

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

1 | 2023

März 2023

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notariatsverwalter Anton Gordon,
Heidelberg

ISSN-Nummer 1434-2979

www.notare-wuerttemberg.de
www.badischer-notarverein.de

ABHANDLUNGEN

Grenzüberschreitende Umwandlungen und Austritt des dissentierenden Gesellschafters gegen Barabfindung – Mitwirkung des Notars notwendig?
von Dr. Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge) / Dr. Raphael Hilser,
Freiburg i.Br. 2

Trends im Grundstücks- und Grundbuchverkehr
von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz 9

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 14.11.2022 – NotZ 1/22
Zuständigkeit des Notarsenats betreffend die Erfüllung der Pflichten
eines Notars nach dem Geldwäschegesetz 20

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 09.12.2022 – V ZR 91/21
Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung 24

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 16.11.2022 – XII ZB 212/22
Zum Umfang einer General- und Vorsorgevollmacht 38

ERBRECHT

Kammergericht, Beschluss vom 17. November 2022 – 1 W 345/22
Erbteilsübertragung an einen Minderjährigen 45

STEUERRECHT

BFH (I. Senat), Urteil vom 13.07.2022 – I R 42/18
Auslegung eines Gewinnabführungsvertrags – Frage der steuerlichen
Rückwirkung eines notariellen Nachtragsvermerks 52



**Werden Sie
nicht zur
leichten
Beute!**

Buchen Sie Ihre IT-Grundschutzschulung für das ganze Team!

Das schwächste Glied in Ihrer IT-Sicherheits-Kette im Notariat sind oftmals die handelnden Menschen. Ob präparierte Schad-E-Mails mit dubiosen Anhängen und Links, Phishing-Attacken oder generell unsicheres Passwortmanagement – ein unachtsamer Klick kann schwerwiegende Folgen für Sie haben. Steigern Sie das Bewusstsein und die Handlungsmöglichkeiten Ihrer Mitarbeiter. Investieren Sie in ein externes Training, um den Mut und die Sicherheit Ihres Teams zu stärken.

- Umgang mit IT-Sicherheitsvorfällen
- Erkennung von Phishing-Attacken
- Korrektes Zugangs-, Passwortmanagement
- Wichtigste Aspekte des Notfallmanagements gemäß des BSI-Standards 100-4
- Eingehen auf Individuelle Szenarien im Notariatsbetrieb
- Austausch von Erfahrungswerten im Alltag
- Wirksames Dokumentieren von Auffälligkeiten
- Training als Hilfe zur Selbsthilfe
- uvm.

Bei Ihnen vor Ort

3 Stunden
bis zu 5 Teilnehmer

pauschal **895 €** netto

Online per Remote

90 Minuten
bis zu 5 Teilnehmer

pauschal **298 €** netto



Thomas Ambiel
Geschäftsführer



Jörg Schulze
Teamleiter IT-Notariate

Jetzt Termin vereinbaren

☎ 07131 - 898699 - 111

✉ thomas.ambiel@itservice.de

Ambiel IT-Systemhaus GmbH
Im Zukunftspark 7-9
74076 Heilbronn
www.ambiel.de

89. BAND

BWNotZ

AUSGABE 1|2023 INHALTSVERZEICHNIS**HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFLEITUNG

Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de

Der Bezugspreis beträgt jährlich 60,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 10,50 Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-lorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Dr. Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge) / Dr. Raphael Hilser,
Freiburg i.Br.

**Grenzüberschreitende Umwandlungen und Austritt des dissentierenden
Gesellschafters gegen Barabfindung - Mitwirkung des Notars notwendig?** 2

Von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz

Trends im Grundstücks- und Grundbuchverkehr 9

RECHTSPRECHUNG**BERUFS- UND KOSTENRECHT**

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 14.11.2022 - NotZ 1/22

Kammergericht, 1. Zivilsenat, Beschluss vom 1. November 2022, - 1 VA 26/22 ... 23

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 09.12.2022 - V ZR 91/21

Kammergericht, 1. Zivilsenat Beschluss vom 7. Februar 2023, - 1 W 213/22 31

Kammergericht, 1. Zivilsenat, Beschluss vom 13. Oktober 2022, - 1 W 396/21 32

OLG Köln, Beschl. v. 25.1.2023 - 2 Wx 5/23

OLG Köln, Beschl. v. 17.1.2023 - 2 Wx 2/23

GESELLSCHAFTSRECHT

Kammergericht (22. Zivilsenat), Beschluss vom 30.09.2022 - 22 W 54/22

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 16.11.2022 - XII ZB 212/22

ERBRECHT

BGH (X. Zivilsenat), Urteil vom 11.10.2022 - X ZR 42/20

Kammergericht, Beschluss vom 17. November 2022 - 1 W 345/22

LG Wuppertal (2. Zivilkammer), Urteil vom 05.12.2022 - 2 O 317/21

OLG Brandenburg (3. Zivilsenat), Beschluss vom 17.11.2022 - 3 W 121/22

STEUERRECHT

BFH (I. Senat), Urteil vom 13.07.2022 - I R 42/18

BFH (IX. Senat), Urteil vom 20.09.2022 - IX R 9/21

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Böttcher, Grundbuchrecht, 7. Auflage
(Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz)..... 61

2. Burandt/Rojahn, Erbrecht, 4. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Bad Waldsee)..... 62

3. Müller, Beck'sches Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 5. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Bad Waldsee)..... 62

4. Bumiller/Harders/Schwamb, FamFG, 13. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Bad Waldsee)..... 63

5. Jahndorf/Kister, Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis, 2. Auflage
(Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)..... 64

6. Diehn/Volpert, Praxis des Notarkostenrechts, 3. Auflage
(Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)..... 65

7. Brempkamp/Kindler/Winnen, Beurkundungsgesetz (BeurkG), 1. Auflage
(Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)..... 65

**8. Ettinger/Jaques, Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf
im Mittelstand, 3. Auflage**
(Besprechung von Notariatsverwalter Anton Gordon, Heidelberg)..... 66

ABHANDLUNGEN

Grenzüberschreitende Umwandlungen und Austritt des dissentierenden Gesellschafters gegen Barabfindung – Mitwirkung des Notars notwendig?

Von Notarassessor Dr. Markus Baschnagel, LL.M. (Cambridge) / Dr. Raphael Hilser, LL.M. (LSE)

Durch das die Mobilitätsrichtlinie umsetzende UmRUG wird das bislang nur rudimentär kodifizierte Recht der grenzüberschreitenden Umwandlungen umfassend in Gesetzesform gegossen. Ein zentrales Standbein der gesellschafterschützenden Vorschriften ist das Austrittsrecht gegen Barabfindung für die dissentierenden und von einem Statutenwechsel betroffenen Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers. Dieses bedeutsame und aus dem nationalen Umwandlungsrecht (vgl. § 29 UmwG) bereits bekannte Minderheitenrecht verläuft bei nationalen und grenzüberschreitenden Umwandlungen nicht vollkommen parallel. Durch die den sekundärrechtlichen Vorgaben geschuldeten dogmatischen Abweichungen ist die Frage nach der Beurkundungspflicht der Erklärungen, mit denen das an die dissentierenden GmbH-Gesellschafter gerichtete Barabfindungsangebot von diesen angenommen wird, aufgekommen. Der nachfolgende Beitrag begründet, wieso diese Annahmeerklärung beurkundungsbedürftig ist und warum diese Beurkundungspflicht trotz der hieran geübten Kritik notwendig und systemkohärent ist.

I. Einleitung

Mit dem zum 01.03.2023 in Kraft getretenen Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie (UmRUG)¹ wird

die Mobilitätsrichtlinie (Mobilitäts-RL)² umgesetzt. Hiermit wird das Recht der grenzüberschreitenden Formwechsel und Spaltungen³ erstmals einer Regelung zugeführt (vgl. §§ 305 ff. UmwG). Zugleich wird das bereits im Jahr 2005 harmonisierte Recht der grenzüberschreitenden Verschmelzungen⁴ behutsam weiterentwickelt. Großen Raum nehmen dabei die Vorschriften zum Schutze der Gesellschafter, insbesondere der Minderheit, bei solchen Transaktionen ein. Das Austrittsrecht gegen Barabfindung ist neben dem Anspruch auf Verbesserung des Umtauschverhältnisses das zweite Kernstück des Gesellschafterschutzes und fungiert als zentrales Standbein des Minderheitenschutzes.⁵ Da den Gesellschaftern ein Statutenwechsel wider ihren Willen nicht zugemutet werden kann, muss für sie die Möglichkeit bestehen, anlässlich einer grenzüberschreitenden Umwandlung aus dem Rechtsträger auszuschneiden und im Gegenzug den vollen Wert ihrer Anteile ersetzt zu bekommen.⁶ Aus dieser Erwägung wird deutlich, dass nur die Gesellschafter des übertragenden Rechtsträgers gegen Barabfindung ausscheiden können. Im Gegenzug können sie den Umwandlungsbeschluss gem. § 14 Abs. 2 UmwG unter Hinweis auf eine zu niedrig bemessene Barabfindung nicht anfechten. Kompensatorische Streitigkeiten werden damit vollumfänglich in das durch das UmRUG reformierte Spruchverfahren ausgelagert. In der Konsequenz kann

¹ Gesetz zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie und zur Änderung weiterer Gesetze v. 22. Februar 2023, BGBl. I 2023 Nr. 51; vorangegangen war der Gesetzentwurf der Bundesregierung: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, BR-Drs. 371/22; Schollmeyer, NZG 2022, 937; Bungert/Strothotte, DB 2022, 1818 ff.; Drinhausen/Keinath, BB 2022, 1923 ff.; J. Schmidt, DK 2022, 309 ff.; Lieder/Hilser, ZIP 2022, 2521 ff.; dies., ZIP 2023, 1 ff.; vorangegangen war der Referentenentwurf des Bundesministeriums der Justiz: Entwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie, abrufbar unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/Dokumente/RefE_UmRUG.pdf?__blob=publicationFile&v=1 (zuletzt abgerufen am 08.05.2022); hierzu: J. Schmidt, NZG 2022, 579 ff.; dies., NZG 2022, 635 ff.; dies., EuZW 2022, 395; Heckschen/Knaier, GmbHR 2022, 501 ff.; Bungert/Reidt, DB 2022, 1369 ff.; Bungert/Strothotte, BB 2022, 1411 ff.; Wollin, ZIP 2022, 989 ff.; Drinhausen/Keinath, BB 2022, 1346 ff.; Luy/Redler, notar 2022, 1 6 3 ff.; siehe auch die zahlreichen beim BMJ Stellungnahmen unter: https://www.bmj.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Umsetzung_Umwandlungsrichtlinie.html (zuletzt abgerufen am 14.10.2022).

² Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlaments und des Rates v. 27. 11. 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen, ABl. EU v. 12. 12. 2019, Nr. L 321, S. 1; hierzu statt aller: Bayer/J. Schmidt, BB 2019, 1922, 1925 ff.; Teichmann, NZG 2019, 241 ff.; ders., ECFR 2019, 3, 8 ff.; Habersack, ZHR 182 (2018), 495 ff.; J. Schmidt, DK 2018, 229 ff.; dies., DK 2018, 273 ff.

³ Grenzüberschreitende Spaltungen zur Aufnahme werden nach dem UmRUG mangels harmonisierter Grundlage aufgrund mitbestimmungsrechtlicher Bedenken nicht umfassend ermöglicht; vgl. hierzu: Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 136 ff.

⁴ Richtlinie 2005/56/EG des Europäischen Parlaments und des Rates v. 26. 10. 2005 über die Verschmelzung von Kapitalgesellschaften aus verschiedenen Mitgliedstaaten, ABl. EU v. 25. 11. 2005, Nr. L 310, S. 1.

⁵ Hierzu grundlegend: M. Noack, ZGR 2020, 90, 91 ff.; ders., AG 2018, 780, 781 ff.; Papadopoulos, ECFR 2021, 980, 986 ff.

⁶ ErwG. 18 S. 1-2 Mobilitäts-RL; BT-Drs. 16/2919, S. 16; Teichmann, NZG 2019, 241, 244 ff.; Wachter, GmbHStB 2018, 317, 332; Winner, ECFR 2019, 44, 68; Kindler, NZG 2018, 1, 6; Bayer/J. Schmidt, ZHR 178 (2014), 150, 153; Bungert/Becker, DB 2019, 1609, 1614; Stelmaszczyk, DK 2021, 48, 51.

die Angemessenheit der Barabfindung durch die das Barabfindungsrecht flankierende Regelung in § 1 Nr. 4 Spruch im runderneuerten Spruchverfahren nachträglich überprüft werden.

Allgemeines zum Austrittsrecht gegen Barabfindung

Das Austrittsrecht gegen Barabfindung wird in § 313 UmwG auf Grundlage des bislang für grenzüberschreitende Verschmelzungen geltenden § 122i UmwG neu gefasst.⁷ Gem. § 307 Abs. 2 Nr. 13 UmwG ist bereits im Verschmelzungsplan durch die Gesellschaft (d.h. den übertragenden Rechtsträger) ein verbindliches Angebot an Gesellschafter zu unterbreiten, welches jedoch nur von der dissentierenden Minderheit wirksam angenommen werden kann. Um den Liquiditätsabfluss in einem verträglichen Maße zu halten, ist eine Opposition gegen den Verschmelzungsbeschluss materielle Voraussetzung für das Austrittsrecht gegen Barabfindung. Den Forderungen,⁸ von der in Art. 126a Abs. 1 UAbs. 2 GesR-RL enthaltenen Mitgliedstaatenoption, das Barabfindungsrecht auf die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers zu erstrecken, gibt das UmRUG mit guten Gründen nicht nach. Bei einem zu hohen Liquiditätsabfluss bestünde die Gefahr, dass das für die Zielrechtsform erforderliche Mindestkapital nicht mehr aufgebracht werden kann, wenn nicht die Mehrheit Kapital nachschießt.⁹ Auch der Erwerb eigener Anteile durch die Gesellschaft von den austretenden Gesellschaftern ist nicht grenzenlos möglich und steht im Spannungsverhältnis zu den Grundsätzen der Kapitalerhaltung.¹⁰ Nach zutreffender Ansicht ist die Zumutbarkeitsgrenze für die betroffenen Gesellschafter erst bei einer Änderung des Gesellschaftsstatuts überschritten. Eine solche Änderung tritt für die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers gerade nicht ein.¹¹

Hinsichtlich der Voraussetzungen für die Ausübung des Austrittsrechts gegen Barabfindung macht der Umset-

zungsgesetzgeber von der in Art. 126a Abs. 1 UAbs. 3 S. 2 GesR-RL eingeräumten Möglichkeit, den Widerspruch zur Niederschrift der ordnungsgemäßen *Dokumentation* einer Nein-Stimme gleichzusetzen,¹² Gebrauch und hält damit an der bewährten umwandlungsrechtlichen Systematik (vgl. § 29 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UmwG) fest.¹³ Insoweit wird die erforderliche Kohärenz zwischen den Vorschriften für nationale und grenzüberschreitende Umwandlungen hergestellt.¹⁴ Die erwünschte¹⁵ Positionierung zu dem alten Streit, ob insoweit ein Widerspruch zur Niederschrift ausreichend ist,¹⁶ oder darüber hinaus auch eine Nein-Stimme gegen den Verschmelzungsbeschluss erforderlich ist,¹⁷ bleibt der Gesetzgeber hingegen schuldig.¹⁸

Dissonanzen zwischen dem Austrittsrecht gegen Barabfindung bei nationalen und grenzüberschreitenden Umwandlungen

Bis hierhin verläuft die Rechtslage für nationale und grenzüberschreitende Umwandlungen parallel. Im Folgenden kommt es jedoch zu zwei tiefgreifenden und den sekundärrechtlichen Vorgaben geschuldeten Abweichungen.

Institut der Austrittserklärung

Die erste wesentliche Divergenz zwischen dem umwandlungsrechtlichen Gesellschafterschutz bei nationalen und grenzüberschreitenden Umwandlungen ist das dem deutschen Recht bislang fremde Rechtsinstitut der Austrittserklärung. Nach Art. 126a Abs. 2 GesR-RL müssen die Gesellschafter, die ihr Austrittsrecht wahrnehmen wollen, gegenüber ihrem Rechtsträger erklären, ob sie beabsichtigen, ihr Recht auf Veräußerung

7 Hierzu ausführlich: Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113 f f. ; Begr. RefE, S. 89 ff.; hierzu bereits: *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 508.

8 *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1931; *dies.*, ZIP 2010, 953, 963; *Bayer*, ZHR 163 (1999), 505, 548 ff.; *Winter*, in: Hoffmann-Becking/Rüdiger, Liber amicorum Happ, 2006, 363, 374; *Maier-Reimer*, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer, Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, 1077, 1080; *Bayer/J. Schmidt*, BB 2019, 1922, 1931; *dies.*, ZIP 2010, 953, 963; *dies.*, NZG 2006, 841, 844; *dies.*, NJW 2006, 401, 406.

9 *Fuentes Naharro*, in: Kovács/Winner, Stakeholder Protection in Restructuring, 2019, 13, 37.

10 *Maier-Reimer*, in: Bitter/Lutter/Priester/Schön/Ulmer, Festschrift für Karsten Schmidt zum 70. Geburtstag, 2009, 1077, 1089; *J. Vetter*, AG 2006, 613, 623.

11 *M. Noack*, AG 2018, 780, 781; *dies.*, ZGR 2020, 90, 96; *Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 2437, 2439; wohl auch: *Papadopoulos*, ECFR 2021, 980, 989, der in einer Erstreckung des Austrittsrechts gegen Barabfindung auf die Gesellschafter des übernehmenden Rechtsträgers einen Verstoß gegen den Geist der Richtlinienbestimmungen sieht.

12 Ausführlich zu dieser Mitgliedstaatenoption im Kontext grenzüberschreitender Formwechsel: *Hilser*, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2022, S. 158 ff.

13 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113; Begr. RefE, S. 90; dies im Kontext grenzüberschreitender Formwechsel fördernd: *Hilser*, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2022, S. 161 f.

14 *Hilser*, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2022, S. 161 f.; *M. Noack*, ZGR 2020, 90, 98; *dies.*, AG 2018, 780, 782; *Bungert*, in: Hoffmann-Becking/Hommelhoff, Festschrift für Gerd Krieger zum 70. Geburtstag, 2020, 109, 127; vgl. auch zur Kritik an dem Kommissionsentwurf, der die Mitgliedstaatenoption nicht enthielt: *Wicke*, DStR 2018, 2703, 2707; *Bormann/Stelmaszczyk*, ZIP 2019, 300, 307 f.; *Handelsrechtsausschuss des Deutschen Anwaltsvereins*, NZG 2018, 857, 860.

15 Vgl. *M. Noack*, ZGR 2020, 90, 98.

16 *Limmer*, in: *Limmer*, Handbuch der Unternehmensumwandlung, 6. Aufl. 2019, Teil 4 Rn. 246; *Wansleben*, in: *Lieder/Wilk/Ghassemi-Tabar*, Münchener Handbuch Gesellschaftsrecht, Band 8, 5. Aufl. 2018, § 34 Rn. 46; *Hoger*, in: *Lutter* (Begr.), UmwG, 6. Aufl. 2019, § 207 UmwG Rn. 8; *Meister/Klöcker/Berger*, in: *Kallmeyer*, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 207 UmwG Rn. 15.

17 *Drinhausen/Keinath*, in: *Henssler/Strohn*, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 207 UmwG Rn. 4; *Winter*, in: *Schmitt/Hörtnagl*, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 207 UmwG Rn. 4; *Bayer/J. Schmidt*, ZHR 178 (2014), 150, 152, 156 f.

18 Vgl. Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113; Begr. RefE, S. 90, die darauf mit keinem Wort eingeht und auch zwischen den Zeilen keine Indizien liefert.

ihrer Anteile auszuüben („Austrittserklärung“). Diese zwingend in nationales Recht zu überführende Vorschrift wird in § 313 Abs. 2 UmwG umgesetzt.¹⁹ Sinn und Zweck der Austrittserklärung ist, der ausgleichsverpflichteten Gesellschaft eine Schätzung über den voraussichtlichen Liquiditätsabfluss zu ermöglichen.²⁰ Die Austrittserklärung stellt jedoch noch nicht die Annahme des Barabfindungsangebots dar, sondern ist hiervon losgelöst.²¹ Hierfür sprechen – wie sogleich zu zeigen ist – zwingende formale Gesichtspunkte.

Die Austrittserklärung kann als reine Absichtserklärung gem. § 313 Abs. 2 UmwG formlos erklärt werden.²² Obwohl der Austrittserklärung noch eine formbedürftige Annahmeerklärung zu folgen hat, ist sie auch kein rechtliches *nullum*. Gem. § 313 Abs. 3 S. 2 UmwG ist die Annahme des Barabfindungsangebots ausgeschlossen, wenn nicht rechtzeitig die Austrittserklärung angegeben worden ist. Die Austrittserklärung ist damit rechtliche Voraussetzung für die spätere Annahme des Barabfindungsangebots.²³ Da die Austrittserklärung nicht mehr zur Kalkulation des voraussichtlichen Liquiditätsabflusses benötigt wird, wenn die Annahme innerhalb der Frist zur Erklärung der Austrittserklärung erklärt wird, ist sie gem. § 313 Abs. 3 S. 3 UmwG in diesem Fall entbehrlich.

Annahmefrist

Der zweite zentrale Unterschied zwischen dem umwandlungsrechtlichen Gesellschafterschutz bei nationalen Umwandlungen und dem System der Mobilitäts-RL besteht darin, dass die Frist für die Annahme des Barabfindungsangebot nicht wie im nationalen Recht mit Eintragung der Verschmelzung (vgl. § 31 UmwG), sondern gem. Art. 126a Abs. 3 S. 2 GesR-RL bereits mit dem Zustimmungsbeschluss zur Verschmelzung zu laufen beginnt. Die in § 313 Abs. 3 UmwG umgesetzte, kurz bemessene Frist von maximal zwei Monaten führt faktisch dazu, dass die Gesellschaft das Barabfindungsangebot vor Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung annehmen

müssen.²⁴ Diese zeitliche Verknüpfung der Annahmefrist mit dem Verschmelzungsbeschluss birgt die Gefahr, dass der Gesellschafter das Angebot annimmt und gegen Barabfindung ausscheidet, obwohl die Transaktion nicht wirksam wird.²⁵ Dieses Ergebnis wäre nicht sachgerecht, da für den Austritt – der in vielen Fällen auch nicht dem Willen der betroffenen Gesellschaftern entspräche – in diesem Fall keine sachliche Rechtfertigung bestünde.²⁶ Aus diesem Grund bestimmt § 313 Abs. 1 S. 2 UmwG, dass das Abfindungsangebot unter der aufschiebenden Bedingung des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Verschmelzung steht.²⁷ Durch diese Verknüpfung wird sichergestellt, dass der Austritt nur wirksam wird, wenn die grenzüberschreitende Umwandlung im Zielstaat eingetragen wird.

Auswirkungen auf das Austrittsrecht gegen Barabfindung

Dogmatik des Austrittsrechts gegen Barabfindung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen

Die unterschiedlichen Anknüpfungspunkte für den Beginn der Annahmefrist bei nationalen und grenzüberschreitenden Umwandlungen wirken sich gravierend auf die Dogmatik des Austrittsrechts gegen Barabfindung aus. Die Anteilshaber, die das Angebot angenommen haben, werden bei grenzüberschreitenden Umwandlungen gem. § 313 Abs. 4 UmwG²⁸ mit Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Verschmelzung nicht Anteilshaber des Zielrechtsträgers.²⁹ Sie scheiden mit Eintritt der Umwandlungswirkung aus dem übertragenden Rechtsträger aus.³⁰ Dies ist in Art. 131 Abs. 1 lit. b) GesR-RL (grenzüberschreitende Verschmelzung) bzw. Art. 160r Abs. 1 lit. b, Abs. 2 lit. b GesR-RL (grenzüberschreitende Spaltung) zwingend sekundärrechtlich vorgegeben. In der Folge erwirbt der Zielrechtsträger im Moment des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Umwandlung die Anteile der austretenden Gesellschafter.³¹ Aus dieser Systematik folgt, dass der

19 Hierzu grundlegend: M. Noack, ZGR 2020, 90, 105 ff.; Luy, GmbHR 2019, 1105 ff.; vgl. zur Parallelvorschrift bei grenzüberschreitenden Formwechseln: Hilsner, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2022, S. 168 ff.

20 ErwG. 19 Mobilitäts-RL; Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 114; Begr. RefE, S. 90; Hilsner, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2022, S. 171; J. Schmidt, NZG 2022, 579, 583; Heckschen/Knaier, GmbHR 2022, 501, 508.

21 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 114; Begr. RefE, S. 90; M. Noack, ZGR 2020, 90, 106; J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582; vgl. zur Parallelvorschrift bei grenzüberschreitenden Formwechseln: Hilsner, Grenzüberschreitende Rechtsformwechsel in der Europäischen Union, 2022, S. 168 ff.

22 Hierzu: Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113.

23 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 114; Begr. RefE, S. 91.

24 Vgl. Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113; Begr. RefE, S. 89.

25 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113; Begr. RefE, S. 89.

26 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113; Begr. RefE, S. 89.

27 Hierzu: Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 113; Begr. RefE, S. 89.

28 Diese Vorgabe beruht auf Art. 131 Abs. 1 lit. b GesR-RL.

29 Siehe hierzu: Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 115; Begr. RefE, S. 90 f.

30 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 115; Begr. RefE, S. 91; J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582; dies., in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 238.

31 J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582; dies., in: ZGR-Sonderband zur Gesellschaftsmobilität im Binnenmarkt (im Erscheinen); ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 238. vgl. zum Erwerb eigener Anteile beim Austrittsrecht gegen Barabfindung bei nationalen Verschmelzungen: Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 29 UmwG Rn. 12 f.; Kalss, in: Semler/Stengel, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 29 UmwG Rn. 32.

Anspruch auf Barabfindung bei grenzüberschreitenden Verschmelzungen³² gegenüber dem Ausgangsrechtsträger besteht und die spiegelbildliche Verpflichtung zur Abfindungszahlung mit Wirksamwerden der Verschmelzung im Wege der umwandlungsrechtlichen Universal sukzession auf den Zielrechtsträger übergeht.³³ Die Zulässigkeit des begründungsbedürftigen Erwerbs eigener Anteile bei der AG ergibt sich aus Art. 61 Abs. 1 lit. d GesR-RL.³⁴ In § 33 Abs. 3 S. 1 GmbHG wird klargestellt, dass der Erwerb eigener Anteile zukünftig bei der GmbHG auch zur Abfindung von Gesellschaftern, die angesichts der grenzüberschreitenden Umwandlung austreten, zulässig ist.

Durch diese Konstruktion sind die austretenden Gesellschafter faktisch vorleistungspflichtig, da der Barabfindungsanspruch erst später fällig wird. Ihnen wird hierdurch aber kein unzumutbares Risiko aufgebürdet: Gem. § 313 Abs. 5 und Abs. 2 S. 2 UmwG können sie einen Anspruch auf angemessene Sicherheitsleistung stellen, obwohl der Anspruch auf angemessene Barabfindung erst mit Wirksamwerden der grenzüberschreitenden Umwandlung entsteht.³⁵

Dogmatik des Austrittsrechts gegen Barabfindung bei nationalen Umwandlungen

Demgegenüber werden die austretenden Gesellschafter bei nationalen Verschmelzungen gem. § 20 Abs. 1 Nr. 3 Hs. 1 UmwG zunächst Gesellschafter des Zielrechtsträgers und scheiden sodann durch die Übertragung ihrer Anteile in Erfüllung ihrer spiegelbildlichen Verpflichtung zum Erhalt der Barabfindung aus.³⁶ Der Anspruch richtet sich damit gegen den übernehmenden Rechtsträger.³⁷ Dies ist Ausfluss dessen, dass die Annahmefrist gem. § 31 S. 1 UmwG erst mit Eintragung der Verschmelzung in das Register des Sitzes des übernehmenden Rechtsträgers zu laufen beginnt. Diese Dogmatik hat nach herrschender Meinung zur Folge, dass die Annahmeerklärung gem. § 15 Abs. 4 GmbHG beurkundungsbedürftig ist,

wenn sie die Verpflichtung zur Übertragung eines GmbH-Geschäftsanteils begründet.³⁸

Folgen für die Beurkundungsbedürftigkeit der Annahmeerklärung

Schwierigkeiten wirft die Frage nach der Form der Annahme des Barabfindungsangebots nur in denjenigen Fällen auf, in denen GmbH-Geschäftsanteile in Frage stehen. Namentlich betrifft dies grenzüberschreitende Umwandlungen, an denen eine deutsche GmbH als Ausgangsrechtsträger fungiert. Die Übertragung von GmbH-Anteilen ist gem. § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundungspflichtig. Gem. § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG bedarf auch eine Vereinbarung, durch welche die Verpflichtung eines Gesellschafters zur Abtretung eines Geschäftsanteils begründet wird, der notariellen Beurkundung.

Die Form der Annahmeerklärung ist sekundärrechtlich nicht determiniert und richtet sich damit nach allgemeinem Gesellschaftsrecht.³⁹ Der deutsche Gesetzgeber kann damit am Erfordernis der notariellen Beurkundung für den Austritt aus der GmbH festhalten⁴⁰ und macht hiervon ausweislich der Gesetzgebungsmaterialien auch Gebrauch.⁴¹ Da der Austretende nicht Anteilsinhaber im Zielrechtsträger wird und sodann seine zugeteilten Anteile Zug-um-Zug gegen Barabfindung überträgt, sondern mit Eintragung der Umwandlung ipso iure ausscheidet, greift zwar 15 Abs. 3 GmbHG nicht ein.⁴² Die Annahme muss nach den gesetzlichen Wertungen jedoch gem. § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG notariell beurkundet werden.⁴³ Dies wird nochmals explizit in § 313 Abs. 3 S. 4 UmwG niedergeschrieben. Hieran wird jedoch in der Literatur Kritik geübt, welche im Folgenden gewürdigt wird.

Rechtsdogmatischer Hintergrund: Abwicklung des Austritts des dissentierenden Gesellschafters

Zur Lösung dieser Frage kommt es maßgeblich darauf an, wie der Austritt der opponierenden Gesellschafter abgewickelt wird.

32 Zur Spaltung: *Verse*, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 10 ff.; abrufbar unter: https://www.jura.uni-heidelberg.de/md/jura/verse/22_10a_arbeitspapier_grundfragen_des_austrittsrechts.pdf (zuletzt abgerufen am 14.10.2022).

33 *Heckschen*, in: ZGR-Sonderband zur Gesellschaftsmobilität im Binnenmarkt (im Erscheinen).

34 *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 582 (Fn. 29); dies., in: ZGR-Sonderband zur Gesellschaftsmobilität im Binnenmarkt (im Erscheinen).

35 Hierzu: *Drinhausen/Keinath*, BB 2022, 1346, 1351; *Bungert/Strothotte*, DB 2022, 1818, 1821; siehe auch: *Baschnagel/Hilser*, NZG 2022, 1333, 1335.

36 *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 29 UmwG Rn. 14; *J. Schmidt*, NZG 2022, 579, 581.

37 *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 29 UmwG Rn. 19.

38 *Ca. Müller*, in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 2; *Kalss*, in: Semler/Stengel, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 5; *Luy*, GmbHR 2019, 1105, 1108; a.A.: *Winter*, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG/UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 31 UmwG Rn. 4.

39 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 1 1 5; Begr. RefE, S. 91;

40 *Schollmeyer*, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 31, 40.

41 Begr. UmRUG-RegE, BR-Drs. 371/22, S. 112.

42 Begr. UmRUG-RegE, BR-Drs. 371/22, S. 112.

43 Begr. RegE, BR-Drs. 371/22, S. 115; Begr. RefE, S. 91; *Heckschen/Knaier*, GmbHR 2022, 501, 508.

Modell 1

Bei innerstaatlichen Umwandlungen erhalten die austrittswilligen Gesellschafter mit Wirksamwerden der Umwandlungsmaßnahme zunächst Anteile an der übernehmenden/neuen Gesellschaft (§§ 20 Abs. 1 Nr. 3, 131 Abs. 1 Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2 UmwG). Indem sie das Abfindungsangebot annehmen, verpflichten sie sich nach herrschender Auffassung⁴⁴ dazu, ihre am Zielrechtsträger erhaltenden Anteile dem Zielrechtsträger abzutreten. Ist dieser eine GmbH bedarf die Annahmeerklärung aus diesem Grund gem. § 15 Abs. 4 GmbHG der notariellen Beurkundung.⁴⁵ Anschließend werden die Anteile in Ausübung ihres Austrittsrechts Zug-um-Zug gegen Zahlung der Barabfindung an den Zielrechtsträger übertragen.⁴⁶ Dieser erwirbt hierdurch eigene Anteile. Dieser Übertragungsakt muss gem. § 15 Abs. 3 GmbHG notariell beurkundet werden, wenn es sich bei der aufnehmenden bzw. neuen Gesellschaft um eine GmbH handelt.

Bei grenzüberschreitenden Umwandlungen kann dieses Modell jedoch nicht greifen. Grund hierfür ist die in der Mobilitäts-RL getroffene Weichenstellung nach der die austretenden Gesellschafter aufgrund der (angeblichen)⁴⁷ Unzumutbarkeit eines Statutenwechsels nie Anteile an dem neuen Rechtsträger erhalten. Die austretenden Gesellschafter werden bei grenzüberschreitenden Umwandlungen nach der Konzeption der Mobilitäts-RL von vornherein nicht Anteilsinhaber der übernehmenden respektive neuen Gesellschaft.⁴⁸ Umgesetzt wird diese Vorgabe in §§ 313 Abs. 4, 327 S. 1, 340 Abs. 4 UmwG.

44 Grunewald, in: Lutter, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 31 UmwG Rn. 3; Kalss, in: Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 5; Rieder, in: BeckOGK UmwG, Stand 01.07.2022, § 31 UmwG Rn. 5; Wälzholz, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 177. Ergänzungslieferung, Stand 1.4.2019, § 31 UmwG Rn. 3; Ca. Müller, in: Henssler/Strohn, 5. Aufl. 2021, § 31 UmwG Rn. 2; Luy, GmbHR 2019, 1105, 1108; Stelmaszczyk, DK 2021, 48, 52 f.; a.A. Winter, in: Schmitt/Hörtnagl, UmwG, UmwStG, 9. Auf. 2020, § 31 UmwG Rn. 4 (da die Annahmeerklärung angeblich nicht unmittelbar die Verpflichtung zur Übertragung des Anteils zum Gegenstand habe); J. Schmidt, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 243 ff. (mit teleologischen Argumenten). Unstreitig ist dagegen, dass jedenfalls die anschließende Abtretung des Geschäftsanteils Zug-um-Zug gegen Zahlung der Barabfindung nach § 15 Abs. 3 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf.

45 Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 17.

46 Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 7.

47 Das Argument einer Unzumutbarkeit eines ungewollten Statutenwechsels ist zwar im Grundsatz einleuchtend. Einen temporären Statutenwechsel, gefolgt von einer alsbaldigen Anteilsübertragung, kann man hingegen freilich für den austretenden Gesellschafter für zumutbar erachten.

48 Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 7.

Modell 2

Dogmatisch ist auch die folgende Vorgehensweise vorstellbar: Die übertragende Gesellschaft unterbreitet den Gesellschaftern im Verschmelzungsplan ein verbindliches Abfindungsangebot. Darin könnte gleichzeitig das Angebot des übertragenden Rechtsträgers enthalten sein, die *bisherigen Anteile* des dissentierenden Gesellschafters zu übernehmen. Durch die Annahme des Abfindungsangebots könnte sich der Gesellschafter aufschiebend bedingt zu dieser Anteilsübertragung verpflichten. Nur der Vollzug dieses Geschäfts würde mit Wirksamwerden der Verschmelzung von Gesetzes wegen eintreten.⁴⁹ Die übertragende Gesellschaft würde die Anteile des dissentierenden Gesellschafters als eigene Anteile für eine juristische Sekunde erhalten. Nach der Umwandlung würde der Zielrechtsträger die Anteile als Vermögen der alten Gesellschaft erwerben und müsste aufgrund der umwandlungsrechtlichen Universalsukzession die ursprünglich beim Ausgangsrechtsträger entstandene Verpflichtung zur Abfindungszahlung an die ausgeschiedenen Gesellschafter leisten. Eine Beurkundungsbedürftigkeit bestünde für die Annahmeerklärung aus § 15 Abs. 4 GmbHG, sofern eine GmbH als Ausgangsrechtsträger fungiert.

Modell 3

Schließlich ist ein drittes Modell denkbar.⁵⁰ In diesem bietet die übertragende Gesellschaft ihrem Gesellschafter eine Abfindung an. Diese Abfindung wird nicht dafür gewährt, dass der Gesellschafter seine bisherigen Anteile auf den Zielrechtsträger rechtsgeschäftlich überträgt, sondern nur dafür, dass er keine neuen Anteile an der neuen Gesellschaft erhält.⁵¹ Mit Wirksamwerden der Verschmelzung scheidet der Gesellschafter *ipso iure* aus der Gesellschaft aus.⁵² Die Anteile, welcher ihm zuzuteilen wären, gehen aber nicht unter. Diese erhält nach einer Ansicht die neue Gesellschaft dann *ipso iure* als eigene Anteile.⁵³ Nach anderer Ansicht fallen diese Anteile (wohl auch *ipso iure*) der Gesellschaft an, die (nach dem Verschmelzungs- bzw. Spaltungsplan) die Abfindung zu leisten hat.⁵⁴

49 Vgl. BT-Drs. 20/3822, S. 96.

50 So: Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 7 ff.; J. Schmidt, NZG 2022, 579, 581 f.

51 Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 8 f.

52 J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582 („[Sie] scheiden also im Zeitpunkt des Wirksamwerdens der grenzüberschreitenden Umwandlung *ipso iure* aus.“); BT-Drs. 20/3822 S. 96.

53 So wohl: J. Schmidt, NZG 2022, 579, 582

54 Vgl. Verse, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 12 ff.

In diesem Modell kommt es zu keiner Abtretung der Anteile des alten Gesellschafters, weder an den Ausgangs- noch an den Zielrechtsträger. Es wird auch keine Verpflichtung zur Abtretung der alten Anteile begründet. Die Abfindung wird nicht für die alten Anteile gezahlt, sondern nur dafür, dass der Anteilsinhaber keine neuen Anteile an der neuen Gesellschaft erhält. Im Abfindungsangebot wird daher nicht gleichzeitig der „Erwerb“ der alten Anteile angeboten. In dogmatischer Hinsicht könnte man an einen Verzicht denken. Man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass in Ermangelung einer Abtretung oder einer Verpflichtung hierzu die Annahmeerklärung formfrei ist.

Dem ist jedoch entgegenzutreten. Selbst wenn ein *ipso iure* Erwerb vorliegt, folgt daraus nur, dass § 15 Abs. 3 GmbHG nicht anwendbar ist. Ob vor dem Vollzug eine Verpflichtung i. S. d. § 15 Abs. 4 GmbHG eingegangen wird, ist eine hiervon zu unterscheidende Frage. Es gilt das Trennungs- und Abstraktionsprinzip

Entscheidung des Gesetzgebers

Der UmRUG Gesetzgeber hat eine klare Entscheidung getroffen: Schon der Wortlaut des § 313 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UmwG spricht für eine Verpflichtung zum Erwerb der alten Anteile. Dort wird normiert, dass die angemessene Abfindung gegen „den Erwerb seiner Anteile“ angeboten wird. Dem steht aufgrund des besagten Trennungsprinzips nicht entgegen, dass die Regierungsbegründung⁵⁵ davon ausgeht, dass die dissentierenden Gesellschafter ihre Anteile im Ergebnis nicht abtreten, sondern mit Wirksamwerden der Umwandlung aus der Gesellschaft ausscheiden. Es wurde zwar argumentiert, dass das Abfindungsangebot nicht für die alte Mitgliedschaft abgegeben werde, sondern nur dafür, dass der dissentierende Anteilsinhaber keine Anteile an der neuen Gesellschaft erhalte.⁵⁶

Dem ist jedoch entgegenzutreten. Ausweislich des Wortlauts § 313 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UmwG erfolgt das Abfindungsangebot „gegen den Erwerb der Anteile“ des dissentierenden Gesellschafters. Man könnte, wenn man dies als überschießend betrachtet, auch argumentieren, dass es jedenfalls für den Erwerb des Anwartschaftsrechts an den neuen Anteilen der aufnehmenden Gesellschaft gezahlt wird. In jedem Fall enthält das Abfindungs-

angebot eine Erklärung in Bezug auf Anteile i. S. d. § 15 Abs. 4 GmbHG.

Fehlende Unmittelbarkeit?

Die Kritiker der Beurkundungspflicht der Annahmeerklärung monieren auch, dass § 15 Abs. 4 GmbHG nicht eingreife, weil es an der erforderlichen Unmittelbarkeit zwischen Vereinbarung und Abtretung mangle.⁵⁷ Die Übertragung des GmbH-Geschäftsanteils sei lediglich eine bloße Ausscheidensmodalität in der Vereinbarung und kein zentraler Inhalt.⁵⁸ Bei grenzüberschreitenden Umwandlungen greift dieses Argument aber nicht: Der Wortlaut des § 313 Abs. 1 S. 1 Hs. 1 UmwG spricht eindeutig dafür, dass das Angebot „gegen“ den „Erwerb seiner Anteile“ abgegeben werde. Das Gesetz geht mithin selbst von *Unmittelbarkeit der Verpflichtung* aus.

Schutzzweck

Es wird weiter argumentiert, dass der primäre Schutzzweck des § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG nicht einschlägig sei. Die Gefahr eines schnellen, spekulativen Handels mit GmbH-Geschäftsanteilen, die § 15 Abs. 4 S. 1 GmbHG verhindern soll, bestehe im Falle des Barabfindungsangebots im Kontext einer Umwandlung gerade nicht.⁵⁹ Außerdem seien die Gesellschafter – speziell vor der Gefahr einer unzureichend informierten Entscheidung – durch das spezielle umwandlungsrechtliche Schutzinstrumentarium umfassend geschützt.⁶⁰

Der Gesetzgeber selbst geht in seiner Begründung zu § 313 aber davon aus, dass die Annahme notariell beurkundet werden muss und stellt dies nochmals in § 313 Abs. 3 S. 4 UmwG klar.⁶¹ Entscheidend sei, dass die neben der

57 *Verse*, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 17; *J. Schmidt*, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 243.

58 *J. Schmidt*, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 243.

59 *J. Schmidt*, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 243 f. (zu nationalen Umwandlungen); *dies.*, NZG 2022, 579, 583.

60 *J. Schmidt*, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 244 (zu nationalen Umwandlungen).

61 BT-Drs. 20/3822, S. 96 („Die Form der Annahmeerklärung wird durch das Umwandlungsgesetz nicht geregelt. Sie beurteilt sich – ebenso wie bei Verschmelzungen unter ausschließlicher Beteiligung inländischer Rechtsträger – nach den rechtsformspezifischen Vorschriften über die Verpflichtung zur Übertragung von Anteilen. Für eine übertragende GmbH bedeutet dies, dass die Annahme des Angebots gemäß § 15 Absatz 4 GmbHG der notariellen Beurkundung bedarf. Absatz 3 Satz 4 hat insoweit lediglich klarstellenden Charakter. Hieran ändert auch der Umstand nichts, dass die dingliche Übertragung der Geschäftsanteile nicht im Wege rechtsgeschäftlicher Abtretung erfolgt, sondern die Gesellschafter mit wirksamkeits-begründender Eintragung der Verschmelzung kraft Gesetzes aus der Gesellschaft ausscheiden (vgl. Absatz 4). Entscheidend ist allein, dass die neben der Vereitelung des spekulativen Handels bestehenden Schutzzwecke von § 15 Absatz 4 GmbHG, namentlich die Beweiserleichterung und Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse sowie der Schutz der Anleger vor übereilten und unberatenden Entscheidungen, im konkreten Fall von der bindenden Entscheidung zum Austritt aus der Gesellschaft gleichermaßen betroffen sind. Die Anwendbarkeit der rechtsformspezifischen Formvorschriften ist mit der GesRRL vereinbar (vgl. Erwägungsgrund 18 UmwRL.“).

55 Vgl. dazu: BT-Drs. 20/3822, S. 96.

56 So auch *Verse*, Grundfragen des Austrittsrechts bei der grenzüberschreitenden Spaltung, Arbeitspapier des Instituts für deutsches und europäisches Gesellschafts- und Wirtschaftsrecht, S. 8 ff.

Vereitelung des spekulativen Handels bestehenden Schutzzwecke von § 15 Absatz 4 GmbHG, namentlich die Beweiserleichterung und Richtigkeitsgewähr hinsichtlich der Beteiligungsverhältnisse sowie der Schutz der Anleger vor übereilten und unberatenern Entscheidungen, im konkreten Fall von der bindenden Entscheidung zum Austritt aus der Gesellschaft gleichermaßen betroffen seien.⁶² Hier sind auch die umwandlungsrechtlichen Spezifika zu würdigen, namentlich der umwandlungsrechtliche Bestandsschutz. Dieser erfordert ein besonderes Maß an Kontrolle für die Annahmeerklärung, da die Rechtsfolgen der (grenzüberschreitenden) Umwandlung im Interesse der Rechtssicherheit auch eintreten, wenn die Annahmeerklärung unwirksam sein sollte. Wurde eine Annahmeerklärung unwirksam abgegeben, so scheidet der Erklärende dennoch aus. Hiervor schützt die notarielle Beurkundung zuverlässig.

Argumente pro Beurkundungspflicht

Auch im Übrigen sprechen die besseren Argumente für die Annahme einer Beurkundungspflicht. Wirtschaftlich betrachtet handelt sich im Ergebnis um nichts anderes als eine Anteilsübertragung. Im Hinblick auf die notwendige Kohärenz der Rechtslage für nationale und grenzüberschreitende Umwandlungen würde es seltsam anmuten, wenn die Annahmeerklärung nur im ersten Fall beurkundungsbedürftig wäre. Auch die Materialien zur Mobilitäts-RL stützen dieses Ergebnis. Nach ErwG. 19 S. 3 Mobilitäts-RL bleiben etwaige nach nationalem Recht festgelegte Formerfordernisse für die Annahmeerklärung unberührt. Betrachtet man historisch das Gesetzgebungsverfahren zur Mobilitäts-RL, so wurden die die

Austrittserklärung tragenden Erwägungsgründe vor dem Hintergrund des § 15 GmbHG maßgeblich auf Betreiben der deutschen Delegation eingefügt.⁶³ Es wäre widersprüchlich, wenn der ausdrücklichen Klarstellung etwaiger strengerer nationaler Formvorschriften in ErwG. 19 S. 3 Mobilitäts-RL kein Bedeutungsgehalt zukäme. Würde man auf eine notarielle Beurkundung verzichten, könnte zuletzt ein schleichender Erosionsprozess im Hinblick auf diese Vorschrift in Gang gesetzt werden.⁶⁴ Hiervor hat sich der Gesetzgeber mit guten Gründen bewusst gehütet.

Fazit

Dem Umsetzungsgesetzgeber gelingt die durch sekundärrechtliche Spezifika, insbesondere die Austrittserklärung, erschwerte Implementierung des Austrittsrechts gegen Barabfindung für grenzüberschreitende Umwandlungen in das UmwG. Die Diskussion um die notarielle Beurkundungspflicht der Annahmeerklärung entzündet sich an der Systematik des Austrittsrechts gegen Barabfindung bei grenzüberschreitenden Umwandlungen, die – entgegen der tradierten Dogmatik bei nationalen Umwandlungen – um jeden Preis eine temporäre Mitgliedschaft der austretenden Gesellschafter im Zielrechtsträger zu verhindern sucht. Zurecht wurde dieses sekundärrechtlich vorgegebene System nicht auf nationale Umwandlungen übertragen und an dem bewährten Beurkundungserfordernis der Annahmeerklärung festgehalten. Dies wird nicht nur durch rechtsdogmatische Gesichtspunkte erzwungen, sondern ist auch durch den § 15 Abs. 4 GmbHG innewohnenden Schutzzweck geboten.

⁶² BT-Drs. 20/3822, S. 96.

⁶³ J. Schmidt, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 229, 242.

⁶⁴ Vgl. Schollmeyer, in: ZGR Sonderheft 26, Unternehmensmobilität im Binnenmarkt, 31, 40

Trends im Grundstücks- und Grundbuchverkehr

Von Notar a. D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz*

Neuere Gesetzgebung und Rechtsprechung wirken derzeit in besonderem Maße auf das Grundstücks- und Grundbuchrecht ein, schaffen Neuigkeiten und Veränderungen. Einige der Entwicklungen sollen dargestellt werden.

