

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

2 | 2021

April 2021

HERAUSGEBER
Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon,
Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

Zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG –

Im Blickpunkt: Die geplanten Änderungen im Registerrecht

von Dr. Annette Späth-Weinreich,

Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart 90

Das Gleichstellungsgeld als steuerliches Gestaltungsproblem

bei Übergabeverträgen

von Sigmund Perwein, Rechtsassessor und Notarvertreter, Salem (Baden) 99

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung

von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit, 106

RECHTSPRECHUNG

VERFAHRENS- UND KOSTENRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 12.11.2020 – V ZB 148/19

Zur Beglaubigung der Unterschrift unter einer Vorsorgevollmacht

durch die Betreuungsbehörde 114

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 24.02.2021 – IV ZB 33/20

Konkludente Rechtswahl nach der EuErbVO 121

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 27.01.2021 – XII ZB 450/20

mit Anmerkung Wosgien

Zum Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber

einem Vorsorgebevollmächtigten 126

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 15.01.2021 – V ZR 210/19

Formbedürftigkeit eines treuhänderischen Auftrages zum Erwerb

eines Grundstücks 144

BGH (X. Zivilsenat), Urteil vom 20.10.2020 – X ZR 7/20

Verzicht auf dingliches Wohnungsrecht als Zuwendung des

Berechtigten bei dauerhafter Hinderung an der Ausübung 149

STEUERRECHT

BFH (II. Senat), Urteil vom 16.09.2020 – II R 49/17 mit Anmerkung Hecht / Koll

Berücksichtigung der Instandhaltungsrückstellung bei der

Grunderwerbsteuer 162

BWNotZ – Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2020

Das Inhaltsverzeichnis für den BWNotZ-Jahrgang 2020 liegt diesem Heft bei.

Einbanddecken können bei der Geschäftsstelle des
Württembergischen Notarverein e.V. bestellt werden.



KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN

Jedes Jahr erkranken in Deutschland ca. 2.000 Kinder und Jugendliche an Krebs. Die Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen hat klare Aufgaben und leistet einen nachhaltigen Beitrag zur Krebsbekämpfung im Kindes- und Jugendalter. Wir unterstützen die Krebsforschung nennenswert vor allem im Tumorzentrum an der Universitäts-Kinderklinik Tübingen und verbessern dort auch die personelle und sachliche Ausstattung.

Ihr Testament für krebskranke Kinder

Ein guter Teil des Stiftungskapitals, dessen Erträge wir für die Förderung der Krebsbekämpfung einsetzen, stammt schon heute aus Testamenten von Menschen, die sich mit Ihrem Nachlass sozial engagieren und nachhaltig helfen wollen.

Wenn Sie weitere Informationen über die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ und ihre Arbeit haben wollen, rufen Sie uns einfach an oder schreiben Sie uns eine Nachricht.

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts

www.stiftung-krebskranke-kinder.de . info@stiftung-krebskranke-kinder.de

Geschäftsstelle: Frondsbergstraße 51 . 72070 Tübingen . Tel. 07071/946820 . Fax 07071/946813

Vorsitzender: Prof. Dr. Hans-Werner Stahl

Im Beirat: Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen

Spendenkonto: Volksbank Herrenberg-Nagold-Rottenburg eG

IBAN: DE83 6039 1310 0415 9000 00 . BIC: GENODES1VBH

87. BAND

BWNotZ

AUSGABE 2|2021 INHALTSVERZEICHNIS

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen

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-loorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Dr. Annette Späth-Weinreich, Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart

Zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG –**Im Blickpunkt: Die geplanten Änderungen im Registerrecht** 90

Von Sigmund Perwein, Rechtsassessor und Notarvertreter, Salem (Baden)

Das Gleichstellungsgeld als steuerliches Gestaltungsproblem bei**Übergabeverträgen** 99

Von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit,

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung 106

RECHTSPRECHUNG

VERFAHRENS- UND KOSTENRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 12.11.2020 – V ZB 148/19 114

LG Köln (5. Zivilkammer), Beschluss vom 26.10.2020 – 5 OH 91/20 119

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 24.02.2021 – IV ZB 33/20 121

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 27.01.2021 – XII ZB 450/20

mit Anmerkung Wosgien 126

OLG Frankfurt a. M. (21. Zivilsenat), Beschluss vom 09.02.2021 – 21 W 151/20 .. 133

OLG München (33. Zivilsenat), Beschluss vom 18.02.2021 – 33 W 92/21 138

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

LG Stuttgart (44. Kammer für Handelssachen),

Urteil vom 25.01.2021 – 44 O 52/20 KfH 141

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 15.01.2021 – V ZR 210/19 144

BGH (X. Zivilsenat), Urteil vom 20.10.2020 – X ZR 7/20 149

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 02.03.2021 – 1 W 1503/20 152

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 29.12.2020 – 34 Wx 492/19 154

OLG Oldenburg (11. Zivilsenat), Beschluss vom 14.10.2020 – 11 UF 100/20 157

STEUERRECHT

BFH (II. Senat), Urteil vom 16.09.2020 – II R 49/17

mit Anmerkung Hecht / Koll 162

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Frohn, Nachlassrecht, 4. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Dr. Wendelin August Mayer, Würzburg) 165

2. Reichert, GmbH & Co. KG, 8. Auflage

(Besprechung von Notar Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg) 166

3. Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht, 5. Auflage

(Besprechung von Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart) 167

4. Geldwäschegesetz (GwG), 4. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Dr. Maximilian Wosgien LL.M., Mosbach) 168

5. Münchener Anwaltshandbuch GmbH-Recht, 4. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, LL.M. Sindelfingen) 170

6. Handelsregisteranmeldungen, 10. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, LL.M. Sindelfingen) 170

7. Ehebezogene Rechtsgeschäfte, 5. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, LL.M. Sindelfingen) 171

ABHANDLUNGEN

Zur Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG – Im Blickpunkt: Die geplanten Änderungen im Registerrecht

Annette Späth-Weinreich, Dr. iur., Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart

I. Einleitung

Das in §§ 705 ff. BGB kodifizierte Personengesellschaftsrecht wurde über viele Jahrzehnte durch die Rechtsprechung des BGH weiterentwickelt und an die Rechtswirklichkeit angepasst. Die ursprüngliche gesetzliche Konzeption der §§ 705 ff. BGB stammt teils noch aus dem 19. Jahrhundert und sieht in der Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) eine nicht rechtsfähige, zur Durchführung einer begrenzten Anzahl von Einzelgeschäften gegründete Gesamthandsgemeinschaft. Tatsächlich wird – abweichend von diesem gesetzlichen Grundgedanken – ein Großteil der GbRs in der Praxis zu einem Zweck gegründet, der sich nur mit einer Teilnahme der Gesellschaft am Rechtsverkehr verfolgen lässt und auf eine gewisse Dauer angelegt ist.

Folgerichtig hat der BGH im Jahr 2001 die Rechtsfähigkeit der Außen-GbR anerkannt¹ und ihr im Jahr 2009 die Grundbuchfähigkeit zuerkannt.² Zur Sicherung des Grundstücksverkehrs unter Beteiligung von GbRs wurden daraufhin punktuell § 899a BGB und § 47 Abs. 2 GBO sowie § 82 Satz 3 GBO neu gefasst. Danach wird eine GbR unter Angabe ihrer Gesellschafter im Grundbuch eingetragen und der sich aus dem Grundbuch ergebende Gesellschafterbestand genießt öffentlichen Glauben; bei Änderungen im Gesellschafterbestand ist das Grundbuch zu berichtigen. Die gesellschaftsrechtlichen Regelungen des BGB blieben bislang jedoch unverändert. Dies hat zur Folge, dass das für die GbR geltende Recht in vielen Punkten vom Gesetzestext abweicht.

Vor diesem Hintergrund besteht hier ein erheblicher Reformbedarf, der auch vom 71. Deutsche Juristentag 2016 in Essen formuliert wurde. Die Beschlüsse bejahen eine

Reformbedürftigkeit des Rechts der Personengesellschaft, um das geschriebene Recht mit dem geltenden Recht in Einklang zu bringen. Insbesondere wurde eine gesetzliche Regelung der Rechtsfähigkeit der Außen-GbR mit der Möglichkeit einer fakultativen Registereintragung gefordert.³

In der Folge setzte das Bundesjustizministerium eine Expertenkommission ein, die im April 2020 den „Mauracher Entwurf für ein Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts“ vorlegte.⁴ Auf der Grundlage dieses sog. Mauracher Entwurfs soll noch in dieser Legislaturperiode die Reform des Personengesellschaftsrechts beschlossen werden.

II. Zum aktuellen Stand des Gesetzgebungsverfahrens

Am 18. November 2020 wurde der überarbeitete Referentenentwurf vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz (BMJV) veröffentlicht, dem am 20. Januar 2021 die Veröffentlichung des Regierungsentwurfs (RegE) eines Gesetzes zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (Personengesellschaftsrechtsmodernisierungsgesetz – MoPeG) folgte.⁵ Der Gesetzentwurf verfolgt das Ziel, das Recht der GbR zu konsolidieren und die geltenden Vorschriften an die praktischen Bedürfnisse von Gesellschaften und Gesellschaftern anzupassen. Hierfür sollen die Vorschriften auf das Leitbild einer auf Dauer angelegten GbR ausgerichtet werden, die als solche am Rechtsverkehr teilnimmt, selbst Rechte erwerben

1 BGH v. 29.01.2001 (II ZR 331/00), NJW 2001, 1056.

2 BGH, v. 04.12.2008 (V ZB 74/08), NJW 2009, 594.

3 Beschlüsse des 71. Deutschen Juristentags 2016, Abteilung Wirtschaftsrecht I 5; dazu i.Erg. Westermann NJW 2016, 2625 (2627 f.).

4 Abrufbar auf der Seite des BMJV unter https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Downloads/DE/News/PM/042020_Entwurf_Mopeg.html

5 Beide Entwürfe sind abrufbar auf der Seite des BMJV unter <https://www.bmjbv.de/SharedDocs/Gesetzgebungsverfahren/DE/Personengesellschaftsrecht.html>

und Verbindlichkeiten eingehen kann und hierfür durch Eintragung in ein eigenes Register mit Subjektpublizität ausgestattet werden kann. In Kraft treten soll das Gesetz am 1. Januar 2023, siehe Art. 135 RegE.

Der Regierungsentwurf wurde dem Bundesrat am 22. Januar 2021 zugeleitet,⁶ welcher hierzu am 5. März 2021 durch Beschluss Stellung nahm.⁷ Abgesehen von einigen Detailfragen ist der Hauptkritikpunkt des Bundesrats der geplante Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes am 1. Januar 2023, mit folgender Begründung: Dieser geplante Zeitpunkt des Inkrafttretens drohe die Länder und die Rechtspflege zu überlasten, soweit mit dem Gesetz die Einführung eines neuen Gesellschaftsregisters verbunden ist. Aus Gründen der Rücksichtnahme auf die Interessen der Länder und zur Sicherung der Funktionsfähigkeit der Rechtspflege sei ein Inkrafttreten vor dem 1. Januar 2026 nicht verantwortbar. Eine Einführung des Gesellschaftsregisters zum 1. Januar 2023 würde die personellen Ressourcen der Länder überfordern und außerdem zu einem unvernünftigen Kostenaufwand führen.

Der Antrag des Bundesrats auf Verschiebung des Zeitpunkts des Inkrafttretens wurde in der Gegenäußerung der Bundesregierung⁸ mit der Zuleitung des Gesetzentwurfes an den Bundestag am 17. März 2021⁹ abgelehnt, mit folgenden Argumenten: Eine Verschiebung des Inkrafttretens auf den 1. Januar 2026 komme nicht in Betracht, weil das Gesetz dann erst mehr als vier Jahre nach dem angestrebten Zeitpunkt der Verkündung in Kraft treten würde. Die Einführung des Gesellschaftsregisters sei notwendig, um das notorische Publizitätsdefizit von GbRs zu beenden. Das Register schaffe Transparenz über die Eigentumsverhältnisse an Grundstücken und Beteiligungsverhältnisse an Unternehmen, die aktuell bei Nutzung einer GbR als Inhaberin vielfach intransparent sind. Das Gesellschaftsregister sei bewusst so gestaltet, dass die bestehenden technischen Lösungen für das Handelsregister zur Grundlage der technischen Realisierung genommen werden können. Für die Einführung des Gesellschaftsregisters seien eineinhalb Jahre ab dem angestrebten Zeitpunkt der Verkündung ein ausreichender Zeitraum.

Am 25. März 2021 fand im Deutschen Bundestag die erste Beratung des von der Bundesregierung eingebrachten Entwurfs eines Gesetzes zur Modernisierung des Perso-

nengesellschaftsrechts statt, mit Überweisung an den Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz. Es bleibt also insbesondere abzuwarten, ob im weiteren Gesetzgebungsverfahren der Zeitpunkt des Inkrafttretens des Gesetzes vom 1. Januar 2023 auf einen späteren Zeitpunkt verschoben wird oder nicht.

Der aktuelle Regierungsentwurf beinhaltet zahlreiche materiellrechtliche Neuregelungen für das Recht der GbR und für die weiteren Personengesellschaften. Änderungen sind neben der Neufassung von §§ 705 ff. BGB unter anderem im HGB, im GmbHG, in der GBO und im UmwG geplant. Insbesondere im materiellen Recht sind Detailfragen allerdings noch umstritten. Eine Vorstellung der wichtigsten materiellrechtlichen Neuerungen wird deshalb erst nach Verkündung des Gesetzes zielführend sein. Hingegen zeichnet sich ab, dass über die geplanten registerrechtlichen Neuerungen (bis auf den Zeitpunkt deren Inkrafttretens) weitgehend Einigkeit besteht. In der notariellen Praxis werden vor allem diese registerrechtlichen Änderungen tiefgreifende Auswirkungen haben, nicht zuletzt im Grundstücksrecht.

Der vorliegende Beitrag hat deshalb zum Ziel, die geplanten Neuerungen im formellen Registerrecht und ihre Auswirkungen auf die künftige notarielle Praxis vorzustellen. Ein vorgeschalteter kurzer Überblick über die Grundstruktur der Neuregelungen in §§ 705 ff. BGB-RegE soll den hierfür erforderlichen Rahmen bieten.

III. Zur Grundstruktur der Neuregelungen in §§ 705 ff. BGB-RegE

Die im Regierungsentwurf geplanten Änderungen in den Regelungen zum Recht der GbR (§§ 705 ff. BGB) betreffen bereits die Struktur der Normen. Während die aktuellen Regelungen zur GbR unter dem allgemeinen „Titel 16 – Gesellschaft“ zusammengefasst sind, soll künftig eine Untergliederung eingeführt werden in

- Untertitel 1 – Allgemeine Bestimmungen (§ 705 BGB-RegE)
- Untertitel 2 – Rechtsfähige Gesellschaft (§§ 706 bis 739 BGB-RegE)
 - Kapitel 1 – Sitz, Registrierung (§§ 706 bis 707d BGB-RegE)
 - Kapitel 2 – Rechtsverhältnis der Gesellschafter untereinander und der Gesellschafter zur Gesellschaft (§§ 708 bis 718 BGB-RegE)
 - Kapitel 3 – Rechtsverhältnis der Gesellschaft zu Dritten (§§ 719 bis 722 BGB-RegE)

⁶ BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021.

⁷ BR-Drucksache 59/21 (B) v. 05.03.2021.

⁸ Anlage 4 zur BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

⁹ BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

- Kapitel 4 – Ausscheiden eines Gesellschafters (§§ 723 bis 728b BGB-RegE)
- Kapitel 5 – Auflösung der Gesellschaft (§§ 729 bis 734 BGB-RegE)
- Kapitel 6 – Liquidation der Gesellschaft (§§ 735 bis 739 BGB-RegE)
- Untertitel 3 – Nicht rechtsfähige Gesellschaft (§§ 740 bis 740c BGB-RegE)

Gemäß § 705 Abs. 2 BGB-RegE kann die GbR entweder selbst Rechte erwerben und Verbindlichkeiten eingehen, wenn sie nach dem gemeinsamen Willen der Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnehmen soll (rechtsfähige Gesellschaft), oder sie kann den Gesellschaftern zur Ausgestaltung ihres Rechtsverhältnisses untereinander dienen (nicht rechtsfähige Gesellschaft).

Nach § 713 BGB-RegE sind die Beiträge der Gesellschafter sowie die für oder durch die GbR erworbenen Rechte und die gegen sie begründeten Verbindlichkeiten Vermögen der GbR selbst. Eine nicht rechtsfähige Gesellschaft im Sinne des § 705 Abs. 2 BGB-RegE hingegen hat nach § 740 BGB-RegE kein Vermögen.

Die rechtsfähige GbR entsteht im Verhältnis zu Dritten gemäß § 719 Abs. 1 BGB-RegE, sobald sie mit Zustimmung sämtlicher Gesellschafter am Rechtsverkehr teilnimmt, spätestens aber mit ihrer Eintragung im Gesellschaftsregister.

In §§ 707 bis 707c BGB-RegE sind die Details zum neu zu schaffenden Gesellschaftsregister geregelt; sie werden nachstehend zusammen mit den wichtigsten weiteren geplanten Änderungen im Grundstücksrecht und im GmbHG näher dargestellt.

► IV. Zu den geplanten Neuregelungen im Registerrecht

1. Zur Gestaltung des Gesellschaftsregisters

a) Wortlaut von §§ 707 bis 707b BGB-RegE

In §§ 707 ff. BGB sollen nach dem Regierungsentwurf die folgenden Neuregelungen zum Gesellschaftsregister aufgenommen werden:

§ 707

Anmeldung zum Gesellschaftsregister

- (1) Die Gesellschafter können die Gesellschaft bei dem Gericht, in dessen Bezirk sie ihren Sitz hat, zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anmelden.

(2) Die Anmeldung muss enthalten:

1. folgende Angaben zur Gesellschaft:

- a) den Namen,
- b) den Sitz und
- c) die Anschrift, in einem Mitgliedstaat der Europäischen Union;

2. folgende Angaben zu jedem Gesellschafter:

- a) wenn der Gesellschafter eine natürliche Person ist: dessen Namen, Vornamen, Geburtsdatum und Wohnort;
- b) wenn der Gesellschafter eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft ist: deren Firma oder Namen, Rechtsform, Sitz und, soweit gesetzlich vorgesehen, zuständiges Register und Registernummer;

3. die Angabe der Vertretungsbefugnis der Gesellschafter;

4. die Versicherung, dass die Gesellschaft nicht bereits im Handels- oder im Partnerschaftsregister eingetragen ist.

- (3) Wird der Name der im Gesellschaftsregister eingetragenen Gesellschaft geändert, der Sitz an einen anderen Ort verlegt oder die Anschrift geändert oder ändert sich die Vertretungsbefugnis eines Gesellschafters, ist dies zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden. Ist die Gesellschaft im Gesellschaftsregister eingetragen, so sind auch das Ausscheiden eines Gesellschafters und der Eintritt eines neuen Gesellschafters zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden.

- (4) Anmeldungen sind vorbehaltlich der Sätze 2 und 3 von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken. Scheidet ein Gesellschafter durch Tod aus, kann die Anmeldung ohne Mitwirkung der Erben erfolgen, sofern einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen. Ändert sich nur die Anschrift der Gesellschaft, ist die Anmeldung von der Gesellschaft zu bewirken.

§ 707a

Inhalt und Wirkungen der Eintragung

- (1) Die Eintragung im Gesellschaftsregister hat die in § 707 Abs. 2 Nummer 1 bis 3 genannten Angaben zu enthalten. Eine Gesellschaft soll als Gesellschafter nur eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist.
- (2) Mit der Eintragung ist die Gesellschaft verpflichtet, als Namenszusatz die Bezeichnungen „eingetragene GbR“ oder „eGbR“ zu führen. Wenn in einer einge-

tragenen Gesellschaft keine natürliche Person als Gesellschafter haftet, muss der Name eine Bezeichnung enthalten, welche die Haftungsbeschränkung kennzeichnet.

(3) Die Eintragung bewirkt, dass § 15 des Handelsgesetzbuchs mit der Maßgabe entsprechend anzuwenden ist, dass das Fehlen der Kaufmannseigenschaft nicht an der Publizität des Gesellschaftsregisters teilnimmt. Die Eintragung lässt die Pflicht, die Gesellschaft zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden (§ 106 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs), unberührt.

(4) Nach Eintragung der Gesellschaft findet die Löschung der Gesellschaft nur nach den allgemeinen Vorschriften statt.

§ 707b

Entsprechend anwendbare Vorschriften des Handelsgesetzbuchs

Folgende Vorschriften des Handelsgesetzbuchs sind auf eingetragene Gesellschaften entsprechend anzuwenden:

- 1. auf die Auswahl und den Schutz des Namens der Gesellschaft: die §§ 18, 21 bis 24, 30 und 37,*
- 2. auf die registerrechtliche Behandlung der Gesellschaft und die Führung des Gesellschaftsregisters: die §§ 8, 8a Abs. 1, § 9 Abs. 1 Satz 1 und Abs. 3 bis 6, die §§ 10 bis 12, die §§ 13h, 14, 16 und 32 und*
- 3. auf die registerrechtliche Behandlung der Zweigniederlassung einer Gesellschaft: die §§ 13 und 13d mit der Maßgabe, dass eine Verpflichtung zur Anmeldung der Zweigniederlassung nicht besteht.*

b) Zum Inhalt der Neuregelungen¹⁰

Die Registrierung im neu zu schaffenden Gesellschaftsregister ist im Grundsatz freiwillig und nicht Voraussetzung für die Erlangung der Rechtsfähigkeit (§ 707 Abs. 1 BGB-RegE). Für viele GbRs wird künftig jedoch ein faktischer Zwang zur Registrierung im Gesellschaftsregister bestehen, weil bestimmte Rechtsvorgänge wie zum Beispiel der Erwerb oder die Veräußerung eines Grundstücks ein verfahrensrechtliches Voreintragungserfordernis auslösen (siehe hierzu nachstehend Ziff. 3). Das Voreintragungserfordernis setzt im Grundsatz voraus, dass die Eintragung einer GbR in einem Objektregister einen Gutgläubenserwerb ermöglicht.

Außerdem wird die Beteiligung einer GbR an einer Umwandlung oder einem Statuswechsel ihre Registrierung erfordern (vergleiche § 707c BGB-RegE, §§ 106 und 107 HGB-RegE, § 3 Abs. 1 Nr. 1 des UmwG-RegE, § 191 Abs. 1 Nummer 1 und Abs. 2 Nummer 1 UmwG-RegE). Schließlich kann eine Registrierung erforderlich werden, um Publizitätsdefizite bei mehrgliedriger Beteiligung einer GbR an einer anderen eingetragenen GbR, einer offenen Handelsgesellschaft oder einer Kommanditgesellschaft zu vermeiden (siehe § 707a Abs. 1 Satz 2 BGB-RegE).

In der Funktionsweise lehnt sich das Gesellschaftsregister eng an das Handelsregister an. Aus diesem Grund wird dem Gesellschaftsregister durch eine Verweisung auf § 15 HGB ein spezifischer öffentlicher Glaube beigemessen, mit der Klarstellung, dass sich die Publizitätswirkung nicht auf die fehlende Kaufmannseigenschaft erstreckt (§ 707a Abs. 3 Satz 1 BGB-RegE). Aufgrund dieser Regelung kann die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft mit Publizitätswirkung aus dem Gesellschaftsregister abgelesen werden. Im Übrigen sind die für das Handelsregister geltenden Vorschriften entsprechend anzuwenden. Insbesondere erfolgt eine Anmeldung zum Gesellschaftsregister durch notariell beglaubigte Registeranmeldung (§ 707 b Nr. 2 BGB-RegE in Verbindung mit § 12 HGB).

Mit der Eintragung im Gesellschaftsregister ist die GbR verpflichtet, einen kennzeichnenden Namenszusatz (eGbR) zu tragen (§ 707a Abs. 2 BGB-RegE). Eine gewillkürte Löschung wird ausgeschlossen (§ 707a Abs. 4 BGB-RegE), um auszuschließen, dass eine eingetragene GbR als Inhaberin eines registrierten Rechts ihre Subjektpublizität durch Löschungsantrag verliert. Relevante Änderungen einer eingetragenen GbR sind zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden (§ 707 Abs. 3, § 734 Abs. 3, § 736c Abs. 1 und § 738 BGB-RegE).

2. Zum Statuswechsel

a) Wortlaut von § 707c BGB-RegE

Neu geregelt wird der sog. „Statuswechsel“ in § 707c BGB-RegE:

§ 707c

Statuswechsel

(1) Die Anmeldung zur Eintragung einer bereits in einem Register eingetragenen Gesellschaft unter einer anderen Rechtsform einer rechtsfähigen Personengesellschaft in ein anderes Register (Statuswechsel) kann nur bei dem Gericht erfolgen, das das Register führt, in dem die Gesellschaft eingetragen ist.

10 S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

- (2) Wird ein Statuswechsel angemeldet, trägt das Gericht die Rechtsform ein, in der die Gesellschaft in dem anderen Register fortgesetzt wird (Statuswechselermerk). Diese Eintragung ist mit dem Vermerk zu versehen, dass die Eintragung erst mit der Eintragung der Gesellschaft in dem anderen Register wirksam wird, sofern die Eintragungen in den beteiligten Registern nicht am selben Tag erfolgen. Sodann gibt das Gericht das Verfahren von Amts wegen an das für die Führung des anderen Registers zuständige Gericht ab. Nach Vollzug des Statuswechsels trägt das Gericht den Tag ein, an dem die Gesellschaft in dem anderen Register eingetragen worden ist. Ist die Eintragung der Gesellschaft in dem anderen Register rechtskräftig abgelehnt worden oder wird die Anmeldung zurückgenommen, wird der Statuswechselermerk von Amts wegen gelöscht.
- (3) Das Gericht soll eine Gesellschaft, die bereits im Handels- oder im Partnerschaftsregister eingetragen ist, in das Gesellschaftsregister nur eintragen, wenn
1. der Statuswechsel zu dem anderen Register angemeldet wurde,
 2. der Statuswechselermerk in das andere Register eingetragen wurde und
 3. das für die Führung des anderen Registers zuständige Gericht das Verfahren an das für die Führung des Gesellschaftsregisters zuständige Gericht abgegeben hat. § 707 Abs. 2 bleibt unberührt.
- (4) Die Eintragung der Gesellschaft hat die Angabe des für die Führung des Handels- oder des Partnerschaftsregisters zuständigen Gerichts, die Firma oder den Namen und die Registernummer, unter der die Gesellschaft bislang eingetragen ist, zu enthalten. Das Gericht teilt dem Gericht, das das Verfahren abgegeben hat, von Amts wegen den Tag der Eintragung der Gesellschaft in das Gesellschaftsregister und die neue Registernummer mit. Die Ablehnung der Eintragung teilt das Gericht ebenfalls von Amts wegen dem Gericht, das das Verfahren abgegeben hat, mit, sobald die Entscheidung rechtskräftig geworden ist.
- (5) Wird ein Gesellschafter Kommanditist, ist für die Begrenzung seiner Haftung für die zum Zeitpunkt seiner Eintragung im Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten § 728b entsprechend anzuwenden. Dies gilt auch, wenn er in der Gesellschaft oder einem ihr als Gesellschafter angehörenden Unternehmen geschäftsführend tätig wird. Seine Haftung als Kommanditist bleibt unberührt.

b) Zum Inhalt der Neuregelung¹¹

Mit der Möglichkeit der Gesellschafter, eine GbR zur Eintragung in das Gesellschaftsregister anzumelden, geht die Notwendigkeit einher, den Wechsel zwischen Gesellschaftsregister und Handelsregister vorzusehen. Für diesen Fall sehen die Vorschriften der § 707c BGB-RegE und §§ 106, 107 HGB-RegE Regelungen für den registerrechtlichen Vollzug vor, die einen rechtssicheren Übergang von einer Form der Personengesellschaft in eine andere sicherstellen. Der Statuswechsel ist bei demjenigen Register anzumelden ist, in dem die Gesellschaft bereits eingetragen ist. Der weitere Ablauf des registerrechtlichen Verfahrens soll die Identität der registerwechselnden Gesellschaft sicherstellen und Doppeleintragungen vermeiden.

Die Vorschriften über den Statuswechsel enthalten keine Bestimmungen über die Wahrung der Identität der Gesellschafter der Personengesellschaft. Treffen die Gesellschafter hierzu im Zuge des Statuswechsels keine Vereinbarungen, bleiben die bis dahin bestehenden Verhältnisse unverändert und der Gesellschafterbestand ändert sich allein durch den Statuswechsel nicht. Es steht den Gesellschaftern mangels einschränkender Regelungen jedoch frei, bei der Anmeldung des Statuswechsels bei dem Register, in dem die Gesellschaft bisher eingetragen ist, Änderungen im Gesellschafterbestand anzumelden.

3. Zu den Änderungen im Grundstücksrecht

a) Wortlaut der Änderungen in BGB, GBO und EGBGB

Der geltende § 899a BGB wird infolge der Einführung des Eintragungswahlrechts nach § 707 Abs. 1 BGB-RegE und des grundbuchverfahrensrechtlichen Voreintragungserfordernisses entbehrlich und soll deshalb aufgehoben werden.

§ 47 Abs. 2 GBO soll nach dem Regierungsentwurf wie folgt neu gefasst werden:

- (2) Für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts soll ein Recht nur eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist.

Der geltende § 82 Satz 3 GBO soll aufgehoben werden.

Weiter regelt Artikel 229 § 21 Abs. 1 und 2 EGBGB-RegE folgendes:

¹¹ S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

§ 21

**Übergangsvorschriften für die Gesellschaft
bürgerlichen Rechts im Grundbuchverfahren und im
Schiffsregisterverfahren**

- (1) *Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts betreffen, sollen nicht erfolgen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister eingetragen und daraufhin nach den durch Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom ... geänderten Vorschriften im Grundbuch eingetragen ist.*
- (2) *Ist die Eintragung eines Gesellschafters gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 der Grundbuchordnung [a.F.] [...], unrichtig geworden, findet eine Berichtigung nicht statt. In diesem Fall gilt § 82 der Grundbuchordnung hinsichtlich der Eintragung der Gesellschaft nach den durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts geänderten Vorschriften im Grundbuch entsprechend.*

b) Zum Inhalt der Neuregelungen¹²

Wegen der Möglichkeit, die GbR als solche nach § 707 Abs. 1 BGB-RegE in das Gesellschaftsregister einzutragen, soll das Regelungsmodell der § 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO künftig keinen Bestand mehr haben.

In Zukunft ist die GbR als Grundstücksberechtigte nur noch unter ihrem Namen im Grundbuch einzutragen. Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der Gesellschaft lassen sich dann unmittelbar aus dem Gesellschaftsregister mit Publizitätswirkung ablesen. Deswegen besteht keine Notwendigkeit mehr, diese rechtserheblichen Umstände über das mit öffentlichem Glauben ausgestattete Grundbuch zu verlautbaren. Das setzt allerdings voraus, dass die Gesellschafter von ihrem Eintragungswahlrecht auch Gebrauch machen. Die neue Regelung des § 47 Abs. 2 GBO-RegE hält sie dazu an, weil für die GbR ein Recht nur noch dann eingetragen wird, wenn sie bereits im Gesellschaftsregister eingetragen ist.

§ 47 Abs. 2 GBO-RegE regelt die Eintragung eines Rechts „für“ eine GbR. Gemeint ist damit jede Eintragung, die ein Recht der GbR neu begründet, inhaltlich verändert oder berichtigend verlautbart. Die Vorschrift erfasst damit insbesondere den Erwerb von Grundstückseigentum durch eine GbR. Die die GbR betreffenden Grundstücksrechte decken sich mit denen, die nach § 47 Abs. 1 GBO mehreren gemeinschaftlich zustehen. Zu den Rechten

gehören daher neben Eigentum, grundstücksgleichen Rechten und beschränkt dinglichen Rechten (Nutzungs-, Verwertungs- und Erwerbsrechte) insbesondere auch Vormerkungen und Widersprüche.

§ 47 Abs. 2 GBO-RegE gilt dagegen nicht für die bloße Veräußerung eines Rechts einer GbR. In diesem Fall ist jedoch die Übergangsregelung des Artikels 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-RegE zu beachten, die eine dem § 47 Abs. 2 GBO-RegE entsprechende Eintragung verlangt. Artikel 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-RegE regelt, dass Eintragungen in das Grundbuch, die ein Recht einer GbR „betreffen“, nicht erfolgen sollen, solange die Gesellschaft nicht im Gesellschaftsregister eingetragen ist und daraufhin nach dem neuen Recht, nämlich nach § 47 Abs. 2 GBO-RegE, im Grundbuch eingetragen ist. Der Anwendungsbereich dieser Vorschrift geht über den des § 47 Abs. 2 GBO-RegE hinaus, der nur Eintragungen eines Rechts „für“ eine GbR erfasst. Artikel 229 § 21 Abs. 1 EGBGB-RegE bewirkt damit, dass eine Eintragung nach § 47 Abs. 2 GBO-RegE auch dann erfolgt, wenn eine GbR ein ihr gehörendes Recht zum Beispiel im Zuge eines Verkaufs veräußert oder das Recht auf andere Weise auf eine andere Person übergeht. Folglich muss sich eine GbR, die als Berechtigte im Grundbuch nach dem bislang geltenden § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO mit Benennung der Gesellschafter eingetragen ist, zunächst im Gesellschaftsregister eintragen lassen, bevor sie über ein ihr gehörendes Grundstück verfügen, es also zum Beispiel veräußern, kann. Das liegt im Interesse des Rechtsverkehrs an Publizität hinsichtlich Existenz, Identität und ordnungsgemäßer Vertretung der Gesellschaft. Insbesondere wird dadurch trotz Aufhebung des § 899a BGB ein gutgläubiger Erwerb ermöglicht.

Artikel 229 § 21 Abs. 2 EGBGB-RegE regelt den Fall, dass nicht die GbR über ihr im Grundbuch eingetragenes Recht an einem Grundstück verfügt, sondern einer ihrer Gesellschafter über seinen Gesellschaftsanteil verfügt oder sich der Gesellschafterbestand anderweitig, zum Beispiel im Wege des Erbfalls, ändert. Eine solche Änderung des Gesellschafterbestands vollzieht sich formlos und außerhalb des Grundbuchs. Sie macht das Grundbuch nicht unrichtig im Sinne von § 22 GBO, § 894 BGB, da es die GbR weiterhin als Berechtigte ausweist. Änderungen im Gesellschafterbestand sind wegen der Anordnungen in § 899a Satz 2 BGB, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO nach bislang geltendem Recht gleichwohl als Änderung der rechtlichen Verhältnisse am Grundstück zu behandeln; in diesem Fall ist das Grundbuch dahin zu berichtigen, dass die Löschung des alten und der Eintritt des neuen Gesellschafters in das Grundbuch eingetragen wird. Um

12 S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

diese Form der Eintragung nicht zu perpetuieren, schließt Artikel 229 § 21 Abs. 2 Satz 1 EGBGB-RegE eine solche Grundbuchberichtigung künftig aus. Stattdessen erklärt Artikel 229 § 21 Abs. 2 Satz 2 EGBGB-RegE den § 82 GBO-RegE hinsichtlich der Eintragung der Gesellschaft für entsprechend anwendbar. Das bedeutet in der Sache zunächst eine Eintragung der Gesellschaft im Gesellschaftsregister unter Verlautbarung des geänderten Gesellschaftsbestands und eine anschließende Richtigstellung der Bezeichnung der Gesellschaft im Grundbuch. Durch den Verweis auf § 82 GBO-RegE wird das Grundbuchamt berechtigt, die Eintragung der GbR nach § 47 Abs. 2 GBO-RegE notfalls zu erzwingen.

4. Zu den Änderungen bei der GmbH-Gesellschafterliste

a) Wortlaut der Änderungen in § 40 Abs. 1 GmbHG und im EGmbHG

§ 40 Abs. 1 GmbHG soll nach dem Regierungsentwurf in Satz 2 und einem neu eingefügten Satz 3 wie folgt neu gefasst und ergänzt werden:

§ 40

Liste der Gesellschafter, Verordnungsermächtigung

(1) *Die Geschäftsführer haben unverzüglich nach Wirksamwerden jeder Veränderung in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligung eine von ihnen unterschriebene Liste der Gesellschafter zum Handelsregister einzureichen, aus welcher Name, Vorname, Geburtsdatum und Wohnort derselben sowie die Nennbeträge und die laufenden Nummern der von einem jeden derselben übernommenen Geschäftsanteile sowie die durch den jeweiligen Nennbetrag eines Geschäftsanteils vermittelte jeweilige prozentuale Beteiligung am Stammkapital zu entnehmen sind.* ²*Ist ein Gesellschafter selbst eine juristische Person oder rechtsfähige Personengesellschaft, sind in die Liste deren Firma oder Name, Sitz und, soweit gesetzlich vorgesehen, das zuständige Registergericht und die Registernummer aufzunehmen.* ³*Eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts kann nur in die Liste eingetragen und Veränderungen an ihrer Eintragung können nur vorgenommen werden, wenn sie in das Gesellschaftsregister eingetragen ist.* ⁴*Hält ein Gesellschafter mehr als einen Geschäftsanteil, ist in der Liste der Gesellschafter zudem der Gesamtumfang der Beteiligung am Stammkapital als Prozentsatz gesondert anzugeben.* ⁵*Die Änderung der Liste durch die Geschäftsführer erfolgt auf Mitteilung und Nachweis.*

Dem GmbHG-Einführungsgesetz soll folgender neuer Paragraph angefügt werden:

§ ...

Veränderung der Gesellschafterliste

in Bezug auf eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Wird an der Eintragung einer nach § 40 Absatz 1 Satz 2 Halbsatz 2 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung in der bis ... geltenden Fassung in eine Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts nach den durch das Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts vom ... geänderten Vorschriften eine Veränderung vorgenommen, haben sowohl sämtliche bislang in der Gesellschafterliste eingetragene Gesellschafter als auch die im Gesellschaftsregister eingetragene GbR gegenüber den zur Einreichung der geänderten Gesellschafterliste Verpflichteten zu versichern, dass die in der geänderten Gesellschafterliste eingetragene GbR dieselbe ist wie diejenige, die in der zuletzt zum Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste eingetragen wurde.“

b) Zum Inhalt der Neuregelungen¹³

Die Änderungen in § 40 Abs. 1 GmbHG zielen darauf ab, die Beteiligung einer GbR an einer GmbH für alle Beteiligten, insbesondere auch für die Öffentlichkeit, transparenter zu machen. Die Neufassung von § 40 Abs. 1 Satz 2 GmbHG-RegE geht dabei auf redaktionelle Anpassungen zurück. Die bisherige Unterscheidung zwischen eingetragener und nicht eingetragener Gesellschaft entfällt zugunsten der Regelung in dem nach Satz 2 eingefügten neuen Satz 3 mit folgendem Inhalt:

§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG-RegE bestimmt, dass eine GbR künftig nur in die Gesellschafterliste eingetragen werden kann und Veränderungen an ihrer Eintragung nur vorgenommen werden können, wenn sie zuvor im Gesellschaftsregister eingetragen ist. Die terminologische Unterscheidung zwischen „Eintragung“ und „Veränderung einer Eintragung“ folgt dabei der durch §§ 8 Abs. 1 Nr. 3, 40 GmbHG vorgegebenen Systematik. Erfasst sind Verfügungen über den Geschäftsanteil durch eine GbR sowie „isolierte Umfirmierungen“ ohne korrespondierende Verfügung.

Das Voreintragungserfordernis bei Verfügungen umfasst sowohl Erwerb als auch Veräußerung von Geschäftsanteilen durch eine GbR, weil das Gesetz an die Eintragung in die Gesellschafterliste die Möglichkeit eines gutgläubigen Erwerbs von Geschäftsanteilen knüpft (§ 16 Abs. 3 GmbHG). Durch das Erfordernis einer Voreintragung im

13 S. Begründung des Gesetzesentwurfs, BR-Drucksache 59/21 v. 22.01.2021 und BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

Gesellschaftsregister lässt sich die Existenz, Identität und ordnungsgemäße Vertretung der über einen Geschäftsanteil verfügenden GbR mit Publizitätswirkung aus dem Gesellschaftsregister ablesen. Solange die GbR ihrer Obliegenheit zur Eintragung ins Gesellschaftsregister nicht nachkommt, ist die eingereichte Gesellschafterliste vom Registergericht zurückzuweisen.

Bei einer Veränderung im Gesellschafterbestand einer bereits in der Gesellschafterliste unter Angabe ihrer Gesellschafter eingetragenen GbR erübrigt sich nach der Begründung des Regierungsentwurfs hingegen die Voreintragungsobliegenheit. Dies wird insbesondere damit begründet, dass ein Gutgläubensschutz mit den Angaben zu den Gesellschaftern der GbR in der Gesellschafterliste nicht verbunden sei.

Der neue Paragraph im EGGmbHG-RegE regelt künftig den Nachweis der Identität zwischen der in der Gesellschafterliste nach altem Recht unter Angabe ihrer Gesellschafter verlautbarten GbR und der im Gesellschaftsregister eingetragenen und sodann nach neuem Recht in der geänderten Gesellschafterliste eingetragenen GbR. Die neue Regelung sieht eine Versicherung sämtlicher bislang in der Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafter und der neu im Gesellschaftsregister eingetragenen GbR selbst vor. Da die Gesellschafterliste nicht durch die Gesellschafter der GmbH, sondern durch deren Geschäftsführer oder den Notar zum Handelsregister einzureichen ist, gehört diese Versicherung aber nicht zum Inhalt der Gesellschafterliste und ist die Versicherung nicht gegenüber dem Registergericht, sondern gegenüber dem einreichenden Geschäftsführer oder Notar abzugeben.

c) Zur Stellungnahme des Bundesrats

In der Stellungnahme des Bundesrats zum Regierungsentwurf¹⁴ wird darum gebeten, im weiteren Gesetzgebungsverfahren zu prüfen, ob in § 40 Abs. 1 GmbHG eine Verpflichtung zur Änderung der Gesellschafterliste auch bei Veränderungen des Gesellschafterbestandes einer GbR, die Anteile an der GmbH trägt, zum Erhalt der Publizität zu normieren ist. Ein Voreintragungserfordernis auch für Fälle der Veränderung im Gesellschafterbestand einer GbR sei der Leichtigkeit des Rechtsverkehrs dienlich.

Verwiesen wird insbesondere auf die bisherige Rechtslage, nach der Veränderungen im Kreis der Gesellschafter einer an einer GmbH beteiligten GbR aus Transparenzgründen eine neue Gesellschafterliste erfordern. Nach

§ 40 Abs. 1 Satz 3 GmbHG kann aber eine GbR in einer neuen Gesellschafterliste nur genannt oder können Veränderungen an der Eintragung einer GbR in der Liste durch eine neue Liste nur vorgenommen werden, wenn die GbR im Gesellschaftsregister eingetragen ist.

Die Bundesregierung hat in ihrer Gegenäußerung mitgeteilt, sie werde den Vorschlag des Bundesrates prüfen.¹⁵

► V. Zusammenfassung

Mit der geplanten Reform des Personengesellschaftsrechts durch das MoPeG werden tiefgreifende Änderungen im Registerrecht einhergehen. Im neu zu schaffenden Gesellschaftsregister, das hinsichtlich Publizität und Funktionsweise eng an das Handelsregister angelehnt ist, können und sollen künftig GbRs eingetragen werden.

Einen faktischen Eintragungszwang im Gesellschaftsregister wird es insbesondere für alle GbRs geben, die in einem Objektregister mit der Möglichkeit eines Gutgläubenserwerbs eingetragen sind; dies betrifft insbesondere das Grundbuch und die Gesellschafterliste einer GmbH. Die Publizität des Objektregisters hinsichtlich des Bestehens, der Vertretung und der Gesellschafter der GbR wird damit verlagert auf das neue Gesellschaftsregister. Im Grundbuch und in der Gesellschafterliste werden künftig nur noch der Name der GbR eingetragen sowie das zuständige Registergericht und die Registernummer der GbR, aber nicht mehr die Gesellschafter der GbR. Änderungen im Gesellschafterbestand werden dann für das Grundbuch und die Gesellschafterliste unerheblich sein – sie sind künftig im Gesellschaftsregister einzutragen.

Das verfahrensrechtliche Voreintragungserfordernis im Gesellschaftsregister wird für alle GbRs gelten, die erstmals mit einem Recht im Objektregister eingetragen werden. Das verfahrensrechtliche Voreintragungserfordernis gilt aber auch für jede GbR, die bereits nach den aktuell geltenden Regelungen im Objektregister (unter Angabe ihrer Gesellschafter) eingetragen ist und die über ihr eingetragenes Recht verfügen will. Beim Grundbuch wird auch jede Veränderung im Gesellschafterbestand zu einer Voreintragungspflicht im Gesellschaftsregister führen. Bei der Gesellschafterliste ist dies im Regierungsentwurf noch nicht vorgesehen; hier hat der Bundesrat allerdings um Nachbesserung gebeten.¹⁶

¹⁴ BR-Drucksache 59/21 (B) v. 05.03.2021.

¹⁵ S. Anlage 4 zur BT-Drucksache 19/27635 v. 17.03.2021.

¹⁶ Siehe oben Abschnitt IV.4.c), BR-Drucksache 59/21 (B) v. 05.03.2021.

Auf die notarielle Praxis werden die geplanten Neuregelungen im Registerrecht ab ihrem Inkrafttreten deutliche Auswirkungen haben:

Zum einen ist die Anmeldung zum Gesellschaftsregister notariell beglaubigt vorzunehmen, die Notariate sind also zwingend erforderlich für die Beglaubigung und Einreichung sämtlicher Anmeldungen zum Gesellschaftsregister. Zum anderen wird insbesondere bei jeder Beurkundung oder Beglaubigung im Grundstücksrecht sowie im GmbH-Gesellschaftsrecht zu prüfen sein, ob eine GbR-Beteiligte ist, die vorab im Gesellschaftsregister einzutragen ist (verfahrensrechtliches Voreintragungs Erfordernis) oder nach dem Willen der Beteiligten dort eingetragen werden soll. Der Beurkundung oder Beglaubigung des Hauptvorgangs ist dann zunächst die Anmeldung der GbR zum Gesellschaftsregister voranzustellen, mit anschließender Richtigstellung des Grundbuchs oder der Gesellschafterliste.

