukünftiges Verhalten des Käufers anknüpft. Eine solche Verpflichtung wird regelmäßig nicht als Teil der Preisabsprache anzusehen sein, sondern als Mittel, das künftige Verhalten des Käufers zu beeinflussen. Dann aber scheidet eine Qualifizierung als Preishauptabrede aus.

24 So liegt der Fall auch bei der hier zu beurteilenden Mehrerlösklausel. Sie tritt „neben“ den fest vereinbarten Kaufpreis und sanktioniert – insoweit vergleichbar mit einer Vertragsstrafenregelung – das Verhalten des Käufers, der die erworbenen Flurstücke innerhalb der vorgesehenen fünf Jahre in unbebautem Zustand veräußert. Die zusätzliche Zahlungsverpflichtung stellt sich deshalb als kontrollfähige Preisnebenabrede dar.

25 dd) Die von dem Berufungsgericht deshalb zu Recht vorgenommene Angemessenheitsprüfung weist entgegen der Auffassung der Revision keine Rechtsfehler auf. Eine unange-

messene Benachteiligung der Klägerin ist mit der Klausel nicht verbunden.

26 (1) Nach der ständigen Rechtsprechung des BGH ist eine Benachteiligung unangemessen, wenn der Verwender durch einseitige Vertragsgestaltung missbräuchlich eigene Interessen auf Kosten seines Vertragspartners durchzusetzen versucht, ohne von vorneherein auch dessen Belange hinreichend zu berücksichtigen und ihm einen angemessenen Ausgleich zuzugestehen (vgl. BGH, Urteil vom 17.9.2009, III ZR 207/08, NJW 2010, 57 Rdnr. 18 m. w. N.). Zur Beurteilung bedarf es einer umfassenden Würdigung, in die die Art des konkreten Vertrags, die typischen Interessen beider Parteien, die Anschauungen der beteiligten Verkehrskreise und die sich aus der Gesamtheit der Rechtsordnung ergebenden Bewertungskriterien einzubeziehen sind (vgl. BGH, Urteil vom 24.3.2010, VIII ZR 178/08, BGHZ 185, 96 Rdnr. 26; siehe auch Senat, Urteil vom 9.2.1990, V ZR 200/88, BGHZ 110, 241, 244 zu § 9 Abs. 1 AGB-Gesetz).

27 (2) Im Rahmen dieser Interessenabwägung ist zunächst zu berücksichtigen, dass dem Käufer grundsätzlich alle mit dem Eigentum an der Sache verbundenen Vorteile gebühren, so dass ihm auch etwaige Wertsteigerungen der Kaufsache infolge einer Marktentwicklung zustehen sollen. Dieses Recht des Käufers schränkt die Mehrerlösklausel ein, wobei dies unabhängig davon gilt, ob das Grundstück von vorneherein mit dem Ziel eines kurzfristigen, gewinnbringenden Weiterverkaufs erworben wurde oder sich die Absicht der Weiterveräußerung erst nach dem Erwerb des Grundstücks eingestellt hat.

28 (3) Verwendete die Gemeinde eine Mehrerlösklausel nur zu dem Zweck, ihr Vermögen zu mehren, würde sie – als Verwenderin der Allgemeinen Geschäftsbedingungen – ihre eigenen Interessen in unangemessener Weise auf Kosten des Käufers durchsetzen. Dies wäre unzulässig; die Vertragsfreiheit der Gemeinde ist insoweit im Unterschied zu einer Individualvereinbarung eingeschränkt. Diese Einschränkung ist nicht ihrerseits unangemessen. Will die Gemeinde ein Grundstück nicht selbst nutzen, wohl aber von künftigen Bodenwertsteigerungen profitieren, steht es ihr frei, ein Erbbaurecht an dem Grundstück zu vergeben.

29 (4) Zulässig kann eine Mehrerlösklausel aber sein, wenn die Gemeinde hieran ein anerkennenswertes, über die reine Abschöpfung eines Veräußerungsgewinns hinausgehendes Interesse hat. Ein solches Interesse ist gegeben, wenn die Gemeinde mit der Verwendung der Klausel erreichen möchte, dass nur solche Personen das Grundstück erwerben, die es bebauen möchten, und auf diese Weise kurzfristige Spekulationen mit unbebauten Grundstücken zu verhindern sucht. Muss der Erwerber einen Mehrerlös an die Gemeinde abführen, lohnt ein Erwerb lediglich zu Spekulationszwecken mit dem unbebauten Grundstück nicht. Die Gemeinde ist bei der Erreichung des Ziels, dass bebaubare Grundstücke bebaut werden (vgl. auch § 4 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 WoFG), nicht auf das Mittel des städtebaulichen Vertrags beschränkt. Sie kann auch andere Instrumente einsetzen; hierzu gehört eine Mehrerlösklausel.

30 Dass die von der Beklagten verwendete Mehrerlösklausel diesem Zweck diene, ergibt sich aus der Lage des Grundstücks in einem als Wohngebiet ausgewiesenen innerstädt-

tischen Gebiet; weiterer Feststellungen zu den Absichten der Gemeinde bedurfte es nicht.

31 (5) In Abwägung zu diesem aner kennenswerten Interesse der Gemeinde hat der Käufer die mit der Klausel verbundenen Nachteile hinzunehmen. Hierbei ist insbesondere der mit fünf Jahren überschaubare Zeitraum zu berücksichtigen, für den die Erlösabführungspflicht gilt. Zudem kann der Käufer innerhalb dieses Zeitraums eine Wertsteigerung des Grundstücks durch eine Weiterveräußerung realisieren, indem er das Grundstück zuvor bebaut. Wenn er fünf Jahre abwartet und erst dann veräußert, steht ihm ein etwaiger Mehrerlös darüber hinaus auch bei einer Veräußerung in unbebautem Zustand zu. Er muss es nur hinnehmen, dass er einen durch den Weiterverkauf ohne Bebauung innerhalb von fünf Jahren erzielten Gewinn nicht behalten darf.

32 3. Da die Klägerin hiernach in der Hauptsache keinen Anspruch auf Rückzahlung des Mehrerlöses i. H. v. 2.735 € hat, fehlt es auch für die geltend gemachte Erstattung der vorge richtlichen Rechtsanwaltskosten an einer Anspruchsgrundlage, sodass das Berufungsgericht die Klage zu Recht insgesamt abgewiesen hat.

(...)

ANMERKUNG:

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

1. Die Probleme

Die Entscheidung behandelt zwei Problemkreise, die für die Vertragsgestaltung zunehmend wichtiger werden: Erstens die Frage, inwieweit eine Gemeinde bei einem Bauplatzverkauf ohne Ermäßigung des Kaufpreises die Realisierung des Baurechts verlangen und Spekulationen verhindern kann. Der zweite Aspekt betrifft die Abgrenzung zwischen der Angemessenheitskontrolle nach § 11 Abs. 2 Satz 1 BauGB und der AGB-Kontrolle gemäß § 307 Abs. 1 Satz 1 BGB sowie die Anforderungen an die Angemessenheit von Vertragsklauseln bei der Verfolgung städtebaulicher Ziele durch Gemeinden.

2. Abschöpfung des Spekulationsgewinns

Die Rechtsprechung hat bisher bei den subventionierten Einheimischenmodellen auch Nachzahlungsklauseln akzeptiert, in denen der Unterschiedsbetrag zwischen Ankaufspreis und Bodenwertanteil des Verkaufserlöses von der Gemeinde verlangt wurde.¹ Bei einem nicht subventionierten Kauf kann die Gemeinde zur Vermeidung spekulativen Erwerbs von Bauland nur den „Spekulationsgewinn“ abschöpfen. Eine Klausel, mit der lediglich die Differenz zwischen dem bezahlten Preis und dem Weiterverkaufspreis unter Berücksichtigung von Verwendungen gefordert wird, ist in Fortführung der bisherigen Rechtsprechung des BGH

1 Siehe nur BGH, Urteil vom 29.11.2002, V ZR 105/02, BGHZ 153, 93, 103 = MittBayNot 2003, 241 (LS) = DNotZ 2003, 341 = NVwZ 2003, 371 und BGH, Urteil vom 13.10.2006, V ZR 33/06, MittBayNot 2007, 306 = DNotZ 2007, 513.

bei Vorliegen eines aner kennenswerten öffentlichen Zwecks, der bei der Veräußerung von Wohnbauplätzen gleichsam unterstellt wird, zulässig. Diese Vorgabe sollte bei der Vertragsgestaltung beachtet werden. Zudem sollte der verfolgte öffentliche Zweck möglichst angegeben und nicht der späteren Auslegung durch die Gerichte überlassen bleiben. Die Entscheidung lässt allerdings weiterhin offen,² ob nicht eine Vertragsstrafe ebenfalls zulässig wäre. Diese hätte zudem den „Nebeneffekt“, dass sie „Schwarzverbriefungen“ oder fingierte „Inventarklauseln“ bei einem Weiterverkauf zur Vermeidung der Gewinnabschöpfung verhindern würde.³