Auflassung und kausales Rechtsgeschäft Erklärungen nur beim deutschen Notar

Ein deutsches Grundstück kann lediglich vor einem deutschen Notar aufgelassen werden. Bei der Entscheidung des BGH¹ ging es um die Übertragung eines Miteigentumsanteils an einem in Deutschland belegenen Grundstücks vor einem Notar des Kantons Basel-Stadt. Die fachliche Expertise der im Inland bestellten Notare und die fachlichen Anforderungen an die zur Entgegennahme von Auflassungen ermächtigten Konsularbeamten (vgl. § 19 Abs. 1 und 3 KonsG) stellen sicher, dass die Auflassungen nicht nur den materiell-rechtlichen Vorgaben etwa in § 925 Abs. 2 BGB, sondern auch den grundbuchverfahrensrechtlichen Vorgaben (§ 20 GBO) entsprechen. Die Erstreckung von § 925 Abs. 1 Satz 2 BGB auf ausländische Notare ist auch unter dem Gesichtspunkt einer unionsrechtskonformen Auslegung der Vorschrift weder veranlasst noch geboten. Die in einem vom Schweizer Notar beurkundeten Kaufvertrag enthaltene Eintragungsbewilligung für eine Eigentumsvormerkung (§ 883 BGB) ist allerdings im deutschen Grundbuchamt zu akzeptieren.

Beurkundung der Erklärungen und keine Unterschriftsbeglaubigung

Die Auflassung ist materiell-rechtlich nicht beurkundungsbedürftig, sondern muss nur vor dem Notar als zuständige Stelle bei gleichzeitiger Anwesenheit von Veräußerer und Erwerber erklärt werden. § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO schreibt für den Fall der Auflassung (§ 20 GBO) aber vor, dass die für die Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Bei der Auflassung ist allerdings die Einhaltung der Form des § 925 Abs. 1 BGB – also die gleichzeitige Anwesenheit von Veräußerer und Erwerber vor einer zuständigen Stelle (in der Regel Notar) – nachzuweisen. Dies erfordert eine einheitliche Ver-

handlung nach § 8 BeurkG und kann nur durch öffentliche (§ 128 BGB) – nicht durch öffentlich beglaubigte (§ 129 BGB) – Urkunde nachgewiesen werden. Die nur öffentlich beglaubigte Erklärung einer Person, die sowohl den Veräußerer als auch den Erwerber bei der Einigung über den Eigentumsübergang vertritt, genügt den Formerfordernissen des § 925 Abs. 1 BGB nicht.²

Keine Auflassung in einem notariellen Einzel-Testament

Bei der Erfüllung eines dem deutschen Erbstatut unterfallenden Vermächnisses ist zu beachten, dass die Auflassung gemäß § 925 Abs. 1 Satz 1 BGB zu ihrer Wirksamkeit bei gleichzeitiger Anwesenheit von Veräußerer und Erwerber vor einer zuständigen Stelle erklärt und dies dem Grundbuchamt gegenüber gemäß §§ 20, 29 GBO nachgewiesen werden muss. Erklärt der Erblasser bereits in seinem Einzeltestament die Auflassung von Grundstücken an den Vermächtnisnehmer, bleibt dies wirkungslos und ersetzt die Auflassung durch die Erben nicht.³

Abgeschlossen werden könnte aber ein bezüglich des Vermächnisses bindender Erbvertrag zwischen dem Erblasser als Veräußerer und dem Vertragspartner als künftigem Vermächtnisnehmer mit darin enthaltener Auflassung und der Anweisung an den Notar für eine Ausfertigungs- und Vorlagesperre. Zu beachten ist jedoch, dass die Auflassung nicht aufschiebend befristet durch den Tod des Erblassers erklärt werden darf. Möglich ist jedoch eine entsprechende Befristung bei der Eintragungsbewilligung; mit der Sterbeurkunde des Erblassers kann der Nachweis für den Ereigniseintritt gegenüber dem Grundbuchamt geführt werden.⁴ Der Tod des Veräußerers lässt die einmal erklärte Auflassung unberührt, § 130 Abs. 2 BGB.

Lebzeitige Verfügungen lassen sich dadurch unterbinden, dass ein erbvertraglich bindendes Grundstücksvermächtnis durch eine Verfügungsunterlassungsverpflichtung

¹ BGH v. 13.2.2020, V ZB 3/16, DNotZ 2020, 742 m. Anm. Raff = NJW 2020, 1670 = Rpfleger 2020, 444. Ausführlich *Strauß*, MittBayNot 2021, 440, 447.

² OLG Braunschweig v. 16.4.2019, 1 W 59/17, ZfR 2019, 507 (Ls.) = FGPrax 2019, 151 = NJW-RR 2019, 1298 = RNotZ 2019, 465; KG Berlin v. 20.1.2015, 1 W 559, 560/14, NotBZ 2015, 387.

³ OLG Rostock v. 13.8.2018, 3 W 160/16, NJW-RR 2019, 6 = NotBZ 2019, 194 = RNotZ 2019, 150 = Rpfleger 2019, 77.

⁴ *Reymann* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl. 2020, § 2174 Rn. 65. Ausführlich *Halding-Hoppenheit*, RNotZ 2005, 311.

des Erblassers mit vormerkungsgesicherter, bedingter Übertragungsverpflichtung im Falle des Zuwiderhandelns flankiert wird. Denkbar wäre auch eine Schenkung aufschiebend befristet auf den Todesfall oder vorbehaltlos, jedoch mit entsprechender Fälligkeitsregelung; Absicherung der Übertragungsverpflichtung durch Vormerkung. Weiter könnte eine trans-/postmortale Vollmacht des Testierers im notariellen Testament an den Vermächtnisnehmer zur Erklärung des Vermächtnisgrundstücks unter Befreiung von § 181 BGB erteilt werden. Allerdings besteht das Risiko eines Widerrufs oder der Anfechtung der Verfügung von Todes wegen.

Eintragungsbewilligung neben Auflassung Grundsätzliches

Eine Zug-um-Zug-Leistung von Eigentum und Kaufpreis gibt es im Sachenrecht nicht, weil die Eigentumsänderung im Grundbuch zeitlich nie mit der Kaufpreiszahlung zusammenfällt und die Auflassung weder unter einer Bedingung noch einer Befristung erklärt werden darf, § 925 BGB. Deshalb gibt es bei den Notaren verschiedene Strategien.

Es ist herrschende Meinung, dass in den Fällen des Eigentumswechsels an einem Grundstück dem Grundbuchamt sowohl die formelle Bewilligung des Veräußerers nach § 19 GBO als auch die materielle Einigung des § 20 GBO nachzuweisen sind. Fraglich ist im vorliegenden Fall, ob in der materiellen Auflassungserklärung des Eigentümers (§ 873 BGB) auch seine formelle Bewilligung (§ 19 GBO) liegt. Bei der Erklärung der formellen Bewilligung in den Fällen des § 20 GBO ist die herrschende Meinung sehr großzügig: Die materielle Auflassungserklärung enthalte regelmäßig die formelle Eintragungsbewilligung, sofern nicht ein gegenteiliger Wille ausdrücklich erklärt oder den Umständen nach deutlich erkennbar sei.⁵ Der Notar sollte aber einen sicheren Weg gehen und sich nicht auf Auslegungshilfen verlassen.

Gestaltungsmöglichkeiten Risikoabwägung

Ausgehend von dem sicheren Standpunkt, dass in der Auflassungserklärung des eingetragenen Eigentümers nicht zugleich seine Einwilligung liegt, hat der Notarstand verschiedene Gestaltungsmöglichkeiten entwickelt. In der Rechtspraxis bestehen drei bevorzugte Wege:⁶ die

Ausfertigungssperre (auch Auflassungssperre genannt), die Bewilligungslösung⁷ und die Regelung über eine aufschiebend bedingte Bewilligung.⁸

Bei allen drei Lösungen wird die dingliche Einigungserklärung i. S. v. § 873 Abs. 1 BGB beurkundet, so dass die Beteiligten gemäß § 873 Abs. 2 Var. 1 BGB gebunden sind. Allerdings tritt der Schutz des § 878 BGB nur ein, wenn neben der bindenden Einigung auch noch der Eintragungsantrag hinsichtlich der Eigentumsumschreibung beim Grundbuchamt gestellt ist. Ist also die Eintragungsbewilligung und der Eintragungsantrag beurkundet, ist zum Zeitpunkt der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über das Vermögen des Verkäufers jedoch der Antrag auf Eigentumsumschreibung mangels Kaufpreiszahlung noch nicht beim Grundbuchamt gestellt worden, so ist die Eintragungsbewilligung nicht mehr für den Vollzug der Eigentumsumschreibung tauglich.

Alle Lösungen haben deshalb in einem Insolvenzfall des Veräußerers diesen Nachteil. Die Ausnahmevorschrift des § 878 BGB ist nicht anwendbar. Danach müsste vor Insolvenzeröffnung die Auflassung bindend geworden sein und der Eintragungsantrag gestellt worden sein. Stets sollte deshalb rechtzeitig die Eintragung einer Eigentumsvormerkung veranlasst werden. Dann ist der Insolvenzverwalter verpflichtet, den vorgemerkten Anspruch gegenüber dem Vormerkungsberechtigten so zu erfüllen, wie es außerhalb des Insolvenzverfahrens der Schuldner tun müsste. Der Insolvenzverwalter müsste die Auflassung erklären bzw. die bisherige Auflassung der Kaufvertragsparteien genehmigen.⁹

Aufspaltung eines Kaufvertrags in Angebot und Annahme notarrechtlich brisant

Angebot und Annahme zu einem Grundstückskaufvertrag müssen notariell beurkundet werden. Für die Auflassung ist eine Sukzessivbeurkundung unzulässig (vgl. § 925 BGB). Der BGH¹⁰ musste zur planmäßigen und missbräuchlichen Aufspaltung von Kaufverträgen in Angebot und Annahme durch einen Notar Stellung nehmen und stellte lapidar in seinen Ent-

⁵ Dazu *Böttcher*, NJW 2020, 2604.

⁶ Gutachten DNotI-Report 2019, 137.

⁷ OLG Braunschweig v. 16.4.2019, 1 W 59/17, ZfIR 2019, 507 (Ls.) = FGPrax 2019, 151 = NJW-RR 2019, 1298 = RNotZ 2019, 465.

⁸ Zur aufschiebend bedingten Bewilligung *Weber/Wesjack*, DNotZ 2019, 164 sowie Gutachten DNotI-Report 2019, 137.

⁹ Dazu Gutachten DNotI-Report 2019, 137.

¹⁰ BGH v. 28.8.2019, NotSt (Bfgr) 1/18, DNotI-Report 2019, 190 = MittBayNot 2020, 489 = NJW-RR 2020, 557 (Aufspaltung des Kaufvertrags in Angebot und Annahme in 195 Fällen). Ausführlich zu berufsethischen und berufsrechtlichen Schlussfolgerungen *Sandkühler*, MittBayNot 2020, 509; *Ganter*, WuB 2020, 305.

scheidungsgründen fest: *“Kann der Notar aufgrund der räumlichen Distanz zwischen seinem Amtssitz und dem Geschäftsort eines ihn in einer Vielzahl von Urkundsgeschäften beauftragenden Unternehmens Grundstückskaufvertragsbeurkundungen regelmäßig nur unter systematischer Aufspaltung von Angebot und Annahme vornehmen, muss er seine Tätigkeit versagen und seinen Auftraggeber an einen an dessen Geschäftsort ansässigen Notar verweisen.”*¹¹ Der BGH¹² weiter: *“Hätte der Beklagte, wie es seiner Amtspflicht entsprochen hätte, ... ein kurzes, von echtem Interesse für die persönliche, berufliche und wirtschaftliche Situation der Käufer und deren Absichten im Hinblick auf den Wohnungskauf getragenes Vorgespräch von einigen wenigen Minuten geführt ... und die Frage gestellt, wann diese von wem welche Unterlagen mit welchem Inhalt erhalten hatten, hätte er den sich unmittelbar vor seinen Augen ... in zahlreichen Fällen abspielenden Betrug erkennen und verhindern können.”* Der Fall lehrt, dass eine Aufspaltung des schuldrechtlichen Geschäfts in Angebot und Annahme immer eine Einzelfallprüfung des (Zentral-)Notars voraussetzt, aus welchen Gründen die gleichzeitige Anwesenheit der Vertragsparteien nicht möglich ist, denn dies ist der Regelfall guter notarieller Verfahrensgestaltung.¹³

Vertretungsausschluss von Eltern und Genehmigungen Lediglich rechtlich vorteilhaftes Rechtsgeschäft

Der Erwerb von Immobilien durch Minderjährige wirft stets die Frage auf, ob die Eltern als gesetzliche Vertreter handeln können und ob für das Rechtsgeschäft eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist. Die Vorschriften § 1629 Abs. 2 Satz 1 BGB i. V. m. § 1824 Abs. 1 Nr. 1 BGB, § 181 BGB hindern den Elternteil/Vormund an der Vertretung des Minderjährigen, wenn der Vertragspartner des Kindes oder bei einseitigen Rechtsgeschäften dessen Erklärungsempfänger entweder der Ehegatte des Elternteils/Vormunds oder ein mit dem Elternteil/Vormund in gerader Linie Verwandter (§ 1589 BGB) ist (z. B. Schenkungsvertrag, Überlassungsvertrag). Bei solchen Rechtsgeschäften werden Minderjährige gemäß § 1809 Abs. 1 Satz 1 BGB durch einen vom Familiengericht zu bestellenden Ergänzungspfleger vertreten. Auf diesen finden die Vorschriften von §§ 1813, 1799 BGB entsprechende Anwendung.

11 BGH v. 28.8.2019, NotSt (Brfg) 1/18, Rdnr. 53, DNotI-Report 2019, 190 = MittBayNot 2020, 489 = NJW-RR 2020, 557.

12 BGH v. 28.8.2019, NotSt (Brfg) 1/18, Rdnr. 78, DNotI-Report 2019, 190 = MittBayNot 2020, 489 = NJW-RR 2020, 557.

13 Sandkühler, MittBayNot 2020, 509.

Der Mitwirkung eines Ergänzungspflegers bedarf es jedoch nicht, wenn das Rechtsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft oder zumindest neutral ist, da hier ein Interessenwiderstreit ausgeschlossen ist und Belange Dritter nicht entgegenstehen,¹⁴ vielmehr können ihn dann die Eltern wirksam vertreten.

Wird dem Minderjährigen ein Grundstück geschenkt, das vermietet ist, erwirbt er nicht nur das Eigentum an dem Grundstück, sondern tritt er mit dem Eigentumserwerb gemäß § 566 BGB qua Gesetz in sämtliche Rechte und Pflichten des bestehenden Mietverhältnisses ein.¹⁵ Der Minderjährige erwirbt einen Gegenstand, der dazu führen kann, dass auch kostenintensive Vermieterpflichten aus dem sonstigen Vermögen des Minderjährigen erfüllt werden müssen. Die Pflichten des Vermieters beschränken sich nämlich bei einem vermieteten Grundstück gerade nicht auf die bloße Zurverfügungstellung der Mietsache, sondern erfassen auch die Pflicht, diesen im vertragsgerechten Zustand zu erhalten und die Möglichkeit, wegen Pflichtverstoßen Schadensersatzansprüchen ausgesetzt zu sein, die nicht auf den Wert des Mietgegenstandes beschränkt sind, also auch das sonstige Vermögen des Minderjährigen betreffen können.¹⁶

Ist bei einer Schenkung eines Grundstücks an einen Minderjährigen ein Rückübertragungsrecht des Veräußerers in den Rechtsfolgen nach bereicherungsrechtlichen Grundsätzen ausgestaltet, sodass sich die Haftung des Beschenkten auf das unentgeltlich Zugewendete beschränkt, so folgt aus dem Rückforderungsvorbehalt nicht eine Nachteiligkeit der Schenkung,¹⁷ denn in diesem Fall kann sich der Minderjährige auf den Wegfall der Bereicherung berufen (§ 818 Abs.3 BGB); ein Zugriff auf sein sonstiges Vermögen wäre dann nicht möglich. Eine Genehmigungspflicht nach § 1643 Abs. 1 BGB i. V. m. § 1850 BGB besteht nicht.¹⁸

14 OLG München v. 27.9.2021, 34 Wx 253/21, DNotI-Report 2021, 166 = Rpfleger 2021, 691; BGH v. 27.9.1972, IV ZR 225/69, FamRZ 1972, 630 = NJW 1972, 2262 = Rpfleger 1974, 105.

15 Ausführlich BGH v. 28.4.2022, V B 4/21, MittBayNot 2022, 443 = NJW-RR 2022, 1027 = Rpfleger 2022, 496 m. Anm. Lamberz = NJ 2022, 366 m. Anm. Klose = ZfIR 2022, 404 m. Anm. Salzig.

16 So schon Klose, NJ 2022, 366.

17 OLG München v. 30.4.2020, 34 Wx 341/18, BWNotZ 2020, 299 = DNotZ 2020, 863 = FGPrax 2020, 114 m. Anm. Dressler-Berlin = NJW-RR 2020, 1078 = Rpfleger 2020, 379 m. Anm. Lamberz.

18 OLG München v. 30.4.2020, 34 Wx 341/18, BWNotZ 2020, 299 = DNotZ 2020, 863 = FGPrax 2020, 114 m. Anm. Dressler-Berlin = NJW-RR 2020, 1078 = Rpfleger 2020, 379 m. Anm. Lamberz; OLG Dresden v. 2.4.1996, 3 W 336/96, MittBayNot 1996, 288 = MittRhNotK 1997, 184; Gutachten DNotI Abruf-Nr.191679.

Nach OLG Brandenburg¹⁹ führt die Einräumung eines bedingten vertraglichen Rückforderungs- oder Rücktrittsrechts zur Bewertung des Schenkungsvertrags als nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, wenn die Haftung des Beschenkten nur auf die Zeit bis zu seiner Volljährigkeit beschränkt wird. Eine Klausel zur Befreiung des Minderjährigen von der Kostentragungslast bei einer Grundstücksschenkung lässt das Rechtsgeschäft nicht lediglich rechtlich vorteilhaft erscheinen, sofern diese Befreiung nur bis zum Erreichen der Volljährigkeit gelten soll.

Die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach § 1643 Abs. 1, § 1850 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.²⁰

Das OLG Zweibrücken²¹ schließt sich auch hinsichtlich der Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung eines Rückübertragungsanspruchs ausdrücklich dieser Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs an, wonach bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung die Vormerkung keine Schmälerung eines bereits vorhandenen Grundbesitzes darstellt, sondern als Teil des Erwerbsvorgangs anzusehen ist. Ein Genehmigungsbedürfnis nach § 1850 Nr. 1 und 5 BGB (bis 31.12.2022: § 1821 Abs. 1 Nr. 1 und 4 BGB) besteht demnach nicht.

Ein Erwerb des Minderjährigen ist demnach rechtlich nachteilig, wenn dieser mit dem Eigentumsübergang persönliche Verpflichtungen übernimmt:

- Vermietetes/verpachtetes Grundstück,
- Grundstück mit Nießbrauch belastet,²²
- Grundstück mit Reallast belastet (z. B. auch Erbbauzins),

- Eintritt in eine Wohnungseigentümergeinschaft,²³ Übernahme persönlicher Verpflichtungen in der WEG-Gemeinschaft, Eintritt in WEG-Verwaltervertrag,
- Persönliche, nicht nur bereicherungsrechtliche Haftung des Minderjährigen für vereinbarte Rückforderungs-/Rücktrittsrechte (insbesondere aus § 346 Abs. 2 - 4 BGB),²⁴
- Ausschluss der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft gemäß § 1010 BGB.²⁵

Konsequenzen des Vertretungsausschlusses der Eltern

Wegen des Vertretungsausschlusses der Eltern ist die Erklärung der Auflassung durch die Eltern als Rechtsgeschäft nach § 177 BGB schwebend unwirksam.²⁶ Mit der Genehmigung durch den Ergänzungspfleger (§ 1809 BGB) wird die Auflassung rückwirkend (§ 184 BGB) wirksam. Das Grundbuchamt hat daher die beantragten Eintragungen von der Vorlage der Genehmigung der Auflassung durch einen Ergänzungspfleger abhängig zu machen (§ 20 GBO).²⁷

Transmortale Vollmachten

Entbehrlichkeit des Erbfolgenachweises

Verstirbt ein Vollmachtgeber, wirft dies die Frage auf, ob sich der Bevollmächtigte, der Alleinerbe oder Miterbe ist, zusätzlich durch einen Erbschein ausweisen muss. Problematisch war bisher, ob eine transmortale Vollmacht des eingetragenen Berechtigten zum Nachweis der Vertretungsmacht des Bevollmächtigten auch dann genügt, wenn dieser erklärt, Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein. In Rechtsprechung und Literatur ist dies umstritten. Das KG Berlin²⁸ folgt der bisherigen Rechtsansicht nicht und lässt eine transmortale Vollmacht genügen. Die Position des bevollmächtigten Erben wurde durch den Gerichtsentscheid erheblich

19 OLG Brandenburg v. 11.9.2020, 9 WF 198/20, MittBayNot 2021, 588 = NJW 2021, 477. Dazu *Esskandari/Bick*, ErbStB 2021, 277; *Löhnig*, NZFam2020, 974.;

20 So BGH v. 11.3.2021, V ZB 127/19, DNotI-Report 2021, 77 = DNotZ 2021, 308 = NJW 2021, 1673 = Rpfleger 2021, 399.

21 OLG Zweibrücken v. 11.8.2022, 3 W 51/22, NJW 2022, 3015.

22 OLG München v. 30.4.2022, 34 Wx 341/18, BWNotZ 2020, 299 = DNotZ 2020, 863 = FGPrax 2020, 114 m. Anm. *Dressler-Berlin* = NJW-RR 2020, 1078 = Rpfleger 2020, 379 m. Anm. *Lamberz*.; OLG Brandenburg v. 11.9.2020, 9 WF 198/20, MittBayNot 2021, 588 = NJW 2021, 477; OLG Zweibrücken v. 1.8.2022, 3 W 51/22, NJW 2022, 3015.

23 OLG Brandenburg v. 5.7.2021, 9 WF 158/21, DNotZ 2022, 99 = Rpfleger 2022, 321.

24 Dazu OLG Brandenburg v. 5.7.2021, 9 WF 158/21, DNotZ 2022, 99 = Rpfleger 2022, 321.

25 OLG München v. 28.9.2021, 34 Wx 253/21, DNotI-Report 2021, 166 = FamRB 2022, 19 m. Anm. *Bartels* = NJW-RR 2022, 166 = NotBZ 2022, 150 = Rpfleger 2021, 691 = ZEV 2022, 290 m. Anm. *Damrau*.

26 RGZ 93, 334, 337; Grüneberg/Götz, BGB, 81. Aufl., BGB § 1630 Rn. 3; Staudinger/*Lettmaier*, BGB, 2020, BGB § 1630 Rn. 24; Erman/*Döll*, BGB, 16. Aufl., § 1630 Rn. 2.

27 So BGH v. 28.4.2022, V ZB 4/21, MittBayNot 2022, 443 = NJW-RR 2022, 1027 = Rpfleger 2022, 496 m. Anm. *Lamberz* = NJ 2022, 366 m. Anm. *Klose* = ZfIR 2022, 404 m. Anm. *Salzig*; BGH v. 11.3.2021, V ZB 127/19, DNotI-Report 2021, 77 = DNotZ 2021, 308 = NJW 2021, 1673 = Rpfleger 2021, 399; OLG München v. 27.9.2021, 34 Wx 253/21, DNotI-Report 2021, 166 = Rpfleger 2021, 691.

28 KG Berlin v. 2.3.2021, 1 W 1503/20, BWNotZ 2021, 152 = DNotZ 2021, 703 m. zust. Anm. *Meier* = FGPrax 2021, 98 m. Anm. *Milzer* = Rpfleger 2021, 405. Dazu *Bestelmeyer*, Rpfleger 2022, 601, 617; *Wendt*, ErbR 2021, 657; *Keim*, notar 2021, 308; *Kollmeyer*, ZEV 2021, 557.

gestärkt, die Vorlage eines Erbscheins für entbehrlich gehalten.

Besonderheit bei betreuungsbehördlich beglaubigter Vollmacht

Der BGH²⁹ hat sowohl die Frage bejaht, ob eine von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde beglaubigte Vorsorgevollmacht ausreicht, um ein Grundstück zu veräußern, als auch die Frage, ob sie nach dem Tod des Vollmachtgebers noch verwendet werden darf. Der Gesetzgeber sieht dies für die Zeit ab 1.1.2023 jedoch anders. Bei einer von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterschriftsbeglaubigten Vorsorgevollmacht besteht gemäß dem ab 1.1.2023 geltenden § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG eine Besonderheit, die zu beachten ist. Die Wirkung der öffentlichen Beglaubigung der Unterschrift durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde wird auf die Lebenszeit des Vollmachtgebers begrenzt; die Vollmacht endet für die Vornahme grundbuchverfahrensrechtlicher Erklärungen durch den Bevollmächtigten mit dem Tod des Vollmachtgebers. Eine solche von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterschriftsbeglaubigte transmortale Vorsorgevollmacht verliert mit dem Tod des Vollmachtgebers aber nicht etwa ihre materiell-rechtliche Wirkung (vgl. § 168 Satz 1 BGB i. V. m. § 672 Satz 1 BGB), sie genügt nur nicht mehr dem grundbuchverfahrensrechtlichen Formerfordernis des § 29 Abs. 1 GBO (vgl. § 7 Abs. 1 Satz 2 BtOG). Die Vollmacht kann deshalb nicht mehr beim Grundbuchamt für eine Nachlassabwicklung verwendet werden. Für die Prüfung durch das Grundbuchamt gelten die Grundsätze, die für die Prüfung des materiell-rechtlichen Fortbestands einer Vollmacht gelten.³⁰ Das Grundbuchamt kann grundsätzlich keine Lebensbescheinigung des Vollmachtgebers (Zeugnis, dass der Vollmachtgeber einen bestimmten Tag erlebt hat) verlangen.³¹ Es müssen konkrete Anhaltspunkte für einen Tod des Vollmachtgebers vorhanden sein, bloße Vermutungen genügen nicht.³²

Aufgrund des neuen § 7 Abs. 1 BtOG braucht das Grundbuchamt im Rahmen der Prüfung der Rechtmäßigkeit der Beglaubigung nicht (mehr) prüfen, ob die öffentliche Beglaubigung durch die Betreuungsbehörde im Rahmen ihrer Beglaubigungskompetenz erfolgt ist; es braucht

auch nicht fragen, ob Gegenstand der Beglaubigung tatsächlich eine Vorsorgevollmacht und nicht eine andere Art von Vollmacht ist und ob sich dies unmittelbar aus dem beglaubigten Text der Vollmacht ergibt.³³ Die Beglaubigungskompetenz der Urkundsperson der Betreuungsbehörde erstreckt sich auf alle Vollmachten, die von natürlichen Personen erteilt werden und schließt damit die Beglaubigung von solchen Vollmachten von vornherein aus, die im Gesellschaftsrecht von Gesellschaften an deren Vertreter oder in Ausübung einer Vertretung von juristischen Personen erteilt werden.

Wegen der Überleitungsvorschrift in § 14 des BtOG³⁴ gilt diese Einschränkung einer solchen Vollmacht nicht für vor dem 1.1.2023 erteilte Vollmachten mit Unterschriftsbeglaubigung der Urkundsperson der Betreuungsbehörde. Bei ab 1.1.2023 von der Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterschriftsbeglaubigten (Vorsorge-)Vollmachten ist zu bedenken, dass diese durch die Neuregelung entwertet werden und vielleicht wegen Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers nicht mehr erneuert werden können.³⁵ Will ein künftiger Vollmachtgeber, dass der Bevollmächtigte die Abwicklung seiner Nachlassimmobilie vornehmen kann, hat er bei einem Notar seine Unterschrift zur transmortalen Vollmacht beglaubigen zu lassen,³⁶ was dort aber höhere Kosten auslöst.

Vollmacht versus Testamentsvollstreckung

Eine postmortale Vollmacht, die unwiderruflich oder nicht widerrufen worden ist, kann grundsätzlich auch im Außenverhältnis selbständig neben der Testamentsvollstreckung stehen und dem Vollmachtnehmer eigenständige, vom Erblasser und nicht vom Testamentsvollstrecker abgeleitete Befugnisse verleihen.³⁷ Weiter stellte der BGH fest, dass nicht allgemein angenommen werden, dass im Umfang der postmortalen Bevollmächtigung der Machtbereich des Testamentsvollstreckers nach § 2208 Abs. 1 Satz 1 BGB eingeschränkt ist.

Vorlage/Prüfung des Kausalgeschäfts durch Grundbuchamt Grundsätzlich keine Überprüfung des Grundgeschäfts

Das Grundgeschäft (Kausalgeschäft) ist kein Tatbestandsmerkmal der dinglichen Rechtsänderung und nicht Be-

29 BGH v. 12.11.2020, V ZB 148/19, BWNNotZ 2021, 114 = DNotZ 2021, 710 = FGPrax 2021, 49.

30 BT-Drucks. 19/24445 S. 350.

31 *Böhringer*, NotBZ 2021, 369, 371; *Kurze*, FamRZ 2021, 1934; *Otto*, FGPrax 2021, 52; *Weidlich*, DNotZ 2020, 683; zweifelnd *Renner*, NotBZ 2022, 15, 19. Dazu auch *Becker*, MittBayNot 2021, 549 mit Formulierungsvorschlag.

32 Ebenso *Otto*, FGPrax 2021, 52.

33 BT-Drucks. 19/24445 S. 349.

34 § 34 BtOG enthält eine Regelung zu der Problematik.

35 So schon *Kurze*, FamRZ 2021, 1934.

36 So BT-Drucks. 19/24445 S. 350.

37 BGH v. 14.9.2022 ZB 34/21, DNotI-Report 2022, 164 = NJW 2022, 3436.

dingung für deren Rechtswirksamkeit. Urkunden über Rechtsgeschäfte, die einer Eintragungsbewilligung zugrunde liegen, sind deshalb grundsätzlich dem Grundbuchamt nicht einzureichen. Das Grundbuchamt hat im Rahmen des § 20 GBO das der Auflassung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft nicht zu überprüfen. Das Grundbuchamt hat mithin bei dem Vollzug einer Auflassung im Grundbuch auch eine im Rahmen des Kaufvertrags etwa zugesicherte Lastenfreiheit nicht zu prüfen.³⁸

Ausnahme bei erkennbaren Mängeln Nichtigkeit des Grundgeschäfts

Das Grundbuchamt ist ausnahmsweise nur dann zur Prüfung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts berufen, wenn ein Mangel des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auch das dingliche Erfüllungsgeschäft ergreift, wenn das Kausalgeschäft nach dem Willen der Beteiligten für die Wirksamkeit oder den Inhalt verfahrensrechtlicher Eintragungsvoraussetzungen erforderlich ist. Dies ist etwa zu bejahen, wenn das Grundgeschäft oder einzelne schuldrechtliche Vereinbarungen zum Inhalt des einzutragenden Rechts erhoben werden oder nach dem erklärten Willen der Beteiligten zur Voraussetzung des Entstehens oder Erlöschens eines dinglichen Rechts gemacht werden, etwa im Sinne einer Bedingung.

Umstände für die Annahme eines Wuchergeschäftes

Das OLG Braunschweig³⁹ musste sich mit der Frage befassen, wie sich das Grundbuchamt zu verhalten hat, wenn es aufgrund von Umständen den Eindruck eines wucherischen Rechtsgeschäfts hat. Es befand, dass das Grundbuchamt die Eintragung der beantragten Eigentumsvormerkung (§ 883 BGB) abzulehnen habe, wenn nicht das zum Kaufpreis passende Verkehrswertgutachten eines öffentlichen Sachverständigen vorgelegt werde. *Zimmer*⁴⁰ widersprach dieser Ansicht.

Das OLG Braunschweig entschied hierbei unter anderem, dass dann wenn zwischen dem im Zuge der Zwangsversteigerung gutachterlich festgestellten Verkehrswert und dem wenige Wochen später für das Grundstück erzielten

Kaufpreis eine Wertdifferenz von mehr als dem 2,5-fachen besteht, der beurkundete Grundstückskaufvertrag sittenwidrig und damit nichtig ist.

Finanzierungsgrundschuld und Erbenvoreintragung

Mehr als hundert Jahre lang bestand die Meinung, dass beim kreditfinanzierten Kauf einer Nachlassimmobilie für die Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld die Voreintragung der Erben erforderlich ist. Seit einem Jahrzehnt ist dies allerdings umstritten.⁴¹ Es wird unterschieden, ob der Erbe oder ein transmortal Bevollmächtigter handelt. Die überwiegende Rechtsprechung und Teile des Schrifttums sind großzügig beim Handeln eines transmortal Bevollmächtigten, wenden § 40 GBO analog an und verlangen keine Voreintragung der Erben.⁴² Von einer Mindermeinung⁴³ wird dies abgelehnt oder kritisch⁴⁴ gesehen. Der Rechtspraxis wird empfohlen, die Voreintragung der Erben herbeizuführen, insbesondere mit Blick auf die Gültigkeitsdauer eines Europäischen Nachlasszeugnisses (§ 70 Abs. 3 EuErbVO),⁴⁵ den Gutgläubenserwerb vom eingetragenen Erben (§ 892 BGB)⁴⁶ und das – befristete – Kostenprivileg gemäß Nr. 14110 Nr. 1 KV GNotKG. Die obergerichtliche Rechtsprechung hat sich (mit Ausnahme des OLG Bremen⁴⁷) mit dem Sonderrecht des § 11 GBBerG argumentativ nicht befasst.⁴⁸

41 Ausführlich *Jurksch*, Rpfleger 2019, 70. Einen Überblick zur Problematik gibt Roos NotBZ 2022, 462.

42 Aus neuerer Zeit: OLG Karlsruhe v. 18.10.2021, 19 W 72/21, BWNotZ 2022, 60 = FGPrax 2022, 5 = ZEV 2022, 185 m. Anm. *Weidlich*; KG v. 2.3.2021, 1 W 1503/20, BWNotZ 2021, 152 = DNotZ 2021, 703 = NJW-Spezial 2021, 200 = RNotZ 2021, 193 = Rpfleger 2021, 405; KG v. 22.10.2020, 1 W 1357/20, BWNotZ 2020, 357 = FGPrax 2021, 4 = MittBayNot 2021, 245 m. Anm. *Becker* = NotBZ 2021, 177 m. Anm. *Woinar* = Rpfleger 2021, 210; OLG Dresden v. 18.8.2020, 17 W 605/20, NotBZ 2020, 472; OLG Celle v. 16.8.2019, 18 W 33/19, DNotZ 2020, 672 m. Anm. *Weigl* = FGPrax 2020, 10 m. Anm. *Dressler-Berlin* = MittBayNot 2020, 137 m. Anm. *Becker* = notar 2019, 387 m. Anm. *Ott* = ZEV 2019, 712 m. Anm. *Kollmeyer*; OLG Stuttgart v. 17.10.2018, 8 W 311/18, BWNotZ 2018, 145 = DNotZ 2019, 194 = FGPrax 2019, 13 m. Anm. *Kramer* = MittBayNot 2019, 343 m. Anm. *Böttcher* = Rpfleger 2019, 76. Ausführlich *Meikel/Böttcher*, GBO, § 40 Rn. 6.2, 28.2. Zu isolierter Grundschuld ohne Kontext einer Eigentumsübertragung OLG Hamburg v. 20.12.2021, 13 W 162/21, DNotl-Report 2022, 78.

43 OLG Bremen v. 29.11.2021, 3 W 22/21, BWNotZ 2022, 57 = FGPrax 2022, 3 m. zust. Anm. *Dressler-Berlin* = MittBayNot 2022, 339 = NJW-RR 2022, 454 = NotBZ 2022, 392 = ZEV 2022, 157 m. abl. Anm. *Weidlich*; OLG Oldenburg v. 23.3.2021, 12 W 38/21, FGPrax 2021, 153 m. Anm. *Dressler-Berlin* = NotBZ 2021, 435 = Rpfleger 2021, 484 = BeckRS 2021, 5822; *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, § 40 Rn. 19; *Zeiser* in BeckOK GBO, § 40 Rn. 30a, b; *Demharter*, GBO, § 40 Rn. 18; *Jurksch*, Rpfleger 2019, 70; *Bestelmeyer*, Rpfleger 2019, 679, 695; *Dressler-Berlin*, FGPrax 2020, 12.

44 KEHE/Volmer, § 40 GBO Rn. 28; *Keim*, notar 2021, 308; *Becker*, MittBayNot 2019, 315.

45 EuGH v. 1.7.2021, C-301/20, NJW 2021, 2421 = Rpfleger 2021, 479 m. Anm. *Lamberz* = ZEV 2021, 581 m. Anm. *Zander* = ZfIR 2021, 579 m. Anm. *Wilsch*.

46 Dazu *Jurksch*, Rpfleger 2018, 70.

47 OLG Bremen v. 29.11.2021, 3 W 22/21, BWNotZ 2022, 57 = FGPrax 2022, 3 m. zust. Anm. *Dressler-Berlin* = MittBayNot 2022, 339 = NJW-RR 2022, 454 = NotBZ 2022, 392 = ZEV 2022, 157 m. abl. Anm. *Weidlich*.

48 Dazu *Becker*, MittBayNot 2022, 344; *Bestelmeyer*, *Böhringer* Rpfleger 2022, 601, 618.

38 OLG Frankfurt v. 25.10.2021, 20 W 191/21, FGPrax 2022, 54 = BWNotZ 2022, 114; OLG Celle v. 21.2.1996, 4 W 294/95, MittRhNotK 1996, 227 = Rpfleger 1996, 336.

39 OLG Braunschweig v. 30.3.2022, 2 W 10/22, BeckRS 2022, 14686 = DNotl-Report 2022, 125 = ZfIR 2022, 378 m. Anm. *Zimmer*.

40 *Zimmer*, ZfIR 2022, 380.

Erbrechtliche Nachweise im Grundbuchverfahren Europäisches Nachlasszeugnis und Erbschein Keine Übersetzung für Zeugnis in fremder Sprache

Das Europäische Nachlasszeugnis (ENZ) dient nach Art. 63 Abs. 1 EuErbVO zur Verwendung durch die Erben, wenn sie sich in einem anderen Mitgliedstaat auf ihre Rechtsstellung berufen wollen. Aus diesem Grunde ist sein Aufbau auch durch ein in allen Mitgliedstaaten zu verwendendes Formblatt vereinheitlicht (Art. 1 Abs. 5 DurchführungsVO i. V. m. Anh. 5, FormblattV). Für das ENZ besteht deshalb Formblattzwang (Art. 67 Abs. 1 Satz 2, Art. 80 und 81 EuErbVO),⁴⁹ nicht jedoch für den Antrag auf Erteilung des Zeugnisses. Eine dem Erbscheinsantrag gemäß § 2353 BGB entsprechende Urkunde, die zusätzlich auch alle für das Europäische Nachlasszeugnis erforderlichen Angaben enthält, reicht danach aus.

Zu beachten ist, dass die Formularbestandteile durchnummeriert und in der gesamten EU einheitlich sind, von der registerführenden Behörde eines anderen Mitgliedstaates leicht mit dem Formular in der eigenen Gerichtssprache abgeglichen werden kann und sich so jegliche Übersetzung erübrigt, sobald man die betreffende Nummer im deutschen Formular vor sich hat (vgl. auch § 36 IntErbRVG).⁵⁰

Keine Apostille für Zeugnis erforderlich

Das ENZ kann in allen EU-Mitgliedstaaten verwendet werden, ohne dass es eines besonderen Anerkennungsverfahrens oder der Legalisation bzw. Anbringung einer Apostille bedarf (Art. 74 EuErbVO).

Gültigkeitsdauer des Zeugnisses

Die Regel-Gültigkeitsdauer eines ENZ ist auch im Grundstücksverkehr zu beachten. Nach Ablauf der Gültigkeitsfrist verliert die beglaubigte Abschrift des ENZ die ihr nach Art. 69 EuErbVO zukommenden Beweiswirkungen und ist im Grundbuchverfahren nicht mehr brauchbar.⁵¹ Der EuGH⁵² musste auf Vorlage des Obersten Gerichtshofs der Republik Österreich darüber befinden, zu welchem Zeitpunkt im Grundbuchverfahren das ENZ noch gültig sein muss und entschied sich für den Zeitpunkt

der Stellung des Eintragungsantrags beim Grundbuchamt. Begründet hat der EuGH dies bürgerfreundlich damit, dass die Dauer des Eintragungsverfahrens nicht zu Lasten des Antragstellers gehen könne, weil dieser darauf keinen Einfluss habe. Dies ähnelt dem in §§ 878, 892 Abs. 2 BGB zum Ausdruck gebrachten Rechtsgedanken. Die Rechtsprechung des KG Berlin⁵³ ist nunmehr überholt.

Ausnahmsweise kann eine Übersetzung einzelner Passagen verlangt werden, wenn das ENZ in kyrillischer (vgl. Bulgarien) oder griechischer Sprache errichtet ist, sofern keine besondere grundbuchamtliche Sprachkenntnis besteht.⁵⁴

Vorlage der Erbscheinsausfertigung beim Grundbuchamt

Mit einem Erbschein oder ENZ kann die Erbfolge bewiesen werden (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). Der Nachweis der Erbfolge ist durch Vorlegung der Urschrift oder einer Ausfertigung des Erbscheins zu führen. Eine beglaubigte Abschrift des Erbscheins ist nicht ausreichend.⁵⁵ Dies gilt erst Recht für eine bloße Fotokopie. Die Vorlegung des Erbscheins kann dadurch ersetzt werden, dass auf die Nachlassakten verwiesen wird, sofern diese bei demselben Amtsgericht geführt werden. Dies gilt allerdings nur, wenn in den Nachlassakten ein den Anforderungen des § 35 GBO genügender Erbschein enthalten ist, woran es fehlt, wenn der Erbschein eingezogen oder für kraftlos erklärt wurde. Mit einem eingezogenen Erbschein kann der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 GBO nicht geführt werden.

Der Nachweis der Erbenstellung gegenüber dem Grundbuchamt kann aber nicht dadurch geführt werden, dass der Notar in der Kaufvertragsurkunde das Vorliegen einer Ausfertigung des Erbscheins bestätigt und dem Grundbuchamt zeitnah eine von ihm gefertigte beglaubigte Abschrift des Erbscheins überreicht.⁵⁶ Allerdings kommt es bei Grundbuchämtern mit elektronischem Rechtsverkehr

49 EuGH v. 17.1.2019, C-102/18, DNotZ 2019, 460 = NotBZ 2019, 133 = Rpfleger 2019, 395 m. Anm. *Lamberz*.

50 Hügel/Zeiser, GBO, IPR Rn. 22a; *Schmitz*, RNotZ 2017, 269, 284; *Schmidt*, ZEV 2014, 389 (394); Gutachten DNotl-Report 2018, 100.

51 Österr. OGH v. 29.8.2017, Ob 108/17v, FamRZ 2018, 635.

52 EuGH v. 1.7.2021, C-301/20, FamRZ 2021, 1481 m. Anm. *Rademacher* = Rpfleger 2021, 479 m. zust. Anm. *Lamberz* = ZEV 2021, 581 m. Anm. *Zander* = ZfIR 2021, 579 m. Anm. *Wilsch*. Zu allem auch *Kohler/Pintens*, FamRZ 2021, 1421, 1425.

53 KG Berlin v. 3.9.2019, 1 W 161/19, DNotZ 2020, 120 = FamRZ 2020, 53 m. Anm. *Rademacher* = FGPrax 2019, 193 m. Anm. *Dressler-Berlin* = NJW -RR 2019, 143 = Rpfleger 2019, 699 m. Anm. *Lamberz*.

54 Meikel/*Krause/Weber*, GBO, § 35 Rn. 47.1; Bauer/*Schaub/Schaub*, GBO, § 35 Rn. 118; Hügel/*Wilsch*, GBO, § 35 Rn. 38; Hügel/*Zeiser*, GBO, IPR Rn. 22a; *Böhringer*, ZfIR 2018, 81.

55 BGH v. 17.9.2020, V ZB 8/20, DNotl-Report 2020, 182 = NJW 2021, 858 = NotBZ 2021, 144 = Rpfleger 2021, 86; BGH v. 20.5.1981, V ZB 25/79, DNotZ 1982, 159 = NJW 1982, 170 = Rpfleger 1982, 23.

56 H. M., Meikel/*Krause/Weber*, GBO, § 35 Rn. 57; Bauer/*Schaub/Schaub*, GBO, § 35 Rn. 67; Hügel/*Wilsch*, GBO, § 35 Rn. 57, 58; Demharter, GBO, § 35 Rn. 23, 60; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 782; a. A. KEHE/*Volmer*, GBR, § 35 Rn. 44; *Becker/Wegener*, notar 2017, 32.

zu einem Medienbruch bei der Einreichung der Eintragungsgrundlagen.⁵⁷

Amtsannahmebescheinigung für Testamentsvollstrecker

Für mache Geschäfte des Testamentsvollstreckers reicht die Vorlage des öffentlichen Testaments und der Eröffnungsniederschrift sowie ein Nachweis der Amtsannahme aus. Es ist anerkannt, dass das Nachlassgericht eine mit Dienstsiegel versehene Bescheinigung⁵⁸ über die Tatsache der Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker ausstellen kann,⁵⁹ damit der Testamentsvollstrecker gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis seiner Verfügungsbefugnis in der Form des § 29 GBO erbringen kann, jedenfalls stellt die Bescheinigung kein Testamentsvollstreckerzeugnis i. S. v. § 2368 BGB dar⁶⁰ und ist von diesem strikt zu unterscheiden.⁶¹

Diese Bescheinigung des Nachlassgerichts genügt jedoch nur dann der im Grundbuchverkehr erforderlichen Form des § 29 Abs. 1 GBO, wenn die Amtsannahmeerklärung in öffentlicher oder öffentlich beglaubigter Form (§§ 128, 129 BGB) oder zu Protokoll des Nachlassgerichts erfolgt ist; eine Kopie der privatschriftlichen Annahmeerklärung nebst bloßer Eingangsbestätigung des Nachlassgerichts erfüllt grundbuchverfahrensrechtlich die Formvorschrift des § 29 GBO nicht, da die Identität des Erklärenden nicht gesichert ist.⁶²

Formerleichterungen EU-Apostillenverordnung

Wenn ein Beteiligter den Behörden eines EU-Landes ein von den Behörden eines anderen EU-Landes ausgestelltes Do-

kument (Original oder beglaubigte Kopie) vorlegt, müssen diese das Dokument auch ohne Echtheitsvermerk (Apostille) als echt anerkennen (EU-Rechtsvorschriften zu öffentlichen Urkunden⁶³ für Behördenurkunden, Apostillenverordnung – EuUrkVO). Die Verordnung (EU) 2016/1191 erfasst Urkunden, die von den Behörden eines Mitgliedstaats nach Maßgabe dessen nationalen Rechts ausgestellt wurden.

Das Bundesamt für Justiz (BfJ) koordiniert als Zentralbehörde den internationalen Urkundenverkehr im Rahmen der EU-Apostillenverordnung. Daher entfällt jetzt innerhalb der Europäischen Union die Notwendigkeit der Legalisation (Apostillierung) für bestimmte öffentliche Urkunden aus dem Personenstandswesen (z. B. Geburts-, Ehe- oder Sterbeurkunden, Ehescheidungen, Adoptionen), aber auch für Urkunden über die Vorstrafenfreiheit (Führungszeugnisse).

Wenn das Dokument in einer der Amtssprachen des EU-Landes verfasst ist, in dem der Beteiligte es vorlegt, oder wenn es in einer anderen Sprache verfasst ist, die in diesem Land anerkannt wird, muß keine beglaubigte Übersetzung des Dokuments zur Verfügung gestellt werden. Diese Urkunden sind von der Pflicht zur Legalisierung/Apostillierung befreit (Art. 4, 7 EuUrkVO); als Ersatz für die Apostille und die Übersetzung können nach Art. 7 EuUrkVO diesen Urkunden mehrsprachige Formulare beigefügt werden (kostenpflichtig), beachte § 1120 ZPO.

Die Verordnung erstreckt sich aber nicht auf notarielle Urkunden. Für diese kann weiterhin die Anbringung einer Apostille verlangt werden, soweit nicht die Urkunden aufgrund bilateraler Abkommen (z. B. mit Belgien, Frankreich, Österreich) von jeglichen weiteren Förmlichkeiten befreit sind.

Übersetzung fremdsprachiger Urkunden

Im Grundbuchverfahren ist gemäß § 29 Abs. 1 GBO zu unterscheiden zwischen den zur Grundbucheintragung erforderlichen Erklärungen (Anträge, Bewilligungen, rechtsgeschäftliche Zustimmungserklärungen)⁶⁴ und anderen

57 Meikel/Dressler-Berlin, GBO, § 137 Rn. 41; Lemke/Krause/Stavorinus, GBO, § 35 Rn. 30; Böhlinger, NotBZ 2016, 281, 289. Gleiches gilt für die Vorlage eines Vollstreckungstitels.