Ob die Richtigstellung der Gesellschafterliste nach Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister in den Zuständigkeitsbereich der Geschäftsführung oder des die Registeranmeldung beglaubigenden Notars fallen wird, dürfte zumindest bei der Beglaubigung eines Eigenentwurfs der Anmeldung zum Gesellschaftsregister nach heutigem Meinungsstand umstritten sein.¹⁷ Die Begründung zum neuen Paragraph im EGGmbHG-RegE spricht jedenfalls davon, dass die Versicherung zur Identität der GbR nicht gegenüber dem Registergericht, sondern gegenüber dem Geschäftsführer oder Notar abzugeben sei.¹⁸ Die Frage, wann die Einreichung der neuen Gesellschafterliste in

diesen Fällen in den Zuständigkeitsbereich des Notars fällt und in welcher Form dann die erforderliche Versicherung zur Identität gegenüber dem Notar abzugeben ist, muss noch geklärt werden.

Auswirkungen der Reform sind auch bei den notariellen Gebühren zu erwarten: Nach der geltenden Rechtslage sind im Grundbuch Änderungen im Gesellschafterbestand einer GbR nach § 47 Abs. 2, § 82 GBO im Wege der Grundbuchberichtigung einzutragen. Für die Berechnung des Geschäftswerts ist der Anteil des Gesellschafters zugrunde zu legen, der ausscheidet beziehungsweise in die Gesellschaft neu eintritt. Künftig sind – nach Eintragung der GbR im Gesellschaftsregister – Änderungen im Gesellschafterbestand lediglich zum Gesellschaftsregister anzumelden, eine Grundbuchberichtigung ist dann nicht mehr erforderlich. Der Geschäftswert für die Registeranmeldung bestimmt sich nach den allgemeinen Regelungen des § 105 GNotKG für Personengesellschaften, die auf GbRs erweitert werden, und dürfte damit in der Regel deutlich niedriger ausfallen als der Geschäftswert für eine Grundbuchberichtigung nach geltendem Recht.

Noch ist das Gesetzgebungsverfahren nicht abgeschlossen – es bleibt also spannend, ob die in diesem Beitrag vorgestellten geplanten Neuregelungen im Registerrecht so beschlossen und verkündet werden, und wenn ja, wann sie in Kraft treten. Es ist aber davon auszugehen, dass es tiefgreifende Veränderungen im Recht der GbR geben wird, die die künftige notarielle Praxis deutlich verändern werden.

¹⁷ MüKoGmbHG/Heidinger § 40 GmbHG, Rn. 233; Mayer DNotZ 2008, 408; Tebben RNotZ 2008, 441 (452); Link RNotZ 2009, 193 (197); Löbke GmbHR 2012, 7 (13); Hasselmann NZG 2009, 449 (453).

¹⁸ Siehe oben Abschnitt IV.4.b) a.E.

Das Gleichstellungsgeld als steuerliches Gestaltungsproblem bei Übergabeverträgen

Sigmund Perwein, Rechtsassessor und Notarvertreter, Salem (Baden)

Übergabeverträge im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge sind Alltag in der Notarkanzlei. Probleme machen dabei häufig steuerliche Fragen und auch wenn Notare steuerlich nicht beraten müssen und steuerliche Beratung häufig auch nicht als zusätzlichen Auftrag übernehmen wollen oder können, ist es zumindest hilfreich, bei der Erstellung des Entwurfs, der dann ggfs. noch vom Steuerberater der Beteiligten überprüft wird, von Anfang an bestimmte Basics im Blick haben. Aus der Vielzahl der Fragestellungen wird in dieser Abhandlung das Thema Gleichstellungsgeld aus steuerlicher Sicht herausgegriffen, wobei – wie die Abhandlung zeigen wird – gleichwohl eine steuerliche „Rundum-Betrachtung“ unerlässlich ist und so nota bene eine praxisnahe Fall-Studie entsteht.

► 1. Einleitung

a) Unterscheidung von steuerlichem Betriebs- und Privatvermögen

Es ist für die Beratung und Gestaltung zunächst zentral, zu unterscheiden, ob es sich bei dem Vermögen, das im Rahmen des Übergabevertrages übertragen werden soll, um steuerliches Betriebs- oder Privatvermögen handelt. Denn für beide Vermögensarten gelten eigene Regeln, die beachtet werden müssen, weswegen nachfolgend auch eine getrennte Betrachtung erfolgt. Aus dem Bereich des steuerlichen Betriebsvermögens wird dabei aber nur die Übertragung betrieblicher Sachgesamtheiten behandelt, nicht jedoch die Übertragung einzelner Vermögensgegenstände des Betriebsvermögens, weil die Erfahrung zeigt, dass im Bereich des Betriebsvermögens selten einzelne Vermögensgegenstände isoliert übertragen werden.

b) Die betroffenen Steuerarten

Die betroffenen bzw. möglicherweise betroffenen Steuerarten sind dabei immer die Einkommensteuer (samt Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer) und die Schenkungssteuer. Sind Grundstücke Gegenstand der vertraglichen Vereinbarungen kommt als dritte mögliche Steuer

erart sodann noch die Grunderwerbsteuer hinzu. Dies gilt sowohl für die Übertragung von Betriebsvermögen als auch von Privatvermögen. Bei der Übertragung von Betriebsvermögen kann schließlich auch Gewerbesteuer anfallen. Auf die Gewerbesteuer wird nachfolgend aber nicht weiter eingegangen, da diese bei Personenunternehmen in aller Regel wegen Anrechnung auf die Einkommensteuer keine zusätzliche steuerliche Belastung bewirkt.

c) Wichtig: die gesonderte Betrachtung jedes Rechtsverhältnisses

Bei Übergabeverträgen im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge gegen Gleichstellungsgeld sind immer drei Rechtsverhältnisse getrennt zu beachten und zu prüfen, nämlich das Verhältnis zwischen Übergeber und Übernehmer, Übernehmer und Drittem und Übergeber und Drittem. Dementsprechend muss der Notar im Blick haben, welche Auswirkungen die gewünschte Gestaltung auf alle drei Beteiligten hat, nämlich den Übergeber und den Übernehmer als materiell und formell Beteiligten und den Dritten als Empfänger des Gleichstellungsgeldes als zumeist nur mittelbar materiell Beteiligten.

Im Folgenden wird deshalb jeweils zuerst aus Sicht des Übergebers betrachtet, ob und ggfs. welche einkommenssteuerlichen Folgen die Übergabe gegen Gleichstellungsgeld für ihn hat, denn der Übergeber will in aller Regel bei der Übertragung seines Vermögens nicht mit Steuern belastet werden. Im Anschluss wird dann jeweils betrachtet, welche steuerlichen Auswirkungen die Transaktion für den Übernehmer und den Empfänger des Gleichstellungsgeldes (Dritter) hat.

► 2. Übertragung betrieblicher Sachgesamtheiten gegen Gleichstellungsgeld

a) Die wichtigsten Fälle betrieblicher Sachgesamtheiten

Die wichtigsten Einzelfälle betrieblicher Sachgesamtheiten, die in der Praxis auftreten, sind:

- Gewerbliches oder freiberufliches Einzelunternehmen
- Anteile an einer GbR
- Anteile an einer OHG und insbesondere
- Kommanditbeteiligungen

Ist der Kommanditist, wie häufig, zugleich Gesellschafter der Komplementär-GmbH, so bilden die Geschäftsanteile an der GmbH als Sonderbetriebsvermögen steuerlich zusammen mit der Kommanditbeteiligung die betriebliche Sachgesamtheit „Mitunternehmeranteil“. Es gilt deshalb der Grundsatz, dass zusammen mit der Kommanditbeteiligung auch die Geschäftsanteile an der Komplementär-GmbH übertragen werden müssen. Sonderbetriebsvermögen kann auch dergestalt vorliegen, dass der Kommanditist der KG ein Grundstück entgeltlich oder unentgeltlich überlässt. In diesen Fällen gilt das Vorstehende entsprechend, wie auch für entsprechende Grundstücksüberlassungen der Gesellschafter einer GbR oder OHG.

b) Wann das Gleichstellungsgeld Entgelt darstellt und wann nicht

Überträgt z.B. der Vater dem Sohn sein gewerbliches Einzelunternehmen und verpflichtet sich der Sohn dabei, seinen Bruder ganz oder teilweise auszuzahlen (Gleichstellungsgeld), hängt die Antwort auf die Frage, wann das Gleichstellungsgeld ein Entgelt darstellt und wann nicht, von der konkreten Art und Weise der Ausgestaltung des Gleichstellungsgeldes ab. Hierzu bietet es sich an, anhand des genannten Beispiels **Fallgruppen** zu betrachten:

(aa) Der Sohn soll das Gleichstellungsgeld an den Bruder aus eigenen Mitteln bestreiten

Nach allgemeiner Auffassung¹ liegt hier einkommenssteuerlich immer ein Entgelt vor, d.h. eine Gegenleistung des Sohnes für die Übertragung des Unternehmens durch den Vater. Auch eine Verpflichtung des Sohnes zu Sachleistungen aus eigenem Vermögen stellt ein Entgelt dar².

Ob sich aus dem Charakter des Gleichstellungsgeldes aus eigenen Mitteln des Sohnes als Entgelt für den Vater einkommenssteuerliche Folgen ergeben oder nicht, hängt aber vom konkreten Sachverhalt ab.

¹ Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Füssenich, EStG, 2020, § 16 Rdn. 312, 321, 325; Esskandari in von Oertzen/Loose, ErbStG, 2. Auflage, 2020, § 7 Rdn. 89; Schmidt/Wacker, EStG, 39. Auflage 2020, § 16 Rdn. 63; Groh DB 90, 2187/9.

² Schmidt/Wacker, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 63; BMF BStBl. I 93, 80 Rz. 24 i.V.m. Rz. 7 Satz 2.

Dazu zur Veranschaulichung das obige Beispiel in zwei Alternativen und mit Zahlen versehen:

Variante 1: Das vom Vater auf den Sohn übertragene Einzelunternehmen hat einen Verkehrswert von 1,2 Mio. € und einen steuerlichen Buchwert von 500 000,- €, der Sohn soll seinem Bruder zum Ausgleich 400 000,- € zahlen.

Variante 2: wie Variante 1, nur soll der Sohn an den Bruder jetzt 600 000,- € zahlen.

Grundsätzlich handelt es sich in beiden Varianten um die Veräußerung eines Gewerbebetriebs gemäß § 16 Abs. 1 EStG. In Variante 1 entsteht beim Vater aber kein Veräußerungsgewinn gemäß § 16 Abs. 1 EStG. Dagegen entsteht in Variante 2 beim Vater ein Veräußerungsgewinn von 100 000,- € (600 000,- € Entgelt ./. 500 000,- € Buchwert). Wie kann das sein? Es gilt die sogenannte Einheitstheorie³: ist die Gegenleistung (hier: das Gleichstellungsgeld) höher als der Buchwert des übertragenen Unternehmens, ist der Vorgang vollentgeltlich. Ist die Gegenleistung dagegen geringer als der Buchwert des Unternehmens, dann ist der Vorgang einkommensteuerlich nicht etwa – wie man denken könnte – teilentgeltlich, sondern vollunentgeltlich.

Es kann also in diesen Fällen genügen, wenn den Beteiligten angeraten wird, mit ihrem Steuerberater zu klären, ob das vorgesehene Gleichstellungsgeld zum Übergabezeitpunkt den steuerlichen Buchwert über- oder unterschreiten wird. Diejenigen Notare, denen das Lesen von Bilanzen nicht fremd ist, können aus der letzten Jahresbilanz eine erste Abschätzung vornehmen, wie die Werte zueinanderstehen.

Für den Übergeber (Vater) bleibt der Übergabevertrag in Variante 1 also ohne steuerliche Folgen.

Für den Übernehmer (Sohn) stellt sich die Rechtslage wie folgt dar: er erwirbt das Unternehmen aus einkommenssteuerlicher Sicht gemäß § 6 Abs. 3 EStG voll unentgeltlich und führt die Buchwerte fort, einkommenssteuerlich ist der Vorgang also auch für ihn ohne nachteilige⁴ steuer-

³ Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Füssenich, aaO, (Fußn. 1), § 16 Rdn. 137, 323 m.w.Nachw.

⁴ Wegen der Unentgeltlichkeit hat der Übernehmer freilich auch keine Anschaffungskosten, die er zukünftig gewinnmindernd abschreiben könnte; diesen Umstand kann man als steuerlich nachteilig ansehen. Bei Übergaben im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge kommt es dem Erwerber hierauf in der Regel aber auch nicht an, zumal ein Zielkonflikt zwischen Übergeber/Übernehmer besteht: wer Anschaffungskosten generieren will, hat zwangsläufig auch einen Veräußerungsgewinn auf Übergeberseite. Siehe dazu unten die Ausführungen zu Variante 2.

liche Folgen und sofern er die Gleichstellung in Geld vorzunehmen hat, bleibt es dabei auch. Schenkungssteuerlich ist der Vorgang aber teilentgeltlich, und zwar unabhängig davon, ob der Sohn das Unternehmen vom Vater zivilrechtlich als Schenkung unter Auflage oder als gemischte Schenkung übertragen erhält.⁵ Der Erwerb des Unternehmens vom Vater ist für den Sohn im Rahmen der §§ 13a,b ErbStG schenkungssteuerbefreit. Vom verbleibenden steuerpflichtigen Teil des Erwerbs kann der Übernehmer das Gleichstellungsgeld als Verbindlichkeit abziehen, allerdings nicht in voller Höhe, da der Abzug der Verbindlichkeit nach § 10 Abs. 6 Satz 4 ErbStG in dem Verhältnis beschränkt ist, als das Gleichstellungsgeld mit einem steuerbefreiten Erwerb in Zusammenhang steht⁶. Ob der persönliche Freibetrag von 400 000,- €, den der Sohn gegenüber seinem Vater hat, reicht, um den verbleibenden steuerpflichtigen Erwerb vollständig steuerfrei zu stellen, hängt im Einzelfall dann davon ab, ob und in welchem Umfang im übertragenen Einzelunternehmen nichtbegünstigtes Verwaltungsvermögen vorhanden ist.

Für den Dritten (Bruder) hat der Übergabevertrag Auswirkungen ab dem Zeitpunkt, indem er die 400 000,- € Gleichstellungsgeld ausbezahlt erhält. Diese Zahlung stellt in jedem Fall eine Schenkung gemäß § 7 Abs. 1 ErbStG dar. Es stellt sich allerdings die Frage, ob die Zuwendung schenkungssteuerlich vom Vater (Freibetrag: 400 000,- €) stammt oder vom Bruder (Freibetrag: 20 000,- €). Der BFH hat diese Frage in drei Entscheidungen in den letzten Jahren eindeutig entschieden: das Versprechen des Sohnes gegenüber seinem Vater, dem Bruder zur Gleichstellung einen Betrag in Höhe von 400 000,- € zu zahlen, stellt eine Schenkung des Vaters an den Bruder dar⁷. Eine freigebige Zuwendung des Sohnes an den Bruder scheidet aus, weil der Sohn gerade nicht freiwillig zahlt, sondern weil er sich dem Vater gegenüber verpflichtet hat.⁸ Je nach zivilrechtlicher Gestaltung realisiert der Dritte (Bruder) entweder eine freigebige Zuwendung im Sinne § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG oder einen Erwerb infolge Vollziehung einer Auflage bzw. Erfüllung einer Bedingung im Sinne § 7 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG. Der erste Fall ist gegeben, wenn der Dritte (Bruder) im Wege eines echten Vertrages zugunsten Dritter ein eigenes Forderungsrecht erwirbt; in diesem Fall ist der Schenkungssteuertatbestand bereits mit notarieller Beurkundung erfüllt. Im zweiten Fall, d.h. ohne Begründung eines Forderungsrechts des Dritten (Bruder), ist

der Schenkungssteuertatbestand erst dann erfüllt, wenn der Übernehmer (Sohn) seine Verpflichtung zur Leistung erfüllt. Da die Schenkung vom Vater stammt und der Bruder in diesem Verhältnis einen persönlichen Freibetrag in Höhe von 400 000,- € hat, in das Gleichstellungsgeld vorliegend in voller Höhe schenkungssteuerfrei.

In der Variante 2 hat der Übergabevertrag für den Übergeber (Vater) nun aber steuerliche Folgen. Er muss in unserem Beispiel einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 100 000,- € versteuern⁹ (Einkommenssteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer).

Auch für den Übernehmer (Sohn) stellt sich die Rechtslage (teilweise) anders dar, als in der Variante 1: er erwirbt das Unternehmen nun einkommenssteuerlich vollentgeltlich, d.h. er hat nunmehr Anschaffungskosten und darf und muss die Buchwerte der einzelnen Gegenstände des Anlagevermögens des übertragenen Unternehmens aufstocken.¹⁰ Schenkungssteuerlich ist der Vorgang für ihn nach wie vor teilentgeltlich, d.h. es liegt weiterhin eine gemischte Schenkung vor.

Für den Dritten (Bruder) ist es nun so, dass die Differenz zwischen den erhaltenen 600 000,- € und dem Freibetrag im Verhältnis zum Vater (400 000,- €), mithin ein Betrag von 200 000,- € der Schenkungssteuer unterliegt.

Es verschlechtert¹¹ sich in der Variante 2 im Vergleich zu der Variante 1 also die steuerliche Situation des Übergebers (Vaters) und des Dritten (Bruder), während der Übernehmer (Sohn) profitiert.

(bb) Der Sohn soll zur Gleichstellung eine ihm gehörende Immobilie an den Bruder übertragen

Für den Übergeber (Vater) ändert sich hier in der Variante 2¹² nichts, weil es für ihn aus einkommenssteuerlicher Sicht keinen Unterschied macht, ob das Gleichstellungsgeld als Geld- oder Sachleistung vereinbart bzw. erbracht wird.

5 Vgl. *Esskandari* in von Oertzen/Loose, aaO (Fußn. 1), § 7 Rdn. 59.

6 hier: soweit der Erwerb des Unternehmens nach §§ 13a, b ErbStG schenkungssteuerbefreit ist.

7 BFH, Beschl. v. 11.8.2014 – II B 131/13, BFH/NV 2015,5; BFH, Urteil v. 16.12.2015 – II R 49/14, BFHE 251, 513; BFH Urteil v. 7.11.2018 – II R 38/15, BStBl. II 2019, 325.

8 Vgl. Fußn. 7.

9 Wobei im Beispielfall unter den Voraussetzungen des § 16 Abs. 4 EStG ein Freibetrag in Höhe von 45 000,- € gewährt wird. Dieser Freibetrag wird bei Veräußerungsgewinnen, die 136 000,- € übersteigen, abgeschmolzen und entfällt ab einem Veräußerungsgewinn von 181 000,- € ganz.

10 Diese Erhöhung der Buchwerte erhöht das Abschreibungspotential, d.h. er kann seinen Aufwand (Zahlung des Gleichstellungsgeldes) verteilt über die Abschreibungsdauer der einzelnen Wirtschaftsgüter durch die eintretende Gewinnminderung teilweise amortisieren.

11 Hinsichtlich des Dritten (Bruder) ist dies natürlich eine rein steuerliche Bewertung. Tatsächlich erhält er hier 200 000,- € mehr, muss darauf nun aber 11 % Schenkungssteuer bezahlen.

12 Die Variante 1 ist – da es an einem Entgelt fehlt – in jedem Fall ohne Steuerfolgen für ihn.

Für den Übernehmer (Sohn) könnte der Vorgang nun aber gravierende Folgen haben. Ist die Spekulationsfrist¹³ noch nicht abgelaufen, kommt hier nämlich ein privates Veräußerungsgeschäft gemäß § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG in Betracht. Als solches wäre die Übertragung des Grundstücks auf den Bruder anzusehen. Der Bruder erbringt zwar keine Gegenleistung, so dass man daran denken könnte, dass es am notwendigen Veräußerungspreis fehlt. Veräußerungspreis können aber auch Leistungen sein, die der Veräußerer (hier: der Sohn) von einem Dritten erhält¹⁴ (hier: dem Vater). Veräußerungspreis wäre vorliegend also der Verkehrswert des Einzelunternehmens (in unserem Beispiel: 1,2 Mio. €). Hätte der Sohn seine Immobilie für z.B. 300 000,- € angeschafft, so erzielte er nunmehr einen Veräußerungsgewinn in Höhe von 900 000¹⁵ €, auf den Einkommenssteuer, Solidaritätszuschlag und Kirchensteuer erhoben werden. Dies gilt sowohl in Variante 1 als auch in Variante 2 und unabhängig davon, dass der Übergeber (Vater) in der Variante 1 für sich keinen Veräußerungstatbestand verwirklicht. Der Sohn hat nun aber in beiden Varianten Anschaffungskosten.

Da eine Veräußerung im Sinne § 23 Abs. 1 Nr. 1 EStG regelmäßig auch einen steuerbaren Vorgang im Sinne § 1 GrEStG darstellt¹⁶, stellt sich die Frage, ob der Dritte (Bruder) für den Erwerb der Immobilie Grunderwerbsteuer zu entrichten hat? Der BFH¹⁷ hat in drei Entscheidungen jüngerer Datums bestätigt, dass diese Fälle – Vereinbarung der Gleichstellung unter Geschwistern im Übergabevertrag des Übergebers mit einem Geschwister und nachfolgende Übertragung einer Immobilie vom übernehmenden Geschwister auf das andere Geschwister – ein steuerbarer Vorgang im Sinne § 1 GrEStG ist. Der BFH wendet aber in interpolierender Betrachtungsweise die Steuerbefreiungsvorschriften des § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG (Grundstücksschenkungen unter Lebenden) und des § 3 Nr. 6 GrEStG (Erwerb eines Grundstücks von in gerade Linie Verwandten) an und kommt so zur Steuerfreiheit in diesen Fällen.¹⁸

(cc) Der Sohn soll eine Sache aus dem übernommenen Unternehmen an seinen Bruder leisten

Ein Entgelt für die Übertragung des Unternehmens liegt nach überwiegender¹⁹ Auffassung in diesen Fall nicht vor. Der Übergeber (Vater) hat also keinen Veräußerungsgewinn zu versteuern. Für ihn ist der Übergabevertrag hier sowohl in Variante 1 als auch in Variante 2 ohne Steuerfolgen.

Für den Übernehmer (Sohn) stellt sich die Rechtslage parallel wie folgt dar: er erwirbt das Unternehmen hier sowohl in Variante 1 als auch in Variante 2 unentgeltlich gemäß § 6 Abs. 3 EStG.

Die Erfüllung seiner Verpflichtung gegenüber seinem Bruder soll nun aber bei ihm einkommensteuerliche Folgen auslösen. Soweit nämlich die Sache (z.B. Grundstück, PKW, Wertpapiere etc.) mittels derer er die Gleichstellung vorzunehmen hat, mehr wert ist (Verkehrswert), als der Wert mit dem diese in den Büchern des Unternehmens steht (Buchwert), entsteht gemäß § 16 Abs. 3 EStG ein nicht begünstigter Entnahmegewinn²⁰, der der Einkommensteuer, dem Solidaritätszuschlag und der Kirchensteuer unterliegt. Unproblematisch wäre indes die Zahlung eines Geldbetrages²¹ aus dem Unternehmen. Schenkungssteuerlich ist der Vorgang für ihn zwar nach wie vor teilentgeltlich, d.h. es liegt weiterhin eine gemischte Schenkung vor mit den oben dargestellten Vorteilen bei der Besteuerung. Sollte es sich bei der an den Bruder übertragenen Sache allerdings um eine wesentliche Betriebsgrundlage im Sinne § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 1 ErbStG handeln oder (bei Geldleistung) um eine Überentnahme im Sinne § 13a Abs. 6 Satz 1 Nr. 3 ErbStG, dann verliert er die schenkungssteuerliche Verschonung rückwirkend teilweise wieder.

Für den Dritten (Bruder) ändert sich im Ergebnis nichts²². Die Frage, ob die Übertragung eines Grundstücks vom Übernehmer (Sohn) auf den Dritten (Bruder) grunderwerbsteuerpflichtig ist, dürfte nach den bereits genannten drei neueren Entscheidungen des BFH auch dann zu verneinen sein, wenn das Grundstück nicht aus dem Privatvermögen des Übernehmers, sondern aus seinem (neuen) Betriebsvermögen stammt.

¹³ Vgl. § 23 Abs. 1 Satz Nr. 1 EStG.

¹⁴ *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen*, aaO (Fußn. 1), § 23 Rdn. 295 und § 17 Rdn. 403.

¹⁵ Kosten aus Vereinfachungsgründen außen vor lassend.

¹⁶ *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen*, aaO (Fußn. 1), § 23 Rdn. 76.

¹⁷ Vgl. Fußn. 7.

¹⁸ Vgl.; zu beachten ist, dass der BFH in allen drei Entscheidungen § 42 AO (Gestaltungsmissbrauch) geprüft hat, d.h. die Steuerfreiheit setzt in diesen Fällen einen außersteuerlichen Grund für die Übertragung voraus, so dass willkürliche Gestaltungen, die nur darauf abzielen, die Grunderwerbsteuer zu vermeiden, zum Scheitern verurteilt sind.

¹⁹ *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Füssenich*, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 313; *Schmidt/Wacker*, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 70; BFH GrS 4-6/89 BStBl. II 90, 847/53; BMF BStBl. I 93, 80, Rz 24, 8; a.A. *Groh* DB 90, 2187/9.

²⁰ *Schmidt/Wacker*, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 70; a.A. Mundt DStR 91, 698/702: es entsteht ein Entnahmegewinn des Übergebers; differenzierend BMF, aaO (Fußn. 19), Rz 32.

²¹ *Schmidt/Wacker*, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 70 e.E.

²² Für ihn macht es also keinen Unterschied, ob das Gleichstellungsgeld in einer Geld- oder Sachleistung besteht und ob diese aus dem steuerlichen Privat- oder Betriebsvermögen des Übernehmers stammt.

(dd) Der Sohn soll seinem Bruder eine Beteiligung oder ein Nutzungsrecht an dem übertragenen Unternehmen einräumen

Beides soll nach wohl h.M.²³ kein Entgelt sein. Die Einräumung einer Beteiligung für den Bruder könnte durch Aufnahme des Bruders als Kommanditist in eine dadurch gegründete Kommanditgesellschaft nach § 28 HGB bewerkstelligt werden. Eine solche Beteiligung stünde aber wohl konträr zum Ausgangspunkt, denn es wird Gründe geben, warum der Vater das Unternehmen nur einem Kind übergeben wollte. Insoweit naheliegender wäre die Einräumung eines Nutzungsrechts, z.B. eine Gewinn- oder Umsatzbeteiligung, ggfs. auch zeitlich befristet bis in Summe der Betrag des vorgestellten Gleichstellungsgeldes erreicht ist.

Für den Übergeber (Vater) ist beides wieder ohne Folgen bei der Einkommensteuer. Beim Übernehmer (Sohn) entfallen bei Einräumung einer Beteiligung für den Bruder die vorstehend dargestellten negativen Folgen der Erfüllung des Gleichstellungsgeldes durch Übertragung einer Sache „aus“ dem Unternehmen, denn die Einräumung der Kommanditbeteiligung an den Bruder ist gemäß § 6 Abs. 3 EStG ein unentgeltlicher Vorgang. Die Einräumung einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung bzw. die auf deren Basis erfolgenden Zahlungen dürften Entnahmen des Übernehmers aus dem Unternehmen sein. Der Dritte (Bruder) erhält wieder²⁴ eine freigebige Zuwendung seines Vaters, welche im Rahmen²⁵ der §§ 13a,b ErbStG auch der Verschonung zugänglich wäre.

(ee) Fazit

Bewertet man alle vorstehend dargestellten Konstellationen in Summe, so fällt auf, dass das Gleichstellungsgeld überwiegend nur – und wenn man so will: ausgerechnet – für den Dritten (Bruder) vorteilhaft ist. Soll das Gleichstellungsgeld höher als der Buchwert des übertragenen Unternehmens/Anteils sein, so zeigt sich, dass die Möglichkeiten dieses einkommensteuerneutral zu gewähren, eingeschränkt und für den Übernehmer und/oder Übergeber eher unattraktiv sind.

Vielleicht wäre es – jedenfalls in unserem Beispielfall – vorzugswürdig, wenn der Vater sein Einzelunternehmen durch Ausgliederung (§§ 152 ff. UmwG) zum Buchwert (§ 20 UmwStG) auf eine dadurch neu gegründete GmbH überträgt und danach eine Mehrheitsbeteiligung an den Sohn schenkt und eine Minderheitsbeteiligung an den Bruder, welche stimmrechtslos gestellt wird. Die Einflussnahme des Bruders mit der stimmrechtlosen GmbH-Beteiligung auf das Unternehmen wäre jedenfalls geringer als diejenige des Bruders mit einer Kommanditbeteiligung. Einkommenssteuerlich wäre sowohl die Ausgliederung als auch die Anteilsschenkung steuerneutral gestaltbar.

Alternativ könnte der Übergeber (Vater) – soweit das möglich ist – auch daran denken, Gelder vorab aus seinem Unternehmen²⁶ zu entnehmen, und diese parallel an den Dritten (Bruder) zu schenken, statt den Übernehmer (Sohn) mit einer Verpflichtung zur Gleichstellung zu belasten.

► 3. Übertragung steuerlichen Privatvermögens gegen Gleichstellungsgeld

a) Die wichtigsten Gegenstände steuerlichen Privatvermögens

Die in der Praxis wichtigsten Vermögensgegenstände des steuerlichen Privatvermögens sind:

- Immobilien
- Anteile an einer GmbH
- Wertpapiere

Steuerliches Privatvermögen liegt vereinfacht formuliert vor, wenn die vorgenannten Vermögensgegenstände dem Übergeber selbst gehören (also nicht z.B. seiner GmbH & Co. KG) und wenn sie keinem Unternehmen des Übergebers dienen oder zur Nutzung überlassen sind, also kein Sonderbetriebsvermögen²⁷ einer GbR, OHG oder KG darstellen oder – z.B. bei einem Grundstück – wegen Überlassung an die eigene GmbH eine Betriebsaufspaltung besteht²⁸ und auch nicht etwa in das Einzelunternehmen eingelegt wurden, was sich ggfs. aus der Bilanz ablesen ließe.

23 Schmidt/Wacker, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 71; Groh DB 90, 2187/9.

24 Vgl. Fußn. 7. In den drei genannten BFH-Entscheidungen ging es zwar jeweils um Immobilien, jedoch ist nicht ersichtlich, warum dies nicht auch für Beteiligungen an einer Personengesellschaft bzw. die Einräumung einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung gelten sollte.

25 Es ist allerdings sehr fraglich, ob hier die §§ 13a,b ErbStG tatsächlich anwendbar sind, denn der Vater, von dem die Zuwendung stammt, ist nie Gesellschafter der erst durch den Sohn gegründeten Personengesellschaft gewesen; bei der bloßen Einräumung einer Gewinn- oder Umsatzbeteiligung fehlt es bereits am Vorliegen begünstigungsfähigen Vermögens.

26 Bzw. bei der Beteiligung an einer Personengesellschaft von seinem Kapitalkonto II oder seinem Darlehenskonto in der Gesellschaft zu entnehmen.

27 Vgl. oben unter 2 a).

28 Durch die Betriebsaufspaltung werden dann auch die Anteile an der GmbH Betriebsvermögen.

(b) Trennungstheorie und Haltefristen

Bei der Übertragung von Gegenständen des steuerlichen Privatvermögens gegen Zahlung von Gleichstellungsgeldern ist das Bild im Hinblick auf die einkommenssteuerlichen Folgen differenzierter.

Die Rolle, die die „Einheitstheorie“ bei betrieblichen Sachgesamtheiten einnimmt, entspricht der Rolle der „Trennungstheorie“ beim steuerlichen Privatvermögen²⁹. Während es nach der Einheitstheorie bei betrieblichen Sachgesamtheiten darauf ankommt, ob das Gleichstellungsgeld höher oder niedriger als der Buchwert der übertragenen betrieblichen Sachgesamtheit ist und es hier entweder nur eine vollentgeltliche oder eine vollunentgeltliche Übertragung gibt, niemals aber eine teilentgeltliche Übertragung, ist die „Welt“ bei der Trennungstheorie komplementär: das Gleichstellungsgeld führt immer³⁰ zu einem teilentgeltlichen Geschäft, genaugenommen zur einer Aufspaltung (darum der Begriff „Trennungstheorie“) des einen (einheitlichen) Geschäfts (Übergabevertrag) in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil.

Die Entscheidung, ob der entgeltliche Teil des Geschäfts, d.h. die teilweise Übertragung des Vermögensgegenstandes des steuerlichen Privatvermögens gegen Gleichstellungsgeld, einkommensteuerlich zu einem steuerpflichtigen Vorgang führt oder nicht, ist abhängig davon, ob das übertragene Privatvermögen überhaupt steuerverstrickt ist; das ist – anders als bei Betriebsvermögen, das immer steuerverstrickt ist – nicht immer der Fall und hängt zum Teil von Haltefristen bzw. Besitzzeiten ab, zum Teil aber auch nicht. In Bezug auf die vorstehend aufgelisteten Vermögensgegenstände des steuerlichen Privatvermögens bedeutet dies Folgendes:

(aa) Immobilien

Hält³¹ der Übergeber zum Zeitpunkt der Übertragung eine Immobilie (unabhängig davon, ob, wie und von wem sie genutzt/bewohnt wurde) seit mehr als 10 Jahren oder hat

er sie (auch bei weniger als 10 Jahren Haltedauer³²) stets ausschließlich selbst bewohnt oder (z.B. nach vorhergehender Vermietung) wenigstens im Jahr der Übertragung und in den beiden vorangegangenen Jahren³³ selbst bewohnt, dann ist das Gleichstellungsgeld dem Grunde und der Höhe nach einkommenssteuerlich irrelevant.

Der Übergeber (Vater) erzielt keine steuerpflichtigen Erlöse. Der Übernehmer (Sohn) tritt in die steuerlichen Fußstapfen des Vaters ein. Grunderwerbsteuer fällt nicht an.³⁴ Der Dritte (Bruder) erhält eine im Rahmen der Freibeträge steuerfreie (Geld-) Schenkung des Vaters.

Liegt dagegen keine dieser begünstigten Fälle vor, dann entsteht ein steuerpflichtiger Veräußerungsgewinn, welcher – Trennungstheorie – sich aber nur aus dem entgeltlichen Teil des Übergabevertrages berechnet.

Dazu wieder ein **Beispiel**: der Vater überträgt dem Sohn eine Immobilie im Verkehrswert von 400 000,- € und verpflichtet den Sohn an seinen Bruder zur Gleichstellung 200 000,- € zu zahlen. Die Anschaffungskosten des Vaters betragen 300 000,- €.

Der Vorgang ist nach der Trennungstheorie in dem Verhältnis zwischen Verkehrswert des Zuwendungsgegenstands (hier: 400 000,- €) und Gegenleistung (hier: 200 000,- €) in einen entgeltlichen und einen unentgeltlichen Teil aufzuspalten³⁵. Vorliegend liegt also zu 50 % ein entgeltlicher und zu 50 % ein unentgeltlicher Vorgang vor. Von der Gegenleistung in Höhe von 200 000,- € sind nun zur Berechnung des Veräußerungsgewinns des Vaters dessen Anschaffungskosten abzuziehen. Wegen des teilentgeltlichen Charakters des Geschäfts sind diese nun aber nicht in voller Höhe (300 000,- €) anzusetzen, sondern nur in dem Umfang in dem das Geschäft entgeltlich ist, also zu 50 %. Der der Einkommensteuer unterfallende Veräußerungsgewinn des Vaters beträgt vorliegend also 50 000,- € (200 000,- € Gleichstellungsgeld ./. 150 000,- € Anschaffungskosten). Der Übernehmer (Sohn) erwirbt die Immobilie nun teilentgeltlich³⁶. Ist die Immobilie vermietet, hat er in Höhe der 200 000,- €, die er an seinen

29 Vgl. *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Füssenich*, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 140, 328;

Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen, aaO (Fußn. 1), § 23 Rdn. 238.

30 Nähert sich das Teil-Entgelt dem Verkehrswert stark an (ab ca. 80 %), dann liegt freilich ein vollentgeltliches Geschäft vor.

31 Entscheidend ist jeweils der Zeitpunkt des Abschlusses des schuldrechtlichen Verpflichtungsgeschäftes, also der Tag der Beurkundung des ursprünglichen Erwerbs durch den Übergeber (= Anschaffung) und der Tag der Übertragung der nämlichen Immobilie auf den Übernehmer (= Veräußerung). Unproblematisch lässt sich der Ablauf der 10-Jahres-Frist in den Fällen feststellen, in denen der notarielle Vertrag mit der jeweiligen Beurkundung zweifelfrei wirksam geworden ist bzw. wirksam wird.

32 Vgl. Fußn. 31.

33 Der Zeitraum vor dem Jahr der Veräußerung muss nicht die beiden vollen Kalenderjahre umfassen, so dass ein zusammenhängender Zeitraum von einem Jahr und zwei Tagen ausreichen kann, vgl. *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen*, aaO (Fußn. 1), § 23 Rdn. 191 unter Hinweis auf BFH, Urteil v. 3.9.2019, IX R 10/19, DStR 2019, 2471 und BMF v. 5.1.2000, BStBl. I 2000, 1383 Rz. 25.

34 § 3 Nr. 6 GrEStG (Erwerb von in gerader Linie verwandter Person) bzw. § 3 Nr. 2 Satz 1 GrEStG (soweit eine Schenkung unter Lebenden vorliegt).

35 Vgl. *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Füssenich*, aaO (Fußn. 1), § 16 Rdn. 328; *Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen*, aaO (Fußn. 1), § 23 Rdn. 238.

36 Aber wieder Grunderwerbsteuerfrei, vgl. Fußn. 34.

Bruder zahlt, zusätzliches Abschreibungsvolumen, das sich über die steuerliche Laufzeit der Immobilie als alljährlicher steuermindernder Aufwandsposten bemerkbar macht. Bei einer etwaigen Weiterveräußerung der Immobilie muss er berücksichtigen, dass für den entgeltlich erworbenen Teil der Immobilie mit Abschluss des notariellen Übergabevertrages eine neue 10-Jahres-Frist zu laufen begonnen hat, während er hinsichtlich des unentgeltlich erworbenen Teils der Immobilie die zu Zeiten des Übergebers (Vater) bereits angelaufene 10-Jahres-Frist fortführt. Für den Bruder ändert sich dagegen nichts.

Abwandlung: Der Sohn soll jetzt zur Gleichstellung nicht 200 000,- € an seinen Bruder zahlen, sondern eine Immobilie im Wert von 200 000,- € an den Bruder übertragen. Die Anschaffungskosten des Sohnes betragen 100 000,- €.

Ist der Sohn mit der zu übertragenden Immobilie außerhalb der Spekulationsfrist, dann ändert sich nichts. Ist er noch innerhalb der 10-Jahres-Frist und liegt keiner der oben genannten Ausnahmetatbestände vor, dann kann es sein, dass neben dem Vater nun auch der Sohn einen Veräußerungsgewinn erzielt. Es liegt hier ein Tausch vor, der Veräußerungspreis bemisst sich nach dem gemeinen Wert der empfangenen Gegenleistung³⁷, beträgt also 400 000,- € (Wert des Grundstücks des Vaters). Hiervon sind die Anschaffungskosten des Sohnes (100 000,- €) abzuziehen, so dass sich ein Veräußerungsgewinn in Höhe von 300 000,- € für den Sohn ergibt. Wie bereits ausgeführt³⁸, fehlt es zwar an der Gegenleistung des Bruders, es ist für eine Veräußerung aber ausreichend, dass der Sohn eine Leistung seitens seines Vaters erhält.³⁹ Der Veräußerungsgewinn des Vaters fällt in dieser Konstellation nicht etwa weg, wie man denken könnte. Beim Tausch von Grundstücken gibt es vielmehr zwei Grundstücksveräußerungen⁴⁰. Vater und Sohn sind jeweils einmal Verkäufer und einmal Käufer. Dass der Vater von seinem Sohn nichts erhält, sondern dessen Bruder, ändert am Veräußerungstatbestand nichts, denn der Veräußerungspreis umfasst alles, was der Veräußerer (oder auf dessen Veranlassung ein Dritter⁴¹) vom Erwerber erhält⁴². Die Situation des Bruders bleibt unverändert; im Rahmen der genannten drei Entscheidungen des BFH ist der Vorgang für ihn auch wieder grunderwerbsteuerfrei.⁴³

37 Vgl. Schmidt/Weber-Grellet, aaO (Fußn. 1) § 23 Rdn. 71; Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen, aaO (Fußn. 1), § 17 Rdn. 412 und § 23 Rdn. 294.

38 Vgl. oben unter 2. b) (bb).

39 Vgl. Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen, aaO (Fußn. 1), § 23 Rdn. 295.

40 Vgl. § 1 Abs. 5 GrEStG, der diesen Gedanken für die Grunderwerbsteuer deklaratorisch festhält.

41 Hier also der Bruder.

42 Vgl. Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen, aaO (Fußn. 1), § 17 Rdn. 403 zur gleichgelagerten Situation bei Anteilen.

43 Vgl. Fußn. 7.

(bb) GmbH-Anteile

Hier kommt es nicht darauf an, wie lange der Übergeber die Anteile bereits hält. Es kommt aufgrund des Gleichstellungsgeldes in jedem Fall zu einem „teilweisen“ Veräußerungsgewinn. Es gelten dieselben Grundsätze wie vorstehend zur Übertragung von Immobilien dargestellt.⁴⁴

(cc) Wertpapiere

Wegen der vielerlei Arten von Wertpapieren und ihrer sehr detailliert geregelten Besteuerung⁴⁵ soll im Rahmen dieses Beitrags nur darauf hingewiesen werden, dass die frühere Spekulationsfrist von einem Jahr, nach deren Ablauf die Veräußerung steuerfrei erfolgen konnte, 2009 weggefallen ist und seither ein etwaiger Veräußerungsgewinn unabhängig von der Haltedauer steuerpflichtig ist. Werden als Gleichstellungsgeld also Wertpapiere übertragen, so ist auch die so harmlos klingende „Umschreibung des Depots“ ein teilentgeltlicher Vorgang.

4. Fazit

Die steuerlichen Folgen des Gleichstellungsgeldes komplizieren Übergabeverträge im Rahmen der vorweggenommenen Erbfolge. Deshalb sollte schon in der Beratung dringend zur Einbeziehung des Steuerberaters der Beteiligten geraten werden. Oder man sucht eine Gestaltung, die Gleichstellungsgelder überflüssig macht. In manchen Fällen vermag eine vorhergehende Umstrukturierung die Notwendigkeit eines Gleichstellungsgeldes zu reduzieren, in dem das Geschwister gesellschaftsrechtlich miteinbezogen wird. Wo das Bedürfnis eines Gleichstellungsgeldes dadurch entsteht, dass der Übergeber nur eine Immobilie hat und diese nur an den einen Abkömmling übergehen soll, auch um z.B. zu vermeiden, dass eine Bruchteilsgemeinschaft mehrerer Kinder entsteht, wäre in geeigneten Fällen zu erwägen, zuvor eine Aufteilung in Wohnungseigentum vorzunehmen, so dass alle Abkömmlinge mit Wohnungseigentum bedacht werden könnten. Schließlich mag in manchen Fällen statt eines Gleichstellungsgeldes an das Geschwister eine Anrechnung der Zuwendung auf den Erb- und/oder Pflichtteil des Übernehmers ausreichend sein oder das nicht bedachte Kind wird durch letztwillige Verfügung (z.B. einen Erbvertrag) mit einem ausgleichenden Vorausvermächtnis bedacht.

44 Vgl. Kirchhof/Kulosa/Ratschow/Trossen, aaO (Fußn. 1), § 17 Rdn. 534.

45 Vgl. § 20 Abs. 2, 4, 4a EStG und das Investmentsteuergesetz (InvStG).

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung

von Andreas Panz¹, Markus Schenk² und Martina Weisheit³

Dies ist Teil 2 der fortan in regelmäßigen Abständen erscheinenden Übersicht einer natürlich subjektiv geprägten Auswahl unterschiedlicher Autoren für den Bereich der Nachfolgeplanung interessanter Themen aus dem Zivil- und Steuerrecht.

A. Aktuelles aus dem Zivilrecht

I. Reform des Personengesellschaftsrechts

Wie bereits im vergangenen Heft angekündigt, möchten wir an dieser Stelle über die Einzelheiten des Gesetzesentwurfs zur Neuordnung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) berichten und dabei einzelne, mit Fokus auf die Nachfolgeplanung für die Praxis interessante Aspekte aus dem bislang vorliegenden Referentenentwurf aufgreifen.

1. Rechtsfähigkeit der GbR

1.1 Ausgestaltung

Künftig kann durch Vereinbarung festgehalten werden, ob eine GbR rechtsfähig oder nicht rechtsfähig ist (§ 705 Absatz 2 BGB-E). Dabei regelt § 740 BGB-E den Umfang der auf nicht rechtsfähige GbRs anwendbaren Vorschriften.

Hinsichtlich der rechtsfähigen GbR⁴ wird dabei zwischen der eingetragenen GbR (eGbR) und der nicht eingetragenen GbR unterschieden, wobei eine eingetragene GbR im sog. „Gesellschaftsregister“ nach § 707 BGB-E zu registrieren ist, was insbesondere für grundbesitzhaltende GbRs von Bedeutung sein wird.

Der dadurch für bestimmte Rechtsgeschäfte faktisch herbeigeführte Eintragungszwang wird dabei über das neu

eingeführte Gesellschaftsregister abgebildet, das selbstständig neben das Handels-, Vereins- und Genossenschaftsregister tritt.

Nach Eintragung muss die GbR den Namenszusatz „eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ oder „eGbR“ führen. Die Anmeldung zum Gesellschaftsregister soll jedoch grundsätzlich freiwillig sein und ist insbesondere nicht zur Erlangung der Rechtsfähigkeit erforderlich.

Eine Registrierung dürfte sich jedoch insbesondere für GbRs lohnen, die umfassend am Wirtschaftsleben teilnehmen: Bisher ist es Geschäftspartnern nämlich nicht möglich, sich Gewissheit über den Gesellschafterbestand oder die Vertretungsverhältnisse einer GbR zu verschaffen. Durch die öffentliche Registrierung wird dem Wirtschaftsverkehr dahingehend zu Rechtssicherheit verholfen und Vertrauen geschaffen.

Dies betrifft in der Praxis vor allem Immobiliengesellschaften, die häufig in der Rechtsform der GbR gegründet werden. Nach der Neuordnung des § 47 Absatz 2 GBO-E gilt künftig Folgendes: *„Für eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts soll ein Recht nur eingetragen werden, wenn sie im Gesellschaftsregister eingetragen ist.“*

Bereits im Grundbuch eingetragene Gesellschaften bürgerlichen Rechts, die eine Verfügung über ein Grundstücksrecht treffen wollen, müssen also fortan die Eintragung in das Gesellschaftsregister nachholen, um dem Regelungsgehalt des § 47 Absatz 2 GBO-E zu entsprechen. Damit ergibt sich für Immobiliengesellschaften ein faktischer Zwang zur Eintragung in das neue Register.