3. Richterliche Angemessenheitskontrolle

Die Diskussion um die Abgrenzung der städtebaulichen Angemessenheitskontrolle von der AGB-Inhaltskontrolle bei Grundstücksgeschäften von Gemeinden⁴ hat für die Vertragsgestaltung aufgrund der neuen Rechtsprechung des BVerfG⁵ kaum noch Bedeutung. Die frühere Unterscheidung von Fiskalgeschäften und Verwaltungsprivatrecht ist danach nämlich obsolet. Der Staat und andere Träger öffentlicher Gewalt sind nicht nur bei der Wahrnehmung „spezifischer“ Verwaltungsaufgaben, sondern auch bei der erwerbswirtschaftlichen Tätigkeit, der reinen Bedarfsdeckung („fiskalisches“ Handeln) und bei einer sonstigen Zweckverfolgung umfassend an die Grundrechte gebunden.⁶ Die Bindung der öffentlichen Hand in diesem Zusammenhang wurde immer weit verstanden,⁷ sodass bei höchstrichterlich noch nicht geklärten Rechtsfragen der vorsichtige Vertragsgestalter sowohl die öffentlich-rechtlichen als auch die privatrechtlichen Schutzvorschriften, die zugunsten des privaten Vertragspartners bestehen, beachten wird. Auch die Vorgaben des europäischen Rechts sind einzuhalten.⁸ Die Richtlinie über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen (RL 93/13/EWG) ist von den nationalen Gerichten bei Anwendung und unionskonformer Auslegung des innerstaatlichen Rechts zu beachten; dies gilt auch bei Verträgen von Einrichtungen, die mit öffentlichen Mitteln unterhalten werden, und sogar bei unentgeltlichen Leistungen.⁹ Der BGH differenziert zwischen den städtebaulichen

2 Vgl. dazu aber BGH, Urteil vom 20.4.2018, V ZR 169/17, MittBayNot 2019, 81 (in diesem Heft).

3 Hierzu ausführlich *Owusu*, Die Absicherung von Verpflichtungen in städtebaulichen Verträgen gemäß § 11 BauGB, 2017, S. 328 ff.

4 Hierzu zuletzt *Niemeyer*, MittBayNot 2016, 120 ff.

5 BVerfG, Beschluss vom 19.7.2016, 2 BvR 470/08, NVwZ 2016, 1553 („kommunales Freizeitbad“).

6 Zur Ausstrahlungswirkung der Grundrechte auf Vertragsverhältnisse zwischen Privaten siehe BVerfG, Beschluss vom 11.4.2018, 1 BvR 3080/09, NJW 2018, 1667 = NVwZ 2018, 813.

7 Wolff/Bachof/Stober/Kluth/Stober, *VerwR* I, 13. Aufl. 2017, § 23 Rdnr. 62: Die Verwaltungsträger unterliegen „(...) zahlreichen öffentlichrechtlichen Bindungen (...), weil die Normen des Privatrechts durch Bestimmungen des öffentlichen Rechts ergänzt, überlagert und modifiziert werden.“ Vgl. auch *Maurer/Waldhoff*, *Allg. VerwR*, 19. Aufl. 2017, § 3 Rdnr. 26.

8 Vgl. EuGH, Urteil vom 8.5.2013, Rs. C-197/11 und C-203/11, DNotZ 2013, 843.

9 EuGH, Urteil vom 17.5.2018, C-147/16, EuZW 2018, 545; vgl. bereits EuGH, Urteil vom 9.11.2010, C-137/08, EuZW 2011, 27.

Verträgen, die allerdings nicht auf § 11 BauGB beschränkt sind (vgl. nur § 1a Abs. 3 Satz 4, § 12 Abs. 1 Satz 1 BauGB, §§ 27, 27a, 133 Abs. 3 Satz 5, §§ 171c, 171e Abs. 5 Satz 4 BauGB), und „normalen“ kommunalen Grundstücksgeschäften. Es kommt bei der Abgrenzung nicht auf die Motivation der Gemeinde an, sondern darauf, ob ein Gegenstand vorliegt, der als Inhalt eines städtebaulichen Vertrages ausdrücklich im Gesetz erwähnt wird. Allerdings lässt § 11 Abs. 4 BauGB weitere städtebauliche Vereinbarungen zu, sodass insofern kein enumerativer Katalog städtebaulicher Gestaltungen besteht.¹⁰ Auch die Verhinderung einer Spekulation und der sparsame Umgang mit Grund und Boden entsprechen einer städtebaulichen Intention (§ 1a Abs. 2 BauGB). Insofern dürfte der davon zu unterscheidende Fall einer reinen Gewinnerzielungsabsicht seitens der Gemeinde eher selten vorliegen.

¹⁰ Jäde/Dirnberger/Dirnberger, BauGB/BauNVO, 9. Aufl. 2018, § 11 BauGB Rdnr. 99.

STEUERRECHT

29. Nutzung zu eigenen Wohnzwecken

BFH, Beschluss vom 29.5.2018, IX B 106/17 (Vorinstanz: FG München, Urteil vom 25.7.2017, 6 K 1004/15)

ESTG § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3
FGO § 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2

LEITSATZ:

Eine Nutzung zu eigenen Wohnzwecken auf der Grundlage der BFH-Entscheidung vom 27.6.2017, IX R 37/16 (BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192) liegt nicht vor, wenn die Wohnung dem Steuerpflichtigen nicht als Wohnung zur Verfügung steht, sondern von einem Dritten zu Wohnzwecken genutzt wird und der Steuerpflichtige sich dort nur gelegentlich besuchsweise aufhält.

AUS DEN GRÜNDEN:

- 1 Die Beschwerde hat keinen Erfolg.
- 2 1. Die Revision ist nicht zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung (§ 115 Abs. 2 Nr. 2 Alt. 2 FGO) zuzulassen.
- 3 a) Die Zulassung der Revision zur Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung setzt voraus, dass das FG in einer Rechtsfrage von der Entscheidung eines anderen Gerichts abgewichen ist, dass dabei über dieselbe Rechtsfrage entschieden wurde und diese für beide Entscheidungen rechts-erheblich war, dass die Entscheidungen zu gleichen oder vergleichbaren Sachverhalten ergangen sind, dass die abweichend beantwortete Rechtsfrage im Revisionsverfahren geklärt werden kann und dass eine Entscheidung des BFH zur Wahrung der Rechtseinheit erforderlich ist (vgl. u. a. BFH, Beschluss vom 8.5.2013, III B 140/12, BFH/NV 2013, 1248).
- 4 b) Daran gemessen liegt die von den Klägern und Beschwerdeführern (Kläger) vorgetragene Abweichung von der BFH-

Entscheidung vom 27.6.2017, IX R 37/16 (BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192) nicht vor. Das FG ist nicht in einer Rechtsfrage von dieser Entscheidung abgewichen.

5 Die vorgenannte Entscheidung des BFH betraf eine (auch zu Ferienzwecken genutzte) Zweitwohnung, die der Steuerpflichtigen zur jederzeitigen Nutzung zur Verfügung stand und von dieser allein genutzt wurde. In dem Verfahren in BFHE 258, 490 = BStBl. II 2017, S. 1192 ging es mithin um die Frage, ob auch die alleinige Nutzung als Zweitwohnung unter den Begriff der „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in § 23 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 Satz 3 EStG zu subsumieren ist oder ob die Regelung nur die Erstwohnung des Steuerpflichtigen umfasst.

6 Demgegenüber handelte es sich bei der im hier entschiedenen Ausgangsverfahren streitigen Wohnung der Klägerin nicht um eine als Zweitwohnung genutzte Immobilie. Vielmehr handelte es sich nach den nicht weiter mit Verfahrensrügen angegriffenen und damit nach § 118 Abs. 2 FGO bindenden Feststellungen des FG um eine vom Sohn genutzte Wohnung, die der Klägerin nicht als Wohnung zur Verfügung stand und in der sich die Kläger nur besuchsweise aufgehalten hatten. Entscheidungserheblich für das FG war mithin nicht die Frage, ob eine „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ auch bei einer Nutzung als Zweitwohnung vorliegen kann. Stattdessen betraf die Entscheidung des FG allein die in tatsächlicher Hinsicht zu beantwortende Frage, ob auf Seiten der Klägerin überhaupt eine „Nutzung zu eigenen Wohnzwecken“ in Bezug auf dieses Objekt vorlag. Letzteres hat das FG auf der Grundlage seiner Feststellungen in tatsächlicher Hinsicht verneint.

(...)

30. Besteuerung der Abfindung für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch

BFH, Urteil vom 10.05.2017, II R 25/15 (Vorinstanz: FG Münster, Urteil vom 26.2.2015, 3 K 3065/14 Erb)

ErbStG 2006 § 7 Abs. 1 Nr. 1, §§ 14, 15, 16

LEITSATZ:

Die Besteuerung der Abfindung, die ein künftiger gesetzlicher Erbe an einen anderen Erben für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteilsanspruch zahlt, richtet sich nach der zwischen den Erben maßgebenden Steuerklasse (Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung). Vorerwerbe vom künftigen Erblasser sind nicht zu berücksichtigen.

SACHVERHALT:

1 I. Der Kläger und Revisionsbeklagte (Kläger) verzichtete durch notariell beurkundeten Erbschaftsvertrag vom 14.2.2006 gegenüber seinen drei Brüdern für den Fall, dass er durch letztwillige Verfügung von der Erbfolge seiner Mutter (M) ausgeschlossen sein sollte, auf die Geltendmachung seines Pflichtteilsanspruchs einschließlich etwaiger Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen eine von den Brüdern jeweils zu zahlende Abfindung i. H. v. 150.000 €.