58 OLG München v. 12.7.2016, 34 Wx 144/16, FamRZ 2017, 253 = MittBayNot 2017, 73 = NJW-Spezial 2016, 488 = RNotZ 2016, 602 = ZEV 2016, 439; OLG Hamm v. 10.2.2017, 15 W 482/16, FamRZ 2017, 1720 = NJW-Spezial 2017, 391 = Rpfleger 2017, 398; KG JFG 17, 282; KG OLGE 14, 316 = RJA 8, 20; KG OLG 28, 293; 38, 136; 40, 49; Bauer/Schaub/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 52 Rn. 16; Schöner/Stöber, GBR, 16. Aufl. 2020, Rn. 3462; Bestelmeyer, Rpfleger 2010, 635, 650; Böhlinger, Rpfleger 2009, 126.

59 Vgl. die Kostenregelung mit einer Festgebühr von 50 Euro in Nr. 12143 KV GNotKG für das Verfahren über die Erteilung einer Bescheinigung, die die Annahme des Amtes als Testamentsvollstrecker bestätigt. Die für die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses bestimmte Gebühr nach Nr. 12210 KV GNotKG entsteht nicht. Die Bescheinigungsgebühr wird ggf. neben einer Gebühr für das Verfahren auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses erhoben, eine Anrechnungsmöglichkeit besteht nicht.

60 OLG Braunschweig v. 12.9.2019, 1 W 19/17, ErbR 2019, 380 = FamRZ 2019, 1085 = FGPrax 2019, 83 m. zust. Anm. Bestelmeyer.

61 Bestelmeyer, FGPrax 2019, 85.

62 OLG Hamm v. 10.2.2017, 15 W 482/16, FamRZ 2017, 1720 = Rpfleger 2017, 398 = ZEV 2017, 235; OLG München v. 12.7.2016, 34 Wx 144/16, FamRZ 2017, 253 = MittBayNot 2017, 73 = NJW-Spezial 2016, 488 = RNotZ 2016, 602 = ZEV 2016, 439.

63 Verordnung (EU) 2016/1191 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6.7.2016 zur Förderung der Freizügigkeit von Bürgern durch die Vereinfachung der Anforderungen an die Vorlage bestimmter öffentlicher Urkunden innerhalb der Europäischen Union und zur Änderung der Verordnung (EU) Nr. 1024/2012. Die Verordnung (EU) 2016/1191 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 6. Juli 2016 zur Förderung der Freizügigkeit von Bürgern durch die Vereinfachung der Anforderungen an die Vorlage bestimmter öffentlicher Urkunden innerhalb der Europäischen Union und zur Änderung der Verordnung (EU) 1024/2012, gilt seit 16.2.2019.

64 BGH v. 20.9.1957, V ZB 19/57, NJW 1957, 1673; OLG München v. 26.7.2018, 34 Wx 174/18, NJW-RR 2018, 1423 = NotBZ 2019, 64; OLG München v. 9.4.2018, 34 Wx 13/18, NJW-RR 2018, 645 = Rpfleger 2018, 538.

Voraussetzungen zur Eintragung. Letztere sind solche Voraussetzungen, die nicht in Erklärungen der Verfahrensbeteiligten bestehen (so z. B. Nachweisurkunden wie z. B. Vollmachten, Sterbeurkunden, Heiratsurkunden, Geburtsurkunden, erbrechtliche Urkunden wie Testament, Erbvertrag, nachlassgerichtliches Eröffnungsprotokoll, ausländisches Erbzeugnis, handelsrechtliche Vertretungsrechtsbestätigungen, Registerauszüge usw. Die deutsche Sprache ist zwingend für Grundbucheintragungen einzuhalten, eine Übersetzung kann das Grundbuchamt nicht akzeptieren. Eine historisch begründete Sonderregelung enthält § 184 Satz 2 GVG für die Volksgruppe der Sorben in Brandenburg bzw. Sachsen.

Andere Eintragungsvoraussetzungen (als Erklärungen) bedürfen, soweit sie nicht beim Grundbuchamt offenkundig sind, des Nachweises gemäß § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO. Im Grundbuchverfahren kann eine Übersetzung vorgelegt werden. Der Übersetzer ist keine siegelführende Person i. S. v. § 415 ZPO.⁶⁵ Er benutzt zwar einen Rundstempel. Dieser Rundstempel ist aber kein Siegel i. S. v. § 129 BGB, § 415 ZPO, § 29 GBO. Wegen § 29 GBO muss die Übersetzung vom Übersetzer unterschrieben, die Unterschrift des Übersetzers öffentlich beglaubigt (§ 129 BGB) und die Übersetzung mit dem fremdsprachigen Original und dem notariellen Vermerk der Unterschriftsbeglaubigung durch Schnur und Siegel verbunden sein. Eine untrennbare körperliche Verbindung des Originals (Ausgangstext) mit der Übersetzung und dem Beglaubigungsvermerk erscheint zweckmäßig und geboten.⁶⁶ Das Fehlen der erforderlichen festen Verbindung mehrerer Blätter mit Schnur und Prägiesiegel ist ein äußerer Mangel i. S. v. § 419 ZPO; der Beweiswert der Urkunde unterliegt im Grundbuchverfahren dann der freien Beweiswürdigung.⁶⁷ Gleiches gilt in den Fällen einer Übersetzung bei sprachunkundigen Personen (§§ 16, 32 BeurkG).⁶⁸

Wohnungseigentum Numerierung der Räume

Im Aufteilungsplan sollen alle zu demselben Wohnungseigentum gehörenden Einzelräume und Teile des Grundstücks mit der jeweils gleichen Nummer ge-

kennzeichnet sein. § 7 Abs. 4 Nr. 1 Hs. 2 WEG ist eine Sollvorschrift mit Ordnungsfunktion; um eindeutiger Zuordnung willen sollen Einzelräume wie z. B. Keller, Speicher, Trockenboden, Garage usw. aber auch Balkone und Ziergartenflächen, die zu einem Sondereigentum gehören, mit der gleichen Nummer des Aufteilungsplans gekennzeichnet werden.⁶⁹ Der Aufteilungsplan sichert damit die Einhaltung des das Sachen- und Grundbuchrecht beherrschenden Bestimmtheitsgrundsatzes. Allein durch eine Beschreibung im Text der Eintragungsbewilligung ist in der Regel eine diesem Grundsatz genügende zweifelsfreie Bezeichnung der im Sondereigentum und der im gemeinschaftlichen Eigentum stehenden Gebäudeteile und ihre Abgrenzung voneinander nicht möglich.⁷⁰ Bei mangelhafter Nummerierung ist im Wege der Auslegung nach § 133 BGB zu ermitteln, ob das Grundbuchamt noch eintragen kann.

Verwalterlose Wohnungseigentümergeinschaft

Das Gesetz erläutert nicht, wann die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer keinen Verwalter hat. Die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer hat keinen Verwalter, wenn überhaupt kein Verwalter bestellt worden ist, sein Amt durch Zeitablauf oder Tod erloschen ist oder durch Abberufung des Verwalters oder der Verwalter sein Amt niedergelegt hat oder seine Bestellung für unwirksam oder für nichtig erklärt wurde.

Die überwiegende Zahl von Klein- und Kleinstgemeinschaften hat keinen Verwalter – und wird realistischer Weise auch keinen finden.⁷¹ Für eine Zweiergemeinschaft einen Verwalter zu finden, ist ohnehin nicht einfach. Wenn sie zudem zerstritten ist, sinkt die Bereitschaft zur Amtsübernahme tendenziell gegen „null“.⁷² Das Fehlen eines Verwalters erschwert in jeder GdWE die ordnungsmäßige Verwaltung; so ist es zum Beispiel ohne Verwalter nicht ohne weiteres möglich, eine Eigentümersammlung einzuberufen.⁷³

Das Grundbuchamt kann nicht verlangen, den Nachweis zu führen, dass kein Verwalter bestellt ist, denn das wäre eine negative Tatsache zu beweisen. Bei der verwalterlosen Gemeinschaft entspricht die Vertretungsmacht aller

65 KG Berlin v. 18.10.2012, 1 W 334/12, FGPrax 2013, 10 = NotBZ 2013, 34 = Rpfleger 2013, 196; KG Berlin v. 29.3.2011, 1 W 415/10, DNotZ 2011, 909 = FGPrax 2011, 168.

66 So Demharter, Rpfleger 2013, 197 (Anmerkung zu KG Berlin v. 18.10.2012, 1 W 334/12, FGPrax 2013, 10 = NotBZ 2013, 34 = Rpfleger 2013, 196 m. Anm. Demharter).

67 Meikel/Hertel, GBO, § 29 Rn. 595; Bauer/Schaubl/Bayer/Meier-Wehrsdorfer, GBO, § 29 Rn. 163; Hügel/Otto, GBO, § 29 Rn. 206. Zu einer durchtrennten Siegelschnur Gutachten DNotl-Report 2018, 140.

68 Ebenso schon Demharter, Rpfleger 2013, 197.

69 KG Berlin v. 5.10.2022, 1 W 301/22, ZfIR 2022, 514 (Ls.) = BeckRS 2022, 26434 = juris; OLG Frankfurt v. 7.2.2022, 20 W 261/20, Rpfleger 2022, 499.

70 BayObLG v. 9.12.1997, 22 BR 157/97, BayObLGZ 1997, 347 = DNotZ 1999, 208 = Rpfleger 1998, 194 = MittBayNot 1998, 102 = MittRhNotK 1998, 321 = NotBZ 1998, 29.

71 LG Frankfurt/Main v. 10.5.2022, 13 T 26/22, NJW-Spezial 2022, 418 m. Anm. Drasdo = ZWE 2022, 265.

72 Drasdo, NJW-Spezial 2022, 419.

73 BGH v. 8.7.2022, V ZR 202/21, NJW 2022, 3003 = ZWE 2022, 418.

Wohnungseigentümer grundsätzlich derjenigen des Verwalters nach § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG.⁷⁴

Verwalter und Covid-19

Handlungen, die der Verwalter nach Ablauf seiner Bestellung in der Interimszeit bis zum Inkrafttreten des COVID-19-G (28.3.2020) vorgenommen hat, sind solche eines Nichtberechtigten und im Grundbuchverfahren nicht zu berücksichtigen. So sieht es auch das OLG Hamm.⁷⁵ Nach dem Wiederaufleben seiner Verwaltereigenschaft kann der vormalige Verwalter ab 28.3.2020 als nunmehr wieder Berechtigter seine Zustimmung nach § 12 WEG erneut erteilen oder sie bestätigen, wobei er grundbuchverfahrensrechtlich die Form des § 29 Abs. 1 GBO einzuhalten hat (erneute Unterschrift mit neuer notarieller Unterschriftsbeglaubigung).⁷⁶

Belastung des Anlagengrundstücks

Es kommt vor, dass Dienstbarkeiten zur Absicherung von Leitungsrechten oder Geh- und Fahrrechten am Anlagengrundstück bestellt werden müssen. Bekanntlich ist das ganze Grundstück bei Leitungs-/Geh- und Fahrrechten zu belasten. Der Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft ist nicht gemäß § 9b Abs. 1 Satz 1 WEG befugt, die Eintragung einer Grunddienstbarkeit an dem gemeinschaftlichen Eigentum zu bewilligen.⁷⁷ Die Belastung haben alle Miteigentümer zu bewilligen. Die Belastung stellt eine Verfügung über das gesamte Anlagengrundstück i. S. § 747 BGB dar, keine Verwaltungsmaßnahme nach § 18 Abs. 1 WEG.⁷⁸ Die diesbezügliche Bewilligungsberechtigung i. S. v. § 19 GBO kommt daher allein den Wohnungseigentümern als Bruchteilseigentümer zu,⁷⁹ nicht dem Verwalter als Vertreter der Wohnungseigentümergeinschaft. Ein Mehrheitsbeschluss ist nicht möglich, auch nicht bei einer Öffnungsklausel.

Erbbaurecht

Zustimmung zu Verfügungen nach § 5 ErbbauRG

§ 5 ErbbauRG ist eine Durchbrechung von § 137 BGB, wonach grundsätzlich die Verfügungsbefugnis nicht durch ein

Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden kann. Veräußerung ist jede Übertragung des Erbbaurechts durch Rechtsgeschäft unter Lebenden. Nach § 8 ErbbauRG findet § 5 ErbbauRG aber auch für Verfügungen im Rahmen der Zwangsvollstreckung (z. B. Eintragung einer Zwangshypothek) in das Erbbaurecht Anwendung. Die Zustimmungspflicht des Grundstückseigentümers kann generell oder nur für bestimmte Personengruppen (z. B. Ausnahmen für Veräußerungen an nahe Angehörige oder Ehepartner) vereinbart werden. Die Regelung im Erbbaurechtsvertrag über die Zustimmung zu einer Veräußerung und deren Kriterien gelten durchgehend bis zum zeitlichen Ablauf des Erbbaurechts.

Wechsel des Zustimmungsberechtigten vor Grundbuchvollzug

Das OLG München⁸⁰ hatte sich mit der Frage der fortdauernden Wirksamkeit der durch den Eigentümer erklärten Zustimmung nach § 5 Abs. 1 ErbbauRG bei Wechsel in der Zustimmungsberechtigung auseinanderzusetzen. § 5 Abs. 1 ErbbauRG lässt sich nicht unmittelbar entnehmen, zu welchem Zeitpunkt die Zustimmungsberechtigung vorliegen muss. Der Bundesgerichtshof⁸¹ hat zwar angedeutet, dass ein Wechsel insoweit irrelevant ist, jedoch keine näheren Ausführungen zu dieser für die dortige Entscheidung nicht maßgeblichen Frage getätigt (Unwiderruflichkeit der Zustimmungserklärung des Eigentümers). Der Sonderrechtsnachfolger eines Grundstückseigentümers, der zur Veräußerung eines Erbbaurechts seine Zustimmung erklärt, ist an diese gebunden, Die erteilte Zustimmung wird unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist.⁸² Dies ist der Fall mit Zugang der Erklärung bei den Beteiligten oder dem Notar als deren Vertreter. Stirbt die zustimmende Person danach, ist dies nicht mehr relevant.

Zeitablauf

In der Grundstückspraxis wird in näherer Zukunft eine „Welle“ auslaufender Erbbaurechtsverträge erwartet, so dass die Beteiligten vermehrt mit der Problematik der Löschung bzw. Verlängerung von Erbbaurechten kon-

74 BGH v. 16.9.2022, V ZR 180/21, Grundeigentum 2022, 1160.

75 OLG Hamm v. 19.4.1995, 15 W 26/95, WE 1996, 33.

76 Dazu KG Berlin v. 15.12.2020, 1 W 450/20, FGPrax 2021, 216 = MittBayNot 2021, 231 = NJW-Spezial 2021, 163 = ZWE 2021, 286; konträr OLG Hamm v. 5.8.2020, 15 W 266/20, NotBZ 2021, 226 = Rpfleger 2021, 22 = RNotZ 2020, 575; vgl. auch Elzer, NotBZ 2022, 1, 9.

77 OLG München v. 5.8.2022, 34 Wx 301/22, FGPrax 2022, 201; die bejahende Ansicht des OLG Nürnberg v. 12.7.2021, 15 W 2283/21, DNotZ 2022, 623 m. Anm. Rapp = Rpfleger 2022, 66 ist abzulehnen.

78 Forschner, Rpfleger 2022, 67.

79 Koch, RNotZ 2022, 71; Wobst, ZWE 2022, 45.

80 OLG München v. 15.6.2020, 34 Wx 131/20, DNotZ 2021, 341 = MittBayNot 2021, 29 m. Anm. Rapp = Rpfleger 2020, 646.

81 BGH v. 29.6.2017, V ZB 144/16, DNotZ 2018, 440 = MittBayNot 2018, 244 m. Anm. Kössinger = NJW-RR 2017, 3514 = NotBZ 2018, 46 m. Anm. Maaß = Rpfleger 2018, 8 = ZfIR 2017, 782 m. zust. Anm. Heinemann (zum gleich gelagerten Fall beim Erbbaurecht § 5 ErbbauRG).

82 BGH v. 6.12.2018, V ZB 134/17, DNotZ 2019, 844 m. Anm. Kössinger = Rpfleger 2019, 378. Vgl. auch BGH v. 29.6.2017, V ZB 144/16, DNotZ 2018, 440 = Rpfleger 2018, 8 (zu § 5 ErbbauRG).

frontiert sind.⁸³ Ist im Erbbaurechtsvertrag ein Entschädigungsanspruch des Erbbauberechtigten nicht ausgeschlossen, so kann die Löschung des Erbbaurechts nur unter gleichzeitiger Eintragung der Entschädigungsforderung im Rang des Erbbaurechts (also erstrangig in Abt. II des Grundstücksgrundbuchs) als besonderes dingliches Recht und Eintragung des Pfandrechts oder aber mit Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger

und Reallastberechtigten zur Löschung (§§ 19, 29, 22 GBO) vorgenommen werden; der Geldbetrag des reallastähnlichen Rechts braucht noch nicht beziffert zu sein. Die Zustimmung der Grundpfandrechtsgläubiger und Reallastberechtigten am Erbbaurecht ist entbehrlich, wenn ihr Pfandrecht an der Entschädigungsforderung im Grundbuch eingetragen wird, § 29 ErbbauRG.⁸⁴

⁸³ Dazu *Biallas*, ErbbauZ 2020, 30; *Götting*, ErbbauZ 2020, 136; *Graf Wolffskeel v. Reichenberg*, MittBayNot 2021, 219; *Wilsch*, ErbbauZ 2022, 54; *SikoraStrauß*, DNotZ 2022, 583. Zum Kostenrecht OLG Frankfurt v. 22.11.2021, 20 W 162/21; RNotZ 2022, 463.

⁸⁴ OLG München v. 30.8.2018, 34 Wx 67/18, FGPrax 2019, 6 = MittBayNot 23019, 144 m. Anm. *Winkler* = NotBZ 2019, 111.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Zuständigkeit des Notarsenats betreffend die Erfüllung der Pflichten eines Notars nach dem Geldwäschegesetz

BNotO § 111, § 92 Abs. 1 Nr. 1; GVG § 17a Abs. 4 Sätze 3 und 4, § 50 Nr. 5, § 51 Abs. 3; GwG § 52 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Rechtsstreitigkeiten über Mitwirkungspflichten eines Notars gegenüber der Dienstaufsicht anlässlich der Prüfung der Erfüllung von Pflichten nach dem Geldwäschegesetz werden von der abdrängenden Sonderzuweisung gemäß § 111 BNotO erfasst. Zur Entscheidung sind die bei den Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof eingerichteten – sachnäheren – Notarsenate berufen.

BGH (Senat für Notarsachen),

Beschluss vom 14.11.2022 – NotZ 1/22

I. Tatbestand:

1 Der Kläger ist Rechtsanwalt und Notar. Mit Verfügung vom 16. Februar 2021 kündigte der beklagte Präsident des Landgerichts eine Prüfung der Amtsgeschäfte des Klägers nach dem Geldwäschegesetz für den 16. und 17. März 2021 in den Räumen seiner Geschäftsstelle an. Am Morgen des 16. März 2021 ließ der – persönlich nicht anwesende – Kläger durch einen Mitarbeiter dem Prüfungsbeauftragten des Beklagten lediglich das Verwahrungsbuch, das Massebuch, Auszüge aus der Generalakte und Listen der Kalenderjahre 2016 bis 2021 aushändigen, nicht hingegen die – ebenfalls angeforderten – Urkundenrollen und die Urkundensammlung. Dies begründete er mit datenschutzrechtlichen Bedenken und seiner Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 18 BNotO. Die Prüfung wurde abgebrochen. Mit Verfügung vom 30. März 2021 gab der Beklagte dem Kläger auf, die verlangten Unterlagen einschließlich der Urkundenrollen seit 2016 und der Urkundensammlung seit 2019 zwecks Prüfung zu übersenden. Dem kam der Kläger nicht nach. Mit seiner beim Kammergericht – Notarsenat – erhobenen Anfechtungs- und Feststellungsklage begehrt er die

Aufhebung der Verfügung vom 30. März 2021 betreffend die Übersendung der Urkundensammlung, des Verwahrungsbuchs und des Massebuchs sowie Feststellung der Rechtswidrigkeit der Verfügung vom 16. Februar 2021. Die Parteien streiten neben inhaltlichen Fragen um den zulässigen Rechtsweg.

2 Das Kammergericht hat die Zulässigkeit des vom Kläger eingeschlagenen Rechtswegs durch Beschluss gemäß § 17a Abs. 3 Satz 1 GVG bejaht. Dagegen wendet sich der Beklagte mit der von der Vorinstanz zugelassenen Beschwerde.

II. Aus den Gründen:

3 Die nach § 17a Abs. 4 Satz 3 und 4 GVG, § 111 Abs. 2 Nr. 2 BNotO statthafte und auch im Übrigen zulässige sofortige Beschwerde ist unbegründet. Zu Recht hält das Kammergericht den vom Kläger beschrittenen Rechtsweg im Sinne von § 111 Abs. 1 BNotO für zulässig.

4 1. Dies hat das Kammergericht unter anderem damit begründet, die in § 111 Abs. 1 BNotO geregelte abdrängende Sonderzuweisung beziehe sich auf alle hoheitlichen Maßnahmen, durch die in Rechte oder rechtlich geschützte Interessen eines Notars eingegriffen werde. Der Kläger erwehre sich eines Eingriffs in seine ihm nach § 18 Abs. 1 BNotO obliegende Verpflichtung zur Verschwiegenheit und seine Pflicht gemäß § 35 Abs. 3 Satz 2 BNotO, § 5 Abs. 3 Satz 1 DOnot, die Verfügungsgewalt über Akten und Verzeichnisse zu wahren. Dass die Maßnahme auf § 51 Abs. 3, § 52 Abs. 1 GwG, mithin eine Rechtsgrundlage außerhalb der Bundesnotarordnung gestützt werde, stehe der Anwendung des § 111 BNotO nicht entgegen. Bei den Befugnissen, die der Gesetzgeber dem Beklagten als Aufsichtsbehörde nach § 50 Nr. 5, § 51 GwG zugewiesen habe, handele es sich um einen Unterfall der dem Beklagten nach § 93 Abs. 1 Satz 1 BNotO obliegenden Prüfung und Überwachung der Amtsführung der Notare. Dazu gehörten auch die Pflichten, die das Geldwäschegesetz dem Notar gerade wegen seiner beruflichen Tätigkeit auferlege. Der Gesetzgeber sehe die dem Beklagten nach § 50 Nr. 5, § 51 GwG obliegende Aufsicht als einen Sonderfall der Dienstaufsicht im Sinne von § 93 BNotO an. Dies ergebe sich schon aus der Regelung des § 51 Abs. 2 Satz 3 GwG, folge aber auch aus dem in § 50 Nr. 5 GwG

enthaltenen Verweis auf die Zuständigkeitsregelung nach § 92 Abs. 1 Nr. 1 BNotO sowie den sich aus der Gesetzesbegründung ergebenden Motiven. So habe der Gesetzgeber im Entwurf der Bundesregierung zu § 16 Abs. 2 Nr. 6 GwG in der Fassung vom 21. August 2008 – der Vorgängerregelung zu § 50 Nr. 5 GwG – zum Ausdruck gebracht, dass der durch den Präsidenten des Landgerichts gemäß § 92 ff BNotO umfassend ausgeübten staatlichen Aufsicht über die Amtsführung der Notare die Aufsicht über die Einhaltung der dem Notar im Rahmen der Bekämpfung der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung obliegenden Pflichten hinzugefügt werde. Andernfalls hätte es der ausdrücklichen Bezugnahme auf die §§ 92 ff BNotO nicht bedurft. Der Gesetzgeber habe sich – jedenfalls auf behördlicher Ebene – mit der Bestimmung verschiedener besonders berufsnaher Aufsichtsbehörden gerade nicht für eine einheitliche Entscheidungszuständigkeit entschieden. Für die gerichtliche Zuständigkeit gelte nichts anderes.

5 2. Diesen zutreffenden Ausführungen schließt sich der Senat an. Zur Entscheidung über das Rechtsschutzbegehren des Klägers sind die bei den Oberlandesgerichten und dem Bundesgerichtshof – erst- und zweitinstanzlich – eingerichteten Notarsenate berufen.

6 Bei der Prüfung der Einhaltung der Vorschriften nach dem Geldwäschegesetz durch die Präsidenten der Landgerichte als Träger der Dienstaufsicht gemäß §§ 92 ff BNotO handelt es sich um eine der Ausnahmenvorschrift des § 111 BNotO unterfallende verwaltungsrechtliche Notarsache und nicht um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nicht verfassungsrechtlicher Art im Sinne von § 40 Abs. 1 Satz 1 VwGO, für die der Rechtsweg zu den Verwaltungsgerichten eröffnet ist.

7 a) Gemäß § 111 Abs. 1 BNotO entscheidet das Oberlandesgericht im ersten Rechtszug in verwaltungsrechtlichen Notarsachen, das heißt über öffentlichrechtliche Streitigkeiten nach der Bundesnotarordnung, einer aufgrund dieses Gesetzes erlassenen Rechtsverordnung oder einer Satzung einer der nach diesem Gesetz errichteten Notarkammern, einschließlich der Bundesnotarkammer, soweit nicht die Streitigkeiten disziplinarrechtlicher Art oder einem anderen Gericht ausdrücklich zugewiesen sind, und gemäß § 111 Abs. 2 Nr. 1 BNotO der Bundesgerichtshof über die gegen die Urteile der Oberlandesgerichte gerichteten Berufungen. Gegenstand dieser gesetzlichen („abdrängenden“) Sonderzuweisung sind nicht nur Verwaltungsakte im Sinne des § 35 VwVfG, sondern alle hoheitlichen Maßnahmen. Von bestimmten, hier nicht einschlägigen Ausnahmen abgesehen, sind die in Notarsachen geführten Verwaltungsstreitverfahren insgesamt den Verwaltungsgerichten entzogen und den Notarsenaten zugewiesen (Senat, Beschluss vom

24. Juli 2006 – NotZ 10/06, BeckRS 2006, 9882 Rn. 5). Die Zuständigkeit der Notarsenate erstreckt sich danach auf alle öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten aus dem Bereich des Notarrechts, bei denen es um die Vornahme oder Aufhebung von Amtshandlungen nach der Bundesnotarordnung geht (Senat, Beschlüsse vom 26. Oktober 2009 – NotZ 19/08, DNotZ 2010, 220; vom 24. Juli 2006 aaO und vom 29. Juli 1991 – NotZ 25/90, BGHZ 115, 275, 277).

8 Fehlt es – wie hier im Zusammenhang mit den geldwäscherechtlichen Pflichten – an einer ausdrücklichen Rechtswegzuweisung, hängt es von der Natur des Rechtsverhältnisses ab, aus dem der Anspruch hergeleitet wird, welcher Rechtsweg einschlägig ist (*Ruhtig* in Kopp/Schenke, VwGO, 28. Aufl., § 40 Rn. 6). Die Abgrenzung von Streitigkeiten aus dem Bereich des Notarrechts zu anderen öffentlich-rechtlichen Streitigkeiten richtet sich nach dem Rechtsschutzziel des rechtsschutzsuchenden Beteiligten (Senat, Beschlüsse vom 26. Oktober 2009 – NotZ 19/08, DNotZ 2010, 220 und vom 24. Juli 2006 aaO Rn. 6). Rechtsschutzziel des Klägers ist es, die Verfügungen des Beklagten aufzuheben (Verfügung vom 30. März 2021), durch die er aufgefordert wurde, für die Prüfung unter anderem seine Urkundensammlung sowie die Verwahrungs- und Massenbücher für den dort genannten Zeitraum, auch soweit es sich nicht um sogenannte „Kataloggeschäfte“ im Sinne von § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG handelte, zugänglich zu machen, beziehungsweise deren Rechtswidrigkeit festzustellen (Verfügung vom 16. Februar 2021). Es geht damit im Ergebnis um den Umfang der dem Notar gegenüber der zuständigen Aufsichtsbehörde obliegenden Mitwirkungspflichten nach dem Geldwäschegesetz. Diese stehen in engem Zusammenhang mit den berufsrechtlichen Pflichten des Notars und werden daher ebenfalls von der abdrängenden Sonderzuweisung in § 111 BNotO erfasst.

9 b) Die aufsichtsrechtliche Prüfung lässt sich in Bezug auf die Überwachung der Amtsgeschäfte des Notars einerseits und die Einhaltung der Verpflichtungen nach dem Geldwäschegesetz andererseits weder verfahrensrechtlich noch inhaltlich trennscharf voneinander abgrenzen. Dies ist auch nicht geboten, denn die Beachtung der Vorschriften nach dem Geldwäschegesetz gehört zu der ordnungsgemäßen Erledigung der Amtsgeschäfte im Sinne des § 93 Abs. 2 Satz 1 BNotO (ebenso Blaeschke, DNotZ 2022, 827, 845). Zudem überlappen sich die allgemeinen dienstrechtlichen Pflichten des Notars und seine Pflichten nach dem Geldwäschegesetz.

10 aa) Bereits die Konzeption des Geldwäschegesetzes mit seinen konkreten Verweisen auf die Bundesnotarordnung zeigt, dass es sich bei der Prüfung nach dem Geldwäschegesetz um einen Teilbereich der allgemeinen Amtsprüfung handelt.

11 Die Dienstaufsicht über die Notare im Landgerichtsbezirk obliegt gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 BNotO den Präsidenten der Landgerichte. Sie üben als mit dem Berufsstand besonders vertraute Institution gemäß § 51 Abs. 1, § 50 Nr. 5 GwG in Verbindung mit § 92 Abs. 1 Nr. 1 BNotO zugleich die Aufsicht über die Erfüllung der geldwäscherechtlichen Verpflichtungen aus. § 51 Abs. 2 Satz 1 GwG bestimmt insoweit, dass die Aufsichtsbehörden „im Rahmen der ihnen gesetzlich zugewiesenen Aufgaben“ geeignete und erforderlichen Maßnahmen und Anordnungen treffen können, um die Einhaltung der im Geldwäschegesetz und aufgrund dieses Gesetzes ergangenen Rechtsverordnungen festgelegten Anforderungen sicherzustellen. Bereits aus dieser Formulierung wird deutlich, dass die den Präsidenten der Landgerichte übertragenen Aufgaben nach dem Geldwäschegesetz Bestandteil der ihnen gemäß § 92 Abs. 1 Nr. 1 BNotO zugewiesenen Dienstaufsicht sind. Dem entspricht, dass sie nach § 51 Abs. 2 Satz 3 GwG bei der geldwäscherechtlichen Aufsicht – über die gemäß § 51 Abs. 2 Satz 2 GwG bestehenden Möglichkeiten hinaus – auch die ihnen für ihre sonstigen Aufsichtsaufgaben eingeräumten Befugnisse (hier: § 93 BNotO) wahrnehmen können. Gestützt wird diese Würdigung weiterhin dadurch, dass in § 50 Abs. 1 Nr. 5 GwG ausdrücklich auf § 92 Abs. 1 Nr. 1 BNotO Bezug genommen wird, der die Dienstaufsicht der Landgerichtspräsidenten über die in ihrem Bezirk bestellten Notare bestimmt.

12 bb) Der enge Zusammenhang beider Aufgabenbereiche kommt besonders deutlich zum Ausdruck, wenn die aufsichtsrechtliche Prüfung der geldwäscherechtlichen und der sonstigen dienstlichen Verpflichtungen des Notars – wie in § 18 der Dienstordnung für Notarinnen und Notare in der Fassung der Bekanntmachung vom 21. Dezember 2021 (gültig ab 1. Januar 2022, vgl. zB ABl. für Berlin vom 14. Januar 2022, S. 51, im Folgenden nF) als Regelfall vorgesehen – gleichzeitig durchgeführt wird. Sie liegt aber auch dann vor, wenn die Dienstgeschäfte des Notars gesondert nur auf eines dieser Ziele überprüft werden. Denn die gelegentlich einer solchen Maßnahme erlangten Erkenntnisse können dazu Anlass geben, sie – dann mit abweichender Zielrichtung – entweder im geldwäscherechtlichen oder allgemein dienstaufsichtsrechtlichen Bereich weiterzuerfolgen.

13 cc) Die geldwäscherechtlichen und die sonstigen dienstrechtlichen Verpflichtungen des Notars überschneiden sich auch inhaltlich, weshalb eine klare Zuordnung der von der Dienstaufsicht angeordneten Maßnahmen zu den einzelnen Bereichen regelmäßig nicht möglich ist.

14 Die nach dem Geldwäschegesetz zu erfüllenden Verpflichtungen treffen die Notare in ihrer amtlichen Eigenschaft. Auch soweit die Pflichten nicht unmittelbar

im Zusammenhang mit der Vornahme oder Aufhebung von Amtshandlungen aus Anlass der Beurkundung von Rechtsvorgängen oder anderen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege (§ 1 BNotO) stehen, sondern der Verhütung und Bekämpfung von Straftaten im Bereich der Geldwäsche (§ 1 Abs. 1 GwG, § 261 StGB) und Terrorismusfinanzierung (§ 1 Abs. 2 GwG mit genaueren Hinweisen) dienen, sind sie Teil der den Notaren obliegenden Dienstpflichten. Der Zweck der Aufsicht gebietet es, dass neben der Einhaltung der berufsrechtlichen Bestimmungen geprüft wird, ob der Notar alle sonstigen Normen beachtet, mit denen er bei seiner beruflichen Tätigkeit bestimmungsgemäß in Berührung kommt (vgl. BeckOK BNotO/Herrmann, 6. Ed., Stand: 1. August 2022, § 93 Rn. 31). Dazu gehört auch die Prüfung der Einhaltung geldwäscherechtlichen Vorschriften, die er gerade auch aus Anlass der Beurkundung von Rechtsgeschäften oder sonstigen Vorgängen der vorsorgenden Rechtspflege zu beachten hat. Diese Prüfung kann im Einzelfall im Ergebnis dazu führen, dass der Notar eine Beurkundung zu versagen hat (§ 14 Abs. 2 BNotO).

15 dd) Bei der Prüfung der Amtsgeschäfte des Notars einerseits und der Einhaltung seiner Pflichten nach dem Geldwäschegesetz andererseits gibt es zudem eine Reihe von inhaltlichen Schnittmengen.

16 (1) Die insoweit bestehenden und im Wege der Dienstaufsicht zu überwachenden Pflichten der Notare ähneln sich und gehen – zumindest in Teilbereichen – ineinander über.

17 Dies betrifft etwa die Pflicht zur Feststellung der Identität der Urkundsbeteiligten. Zur Erfüllung der ihm nach dem Geldwäschegesetz obliegenden Pflichten hat der Notar – ebenso wie die sonstigen nach dem Geldwäschegesetz Verpflichteten – ein besonderes Risikomanagement zu betreiben und bestimmte Sorgfaltspflichten einzuhalten (§§ 4 ff GwG). Insbesondere hat er den Vertragspartner und die gegebenenfalls für ihn auftretende Person (einschließlich deren Berechtigung) zu identifizieren, zu klären, ob einer der Vertragspartner für einen wirtschaftlich Berechtigten handelt und diesen zu identifizieren, Informationen über den Zweck und die angestrebte Art der Geschäftsbeziehung einzuholen und die Geschäftsbeziehung einschließlich der Transaktion zu überwachen (§§ 10 ff GwG). Auch nach dem Beurkundungsgesetz hat sich der Notar Gewissheit über die Person der Beteiligten zu verschaffen (§ 10 BeurkG) und sich Nachweise über die Berechtigung eines gesetzlichen Vertreters oder Bevollmächtigten vorlegen zu lassen (§ 12 BeurkG). Ferner hat er sich über den Gegenstand und Zweck des zu beurkundenden Geschäfts zu informieren, weil er anderenfalls seinen Prüfungs- und Belehrungspflichten im Sinne von § 17 BeurkG nicht nachkommen kann.

18 (2) Aber auch, soweit es um die Reichweite der Befugnisse der Dienstaufsicht im Zusammenhang mit der Prüfung der Einhaltung der Pflichten nach dem Geldwäschegesetz geht, stellen sich vielfach notarspezifische Fragen. So beruft sich der Kläger vorliegend hinsichtlich seiner der Dienstaufsicht gegenüber bestehenden Mitwirkungspflichten nach dem Geldwäschegesetz auf seine – seiner Auffassung nach – diesen (teilweise) entgegenstehende Verpflichtung zur Verschwiegenheit gemäß § 18 BNotO und auf seine Zweifel an der Berechtigung der Anordnung, bestimmte näher bezeichnete Unterlagen außerhalb der Räumlichkeiten der Geschäftsstelle zur Verfügung zu stellen (vgl. § 35 BNotO; § 5 Abs. 3 Satz 1 DONot in der bis zum 31. Dezember 2021 gültigen Fassung, § 17 DONot nF).

19 c) Diese die Aufgaben und Befugnisse der Dienstaufsicht beziehungsweise deren Beanstandungen betreffenden Fragestellungen sind – schon um die Rechtseinheit zu wahren – vollumfänglich von den mit dem Berufsrecht der Notare besonders vertrauten Spruchkörpern zu klären. Damit setzt sich die den Gerichtspräsidenten wegen ihrer Sachkunde und der Nähe zu der Materie übertragene Aufsichtsfunktion in dem für verwaltungsrechtliche Notarangelegenheiten vorgesehenen Rechtsweg entsprechend fort. Demgegenüber würde eine Aufspaltung des Rechtswegs in Bezug auf dienstrechtliche und rein geldwäscherechtliche Fragen die Gefahr der Rechtszersplitterung in sich bergen, insbesondere weil bei geldwäscherechtlichen Pflichten Abwägungen mit unter Umständen konfligierenden allgemeinen Notarpflichten notwendig werden können. Abgesehen davon wäre es kaum praktikabel, die betroffenen Notare auf zwei unterschiedliche Rechtswege zu verweisen, wenn dieselbe Aufsichtsmaßnahme auf eine geldwäscherechtliche und eine allgemein notarrechtliche Grundlage gestützt wird.

20 d) Dem lässt sich nicht entgegenhalten, dass dann in der Konsequenz für die Berufsgruppe der Notare zwar für Rechtseinheit gesorgt wird, für Streitigkeiten zwischen anderen Verpflichteten nach dem Geldwäschegesetz und den für sie zuständigen Aufsichtsbehörden (§ 50 Nr. 1-4, 6-9 GwG) jedoch unterschiedliche Rechtswege eröffnet sind. Denn dies hat der Gesetzgeber durch die Angliederung der Prüfung der geldwäscherechtlichen Verpflichtungen an die jeweilige berufsrechtliche – mit den spezifischen Besonderheiten vertraute – Aufsicht ersichtlich in Kauf genommen. Gegenteiliges lässt sich der Gesetzesbegründung zu § 16 Abs. 2 Nr. 6 GwG in der Fassung vom 21. August 2008 (BGBl. I 1690) – mit der die Amtsaufsicht durch die Präsidenten der Landgerichte eingeführt worden ist – und Art. 1 §§ 50 ff GwG des Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie zur Ausführung der EU-Geldtransferverordnung und zur Neuorganisation

der Zentralstelle für Finanztransaktionsuntersuchungen vom 23. Juni 2017 (BGBl. I, S. 1822), mit dem unter anderem die Vorschriften des Geldwäschegesetzes neu gefasst worden sind, nicht entnehmen (vgl. BT-Drs. 16/9038, S. 48 und BT-Drs. 18/11555).

Zuständigkeit des Senats für Notarsachen hinsichtlich Verwahrung von Akten und Büchern

BNotO § 51, §§ 111 ff.; EGGVG § 23; FamFG § 58; GVG § 17a

Amtlicher Leitsatz:

Für den Antrag, das Amtsgericht zur Verwahrung gemäß § 51 Abs. 1 S. 1 BNotO a.F. zu verpflichten, ist der Senat für Notarsachen im Verfahren nach §§ 111 ff. BNotO zuständig.

Kammergericht, 1. Zivilsenat,

Beschluss vom 1. November 2022, – 1 VA 26/22 –

I. Tatbestand:

1 Der Antragsteller wandte sich nach der Beendigung seines Amtes als Notariatsverwalter an das Amtsgericht Schöneberg zur Ablieferung der verwahrten Gegenstände. Mit Schreiben vom 16. Juni 2022 sagte dieses einen (weiteren) Übergabetermin ab, da die Bestände zuvor auf Wasserschäden zu prüfen seien. Mit Bescheid vom 15. Juli 2022 teilte ihm die Antragsgegnerin mit, die Annahme beschädigter, insbesondere mit Schimmel befallener Akten werde verweigert. Bereits abgelieferte Akten seien wieder abzuholen. Auch hinsichtlich der weiter angekündigten Lieferungen sei die Verwahrtauglichkeit sicherzustellen. Hierzu werde der Antragsteller gebeten, die Urkunden aufzulisten, die seiner Ansicht nach in einem verwahrfähigen Zustand seien, bevor ein neuer Annahmetermin ggf. unter Hinzuziehung eines Arbeitsmediziners geplant werden könne.

2 Der Antragsteller hat im Verfahren nach §§ 23 ff. EGGVG beantragt, die Verfügungen vom 16. Juni und 15. Juli 2022 aufzuheben sowie die Antragsgegnerin zu verpflichten, die bisher von ihm verwahrten Urkunden und Akten des Notars a.D. ... entgegenzunehmen.

3 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Akten Bezug genommen.

▶ II. Aus den Gründen:

4 Die Entscheidung beruht auf § 17a Abs. 2 S. 1 und Abs. 6 GVG in entsprechender Anwendung. Der beschriebene Rechtsweg ist nicht zulässig. Es fehlt an einem Justizverwaltungsakt i.S.v. § 23 EGGVG. Vielmehr ist die Sonderzuständigkeit nach §§ 111 ff. BNotO gegeben (vgl. zum Vorrang BGH, NJW 1975, 930), in die von Amts wegen zu verweisen ist. Es handelt sich um eine öffentlich-rechtliche Streitigkeit nach der Bundesnotarordnung, für die der Senat für Notarsachen zuständig ist. Die angefochtenen Maßnahmen haben hoheitlichen Charakter und ihre Grundlage im öffentlichen Recht. Auch ein Fall, in dem gegen die Entscheidung des Amtsgerichts eine FG-Geschwerde (nunmehr gemäß §§ 58 ff. FamFG) zulässig wäre, liegt nicht vor.

5 Der Beschluss des Bundesgerichtshofs vom 25. November 1974 – NotZ 1/74 – juris Rn. 9 ff. ist nicht einschlägig und dürfte zudem überholt sein. Die Fassung des § 111 Abs. 1 BNotO wurde seit 1974 erweitert. Die Erteilung von Ausfertigungen und Abschriften durch das Amtsgericht (§ 45 Abs. 2 und 4, § 51 Abs. 1 S. 3 BNotO a.F.) ist nunmehr in §§ 48 ff., § 54 BeurkG geregelt. Weder ist ein zuständiger Amtsrichter der freiwilligen Gerichtsbarkeit tätig geworden (vgl. dazu BGH, a.a.O., Rn. 14), noch verlangt das Amtsgericht die Herausgabe der Urkunden. Vielmehr begehrt der Antragsteller die Übernahme der Urkunden, um von seiner Verwahrungstätigkeit (§ 56, § 58 Abs. 1 BNotO) befreit zu werden.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Gutgläubiger Zweiterwerb einer Vormerkung

BGB § 185 Abs. 1, § 362 Abs. 2, § 883, § 892 Abs. 1 S. 1, § 894; GBO § 53 Abs. 1 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Rangs der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig; der Schutz des öffentlichen Glaubens erstreckt sich hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung (Fortführung von Senat, Beschluss vom 21. Juni 1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23 f.). (Rn. 27)

2. Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesicherten Forderung entscheidend für die Gutgläubigkeit des Zessionars. (Rn. 45)

3. Tritt der Zedent seinen durch Vormerkung gesicherten, gegen den Erstverkäufer gerichteten Auflassungsanspruch an einen in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen Zessionar ab und übereignet der Erstverkäufer das Grundstück sodann mit Zustimmung des Zessionars an den Zedenten als Zwischenerwerber, so kommen die Wirkungen der Vormerkung dem Zedenten zugute; dies gilt auch dann, wenn der Zedent seinerseits bei Erwerb der Vormerkung nicht gutgläubig im Sinne von § 892 BGB war (Fortführung von Senat, Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f.). (Rn. 36)

4. Ziel des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung kann auch ein Amtswiderspruch sein. (Rn. 8)

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 09.12.2022 – V ZR 91/21

▶ I. Tatbestand:

1 Der Beklagte kaufte im Jahr 1991 von der vormaligen Eigentümerin (im Folgenden: Erstverkäuferin) mehrere Grundstücke. Zu seinen Gunsten wurde eine Auflassungsvormerkung in das Grundbuch eingetragen. Im Jahr 2014 verkaufte die Erstverkäuferin die Grundstücke nochmals, und zwar – unter der aufschiebenden Bedingung der Schaffung eines Bebauungsplans – an die Streithelferin. Der Anspruch auf Eigentumsübertragung wurde durch eine weitere Vormerkung gesichert. Die zugunsten des Beklagten eingetragene vorrangige Vormerkung wurde am 2. Mai 2017 im Grundbuch gelöscht. Mit Vertrag vom 15. Mai 2017 verkaufte die Streithelferin die Grundstücke an die Klägerin und trat dieser die durch die Vormerkung gesicherte Forderung aus dem Kaufvertrag mit der Erstverkäuferin ab. Gegen die Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Vormerkung wurden im Juni 2017 ein Amtswiderspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO sowie ein Widerspruch nach § 899 BGB in das Grundbuch eingetragen. Die Streithelferin wurde als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen. Am 12. März 2018 erfolgte die Auflassung zwischen der Streithelferin und der Klägerin. Die Klägerin wurde anschließend als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

2 Das Landgericht hat die auf Bewilligung der Löschung der Widersprüche gerichtete Klage abgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Berufung zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurück-

weisung der Beklagte beantragt, verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter.

► II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht meint, der Klägerin stehe ein Anspruch auf Zustimmung zur Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Widersprüche aus § 894 BGB nicht zu. Zwar könne sich ein derartiger Anspruch grundsätzlich aus ihrer Stellung als eingetragene Eigentümerin ergeben. Er scheide hier aber aus, da die Klägerin das Eigentum nicht gutgläubig „lastenfrei“ erworben habe. Ihre Eintragung sei nicht auf Grundlage des ihr abgetretenen vormerkungsgesicherten Auflassungsanspruchs gegen die Erstverkäuferin, sondern aufgrund des mit der Streithelferin abgeschlossenen Kaufvertrags erfolgt. Wegen der zwischenzeitlich eingetragenen Widersprüche sei sie in dem nach § 892 Abs. 2 BGB maßgeblichen Zeitpunkt im Hinblick auf die Löschung der Auflassungsvormerkung des Beklagten nicht mehr gutgläubig gewesen.

4 Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung kann ein Anspruch der Klägerin auf Bewilligung der Löschung der zugunsten des Beklagten eingetragenen Widersprüche nicht verneint werden.

5 I. Zutreffend ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts, dass sich der geltend gemachte Anspruch aus der Stellung der Klägerin als eingetragene Eigentümerin ergeben kann.

6 1. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts ist die zugunsten des Beklagten eingetragene vorrangige Vormerkung am 2. Mai 2017 zu Unrecht gelöscht worden mit der Folge, dass sie materiell-rechtlich zunächst fortbestand und das Grundbuch deshalb unrichtig wurde (vgl. Senat, Urteil vom 15. Dezember 1972 – V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 51). Davon geht auch die Klägerin aus. Sie verfolgt in der Sache nicht die Beseitigung einer vormerkungswidrig vorgenommenen, nach § 883 Abs. 2 BGB nur relativ unwirksamen Belastung oder sonstigen Eintragung unter Berufung auf ihre Vormerkungsberechtigung nach § 888 Abs. 1 BGB (vgl. dazu Senat, Urteil vom 4. Dezember 2015 – V ZR 202/14, BGHZ 208, 133 Rn. 12 f.; Urteil vom 14. Januar 2022 – V ZR 245/20, ZfIR 2022, 179 Rn. 3, 5 ff. mwN). Sie erstrebt vielmehr als Eigentümerin die Löschung der Widersprüche mit der Begründung, sie habe ihr Eigentum hinsichtlich der Vormerkung des Beklagten „lastenfrei“ erworben.

7 2. Dieses Rechtsschutzziel kann über einen Grundbuchberichtigungsanspruch gemäß § 894 BGB erreicht werden. Gläubiger des Berichtigungsanspruchs ist zwar gewöhnlich der nicht eingetragene wahre Berechtigte,

Schuldner der zu Unrecht eingetragene Buchberechtigte. Die Vorschrift gilt aber entsprechend für den eingetragenen wahren Berechtigten, der – wie hier – die Löschung eines Widerspruchs erreichen möchte, dessen Eintragung der vermeintliche Berechtigte zu Unrecht erwirkt hat (vgl. Senat, Urteil vom 5. Mai 2006 – V ZR 236/05, NJW-RR 2006, 1242 Rn. 5 mwN).