Eine bislang nicht eingetragene GbR, die sich dazu entschließt, rechtliche Maßnahmen vorzunehmen, die eine Eintragung in einem Register (z. B. dem Grundbuch oder dem Handelsregister) erfordern, muss in dem neuen Gesellschaftsregister voreingetragen sein.

§ 705 Absatz 2 BGB-E regelt dabei ferner, dass eine rechtsfähige GbR im Hinblick auf deren Rechtsfähigkeit der OHG oder KG gleichgestellt wird, weswegen die rechtsfähige GbR also künftig gesichert als Erbin eingesetzt werden kann⁵.

¹ Andreas Panz ist Württ. Notariatsassessor und Zert. Testamentsvollstrecker (AGT) und als Counsel bei Ebner Stolz, Stuttgart im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge tätig.

² Markus Schenk ist Rechtsanwalt und Steuerberater und als Counsel bei Ebner Stolz, Stuttgart, im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge tätig.

³ Martina Weisheit ist Rechtsanwältin und Steuerberaterin und als Counsel bei Ebner Stolz, Stuttgart im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge tätig.

⁴ An der schenkungsteuerlichen Transparenz der GbR ändert sich durch die ausdrückliche Rechtsfähigkeit nichts, da die bisherige Rechtsprechung des BFH hierzu (BFH 5. Februar 2020, II R 9/17, BStBl. 2020, 658) weiterhin Anwendung findet, sodass z.B. eine disquotale Einlage in eine GbR weiterhin als Zuwendung an die übrigen Gesellschafter dieser GbR anzusehen ist.

1.2 Übertragung von Gesellschaftsanteilen

Im Referentenentwurf findet sich eine Abkehr vom bisherigen Grundprinzip des § 727 BGB, wonach die Gesellschaft bei Tod eines Gesellschafters grundsätzlich aufgelöst wird.

Die Todesfallregelung des § 727 BGB soll künftig durch § 723 BGB-E⁶ ersetzt werden. Dieser ist dem Rechtsgedanken des § 131 Absatz 3 Satz 1 HGB nachgebildet, wonach gesetzlich für die GbR die Fortsetzungsklausel gilt. Danach scheidet der verstorbene Gesellschafter aus der GbR aus, die übrigen Gesellschafter führen die GbR fort.

Damit wird das derzeitige Manko, dass in den Liquidationsanspruch einer gemäß § 727 BGB mit dem Tod eines Gesellschafters aufgelösten GbR faktisch dessen Erben in freier Nachfolge nachrücken, fortan vermieden.

Doch können auch weiterhin Erbengemeinschaften nicht Gesellschafter einer Personengesellschaft werden (§ 711 Absatz 2 BGB-E), wobei dieser Grundsatz über §§ 105 Absatz 2 HGB-E, 161 Absatz 2 HGB-E und 1 Absatz 4 PartGG entsprechende Anwendung auf die OHG, KG und PartG findet, sodass weiterhin die Erben in Sonderrechtsnachfolge in den Gesellschaftsanteil eintreten⁷.

Unverändert bleibt, dass die Übertragung von Gesellschaftsanteilen gemäß § 711 BGB-E dem allseitigen Zustimmungserfordernis der Gesellschafter unterworfen ist und im Wege der Sonderrechtsnachfolge vollzogen wird.

Der Gesellschaftsvertrag kann hiervon im Wege der antizipierten Zustimmung Abweichungen vorsehen.

Ein Formerfordernis für den Abschluss eines Gesellschaftsvertrags und die Übertragung von GbR-Anteilen besteht nach wie vor nicht, auch wenn zum Gesellschaftsvermögen Gegenstände gehören, bei denen die Übertragung oder die hierauf gerichtete Verpflichtung (§§ 311b Absatz 1 Satz 1 BGB, 925 BGB) für sich genommen formbedürftig ist.

5 Aufgrund der schenkungsteuerlichen Transparenz werden auch im Falle der Erbeinsetzung der GbR die Gesellschafter der GbR gemäß § 3 ErbStG als Erwerber anzusehen sein.

6 Gewerbesteuerliche Folgen, für den Fall, dass nicht Berufsträger in die Gesellschaftserstellung einer Freiberufler-GbR nachrücken, werden mit der gesetzlichen Fortsetzungsklausel ebenfalls vermieden.

7 Auch künftig ist es daher erforderlich, dass Testament und Gesellschaftsvertrag aufeinander abgestimmt sind, da andernfalls Brüche und eine Versagung der Buchwertneutralität nach § 6 Absatz 3 EStG drohen, wenn aufgrund des Übergangs von Sonder-BV auf andere Personen dem Nachfolger in den Gesellschaftsanteil kein gesamter Mitunternehmeranteil mitsamt dem funktional-wesentlichen Sonder-BV zugewandt wird.

Um Registerblockaden für eingetragene GbRs nach Erbfällen zu vermeiden, sieht § 707 Absatz 4 Satz 2 BGB-E vor, dass die Anmeldung zum Gesellschaftsregister⁸ ohne Mitwirkung der Erben erfolgen kann, sofern einer solchen Mitwirkung besondere Hindernisse entgegenstehen.

1.3 Fortsetzung der GbR mit den Erben

Eine weitere Neuregelung sieht § 724 Absatz 1 BGB-E vor, wonach bei Tod eines Gesellschafters jeder Erbe gegenüber den anderen Gesellschaftern beantragen kann, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten eingeräumt wird und der auf ihn entfallende Anteil des Erblassers als seine Kommanditeinlage anerkannt wird.

Dies wird daher insbesondere für vermögensverwaltende GbRs ein interessanter Aspekt im Rahmen der Vermögensnachfolgeplanung werden, da diesen nach § 105 Absatz 2 HGB die Rechtsformen der OHG bzw. nach § 161 Absatz 2 HGB der KG offenstehen⁹, ebenso wie für Freiberufler-GbRs gemäß § 107 Absatz HGB-E bei entsprechendem Größenzuschnitt.

Ferner besteht ein Sonderkündigungsrecht der Mitgliedschaft, falls eine entsprechende Umwandlung der Gesellschaftserstellung in eine Kommanditgesellschaft auf Antrag von den übrigen Gesellschaftern versagt wird (§ 724 Absatz 2 BGB-E).

1.4 Vermeidung einer Betriebsaufspaltung durch eine Regel-GbR mit Einstimmigkeit

Nach derzeit geltendem Recht gilt gemäß § 709 BGB das Einstimmigkeitsprinzip, wonach, solange gesellschaftsvertraglich keine Abweichung vereinbart ist, ein einziger Nur-Besitzer-Gesellschafter das Entstehen einer Betriebsaufspaltung verhindern kann. Nach einem Urteil des FG München¹⁰ soll dies auch für den Fall gelten, dass der Nur-Besitzer-Gesellschafter lediglich zu 0 % an der Gesellschaft beteiligt ist.

Dieses Einstimmigkeitsprinzip wurde auch in § 714 BGB-E weiterhin beibehalten, weswegen kein Anpassungsbedarf entsteht, wenn Betriebsaufspaltungen vermieden werden sollen.

8 Entgegen dem sonst geltenden Grundsatz des § 707 Absatz 4 Satz 1 BGB-E, wonach Anmeldungen zum Gesellschaftsregister von sämtlichen Gesellschaftern zu bewirken sind.

9 Zu beachten sein werden die weiteren steuerlichen Konsequenzen der Kommanditistenstellung nach § 15a EStG, ebenso wie eine sich ggf. ergebende Buchführungspflicht bei vermögensverwaltenden Gesellschaften.

10 24. November 2019, 12 K 1094/09, DStRE 11, 1053.

Darüber hinaus sieht § 715 BGB-E eine gemeinschaftliche Geschäftsführung der Gesellschafter vor, die durch eine gemeinsame Vertretung aller Gesellschafter nach § 720 BGB-E flankiert wird, weswegen künftig Vertretung und Geschäftsführung gesondert geregelt werden.

1.5 Regelungen zur Einheits-GmbH & Co. KG

Gestalterische Konstruktionen zur Ausübung der Rechte in der Gesellschafterversammlung der Komplementär-GmbH für den Fall, dass die einzige persönlich haftende Gesellschafterin einer KG eine Kapitalgesellschaft ist, an der die KG wiederum selbst alle Anteile hält, gehören künftig der Vergangenheit an: Der neu eingefügte § 170 Absatz 2 HGB-E sieht für diesen Fall vor, dass die Gesellschafterrechte von den Kommanditisten wahrgenommen werden.

1.6 Freiberufler-KG

OHG und KG werden künftig gemäß § 107 Absatz 1 Satz 2 HGB-E dem Grunde nach für freie Berufe geöffnet, soweit das anwendbare Berufsrecht¹¹ die Eintragung in das Handelsregister zulässt. Eine gewerbliche Tätigkeit des aktuellen § 105 Absatz 2 HGB entfällt damit für Freiberuflergesellschaften, wobei dies unter Umständen eine Besteuerung nach § 18 EStG eröffnen kann.

1.7 Umwandlungen / Statuswechsel

Bedeutsam für die Praxis ist auch die Änderung des Umwandlungsgesetzes: Die GbR wird aktiv und passiv umwandlungsfähig und aus ihr heraus als Ausgangsrechtsträger kann in alle anderen Rechtsformen gewechselt werden, so wie dies bisher schon den Personenhandelsgesellschaften erlaubt war.

Bislang konnte die GbR gemäß § 191 Absatz 2 Nr. 1 UmwG lediglich Zielrechtsform eines Formwechsels sein.

Durch die Neufassung des § 191 Absatz 1 Nr. 1 UmwG-E kann die GbR nunmehr selber formwechselnder Rechtsträger sein und eine neue Rechtsform – konkret die Rechtsform einer Kapitalgesellschaft (z. B. GmbH) oder einer eingetragenen Genossenschaft (vgl. § 214 UmwG-E) – annehmen.

Umgekehrt kann aus allen Rechtsformen in die GbR gewechselt werden entsprechend den Regelungen für Personenhandelsgesellschaften. Dies ist sehr zu begrüßen.

Zusätzlich zum neuen Register soll künftig ferner ein „Statuswechsel“ ermöglicht werden (§ 707c BGB-E). Durch den Statuswechsel soll einer GbR die Möglichkeit eröffnet werden, zwischen dem neu geschaffenen Gesellschaftsregister und dem Handelsregister zu wechseln.

Hierdurch wird der rechtssichere Übergang von einer Form der Personengesellschaft in eine andere Personengesellschaft sichergestellt. Es bestehen keine Vorschriften über den Bestand der Gesellschafter. Treffen die Gesellschafter im Rahmen des Statuswechsels dazu keine Vereinbarung, so bleiben die bis dahin bestehenden Gesellschafterverhältnisse unverändert und werden durch den Statuswechsel nicht beeinflusst.

Der Statuswechsel erfolgt außerhalb des Umwandlungsgesetzes und ermöglicht der GbR beispielsweise den Wechsel in das Handelsregister, sofern die Geschäftstätigkeit einer im Register eingetragenen GbR ausgeweitet wird und nachträglich einen in kaufmännischer Weise eingerichteten Gewerbebetrieb erfordert.

1.8 Ausblick

Mit dem Regierungsentwurf zum MoPeG wurde ein wichtiger Schritt in Richtung Neugestaltung des Rechts der rechtsfähigen GbR getan. Nachdem das MoPeG in der Literatur Zustimmung auf breiter Front erfährt, ist davon auszugehen, dass der vorliegende Referententwurf – mitunter lediglich geringfügig modifiziert – Gesetz werden wird. Allerdings muss der Gesetzesentwurf noch den Bundesrat und Bundestag passieren. Das Gesetz soll dann frühestens am 1. Januar 2023 in Kraft treten.

Weitere Aspekte des Entwurfs werden wir auch künftig in unserer Schwerpunktreihe erörtern.

B. Aktuelles aus dem Steuerrecht

I. Aktuelles zur Grunderwerbsteuer

1. Jahressteuergesetz 2020

Das Jahressteuergesetz 2020 sieht Änderungen im GrEStG vor, die Flurbereinigungsverfahren, Baulandumlegung, Verspätungszuschläge und den Brexit betreffen. Nicht enthalten sind die Änderungen zu Share Deals (siehe dazu unten 2.).

¹¹ Das Berufsrecht der Steuerberater und Wirtschaftsprüfer - die sich besonders häufig mit Rechtsanwälten in interdisziplinären Sozietäten wiederfinden - müsste für einen breiten Zugang zur Personenhandelsgesellschaft reformiert werden. Der Weg in die Personenhandelsgesellschaft steht diesen Berufsgruppen durch ihre Berufsordnungen zwar bereits ausdrücklich offen. Dies gilt allerdings nur mit der ausdrücklichen Einschränkung, dass die Berufsausübungsgesellschaft jedenfalls in der Nebentätigkeit treuhänderische (und damit gewerbliche) Aufgaben wahrnimmt.

1.1 Allgemeine Änderungen

Durch die Änderungen in § 1 Absatz 1 Nummer 3 Satz 2 lit. a) und b) GrEStG soll erreicht werden, dass nur Zuteilungen, die auf einer Flurbereinigung oder einer Baulandumlegung beruhen, befreit sind und in Abgrenzung dazu freiwillige Vermögensdispositionen des Eigentümers nicht von der Befreiung umfasst sind. Voraussetzung für die Befreiung ist nun, dass in Flurbereinigungs- und Baulandumlegungsverfahren ein sich aus dem Wert des eingebrachten Grundstücks ergebender Sollanspruch auf Zuteilung eines beteiligten Eigentümers den Wert des eingebrachten Grundstücks nicht um mehr als 20 % übersteigt. Fraglich ist, ob dies als Freigrenze oder Freibetrag zu verstehen ist. *Halaczinsky* plädiert mit Verweis auf die Gesetzesbegründung für einen Freibetrag¹², so dass nur ein 20 % übersteigender Mehrerwerb steuerpflichtig wäre.

Verspätungszuschläge verteuern sich. Besteht eine Anzeigepflicht nach § 19 GrEStG, kann bei verspäteter Anzeige ein Verspätungszuschlag nach § 152 AO festgesetzt werden. Die Neuregelung in dem neuen § 19 Absatz 6 GrEStG sieht vor, dass die Höhe des Verspätungszuschlags nicht mehr, wie bislang EUR 25,00 für jeden angefangenen Monat, sondern 0,25 % der festgesetzten Steuer, mindestens jedoch EUR 25,00 für jeden angefangenen Monat der Verspätung beträgt. Die Deckelung auf EUR 25.000,00 Verspätungszuschlag entfällt außerdem. Dies wird dadurch erreicht, dass § 152 Absatz 6 AO nicht mehr anzuwenden ist und die Begrenzung der Höhe des Verspätungszuschlags nach § 152 Absatz 10 AO keine Anwendung mehr findet.

Die Regelungen gelten nach § 23 Absatz 17 GrEStG für Erwerbsvorgänge, die nach dem 28. Dezember 2020 verwirklicht werden.

1.2 Brexit

Änderungen in den §§ 5 und 6 GrEStG bewirken, dass insbesondere Gesellschaften in der Rechtsform der britischen Limited mit Geschäftsleitung im Inland die Steuervergünstigung der §§ 5 und 6 GrEStG nicht alleine durch den Brexit verlieren. Die Neuregelung gilt rückwirkend bereits für Erwerbe, die nach dem 31. Januar 2020 verwirklicht worden sind.

2. Reform des Grunderwerbsteuergesetzes bei Share Deals

Sog. Ergänzungstatbestände, bei denen ein Rechtsträgerwechsel fingiert wird, wurden insbesondere im Bereich großer Immobiliengeschäfte, bei denen um die zu übertragenden Grundstücke ein Gesellschaftsmantel gelegt

wurde, als missbrauchsanfällig erachtet, weshalb die Länderfinanzminister bereits im Rahmen der Finanzministerkonferenz vom 21. Juni 2018 Verschärfungen für die Grunderwerbsteuer beschlossen. Mit dem Regierungsentwurf zur Grunderwerbsteuerreform vom 31. Juli 2019 der Bundesregierung¹³ wurde das Gesetzgebungsverfahren eingeleitet und bis heute nicht umgesetzt.

Neben den sog. Grundtatbeständen des § 1 Absatz 1 GrEStG, insbesondere dem Kaufvertrag, sieht das Grunderwerbsteuergesetz in § 1 Absatz 2 bis Absatz 3a GrEStG Ergänzungstatbestände vor, bei denen ein Rechtsträgerwechsel fingiert wird, ohne dass das Grundstück selbst übertragen wird. Zu den Ergänzungstatbeständen zählen die Verwertungsbefugnis für ein Grundstück (§ 1 Absatz 2 GrEStG), die Übertragung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Personengesellschaft innerhalb von fünf Jahren (§ 1 Absatz 2a GrEStG), die Anteilsvereinigung bzw. die Übertragung vereinigter Anteile von mindestens 95 % an einer grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft (§ 1 Absatz 3 GrEStG) und die wirtschaftliche Vereinigung von mindestens 95 % der Anteile an einer grundbesitzenden Personen- oder Kapitalgesellschaft (§ 1 Absatz 3a GrEStG).

Die Reform sieht eine Verlängerung der bisherigen Fünfjahresfristen auf zehn Jahre vor. Außerdem soll bei sämtlichen Ergänzungstatbeständen die relevante Beteiligungshöhe von mindestens 95 % auf mindestens 90 % der Anteile abgesenkt werden. Vorgesehen ist zudem ein neuer Ergänzungstatbestand (§ 1 Absatz 2b GrEStG-E) für sog. Share Deals bei grundbesitzenden Kapitalgesellschaften; danach soll der unmittelbare oder mittelbare Erwerb von mindestens 90 % der Anteile an einer grundbesitzenden Kapitalgesellschaft innerhalb von zehn Jahren der Grunderwerbsteuer unterliegen, wie dies bereits nach § 1 Absatz 2a GrEStG für Personengesellschaften der Fall ist.

Ende 2019 wurde die Reform wegen verfassungsrechtlicher Zweifel bis auf Weiteres vertagt. Die Bundesländer, denen durch die bislang legalen Gestaltungen, wie Share Deals, hohe Steuereinnahmen entgehen, drängen auf die Reform.

3. Neuer Ländererlass zur Konzernklausel (§ 6a GrEStG)

Nach der sog. Konzernklausel des § 6a GrEStG sind grunderwerbsteuerbare Vorgänge im Zusammenhang mit Umstrukturierungen im Konzern von der Grunderwerbsteuer befreit.

¹² *Halaczinsky* in: ErbStB 2021, S. 86.

¹³ Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes, BR-Drucks. 355/19 vom 9. August 2019, BT-Drucks. 19/13437 vom 23. September 2019.

§ 6a GrEStG nennt die Umwandlung im Sinne des § 1 Absatz 1 Nr. 1 bis 3 des UmwG, die Einbringung oder einen anderen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage als Fälle, in denen Grunderwerbsteuer nicht erhoben wird. Die Konzernklausel erfasst Umwandlungsvorgänge wie die Verschmelzung (§ 1 Absatz 1 Nr. 1 UmwG), die Spaltung (Aufspaltung, Abspaltung, Ausgliederung, § 1 Absatz 1 Nr. 2 UmwG) und die Vermögensübertragung (§ 1 Absatz 1 Nr. 3 UmwG).

Weitere Voraussetzung ist, dass an diesen Rechtsvorgängen ausschließlich ein herrschendes Unternehmen und ein oder mehrere von diesem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften oder mehrere von einem herrschenden Unternehmen abhängige Gesellschaften beteiligt sind. Für die Definition der Abhängigkeit in diesem Sinne greift das Grunderwerbsteuergesetz den Zeitraum von fünf Jahren und eine Beteiligungsquote von 95 % auf. Abhängig ist eine Gesellschaft danach, wenn an deren Kapital oder Gesellschaftsvermögen das herrschende Unternehmen innerhalb von fünf Jahren vor dem Rechtsvorgang und fünf Jahren nach dem Rechtsvorgang unmittelbar oder mittelbar oder teils unmittelbar, teils mittelbar zu mindestens 95 % ununterbrochen beteiligt ist.

Der BFH äußerte sich in sieben Urteilen vom 21. und 22. August 2019 zur Anwendung der Konzernklausel (AZ II R 15/19 bis 21/19). Daraufhin hat die Finanzverwaltung ihre bisherigen Erlasse vom 19. Juni 2012 (BStBl. I Seite 662) aufgehoben und durch neue gleichlautende Erlasse zur Anwendung des § 6a GrEStG¹⁴ ersetzt. Danach wird an der früheren Verwaltungsauffassung zu dem Begriff „Verbund“ nicht weiter festgehalten. Die Steuervergünstigung des § 6a GrEStG ist nicht grundstücksbezogen. § 6a GrEStG stellt nicht auf den Verbleib der durch den Umwandlungsvorgang übergehenden Grundstücke, sondern allein auf die Beteiligungsverhältnisse ab. Änderungen in der Grunderwerbsteuerrechtlichen Zurechnung der Grundstücke in den Vor- und Nachbehaltensfristen sind somit unbeachtlich.

II. Reform des Gemeinnützigkeitsrechts mit dem Jahressteuergesetz 2020

Mit dem Jahressteuergesetz 2020 hat der Gesetzgeber eine seit Jahren diskutierte weitreichende Reform des Gemeinnützigkeitsrechts umgesetzt. Die Änderungen ori-

entieren sich an den praktischen Bedürfnissen gemeinnütziger Körperschaften und Organisationen und sollen Erleichterungen gerade im Bereich der Kooperation gemeinnütziger Organisationen und Konzernstrukturen sowie gemeinnütziger Fördertätigkeiten bringen. Die Gesetzesänderungen traten weitgehend am 29. Dezember 2020 in Kraft. Nachfolgend werden die wesentlichen Änderungen kurz beleuchtet:

1. Erweiterung des Katalogs gemeinnütziger Zwecke und der Zweckbetriebe

Der grundsätzlich abschließende Katalog der gemeinnützigen Zwecke in § 52 Absatz 2 Satz 1 AO wurde um fünf weitere gemeinnützige Zwecke erweitert (um den Klimaschutz, Nr. 8, die Hilfe für Menschen, die auf Grund ihrer geschlechtlichen Identität oder ihrer geschlechtlichen Orientierung diskriminiert werden, Nr. 10, Ortsverschönerung, Nr. 22, den Freifunk, Nr. 23 sowie die Unterhaltung und Pflege von Friedhöfen und Gedenkstätten für nicht bestattungspflichtige Kinder und Föten, Nr. 26). Zudem wurden neue Zweckbetriebe in den Katalog aufgenommen (Einrichtungen zur Unterbringung, Versorgung, Verpflegung und Betreuung von Flüchtlingen, § 68 Nr. 1 Buchst. c AO und Maßnahmen zur Durchführung der Fürsorge für psychische und seelische Erkrankungen bzw. Behinderungen, § 68 Nr. 4 AO).

2. Partielle Befreiung vom Gebot der zeitnahen Mittelverwendung und Anhebung der Bagatellgrenze

Gemeinnützige Körperschaften müssen ihre Mittel grundsätzlich zeitnah, d. h. innerhalb der auf den Zufluss folgenden zwei Kalender- oder Wirtschaftsjahre für ihre steuerbegünstigten satzungsmäßigen Zwecke verwenden, soweit sie diese nicht zulässig in eine Rücklage einstellen können (§ 55 Absatz 1 Nr. 5 Satz 1-3, § 62 AO). Steuerbegünstigte Körperschaften sollten eine zeitnahe Mittelverwendung innerhalb ihrer Rechnungslegung über eine zeitraumbezogene Mittelverwendungsrechnung nachweisen¹⁵. Die neu angefügte Bestimmung des § 55 Absatz 1 Nr. 5 Satz 4 AO schafft in zeitlicher Hinsicht nun Erleichterung sowohl für kleinere gemeinnützige Körperschaften als auch für die Finanzverwaltung¹⁶ und nimmt Körperschaften mit jährlichen Einnahmen von nicht mehr als EUR 45.000,00 von dem Grundsatz einer zeitnahen Mittelverwendung und einer damit verbundenen Aufstellung einer Mittelverwendungsrechnung aus.

Die Bagatellgrenze von EUR 45.000,00 umfasst dabei sämtliche, kumulierte Einnahmen des ideellen Bereichs, des

¹⁴ Gleich lautende Erlasse der obersten Finanzbehörden der Länder zur Anwendung des § 6a Grunderwerbsteuergesetz (GrEStG) nach den Urteilen des Bundesfinanzhofs vom 21. und 22. August 2019, 22. September 2020, BStBl. I, S. 960.

¹⁵ Vgl. AEAO zu § 55 AO Nr. 29.

¹⁶ Vgl. BT-Drs. 19/25160, 222 f.

Zweckbetriebs, der Vermögensverwaltung und des steuerpflichtigen wirtschaftlichen Geschäftsbetriebs. Selbstverständlich bleiben auch kleinere gemeinnützige Körperschaften im Grundsatz verpflichtet, sämtliche Mittel für ihre gemeinnützigen Satzungszwecke zu verwenden (§ 55 Absatz 1 Nr. 1 Satz 1 AO).

Überschreiten die jährlichen Einnahmen der gemeinnützigen Körperschaft die nach § 55 Absatz 1 Nr. 5 Satz 4 AO vorgegebene Grenze in Höhe von EUR 45.000,00 in nachfolgenden Besteuerungszeiträumen, unterliegt die Körperschaft erneut dem Gebot einer zeitnahen Mittelverwendung. Daher kann eine dokumentierte Rücklagenbildung im Sinne des § 62 AO vorsorglich auch in Besteuerungszeiträumen angezeigt sein, in denen die gemeinnützige Körperschaft vorübergehend von einer zeitnahen Mittelverwendung ausgenommen ist¹⁷.

Entsprechend der Freigrenze zur Befreiung von der zeitnahen Mittelverwendung wurde mit der Gesetzesänderung auch die Bagatellgrenze für die Befreiung einer gemeinnützigen Körperschaft bzw. Organisation von der Gewinnermittlung von EUR 35.000,00 auf EUR 45.000,00 erhöht.

3. Unmittelbare Zweckverfolgung durch „planmäßiges Zusammenwirken“, § 57 Absatz 3 AO neu

Eine wesentliche Erleichterung bringt der neue § 57 Absatz 3 AO für Kooperationen von gemeinnützigen Körperschaften. In der Praxis arbeiten viele gemeinnützige Organisationen zur Verfolgung ihres gemeinnützigen Zwecks mit anderen gemeinnützigen Organisationen zusammen. Eine gemeinnützige Körperschaft muss jedoch grundsätzlich ihre Zwecke unmittelbar, d. h. selbst verwirklichen (§ 57 Absatz 1 Satz 1 AO). Daher war bei Kooperationen oft fraglich, ob die Handelnden jeweils für sich das Gebot der Unmittelbarkeit erfüllten. Vor der Einführung des neuen Absatz 3 war eine arbeitsteilige Zweckerfüllung der gemeinnützigen Körperschaft nur durch Einschaltung einer sog. „Hilfsperson“ möglich. Voraussetzung für die steuerliche Anerkennung der Einbindung einer Hilfsperson ist jedoch, dass das Wirken der Hilfsperson wie das eigene Wirken der beauftragenden Körperschaft anzusehen ist (§ 57 Absatz 1 Satz 2 AO).

In welchen Fällen die Hilfsperson selbst durch ihre Tätigkeit das Unmittelbarkeitserfordernis des § 57 AO erfüllt, war im Einzelfall umstritten. Nach inzwischen gefestigter Rechtsprechung kann auch die Hilfsperson im Rahmen ihres arbeitsteiligen Mitwirkens selbst das Unmittelbarkeitserfordernis des § 57 AO erfüllen und als steuerbe-

günstigte Einrichtung im Sinne des §§ 51 ff. AO steuerbefreit sein, wenn sie mit der Hilfstätigkeit zugleich eigene steuerbegünstigte Zwecke verfolgt und soweit sie ihre Tätigkeit im Außenverhältnis selbständig und eigenverantwortlich erbringt¹⁸. Für das Unmittelbarkeitserfordernis der beauftragenden gemeinnützigen Körperschaft fordert die Finanzverwaltung, dass die Hilfsperson nach Weisung der Körperschaft einen konkreten Auftrag ausführt¹⁹, wobei die überwiegende Auffassung im Schrifttum bereits eine willentliche Einschaltung des Dritten durch die Körperschaft für ausreichend erachtet²⁰.

Im neu eingefügten § 57 Absatz 3 AO hat der Gesetzgeber gemeinnützigen Körperschaften nun die Möglichkeit gegeben, dass sie ihre Satzungszwecke auch dann unmittelbar gemeinnützig verfolgen können, wenn sie satzungsgemäß durch planmäßiges Zusammenwirken mit mindestens einer anderen gemeinnützigen Körperschaft, die im Übrigen die Voraussetzungen der §§ 51 bis 68 AO erfüllt, einen steuerbegünstigten Zweck verwirklichen. Die Voraussetzungen einer Hilfsperson müssen nicht erfüllt sein. Die Regelung eröffnet nun sogar die Möglichkeit, dass auch mit einer rein gewerblichen Tätigkeit wie der Erbringung von Servicedienstleistungen (beispielsweise der in eine Tochter GmbH ausgegliederte Krankenhaus-Wäschereibetrieb) eine gemeinnützige Zweckverfolgung unmittelbar möglich ist.

Die §§ 14 sowie 65 bis 68 AO sind hierbei mit der Maßgabe anzuwenden, dass für das Vorliegen der Eigenschaft als Zweckbetrieb bei der jeweiligen Körperschaft die Tätigkeiten der nach § 57 Absatz 3 Satz 1 AO zusammenwirkenden Körperschaften zusammenzufassen sind (§ 57 Absatz 3 Satz 2 AO).

Die Regelungen in § 57 Absatz 3 Satz 2 AO bewirken im Beispiel der ausgegliederten Krankenhauswäscherei aus der Gesetzesbegründung²¹, dass die Wäschereileistungen der Wäscherei-GmbH gegenüber der Krankenhausgesellschaft innerhalb des planmäßigen Zusammenwirkens als Zweckbetriebsleistungen nach § 67 AO gelten. Sowohl die Krankenhausgesellschaft als auch die Wäscherei-GmbH erbringen ihre Leistungen somit jeweils im Rahmen eines Zweckbetriebs nach § 67 AO. Allerdings muss das „plan-

18 Vgl. BFH, 17. Februar 2010 – I R 2/08, BStBl. II 2010; BFH, 6. Februar 2013 – I R 59/11, BStBl. II 2013, 603.

19 AEAO zu § 57 AO Nr. 2.

20 Vgl. Seer, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Stand: Dezember 2020, § 57 AO, Rn. 3; Musil, in: Hübschmann/Hepp/Spitaler, AO/FGO, Stand: November 2020, § 57 AO, Rn. 30; Hüttemann, Gemeinnützigkeits- und Spendenrecht, 4. Auflage 2018, Rn. 4.48; Kirchhain, DStR 2016, 505 (507).

21 Vgl. Beschlussempfehlung und Bericht des Finanzausschusses v. 10. Dezember 2020, BT-Drs. 19/25160, 223.

17 So Bott, BB 2021, 414 (416).

mäßige Zusammenwirken“ in der Satzung der Servicegesellschaft zur Art der Verwirklichung des eigenen gemeinnützigen Satzungszwecks festgeschrieben werden (§ 60 Absatz 1 AO). Servicegesellschaften müssten daher ihre Satzungen entsprechend anpassen. Da § 60 Absatz 3 AO vorsieht, dass entsprechende Satzungen bereits zu Jahresbeginn den gemeinnützigkeitsrechtlichen Anforderungen der AO entsprechen, empfiehlt sich eine Abstimmung mit der Finanzverwaltung, ob in diesem Fall auch eine unterjährige Anpassung akzeptiert werden kann oder ob ggf. ein abweichendes Wirtschaftsjahr gebildet werden müsste. Zusätzlich zur formellen Satzungsmaßigkeit muss die Servicegesellschaft auch sämtliche übrigen Voraussetzungen der Gemeinnützigkeit erfüllen²².

4. Konzernstrukturen mit Holdingfunktion

Der neu eingefügte § 57 Absatz 4 AO schafft die rechtliche Grundlage für gemeinnützige Konzernstrukturen. Die Bestimmung sieht vor, dass eine Körperschaft ihre steuerbegünstigten Zwecke auch dann unmittelbar im Sinne des § 57 Absatz 1 Satz 1 AO verfolgt, wenn sie ausschließlich eine Holdingfunktion innehat und Anteile an steuerbegünstigten Kapitalgesellschaften hält und verwaltet.

Ist eine Körperschaft daher nach Ausgliederung sämtlicher operativen Tätigkeiten auf Beteiligungsgesellschaften ausschließlich nur noch als Holding-Gesellschaft tätig, verfolgt diese Körperschaft nach der neuen Regelung des § 57 Absatz 4 AO nunmehr eindeutig eine unmittelbare gemeinnützige Tätigkeit im Sinne des § 57 Absatz 1 Satz 1 AO, wenn ihre Tochtergesellschaften steuerbegünstigte Zwecke verfolgen. Allerdings wird mit der Qualifikation der Beteiligung an einer steuerbegünstigten Tochtergesellschaft als Gegenstand der unmittelbaren satzungsmäßigen steuerbegünstigten Zweckverwirklichung der Bereich der bloßen Vermögensverwaltung oder wirtschaftlichen Betätigung mit der Folge der Zuordnung zum ideellen Bereich bzw. der Zweckbetriebssphäre verlassen²³. Beteiligungen an gemeinnützigen Kapitalgesellschaften stellen im „Gemeinnützigkeitskonzern“ damit nutzungsgebundenes Vermögen dar, so dass für ihren Erwerb grundsätzlich auch zeitnah zu verwendende Mittel eingesetzt werden dürften²⁴ (§ 55 Absatz 1 Nr. 5 Satz 2 AO).

5. Mittelweitergabe nach § 58 Nr. 1 AO

Mit der Neufassung des § 58 Nr. 1 AO für Zuwendungen an andere als gemeinnützig anerkannte Körperschaften oder juristische Personen des öffentlichen Rechts für die

Verwirklichung steuerbegünstigter Zwecke hat der Gesetzgeber die Vorschrift des § 58 Nr. 2 AO a. F. über die teilweise Weitergabe von Mitteln entfallen lassen.

Der neue § 58 Absatz 1 AO erfasst nun auch Zuwendungen für die Verfolgung anderer als der eigenen steuerbegünstigten Satzungszwecke und regelt mit einem einheitlichen Tatbestand der Mittelweitergabe sowohl die Tätigkeit von klassischen Mittelbeschaffungskörperschaften, die eine Mittelweitergabe als Zweckverwirklichung einer steuerbegünstigten Zweckverfolgung in der Satzung regeln müssen²⁵, als auch die (teilweise) Weitergabe bereits vorhandener Mittel von Körperschaften, die unmittelbar steuerbegünstigte Zwecke verfolgen. Der Gesetzgeber stellt mit der Neuregelung klar, dass es sich bei der Mittelweitergabe um eine Art der Zweckverwirklichung handelt und nicht um einen eigenständigen Zweck.

Den Begriff der Mittel, die im Rahmen des § 58 Nr. 1 AO an andere Körperschaften zugewendet werden können, versteht der Gesetzgeber als Sammelbegriff, der nicht nur Bar- oder Buchgeld, sondern „sämtliche Vermögenswerte“ umfasst. Auch die unentgeltliche oder verbilligte Nutzungsüberlassung oder unentgeltliche oder verbilligte Erbringung einer Dienstleistung unterfallen daher dem Mittelbegriff der Norm²⁶. In Abgrenzung zu dem neu eingefügten § 57 Absatz 3 AO wird die Auffassung vertreten, dass dies nur unentgeltliche oder verbilligte Leistungen umfasst, die außerhalb des eigenen Satzungszwecks fallen²⁷.

Ausländische Körperschaften mit Sitz in einem EU/EWR-Mitgliedstaat, die in Deutschland beschränkt steuerpflichtig sind, dürfen im Rahmen der unschädlichen Mittelzuwendung nach § 58 Nr. 1 AO künftig nur dann Mittel erhalten, wenn sie in Deutschland als gemeinnützig anerkannt sind. Faktisch sind damit beschränkt steuerpflichtige Körperschaften aus Drittstaaten, die in Deutschland von vornherein nicht als gemeinnützig anerkannt werden können, von einer Förderung ausgeschlossen²⁸. Ausländische Körperschaften, die keine inländischen Einkünfte erzielen, dürfen dann gefördert werden, sofern die spätere Verwendung der Mittel für steuerbegünstigte Zwecke ausreichend nachgewiesen wird²⁹.

6. Vertrauensschutz und Feststellungsverfahren

Der Gesetzgeber führt zudem durch § 58a AO n. F. erstmalig einen Vertrauensschutz bei Körperschaften ein, die

²² Vgl. Kirchhain, DStR 2021, 129 (134).

²³ Bott, a.a.O., 414 (418).

²⁴ Siehe Fn. 24.

²⁵ § 58 Nr. 1 Satz 3 AO n. F.

²⁶ Seer, in: Tipke/Kruse, AO/FGO, Stand: Dezember 2020, § 58 AO, Rn. 4.

²⁷ So Kirchhain, a.a.O., 129 (135).

²⁸ § 5 Absatz 2 Nr. 2 HS 2 KStG.

²⁹ BT-Drs. 19/25160, 224.

Mittel einer anderen Körperschaft zuwenden. Sofern sich die Förderkörperschaften vor der Zuwendung von der Empfängerkörperschaft einen aktuellen Freistellungsbescheid, die aktuelle Anlage Gemeinnützigkeit zum Körperschaftsteuerbescheid oder einen aktuellen Feststellungsbescheid nach § 60a AO vorlegen lassen, genießen sie sowohl hinsichtlich des gemeinnützigkeitsrechtlichen Status der Empfängerkörperschaft als auch hinsichtlich der konkreten Verwendung der zugewendeten Mittel einen Vertrauensschutz. Der Vertrauensschutz entfällt bei gegenteiliger Kenntnis bzw. Veranlassung einer Fehlverwendung (§ 58a Absatz 3 AO n. F.).

Mit Einführung des § 60a Absatz 6 AO lässt der Gesetzgeber beim Feststellungsbescheid über eine Prüfung der formellen Satzungsmäßigkeit hinaus auch die Berücksichtigung von Erkenntnissen zu einer fehlerhaften tatsächlichen Geschäftsführung zu. Danach ist eine Feststellung nach § 60a AO abzulehnen und aufzuheben, wenn die tatsächliche Geschäftsführung gegen die satzungsmäßigen Voraussetzungen verstößt. In diesem Fall soll die gemeinnützige Körperschaft nicht auf Grundlage eines Feststellungsbescheides nach § 60a AO Spenden vereinnahmen und Spendenbestätigungen ausstellen können.

7. Zuwendungsregister, § 60b AO

Der Gesetzgeber hat mit dem § 60b AO die Rechtsgrundlage für die Einführung eines zentralen Registers von Zuwendungsempfängern geschaffen, aus dem erstmals der gemeinnützigkeitsrechtliche Status einer Körperschaft und deren Berechtigung zur Ausstellung von Zuwendungsbestätigungen eingesehen werden kann.

Das neue Gemeinnützigkeitsregister tritt zum 1. Januar 2024 in Kraft, wird bei dem Bundeszentralamt für Steuern geführt und erfasst Körperschaften, die die Voraussetzungen der §§ 51 bis 68 AO oder des § 34g EStG erfüllen (§ 60b Absatz 1 AO). Das Finanzamt, das für die Festsetzung der Körperschaftsteuer der jeweils im Zuwendungsempfängerregister zu erfassenden Körperschaft zuständig ist, übermittelt dem Bundeszentralamt für Steuern die im Zuwendungsempfängerregister zu speichernden Daten im Sinne des § 60b Absatz 2 AO sowie unverzüglich jede Änderung dieser Daten (§ 60b Absatz 3 AO).

Mit Einführung des Registers erfüllt der Gesetzgeber den schon lange von Praxis und Wissenschaft geforderten Wunsch nach größtmöglicher Transparenz im Dritten Sektor.

RECHTSPRECHUNG

VERFAHRENS- UND KOSTENRECHT

Zur Beglaubigung der Unterschrift unter einer Vorsorgevollmacht durch die Betreuungsbehörde

BtBG § 6 Abs. 2 Satz 1; GBO § 29 Abs. 1 Satz 1

1. Die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG genügt den Anforderungen des § 29 GBO.

2. Eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG liegt auch dann vor, wenn sie im Außenverhältnis unbedingt erteilt worden ist und lediglich im Innenverhältnis nur für den Fall gelten soll, dass der Vollmachtgeber betreuungsbedürftig geworden ist.

3. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG erstreckt sich auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen.

BGH (V. Zivilsenat),
Beschluss vom 12.11.2020 – V ZB 148/19

I. Tatbestand:

1 Im Grundbuch des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Grundbesitzes ist der im September 2016 verstorbene G. K. (nachfolgend: Eigentümer) als Eigentümer eingetragen. Dieser errichtete am 8. April 2011 eine als „Vorsorgevollmacht“ bezeichnete Vollmachtsurkunde, in der er die Beteiligten zu 1 und 2 jeweils einzelvertretungsberechtigt zu seinen allgemeinen Bevollmächtigten in den Bereichen der Gesundheitsfürsorge, vertraglichen Angelegenheiten und Rechtsstreitigkeiten sowie in allen Vermögensangelegenheiten einschließlich der Verwaltung, des Erwerbs und der Veräußerung von Vermögen einsetzte. Die Vollmacht sollte über den Tod hinaus gültig sein. Die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde beglaubigte die Echtheit der Unterschrift des Eigentümers auf der „Vorsorgevollmacht“ gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 Betreuungsbehördengesetz (BtBG).

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 18. September 2019 übertrug die Beteiligte zu 1, handelnd als Bevoll-

mächtige für die Erben des verstorbenen Eigentümers, den Grundbesitz unentgeltlich auf den Beteiligten zu 2 (soweit es in den Gründen der angefochtenen Entscheidung heißt, dass die Beteiligte zu 2 den Grundbesitz auf den Beteiligten zu 1 übertragen habe, hat das Oberlandesgericht die Bezeichnung der Beteiligten verwechselt). Der von beiden Beteiligten mit dem Vollzug der Kaufvertragsurkunde beauftragte Notar beantragte die Eigentumsumschreibung.

3 Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 8. Oktober 2019 die Beteiligten aufgefordert, die Genehmigung der Erben nach dem eingetragenen Eigentümer nebst Erbnachweis vorzulegen. Die dagegen gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 2 ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte der Beteiligte zu 2 weiterhin die Aufhebung der Zwischenverfügung erreichen.

II. Aus den Gründen:

4 Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in FGPrax 2019, 255 veröffentlicht ist, meint, die von der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG beglaubigte Vorsorgevollmacht genüge den Anforderungen des § 29 GBO nicht. Zwar habe der Gesetzgeber durch Art. 11 des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. Juli 2009 (BGBl. I S. 1696) klargestellt, dass es sich bei § 6 Abs. 2 BtBG um einen Beglaubigungstatbestand handle, der mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet sei. Er unterscheide aber, wie sich aus § 11 Abs. 7 Melderechtsrahmengesetz (MRRG) ergebe, weiterhin zwischen der öffentlichen Beglaubigung nach § 129 BGB und der Beglaubigung durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde. Deren Beglaubigungszuständigkeit erstrecke sich nur auf Vollmachten, die für den Betreuungsfall gedacht seien und eine gesetzliche Betreuung ausschließen sollten. Auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus Gültigkeit hätten, erstrecke sie sich nicht. Nach dem Tod des Vollmachtgebers gebe es kein Bedürfnis mehr für ein Betreuungsverfahren. Die Vorsorgevollmacht wandle ihren Charakter und bleibe ggf. als Nachlassvollmacht bestehen. Für diese fehle es an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehör-

de. Gegen die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde bestünden schließlich durchgreifende verfassungsrechtliche Bedenken, insbesondere wegen Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip. 5 Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sei zu Recht ergangen, hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

6 1. Im Ausgangspunkt geht das Beschwerdegericht allerdings zutreffend davon aus, dass Eintragungen in das Grundbuch aufgrund von Erklärungen rechtsgeschäftlich bevollmächtigter Personen – von der Möglichkeit des Nachweises der Vertretungsberechtigung nach § 21 Abs. 3 BNotO und § 34 GBO abgesehen – nur vorgenommen werden können, wenn die Vertretungsmacht dem Grundbuchamt in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO, also durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, nachgewiesen wurde. Der Nachweis kann durch die Vorlage der Ausfertigung (§ 47 BeurkG) oder des Originals einer unterschiftsbeglaubigten Vollmacht geführt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 6. März 1959 – V ZB 3/59, BGHZ 29, 366, 368; Beschluss vom 22. September 2016 – V ZB 177/15, FGPrax 2017, 1 Rn. 13; zur Vorsorgevollmacht vgl. BGH, Beschluss vom 3. Februar 2016 – XII ZB 307/15, FamRZ 2016, 699 Rn. 12).

7 2. Rechtsfehlerhaft ist jedoch die Ansicht des Beschwerdegerichts, dass die Vorsorgevollmacht des Eigentümers vom 8. April 2011 nicht geeignet wäre, den Nachweis der Vertretungsmacht der Beteiligten zu 1 nach § 29 GBO zu führen.

8 a) Nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG ist die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten oder Betreuungsverfügungen öffentlich zu beglaubigen. Mit der durch das Zweite Gesetz zur Änderung des Betreuungsrechts vom 21. April 2005 (Zweites Betreuungsrechtsänderungsgesetz – 2. BtÄndG; BGBl. I S. 1073) eingeführten Regelung hat der Gesetzgeber eine (neue) Urkundsperson geschaffen, um die Rechtswirkung einer öffentlichen Beglaubigung nach § 129 BGB zu erreichen (BT-Drucks. 15/2494 S. 44). Die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde gemäß § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG genügt den Anforderungen des § 29 GBO. Der Gesetzgeber hat mit der nachträglichen Einfügung des in der Erstfassung vom 21. April 2005 noch nicht enthaltenen Wortes „öffentlich“ in § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG durch Art. 11 des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs- und Vormundschaftsrechts vom 6. Juli 2009 (BGBl. I S. 1696 ff.) ausdrücklich klargestellt, dass es sich bei § 6 Abs. 2

Satz 1 BtBG um einen Beglaubigungstatbestand handelt, der mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet und als Eintragungsgrundlage im Grundbuchverfahren geeignet ist (BT-Drucks. 16/13027 S. 8 re. Sp.; vgl. OLG Dresden, NotBZ 2010, 409; OLG Jena, FamRZ 2014, 1139, 1140; OLG Naumburg, FGPrax 2014, 109, 110; OLG Karlsruhe, FGPrax 2016, 10; BeckOK BGB/Müller-Engels [1.5.2020], § 1896 Rn. 28; jurisPK-BGB/Bieg, 9. Aufl., § 1896 Rn. 53; *Bienwald* in *Bienwald/Sonnenfeld/Harm*, *Betreuungsrecht*, 6. Aufl., § 6 BtBG Anm. IV.1; *Preuß* in *Armbrüster/Preuß/Renner*, *BeurkG*, 8. Aufl., § 1 Rn. 30; *Deinert*, *BtPrax* 2011, 57, 60; *Weigl*, *DNotZ* 2020, 683 f.).