2 Nachdem der BFH mit Urteil vom 16.5.2013, II R 21/11 (BFHE 241, 390 = BStBl. II 2013, S. 922) entschieden hatte, dass die Zahlung der Abfindungen an den Kläger nicht als Schenkung der M an diesen, sondern als drei freigebige Zuwendungen der Brüder an den Kläger getrennt zu besteuern sind, setzte der Beklagte und Revisionskläger (das FA) für die Zuwendung eines Bruders (K) mit Bescheid vom 19.2.2014 gegen den Kläger Schenkungsteuer i. H. v. 28.405 € fest. Dabei berücksichtigte das FA die Abfindung abzüglich anteiliger Kosten der Schenkung i. H. v. 520 €. Dem Erwerb rechnete es Vorerwerbe (Schenkungen) von M aus dem Jahr 2002 i. H. v. 1.056.232 € hinzu. Hinsichtlich des Freibetrags (205.000 € gemäß § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG 2006 und des Steuersatzes (19 % nach § 19 Abs. 1 ErbStG) ging das FA von der im Verhältnis des Klägers zu M geltenden Steuerklasse I Nr. 2 (§ 15 Abs. 1 ErbStG) aus. Für die Vorschenkungen zog es einen Steuerbetrag von 161.728 € ab.

3 Der Einspruch hatte keinen Erfolg.

4 Das FG setzte die Schenkungsteuer auf 10.810 € herab. Vorerwerbe nach M rechnete es nicht hinzu. Entsprechend dem Antrag des Klägers berücksichtigte es einen Freibetrag i. S. d. § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG i. H. v. 51.200 €. Das Urteil ist in EFG 2015, 1108 veröffentlicht.

5 Mit seiner Revision rügt das FA eine Verletzung der §§ 14, 15 und 16 ErbStG.

(...)

AUS DEN GRÜNDEN:

8 II. Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Vorentscheidung und zur Änderung des Schenkungsteuerbescheids vom 19.2.2014 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 28.8.2014 dahin gehend, dass die Schenkungsteuer auf 23.647 € festgesetzt wird (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 FGO). Das FG hat zwar zutreffend angenommen, dass die Vorerwerbe von M bei der Berechnung der Steuer nicht zu berücksichtigen sind. Entgegen der Auffassung des FG ist aber die im Verhältnis des Klägers zu K gemäß § 15 Abs. 1 ErbStG geltende Steuerklasse II maßgebend.

9 1. Gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG gilt als Schenkung unter Lebenden jede freigebige Zuwendung unter Lebenden, soweit der Bedachte durch sie auf Kosten des Zuwendenden bereichert wird. Eine freigebige Zuwendung setzt in objektiver Hinsicht voraus, dass die Leistung zu einer Bereicherung des Bedachten auf Kosten des Zuwendenden führt und die Zuwendung objektiv unentgeltlich ist, und in subjektiver Hinsicht den Willen des Zuwendenden zur Freigebigkeit (BFH, Urteil vom 29.6.2016, II R 41/14, BFHE 254, 64 = BStBl. II 2016, S. 865 Rdnr. 9).

10 a) Schließen künftige gesetzliche Erben einen Vertrag gemäß § 311b Abs. 5 BGB (früher § 312 Abs. 2 BGB), wonach der eine auf seine künftigen Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegen Zahlung eines Geldbetrags verzichtet, stellt die Zahlung eine freigebige Zuwendung des Zahlenden i. S. d. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG dar. Da die Abfindung in einem solchen Fall aus dem Vermögen des künftigen gesetzlichen Erben geleistet wird, liegt eine freigebige Zuwendung von diesem und nicht eine freigebige Zuwendung des künftigen Erblassers an den Empfänger der Abfindung vor (vgl. BFH-Urteil in BFHE 241, 390 = BStBl. II 2013, S. 922 Rdnr. 10 f.).

11 b) Im Hinblick auf die anzuwendende Steuerklasse führte der BFH in seiner bisherigen Rechtsprechung aus, diese richte sich nicht nach dem Verhältnis des Zuwendungsempfängers

(Verzichtenden) zum Zahlenden, sondern zum künftigen Erblasser (BFH-Urteile vom 25.5.1977, II R 136/73, BFHE 122, 543 = BStBl. II 1977, S. 733; vom 25.1.2001, II R 22/98, BFHE 194, 440 = BStBl. II 2001, S. 456, und in BFHE 241, 390 = BStBl. II 2013, S. 922). Der Verzicht auf Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegenüber einem anderen gesetzlichen Erben sollte hinsichtlich der Steuerklasse vor Eintritt des Erbfalls nicht anders behandelt werden als nach Eintritt des Erbfalls, bei dem der Verzicht auf die noch nicht geltend gemachten Pflichtteilsansprüche gegen Abfindung gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG nach der Steuerklasse zu bestimmen ist, die im Verhältnis zum Erblasser gilt (vgl. BFH-Urteil in BFHE 194, 440 = BStBl. II 2001, S. 456 unter II. 2. d)). Zudem sollte es für die anwendbare Steuerklasse keinen Unterschied machen, ob der Verzicht mit dem künftigen Erblasser oder dem anderen gesetzlichen Erben vereinbart wird. Es sollte stets das Verhältnis des Verzichtenden zum künftigen Erblasser zugrunde gelegt werden.

12 c) Nach nochmaliger Überprüfung hält der BFH an dieser Rechtsprechung zur Bestimmung der Steuerklasse nicht mehr fest. Der Streitfall zeigt, dass eine steuerrechtliche Gleichbehandlung des vor und nach dem Erbfall erklärten Verzichts auf Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegenüber anderen gesetzlichen Erben nicht möglich ist.

13 aa) Die vom FA verwendete Berechnungsmethode, die bei mehreren Zahlungsverpflichteten den im Verhältnis zum Erblasser maßgebenden Freibetrag bei jeder Abfindung des Verzichtenden berücksichtigt, kann wegen der Vervielfachung des Freibetrags zu einer erheblichen schenkungsteuerrechtlichen Besserstellung des vor dem Erbfall vereinbarten Pflichtteilsverzichts führen. So wären im Streitfall – bei der vom Kläger begehrten Nichtberücksichtigung der Vorerwerbe von der künftigen Erblasserin M – die von seinen Brüdern gezahlten Abfindungen von jeweils 150.000 € geringer als der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG von jeweils 205.000 €. Schenkungsteuer würde nicht anfallen. Demgegenüber würden die Abfindungen bei einem nach Eintritt des Erbfalls vereinbarten Pflichtteilsverzicht gemäß § 3 Abs. 2 Nr. 4 Alt. 1 ErbStG als von M zugewendet gelten mit der Folge, dass der Freibetrag von 205.000 € nur einmal anzusetzen wäre; für die Abfindungen wäre, soweit sie zusammen 205.000 € übersteigen, Erbschaftsteuer festzusetzen.

14 bb) Eine Aufteilung des im Verhältnis zum Erblasser maßgebenden Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG auf die jeweiligen freigebigen Zuwendungen der zur Abfindungszahlung verpflichteten gesetzlichen Erben kann ebenfalls nicht gewährleisten, dass beim Erwerber eine unabhängig vom Zeitpunkt des Pflichtteilsverzichts gleichmäßige Steuerbelastung eintritt. Denn auch hier sind die Abfindungen, die andere gesetzliche Erben leisten, bei einem Pflichtteilsverzicht vor dem Erbfall als freigebige Zuwendungen der anderen gesetzlichen Erben nach § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG zu besteuern, während bei einem Pflichtteilsverzicht nach dem Erbfall insoweit ein Erwerb von Todes wegen vom Erblasser nach § 3 Abs. 2 Nr. 4 ErbStG vorliegt. Wegen der progressiven Steuersätze könnte diese Berechnungsmethode eine im Ergebnis gleiche Steuerbelastung allenfalls zufällig erreichen.

15 cc) Vorerwerbe des Verzichtenden vom künftigen Erblasser können darüber hinaus nur berücksichtigt werden, wenn ein

Erwerb vom Erblasser zu besteuern ist, also bei einem nach dessen Tod mit den anderen gesetzlichen Erben vereinbarten Pflichtteilsverzicht gegen Abfindung. § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG betrifft lediglich innerhalb von zehn Jahren von derselben Person anfallende Vermögensvorteile. Vom künftigen Erblasser angefallene Vermögensvorteile können daher bei der Besteuerung der Abfindung, die von künftigen gesetzlichen Erben für den vor dem Ableben des Erblassers vereinbarten Pflichtteilsverzicht gezahlt wird, nicht als Vorerwerb berücksichtigt werden. Aus der nach der bisherigen Rechtsprechung gegebenen Anwendbarkeit der Steuerklasse I lässt sich kein vom klaren Wortlaut des § 14 Abs. 1 ErbStG abweichendes Ergebnis ableiten.

16 d) Für die Besteuerung des Erwerbs eines gesetzlichen Erben von einem anderen gesetzlichen Erben aufgrund Verzichts auf künftige Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegen Zahlung eines Geldbetrags ist nach den allgemeinen Regeln das Verhältnis des Verzichtenden zu dem anderen gesetzlichen Erben maßgebend. Die Steuerklasse (§ 15 ErbStG) und somit der Freibetrag (§ 16 Abs. 1 ErbStG) sowie der Steuersatz (§ 19 ErbStG) richten sich nach diesem Verhältnis (Abweichung von BFH-Urteilen in BFHE 122, 543 = BStBl. II 1977, S. 733; in BFHE 194, 440 = BStBl. II 2001, S. 456 und in BFHE 241, 390 = BStBl. II 2013, S. 922). Vorerwerbe von dem künftigen Erblasser sind nicht nach § 14 ErbStG für die Besteuerung dem Erwerb hinzuzurechnen, weil der Verzichtende die Abfindung nicht vom künftigen Erblasser, sondern von dem anderen gesetzlichen Erben erhält. Es fehlt an der von § 14 Abs. 1 Satz 1 ErbStG vorausgesetzten Personengleichheit.