8 3. Ziel des Anspruchs auf Grundbuchberichtigung in entsprechender Anwendung des § 894 BGB kann, wie der Senat bereits in einer älteren Entscheidung vorausgesetzt hat (vgl. Senat, Urteil vom 24. Januar 1962 – V ZR 116/60, NJW 1962, 963), auch ein nach § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO eingetragener Amtswiderspruch sein. Der Einwand der Revisionserwiderung, dem Widerspruchsberechtigten fehle insoweit die Passivlegitimation, weil er in Bezug auf einen von Amts wegen eingetragenen Widerspruch nicht Störer sei (vgl. auch jurisPKBGB/Toussaint, 9. Aufl., § 894 Rn. 13), greift nicht durch.

9 a) Der Anspruch auf Grundbuchberichtigung nach § 894 BGB ist ein gesetzlich besonders behandelter Fall des in § 1004 BGB allgemein geregelten Eigentumsstörungsanspruchs (vgl. Senat, Urteil vom 8. Februar 1952 – V ZR 6/50, BGHZ 5, 76, 82; Urteil vom 9. Februar 2018 – V ZR 299/14, NJW 2019, 71 Rn. 23, jeweils mwN). Für die Störeeigenschaft reicht es dabei aus, dass im Rahmen eines Vorgehens nach § 19 GBO eine Berichtigung der Grundbucheintragung nicht ohne die Mitwirkung des Betroffenen erfolgen kann (vgl. Senat, Urteil vom 22. Januar 1964 – V ZR 25/62, BGHZ 41, 30, 32).

10 aa) Gemäß § 894 BGB kann derjenige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen oder durch die Eintragung einer nicht bestehenden Belastung oder Beschränkung beeinträchtigt ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen ist. Die Vorschrift stellt auf die Regelung des § 19 GBO ab, wonach im Grundbuchverfahren eine Eintragung erfolgt, wenn derjenige sie bewilligt, dessen Recht von ihr betroffen ist (vgl. jurisPK-BGB/Toussaint, 9. Aufl., § 894 Rn. 1, 40; vgl. auch MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl., § 894 Rn. 29). § 894 BGB begründet vor diesem Hintergrund einen Anspruch auf Erteilung dieser im Grundbuchverfahren nach § 19 GBO formell-rechtlich erforderlichen Bewilligung zur Berichtigung des Grundbuchs (vgl. MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl., § 894 Rn. 1).

11 bb) Ausgehend von diesem auf eine Bewilligung nach § 19 GBO gerichteten Inhalt des Grundbuchberichtigungsanspruchs ist Störer derjenige, dessen Mitwirkung für eine Berichtigung des Grundbuchs im Rahmen eines Vorgehens nach § 19 GBO erforderlich ist (vgl. Senat, Urteil vom 22. Januar 1964 – V ZR 25/62, BGHZ 41, 30, 32). Es ist dagegen unerheblich, wie die Unrichtigkeit

des Grundbuchs entstanden ist (vgl. Erman/Artz, BGB, 16. Aufl., § 894 Rn. 23). Dafür spricht auch die Kostenregelung des § 897 BGB, wonach der zur Berichtigung Berechtigte grundsätzlich die hierfür erforderlichen Kosten zu tragen hat. Diese Regelung weicht von dem Grundsatz ab, dass der Schuldner die Aufwendungen zur Erfüllung seiner Pflichten zu tragen hat (vgl. NK-BGB/Krause, 5. Aufl., § 897 Rn. 1), und erklärt sich nur dadurch, dass Ansprüche aus § 894 BGB auch dann entstehen, wenn der Anspruchsgegner die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht zu verantworten hat (vgl. jurisPK-BGB/Toussaint, 9. Aufl., § 897 Rn. 1; NK BGB/Krause, 5. Aufl., § 897 Rn. 1; Erman/Artz, BGB, 16. Aufl., § 897 Rn. 1).

12 cc) Die Möglichkeit, im Grundbuchverfahren nach § 22 GBO bzw. im Beschwerdeverfahren nach § 71 GBO eine Berichtigung ohne Bewilligung des Anspruchsgegners zu erreichen, steht selbständig neben einem Anspruch aus § 894 BGB (vgl. Senat, Urteil vom 10. Februar 2006 – V ZR 110/05, NJW-RR 2006, 886 Rn. 7). Davon zu trennen ist die Frage, inwieweit in Fällen, in denen das kostengünstigere Grundbuchverfahren zweifelsfrei zum Erfolg führen würde, das Rechtsschutzbedürfnis für die Durchsetzung eines Anspruchs aus § 894 BGB im Klagewege entfallen kann (vgl. Senat, Urteil vom 10. Februar 2006 – V ZR 110/05, aaO Rn. 7). Eine solche Konstellation liegt hier aber schon deswegen nicht vor, weil eine Klärung der entscheidungserheblichen Fragen im Grundbuchverfahren aufgrund der dort nach § 29 GBO beschränkten Beweismittel (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl., § 53 Rn. 62) nicht erfolgen könnte.

13 b) Entscheidend für die Passivlegitimation ist demgemäß auch bei einem gegen einen Amtswiderspruch gerichteten Grundbuchberichtigungsanspruch, dass eine Berichtigung bei einem Vorgehen nach § 19 GBO von der Bewilligung des Anspruchsgegners abhängig ist. Dies ist bei demjenigen, zu dessen Gunsten der Amtswiderspruch eingetragen ist, der Fall. Denn auch ein Amtswiderspruch ist auf die Bewilligung desjenigen, dessen wahres Recht durch den Widerspruch geschützt werden soll, nach § 19 GBO zu löschen, weil damit etwaigen Amtshaftungsansprüchen die Grundlage entzogen wird (vgl. Senat, Beschluss vom 24. Januar 1985 – V ZB 5/84, NJW 1985, 3070, 3071).

14 II. Rechtsfehlerhaft verneint das Berufungsgericht jedoch die Voraussetzungen des Grundbuchberichtigungsanspruchs mit der Begründung, ein im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreier“ Eigentumserwerb der Klägerin scheitere jedenfalls daran, dass ihre Eintragung als Eigentümerin sich nicht als Verwirklichung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs gegenüber der Erstverkäuferin, sondern als Erfüllung ihres Eigentumsverschaffungsanspruchs gegenüber der Streit-

helferin darstelle, und die Klägerin in diesem Zeitpunkt nicht mehr gutgläubig war.

15 1. Richtig ist, dass nach Löschung einer materiell-rechtlich bestehenden Vormerkung aus dem Grundbuch ein gutgläubiger „vormerkungsfreier“ Erwerb in Betracht kommt (vgl. auch Senat, Urteil vom 15. Dezember 1972 – V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 51; BGH, Urteil vom 29. November 1990 – IX ZR 107/90, NJW 1991, 1113). § 891 Abs. 2 BGB ist auf eine gelöschte Vormerkung entsprechend anwendbar (vgl. Assmann, Die Vormerkung [§ 883 BGB], 1998, S. 347).

16 2. Zutreffend ist auch die Annahme des Berufungsgerichts, dass dann, wenn auf eine Eigentumsübertragung aufgrund des Kaufvertrags zwischen der Streithelferin und der Klägerin abzustellen wäre, ein hinsichtlich der Vormerkung des Beklagten „lastenfreier“ Eigentumserwerb durch die Klägerin kraft guten Glaubens nach § 892 Abs. 2 BGB nicht (mehr) in Betracht käme, weil zum Zeitpunkt der Stellung des Eintragungsantrags und der Eintragung des Zwischenerwerbs die Widersprüche gegen die Löschung der Vormerkung schon eingetragen waren.

17 3. Das Berufungsgericht übersieht aber, dass die Streithelferin aufgrund einer Ermächtigung der gutgläubigen Klägerin als Inhaberin des vormerkungsgesicherten Anspruchs aus dem Kaufvertrag zwischen der Erstverkäuferin und der Streithelferin im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfrei“ Eigentum erworben und dieses dann auf die Klägerin übertragen haben kann. Der Erwerb der Klägerin wäre dann ein Erwerb vom Berechtigten gewesen, so dass es auf das Fortbestehen ihres guten Glaubens im Zeitpunkt ihres Eigentumserwerbs nicht angekommen wäre.

18 Voraussetzung hierfür ist, dass die Klägerin eine Vormerkung erworben hat, die ihr einen im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglichte (hierzu unter a), und dass diese Vormerkung auch bei dem Eigentumserwerb der Streithelferin Wirkung entfaltete (hierzu unter b). Dies ist nach den getroffenen Feststellungen nicht ausgeschlossen.

19 a) Die Klägerin kann eine Vormerkung erworben haben, die ihr einen im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglichte.

20 aa) Für das Revisionsverfahren ist davon auszugehen, dass die Klägerin am 15. Mai 2017 infolge der Abtretung des vormerkungsgesicherten Anspruchs die zunächst zugunsten der Streithelferin begründete Vormerkung erworben hat. Allerdings ist die rechtsgeschäftliche Übertragung einer Vormerkung als solcher rechtlich nicht möglich, und zwar weder isoliert noch gemeinsam mit dem gesicherten Anspruch. Nach § 398 Satz 1 BGB kann eine Forderung von dem Gläubiger durch den Vertrag mit einem anderen übertragen, also abgetreten werden.

Soweit die Forderung durch eine Vormerkung gesichert wird, geht die Vormerkung mit der Abtretung des gesicherten Anspruchs wegen der strengen Akzessorietät zum gesicherten Anspruch entsprechend § 401 BGB außerhalb des Grundbuchs kraft Gesetzes über (vgl. Senat, Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947 f.; Urteil vom 19. November 2021 – V ZR 104/20, NJW-RR 2022, 808 Rn. 16, insoweit etwas missverständlich im Hinblick auf die Formulierung „nicht isoliert abtretbar“). Auf die Eintragung eines Vermerks über den Übergang in das Grundbuch kommt es dabei nicht an; wird der Übergang vermerkt, geschieht dies nur deklaratorisch im Wege der Berichtigung (vgl. Senat, Urteil vom 24. Juli 2015 – V ZR 275/14, BGHZ 206, 281 Rn. 17; unzutreffend insoweit Senat, Urteil vom 27. Oktober 2006 – V ZR 234/05, NJW 2007, 508 Rn. 16 a.E.).

21 bb) Der gesetzliche Übergang der Vormerkung auf die Klägerin als Zessionarin kann ihr den im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglicht haben. Zwar war die Streithelferin bei der Begründung der Vormerkung im Jahr 2014 im Hinblick auf die zugunsten des Beklagten eingetragene Vormerkung im Sinne des § 892 BGB bösgläubig, weil die Vormerkung zu diesem Zeitpunkt noch nicht gelöscht worden war. Ein gutgläubiger (Erst-)Erwerb der Vormerkung „unbelastet“ von der vorrangigen Vormerkung des Beklagten durch die Streithelferin selbst war damit nicht möglich. Die Klägerin kann aber am 15. Mai 2017 durch einen im Hinblick auf deren Rangstellung „gutgläubigen Zweiterwerb“ eine Vormerkung erworben haben, die ihr einen bezüglich der Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb ermöglichte.

22 cc) Ein derartiger gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung ist grundsätzlich möglich.

23 (1) Allgemein anerkannt ist, dass eine Vormerkung bei ihrer Begründung aufgrund Bewilligung nach § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB gutgläubig (erst-)erworben werden kann, das Grundbuch also zugunsten des gutgläubigen Erwerbers der Vormerkung im Hinblick auf den eingetragenen Eigentümer und den Grundbuchstand als richtig gilt; aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung zum gesicherten Anspruch gilt dies aber nur insoweit, als die gesicherte Forderung tatsächlich besteht. Besteht die Forderung nicht, kann auch die Vormerkung nicht gutgläubig erworben werden (vgl. hierzu Senat, Beschluss vom 21. Juni 1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23; Urteil vom 31. Oktober 1980 – V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447; Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947).

24 (2) In der Rechtsprechung des Senats ist der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung in gewissem Umfang anerkannt. Zwar kommt auch insoweit ein gutgläubiger Erwerb bei Nichtbestehen des Anspruchs nicht in Betracht.

Für den Fall, dass für einen wirksamen Auflassungsanspruch von einem Nichtberechtigten eine Vormerkung zugunsten eines Bösgläubigen bestellt worden ist, kann die Vormerkung aber in der Person eines gutgläubigen Rechtsnachfolgers des Bösgläubigen wirksam werden (Beschluss vom 21. Juni 1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 23 f.). Kann der Zweiterwerber trotz Bösgläubigkeit des Ersterwerbers eine nichtbestehende Vormerkung gutgläubig erwerben, folgt daraus erst recht, dass ein Zweiterwerber auch eine bestehende Vormerkung gutgläubig lastenfrei bzw. – wie hier – gutgläubig „vormerkungsfrei“ von dem bösgläubigen Ersterwerber erwerben kann.

25 (3) Dem ist die Rechtspraxis gefolgt (vgl. KG, OLGZ 1978, 122, 124; OLG Saarland, Rpfleger 1995, 404, 406; OLG München, BWNotZ 2002, 12, 14; LG München II, Urteil vom 4. Juni 2008 – 11 O 2016/07, juris Rn. 46). Auch Teile der Literatur vertreten die Meinung, dass ein gutgläubiger Zweiterwerb der Vormerkung möglich ist, wobei insbesondere auf die Schutzbedürftigkeit des Erwerbers abgestellt wird, der auf den durch die Eintragung des Zedenten hervorgerufenen Rechtsschein vertraue. Entscheidend sei nicht die Publizitätsform der jeweiligen Verfügung, sondern die Rechtsscheinstellung des Verfügenden (vgl. – mit unterschiedlichen Begründungsansätzen – u.a. AK-BGB/v. Schweinitz, § 885 Rn. 26; Bauer/Schaub/Lieder, GBO, 4. Aufl., C Rn. 98 f.; Erman/Artz, BGB, 16. Aufl., § 883 Rn. 29; Meikel/Schneider, GBO, 12. Aufl., § 53 Rn. 49; Jauernig/Berger, BGB, 18. Aufl., § 883 Rn. 28; KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl., Teil 1 § 6 Rn. 13; MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl., § 885 Rn. 44; RGRK/Augustin, BGB, 12. Aufl., § 883 Rn. 19; Schulze/Staudinger, BGB, 11. Aufl., § 883 Rn. 36; PWW/Huhn, BGB, 16. Aufl., § 885 Rn. 12; Heck, Grundriss des Sachenrechts, S. 201 f.).

26 (4) Nach der Gegenansicht scheidet ein gutgläubiger Erwerb der Vormerkung bei der Zession des gesicherten Anspruchs aus. Dabei nimmt die Diskussion in erster Linie die zunächst unwirksam bestellte Vormerkung in den Blick und nicht die hier vorliegende Konstellation des Rangverhältnisses. Wegen des Übergangs der Vormerkung kraft Gesetzes analog § 401 BGB fehle es sowohl an dem für einen gutgläubigen Erwerb notwendigen rechtsgeschäftlichen Erwerb als auch an der für den Schutz des guten Glaubens nach §§ 892 f. BGB vorausgesetzten sachenrechtlichen Übertragungsform. Da die Vormerkung jederzeit außerhalb des Grundbuchs übergehen könne, begründe ihre Eintragung keine Vermutung dafür, dass der eingetragene Berechtigte auch Inhaber der Vormerkung sei. Zudem bestehe kein Bedürfnis für einen derartigen Schutz des Rechtsverkehrs (vgl. – mit unterschiedlichen Begründungsschwerpunkten – u.a. BeckOGK/Assmann, BGB [1.11.2022], § 885 Rn. 161 ff.; BeckOK BGB/Eckert 1.11.2022,

§ 885 Rn. 27 f.; NK-BGB/Krause, 5. Aufl., § 892 Rn. 28; Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl., § 885 Rn. 19; Soergel/Stürner, BGB, 13. Aufl., § 883 Rn. 44, § 893 Rn. 8; Staudinger/Kessler, BGB [5.2.2022], § 883 Rn. 437; Staudinger/Picker, BGB [31.12.2021], § 892 Rn. 60; Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 20 Rn. 52; Wilhelm, Sachenrecht, 7. Aufl., Rn. 2297 ff.).

27 (5) Es besteht keine Veranlassung, von der Rechtsprechung des Senats zum gutgläubigen Zweiterwerb der Vormerkung, auf die sich der Rechtsverkehr eingestellt hat, abzurücken. Bei der Abtretung einer durch Vormerkung gesicherten Forderung gilt der Inhalt des Grundbuchs analog § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB zugunsten des Zessionars im Hinblick auf den Grundbuchstand unter Einschluss des Rangs der Vormerkung sowie das Vorliegen ihrer sachenrechtlichen Entstehungsvoraussetzungen unter Einschluss der wirksamen Bewilligung als richtig; der Schutz des öffentlichen Glaubens erstreckt sich hingegen nicht auf den Bestand der gesicherten Forderung. Die derartige analoge Anwendung auf den Zweiterwerb der Vormerkung ist geboten, weil die Vormerkung sowohl in ihrer Wirkung als auch im Hinblick auf die Grundbuchlage in gewissen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert ist und eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage besteht.

28 (a) Zwar ist die Vormerkung kein dingliches Recht, wie es § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB voraussetzt, sondern als Sicherungsmittel eigener Art anzusehen. Sie verleiht aber dem gesicherten schuldrechtlichen Anspruch in beträchtlichem Umfang dingliche Wirkungen im Sinn einer dinglichen Gebundenheit des Grundstücks; sie bewirkt insbesondere die relative Unwirksamkeit von sogenannten Zwischenrechten (§ 883 Abs. 2 BGB) und sichert dem dinglichen Recht, auf dessen Einräumung der vormerkungsgesicherte Anspruch gerichtet ist, denjenigen Rang zu, der ihm zugekommen wäre, wenn es selbst bereits zur Zeit der Eintragung der Vormerkung eingetragen worden wäre (§ 883 Abs. 3 BGB). Damit ist die Vormerkung in manchen Beziehungen einem dinglichen Recht angenähert (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 15. Dezember 1972 – V ZR 76/71, BGHZ 60, 46, 49 f.; Urteil vom 14. Januar 2022 – V ZR 245/20, NJW 2022, 1167 Rn. 24).

29 (b) Auch im Hinblick auf ihre Eintragung im Grundbuch ist die Vormerkung teilweise einem dinglichen Recht angenähert. Zwar lässt sich aufgrund der strengen Akzessorietät der Vormerkung dem Grundbuch nicht entnehmen, ob die Forderung – und damit insoweit auch die Vormerkung – (noch) besteht oder (noch) dem Eingetragenen zusteht; denn das Erlöschen und der Übergang der Forderung vollziehen sich außerhalb des Grundbuchs. Aus der Eintragung im Grundbuch ergibt sich aber bei einer gemäß § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB bestellten

Vormerkung zum einen, dass die Bewilligung dessen, dessen Recht von der Vormerkung betroffen wird, erteilt worden ist, und zum anderen die dingliche Gebundenheit des betroffenen Rechts und die Rangstellung der Vormerkung. Anders als bei dem Erwerb einer Forderung oder eines Pfandrechts ergibt sich bezüglich dieses „sachenrechtlichen Teils“ der Vormerkung aus dem Grundbuch ein objektiver Rechtsschein, auf den der Zessionar einer vormerkungsgesicherten Forderung vertrauen kann (vgl. Bauer/Schaub/Lieder, GBO, 4. Aufl., Teil C Rn. 99; Schreiber/Ruge/Preuß, Handbuch Immobilienrecht, 4. Aufl., Kapitel 14 Rn. 58).

30 (c) Bei einem Zweiterwerb der Vormerkung liegt auch eine mit dem Erwerb eines dinglichen Rechts vergleichbare Interessenlage vor. Ebenso wie bei der Übertragung eines dinglichen Rechts besteht im Interesse des Rechtsverkehrs auch bei dem gesetzlichen Übergang der Vormerkung infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs ein Bedürfnis, sich auf das Grundbuch verlassen zu können. Die Vormerkung soll dem Berechtigten das zu dem Zeitpunkt des Erwerbs der Vormerkung nach der Grundbuchlage bestehende Erfüllungsvermögen des Schuldners sichern. Die Eintragung der Vormerkung ist insofern Grundlage für das Vertrauen, das Eigentum ohne die im Zeitpunkt des Übergangs nicht vorhandenen oder nachträglich eingetragenen Belastungen erwerben zu können. Derjenige, der den gesicherten Anspruch durch Abtretung erwirbt, ist auf die möglichst frühzeitige Absicherung seines in Aussicht genommenen Rechtserwerbs nicht weniger angewiesen als der ursprüngliche Erwerber. Gerade bei Kettenveräußerungen besteht ein praktisches Bedürfnis für die Verkehrsfähigkeit der Vormerkung. Die Fälligkeit der Kaufpreiszahlung ist oft von der Absicherung des Käufers durch eine Vormerkung abhängig. Eine solche kann der ursprüngliche Erwerber aber nach § 885 Abs. 1 Satz 1 Alt. 2 BGB erst bestellen, wenn er im Grundbuch eingetragen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 5. Dezember 1996 – V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 188). Diese Eintragung abzuwarten, wäre mit einem erheblichen Aufwand von Zeit und Kosten verbunden, der den praktischen Bedürfnissen des Rechtsverkehrs zuwiderliefe.

31 (d) Die dogmatischen Bedenken der Gegenauffassung gegen die analoge Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB greifen nicht durch. Es fehlt für die entsprechende Anwendung weder an einem rechtsgeschäftlichen Erwerb noch ist die analoge Anwendung in dem dargestellten Umfang deswegen ausgeschlossen, weil sich der Übergang der Vormerkung ohne einen sachenrechtlichen Übertragungstatbestand außerhalb des Grundbuchs vollzieht.

32 (aa) Obwohl die Vormerkung nicht isoliert, sondern nur infolge der Abtretung des gesicherten Anspruchs

übergehen kann, handelt es sich bei der Übertragung des Anspruchs und dem Übergang der Vormerkung bei funktioneller Betrachtung um einen einheitlichen rechtsgeschäftlichen Vorgang (vgl. MüKoBGB/Kohler, 8. Aufl., § 885 Rn. 44; Prütting, Sachenrecht, 37. Aufl., § 18 Rn. 198; Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 83 Rn. 36; Wunner, NJW 1969, 113, 116 f.). Der Übergang der Vormerkung knüpft – anders als etwa die Entstehung eines gesetzlichen Pfandrechts (vgl. dazu BGH, Urteil vom 21. Dezember 1960 – VIII ZR 146/59, BGHZ 34, 153, 157 f.) – nicht an rein tatsächliche Vorgänge oder von dem Parteiwillen unabhängige Ereignisse, sondern an die rechtsgeschäftliche Übertragung der Forderung an. Die Vertragspartner können den Übergang der Vormerkung zwar ausschließen (vgl. hierzu Baur/Stürner, Sachenrecht, 18. Aufl., § 20 Rn. 53; Staudinger/Kesseler, BGB [5.2.2022], § 883 Rn. 428 mwN). In aller Regel wird der Übergang der Vormerkung aber das Hauptanliegen der Vertragspartner bei der Abtretung des gesicherten Anspruchs sein, weswegen häufig auch untechnisch von einer „Abtretung der Vormerkung“ gesprochen wird.

33 (bb) Die analoge Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB scheidet auch nicht wegen eines fehlenden sachenrechtlichen Übertragungstatbestandes aus. Zwar ist es zutreffend, dass der gutgläubige Erwerb von dinglichen Rechten in der Regel an einen solchen Tatbestand anknüpft. Bei der Vormerkung kann es hingegen auf die Eintragung der Zession im Grundbuch entgegen einzelner Ansicht (vgl. jurisPK-BGB/Stamm, 9. Aufl., § 885 Rn. 109 ff.; Wieling/Finkenaue, Sachenrecht, 6. Aufl., § 22 Rn. 17; Trapp, Die dingliche Wirkung der Vormerkung im Rechtsverhältnis zwischen dem aus einer Auflassungsvormerkung Berechtigtem und dem vormerkungswidrig eingetragenen Dritten, 1974, S. 124) schon deshalb nicht ankommen, weil diese nur deklaratorisch ist (vgl. oben Rn. 20). Der gutgläubige Zweiterwerb der Vormerkung in dem dargestellten Umfang bezieht sich aber gerade nicht auf den Übergang der Vormerkung, der sich allein nach der Forderung richtet, sondern lediglich darauf, dass sich aus dem Grundbuch die Eintragung einer Vormerkung zur Sicherung der abgetretenen Forderung ergibt. Der gute Glaube an den aus dem Grundbuch ersichtlichen „sachenrechtlichen Teil“ der Vormerkung ist nicht deswegen weniger schutzwürdig, weil sich die von der Forderung abhängigen Elemente der Vormerkung nicht aus dem Grundbuch ergeben.

34 (e) Die nach alledem gebotene analoge Anwendung des § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB auf den Zweiterwerb der Vormerkung ist nicht davon abhängig, aus welchen dinglichen Gründen die Bestellung der Vormerkung mangelhaft war. Soweit sich aus der zitierten Entscheidung des Senats (Beschluss vom 21. Juni 1957 – V ZB 6/57, BGHZ 25, 16, 24)

im Hinblick auf die fehlende Bewilligung des Eigentümers etwas anderes ergibt, hält der Senat hieran nicht fest. Ein sachlicher Grund für eine solche Unterscheidung besteht nicht, da sich für den schutzwürdigen Erwerber die Sachlage bei einer fehlenden Bewilligung nicht anders darstellt als bei einer Unwirksamkeit der Vormerkung aus anderen, auf den dinglichen Entstehungstatbestand bezogenen Unwirksamkeitsgründen (vgl. Westermann/Gursky/Eickmann, Sachenrecht, 8. Aufl., § 83 Rn. 36; Reinicke, NJW 1964, 2373, 2378 f.). Inwieweit eine Vormerkung bei Abtretung eines Anspruchs auch dann gutgläubig erworben werden kann, wenn es sich nicht um die erste, sondern eine weitere Abtretung handelt bzw. der Zedent nicht im Grundbuch eingetragen ist, ist hier nicht zu entscheiden.

35 b) Hat die Klägerin ihre Vormerkung im Hinblick auf die vorrangige Vormerkung des Beklagten gutgläubig „lastenfrei“ erworben, wäre ihr es – entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts – möglich gewesen, auch das Eigentum ohne die vorrangige Vormerkung des Beklagten zu erwerben (vgl. Senat, Urteil vom 31. Oktober 1980 – V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447; Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947; Urteil vom 20. Juli 2007 – V ZR 245/06, NJW-RR 2008, 102 Rn. 21). Diese Wirkung der Vormerkung kann hier auch der Streithelferin bei ihrem Zwischenerwerb zugutegekommen sein.

36 aa) Anders als das Berufungsgericht meint, erfordert der Eigentumserwerb aufgrund des vormerkungsgesicherten Anspruchs nicht zwingend, dass der Vormerkungsschuldner (hier: Erstverkäuferin) unmittelbar an den Anspruchsinhaber und Vormerkungsberechtigten (hier: Klägerin) leistet. Der Senat hat für eine vergleichbare Fallkonstellation entschieden, dass die Wirkungen einer dem Käufer eingeräumten Auflassungsvormerkung dem Dritten (hier: Streithelferin) zugutekommen, an den der Verkäufer mit Zustimmung des Käufers (§ 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB) übereignet. Tritt der Zedent seinen durch Vormerkung gesicherten, gegen den Erstverkäufer gerichteten Auflassungsanspruch an einen in Ansehung eines nicht eingetragenen vorrangigen Rechts gutgläubigen Zessionar ab und übereignet der Erstverkäufer das Grundstück sodann mit Zustimmung des Zessionars an den Zedenten als Zwischenerwerber, so kommen die Wirkungen der Vormerkung dieser Entscheidung zufolge dem Zedenten zugute. Aufgrund der dem Zedenten vom Anspruchsinhaber gemäß § 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB erteilten Ermächtigung, die geschuldete Leistung in Empfang zu nehmen, stellt sich der Zwischenerwerb nämlich als Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs dar (vgl. Senat, Urteil vom 17. Juni 1994 – V ZR 204/92, NJW 1994, 2947, 2948).

37 bb) Daran gemessen kann die Streithelferin das Eigentum frei von der vorrangigen Vormerkung des Beklagten erworben haben.

38 (1) Dass die Klägerin die Streithelferin ermächtigt hat, die geschuldete Leistung nach § 362 Abs. 2, § 185 Abs. 1 BGB in Empfang zu nehmen, stellen die Parteien nicht in Abrede. Eine solche Ermächtigung liegt – wie die Revision zu Recht geltend macht – aufgrund der vereinbarten Sicherungsabtretung auch nahe (vgl. BGH, Urteil vom 23. März 1999 – VI ZR 101/98, ZIP 1999, 927 mwN).

39 (2) Zugunsten der Revision ist mangels gegenteiliger Feststellungen des Berufungsgerichts zu unterstellen, dass die Übereignung an die Streithelferin in Erfüllung des durch diese Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs erfolgt ist (vgl. dazu unten Rn. 49).

40 (3) Anders als in dem der Entscheidung vom 17. Juni 1994 zugrundeliegenden Sachverhalt war die Streithelferin hier allerdings sowohl im Jahr 2014, als sie die Vormerkung selbst erwarb, als auch bei ihrem Eigentumserwerb im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten nicht gutgläubig im Sinne des § 892 BGB. Die genannten Grundsätze gelten aber auch dann, wenn der Zedent seinerseits bei Erwerb der Vormerkung nicht gutgläubig im Sinne von § 892 BGB war.

41 (a) Stellt sich die Übertragung des Eigentums als Erfüllung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs dar, ist allein entscheidend, welche Wirkung die Auflassungsvormerkung zugunsten des Gläubigers des Anspruchs im Zeitpunkt der Erfüllung hatte. Denn die Auflassungsvormerkung besteht nur mit dem Inhalt, den sie für den Gläubiger hatte. Ist ein gutgläubiger Erwerb einer Rechtsposition erfolgt, ist diese im Rechtsverkehr genauso wirksam, als wäre der Erwerb vom Berechtigten erfolgt. Ebenso wie sich der Inhalt der gutgläubig erworbenen Auflassungsvormerkung nicht mehr ändert, wenn der Berechtigte nach dem gutgläubigen Erwerb bösgläubig oder ein Widerspruch eingetragen wird (vgl. Senat, Urteil vom 10. Dezember 1971 – V ZR 90/69, BGHZ 57, 341, 343 f.; Urteil vom 31. Oktober 1980 – V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447), kann die Übereignung an einen Dritten mit Zustimmung des Gläubigers in Erfüllung des gesicherten Anspruchs nichts an der Sicherungswirkung der Auflassungsvormerkung ändern. Ein gutgläubig erworbenes Recht ist gleichwertig mit einem vom Berechtigten erworbenen Recht (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2001 – XI ZR 41/00, NJW-RR 2001, 1097, 1098 mwN).

42 (b) Dieses Ergebnis wird auch durch die Überlegung gestützt, dass es demjenigen, der gutgläubig eine Vormerkung erworben hat, nicht zur Last fallen kann, wenn er entscheidet, dass die Erfüllung des vormerkungsgesicherten Anspruchs an einen Dritten erfolgen soll. Andernfalls hinge der Wert des von ihm erworbenen Rechts nämlich davon ab, ob die Erfüllung an ihn selbst, einen gutgläubigen Dritten oder einen bösgläubigen Dritten erfolgt. Dies würde zu einer deutlichen Schmälerung der

Rechtsstellung des Vormerkungsinhabers führen, was gerade in der hier vorliegenden Konstellation deutlich wird: Hätte die Erstverkäuferin direkt an die Klägerin übereignet, beständen an einem im Hinblick auf die Vormerkung des Beklagten „lastenfreien“ Eigentumserwerb der Klägerin keine Zweifel. Ein Zwischenerwerb der Streithelferin, die selbst nicht mehr Inhaberin des gesicherten Auflassungsanspruchs war, kann daran nichts ändern.

43 4. Das Urteil stellt sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

44 a) Dass der gesicherte Anspruch unter einer aufschiebenden Bedingung stand, führt nicht dazu, dass er nicht vormerkungsfähig war. Nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB können auch bedingte Ansprüche durch Auflassungsvormerkung gesichert werden (vgl. hierzu im Einzelnen Senat, Beschluss vom 5. Dezember 1996 – V ZB 27/96, BGHZ 134, 182, 185 f.; Beschluss vom 13. Juni 2002 – V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 121; Beschluss vom 4. Juli 2013 – V ZB 197/12, WM 2013, 1894 Rn. 30, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 198, 14).

45 b) Von der Gutgläubigkeit der Klägerin bei einem Erwerb der Vormerkung am 15. Mai 2017 ist nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auszugehen. Bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung ist der Zeitpunkt der Abtretung der gesicherten Forderung entscheidend für die Gutgläubigkeit des Zessionars. Maßgeblich für die Gutgläubigkeit ist nach § 892 Abs. 1 Satz 1 BGB nämlich der Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs (vgl. Senat, Urteil vom 16. Mai 1980 – V ZR 27/79, NJW 1980, 2413, 2414; Urteil vom 13. Oktober 2000 – V ZR 349/99, NJW 2001, 359, 360); dies ist bei einem abgeleiteten Erwerb der Vormerkung die Abtretung der gesicherten Forderung (vgl. AK-BGB/ v. Schweinitz, § 885 Rn. 28). Am 15. Mai 2017 war die Löschung der zugunsten des Beklagten bestehenden Auflassungsvormerkungen bereits erfolgt, die Widersprüche waren indes noch nicht eingetragen. Inwieweit die aufschiebende Bedingung des von der Auflassungsvormerkung gesicherten Anspruchs im Zeitpunkt der Abtretung des Anspruchs bereits eingetreten war, ist für den für den guten Glauben entscheidenden Zeitpunkt nicht erheblich; insoweit gilt Entsprechendes wie bei durch Vormerkung gesicherten künftigen Ansprüchen (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 31. Oktober 1980 – V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447). Dass der vormerkungsgesicherte Anspruch aufschiebend bedingt war, hinderte den Übergang der Vormerkung am 15. Mai 2017 nicht. Ein aufschiebend bedingter Anspruch entsteht nicht erst mit Eintritt der vorgesehenen Bedingung, sondern bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung (näher Senat, Beschluss vom 13. Juni 2002 – V ZB 30/01, BGHZ 151, 116, 122; BGH, Urteil vom 21. September 1994 – VIII ZR 257/93, BGHZ 127, 129, 134) und kann daher bereits vor Bedingungseintritt

mit der Folge des Übergangs von Sicherungsrechten gemäß § 401 BGB abgetreten werden.

46 1. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Der Senat kann in der Sache nicht selbst entscheiden, weil noch weitere Feststellungen zu treffend sind. Mangels Entscheidungsreife ist die Sache daher an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

47 2. Das Berufungsgericht wird insbesondere Folgendes zu klären haben:

48 a) Offen ist, inwieweit im Hinblick auf den Vormerkungsgesicherten Anspruch im Kaufvertrag aus dem Jahr 2014 ein Abtretungsverbot nach § 399 Fall 2 BGB bestand und gegebenenfalls, ob und wann die Erstverkäuferin die Abtretung genehmigte. Sollte die Abtretung des durch die Vormerkung gesicherten Anspruchs ausgeschlossen gewesen sein, schied ein Erwerb der Vormerkung durch die Klägerin am 15. Mai 2017 aus (vgl. *Monath*, RNotZ 2004, 359, 370). Eine später erklärte „Genehmigung“ der Abtretung durch die Zedentin hätte, anders als die Revision meint, keine Rückwirkung, sondern führte lediglich dazu, dass die Abtretung im Zeitpunkt der Genehmigung wirksam würde (st. Rspr., vgl. im Einzelnen BGH, Urteil vom 1. Februar 1978 – VIII ZR 232/75, BGHZ 70, 299, 303; Urteil vom 29. Juni 1989 – VII ZR 211/88, BGHZ 108, 172, 176; vgl. auch Urteil vom 11. März 1997 – X ZR 146/94, NJW 1997, 3434, 3435). Insoweit wäre dann der Zeitpunkt der „Genehmigung“ für den guten Glauben der Klägerin entscheidend.

49 b) Zu klären ist auch, auf welcher Grundlage der Zwischenerwerb der Streithelferin beruhte. Das Berufungsgericht hat hierzu – von seinem rechtlichen Ansatzpunkt folgerichtig – keine Feststellungen getroffen. Die Wirkung der Auflassungsvormerkung könnte der Streithelferin nur zugutegekommen sein, wenn der Zwischenerwerb in Erfüllung des abgetretenen Anspruchs erfolgte. Inwieweit dies der Fall war, ist, insbesondere auch vor dem Hintergrund, dass nach dem Protokoll der mündlichen Verhandlung vor dem Berufungsgericht die Erstverkäuferin und die Streithelferin nach der Abtretung eine Änderungsvereinbarung zum Kaufvertrag aus dem Jahr 2014 geschlossen haben sollen, unklar.

50 c) Offen ist darüber hinaus, ob sich die Klägerin im Zeitpunkt des Eigentumserwerbs durch die Streithelferin bereits auf die Wirkungen der Auflassungsvormerkung berufen konnte. Die Wirkung einer Auflassungsvormerkung, die einen aufschiebend bedingten Anspruch sichert, kann erst bei Eintritt der Bedingung geltend gemacht werden (vgl. *BeckOGK/Assmann*, BGB [1.11.2022], § 883 Rn. 182; vgl. entsprechend zum künftigen Anspruch Senat, Urteil vom 31. Oktober 1980 – V ZR 95/79, NJW 1981, 446, 447; Urteil vom 3. Dezember 1999 – V ZR 329/98, NJW 2000,

1033). Ob die Bedingungen des Übereignungsanspruchs aus dem Kaufvertrag zwischen der Erstverkäuferin und der Streithelferin bereits eingetreten waren, ergibt sich aus den Feststellungen nicht.

Voraussetzungen der gestreckten Begründung von Sondernutzungsrechten

WEG § 5 Abs. 4, § 7 Abs. 3, § 10 Abs. 3 S. 1, § 16 Abs. 1 S. 3

Amtlicher Leitsatz:

Für die sog. gestreckte Begründung eines Sondernutzungsrechts genügt es, dass die Zuordnungs-/Bewilligungserklärung des in der Teilungserklärung ermächtigten Eigentümers durch Zugang beim Grundbuchamt wirksam geworden ist, als er noch Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft war (Anschluss an OLG Hamm, DNotZ 2018, 225). Auf den Zeitablauf und die Möglichkeit des Begünstigten, das Sondernutzungsrecht mit nur schuldrechtlicher Wirkung auf einen nach dem Grundbuchinhalt Ausgeschlossenen zu übertragen, kommt es für § 19 GBO nicht an (entgegen OLG München, Beschluss vom 22. Dez. 2017 – 34 Wx 139/17 – juris).

Kammergericht, 1. Zivilsenat Beschluss vom 7. Februar 2023, – 1 W 213/22 –

Aus den Gründen:

1 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Für die Eintragung des Sondernutzungsrechts als Inhalt des Sondereigentums (§ 5 Abs. 4, § 10 Abs. 3 S. 1 WEG) genügt die Zuordnungserklärung der W... vom 20. Februar 2018 (§ 2 UR-Nr. 24/2018 des Notars ...), die dem Grundbuchamt 2018 zugegangen ist. Das folgt aus ihrer gemäß § 7 Abs. 3 WEG gebuchten Ermächtigung, durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt für einen einzelnen Wohnungseigentümer ein die übrigen ausschließendes Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz zu begründen (§ 3 Nr. 2 UR-Nr. 368/2015 und § 2 UR-Nr. 41/2016 des Notars ...)

2 Es kann dahin stehen, ob die beantragte Eintragung lediglich eine Klarstellung ist, weil das verdinglichte Sondernutzungsrecht durch die Zuordnungserklärung bereits vollständig entstand. Durch diese Erklärung sind die übrigen Wohnungseigentümer, die zuvor gemäß § 16

Abs. 1 S. 3 WEG zum Mitgebrauch berechtigt waren, mit der Wirkung des § 10 Abs. 3 S. 1 WEG von der Nutzung ausgeschlossen. Der Ausschluss aller nicht begünstigten Eigentümer (negative Komponente) durch die Teilungserklärung steht unter der aufschiebenden Bedingung der Zuweisungserklärung und wird gemäß § 158 Abs. 1 BGB mit dieser wirksam (BayObLG, DNotZ 1986, 479, 481 ff.). Gleiches könnte für die positive Komponente gelten, wenn die Ermächtigung dahin zu verstehen ist, dass für jeden Wohnungseigentümer ein gesondertes – jeweils durch eine ihn begünstigende (erste) Zuordnungserklärung aufschiebend bedingtes – Recht zum alleinigen Gebrauch bestimmt wird (vgl. *Rieger*, DNotZ 2020, 431, 435).

3 Auch soweit es sich um eine rechtsändernde Eintragung handeln sollte, bedarf es keiner Bewilligung der übrigen Wohnungseigentümer nebst dinglich Berechtigter gemäß § 19 GBO. Sie sind von der Buchung des Sondernutzungsrechts im Grundbuch der begünstigten Einheit nicht nachteilig betroffen, da die negative Komponente bereits mit dem Eintritt der aufschiebenden Bedingung – der Zuordnungserklärung – als Inhalt des Sondereigentums in allen Wohnungsgrundbüchern eingetragen ist (Demharter, GBO, 32. Aufl., Anh. § 3 Rn. 28.3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 2913a jew. m.w.N.).

4 Eine Mitwirkung der ausgeschlossenen Wohnungseigentümer ist auch nicht wegen des Zeitablaufs erforderlich. Zum einen besteht die Möglichkeit, vom Grundbuchinhalt Abweichendes schuldrechtlich zu vereinbaren, immer (vgl. *Falkner*, ZNotP 2017, 251, 258 f.). Die Eintragung nach § 10 Abs. 3 S. 1 WEG ist nur für die Wirkung gegen den Sondernachfolger relevant. Hätte die Beteiligte das Sondernutzungsrecht an dem Stellplatz mit nur schuldrechtlicher Wirkung auf einen anderen Wohnungseigentümer übertragen, wäre dieser nicht deshalb i.S.v. § 19 GBO sachenrechtlich betroffen, denn die Nutzungsbefugnis ist mangels Buchung nicht zum Inhalt seines Sondereigentums geworden. Für das Bewilligungserfordernis kommt es auf einen lediglich schuldrechtlichen Anspruch nicht an (*Falkner*, a.a.O.; a.A. OLG München, Beschluss vom 22. Dez. 2017 – 34 Wx 139/17 – juris Rn. 40).

5 Zum anderen hat das Grundbuchamt bloßen Zweifeln, das Grundbuch könne durch eine gemäß § 19 GBO bewilligte Eintragung unrichtig werden, nicht nachzugehen (vgl. *Demharter*, a.a.O., Anh. § 13 Rn. 41). Die W... hat die Eintragungsbewilligung, die regelmäßig in der Zuordnungserklärung liegt, zusätzlich ausdrücklich erklärt. Für ihre aus dem Vorbehalt in der Teilungserklärung folgende Bewilligungsberechtigung ist es unerheblich, dass ihr Zuweisungsrecht mit der Veräußerung der letzten Sondereigentumseinheit enden soll. Denn die W... ist erst 2019 aus der Wohnungseigentümergeinschaft ausgeschieden. Es reicht aus, dass sie ihr Zuweisungsrecht noch zu-

vor durch Erklärung gegenüber dem Grundbuchamt ausgeübt hat (vgl. OLG Hamm, DNotZ 2018, 225). Bereits mit dem Zugang der Erklärung endete die Ermächtigung der teilenden Eigentümerin zur (anderweitigen) Zuweisung (vgl. BGH, NJW 2012, 676 Rn. 16); ihre so konkretisierte Bewilligungsberechtigung wirkt bis zur Eintragung der positiven Komponente fort.

Voraussetzungen der Abgeschlossenheit einer Wohnung nach der AVA

Rechtssatz: AVA-WEG § 5, § 8 Abs. 1; WEG § 3 Abs. 3, § 7 Abs. 4 S. 1

Amtlicher Leitsatz:

Nach der AVA vom 6. Juli 2021 bedarf es keiner aus dem Aufteilungsplan ersichtlichen Mindestausstattung für die Abgeschlossenheit einer Wohnung i.S.v. § 3 Abs. 3 WEG.

Kammergericht, 1. Zivilsenat,

Beschluss vom 13. Oktober 2022, – 1 W 396/21 –

Aus den Gründen:

1 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und in dem aus der Beschlussformel ersichtlichen Umfang begründet, im Übrigen nicht begründet.

2 zur Zwischenverfügung Nr. 1

3 Die Verfügung, der Plan B 2.0 (Grundriss Erdgeschoss) sei durch das Bezirksamt dahin zu ergänzen, dass der (an den Innenhof grenzende) Raum „WC“ (im Folgenden: Badezimmer) mit Nr. 2 zu kennzeichnen sei, ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO veranlasst.

4 Zwar genügt die Abgeschlossenheitsbescheinigung Nr. ... vom 14. Juni 2021 nebst Aufteilungsplänen den Anforderungen von § 7 Abs. 4 S. 1 WEG nicht. Denn es besteht ein Widerspruch zwischen dem Grundriss und dem Plan B 12.0 (Ansicht Hof-SFL). In der Gebäudeansicht ist das Fenster des Badezimmers mit einer 2 gekennzeichnet, was zu berücksichtigen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 27. Sept. 2022 – 1 W 301, 312-342/22 – juris Rn. 31 ff.).

5 Es ist aber nicht zwingend erforderlich, das Badezimmer zum Sondereigentum zu bestimmen. Zum einen dürfte mit dem nordöstlich abgetrennten kleinen Raum (im Folgenden: Gästetoilette) Wasserversorgung, Ausguss und WC innerhalb der Wohnung vorhanden sein. Zum anderen ist diese Mindestausstattung nach der nunmehr geltenden

Allgemeinen Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz (AVA) vom 6. Juli 2021 für die Abgeschlossenheit i.S.v. § 3 Abs. 3 WEG nicht mehr erforderlich (Senat, Beschlüsse vom 10. März 2022 – 1 W 300/21 – und vom 14. Juni 2022 – 1 W 122/22 –). Diese sieht gesonderte Anforderungen für die Abgeschlossenheit von Wohnungen nicht mehr vor (§ 5 AVA). Gemäß § 8 Abs. 1 AVA i.V.m. Anlage 1 wird lediglich bescheinigt, dass die Voraussetzungen des § 3 Abs. 3 WEG vorliegen. Die Ansicht des Ordnungsgebers, inhaltliche Änderungen zur Allgemeinen Verwaltungsvorschrift vom 19. März 1974 bestünden nicht (BR-Drucks. 312/21 S. 9), findet im vorrangigen Wortlaut der AVA vom 6. Juli 2021 keine Stütze. Der gesetzliche Begriff „in sich abgeschlossen“ erfasst zudem nur die Abgeschlossenheit im engeren räumlichen Sinn, um den Herrschaftsbereich klar und dauerhaft abzugrenzen, und keine bauordnungsrechtlichen Vorschriften (Gems-OGB, NJW 1992, 3290).

6 Es ist auch nicht i.S.v. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO inhaltlich unzulässig, ohne eine (aus den Plänen ersichtliche) Mindestausstattung für im Sondereigentum stehende Räume Wohnzwecke gemäß § 1 Abs. 2 WEG zu bestimmen. Vielmehr ist es Sache des jeweiligen Sondereigentümers, etwaige bauordnungsrechtliche Vorgaben – wie etwa den in einer Wohnung erforderlichen Einbau einer Toilette und einer Dusche o.ä. – zu erfüllen (BGH, NJW-RR 2017, 462 Rn. 19 ff.). Welche Leitungen u.ä. in einem Haus verlegt sind, gibt der Aufteilungsplan ohnehin regelmäßig nicht wieder.

7 Danach kann das Badezimmer zum Gemeinschaftseigentum bestimmt werden, sollte die Beteiligte dies tatsächlich wollen. Wegweisend und ohne Bindungswirkung wird darauf hingewiesen, dass es dafür nicht genügt, dass das Bezirksamt auf dem Ansichtsplan die Nr. 2 im Fenster des Badezimmers streicht und die Beteiligte auf diese Ergänzung zur Abgeschlossenheitsbescheinigung Bezug nimmt. Vielmehr bedürfte es einer ausdrücklichen Erklärung der Beteiligten in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, dass der mit „WC“ gekennzeichnete, nicht nummerierte Raum Gemeinschaftseigentum sein solle.