9 Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts folgt aus der ebenfalls durch das Zweite Betreuungsrechtsänderungsgesetz (2. BtÄndG) eingeführten und inzwischen aufgehobenen Vorschrift des § 11 Abs. 7 Melderechtsrahmengesetz (MRRG) in der bis zum 31. Oktober 2015 geltenden Fassung (BGBl. I S. 1073) nicht, dass es sich bei § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG lediglich um eine amtliche Beglaubigung gemäß § 34 Abs. 1 VwVfG handelt, die den Anforderungen der § 129 BGB, § 29 Abs. 1 GBO nicht genügt (§ 34 Abs. 1 Satz 2 VwVfG; aA *Grziwotz/Heinemann*, *BeurkG*, 3. Aufl., § 70 Rn. 9; *Heinemann*, *FGPrax* 2016, 11; kritisch auch *Renner*, *Rpfleger* 2007, 367 f.). Nach § 11 Abs. 7 MRRG aF konnte das Erfordernis der Beglaubigung der Vollmacht zur Vertretung der melde- und auskunftspflichtigen Person sowohl durch die öffentliche Beglaubigung nach § 129 BGB als auch durch die Beglaubigung nach § 6 Abs. 2 BtBG erfüllt werden. Letztere sollte anstelle der öffentlichen Beglaubigung genügen (vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 36 f.). Aus diesem Nebeneinander der beiden Beglaubigungstatbestände ergibt sich kein Gegensatz. Der Gesetzgeber wollte vielmehr mit § 11 Abs. 7 MRRG aF die Vorschriften des Melderechts an die Bedürfnisse der Vorsorgevollmacht anpassen. Personen, die eine Vollmacht zur Erfüllung von Meldepflichten im Rahmen einer umfassenden Vorsorgevollmacht erteilen wollen, sollte es ermöglicht werden, sich für die Beglaubigung der Unterschrift der neu geschaffenen Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG zu bedienen (BT-Drucks. 15/2494 S. 15 u. S. 37). Zu diesem Zweck hat der Gesetzgeber in § 11 Abs. 7 MRRG neben § 129 BGB den Beglaubigungstatbestand des § 6 Abs. 2 BtBG aufgenommen. Jedenfalls hat er durch die Neufassung des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG im Jahr 2009 ausdrücklich klargestellt, dass es sich dabei um eine Beglaubigung handelt, die mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet ist (vgl. oben Rn. 8).

10 b) Vorliegend handelt es sich um eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG. Dem steht nicht entgegen, dass sie im Außenverhältnis unbe-

schränkt, also unabhängig davon gilt, ob der Vollmachtgeber betreuungsbedürftig ist. Eine Vorsorgevollmacht genügt auch dann den Anforderungen des § 29 GBO, wenn sie im Außenverhältnis unbedingt erteilt ist und die Beschränkung auf den Eintritt des Vorsorgefalls nur für das Innenverhältnis gilt. Der gegenteiligen Ansicht (vgl. *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 29 Rn. 42; *Zimmer*, ZfIR 2016, 769, 773) tritt der Senat nicht bei.

11 aa) Richtig ist allerdings, dass die öffentliche Beglaubigung durch die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde den Anforderungen des § 29 GBO nur dann genügt, wenn diese sachlich zuständig ist. Sie darf bei der Beglaubigung die Grenzen ihrer Amtsbefugnisse nicht überschreiten (vgl. OLG München, FGPrax 2014, 107, 108; *Demharter*, GBO, 31. Aufl., § 29 Rn. 33). Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde ist eine Ausnahmeregelung und erfasst nur die in der Vorschrift genannten Zwecke (vgl. BTDrucks. 15/2494 S. 44 re. Sp.; OLG Karlsruhe, FGPrax 2016, 10; *Jurgeleit/Kania*, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 6 Rn. 11; *Zimmer*, ZfIR 2016, 769, 773). Eine allgemeine Zuständigkeit zur Beglaubigung ist nicht begründet worden. Eine Kompetenz der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde, Unterschriften auf beliebigen Vollmachten, etwa Generalvollmachten, zu beglaubigen, besteht deshalb nicht.

12 bb) Eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG liegt auch dann vor, wenn sie im Außenverhältnis unbedingt erteilt worden ist und lediglich im Innenverhältnis nur für den Fall gelten soll, dass der Vollmachtgeber betreuungsbedürftig geworden ist (so auch OLG Naumburg, FGPrax 2014, 109, 110). Das versteht sich allerdings nicht von selbst.

13 (1) Dem Wortlaut von § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG lässt sich nicht entnehmen, wann eine Vorsorgevollmacht im Sinne der Vorschrift anzunehmen ist. Die Vorschrift definiert die Vorsorgevollmacht nicht, sondern setzt sie voraus (vgl. auch § 4 BtBG). Auch das Bürgerliche Gesetzbuch enthält keine Legaldefinition (vgl. BeckOGK/*Regler*, BeurkG [1.10.2020], § 20a Rn. 4; aA *Grziwotz/Heinemann*, BeurkG, 3. Aufl., § 20a Rn. 3). Die Vorschrift des § 1901c BGB nennt zwar in der amtlichen Überschrift den Begriff der „Vorsorgevollmacht“, regelt in Satz 2 aber nur, dass der Besitzer von Schriftstücken, in denen der Betroffene eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat, das Betreuungsgericht darüber zu unterrichten hat.

14 (2) Aus der gebotenen Auslegung nach der Entstehungsgeschichte und dem Sinn und Zweck von § 6 Abs. 2 BtBG folgt jedoch, dass es auf den Zweck des Vollmachtgebers ankommt, durch die Erteilung der Vollmacht eine künftig mögliche Betreuungsbedürftigkeit zu vermeiden, ohne dass die Vollmacht im Außenverhältnis erst zu diesem Zeitpunkt Wirksamkeit erlangen müsste.

15 (a) Die Vorschrift steht im Regelungszusammenhang mit § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach eine Betreuung nach dem Prinzip der Subsidiarität nicht erforderlich ist, soweit andere Hilfestellungen vorhanden sind, die die Tätigkeit eines Betreuers entbehrlich machen. Als eine solche Hilfestellung hat der Gesetzgeber vor allem die Erteilung einer Vollmacht für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit angesehen. Dazu zählt die Vorsorgevollmacht, die gezielt für den Eintritt einer altersbedingten Geschäftsunfähigkeit des Vollmachtgebers (sogenannte Altersvorsorge-Vollmacht, BT-Drucks. 11/4528 S. 59) oder für altersunabhängige Fälle der Hilfsbedürftigkeit erteilt wird (BT-Drucks. 11/4528 S. 122; BT-Drucks. 15/2494 S. 13). Der Gesetzgeber hat mit der Schaffung der Beglaubigungskompetenz gemäß § 6 Abs. 2 BtBG und durch die Erweiterung der Beratungskompetenz der Betreuungsbehörde (§ 4 und § 6 Abs. 1 BtBG) die Rahmenbedingungen der Vorsorgevollmacht verbessert. Ziel ist es, die Versorgungsvollmacht weiter zu verbreiten sowie bürgernah und kostengünstig (vgl. § 6 Abs. 5 BtBG) auszugestalten (vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 15 u. 44). Danach liegt die Besonderheit der Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG in dem Zweck ihrer Errichtung, eine vom Gericht angeordnete Betreuung zu vermeiden.

16 (b) Ihren Zweck kann die Vorsorgevollmacht nur erreichen, wenn der Bevollmächtigte hinsichtlich seiner Befugnis, Rechtsgeschäfte und Rechtshandlungen für den Vollmachtgeber vorzunehmen, im Außenverhältnis nicht der Beschränkung auf den Vorsorgefall unterliegt. Ist die Vorsorgevollmacht nur bedingt erteilt, führt dies nämlich im gewöhnlichen Geschäftsverkehr zu erheblichen Unsicherheiten und praktischen Schwierigkeiten. Weil die Vollmacht in diesem Fall nur wirksam ist, wenn der Vollmachtgeber tatsächlich betreuungsbedürftig ist, kann der Geschäftspartner (Bank, Versicherung, Behörde, Gericht usw.) nicht prüfen und zuverlässig feststellen, ob der Bevollmächtigte mit Vertretungsmacht handelt. Er wird die Vollmacht daher im Zweifel nicht akzeptieren oder bestenfalls einen aktuellen und sicheren Nachweis der Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers verlangen (*Zimmermann* in *Zimmermann*, Vorsorgevollmacht-Betreuungsverfügung-Patientenverfügung, 3. Aufl., Rn. 60; *Wolfsteiner*, NJW 1996, 2417). Die mit einer bedingt erteilten Vorsorgevollmacht verbundenen Schwierigkeiten zeigen sich insbesondere im Grundbuchverkehr. Dem Grundbuchamt müsste der Eintritt der Bedingung, unter der Vorsorgevollmacht erteilt ist, also die Betreuungsbedürftigkeit, in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden; das ist aber praktisch nicht möglich (zu einem solchen Fall vgl. OLG Köln, FGPrax 2007, 102 f.; OLG Schleswig, FamRZ 2010, 1468 f.).

17 Die Vorschrift des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG wäre folglich, wenn die Beglaubigungskompetenz nur für eine durch die Betreuungsbedürftigkeit bedingte Vorsorgevollmacht bestünde, bedeutungslos. Das Ziel des Gesetzgebers, die Akzeptanz der Vorsorgevollmacht im Rechtsverkehr, insbesondere bei Banken und Sparkassen, zu erhöhen (vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 15), würde nicht erreicht.

18 cc) Ausreichend, aber auch erforderlich für das Vorliegen einer Vorsorgevollmacht im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG ist die Beschränkung der Verwendung der Vollmacht im Innenverhältnis auf den Vorsorgefall. Diese Beschränkung und damit die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde, muss sich, damit die Beglaubigung der Unterschrift auf der Vorsorgevollmacht den Anforderungen des § 29 GBO genügt, aus der Vollmachtsurkunde ergeben (vgl. Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 1 BeurKG Rn. 22; DNotl-Report 2005, 121, 125 a.E.). Diese Voraussetzung erfüllt eine Vorsorgevollmacht, wenn aus ihr erkennbar ist, dass sie zur Vermeidung einer Betreuung erteilt wird. Indiz dafür ist die Bezeichnung als „Vorsorgevollmacht“ in der Überschrift oder im Text (vgl. OLG Jena, NotBZ 2014, 341) oder dass sie für den Vorsorgefall charakteristische Befugnisse umfasst, wie etwa die Einwilligung in ärztliche Behandlungen oder zur Aufenthaltsbestimmung (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2016, 10; Spanl, Rpfleger 2007, 372).

19 dd) Diesen Anforderungen wird die Vorsorgevollmacht des Eigentümers vom 8. April 2011 gerecht. Sie trägt die Überschrift „Vorsorgevollmacht“.

20 c) Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts erfasst die Zuständigkeit der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG auch die Beglaubigung von Unterschriften auf Vorsorgevollmachten, die – wie hier – über den Tod des Vollmachtgebers hinaus gültig sein sollen.

21 aa) Der Vollmachtgeber kann die zeitlichen Grenzen der Bevollmächtigung und damit das Erlöschen der Vorsorgevollmacht regeln. Er kann sie als über seinen Tod hinausgeltend erteilen (OLG Karlsruhe, FGPrax 2016, 10; Spalckhaver in Lipp, Handbuch der Vorsorgeverfügungen, § 14 Rn. 218; Zimmermann, Vorsorgevollmacht-Betreuungsverfügung-Patientenverfügung, 3. Aufl., Rn. 260; Zimmer, ZEV 2013, 307, 310).

22 bb) Ob eine über den Tod hinaus geltende Vorsorgevollmacht eine Vollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG darstellt, ist umstritten.

23 (1) Teilweise wird die Ansicht vertreten, die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde sei nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG nicht zur Beglaubigung von über den Tod hinaus geltenden Vorsorgevollmachten zuständig. Nach dem Tod des Vollmachtgebers handele es sich nicht mehr um eine Vorsorgevollmacht im Sinne dieser Vorschrift,

weil es nicht mehr um die Vermeidung einer Betreuung gehen könne (vgl. BeckOK GBO/Otto [1.10.2020], § 29 Rn. 203a; jurisPKBGB/Ludwig, 9. Aufl., § 129 Rn. 14) Grziwotz/Heinemann, BeurKG, 3. Aufl., § 70 Rn. 9; Heinemann, FGPrax 2016, 11; Zimmer, ZfIR 2016, 769, 773; kritisch auch Weigl, DNotZ 2020, 683, 684 ff.).

24 (2) Nach anderer Ansicht umfasst die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG auch über den Tod hinauswirkende Vorsorgevollmachten (vgl. OLG Karlsruhe, FGPrax 2016, 10; Dodegge in Dodegge/Roth, Systematischer Praxiskommentar Betreuungsrecht, 5. Aufl., Teil J II Rn. 73; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 29 Rn. 147; Münch/Renner, Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl., § 16 Rn. 30a; Reetz in Beck'sches Notar-Handbuch, 7. Aufl., Kapitel 2, § 16 Rn. 36; Ott, BWNotZ 2016, 23, 24; Roglmeier, JurisPR-FamR 2/2016 Anm. 8).

25 (3) Die zuletzt genannte Ansicht ist richtig. Auch eine Vorsorgevollmacht, die über den Tod hinaus gilt, ist eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG. Die Beglaubigungsbefugnis der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG erstreckt sich deshalb auch auf Vorsorgevollmachten, die über den Tod hinaus gültig sein sollen.

26 (a) Richtig ist allerdings, dass der mit der Vorsorgevollmacht verfolgte Zweck, eine Betreuungsbedürftigkeit zu vermeiden, mit dem Tod des Vollmachtgebers nicht mehr erreicht werden kann. Der Bevollmächtigte kann nach dem Tod des Vollmachtgebers nicht mehr diesen, sondern nur noch den Erben vertreten (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 1983 – IVa ZR 186/81, BGHZ 87, 19, 25; Beschluss vom 25. April 2014 – BLw 6/13, NJW-RR 2014, 1112 Rn. 16). Damit dient die Vorsorgevollmacht nur noch der Nachlassabwicklung.

27 (b) Die Beglaubigungskompetenz nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG für die über den Tod hinauswirkende Vorsorgevollmacht ist jedoch deshalb anzunehmen, weil der Wille des Gesetzgebers, die Vorsorgevollmacht auf diesem Wege bürgernah und kostengünstig auszugestalten und damit zu verbreiten, andernfalls nur unzureichend umgesetzt wäre. Könnte eine Vorsorgevollmacht im Sinne von § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG nicht über den Tod hinaus wirksam sein, wäre sie in ihren Wirkungen und ihrer Reichweite einer durch einen Notar beglaubigten Vollmacht deutlich unterlegen und würde damit gerade nicht die gewünschte Verbreitung finden.

28 (aa) Zum einen träten im Geschäftsverkehr – ähnlich wie bei einer auf den Betreuungsfall bedingten Vollmacht – praktische Schwierigkeiten auf. Ist die Vorsorgevollmacht auf den Tod begrenzt, wird es vielfach zu Unsicherheiten über den Fortbestand der Vollmacht kommen. Da der Geschäftspartner nicht wissen kann, ob der Vollmachtgeber

noch lebt, die Vollmacht also noch wirksam ist, wird er diese im Zweifel nicht anerkennen oder aber eine sogenannte „Lebensbescheinigung“ verlangen. Die Begrenzung auf den Tod führt auch im Grundbuchverkehr zu Unzulänglichkeiten, da dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunde nachgewiesen werden müsste, dass der Vollmachtgeber noch lebt (vgl. *Weigl*, DNotZ 2020, 683, 686; *Zimmer*, ZEV 2014, 617).

29 (bb) Wäre die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde nach § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG nur für die Beglaubigung von Unterschriften unter auf Lebenszeit begrenzte Vorsorgevollmachten zuständig, wäre diese Beglaubigungsmöglichkeit aus einem weiteren Grund unattraktiv. Denn der Vollmachtgeber hat häufig ein Interesse daran, dass der Bevollmächtigte auch nach seinem Tod (weiter) tätig werden und Angelegenheiten regeln kann (z.B. im Zusammenhang mit der Beerdigung), bevor die Erben willens und in der Lage sind, die Abwicklung des Nachlasses zu übernehmen. Dem entspricht es, dass allgemein empfohlen wird, die Geltung der Vorsorgevollmacht über den Tod hinaus zu regeln (vgl. Broschüre „Betreuungsrecht“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz [Juni 2020], S. 40 re. Sp.; *G. Müller* in Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl., Teil 3 Kapitel 3 Rn. 32).

30 3. Entgegen der Auffassung des Beschwerdegerichts bestehen keine verfassungsrechtlichen Bedenken gegen die Vorschrift des § 6 Abs. 2 BtBG.

31 a) Die Gesetzgebungskompetenz des Bundes ist nach Art. 84 Abs. 1 GG in der hier anwendbaren, bis 31. August 2006 geltenden Fassung gegeben. Danach konnte der Bund den Ländern durch Bundesgesetz mit Zustimmung des Bundesrats die Einrichtung von Behörden und das Verwaltungsverfahren vorschreiben, wenn es um den Vollzug von Bundesgesetzen geht (hier von § 1904 Abs. 2 aF; § 1906 Abs. 5 BGB; vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 44). An der Befugnis des Bundes zur Regelung des Verwaltungsverfahrens fehlt es nicht deshalb, weil eine „private Rechtsangelegenheit“ des Bürgers geregelt wird (entgegen *Heinemann*, notar 2020, 119, 121). Vorschriften zur Regelung des Verwaltungshandelns können nicht nur das „Wie“ der Tätigkeit der Verwaltungsbehörden festlegen, sondern auch den Bürger betreffen und einen materiellrechtlichen Regelungsgehalt haben (vgl. BVerfGE 55, 274, 320 f.; 75, 108, 152; 105, 313, 331; jeweils zu Art. 84 aF; *Hömig/Wolff*, GG, 12. Aufl., Art. 84 Rn. 5; Maunz/Dürig/*F. Kirchhof*, GG [April 2020], Art. 84 Rn. 89).

32 b) Die Schaffung einer zusätzlichen Beglaubigungskompetenz bei den Betreuungsbehörden stellt weder eine willkürliche Übertragung von Aufgaben auf eine Verwaltungsbehörde dar noch lässt sich ein Verstoß gegen das Rechtsstaatsprinzip darauf stützen, dass es der

Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde an der erforderlichen sachlichen und persönlichen Unabhängigkeit fehlt (so die Bedenken von *Heinemann* in Grziwotz/Heinemann, BeurkG, [jetzt] 3. Aufl., § 70 Rn. 9, die sich das Beschwerdegericht zu Eigen gemacht hat).

33 aa) Der Gesetzgeber war nicht gehindert, der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde eine Beglaubigungszuständigkeit für Vorsorgevollmachten einzuräumen. Im Rahmen seiner sich aus dem Rechtsstaatsprinzip ergebenden Verpflichtung, eine geordnete (vorsorgende) Rechtspflege sicherzustellen (vgl. BVerfGK 5, 205, 212; BVerfGE 73, 280, 292; 135, 90 Rn. 68 u. 70), kann der Staat Aufgaben auf selbständige Berufsträger übertragen; er kann sie aber auch den Gerichten und dem eigenen Verwaltungsapparat vorbehalten (BVerfGE 73, 280, 293; 131, 130, 139). Für die Beurkundung von Rechtsvorgängen und anderen Aufgaben auf dem Gebiet der vorsorgenden Rechtspflege sind nach § 1 BNotO zwar die Notare als unabhängige Träger eines öffentlichen Amtes bestellt. Aus dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich aber nicht ableiten, dass diese Bestellung es ausschließt, zusätzliche (vgl. § 6 Abs. 2 Satz 3 BtBG) behördliche Urkundspersonen zu schaffen, wie etwa in § 59 SGB VIII oder in § 10 Abs. 1 KonsG geschehen.

34 Es kann auch keine Rede von einer willkürlichen Aufgabenübertragung sein. Der Beglaubigungstatbestand des § 6 Abs. 2 Satz 1 BtBG wurde eingeführt, um zusammen mit anderen Maßnahmen (u.a. Mustervorsorgevollmacht, Beratung durch die Betreuungsbehörden und die Betreuungsvereine) die Verbreitung der Vorsorgevollmacht durch ein niedrigschwelliges Angebot zu fördern und damit die übermäßig gestiegene Zahl der Betreuungsfälle zu reduzieren (vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 1 u. 15). Dies ist ein nachvollziehbarer, sachlicher Grund, eine zusätzliche, bei den Betreuungsbehörden angesiedelte Urkundsperson zu schaffen.

35 bb) Verfassungsrechtlich unbedenklich ist ferner, dass die Beglaubigungskompetenz Mitarbeitern der Betreuungsbehörde eingeräumt wurde. Aus dem Rechtsstaatsprinzip lässt sich zwar ableiten, dass die (vorsorgende) Rechtspflege unparteiliche und unabhängige Amtsträger erfordert (vgl. BVerfG, NJW 2015, 2642 Rn. 35; *Schumacher*, GPR 2012, 54, 59). Dem trägt das Betreuungsbehörden-gesetz aber auch Rechnung.

36 Inhaberin der Beglaubigungsbefugnis ist nicht die Betreuungsbehörde, sondern die Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde. Dabei handelt es sich um Beamte und Angestellte, die von der Betreuungsbehörde zur Wahrnehmung der Aufgaben nach § 6 Abs. 2 BtBG ermächtigt werden (§ 6 Abs. 4 BtBG). Sie sind zwar Sachbearbeiter der Behörde, üben ihre Tätigkeit nach § 6 Abs. 2 BtBG aber selbstständig und weisungsfrei aus (vgl. *Jur-*

geleit/Kania, Betreuungsrecht, 4. Aufl., § 6 BtBG Rn. 17). Sie werden sachlich unabhängig tätig. Die Vorschrift des § 6 BtBG ist § 59 SGB VIII nachgebildet (vgl. BT-Drucks. 15/2494 S. 44 li. Sp.). Auch für die dort geregelte Beurkundungstätigkeit der Urkundsperson beim Jugendamt ist anerkannt, dass diese nur an die Gesetze gebunden und ansonsten weisungsfrei sind (BeckOK SozR/Winkler [1.9.2020], § 59 SGB VIII Rn. 12; NK-SGB VIII/Hoffmann, 8. Aufl., § 59 Rn. 7; Mauthe/Trautmann in LPK-SGB VIII, 7. Aufl., § 59 Rn. 1; Dürbeck in Wiesner, SGB VIII, 5. Aufl., § 59 Rn. 9). Zur Wahrung der Interessen der Betroffenen hat der Gesetzgeber zudem flankierende Maßnahmen getroffen, wie etwa die Erweiterung der Beratungskompetenz der Betreuungsvereine. Er hat zudem angeordnet, dass die Urkundsperson für die Tätigkeit nach § 6 Abs. 2 BtBG geeignet sein muss (§ 6 Abs. 3 BtBG).

37 cc) Wenn dessen ungeachtet eingewandt wird, es sei kein unabhängiges, sondern ein „von fiskalischen, politischen und behördeninternen Interessen getriebenes Rechtspflegeorgan“ geschaffen worden (so *Heinemann*, notar 2020, 121, 122), liegt dem die Auffassung zugrunde, dass Behörden generell keine Beglaubigungsbefugnisse übertragen werden dürften, weil es in der Behörde keine unabhängigen Amtsträger geben könne. Dem vermag der Senat indessen nicht beizutreten.

Zu den Kosten einer Vollmacht im Rahmen der Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses

GNotKG § 127 Abs. 1 S. 2; FamFG § 81 Abs. 1 S. 1

LG Köln (5. Zivilkammer),
Beschluss vom 26.10.2020 – 5 OH 91/20

I. Tatbestand:

1 Die Antragsgegnerin beauftragte den Antragsteller mit der Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nach ihrem verstorbenen Vater. In diesem Rahmen veranlassete der Antragsteller die Antragsgegnerin und den Testamentsvollstrecker, ihm jeweils eine Vollmacht zu erteilen, um „sämtliche Auskünfte und Informationen einzuholen, die für die Erstellung des Nachlassverzeichnisses von Bedeutung sind.“

2 Nach Erstellung des Nachlassverzeichnisses übersandte der Antragsteller der Antragsgegnerin die verfahrensgegenständliche Rechnung, in der neben einer

Verfahrensgebühr nach KV-Nummer 23500 zwei Gebühren für einen „Entwurf bei Verfahrensgebühr 1,0“ nach KV-Nummer 24101 enthalten waren.

3 Die Antragsgegnerin beglich die Rechnung mit Ausnahme des auf die zwei Gebühren nach KV-Nummer 24101 entfallenden Betrages.

4 Mit Schreiben vom 05.06.2020 hat der Antragsteller um Überprüfung der Rechnung gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 GNotKG gebeten.

5 Er vertritt den Standpunkt, dass die vorgenommene Abrechnung der Entwurfsgebühren für die Vollmachten durch das Kostenverzeichnis zum GNotKG nicht ausgeschlossen sei. Zum einen würden bei Nachlassverzeichnissen keine Vollzugsgebühren erhoben. Andererseits seien Vollmachten wie die hier in Rede stehenden auch nicht unabdingbarer Bestandteil eines Nachlassverzeichnisses.

6 Die Antragsgegnerin ist der Ansicht, dass der Testamentsvollstrecker ohnehin nicht zur Auskunft und damit auch nicht zur Erteilung einer Vollmacht verpflichtet gewesen sei. Darüber hinaus handele es sich um einfache Mustervollmachten, wie sie beispielsweise auch ein Rechtsanwalt verwende, um seine Vertretung nach außen hin anzuzeigen, und für die auch keine Vergütung verlangt werden könne.

7 Der Präsident des Landgerichts als vorgesetzte Dienstbehörde des Antragstellers ist gehört worden. Wegen der Stellungnahme des Bezirksrevisors vom 27.08.2020 wird auf Bl. 36f. d.A. verwiesen.

II. Aus den Gründen:

8 Der Antrag ist zulässig, insbesondere gemäß § 127 Abs. 1 Satz 2 GNotKG statthaft und innerhalb der Frist des § 127 Abs. 2 Satz 1 GNotKG gestellt worden.

9 Die verfahrensgegenständliche Kostenrechnung war, soweit zwischen den Parteien Streit über ihre Richtigkeit besteht, aufzuheben. Der Antragsteller war nicht berechtigt, für die zwei Vollmachten, die er sich von der Antragsgegnerin und dem Testamentsvollstrecker hat erteilen lassen, jeweils eine Entwurfsgebühr nach KV-Nummer 24101 (Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG) zu berechnen.

10 Dabei kann noch davon ausgegangen werden, dass die Vollmachten dem weit zu fassenden Begriff des Entwurfs (vgl. *Korintenberg/Diehn*, 21. Aufl. 2020, GNotKG KV Vorbemerkung 2.4.1, Rn. 3) unterfallen. Auch mag der Anwendungsbereich der KV 24100 ff. deshalb eröffnet sein, weil Gegenstand der Tätigkeit des Antragstellers keine Beurkundung sondern ein sonstiges notarielles Verfahren (zB Verlosungen, eidesstatt-

liche Versicherungen, Vermögensverzeichnisse, Klauselumschreibungen) war (vgl. auch insofern Korintenberg/*Diehn*, aaO, Rn. 22).

11 Dass es keine gesetzliche Regelung gibt, die neben der Aufnahme eines Vermögensverzeichnisses die Abrechnung eines Vollmachtsentwurfs ausschließt (vgl. Stellungnahme des Bezirksrevisors, Seite 2, vorletzter Absatz), besagt freilich nicht, dass die gesonderte Berechnung des Entwurfes dann auch – quasi automatisch – berechtigt ist. Nach Ansicht der Kammer ist dies im vorliegenden Fall vielmehr deshalb ausgeschlossen, weil es sich bei den Vollmachtsentwürfen um solche Leistungen handelt, die bereits mit der für die Errichtung des Nachlassverzeichnisses angefallenen Gebühr abgegolten sind.

12 Für die Errichtung eines Nachlassverzeichnisses durch den Notar fällt eine 2,0-Gebühr nach KV 23500 des GNotKG an. Es handelt sich um eine Verfahrensgebühr, die die Ermittlungstätigkeit des Notars und die eigentliche Errichtung der Verzeichnisurkunde abdeckt (BeckOGK/*Theilig*, BGB, 01.10.2020, § 2121, Rn. 33 m.w.N.). Die Gebühr entsteht für das gesamte Verfahren einschließlich der Ermittlungen des Notars bis hin zum Abschluss des Verfahrens durch die Niederlegung des Ermittlungsergebnisses in einer Urkunde (vgl. Vorbemerkung 2.3 Abs. 1 S. 1; Korintenberg/*Gläser*, aaO, GNotKG KV 23500 Rn. 4). Zu den von der Gebühr nach KV-Nummer 23500 umfassten Tätigkeiten des Notars gehören Ermittlungsmaßnahmen wie beispielsweise die Begehung der Erblasserwohnung nebst Verzeichnung der dort befindlichen Gegenstände und Durchsicht der Unterlagen sowie schriftliche Anfragen bei Grundbuchämtern oder Kreditinstituten (BeckOK KostR/*Neie*, 30. Ed. 1.6.2020, GNotKG KV 23500 Rn. 11).

13 Lässt sich der Notar im Rahmen und zur Ausübung dieser Tätigkeit von dem Auskunftspflichtigen bevollmächtigen, um dessen Angaben durch Einholung von Auskünften Dritter zu vervollständigen oder zu verifizieren, so geschieht dies zum Zwecke der Erfüllung seiner Pflichten aus dem Auftrag zur Erstellung eines Nachlassverzeichnisses, wofür ihm – wie vorstehend ausgeführt – die Gebühr nach KV-Nummer 23500 zusteht.

14 Die Konstellation und die Interessenlage sind insofern vergleichbar mit der Situation, dass sich der Notar, der in einer Urkunde (z.B. Kaufvertrag) auch mit dem Vollzug beauftragt wird, zugleich die hierfür erforderliche(n) Vollmacht(en) erteilen lässt, wofür zweifelsfrei keine gesonderte Gebühr anfällt.

15 Dass eine der Vorbemerkung 2.2 des Hauptabschnitts 2, Teil 2. des Kostenverzeichnisses vergleichbare Regelung bei Hauptabschnitt 3 fehlt, mag keine planwidrige Regelungslücke sein. Der Umstand zwingt jedoch genauso wenig zu dem Schluss, dass dann die Abrechnung der Fertigung eines Entwurfes in allen „Sonstigen notariellen Verfahren“, insbesondere bei der hier zu beurteilenden Erstellung eines Nachlassverzeichnisses nicht nur zulässig, sondern auch tatsächlich gerechtfertigt ist.

16 Absatz 2 der Vorbemerkung 2.2 stellt klar, dass in den Fällen, in denen für eine Tätigkeit eine Gebühr nach Hauptabschnitt 1 entsteht, bei demselben Notar insofern keine Gebühr für die Fertigung eines Entwurfs oder nach KV 25204 anfällt. Eine Vollzugs- oder Betreuungstätigkeit kann folglich keine gesonderte Entwurfsgebühr auslösen. Dieses Prinzip vermeidet auch mehrfache Entwurfsgebühren zB bei mehreren zu löschenden Belastungen (Korintenberg/*Tiedtke*, aaO, GNotKG KV Rn. 4).

ERBRECHT

Konkludente Rechtswahl nach der EuErbVO

EuErbVO Art. 22 Abs. 2, 83 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Die Frage, ob der Erblasser eine konkludente Rechtswahl im Sinne von Art. 22 Abs. 2 EuErbVO getroffen hat, ist unionsautonom und nicht unter Rückgriff auf das hypothetisch gewählte Recht zu beurteilen (hier: Wahl des deutschen Rechts für die Bindungswirkung in einem zwischen einer deutschen Erblasserin und ihrem österreichischen Ehemann geschlossenen Erbvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1 b) EuErbVO).

BGH (IV. Zivilsenat),

Beschluss vom 24.02.2021 – IV ZB 33/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten darüber, ob die Beteiligten zu 1 und 2 oder die Beteiligten zu 3 bis 6 Miterben der am 22. Mai 2017 verstorbenen deutschen Staatsangehörigen Dr. H. B. (im Folgenden: Erblasserin) geworden sind. Die Erblasserin sowie ihr am 19. Juni 2003 vorverstorbenen Ehemann, österreichischer Staatsangehöriger, hatten ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt seit 1995 in Bad Reichenhall. Am 25. März 1996 errichteten sie in zwei getrennten, aber im Wesentlichen wortgleichen eigenhändig ge- und unterschriebenen Urkunden zwei mit „Gemeinschaftliches Testament“ überschriebene Schriftstücke folgenden Wortlauts:

„Ich, Frau Dr. H.B. ... bin deutsche Staatsangehörige und habe keine Kinder.

Ich, Herr Prof. E.G. ... bin österreichischer Staatsangehöriger und habe als einzigen Abkömmling meine am ... geborene Tochter ..., die ihrerseits verheiratet und österreichische Staatsangehörige ist.

Wir sind miteinander seit 30.V.95 verheiratet ...

...

I.

Wir setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein.

II.

Nach dem Tod des Zweiten von uns sollen gemeinsame Schlusserben

a) Frau G.G. ...

b) Herr U.G. ...

c) Frau B.G. ...

d) Frau S.H. ...

(Beteiligte zu 3 bis 6)

zu gleichen Teilen sein.

III.

Die hier getroffene Verfügung von Todes wegen (Erb-einsetzung, Schlusserbeneinsetzung u. Vermächtnisa-nordnung) sind wechselseitig verbindlich. Sie können zu unserer beider Lebzeiten nur gemeinschaftlich auf-gehoben werden. Nach dem Tod eines von uns beiden ist der überlebende Ehegatte nicht mehr berechtigt, die Erbeinsetzungen und Vermächtnisanordnung abzu-ändern.

...“

2 Die am 10. Oktober 2017 nachverstorbene Beteiligte zu 4 ist die Schwester der Erblasserin, die Beteiligten zu 3, 5 und 6 sind die Kinder der Beteiligten zu 4. Mit Testament vom 7. November 2013 verfügte die Erblasserin, dass sie ihr „Haus und Inventar“ sowie ihr „Barvermögen“ den Beteiligten zu 1 und 2 vererbe. Bereits mit einem auf den 1. November 2011 datierten Testament hatte sie angeordnet, dass die Beteiligte zu 1 nach ihrem Ableben 30.000 € und diverse Möbelstücke erhalten solle. In einem weiteren eigenhändig ge- und unterschriebenen Schreiben der Erblasserin vom 4. Dezember 2013 heißt es unter anderem:

„Sollte meine Schwester oder mein Neffe sowie Nichten von meinen Konten Geld abgehoben haben, müssen sie diese an den Erben zurückbezahlt werden. Ich hatte ihnen nie erlaubt Geld abzuheben.

Dieses Geld gehört zur Erbmasse...“

3 Die Beteiligten zu 1 und 2 haben nach dem Tod der Erblasserin die Erteilung eines Erbscheins des Inhalts beantragt, dass sie Erben zu je 1/2 geworden sind. Das Nachlassgericht hat diesen Antrag mit Beschluss vom 19. April 2018 zurückgewiesen, da sich die Erbfolge nach dem am 25. März 1996 errichteten gemeinschaftlichen Testament richte. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 2, mit der sie ihren Erbscheinsantrag weiterverfolgen.

II. Aus den Gründen:

4 Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

5 1. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2021, 28 (m. Anm. von Bary a.a.O. 38) veröffentlicht ist, hat ausgeführt, die Erbfolge nach der Erblasserin richte sich nach dem wirksamen gemeinschaftlichen Testament vom 25. März 1996, des-

sen Bindungswirkung den späteren Verfügungen der Erblasserin entgegenstehe. Die Zulässigkeit des gemeinschaftlichen Testaments, das unionsrechtlich einen Erbvertrag darstelle, richte sich nach dem durch Art. 83 Abs. 3, 1. Alt. i. V.m. Art. 25 Abs. 2 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 4. Juli 2012 über die Zuständigkeit, das anzuwendende Recht, die Anerkennung und Vollstreckung von Entscheidungen und die Annahme und Vollstreckung öffentlicher Urkunden in Erbsachen sowie zur Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses (im Folgenden: EuErbVO) berufenen deutschen Recht als Recht des Staates, in dem die Erblasserin sowie ihr Ehemann ihren gewöhnlichen Aufenthalt gehabt hätten. Das gemeinschaftliche Testament sei ferner gemäß Art. 25 Abs. 2 i.V.m. Art. 83 Abs. 3 Alt. 1 EuErbVO formell und materiell wirksam. Auch insoweit sei jeweils auf deutsches Recht abzustellen. Schließlich entfalte das gemeinschaftliche Testament vom 25. März 1996 Bindungswirkung, die den späteren Verfügungen der Erblasserin entgegenstehe. Auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments finde deutsches Recht Anwendung. Dies ergebe sich aus einer entsprechenden konkludenten Rechtswahl. Nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO könnten die Parteien eines Erbvertrages im unionsrechtlichen Sinne auch für die Bindungswirkung ihres Erbvertrages einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung das Recht wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen sei, gemäß Art. 22 EuErbVO unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können. Das Testament enthalte zwar keine ausdrückliche Wahl deutschen Rechts. Art. 83 Abs. 2 EuErbVO erfasse jedoch auch eine konkludente Wahl deutschen Rechts. Das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl nach der EuErbVO sei unionsautonom und nicht unter Rückgriff auf das hypothetische Rechtswahlstatut zu entscheiden. Auf dieser Grundlage hätten die Erblasserin und ihr verstorbener Ehemann für die Bindungswirkung übereinstimmend konkludent deutsches Recht gewählt, was sich insbesondere aus der verwendeten Terminologie sowie dem Zusammenspiel der Ziffern I bis III des Testaments ergebe.

6 Das Beschwerdegericht hat die Rechtsbeschwerde zur Klärung der Frage zugelassen, ob das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl nach der EuErbVO unionsautonom oder unter Rückgriff auf das hypothetische Rechtswahlstatut zu entscheiden sei. Diese Frage sei entscheidungserheblich, da nach deutschem Recht hier nicht von einer konkludenten Wahl deutschen Rechts auszugehen sei. Es bestünden nicht genügend Anhaltspunkte, um bei den an dem gemeinschaftli-

chen Testament Beteiligten ein nach deutschem Recht für eine konkludente Rechtswahl erforderliches Erklärungsbewusstsein annehmen zu können.

7 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

8 Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass den Beteiligten zu 1 und 2 kein Anspruch auf Erteilung eines Erbscheins zusteht, der ihre Erbfolge zu je 1/2 ausweist. Die Erbfolge der Erblasserin richtet sich vielmehr nach dem wirksamen gemeinschaftlichen Testament vom 25. März 1996, dessen Bindungswirkung gemäß §§ 2270 Abs. 2, 2271 Abs. 2 BGB den späteren Verfügungen der Erblasserin zugunsten der Beteiligten zu 1 und 2 entgegensteht.

9 a) Das Beschwerdegericht hat zunächst rechtsfehlerfrei entschieden, dass das zwischen der Erblasserin und ihrem Ehemann am 25. März 1996 errichtete gemeinschaftliche Testament einen Erbvertrag im Sinne von Art. 3 Abs. 1 b) EuErbVO darstellt. Die EuErbVO ist anwendbar, da es sich um einen Nachlass mit grenzüberschreitendem Bezug handelt, der sich hier aus der österreichischen Staatsangehörigkeit des Ehemannes der deutschen Erblasserin ergibt (zum grenzüberschreitenden Bezug vgl. etwa EuGH, Urteil vom 16. Juli 2020, C-80/19, ECLI:EU:C:2020:569, ZEV 2020, 628 Rn. 42-44, 39; MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. Art. 1 EuErbVO Rn. 61).

10 Gemäß Art. 3 Abs. 1 b) EuErbVO ist ein Erbvertrag eine Vereinbarung, einschließlich einer Vereinbarung aufgrund gegenseitiger Testamente, die mit oder ohne Gegenleistung Rechte am künftigen Nachlass oder künftigen Nachlässen einer oder mehrerer an dieser Vereinbarung beteiligter Personen begründet, ändert oder entzieht. Hierunter fällt auch das gemeinschaftliche Testament nach deutschem Recht, das wechselbezügliche Verfügungen im Sinne von § 2270 BGB enthält (vgl. MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. Art. 3 EuErbVO Rn. 11). Demgegenüber liegt hier kein gemeinschaftliches Testament nach Art. 3 Abs. 1 c) EuErbVO vor, da es an der nach dieser Regelung erforderlichen Errichtung der letztwilligen Verfügung in einer einzigen Urkunde fehlt.

11 Da die Erblasserin am 22. Mai 2017 verstorben ist, findet gemäß Art. 83 Abs. 1 EuErbVO diese Verordnung auf ihre Rechtsnachfolge Anwendung. Die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 3 EuErbVO bestimmt, dass eine – wie hier – vor dem 17. August 2015 errichtete Verfügung von Todes wegen zulässig sowie materiell und formell wirksam ist, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Errichtung der Verfügung geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, oder in dem Mitgliedstaat, dessen Behörde mit der Erbsache befasst ist,

zulässig sowie materiell und formell wirksam ist. Auf dieser Grundlage hat das Beschwerdegericht rechtsfehlerfrei und von der Rechtsbeschwerde zu Recht nicht angegriffen entschieden, dass das gemeinschaftliche Testament der Eheleute vom 25. März 1996 zulässig (Art. 83 Abs. 3 Alt. 1 EuErbVO i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 1 EuErbVO) sowie formell (Art. 83 Abs. 3 Alt. 1 i.V.m. Art. 27 EuErbVO) und materiell wirksam ist (Art. 83 Abs. 3 Alt. 1 i.V.m. Art. 25 Abs. 2 Unterabs. 2 EuErbVO).

12 b) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde hat das Beschwerdegericht ferner rechtsfehlerfrei entschieden, dass auf die Bindungswirkung des gemeinschaftlichen Testaments vom 25. März 1996 deutsches Recht Anwendung findet. Zutreffend ist es zunächst davon ausgegangen, dass die Frage, ob auf die Bindungswirkung deutsches oder österreichisches Recht Anwendung findet, hier nicht offenbleiben kann, da bindende Verfügungen von Todes wegen nach den revisionsrechtlich nicht zu beanstandenden Feststellungen des Beschwerdegerichts nach österreichischem Erbrecht allein in Erbverträgen möglich sind, die besonderer notarieller Form bedürfen, welche hier nicht gewahrt ist.

13 Nach Art. 25 Abs. 3 EuErbVO können die Parteien für die Zulässigkeit, die materielle Wirksamkeit und die Bindungswirkung ihres Erbvertrages einschließlich der Voraussetzungen für seine Auflösung das Recht wählen, das die Person oder eine der Personen, deren Nachlass betroffen ist, nach Art. 22 EuErbVO unter den darin genannten Bedingungen hätte wählen können. Die Vorschrift des Art. 25 Abs. 3 EuErbVO findet hier über Art. 83 Abs. 2 EuErbVO Anwendung. Hatte hiernach der Erblasser das auf seine Rechtsnachfolge von Todes wegen anzuwendende Recht vor dem 17. August 2015 gewählt, so ist diese Rechtswahl wirksam, wenn sie die Voraussetzungen des Kapitels III erfüllt oder wenn sie nach den zum Zeitpunkt der Rechtswahl geltenden Vorschriften des Internationalen Privatrechts in dem Staat, in dem der Erblasser seinen gewöhnlichen Aufenthalt hatte, oder in einem Staat, dessen Staatsangehörigkeit er besaß, wirksam ist. Die Übergangsvorschrift des Art. 83 Abs. 2 Alt. 1 EuErbVO erfasst nach der Rechtsprechung des Senats auch Erbverträge und gestattet eine entsprechende Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO (Senatsbeschluss vom 10. Juli 2019 – IV ZB 22/18, BGHZ 222, 365 Rn. 12 f.).

14 aa) Gemäß Art. 22 Abs. 2 EuErbVO muss die Rechtswahl ausdrücklich in einer Erklärung in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Eine ausdrückliche Rechtswahl haben die Erblasserin und ihr Ehemann noch den aus Rechtsgründen nicht zu beanstandenden Feststellungen des Beschwerdegerichts in

dem gemeinschaftlichen Testament vom 25. März 1996 nicht getroffen.

15 Das Beschwerdegericht hat jedoch rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Erblasserin und ihr Ehemann konkludent deutsches Recht für die Frage der Bindungswirkung gewählt haben. Die Frage, ob das Vorliegen einer konkludenten Rechtswahl unionsautonom oder unter Rückgriff auf das hypothetische Rechtswahlstatut – hier auf das deutsche Recht – zu entscheiden ist, ist nach der Lösung des Beschwerdegerichts entscheidungserheblich, da dieses angenommen hat, dass nach deutschem Recht von einer konkludenten Wahl deutschen Rechts nicht auszugehen sei, weil nicht genügend Anhaltspunkte bestünden, um bei den an dem gemeinschaftlichen Testament Beteiligten ein nach deutschem Recht für eine konkludente Rechtswahl erforderliches Erklärungsbewusstsein anzunehmen (vgl. hierzu BeckOK-BGB/Lorenz, Art. 25 EGBGB Rn. 21 (Stand: 1. November 2020); Burandt/Schmuck in Burandt/Rojahn, EuErbVO Art. 22 Rn. 6; jurisPK-BGB/Sonnentag, 9. Aufl., Art. 22 EuErbVO Rn. 20 f.; Staudinger/Dörner, EGBGB (2007) Art. 25 Rn. 535). Demgegenüber ist das Beschwerdegericht davon ausgegangen, auf der Grundlage einer unionsautonomen Auslegung des Begriffs der konkludenten Rechtswahl hätten die Erblasserin und ihr verstorbener Ehemann hier im Testament vom 25. März 1996 für die Bindungswirkung übereinstimmend deutsches Recht gewählt.