17 2. Nach diesen Grundsätzen ist dem Erwerb des Klägers nach § 15 Abs. 1 ErbStG die Steuerklasse II nach seinem Verhältnis zu seinem Bruder K zu Grunde zu legen. Nach § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG bleibt der Erwerb i. H. v. 10.300 € steuerfrei. Vorerwerbe von M sind dem Erwerb nicht hinzuzurechnen.

18 3. Die Steuer berechnet sich daher wie folgt: Steuerklasse II, Steuersatz 17 %, Schenkungsteuer 23.647 €.

19 4. Der Kläger kann sich nicht darauf berufen, dass die Aufrechterhaltung der bisherigen Rechtsprechung zur Anwendung der Steuerklasse I unter den Aspekten des Vertrauensschutzes oder der Rechtssicherheit geboten war.

20 Auf der Grundlage der bisherigen Rechtsprechung konnte er nicht davon ausgehen, dass für die Besteuerung die für ihn günstige Steuerklasse I mit dem entsprechenden Freibetrag (§ 16 Abs. 1 ErbStG) und dem maßgebenden Steuersatz (§ 19 ErbStG) zur Anwendung komme, Vorerwerbe von M dem Erwerb aber nicht hinzuzurechnen seien. Intention der bisherigen Rechtsprechung des BFH war, den Verzicht vor und nach dem Erbfall steuerrechtlich gleich zu behandeln (vgl. oben unter II. 1. b)); wie die Besteuerung im Einzelnen zu erfolgen habe, wurde offen gelassen (vgl. BFH-Urteil in BFHE 241, 390 = BStBl. II 2013, S. 922 Rdnr. 13). Hätte man im Streitfall nach dem Verhältnis des Klägers zu M die Steuerklasse I, den entsprechenden Freibetrag von 205.000 € und einen Steuersatz von 19 % angewendet sowie dem Erwerb die Vorerwerbe von M hinzugerechnet, hätte sich eine Steuerfestsetzung i. H. v. 28.405 € ergeben (vgl. Bescheid des FA vom 19.2.2014).

Diese liegt über der durch die Revisionsentscheidung festgesetzten Steuer i. H. v. 23.647 € und wäre somit für den Kläger nachteilig. Aus diesem Grund ist die Entscheidung im Streitfall nicht an den Grundsätzen zum Vertrauensschutz zu messen, die der BFH für eine Abweichung von der bisherigen Rechtsprechung aufgestellt hat (vgl. zum Vertrauensschutz des Steuerpflichtigen bei Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung Beschluss des Großen Senats des BFH vom 17.12.2007, GrS 2/04, BFHE 220, 129 = BStBl. II 2008, S. 608 unter D. IV. 2.).

(...)

ANMERKUNG:

Von Notar Dr. **Benedikt Selbherr**, Weilheim in Oberbayern

Das Urteil des BFH befasst sich mit einem Vertragstyp, dem der Notar in der alltäglichen Praxis nicht häufig begegnet, nämlich mit einem sog. Erbschaftsvertrag über den Pflichtteil eines noch lebenden Dritten, § 311b Abs. 4 und 5 BGB. In diesem gemäß § 311b Abs. 5 Satz 2 BGB beurkundungspflichtigen Vertrag verzichtete der Kläger gegenüber seinen drei Brüdern auf seinen künftigen Pflichtteilsanspruch am Nachlass der noch lebenden Mutter (Erblasser). Jeder der drei Brüder zahlte an den Kläger eine Abfindung von je 150.000 €.

Ihrer seltenen Erscheinung zum Trotz beschäftigen Fragen um die Besteuerung des Erbschaftsvertrags, genauer gesagt um die Besteuerung der Abfindung, die der nicht verzichtende künftige Erbe an den verzichtenden künftigen Erben bezahlt, die Finanzrechtsprechung mit einer gewissen Hartnäckigkeit. Der BFH behandelt eine solche Abfindung mangels einschlägigen Spezialtatbestands als steuerbare freigebige Zuwendung gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG, da insbesondere der Tatbestand des § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG nicht greife.¹ Auf dieser Basis wurde der hier besprochene Fall kurioserweise zweimal zum Gegenstand einer BFH-Entscheidung. Diskutiert wurde zunächst, ob die gemäß § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG grundsätzlich steuerbare Abfindung als Zuwendung des bezahlenden Geschwisterteils oder als fiktive Zuwendung des (zukünftigen) Erblassers, also der noch lebenden, nicht bezahlenden Mutter, zu behandeln sei. Der BFH entschied zugunsten der ersten Variante, da es für die Annahme einer fiktiven freigebigen Zuwendung an einer gesetzlichen Grundlage fehle.² Mit dem hier besprochenen Urteil hat der BFH nunmehr gewissermaßen in der zweiten Runde konsequenterweise, wenngleich insoweit in Abkehr von seiner bisherigen (noch im vorgenannten Urteil aus dem Jahr 2013 zu diesem Punkt grundsätzlich bestätigten) Rechtsprechung³ entschieden, dass für die Besteuerung des Erwerbs des Verzichtenden auch hinsichtlich Steuerklasse (§ 15 ErbStG), Freibetrag (§ 16 ErbStG) und Steuer-

1 BFH, Urteil vom 25.2.2001, II R 22/98, MittBayNot 2001, 416 = ZEV 2001, 163.

2 BFH, Urteil vom 16.5.2013, II R 21/11, MittBayNot 2014, 97 m. Anm. *Groß-Wilde*.

3 Zur Entwicklung der Rechtsprechung instruktiv *Wachter*, DB 2017, 2500, 2505 f.

satz (§ 19 ErbStG) das Verhältnis des Verzichtenden zum Zuwendenden, also dem Geschwisterteil, maßgeblich sei, und nicht das zum noch lebenden Erblasser. Seine Entscheidung begründet er im Wesentlichen damit, dass die vormals angestrebte „steuerrechtliche Gleichbehandlung des vor und nach dem Erbfall erklärten Verzichts auf Pflichtteils(ergänzungs)ansprüche gegenüber anderen gesetzlichen Erben nicht möglich“ sei (Ziffer 1. b)). Von diesen Grundsätzen der erbschaftsteuerlichen Behandlung eines *Erbchaftsvertrages* wird der Vertragsgestalter bis auf Weiteres auszugehen haben.

Eine andere für den Vertragsgestalter spannende Frage ist, ob dieses Urteil – worauf Ziffer 1. d) der Urteilsbegründung hinzudeuten scheint – übertragbar ist auf Fälle des „echten“ Pflichtteilsverzichts gegen Abfindung zu Lebzeiten des Erblassers nach § 2346 Abs. 2 BGB, wenn die Abfindung durch einen Dritten geleistet wird. Die Steuerbarkeit einer solchen Abfindung normiert § 7 Abs. 1 Nr. 5 ErbStG. Bezahlt der (spätere) Erblasser selbst die Abfindung, ist unstreitig und umfassend das Verhältnis zwischen Erblasser und Verzichtendem maßgebend, häufig also das Verhältnis zwischen Elternteil und Kind.⁴ Nach bislang herrschender Auffassung ist dieses Verhältnis aber auch maßgebend, wenn die Abfindung von einem Dritten bezahlt wird, zum Beispiel – wie in der notariellen Praxis häufig – die Zahlung eines Gleichstellungsgelds vom Übernehmer einer von Eltern zugewandten Immobilie an weichende Geschwister;⁵ für den Übernehmer wird die Übergabe schenkungsteuerlich zur gemischt-freigebigen Zuwendung.⁶ Von einer Anwendung der nunmehrigen Rechtsprechung zur erbschaftsteuerlichen Behandlung eines Erbchaftsvertrages auf solche Sachverhalte kann nach hier vertretener Auffassung jedenfalls dann nicht ausgegangen werden, wenn sich die vom weichenden Geschwisterteil geleistete Zahlung des Gleichstellungsgelds als Zuwendung des Erblassers an den Zahlungsempfänger darstellt. Dies ist in aller Regel jedoch der Fall. Die Zahlungsverpflichtung erfolgt nämlich *auf Veranlassung des Erblassers* und gründet sich rechtlich auf einen Vertrag zugunsten Dritter oder eine Schenkung unter Auflage.⁷ Im streitigen Sachverhalt war die Situation erbschaftsvertragstypisch gerade anders. Der Erblasser war am Vertragsschluss nicht beteiligt, sodass der Erbchaftsvertrag, der anders als der Pflichtteilsverzicht nur schuldrechtlich wirkt,⁸ dem Erblasser gegenüber eben keine unmittelbare rechtliche Wirkung entfaltet hat. Folglich gingen die Zahlungen auch nicht auf den Erblasser zurück.