8 Auch wenn die Teilungserklärung / Eintragungsbewilligung auslegungsfähig ist (vgl. Demharter, GBO, 32. Aufl., § 19 Rn. 28) und im Zweifel kein Sondereigentum entsteht (Senat, Beschluss vom 27. Sept. 2022, a.a.O.), ist im Eintragungsverfahren auf klare und eindeutige Eintragungsg Grundlagen hinzuwirken (vgl. Demharter, a.a.O., Anh. § 13 Rn. 5, § 19 Rn. 27). Die Kennzeichnung des Badezimmers mit Nr. 2 wurde nach dem Gesamtzusammenhang offensichtlich nur versehentlich unterlassen. Auch der Beschwerde ist nicht zu entnehmen, warum es sinnvoll sein könnte, diesen Raum – oder bei den Einheiten Nr. 4, 10 und 12 die Gästetoilette – dem Gemeinschaftseigen-

tum zuzuordnen. Die fehlende Kennzeichnung eines einzelnen, nicht besonders hervorgehobenen Raums, der innerhalb eines im Sondereigentum stehenden Gebäudeteils liegt, ist bei Grundbucheinsichten leicht zu übersehen. Darüber hinaus wird teilweise vertreten, ein solcher Einzelraum gehöre auch ohne Nummerierung entsprechend § 94 BGB oder nach der natürlichen Anschauung zum Sondereigentum (vgl. OLG München, FGPrax 2011, 281). Ohne eine zweifelsfreie Zuordnung zum Gemeinschaftseigentum wäre der Bestimmtheitsgrundsatz nicht gewahrt.

9 zur Zwischenverfügung Nr. 2, 5 und 6

10 Das Grundbuchamt kann aus den zuvor genannten Gründen nicht verlangen, dass die Gästetoiletten der Einheiten Nr. 4, 10 und 12 zum Sondereigentum bestimmt werden. Für eine Zuordnung zum Gemeinschaftseigentum bedürfte es allerdings der zuvor beschriebenen Klarstellung.

11 zur Zwischenverfügung Nr. 3 und 4

12 Diese Verfügung ist in ihrer geänderten Fassung vom 17. September 2021 (vorletzter Absatz) gemäß § 18 Abs. 1 S.1 Alt. 2 GBO veranlasst. Insbesondere bedarf es aus den zuvor genannten Gründen einer ausdrücklichen Ergänzungserklärung in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO, falls die (Abstell-)Räume im Flurbereich der Einheiten Nr. 6 und 8 nach dem Willen der Beteiligten im Gemeinschaftseigentum stehen sollen.

Notwendigkeit der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung bei einem Erwerbsvorgang im Wege einer Abschichtungsvereinbarung

GrEStG §§ 1, 22; GBO § 20

Amtlicher Leitsatz:

Überträgt ein Miterbe seinen Erbanteil durch eine Erbauseinandersetzung- und Erbteilsübertragungsvereinbarung auf einen Miterben, darf das Grundbuchamt die beantragte Eintragung der Übertragung von der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig machen.

OLG Köln, Beschl v. 25.1.2023 – 2 Wx 5/23

I. Tatbestand:

1 Die Antragstellerin und Herr ... sind im oben aufgeführten Grundbuch Blatt XXX als Eigentümer in Erben-

gemeinschaft eingetragen; in Blatt XXX sind sie als Eigentümer in Erbengemeinschaft zu 1/4 Anteil eingetragen.

2 In einer schriftlichen, beglaubigten Erklärung vom 15.09.2022 bzw. vom 29.10.2022 haben beide unter Bezugnahme einer zwischen ihnen geschlossenen Abschichtungsvereinbarung vom 31.08.2022/09.09.2022 die Eintragung der Beteiligten als Alleineigentümerin in Bezug auf den vorbezeichneten Grundbesitz bzw. den vorbezeichneten 1/4 Anteil bewilligt; in demselben Schriftstück hat die Beteiligte die entsprechenden Eintragungen im Wege einer Grundbuchberichtigung beantragt.

3 Den Antrag hat der Grundbuchrechtspfleger mit Beschluss vom 23.11.2022 im Wege der Zwischenverfügung beanstandet, da es zum Vollzug des Antrages der Vorlage einer Grunderwerbssteuer-Unbedenklichkeitsbescheinigung bedürfe. Die Prüfung, ob es sich um einen grunderwerbssteuerfreien Vorgang handele, obliege dem Finanzamt. Zur Behebung des Hindernisses hat er eine Frist bis zum 23.01.2023 gesetzt.

4 Mit ihrer hiergegen gerichteten Beschwerde macht die Beteiligte im Wesentlichen geltend, die Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung sei entbehrlich, weil die vorliegende Abschichtung als Erwerb eines zum Nachlass gehörigen Grundstücks durch Miterben zur Teilung des Nachlasses gemäß § 3 Nr. 3 GrEStG nicht grundsteuerpflichtig sei. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 29.12.2022 nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem Oberlandesgericht vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

5 Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte Grundbuchbeschwerde ist nicht begründet, weil das Grundbuchamt durch die angefochtene Zwischenverfügung mit Recht die Vorlage einer Grunderwerbssteuer-Unbedenklichkeitsbescheinigung verlangt hat.

6 Gemäß § 22 Abs. 1 Satz 1 GrEStG darf der Erwerber eines Grundstücks in das Grundbuch erst dann eingetragen werden, wenn eine Bescheinigung des für die Besteuerung zuständigen Finanzamts vorgelegt wird oder Bescheinigungen der für die Besteuerung zuständigen Finanzämter vorgelegt werden, dass der Eintragung steuerliche Bedenken nicht entgegenstehen. Dies bedeutet, dass § 22 GrEStG alle grunderwerbsteuerbaren Erwerbsvorgänge umfasst, nicht nur solche rechtsbegründender Art, sondern auch nur berichtigende Eintragungen einer Eigentumsänderung. Dabei ist es unerheblich, ob der Erwerber das Eigentum am Grundstück durch Rechtsgeschäft, kraft Gesetzes oder durch

Ausspruch einer Behörde oder eines Gerichts erlangt. Insbesondere ist es unwesentlich, ob der Erwerbsvorgang grunderwerbsteuerpflichtig oder ob Steuerfreiheit gegeben ist. Ob nach dem einschlägigen Steuerrecht im Einzelfall eine Grunderwerbsteuer angefallen ist oder ob Steuerfreiheit besteht, muss das Grundbuchamt der Prüfung und Entscheidung der Finanzbehörde überlassen, auch dann, wenn der Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs stattgefunden hat. Das Grundbuchamt hat allerdings in eigener Zuständigkeit zu prüfen, ob ein dem Grunderwerbssteuergesetz unterfallender Vorgang überhaupt gegeben ist. Kommt es zu dem eindeutigen Ergebnis, dass dies nicht der Fall ist oder dass kraft besonderer Ausnahmenvorschrift keine Vorlagepflicht besteht, darf es die Eintragung nicht von der Vorlage einer Unbedenklichkeitsbescheinigung abhängig machen (OLG Celle, Beschluss vom 19. Mai 2011 – 4 W 56/11 –, jurisTz. 5).

7 Der durch den vorliegenden Abschichtungsvertrag begründete Erwerbsvorgang ist ein solcher nach § 1 Abs. 1 Nr. 3 GrEStG, weil es sich bei der Abschichtung um einen Eigentumsübergang ohne vorausgehendes, den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft handelt und es einer Auflassung nicht bedarf. Denn der Eigentumsübergang beruht auf einer Anwachsung an den verbleibenden Miterben (vgl. BGH, Urteil vom 21.01.1998 – IV ZR 346/96 – jurisTz. 14 ff. – = BGHZ 138, 8). Ob im vorliegenden Fall eine Ausnahme von der Grundsteuerpflicht nach § 3 Nr. 3 GrEStG eingreift, ist nicht vom Grundbuchamt zu prüfen; dessen Prüfungsumfang beschränkt sich auf die Frage, ob der Vorgang als solcher vom Grunderwerbssteuergesetz erfasst wird.

8 Eine landesrechtliche Ausnahme von der Vorlagepflicht auf der Grundlage des § 22 Abs. 1 Satz 2 GrEStG greift nicht ein. Soweit es in der AV des Justizministers des Landes Nordrhein-Westfalen vom 17.05.2011 („Verzicht auf die Erteilung von Unbedenklichkeitsbescheinigungen gemäß § 22 GrEStG) „für Grundstückserwerbe von Todes wegen (Hinweis auf § 3 ErbStG)“ heißt, betrifft dies nur den der Abschichtung vorausgegangenen Eigentumsübergang auf die Erbengemeinschaft. Dass in der vorliegenden Fallkonstellation von einer Vorlagepflicht in Fällen des § 3 Nr. 3 GrEStG ausgegangen wird, ergibt sich auch daraus, dass in der AV im Weiteren ausgeführt wird, dass aus Gründen der Verwaltungsvereinfachung nur eine Unbedenklichkeitsbescheinigung zu erteilen ist „bei Erbauseinandersetzungen, wenn alle in der Urkunde beurkundeten Erwerbsvorgänge nach § 3 Nr. 3 GrEStG von der Besteuerung ausgenommen sind, für jeweils alle Grundstücke derselben Gemarkung“.

Voraussetzungen für einen eingeschränkten Vollzug einer Eintragungsbewilligung

GB0 § 13; BGB § 133 analog

Amtlicher Leitsatz:

Grundsätzlich muss sich die Eintragungsbewilligung inhaltlich mit dem Eintragungsantrag decken; sie darf weder über ihn hinausgehen noch hinter ihm zurückbleiben. Eine Ausnahme besteht, wenn die Auslegung der Bewilligung ergibt, dass der Antrag im Umfang hinter ihr zurückbleiben darf. Insoweit kommt auch eine stillschweigende Gestattung in der Bewilligung in Betracht.

OLG Köln, Beschl. v. 17.1.2023 – 2 Wx 2/23

I. Tatbestand:

1 In notarieller Urkunde vom 18.08.2022 (Urkundenverzeichnis Nr. 1292/2022 der Notarin T. in D., Bl. 19 ff.) hat die Beteiligte, die im genannten Grundbuch als Eigentümerin verzeichnet ist, vertreten durch ihren bevollmächtigten Ehemann die Eintragung einer Grundschuld zugunsten der Sparkasse D. in Höhe von 500.000,-- € bewilligt.

2 Mit Schreiben ihres Ehemannes vom 17.10.2022 ist bei dem Grundbuchamt eine Ausfertigung der Urkunde mit dem Antrag eingereicht worden, das Grundpfandrecht in Höhe von 250.000,-- € nebst Zinsen, Zahlungsbedingungen und dinglicher Unterwerfungsklausel einzutragen.

3 Den Antrag hat die Grundbuchrechtspflegerin mit Beschluss vom 07.11.2022 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie sich im Wesentlichen darauf gestützt, dass der Betrag im Antrag (250.000,-- €) nicht mit dem Betrag der Bewilligung (500.000,-- €) übereinstimme (Bl. 36 f.). Mit ihrer hiergegen gerichteten Beschwerde macht die Beteiligte im Wesentlichen geltend, die begehrte Eintragung eines geringeren Betrages sei von der Bewilligung umfasst; dies ergebe sich durch Auslegung der Bewilligung. Sie habe sich mit der Darlehensgeberin auf den geringeren Betrag geeinigt (Bl. 49 ff.). Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 03.01.2023 nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem Oberlandesgericht vorgelegt (Bl. 54 f.).

II. Aus den Gründen:

4 Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte Grundbuchbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des zurückweisenden Beschlusses des Grundbuchamtes.

5 Das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Der begehrten Eintragung steht nicht entgegen, dass der Grundschuldbetrag in der Bewilligung über denjenigen im Antrag hinausgeht.

6 Zwar muss sich die Eintragungsbewilligung inhaltlich mit dem Eintragungsantrag decken; sie darf weder über ihn hinausgehen noch hinter ihm zurückbleiben (BayObLG, Beschluss vom 09.11.1995 – 2Z BR 85/95 – jurisTz. 10 – = MittBayNot 1996,36). Die Bewilligung ist indes der Auslegung (§ 133 BGB analog) zugänglich; aus ihr kann sich ergeben, dass der Antrag im Umfang hinter ihr zurückbleiben darf (BayObLG a.a.O.), wobei eine stillschweigende Gestattung in der Bewilligung in Betracht kommt (Bauer, GBO, 18. Aufl. 2018, § 13 Rn. 65). Dies ist hier der Fall. Es ist nichts dafür ersichtlich, dass die antragstellende Eigentümerin mit ihrer Bewilligung nicht auch die Eintragung eines geringeren Grundschuldbetrages im Wege eines Teilvollzuges hätte ermöglichen wollen. Entgegenstehende Interessen Beteiligter sind in diesem Fall ebenso wenig zu erkennen wie eine Beeinträchtigung der Zuverlässigkeit des Grundbuchs. So wird ein betragsmäßiger Teilvollzug denn auch im Falle der Eintragung einer Zwangssicherungshypothek auf der Grundlage eines Urteils für zulässig erachtet (OLG München, Beschluss vom 07.09.2022, 34 Wx 323/22 – jurisTz. 41; Reetz in BeckOK GBO, 47. Edition, § 13 Rn. 48).

GESELLSCHAFTSRECHT

Zum Prüfungsumfang des Registergerichts bei der Anmeldung eines Geschäftsführers.

HGB § 8, GmbHG § 39, FamFG §§ 26, 382

Amtliche Leitsätze:

1. Im Rahmen der Anmeldung eines Geschäftsführerwechsels nach § 39 Abs. 1 GmbHG prüft das Registergericht die Ordnungsgemäßheit der Anmeldung, ob diese also formgerecht erfolgt ist und die begehrte Eintragung eintragungsfähig ist und ob erforderliche Urkunden beigefügt sind. Dabei muss sich aus den nach § 39 Abs. 2 GmbHG das Ausscheiden eines Geschäftsführers und die Neubestellung eines anderen Geschäftsführers schlüssig ergeben.

2. Eine darüber hinausgehende Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht nur dann, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete

Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen.

**Kammergericht (22. Zivilsenat),
Beschluss vom 30.09.2022 – 22 W 54/22**

▶ I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte ist seit dem Jahr 2017 im Handelsregister B des Amtsgerichts Charlottenburg eingetragen. Als Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis ist Herr D Sch (nachfolgend auch nur: „G1“) eingetragen. Ausweislich der letzten in den Registerordner aufgenommenen Liste der Gesellschafter hat die Gesellschaft 21 Gesellschafter. In § 7 des Gesellschaftsvertrages (nachfolgend auch nur: „GV“) finden sich hinsichtlich der Gesellschafterversammlungen u. a. folgende Regelungen:

„7.1 Die Gesellschafterversammlung wählt einen Vorsitzenden mit der einfachen Mehrheit aller Stimmen der von allen Gesellschaftern gehaltenen Geschäftsanteile. Der Vorsitzende leitet die Versammlung und kann eine von der Ankündigung der Tagesordnung abweichende Reihenfolge der Verhandlungsgegenstände sowie die Art und Form der Abstimmung bestimmen.

7.2 Jede Gesellschafterversammlung ist durch die Geschäftsführung durch eingeschriebenen Brief (mit Rückschein), Telefax oder per E-Mail an jeden Gesellschafter unter der der Gesellschaft zuletzt schriftlich bekannt gegebenen Anschrift, Telefaxnummer und/oder E-Mail-Adresse mit einer Frist von mindestens zwei (2) Wochen für ordentliche Gesellschafterversammlungen und mit einer Frist von mindestens einer (1) Woche für außerordentliche Gesellschafterversammlungen einzuberufen (...).

7.3 Mit Zustimmung aller Gesellschafter kann die Versammlung rechtswirksame Beschlüsse auch ohne Einhaltung der vorstehenden Formen und Fristen fassen, wenn sämtliche Gesellschafter anwesend oder vertreten sind und auf die Einhaltung der gesellschaftsvertraglichen Form- und Fristbestimmungen verzichten. In gleicher Weise können Beschlüsse auch schriftlich, telefonisch, per Telefax oder E-Mail gefasst werden, wenn sich alle Gesellschafter an der Beschlussfassung beteiligen und kein Gesellschafter der Art der Beschlussfassung widerspricht.

7.4 Formlos gefasste Beschlüsse sind den Gesellschaftern von der Geschäftsführung schriftlich zu bestätigen; Ziffer 7.12 gilt sinngemäß.

(.)

7.12 Soweit über Gesellschafterbeschlüsse keine notarielle Niederschrift aufgenommen wird, ist über jeden

gefassten Beschluss (unabhängig davon, ob innerhalb oder außerhalb einer Gesellschafterversammlung gefasst) unverzüglich eine Niederschrift anzufertigen (zu Beweis Zwecken, nicht als Wirksamkeitsvoraussetzung), welche den Tag und die Form der Beschlussfassung, den Inhalt des Beschlusses, die Stimmabgaben, die Tagesordnung und Anträge zu enthalten hat. Die Niederschrift ist vom Vorsitzenden der Gesellschafterversammlung zu unterzeichnen. Jedem Gesellschafter ist unverzüglich nach der Gesellschafterversammlung eine Abschrift der Niederschrift durch E-Mail oder per Brief zuzuleiten.“

2 Mit notariell beglaubigter Anmeldung vom 5. Juli 2022 hat Herr Dr. D S (nachfolgend auch nur: „G2“) die Abberufung von G1 als Geschäftsführer und seine Berufung als einzelvertretungsbefugter und von den Beschränkungen des § 181 BGB befreiter Geschäftsführer zur Eintragung angemeldet. Der Anmeldung beigelegt war ein unter dem 1. Juli 2022 von G1 und G2 unterzeichnetes Dokument, das mit „Niederschrift über einen Umlaufbeschluss der [Beteiligten] mit dem Sitz in Berlin“ überschrieben war (nachfolgend auch nur: „Niederschrift“). Darin war vermerkt, dass die Geschäftsführung im Wege des Umlaufverfahrens nach Nr. 7.3 GV einen Antrag zur Abstimmung gestellt habe, wonach G1 als Geschäftsführer abberufen und G2 zum Geschäftsführer mit Einzelvertretungsbefugnis unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB bestellt werde.

3 Unter der Überschrift „II Feststellungen“ hieß es weiter: „Dieser Beschlussantrag wurde an alle Gesellschafter am 17.6.2022 übermittelt.

Der Art der Beschlussfassung hat kein Gesellschafter widersprochen. An der Beschlussfassung haben sich alle Gesellschafter beteiligt. Die Abstimmung wurde am 30.6.2022 abgeschlossen.

Dem Beschlussvorschlag wurde einstimmig zugestimmt. Es wird festgestellt, dass der Beschlussvorschlag damit angenommen worden ist.“

4 Mit Schreiben vom 27. Juli 2022 hat das Amtsgericht der Beteiligten mitgeteilt, dem Registergericht sei die Mitwirkung aller Gesellschafter und deren Stimmabgabe an dem Beschluss über die Abberufung des alten und der Bestellung des neuen Geschäftsführers nachzuweisen. Die Einreichung lediglich der Niederschrift genüge nicht den Anforderungen des § 39 Abs. 2 GmbHG.

5 Nachdem die Beteiligte daraufhin mitgeteilt hatte, sie teile diese Rechtsauffassung nicht und bitte um Übersendung eines rechtsmittelfähigen Bescheides, hat das Amtsgericht mit Schreiben vom 12. August 2022 der Beteiligten mitgeteilt, dass dem Registergericht die Beteiligung aller Gesellschafter an der Beschlussfassung nachzuweisen sei; hierfür werde eine Erledigungsfrist

von sechs Wochen „seit Zugang dieser Verfügung“ gesetzt. Das Schreiben war mit einer Rechtsbehelfsbelehrung versehen, wonach „gegen diese Zwischenverfügung“ das Rechtsmittel der Beschwerde statthaft sei. Das Schreiben ist dem Notar am 17. August 2022 zugestellt worden.

6 Mit Schreiben vom selben Tage, eingegangen beim Amtsgericht am 29. August 2022, hat die Beteiligte Beschwerde „gegen die Zwischenverfügung“ eingelegt.

7 Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Im Nichtabhilfebeschluss hat das Amtsgericht ausgeführt, Nachweise über die abgegebenen Stimmen der Gesellschafter seien nicht eingereicht worden, weswegen dem Registergericht die Beteiligung der Gesellschafter an der Beschlussfassung nicht nachgewiesen sei.

▶ II. Aus den Gründen:

8 Das Rechtsmittel hat Erfolg.

9 1. Die Beschwerde ist zulässig.

10 a) Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 2 FamFG in Verbindung mit § 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG der statthafte Rechtsbehelf gegen die Zwischenverfügung vom 12. August 2022.

11 b) Die Beschwerde der Beteiligten ist form- (vgl. § 64 Abs. 2 FamFG) und fristgerecht (vgl. § 63 Abs. 1 FamFG) eingelegt. Die Beteiligte ist auch beschwerdebefugt, da die Anmeldung, die Gegenstand der angefochtenen Zwischenverfügung ist, auf eine Eintragung gerichtet ist, die die Beteiligte betrifft. Die Anmeldung bezieht sich zudem auf die organschaftliche Vertretung der Gesellschaft, so dass angesichts der wirtschaftlichen Bedeutung dieser Eintragungen auch der notwendige Beschwerwert nach § 61 Abs. 1 FamFG erreicht wird (vgl. zu dieser Frage etwa Senat, Beschluss vom 18. Dezember 2019 – 22 W 52/19 –, Rn. 8, juris).

12 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, denn das vom Amtsgericht angenommene und zum Gegenstand der Zwischenverfügung gemachte Eintragungshindernis besteht nicht. Durch die Vorlage der Niederschrift ist – entgegen der Ansicht des Amtsgerichts – den Anforderungen des § 39 Abs. 2 GmbHG genügt.

13 a) Gem. § 39 Abs. 2 GmbHG sind der Anmeldung über die Änderung in der Person des Geschäftsführers die Urkunden über die Bestellung der Geschäftsführer oder über die Beendigung der Vertretungsbefugnis in Urschrift oder öffentlich beglaubigter Abschrift beizufügen.

14 b) Das Registergericht prüft vor der Eintragung die Ordnungsgemäßheit der Anmeldung, ob diese also formgerecht erfolgt ist und die begehrte Eintragung eintra-

gungsfähig ist und ob erforderliche Urkunden beigelegt sind (vgl. etwa Kammergericht, Beschluss vom 16. April 2012 – 25 W 23/12 –, Rn. 23, juris; *Beurskens* in: Noack/Servatius/Haas, GmbHG, 23. Aufl., § 39 Rn. 16; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl., Rn. 1097). In materieller Hinsicht hat das Registergericht bei einem Geschäftsführerwechsel jedenfalls zu prüfen, ob die angemeldete Änderung in der Person des Geschäftsführers durch die gem. § 39 Abs. 2 GmbHG einzureichende Urkunde nachgewiesen ist (vgl. etwa Kammergericht, aaO.; OLG Hamm, Beschluss vom 7. September 2010 – I-15W 253/10 –, Rn. 7, juris; *Heilmeier* in: BeckOK GmbHG, Bearbeitungsstand 1.8.2022, § 39 Rn. 55). Da Änderungen bei den Geschäftsführern in den Zuständigkeitsbereich der Gesellschafterversammlung fallen (vgl. § 46 Nr. 5 GmbHG), wird dieser Nachweis mittels einer Dokumentation des Gesellschafterbeschlusses geführt (vgl. Thüringer Oberlandesgericht, RNotZ 2003, 138, 139; *Oetker* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Aufl., § 39 GmbHG Rn. 15).

15 c) Unter Anlegung dieser Maßstäbe stehen der Eintragung des Geschäftsführerwechsels weder in formeller noch in materieller Hinsicht Eintragungshindernisse entgegen. Insbesondere dokumentiert die eingereichte Niederschrift den angemeldeten Geschäftsführerwechsel hinreichend.

16 aa) Die Gesellschafterversammlung der Beteiligten hat vorliegend das Verfahren gem. § 7.3 Satz 2 GV (Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren) gewählt. Solche Beschlüsse sind gem. § 7.4 GV schriftlich zu bestätigen, wobei die Regelung in § 7.12 GV „sinngemäß“ gelten soll. In Zusammenschau dieser beiden Bestimmungen wird ein im schriftlichen Verfahren gefasster Beschluss der Gesellschafterversammlung dokumentiert, indem unverzüglich nach der Beschlussfassung von der „Geschäftsführung“ eine Niederschrift anzufertigen ist, aus der sich Tag und Form der Beschlussfassung, die Stimmabgaben, die Tagesordnung und die Anträge ergeben. Diese Niederschrift ist durch „die Geschäftsführung“ zu unterzeichnen.

17 bb) Diese Anforderungen sind vorliegend erfüllt: Die Niederschrift ist vom alten wie vom neuen Geschäftsführer unterzeichnet, sodass kein Zweifel besteht, dass eine Fertigung und Unterzeichnung durch „die Geschäftsführung“ vorliegt. In der Niederschrift ist vermerkt, dass sich alle Gesellschafter an der Beschlussfassung beteiligt haben und kein Gesellschafter der Art der Beschlussfassung widersprochen hat. Aus der Niederschrift ist ersichtlich, wann der Beschlussantrag den Gesellschaftern übermittelt worden, wann die Abstimmung beendet worden ist und dass alle Gesellschafter dem ebenfalls aus der Niederschrift ersichtlichen Beschlussantrag zugestimmt haben. Damit sind die Erfordernisse, die die

Gesellschafter im Gesellschaftsvertrag der Beteiligten vereinbart haben, erfüllt.

18 cc) Anhand der in der Niederschrift mitgeteilten Tatsachen ist eine Prüfung möglich, ob der Beschluss ordnungsgemäß zustande gekommen ist (vgl. zu dieser Frage Senat, Beschluss vom 3. Juni 2016 – 22 W 20/16 –, Rn. 8, juris; Kammergericht, Beschluss vom 16. April 2012 – 25 W 23/12 –, Rn. 23, juris). Aus der Niederschrift ergibt sich, dass über den Geschäftsführerwechsel mit der Gesellschafterversammlung das zuständige Gremium entschieden hat. Der Beschluss ist mit den Stimmen aller Gesellschafter und damit mit der notwendigen Mehrheit gefasst worden. Wie oben bereits ausgeführt, ist auch das nach dem Gesellschaftsvertrag vorgesehene Abstimmungsverfahren eingehalten worden.

19 d) Ob allein ausreichend ist, dass die gesellschaftsvertraglichen Bestimmungen über die Dokumentation von Gesellschafterbeschlüssen eingehalten sind (in diese Richtung wohl *Stephan/Tieves* in: MüKoGmbHG, 3. Aufl., § 39 Rn. 34 sowie *Krafka*, aaO., Rn. 1030), muss vorliegend nicht entschieden werden, da an der Richtigkeit der in der Niederschrift mitgeteilten Tatsachen kein Zweifel besteht.

20 Ohne besondere Veranlassung hat das Registergericht grundsätzlich von der Wahrheit der angemeldeten Tatsachen auszugehen (*Krafka*, aaO., Rn. 1025). Eine Pflicht zur Amtsermittlung nach §§ 26, 382 FamFG besteht vielmehr nur dann, wenn entweder die formalen Mindestanforderungen für eine Eintragung nicht erfüllt sind oder wenn begründete Zweifel an der Wirksamkeit der zur Eintragung angemeldeten Erklärungen oder an der Richtigkeit der mitgeteilten Tatsachen bestehen (vgl. BGH, Beschluss vom 21. Juni 2011 – II ZB 15/10 –, Rn. 10, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 19. September 1991 – BReg 3 Z 97/91 –, Rn. 34, juris; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 15. Dezember 2000 – 3 Wx 432/00 –, Rn. 14, juris). Beides ist hier nicht der Fall. Sowohl Anmeldung als auch Niederschrift sind formgerecht erstellt und eingereicht. Es sind keine Anhaltspunkte aufgezeigt oder ersichtlich, dass die Angaben in der im Einklang mit den gesellschaftsvertraglichen Vorschriften erstellten Niederschrift unrichtig wären.

21 3. Die Zwischenverfügung ist aufzuheben. Eine Anweisung zur Eintragung kommt nicht in Betracht, weil die Sache nur hinsichtlich des mit der Zwischenverfügung aufgezeigten Eintragungshindernisses beim Senat angefallen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 17. März 2022 – 22 W 10/22 –, Rn. 19, juris; OLG Nürnberg, Beschluss vom 12. April 2018 – 12 W 669/18 –, Rn. 31, juris; Beschluss vom 24. Mai 2017 – 12 W 643/17 –, Rn. 18, juris; *Müther* in: Dutta/Jacoby/Schwab, FamFG, 4. Aufl., § 69 FamFG, Rn. 11).

FAMILIENRECHT

Zum Umfang einer General- und Vorsorgevollmacht

Normenkette:

BGB § 1896 Abs. 2 S. 2

Amtlicher Leitsatz:

Soweit in einer Vorsorgevollmacht keine anderweitigen Regelungen enthalten sind, berechtigt die Vorsorgevollmacht den Bevollmächtigten nur zur rechtlichen Vertretung, verpflichtet aber nicht zur persönlichen Betreuung des Vollmachtgebers. Der Vorsorgebevollmächtigte hat nur die notwendigen tatsächlichen Hilfen zu besorgen, nicht jedoch selbst zu leisten.

BGH (XII. Zivilsenat),

Beschluss vom 16.11.2022 – XII ZB 212/22

I. Tatbestand:

1 Die Betroffene und ihr Ehemann (Beteiligter zu 1) wenden sich gegen die Einrichtung einer Betreuung und die Bestellung der Beteiligten zu 2 zur Berufsbetreuerin.

2 Die Betroffene ist an einer paranoiden Schizophrenie erkrankt. Zudem leidet sie an einer chronisch obstruktiven Lungenerkrankung (COPD) und an einer chronischen Schmerzstörung. Im Februar 2019 wurde die Beteiligte zu 2 zu ihrer Betreuerin mit dem Aufgabenkreis Aufenthaltsbestimmung, Entscheidung über Unterbringungen und freiheitsentziehende Maßnahmen, Gesundheitspflege, Vermögensangelegenheiten, Vertretung gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern sowie Wohnungsangelegenheiten bestellt. In der Zeit vom 23. September 2020 bis 23. März 2022 war die Betroffene auf Antrag ihrer Betreuerin mit betreuungsgerichtlicher Genehmigung geschlossen untergebracht. Am 4. August 2021 erteilte sie ihrem Ehemann eine umfassende Vorsorgevollmacht, in der sie auch anordnete, dass im Fall der Erforderlichkeit einer Betreuung ihr Ehemann zum Betreuer bestellt werden soll. Mit Schreiben ihres Verfahrensbevollmächtigten vom selben Tag beantragte sie, im Hinblick auf diese Vorsorgevollmacht die Betreuung aufzuheben oder ihren Ehemann zum Betreuer zu bestellen.

3 Nach Anhörung der Betroffenen und der weiteren Beteiligten hat das Amtsgericht mit zwei getrennten Beschlüssen vom 22. September 2021 sowohl die Aufhebung der Betreuung als auch den beantragten Betreuerwechsel

abgelehnt. Gegen beide Beschlüsse haben die Betroffene und ihr Ehemann Beschwerde eingelegt. Nach erneuter Anhörung der Betroffenen und der weiteren Beteiligten hat das Landgericht in einem einheitlichen Beschluss die Beschwerden zurückgewiesen. Hiergegen wenden sich die Betroffene und ihr Ehemann mit ihren Rechtsbeschwerden.

► II. Aus den Gründen:

4 Die Rechtsbeschwerden sind begründet. Sie führen zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung und zur Zurückverweisung der Sache an das Landgericht.

5 1. Das Landgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, eine wirksam erteilte Vorsorgevollmacht stehe der Bestellung eines Betreuers zwar grundsätzlich entgegen. Dies gelte jedoch dann nicht, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet sei, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen. Das Amtsgericht sei vorliegend mit Blick auf die Vorgeschichte und die Anhörung vom 22. September 2021 zum Zeitpunkt seiner Entscheidung mit zutreffender Begründung zu dem Ergebnis gelangt, dass der Ehemann der Betroffenen ungeeignet sei, ihre Interessen wahrzunehmen.

6 Für die anstehende Entscheidung, ob die Betreuung in Anbetracht der erteilten Vorsorgevollmacht aufzuheben sei, sei allerdings der Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung maßgeblich. Dafür, dass bei dem Ehemann der Betroffenen ein gewisser Lernprozess stattgefunden habe, könnte sprechen, dass er mittlerweile größeres Verständnis für die Erkrankung der Betroffenen habe und sich eigenen Angaben zufolge nach Rücksprache mit der Betroffenen nunmehr in der Lage sehe, gegebenenfalls notwendige Maßnahmen wie die Beantragung der Genehmigung einer Unterbringung in einem psychiatrischen Krankenhaus zu veranlassen.

7 Dies könne jedoch letztlich dahinstehen, denn der Ehemann der Betroffenen sei davon unabhängig nach wie vor ungeeignet, die Angelegenheiten der Betroffenen zu besorgen und ihre Interessen diesbezüglich zu wahren. Die Betroffene wolle nach der Entlassung aus der Klinik ihren Lebensmittelpunkt weiterhin in die Nähe der Klinik verlagern. Die Kontakte zwischen der Betroffenen und ihrem Ehemann fänden ausschließlich telefonisch statt. Dies sei nicht ausreichend, um eine plötzliche Verschlechterung des psychischen Zustands der Betroffenen zuverlässig zu erkennen und entsprechende Maßnahmen in den Aufgabenbereichen Aufenthaltsbestimmung und Gesundheitsvorsorge zu ergreifen. Zwischen dem Wohnort des Ehemanns der Betroffenen und dem Wohnort der Betroffenen liege eine Fahrzeit von mehreren Stunden. Die

Betroffene bedürfe jedoch eines Vorsorgebevollmächtigten oder Betreuers vor Ort, gerade auch vor dem Hintergrund, dass ihre alltagspraktischen Fähigkeiten nach den Einschätzungen der Fachärzte nicht besonders gut ausgeprägt seien. Es stehe zu befürchten, dass die Betroffene im Fall einer Verschlechterung ihres psychischen Zustands bei einer Betreuung durch ihren Ehemann auf die Distanz nicht ausreichend versorgt wäre. Hilfestellung für sie sei vor Ort notwendig.

8 Aus den gleichen Gründen sei auch die Beschwerde gegen die Ablehnung eines Betreuerwechsels zurückzuweisen. Auch hier sei der Ehemann nicht gleich geeignet im Sinne des § 1908 b Abs. 3 BGB, so dass ein Betreuerwechsel ausscheide.

9 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Der Auffassung des Landgerichts, die Bestellung eines Betreuers sei trotz des Vorliegens einer wirksamen Vorsorgevollmacht erforderlich, fehlt es bislang an einer rechtlich tragfähigen Grundlage.

10 a) Nach § 1896 Abs. 2 Satz 1 BGB darf ein Betreuer nur bestellt werden, soweit die Betreuerbestellung erforderlich ist. An der Erforderlichkeit fehlt es, soweit die Angelegenheiten des Betroffenen durch einen Bevollmächtigten ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB). Eine Vorsorgevollmacht steht daher der Bestellung eines Betreuers grundsätzlich entgegen. Steht die – hier vom Landgericht nicht in Zweifel gezogene – Wirksamkeit der Vorsorgevollmacht fest, kann gleichwohl eine Betreuung erforderlich sein, wenn der Bevollmächtigte ungeeignet ist, die Angelegenheiten des Betroffenen zu besorgen, insbesondere weil zu befürchten ist, dass die Wahrnehmung der Interessen des Betroffenen durch jenen eine konkrete Gefahr für das Wohl des Betroffenen begründet. Letzteres ist der Fall, wenn der Bevollmächtigte mangels Befähigung oder wegen erheblicher Bedenken an seiner Redlichkeit als ungeeignet erscheint (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 15. Juni 2022 – XII ZB 85/22 – FamRZ 2022, 1647 Rn. 9 mwN).

11 Über Art und Umfang der zur Frage der Eignung des Vorsorgebevollmächtigten durchzuführenden Ermittlungen entscheidet das Tatgericht nach pflichtgemäßem Ermessen. Dem Rechtsbeschwerdegericht obliegt lediglich die Kontrolle auf Rechtsfehler, insbesondere die Prüfung, ob das Tatgericht alle maßgeblichen Gesichtspunkte in Betracht gezogen hat und die Würdigung auf einer ausreichenden Sachaufklärung beruht (st. Rspr., vgl. etwa Senatsbeschluss vom 15. Juni 2022 – XII ZB 85/22 – FamRZ 2022, 1647 Rn. 10 mwN).

12 b) Auch bei Anlegung dieses eingeschränkten Prüfungsmaßstabs hat die angefochtene Entscheidung keinen Bestand.

13 aa) Das Beschwerdegericht hat es – anders als das Amtsgericht – dahinstehen lassen, ob der Ehemann der Betroffenen deshalb für die Ausübung der Vorsorgevollmacht ungeeignet ist, weil er kein ausreichendes Verständnis für die Schwere der Erkrankung der Betroffenen besitzt und er deshalb Entscheidungen, die zum Wohl der Betroffenen erforderlich sind, möglicherweise nicht treffen wird. Zur Begründung seiner Entscheidung hat es im Wesentlichen nur darauf abgestellt, dass aufgrund der räumlichen Entfernung zwischen dem beabsichtigten Wohnort der Betroffenen und dem Wohnort ihres Ehemanns deren ausreichende Versorgung im Bereich der Gesundheitsvorsorge und Aufenthaltsbestimmung nicht gewährleistet wäre.

14 Die hierbei angestellten Erwägungen sind indes nicht frei von Rechtsfehlern. Zwar hat das Beschwerdegericht im Ansatz zutreffend erkannt, dass allein die räumliche Entfernung des Vorsorgebevollmächtigten vom Wohnort des Vollmachtgebers grundsätzlich nicht ausreicht, um trotz Vorliegens einer wirksamen Vorsorgevollmacht für Aufgabenbereiche, die von der Vollmacht erfasst werden, einen Betreuer zu bestellen. Die Auswahl des Bevollmächtigten obliegt allein der Entscheidung des Vollmachtgebers, die auch dann zu respektieren ist, wenn – bei objektiver Betrachtung – die zu regelnden Angelegenheiten durch einen Bevollmächtigten oder Betreuer, der sich in räumlicher Nähe zum Betroffenen befindet, möglicherweise effektiver erledigt werden könnten. Denn in der Regel kann davon ausgegangen werden, dass der Vollmachtgeber bei der Auswahl der Person, der er eine Vorsorgevollmacht erteilen möchte, die räumliche Entfernung des Bevollmächtigten und die sich möglicherweise hieraus ergebenden Probleme bei der Ausübung der Vorsorgevollmacht bedacht hat. Deshalb kann ein Bevollmächtigter, der nicht in der Nähe des Vollmachtgebers wohnhaft ist, nur dann als ungeeignet angesehen werden und deshalb die Bestellung eines Betreuers gerechtfertigt sein, wenn tragfähige Gründe dafür festgestellt werden können, dass er aufgrund der räumlichen Entfernung zum Betroffenen die Vollmacht nicht zu dessen Wohl ausüben kann oder will (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Oktober 2018 – XII ZB 230/18 – FamRZ 2019, 140 Rn. 10).

15 bb) Solche Umstände hat das Beschwerdegericht bislang nicht festgestellt. Soweit es in diesem Zusammenhang darauf abstellt, dass es im vorliegenden Fall aufgrund der Erkrankung der Betroffenen in besonderem Maße eines persönlichen Kontakts bedürfe, um Verschlechterungen des Gesundheitszustands der Betroffenen frühzeitig wahrzunehmen und entsprechend zu handeln, verkennt es, dass ein Vorsorgebevollmächtigter zwar zu einem regelmäßigen persönlichen Kontakt zum Vollmachtgeber verpflichtet ist, schon um die Informa-

tionen zu erhalten, die für Ausübung seiner Tätigkeit erforderlich sind. Soweit in einer Vorsorgevollmacht – wie hier – keine anderweitigen Regelungen enthalten sind, berechtigt die Vorsorgevollmacht den Bevollmächtigten jedoch nur zur rechtlichen Vertretung, verpflichtet ihn aber nicht zur persönlichen Betreuung des Vollmachtgebers. Seine Rechtsstellung unterscheidet sich insoweit nicht von der eines Betreuers, der nach § 1901 Abs. 1 BGB nur zur Erbringung solcher Tätigkeiten verpflichtet ist, die erforderlich sind, um die Angelegenheiten des Betroffenen rechtlich zu besorgen. Es ist nicht Aufgabe des Betreuers, die tatsächlichen Lebens- und Pflegebedürfnisse des Betroffenen in eigener Person zu befriedigen (MünchKommBGB/Schneider 8. Aufl. § 1901 Rn. 6 mwN). Gleiches gilt in der Regel auch für den Vorsorgebevollmächtigten. Dieser hat wie ein Betreuer nur die notwendigen tatsächlichen Hilfen zu besorgen, nicht jedoch selbst zu leisten (vgl. BGH Beschluss vom 2. Dezember 2010 – III ZR 19/10 – FamRZ 2011, 293 Rn. 19 mwN). Insbesondere ist er zur Erbringung tatsächlicher Pflegeleistungen oder zur persönlichen Hilfe im Alltag nicht verpflichtet (vgl. Senatsbeschluss vom 17. Februar 2016 – XII ZB 498/15 – FamRZ 2016, 704 Rn. 24). Dass der Ehemann der Betroffenen deren Versorgung durch die Inanspruchnahme von Hilfeleistungen Dritter – etwa eines Pflegedienstes oder anderer ambulanter Hilfen – nicht gewährleisten kann oder will, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt.

16 cc) Hinzu kommt, dass zum Zeitpunkt der Beschwerdeentscheidung die Betroffene im Rahmen ihrer Anhörung nur die Absicht geäußert hatte, nach ihrer Entlassung aus der geschlossenen Unterbringung ihren Lebensmittelpunkt in die Nähe der Klinik zu verlagern. Ob der beabsichtigte Wohnsitzwechsel tatsächlich vollzogen worden ist, hat das Beschwerdegericht nicht festgestellt. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts, trotz der wirksam zugunsten ihres Ehemanns erteilten Vollmacht der Betroffenen einen Betreuer zu bestellen, beruht daher nur auf der Annahme, dass es tatsächlich zu dem von der Betroffenen angestrebten Wohnsitzwechsel kommt. Deshalb fehlt es auch insoweit an tragfähigen Feststellungen dafür, dass die Wahrnehmung der Interessen der Betroffenen durch ihren Ehemann eine konkrete Gefahr für ihr Wohl begründet.

17 dd) Schließlich ergibt sich aus den Entscheidungsgründen auch nicht, warum das Beschwerdegericht trotz der umfassenden Vorsorgevollmacht eine Betreuung für die Bereiche Vermögensangelegenheiten, Vertretung gegenüber Behörden und Sozialversicherungsträgern sowie Wohnungsangelegenheiten für erforderlich gehalten hat. Denn der angefochtene Beschluss verhält sich nur zu der Frage, weshalb der Ehemann der Betroffenen zur

Wahrnehmung der Gesundheitsorge und – in diesem Zusammenhang – der Aufenthaltsbestimmung nicht geeignet ist. Bei Vorliegen einer wirksamen Vorsorgevollmacht darf aber gemäß § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB eine Betreuung nur für die Angelegenheiten des Betroffenen eingerichtet bzw. aufrechterhalten werden, die der Bevollmächtigte nicht in ausreichendem Maß wahrnehmen kann. Insbesondere für die Aufgabenbereiche Vermögensangelegenheiten und Wohnungsangelegenheiten hat das Beschwerdegericht hierzu keine tragfähigen Feststellungen getroffen, zumal eine größere räumliche Entfernung zwischen dem Wohnsitz der Betroffenen und dem ihres Ehemanns für die Erfüllung dieser Aufgaben keine entscheidende Rolle spielen dürfte.

18 3. Die angefochtene Entscheidung ist daher aufzuheben und die Sache ist an das Landgericht zurückzuverweisen, weil diese noch nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 74 Abs. 5, 6 Satz 2 FamFG).

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

ERBRECHT

Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks

BGB §§ 531 Abs. 1, 532

Amtlicher Leitsatz:

Die Erklärung des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks bedarf keiner Begründung.

BGH (X. Zivilsenat),

Urteil vom 11.10.2022 – X ZR 42/20

I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Übertragung von Grundstückseigentum nach dem Widerruf von Schenkungen.

2 Die frühere Klägerin (nachfolgend: die Erblasserin), die im Laufe des Berufungsverfahrens verstorben ist und deren Erbinnen die beiden jetzigen Klägerinnen sind, war Eigentümerin einer Reihe von Grundstücken in Frankfurt am Main und Bonn. Mit notariell beurkundeten Verträgen vom 28. Dezember 1993 und vom 30. No-

vember 1994 übertrug sie den Klägerinnen und deren Bruder – dem Beklagten – im Wege der vorweggenommenen Erbfolge das Eigentum an vierzehn Grundstücken zu jeweils einem Drittel. Dabei behielt sie sich den lebenslangen unentgeltlichen Nießbrauch vor. Mit einem weiteren Vertrag vom 16. November 2000 übertrug sie dem Beklagten ein Grundstück in Frankfurt am Main zu Alleineigentum.

3 Vom 2. bis zum 9. April 2008 war die Erblasserin stationär in einem Hospital untergebracht. Am 10. April 2008 bewilligte sie die Löschung der zu ihren Gunsten eingetragenen Nießbrauchsrechte. Der die Unterschrift der Erblasserin beglaubigende Notar übersandte die Urkunden wenige Tage später der gemeinsamen Hausverwaltung der Klägerinnen und des Beklagten „zur weiteren Verfügung und Verwahrung bei ihren Unterlagen“. Die Urkunden wurden in einem Safe im Geschäftslokal der Hausverwaltung aufbewahrt.

4 Am 8. Januar 2010 ließ sich der Beklagte von einer Mitarbeiterin der Hausverwaltung die Urkunden aushändigen. Anschließend verhandelten die Parteien über die Verwendung der Löschungsbewilligungen.

5 Im Februar 2010 stellte eine GmbH, deren Geschäftsführer und beherrschender Gesellschafter der Beklagte war, die Zahlung der Pacht für die Nutzung eines anderen Grundstücks der Erblasserin in Bonn ein. Die Erblasserin erwirkte deswegen vor dem Landgericht Bonn einen gegen die Gesellschaft gerichteten Zahlungstitel in Höhe von 1.308.588,30 Euro.

6 Am 6. April 2010 widerrief die Erblasserin eine dem Beklagten schon im Jahr 1999 erteilte Handlungsvollmacht. Unter dem 11. Mai 2010 verlangte die Klägerin zu 2 vom Beklagten die Herausgabe der Löschungsbewilligungen an die Erblasserin. Der Beklagte kam dem nicht nach. Am 28. und 31. Dezember 2010 reichte ein Notar die Löschungsbewilligungen in seinem Auftrag bei den jeweils zuständigen Grundbuchämtern ein. Ablichtungen übersandte er der Erblasserin.

7 Die Erblasserin wurde am 7. Januar 2011 vom Amtsgericht Frankfurt am Main über die Löschung der für sie eingetragenen Rechte informiert. Sie erwirkte daraufhin eine einstweilige Verfügung, mit der dem Beklagten untersagt wurde, den Antrag auf Eintragung der Löschungsbewilligung des Nießbrauchs im jeweiligen Grundbuch aufrechtzuerhalten. Das Landgericht hat die einstweilige Verfügung nach Widerspruch des Beklagten aufrechterhalten. Die hiergegen eingelegte Berufung nahm der Beklagte nach einem Hinweis des Oberlandesgerichts zurück. In dem genannten Verfahren hat sich der Beklagte insbesondere mit der Behauptung verteidigt, die Erblasserin sei dement und deshalb nicht geschäfts- und prozessfähig.

8 Im vorliegenden Rechtsstreit hat die Erblasserin vom Beklagten zunächst die Zustimmung zur Berichtigung der Grundbücher in Bezug auf die ihrer Ansicht nach zu Unrecht gelöschten Nießbrauchsrechte verlangt. Insoweit ist gegen den Beklagten später ein Teil-Anerkenntnisurteil ergangen.

9 Nach dem Tod der Erblasserin haben die Klägerinnen die Feststellung beantragt, dass sie je zur Hälfte Erbinnen geworden sind und der Beklagte nicht Erbe geworden ist. Das Berufungsgericht hat diese Feststellung antragsgemäß ausgesprochen.

10 Mit Schreiben an den Beklagten vom 16. Dezember 2011 hat die Erblasserin den Widerruf der Schenkungen der eingangs erwähnten Grundstücke erklärt, die in dem Schreiben im Einzelnen aufgeführt sind. Mit Schriftsatz vom 12. März 2012 hat sie im Wege der Klageerweiterung vom Beklagten die Rückübertragung des (Mit-)Eigentums an diesen fünfzehn Grundstücken verlangt.

11 Mit Schriftsatz vom 5. Juli 2012 hat die Erblasserin erneut den Widerruf der Schenkungen erklärt. Zur Begründung hat sie sich insbesondere auf das Verhalten des Beklagten in dem vor dem Landgericht Bonn geführten Verfahren berufen, ferner auf einen Erpressungsversuch des Beklagten gegenüber den Klägerinnen, von dem sie erst im November 2011 Kenntnis erlangt habe.