16 Die Frage, worauf bei der Rechtswahl für die Bindungswirkung abzustellen ist, ist streitig. Teilweise wird vertreten, insoweit sei auf das hypothetisch gewählte Recht abzustellen (so etwa Köhler in Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht 3. Aufl., Teil 1 EuErbVO § 4 Rn. 30; ders. in Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht 2. Aufl., Teil 3 Internationales Erbrecht EuErbVO Art. 22 Rn. 10; Burandt/Schmuck in Burandt/Rojahn, Erbrecht 3. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 6; jurisPK-BGB/Sonnentag, 9. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 20; Leitzen, ZEV 2013, 128, 129; Pfeiffer, IPrax 2016, 310, 313; wohl auch Dörner, ZEV 2012, 505, 511; Schaub, Die EU-Erbrechtsverordnung in Hereditare – Jahrbuch für Erbrecht und Schenkungsrecht 2013, S. 91, 115).

17 Die überwiegende Auffassung nimmt demgegenüber – wie auch das Beschwerdegericht – an, dass die Frage, ob eine konkludente Rechtswahl vorliegt, unionsautonom zu bestimmen ist (MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 14; NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 28; Erman/Stürner, BGB 16. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 12; Palandt/Thorn, BGB 80. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 6; BeckOGK/J. Schmidt, EuErbVO Art. 22 Rn. 21 (Stand: 1. November 2020); Zimmermann/Grau, Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze Eu-

ErbVO Rn. 195; *Schauer* in Deixler-Hübner/Schauer, Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO) 2. Aufl. Art. 22 Rn. 14; *Bauer* in Dutta/Weber, Internationales Erbrecht Art. 22 EuErbVO Rn. 19; *Odersky* in Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis 3. Aufl. § 15 Rn. 117; von *Bary*, ZEV 2021, 38, 39; *Cach/Weber*, ZfRV 2013, 263, 265; *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 151 f.; *Fornasier*, FamRZ 2020, 1956 f.; *Emmerich*, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO, S. 187 f.; *D. Stamatiadis*, in Pamboukis, EU Succession Regulation No 650/2012 Art. 22 Rn. 56; in diese Richtung auch OLG Köln ZEV 2019, 633 Rn. 10).

18 bb) Die letztgenannte Auffassung trifft zu. Für eine unionsautonome Auslegung der konkludenten Rechtswahl spricht schon der Wortlaut des Art. 22 Abs. 2 Alt. 2 EuErbVO. Hiernach muss sich die Rechtswahl aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergeben. Damit hat der Unionsgesetzgeber bereits selbst eine Bestimmung des Begriffs der konkludenten Rechtswahl vorgegeben (NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 28). Nach ständiger Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union folgt aus den Erfordernissen sowohl der einheitlichen Anwendung des Unionsrechts als auch des Gleichheitssatzes, dass die Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts, die für die Ermittlung ihres Sinnes und ihrer Bedeutung – wie hier – nicht ausdrücklich auf das Recht der Mitgliedstaaten verweist, in der Regel in der Union eine autonome und einheitliche Auslegung erhalten müssen (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138, ZEV 2018, 205 Rn. 32 zur Qualifikation des § 1371 BGB).

19 Eine derartige Verweisung auf nationales Recht lässt sich auch der Entstehungsgeschichte nicht entnehmen. Der Kommissionsvorschlag von 2009 zu Art. 17 Abs. 2 EuErbVO sah noch ausdrücklich vor, dass die Wahl des auf die Rechtsnachfolge von Todes wegen anwendbaren Rechts ausdrücklich erfolgen muss (vgl. NK-BGB/Looschelders aaO Rn. 27; MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 13; *Zimmermann*, Praxiskommentar Erbrechtliche Nebengesetze, 2. Aufl. EuErbVO Rn. 195). Demgegenüber hat sich der Ordnungsgeber dann nach dem Vorbild von Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom-I-Verordnung entschlossen, auch eine konkludente Rechtswahl zuzulassen (vgl. BeckOGK/J. Schmidt, EuErbVO Art. 22 Rn. 20 [Stand: 1. November 2020]; *Emmerich*, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO, S. 188; NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl. Art. 22 Rn. 27; MünchKomm-BGB/Dutta, 8. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 13). Dabei werden – anders als Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom-I-Verordnung – an die konkludente Rechtswahl keine qualifizierten Anforderungen gestellt. Während es gemäß Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom-I-Verordnung erforderlich ist, dass sich die

Rechtswahl eindeutig aus den Bestimmungen des Vertrages oder aus den Umständen des Falles ergeben muss, genügt für Art. 22 Abs. 2 EuErbVO bereits eine Rechtswahl, die sich aus den Bestimmungen einer Verfügung von Todes wegen ergibt. Dieser Unterschied rechtfertigt sich daraus, dass es bei der EuErbVO nicht um die konkludente Rechtswahl durch zwei Parteien eines Vertrages mit möglicherweise widerstreitenden Interessen geht, sondern um eine einseitige konkludente Rechtswahl durch den Erblasser. Da hier seinem Willen zur Geltung verholten werden soll, erschien es sachlich gerechtfertigt, für die konkludente Rechtswahl eine niedrigere Schwelle als in Art. 3 Abs. 1 Satz 2 Rom-I-Verordnung anzusetzen (BeckOGK/J. Schmidt, EuErbVO Art. 22 Rn. 20 [Stand: 1. November 2020]). Auch im Rahmen der Rom-I-Verordnung wurde bereits überwiegend vertreten, dass die Frage, ob das Verhalten der Parteien als konkludente Rechtswahl anzusehen ist, unionsautonom auszulegen ist (BeckOGK/Wendland, Rom I-VO Art. 3 Rn. 126 [Stand: 1. Februar 2020]; *Emmerich*, Probleme der Anknüpfung im Rahmen der EuErbVO, S. 186, 188 m.w.N.). Anhaltspunkte dafür, dass der EU-Verordnungsgeber im Rahmen der EuErbVO eine andere Anknüpfung wählen wollte, sind nicht ersichtlich.

20 Für eine unionsautonome Auslegung sprechen ferner in systematischer Hinsicht die Erwägungsgründe 39 und 40 der EuErbVO. Nach Erwägungsgrund 39 sollte eine Rechtswahl ausdrücklich in Form einer Verfügung von Todes wegen erfolgen oder sich aus den Bestimmungen einer solchen Verfügung ergeben. Eine Rechtswahl könne als sich durch eine Verfügung von Todes wegen ergebend angesehen werden, wenn z.B. der Erblasser in seiner Verfügung Bezug auf spezifische Bestimmungen des Rechts des Staates, dem er angehöre, genommen habe oder das Recht dieses Staates in anderer Weise erwähnt habe. Der EU-Verordnungsgeber hat damit selbst Kriterien für eine unionsautonome Rechtswahl aufgestellt. Diese wären überflüssig, wenn es für die Frage der konkludenten Rechtswahl nicht auf eine unionsautonome Auslegung, sondern auf eine solche nach dem hypothetisch gewählten nationalen Recht ankäme (NK-BGB/Looschelders 3. Aufl., Art. 22 EuErbVO Rn. 28; *Odersky* in Hausmann/Odersky, Internationales Privatrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis, 3. Aufl. § 15 Rn. 117). Hierfür spricht auch Satz 1 von Erwägungsgrund 40. Hiernach sollte eine Rechtswahl nach dieser Verordnung auch dann wirksam sein, wenn das gewählte Recht keine Rechtswahl in Erbsachen vorsieht. Käme es auf das hypothetisch gewählte materielle Recht an, so wären diese Erwägungen überflüssig, wenn es in der gewählten Rechtsordnung keine – oder jedenfalls keine konkludente – Rechtswahl gäbe (vgl. auch *Nordmeier*, GPR 2013, 148, 152, 153).

21 Dem steht entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch Art. 22 Abs. 3 EuErbVO nicht entgegen. Hiernach unterliegt die materielle Wirksamkeit der Rechtshandlung, durch die die Rechtswahl vorgenommen wird, dem gewählten Recht. Insoweit bestimmt Satz 2 von Erwägungsgrund 40, die materielle Wirksamkeit der Rechtshandlung, mit der die Rechtswahl getroffen werde, solle sich nach dem gewählten Recht bestimmen, d.h. ob davon auszugehen sei, dass die Person, die die Rechtswahl treffe, verstanden habe, was dies bedeute, und dem zustimme. Mit der materiellen Wirksamkeit sind hier – entsprechend der Regelung in Art. 26 Abs. 1 EuErbVO – etwa die Testierfähigkeit, Testierverbote, die Zulässigkeit der Stellvertretung, die Auslegung der Verfügung sowie Willensmängel gemeint. Hierauf kommt es indessen erst nach der Beantwortung der vorrangigen Frage an, ob der Erblasser – ausdrücklich oder konkludent – eine bestimmte Rechtsordnung gewählt hat (vgl. Schauer in Deixler-Hübner/Schauer, Kommentar zur EU-Erbrechtsverordnung (EuErbVO) 2. Aufl. Art. 22 Rn. 16; Nordmeier, GPR 2013, 148, 153; Erman/Stürner, BGB 16. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 12).

22 Für eine unionsautonome Auslegung spricht nach dem Sinn und Zweck der Vorschrift ferner die Anwendung einheitlicher Kriterien zur Bestimmung, ob im jeweils zu beurteilenden Fall die Voraussetzungen für eine konkludente Rechtswahl vorliegen oder nicht. Das Abstellen auf das hypothetisch gewählte Recht hätte demgegenüber – worauf die Rechtsbeschwerdeerwiderung zu Recht hinweist – zur Folge, dass in vergleichbaren Fallkonstellationen gegebenenfalls unterschiedliche Anforderungen an eine konkludente Rechtswahl zu stellen wären mit der Folge einer uneinheitlichen Beurteilung, wann im Rahmen von Art. 22 Abs. 2 EuErbVO eine konkludente Rechtswahl vorliegt.

23 Schließlich ist zu berücksichtigen, dass die Übergangsbestimmungen des Art. 83 EuErbVO von dem Ziel geprägt sind die Wirksamkeit – früherer – Verfügungen von Todes wegen soweit irgend möglich aufrechtzuerhalten, sie aber gegebenenfalls auch zu heilen (Senatsbeschluss vom 10. Juli 2019 – IV ZB 22/18, BGHZ 222, 365 Rn. 28; für die Anwendung des Grundsatzes des favor testamentii auch BeckOGK/J. Schmidt, EuErbVO Art. 22 Rn. 26 [Stand: 1. November 2020]; Bauer in Dutta/Weber, Internationales Erbrecht Art. 22 Rn. 20; a.A. Magnus, IPPrax 2019, 8, 10; BeckOK BGB/Lorenz, Art. 25 EGBGB a.F. Rn. 21 [Stand: 1. November 2020]).

24 cc) Ausgehend von einer unionsautonomen Auslegung der konkludenten Rechtswahl hat das Beschwerdegericht in rechtlich nicht zu beanstandender Weise angenommen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann in dem gemeinschaftlichen Testament vom 25. März 1996 deut-

liches Recht gewählt haben. Für die konkludente Wahl einer bestimmten nationalen Rechtsordnung kann es insbesondere sprechen, wenn der Erblasser Begriffe oder Rechtsinstitute verwendet, die gerade in dieser Rechtsordnung spezifisch sind (vgl. Satz 2 Erwägungsgrund 39 zur EuErbVO; ferner OLG Köln ZEV 2019, 633 Rn. 10: Bezugnahme auf Vorschriften rumänischen Rechts in einem Testament; NK-BGB/Looschelders, 3. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 28; Palandt/Thorn, BGB 80. Aufl. Art. 22 EuErbVO Rn. 6; Bauer in Dutta/Weber, Internationales Erbrecht Art. 22 EuErbVO Rn. 20). Hier haben die Erblasserin und ihr Ehemann unter anderem den Begriff der Schlusserben verwendet, der im deutschen Recht anerkannt ist (vgl. etwa Senatsurteil vom 28. September 2016 – IV ZR 513/15, ZEV 2016, 641 Rn. 13), nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts im österreichischen Recht hingegen keine Verwendung findet. Außerdem haben die Ehegatten bestimmt, dass ihre Verfügung von Todes wegen wechselseitig verbindlich sein soll und zu ihren Lebzeiten nur gemeinschaftlich aufgehoben werden kann, während nach dem Tod eines Ehegatten der überlebende Ehegatte nicht mehr berechtigt ist, die Erbeinsetzungen und Vermächtnisanordnungen abzuändern. Auch damit haben die Erblasserin und ihr Ehemann Bezug auf die Regelungen des deutschen Rechts in den §§ 2270 Abs. 1, 2271 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1 BGB genommen, während im österreichischen Recht nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts gerade keine Bindung des überlebenden Ehegatten an ein gemeinschaftliches Testament besteht.

25 c) Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist im Streitfall nicht veranlasst, da die richtige Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Bestimmungen der Europäischen Erbrechtsverordnung nach Wortlaut, Entstehungsgeschichte, Systematik, Sinn und Zweck sowie unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Union zur autonomen Auslegung der Begriffe einer Vorschrift des Unionsrechts (EuGH, Urteil vom 1. März 2018, C-558/16, ECLI:EU:C:2018:138, ZEV 2018, 205 Rn. 32) derart offenkundig sind, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum verbleibt (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Juli 2019 – IV ZB 22/18, BGHZ 222, 365 Rn. 32; EuGH, Urteile vom 28. Juli 2016, Association France Nature Environnement, C-379/15, ECLI:EU:C:2016:603, ABl. EU 2016 Nr. C 350 S. 11 [juris Rn. 53]; vom 1. Oktober 2015, Doc Generici, C-452/14, ECLI:EU:C:2015:644, GRUR Int. 2015, 1152 Rn. 43; vom 6. Oktober 1982, CILFIT, C-283/81, ECLI:EU:C:1982:335, Slg. 1982, 3415 Rn. 16, 21).

Zum Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten

BGB §§ 131 Abs. 1, 164 Abs. 3, 1896 Abs. 2 Satz 2, 2296 Abs. 2; FamFG § 59 Abs. 1; ZPO § 51 Abs. 3

Amtliche Leitsätze:

1. Zur Beschwerdeberechtigung eines Dritten gegen die Ablehnung einer Betreuung, der geltend macht, zur Ausübung eines materiellen Rechts gegenüber dem Betroffenen auf die Betreuerbestellung angewiesen zu sein (Fortführung des Senatsbeschlusses vom 19. Januar 2011 XII ZB 326/10 FamRZ 2011, 465).
2. Dass der andere Vertragschließende geschäftsunfähig geworden ist, schließt den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag ihm gegenüber nicht aus.
3. Der Rücktritt vom Erbvertrag kann bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden jedenfalls grundsätzlich wirksam gegenüber dessen Vorsorgebevollmächtigtem erfolgen.

BGH (XII. Zivilsenat),

Beschluss vom 27.01.2021 – XII ZB 450/20

I. Tatbestand:

1 Vor ihrer Heirat schlossen die im Jahre 1940 geborene Betroffene und der Beteiligte zu 3 im Jahre 2006 einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich durch vertraglich angeordnete Verfügungen jeweils mit Vermächtnissen bedachten und den notariell zu beurkundenden Rücktritt vorbehielten. Anfang 2015 erteilte die Betroffene ihren beiden Kindern, den Beteiligten zu 1 und 2, eine umfassende Vorsorgevollmacht. In notarieller Urkunde vom 15. April 2020 erklärte der Beteiligte zu 3 den Rücktritt vom Erbvertrag. Die Urkunde wurde der Betroffenen und der Beteiligten zu 1 zugestellt.

2 Wegen Bedenken hinsichtlich der Geschäftsfähigkeit der Betroffenen hat der Beteiligte zu 3 beim Amtsgericht die Bestellung eines Betreuers für die Betroffene zur Entgegennahme der Rücktrittserklärung angeregt. Das Amtsgericht hat die Einrichtung einer Betreuung abgelehnt, weil diese mit Blick auf die Vorsorgevollmacht nicht erforderlich sei. Das Landgericht hat die Beschwerde des Beteiligten zu 3 zurückgewiesen.

3 Hiergegen wendet er sich mit der Rechtsbeschwerde.

II. Aus den Gründen:

4 Die Rechtsbeschwerde bleibt ohne Erfolg.

5 Das Landgericht hat ausgeführt, die Beschwerde des Beteiligten zu 3 sei zwar zulässig; es fehle ihm insbesondere nicht an der Beschwerdeberechtigung. Das Rechtsmittel sei jedoch mangels Erforderlichkeit der Betreuung unbegründet. Sei die Betroffene geschäftsfähig, so sei die ihr zugestellte Rücktrittserklärung mit Zugang wirksam. Sei sie dagegen geschäftsunfähig, so entfalte der Rücktritt seine Wirksamkeit in entsprechender Anwendung von § 131 Abs. 1 BGB mit Zugang an die Beteiligte zu 1. Nach richtiger Auffassung genüge nämlich der Zugang der Rücktrittserklärung an einen bevollmächtigten Vertreter. Eines gesetzlichen Vertreters und damit einer Betreuerbestellung bedürfe es hierfür nicht. 6 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

7 1. Das Landgericht hat den Beteiligten zu 3 mit Recht als beschwerdeberechtigt angesehen. Die Beschwerdeberechtigung des Ehemanns der Betroffenen folgt hier unabhängig vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG jedenfalls aus § 59 Abs. 1 FamFG.

8 a) Der Senat hat bereits entschieden, dass der Kläger eines Rechtsstreits hinsichtlich der Entscheidung, mit der das Betreuungsgericht die von ihm angeregte Bestellung eines Betreuers für den prozessunfähigen Beklagten ablehnt, grundsätzlich beschwerdebefugt ist. Denn der Grundsatz effektiven Rechtsschutzes gebietet es, der klagenden Partei die Möglichkeit einzuräumen, ihre Forderung auch gegen eine prozessunfähige Partei durchzusetzen. Um die ordnungsgemäße Vertretung der prozessunfähigen Partei im Prozess zu gewährleisten, bedarf es dann grundsätzlich der Bestellung eines Betreuers. Hat der Kläger mithin ein rechtlich geschütztes Interesse an der Bestellung eines Betreuers, geht damit im Falle einer abschlägigen Entscheidung des Betreuungsgerichts seine Beschwerdebefugnis einher (Senatsbeschluss vom 19. Januar 2011 – XII ZB 326/10 – FamRZ 2011, 465 Rn. 10 ff. mwN).

9 b) Nicht anders verhält es sich im Ergebnis dann, wenn ein Dritter geltend macht, dem Betroffenen gegenüber eine materiell-rechtliche Willenserklärung abgeben zu wollen und für die Wirksamkeit dieser Erklärung wegen der krankheitsbedingten Geschäftsunfähigkeit des Betroffenen auf die Bestellung eines gesetzlichen Vertreters angewiesen zu sein. Diese rechtliche Wertung als richtig unterstellt wäre der Dritte bei Verweigerung einer Betreuerbestellung gegebenenfalls dauerhaft an der Rechtsausübung gegenüber dem Betroffenen gehindert, so dass er trotz Drittbetroffenheit ausnahmsweise in der von § 59 Abs. 1 FamFG geforderten Weise in seinen Rechten beeinträchtigt ist.

10 c) Der Beteiligte zu 3 beruft sich demnach hier mit Erfolg auf eine solche Beschwerdeberechtigung. Ob er

mit Blick auf die Ausübung eines Rücktrittsrechts tatsächlich der Bestellung eines Betreuers für die Betroffene bedarf, ist eine Frage der Begründetheit seines Rechtsmittels.

11 2. Ebenfalls rechtlich nicht zu beanstanden ist, dass das Landgericht die Einrichtung einer Betreuung mit Blick auf die den Kindern der Betroffenen erteilte umfassende Vorsorgevollmacht wegen Fehlens der Erforderlichkeit im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB abgelehnt hat.

12 a) Gemäß § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB erfolgt der – nach § 2296 Abs. 1 BGB nur höchstpersönlich mögliche – Rücktritt vom Erbvertrag, den sich die Vertragschließenden vorliegend gemäß § 2293 BGB vorbehalten haben, durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden. Sind in dem Erbvertrag – wie hier – von beiden Teilen vertragsmäßige Verfügungen getroffen, so wird durch den Rücktritt eines Vertragschließenden der ganze Vertrag aufgehoben; das Rücktrittsrecht erlischt mit dem Tode des anderen Vertragschließenden (§ 2298 Abs. 2 Satz 1 und 2 BGB), wenn nicht ein anderer Wille der Vertragschließenden anzunehmen ist (§ 2298 Abs. 3 BGB). Als empfangsbedürftige Willenserklärung bedarf der Rücktritt bei Abgabe in Abwesenheit des Erklärungsgegners gemäß § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB des Zugangs bei diesem, um wirksam zu werden.

13 b) Dass der andere Vertragschließende geschäftsunfähig geworden ist, schließt den vertraglich vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag ihm gegenüber – und damit auch die Erforderlichkeit einer Betreuerbestellung zur Entgegennahme der Rücktrittserklärung – nicht aus.

14 aa) Jedenfalls für den Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen gemäß §§ 2271 Abs. 1 Satz 1, 2296 BGB wird in der Literatur allerdings vereinzelt vertreten, er sei gegenüber einem Geschäftsunfähigen nicht möglich. Begründet wird dies zum einen damit, der testierunfähige Widerrufsgegner habe dann keine Möglichkeit, auf den Widerruf mit einer neuen Verfügung von Todes wegen zu reagieren, so dass seine Situation insoweit der in § 2271 Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 BGB entspreche, wonach das Recht zum Widerruf mit dem Tode des anderen Ehegatten erlischt. Zum anderen komme die Bestellung eines Betreuers zur Entgegennahme des Widerrufs für den Testierunfähigen regelmäßig nicht in Betracht, so dass dem Geschäftsunfähigen der Widerruf nicht zugehen könne (vgl. *Damrau/Bittler* ZErB 2004, 77, 80; *Grunsky* ErbR 2013, 98, 100 ff. und 2014, 120 f.; wohl auch *Klessinger* in *Damrau/Tanck* Praxiskommentar Erbrecht 4. Aufl. § 2271 BGB Rn. 11; NK-BGB/Horn 5. Aufl. § 2296 Rn. 8a).

15 bb) Demgegenüber sind die Rechtsprechung und der weit überwiegende Teil der Literatur der Meinung, dass

die Geschäftsunfähigkeit bzw. Testierunfähigkeit des anderen Ehegatten bzw. Vertragschließenden weder einem Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen noch dem Rücktritt vom Erbvertrag entgegenstehen. Dies ergebe sich vor allem aus dem Rechtsunsicherheiten vermeidenden Gesetzeswortlaut und dem Gesetzeszweck, sich zu Lebzeiten des anderen von der erbrechtlichen Bindung lösen und die Testierfreiheit so zurückerlangen zu können. Außerdem werde diese Bindung erst durch den mit dem Tod des anderen eintretenden erbrechtlichen Erwerb gerechtfertigt. Jeder Testierende müsse von vorneherein mit einem Widerruf und damit rechnen, dass dadurch seine eigenen wechselbezüglichen Verfügungen unwirksam werden. Das Fehlen einer Möglichkeit, erneut von Todes wegen zu verfügen, sei schlicht Ausdruck des allgemeinen Risikos der Testierunfähigkeit (vgl. OLG Hamm FamRZ 2014, 1484, 1485; OLG Nürnberg FamRZ 2013, 1842, 1843 f. mwN; LG Leipzig FamRZ 2010, 403, 404; LG Hamburg Beschluss vom 17. Februar 2000 – 301 T 264/99 – juris Rn. 20; BeckOK BGB/*Litzenburger* [Stand: 1. November 2020] § 2271 Rn. 17; BeckOGK/*Braun* [Stand: 15. Juli 2020] § 2271 Rn. 45; Burandt/Rojahn/*Braun* Erbrecht 2. Aufl. § 2271 BGB Rn. 17, 19; Erman/S. *Kappler/T. Kappler* BGB 16. Aufl. § 2296 Rn. 3; jurisPK-BGB/*Reymann* [Stand: 3. April 2020] § 2271 Rn. 22; MünchKommBGB/*Musielak* 8. Aufl. § 2296 Rn. 5; Jauernig/*Stürner* BGB 18. Aufl. § 2271 Rn. 2; NK-BGB/*Müßig* 5. Aufl. § 2271 Rn. 15; Reimann/Bengel/Dietz/J. *Mayer/Sammet* Testament und Erbvertrag 7. Aufl. § 2271 BGB Rn. 18 ff.; Reimann/Bengel/Dietz/J. *Mayer/Röhl* Testament und Erbvertrag 7. Aufl. § 2296 BGB Rn. 6; Staudinger/*Kanzleiter* BGB [2019] § 2271 Rn. 14; *Müller/Renner* Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis 3. Aufl. Rn. 187; R. *Kössinger/Zintl* in *Nieder/Kössinger* Handbuch der Testamentsgestaltung 6. Aufl. § 11 Rn. 34b; *Hausmann* notar 2014, 58, 59; *Keim* ErbR 2014, 118 f. und ZEV 2010, 358 f.; *Helms* DNotZ 2003, 104, 105 f.; *Lange* jurisPRFamR 12/2010 Anm. 2; Palandt/*Weidlich* BGB 80. Aufl. § 2271 Rn. 6; *Vollmer* ZErB 2007, 235, 236; *Zimmer* ZEV 2013, 307, 309 und 2007, 159, 160).

16 cc) Jedenfalls für die hier maßgebliche Frage, ob das in einem Erbvertrag vorbehaltene Rücktrittsrecht schon mit Eintritt der Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden erlischt, ist die letztgenannte Auffassung zutreffend.

17 (1) Der Gesetzgeber hat in § 2298 Abs. 2 Satz 2 BGB den Tod des anderen Vertragschließenden als eindeutige und unschwer zu bestimmende zeitliche Zäsur festgelegt, bis zu der das Rücktrittsrecht auszuüben ist (vgl. etwa OLG Nürnberg FamRZ 2013, 1842, 1844; *Hausmann* notar 2014, 58, 60; *Zimmer* ZEV 2007, 159, 160). Tatsäch-

liche Unsicherheiten, wie sie bei der Anknüpfung etwa an die Testier- oder Geschäftsunfähigkeit unvermeidbar wären, sind auf diese Weise ausgeschlossen.

18 (2) Es ist zwar zutreffend, dass dem testierunfähig gewordenen anderen Vertragschließenden wegen § 2229 Abs. 4 BGB die Möglichkeit genommen ist, auf die mit dem Rücktritt veränderte erbrechtliche Lage mittels letztwilliger Verfügungen zu reagieren, obwohl ihm diese Möglichkeit eröffnet sein soll (vgl. dazu etwa BGHZ 48, 374 = NJW 1968, 496, 498 f. mwN). Diese Konsequenz ist dem Gesetz andererseits aber auch nicht fremd, wie § 2298 Abs. 2 Satz 3 BGB belegt, wonach der Überlebende selbst nach dem Tod des anderen Vertragschließenden seine Verfügung durch Testament aufheben kann, wenn er das ihm durch den Erbvertrag Zugewendete ausschlägt. Auch dann geht die erbvertragliche Regelung vollständig ins Leere, ohne dass derjenige Vertragschließende, der an ihr festgehalten hat, diesem Umstand noch Rechnung tragen kann.

19 (3) Zudem ist bei Testierunfähigkeit des anderen Vertragschließenden – anders als bei dessen Tod – der Erbfall noch nicht eingetreten. Der erbrechtliche Erwerb des jeweils Bedachten aufgrund der im Erbvertrag getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen ist jedoch ein wesentlicher Grund dafür, dass das Rücktrittsrecht mit dem Tod des anderen Vertragschließenden erlischt und der Überlebende gebunden ist (vgl. *Keim* ErbR 2014, 118, 119). Letztlich verwirklicht sich für den Rücktrittsgegner das allgemeine Risiko, einer veränderten Situation aufgrund zwischenzeitlich eingetretener Testierunfähigkeit erbrechtlich nicht mehr Rechnung tragen zu können (vgl. jurisPK-BGB/*Reymann* [Stand: 3. April 2020] § 2271 Rn. 22). Ist der Rücktritt im Erbvertrag – wie hier – vorbehalten, ist er auf die Gefahr, dass sich sein Vertragspartner durch einseitige Erklärung von den getroffenen Regelungen lösen kann, zudem ausdrücklich hingewiesen worden; jener wiederum darf darauf vertrauen, dass diese Rücktrittsmöglichkeit – der gesetzlichen Regelung entsprechend – bis zum Tod des anderen besteht.

20 (4) Nichts Abweichendes ergibt sich schließlich aus verfahrensrechtlichen Erwägungen (aA *Damrau/Bittler* ZErB 2004, 77, 80). Insbesondere kommt – wie bereits zur Zulässigkeit der Beschwerde des Beteiligten zu 3 dargelegt – die Bestellung eines Betreuers in Betracht, dem gegenüber die Rücktrittserklärung abgegeben werden kann, obwohl dies gegebenenfalls nicht im rechtlichen Interesse des Betroffenen liegt.

21 c) Der Rücktritt des Beteiligten zu 3 vom Erbvertrag kann vorliegend – wie das Landgericht zutreffend annimmt – wirksam gegenüber der Beteiligten zu 1 als Vorsorgebevollmächtigter erklärt werden, so dass es keiner Betreuerbestellung bedarf.

22 aa) Ob und inwieweit der Rücktritt vom Erbvertrag bei Geschäftsunfähigkeit des Erklärungsgegners auch einem von diesem wirksam rechtsgeschäftlich Bevollmächtigten zugehen kann, ist allerdings höchststrichterlich noch nicht entschieden.

23 Vereinzelt wird die Möglichkeit einer Bevollmächtigung für die insoweit parallele Fragestellung des Widerrufs von wechselbezüglichen Verfügungen, für dessen Vornahme § 2271 Abs. 1 Satz 1 BGB auf § 2296 BGB verweist, abgelehnt (vgl. *Eickelberg* ZEV 2019, 557, 562 f.; *Zimmer* ZEV 2013, 307, 309 f. und 2007, 159, 162).

24 Die weit überwiegende Auffassung nimmt hingegen an, dass der Rücktritt vom Erbvertrag – bzw. der Widerruf wechselbezüglicher Verfügungen – bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden – bzw. anderen Ehegatten – gegenüber einem von diesem wirksam Bevollmächtigten erfolgen kann (vgl. LG Leipzig FamRZ 2010, 403, 405; BeckOK BGB/*Litzenburger* [Stand: 1. November 2020] § 2271 Rn. 19 iVm § 2296 Rn. 5; BeckOGK/*Braun* [Stand: 15. Juli 2020] § 2271 Rn. 50; BeckOGK/*Müller-Engels* [Stand: 1. Januar 2021] § 2296 Rn. 10; Burandt/Rojahn/*Braun* ErbR 2. Aufl. § 2271 BGB Rn. 17; Erman/*S. Kappler/T. Kappler* BGB 16. Aufl. § 2296 Rn. 3; Jauernig/*Stürner* BGB 18. Aufl. § 2271 Rn. 2 und § 2296 Rn. 1; jurisPK-BGB/*Reymann* [Stand: 3. April 2020] § 2271 Rn. 27 f.; jurisPK-BGB/*B. Hamdan/R. Hamdan* [Stand: 18. Mai 2020] § 2296 Rn. 9; MünchKommBGB/*Musielak* 8. Aufl. § 2296 Rn. 5 iVm § 2271 Rn. 8; Palandt/*Weidlich* BGB 80. Aufl. § 2296 Rn. 3 iVm § 2271 Rn. 6; Reimann/Bengel/Dietz/*J. Mayer/Sammet* Testament und Erbvertrag 7. Aufl. § 2271 BGB Rn. 20; Reimann/Bengel/Dietz/*J. Mayer/Röhl* Testament und Erbvertrag 7. Aufl. § 2296 BGB Rn. 6; Staudinger/*Kanzleiter* BGB [2019] § 2271 Rn. 14; *Müller/Renner* Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis 3. Aufl. Rn. 194; *R. Kössinger/Zintl* in *Nieder/Kössinger* Handbuch der Testamentsgestaltung 6. Aufl. § 11 Rn. 34a; *Hausmann* notar 2014, 58, 61 f.; *Keim* ZEV 2010, 358, 360; *Lange* jurisPR-FamR 12/2010 Anm. 2; wohl auch *Soergel/Wolf* BGB 13. Aufl. § 2296 Rn. 3; *Keim* ErbR 2014, 118, 120).

25 bb) Nach richtiger Ansicht kann der Rücktritt vom Erbvertrag gemäß § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragschließenden jedenfalls grundsätzlich wirksam gegenüber dessen Vorsorgebevollmächtigtem erfolgen.

26 (1) Gesetzliche Vorgaben stehen einer wirksamen Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag durch einen rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter des anderen, zwischenzeitlich geschäftsunfähig gewordenen Vertragschließenden nicht entgegen (vgl. BeckOGK/*Braun* [Stand: 15. Juli 2020] § 2271 Rn. 50).

27 Ein entsprechender Ausschluss folgt zum einen nicht aus § 131 Abs. 1 BGB. Zwar wird nach dieser Bestimmung eine Willenserklärung, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abgegeben wird, nicht wirksam, bevor sie dem gesetzlichen Vertreter zugeht. Mit dieser Regelung ist jedoch nicht die gesetzgeberische Anordnung verbunden, dass Willenserklärungen, die rechtlich einem Geschäftsunfähigen gelten, nicht auch an dessen rechtsgeschäftlichen Vertreter gerichtet werden können. Vielmehr gilt insoweit § 164 Abs. 3 BGB, wonach eine gegenüber einem anderen abzugebende Willenserklärung, die dessen Vertreter gegenüber erfolgt, unmittelbar für und gegen den Vertretenen wirkt (vgl. BeckOK BGB/Litzenburger [Stand: 1. November 2020] § 2271 Rn. 19 iVm § 2296 Rn. 5; jurisPK-BGB/Reymann [Stand: 3. April 2020] § 2271 Rn. 28; Staudinger/Singer/Benedict BGB [2017] § 131 Rn. 3; Müller/Renner Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis 3. Aufl. Rn. 194; Keim ZEV 2010, 358, 359 f.; Lange jurisPR-FamR 12/2010 Anm. 2; aA Eickelberg ZEV 2019, 557, 563).

28 Zum anderen wird eine rechtsgeschäftliche Stellvertretung bei der Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag nicht dadurch gehindert, dass dieser nach § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB durch Erklärung gegenüber dem anderen Vertragschließenden zu erfolgen hat. Denn anders als bei der Abgabe der Rücktrittserklärung, die gemäß § 2296 Abs. 1 BGB nicht durch einen Vertreter erfolgen kann, handelt es sich bei der Entgegennahme nicht um eine höchstpersönliche Angelegenheit (vgl. auch Reimann/Bengel/Dietz/J. Mayer/Sammet Testament und Erbvertrag 7. Aufl. § 2271 BGB Rn. 20; aA Eickelberg ZEV 2019, 557, 563). Der Vertragschließende ist insoweit rein passiver Empfänger der Willenserklärung eines anderen, die mit dem Zugang bei ihm ohne weiteres ihre Wirksamkeit entfaltet. Mangels Höchstpersönlichkeit ist daher im Rahmen des § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB nach allgemeinen Grundsätzen eine Vertretung zulässig.

29 Dem kann auch nicht mit Erfolg die prozessuale Regelung des § 51 Abs. 3 ZPO entgegengehalten werden, die den Vorsorgebevollmächtigten eines prozessunfähigen Volljährigen einem gesetzlichen Vertreter gleichstellt. Auch wenn es an einer vergleichbaren Bestimmung im materiellen Recht fehlt, erlaubt das ersichtlich nicht den Gegenschluss, dass es dort eines gesetzlichen Vertreters bedarf. Vielmehr wollte der Gesetzgeber mit § 51 Abs. 3 ZPO allein die streitige Frage klären, ob derjenige, der eine wirksame Vorsorgevollmacht erteilt hat, den- noch nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit für das gerichtliche Verfahren mit Blick auf § 1902 BGB einen Betreuer als gesetzlichen Vertreter benötigt, und auch die prozessuale Anerkennung der Vorsorgevollmacht si-

cherstellen (vgl. BT- Drucks. 15/2494 S. 39 f.; jurisPK-BGB/Reymann [Stand: 3. April 2020] § 2271 Rn. 28; Hausmann notar 2014, 58, 62). Für das materielle Recht bleibt es für die gewillkürte Stellvertretung bei den §§ 164 ff. BGB.

30 (2) Die rechtliche Situation, in die der Geschäftsunfähige durch den gegenüber seinem rechtsgeschäftlich bevollmächtigten Vertreter erklärten Rücktritt vom Erbvertrag gebracht wird, unterscheidet sich strukturell nicht von derjenigen, die sich bei einem gegenüber einem Betreuer als gesetzlichem Vertreter erfolgten Rücktritt ergibt (vgl. Müller/Renner Betreuungsrecht und Vorsorgeverfügungen in der Praxis 3. Aufl. Rn. 194). In beiden Fällen sind die letztwilligen Verfügungen der Vertragschließenden, soweit sie nach §§ 2298, 2299 BGB vom Rücktritt erfasst werden, mit Zugang der Erklärung unwirksam. Zu einer Reaktion hierauf mittels letztwilliger Verfügung ist der Geschäftsunfähige dann mit Blick auf § 2229 Abs. 4 BGB jedenfalls bis zur Wiedererlangung seiner Testierfähigkeit nicht in der Lage, ohne dass Bedeutung erlangt, durch wen er bei Entgegennahme der Willenserklärung vertreten worden ist. Insofern liegt es auch anders als etwa bei der Anfechtungserklärung des § 2282 Abs. 2 BGB, die für den Geschäftsunfähigen nur ein Betreuer vornehmen kann, oder dem Abschluss eines Erbverzichtsvertrags für den geschäftsunfähigen Erblasser, bei dem nach § 2347 Abs. 2 Satz 2 BGB der gesetzliche Vertreter tätig werden muss. Denn dort geht es auch um die Abgabe eigener und nicht nur die Entgegennahme fremder Willenserklärungen (vgl. etwa BeckOGK/Braun [Stand: 15. Juli 2020] BGB § 2271 Rn. 50; Keim ZEV 2010, 358, 359).

31 Nicht von der Hand zu weisen ist allerdings, dass mit der gewillkürten Stellvertretung im Rahmen des § 2296 Abs. 2 Satz 1 BGB allgemein ein höheres Risiko für einen noch testierfähigen Vertretenen verbunden sein kann als mit einer gesetzlichen Vertretung durch einen Betreuer. Denkbar sind dann nämlich insbesondere die Fälle, in denen gerade der zurücktretende andere Vertragsschließende zugleich vom Verbot der Selbstkontrahierung befreiter Bevollmächtigter ist, der Vertretene keine Kenntnis vom Rücktritt erhält und so vereitelt wird, dass er etwa durch letztwillige Verfügungen auf den Rücktritt reagiert (vgl. Eickelberg ZEV 2019, 557, 563; Zimmer ZEV 2007, 159, 162). Unabhängig davon, ob die Vollmacht den Vertreter dann tatsächlich zur wirksamen Entgegennahme der Erklärung ermächtigt (vgl. dazu etwa NK-BGB/Horn 5. Aufl. § 2296 Rn. 8c; Keim ZEV 2010, 358, 360) und der Vertreter unter anderem das Risiko eingeht, dass es an einer wirksamen Erklärung des Rücktritts fehlt, steht ein solcher Fall vorliegend nicht in Rede. Vielmehr geht es um eine Vorsorgevollmacht, die

nicht dem Zurücktretenden, sondern einem Dritten erteilt worden ist, und für die eine Missbrauchsgefahr oder Interessenkollision (vgl. dazu Hausmann Notar 2014, 58, 61) im Zusammenhang mit der Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag weder festgestellt noch anderweitig ersichtlich ist. Wäre dies anders, so müsste das Betreuungsgericht im Übrigen hinterfragen, ob die Angelegenheiten des Betroffenen durch den Bevollmächtigten insoweit ebenso gut wie durch einen Betreuer besorgt werden können (§ 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB).

32 (3) Trotz des mit einer Bevollmächtigung allgemein einhergehenden Missbrauchsrisikos (vgl. *Keim* ZEV 2010, 358, 360) ist es der Wille des Gesetzgebers, durch die rechtliche Anerkennung der Vorsorgevollmacht das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu stärken (vgl. etwa BT-Drucks. 11/4528 S. 122; Senatsbeschluss BGHZ 211, 67 = FamRZ 2016, 1671 Rn. 42). Dieser soll in eigener Verantwortung Vorsorge für die Zeit treffen können, in der er nicht mehr in der Lage ist, seine rechtlichen Angelegenheiten selbst wahrnehmen zu können. Deshalb ist die Rechtsposition des Vorsorgebevollmächtigten derjenigen des Betreuers stark angenähert, wie etwa die Bestimmungen in §§ 1901 a Abs. 6, 1901 b Abs. 3, 1904 Abs. 5, 1906 Abs. 5 oder 1906 a Abs. 5 BGB belegen. Die Vorsorgevollmacht eröffnet mithin die Möglichkeit, mit einer Betreuung nach §§ 1896 ff. BGB verbundene staatliche Eingriffe zu vermeiden. Damit korrespondiert auch die ausdrückliche Anordnung in § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB, wonach eine Vorsorgevollmacht die Erforderlichkeit der Betreuung entfallen lassen kann.

33 Aus diesen Grundsätzen folgt, dass ein Vorsorgebevollmächtigter grundsätzlich auch ermächtigt werden kann, für den Betroffenen den Rücktritt vom Erbvertrag als Willenserklärung entgegenzunehmen. Hierfür gilt nichts anderes als für andere gegenüber dem Betroffenen abzugebende empfangsbedürftige Willenserklärungen, die – wie etwa die Kündigung eines Mietvertrags – rechtlich nachteilige Folgen für den Betroffenen bewirken können. Würde man die Möglichkeit der passiven gewillkürten Stellvertretung insoweit beschränken, so wäre damit eine der gesetzlichen Grundkonzeption widersprechende Entwertung der Vorsorgevollmacht verbunden (vgl. jurisPK-BGB/Reymann [Stand: 3. April 2020] § 2271 Rn. 28; Hausmann notar 2014, 58, 61 f.).

34 (4) Schließlich gibt zu keiner anderen rechtlichen Beurteilung Anlass, dass der vom Erbvertrag Zurücktretende das Risiko der Unwirksamkeit der Vorsorgevollmacht trägt. Ist etwa zweifelhaft, ob der andere Vertragschließende bereits bei Vollmachterteilung ge-

schäftsunfähig war, kann er beim Betreuungsgericht die Bestellung eines Betreuers für den Rücktrittsgegner anregen, die eine gerichtliche Überprüfung von dessen Geschäftsfähigkeit bei Vollmachterteilung nach sich ziehen wird. Davon abgesehen handelt es sich insoweit um ein Problem, das im Zusammenhang mit jeder empfangsbedürftigen Willenserklärung auftreten kann, die einem Geschäftsunfähigen gegenüber abzugeben ist. Der Schutz des Erklärenden rechtfertigt es nicht, dem Erklärungsgegner insoweit die sein Selbstbestimmungsrecht verwirklichende rechtsgeschäftliche Regelung mittels Vorsorgevollmacht zu versagen.

35 d) Danach ist eine Betreuerbestellung im vorliegenden Fall nicht erforderlich im Sinne des § 1896 Abs. 2 Satz 2 BGB. Die Beteiligte zu 1 ist als umfassend Vorsorgebevollmächtigte rechtlich befugt, den Rücktritt des Beteiligten zu 3 vom Erbvertrag entgegenzunehmen. Gründe, die trotz dieser Bevollmächtigung ausnahmsweise zur Bestellung eines Betreuers zwingen würden, liegen nach den getroffenen Feststellungen nicht vor.

Anmerkung:

1. Sachverhalt

Nach Angaben der Deutschen Alzheimer Gesellschaft leben in Deutschland im Jahr 2020 ca. 1,6 Mio. Menschen mit Demenz, überwiegend mit Alzheimerdemenz. Diese Zahl wird weiter ansteigen: Im Jahr 2050 sollen voraussichtlich 2,4 bis 2,8 Mio. Menschen betroffen sein.¹ Vor diesem Hintergrund ist der zur Veröffentlichung in BGHZ vorgesehene und hier besprochene Beschluss an Bedeutung nicht zu unterschätzen.

Der Sachverhalt ist schnell erzählt; es geht um eine wohl nicht seltene Konstellation: Ein Ehepaar schließt einen Ehevertrag, in dem sich beide erbvertraglich bindend mit Vermächtnissen bedenken, sich gleichzeitig aber den Rücktritt vorbehalten. Die Ehefrau erteilt ihren zwei Kindern umfassende Vorsorgevollmachten. Später entstehen Zweifel an der Geschäftsfähigkeit der Ehefrau. Der Ehemann erklärt den Rücktritt in notarieller Urkunde, die der Ehefrau und einem der Kinder zugestellt wird. Um sicherzugehen, dass der Rücktritt wirksam entgegengenommen werden kann, regt der Ehemann beim Betreuungsgericht die Bestellung eines Betreuers an. Das AG

¹ Vgl. Demenzreport der HKK 2020.

lehnt dies wegen mangelnder Erforderlichkeit mit Blick auf die Vorsorgevollmacht ab. Das LG weist die Beschwerde des Ehemanns ab. Auch die Rechtsbeschwerde zum BGH bleibt erfolglos.

Der BGH entschied in seinem Beschluss die folgenden drei Fragen: (i) Ist ein Dritter beschwerdeberechtigt hinsichtlich der Ablehnung einer Betreuung, der geltend macht, zur Ausübung eines materiellen Rechts gegen über dem Betroffenen auf die Betreuerbestellung angewiesen zu sein (hier: Rücktritt vom Erbvertrag)? (ii) Schließt die Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertrags- teils den vorbehaltenen Rücktritt vom Erbvertrag aus? (iii) Kann der Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber einem um- fassend durch Vorsorgevollmacht Bevollmächtigten er- klärt werden?