Die erbschaftsteuerrechtliche Behandlung eines Gleichstellungsgelds, das der Übernehmer auf Veranlassung des übergebenden Elternteils an ein Geschwisterkind gegen

dessen Pflichtteilsverzicht gemäß § 2346 Abs. 2 BGB zu bezahlen hat, richtet sich nach hier vertretener Auffassung folglich (nach wie vor) nach dem Verhältnis zwischen dem zuwendenden Elternteil und dem Zahlungsempfänger.⁹ Der Vertragsgestalter kann diesen Charakter des Gleichstellungsgelds im Überlassungsvertrag mit der Formulierung, die Zahlung erfolge „auf Veranlassung des Übergebers“ oder je nach Einzelfall auch mit Darstellung der dem Gleichstellungsgeld zugrunde liegenden rechtlichen Verhältnisse, zum Beispiel des Vertrags zugunsten Dritter, verdeutlichen. Wem dies nicht reicht, der mag auf einen abgekürzten Zahlungsweg verzichten und den Zahlungsfluss so gestalten, dass der Übernehmer das Gleichstellungsgeld an den Übergeber bezahlt und dieser das Gleichstellungsgeld gegen Pflichtteilsverzicht an den weichenden Erben weiterreicht. Verlässlich geklärt ist diese Frage derzeit betrüblicherweise jedoch nicht.¹⁰

9 Ebenso DNotI-Gutachten Nr. 164173 (Stand: 26.10.2018), Ziffer III. 2.; skeptischer wohl *Wachter*, DB 2017, 2500, 2506, 2508.

10 Zur Vorsicht daher mahnend DNotI-Gutachten Nr. 164173 a. E.

31. Keine steuerliche Anerkennung eines Verwandtendarlehens bei sehr langer Laufzeit und fehlender Besicherung

FG Hamburg, Urteil vom 3.11.2017, 6 K 20/17

EStG § 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 1, § 12 Nr. 1 und 2

LEITSÄTZE:

1. Bei Darlehen zwischen Verwandten, die der Finanzierung der Anschaffungs- oder Herstellungskosten von Wirtschaftsgütern dienen und die daher eindeutig betrieblich bzw. durch die Erzielung von Überschusseinkünften veranlasst sind, steht es der steuerlichen Anerkennung nicht entgegen, wenn das Darlehen unter im Einzelnen fremdunüblichen Bedingungen gewährt wurde, solange die laufenden Zinsen vereinbarungsgemäß gezahlt werden.
2. Auch einem derartigen Anschaffungsdarlehen ist die steuerliche Anerkennung jedoch zu versagen, wenn es sich um eine verschleierte Schenkung handelt, weil die feste Laufzeit des tilgungsfreien Darlehens die durchschnittliche Lebenserwartung des Darlehensgebers deutlich übersteigt.
3. Ist das Darlehen von einer verschleierten Schenkung zumindest nicht eindeutig abgrenzbar, weil die Laufzeit die durchschnittliche weitere Lebenserwartung des Darlehensgebers um sieben Jahre übersteigt, fällt im Rahmen des bei Anschaffungsdarlehen zwar untergeordneten, aber dennoch durchzuführenden Fremdvergleichs unter Berücksichtigung der Verteilung der Vertragschancen und -risiken die feh-

4 Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, Stand: Mai 2018, § 7 Rdnr. 317.

5 BFH, Urteil vom 25.5.1977, II R 136/73, BStBl. II 1977, S. 733; Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 7 Rdnr. 317.

6 Vgl. BFH, Urteil vom 17.2.1993, II R 72/90, BStBl. II 1993, S. 523.

7 Troll/Gebel/Jülicher/Gebel, ErbStG, § 7 Rdnr. 128; Meincke/Hannes/Holtz, ErbStG, 17. Aufl. 2018, § 7 Rdnr. 105.

8 Palandt/Grüneberg, 77. Aufl. 2018, § 311b Rdnr. 75.

lende Besicherung ins Gewicht. Einem derartigen Darlehen, das i. H. v. 400.000 € gewährt wird, ist die steuerliche Anerkennung zu versagen, wenn es ohne jede Besicherung des Rückzahlungsanspruchs für eine feste Laufzeit von 30 Jahren vereinbart wird und nur der Darlehensnehmer, nicht aber der Darlehensgeber, die Möglichkeit hat, sich vor Ablauf dieser Frist von dem Vertrag zu lösen.

SONSTIGES

HINWEISE FÜR DIE PRAXIS

Pflichtteilsergänzung bei Überlassung mit Nießbrauchsvorbehalt

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

1. Abschmelzung bei der Pflichtteilsergänzung bei Nießbrauch

Wird eine Immobilie zu Lebzeiten überlassen, um Pflichtteilsansprüche zu vermeiden, führt der Vorbehalt des Nießbrauchs dazu, dass die Zehn-Jahres-Frist nach § 2325 Abs. 3 Satz 1 und 2 BGB nicht anläuft. Grund ist, dass der Eigentümer der Immobilie zwar seine Rechtsposition als Eigentümer aufgibt, aber nicht darauf verzichtet, den verschenkten Gegenstand im Wesentlichen weiterhin zu nutzen. Aus dem fiktiven Nachlass, aus dem der Pflichtteilsergänzungsanspruch berechnet wird, werden nur solche Schenkungen ausgenommen, deren Folgen der Erblasser längere Zeit hindurch zu tragen und in die er sich einzugewöhnen hat.¹ Insofern ist zur bestmöglichen Pflichtteilsvermeidung die Überlassung einer Immobilie mit Nießbrauchsvorbehalt grundsätzlich das falsche Gestaltungsmittel, kann aber dennoch positive Auswirkungen haben.

2. Berechnung des Wertes bei einem Nießbrauchsvorbehalt

Mitunter wird sogar bei drohenden späteren Pflichtteilsergänzungsansprüchen eine Immobilie unter Nießbrauchsvorbehalt überlassen. Gründe sind die Vermeidung von Einnahmen beim Erwerber und die Beibehaltung der (positiven oder negativen) Einkünfte beim Veräußerer. Aber auch in „verunglückten Fällen“ ergibt sich später das Problem, dass im Rahmen der Pflichtteilsergänzung der Wert² der unter Nießbrauchsvorbehalt überlassenen Immobilie berechnet werden muss. Da es sich um eine nicht verbrauchbare Sache handelt, findet § 2325 Abs. 2 Satz 2 BGB Anwendung. Danach ist der Wert maßgeblich, den die überlassene Immobilie zur Zeit des Erbfalls hat. Hatte sie zur Zeit der Schenkung einen geringeren Wert, so wird nur dieser in Ansatz gebracht. Dieses Niederstwertprinzip ist schwer verständlich. Es bedeutet, dass zuungunsten des Pflichtteilsberechtigten entweder der Wert zum Zeitpunkt der Leistung des Gegenstandes inflationsbereinigt oder zur Zeit

des Erbfalls herangezogen wird, je nachdem, welcher niedriger ist. Inflationsbereinigung bedeutet zunächst, dass die Immobilie zum Schenkungszeitpunkt zu bewerten und anschließend durch den Verbraucherpreisindex des Schenkungsjahres zu dividieren und mit dem des Todesjahres zu multiplizieren ist.³ Nach der Schenkung eintretende Wertverluste gehen danach zulasten des Pflichtteilsberechtigten; Wertgewinne erhöhen seinen Anspruch nicht. Der maßgebliche Zeitpunkt der Leistung ist der Vollzug im Grundbuch.⁴

Bei dem Vorbehalt eines Nießbrauchs führt der BGH eine mehrstufige Prüfung durch.⁵ Danach ist in folgenden Schritten vorzugehen:

1. Stufe: Berechnung des inflationsbereinigten Wertes des Grundstücks zum Zeitpunkt des Vollzugs der Schenkung.
2. Stufe: Ermittlung des Wertes des Grundstücks zum Zeitpunkt des Erbfalls.
3. Stufe: Maßgeblich ist der niedrigere der beiden Werte.

Ist der Wert zum Zeitpunkt der Schenkung niedriger, ist von diesem noch der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs abzuzie-

1 BGH, Urteil vom 17.9.1986, IVa ZR 13/85, BGHZ 98, 226 = MittBayNot 1987, 40 = DNotZ 1987, 315 = NJW 1987, 122; BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395, 398 = MittBayNot 1994, 340 = DNotZ 1994, 784 = FamRZ 1994, 885 = NJW 1994, 1791 = ZEV 1994, 233; BGH, Urteil vom 29.6.2016, IV ZR 474/15, BGHZ 211, 38 = MittBayNot 2017, 408 = FamRZ 2016, 1453 = NJW 2016, 2957 Rdnr. 9. Ebenso Erman/Röthel, BGB, 15. Aufl. 2017, § 2325 Rdnr. 16; Staudinger/Olshausen, Neub. 2015, § 2325 Rdnr. 58.

2 Zum sog. gemeinen Wert siehe § 2311 Abs. 1 Satz 1 BGB.

3 BGH, Urteil vom 4.7.1975, IV ZR 3/74, BGHZ 65, 75 = MittBayNot 1975, 230 (LS) = NJW 1975, 1831.

4 BGH, Urteil vom 4.7.1975, IV ZR 3/74, BGHZ 65, 75 = MittBayNot 1975, 230 (LS) = NJW 1975, 1831; BGH, Urteil vom 2.12.1987, IVa ZR 149/86, BGHZ 102, 289, 292 = FamRZ 1988, 712 = NJW 1998, 821 = MittRhNotK 1988, 102; BGH, Urteil vom 19.4.1989, IVa ZR 85/88, BGHZ 107, 200, 202 = FamRZ 1989, 856 = NJW 1989, 2887; OLG Schleswig, Urteil vom 25.11.2008, 3 U 11/08, FamRZ 2009, 734 = ZEV 2009, 61, 81; MünchKomm-BGB/Lange, 7. Aufl. 2017, § 2325 Rdnr. 58.