12 Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß zur Übertragung des (Mit-)Eigentums an den Grundstücken verurteilt. Auf die Berufung des Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage insoweit abgewiesen. Dagegen wenden sich die Klägerinnen mit der vom Senat zugelassenen Revision, der der Beklagte entgegnet.

► II. Aus den Gründen:

13 Die zulässige Revision hat Erfolg. Sie führt zur Aufhebung der angefochtenen Entscheidung im Umfang der Anfechtung und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

14 I. Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

15 Die Klage sei zulässig. Insbesondere sei die Erblasserin jedenfalls bei Erteilung der Prozessvollmacht Ende Januar 2011 prozessfähig gewesen. Ob ihre Prozessfähigkeit während des Verfahrens entfallen sei, habe für die rechtliche Beurteilung keine Bedeutung. Ein Widerruf der Vollmacht könne nicht festgestellt werden. Nach dem Versterben der Erblasserin hätten die Klägerinnen den Prozess gemäß § 239 Satz 1 ZPO wirksam aufgenommen.

16 Jedoch sei die auf Rückübertragung des Grundstückseigentums gerichtete Klage nicht begründet. Ein entsprechender Anspruch komme nur in Betracht, wenn

den Übertragungen an den Beklagten eine Schenkung im Sinne des § 516 BGB zugrunde gelegen und die Erblasserin diese wegen groben Undanks gemäß § 530 Abs. 1 BGB wirksam widerrufen habe. Zumindest die zuletzt genannte Voraussetzung liege nicht vor. Die Widerrufserklärung vom 16. Dezember 2012 sei unwirksam, weil die Erblasserin keinen Widerrufsgrund angegeben habe und es deshalb an der nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs notwendigen Begründung fehle. Die Erklärung vom 5. Juli 2012 enthalte zwar eine Begründung, lasse aber nicht erkennen, welches Verhalten des Beklagten konkret beanstandet werde. Überdies sei diese Erklärung nach Ablauf der in § 532 BGB vorgesehenen Jahresfrist abgegeben worden. Die Erblasserin habe von dem Gebrauch der Löschungsbewilligungen und den Einlassungen des Beklagten in den daraus resultierenden gerichtlichen Auseinandersetzungen schon im Jahr 2010 bzw. Anfang des Jahres 2011 Kenntnis gehabt.

17 Ob den Grundstücksübertragungen tatsächlich Schenkungen zugrunde gelegen hätten, könne danach offenbleiben. Ebenso könne offenbleiben, ob der Erblasserin ein Widerrufsgrund zur Seite gestanden habe. Der Vollständigkeit halber sei allerdings festzustellen, dass ein solcher Widerrufsgrund nicht vorliege. Die Einreichung der Löschungsbewilligungen stelle schon objektiv keine schwere Verfehlung des Beklagten dar. Darüber hinaus lasse sich nicht feststellen, dass das Verhalten des Beklagten subjektiv auf einer tadelswerten Gesinnung beruhe, die in erheblichem Maße die Dankbarkeit vermissen lasse, die die Erblasserin habe erwarten können.

18 II. Das hält der Überprüfung im Revisionsverfahren in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

19 Zu Unrecht hat das Berufungsgericht die Widerrufserklärung vom 16. Dezember 2011 wegen Fehlens einer Begründung als unwirksam angesehen.

20 1. Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war die Frage, ob der Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks grundsätzlich einer Begründung bedarf, bislang nicht abschließend geklärt.

21 Der Senat hat bisher nur entschieden, dass § 531 Abs. 1 BGB eine umfassende rechtliche Begründung des Widerrufs nicht verlangt und die Erklärung den zugrundeliegenden Sachverhalt allenfalls so weit darstellen muss, dass der Beschenkte ihn von anderen Geschehnissen unterscheiden, die Einhaltung der in § 532 BGB vorgesehenen Jahresfrist beurteilen und im Umkehrschluss erkennen kann, welche gegebenenfalls anderen Vorfälle der Schenker nicht zum Anlass für die Erklärung des Widerrufs genommen hat (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 – X ZR 48/17, NJW-RR 2020, 179 Rn. 25).

22 Ob es einer diesen Anforderungen genügenden Begründung bedarf, hat der Senat hingegen – entgegen einer verbreiteten Auffassung (vgl. einerseits zustimmend Staudinger/*Chiusi*, BGB, Neubearb. 2021, § 531 Rn. 2; Koch/*Holle*, JZ 2020, 422, 423; Heinemann, ZNotP 2020, 212, 213 und andererseits ablehnend BeckOGK/*Harke*, BGB, Stand: 1. Oktober 2022, § 531 Rn. 5) – in der zitierten Entscheidung offengelassen. Diese Frage war für die Entscheidung des damals zu beurteilenden Falls unerheblich, weil die Widerrufserklärung den genannten Anforderungen genügte.

23 2. Die Erklärung des Widerrufs einer Schenkung wegen groben Undanks bedarf keiner Begründung.

24 a) Die obergerichtliche Rechtsprechung (OLG Hamm, Urteil vom 2. Juli 2001 – 22 U 1/01, juris Rn. 44; OLG Saarbrücken, Urteil vom 22. Juli 2015 – 2 U 47/14, juris Rn. 19) und der überwiegende Teil der Literatur (BeckOK/*Gehrlein*, BGB, Stand: 1. August 2022, § 531 Rn. 1; Dauener-Lieb/Langen/Dendorfer/*Ditges/Wilhelm*, BGB, 4. Aufl. 2021, § 531 Rn. 4; Erman/*Hähnchen*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 531 Rn. 1; Jauernig/*Mansel*, BGB, 18. Aufl. 2021, § 531 Rn. 6; Münchener Kommentar-BGB/*Koch*, 8. Aufl. 2019, § 531 Rn. 3; Staudinger/*Chiusi*, BGB, Neubearb. 2021, § 531 Rn. 2) hält die Mitteilung des Widerrufsgrundes für erforderlich – insbesondere deshalb, weil der Beschenkte die Möglichkeit haben müsse, das Vorliegen eines Widerrufsgrundes (§ 530 BGB) und die Einhaltung der Widerrufsfrist (§ 532 BGB) zu prüfen.

25 b) Ein anderer Teil der Literatur lehnt eine Pflicht zur Mitteilung des Widerrufsgrundes ab und beruft sich dafür auf den Wortlaut des Gesetzes (BeckOGK/*Harke*, BGB, Stand: 1. Oktober 2022, § 531 Rn. 5).

26 c) Die zuletzt genannte Auffassung ist zutreffend.

27 Der Wortlaut des für die Beurteilung maßgebenden § 531 Abs. 1 BGB sieht eine Mitteilung des Widerrufsgrundes in der Widerrufserklärung nicht vor.

28 d) Eine Pflicht zur Begründung der Widerrufserklärung kann auch nicht aus dem Sinn und Zweck des § 531 Abs. 1 BGB sowie der §§ 530 und 532 BGB hergeleitet werden.

29 Angesichts der gravierenden Folgen, die der Widerruf einer Schenkung für den Beschenkten haben kann, hat der Beschenkte allerdings ein schutzwürdiges Interesse daran, die Wirksamkeit eines Widerrufs hinreichend zuverlässig überprüfen zu können. Das Gesetz stellt den Beschenkten insoweit aber nicht schutzlos. Es gewährt ihm dadurch Schutz, dass die materielle Wirksamkeit des Widerrufs an enge objektive und subjektive Voraussetzungen geknüpft ist und dass ein Rückgabeverlangen nur dann Aussicht auf Erfolg hat, wenn der Schenker das Vorliegen dieser Voraussetzungen vor Gericht darlegen und beweisen kann.

30 Es stünde in Widerspruch zu diesem Regelungskonzept, zusätzlichen Schutz durch ein formelles Begründungserfordernis zu gewähren, obwohl das Gesetz ein solches Erfordernis nicht vorsieht.

31 e) Für dieses Ergebnis spricht auch ein systematischer Vergleich mit den Voraussetzungen für die fristlose Kündigung eines Dienstvertrags aus wichtigen Grund (§ 626 BGB).

32 Eine solche Kündigung setzt nach § 626 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB ebenfalls das Vorliegen eines besonderen Grundes und die Einhaltung einer – im Vergleich zu § 532 BGB deutlich kürzeren – Erklärungsfrist vor.

33 Nach § 626 Abs. 2 Satz 3 BGB muss der Kündigende dem anderen Teil auf Verlangen den Kündigungsgrund unverzüglich schriftlich mitteilen. Die Wirksamkeit der Kündigung hängt aber nicht davon ab, dass der Dienstherr dieser Pflicht nachkommt. Insoweit ist vielmehr allein ausschlaggebend, ob ein wichtiger Grund vorliegt und die Erklärungsfrist eingehalten ist (BAG, Urteil vom 17. August 1972 – 2 AZR 415/71, unter II 1).

34 Für den Widerruf einer Schenkung wegen groben Undanks, für die das Gesetz nicht einmal eine Pflicht zur nachträglichen Begründung vorsieht, kann insoweit nichts Anderes gelten.

35 III. Die angefochtene Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

36 1. Das Berufungsgericht hat – von seinem Rechtsstandpunkt aus folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen, ob die Übertragung an den Beklagten auf einer Schenkung beruht.

37 Für die revisionsrechtliche Prüfung ist deshalb zugunsten der Klägerinnen von einer Schenkung auszugehen.

38 2. Die vom Berufungsgericht vorsorglich angestellten Erwägungen zum Widerrufsgrund vermögen die angefochtene Entscheidung nicht zu tragen.

39 a) Der Widerruf einer Schenkung gemäß § 530 BGB setzt objektiv eine Verfehlung des Beschenkten von gewisser Schwere voraus. Darüber hinaus muss die Verfehlung auch in subjektiver Hinsicht Ausdruck einer Gesinnung des Beschenkten sein, die in erheblichem Maß die Dankbarkeit vermissen lässt, die der Schenker erwarten kann.

40 Ob diese beiden Voraussetzungen erfüllt sind, ist aufgrund einer Gesamtwürdigung aller relevanten Umstände des Einzelfalls zu beurteilen. Diese Umstände sind darauf zu untersuchen, ob und inwieweit erkennbar wird, dass der Beschenkte dem Schenker nicht die durch Rücksichtnahme geprägte Dankbarkeit entgegenbringt, die der Schenker erwarten darf. Anhaltspunkte dafür, was der Schenker an Dankbarkeit erwarten kann, können ne-

ben dem Gegenstand und der Bedeutung der Schenkung auch die näheren Umstände bieten, die zu der Schenkung geführt und deren Durchführung bestimmt haben. Besondere Bedeutung kann ferner der persönlichen Beziehung zwischen Schenker und Beschenktem zukommen, vor allem dann, wenn diese von einer besonderen Verantwortlichkeit des Beschenkten gegenüber dem Schenker geprägt ist (BGH, Urteil vom 22. Oktober 2019 – X ZR 48/17, NJW-RR 2020, 179 Rn. 30 f.; Urteil vom 25. März 2014 – X ZR 94/12, NJW 2014, 3021 Rn. 17 f.).

41 Die danach gebotene Gesamtwürdigung des festgestellten Sachverhalts ist Sache des Tatrichters, an dessen Feststellungen das Revisionsgericht gemäß § 559 Abs. 2 ZPO gebunden ist. Das Revisionsgericht ist in diesem Zusammenhang auf die Kontrolle beschränkt, ob sich der Tatrichter entsprechend dem Gebot des § 286 ZPO mit dem Prozessstoff und gegebenenfalls den Beweisergebnissen umfassend und widerspruchsfrei auseinandergesetzt hat (BGH, Urteil vom 13. November 2012 – X ZR 80/11, NJW-RR 2013, 618 Rn. 12; Urteil vom 11. Juli 2000 – X ZR 89/98, BGHZ 145, 35, 38).

42 b) Die vom Berufungsgericht vorgenommene Würdigung wird den danach zu stellenden Anforderungen nicht gerecht.

43 aa) Das Berufungsgericht hat die Einreichung der Löschungsbewilligungen nicht als schwere Verfehlung angesehen, weil die Löschung der Nießbrauchsrechte für die Erblasserin auch mit gewissen Vorteilen verbunden gewesen sei, die Klägerinnen ebenfalls Verhandlungen über die Verwendung der Löschungsbewilligungen geführt hätten und die Erblasserin selbst kein Herausgabeverlangen an den Beklagten gerichtet habe.

44 Hierbei hat das Berufungsgericht, wie die Revision zu Recht rügt, unberücksichtigt gelassen, dass der Beklagte angesichts der Umstände, unter denen die Erblasserin die Löschungsbewilligungen übersandt hat, und angesichts der ohne Ergebnis gebliebenen Verhandlungen im Jahr 2010 auch ohne ausdrückliches Herausgabeverlangen der Erblasserin nicht ohne weiteres davon ausgehen durfte, von der Löschungsbewilligung ohne Einigung mit den übrigen Beteiligten Gebrauch machen zu dürfen.

45 Wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, war der Beklagte aufgrund der Schenkungen zwar nicht unmittelbar gegenüber den Klägerinnen zur Dankbarkeit verpflichtet. Der Umstand, dass die Erblasserin die Löschungsbewilligungen der gemeinsamen Hausverwaltung übersandt und sich auch in der Folgezeit nicht mit einer eigenmächtigen Verwendung durch einen Beteiligten einverstanden erklärt hat, könnte aber zur Folge haben, dass das Verhalten des Beklagten als grobe Verfehlung gegenüber der Erblasserin zu werten ist, wenn diese erkennbar erwartet hat, dass der Beklagte von den

Erklärungen nur im Einvernehmen mit den Klägerinnen Gebrauch macht.

46 Hätte das Berufungsgericht diesen Aspekt in seine Würdigung einbezogen, so hätte es sich mit der Frage befassen müssen, ob das einseitige Vorgehen des Beklagten aus diesem Grund die durch Rücksichtnahme geprägte Dankbarkeit vermissen lässt, die die Erblasserin erwarten durfte. Es kann nicht ausgeschlossen werden, dass das Berufungsgericht dann eine objektiv schwere Verfehlung bejaht hätte.

47 bb) Die vom Berufungsgericht angestellte Erwägung, die Erblasserin habe mit einer Verwendung der Löschungsbewilligungen auch gegen ihren Willen rechnen müssen, findet keine Grundlage in den getroffenen Feststellungen.

48 Die Erwägung mag zutreffen, wenn für die Erblasserin schon bei der Erteilung der Bewilligungen erkennbare Anhaltspunkte dafür vorgelegen hätten, dass der Beklagte von der faktisch bestehenden Verwendungsmöglichkeit ohne oder gegen ihren Willen Gebrauch machen würde. Diesbezügliche Anhaltspunkte ergeben sich aus den Feststellungen des Berufungsgerichts nicht.

49 Mangels solcher Anhaltspunkte ist nicht auszuschließen, dass die Erblasserin aufgrund getroffener Absprachen oder aufgrund der Umstände, unter denen sie die Löschungsbewilligungen erteilt hat, damit rechnen konnte und durfte, dass der Beklagte die Unterlagen nicht eigenmächtig verwenden wird, um die Nießbrauchsrechte löschen zu lassen.

50 c) Vor diesem Hintergrund erweisen sich die Erwägungen des Berufungsgerichts zu den subjektiven Voraussetzungen von § 530 Abs. 1 ZPO ebenfalls als nicht tragfähig.

51 Das Berufungsgericht hat eine tadelnswerte Gesinnung verneint, weil dem Beklagten nicht abgesprochen werden könne, dass er bei Verwendung der Löschungsbewilligungen nicht lediglich in eigenem Interesse gehandelt habe, sondern im Hinblick auf den Gesundheitszustand der Erblasserin – zunächst offenbar auch mit Zustimmung der Klägerinnen – die Absicht hatte, die Vermögensverhältnisse zu regeln und die Erblasserin von den mit den Nießbrauchsrechten einhergehenden Belastungen zu befreien.

52 Auch hierbei hat das Berufungsgericht außer Acht gelassen, dass der Beklagte nicht ohne weiteres davon ausgehen durfte, die Regelung der Vermögensverhältnisse selbst in die Hand nehmen zu dürfen.

53 IV. Im wieder eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht erneut zu prüfen haben, ob ein Widerufgrund im Sinne von § 530 Abs. 1 BGB vorliegt. Sollte es dies bejahen, wird es die bislang offen gelassene Frage zu klären haben, ob die Übertragung an den Beklagten auf einer Schenkung beruht.

Erbteilsübertragung an einen Minderjährigen

Rechtssatz: BGB, §§ 107, 421, 426, 1629, 1795, 1822, 1909, 1915, 2007, 2033, 2058, 2383, 2385; GBO, §§ 13, 19, 22

Amtlicher Leitsatz:

Die Übertragung eines Miterbenanteils hat die gesamtschuldnerische Haftung des Erwerbers für die Nachlassverbindlichkeiten zur Folge und ist deshalb für einen Minderjährigen rechtlich nicht lediglich vorteilhaft. Daran ändert es nichts, wenn der Minderjährige bereits Miterbe ist (Anschluss an OLG Frankfurt am Main, Beschluss vom 18. Dezember 2014 – 20 W 172/14 – NJW-RR 2015, 842 = ZEV 2015, 342).

Kammergericht,

Beschluss vom 17. November 2022 – 1 W 345/22

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten sind seit dem 9. Juli 2015 in Abt. I des im Beschlusseingang bezeichneten Grundbuchs in Erbengemeinschaft mit drei weiteren Miterben eingetragen. In Abt. II ist eine Grunddienstbarkeit gebucht, Abt. III ist frei von Belastungen. Die Beteiligte zu 2 ist die Mutter des am 20. September 2011 geborenen Beteiligten zu 1 und des Beteiligten zu 3.

2 Am 5. Juli 2022 einigte sich der Beteiligte zu 3 mit dem von der Beteiligten zu 2 vertretenen Beteiligten zu 1 auf die Übertragung seines Miterbenanteils. Der Beteiligte zu 3 bewilligte zugleich die Berichtigung des Grundbuchs, die der Notar unter dem 29. Juli 2022 beantragt hat.

3 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 3. August 2022 auf die Erfordernisse einer Genehmigung der für den Beteiligten zu 1 abgegebenen Erklärungen durch einen Ergänzungspfleger sowie der familiengerichtlichen Genehmigung hingewiesen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 25. August 2022, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 31. August 2022 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

4 Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens sind nur die in der Zwischenverfügung unter Nr. 1. und 2. aufgeführten Eintragungshindernisse. Soweit das Grundbuchamt unter 3. die Unbedenklichkeitsbescheinigung des Finanzamts erfordert hat, verhält sich die Beschwerde hierzu nicht.

5 Bei der Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung unterliegt nur das angegriffene Eintragungshindernis der Nachprüfung durch das Beschwerdegericht (Senat, Beschluss vom 26. April 1965 – 1 W 1027/65 – OLGZ 1965, 92, 96). Hat das Grundbuchamt, wie hier, in einer Zwischenverfügung mehrere Eintragungshindernisse aufgeführt, so bildet jede Beanstandung für sich eine anfechtbare Entscheidung im Sinne des § 71 GBO (Demharter, GBO, 32. Aufl., § 77, Rdn. 12).

6 Beschwerdeführer sind die Beteiligten zu 1 bis 3. Der Notar hat nicht angegeben, in wessen Namen er die Beschwerde erhoben hat. In einem solchen Fall ist die Beschwerde regelmäßig dahin auszulegen, dass sie als im Namen der Antragsberechtigten erhoben gilt, wenn nicht besondere Umstände dagegen sprechen (BGH, NJW 2010, 3300, 3302). Antragsberechtigt hinsichtlich sämtlicher Anträge vom 21. Januar 2021 sind die Beteiligten zu 1 bis 3, § 13 Abs. 1 S. 2 GBO. Für die Beteiligte zu 2 folgt dies aus ihrer Stellung als in Abt. I des Grundbuchs eingetragener Miterbin.

7 In der Sache bleibt die Beschwerde ohne Erfolg. Die von dem Grundbuchamt aufgeführten Eintragungshindernisse bestehen, so dass die Zwischenverfügung insoweit veranlasst war, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO.

8 Jeder Miterbe kann über seinen Anteil an dem Nachlass verfügen, § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB, insbesondere kann er den Anteil an einen anderen Miterben übertragen. Infolgedessen behält er zwar die Eigenschaft und Stellung als Miterbe, verliert aber seine gesamthänderische Beteiligung am Nachlass, die bei Übertragung auf einen Miterben auf diesen übergeht (BGH, NJW 2011, 1226).

9 Gehört zum Nachlass ein Grundstück und sind die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Eigentümer im Grundbuch eingetragen, § 47 Abs. 1 GBO, hat die Übertragung des Anteils die Unrichtigkeit des Grundbuchs zur Folge (Löhning, in: Staudinger, BGB, Stand 2020, § 2033, Rdn. 38).

10 Die Berichtigung des Grundbuchs erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen grundbuchmäßiges Recht von ihr formell betroffen ist, bewilligt, § 19 GBO (BayObLG, DNotZ 1988, 781; Böttcher, in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 20, Rdn. 105). Zu bewilligen hat danach der seinen Anteil übertragende Miterbe. Im Rahmen der Bewilligung hat dieser Miterbe die Unrichtigkeit des Grundbuchs schlüssig darzutun (Böttcher, a.a.O., Rdn. 96).

11 Danach ist hier zur Berichtigung des Grundbuchs die Bewilligung des Beteiligten zu 3 erforderlich, die er auch zur UR-Nr. 2xx/2xxx des Notars Jxxx Gxxx-Exxx in Bxxx erteilt hat. Hingegen folgt allein aus dieser Urkunde die wirksame Übertragung des Anteils des Beteiligten zu 3 auf den Beteiligten zu 1 noch nicht. Damit fehlt es bislang

an der schlüssigen Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit.

12 Die Übertragung eines Erbanteils erfolgt durch notariell zu beurkundenden Vertrag zwischen dem verfügenden Miterben und dem Erwerber des Anteils, § 2033 Abs. 1 S. 2 BGB, wie er zur UR-Nr. 2xx/2xxx am 5. Juli 2022 zwischen den Beteiligten zu 1 und 3 geschlossen worden ist. Dabei ist der Beteiligte zu 1 durch seine Mutter, die Beteiligte zu 2 vertreten worden. Deren Erklärungen wirken jedoch nicht für und gegen den Beteiligten zu 1, weil sie an dessen Vertretung verhindert war. Das folgt aus §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB. Danach kann ein sorgeberechtigter Elternteil das Kind bei einem Rechtsgeschäft zwischen einem seiner Verwandten in gerader Linie einerseits und dem Kind andererseits nicht vertreten. So ist es hier. Die Beteiligte zu 2 ist sowohl mit dem Beteiligten zu 1 als auch dem Beteiligten zu 3 in gerader Linie verwandt, § 1589 Abs. 1 S. 1 BGB. Sie ist auch die Mutter des Beteiligten zu 3.

13 Entgegen der Beschwerde liegt kein die Anwendung von §§ 1629 Abs. 2 S. 1, 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB rechtfertigender Ausnahmefall vor. Allerdings werden diese Vorschriften nach ihrem Sinn und Zweck dahin einschränkend ausgelegt, dass sie keine Anwendung finden, wenn das Geschäft für den Vertretenen lediglich rechtlich vorteilhaft ist (Senat, Beschluss vom 31. August 2010 – 1 W 167/10 –, FamRZ 2011, 736, 737). Ein auf den Erwerb einer Sache gerichtetes Rechtsgeschäft ist für einen Minderjährigen aber nicht lediglich rechtlich vorteilhaft im Sinne von § 107 BGB, wenn er in dessen Folge mit Verpflichtungen belastet wird, für die er nicht nur dinglich mit der erworbenen Sache, sondern auch persönlich mit seinem sonstigen Vermögen haftet (BGH, FamRZ 2022, 1190).

14 Das ist nicht anders beim Erwerb von Rechten, infolgedessen der Minderjährige Verpflichtungen übernimmt. So ist es bei dem Erwerb des Anteils eines Miterben an einer Erbengemeinschaft, § 2033 Abs. 1 S. 1 BGB. Der Erwerber haftet wie der den Anteil übertragende Miterbe für die Nachlassverbindlichkeiten, § 2382 Abs. 1 BGB, und zwar auch dann, wenn die Übertragung unentgeltlich erfolgt, § 2385 BGB. Daran ändert es nichts, wenn der Minderjährige bereits Miterbe ist (OLG Frankfurt am Main, NJW-RR 2015, 842, 843). Für die gemeinschaftlichen Nachlassverbindlichkeiten haften die Miterben als Gesamtschuldner, § 2058 BGB. Untereinander sind sie entsprechend ihrem Anteil am Nachlass verpflichtet, §§ 426 Abs. 1, 2038 Abs. 2, 748 BGB. Mit der Übernahme eines weiteren Anteils erhöht sich danach die Haftung des (minderjährigen) Miterben im Innenverhältnis entsprechend, so dass ein darauf gerichtetes Rechtsgeschäft für ihn nicht lediglich rechtlich vorteilhaft, sondern auch

nachteilig ist. Das wird, soweit ersichtlich, nicht in Zweifel gezogen (*Schulte-Bunert*, in: Erman, BGB, 16. Aufl. § 1795, Rdn. 9; *Sonnenfeld*, in: BeckOGK, BGB, § 1795, Stand 5/2022, Rdn. 60; *Spickhoff*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 1795, Rdn. 9; *Veit*, in: Staudinger, BGB, 2020, § 1795, Rdn. 24; *Grüneberg/Götz*, BGB, 81. Aufl., § 1795, Rdn. 13; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 968).

15 Anlass, den vorliegenden Sachverhalt anders zu bewerten, besteht nicht. Dem Einwand der Beschwerde, der Nachlass sei bis auf das Grundstück auseinandergesetzt, stehen schon die zur UR-Nr. 2xx/2xxx beurkundeten Erklärungen der Beteiligten entgegen. Der Nachlass soll „weitgehend auseinandergesetzt“ sein, § 1 der Urkunde. Dass er nicht noch lediglich aus dem Grundstück besteht, lässt sich auch § 4 Abs. 2 der Urkunde entnehmen, wonach zum Nachlass noch Festgeldkonten gehören sollen, von denen der Beteiligte zu 3 bei ihrer Auflösung 1/10 des Guthabensbetrages erhalten soll. Ohnehin kommt es nicht darauf an, ob das Grundstück mit Rechten Dritter belastet ist. Nicht das Grundstück als solches soll – anteilig – von dem Beteiligten zu 3 auf den Beteiligten zu 1 übertragen werden, sondern der dem Beteiligten zu 3 zustehende Erbanteil. Nur daran sind die – erbrechtlichen – Haftungsfolgen geknüpft.

16 Wer unter elterlicher Sorge steht, erhält für Angelegenheiten, an deren Besorgung die Eltern verhindert sind, einen Pfleger, § 1909 Abs. 1 S. 1 BGB. Dieser Ergänzungspfleger vertritt den Minderjährigen anstelle der verhinderten Sorgeberechtigten, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1793 Abs. 1 S. 1 BGB. Das ist hier wegen der rechtlichen Verhinderung der Beteiligten zu 2 bei der Vertretung des Beteiligten zu 1 bei der Übertragung des Erbanteils des Beteiligten zu 3 auf ihn nach den obigen Ausführungen erforderlich. Hierauf hat das Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung zu Recht hingewiesen.

17 Die Zwischenverfügung ist auch insoweit nicht zu beanstanden, wie das Grundbuchamt zudem eine familiengerichtliche Genehmigung der zwischen den Beteiligten zu 3 und 1 zu treffenden Vereinbarungen für erforderlich erachtet hat.

18 Zur Übernahme einer fremden Verbindlichkeit durch einen Minderjährigen bedarf der Ergänzungspfleger der Genehmigung des Familiengerichts, §§ 1909, 1915 Abs. 1 S. 1 und 3, 1822 Nr. 10 BGB. Hiervon werden solche Fälle erfasst, in denen von dem Mündel eine Subsidiärhaftung übernommen werden soll, also dem Mündel, der aufgrund der übernommenen Haftung leisten würde, ein Ersatzanspruch gegen den Primärschuldner zusteht (*Müller*, DNotZ 2013, 208, 210). Hierzu gehört auch die Eingehung einer gesamtschuldnerischen Haftung gemäß § 421 BGB (OLG Köln, FamRZ 2015, 1410). Die Übertra-

gung eines Erbanteils führt zu einer solchen gesamtschuldnerischen Haftung des Erwerbers, §§ 2058, 2383, 2385 BGB. Daran ändert sich vorliegend nichts dadurch, dass der Beteiligte zu 1 bereits einen Anteil an dem Nachlass hält. Ist ein Erbe zu mehreren Erbanteilen berufen, so bestimmt sich seine Haftung für die Nachlassverbindlichkeiten in Ansehung eines jeden der Erbteile so, wie wenn die Erbteile verschiedenen Erben gehörten, § 2007 S. 1 BGB. Das gilt auch bei Übertragung des Anteils eines Miterben auf einen anderen Miterben (Grüneberg/Weidlich, a.a.O., § 2007, Rdn. 1).

19 An der familiengerichtlichen Genehmigung fehlt es hier. Ohne diese Genehmigung können die Erklärungen zur UR-Nr. 2xx/2xxx keine Wirksamkeit erlangen, § 1829 Abs. 1 S. 1 BGB.

20 Vor diesem Hintergrund kommt derzeit die Berichtigung des Grundbuchs auch nicht gemäß § 22 Abs. 1 S. 1 GBO in Betracht. Danach bedarf es zur Berichtigung des Grundbuchs keiner Bewilligung, wenn die Unrichtigkeit nachgewiesen wird. Ein solcher Nachweis bedarf der Form des § 29 GBO, kann also nur durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden erbracht werden. Daran fehlt es hier.

21 Nach den obigen Ausführungen bedürfen die zur UR-Nr. 2xx/2xxx im Namen des Beteiligten zu 1 beurkundeten Erklärungen der Beteiligten zu 2 der Genehmigung durch einen noch zu bestellenden Ergänzungspfleger sowie die Verfügung insgesamt der Genehmigung durch das Familiengericht. Diese liegen nicht vor. Das Grundbuchamt hat sie mit Recht in der angefochtenen Zwischenverfügung erfordert.

Testamentsanfechtung wegen Motivirrtums

BGB §§ 2064, 2078, 2078 Abs. 1 und 2, 2081

Amtliche Leitsätze:

1. Die Vorstellung einer Erblasserin, einer von zwei Abkömmlingen werde eine Immobilie im Familienbesitz halten, wenn sie ihn durch Testament zum Alleinerben einsetzt, ist ein Motiv i.S.d. § 2078 Abs. 2 BGB. Darin kommt die Erwartung des Eintritts des Erhalts der Immobilie in der Familie als Umstand i.S.d. § 2078 Abs. 2 BGB zum Ausdruck.

2. Das Motiv des innerfamiliären Erhalts der Immobilie findet als subjektive Erwartung im Testament eine wörtliche Stütze, wenn die Erblasserin dort die Einsetzung als Alleinerbe wörtlich als „einzige Möglichkeit“ bewert-

tet, „ablaufmäßig und verfahrenstechnisch zu gewährleisten“, „unser Wohnhaus, das eine Belastung ist,“ zu „erhalten“. Die Schaffung aller ihr möglichen Voraussetzungen für einen bestimmten, künftigen Geschehensablauf indiziert, dass sie den Willen zu seiner Herbeiführung hat.

3. Verknüpft die Erblasserin den von ihr skizzierten Geschehensablauf wörtlich mit der Offenlegung ihres Willens, „ein Verschleudern müssen“ nicht zu wollen, so verdeutlicht dies, auf die Verhinderung welchen Erfolgs es ihr durch die von ihr geschaffenen Voraussetzungen gerade ankam, so dass sie sich hiervon beim Verfassen ihres letzten Willens bestimmend leiten ließ.

4. In der an den hierdurch enterbten Abkömmling gerichteten Erklärung der Erblasserin in dem Testament, dass dies „nicht als Straf- oder Benachteiligungsaktion zu sehen“, dies aber der einzige Weg zur Erhaltung der Immobilie sei, ist zu erkennen, dass die Enterbung nicht dem Willen der Erblasserin entspricht, ihr aber die Verhinderung des Verkaufs an Dritte wichtiger als eine gerechte Erbeinsetzung ihrer Abkömmlinge ist. Die konkrete Offenlegung ihres Motivs in Verbindung mit dem ausdrücklichen Ausschluss weiterer denkmöglicher Motive führt zu einer unzweideutigen Verknüpfung von Motiv und Erbeinsetzung.

5. Aus der in einem Testament aus Sicht der Erblasserin subjektiv als zwingend empfundenen Verknüpfung der (höher bewerteten) gewollten Verhinderung eines ganz bestimmten Umstands mit dem ungewollten Nichteintritt eines (geringer bewerteten) Erfolges ergibt sich ein zur Anfechtbarkeit i.S.d. § 2078 Abs. 2 BGB führendes Bedingungsverhältnis, wenn der Eintritt des (ungewollten) Umstands durch den Nichteintritt des (gewollten) Erfolges nicht zu verhindern war.

LG Wuppertal (2. Zivilkammer),
Urteil vom 05.12.2022 – 2 O 317/21

I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten sich über die Miterbenstellung der Klägerin nach ihrer Anfechtung des den Beklagten zum Alleinerben einsetzenden Testaments der Erblasserin. Die Parteien sind die einzigen beiden Abkömmlinge aus der Ehe der Erblasserin mit dem im Jahr 1999 verstorbenen L1.

2 Die Erblasserin und ihr Ehemann setzten sich im Jahr 1957 in einem handschriftlichen gemeinschaftlichen Testament wechselseitig zu unbeschränkten Vollerben ein. Nach dem Tod ihres Ehemannes errichtete die Erblasserin am 15.12.2002 ein weiteres handschriftliches Testament.

In diesem verfügte sie:

„Mein L2 soll Erbe sein. Meine Tochter F, geborene L3, D soll ihren Pflichtteil erhalten. Das ist nicht als Straf- oder Benachteiligungsaktion zu sehen. Aber dieser Weg ist die einzige Möglichkeit, ablaufmäßig und verfahrenstechnisch zu gewährleisten, das L2 unser Wohnhaus, das eine Belastung ist, erhalten kann. Ein Verschleudern müssen wollten wir nicht.“

3 Nach dem Tod der Erblasserin am2020 beantragte der Beklagte nach der Testamentseröffnung vom 05.06.2020 am 02.07.2020 einen ihn als Alleinerben ausweisenden Erbschein, der ihm erteilt wurde. Hiernach verhandelten die Parteien u.a. über den Wert des Hauses, Y, den der Beklagte durch eine Marktwerteinschätzung des Gutachterausschusses für Grundstückswerte der Stadt V zum2020 schätzen ließ.

4 Am 13.11.2020 schrieb der Beklagte der Klägerin eine W., die u.a. folgenden Inhalt hatte:

„Wir werden übrigens wahrscheinlich am Y einziehen, was ja Mutters letzter Wille war. Da vorher erhebliche Sanierungsmaßnahmen erforderlich sind würde ich Dich bitten, die Möbel im Januar abzuholen. Vorher geht nicht da ich an Weihnachten erst ausräumen muss. Die Gutachter waren da und kommen Montag nochmal. Dann wird das Gutachten diesen Monat noch kommen. (...)“

5 Mit dem vom Gutachterausschuss am 17.12.2020 ermittelten Wert von 710.000,00 Euro verhandelten die Parteien dann die Auszahlung des Pflichtteils der Klägerin. Etwa zeitgleich kontaktierte der Beklagte einen Makler zu der Frage des Verkaufs des Objekts Y und stellte parallel dazu Überlegungen an, das Objekt an den dortigen Nachbarn zu veräußern, um hiernach ggf. dort einzuziehen. Beides beruhte jedenfalls auch auf dem Umstand, dass er vor dem Bezug des Objekts mit Sanierungsarbeiten rechnete, die er nach seinen Schätzungen zu diesem Zeitpunkt nicht stemmen können würde. Am 21.02.2021 erteilte der Beklagte dem Makler den konkreten Auftrag, das Haus zu veräußern.

6 Durch einen mit „Erbauseinandersetzungsvertrag“ überschriebenes Schriftstück setzten die Parteien den Wert des Nachlasses am 07.03.2021 auf 743.779,22 Euro fest, wobei sie den vom Gutachterausschuss ermittelten Wert der Immobilie zugrunde legten, und vereinbarten die Auszahlung eines Pflichtteils in Höhe von 185.945,00 Euro durch den Beklagten an die Klägerin.

7 Durch notariellen Kaufvertrag vom 26.03.2021 verkaufte der Beklagte die Immobilie Y zu einem Preis von 819.000,00 Euro an einen Dritten.

8 Durch außerprozessuales Schreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 09.08.2021 erklärte die Klägerin gegenüber dem Beklagten die Anfechtung des Erbauseinandersetzungsvertrages wegen arglistiger Täu-

schung und Irrtum. Zur Begründung führte sie aus, dass es sich bei dem Erbauseinandersetzungsvertrag um eine Pflichtteilsvereinbarung handele, bei deren Abschluss sie aufgrund entsprechender Vorspiegelung des Beklagten davon ausgegangen sei, dass der Beklagte in dem Haus wohnen bleibe. Dass er dies nicht beabsichtige, sei ihm aber bereits am 07.03.2021 klar gewesen, denn zu diesem Zeitpunkt habe er tatsächlich bereits sogar den konkreten Verkauf vom 21.03.2021 vor Augen gehabt. Die Anregung zu einer einvernehmlichen Einigung wies der Beklagte durch Schreiben seines jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 26.08.2021 zurück.

9 Durch außerprozessuales Schreiben ihres jetzigen Prozessbevollmächtigten vom 02.11.2021 erklärte die Klägerin gegenüber dem Amtsgericht Wuppertal die Anfechtung des Testaments vom 15.12.2002. Zur Begründung führte sie aus, die Erblasserin habe bei der Errichtung die Fehlvorstellung gehabt, dass bei der Erbeinsetzung des Beklagten sichergestellt sei, dass die Immobilie Y im Familienbesitz bleiben werde. Der Beklagte habe hingegen die Immobilie unverzüglich veräußert.

10 Die Klägerin beantragt, wie erkannt.

11 Hilfsweise beantragt sie, den Beklagten zu verurteilen, an sie 18.190,23 € nebst Zinsen in Höhe von 5%-Punkten über dem Basiszinssatz ab Rechtshängigkeit zu zahlen.

12 Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

13 Der Beklagte behauptet, das Verhältnis zwischen der Klägerin und der Erblasserin sei schlecht gewesen.

14 Das Gericht hat Beweis erhoben durch Anhörung des Beklagten. Zum Ergebnis der Anhörung wird auf das Protokoll des Termins vom 17.10.2022, zum weiteren Sach- und Streitstand auf den Akteninhalt nebst Anlagen verwiesen.

▶ II. Aus den Gründen:

15 Die Klage ist zulässig und begründet.

16 Die Zulässigkeit der Klage ergibt sich aus dem berechtigten Interesse der Klägerin, den mit dem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge einhergehenden Zuwachs i.S.d. § 2032 Abs. 1 BGB ihrer vom Beklagten bestrittenen Rechtsposition festgestellt zu wissen, weil sie hierdurch am Kaufpreis mitberechtigt wird gemäß § 2041 BGB.

17 Die Klage ist begründet. Die Klägerin ist zusammen mit dem Beklagten Miterbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge gemäß den §§ 1922, 1924 Abs. 1 BGB im tenorierten Umfang. Das die Klägerin von der Erbfolge ausnehmende, formwirksame Testament vom 15.12.2002 hat diese durch

Anfechtungserklärung gemäß § 2081 Abs. 1 BGB gegenüber dem Amtsgericht Wuppertal als zuständigem Nachlassgericht durch Schreiben vom 02.11.2021 wirksam angefochten. Insbesondere erfolgte die Anfechtung innerhalb der Jahresfrist des § 2082 Abs. 1, Abs. 2 BGB, nachdem die Klägerin Mitte des Jahres 2021 von der Veräußerung der Immobilie durch den Beklagten erfahren hat.

18 Der von der Klägerin geltend gemachte Anfechtungsgrund aus § 2078 Abs. 2, Var. 1 BGB liegt zur Überzeugung der Kammer nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme vor (§ 286 ZPO). Hiernach kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser diese in der irrigen Annahme oder Erwartung des Eintritts eines Umstandes errichtete. Diese Voraussetzungen liegen vor.

19 Die positive Vorstellung der Erblasserin, der Beklagte werde das Haus erhalten, wenn er Alleinerbe wird, war ein Motiv i.S.d. § 2078 Abs. 2 BGB, das für die Verfügung der Erblasserin im Testament vom 15.12.2002 bestimmend war (vgl. *Leipold* in MüKo-BGB, 9. Aufl. § 2078, Rn. 28). Dem liegt der Gedanke zugrunde, dass der Beklagte das Haus dann auch nicht verkaufen werde. Diese subjektive Erwartung, die auch als unbewusste Erwartung vom Anfechtungstatbestand erfasst wäre (vgl. BGHZ 4, 91, 94f.), findet im Testament sogar eine klare Stütze: Die Erhaltung des Hauses hat die Erblasserin wörtlich verbunden mit der Erwägung, dass sie das Haus nicht verschleudert sehen wolle. Darin kommt zum Ausdruck, dass das Haus in der Familie bleiben und nicht verkauft werden sollte. Die irri- ge Annahme der von der Erblasserin vorausgesetzten Entwicklung muss zwar nicht im Testament zum Ausdruck kommen, um anfechtbar zu sein (vgl. *Leipold* a.a.O., Rn. 38); hier liefert die wortgetreue Erklärung dazu im Testament aber den Beweis, dass sich die Erblasserin von dieser Vorstellung bestimmend leiten ließ (vgl. BGH, NJW 1965, 584; KG, NJW 2001, 903, 906).

20 Die an die konkrete Regelung der Erbfolge geknüpft (subjektive) Erwartung der Erblasserin hat sich (objektiv) nicht erfüllt. Aus diesem Grund war die Klägerin zur Anfechtung berechtigt. Nach der weiten Formulierung des § 2078 Abs. 2, 1. Var. BGB berechtigt jeder Motivirrtum zur Anfechtung. Das Vertrauen eines Bedachten an der Aufrechterhaltung einer testamentarischen Verfügung ist nicht schutzwürdig. Der Irrtum kann sich auf vergangene, gegenwärtige und zukünftige Umstände beziehen (OLG Köln, FamRZ 1990, 1038, 1039). Unerheblich ist, ob der Erblasser oder ein Dritter Einfluss auf diese Umstände hat, ebenso, auf welche Weise der Irrtum entstanden ist (*Leipold* in MüKo-BGB, 9. Aufl., § 2078, Rn. 37). Der Irrtum kann sich auf Umstände aller Art beziehen, insbesondere auch auf das zukünftige Verhalten des Bedachten (BGHZ 4, 91, 95; BGH NJW 1963, 246). Für die mit einer Verfügung verbundene Erwartung i.S.d. § 2078 Abs. 2 BGB gilt

nichts anderes (*Olzen/Looschelders*, Erbrecht, 6. Aufl., § 6, S. 208, Rn. 685ff. m.w.N.). Die hiernach wirksame Anfechtung wirkt auf den Zeitpunkt der Testamenterrichtung zurück und führt zur gewillkürten Erbfolge.

21 Die vom Beklagten dagegen erhobenen Einwände, die Beziehung zwischen der Erblasserin und der Klägerin sei schlecht gewesen, greift hiergegen nicht durch. Darauf, wie sich die Beziehung nach der Testierung im Dezember 2002 entwickelt hat, kommt es hier nicht an; jedenfalls hat diese Entwicklung nicht dazu geführt, dass die Erblasserin neu verfügt hat. Der vom Beklagten im Schriftsatz vom 29.09.2022 behauptete Vorfall im Zeitraum davor, in den Jahren 1987/1988, ist in den Prozessschriftsätzen weder verschriftlicht noch im Termin vorgetragen worden, obwohl hierzu Gelegenheit geboten wurde. Eine Beweisaufnahme hierzu wäre deshalb schon aus diesem Grund unzulässig.

22 In der letztwilligen Verfügung selbst findet die Annahme eines persönlichen Motivs der Erblasserin für die getroffene Regelung aber auch keine Entsprechung. Hiernach sollte die Enterbung gerade keine Bestrafung oder Benachteiligung sein. Insbesondere unter Berücksichtigung des Vortrags des Beklagten im Schriftsatz vom 04.11.2022, dass die Erblasserin V. war, lässt diese Passage des Testaments keinen Raum für die Annahme, dass die dort getroffene Entscheidung auf Enttäuschungen im zwischenmenschlichen Bereich beruht. Sie ist vielmehr nach der Vorstellung der Erblasserin im Errichtungszeitpunkt der einzige Weg, ihr Motiv umzusetzen, dass das Haus in der Familie bleibt. Durch die Offenlegung ihres Motivs stellt die Erblasserin nicht nur klar, dass die Entscheidung zur konkreten Verfügung auf Sachkriterien beruht, die nach ihrer Vorstellung die Erwartung einer bestimmten, von ihr gewollten Entwicklung zulassen; sie unterstreicht überdies durch die Benennung derjenigen Motive, die der konkreten Verfügung gerade nicht zugrunde liegen überdies ausdrücklich, dass sie hinsichtlich ihrer Motivlage nicht missverstanden werden will. Die Verknüpfung von Motiv und Erbeinsetzung ist hiernach unzweideutig. Für die Annahme von Begleit- oder Zusatzmotiven im persönlichen Bereich bleibt deshalb zur Überzeugung des Gerichts angesichts dieser Formulierung kein Raum. Eine solche Motivation findet im Testament nicht nur keine Andeutung, die Erblasserin schließt sie ausdrücklich aus.

23 Dass die Erblasserin zum Zeitpunkt der Testamenterrichtung Zweifel daran hatte, dass sich das Haus in der Familie halten lässt, lässt sich zur Überzeugung des Gerichts dem Testament nicht entnehmen (§ 286 ZPO). Soweit der Beklagte vorgetragen hat, die Erblasserin habe in das Testament auch die Möglichkeit der erheblichen Renovierungskosten einbezogen, ist schon zweifelhaft,

dass sie diese 20 Jahre vor dem Erbfall in dem im Prozess vorgebrachten Umfang konkret antizipieren konnte. In der Sache findet die Kostenlast der Immobilie zwar eine Entsprechung in der Erwägung der Erblasserin, dass das Haus eine Belastung sei; bloß wollte sie das Verkaufsrisiko durch die konkret getroffene Verfügung gerade ausschließen (s.o.). Soweit man – wie der Beklagte in seinem Schriftsatz vom 04.11.2022 – die Formulierung, das Haus sei eine Belastung, als Andeutung von Zweifeln daran, dass sich das Haus in der Familie halten lässt, bewertet, kommt man allerdings nicht umhin, anzuerkennen, dass die Erblasserin diesen Zweifeln gerade durch die konkrete Erbfolgeregelung Rechnung getragen hat (vgl. *Litzener* in BeckOK-BGB, 63. Ed., § 2078, Rn. 7). Damit ist die Anfechtung im Falle der andersartigen Entwicklung aber nicht ausgeschlossen, sondern geboten.

24 Mit der wirksamen Anfechtung entfällt die Geschäftsgrundlage für den zwischen den Parteien bestehenden Pflichtteilsvertrag. Der Klägerin steht insoweit ein Rücktrittsrecht zu, § 313 Abs. 1, Abs. 3 BGB. Hiervon macht sie durch Festhalten an der Anfechtung des Vertrages auch konkludent Gebrauch. Der Beklagte hat überdies in der mündlichen Verhandlung – aner kennenswert – offengelegt, dass er das Haus bereits zu dem Zeitpunkt, als er der Klägerin am 13.11.2020 die W. schrieb, verkaufen wollte, weil das Halten der Immobilie für ihn finanziell schlicht nicht zu stemmen gewesen sei. Durch die gegenteilige Mitteilung in der W. und das Verschweigen der tatsächlichen Absicht hat er die Klägerin unter Berücksichtigung der ihm obliegenden Auskunftspflichten aus § 2314 BGB spätestens zum Zeitpunkt des Abschlusses der Pflichtteilsvereinbarung am 07.03.2021 arglistig getäuscht i.S.d. § 123 Abs. 1 BGB. Darauf kam es aber wegen der wirksamen Testamentsanfechtung i.E. nicht mehr an.

Zu den Voraussetzungen einer Enterbung.