▶ 2. Beschwerdeberechtigung

Mit der Frage der Beschwerdeberechtigung hält sich der BGH nicht lange auf und bejaht diese gem. § 59 Abs. 1 FamFG. An der Anwendung von § 59 Abs. 1 FamFG konnte man zweifeln, da die Beschwerdeberechtigung grundsätzlich eine Betroffenheit durch die angegriffene Entscheidung in eigenen Rechten erfordert.² Hier liegt ein Fall der Drittbetroffenheit vor. Denn es begehrt ausnahmsweise ein Dritter die Be- treuerbestellung für den Betroffenen und womöglich liegt die Betreuerbestellung gar nicht im Interesse des Betroffenen. Trotzdem war die Beschwerdeberechtigung ausnahmsweise zu bejahen: Es kann nämlich nicht sein, dass gegenüber einem Geschäftsunfähigen zustehende Rechte diesem gegenüber überhaupt nicht mehr ausgeübt werden können. Dies liegt auf der Linie mit der BGH-Rechtsprechung, wonach es dem Kläger eines Rechtsstreits wegen des Grundsatzes effektiven Rechtsschutzes möglich sein muss, gegen die Entscheidung des Betreuungsgerichts vorzu- gehen, durch welche dieses die Betreuerbestellung ablehnt.³ Es kann damit richtigerweise nicht darauf ankommen, ob ein Dritter als naher Angehöriger nach § 303 Abs. 2 Nr. 1 FamFG beschwerdebefugt ist. Der BGH entschied die Frage der Beschwerdeberechtigung also unabhängig vom Näheverhältnis zwischen Beschwerdeführer und Betroffenen. Und das ist un- bedingt richtig so: Die Ausübung von eigenen Rechten gegenüber Geschäftsunfähigen kann auch nicht da-

von abhängen, ob man ein naher Angehöriger des Ge- schäftsunfähigen ist.

▶ 3. Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber Geschäftsunfähigen

Auf den ersten Blick mag man geneigt sein, die Möglichkeit des Rücktritts vom Erbvertrag gegenüber einem Geschäfts- unfähigem mit der Erwägung zu verneinen, dass es diesem möglich sein muss, auf den Rücktritt des anderen Vertrags- teils zu reagieren.⁴ Das aber ist mangels Testierfähigkeit nicht mehr der Fall. Nach einem Überblick über die zur Streitfrage vertretenen Ansichten in Rechtsprechung und Literatur entscheidet der BGH die Frage mit ausführlicher Begründung allerdings mit der bisherigen Rechtsprechung und der herrschenden Auffassung dahin, dass die Ge- schäftsunfähigkeit des anderen Vertragsteils den Rücktritt vom Erbvertrag nicht hindert.

Auch das ist unbedingt richtig und aus Sicht der Praxis sehr zu begrüßen. Tatsächliche Unsicherheiten, wie sie mit einer Anknüpfung an die Testier- oder Geschäftsfä- higkeit verbunden wären, werden so vermieden; statt- dessen ist auf den Tod als „eindeutige und unschwer zu bestimmende zeitliche Zäsur“ abzustellen.⁵ Zudem be- steht vielfach ein Bedürfnis für den Rücktritt vom Erb- vertrag oder den Widerruf wechselbezüglicher Verfü- gungen bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Ver- tragsteils bzw. Ehegatten. Ein Grund kann etwa die Korrektur eines aus steuerlichen Gründen nachteiligen Berliner Testaments sein. Oft wird das Anliegen dahin gehen, die Beschränkungen der Betreuung und/oder bei Heimunterbringung des dementen Ehepartners die Zugriffsmöglichkeiten des Sozialhilfeträgers zu verhin- dern. Zimmer weist darauf hin, dass der Wunsch bei De- menzerkrankung erfahrungsgemäß dahin gehe, die Kinder zu unmittelbaren Erben des Erst- und des Zweit- versterbenden einzusetzen.⁶ Andererseits können sich die Vertragsteile bei einem Erbvertrag gegen einen Rücktritt des anderen Vertragsteils einfach dadurch schützen, dass ein Rücktritt eben nicht vorbehalten oder an Bedingungen geknüpft wird. Bei in einem Erbvertrag vorbehaltenem Rücktritt wurden beide Vertragsteile auf die Gefahr des Rücktritts durch einseitige Erklärung hin- gewiesen; sie dürfen gleichzeitig auf die Rücktrittsmög- lichkeit bis zum Tod des jeweils anderen vertrauen.⁷

2 BGH NJW 2011, 1739 Rn. 9; NJW-RR 2013, 905 Rn. 21; BeckOK-FamFG/Obermann, 37. Ed., Stand 01.01.2021, § 59 Rn. 6.

3 BGH NJW 2011, 1739 Rn. 10 ff. m.w.N.

4 Vgl. Helms DNotZ 2003, 104, 105 m.w.N.

5 BGH BWNotZ 2021, 126, Rn. 17.

6 ZErbb 2012, 1.

7 So zutreffend BGH BWNotZ 2021, 126, Rn. 19.

► 4. Erklärung des Rücktritts gegenüber Vorsorgebevollmächtigten

Schließlich bejaht der BGH⁸ mit der ganz überwiegenden Auffassung⁹ die Möglichkeit der Erklärung des Rücktritts vom Erbvertrag gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten. In der Folge besteht keine Notwendigkeit einer Betreuerbestellung für die Entgegennahme des Rücktritts vom Erbvertrag. Einzelne Stimmen in der Literatur¹⁰ hatten dies für den parallelen Fall des Widerrufs wechselseitiger Verfügungen abgelehnt.

Auch dieses Ergebnis ist ausführlich begründet und überzeugend. Es geht hier wie sonst im Zusammenhang mit Vorsorgevollmachten um den Konflikt zwischen dem Bestreben auf der einen Seite, durch eine Vorsorgevollmacht das Selbstbestimmungsrecht des Betroffenen zu stärken, und andererseits dem Missbrauchsrisiko, das allgemein mit der Erteilung einer umfassenden General- und Vorsorgevollmacht einhergeht. Diesen Konflikt hat der Gesetzgeber zugunsten des Selbstbestimmungsrechts des Betroffenen entschieden und den Vorsorgebevollmächtigten stark der Rechtsposition des Betreuers angenähert.¹¹ Das muss konsequenterweise auch dann Geltung beanspruchen, wenn es um den Zugang einer Rücktrittserklärung vom Erbvertrag beim Vorsorgebevollmächtigten geht. Die Beschränkung des Selbstbestimmungsrechts liegt eben nicht darin, dass es dem einen Vertragsteil aufgrund seiner Testierunfähigkeit nicht mehr möglich ist, auf den Rücktritt des anderen zu reagieren, sondern dass ihm sonst die Möglichkeit genommen würde, zu entscheiden, ob der Rücktritt gegenüber seinem Vorsorgebevollmächtigten möglich ist. Wie bereits aufgezeigt gibt es viele Konstellationen, wo der Rücktritt im Interesse des Testierunfähigen liegen kann.

Nicht entscheiden musste der BGH die Frage, ob der zurücktretende Vertragsteil, der zugleich von § 181 Alt. 1 BGB befreiter Vorsorgebevollmächtigter ist, die eigene Rücktrittserklärung gegenüber sich selbst als Vertreter des anderen Vertragsteils entgegennehmen kann.¹² Denn hier war der die Rücktrittserklärung entgegennehmende Bevollmächtigte ein Dritter. Richtigerweise gilt das Folgende: Ist der andere Vertragsteil geschäftsunfähig und erlaubt man mit dem BGH den Rücktritt vom Erbvertrag gegenüber Geschäftsunfähigen, dürfte die Entgegennahme durch den Erklärenden selbst keinesfalls miss-

bräuchlich sein, denn der andere Vertragsteil kann ohnehin nicht mehr durch abweichende Verfügung von Todes wegen reagieren; hierauf scheint auch der BGH abzustellen, da er von einem höheren Risiko „für einen noch testierfähigen Vertretenen“ durch die Vorsorgevollmacht spricht.¹³ Problematisch sind allein Fälle, in denen der andere Vertragsteil noch testierfähig ist, aber mangels Kenntnis vom Rücktritt faktisch nicht mehr reagiert, etwa weil der Zurücktretende den Rücktritt verheimlicht.¹⁴ Typischerweise darf der Bevollmächtigte aber nur handeln, wenn es der Vollmachtgeber selbst nicht mehr kann und sowieso muss der Bevollmächtigte stets im Interesse des Vollmachtgebers handeln. Ein Geschäftsfähiger kann aber die Rücktrittserklärung selbst entgegennehmen und will dies mutmaßlich auch. Wird also der Rücktritt erklärt und zugleich verheimlicht, liegt regelmäßig ein dem Zurücktretendem evidenter Vollmachtsmissbrauch vor, der zur Unwirksamkeit des Zugangs und damit des Rücktritts führt (§ 164 Abs. 3 BGB).¹⁵

► 5. Praktische Konsequenzen

a) Die Entscheidung des BGH trägt zur Rechtssicherheit bei und gibt Erblassern ein wichtiges Mittel an die Hand, bei Geschäftsunfähigkeit des anderen Vertragsteils bzw. Ehegatten durch Rücktritt oder Widerruf reagieren zu können, etwa um den erbrechtlichen Erwerb des Geschäftsunfähigen zu verhindern. Das wird meist nicht nur im Interesse des Zurücktretenden sondern – wie oben ausgeführt – mutmaßlich auch in jenem des anderen Vertragsteils bzw. Ehegatten liegen. Mit steigender Zahl von Demenzerkrankungen ist der Beschluss des BGH daher sehr zu begrüßen.

Für die Notarin und den Notar ruft er in Erinnerung, bei der Beurkundung von Erbverträgen und gemeinschaftlichen Testamenten den Eintritt der Geschäftsunfähigkeit zu bedenken und die Beteiligten über Handlungsoptionen aufzuklären. Dies schließt nicht nur den Rücktritt vom Erbvertrag und den Widerruf wechselseitiger Verfügungen ein. Denkbar ist zudem, wie von *Schäuble*¹⁶ aufgezeigt, Änderungsvorbehalte bereits zu Lebzeiten vorzusehen, um dem Fall der Demenz begegnen zu können.¹⁷ Es kann erwogen werden, dem geschäftsfähigen Ehegatten die Möglichkeit einzuräu-

8 BGH BWNotZ 2021, 126, Rn. 21 ff.

9 BGH BWNotZ 2021, 126, Rn. 24 m.w.N.

10 Eickelberg ZEV 2019, 557, 562 f.; Zimmer ZEV 2013, 307, 309 f.; 2007, 159, 162.

11 BT-Drs. 11/4528, S. 122; BGH BWNotZ 2021, 126, Rn. 32.

12 Ablehnend etwa Eickelberg ZEV 2019, 557, 563.

13 BGH BWNotZ 2021, 126, Rn. 31.

14 Vgl. Zimmer ZEV 2007, 159, 162.

15 Vgl. auch Keim ZEV 2010, 358, 360.

16 BWNotZ 2020, 312, 316.

17 Beim Erbvertrag darf jedoch kein Totalvorbehalt vorgesehen werden; es muss mindestens eine vertragsmäßige Verfügung verbleiben.

men, anstelle des anderen Ehegatten die eigenen Abkömmlinge unmittelbar zu Erben einzusetzen. Auf der anderen Seite wird es Erblasser geben, die ein Risiko in abweichenden Verfügungen des anderen Teils nach Eintritt ihrer Geschäftsunfähigkeit sehen. Hier sollten Rücktritt vom und Änderung des Erbvertrags gar nicht erst vorbehalten werden.

Eine Vorsorgevollmacht fügt sich in eine selbstbestimmte Nachlassplanung und -regelung ein, indem der Rücktritt nach Eintritt der Geschäftsunfähigkeit ohne eine Betreuerbestellung entgegengenommen werden kann. Überdies ermöglicht sie – nach zutreffender Auffassung; dazu sogleich – nach dem Ableben des geschäftsfähigen Teils die Ausschlagung im Namen des Geschäftsunfähigen. Will man den Widerruf gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten demgegenüber verhindern, ist in der Vollmacht explizit zu regeln, dass diese zur Entgegennahme eines Widerrufs nicht berechtigt.¹⁸

b) Der BGH-Beschluss bringt ebenfalls hinsichtlich der Erklärung des Rücktritts vom Erbvertrag gegenüber einem Vorsorgebevollmächtigten Rechtssicherheit. Eine Betreuerbestellung zur Entgegennahme der Rücktrittserklärung ist im Regelfall¹⁹ nicht nötig. Das entlastet nicht nur die Gerichte. Auch die bisher bestehende Gefahr sich widersprechender Gerichtsentscheidungen ist gebannt, etwa in Fällen, in denen das Betreuungsgericht der Auffassung war, eine Betreuerbestellung sei aufgrund einer Vorsorgevollmacht nicht nötig, später aber das Nachlassgericht davon ausgeht, ein wirksamer Widerruf einer wechselbezüglichen Verfügung sei nicht erfolgt.²⁰

c) Schließlich ist zu begrüßen, dass der BGH ausdrücklich den Willen des Gesetzgebers berücksichtigt, durch die rechtliche Anerkennung der Vorsorgevollmacht das Selbstbestimmungsrecht des Vollmachtgebers zu stärken.²¹ Insoweit wird die Rechtsposition des Vorsorgebevollmächtigten derjenigen des Betreuers angenähert und die Betreuerbestellung ist in vielen Fällen nicht erforderlich. Das gilt auch in anderen Bereichen: Das OLG Celle und das OLG Düsseldorf beispielsweise entschieden jüngst, dass der Vorsorgebevollmächtigte

wie ein Betreuer im Erbscheinsverfahren die eidesstattliche Versicherung abgeben kann, wenngleich als eigene Erklärung.²² Überdies dürfte die Vorsorgevollmacht es dem Bevollmächtigten richtigerweise ermöglichen, für den geschäftsunfähigen Vollmachtgeber eine Erbschaft auszuschlagen, etwa die des verstorbenen Ehegatten.²³ Das entscheidende Argument ist hier die vom Gesetzgeber bezweckte Gleichstellung von Vorsorgebevollmächtigtem und Betreuer.

*Dr. Maximilian Wosgien, LL.M. (University of Virginia),
Notarassessor, Mosbach*

Antragsberechtigung des Nachlassinsolvenzverwalters für ein Europäisches Nachlasszeugnis

1. Art. 76 EuErbVO steht der Ausstellung eines Europäischen Nachlasszeugnisses für einen Nachlassinsolvenzverwalter nicht entgegen.

2. Der Nachlassinsolvenzverwalter ist Antragsberechtigter im Sinne des Art. 63 EuErbVO.

**OLG Frankfurt a. M. (21. Zivilsenat),
Beschluss vom 09.02.2021 – 21 W 151/20**

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1) ist der vorläufige Insolvenzverwalter, der Beteiligte zu 2) der Nachlasspfleger hinsichtlich des Nachlasses des Erblassers.

2 Der Erblasser war verheiratet und kinderlos. Die Ehefrau, die von dem Erblasser getrennt lebte, hatte die Erbschaft ausgeschlagen. Der Beteiligte zu 2) wurde mit Beschluss vom 20.03.2019 zum Nachlasspfleger bestellt (Bl. 7 d.A.). Nach den Feststellungen des Beteiligten zu 2) ist der Nachlass nach Auszahlung seiner Vergütung voraussichtlich aufgezehrt (Bl. 15 d.A.). Eine Auskunft über Bankkonten des Erblassers bei einer kroatischen Bank hat diese für den Fall des Nachweises der Befugnis in Aussicht gestellt (Bl. 13 d.A.).

3 Der Beteiligte zu 2) beantragte am 03.08.2019 bei dem Insolvenzgericht die Eröffnung des Insolvenzverfahrens

¹⁸ Roth NJW-Spezial 2010, 71, 72.

¹⁹ Zweifel an der Wirksamkeit der Vollmacht, etwa wenn die Geschäftsfähigkeit des Vollmachtgebers zur Zeit der Vollmachtserteilung unklar ist, dürften weiterhin eine Entscheidung des Betreuungsgerichts über die Betreuerbestellung erforderlich machen. So BGH BWNNotZ 2021, 126, Rn. 34.

²⁰ Vgl. den Fall des LG Leipzig FamRZ 2010, 403; hierzu Keim ZEV 2010, 358.

²¹ BGH BWNNotZ 2021, 126, Rn. 32.

²² OLG Celle ZEV 2018, 728 m. Anm. Litzburger; OLG Düsseldorf ZEV 2019, 422.

²³ OLG Düsseldorf ZEV 2019, 422 Rn. 17; Zimmer ZEV 2013, 307, 308; Müller DNotZ 2015, 403, 410; a.A. OLG Zweibrücken ZEV 2008, 194; MüKo-BGB/Musielak, 8. Aufl. 2020, § 2271 Rn. 22.

über den Nachlass des Erblassers (Bl. 23 d.A.). Der Beteiligte zu 1) wurde mit Beschluss des Amtsgerichts Frankfurt am Main vom 13.11.2019 zum vorläufigen Insolvenzverwalter bestellt und ihm die Verfügungsbefugnis über das Vermögen des Erblassers übertragen (Bl. 46 d.A.).

4 Am 02.04.2020 beantragte der Beteiligte zu 1) die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses, das seine Stellung als vorläufiger Nachlassinsolvenzverwalter bescheinigt (Bl. 32 ff d.A.). Er ist der Auffassung, da die Verfügungsbefugnis über den Nachlass durch die Anordnung der starken Verwaltung auf ihn übergegangen sei, lägen die Voraussetzungen für die Erteilung vor. Das Europäische Nachlasszeugnis sei als Legitimationsnachweis gegenüber der kroatischen Bank erforderlich, welche die Auskunft von einem entsprechenden Nachweis abhängig gemacht habe.

5 Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 27.07.2020 den Antrag zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, ein europäisches Nachlasszeugnis mit dem beantragten Inhalt sei in der EuErbVO nicht vorgesehen. Die Nachlassinsolvenz falle in den Regelungsbereich der EulnsVO und nicht unter die Regelungen der EuErbVO. Das Nachlassgericht könne kein Legitimationspapier für einen (vorläufigen) Insolvenzverwalter erteilen, den es weder einsetzen noch kontrollieren könne. Zudem sei die Antragsberechtigung in Art. 63 Abs. 1 i.V.m Art. 65 Abs. 1 EuErbVO abschließend geregelt und nicht auslegungsfähig.

6 Gegen diesen Beschluss, der dem Beteiligten zu 1) am 04.08.2020 zugestellt worden ist, hat dieser mit bei dem Nachlassgericht am 19.08.2020 eingegangenen Schriftsatz (Bl. 110 d.A.) Beschwerde eingelegt. Er macht geltend, das Nachlassinsolvenzverfahren sei kein reines Insolvenzverfahren, sondern sei Kern der Beschränkung der Haftung des Erben auf den Nachlass. Es nehme daher eine zentrale Funktion im deutschen Erbrecht ein und sei in den Kanon der deutschen erbrechtlichen Vorschriften inkorporiert (§§ 1975 ff BGB). Dass die Nachlassinsolvenzverwaltung nicht vollständig im BGB sondern in der Insolvenzordnung geregelt sei, hätte historische Gründe. Mit Ausnahme von Österreich sei in allen Europäischen Ländern darüber hinaus das Verfahren der Erbenhaftungsbeschränkung abschließend im Erbrecht geregelt. Daher sei aus Sicht der übrigen Rechtsordnungen – hier der kroatischen – das deutsche Haftungsbeschränkungsverfahren erbrechtlicher Natur. Zweck des Art. 63 Abs. 2 lit c) EuErbVO sei ausdrücklich, Klarheit darüber zu schaffen, wer „zur Verwaltung des Nachlasses“ berechtigt sei. Nach Auffassung des Nachlassgerichts könne entweder dem Beteiligten zu 2) ein Nachlasszeugnis erteilt werden, obwohl dieser nicht mehr verwaltungs- und verfügungs-

befugt über den Nachlass, sei oder gar kein Nachlasszeugnis. Beides könne nicht richtig sein. Eine Kontrollbefugnis sei nicht Voraussetzung für die Erteilung eines Nachlasszeugnisses, da eine solche etwa auch gegenüber Testamentsvollstreckern nicht bestehe. Schließlich sei Art. 63 EuErbVO auch auslegungsfähig. Der Nachlassinsolvenzverwalter könne als Nachlassverwalter im unionsrechtlichen Sinne verstanden werden. Dem Nachlasspfleger könne nach allgemeiner Auffassung ein Europäisches Nachlasszeugnis erteilt werden. Die Nachlassverwaltung sei nach der Legaldefinition in § 1975 BGB eine Unterform der Nachlasspflegschaft.

7 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 26.10.2020 (Bl. 151 d.A.) nicht abgeholfen, sondern das Verfahren dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Aus den Gründen:

8 Die zulässige Beschwerde ist begründet. Dem Beteiligten zu 1) ist auf seinen Antrag ein Europäisches Nachlasszeugnis auszustellen, mit dem er seine Befugnisse zur Verwaltung des Nachlasses nachweisen kann.

9 1. Die Beschwerde ist nach Art. 72 Abs. 1 der Verordnung (EU) Nr. 650/2012 (im folgenden: EuErbVO) i.V.m. § 43 IntErbRVG zulässig, insbesondere form- und fristgerecht bei dem Nachlassgericht eingelegt worden (§ 43 Abs. 1. S. 3 und Abs. 3 IntErbRVG). Der Beteiligte zu 1) ist gemäß § 43 Abs. 2 Nr. 1 IntErbRVG beschwerdebefugt, da er geltend macht, Nachlassverwalter im Sinne dieser Regelung zu sein. Die Frage, ob es sich bei dem vorläufigen Insolvenzverwalter um einen Nachlassverwalter i.S.d. EuErbVO handelt, ist erst im Rahmen der Begründetheit zu prüfen. Denn dabei handelt es sich um eine sog. „doppelt relevante Tatsache“, bei der die zur Feststellung der materiellen Beschwer des Beschwerdeführers aufzuklärende und zu beurteilende Tatsache mit derjenigen identisch ist, von denen die Begründetheit der Beschwerde abhängt. In einem solchen Fall ist ausreichend, dass eine Rechtsbeeinträchtigung schlüssig vorgetragen wird (BGH FamRZ 2019, 181, zitiert nach juris Rn. 28; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 2020, § 59 Rn. 20,21). Vorliegend wäre der Beteiligten zu 1) in seinen Rechten beeinträchtigt, wenn er als Nachlassverwalter i.S.d. EuErbVO anzusehen wäre, so dass die Beeinträchtigung möglich ist. Ob dies der Fall ist, ist Gegenstand der Begründetheit der Beschwerde.

10 Die Zulässigkeit der Beschwerde kann nicht mit einem fehlenden Rechtsschutzbedürfnis verneint werden. Dabei muss entgegen der Auffassung des Beteiligten zu 1) auch für die Beantragung eines Europäischen Nach-

lasszeugnisses grundsätzlich ein Rechtsschutzbedürfnis bestehen. So ist im Erbscheinsverfahren zwar im Regelfall von einem Rechtsschutzbedürfnis auszugehen; dies kann aber in besonderen Einzelfällen zu verneinen sein, wenn die Notwendigkeit eines Nachweises offensichtlich nicht erforderlich ist (vgl. *MüKoBGB/Grziwotz*, 8. Aufl. 2020, § 2353 Rn. 69 mwN). Soweit etwa bereits ein Europäisches Nachlasszeugnis erteilt worden wäre oder die Verordnung (EU) 2015/848 (im folgenden: *EulnsVO*) ein vergleichbares Zeugnis vorsehen würde, wäre nicht ersichtlich, dass daneben noch ein – weiteres – Europäisches Nachlasszeugnis zu erteilen wäre. Vorliegend hat der Beteiligte zu 1) indes dargelegt, dass ihm ohne entsprechenden Nachweis die Auskünfte von der kroatischen Bank nicht erteilt werden.

11 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

12 Dem vorläufigen – starken – Insolvenzverwalter ist auf entsprechenden Antrag hin ein Europäisches Nachlasszeugnis zu erteilen, mit dem der Nachweis der Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis über den Nachlass geführt wird. Da die Führung eines solchen Nachweises durch die *EulnsVO* nicht geregelt ist, ist ein – etwaiger – Vorrang der *EulnsVO*, der die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnis ausschließen würde, nicht gegeben. Der Insolvenzverwalter über den Nachlass ist als Nachlassverwalter i.S.d. Art. 63 *EuErbVO* anzusehen.

13 a) Dem Nachlassinsolvenzverwalter kann die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nicht mit der Begründung verweigert werden, durch den gemäß Art. 76 *EuErbVO* bestimmten Vorrang der *EulnsVO* sei der Anwendungsbereich der *EuErbVO* für ein die Befugnisse eines nach insolvenzrechtlichen Regelungen bestimmten Verwalters über den Nachlass nicht eröffnet.

14 Die insoweit von Teilen der Literatur geäußerte abweichende Auffassung vermag nicht zu überzeugen. Danach wird dem Nachlassinsolvenzverwalter die Antragsberechtigung i.S.d. Art. 63 *EuErbVO* unter Hinweis auf Art. 76 *EuErbVO* abgesprochen, weil die Nachlassinsolvenz in den – vorrangigen – Anwendungsbereich der *EulnsVO* falle und damit auch einem separaten Regime von Zuständigkeitsregelungen unterliege. Die Anwendung der Bestimmungen zum Europäischen Nachlasszeugnis könne zu Friktionen mit Regelungen der *EulnsVO* führen, so dass die Ausstellung des Zeugnisses für den Nachlassinsolvenzverwalter abzulehnen sei. Der Nachlassinsolvenzverwalter nach § 1975 *BGB* sei nicht Nachlassverwalter im unionsrechtlichen Sinne, da das Nachlassinsolvenzverfahren nicht in den Anwendungsbereich der Verordnung falle (vgl. *Dutta/Weber/Fornasier*, 1. Aufl. 2016, *EuErbVO* Art. 63 Rn. 19 sowie in *MüKoBGB*, 8. Aufl. 2020, *EuErbVO* Art. 63 Rn. 11; *Grziwotz* in *Münchener Kommentar zum FamFG*,

3. Aufl. 2019, *EuErbVO* Art. 63 Rn. 8; *Keidel*, *FamFG*, § 36 *IntErbRVG* Rn. 25).

15 Es ist indes nicht ersichtlich, inwieweit durch die Ausstellung eines europäischen Nachlasszeugnisses für einen Nachlassinsolvenzverwalter ein – etwaiger – Kompetenzkonflikt zwischen dem Anwendungsbereich der *EuErbVO* oder der *EulnsVO* entstehen sollte. Soweit über Art. 76 *EuErbVO* zunächst ein Vorrang der *EulnsVO* vor der *EuErbVO* eingeräumt wird, so steht dies der Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses zum Nachweis der sich aus den nach deutschen, insolvenzrechtlichen Vorschriften ergebenden Befugnissen des Insolvenzverwalters über den Nachlass nicht entgegen. Denn die Führung eines solchen Nachweises ist in der *EulnsVO* schon nicht geregelt.

16 Nach Art. 76 *EuErbVO* lässt diese Verordnung die Anwendung der *EulnsVO* unberührt. Daraus wird abgeleitet, dass für Nachlassinsolvenzverfahren die *EulnsVO* gilt und diese somit Vorrang genieße. Obgleich die *EulnsVO* Nachlassinsolvenzverfahren nicht explizit nennt, werden diese nach der herrschenden Meinung von ihr erfasst (vgl. *BeckOGK/J. Schmidt*, Stand 1.11.2020, *EuErbVO* Art. 76 Rn. 5 mwN).

17 Daraus ergibt sich aber lediglich, dass sich das Nachlassinsolvenzverfahren nach den Vorschriften der *EulnsVO* und entsprechend der – nationalen – *InsO* richtet. Die *EulnsVO* sieht aber anders als die *EuErbVO* für einen Nachlassverwalter keinen Nachweis über die Befugnisse des Insolvenzverwalters vor.

18 Gemäß Art. 21 *EulnsVO* darf der – bestellte – Verwalter im Gebiet eines anderen Mitgliedstaats alle Befugnisse ausüben, die ihm nach dem Recht des Staates der Verfahrenseröffnung zustehen, „solange nicht in dem anderen Staat ein weiteres Insolvenzverfahren eröffnet ist (oder ...)“. Nach Art. 22 *EulnsVO* wird die Bestellung zum Verwalter durch eine beglaubigte Abschrift der Entscheidung, durch die er bestellt worden ist, nachgewiesen. Dieser Nachweis nach Art. 22 *EulnsVO* erleichtert jedoch allein den Nachweis der Bestellung. Ein Nachweis des Umfangs der konkreten Befugnisse, die sich nach dem Recht des das Insolvenzverfahren führenden Mitgliedstaates richten, ist damit nicht möglich. Der Verwalter bleibt für den Umfang seiner Befugnisse weiterhin darlegungs- und beweispflichtig, wobei die nach Art. 22 *EulnsVO* vorgelegte Urkunde ein Indiz sein kann (vgl. *Braun/Tashiro*, *InsO*, 8. Aufl. 2020, *EulnsVO* Art. 22 Rn. 8; *Mankowski/Müller/J. Schmidt*, *EulnsVO*, 1. Aufl. 2016, Art. 22 Rn. 11; *BeckOK InsO/Mock*, Stand 15.10.2020, *EulnsVO* 2017 Art. 22 Rn. 8).

19 Sieht aber die *EulnsVO* keinen Nachweis über den Umfang der Befugnisse vor, ist nicht ersichtlich, wieso dieser Nachweis für den Nachlassinsolvenzverwalter

nicht mittels des Europäischen Nachlasszeugnis geführt werden kann. Ein Ausschluss dieser Möglichkeit lässt sich der Regelung in Art. 76 EuErbVO nicht entnehmen, da für die Frage des Nachweises der Befugnisse keine Überschneidung im Anwendungsbereich vorliegt. Die von Stimmen in der Literatur befürchteten – bislang nicht näher erläuterten – Fiktionen“ erschließen sich nicht. Das Europäische Nachlasszeugnis kann erst ausgestellt werden, wenn der Nachlassinsolvenzverwalter – nach den jeweiligen nationalen Regelungen im Einklang mit der EuInsVO – bestellt wurde. Mit dem europäisches Nachlasszeugnis wird dann lediglich ermöglicht, dessen Befugnisse als Verwalter des Nachlasses nachzuweisen.

20 Einen solchen Nachweis für den nach deutschem Recht bestellten Nachlassinsolvenzverwalter mit dem Europäischen Nachlasszeugnis zu führen, ist sachgerecht. Denn die überwiegende Anzahl der Rechtsordnungen der EU-Mitgliedstaaten kennen die nach dem deutschen Recht vorgesehene Konstruktion einer verfahrensrechtlich – auch – im Insolvenzrecht verankerten Haftungsbeschränkung der Erben nicht.

21 Nach § 1975 BGB wird die Haftung auf den Nachlass beschränkt, wenn Nachlassverwaltung angeordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet ist. In beiden Fällen kommt es zu einer amtlichen Nachlassabsonderung (*separatio bonorum*). Dabei dient die Nachlassverwaltung der Abwicklung eines zureichenden, die Nachlassinsolvenz der Abwicklung eines überschuldeten Nachlasses (MüKoBGB/Küpper, 8. Aufl. 2020, § 1975 Rn. 1). Anders als in anderen europäischen Ländern wird eine Haftungsbeschränkung weder durch das Aufgebotsverfahren nach § 1970 BGB noch durch eine Inventarerrichtung nach § 1993 BGB bewirkt (vgl. etwa für die Haftungsbeschränkung durch Erbschaftsannahme unter Vorbehalt der Inventarerrichtung in Frankreich, Griechenland, Italien und Polen: Süß, Erbrecht in Europa, 3. Auflage 2015, S. 539, 569, 754, 1009). In Norwegen ist für den Fall einer öffentlichen Nachlassauseinandersetzung, in dem das Gericht die Erbschaft in Besitz nimmt, zunächst ein Aufgebotsverfahren und im Anschluss ein Liquidationsverfahren vorgesehen. Zeigt sich, dass der Nachlass überschuldet ist, muss das Gericht ihn vergleichbar wie eine Konkursmasse behandeln und eine anteilmäßige Befriedigung der Erbschaftsgläubiger gewährleisten (Ferid/Firsching, Internationales Erbrecht, Stand Sep. 2020, Norwegen, Rn. 345,346).

22 Es gibt daher innerhalb der Europäischen Union unterschiedliche Regelungen sowohl hinsichtlich Fragen der Haftungsbeschränkungen auf den Nachlass als auch zur Frage der Behandlung überschuldeter Nachlässe, wobei die Mehrzahl der Regelungen allein im Nachlass-

recht verankert sind (vgl. Schmidt/Roth, EuInsVO 2020, Anhang II Rn. 3 – 18 – Handbuch).

23 Für den nach deutschem Recht bestellten Nachlassinsolvenzverwalter stellt sich daher in der Praxis die Schwierigkeit, dass dessen Rechtsstellung im Ausland unbekannt ist und insoweit auch nicht ohne weiteres anerkannt wird. Zur Durchsetzung seiner Handlungsbe-fugnisse wäre er daher auf zeitraubende Rechtsstreitigkeiten angewiesen. Dies ist bereits deshalb nicht sachgerecht, weil es sich bei einem Insolvenzverfahren grundsätzlich um ein eilbedürftiges Verfahren handelt (BGH, Beschluss vom 27.07.2006, - IX ZB 15/06, juris Rn. 5). Es liegt sowohl im Interesse der Erben als auch der Gläubiger, wenn der Umfang des Nachlasses zeitnah festgestellt werden kann. Da mit dem Europäischen Nachlasszeugnis eine – einfache – Nachweismöglichkeit der Befugnisse im internationalen Rechtsverkehr besteht, ist es sachgerecht, dem Nachlassinsolvenzverwalter die Führung eines Nachweises über seine Befugnisse, den die EuInsVO selbst nicht vorsieht, zu ermöglichen. Hierfür streitet auch der Erwägungsgrund Nr. 67 der EuErbVO, nach dem die Einführung eines Europäischen Nachlasszeugnisses dem Zweck dient, eine zügige, unkomplizierte und effiziente Abwicklung einer Erbsache mit grenzüberschreitendem Bezug innerhalb der Union zu ermöglichen.

24 Aus dem Umstand, dass die EuInsVO selbst die Führung eines solchen Nachweises nicht vorsieht, kann wiederum im Umkehrschluss nicht gefolgert werden, dass ein solcher für den Bereich der Verwaltung eines Nachlasses im europäischen Rechtsraum nicht erforderlich wäre. Im allgemeinen Anwendungsbereich der EuInsVO dürfte für die Führung eines solchen Nachweises schon kein besonderes Bedürfnis bestehen, da zumindest alle Mitgliedstaaten über vergleichbare Rechtsinstitute verfügen und damit im Ausgangspunkt der mit der Bestellung zu führende Nachweis sich in der Praxis als ausreichend erwiesen hat. So waren Vorschläge im Rahmen der Reform der EuInsVO zur Aufnahme standardisierter Formeln bezüglich des Umfanges der Befugnisse nicht beachtet worden (Braun, InsO, aaO). Dies kann aber für die Sonderstellung des nach deutschem Recht bestellten Insolvenzverwalter über einen Nachlass nicht angenommen werden, wie auch der vorliegende Fall dokumentiert.

25 Dem Nachlassgericht ist zwar zuzugeben, dass es dann Befugnisse bescheinigen muss, die sich nicht nach dem materiellen Erbrecht, sondern nach der Insolvenzordnung richten. Diese sind allerdings gesetzlich als umfassende Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis geregelt (§ 80 InsO) und für den Fall der vorläufigen Insolvenzverwaltung ist ein ausdrücklicher Ausspruch für

den Umfang der Befugnisse über § 22 InsO vorgesehen. Insoweit können die – zunächst von dem Insolvenzverwalter in seinem Antrag anzugebenden – Befugnisse durch das Nachlassgericht entsprechend überprüft werden. Schließlich ist zu bedenken, worauf der Beschwerdeführer zutreffend hingewiesen hat, dass dem Beteiligten zu 2) – bei Erstreckung der Befugnisse auf das Auslandsvermögen – das europäische Nachlasszeugnis erteilt worden wäre und dieser dies zum Nachweis gegenüber der kroatischen Bank hätte verwenden können. Dieser ist aber nach der Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens nicht mehr zur Verwaltung über den Nachlass berechtigt, so dass diesem das Europäische Nachlasszeugnis nicht mehr erteilt werden könnte. Dann ist wiederum nicht ersichtlich, warum dem Nachlassinsolvenzverwalter, auf den die bislang dem Nachlasspfleger obliegende Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis über den Nachlass übergegangen ist, dieses nicht erteilt werden kann.

26 b) Der Nachlassinsolvenzverwalter nach deutschem Recht ist als Nachlassverwalter i.S.d. Art. 63 EuErbVO anzusehen.

27 Nach Art. 65 Abs. 1 EuErbVO wird das Zeugnis auf Antrag jeder in Art. 63 Abs. 1 genannten Person (dem Antragsteller) ausgestellt. Gemäß Art. 63 Abs. 1 EuErbVO ist das Europäische Nachlasszeugnis zur Verwendung durch Erben, durch Vermächtnisnehmer mit unmittelbarer Berechtigung am Nachlass und durch Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter bestimmt, die sich in einem anderen Mitgliedstaat auf ihre Rechtsstellung berufen oder ihre Rechte als Erben oder Vermächtnisnehmer oder ihre Befugnisse als Testamentsvollstrecker oder Nachlassverwalter ausüben müssen. Dabei kann gemäß Art. 63 Abs. 2 c EuErbVO das Zeugnis insbesondere als Nachweis für die Befugnisse der in dem Zeugnis genannten Person zur Vollstreckung des Testaments oder Verwaltung des Nachlasses verwendet werden.

28 Die in der EuErbVO verwendeten Begriffe, hier der Begriff des „Nachlassverwalters“, sind verordnungsgemäß auszulegen (vgl. EuGH, FamRZ 2019, 132, zit. nach juris Rn. 46; BGH, Beschluss vom 28.10.2020 – XII ZB 187/20, juris Rn. 25). Daher kann der Begriff des Nachlassverwalters im Sinne der EuErbVO nicht ohne weiteres mit dem Begriff des Nachlassverwalters im Sinne des § 1975 BGB gleichgesetzt werden. Zwar wird in § 1975 BGB zwischen dem Nachlassverwalter und dem Insolvenzverwalter über den Nachlass ausdrücklich unterschieden. Daraus kann aber nicht gefolgert werden, dass der europäische Ordnungsgeber mit der Aufnahme des „Verwalters über den Nachlass“ (vgl. hierzu in der englischen Sprachfassung des Art. 63 EuErbVO:

„*administrators of the estate*“) den Anwendungsbereich für nach den nationalen Rechtsordnungen möglicherweise unterschiedlich geregelte Formen der Nachlassverwaltung einschränken wollte.

29 Danach ist nach Auffassung des Senats erforderlich aber auch ausreichend, dass es sich um solche Personen handeln muss, die zur Verfügung über den Nachlass oder einzelne Nachlassgegenstände sowie zur Einziehung von Nachlassforderungen berechtigt sind. Dabei beruht die Differenzierung zwischen Testamentsvollstreckern und Nachlassverwaltern darauf, ob der „Verwalter“ von dem Erblasser oder von einem Gericht eingesetzt wurde.

30 Nach dem Wortlaut des Art. 63 Abs. 2 c EU ErbVO dient das Europäische Nachlasszeugnis ausdrücklich dem Zweck der Führung eines Nachweises über die Befugnisse eines – testamentarisch oder gerichtlich bestellten – Verwalters über das Nachlassvermögen. Sowohl der Sinn und Zweck des Art. 63 EuErbVO als auch die Berücksichtigung der Wirkungen des Zeugnisses – insbesondere aus der Gutgläubigkeitsfunktion gemäß Art. 69 Abs. 3 und 4 EuErbVO – sprechen für die Einbeziehung des Insolvenzverwalters über den Nachlass in den Kreis der nach Art. 63 EuErbVO Antragsberechtigten.

31 Mit der Bestellung eines vorläufigen Insolvenzverwalters kann das Gericht den Übergang der Verwaltungsbefugnis über das Vermögen – hier das Nachlassvermögen – gemäß § 22 InsO anordnen. In diesem Fall handelt es sich um einen sog. „starken“ vorläufigen Insolvenzverwalter, der – im Außenverhältnis – die volle Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis (§ 80 InsO) über den Nachlass besitzt (BGH NZI 2007, 231; BeckOK InsO/ Windau/Kopp, Stand 15.10.2020, InsO § 22 Rn. 7). Unter Berücksichtigung des in Art. 63 EuErbVO ausdrücklich angegebenen Zwecks des Europäischen Nachlasszeugnisses ist somit der Anwendungsbereich auch für den den Nachlass verwaltenden – vorläufigen – Nachlassinsolvenzverwalter eröffnet. Zudem ist etwa anerkannt, dass der Nachlasspfleger ein „Nachlassverwalter“ in diesem Sinne ist (OLG Schleswig, Beschluss vom 02.02.2018 – 3 Ws 4/18; Dutta/Weber, Fornasier, 1. Aufl. 2016, EuErbVO Art. 63 Rn. 19).

32 Ist der Nachlassinsolvenzverwalter als Antragsberechtigter i.S.d. Art. 63 EuErbVO anzusehen, so ist dies bereits aus dem Gebot der Gewährung effektivem Rechtsschutzes auch im Rahmen der Beschwerdebefugnis i.S.d. § 43 Abs. 2 Nr. 1 IntErbRVG anzunehmen (s.o.).

33 c) Die weiteren Voraussetzungen für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses liegen vor. Der Antrag enthält die erforderlichen Angaben einschließlich der erforderlichen Anlage VI. Von der Abgabe einer

eidesstattlichen Versicherung war gemäß § 36 Abs. 2 S. 1 IntErbRVG abzusehen. Sowohl die Anordnung der Nachlasspflegschaft – mit Blick auf die Erbenstellung – als auch die Bestellung des – vorläufigen – Insolvenzverwalters über den Nachlass sind durch die gerichtlichen Entscheidungen urkundlich nachgewiesen. Der Wohnort des Erblassers – zur Feststellung des letzten gewöhnlichen Aufenthaltes und insoweit zur Feststellung der internationalen und örtlichen Zuständigkeit – ist in der Akte durch den Polizeibericht und den Bericht des Beteiligten zu 2) dokumentiert. Entsprechendes gilt für den Personenstand „verheiratet“ (Bl. 3 d.A.). Insoweit ist nicht ersichtlich, dass es noch einer eidesstattlichen Versicherung – hier nur mit der „negativ Formel“ – bedarf. Es entspricht daher billigem Ermessen, die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung vorliegend zu erlassen.

34 d) Der für die Erteilung des beantragten Europäischen Nachlasszeugnisses erforderliche Sachverhalt liegt vor. Das Europäische Nachlasszeugnis ist daher dem Antragsteller nach Art. 67 Abs. 1 EuErbVO zu erteilen, so dass die Beschwerde erfolgreich ist. Nach § 43 Abs. 5 IntErbRVG, der die Vorgabe des Art. 72 Abs. 2 EuErbVO abbildet (BT-Drs. 644/14 zu § 43, S. 62; MüKoFamFG/Grziwotz, 3. Aufl. 2019, IntErbRVG, § 43 Rn. 1; Dutta/Weber, Int. Erbrecht, 2016, IntErbRVG, § 43 Rn. 23), kann das Beschwerdegericht – so es die Beschwerde gegen die Ablehnung der Ausstellung des Nachlasszeugnisses für begründet hält – das Nachlasszeugnis selbst ausstellen oder die Sache unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses an das Ausgangsgericht zurückweisen. § 43 Abs. 5 Satz 1 und 2 IntErbRVG und Art. 72 Abs. 2 ErbVO enthalten Sonderregelungen zu § 69 FamFG (vgl. Gesetzesbegründung BT-Drs. 644/14 zu § 43, S. 62), so dass das Rechtsmittelgericht jedenfalls nicht gehindert ist, das beantragte Zeugnis auch durch die Ausgangsbehörde ausstellen zu lassen (so im Ergebnis OLG Schleswig, Beschluss vom 02.02.2018 – 3 Wx 4/18, juris; vgl. MüKoFamFG/Grziwotz aaO, Rn. 21; in diese Richtung auch Dutta/Weber, IntErbRVG, § 43 Rn. 23; Keidel/Zimmermann, FamFG, 2020, § 43 IntErbRVG, Rn. 23, 24; Burandt/Rojahn/Kroiß, 3. Aufl. 2019, IntErbRVG § 43 Rn. 8).

35 Die Ausstellung des Europäischen Nachlasszeugnisses ist bis zur Rechtskraft der Entscheidung zurückzustellen (vgl. Keidel/Zimmermann, FamFG 2020, § 43 IntErbRVG, Rn. 23). Insoweit war entsprechend § 352 Abs. 2 S.2 FamFG die sofortige Wirksamkeit des Beschlusses auszusetzen.

Verjährung von Ansprüchen auf Übertragung von Grundstückseigentum aufgrund eines Vermächtnisses

BGB § 196, § 2147; WEG § 1

Amtlicher Leitsatz:

Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück (hier: Wohnungseigentum) verjähren innerhalb von 10 Jahren, auch wenn die Übertragung aufgrund eines Vermächtnisses erfolgen soll. (Rn. 30 – 32)

OLG München (33. Zivilsenat),

Beschluss vom 18.02.2021 – 33 W 92/21

I. Tatbestand:

1 Die sofortige Beschwerde ist zulässig, bleibt aber in der Sache ohne Erfolg.

2 Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ein Antrag, gerichtet auf Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch für M./M. zur Sicherung eines behaupteten Anspruchs aus einem Vermächtnis auf Auflassung von Wohnungseigentum an zwei Eigentumswohnungen.

3 Dem liegt folgender Sachverhalt zu Grunde:

4 Die Parteien sind die Enkelkinder der am 2.12.2006 bzw. 26.2.2009 verstorbenen Erblasser, die am 3.8.1998 ein eigenhändiges gemeinschaftliches Testament errichtet hatten, in dem sie u.a. anordneten:

„Wir ... setzen uns gegenseitig zu Alleinerben ein. ... Nach dem Tod des zuletzt Sterbenden [sollen] Alleinerben zu gleichen Teilen unsere Kinder R. H. (im Folgenden: R.H.) ... und I. G. (im Folgenden I.G.) ... sein..., unter Einhaltung folgenden Vermächtnisses:

die Eigentumswohnungen Nr. ... und ... erhalten in Erbengemeinschaft unsere Enkelsöhne

M. H. (im Folgenden: M.H.), geb. am 13.5.1991

L. H. (im Folgenden L.H.), geb. am 23.8.1992

P. H. (im Folgenden: P.H.), geb. am 22.2.1995 mit den Auflagen...“

5 Der Sohn der Erblasser R.H. starb am 28.3.2019, die Tochter I.G. am 30.8.2019.

6 R. H. ist von seinen 6 Kindern beerbt worden, darunter den Antragstellern M.H., L.H. und P.H. (im Folgenden: die Antragsteller). I.G. ist ihrerseits allein von M. Z. (im Folgenden: M.Z.) beerbt worden (im Folgenden: Antragsgegnerin zu 1).

7 Beim Tode von R.H. und I.G. war das Eigentum an den verfahrensgegenständlichen Eigentumswohnungen noch nicht auf die Antragsteller übertragen worden.