5 BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, BGHZ 118, 49 = MittBayNot 1992, 280; BGH, Urteil vom 17.1.1996, IV ZR 214/94, MittBayNot 1996, 307 = NJW-RR 1996, 705 = ZEV 1996, 186; BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395, 397 = MittBayNot 1994, 340 = DNotZ 1994, 784 = FamRZ 1994, 885 = NJW 1994, 1791 = ZEV 1994, 233. Siehe dazu auch NK-BGB/Bock, 4. Aufl. 2014, § 2325 Rdnr. 33. Krit. MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 34; HK-PflichtteilsR/Gietl, 2. Aufl. 2017, § 2325 Rdnr. 76 und Staudinger/Olshausen, § 2325 Rdnr. 101 f.

hen.⁶ Grund hierfür ist, dass nur in Höhe der Differenz der Erblasser das Grundstück aus seinem Vermögen ausgegliedert hat.⁷ Der kapitalisierte Wert des Nießbrauchs wird aufgrund der statistischen Lebenserwartung des Nießbrauchers vom rechnerischen jährlichen Reinertrag berechnet.⁸ Eine Ausnahme soll dann gelten, wenn der Nießbrauch bis zum Erbfall nur noch kurze Zeit ausgeübt wird und sein kapitalisierter Wert damit außer Verhältnis zur Nutzungsdauer steht.⁹ Ist der Wert zum Zeitpunkt des Erbfalls niedriger, erfolgt kein Abzug des Nießbrauchs.

- 6 BGH, Urteil vom 8.4.1992, IV ZR 2/91, BGHZ 118, 49 = MittBayNot 1992, 280 = DNotZ 1992, 122 = FamRZ 1992, 802 = NJW 1992, 2887; BGH, Urteil vom 27.4.1994, IV ZR 132/93, BGHZ 125, 395 = MittBayNot 1994, 340 = DNotZ 1994, 784 = FamRZ 1994, 885 = NJW 1994, 1791 = ZEV 1994, 233; BGH, Urteil vom 17.1.1996, IV ZR 214/94, MittBayNot 1996, 307 = NJW-RR 1996, 705 = ZEV 1996, 186, 187; BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, MittBayNot 2006, 249 (LS) = FamRZ 2006, 777 = NJW-RR 2006, 877; Erman/Röthel, BGB, § 2325 Rdnr. 13; NK-BGB/Bock, § 2325 Rdnr. 33.
- 7 BGH, Urteil vom 8.3.2006, IV ZR 263/04, MittBayNot 2006, 249 (LS) = FamRZ 2006, 777 = NJW-RR 2006, 877.
- 8 Zur Berechnung siehe nur BGH, Urteil vom 28.9.2016, IV ZR 513/15, FamRZ 2016, 2100 Rdnr. 10 = JuS 2017, 889 = NJW 2017, 329, 330 = RNotZ 2017, 40 = ZEV 2016, 641.
- 9 OLG Oldenburg, Urteil vom 10.11.1998, 5 U 91-98, FamRZ 1999, 1315 = NJW-RR 1999, 734 = ZEV 1999, 185.

Mitunter wird aufgrund der Üblichkeit von Preissteigerungen im Immobilienverkehr automatisch davon ausgegangen, dass stets der Wert zum Zeitpunkt der Schenkung relevant ist. Dies ist jedoch in strukturschwachen Gebieten durchaus fraglich. Die Inflationsbereinigung führt mitunter dazu, dass der Wert zum Zeitpunkt der Schenkung höher ist als der Wert im Zeitpunkt des Erbfalls. Dies ist immer dann der Fall, wenn die Wertsteigerungen in der betreffenden Region unter dem Verbraucherpreisindex bleiben.¹⁰

Ist die Immobilie zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits untergegangen, kommt es auf die komplizierte Rechnung nicht an. In diesem Fall bleibt sie für den Pflichtteilergänzungsanspruch ohne Ansatz, da sie zum Zeitpunkt des Erbfalls ohne Wert ist. Allerdings kann ein Surrogat oder Ersatzanspruch beim Pflichtteilergänzungsanspruch zu berücksichtigen sein.¹¹

¹⁰ HK-PflichtteilsR/Gietl, § 2325 Rdnr. 75.

¹¹ MünchKomm-BGB/Lange, § 2325 Rdnr. 49; NK-BGB/Bock, § 2325 Rdnr. 30.

Bewertung von Gebäuden gem. § 46 GNotKG – Wertbestimmung anhand des Gebäudebrandversicherungswertes¹

Neue Richtzahl ab 1.10.2018: 18,4

Prüfungsabteilung der **Notarkasse A. d. ö. R.**, München

Das Bayerische Staatsministerium der Justiz hat eine Neuberechnung der Richtzahlen zur Bewertung von Gebäuden nach dem Brandversicherungswert, die ab 1.10.2018 anzuwenden sind, erstellt.

Die Baukostenrichtzahl, die nach wie vor dem Euro-Umrechnungskurs angepasst ist, beträgt 18,4. Nicht auf Euro umgestellt sind wie bisher die Stammversicherungssummen 1914. Bei der Berechnung der Brandversicherungswerte ist daher die Versicherungssumme 1914 weiterhin in Mark mit der Baukostenrichtzahl zu vervielfältigen. Das Ergebnis ist bereits der Euro-Betrag, es hat keine Umrechnung auf Euro zu erfolgen (dies ist bereits durch die Umstellung der Richtzahl geschehen). Auf die Bewertungshinweise in MittBayNot 2006, 88; 2007, 80 und 2008, 80 und in Streifzug durch das GNotKG, 12. Auflage 2017, Anhang II, wird zur Vermeidung von fehlerhaften Wertbestimmungen hingewiesen.

Nach der Rechtsprechung des BayObLG (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375; Rpfleger 1987, 161; JurBüro 1984, 904; JurBüro 1985, 434; DNotZ 1988, 451; BayObLGZ 1993, 173) stellt insbesondere die Verwendung der Bodenrichtwerte nach § 196 BauGB (für Grund und Boden) und der Brandversicherungswerte (für das Gebäude) eine brauchbare und mit dem Gesetz zu vereinbarende Art der Wertermittlung bei bebauten Grundstücken dar. Bei der Wertermittlung des Grund und Bodens an Hand der Bodenrichtwerte ist nach Auffassung der Prüfungsabteilung der Notarkasse kein genereller Abschlag mehr vorzunehmen. Der von der Rechtsprechung bisher vorgesehene regelmäßige Abschlag in Höhe von 25 % ist nur mehr dann zu berücksichtigen, wenn Anhaltspunkte für wertmindernde Umstände im Einzelfall vorliegen (Streifzug durch das GNotKG, 12. Aufl. 2017, Rdnr. 2164; Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, 20. Aufl. 2017, § 46 Rdnr. 16).

Im Hinblick auf etwa vorzunehmende Abschläge im Einzelfall bei der Verwendung der Brandversicherungswerte wird auf Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 verwiesen. Auch wenn Brandversicherungen überwiegend durch Selbstveranlagung (nicht Schätzung durch den Versicherer) erfolgen, wird man im Regelfall von einer sachgerechten Wertermittlung ausgehen können (Korintenberg/Tiedtke, GNotKG, § 46 Rdnr. 61 ff.).

Damit eine möglichst einheitliche Bewertung von Grundbesitz durch die Gerichte und Notare erreicht wird, werden die Notare im Tätigkeitsbereich der Notarkasse gebeten, künftig nach der neuen Tabelle zur Berechnung des Gebäudebrand-

versicherungswertes dann zu verfahren, wenn die Beteiligten erforderliche Unterlagen vorlegen oder die Berechnung auf – allerdings nicht erzwingbaren – Angaben der Beteiligten beruhen. Die Anforderung der zur Bewertung notwendigen Unterlagen unmittelbar bei der Versicherungsgesellschaft ist nur mit Zustimmung der Beteiligten möglich (vgl. BT-Drucks. 7/11471 (neu), S. 168).

Materialien:

- Beschluss des BayObLG vom 9.4.1976, 3 Z 54/74 (BayObLGZ 1976, 89 = Rpfleger 1976, 375 = JurBüro 1976, 1236 = DNotZ 1977, 434 = JMBl. 1976, 199)
- Wertermittlungsrichtlinien 2006 (WertR 2006)
- JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04
- Richtzahl der Bayer. Landesbrandversicherung AG ab 1.10.2018 für Gebäude 18,4

Anleitung:

Der nach der Art des Gebäudes und dessen Alter (in vollen Jahren) gefundene Vervielfältiger ist auf die „Versicherungssumme 1914“ anzuwenden. Im Vervielfältiger ist die technische (altersbedingte) Wertminderung der jeweiligen Gebäudeart (Anlage 8a WertR 2006 – nur für Eigentumswohnungen – bzw. Anlage 8 WertR 2006) und der vom BayObLG für erforderlich gehaltene generelle Abschlag von 20 % bereits eingearbeitet.

Das Ergebnis ist der Verkehrswert des jeweiligen Gebäudes nach dem Brandversicherungswert (vgl. im Übrigen JMS vom 24.10.2005, Gz. 5604-VI-4032/04).

Der Restwert von 30 % darf weder aus technischen noch aus wirtschaftlichen Wertminderungsgesichtspunkten unterschritten werden, wenn für das Gebäude noch eine Nutzung möglich ist.