OLG Brandenburg (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 17.11.2022 – 3 W 121/22

▶ I. Tatbestand:

1 Der am ...2016 verstorbene Erblasser war zweimal verheiratet. Aus der ersten Ehe hatte der Erblasser drei Abkömmlinge, den Antragsteller sowie dessen zwei Brüder H... und R... P... In zweiter Ehe war der Erblasser verheiratet mit der im Jahr 2012 vorverstorbenen E... P... Diese

Ehe blieb kinderlos. Frau E... P... hatte keine Abkömmlinge, aber zwei Schwestern, Ro... L... und Re... O... Ro... L... hat einen Sohn, T... L...; Re... O... hat eine Tochter, D... O... Diese hat wiederum einen Sohn, Ti... O..., geb. am ...1982. **2** Mit gemeinschaftlichem Testament vom ...1985 setzten sich die Ehegatten gegenseitig zu Alleinerben ein. Weiter heißt es im Testament:

„Beim Tod beider Ehepartner sollen die materiellen und finanziellen Hinterlassenschaften, auch Versicherungen jeglicher Art auf T... L..., geb. ...1966 und D... O..., geb. ...1962 aufgeteilt werden.

Sie werden beauftragt, unsere Gräber zu pflegen und die Bestattungskosten anteilig zu tragen.

Aus erster Ehe habe ich drei Kinder M. P... geb. ...67 H... P... geb. ...69 R... P... geb. ...72 Sie sind durch das Testament nicht erbberechtigt.

Meine Frau hat keine Kinder. ...“

3 T... L... und D... O... haben das Erbe form- und fristgerecht ausgeschlagen.

4 Der Antragsteller begehrt im vorliegenden Verfahren einen Erbschein, der ihn und seine zwei Brüder als Erben zu je 1/3 ausweist. Er meint, es sei gesetzliche Erbfolge eingetreten. Das Nachlassgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 18.07.2022 zurückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Erblasser und seine Brüder seien nicht Erben geworden, da sie durch die letztwillige Verfügung der Ehegatten von der Erbfolge ausgeschlossen worden seien. Deshalb könne auch offen bleiben, ob der Sohn der D... O... als Ersatzerbe seiner Mutter anzusehen sei und auch deshalb der Antragsteller und seine Brüder nicht Erben geworden seien.

5 Hiergegen wendet sich der Antragsteller mit seiner Beschwerde. Er ist weiterhin der Auffassung, dass dem Testament keine Enterbung der drei Abkömmlinge des Erblassers auch für den Fall zu entnehmen sei, dass die testamentarisch angeordnete Erbfolge nicht zum Zuge komme. Dem Testament lasse sich nur entnehmen, dass die Brüder nicht als testamentarische Erben eingesetzt werden sollten, nicht aber dass sie auch dann nicht erben sollten, wenn die gesetzliche Erbfolge eintritt.

6 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und dem Senat zur Entscheidung vorgelegt.

▶ II. Aus den Gründen:

7 Die nach §§ 58 ff FamFG zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg.

8 Der Antragsteller und seine Brüder sind gesetzliche Erben nach dem Erblasser geworden. Sie sind nicht durch die letztwillige Verfügung vom 17.03.1985 von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen.

9 1. Eine Enterbung ist der Ausschluss einer Person von der gesetzlichen Erbfolge (§ 1938 BGB). Diese kann ausdrücklich geschehen, indem der Erblasser eine bestimmte Person von der gesetzlichen Erbfolge positiv ausschließt, ohne einen Erben einzusetzen (§ 1938 BGB), oder dadurch, dass der Erblasser eine andere oder mehrere andere Personen als Erben einsetzt und damit einen gesetzlichen Erben übergibt.

10 Die aus dem Vorrang der gewillkürten vor der gesetzlichen Erbfolge resultierende Möglichkeit der Übergehung gesetzlicher Erben ist jedoch nicht stets eine Enterbung im Sinne des § 1938 BGB, denn sie schließt nicht ohne Weiteres von der gesetzlichen Erbfolge aus, was sich zeigt, wenn die Erbeinsetzung, die einen gesetzlichen Erben übergibt, unwirksam ist (z. Bsp. infolge Vorversterbens des eingesetzten Erben) oder wird (z. Bsp. durch Ausschlagung) (Staudinger/Otte (2017) BGB § 1938, Rn 2).

11 Da die Ausschließung nichts anderes als die Kehrseite der Erbeinsetzung ist, kann man nicht von einem typischen Erblasserwillen ausgehen, es solle bei Unwirksamkeit der Erbeinsetzung doch die Erbausschließung übrigbleiben. Im Regelfall entfällt deshalb mit der Erbeinsetzung auch die damit korrespondierende Enterbung. Anders ist es nur, wenn die Verfügung einen entsprechenden Willen des Erblassers erkennen lässt, wenn also im Wege der Auslegung neben der Erbeinsetzung eine davon unabhängige Erbausschließung anzunehmen ist. (MüKoBGB/Leipold, 9. Aufl. 2022, BGB § 1938, Rn 11,12). Dies ist nur dann anzunehmen, wenn dafür, dass neben der Erbeinsetzung eine Ausschließung als selbstständige Verfügung vorliegt, besondere Anhaltspunkte im Testament bestehen (vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 2. 12. 2011 – 15 W 603/10).

12 2. Die Auslegung ergibt nicht, dass der Erblasser seine Söhne unabhängig von der Erbeinsetzung der Verwandten seiner Ehefrau auch von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen wollte.

13 a) Die Testamentsauslegung hat zum Ziel, den wirklichen Willen des Erblassers zu erforschen. Dabei ist vom Wortlaut auszugehen. Dieser ist jedoch nicht bindend. Vielmehr sind der Wortsinn und die vom Erblasser benutzten Ausdrücke zu hinterfragen, um festzustellen, was er mit seinen Worten hat sagen wollen und ob er mit ihnen genau das wiedergegeben hat, was er zum Ausdruck bringen wollte (BGH, NJW 1993, 256 m.w.N.). Maßgeblich ist insoweit allein sein subjektives Verständnis der von ihm verwendeten Begriffe (BGH, FamRZ 1987, 475, 476; Palandt/Weidlich, BGB, 77. Aufl. 2018, § 2084 Rn. 1). Zur Ermittlung des Inhalts der testamentarischen Verfügungen ist der gesamte Inhalt der Testamentsurkunde einschließlich aller Nebenumstände, auch solcher außerhalb des Testaments, heranzuziehen und zu würdigen

(BGH NJW 1993, 256 m.w.N.). Solche Umstände können vor oder auch nach der Errichtung des Testamentes liegen. Dazu gehört das gesamte Verhalten des Erblassers, seine Äußerungen und Handlungen (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2084 BGB Rn. 2 m.w.N.), jedoch müssen sich mit Blick auf die Formerfordernisse des § 2247 BGB für einen entsprechenden Willen des Erblassers in der letztwilligen Verfügung – wenn auch nur andeutungsweise – Anhaltspunkte finden lassen (vgl. BGH v. 09.04.1981, IVa ZB 6/80, NJW 1981, 1736; BGHZ 86, 41).

14 b) Einen ausdrücklichen Entzug des gesetzlichen Erbrechts enthält die Verfügung von Todes wegen nicht.

15 Anders als das Nachlassgericht ausgeführt hat, hält der Senat die gewählte Formulierung „Sie sind durch das Testament nicht erbberechtigt“ auch nicht für einen hinreichenden Anhaltspunkt dafür, dass damit – unabhängig von der Erbeinsetzung – ein Entzug des gesetzlichen Erbrechts erfolgen sollte.

16 Allein aus dieser Formulierung lässt sich ein Ausschluss der genannten Personen auch von der gesetzlichen Erbfolge für den Fall, dass die testamentarische Anordnung – aus welchen Gründen auch immernicht zur Anwendung kommt, nicht schließen. Angeordnet ist nicht mehr als das, was sich aus der Einsetzung bestimmter Personen als Erben durch Verfügung von Todes wegen ohnehin ergibt, dass nämlich die gesetzlichen Erben nicht bedacht werden und damit von der testamentarisch angeordneten Erbfolge ausgeschlossen sind. Für die gesetzliche Erbfolge wird keine ausdrückliche Regelung getroffen.

17 Sind in einem Testament, so wie hier der Fall, eine oder mehrere Personen als Erben eingesetzt und ist im Anschluss daran die Formulierung zu finden, dass bestimmte Personen, die gesetzliche Erben des Erblassers wären, durch das Testament nicht erbberechtigt sind, bedeutet dies vom Wortlaut aus betrachtet nicht mehr und nicht weniger als die Bestätigung dessen, was im Testament zuvor angeordnet ist, nämlich dass die im Testament genannten Personen als testamentarische Erben eingesetzt sind, die weiteren namentlich aufgeführten Personen nach der testamentarischen Verfügung dagegen nichts erhalten, also keine testamentarischen Erben sein sollen.

18 Es ist auch kein Anhaltspunkt dafür ersichtlich, dass die Erblasser mit dieser Formulierung statt „durch das Testament“ „aufgrund des Testamentes“ meinten und die Abkömmlinge aufgrund des Testamentes auch von der gesetzlichen Erbfolge ausgeschlossen sein sollten. Wie das Nachlassgericht zu dieser Einschätzung gelangt ist, hat es nicht plausibel dargelegt. Vielmehr ergibt die Formulierung „durch das Testament“ durchaus Sinn, indem damit nochmals betont wird, dass als Folge der Einsetzung testamentarischer Erben die Söhne nicht zu Erben berufen sind.

19 Die weitere Formulierung „Meine Frau hat keine Kinder“ hat keine Aussagekraft im Hinblick auf die Frage, ob ein Ausschluss der Söhne des Erblassers auch von der gesetzlichen Erbfolge gewollt war. Wenn das Nachlassgericht insoweit ausführt, daraus ergebe sich, dass die Enterbung für alle eigenen Abkömmlinge, also auch für die, „die E... P... hätte haben können“ gelten sollte, erkennt der Senat nicht, wie das Nachlassgericht zu dieser Annahme kommt. Bei diesem Satz im Testament handelt es sich lediglich um die Feststellung einer zum Zeitpunkt der Errichtung des Testaments bestehenden Situation ohne eine darüber hinausgehende Bedeutung.

20 c) Auch die Heranziehung außerhalb der Testamentsurkunde liegenden Umstände führt zu keinem anderen Auslegungsergebnis. Es sind keine Umstände bekannt oder ersichtlich, aus denen sich schließen lassen könnte, dass der Erblasser seine Söhne unabhängig von der Wirksamkeit der Einsetzung der Verwandten seiner Ehefrau als Erben in jedem Fall von der gesetzlichen Erbfolge ausschließen wollte. Der Erblasser hatte, wie der Antragsteller glaubhaft ausgeführt hat, auch nach seiner Ehescheidung, also auch im Zeitpunkt der Errichtung des Testaments, regelmäßigen familiären Umgang mit seinen Söhnen. Es gibt keine Anzeichen für ein Zerwürfnis oder eine Entfremdung, die auf einen entsprechenden Willen schließen lassen könnten.

21 3. Es lässt sich auch nicht feststellen, dass der Abkömmling der D... O..., die das Erbe ausgeschlagen hat, als Ersatzerbe (§ 2096 BGB) an deren Stelle getreten ist und dies einem Eintritt der gesetzlichen Erbfolge entgegensteht.

22 a) Die Auslegungsregel des § 2069 BGB, wonach dann, wenn der Erblasser einen Abkömmling bedacht hat und dieser nach Errichtung des Testaments wegfällt, im Zweifel dessen Abkömmlinge insoweit bedacht sind, als sie bei der gesetzlichen Erbfolge an dessen Stelle treten würden, kann hier deshalb nicht angewendet werden, weil die Erblasser die Nichte der Ehefrau, nicht aber einen Abkömmling bedacht haben. Diese Auslegungsregel kann auch nicht entsprechend angewandt werden. Sie ist Ausprägung einer allgemeinen Lebenserfahrung. Bei einer nur in der Seitenlinie verwandten Person oder anderen nahen Verwandten fehlt es an dieser Erfahrungsgrundlage, so dass eine analoge Anwendung grundsätzlich ausscheidet (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 16.6.2014 – I-3 Wx 256/13; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2069 Rn. 6; Staudinger/Otte, § 2069 Rn. 30).

23 In diesen Fällen erfordert die Annahme einer Ersatzberufung der Abkömmlinge des Zuwendungsempfängers eine zusätzliche Begründung auf der Grundlage des durch ergänzende Auslegung zu ermittelnden Erblasserwillens (OLG Düsseldorf, a.a.O.; BeckOK BGB/Litzenburger, § 2069

Rn. 6 mN; Staudinger/Otte, § 2069 Rn. 30). Wesentliches Kriterium für eine ergänzende Auslegung ist dabei, ob die Zuwendung dem Bedachten als erstem seines Stammes oder nur ihm persönlich galt (OLG Düsseldorf, a.a.O.; OLG Schleswig Beschluss vom 10.6.2013 – 3 Wx 15/13, BeckRS 2013, 16700; OLG München, Beschluss vom 6. Juli 2006 – 31 Wx 35/06 –, juris; Staudinger/Otte, § 2069 Rn. 31).

24 b) Hier kann nicht festgestellt werden, dass die Erblasser die Nichte der Ehefrau nur als erste ihres Stammes und nicht (nur) persönlich bedacht haben. Dagegen spricht bereits, dass das Verwandtschaftsverhältnis zur Ehefrau des Erblassers in der Zuwendung an den Nefen und an die Nichte keine Erwähnung findet, sondern die Erben nur namentlich genannt werden. Dies ist eher ein Indiz dafür, dass die Erbeinsetzung nicht in erster Linie der Eigenschaft der Zuwendungsempfänger als Verwandte der Ehefrau des Erblassers galt, sondern ihnen als Person. Dafür, dass die Erblasser diese Personen und nicht etwa die durch sie repräsentierten Stämme bedenken wollte, spricht zudem, dass sie gerade nicht die ersten des Stammes, d.h. die Schwestern der Erblasserin als Erben ausgewählt haben, sondern deren Abkömmlinge.

25 c) Lässt sich also eine Einsetzung des Abkömmlings der D... O... als Ersatzerbe im Wege der ergänzenden Testamentsauslegung nicht feststellen, verbleibt es bei der gesetzlichen Erbfolge.

STEUERRECHT

Auslegung eines Gewinnabführungsvertrags – Frage der steuerlichen Rückwirkung eines notariellen Nachtragsvermerks

KStG § 14 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, § 17 Abs. 1 S. 1; BeurkG § 44a Abs. 2 S. 1; AktG § 298, § 303; AO § 38; BGB § 133; AktG § 303; GAV § 4

Amtliche Leitsätze:

1. Gewinnabführungsverträge sind nach objektiven Gesichtspunkten einheitlich aus sich heraus auszulegen. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte im Vertrag finden, können zur Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden (Bestätigung der Rechtsprechung). (Rn. 28)

2. Die Korrektur einer Unstimmigkeit in einem Gewinnabführungsvertrag durch einen notariellen Nachtragsvermerk nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG entfaltet jedenfalls dann keine steuerliche Rückwirkung, wenn sich

der tatsächlich gewollte Vertragsinhalt nicht objektiv aus den Vertragsregelungen heraus ergibt und unklar ist, wie eine mögliche Lücke in der Vertragsurkunde zu füllen ist. (Rn. 31)

BFH (I. Senat),

Urteil vom 13.07.2022 – I R 42/18

► I. Tatbestand:

1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin), eine GmbH, wurde im Juni 1991 von der V-GmbH als alleiniger Gesellschafterin gegründet. Am ...12.1991 schlossen die Klägerin und die V-GmbH einen notariellen Gewinnabführungs- und Beherrschungsvertrag (GAV).

2 In der Vertragsurkunde des mit der Klägerin abgeschlossenen Vertrags lautet § 4 GAV („Dauer des Vertrages“) wie folgt:

„1. Dieser Vertrag wird bis zum 31.12.1996 abgeschlossen. Seine Wirksamkeit beginnt mit Errichtung der Organgesellschaft.“

– Seitenumbruch –

„3. Das Organ ist zu einer ordentlichen Kündigung so lange nicht berechtigt, als der Organträger am Organ mit mehr als 50% des Stammkapitals beteiligt ist.

4. Eine vorzeitige Kündigung ist nur aus wichtigem Grund zulässig.“

3 Der GAV wurde am ...06.1992 in das Handelsregister eingetragen. Im Zuge der Digitalisierung des Registerblatts im Jahre 2006 ist das Bestehen des GAV nicht übernommen worden.

4 Unter dem ...09.2012 fertigte der Amtsnachfolger des den GAV beurkundenden Notars einen Nachtragsvermerk gemäß § 44a Abs. 2 Satz 1 und 2 des Beurkundungsgesetzes (BeurKG) und stellte darin „im Hinblick auf die in § 4 ... (GAV) – Dauer des Vertrages – enthaltene offensichtliche Unrichtigkeit des Fehlens des Absatzes 2 dieses Paragraphen richtig, dass § 4 ... (GAV) einen Absatz 2 enthält, der lautet:

2. Wird der Vertrag nicht 1 Jahr vor seinem Ablauf schriftlich gekündigt, verlängert er sich um jeweils 1 weiteres Jahr.“

5 Nachdem der Nachtragsvermerk vorgelegt und mit dem GAV beim Registergericht hinterlegt worden war, hat dieses das Bestehen des GAV am ...09.2012 von Amts wegen in das Handelsregister nachgetragen.

6 Die Klägerin führte in den Jahren 2006 und 2009 (Streitjahre) auf der Grundlage des GAV ihren Gewinn an die V-GmbH ab. Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt – FA –) veranlagte sie zunächst unter dem Vorbehalt der Nachprüfung erklärungsgemäß in der Weise, dass

er ihr Einkommen von ... € (2006) bzw. ... € (2009) der V-GmbH als Organträgerin zurechnete und die Körperschaftsteuer auf 0 € festsetzte. Nach einer Außenprüfung erließ das FA Änderungsbescheide, in denen es u.a. dem GAV die steuerrechtliche Anerkennung versagte und den Gewinn in Höhe der Gewinnabführungen (2006: ... €; 2009: ... €) außerbilanziell als verdeckte Gewinnausschüttungen nach § 8 Abs. 3 Satz 2 des Körperschaftsteuergesetzes in der in den Streitjahren geltenden Fassung (KStG) hinzurechnete.

7 Im Klageverfahren erließ das FA, nachdem über die weiteren streitigen Feststellungen Einvernehmen erzielt werden konnte, Änderungsbescheide vom 23.03.2017. Das Niedersächsische Finanzgericht (FG) hat die Klage mit Urteil vom 15.06.2017 – 10 K 115/15 und 10 K 116/15 als unbegründet abgewiesen.

8 Gegen das FG-Urteil richtet sich die auf die Verletzung materiellen Rechts gestützte Revision der Klägerin.

9 Die Klägerin beantragt, das FG-Urteil aufzuheben und die Körperschaftsteuerbescheide 2006 und 2009 vom 23.03.2017 dahingehend abzuändern, dass die Körperschaftsteuer jeweils auf 0 € festgesetzt wird.

10 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

► II. Aus den Gründen:

11 Die Revision ist unbegründet und daher gemäß § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen. Das FG ist ohne Rechtsfehler davon ausgegangen, dass in den Streitjahren zwischen der Klägerin und der V-GmbH kein steuerrechtlich wirksamer GAV und damit keine Organschaft gemäß §§ 14, 17 KStG bestanden hat; der notarielle Nachtragsvermerk führt jedenfalls steuerrechtlich nicht zu einer rückwirkenden Heilung dieses Mangels.

12 1. Dem zwischen der Klägerin und der V-GmbH am ...12.1991 abgeschlossenen GAV ist die steuerrechtliche Anerkennung für die Streitjahre mit der Folge zu versagen, dass der Gewinn der Klägerin nicht der V-GmbH als Organträgerin zuzurechnen ist. Das FG hat den Vertrag zutreffend dahingehend ausgelegt, dass die Vertragslaufzeit wegen fehlender Verlängerung abgelaufen war.

13 a) Sowohl nach § 14 Abs. 1 Satz 1 Nr. 3 Satz 1 KStG (i.V.m. § 17 Abs. 1 Satz 1 KStG) in seiner aktuellen Fassung als auch in früheren Fassungen bis ins Jahr 1991 (z.B. § 14 Nr. 4 KStG i.d.F. der Neufassung des Körperschaftsteuergesetzes vom 11.03.1991, BGBl I 1991, 638, BStBl I 1991, 135) ist Voraussetzung für die Anerkennung einer Körperschaftsteuerrechtlichen Organschaft u.a. ein auf mindestens fünf Jahre abgeschlossener GAV, der auch zivilrechtlich wirksam ist (Senatsurteile vom 30.07.1997 – I R 7/97, BFHE 184, 88, BStBl II 1998, 33, zu §§ 17 Satz 1, 14 Nr. 4

Satz 1 KStG 1984; vom 23.08.2017 – I R 80/15, BFHE 259, 405, BStBl II 2018, 141, m.w.N., zu §§ 17 Satz 1, 14 Abs. 1 Satz 2 KStG 2002). Hieran fehlt es im Streitfall, da das FG rechtsfehlerfrei davon ausgegangen ist, dass der GAV am 31.12.1996 geendet hat und nicht verlängert worden ist.

14 b) Vereinbarungen der Gesellschafter mit korporationsrechtlichem Charakter – zu denen ein GAV als gesellschaftsrechtlicher Organisationsvertrag gehört – sind nach objektiven Gesichtspunkten einheitlich aus sich heraus auszulegen (z.B. Urteil des Bundesgerichtshofs – BGH – vom 06.03.2018 – II ZR 1/17, Der Betrieb 2018, 1078, m.w.N.). Dem Wortlaut sowie Sinn und Zweck der Regelung kommen dabei ebenso maßgebende Bedeutung zu wie dem systematischen Bezug einer Klausel zu anderen Vertragsregelungen. Umstände, für die sich keine ausreichenden Anhaltspunkte im Vertrag finden, können zur Auslegung grundsätzlich nicht herangezogen werden (Senatsurteil vom 28.11.2007 – I R 94/06, BFHE 220, 51, m.w.N.; Beschluss des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 27.07.2009 – IV B 73/08, BFH/NV 2009, 1840; Senatsbeschluss vom 23.01.2013 – I R 1/12, BFH/NV 2013, 989). So sind z.B. außerhalb des Vertrags liegende Sachzusammenhänge bei einer Kündigungsklausel eines GAV auch dann nicht einzubeziehen, wenn deren Kenntnis bei den Mitgliedern und Organen allgemein vorausgesetzt werden kann (BFH-Urteil vom 03.09.2009 – IV R 38/07, BFHE 226, 283, BStBl II 2010, 60; Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989). Insbesondere gilt dies für nicht allgemein erkennbare Umstände außerhalb der zum Handelsregister eingereichten Unterlagen, wie beispielsweise der Entstehungsgeschichte sowie Vorstellungen und Äußerungen der am Vertragsschluss beteiligten Personen (Senatsurteil in BFHE 220, 51; Senatsbeschlüsse vom 02.11.2010 – I B 71/10, BFH/NV 2011, 849, und in BFH/NV 2013, 989).

15 Der aus § 133 des Bürgerlichen Gesetzbuchs abzuleitende und grundsätzlich auch auf formbedürftige Verträge anzuwendende Grundsatz „*falsa demonstratio non nocet*“, nach dem ohne Rücksicht auf einen abweichenden Wortlaut das von den Vertragsschließenden tatsächlich Gemeinte als Inhalt des Vertrags gilt, kann im Bereich der objektiven Auslegung korporationsrechtlicher Vereinbarungen nicht uneingeschränkt angewendet werden. Findet sich nämlich im Vertrag und in den allgemein zugänglichen Unterlagen kein eindeutiger Beleg für den dem Wortlaut entgegenstehenden subjektiven Willen der Vertragsparteien, ist kein Raum für dessen Berücksichtigung (Senatsurteil in BFHE 220, 51; Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989).

16 c) An diesen strengen Auslegungskriterien ist ungeachtet der in der Literatur geäußerten Kritik (*Nodoushani*, Deutsches Steuerrecht 2009, 620, 622; *Puls*, Der Konzern 2008, 555, 558 f.; s. aus zivilrechtlicher Sicht Grunewald,

Zeitschrift für Unternehmens- und Gesellschaftsrecht 2009, 647, 650 ff.) weiterhin festzuhalten (s. bereits Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989; dem zustimmend z.B. *Krüger*, Deutsche Steuer-Zeitung – DStZ – 2013, 491; *Walter* in Bott/Walter, KStG, § 14 Rz 636; *Kolbe* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 14 KStG Rz 66; *Frotscher* in Frotscher/Drüen, KStG/GewStG/UmwStG, § 14 KStG Rz 328; *Brink* in Schnitger/Fehrenbacher, KStG, 2. Aufl., § 14 Rz 257; *Neumann* in Gosch, KStG, 4. Aufl., § 14 Rz 231; Brandis/Heuermann/Krumm, § 14 KStG Rz 103). Denn sie begründen sich mit der Notwendigkeit, den Finanzbehörden eine sichere Prüfungs- und Beurteilungsgrundlage zu geben, ob – durch die Organschaft – ausnahmsweise ein Steuersubjekt an die Stelle eines anderen Subjekts tritt (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989, unter Verweis auf Gosch, BFH/PR 2008, 350, 351). Es muss ausgeschlossen sein, dass den Vertragsparteien – je nach wirtschaftlicher und steuerlicher Situation – ein „faktisches Wahlrecht“ eingeräumt wird, sich auf den konkreten Vertragstext oder auf ein Redaktionsversehen zu berufen (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989, unter Verweis auf *Köster*, DStZ 2012, 177).

17 Soweit die Klägerin demgegenüber auf den durch §§ 298, 303 des Aktiengesetzes (AktG) i.V.m. § 15 des Handelsgesetzbuchs gewährleisteten Schutz der Gläubiger der Organgesellschaft verweist, die sich bei unterbliebener Eintragung der Beendigung eines Unternehmensvertrags weiterhin auf diesen berufen könnten, wird dies den steuerrechtlichen Wirkungen der Organschaft nicht gerecht. Die Gläubigerschutzvorschriften vermögen nicht die Unsicherheit zu beseitigen, ob und in welchem Umfang sich eine Körperschaftsteuerforderung gegen den Organträger oder gegen die Organgesellschaft richtet. Würde die Körperschaftsteuer zunächst gegen das falsche Steuersubjekt festgesetzt und dies erst nachträglich erkannt und dort geändert (z.B. Absehen von der Zurechnung des Einkommens beim Organträger wegen tatsächlich nicht bestehender Organschaft), könnte dies wegen der Grundsätze der Bestandskraft nicht mehr ohne Weiteres bei dem anderen Steuersubjekt durch geänderte Bescheide berücksichtigt werden (z.B. Senatsurteil vom 28.01.2004 – I R 84/03, BFHE 205, 1, BStBl II 2004, 539; BFH-Urteil vom 06.03.2008 – IV R 74/05, BFHE 220, 304, BStBl II 2008, 663). In diesen Fällen würde eine mögliche Haftung nach § 303 AktG ins Leere gehen, wenn wegen verfahrensrechtlicher Vorschriften eine Körperschaftsteuer nicht mehr festgesetzt werden kann.

18 d) Nach den vorstehenden Maßgaben hat das FG rechtsfehlerfrei festgestellt, dass in den Streitjahren 2006 und 2009 kein wirksamer GAV mehr bestanden hat; dabei unterliegen nach der ständigen Rechtsprechung des Senats Vereinbarungen der Gesellschafter mit korporations-

tionsrechtlichem Charakter wegen des zuvor beschriebenen Gebots der objektivierten Auslegung der freien Nachprüfung durch das Revisionsgericht (z.B. Senatsurteile in BFHE 220, 51, unter Verweis auf BGH-Urteil vom 11.10.1993 – II ZR 155/92, BGHZ 123, 347, und vom 21.01.2016 – I R 22/14, BFHE 253, 82, BStBl II 2017, 336).

19 aa) Nach § 4 Abs. 1 GAV wurde der Vertrag bis zum 31.12.1996 abgeschlossen. Damit endete der Vertrag mit Ablauf dieses Datums. Es bedarf daher keiner Entscheidung, welche Folgen es gehabt hat, dass der GAV im Jahr 2006 nicht in das elektronische Handelsregister übernommen worden ist.

20 bb) Entgegen der Ansicht der Klägerin lässt sich der GAV nicht in der Weise auslegen, dass er über den 31.12.1996 hinaus wirksam sein sollte.

21 aaa) Dies gilt ungeachtet des Umstandes, dass der Vertrag insofern unstimmig ist, als § 4 GAV die Absätze 1, 3 und 4 enthält, jedoch keinen Absatz 2. Zwar mag der Schluss in Betracht kommen, dass eine weitere Regelung in § 4 GAV und womöglich eine Verlängerungsmöglichkeit für den Vertrag gewollt war. Ebenso ist aber nicht ausgeschlossen, dass eine Verlängerung des Vertrags nicht beabsichtigt war und die Absätze 3 und 4 versehentlich in den Vertrag aufgenommen worden sind. Insoweit kann die Frage, ob § 4 GAV einen Absatz 2 enthalten sollte und welchen Inhalt dieser hätte haben sollen, aus dem GAV heraus nicht durch Auslegung ermittelt werden.

22 Selbst wenn man mit der Klägerin ungeachtet des Fehlens eines Absatzes 2 auf den Willen der Vertragsparteien zur Vereinbarung einer Vertragsverlängerung schließen wollte, ist anhand der Vertragsurkunde nicht zu ermitteln, für welchen Zeitraum und unter welchen Voraussetzungen die Verlängerung nach dem Willen der Vertragsparteien hat eintreten sollen. So enthält der beurkundete Vertragstext keinen Anhalt dafür, dass sich der Vertrag jeweils um ein weiteres Jahr verlängern sollte, wenn er nicht ein Jahr vor dessen Ablauf schriftlich gekündigt würde. Ebenso könnte der Wille der Vertragsparteien z.B. dahin gegangen sein, dass zur Vertragsverlängerung eine ausdrückliche Erklärung erforderlich sein oder dass sich der Vertrag nach Ablauf der fünfjährigen Mindestvertragslaufzeit auf unbestimmte Zeit fortsetzen sollte, mit der Möglichkeit der ordentlichen Kündigung durch eine der Vertragsparteien.

23 bbb) Der Klägerin ist auch nicht dahin zu folgen, dass für die Auslegung des GAV Umstände herangezogen werden können, die außerhalb des beurkundeten Vertrags liegen, insbesondere auch nicht die Regelungen der von den Schwestergesellschaften der Klägerin am selben Tag abgeschlossenen Gewinnabführungsverträge.

24 (1) Zwar hat der Senat in der Vergangenheit auf die Rechtsprechung des BGH verwiesen, wonach außerhalb

der Satzung liegende Sachzusammenhänge dann ausnahmsweise einzubeziehen seien, wenn deren Kenntnis bei den Mitgliedern und Organen allgemein vorausgesetzt werden könne (Senatsurteil in BFHE 220, 51, unter Verweis auf BGH-Urteile vom 02.12.1974 – II ZR 78/72, BGHZ 63, 282, und in BGHZ 123, 347). Das gilt aber nur für Fälle, in denen keine Interessen Dritter beeinträchtigt werden (Senatsurteil in BFHE 220, 51; s.a. *Röhrich* in Aktiengesetz, 4. Aufl., § 23 Rz 1); dies wäre aber bei der Kündigungsklausel eines Beherrschungs- und Gewinnabführungsvertrags der Fall (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989; BFH-Urteil in BFHE 226, 283, BStBl II 2010, 60). Und dies gilt insbesondere für nicht allgemein erkennbare Umstände außerhalb der zum Handelsregister eingereichten Unterlagen, wie beispielsweise der Entstehungsgeschichte sowie Vorstellungen und Äußerungen der am Vertragsschluss beteiligten Personen (Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989, m.w.N.).

25 (2) Hiervon ausgehend können die hinsichtlich der Schwestergesellschaften existierenden Unterlagen, insbesondere die am gleichen Tag abgeschlossenen Gewinnabführungs- und Beherrschungsverträge, nicht herangezogen werden. Diese mögen zwar für Dritte einsehbar sein. Jedoch handelt es sich dabei nicht um Unterlagen, die die Klägerin selbst betreffen. Insoweit drängt sich auch nicht auf, ob und wie Dritte ohne weiteres davon Kenntnis hätten erlangen können, dass die Klägerin Schwestergesellschaften gehabt hat, die tagesidentisch und ebenfalls bei diesem Notar GAV abgeschlossen haben, mit deren Hilfe ggf. eine eventuelle Lücke im Vertrag der Klägerin geschlossen werden könnte.

26 (3) Aber selbst wenn man die Verträge der Schwestergesellschaften bei einer objektivierten Auslegung heranziehen wollte, ergäbe sich kein anderes Auslegungsergebnis. Denn es liegen keine hinreichend sicheren (objektiven) Anhaltspunkte dafür vor, dass der dort jeweils vereinbarte § 4 Abs. 2 der Verträge wortgleich auch in den Vertrag der Klägerin habe übernommen werden sollen.

27 ccc) Aus dem Umstand, dass der GAV von den Vertragsparteien tatsächlich über den 31.12.1996 hinaus durchgeführt worden ist und sich dies z.B. aus den testierten und im Bundesanzeiger bzw. im Unternehmensregister veröffentlichten Jahresabschlüssen ergibt, folgt ebenfalls nichts anderes. Dabei handelt es sich um Vorgänge, die sich allesamt erst erhebliche Zeit nach dem Vertragsschluss am ...12.1991 zugetragen haben und die schon deshalb bei der Auslegung der Vertragserklärungen keine Berücksichtigung finden können.

28 2. Der am ...09.2012 – d.h. mehr als 20 Jahre nach Vertragsschluss – vom Amtsnachfolger des beurkundenden Notars gefertigte Nachtragsvermerk (§ 44a Abs. 2 Satz 1

BeurkG) kann für die Streitjahre nicht zur steuerrechtlichen Anerkennung eines GAV führen.

29 a) Nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG kann der Notar auch nach Abschluss der Niederschrift durch einen von ihm zu unterschreibenden Nachtragsvermerk offensichtliche Unrichtigkeiten richtigstellen. Von einer „offensichtlichen Unrichtigkeit“ werden über Schreibversehen hinaus auch Auslassungen und Unvollständigkeiten erfasst, wenn sie versehentlich erfolgt sind und sich dies aus dem Gesamtzusammenhang der Beurkundung ergibt, wobei die Umstände auch außerhalb der Urkunde liegen können (BGH-Urteil vom 10.10.2017 – II ZR 375/15, BGHZ 216, 110; *Winkler*, Beurkundungsgesetz, 19. Aufl., § 44a Rz 18; s.a. Senatsbeschluss in BFH/NV 2013, 989).

30 b) Ob im vorliegenden Fall eine nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG berichtigungsfähige offensichtliche Unrichtigkeit vorliegt, ist indes zu bezweifeln. Denn „offensichtlich“ ist hier allenfalls die beschriebene Unstimmigkeit des § 4 GAV in der beurkundeten Fassung durch das Fehlen eines Absatzes 2, nicht aber auch der von den Vertragsparteien stattdessen tatsächlich gewollte Vertragsinhalt. Der an der Vertragsbeurkundung selbst nicht beteiligte Amtsnachfolger des beurkundenden Notars hat mit dem Nachtragsvermerk versucht, eine aus seiner Sicht bestehende Vertragslücke zu füllen, ohne dass die Vertragsurkunde dahingehend zumindest andeutungsweise einen bestimmten Erklärungsinhalt hat erkennen lassen (vgl. zu diesem Erfordernis *Lerch* in *Lerch*, Beurkundungsgesetz, Dienstordnung und Richtlinienempfehlung der BNotK, 5. Aufl., § 44a BeurkG Rz 9; *Reithmann*, Deutsche Notarzeitung 1999, 27, 33). Selbst wenn für einen Nachtragsvermerk nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG ggf. auch auf die Erinnerung des beurkundenden Notars abgestellt werden könnte (vgl. *Heckschen/Kreußlein*, Neue Zeitschrift für Gesellschaftsrecht – NZG – 2018, 401, 408), wäre hierfür in der vorliegenden Konstellation eines durch einen Amtsnachfolger gefertigten Nachtragsvermerks kein Raum.

31 c) Im Übrigen würde der im September 2012 gefertigte Nachtragsvermerk jedenfalls steuerlich nicht in die Streitjahre zurückwirken können. Bereits in zivilrechtlicher Hinsicht wird unter Verweis auf Vertrauensschutzgesichtspunkte die Rückwirkung eines Nachtragsvermerks nach § 44a Abs. 2 Satz 1 BeurkG bezweifelt (vgl. *Winkler*, a.a.O., § 44a Rz 44; *Heckschen/Kreußlein*, NZG 2018, 401, 414; offengelassen durch BGH-Urteil in BGHZ 216, 110, hinsichtlich eines berichtigten Hauptversammlungsprotokolls). Jedenfalls aber in steuerrechtlicher Hinsicht kann ein Jahre später gefertigter Nachtragsvermerk nicht dazu führen, dass ein zuvor nach den Kriterien der objektivierten Auslegung als nach dem Willen der Vertragsparteien als beendet anzusehender GAV rückwirkend wieder „auflebt“

und zur Grundlage für eine organschaftliche Einkommenszurechnung wird. Denn andernfalls wäre es in den Fällen, in denen sich der gewollte Inhalt nicht objektiv aus der ursprünglichen Vertragsurkunde ergibt, in das Belieben der Vertragsparteien gestellt, mit welchem Inhalt sie den GAV in den jeweiligen Veranlagungszeiträumen steuerrechtlich behandelt wissen möchten. Die steuerliche Rückwirkung eines derartigen Nachtragsvermerks würde dem Rechtsgedanken des § 38 der Abgabenordnung (AO) widersprechen, dem zufolge die Ansprüche aus dem Steuerverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft (vgl. zu dem auf § 38 AO gestützten Rückwirkungsverbot für ergänzende Vereinbarungen zu Unternehmensverträgen z.B. Senatsurteil in BFHE 220, 51).

Zahlungen für den Verzicht auf ein Wohnungsrecht als sofort abziehbare Werbungskosten

EStG § 9 Abs. 1 Satz 1, § 9 Abs. 1 S. 3 Nr. 7, § 7, § 21 Abs. 1 Nr. 1; EStG a.F. § 21 Abs. 2; HGB § 255 Abs. 1; FGO § 126 Abs. 3 S. 1 Nr. 1

Amtlicher Leitsatz:

NV: Ein für die Annahme vorab entstandener Werbungskosten erforderlicher, ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang mit künftigen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung ist anzunehmen, wenn der Berechtigte eines mit einem dinglich gesicherten Wohnungsrecht belasteten Erbbaurechts dem Wohnungsberechtigten ein Entgelt dafür zahlt, dass dieser der Löschung seines Wohnungsrechts zustimmt und das Gebäude räumt und es so erreicht, das Wohngebäude zu vermieten und Einkünfte daraus zu erzielen (Anschluss an BFH-Urteile vom 26.01.2011 – IX R 24/10, BFH/NV 2011, 1480, und vom 11.12.2012 – IX R 28/12, BFH/NV 2013, 914). (Rn. 19)

BFH (IX. Senat),
Urteil vom 20.09.2022 – IX R 9/21

I. Tatbestand:

1 Streitig ist, ob Aufwendungen des Klägers und Revisionsklägers (Kläger) für die Ablösung eines Wohnungsrechts als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung abzugsfähig sind.

2 Der Kläger, der im Streitjahr (2017) mit seiner Ehefrau, der Klägerin und Revisionsklägerin, zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurde, hatte im Jahr 2012 – gemeinschaftlich mit seiner Schwester (S) – im Wege der Gesamtrechtsnachfolge u.a. das Erbbaurecht für ein Grundstück in X erworben. Auf dem Grundstück befindet sich ein Wohngebäude (Doppelhaushälfte). Das Erbbaurecht war u.a. mit einem Wohnungsrecht (§ 1093 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB –) zugunsten der A belastet.

3 Unter dem 31.03.2017 schlossen der Kläger und S einen notariell beurkundeten Vertrag über eine Erbteilsübertragung, mit dem S ihren Anteil an dem Erbbaurecht gegen Zahlung eines Einmalbetrages in Höhe von 30.000 € auf den Kläger übertrug; Besitz, Nutzen und Lasten gingen am Tag der Beurkundung auf den Kläger über. Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 19.09.2017 verzichtete A gegen Zahlung einer einmaligen „Ausgleichsentschädigung“ in Höhe von 40.000 € auf ihr Wohnungsrecht und verpflichtete sich, das Gebäude bis zum 30.11.2017 zu räumen. Die Kosten der notariellen Beurkundung in Höhe von insgesamt 3.591,89 € trug der Kläger. Nach einer umfassenden Renovierung wird die Doppelhaushälfte seit dem 01.05.2018 vom Kläger dauerhaft zur Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung genutzt.

4 Im Rahmen ihrer Einkommensteuererklärung für das Streitjahr machten die Kläger für die Doppelhaushälfte in X vorab entstandene Werbungskosten in Höhe von insgesamt 46.065,89 € geltend. Diese umfassten neben den Absetzungen für Abnutzung (AfA) in Höhe von 1.620 € sowie den Aufwandsbeträgen für Grundsteuer (58 €), Wasserversorgung/Entwässerung (34 €) und Erbbauzinsen (762 €) auch die Ausgleichsentschädigung für das Wohnungsrecht (40.000 €) und die Notarkosten für die Beurkundung des Verzichts auf das Wohnungsrecht (3.591,89 €). Der Beklagte und Revisionsbeklagte (Finanzamt – FA –) wertete die Ausgleichsentschädigung für die Aufgabe des Wohnungsrechts und die damit im Zusammenhang stehenden Beurkundungskosten nicht als Werbungskosten, sondern als Anschaffungskosten des Wohngebäudes und berücksichtigte den insoweit vom Kläger getragenen Aufwand durch Erhöhung der im Streitjahr anzusetzenden AfA. Den Erhöhungsbetrag ermittelte das FA aus den Gesamtaufwendungen für Ausgleichsentschädigung und Beurkundung in Höhe von 43.591,89 € x 2% lineare AfA für den Zeitraum von vier Monaten (pro rata temporis), insgesamt 291 €; dieser Betrag wurde dem bisherigen AfA-Betrag (1.620 €) aufgeschlagen und eine Gesamt-AfA in Höhe von 1.911 € gebildet.

5 Der hiergegen gerichtete Einspruch der Kläger hatte keinen Erfolg.

6 Das Finanzgericht (FG) wies die Klage der Kläger im vorliegend bedeutsamen materiell-rechtlichen Streitpunkt – der Anerkennung der Ausgleichsentschädigung und der Notarkosten als Werbungskosten – als unbegründet ab. Es ging davon aus, dass die Ausgleichsentschädigung dazu diene, die vom Kläger bezweckte Betriebsbereitschaft der Doppelhaushälfte herzustellen; mithin handele es sich um (nachträgliche) Anschaffungskosten. Soweit der Bundesfinanzhof (BFH) in den Urteilen vom 26.01.2011 – IX R 24/10 (BFH/NV 2011, 1480) und vom 11.12.2012 – IX R 28/12 (BFH/NV 2013, 914) eine Überlagerung des (ursprünglichen) Veranlassungszusammenhangs für möglich erachtet habe, wenn Aufwendungen nicht nur die Lastenfreiheit des Grundstücks (= ursprünglicher Veranlassungszusammenhang) bewirkten, sondern ermöglichen sollten, das Grundstück zur Einkunftserzielung (= neuer Veranlassungszusammenhang) zu nutzen, seien die Grundsätze der genannten Entscheidungen nicht auf den Streitfall übertragbar; vorliegend sei der vom Kläger mit dem (entgeltlichen) Verzicht auf das Wohnungsrecht verfolgte Zweck, unbelastetes Eigentum zu erlangen, nicht überlagert worden. Allerdings habe das FA die Höhe der – mithin nur im Rahmen der AfA zu berücksichtigenden – Aufwendungen des Klägers unzutreffend ermittelt. Nachdem der Kläger bereits im Jahr 2012 das hälftige Erbbaurecht mit der aufstehenden Doppelhaushälfte im Rahmen der Gesamtrechtsnachfolge von seinem verstorbenen Vater erworben und am 31.03. des Streitjahres den weiteren hälftigen Anteil von S übernommen habe, entfielen die nachträglichen Anschaffungskosten aus dem Wegfall des dinglichen Nutzungsrechts zur einen Hälfte auf den 2012 erworbenen Anteil und zur anderen Hälfte auf den im März 2017 erworbenen Anteil. Der als AfA im Streitjahr anzusetzende Aufwand des Klägers betrage daher 800 € statt – wie vom FA angesetzt – lediglich 291 €. Die Klage sei mithin im Umfang von 509 € begründet.

7 Hiergegen richtet sich die Revision der Kläger. Sie vertreten weiter die Auffassung, die Ausgleichsentschädigung für das Wohnungsrecht und die im Zusammenhang mit dessen Löschung angefallenen Beurkundungskosten seien im Streitjahr in voller Höhe als Werbungskosten bei den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung zu berücksichtigen, da sie dazu gedient hätten, die – ab Mai 2018 verwirklichte – entgeltliche Nutzungsüberlassung der Doppelhaushälfte (§ 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 des Einkommensteuergesetzes – EStG –) zu ermöglichen. Die Grundstücksnutzung nach der Ablösung des Erbbaurechts begründe den wirtschaftlichen Zusammenhang der Ablöseaufwendungen mit den vom Kläger erzielten Einkünften aus Vermietung und Verpachtung und überlagere den ursprünglichen dinglichen Bezug; die Ablösung der dinglichen Belastung habe dem alleinigen Zweck ge-

dient, künftig Vermietungseinkünfte zu erzielen. Bei den Zahlungen für den Verzicht auf das Wohnungsrecht handele es sich auch nicht um Betriebsbereitschaftskosten i.S. des § 255 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB). Das Gebäude sei bereits im Zeitpunkt der Übernahme 2012 in einem betriebsbereiten Zustand gewesen, denn es sei bereits zu Wohnzwecken genutzt worden. Die Aufwendungen stellten auch keine nachträglichen Anschaffungskosten auf das langjährig bestehende Erbbaurecht oder das aufstehende, von den Eltern des Klägers bereits 1984 erworbene Gebäude dar. Es verbleibe daher nur eine Einordnung der Zahlung als sofort abzugsfähige Werbungskosten. Dies entspreche auch im Ergebnis der Auffassung der höchstrichterlichen Rechtsprechung (BFH-Urteile in BFH/NV 2011, 1480, und in BFH/NV 2013, 914). Für die Frage des Werbungskostenabzugs könne es insbesondere nicht darauf ankommen, ob die „Ablösung“ des Wohnungsrechts auf schuldrechtlicher Basis gegen laufendes Entgelt (Übernahme der Mietkosten) oder aber auf dinglicher Basis durch die Löschung des Wohnungsrechts gegen einmaliges Entgelt durchgeführt werde.

8 Die Kläger beantragen sinngemäß, das Urteil des FG vom 02.07.2020 – 2 K 228/19 aufzuheben und den Einkommensteuerbescheid vom 17.04.2019 in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 21.10.2019 mit der Maßgabe zu ändern, dass bei der Steuerfestsetzung weitere Aufwendungen in Höhe von 43.301 € als Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung berücksichtigt werden.

9 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

10 Es vertritt – unter Verweis auf das angefochtene Urteil des FG und das Schreiben des Bundesministeriums der Finanzen vom 30.09.2013 (BStBl I 2013, 1184) – weiter die Auffassung, dass die Ausgleichsentschädigung für den Verzicht auf das Wohnungsrecht und die im Zusammenhang mit dessen Löschung angefallenen Beurkundungskosten als nachträgliche Anschaffungskosten des Gebäudes zu berücksichtigen seien und dass sich diese als AfA steuerlich nur verteilt über die Nutzungsdauer auswirkten.

► II. Aus den Gründen:

11 Die Revision ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils und zur Stattgabe der Klage (§ 126 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 der Finanzgerichtsordnung – FGO –).

12 1. Das FG ist zu Unrecht davon ausgegangen, dass der Kläger die Ausgleichsentschädigung für das gelöschte Wohnungsrecht und die in diesem Zusammenhang an-

gefallenen Beurkundungskosten nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen kann.

13 a) Nach § 9 Abs. 1 Satz 1 EStG in der in den Streitjahren geltenden Fassung sind Werbungskosten Aufwendungen zur Erwerbung, Sicherung und Erhaltung von Einnahmen. Sie sind nach § 9 Abs. 1 Satz 2 EStG bei der Einkunftsart Vermietung und Verpachtung abzuziehen, wenn sie bei ihr erwachsen, und das heißt, durch sie veranlasst sind. Fallen Aufwendungen mit der beabsichtigten Vermietung eines noch zu renovierenden Wohngrundstücks an, bevor mit dem Aufwand zusammenhängende Einnahmen erzielt werden, können sie als vorab entstandene Werbungskosten berücksichtigt werden, wenn ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Aufwendungen und der Einkunftsart besteht, in deren Rahmen der Abzug begehrt wird (ständige Rechtsprechung, vgl. z.B. Senatsurteile vom 12.05.2009 – IX R 18/08, BFH/NV 2009, 1627, unter II.1.; vom 11.12.2012 – IX R 14/12, BFHE 239, 453, BStBl II 2013, 279, Rz 10; vom 09.05.2017 – IX R 24/16, BFHE 257, 429, BStBl II 2018, 168, Rz 14).