8 Mit Antrag vom 26.10.2020 (Bl. 1/12), eingegangen beim Landgericht München I am 6.11.2020, nahmen die Antragsteller die Antragsgegnerin zu 1 sowie die Antragsgegner zu 2 und 3 (zwei weitere Kinder des R.H. und Halbgeschwister der Antragsteller) auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen im einstweiligen Rechtsschutz in Anspruch.

9 Die Antragsgegner haben durch Erklärungen ihrer Prozessbevollmächtigten die Einrede der Verjährung erhoben.

10 Das Landgericht hat den Antrag mit Beschluss vom 17.11.2020 (Bl. 42/48 d.A.), zugestellt am 19.11.2021, mit der Begründung zurückgewiesen, ein Anspruch der Antragsteller sei gegen die Antragsgegnerin zu 1, die in die Rechtsposition ihrer verstorbenen Mutter I.G. eingetrückt sei, nach § 196 BGB, der im vorliegenden Fall § 195 BGB als speziellere Vorschrift vorgehe, verjährt und ohne deren Mitwirkung könnten auch die anderen Antragsgegner nicht auf Auflassung in Anspruch genommen werden.

11 Die Antragsteller haben mit Schriftsatz vom 30.11.2020 (Bl. 49/54) zunächst das Landgericht wegen Besorgnis der Befangenheit abgelehnt. Der Antrag wurde durch Beschluss des Landgerichts vom 07.12.2020 (Bl. 87/92), die hiergegen gerichtete Beschwerde durch Beschluss des Senats vom 18.01.2021 (Bl. 102/108) zurückgewiesen.

12 Mit ihrer hier streitgegenständlichen Beschwerde vom 03.12.2020 (Bl. 56/73) wenden sich die Antragsteller gegen die Zurückweisung ihres Antrages auf Eintragung von Auflassungsvormerkungen. Sie sind der Ansicht, dass § 195 BGB maßgeblich und die Verjährung noch nicht abgelaufen sei. Sie hätten keine Kenntnis vom Vermächtnis gehabt, entsprechende Schreiben des Nachlassgerichts hätten sie nicht erhalten, so dass die Verjährung mangels Kenntnis nicht bzw. erst später zu laufen begonnen habe. Jedenfalls laufe wegen § 199 Abs. 3a BGB vorliegend eine 30jährige Verjährungsfrist.

13 Das Landgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 20.01.2021 (Bl. 111/114) nicht abgeholfen und die Sache dem Senat vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

14 Die sofortige Beschwerde ist zulässig, insbesondere wurde sie am 3.12.2020 fristgerecht eingelegt. Zur Entscheidung ist der Senat in seiner vom Gerichtsverfassungsgesetz vorgeschriebenen Besetzung berufen, nachdem der Einzelrichter die Sache dem Senat gemäß § 568 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 1. Alt ZPO durch Beschluss vom 16.02.2021 übertragen hat.

15 Die sofortige Beschwerde ist unbegründet, denn zu Recht hat das Landgericht den Erlass der beantragten einstweiligen Verfügung auf Eintragung einer Vormerkung in das Grundbuch abgelehnt.

16 1. Der Senat legt seiner Entscheidung die folgenden Rechtsgrundsätze zu Grunde:

17 Zur Frage der Verfügung über Nachlassgegenstände:

18 a) Verfügungen über Nachlassgegenstände oder Anteilen hieran sind nur nach Maßgabe des § 2040 und nur gemeinschaftlich möglich (*Rißmann/Szalai* in: BeckOGK/BGB Stand 15.1.2021, § 2040 Rn. 1).

19 b) Die Verjährung ist für jeden Miterben gesondert zu prüfen. Beginn, Neubeginn, Hemmung und Ablauf können bei den Miterben jeweils unterschiedlich zu beurteilen sein (*Burret* in: Wetzel/Odersky/Götz, Handbuch der Erbgemeinschaft 2019 § 40 Rn. 140).

20 Zur Frage der Verjährung des Vermächtnisanspruchs:

21 a) Der Vermächtnisanspruch entsteht gemäß § 2176 BGB mit dem sogenannten Anfall des Vermächtnisses. Ohne besondere Anordnung ist der Anfall des Vermächtnisses der Erbfall (*Schellenberger* in: BeckOGK, Stand: 01.11.2020 § 2174 Rn. 19; *Horn/Mayer* in: NK/Erbrecht 5. Auflage 2019 § 2174 Rn. 3).

22 b) § 196 BGB gilt für alle Ansprüche, die unmittelbar auf die Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet sind und die dem Grundeigentum gleichgestellten Fälle, insbesondere das Wohnungseigentum (§§ 1 ff. WEG). Ob eine Gegenleistung geschuldet ist, ist irrelevant (*Piekenbrock* in: BeckOGK/BGB, a.a.O. § 196 Rn. 7).

23 c) § 196 BGB gilt (seit dem 1.1.2010) auch für Ansprüche aus Vermächtnissen (§ 2174 BGB), seit die Sonderregelung für erbrechtliche Ansprüche (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB 2002) aufgehoben worden ist (OLG München NJW-RR 2017, 1418 Rn. 33 ff; *Piekenbrock* in: BeckOGK/BGB, a.a.O. § 196 Rn. 8 Staudinger/Otte Neubearbeitung 2019 § 2174 Rn. 38; *Horn/Mayer* a.a.O. Rn. 26; *Rudy* in: MüKo/BGB 8. Auflage 2020 § 2147 Rn. 20; Palandt/Weidlich BGB 80. Auflage 2021 § 2174 Rn. 7).

24 d) Die Verjährung der von § 196 BGB erfassten Ansprüche beginnt nach § 200 BGB mit der Entstehung des Anspruchs und ist demnach objektiv angeknüpft (*Piekenbrock* in: BeckOGK/BGB, a.a.O. § 196 Rn. 24; *Henrich* in: BeckOK/BGB, a.a.O. § 200 Rn. 2).

25 2. Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze teilt der Senat die Ansicht des Landgerichts, dass der Anspruch im vorliegenden Falle verjährt ist, so dass der Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung zu Recht abgelehnt worden ist.

26 a) Der Anspruch ist im vorliegenden Falle mit dem Tod der Erblasserin im Jahre 2009 entstanden.

27 aa) Zutreffend hat das Landgericht den Anspruch als Vermächtnisanspruch im Sinne des § 2174 BGB bewert-

tet. Zwar heißt es im handschriftlichen Testament der Ehegatten, „...erhalten in Erbengemeinschaft...“. Allerdings ist im Wege der erläuternden Auslegung des Testaments festzustellen, dass die Ehegatten ihre Enkelkinder mit einem Einzelgegenstand bedenken wollten, während sie gleichzeitig ihre Kinder als Erben eingesetzt hatten. Die Auslegung ergibt mithin, dass im Hinblick auf die verfahrensgegenständlichen Wohnungen ein Vermächtnis angeordnet worden war.

28 bb) Allerdings ist dieser Anspruch, der sich grundsätzlich gegen die Erben bzw. deren Rechtsnachfolger richtet, verjährt.

29 (1) Die Verjährung richtet sich, wie auch das Landgericht zutreffend festgestellt hat, im vorliegenden Fall nach § 196 BGB in der ab dem 1.1.2010 geltenden Fassung. Zwar ist die Erblasserin am 26.2.2009 verstorben, jedoch ordnet Art. 229 § 23 Abs. 1 S. 1 EGBGB an, dass auf noch nicht verjährte Ansprüche das Gesetz in der ab dem 1.1.2010 geltenden Fassung anzuwenden ist, da eine Ausnahme nach Art. 229 § 23 Abs. 1 S. 2 EGBGB nicht vorliegt. Danach wäre altes Recht nur dann anzuwenden, wenn insbesondere die Verjährungsfrist nach altem Recht kürzer gewesen wäre. Das ist jedoch nicht der Fall: Erbrechtliche Ansprüche (§ 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB) verjähren in 30 Jahren, mithin in längerer Frist, so dass auf den vorliegenden Fall das BGB in der seit 1.1.2010 (insoweit) geltenden Fassung Anwendung findet.

30 (2) Nach § 196 BGB verjähren Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück auch dann in 10 Jahren, wenn sich der Anspruch aus einem Vermächtnis ableitet. Das folgt bereits aus der systematischen Stellung der Norm, die von der allgemeinen Verjährungsregel des § 195 BGB – nach der Ansprüche bereits in 3 Jahren verjähren – für Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück eine Ausnahme macht. Warum das nicht gelten soll, wenn das zugrunde liegende Rechtsverhältnis ein Vermächtnis ist, erschließt sich nicht. Selbst wenn unter Geltung des § 197 I Nr. 2 BGB a.F. die erbrechtliche Verjährungsregelung als vorrangig gegenüber § 196 BGB zu verstehen war, ist dies kein Argument dafür, dass nunmehr – entgegen dem Wortlaut der Übergangsvorschriften und dem allgemeinen Spezialitätsgrundsatz – die allgemeine Vorschrift des § 195 BGB der Spezialvorschrift des § 196 BGB vorgehen sollte (ebenso OLG München, a.a.O.).

31 Soweit die Antragsteller unter Hinweis auf *Damrau* (ZErb 2015, 333 ff.) der Ansicht sind, § 196 BGB sei nicht auf Grundstücksvermächtnisse anwendbar, teilt der Senat diese Ansicht nicht. Die dortige Annahme, der Gesetzeswortlaut sei einschränkend dahin auszulegen, dass § 196 BGB nicht für erbrechtliche Ansprüche gelte, beruht letztlich auf einem nur behaupteten Willen des Gesetzgebers, der an der Verjährung von Grundstücksvermächtnissen nichts habe ändern wollen. Ein Wille des Gesetzgebers zu entnehmen, wonach § 196 BGB für Grundstücksvermächtnisse gelten solle (so aber *Gerken*, ZErb 2019, 91 f), greift nicht durch: Der Gesetzgeber hat bei der Änderung des BGB zum 1.1.2010 erbrechtliche Ansprüche durchaus im Blick gehabt, als er für Ansprüche aus §§ 2018, 2130 und 2362 BGB die 30jährige Verjährungsfrist in § 197 Abs. 1 Nr. 2 BGB anordnete. Nachdem Ansprüche aus Vermächtnissen, wie die übrigen erbrechtlichen Ansprüche auch, nach § 195 BGB aber in 3 Jahren verjähren, erschiene es – auch angesichts des eindeutigen Wortlauts des § 196 BGB – systemwidrig, Vermächtnisse, die auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück gerichtet sind, nicht nach § 196 BGB verjähren zu lassen.

32 Etwas anderes ergibt sich schließlich auch nicht aus § 199 Abs. 3a BGB: Die Vorschrift regelt (lediglich) die Höchstfrist der Verjährung in den Fällen der regelmäßigen Verjährung. Um eine solche handelt es sich hier aber gerade nicht.

33 (3) Die Erblasserin ist am 26.2.2009 verstorben, so dass der Vermächtnisanspruch mangels abweichender letztwilliger Verfügung in diesem Moment entstanden (Anfall des Vermächtnisses, § 2176 BGB) ist.

34 Die 10jährige Verjährungsfrist (§ 196 BGB) begann mithin gemäß Art. 229 § 23 Abs. 2 EGBGB am 1.1.2010 zu laufen und endete am 31.12.2019 (§§ 187, 188 BGB). Der Antrag auf Erlass der einstweiligen Verfügung vom 26.10.2020, beim Landgericht München I am 6.11.2020 eingegangen, konnte die Verjährung nicht mehr hemmen (§ 204 Abs. 1 Nr. 9 BGB), da die Frist bereits abgelaufen war.

35 Nachdem die Antragsgegner den Anspruch, auf dessen Erfüllung sie in Anspruch genommen werden sollen, nur gemeinsam erfüllen können, die Antragsgegnerin zu 1 aber nach der Erhebung der Verjährungseinrede berechtigt ist, die Mitwirkung an der Übereignung zu verweigern, kann der Antrag insgesamt nicht erfolgreich sein.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Unterlassung der Umsetzung einer Beschlussfassung im Umlaufverfahren

Covid-19 Art. 2 § 2; GmbHG § 48, § 51

Redaktioneller Leitsatz:

Es ändert Art. 2 § 2 Covid-19-Gesetz lediglich § 48 II GmbHG, nicht aber den Vorrang der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vor den Regelungen in §§ 46 ff. GmbHG.

**LG Stuttgart (44. Kammer für Handelssachen),
Urteil vom 25.01.2021 – 44 O 52/20 KfH**

I. Tatbestand:

1 Die Verfügungsklägerin verlangt mit ihrem Antrag auf Erlass einer einstweiligen Verfügung, eine Abberufung des Verfügungsklägers als Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten durch ein Umlaufbeschlussverfahren zu verhindern.

2 Die Verfügungsbeklagte und ihre israelische Tochtergesellschaft entwickeln auf künstlicher Intelligenz basierende Lösungen im Bereich der Objekterkennung zur Unterstützung und Entwicklung industrieller Fertigungsprozesse sowie zu deren Produktivitätssteigerung, wobei die Beklagte mit dem Produkt Inspekto S70 Pionierin und Vorreiterin der Branche ist.

3 Bei den Verfügungsklägern handelt es sich um Gesellschafter der Beklagten, wobei der Verfügungskläger Ziff. 1 20,2% der Geschäftsanteile als einer von zwei Gründern hält, ebenso wie der Geschäftsführer ... An der Beklagten sind 23 oder 24 Gesellschafter beteiligt, mit Sitz in Israel, Deutschland, Spanien, Russland, England und der Schweiz (Anlage AST 1). Der Kläger Ziff. 1 war einzelvertretungsberechtigter Geschäftsführer und CEO der hundertprozentigen Tochtergesellschaft der Beklagten, der Inspekto A.M.V. Ltd., die in Israel operativ tätig ist.

4 Der Gesellschaftsvertrag stammt vom 11.04.2018 (Anlage AST 3), die Gesellschaftervereinbarung zwischen den Gesellschaftern und der Beklagten vom 29.08.2019 (Anlage AST 4).

5 Im Juli 2020 leitete die Inspekto Israel die Suche nach einem neuen CEO ein, wobei sich der Kläger Ziff. 1 widersetzte.

6 Mit Schreiben vom 26.07.2020 berief der Geschäftsführer Hyatt eine außerordentliche Gesellschafterversammlung für den 25.08.2020 ein (Anlage AG 4). Mit Schreiben

vom 10.08.2020 wurde die Gesellschafterversammlung auf den 14.09.2020 verlegt (Anlage AG 5). Im Zeitraum vom 11. bis 20.08.2020 wurde zwischen den Beteiligten ein Mediationsverfahren durchgeführt (Anlage AG 7). Mit E-Mail vom 03.09.2020 versandte der Geschäftsführer Hyatt die Tagesordnung für die Gesellschafterversammlung.

7 Am 09.09.2020 erließ das Landgericht Stuttgart – 40 O 46/20 KfH – eine einstweilige Verfügung, wobei dem Verfügungskläger ein Teilnahmerecht im Hinblick auf eine durch den Geschäftsführer Hyatt im August 2020 einberufene Präsenzgesellschafterversammlung zugesprochen wurde. Mit E-Mail vom 13.09.2020 sagte die Beklagte daraufhin die Gesellschafterversammlung vom 14.09.2020 ab (Anlage AG 8 f.).

8 Mit E-Mail vom 18.09.2020 forderte der Geschäftsführer Hyatt die Gesellschafter zur Stimmabgabe im schriftlichen Verfahren auf (Anlage AST 7). Mit E-Mail vom 22.09.2020 leitete er ein Umlaufbeschlussverfahren ein (Anlage AST 5). Beigefügt waren Stimmzettel mit drei Beschlussgegenständen. Die Abstimmung war bis zum 08.10.2020 möglich, mit Ja, Nein oder einer Enthaltung, jeweils zur Frage des schriftlichen Verfahrens, der Abberufung des Klägers Ziff. 1 als Geschäftsführer und zur Feststellung des Jahresabschlusses 2019 (Anlage AST 7). 9 Auf seine Anfragen vom 6. und 07.10.2020 über den Stand der Abstimmung erhielt der Kläger Ziff. 1 keine Antwort (Anlage AST 10). Am 7. und 08.10.2020 widersprachen die Verfügungskläger der Abberufung des Klägers Ziff. 1 als Geschäftsführer im schriftlichen Umlauf (Anlage AST 8). Dem Jahresabschluss 2019 stimmten sie zu.

10 Mit E-Mail vom 09.10.2020 erklärte der Geschäftsführer ..., dass die Beschlussfassungen im Umlaufverfahren festgestellt worden seien (Anlage AST 13 f.).

11 Durch Beschlussverfügung vom 12.10.2020 wurde die Beklagte verpflichtet, dem Kläger Ziff. 1 einstweilen sämtliche Geschäftsführungs- und Vertretungsbefugnisse als Geschäftsführer der Antragsgegnerin zu belassen und ihm ungehinderten Zutritt zu den Geschäftsräumen der Antragsgegnerin zu gewähren, sowie es zu unterlassen, eine erfolgte Abberufung als Geschäftsführer aufgrund des mit E-Mail vom 22.09.2020 eingeleiteten Umlaufbeschlussverfahrens zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden und bereits eingereichte Anmeldungen wieder zurückzunehmen. Außerdem wurde der Beklagten aufgegeben, alle Handlungen und Verlautbarungen gegenüber Dritten zu unterlassen, die den Kläger Ziff. 1 daran hindern, die Funktion des alleinvertretungsberechtigten Geschäftsführers der Verfügungsbeklagten auszuüben. Die Beklagte legte mit Schriftsatz vom 12.11.2020 Widerspruch ein.

12 Gemäß dem Einladungsschreiben des Geschäftsführers Hyatt vom 19.11.2020 wurde zu einer präsenten Gesellschafterversammlung am 21.12.2020 eingeladen (Anlage AST 17). Diese Versammlung wurde zwischenzeitlich durchgeführt. Der Kläger Ziff. 1 wurde als Geschäftsführer der Verfügungsbeklagten abberufen.

13 Die Kläger behaupten, bei der Beklagten handele es sich um eine reine Holding-Gesellschaft, da in Ziff. 2.1 des Gesellschaftsvertrages der Unternehmensgegenstand in dem Kauf, Halten und Verwalten von Beteiligungen an anderen Gesellschaften im eigenen Namen und auf eigene Rechnung liege. Eine Beschlussfassung über die Änderung des Unternehmensgegenstandes im Wege des schriftlichen Umlaufbeschlussverfahrens sei daher nicht dringend.

14 Für die Fassung von schriftlichen Beschlüssen sei Ziff. 9.3 des Gesellschaftsvertrages heranzuziehen. Art. 2 § 2 Covid-19-Gesetz finde insoweit keine Anwendung. Die anderslautenden Behauptungen des Geschäftsführers Hyatt in seiner E-Mail vom 22.09.2020, wonach die Beschlüsse im schriftlichen Verfahren mit einfacher Mehrheit gefasst werden könnten, seien daher falsch. Die Beklagte habe somit ihre Gesellschafter bereits vor Stimmabgabe über die notwendigen Mehrheitserfordernisse getäuscht.

15 Die Kläger beantragen,

1. Der Widerspruch der Antragsgegnerin vom 12.11.2020 gegen die einstweilige Verfügung des Landgerichts Stuttgart vom 12.10.2020 (Az.: 44 O 52/20 KfH) wird zurückgewiesen.

2. Die mit Schriftsatz vom 13.11.2020 erklärte Nebenintervention wird zurückgewiesen.

16 Die Beklagte beantragt,

die einstweilige Verfügung des Landgerichts Stuttgart vom 12.10.2020 (Az.: 44 O 52/20 KfH) aufzuheben und den zugrunde liegenden Antrag zurückzuweisen.

17 Die Beklagte behauptet, der Vertrieb des in Israel hergestellten Produkts solle künftig direkt über die Beklagte erfolgen.

18 Bei dem schriftlichen Abstimmungsverfahren gemäß Aufforderung vom 18.09.2020 hätten sich die Gesellschafter der Beklagten mit 60.541 von insgesamt 60.544 Geschäftsanteilen beteiligt, mithin über 99% des Stammkapitals. Der Durchführung im schriftlichen Verfahren hätten 47.843 von insgesamt 60.544 Geschäftsanteilen zugestimmt, somit ca. 79,02%. Der Abberufung des Klägers Ziff. 1 als Geschäftsführer mit sofortiger Wirkung hätten 47.840 von insgesamt 60.544 Geschäftsanteilen zugestimmt, somit 79,02% bzw. mehr als 99%, wenn man die Gegenstimmen des Klägers Ziff. 1 nicht berücksichtige.

19 Die permanent schwelenden Konflikte und Auseinandersetzungen schlugen in alle Bereiche des Unterneh-

mens und auf alle Geschäftsebenen durch. Es sei bereits zur Abwanderung wichtiger Mitarbeiter gekommen. Für den Mitgründer Hyatt sei eine weitere Zusammenarbeit mit dem Kläger Ziff. 1 nicht mehr vorstellbar.

20 Die Beschlüsse vom 08.10.2020 seien formal ordnungsgemäß wirksam festgestellt worden. Aufgrund der Übergangsregelung in Art. 2 § 2 COVMG seien die Regelungen in § 9.3 des Gesellschaftsvertrages und die darin abgebildete Norm des § 48 Abs. 2 GmbHG vorübergehend dahingehend modifiziert worden, dass zu einer Beschlussfassung außerhalb der Gesellschafterversammlung nicht die Zustimmung ausnahmslos aller Gesellschafter erforderlich sei. Das ausdrückliche Ziel des Gesetzgebers sei es gewesen, für die GmbH vorübergehend die erleichterte Möglichkeit einer Beschlussfassung in Textform oder durch schriftliche Stimmabgabe zu schaffen.

21 Außerdem sei bei Fassung von Ziff. 9.3 des Gesellschaftsvertrages nicht berücksichtigt worden, dass Präsenzversammlungen wegen einer globalen Pandemie nicht oder nur eingeschränkt stattfinden könnten. Des Weiteren zeige die Regelung der Ziff. 9.3 des Gesellschaftsvertrages, dass die Beschlussfassung im schriftlichen Verfahren habe ermöglicht und nicht habe beschränkt werden sollen. Eine extensive Auslegung des COVMG sei auch nicht verfassungswidrig, da der Gesetzgeber die Geltung der Norm von vornherein auf den 31.12.2020 befristet habe.

22 Im Übrigen fehle ein Verfügungsgrund.

23 Die dem Verfügungsverfahren auf Seiten der Beklagten beigetretenen Streithelfer beantragen,

1. Der Beschluss des Landgerichts vom 12.10.2020 – Az.: 44 O 52/20 KfH – wird aufgehoben.

2. Die Antragsteller tragen die Kosten des einstweiligen Verfügungsverfahrens, einschließlich der Kosten der Nebenintervention als Gesamtschuldner.

24 Bei den Streithelfern handelt es sich um strategische Investoren mit einer Gesellschaftsbeteiligung von zusammen ca. 36,2% an der Beklagten.

25 Die Streithelfer behaupten, die Frage der Abberufung des Klägers Ziff. 1 sei im Gesellschafterkreis ausdiskutiert. Es gehe allein um eine rasche Umsetzung dieser Entscheidung, damit die Beklagte unter dem derzeitigen Schwebezustand nicht kollabiere. § 2 COVMG könne auch auf Satzungsbestimmungen einwirken, die § 48 Abs. 2 GmbHG sinngemäß wiederholten, da ansonsten das vom Gesetzgeber angestrebte Ziel weitgehend untergraben würde. Auch im Ergebnis könnten nicht Minderheitsgesellschafter den Rest der Gesellschafter auf unbestimmte Zeit daran hindern, ihre Gesellschafterrechte auszuüben.

26 Hinsichtlich des weiteren Vortrages der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen, sowie

auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 11.01.2021 verwiesen.

▶ **II. Aus den Gründen:**

27 Auf den Widerspruch der Verfügungsbeklagten hin war die einstweilige Verfügung auf ihre Rechtmäßigkeit zu prüfen. Dies führte zu ihrer Bestätigung. Auf die Begründung des Beschlusses wird zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug genommen (Beschluss vom 12.10.2020, Seiten 3-5, Bl. 60-62 d.A.).

28 1. Ergänzend ist anzufügen, dass Art. 2 § 2 Covid-19-Gesetz lediglich § 48 Abs. 2 GmbHG ändert, nicht jedoch in § 45 Abs. 2 GmbHG eingreift. Dieser regelt ausdrücklich, dass in Ermangelung besonderer Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages die Vorschriften der §§ 48 bis 51 GmbHG Anwendung finden. Der Vorrang der Bestimmungen des Gesellschaftsvertrages vor den Regelungen in §§ 46 ff. GmbHG wird damit nicht angetastet. Dies erscheint auch verfassungsrechtlich geboten, da andernfalls in die Vertragsautonomie und in die durch Art. 14 Abs. 1 S. 1 GG geschützten Rechte von Minderheitsgesellschaftern eingegriffen würde. Dass ein derartiger Grundrechtseingriff vom Gesetzgeber gewollt gewesen wäre, kann nicht festgestellt werden.

29 2. Die Beklagte kann sich auch nicht darauf stützen, dass im Wege der ergänzenden Vertragsauslegung ein Wille der Gesellschafter festgestellt werden könnte, durch Mehrheitsbeschluss im Umlaufverfahren zu entscheiden, wenn die Reisebeschränkungen des Jahres 2020 bei Fassung der Satzung bekannt gewesen wären, denn bereits zum damaligen Zeitpunkt stand fest, dass es sich bei der Beklagten um eine internationale Gesellschaft in dem Sinne handelt, dass ihre Gesellschafter aus unterschiedli-

chen und weit verstreut liegenden Staaten kommen, mit der Folge, dass eine Präsenzversammlung stets mit einem erheblichen Reiseaufwand verbunden war (wenn auch in geringerem Umfang als im Jahr 2020). Gleichwohl haben sich die Gesellschafter dafür entschieden, dass das Umlaufverfahren nur bei Einstimmigkeit durchgeführt werden kann.

30 Gegen einen hypothetischen Willen der Gesellschafter für das Ausreichenlassen einer Mehrheit für das Umlaufverfahren spricht indiziell außerdem, dass bei der am 21.12.2020 tatsächlich durchgeführten Präsenzgemeinschafterversammlung die Änderung dieser Satzungsbestimmung nicht einmal versucht worden ist.

31 Im Übrigen können die Gesellschafter, sofern sie eine ausreichende Mehrheit finden, ihre Satzung selbstverständlich ändern und eine Mehrheit für ein Umlaufverfahren genügen lassen.

32 3. Von einer Erledigung des Verfügungsverfahrens in der Hauptsache ist auch nach der Abberufung des Klägers Ziff. 1 als Geschäftsführer der Beklagten in der Gemeinschafterversammlung vom 21.12.2020 nicht auszugehen. Für die Frage, wann eine wirksame Vertretung der Beklagten durch den Kläger Ziff. 1 endete, ist es von Bedeutung, ob dessen Abberufung bereits durch das Umlaufbeschlussverfahren zum 09.10.2020 oder aber erst zum 21.12.2020 erfolgt ist.

33 4. Die Nebenintervention der Streithelfer ist gemäß § 66 Abs. 1 ZPO zulässig, denn diese haben als Gesellschafter nicht nur ein tatsächliches oder wirtschaftliches Interesse am Verfügungsverfahren, sondern ein rechtliches. Es ist für die Streithelfer rechtlich von Bedeutung, ob der Kläger Ziff. 1 die Beklagte auch nach dem 09.10.2020 rechtlich verpflichten und Entscheidungen für sie treffen konnte oder nicht.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Formbedürftigkeit eines treuhänderischen Auftrages zum Erwerb eines Grundstücks

BGB § 311b Abs. 1 Sätze 1 und 2, 667

Amtliche Leitsätze:

1. Der treuhänderische Auftrag, im eigenen Namen für Rechnung des Auftraggebers ein Grundstück zu beschaffen, ist nur unter dem Gesichtspunkt der Erwerbspflicht des Beauftragten nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB formbedürftig, nicht auch im Hinblick auf die Verpflichtung des Beauftragten zur Weiterübertragung des Grundstücks auf den Auftraggeber (Bestätigung der st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 7. Oktober 1994 – V ZR 102/93, BGHZ 127, 168).
2. Dass der Beauftragte hinsichtlich des Grundstückseigentums wirtschaftlich nur „Durchgangsstelle“ ist, stellt keine gesonderte Voraussetzung für die Formfreiheit der Treuhandabrede hinsichtlich seiner Übergangspflicht dar; die Formfreiheit besteht unabhängig davon, wie lange das Grundstück im Eigentum des Beauftragten bleiben soll und ob es zu einem festgelegten Zeitpunkt oder nur auf Verlangen auf den Auftraggeber übertragen werden soll.

BGH (V. Zivilsenat),
Urteil vom 15.01.2021 – V ZR 210/19

I. Tatbestand:

1 Der Kläger war Eigentümer eines bebauten Grundstücks und betrieb dort eine Detektei. Im Jahre 1999 wurde das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet; das Grundstück sollte zwangsversteigert werden. Um es ihm zu erhalten, schlossen die Parteien eine mündliche Vereinbarung, nach der die Beklagten das Grundstück erwerben sollten. Es wurde vereinbart, dass der Kläger den Beklagten die Sicherheitsleistung von 62.000 DM sowie die Grunderwerbsteuer von 11.200 DM in bar zur Verfügung stellt und die Beklagten den Erwerb im Übrigen durch ihre Hausbank finanzieren, besichert durch eine Hypothek an dem Grundstück. Weiter sah die Vereinbarung vor, dass der Kläger das Objekt als Wohn- und Geschäftshaus weiter nutzen kann und im Gegenzug an die Beklagten Tilgung und Zinsen des Hypothekendarlehens sowie die Nebenkosten zahlt und für die Renovierungs-, Sanierungs- und Instandhaltungskosten aufkommt. Der

Kläger sollte das Objekt jederzeit von den Beklagten zurückerwerben können.

2 Im April 2001 ersteigerten die Beklagten das Grundstück. Im Mai 2001 schlossen die Parteien einen Mietvertrag über die im Erdgeschoss gelegene Wohnung zu einer monatlichen Bruttomiete von 330 € und im September 2009 einen Mietvertrag über die im ersten Obergeschoss gelegenen Büroräume zu einer Bruttomiete von 600 €. Im März 2010 fixierten die Parteien ihre mündliche Vereinbarung schriftlich. Dem Kläger wurde wiederum die Möglichkeit eingeräumt, das Grundstück jederzeit von den Beklagten zurück zu erwerben gegen Erstattung aller Kosten, die den Beklagten „durch den Erwerb, Besitz und Verkauf des Objekts entstanden sind, einschließlich eventueller Mietschulden, Prozess- und Anwaltskosten, Mahnkosten, offenstehender Rechnungen, Maklerkosten, Überschreibungs- und Notarkosten, Hypothekenschulden, Vorfälligkeitszinsen, eventuell fälliger Spekulationssteuern“ sowie eines Betrages von 18.200 € zzgl. Zinsen für die „Angelegenheit Betonbau B.“ und von den Beklagten zuvor verauslagter 7.300 €. Nach Ziff. 14 des Vertrages sollte dieser bis zum 31. Dezember 2015 wirksam sein und im Anschluss hieran ein neuer Vertrag aufgesetzt werden. Hierzu kam es ebenso wenig wie zu der von den Parteien beabsichtigten notariellen Beurkundung des Vertrages. Im Jahre 2017 kündigten die Beklagten die Mietverhältnisse fristlos.

3 Der Kläger verlangt von den Beklagten im Wege der Stufenklage Auskunft über die Höhe, in der die Hypothek noch valuiert, sowie nach Auskunftserteilung die Rückübertragung des Grundstücks Zug um Zug gegen Erstattung des sich aus der Auskunft ergebenden Restsaldos. Die Beklagten verlangen widerklagend – soweit noch von Interesse – von dem Kläger Räumung und Herausgabe der Büroräume. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen und der Widerklage stattgegeben. Das Oberlandesgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt der Kläger seine gestuften Klageanträge und den Antrag auf Abweisung der Widerklage weiter.

II. Aus den Gründen:

4 Das Berufungsgericht hält die Stufenklage für unbegründet, weil dem Kläger nicht das Recht zustehe, die Rückübertragung des Grundstücks zu fordern. Der Vertrag, mit dem sich die Beklagten verpflichtet hätten, das Eigentum an dem Grundstück auf den Kläger zurück zu übertragen, sei nicht gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB notariell beurkundet worden und deshalb gemäß § 125

Satz 1 BGB formunwirksam. Soweit sich der Kläger darauf berufe, dass die Pflicht zur Eigentumsübertragung als gesetzliche Folge eines Treuhandvertrages aus § 667 BGB nicht beurkundungsbedürftig sei, treffe das vorliegend nicht zu. Die Vereinbarung der Parteien regle eine Rückerwerbsmöglichkeit des Klägers und nicht einen bloßen „Durchgangserwerb“ der Beklagten, so dass ein Fall des § 667 BGB nicht vorliege. Die Berufung der Beklagten auf die Nichtigkeit wegen Formmangels sei auch nicht nach Treu und Glauben unzulässig.

5 Die Widerklage sei begründet. Zwischen den Parteien habe ein Mietvertrag hinsichtlich der Büroräume bestanden, den die Beklagten wirksam gekündigt hätten. Zwar sei die Übernahme von Tilgungsleistungen für eine Hypothek eine untypische Gegenleistung. Dies nehme dem Mietvertrag aber nicht seine Rechtsnatur. Es handle sich nicht um ein Scheingeschäft, denn nach dem eigenen Vortrag des Klägers sei ein wirksamer Mietvertrag gerade Voraussetzung dafür gewesen, dass der Insolvenzverwalter entsprechende Freigaben habe erklären und der Kläger sein Gewerbe habe fortführen können.

6 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

7 I. Zur Klage

8 Der Anspruch des Klägers auf Rückübertragung des von den Beklagten ersteigerten Grundstücks und der dies vorbereitende Anspruch auf Auskunfterteilung können mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung nicht verneint werden. Dessen Ansicht, die Vereinbarung der Parteien über die Ersteigerung des Grundstücks durch die Beklagten und das Rückerwerbsrecht des Klägers sei nichtig, weil es an der hierfür erforderlichen notariellen Beurkundung gemäß § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB fehle, steht in Widerspruch zu der Rechtsprechung des Senats.

9 1. Im Ergebnis zutreffend geht das Berufungsgericht zwar davon aus, dass die mündliche Vereinbarung der Parteien der Beurkundung bedurft hätte. Dies folgt aber nicht daraus, dass dem Kläger ein Rückerwerbsrecht eingeräumt wurde, sondern daraus, dass die Beklagten das Grundstück des Klägers ersteigern sollten. Der treuhänderische Auftrag, im eigenen Namen für Rechnung des Auftraggebers ein Grundstück zu beschaffen, ist unter dem Gesichtspunkt der Erwerbspflicht des Beauftragten nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB formbedürftig (vgl. Senat, Urteil vom 5. November 1982 – V ZR 228/80, BGHZ 85, 245, 250 zur Ersteigerung; Urteil vom 7. Oktober 1994 – V ZR 102/93, BGHZ 127, 168, 171; Beschluss vom 12. Juli 2018 – V ZR 285/17, DNotZ 2018, 828 Rn. 15 zum käuflichen Erwerb).

10 Die lediglich mündlich getroffene Vereinbarung ist aber gleichwohl nicht nichtig. Der Formmangel der nicht beurkundeten Vereinbarung über die Verpflichtung des

Beauftragten, das Grundstück zu erwerben, wird nämlich spätestens dann geheilt, wenn das Grundstück an ihn aufgelassen (vgl. Senat, Beschluss vom 12. Juli 2018 – V ZR 285/17, DNotZ 2018, 828 Rn. 16 mwN) oder ihm – wie hier – zugeschlagen (vgl. Senat, Urteil vom 5. November 1982 – V ZR 228/80, BGHZ 85, 245, 250) und er als Eigentümer in das Grundbuch eingetragen wird, vorausgesetzt der Erwerb erfolgt – woran hier kein Zweifel besteht – zur Ausführung des Auftrags (vgl. Senat, Urteil vom 5. November 1982 – V ZR 228/80, aaO S. 251). Damit wird der Vertrag gemäß § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB seinem ganzen Inhalt nach gültig, d.h. auch hinsichtlich der Regelungen, die den Inhalt der Treuhandvereinbarung ausmachen. Dazu zählt insbesondere die Abrede, dass der Beauftragte das Grundstück für den Auftraggeber halten soll.

11 Nicht geheilt wären hingegen Formmängel, die darauf beruhen, dass die Vereinbarung weitere Verpflichtungen einer oder beider Parteien zum Erwerb oder zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück enthält, die jeweils für sich genommen die Beurkundungsbedürftigkeit des Treuhandvertrages auslösen, wie etwa die Vereinbarung einer Erwerbspflicht des Auftraggebers (vgl. zu einer solchen Vereinbarung Senat, Urteil vom 5. November 1982 – V ZR 228/80, BGHZ 85, 245, 251). Dies ist hier nicht der Fall. Das Berufungsgericht hat eine Verpflichtung des Klägers, das Grundstück von den Beklagten zurück zu erwerben, nicht festgestellt; der Vertragstext bietet für eine solche Verpflichtung auch keine Anhaltspunkte.

12 2. Die in der Vereinbarung der Parteien enthaltene Regelung, nach der der Kläger jederzeit die Möglichkeit hat, das Grundstück von den Beklagten zurück zu erwerben, führt entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts für sich genommen nicht dazu, dass die Vereinbarung der Parteien nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB der notariellen Beurkundung bedurfte.

13 a) Wie das Berufungsgericht im Ausgangspunkt noch richtig sieht, ist nach der ständigen, schon auf das Reichsgericht zurückgehenden (vgl. RGZ 54, 75, 78 f.; RG, JW 1931, 3268, 3269 f.; RGZ 91, 69, 70 f.) Rechtsprechung des Senats der treuhänderische Auftrag zur Beschaffung eines Grundstücks nicht im Hinblick auf die Verpflichtung des Auftragnehmers zur Weiterübertragung des Grundstücks auf den Auftraggeber nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig. Denn diese Verpflichtung ergibt sich nicht erst aus der hierauf gerichteten vertraglichen Abrede, sondern folgt schon aus § 667 BGB, wonach der Auftragnehmer das aus der Geschäftsbesorgung Erlangte an den Auftraggeber herauszugeben hat (vgl. Senat, Urteil vom 30. April 1969 – V ZR 188/65, DNotZ 1969, 744, 745; Urteil vom 17. Oktober 1980 – V ZR 143/79, NJW 1981, 1267, 1268; Urteil vom 5. November 1982 – V ZR 228/80, BGHZ 85, 245, 249; Urteil vom 7. Oktober 1994 –

V ZR 102/93, BGHZ 127, 168, 170; Beschluss vom 12. Juli 2018 – V ZR 285/17, DNotZ 2018, 828 Rn. 15).

14 Dieser Rechtsprechung haben sich andere Senate des Bundesgerichtshofes angeschlossen (vgl. BGH, Urteil vom 25. Februar 1987 – IVa ZR 263/85, NJW 1987, 2071; Urteil vom 18. Juni 1990 – II ZR 132/89, WM 1990, 1543, 1544; Urteil vom 18. November 1993 – IX ZR 256/92, WM 1994, 752, 754; Urteil vom 2. Mai 1996 – III ZR 50/95, NJW 1996, 1960). Sie ist in der Literatur auf Kritik gestoßen (vgl. Soergel/Mayer, BGB, 13. Aufl., § 311b Rn. 44; Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 311b, Rn. 27; Gut, JW 1929, 710; Linden, MittBayNot 1981, 169, 171; Schwanecke, NJW 1984, 1585 ff.; Heckschen, Formbedürftigkeit mittelbarer Grundstücksgeschäfte, 1987, S. 60 ff.; Brüggemann, Beurkundungszwang bei Durchgangserwerb von Grundeigentum im Rahmen einer Geschäftsbesorgung, 1987, S. 38 ff.), hat aber auch Zustimmung erfahren (vgl. MüKoBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl., § 311b Rn. 25; Staudinger/Schumacher, BGB [2018], § 311b Rn. 53; BeckOGK/Schreindorfer [1.9.2020], BGB § 311b Rn. 57; Korte, Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, S. 227 f. Rn. 7, 8; Großmann, JW 1929, 2855; Klein, JW 1930, 651, 652).

15 Der Senat hat schon 1989 keine deutlich überwiegenden oder schlechthin zwingenden Gründe für eine Abkehr von dieser ständigen Rechtsprechung gesehen (vgl. Senat, Urteil vom 17. März 1989 – V ZR 321/87, BGHR BGB § 313 Satz 1 Treuhand 2; zu dieser Voraussetzung für die Änderung einer gefestigten höchstrichterlichen Rechtsprechung BGH, Beschluss vom 4. Oktober 1982 – GSZ 1/82, BGHZ 85, 64, 66; Senat, Urteil vom 14. September 2018 – V ZR 213/17, NJW 2018, 3523 Rn. 22) und sieht sie auch heute nicht. Besteht der Inhalt eines Auftrags darin, ein Grundstück im eigenen Namen auf Rechnung des Auftraggebers zu erwerben und für diesen zu halten, geht die Vereinbarung hinsichtlich der Pflicht des Beauftragten, das Grundstück an den Auftraggeber auf Verlangen herauszugeben und zu übereignen, nicht über den Regelungsgehalt des Gesetzes in § 667 BGB hinaus. Die Vertragsparteien begründen keine eigenständige Übereignungspflicht des Beauftragten, sondern sie treffen eine Treuhandvereinbarung, die gesetzlich zur Folge hat, dass der Beauftragte verpflichtet ist, das durch die Ausführung des Auftrags Erlangte – Eigentum und ggf. Besitz an dem Grundstück – an den Auftraggeber herauszugeben. Diese gesetzliche Folge tritt unabhängig davon ein, ob die Vertragsparteien hierzu eine Regelung treffen; ausreichend ist, dass sie sich darüber einig sind, dass der Beauftragte das Grundstück für den Auftraggeber erwerben und halten soll. Dies unterscheidet die Vereinbarung über den treuhänderischen Erwerb eines Grundstücks von Vereinbarungen, bei denen die Übertragung des

Grundstücks zu den Hauptpflichten einer Partei gehört und wesentlicher Vertragsbestandteil ist. So folgt etwa bei dem Grundstückskaufvertrag die Pflicht des Verkäufers, dem Käufer das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen, zwar ebenfalls aus dem Gesetz (§ 433 Abs. 1 Satz 1 BGB). Sie besteht aber nicht unabhängig von einer hierzu getroffenen Vereinbarung der Vertragsparteien. Fehlt es an einer Einigung der Vertragsparteien darüber, dass der Verkäufer dem Käufer das Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen hat, fehlt es an einer der essentialia negotii. Denn hierzu gehört die Festlegung des Vertragstyps (vgl. Staudinger/Bork, BGB [2020], § 145 Rn. 17), das ist bei einem beabsichtigten Kauf die Vereinbarung einer Übereignungs- bzw. Übertragungspflicht (vgl. MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., § 433 Rn. 7). Dann kommt kein Kaufvertrag zustande und § 433 Abs. 1 Satz 1 BGB nicht zur Anwendung (vgl. zu anderen essentialia negotii etwa BGH, Urteil vom 7. Februar 2006 – KZR 24/04, NJW-RR 2006, 1139; Palandt/Ellenberger, BGB, 80. Aufl., Einf. v. § 145 Rn. 3).

116 b) Diese Rechtsprechung betrifft entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts auch die hier vorliegende Fallgestaltung. Soweit das Berufungsgericht meint, diese Rechtsprechung komme nicht zur Anwendung, wenn die Vereinbarung der Parteien – wie hier – lediglich eine Rück-erwerbsmöglichkeit des Auftraggebers vorsehe, sondern nur dann, wenn ein bloßer „Durchgangserwerb“ des Auftragnehmers vorgesehen sei, trifft dies nicht zu.

17 Zwar hat der Senat seine Ansicht, die Pflicht des Beauftragten, das Grundstück auf den Auftraggeber zu übertragen, löse für sich genommen nicht die Beurkundungsbedürftigkeit der Treuhandabrede aus, bisweilen auch damit begründet, dass der Beauftragte hinsichtlich des Grundstückseigentums wirtschaftlich nur „Durchgangsstelle“ sei und daher nicht des Schutzes des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB (= § 313 Satz 1 BGB aF) bedürfe (vgl. etwa Senat, Urteil vom 30. April 1969 – V ZR 188/65, DNotZ 1969, 744, 745; Urteil vom 5. November 1982 – V ZR 228/80, BGHZ 85, 245, 249; Urteil vom 17. März 1989 – V ZR 321/87, BGHR BGB § 313 Satz 1 Treuhand 2). Hieraus ergibt sich indes nicht, dass die Rechtsprechung nur Anwendung findet, wenn das Grundstück nur für kurze Zeit im Eigentum des Auftragnehmers stehen und sodann in das Eigentum des Auftraggebers übergehen soll.

18 Dass der Beauftragte hinsichtlich des Grundstückseigentums wirtschaftlich nur „Durchgangsstelle“ ist, stellt keine gesonderte Voraussetzung für die Formfreiheit der Treuhandabrede hinsichtlich seiner Übereignungspflicht dar. Gemeint ist hiermit lediglich, dass der Schutzzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB es nicht erfordert, die Treuhandabrede (auch) wegen der Pflicht des Beauftragten zur Übereignung des Grundstücks an den Auftraggeber

als beurkundungsbedürftig anzusehen, weil der Beauftragte das Grundstückseigentum von vornherein nur rechtlich, nicht aber wirtschaftlich erwerben soll. Der Beauftragte wird durch das Grundstück nämlich einerseits wirtschaftlich nicht belastet, weil der Auftraggeber verpflichtet ist, ihm die Aufwendungen zu erstatten, die er zum Erwerb und zum Halten des Eigentums an dem Grundstück macht (§ 670 BGB). Er soll andererseits aber auch keine Vorteile aus der Ausführung des Auftrags ziehen und hat daher dem Auftraggeber alles herauszugeben, was er zu dem Erwerb des Grundstückseigentums erhalten oder durch den Erwerb erlangt hat (§ 667 BGB). Hierdurch ist sichergestellt, dass der Auftrag, das Grundstück für den Auftraggeber zu beschaffen und zu halten, für den Beauftragten ein „Nullsummenspiel“ ist (vgl. *MüKoBGB/Schäfer*, 8. Aufl., § 667 Rn. 1).