¹ Anschluss an MittBayNot 2017, 642.

Versicherungsscheine ohne Versicherungssumme 1914

Nicht aus allen Versicherungsscheinen lässt sich die Versicherungssumme 1914 entnehmen. Trotzdem ergeben sich aber oftmals Anhaltspunkte, die zur Berechnung der Versicherungssumme 1914 ausreichen (Gebäudetyp, Ausstattungsmerkmale, Wohnfläche, Sonderflächen). In diesen Fällen kann der Brandversicherungswert 1914 von Notar und Gericht selbst ermittelt werden. Ergeben sich diese Angaben nicht aus dem Versicherungsschein, können die maßgeblichen Angaben zum Gebäudetyp problemlos beim Kostenschuldner anhand eines Fragenkatalogs in Erfahrung gebracht werden. Die Berechnung des Brandversicherungswertes 1914 erfolgt durch Übertragung der Angaben in die aus dem Internet abrufbaren Berechnungstabellen (z. B. unter <http://www.versicherung-vergleiche.de/gebäudeversicherung/gebäudevergleich.php> oder: www.vsc-online-service.de/wert1914-rechner.htm oder www.mr-money.de/vergleiche/wohngebäude/wert1914/772.php). Werden keine zur Berechnung der Brandversicherungssumme 1914 erforderlichen Angaben gemacht, muss eine Geschäftswertfestsetzung nach freiem Ermessen erfolgen, wobei bei Kenntnis der Wohnfläche (diese Angaben sind regelmäßig bekannt oder leicht zu erfragen) die Brandversicherungssumme 1914 nach der Faustregel „Wohnfläche x 165“ (dieser Faktor zur Wertberechnung wird von der Allianz Versicherung verwendet) berechnet werden kann. Im Falle der Allianz Versicherung kann überdies die in Euro ausgewiesene dynamische Neuwertsumme 2000 mit Hilfe des Faktors 10,313 in die Versicherungssumme 1914 umgerechnet werden (also dynamische Neuwertsumme 2000 geteilt durch 10,313 = Versicherungssumme 1914). Versicherungen bei anderen Versicherungsgesellschaften dürften vergleichbar sein. Diese Bewertungsmethode deckt sich mit der Auffassung der bayerischen Justiz (Ergebnis einer Arbeitsgruppe zur Überarbeitung der Richtlinien zur Grundbesitzberechnung in der Justiz Bayerns aus dem Jahre 2016).

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentumswohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäftshäuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertighäuser, Veranstaltungsbauwerke, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaftliche Wirtschaftsgebäude, Reithallen, Ställe, Fertiggaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
1	14,573	14,573	14,573	14,426	14,278
2	14,426	14,573	14,278	14,131	13,690
3	14,278	14,426	14,131	13,837	13,248
4	14,131	14,426	13,984	13,542	12,806
5	13,984	14,278	13,837	13,248	12,218
6	13,837	14,278	13,542	12,954	11,776
7	13,690	14,131	13,395	12,659	11,334
8	13,542	14,131	13,248	12,365	10,746
9	13,395	13,984	13,101	12,070	10,304
10	13,248	13,837	12,806	11,776	9,862
11	13,101	13,837	12,659	11,482	9,274
12	12,954	13,690	12,512	11,187	8,832
13	12,806	13,690	12,365	10,893	8,390
14	12,659	13,542	12,070	10,598	7,802
15	12,512	13,395	11,923	10,304	7,360
16	12,365	13,395	11,776	10,010	6,918
17	12,218	13,248	11,629	9,715	6,330
18	12,070	13,101	11,334	9,421	5,888

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
19	11,923	13,101	11,187	9,126	5,446
20	11,776	12,954	11,040	8,832	4,858
21	11,629	12,806	10,893	8,538	4,416
22	11,482	12,806	10,598	8,243	und darüber (Restwert = 30 %)
23	11,334	12,659	10,451	7,949	
24	11,187	12,512	10,304	7,654	
25	11,040	12,365	10,157	7,360	
26	10,893	12,365	9,862	7,066	
27	10,746	12,218	9,715	6,771	
28	10,598	12,070	9,568	6,477	
29	10,451	11,923	9,421	6,182	
30	10,304	11,776	9,126	5,888	
31	10,157	11,776	8,979	5,594	
32	10,010	11,629	8,832	5,299	
33	9,862	11,482	8,685	5,005	
34	9,715	11,334	8,390	4,710	
35	9,568	11,187	8,243	4,416	
36	9,421	11,187	8,096	und darüber (Restwert = 30 %)	
37	9,274	11,040	7,949		
38	9,126	10,893	7,654		
39	8,979	10,746	7,507		
40	8,832	10,598	7,360		
41	8,685	10,451	7,213		
42	8,538	10,304	6,918		
43	8,390	10,157	6,771		
44	8,243	10,010	6,624		
45	8,096	9,862	6,477		
46	7,949	9,715	6,182		
47	7,802	9,568	6,035		
48	7,654	9,421	5,888		
49	7,507	9,274	5,741		
50	7,360	9,126	5,446		
51	7,213	8,979	5,299		
52	7,066	8,832	5,152		

Gebäudeart	Einfamilienhäuser, Reihenhäuser	Eigentums- wohnungen	Gemischt genutzte Wohn- und Geschäfts- häuser, Verwaltungs- und Bürogebäude, Mietwohngebäude ab 4 Wohnungen, Fertig- häuser, Veranstaltungs- gebäude, Schulen, Hotels, Einkaufsmärkte	Industriegebäude, Werkstätten, Lagergebäude, Scheunen ohne Stallteil, Kauf- und Warenhäuser, Garagen in Massivbauweise	Landwirtschaft- liche Wirtschafts- gebäude, Reithallen, Ställe, Fertigaragen
Lebensdauer	100 Jahre	100 Jahre	80 Jahre	50 Jahre	30 Jahre
Gebäudealter in Jahren					
53	6,918	8,685	5,005		
54	6,771	8,538	4,710		
55	6,624	8,390	4,563		
56	6,477	8,243	4,416		
57	6,330	8,096	und darüber (Restwert = 30 %)		
58	6,182	7,949			
59	6,035	7,802			
60	5,888	7,654			
61	5,741	7,507			
62	5,594	7,360			
63	5,446	7,213			
64	5,299	7,066			
65	5,152	6,771			
66	5,005	6,624			
67	4,858	6,477			
68	4,710	6,330			
69	4,563	6,182			
70	4,416	5,888			
71	und darüber (Restwert = 30 %)	5,741			
72		5,594			
73		5,446			
74		5,299			
75		5,005			
76		4,858			
77		4,710			
78		4,563			
79		und darüber (Restwert = 30 %)			
80					

VERANSTALTUNGSHINWEISE

Kolloquium und Neujahrsempfang des Instituts für Notarrecht an der Friedrich-Schiller-Universität Jena

Geldwäschebekämpfung in der notariellen Praxis

Freitag, 18. Januar 2019, 16:00 Uhr

Rosensäle der Friedrich-Schiller-Universität

Fürstengraben 27, 07743 Jena

Aus dem Programm:

Geldwäschebekämpfung in der Praxis – ein Bericht aus der Financial Intelligence Unit (Generalzolldirektion, Financial Intelligence Unit, Strategische Analyse)

Das neue Geldwäschegesetz aus notarieller Sicht
(*Dominik Hüren*, Bundesnotarkammer)

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Bis 11. Januar 2019 an das Institut für Notarrecht, Friedrich-Schiller-Universität Jena, Carl-Zeiß-Straße 3, 07743 Jena, Tel.: 03641/9-42510, E-Mail notarinstitut@uni-jena.de.

Tagung der Forschungsstelle für Notarrecht an der Ludwig-Maximilians-Universität München

Gesellschaftsgründung

Montag, 28. Januar 2019, 17:30 Uhr s. t.

Senatssaal der Ludwig-Maximilians-Universität (E 106/110 im 1. Obergeschoss)

Geschwister-Scholl-Platz 1, 80539 München

Aus dem Programm:

Gründung – Problemschwerpunkte in der Beratungspraxis (Notar Dr. *Christoph Suttman*, LL.M. (Columbia), Hof)

„Erleichterungen“ der Gründung de lege lata und de lege ferenda – UG, Muster und Online-Gründung auf dem Prüfstand (Professor Dr. *Peter Ries*, Richter am AG Charlottenburg – Registergericht; Hochschule für Wirtschaft und Recht, Berlin)

Im Anschluss an die Vorträge besteht die Möglichkeit zur Diskussion. Zum Ausklang der Veranstaltung wird zu einem kleinen Empfang geladen.

Tagungsbeitrag: kostenlos

Kontakt/Anmeldung:

Forschungsstelle für Notarrecht, Prof.-Huber-Platz 2, 80539 München, Tel.: 089 2180-2794, E-Mail: FS-Notarrecht@jura.uni-muenchen.de.

Aus organisatorischen Gründen wird um eine Anmeldung per E-Mail gebeten. Bitte teilen Sie auch mit, ob Sie am Empfang teilnehmen. Weitere Informationen über die Einrichtung finden Sie unter www.notarrechtsinstitut.de.

Tagung des Rheinischen Instituts für Notarrecht in Kooperation mit der Johannes Gutenberg-Universität Mainz

Die aktuellen europäischen Verordnungen im Güter- und Erbrecht

Freitag, 15. März 2019, 14:00 Uhr s. t.