14 Derartige – vorab entstandene – Aufwendungen sind dann nicht als Werbungskosten sofort abziehbar, wenn es sich um Anschaffungskosten handelt. In diesem Fall sind sie nur im Rahmen der AfA zu berücksichtigen (§ 9 Abs. 1 Satz 3 Nr. 7 i.V.m. § 7 EStG). Welche Aufwendungen zu den Anschaffungskosten zählen, bestimmt sich auch für Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung nach § 255 Abs. 1 HGB. Anschaffungskosten sind danach diejenigen Aufwendungen, die geleistet werden, um einen Vermögensgegenstand zu erwerben und ihn in einen betriebsbereiten Zustand zu versetzen (Senatsurteil in BFH/NV 2011, 1480, Rz 8, m.w.N.).

15 b) Die (ältere) höchstrichterliche Rechtsprechung ist beispielsweise dann von einem Anschaffungsvorgang ausgegangen, wenn der Eigentümer eines Grundstücks ein daran bestehendes dingliches oder vermächtnishalber eingeräumtes Wohnungsrecht ablöst, um die insoweit bestehende Beschränkung seiner Eigentümerbefugnis (§ 903 BGB) zu beseitigen (vgl. Senatsurteile vom 21.07.1992 – IX R 14/89, BFHE 169, 313, BStBl II 1993, 484, zur Ablösung eines aufgrund Vermächtnisses eingeräumten Wohnrechts, um das Wohnobjekt künftig selbst zu nutzen; vom 15.12.1992 – IX R 323/87, BFHE 169, 386, BStBl II 1993, 488, zur Ablösung eines dinglichen Wohnrechts, um Unstimmigkeiten mit dem Wohnberechtigten zu beenden und die Nutzungsmöglichkeiten eines Hausgrundstückes zu erweitern; BFH-Urteil vom 28.11.1991 – XI R 2/87, BFHE 166, 263, BStBl II 1992, 381, zur Erbaueinandersetzung durch Einräumung eines Wohnrechts, anschließender Ablösung des Wohnrechts und nachfolgender Selbst-

nutzung der Wohnung; s.a. BFH-Urteil vom 21.12.1982 – VIII R 215/78, BFHE 138, 44, BStBl II 1983, 410, zu Zahlungen für die Aufhebung eines Erbbaurechts, um ein gegen den Erbbauberechtigten gerichtetes Zwangsversteigerungsverfahren abzuwenden).

16 Einen ausreichend bestimmten wirtschaftlichen Zusammenhang zwischen den – ursprünglich zur Beseitigung bestehender Beschränkungen der Eigentümerbefugnis getätigten – Aufwendungen und einer später verwirklichten Einkunftsart hat die Rechtsprechung in den genannten Urteilen selbst dann nicht anerkannt, wenn der Steuerpflichtige in der Folge den Tatbestand des § 21 Abs. 1 Nr. 1 EStG a.F. – etwa durch Erzielung von Erbbauzinsen aus einem später abgeschlossenen Erbbaurechtsvertrag (vgl. BFH-Urteil in BFHE 138, 44, BStBl II 1983, 410) – oder den des § 21 Abs. 2 1. Alternative EStG a.F. – durch Selbstnutzung der Wohnung im eigenen Haus (sog. Nutzungswertbesteuerung, vgl. BFH-Urteil in BFHE 166, 263, BStBl II 1992, 381) – verwirklicht hatte. Dem lag die Überlegung zugrunde, dass bei einer doppelten Veranlassung – einerseits durch die beabsichtigte Beseitigung einer Beschränkung der Eigentümerbefugnis als auch andererseits durch die beabsichtigte zukünftige Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung – der erstgenannte Zusammenhang „entscheidend“ sei (so Senatsurteil in BFHE 169, 386, BStBl II 1993, 488, unter 3.a).

17 c) Demgegenüber hat der erkennende Senat in seiner jüngeren Rechtsprechung Aufwendungen des Grundstückseigentümers zur Ablösung dinglicher oder schuldrechtlicher Nutzungsrechte Dritter zu den sofort abziehbaren Werbungskosten bei den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung gerechnet, wenn sie dem Abschluss eines neuen Nutzungsüberlassungsvertrages und mithin der (künftigen) Erzielung von Einkünften aus Vermietung und Verpachtung dienen (Senatsurteile in BFH/NV 2011, 1480, zum Erbbaurecht, und in BFH/NV 2013, 914, zum Wohnungsrecht). Der Senat ging in diesem Zusammenhang davon aus, dass die Grundstücksnutzung nach der Ablösung des Nutzungsrechts den wirtschaftlichen Zusammenhang der Ablöseaufwendungen mit der beabsichtigten Einkunftserzielung begründe und dieser den dinglichen Bezug überlagere (allgemein zum Überlagerungsgedanken s. Senatsurteil vom 14.12.2004 – IX R 34/03, BFHE 208, 232, BStBl II 2005, 343, unter II.1.b).

18 Als maßgeblich für die Anerkennung vorab entstandener Werbungskosten hat es der Senat in den genannten Fällen angesehen, dass sowohl vor als auch nach dem Anfall von Aufwendungen zur Ablösung bestehender Nutzungsrechte eine Nutzungsüberlassung durch den Eigentümer stattfand, und zwar vorher zu wirtschaftlich ungünstigeren Bedingungen (insoweit zutreffend: BFH-

Urteil vom 07.06.2018 – IV R 37/15, BFH/NV 2018, 1082). Vor diesem Hintergrund hatte der Senat in seiner Entscheidung in BFH/NV 2011, 1480 Aufwendungen für die Aufhebung eines Erbbaurechts als vorab entstandene Werbungskosten des Steuerpflichtigen anerkannt, da der Steuerpflichtige die Aufwendungen getätigt hatte, um ein mit einem höheren Erbbauzins verbundenes neues Erbbaurecht zu bestellen. In seiner Entscheidung in BFH/NV 2013, 914 hatte der Senat Zahlungen des Steuerpflichtigen für den (schuldrechtlichen) Verzicht eines Angehörigen auf die Ausübung eines (unentgeltlichen) Wohnungsrechts als vorab entstandene Werbungskosten anerkannt, da der Steuerpflichtige die aufgrund des Verzichts freige-wordene Wohnung nunmehr vermieten konnte und damit die bisher gewährte unentgeltliche Nutzungsüberlassung durch eine entgeltliche ersetzte.

19 2. Nach diesen Rechtsprechungsgrundsätzen besteht im Streitfall ein ausreichend bestimmter wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den geltend gemachten Aufwendungen des Klägers und seinen – seit dem 01.05.2018 erzielten – Einkünften aus Vermietung und Verpachtung; sie sind daher als vorab entstandene Werbungskosten (§ 9 Abs. 1 Satz 1, § 21 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 EStG) zu berücksichtigen.

20 Der Kläger hat das maßgebliche Erbbaurecht an dem Grundstück in X – teilweise unentgeltlich im Wege der Gesamtrechtsnachfolge und teilweise durch entgeltliche Erbteilsübertragung – erworben; im Zeitpunkt des Erwerbs war das Erbbaurecht mit einem dinglich gesicherten Wohnrecht zugunsten der A belastet. In der Gewährung des Wohnungsrechts liegt eine unentgeltliche Nutzungsüberlassung seitens des Klägers (Senatsurteil vom 17.12.2003 – IX R 60/98, BFHE 204, 485, BStBl II 2004, 646, unter II.2.d aa). Diese unentgeltliche Überlassung hat der Kläger durch eine entgeltliche Nutzungsüberlassung ersetzt. Hierzu war er in der Lage, weil die Doppelhaushälfte durch den Verzicht der A freige worden war und nunmehr an Dritte vermietet werden konnte. Der hierdurch entstandene Aufwand steht in einem ausreichend bestimmten wirtschaftlichen Zusammenhang mit dem aus der Vermietung erzielten Einnahmen und ist mithin als (vorab entstandene) Werbungskosten zu berücksichtigen. Denn die Grundstücksnutzung nach Ablösung des Wohnungsrechts stellt den Zusammenhang der insoweit getätigten Aufwendungen mit den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung her; sie überlagert den dinglichen Bezug. Ohne Bedeutung ist es in diesem Zusammenhang, dass der Verzicht auf das Wohnungsrecht nicht nur schuldrechtlich vereinbart wurde (vgl. Senatsurteil in BFH/NV 2013, 914, Rz 12), sondern das dingliche Recht zudem im Erbbaugrundbuch gelöscht wurde.

21 3. Die Vorinstanz ist von anderen Rechtsgrundsätzen ausgegangen; ihre Entscheidung, wonach der Kläger die Ausgleichsschädigung für das gelöschte Wohnungsrecht und die in diesem Zusammenhang angefallenen Beurkundungskosten nicht als Werbungskosten bei seinen Einkünften aus Vermietung und Verpachtung geltend machen könne, kann daher keinen Bestand haben.

22 4. Die Sache ist spruchreif.

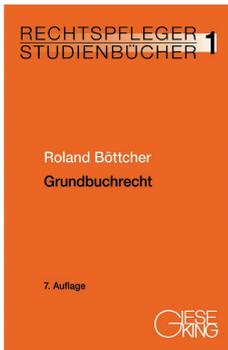
23 a) Über die Höhe des vom Kläger getragenen Aufwands besteht kein Streit. Mithin sind im Ausgangspunkt von den Einkünften des Klägers aus Vermietung und Verpachtung weitere (vorab entstandene) Werbungskosten in Gestalt der Ausgleichsschädigung (40.000 €) sowie der Notarkosten für die Beurkundung des Verzichts auf das Wohnungsrecht (3.591,89 €) abzuziehen. Zu saldieren ist die im Einkommensteuerbescheid wegen derselben Aufwendungen (zu Unrecht) erhöhte AfA von 291 €. Danach ergeben sich weitere Werbungskosten von 43.301 €. Der Antrag des Klägers war dementsprechend auszulegen.

24 b) Die Berechnung der Einkommensteuer wird dem FA übertragen (§ 100 Abs. 2 Satz 2 i.V.m. § 121 Satz 1 FGO). Zu beachten ist dabei, dass es einer gesonderten Korrektur der AfA nicht mehr bedarf, weil die (zu Unrecht gewährte) erhöhte AfA bereits von der Summe der eigentlich zustehenden weiteren Werbungskosten abgezogen worden ist.

25 5. Der Senat weicht mit dieser Entscheidung nicht vom Urteil des IV. Senats in BFH/NV 2018, 1082 ab.

26 Der IV. Senat ging in jener Entscheidung davon aus, dass Aufwendungen im Zusammenhang mit der Lö-

schung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, welche zugunsten der Gemeinde bestellt war, der Sicherung von Vorgaben der öffentlichen Bauleitplanung diene und die Nutzbarkeit eines Grundstücks einschränke, zu nachträglichen Anschaffungskosten für das Grundstück führen. Soweit der IV. Senat zu dem Schluss kam, dass eine Überlagerung des ursprünglichen Veranlassungszusammenhangs (Beseitigung einer Nutzungseinschränkung des Grundstücks durch die beschränkte persönliche Dienstbarkeit) in jenem Streitfall durch einen neuen Veranlassungszusammenhang (Erzielung von Einkünften aus einem neu bestellten Erbbaurecht) nicht vorliege, weil es der Grundstückseigentümerin nicht auf eine wirtschaftlich verbesserte, dem Grunde nach aber identische Nutzung (Austausch eines Nutzungsüberlassungsverhältnisses durch ein wirtschaftlich „optimiertes“ Nutzungsüberlassungsverhältnis), sondern auf eine andere Nutzung (für Zwecke des Einzelhandels) angekommen sei, ist jener Sachverhalt schon nicht mit dem vorliegenden Streitfall vergleichbar. Aber auch die vom IV. Senat getroffene Grundaussage zur steuerrechtlichen Einordnung von Aufwendungen zur Beseitigung von öffentlich-rechtlichen, dinglich gesicherten Nutzungseinschränkungen eines Grundstücks berührt die Entscheidung des Senats im vorliegenden Streitfall nicht; hiervon geht im Übrigen auch der IV. Senat in seiner Urteilsbegründung aus (BFH-Urteil in BFH/NV 2018, 1082, Rz 34).



Grundbuchrecht

Von Prof. Roland Böttcher,
7. Auflage 2023, Verlag Ernst und Werner Giesecking, Bielefeld, 235 Seiten, Softcover.
49,- €. ISBN 978-3-769-41282-6.

Professor Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

Das Studienbuch behandelt in 15 Fällen mit ausführlichen Lösungen das gesamte Spektrum des Grundbuchsrechts, dabei werden sämtliche Gesetzesänderungen mit den weitreichenden Folgen berücksichtigt. Der Autor kann dabei als ausgewiesener Kenner der Materie auf seine mannigfachen Kenntnisse in der Wissenschaft und Praxis zurückgreifen. Eingangs stellt er ein Schema der Verfahrensvoraussetzungen für alle Fälle der Eintragung eines dinglichen Rechts vor und geht explizit auf die notarielle Prüfung der Eintragungsfähigkeit nach § 15 Abs. 3 GBO ein. Böttcher stellt klar, dass der Prüfvermerk eine förmliche Eintragungsvoraussetzung ist, für den § 29 GBO gilt, d. h. er muss mit einem notariellen Siegel versehen sein, andernfalls dies mit einer Zwischenverfügung beanstandet wird. Die Prüfpflicht des Notars gilt z. B. für die Eigentümerzustimmung nach § 27 GBO und die Verwalterzustimmung nach § 12 WEG und § 5 ErbbauRG. Der Anwendungsbereich des § 15 Abs. 3 GBO beschränkt sich auf die „Unterschriftsbeglaubigung ohne notariellen Entwurf“ (S. 5).

Im Fall 1 behandelt Böttcher den Grundstückskauf durch einen Minderjährigen. Er geht dabei auf die die neuen Genehmigungsvorschriften der §§ 1643 und 1850 BGB und des GrdstVG sowie das Erfordernis einer Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG ein und zeigt die grundlegende Entscheidung des BGH (Rpfleger 2021, 980) zu den Erwerbmodalitäten auf. Fall 2 befasst sich mit Grundbucheintragungsanträgen, für die die Ausnahmenvorschriften der §§ 878, 892 BGB bei einer Insolvenzeröffnung anwendbar sein können. Fall 3 beleuchtet einen Erbbaurechtsvertrag und seine Vollziehbarkeit im Grundbuch. Der Fall 4 beschäftigt sich mit der Abtretung einer angeblichen Eigentümergrundschuld und der Pfändung einer Hypothek sowie der Erledigungsreihenfolge bei einem zwischenverfügten Eintragungsantrag. Im Fall 5 geht es im Wesentlichen um die Eintragung des in der Praxis häufig vorkommenden Wohnungsrechts und dem Anteilsverhältnis mehrerer Berechtigter hieran. Fall 6 führt in den Problembereich der Folgen einer Gläubigerbefriedigung bei Grundpfandrechten ein. Fall 7 betrifft das Amtsverfahren der GBO und bietet eine Übersicht zu Frage, wann das Grundbuchamt eine Zustimmung nach § 876 BGB i.V.m. §§ 9, 21 GBO benötigt. Sehr

ausführlich dargestellt wird im Fall 8 die Begründung von Wohnungseigentum und die Verfügungsbeschränkungen, insbesondere in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten nach § 172 BauGB und Vorliegen einer Erhaltungssatzung nach § 172 BauGB, dargestellt (vgl. BGH Rpfleger 2020, 275; KG Rpfleger 2021, 568). Schwerpunkt der Erläuterungen im Fall 9 ist die grundbuchrechtliche Behandlung einer Pfändung eines Erbteils. Fall 10 befasst sich vornehmlich mit der Erbfolge in ein Grundstück und mit der Löschung einer Reallast. Ein limitiertes Vorkaufsrecht ist kein mögliches Sachenrecht, eine Umdeutung in ein durch Vormerkung zu sicherndes schuldrechtliches Vorkaufsrecht ist nicht zulässig (vgl. Fall 11; OLG Frankfurt MittBayNot 2018, 149 m. Anm. Böhringer). Im Notaralltag kommen Umwandlungen von Sondereigentum in Gemeinschaftseigentum und umgekehrt, die Unterteilung einer Eigentumswohnung (auch in Fall 14) und die Löschung von Sondernutzungsrechten häufig vor; darauf wird im Fall 12 eingegangen. Im Fall 13 beschäftigt sich der Autor ausführlich mit dem Trennstückkaufvertrag, den öffentlich-rechtlichen Bescheinigungen und Genehmigungen hierzu und der Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs des Käufers zur Finanzierung des Kaufpreises. Selten kommt es zu einer rechtskräftigen Verurteilung des Verkäufers zur Abgabe der Auflassung. Der Fall 14 geht auf diese Besonderheit ein. Schließlich stellt Böttcher im Fall 15 klar, dass durch eine Beglaubigung einer Erklärung nur die Echtheit der Unterschriften bestätigt wird, nicht aber wird damit bewiesen, dass die Erklärungen gemäß § 925 BGB bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Vertragsteile vor dem Notar abgegeben worden sind; dieser Nachweis ist nur durch eine öffentliche Urkunde im Sinne des § 415 ZPO zu erbringen (BGH DNotZ 2020, 742; OLG Braunschweig NotBZ 2020, 42).

Wer das Grundbuchverfahrensrecht studieren will, kommt an diesem vorzüglichen Werk nicht vorbei, nimmt es mit sehr großem Gewinn in die Hand. Die für die Abwicklung von Grundstücksgeschäften eminent wichtigen Bereiche sind praxisgerecht aufgearbeitet. Dieses Studienbuch ist eine Qualität für sich – ein Werk erster Güte. Es ist ideal für Notarassessoren und zur Vorbereitung auf die notarielle Fachprüfung.



Erbrecht, Kommentar

Von *Wolfgang Burandt* und *Dieter Rojahn* (Hrsg.),
4. Auflage 2022, Verlag C.H. Beck, München, 2234 Seiten, Hardcover (in Leinen).
279,- €. ISBN 978-3-406-77039-5.

Notarassessor Alkan Atak (Bad Waldsee)

Das von *Burandt* und *Rojahn* herausgebrachte und mittlerweile in 4. Auflage erschienene Werk kann als ein Standardwerk zum Erbrecht bezeichnet werden. Vier Jahre nach dem Erscheinen der letzten Auflage wurde das Werk auf den Rechtsstand 2022 gebracht, wobei neben der aktuellen Rechtsprechung und Gesetzgebung weitere Länderberichte eingearbeitet wurden, wie etwa zum Erbrecht in China, Japan und den Niederlanden.

Auf etwa 1042 Seiten werden die maßgeblichen Vorschriften des Erbrechts aus dem BGB, die der materiellen Nebengesetze auf 63 Seiten sowie die zum Verfahrensrecht mit erbrechtlichem Bezug auf 342 Seiten dargestellt und ausführlich erläutert. Die Autoren befassen sich sodann auf 62 Seiten mit dem Vergütungs- und Kostenrecht, womit die in der Praxis schwerpunktmäßig aufkommenden Kostenrechtsfragen geklärt werden sollten. Auch im Hinblick auf das internationale Erbrecht fällt das Werk mit 477 Seiten recht ausführlich aus. Abgerundet wird das Werk schließlich mit den Ausführungen zu einschlägigen Gesetzen des Steuerrechts.

Im Hinblick auf das Verfahrensrecht stellt der Kommentar ein – vor allem für die notarielle Praxis – wertvolles Nach-

schlagewerk dar. Es kann beispielsweise vorkommen, dass Notarinnen und Notare sowie Mitarbeitende des Notariats mit Rechtsfragen zum sog. Württembergischen Gesetz über das Anerbenrecht (WürttARG) konfrontiert werden. Der Kommentar kann an dieser Stelle mit den praxisnahen Ausführungen von *Ruby* zum WürttARG überzeugen.

Schön fallen ebenfalls die Ausführungen zum FamFG aus. Gierl handelt etwa bei § 352 Rn. 34 die praxisrelevante Frage ab, ob die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung bei einem Erbscheinsantrag auch durch einen Vorsorgebevollmächtigten rechtlich zulässig ist und verweist auf die aktuelle höchstrichterliche bzw. obergerichtliche Rechtsprechung (hierzu: BGH, Beschluss vom 23.10.2019 – I ZB 60/18 - NJW 2020, 1143; OLG Bremen, Beschluss vom 14.09.2021 – 5 W 27/21 – ZEV 2021, 765).

Fazit: Als Rundumschlag kann der Kommentar sowohl in der Breite wie auch in der Tiefe seiner Darstellung überzeugen. Für jeden, der mit dem Erbrecht in Berührung kommt, stellt das Werk eine gut gelungene und kompakte Darstellung des Rechtsgebiets dar und kann daher Rechtswissenschaftlern wie auch Rechtspraktikern uneingeschränkt empfohlen werden.



Beck'sches Formularbuch, Wohnungseigentumsrecht

Von *Horst Müller* (Hrsg.),
5. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, München, 1350 Seiten, Hardcover (in Leinen).
169,- €. ISBN 978-3-406-75716-7.

Notarassessor Alkan Atak (Bad Waldsee)

Knapp drei Jahre sind vergangen, seit die 4. Auflage des beck'schen Formularbuchs „Wohnungseigentumsrecht“ erschienen ist und das Formularbuch auf den Rechtsstand 2019 gebracht hatte. Kaum ein Jahr später gab jedoch das Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz (WEMoG)

den ausschlaggebenden Grund für die Neuauflage, die das Werk auf den Rechtsstand 2022 bringt.

Der Autorenschaft zum beck'schen Formularbuch „Wohnungseigentumsrecht“ gelingt es (erneut), auf rund 1350

Seiten kompakt und für die Praxis wertvolle Formulare mitsamt Erläuterungen darzustellen.

Für jeden Rechtsanwender, insbesondere Notare, Rechtsanwälte und Rechtspfleger, die sich in ihrer täglichen Rechtspraxis mit dem WEG beschäftigen, stellt dieses Werk eine äußerst gut gelungene Hilfestellung dar, um sich auch mit dem „neuen“ WEG und der in diesem Zuge umfassend überarbeiteten AVA („Allgemeine Verwaltungsvorschrift für die Ausstellung von Bescheinigungen nach dem Wohnungseigentumsgesetz“ vom 06.07.2022) zurecht zu finden.

Herausgegriffen aus dem WEMoG und im vorliegenden Werk ausführlich behandelt sei etwa die gesetzliche Neuregelung zur Sondereigentumsfähigkeit von Stellplätzen. Es ist nunmehr nach der gesetzlichen Neukonzeption möglich, Sondereigentum an einem Pkw-Abstellplatz auf einem Grundstück zu begründen, da § 3 Abs. 1 S. 2 WEG die Raumfähigkeit fingiert. Hiervon erfasst sind auch Duplex- oder Quadruplexparker (BT-Drs. 19/18791, 39). Zu diesem Themenkreis befasst sich Schneider mit zwei Formularen und jeweils dazugehöriger Erläuterung (Abschnitt G. V. Formulare Nr. 9 und 10).

Relevanz für die Praxis haben auch sog. Haftungsklauseln für Sondernachfolger. Es war nach der früheren Rechtspraxis üblich und zulässig, auf die Eintragungsbewilligung Bezug zu nehmen, um Regelungen der Gemeinschaftsordnung, insbesondere die Haftung eines Sondernachfolgers für – noch vom veräußernden Wohnungseigentümer herührende – Geldschulden, zum Inhalt des Sondereigentums zu machen. § 7 Abs. 3 S. 2 WEG n.F. statuiert nun eine Eintragungspflicht entsprechender Haftungsklauseln. Fehlt eine entsprechende Eintragung im Grundbuch, dürfte eine Haftung des Erwerbers nicht in Betracht kommen. Schneider stellt in diesem Dunstkreis ein sehr brauchbares Formular zur Verfügung und erläutert die gesetzliche Neuregelung – auch im Hinblick auf Altfälle – recht ausführlich und praxisgerecht.

Fazit: Das Werk hat an seinem strukturierten Aufbau festgehalten. Für die Rechtspraxis äußerst hilfreiche Formulare und juristisch auf hohem Niveau ausgearbeitete Einzelerläuterungen erleichtern dem Rechtsanwender den täglichen Umgang mit dem WEG, gerade im Hinblick auf die zahlreichen gesetzlichen Neuregelungen. Das Formularbuch kann daher uneingeschränkt empfohlen werden.



Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit (FamFG), Kommentar

Von Ursula Bumiller, Dirk Harders, Werner Schwamb,
13. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, München, 1733 Seiten, Hardcover.
139,- €. ISBN 978-3-406-78820-8.

Notarassessor Alkan Atak (Bad Waldsee)

Aktualität, ein hohes Maß an juristischer Genauigkeit und zugleich ein verständlicher Einstieg in das Verfahrensrecht in Familiensachen und in Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit. Mit diesen Begriffen lässt sich der Kommentar zum FamFG am geeignetsten beschreiben. Frau Ursula Bumiller, Mitbegründerin und Mitverfasserin des Kommentars, verstarb am 13.05.2022. Die Neuauflage ist ihr gewidmet.

Die 13. Auflage bringt das Werk auf den aktuellen Rechtsstand und behandelt neben den zahlreichen gesetzlichen Neuerungen auch einschlägige höchstrichterliche Entscheidungen. So geht etwa Schwamb auf den durch das „Gesetz zum Ausbau des elektronischen Rechtsverkehrs mit den Gerichten und zur Änderung weiterer Vorschriften“

zuletzt geänderten und zum 01.01.2022 in Kraft getretenen § 14b FamFG ein, beleuchtet die bisher ergangene Rechtsprechung und geht auf die hierzu erschienenen juristischen Fachbeiträge ein.

Auf die durch das „Gesetz zur Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrechts“ zum 01.01.2023 in Kraft getretenen gesetzlichen Änderungen im FamFG wird im Werk ausführlich eingegangen, wobei auch auf die neu strukturierten Vorschriften des BGB an passender Stelle verwiesen wird. Zu erwähnen sind an dieser Stelle etwa die §§ 168 bis 168e FamFG, die erstmals gesetzlich normierte Verfahrensregelungen zur Bestellung des Vormundes und zur Beendigung der Vormundschaft vorsehen, und die für einen Pfleger nach § 168f FamFG entsprechend

gelten. Der Fokus der gesetzlichen Neuregelungen liegt auch beim Selbstbestimmungsrecht des Betreuten. Die Wünsche des Betreuten sind bei Entscheidungen des Betreuungsgerichts zu berücksichtigen und der Betreute ist auch umfassend zu informieren, wie die §§ 275, 278, 299 und 319 FamFG nun klarstellen. Unter anderem auf vorstehende Neuregelungen geht die Autorenschaft ausführlich ein und erläutert diese.

Beachtlich ist die Preissteigerung der Neuauflage im Vergleich zur Voraufgabe um 30,00 € auf 139,00 €, wobei das

Werk mit der aktuellen Auflage mit knapp 148 Seiten umfangreicher geworden ist.

Fazit: Dieses Werk kann uneingeschränkt jedem empfohlen werden, der einen ausgewogene und kompakten Kommentar des gesamten Rechts zum Verfahren in Familiensachen und Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit sucht. Alles in allem kann jedem, der sich in der täglichen Praxis mit dem Verfahrensrecht des FamFG befasst, der Kauf nahegelegt werden.



Grunderwerbsteuer in der Beratungspraxis

Von Prof. Dr. Christian Jahndorf und Dr. Jan-Hendrik Kister,
2. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 195 Seiten, Softcover.
49,- €. ISBN 978-3-406-78219-0.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Die Grunderwerbsteuer spielt in der notariellen Praxis eine entscheidende Rolle. Von besonderem Interesse ist hierbei nicht der unproblematische Fall der Übertragung eines Grundstücks, bei dem der Anfall der Steuer eindeutig ist. Zu beachten ist vor allem, dass auch bestimmte gesellschaftsrechtlichen Umstrukturierungen, welche ebenfalls unter Mitwirkung eines Notars erfolgen, die Grunderwerbsteuer auslösen können. Eine detaillierte Kenntnis der einzelnen Problemfelder wird von einem Notar in der Regel nicht erwartet. Oft sind die Mandanten aber für einen Hinweis dankbar, eine bestimmte Gestaltung unter grunderwerbsteuerlichen Aspekten prüfen zu lassen, da diese gerade bei alltäglichen Geschäften oft übersehen werden.

An diesem Punkt setzt das vorliegende Werk an, welches drei Jahre nach dem erstmaligen Erscheinen, nunmehr in der zweiten Auflage erschienen ist. Das Grunderwerbsteuerrecht wird anhand praktischer und anschaulicher Beispiele vorgestellt und dem Praktiker werden Lösungen für den eigenen Beratungsfall unterbereitet um die Problematik in jedem Einzelfall rechtssicher lösen zu können.

Das Werk ist dabei in zwei größere Teile gegliedert. Im ersten Teil wird zunächst der Grundtatbestand der Grunderwerbsteuer vorgestellt. Nach einer kurzen Definition des inländischen Grundstücks, und der damit verbunde-

nen Besonderheiten, werden die einzelnen Erwerbsvorgänge sowie die einzelnen Steuerbefreiungen im Detail vorgestellt. Schließlich wird auch die Bemessungsgrundlage der festzusetzenden Steuer genauer erläutert.

Der Schwerpunkt des Werks liegt aber im zweiten Teil, welcher sich mit dem Unternehmenssteuerrecht beschäftigt. Hier werden die jeweiligen problematischen Konstellationen im Detail beleuchtet und detailliert vorgestellt. Es finden sich Abschnitte zu Grundstücksübertragungen zwischen Personengesellschaft und Gesellschafter, zum Gesellschafterwechsel und Anteilsvereinigung bei Personen- und Kapitalgesellschaften sowie zu relevanten Umwandlungsvorgängen. Viele der vorgenannten Vorgänge, gerade bei Beteiligung einer GmbH erfordern zwingend die Mitwirkung eines Notars. Die Berührungspunkte mit der notariellen Praxis sind daher zahlreich. Gerade kleine und mittelständische Unternehmen übersehen häufig die steuerliche Relevanz einer Maßnahme und sind für entsprechende Hinweise seitens des Notars dankbar.

Zusammenfassend ist das Buch jedem Notar zu empfehlen. Durch die kompakte Darstellung und den überschaubaren Umfang wird die komplexe Materie des Grunderwerbsteuerrechts anschaulich aber dennoch detailliert dargestellt und erlaubt einen einfachen und schnellen Einstieg in die Materie. Für die notarielle Beratungspraxis ist dieses Werk daher eine willkommene Ergänzung.



Praxis des Notarkostenrechts

Von *Dr. Thomas Diehn* und *Joachim Volpert*,
3. Auflage 2021, Carl Heymanns Verlag, 778 Seiten, Softcover.
89,- €. ISBN 978-3-452-29551-4.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Drei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe und acht Jahre nach dem Inkrafttreten des GNotKG ist das praxisrelevante Handbuch zum Notarkostenrecht von *Diehn* und *Volpert* nunmehr in der dritten Auflage erschienen. Die Autoren, ein Notar und ein Revisor, und beide ausgewiesene Experten im Notarkostenrecht, bieten wieder eine detaillierte und praxisorientierte Darstellung der wesentlichen Fragen rund um das Notarkostenrecht.

Die bewährte Darstellungsform wird weiterhin beibehalten. Die relevanten kostenrechtlichen Probleme werden von A (Abdrucke aus einem Register) bis Z (Zweigniederlassung) praxisnah dargestellt. Im Einzelnen folgt die Darstellung im Wesentlichen demselben Muster, indem zunächst der Gebührensatz und dann der Geschäftswert erörtert wird. Bei einzelnen Punkten wird von dieser Darstellung aber abgewichen um die an dieser Stelle relevanten Einzelfragen näher zu beleuchten. Insgesamt werden über 300 einzelne Stichworte bearbeitet. Hierbei finden sich neben den alltäglich relevanten Geschäften auch exotische Themen wie Sale-and-lease-Back-Verträge, homogene und heterogene Insemination oder Poolvertrag. Durch die alphabetische Anordnung lassen sich gerade diese speziellen Fragen leichter und schneller finden als in einem Kommentar, wo diese Fragen im Rahmen der

Kommentierung einer bestimmten Norm neben anderen Punkten dargestellt werden.

Inhaltlich überzeugen die Ausführungen ebenfalls. So wird die komplexe Bewertung von Geschäftsanteilen im Rahmen von Anteilsübertragungen oder Verpfändungen detailliert erörtert (Rn. 967 ff.). Hierbei werden nicht nur die einzelnen Bewertungsposten einzeln dargestellt. Es wird auch der elementare Unterschied zwischen einer operativ-tätigen und einer reinen vermögensverwaltenden Gesellschaft deutlich gemacht. Letztere wird richtigerweise ausschließlich nach § 54 Satz 3 GNotKG und eben nicht anhand der Bilanz bewertet. Vielmehr ist hier der allgemeine Verkehrswert zu ermitteln.

Aufgrund der praxisnahen Darstellung sollte das Werk in keinem Notarbüro fehlen. Sowohl für Notare als auch für die Mitarbeiter bietet es eine verlässliche Quelle um schnell und rechtssicher relevante kostenrechtliche Fragestellungen zu beantworten. Anzumerken ist auch dass abweichende Ansichten, vor allem seitens der Ländernotarkasse und der Notarkasse A.d.ö.R., kenntlich gemacht und mit entsprechenden Hinweisen versehen werden. Eine rechtssichere Anwendung ist somit gewährleistet. Jedem Praktiker ist das Werk daher wärmstens zu empfehlen.



Beurkundungsgesetz, Kommentar

Von *Dr. Till Bremkamp*, *Dr. Martin Kindler* und *Dr. Armin Winnen* (Hrsg.),
1. Auflage 2023, Verlag C. H. Beck, 1007 Seiten, Hardcover (in Leinen).
139,- €. ISBN 978-3-406-74818-9.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Die fortschreitende Digitalisierung des Alltags macht auch vor der Rechtspraxis nicht halt. Gerade die notarielle Tätigkeit erlebte hierdurch in den letzten Jahren entscheidende Veränderungen. Die wohl größte und einschneidendste

Veränderung erfolgte durch die seit dem 01.08.2022 erlaubte Videobeurkundung. In der täglichen Praxis stellt dieses Novum die Notarinnen und Notare vor neue Rechtsfragen und damit verbundene Herausforderungen.

Das vorliegende Werk bildet dafür eine wertvolle Hilfestellung zur richtigen Zeit. Es handelt sich dabei um die (erstmalig) gedruckte Version des seit 2019 existierenden Onlinekommentars zum BeurkG. Erstmals werden in dieser Version die relevanten §§ 16a bis 16e sowie 40a BeurkG kommentiert. Diese Normen werden die Praxis in den kommenden Jahren immer mehr beschäftigen. Der Gesetzgeber hat bereits angekündigt, die Videobeurkundung über die Gründung der GmbH hinaus auch auf andere gesellschaftsrechtliche Vorgänge auszuweiten. Eine generelle Öffnung der Videobeurkundung für sämtliche notariellen Rechtsgeschäfte ist daher nur eine Frage der Zeit. Umso wichtiger ist es, dass die Rechtspraxis schon jetzt die relevanten noch offenen Fragen identifiziert und klärt um diese Entwicklung rechtssicher zu begleiten.

Der Mehrwert des vorliegenden Werk wird dadurch deutlich, dass die relevanten Vorschriften nicht nur im Detail kommentiert werden, es werden auch praxistaugliche Formulierungsbeispiele gegeben, die neuen Verfahren korrekt zu dokumentieren. So verlangt § 40a BeurkG, dass der Beglaubigungsvermerk über den gesetzlich angeordneten Inhalt des § 39a BeurkG hinaus auch angibt, ob die

Beglaubigung im Präsenz- oder im Onlineverfahren erfolgt ist. Für beide Varianten bietet Bremkamp jeweils ein Formulierungsbeispiel an, welche nahtlos übernommen werden können (§ 40a Rnn. 38.1 und 38.2).

Auch im übrigen zeichnet sich der ganze Kommentar durch die hohe praktische Relevanz aus. An vielen Stellen wird dem Anwender nicht nur die einschlägige Kommentierung geboten, sondern zusätzlich auch umfassende Formulierungsbeispiele gegeben welche durchweg praxistauglich und fundiert sind.

Das vorliegende Werk ist daher jedem Notar uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Ob als Online- oder Druckversion, bietet es dem Anwender praxistaugliche Lösungen für sämtliche berufsrechtlichen Probleme des notariellen Alltags. Wünschenswert wäre es aber aus der Sicht des Erwerbers, beim Erwerb der Druckversion auch einen Zugang zur Onlinevariante zu erhalten. Diese Funktion, welche bei anderen Werken bereits verbreitet ist, würde den praktischen Nutzen des Werks nochmal erhöhen.



Beck'sches Handbuch Unternehmenskauf im Mittelstand

Von Dr. Jochen Ettinger und Dr. Henning Jaques (Hrsg.),
3. Auflage 2021, Verlag C. H. Beck, 839 Seiten, Hardcover (in Leinen).
149,- €. ISBN 978-3-406-75123-3.

Notariatsverwalter Anton Gordon LL.M. (Heidelberg)

Immer seltener werden mittelständische Unternehmen familien- oder firmenintern weitergeführt. Oft können oder wollen die unmittelbaren Erben nicht die Nachfolge übernehmen, weswegen der Verkauf des Unternehmens die logische Folge darstellt. Aber auch über die Unternehmensnachfolge hinaus bildet der Zu- und Verkauf von Unternehmen oder Teilen hiervon ein wichtiges Instrument der Unternehmensführung. Diese spielen im Rahmen der vertikalen Integration, der Spezialisierung oder im Rahmen der digitalen Transformation eine wichtige Rolle. Andere Unternehmen, welche den Hauptzweck fördern können hinzuerworben werden, oder andere Teil abverkauft, um sich anderweitig zu positionieren. Handelt es sich beim Zielunternehmen um eine GmbH, so ist die notarielle Mitwirkung in der Regel notwendig, weshalb das vorliegende Werk für die notarielle Praxis eine große Bereicherung darstellt.

Das Werk bietet einen chronologischen Überblick über alle Phasen der Transaktion. Nach einer kurzen Einleitung über die typischen Konstellationen, wird im zweiten Teil zunächst die Vorbereitung des Unternehmenskaufs beleuchtet, in der vor allem interne Vorbereitungs- und Umstrukturierungsmaßnahmen erfolgen. Häufig wird bereits in diesem Stadium die Mitwirkung eines Notars notwendig, zum Beispiel bei der Abspaltung des dann zu verkaufenden Unternehmensteils. Im dritten Teil wird dann die vorvertragliche Phase näher beleuchtet. Hier werden vor allem die schwierigen rechtlichen Bedingungen dargestellt, welche vor allem dann relevant sind, wenn beide Beteiligten Unternehmen auf dem selben Markt aktiv sind. Den Kern des Werks bildet so dann der vierte Teil, in dem die Verhandlung, Abschluss und vor allem Inhalt des Kaufvertrages näher beleuchtet

tet werden. Es finden sich zu allen relevanten Teilen des Vertrages wertvolle Praxistipps und fundierte rechtliche Ausführungen, welche an vielen Stellen durch Formulierungsbeispiele ergänzt werden. Dies ist vor allem für die notarielle Praxis eine willkommene Hilfestellung.

Sodann folgen Abschnitte zu Private Equity sowie zum Unternehmenskauf- und Verkauf in Krise und Insolvenz. Gerade ersteres wird in der Praxis immer wichtiger, da sich viele Investoren verstärkt auf mittelständische Unternehmen und deren großes Wachstumspotential fokussieren. Abgerundet wird das Werk durch umfangreiche Mustertexte, der sämtlich relevanten Konstellationen. Einziger Wermutstropfen in diesem Zusammen-

hang, ist die fehlende Downloadmöglichkeit sowohl hinsichtlich dieser Mustertexte als auch hinsichtlich der zahlreichen Formulierungsbeispiele. Dies sollte bei den künftigen Auflagen dem Leser zur Verfügung gestellt werden.

Zusammenfassend ist das Werk jedem Praktiker, welcher mit Unternehmenstransaktionen beschäftigt ist wärmstens zu empfehlen. Für die notarielle Praxis sind freilich nur einzelne Teile des Werks von Relevanz, doch finden sich gerade für untypische Konstellationen durchaus hilfreiche Ausführungen. Das Werk bildet daher auch für Notarinnen und Notare eine willkommen Ergänzung der Handbibliothek.

Standesnachrichten

Ernennungen:

Mit Wirkung vom 1. Januar 2023 wurde Frau Maxi-Madelaine Liebholz, mit dem Amtssitz in Tübingen zur Notarin ernannt.

Mit Wirkung vom 1. Januar 2023 wurde Frau Dr. Pia Elisa Uhrenbacher, mit dem Amtssitz in Ettenheim zur Notarin ernannt.

Amtsniederlegung:

Mit Ablauf des 31. Dezember 2022 ist Herr Dr. Claudio Nardi, Lörrach, aus dem Notaramt ausgeschieden.

22. Wissenschaftliches Symposium
 des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
 Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg am Freitag, 23. Juni 2023, zum Thema

2023: Familie und Recht

- 09.15 Uhr** **Begrüßung und Einführung:** *Prof. Dr. Anja Amend-Traut*, Tagungsleiterin;
 Universität Würzburg, Vorstandsmitglied des INotR Würzburg
- 09.30 Uhr** **Aktuelle Rechtsprechung des BGH in Familiensachen**
Dr. Peter Günter, Richter am Bundesgerichtshof, Karlsruhe
- 10.00 Uhr** **Das neue Ehegattenvertretungsrecht gem. § 1358 BGB – Ein Überblick über
 die Konsequenzen der Neuregelung**
PD Dr. Johanna Croon-Gestefeld, Leuphana Universität Lüneburg
- 10.35 Uhr* *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 11.15 Uhr** **Vormundschafts- und Betreuungsrechtsreform 2023 – Gerichtliche Genehmigung-
 tatbestände in der notariellen Praxis**
Dr. Maximilian Eble, Notarassessor
- 11.45 Uhr** **Ausländische Güterstände in der notariellen Praxis**
Dr. Johannes Weber, Notar, Freiburg
- 12.15 Uhr* *Diskussion, anschließend Mittagessen*
- 13.30 Uhr** **Die Suizidhilfeentscheidung des Bundesverfassungsgerichts**
Dr. Sibylle Kessal-Wulf, Richterin des Bundesverfassungsgerichts, Karlsruhe
- Diskussion*
- 14.15 Uhr** **Vorsorgevollmacht nach der Reform, insbesondere verbesserte Missbrauchs-
 vorsorge**
Dr. Thomas Renner, Notar, Erfurt
- 14.45 Uhr* *Diskussion, anschließend Kaffeepause*
- 15.15 Uhr** **Die Verantwortungsgemeinschaft (Stand der politischen Diskussion; Regelungs-
 möglichkeiten)**
Prof. Dr. Marina Wellenhofer, Universität Frankfurt a. M.
- 15.45 Uhr** **Künstliche Befruchtung – Praxisfragen und Stand der Reformdiskussion**
Fabian Schwarz, Notarassessor
- 16.15 Uhr* *Diskussion und Schlusswort: Prof. Dr. Amend-Traut, Universität Würzburg.*
- 16.30 Uhr** **25. NotRV-Mitgliederversammlung**

Organisatorische Hinweise:

Die Veranstaltung behandelt notarspezifische Themen. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Eine Anerkennung der Fortbildungsveranstaltung nach § 6 Abs. 2 Nr. 4 BNotO ist vorab mit der jeweiligen Aufsichtsbehörde abzustimmen. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck „Symposium 2023“ wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594**. Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.

Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, **Fax:** 0931/35576225; **E-Mail:** notrv@dnoti.de; www.notrv.de. **Teilnahmegebühren:** **frei** für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; **60 €** für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; **105 €** für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; **185 €** für NotRV-Mitglieder; **235 €** für Nichtmitglieder.

laden Sie herzlich ein zum kostenlosen Online-Event:

Sichere & DSGVO-konforme Mandanten-Kommunikation für Ihr Notarbüro - jetzt ganz einfach.

Zahlreiche der Arbeitsprozesse in Ihrem Notarbüro unterliegen unzähligen rechtlichen Vorgaben: IT-Sicherheit, Datenschutz, Rechts- und Notariatskonformität, elektronische Akte, elektronisches Urkundenarchiv und Online-Beurkundung, um nur einige zu nennen.

Diese vielen rechtlichen und standesgemäßen Vorgaben in Ihrer täglichen Arbeit zuverlässig einzuhalten, ist jetzt ganz einfach. Gemeinsam mit unserem Partner FTAPI bieten wir Ihnen einfache, bewährte und sichere Lösungen für die Kommunikation mit Ihren Mandanten.

Erfahren Sie, wie Sie in Zukunft Ihre Mandanten-Kommunikation ganz einfach, sicher und zuverlässig aufbauen können: Von sicheren E-Mails, über geschützten Dokumenten-Austausch bis hin zu DSGVO-konformen Online-Formularen für all Ihre Anwendungen.

Seien Sie dabei und melden Sie sich jetzt hier an:
https://marketing.ftapi.com/ITcollection_Webinar

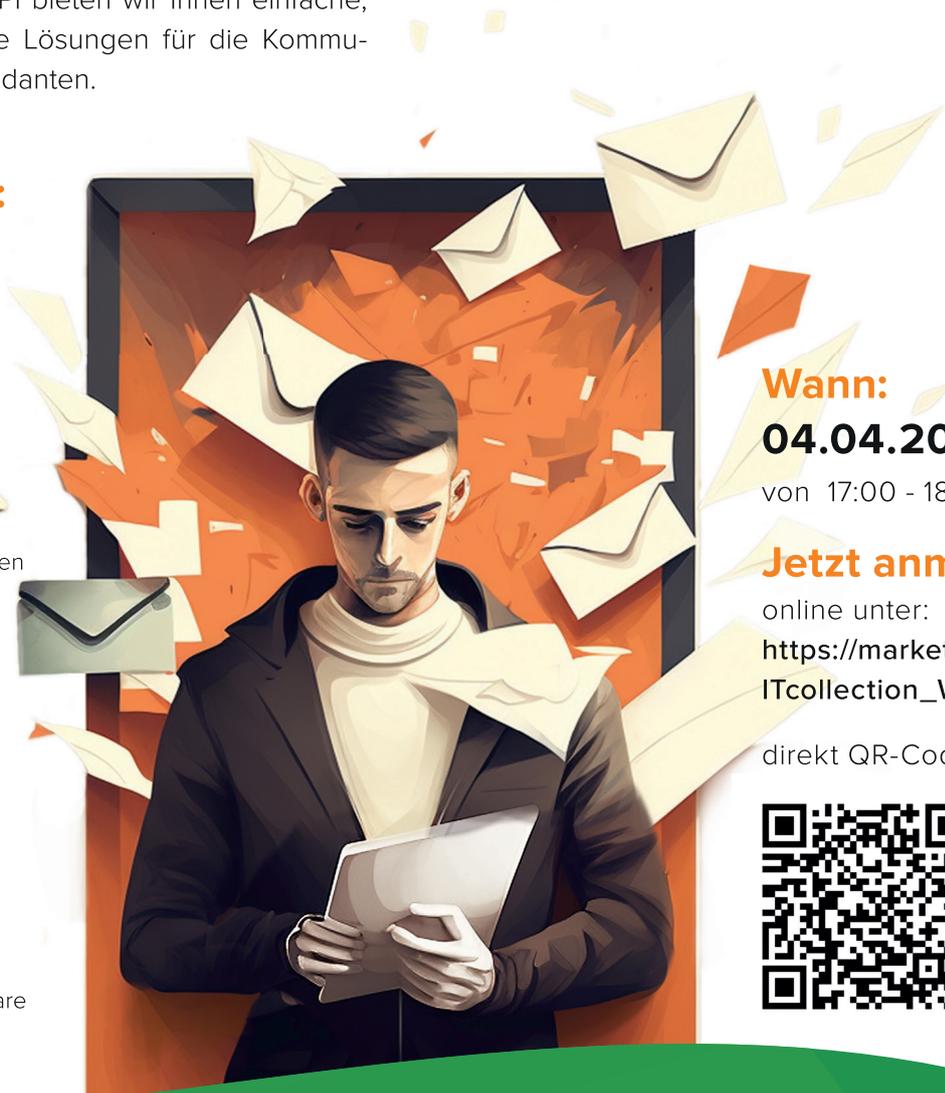
Ihre Experten:



Björn Röckle
DSGVO-konforme Lösungen
FTAPI



Swen Gerber
IT-Lösungsberater für Notare
ITcollection



Wann:

04.04.2023

von 17:00 - 18:00 Uhr

Jetzt anmelden:

online unter:

https://marketing.ftapi.com/ITcollection_Webinar

direkt QR-Code scannen