Atrium Maximum (Alte Mensa) der Johannes Gutenberg-Universität

Johann-Joachim-Becher-Weg 5, 55128 Main

Aus dem Programm:

Die Rechtsprechung des EuGH zur EU ErbVO (Notar Prof. Dr. *Christopher Keim*)

Auswirkungen der EUGüterRVO auf die notarielle Praxis (Dr. *Rembert Süß*, Referatsleiter DNotI)

Tagungsbeitrag:

80 € für Nichtmitglieder bzw. 40 € für Mitglieder der NotRV und des Förderkreises des Rheinischen Instituts für Notarrecht, Notarassessoren und Rechtsanwälte mit höchstens dreijähriger Zulassung. Für Notarassessoren, die Mitglied der NotRV sind, Hochschullehrer, Uni-Angehörige und Studierende ist die Tagung beitragsfrei.

Kontakt/Anmeldung:

Rheinisches Institut für Notarrecht, Adenauerallee 46a, 53113 Bonn, Tel.: 0228 73-4432; E-Mail: notarrecht@uni-bonn.de. Weitere Informationen finden Sie unter www.jura.uni-bonn.de/rheinisches-institut-fuer-notarrecht.

Veranstaltungen des DAI

1. **Vorbereitung und Abwicklung nachlassgerichtlicher Erklärungen und Urkunden**
(Tondorf)
21.1.2019 in Heusenstamm
2. **Aktuelles Steuerrecht für Notare**
(Wälzholz)
25.1.2019 in Bochum
3. **Notariat für Einsteiger**
(Scholten/Tondorf)
31.1.-2.2.2019 in Heusenstamm
4. **39. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(Bosch/Krauß/Leidner/Monreal/Schlögel/Weber/Wengenmayer)
4.-9.2.2019 in Heusenstamm
5. **Aktuelle Probleme der notariellen Vertragsgestaltung im Immobilienrecht**
(Herrler/Hertel/Kessler)
7.2.2019 in Kiel
8.2.2019 in Hamburg
22.2.2019 in Düsseldorf
23.2.2019 in Heusenstamm
6. **40. Vorbereitungslehrgang auf die notarielle Fachprüfung**
(Bosch/Leidner/Monreal/Schlögel/Sikora/Weber/Wengenmayer)
11.-16.2.2019 in Berlin
7. **Die Gestaltung des Unternehmertestaments**
(Spiegelberger)
13.2.2019 in Bochum
8. **Aktuelles Gesellschaftsrecht für Notare**
(Berkefeld)
22.2.2019 in Berlin

Soweit nicht anders vermerkt, handelt es sich um **Veranstaltungen des Fachinstituts für Notare**. Anfragen sind ausschließlich zu richten an das Deutsche Anwaltsinstitut e. V., Fachinstitut für Notare, Postfach 25 02 54, 44740 Bochum, Telefon 0234 970640, Fax 0234 703507, E-Mail: notare@anwaltsinstitut.de.

NEUERSCHEINUNGEN

1. Bärmann: Wohnungseigentumsgesetz. 14. Aufl., Beck, 2018. 1.962 S., 149 €
2. Bayer/Koch: Die Auswirkungen des neuen Bauvertragsrechts auf die notarielle Praxis. Nomos, 2018. 108 S., 28 €
3. Blank: Die erbschaftsteuerliche Unternehmensbegünstigung nach §§ 13a ff. ErbStG. Kovac, 2018. 410 S., 99,80 €
4. Bork/Jacoby/Schwab: FamFG. 3. Aufl., Giesecking, 2018. 2.483 S., 148 €
5. Depré: ZVG. 2. Aufl., RWS, 2018. 1.478 S., 108 €
6. Doering-Striening: Elternunterhalt. Deutscher Anwaltverlag, 2018. 400 S., 69 €
7. Drinhausen/Eckstein: Beck'sches Handbuch der AG. 3. Aufl., Beck, 2018. 1.962 S., 229 €
8. Eickmann/Böttcher: Grundbuchrecht. 6. Aufl., Giesecking, 2018. 217 S., 39 €
9. Elsing: Handels- und Gesellschaftsrecht in der notariellen Praxis. 4. Aufl., Deutscher Notarverlag, 2018. 448 S., 49 €
10. Gies: Der Erwerb eigener Anteile im Personengesellschaftsrecht. Duncker & Humblot, 2018. 405 S., 119,90 €
11. Götsche/Rehbein/Breuers: Versorgungsausgleichsrecht. 3. Aufl., Nomos, 2018. 692 S., 88 €
12. Habersack/Wicke/Henssler: Kommentar zum Umwandlungsgesetz. Beck, 2018. 2.844 S., 199 €
13. Hintzen: Zwangsversteigerung von Immobilien. 4. Aufl., ZAP, 2018. 237 S., 44 €
14. Hügel: Rechtshandbuch Wohnungseigentum. 4. Aufl., Beck, 2018. 689 S., 99 €
15. Ingenstau/Hustedt: ErbbauRG. 11. Aufl., Heymanns, 2018. 611 S., 119 €
16. Kapellmann/Jansen/Merkens/Thierau: Baurecht und Architektenrecht. Beck, 2018. 396 S., 199 €
17. Kowalczyk: Zugewinnngemeinschaft unter besonderer Berücksichtigung des Zugewinnausgleichs nach § 1371 I-III BGB. Kovac, 2018. 252 S., 88,90 €
18. Langenfeld: GmbH-Vertragspraxis. 8. Aufl., Schmidt, 2018. 544 S., 99 €
19. Leupertz/Preussner/Sienz: Bauvertragsrecht. Beck, 2018. 475 S., 99 €
20. Limmer/Hertel/Herrler/Weber: Festschrift 25 Jahre Deutsches Notarinstitut. Beck, 2018. 849 S., 199 €
21. Löhnig/Dutta/Gottwald/Grziwotz/Henrich/Reimann/Schwab: Testamentsvollstreckung in Europa. Giesecking, 2018. 231 S., 74 €
22. Nacke: Immobilienbesteuerung bei Erwerb, Besitz, Veräußerung. 2. Aufl., NWB, 2018. 299 S., 44,90 €
23. Notarkasse A. d. ö. R./Pelikan: Grundbuch lesen und verstehen. Deutscher Notarverlag, 2018. 192 S., 19,90 €
24. Notarkasse A. d. ö. R./Spernath: Grundstücksrecht Spezial. Deutscher Notarverlag, 2018. 150 S., 19,90 €
25. Rakete-Dombek: Vereinbarungen anlässlich der Ehescheidung. 11. Aufl., Beck, 2018. 593 S., 99 €
26. Roth/Mülbert/Hirte: Aktiengesetz. Band 8: §§ 150-178. 5. Aufl., De Gruyter, 2018. 629 S., 239 €
27. Schmitt: Umwandlungsgesetz, Umwandlungssteuergesetz. 8. Aufl., Beck, 2018. 2.234 S., 199 €
28. Schüppen/Schaub: Münchener Anwaltshandbuch Aktienrecht. 3. Aufl., Beck, 2018. 1.824 S., 199 €
29. Schürmann: Tabellen zum Familienrecht. 39. Aufl., Luchterhand, 2018. 284 S., 38 €
30. Schulze zur Wiesche: Die GmbH & Still. 7. Aufl., Beck, 2018. 383 S., 79 €
31. Seeger: Erbverzichte im neuen europäischen Kollisionsrecht. Siebeck, 2018. 270 S., 59 €
32. Staudinger: Kommentar zum BGB. Einführungsgesetz BGB; Art. 1, 2, 50-218 EGBGB. 16. Aufl., De Gruyter, 2018. 1.078 S., 439 €
33. Staudinger: Kommentar zum BGB. Einführungsgesetz BGB/IPR. Art. 7-12, 47, 48 EGBGB. 18. Aufl., De Gruyter, 2018. 854 S., 309 €
34. Wöhrmann/Graß: Das Landwirtschaftserbrecht. 11. Aufl., Luchterhand, 2018. 636 S., 169 €

STANDESNACHRICHTEN

PERSONALÄNDERUNGEN

1. Verstorben:

Oberamtsrat i. N. Helmut Pfister, München,
verstorben am 16.10.2018

Notar a. D. Wolfgang Kassner, Türkheim,
verstorben am 11.11.2018

2. Erlöschen des Amtes nach § 47 BNotO:

Mit Wirkung zum 1.2.2019:

Notar Dr. Peter Bräu, München

Notar Arno Malte Uhlig, München

3. Es wurde verliehen:

Mit Wirkung zum 1.1.2019:

Ludwigsstadt dem Notarassessor
Jochen Keßler
(bisher in München,
Notarstellen Dr. Görk/
Dr. Berringer)

Mit Wirkung zum 1.2.2019:

Grünstadt dem Notarassessor
Dr. Markus Müller
(bisher in Kandel,
Notarkammer Pfalz)

4. Neuernannte Assessoren:

Mit Wirkung zum 1.10.2018:

Jonathan Hardt, Regensburg
(Notarstellen Ziegler/Dr. Mayer)

Dr. Patrick Meier, Friedberg
(Notarstelle Brandt)

Dr. Tobias Starnecker, Hof
(Notarstelle Dr. Suttmann)

Tobias Oehrlein, Würzburg
(Notarstellen Prof. Dr. Limmer/Dr. Friederich)

Mit Wirkung zum 1.11.2018:

Dr. Clemens Hermanns, Memmingen
(Notarstellen Erber-Faller/Voran)