19 Dies gilt unabhängig davon, wie lange der Beauftragte das Grundstück für den Auftraggeber hält. Im Hinblick darauf, dass der Beauftragte aus dem rechtlichen Eigentum an dem Grundstück im Verhältnis zu dem Auftraggeber von vornherein keine Vorteile ziehen soll, ist er auch bei einer längeren, gegebenenfalls auch jahrzehntelangen Dauer der Treuhand nicht schutzbedürftig hinsichtlich der Pflicht zur Übereignung an diesen. Die Formfreiheit der Übereignungspflicht besteht daher unabhängig davon, wie lange das Grundstück im Eigentum des Beauftragten bleiben soll, und ob es zu einem festgelegten Zeitpunkt oder nur auf Verlangen auf den Auftraggeber übertragen werden soll.

20 Die Annahme, der Beauftragte sei hinsichtlich der Übereignungspflicht nicht schutzbedürftig, steht nicht in Widerspruch zur Formbedürftigkeit seiner Verpflichtung, das Grundstück zu erwerben (so aber *Erman/Grziwotz*, BGB, 16. Aufl., § 311b Rn. 27). Dass der Beauftragte, der kein eigenes Interesse an dem Grundstückseigentum hat, weil er aus diesem von vornherein keine Vorteile ziehen soll, hinsichtlich des Eigentumsverlusts an dem Grundstück nicht schutzbedürftig ist, bedeutet nicht zwingend, dass er auch hinsichtlich der Verpflichtung zum Eigentumserwerb keines Schutzes bedarf. Denn der Erwerb des Eigentums ist für ihn zumindest mit dem Risiko verbunden, die hiermit verbundenen – und nicht durch einen Vorschuss (§ 669 BGB) gedeckten – Aufwendungen von dem Auftraggeber nicht erstattet zu erhalten. Es entspricht daher dem Schutzzweck des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, den (künftigen) Beauftragten vor der übereilten Annahme des Auftrags zur Beschaffung eines Grundstücks zu bewahren.

21 3. Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO).

22 a) Anders als die Beklagten nach ihren Ausführungen in der Revisionserwiderung meinen, war die Vereinba-

rung nicht deswegen formbedürftig, weil die Parteien die Herausgabepflicht der Beklagten abweichend von § 667 BGB geregelt haben.

23 aa) Richtig ist allerdings, dass die Parteien die Übereignungspflicht der Beklagten in ihrer schriftlichen Vereinbarung aus dem Jahre 2010 inhaltlich und zeitlich beschränkt haben. Zum einen ist in Ziffer 8 geregelt, dass das Objekt solange im Besitz des Klägers verbleiben soll, wie dieser die „gesamten Kosten bis zum 15. jeden Monats bezahlt“, die Beklagten sich aber das Recht vorbehalten, das Objekt an einen Dritten zu veräußern, wenn der Kläger seinen Verpflichtungen nicht oder nur unregelmäßig nachkommt, etwa „bei einem Verzug von zwei Monatsraten“. Dabei verpflichteten sich die Beklagten, den Verkaufserlös nach Abzug aller Kosten an den Kläger oder an einen von ihm bestimmten Dritten auszahlen. Zudem ist in Ziffer 11 geregelt, dass die Beklagten sich verpflichten, für den Fall, dass der Kläger verstirbt, bevor das Objekt wieder in sein Eigentum übertragen worden ist, spätestens zwei Jahre nach dem Todesfall 150.000 € an eine von dem Kläger gesondert benannte Person oder „ihren rechtlichen Vertreter“ auszuzahlen. Die Beklagten verstehen diese Regelung nach ihrer in der mündlichen Verhandlung vertretenen Ansicht dahin, dass das Rückerwerbsrecht des Klägers auf dessen Lebzeiten beschränkt sein sollte. Schließlich sehen die Beklagten eine Einschränkung des Rückerwerbsrechts des Klägers darin, dass dieses nicht nur von der Erstattung der von den Beklagten im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb getätigten Aufwendungen, sondern auch von der Begleichung weiterer Forderungen der Beklagten abhängig sein sollte.

24 bb) Diese Vereinbarungen der Parteien führen indes nicht zur Formbedürftigkeit der Treuhandvereinbarung unter dem Gesichtspunkt der Übereignungspflicht der Beklagten an den Kläger, weil sie die in § 667 BGB angeordnete Übereignungspflicht allenfalls einschränken, nicht aber erweitern.

25 (1) Beurkundungsbedürftig ist ein Vertrag nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB, wenn sich darin eine Partei verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben. Die Pflicht des Beauftragten, das Eigentum an dem Grundstück an den Auftraggeber zu übertragen, folgt aber – wie gezeigt – aus dem Gesetz. Eine durch den Vertrag begründete Übereignungspflicht des Beauftragten läge nur vor, wenn die durch § 667 BGB begründete Übereignungspflicht durch vertragliche Regelungen der Parteien verschärft würde, nicht aber, wenn sie eingeschränkt wird. Dies folgt schon aus dem Wortlaut der Formvorschrift, aber auch aus deren Sinn und Zweck. Denn durch den Beurkundungszwang könnte nur der zur Übereignung verpflichtete Beauftragte geschützt

werden, nicht hingegen der – mangels Gegenleistung – durch § 667 BGB rechtlich ausschließlich bevorteilte Auftraggeber. Der Beauftragte bedarf aber keines Schutzes, wenn seine gesetzliche Verpflichtung lediglich beschränkt wird.

26 (2) Durch die genannten vertraglichen Regelungen der Parteien wird – unabhängig von der Frage, ob ihnen jeweils der von den Beklagten angenommene Regelungsinhalt zu entnehmen ist – die Pflicht der Beklagten, das Grundstück an den Kläger zu übereignen, gegenüber der in § 667 BGB getroffenen Regelung allenfalls eingeschränkt. Dabei kann dahinstehen, ob und inwieweit die vertraglichen Vereinbarungen überhaupt von den gesetzlichen Regelungen über das Auftragsverhältnis abweichen. Denn die Übereignungspflicht der Beklagten als Beauftragte wird durch die Befristung auf Lebzeiten des Klägers als Auftraggeber, durch die Möglichkeit der Verwertung des treuhänderisch gehaltenen Grundstücks bei Verzug des Klägers und durch das auf nicht mit dem Treuhandverhältnis in Zusammenhang stehende Forderungen der Beklagten erweiterte Zurückbehaltungsrecht am Grundstück jedenfalls nicht erweitert.

27 b) Der Rückübertragungsanspruch des Klägers lässt sich auch nicht mit der Begründung verneinen, dass die Vereinbarung der Parteien bis zum 31. Dezember 2015 befristet war.

28 aa) Für das Revisionsverfahren ist, da das Berufungsgericht hierzu keine Feststellungen getroffen hat, zu Gunsten des Klägers zu unterstellen, dass die Parteien – wie der Kläger behauptet – ihre mündlich getroffene und später schriftlich fixierte Vereinbarung über den 31. Dezember 2015 einvernehmlich fortgeführt und hierdurch konkludent auf unbestimmte Zeit verlängert haben. Diese Verlängerung war nicht nach § 125 BGB formnichtig, weil schon die Vereinbarung selbst hinsichtlich der Übereignungsverpflichtung der Beklagten nicht formbedürftig war und hinsichtlich des in der nicht beurkundeten Erwerbspflicht liegenden Formmangels geheilt ist.

29 bb) Aber selbst wenn die Vereinbarung zum 31. Dezember 2015 ausgelaufen sein sollte, wäre die Klage damit nicht ohne weiteres unbegründet. Das Berufungsgericht hat keine Feststellungen dazu getroffen, dass der Rückübertragungsanspruch des Klägers nach dem Willen der Vertragsparteien erlöschen sollte, wenn bis zum Ablauf der Frist nicht – wie vorgesehen – eine neue Vereinbarung getroffen wird. Dies erscheint auch nicht naheliegend, denn bei einem solchen Verständnis käme die Befristung einem Verzicht des Klägers auf seinen Anspruch aus § 667 BGB gleich, weil die Beklagten es in der Hand gehabt hätten, diesen Anspruch zum Erlöschen zu bringen, indem sie den Abschluss einer Folgevereinbarung verweigern.

30 II. Zur Widerklage

31 Die Widerklage kann, soweit sie auf die Verurteilung des Klägers zur Räumung und Herausgabe des Grundstücks gerichtet ist, derzeit keinen Erfolg haben. Sollte der Kläger einen Anspruch auf Übereignung und Herausgabe des Grundstücks Zug um Zug gegen den sich aus der Auskunft der Beklagten ergebenden Saldo aus ihren Aufwendungen und den von dem Kläger hierauf geleisteten Erstattungen haben, wäre die Widerklage unbegründet, weil die Beklagten nicht etwas verlangen könnten, was sie sofort zurück zu gewähren hätten (*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*; vgl. Senat, Urteil vom 22. Februar 2019 – V ZR 244/17, BGHZ 221, 229 Rn. 24).

32 1. Die Revision hat somit im tenorisierten Umfang Erfolg. Insoweit war das Berufungsurteil aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif und daher zur erstmaligen Verhandlung und erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO).

33 2. Das Berufungsgericht wird festzustellen haben, ob die Parteien die von ihnen getroffene Vereinbarung über den 31. Dezember 2015 hinaus einvernehmlich fortgesetzt haben. Sollte dies nicht der Fall oder auch die verlängerte Vereinbarung inzwischen beendet sein, führte dies – wie ausgeführt – nicht zwangsläufig zur Unbegründetheit der Klage und zur Begründetheit der Widerklage hinsichtlich des Räumungs- und Herausgabebegehrens. Vielmehr wäre dann durch Auslegung der Vereinbarung zu ermitteln, was gelten sollte, wenn die Vereinbarung ausläuft, ohne dass die von den Parteien in Aussicht genommene Anschlussvereinbarung getroffen wird. Falls die Parteien diesen Fall nicht bedacht haben sollten, käme eine ergänzende Vertragsauslegung in Betracht, die zu berücksichtigen hätte, dass nach Ziff. 2 der schriftlichen Vereinbarung Ziel der Parteien war und ist, dem Kläger die Immobilie zu erhalten, da sie seine Rente sichern sollte. Nur wenn nach dem übereinstimmenden Willen der Parteien im Fall des Auslaufens der Vereinbarung der Anspruch des Klägers auf Rückerwerb des Grundstücks erlöschen und dieses dauerhaft im Eigentum der Beklagten verbleiben sollte, wäre die Klage abzuweisen und der Widerklage stattzugeben. Dabei wird das Berufungsgericht zu berücksichtigen haben, dass an die Annahme eines nicht ausdrücklich vereinbarten Verzichts strenge Anforderungen zu stellen sind, da der Inhaber seine Rechte ohne einen nach außen deutlich hervortretenden Anlass in der Regel nicht schmälern will (vgl. Senat, Urteil vom 14. Februar 2020 – V ZR 11/18, BGHZ 225, 1 Rn. 64 zu einer einseitigen Verzichtserklärung).

Verzicht auf dingliches Wohnungsrecht als Zuwendung des Berechtigten bei dauerhafter Hinderung an der Ausübung

BGB § 516 Abs. 1, § 528 Abs. 1 S. 1, § 1804 S. 1

Amtlicher Leitsatz:

Der Verzicht auf ein dingliches Wohnungsrecht stellt grundsätzlich auch dann eine Zuwendung aus dem Vermögen des Wohnungsberechtigten dar, wenn dieser im Zeitpunkt des Verzichts an der Ausübung des Rechts dauerhaft gehindert ist. (Rn. 23)

BGH (X. Zivilsenat),

Urteil vom 20.10.2020 – X ZR 7/20

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin macht gegen die Beklagte aus übergegangenem Recht einen Anspruch auf Ersatz des Werts einer Schenkung wegen Verarmung geltend.

2 Der Vater der Beklagten veräußerte an diese mit notariellem Kaufvertrag vom 13. Dezember 1996 ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück zum Preis von 354.000 DM. In derselben Urkunde räumte die Beklagte ihren Eltern ein unentgeltliches lebenslanges Wohnungsrecht an einer Wohnung im zweiten Obergeschoss ein, mit der Maßgabe, dass dieses Recht Dritten zur Ausübung nicht überlassen werden kann.

3 Für die Mutter der Beklagten wurde im Jahr 2009 Betreuung angeordnet und ein Betreuer für die Aufgabenkreise Vermögenssorge und Aufenthaltsbestimmung bestellt. Im April 2010 wurde sie mit Genehmigung des Betreuungsgerichts in ein Pflegeheim eingewiesen. Der Vater der Beklagten lebte ab November 2013 in derselben Einrichtung.

4 Am 23. Juni 2014 verzichteten die Eltern der Beklagten, die Mutter vertreten durch ihren Betreuer, auf das Wohnungsrecht und bewilligten die Löschung. Nach der Genehmigung des Verzichts der Mutter durch das Betreuungsgericht wurde das Wohnungsrecht im Grundbuch gelöscht. Im gleichen Jahr veräußerte die Beklagte das Grundstück zu einem Preis von rund 230.000 Euro.

5 Die Klägerin gewährte der im März 2019 verstorbenen Mutter der Beklagten ab April 2010 und dem im Juni 2017 verstorbenen Vater ab November 2013 Sozialhilfeleistungen, die sich bis zum 31. Dezember 2015 auf einen Betrag von insgesamt 58.891,57 Euro beliefen. Mit Bescheid von 22. Februar 2016 hat sie die Ansprüche der Eltern auf

Schenkungsrückforderung wegen Verarmung auf sich übergeleitet.

6 Die Klägerin macht geltend, der Verzicht auf das Wohnungsrecht stelle eine Schenkung an die Beklagte dar, durch die sich der Verkehrswert des Grundstücks um 41.000 Euro erhöht habe. Sie nimmt die Beklagte aus übergegangenem Recht auf Zahlung dieses Betrags in Anspruch.

7 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung der Klägerin ist erfolglos geblieben. Mit ihrer vom Berufungsgericht zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihr Klageziel weiter. Die Beklagte tritt dem Rechtsmittel entgegen.

II. Aus den Gründen:

8 Die zulässige Berufung führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

9 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung im Wesentlichen wie folgt begründet:

10 Der Klägerin stehe gegen die Beklagte kein Anspruch gemäß § 528 Abs. 1 Satz 1 BGB aus übergegangenem Recht zu, da die Bewilligung der Löschung des Wohnungsrechts keine Schenkung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB darstelle.

11 Zwar sei der Verzicht auf das Wohnungsrecht entgegen der Auffassung des Landgerichts unentgeltlich erfolgt, da sich aus dem notariellen Vertrag über die Veräußerung des Grundstücks und die Einräumung des Wohnungsrechts kein Anspruch der Beklagten gegen ihre Eltern auf Erklärung eines Verzichts auf das Wohnungsrecht ergebe. Eine Gegenleistung für den Verzicht könne weder in dem Erwerb des Grundstücks gesehen werden noch darin, dass die Beklagte das Wohnungsrecht als wirtschaftlich nicht gebotene Leistung gewährt habe. Eine Erwartung, die Eltern würden bei gegebenem Anlass auf das Wohnungsrecht verzichten, sei weder anlässlich des Vertragsschlusses ausdrücklich formuliert worden, noch habe die Beklagte vorgetragen, dass eine solche Erwartung stillschweigend bestanden habe.

12 Eine Zuwendung im Sinne des § 516 Abs. 1 BGB liege indessen deshalb nicht vor, weil es auf Seiten der Eltern an einer Entreichung fehle. Das Wohnungsrecht sei für die Eltern der Beklagten zum Zeitpunkt des Verzichts nutzlos geworden, da sie aufgrund ihres Gesundheitszustands und der baulichen Gegebenheiten der Wohnung mit überwiegend hoher Wahrscheinlichkeit endgültig nicht mehr in der Lage gewesen seien, die Wohnung zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen. Ein Wohnungsrecht,

das der Berechtigte endgültig nicht mehr wahrnehmen könne, weil er wegen seines Gesundheitszustands in einem Pflegeheim betreut werden müsse oder die Wohnung aus sonstigen Gründen nicht mehr nutzen könne, und dessen Ausübung durch Dritte ausgeschlossen sei, sei für den Berechtigten wirtschaftlich wertlos, so dass der Verzicht auf dieses Recht bei ihm nicht zu einer Vermögenseinbuße führe. Der Bundesgerichtshof sehe den Verzicht auf ein solches Recht nicht als Schenkung im Sinne des § 1804 Satz 1 BGB an. Diese Wertung müsse auch im Rahmen des § 516 Abs. 1 BGB gelten. Es sei nicht ersichtlich, weshalb ein Rechtsgeschäft, das nicht zu einer Entreicherung des Verfügenden führe, unter den Schenkungsbegriff des § 516 Abs. 1 BGB fallen sollte, zumal nach allgemeiner Ansicht eine Zuwendung im Sinne dieser Vorschrift eine Entreicherung auf Seiten des Schenkers voraussetze.

13 Die Beklagte sei aufgrund der veränderten Umstände nicht verpflichtet gewesen, ihren Eltern die Vermietung der Wohnung zu gestatten. Bei der Vereinbarung eines lebenslangen Wohnungsrechts müsse jeder Vertragsteil damit rechnen, dass der Berechtigte sein Recht wegen Krankheit und Pflegebedürftigkeit nicht bis zu seinem Tod ausüben könne. Es fehle daher an einer unvorhergesehenen Änderung der Umstände. Außerdem hätten sich die Eltern nicht in einer unzumutbaren Lage befunden, da die Beklagte das elterliche Grundstück nur erworben habe, um eine drohende Zwangsversteigerung des Grundstücks zu verhindern und den Eltern ihre Wohnung zu erhalten.

14 Nicht überzeugend sei die Auffassung, dass auch ein nutzlos gewordenes Wohnungsrecht einen Vermögenswert darstelle, weil auch in einem solchen Fall der Verzicht auf das Recht zu einer Wertsteigerung des Grundstücks führe. Der Einsatz des Wohnungsrechts als Druckmittel gegen den Eigentümer, um eine Abfindung für den Verzicht zu erlangen, unterliefe vielmehr dem Schikaneverbot nach § 226 BGB. Entgegen der Auffassung der Klägerin sei die Löschung des Wohnungsrechts auch nicht deshalb als beschränkt nichtig anzusehen, weil die Beklagte damit in Kenntnis der Sozialhilfeleistungen eine eigene Inanspruchnahme habe verhindern wollen. Die Wertlosigkeit des Wohnungsrechts für die Eltern und der daraus resultierende Wegfall eines Anspruchs nach § 528 BGB hätten weder die Beklagte noch ihre Eltern aktiv herbeigeführt, so dass mit dem Verzicht kein Anspruch der Klägerin vereitelt worden sei.

15 Diese Beurteilung hält der revisionsrechtlichen Überprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

16 1. Anders als das Berufungsgericht angenommen hat, handelt es sich bei dem Verzicht auf das Wohnungsrecht um eine Schenkung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB.

17 a) Ein Schenkungsvertrag setzt gemäß § 516 BGB objektiv eine durch die Erfüllung des Vertrags bewirkte Entreicherung des Schenkers und eine sich daraus ergebende Bereicherung des Beschenkten, mithin eine auf dem Schenkervermögen beruhende Mehrung des Vermögens des Beschenkten, sowie subjektiv die Übereinstimmung der Beteiligten voraus, dass diese Zuwendung unentgeltlich erfolgen, die Vermögensmehrung des Beschenkten mithin nicht (vollständig) durch eine Gegenleistung an den Schenker ausgeglichen werden soll (BGH, Urteil vom 5. September 2017 – X ZR 119/16, ZEV 2018, 301 Rn. 20).

18 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts setzt eine Entreicherung in diesem Sinne nicht zwingend voraus, dass der zugewendete Gegenstand für den Schenker einen wirtschaftlichen Wert hatte. Nach § 516 Abs. 1 BGB genügt es vielmehr, dass die Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers erfolgt.

19 An dieser Voraussetzung fehlt es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs etwa dann, wenn Arbeits- oder Dienstleistungen (BGH, Urteil vom 8. Juli 1982 – IX ZR 99/80, BGHZ 84, 361, 365; Urteil vom 1. Juli 1987 – IVb ZR 70/86, BGHZ 101, 229, 232) oder Gebrauchsüberlassungen (BGH, Urteil vom 11. Dezember 1981 – V ZR 247/80, BGHZ 82, 354, 356 f.) zugewendet werden. Sie ist ferner dann nicht erfüllt, wenn der Zuwendende gegenüber einem Dritten verpflichtet war, die Zuwendung vorzunehmen (BGH, Urteil vom 10. Januar 1951 – II ZR 18/50, NJW 1951, 268). Andererseits kann eine Zuwendung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB auch dann vorliegen, wenn der zugewendete Gegenstand nicht unmittelbar aus dem Vermögen des Schenkers stammt, dieser aber die zum Erwerb des Gegenstands durch den Beschenkten erforderlichen Mittel aufbringt (BGH, Urteil vom 2. Juli 1990 – II ZR 243/89, BGHZ 112, 40, 46).

20 b) Nach diesen Grundsätzen führt der Verzicht auf ein Wohnungsrecht grundsätzlich zu einer Entreicherung des Verzichtenden.

21 aa) Der Verzicht hat zur Folge, dass das betroffene Grundstück von einer Belastung frei wird. Die darin liegende Zuwendung erfolgt aus dem Vermögen des Verzichtenden, weil dieser eine ihm zustehende Rechtsposition aufgibt. Dies reicht für eine Zuwendung aus dem Vermögen des Schenkers im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB grundsätzlich aus.

22 bb) An einer Entreicherung im Sinne von § 516 Abs. 1 BGB fehlt es ausnahmsweise, wenn das Recht lösungsfähig ist, die Zustimmung zur Löschung im Grundbuch also nur dessen Berichtigung dient.

23 Diese Voraussetzung liegt bei einem Wohnungsrecht vor, wenn das Recht niemandem mehr einen Vorteil bietet. Ein nur in der Person des Berechtigten liegendes Ausübungshindernis führt hingegen nicht generell zum Erlö-

schen des Rechts, selbst wenn das Hindernis auf Dauer besteht, etwa deshalb, weil der Berechtigte in ein Pflegeheim aufgenommen wird und nicht damit zu rechnen ist, dass er in die Wohnung zurückkehren kann (BGH, Urteil vom 19. Januar 2007 – V ZR 163/06, NJW 2007, 1884 Rn. 13; Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rn. 6).

24 Im Streitfall lag allenfalls ein in der Person der Berechtigten liegendes Ausübungshindernis vor. Dieses führte auch dann nicht zum Erlöschen des Wohnungsrechts, wenn es, wie das Berufungsgericht festgestellt hat, auf Dauer bestand.

25 cc) Welcher wirtschaftliche Wert der aufgegebenen Rechtsposition zukommt, ist grundsätzlich unerheblich.

26 Nach § 516 Abs. 1 BGB reicht aus, wenn der zugewendete Gegenstand aus dem Vermögen des Schenkers stammt. Ob der Wert, den der Gegenstand für den Empfänger hat, derselbe ist, den er für den Zuwendenden hatte, ist demgegenüber grundsätzlich unerheblich.

27 dd) Ob ausnahmsweise etwas anderes gilt, wenn das Recht für den Zuwendenden ohne jeden wirtschaftlichen Wert war oder sein Bestand für den Zuwendenden sogar zu einer wirtschaftlichen Belastung geführt hat, bedarf keiner abschließenden Entscheidung.

28 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts reicht der Umstand, dass der Berechtigte an einer Ausübung des Rechts auf Dauer gehindert ist, auch in diesem Zusammenhang nicht aus, um das Recht als völlig wertlos anzusehen.

29 Der Senat hat bereits entschieden, dass ein Wohnungsrecht, das nur noch formal weiterbesteht, weil mit einem Bezug der Wohnung durch den Berechtigten aufgrund einer Unterbringung in einem Heim nicht mehr zu rechnen ist, nicht ohne weiteres als wertlos angesehen werden kann. Die Eintragung eines Wohnungsrechts stellt für sich eine Belastung des Grundstücks dar, die sich dann, wenn eine Wiederaufnahme der Nutzung der Wohnung durch den Berechtigten voraussichtlich nicht mehr in Betracht kommt, zwar absehbar nicht mehr unmittelbar wirtschaftlich auswirken kann, die Verwertbarkeit des Grundstücks aber gleichwohl zu beeinträchtigen geeignet ist. Außerdem kann der Berechtigte dann, wenn das Wohnungsrecht Dritten nicht zur Ausübung überlassen werden darf, einer anderweitigen Nutzung der Wohnung, etwa einer Vermietung durch den Eigentümer an Dritte, grundsätzlich widersprechen (BGH, Urteil vom 26. Oktober 1999 – X ZR 69/97, NJW 2000, 728, 730 [zu II 2 b, insoweit in BGHZ 143, 51 nicht abgedruckt]).

30 Dies entspricht der typischen Verteilung der Befugnisse und Pflichten im Verhältnis zwischen dem Inhaber eines Wohnungsrechts und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks. Beide Seiten können einer unberech-

tigten Nutzung der Sache, insbesondere einer Vermietung an Dritte, durch den jeweils anderen Teil entgegentreten. Beide können die aufgrund einer unberechtigten Vermietung erzielten Mieteinnahmen aber grundsätzlich nicht vom jeweils anderen Teil herausverlangen, weil ihnen insoweit keine Nutzungsbefugnis zusteht (BGH, Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 206/11, NJW 2012, 3572 Rn. 9 ff.). Deshalb besteht grundsätzlich auch kein Grund dafür, dass der Umzug des Berechtigten in ein Pflegeheim zu einer wirtschaftlichen Besserstellung des Eigentümers führt (BGH, Urteil vom 19. Januar 2007 – V ZR 163/06, NJW 2007, 1884 Rn. 23; Urteil vom 9. Januar 2009 – V ZR 168/07, NJW 2009, 1348 Rn. 17).

31 Angesichts dessen bedarf es besonderer Umstände, um das Wohnungsrecht in solchen Konstellationen ausnahmsweise doch als völlig wertlos ansehen zu können. Solche Umstände sind im Streitfall nicht ersichtlich.

32 ee) Aus der vom Berufungsgericht herangezogenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs (Beschluss vom 25. Januar 2012 – XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956) ergibt sich nichts Abweichendes.

33 Die Entscheidung ist, wie auch das Berufungsgericht nicht verkannt hat, zu § 1804 Satz 1 BGB ergangen. Demgemäß hat sich der Bundesgerichtshof lediglich mit der Frage befasst, ob eine Schenkung im Sinne dieser Vorschrift vorliegt. Dies hat er mit Rücksicht auf den Zweck der Vorschrift verneint. § 1804 Satz 1 BGB dient dem Schutz des Vermögens des Betreuten, aus dem nichts zu seinem Nachteil unentgeltlich weggegeben werden soll. Einen solchen Nachteil hat der Bundesgerichtshof im dort zugrundeliegenden Fall verneint, weil dem Wohnungsrecht, an dessen Ausübung der Betreute auf Dauer gehindert war, eine laufende Kostenbelastung durch Hausgeld und Nebenkosten gegenüberstand, so dass die Aufgabe des Wohnungsrechts für den Betreuten wirtschaftlich günstig war (BGH, Beschluss vom 25. Januar 2012 – XII ZB 479/11, NJW 2012, 1956 Rn. 16 ff.).

34 Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts können diese Erwägungen nicht unverändert auf § 516 Abs. 1 BGB übertragen werden. Wie bereits oben dargelegt wurde, setzt eine Schenkung im Sinne dieser Vorschrift zwar den Verlust einer Vermögensposition voraus, nicht aber zwingend einen wirtschaftlichen Nachteil für den Zuwendenden.

35 c) Zutreffend ist das Berufungsgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass der Verzicht auf das Wohnungsrecht unentgeltlich erfolgt ist.

36 aa) Nach der notariellen Urkunde über die Löschungsbewilligung haben die Beklagte und ihre Eltern für die Aufhebung des Wohnungs- und Mitbenutzungsrechts keine von der Beklagten zu erbringende Gegenleistung vereinbart.

37 bb) Entgegen der Auffassung des Landgerichts und der Revisionserwiderung hat die Beklagte für den Verzicht auf das Wohnungsrecht auch keine Gegenleistung in Form einer immateriellen Leistung erbracht.

38 Auch wenn die Beklagte das Grundstück von ihrem Vater zu dem Zweck erworben haben mag, die Schulden der Eltern abzulösen und die Zwangsversteigerung des Grundstücks abzuwenden, ergeben sich weder aus der Vertragsurkunde noch sonst Anhaltspunkte dafür, dass die Beklagte und ihre Eltern davon ausgegangen wären, die Beklagte habe mit der Übernahme des Grundstücks bereits die Gegenleistung für einen späteren Verzicht ihrer Eltern auf das Wohnungsrecht erbracht.

39 2. Nach § 528 Abs. 1 BGB ist der Wert der Bereicherung herauszugeben. Dieser besteht im Falle eines Verzichts auf ein Wohnungsrecht nicht im Wert des Wohnungsrechts für den Berechtigten, sondern im Wert, den der Verzicht für den Beschenkten hat.

40 Dieser Wert spiegelt sich regelmäßig in der Erhöhung des Verkehrswerts des Grundstücks bei Wegfall des Wohnungsrechts, da nur der sich hieraus ergebende Wertzuwachs dem Beschenkten zugutekommt (BGH, Urteil vom 17. April 2018 – X ZR 65/17, BGHZ 218, 227 Rn. 13; BGH, Urteil vom 26. Oktober 1999 – X ZR 69/97, NJW 2000, 728, 730).

41 Vor diesem Hintergrund kommt es im Streitfall nicht darauf an, ob zum Zeitpunkt des Verzichts auf das Wohnungsrecht mit einer Wiederaufnahme der Nutzung durch die Eltern der Beklagten zu rechnen war. Dementsprechend kann auch dahinstehen, ob die Nichteinholung eines Sachverständigengutachtens in diesem Zusammenhang verfahrensfehlerhaft war.

42 3. Dass die Eltern der Beklagten schon vor dem Verzicht auf das Wohnungsrecht und dessen Löschung von der Klägerin Sozialhilfeleistungen erhalten haben, die Bedürftigkeit mithin schon vor dem Vollzug der Schenkung vorlag, stellt die Anwendbarkeit des § 528 Abs. 1 BGB entgegen der Auffassung der Revisionserwiderung nicht in Frage.

43 Das Erfordernis, dass der Schenker nach Vollziehung der Schenkung außerstande sein muss, seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten, dient nur der zeitlichen Abgrenzung zur Einrede des Notbedarfs gemäß § 519 Abs. 1 BGB. Aus diesem Erfordernis ergibt sich nicht, dass die Bedürftigkeit Folge der Schenkung sein muss (BGH, Urteil vom 19. Oktober 2004 – X ZR 2/03, NJW 2005, 670, 671; Urteil vom 17. Januar 1996 – IV ZR 184/94, NJW 1996, 987). Voraussetzung ist lediglich, dass der Notbedarf nach Abschluss des Schenkungsvertrags entstanden ist (BGH, Urteil vom 7. November 2006 – X ZR 184/04, BGHZ 169, 320 Rn. 18).

44 Das Berufungsurteil ist daher aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist zu neuer Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen, weil

der Rechtsstreit auf der Grundlage der getroffenen Feststellungen nicht zur Endentscheidung reif ist (§ 563 Abs. 3 ZPO).

45 Im neu eröffneten Berufungsverfahren wird das Berufungsgericht insbesondere Folgendes zu beachten haben:

46 1. Der Klägerin steht der übergeleitete Rückforderungsanspruch erst für die Zeit ab 23. Juni 2014 zu.

47 Vor Abschluss des Schenkungsvertrags kann ein Anspruch des Schenkers gegen den Beschenkten nicht bestehen (BGH, Urteil vom 7. November 2006 – X ZR 184/04, BGHZ 169, 320 Rn. 18). Hingegen kommt es nicht darauf an, wann der Beklagten die durch den Verzicht auf das Wohnungsrecht und dessen Löschung eingetretene Wertsteigerung zugeflossen ist (BGHZ 169, 320 Rn. 19).

48 Feststellungen dazu, in welcher Höhe die Klägerin ab 23. Juni 2014 Sozialhilfeleistungen erbracht hat, sind bislang – vom Rechtsstandpunkt des Berufungsgerichts aus folgerichtig – nicht getroffen.

49 2. Weiterhin wird das Berufungsgericht gemäß § 818 Abs. 3 BGB zu prüfen haben, inwieweit eine Bereicherung der Beklagten zum Zeitpunkt der Haftung nach § 818 Abs. 4, § 819 BGB maßgeblichen Zeitpunkt noch besteht oder weggefallen ist.

50 3. Schließlich wird das Berufungsgericht zu erwägen haben, inwieweit eine ergänzende Auslegung der der Bestellung des Wohnungsrechts zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarung in Betracht kommt, und welche Folgen sich daraus gegebenenfalls für die Ermittlung des Werts der Zuwendung an die Beklagte ergeben.

Nachweis der (Vertretungs-) Macht des Bevollmächtigten Alleinerben mittels transmortaler Vollmacht.

BGB § 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1, § 172, § 173; GBO § 19, § 29 Abs. 1, § 35 Abs. 1, § 39 Abs. 1, § 40

Amtlicher Leitsatz:

Eine transmortale Vollmacht des eingetragenen Berechtigten genügt zum Nachweis der (Vertretungs-) Macht des Bevollmächtigten auch dann, wenn dieser erklärt, Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein; es bedarf keines Nachweises der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO (Fortführung von Senat, MDR 2021, 162; entgegen OLG Hamm, FGPrax 2013, 148; OLG München, NJW 2016, 3381).

KG (I. Senat),

Beschluss vom 02.03.2021 – 1 W 1503/20

Aus den Gründen:

Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Zwischenverfügung ist nicht gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht. Für die Eintragung der Vormerkung zu Gunsten der Beteiligten zu 2) und 3) muss nicht in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden, dass die Beteiligte zu 1) Alleinerbin des am ... 2014 verstorbenen W... ist. Mit ihren Erklärungen vom 16. März 2020 (UR-Nr. 168/2020 des Notars ...) und 17. August 2020 (UR-Nr. 520/2020 des Notars ...) liegt eine hinreichende Bewilligung gemäß § 19 GBO, § 885 Abs. 1 S. 1 BGB vor. Das folgt aus der in Bezug genommenen Generalvollmacht, die W... der Beteiligten zu 1) am 13. September 2004 über seinen Tod hinaus erteilte (UR-Nr. 617/2004 des Notars ...).

Die Eintragung ist von demjenigen zu bewilligen, der Eigentümer des Grundstücks ist; die Bewilligungsbefugnis folgt der Verfügungsbefugnis, hier nach § 903 S. 1 BGB. Soweit W... als Eigentümer zu 1/2 gebucht ist, sind seine Erben bewilligungsbefugt (§ 891 Abs. 1, § 1922 Abs. 1 BGB). Die Beteiligte zu 1) erklärte die Bewilligung in der UR-Nr. 520/2020 namens der Erben. Verweist der Erklärende – wie hier – auf eine transmortale Vollmacht, gibt er die Erklärung im Namen der Erben des Vollmachtgebers ab (vgl. BGH, NJW 1983, 1487, 1489; Palandt/Weidlich, BGB, 80. Aufl., v. § 2197 Rn. 3) – unabhängig davon, wer tatsächlich Erbe ist bzw. in einem Erbschein als Erbe bezeichnet (§ 2365 BGB) oder durch ein Urteil (regelmäßig nicht mit Wirkung für jedermann, §§ 325 ff. ZPO) als Erbe festgestellt wird (Amann, MittBayNot 2013, 367, 371; Herrler, DNotZ 2017, 508, 523; vgl. auch OLG Frankfurt a.M., ZEV 2015, 648, 649). Ist der Handelnde Alleinerbe, gibt er die Erklärung (nur) im eigenen Namen ab. Ist er Miterbe, gibt er die Erklärung auch im eigenen Namen ab (§ 2040 Abs. 1 BGB); weder der Nachlass noch die Erbengemeinschaft sind rechtsfähig (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2032 Rn. 1).

Mit der Ausfertigung der UR-Nr. 617/2004 ist gemäß § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachgewiesen, dass die Erklärung der Beteiligten zu 1) in der UR-Nr. 520/2020 für und gegen die – beliebigen – Erben des W... wirkt. Dem steht nicht entgegen, dass die Beteiligte zu 1) in der UR-Nr. 168/2020 erklärt hatte, Alleinerbin zu sein. Eine transmortale Vollmacht des eingetragenen Berechtigten genügt zum Nachweis der (Vertretungs-) Macht des Bevollmächtigten auch dann, wenn dieser erklärt, Alleinerbe des Vollmachtgebers zu sein; es bedarf keines Nachweises der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 GBO (LG Bremen,

Rpfleger 1993, 235; Palandt/Ellenberger, a.a.O., § 168 Rn. 4; a.A. OLG Hamm, FGPrax 2013, 148; OLG München, NJW 2016, 3381). Sollte sich aus dem Beschluss des Senats KGJ 43, 157 anderes ergeben, wird daran nicht festgehalten.

Zum einen erlischt die Vollmacht nicht ohne weiteres, wenn der Vertretene und der Vertreter in einer Person zusammenfallen. Es mag begrifflich ausgeschlossen sein, sich selbst zu vertreten (a.A. KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 7. Aufl., § 35 GBO Rn. 26 unter Verweis auf § 1698b BGB). Dennoch ist die vom Erblasser abgeleitete Befugnis als fortbestehend zu behandeln, wenn dies berechnete Interessen gebieten (vgl. zur Konfusion BGH, NJW-RR 2009, 1059, 1060; Palandt/Grüneberg, a.a.O., v. § 362 Rn. 4 m.w.N.). Das ist der Fall, soweit die Vollmacht dem Bevollmächtigten materiell- oder verfahrensrechtlich weitergehende Befugnisse und Handlungsmöglichkeiten eröffnet, als sie dem Alleinerben zur Verfügung stehen, und keine schutzwürdigen Interessen Dritter oder des Rechtsverkehrs gegen das Fortbestehen der Vollmacht sprechen (Herrler, a.a.O., S. 520 f.). So ist anerkannt, dass der (sich selbst vertretende) Alleinerbe auf Grund einer Vollmacht des Erblassers handeln kann, wenn er der Beschränkung durch einen Testamentsvollstreckter (§ 2211 Abs. 1, § 2205 BGB) unterliegt (OLG München, FamRZ 2013, 402; Palandt/Weidlich, a.a.O., v. § 2197 Rn. 12; Staudinger/Reimann, BGB, Bearb. 2016, v. § 2197 Rn. 86). Gleiches soll wegen der gesamthänderischen Bindung für den bevollmächtigten Miterben gelten (OLG Celle, FamRZ 2020, 131; OLG Schleswig, Rpfleger 2015, 9). Die fortwirkende Vollmacht eröffnet dem Erben im Grundbuchverfahren weitergehende Handlungsmöglichkeiten, da ein Nachweis der Rechtsnachfolge (§ 35 Abs. 1 BGB) und entsprechend § 40 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 GBO eine Voreintragung (§ 39 Abs. 1 GBO) in jedem Fall entbehrlich sind (Senat, MDR 2021, 162).

Zum anderen muss die Erbfolge selbst dann nicht in der Form des § 35 Abs. 1 GBO nachgewiesen werden, wenn die Vollmacht durch die Personenidentität von Vertretenem und Vertreter unwirksam würde. Die Legitimationswirkung der Vollmachtsurkunde (§ 172 BGB) kann nur entfallen (§ 173 BGB), wenn die Beteiligte zu 1) tatsächlich Alleinerbin des W... ist. Das belegt ihre bloße Mitteilung nicht. Zweifeln am Fortbestand der Vollmacht muss und darf das Grundbuchamt nur nachgehen, wenn ihr Erlöschen Auswirkungen auf die gesetzlichen Voraussetzungen der Eintragung – hier die Wirksamkeit der Bewilligung nach § 19 GBO – haben kann. Das ist zu verneinen. Die Bewilligungserklärung ist dem bewilligungsbe-

fugten Erben in jedem Fall zuzurechnen, entweder der Beteiligten zu 1) aus eigener Rechtsmacht oder einer anderen Person gemäß § 164 Abs. 1, § 167 Abs. 1 BGB. Eine dritte Möglichkeit ist bei dem in Rede stehenden Erlöschensgrund nicht gegeben. Eintragungshindernde Umstände oder unterschiedliche „Erwerbsgründe“ (s. dazu *Bestelmeyer*, FGPrax 2016, 208 f.; 2017, 65) liegen nicht vor. Insbesondere geht es nicht um eine gemäß § 20 GBO zu prüfende Auflassung, die der potentielle Alleinerbe an sich selbst erklärt (vgl. den Sachverhalt OLG München, FGPrax 2016, 205); einen Vertrag mit sich selbst kann niemand schließen (BGH, NJW 2000, 1033).

Es dürfen keine Nachweise verlangt werden, auf die es für die Eintragung nicht ankommt (*Amann*, a.a.O.; *Herrler*, a.a.O., S. 531; *Keim*, MittBayNot 2017, 111, 113; *Böttcher*, NJW 2018, 831, 835). Die Nachweisanforderungen des Grundbuchverfahrens sind kein Selbstzweck, sondern sollen verlässliche Eintragungsgrundlagen sicherstellen und die Prüfung der Eintragungsvoraussetzungen in standardisierten Verfahren ohne einzelfallbezogene Beweiswürdigung ermöglichen (Senat, NJW-RR 2020, 990 Rn. 21). Dem ist aus den genannten Gründen mit der formgerechten Vollmachtsurkunde (§ 47 BeurkG) Genüge getan.

Für die Eintragungen zu Gunsten der Beteiligten zu 4) und 5) gilt entsprechendes. Selbst für die Buchung der Grundschuld bedarf es keiner Aufklärung der Erbfolge, weil eine Voreintragung analog § 40 Abs. 1 Alt. 2, Abs. 2 GBO entbehrlich ist. Hierzu wird auf den Beschluss des Senats MDR 2021, a.a.O., verwiesen, der dem Grundbuchamt auch bei seiner Nichtabhilfeentscheidung nicht bekannt sein konnte.

Fehlende Vormerkungsfähigkeit des Anspruchs eines Dritten gegen Miteigentümer auf Teilung eines Grundstücks

BGB § 752, § 883 Abs. 1 S. 1, Abs. 2; ZPO § 894; GBO § 16 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Der Anspruch eines Dritten gegen die Miteigentümer eines Grundstücks auf dessen Teilung ist nicht durch eine Vormerkung sicherbar, da mit einer bloßen Teilung eines Grundstücks keine dingliche Rechtsänderung verbunden ist. (Rn. 19 - 26)

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 29.12.2020 – 34 Wx 492/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1 war im Grundbuch als Miteigentümerin zu ½ von Grundbesitz eingetragen. Als Miteigentümer des weiteren hälftigen Anteils waren Erbengemeinschaften bestehend aus den Beteiligten zu 1 bis 5 eingetragen.

2 Mit Auseinandersetzungsvertrag vom 3.4.2017 regelten die Beteiligten zu 1 bis 5 die Übertragung des hälftigen Anteils der Beteiligten zu 1 und die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaften in Bezug auf den Grundbesitz. Gemäß der Vereinbarung ließen die Beteiligten das Grundstück der Beteiligten zu 4 zum Miteigentum zu ½, der Beteiligten zu 5 zu 7/16 und der Beteiligten zu 2 zu 1/16 auf.

3 Das langgestreckte Grundstück ist im vorderen Teil bebaut mit einem Zweifamilienhaus. Der dahinter liegende Teil wird als Garten genutzt. Der längliche Garten ist auf dem beigefügten Lageplan durch zwei Linien in drei Flächen aufgeteilt, die mit „M.“ (Vorname der Beteiligten zu 4) „G.“ (Vorname der Beteiligten zu 2) und „A.“ (Vorname der Beteiligten zu 5) bezeichnet sind.

4 Im Vertrag vom 3.4.2017 ist unter XIV. 3. a) geregelt, dass das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, für immer, auch mit Wirkung für und gegen alle künftigen Miteigentümer ausgeschlossen wird; das Recht, die Aufhebung der Gemeinschaft aus wichtigem Grund zu betreiben, bleibe hiervon unberührt.

5 Unter XIV. 3. b) ist zudem vereinbart, dass die Beteiligte zu 4 den Garten, der im beigefügten Lageplan mit „M.“ bezeichnet ist, nutzen darf, die Beteiligten zu 2 und 5 den mit „A. oder G.“ bezeichneten Gartenteil.

6 In Ziffer XV. Bedingtes Rückforderungsrecht; Verpflichtung zur Teilung, Verpflichtung zur Bestellung von Dienstbarkeiten regelten die Beteiligten im Auseinandersetzungsvertrag zudem folgendes:

1. Frau ... (Beteiligte zu 3) ist berechtigt, von Frau ... (Beteiligte zu 5) die Übertragung eines Miteigentumsanteils von 7/32 an der realen Grundstücksteilfläche zu verlangen, die im heute beigefügten Lageplan mit „M...“, „G...“ und „A...“ bezeichnet ist, wenn die Grundstücksteile insgesamt oder in Teilen mit Wohngebäuden bebaubar werden. Es genügt hierbei die abstrakte Qualität als Bauland; die Erteilung oder Bestandskraft einer Baugenehmigung sind nicht nötig.

...

2. Zum Zwecke der Übertragung ist das in Ziff. I. genannte Grundstück entsprechend den Festlegungen in

Ziffer 1. real zu teilen. Alle Erwerber verpflichten sich gegenüber Frau ... (Beteiligte zu 3) bedingt durch berechnete Stellung des Übertragungsverlangens nach Ziffer 1., an einer solchen Teilung mitzuwirken.

...

5. Die Vertragsteile bewilligen und beantragen zur Sicherung

a) des Anspruchs auf Teilung ... gegen alle Erwerber die Eintragung einer Vormerkung am gesamten Vertragsgrundbesitz nach Ziffer I.

b) des Anspruchs auf Übertragung eines Miteigentumsanteils von 7/32 an der Teilfläche nach Teilung eine Vormerkung an dem Miteigentumsanteil von Frau ... (Beteiligte zu 5) nach Vollzug der Rechtsänderungen nach Ziffer II.1. und IV. 1.

die Eintragung je einer

Vormerkung

an den jeweiligen Belastungsgegenständen zugunsten von Frau ... (Beteiligte zu 3).

7 Die Urkunde wurde am 30.5.2017 zum Vollzug aller Bewilligungen und Anträge vorgelegt, der Antrag auf Eintragung dieser Vormerkungen allerdings mit Schreiben vom 3.4.2019 zunächst zurückgenommen.

8 Die im Übrigen beantragten Eintragungen, insbesondere die in Ziff. IV. der Urkunde erklärte Auflassung und der Belastung der Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft wurden nach zunächst erfolgter Zurückweisung im Laufe des Beschwerdeverfahrens 34 Wx 2/18 am 27.6.2019 vollzogen.

9 Mit Schreiben des Notars vom 25.7.2019 beantragten die Beteiligten erneut den Vollzug der in der Urkunde bewilligten Vormerkungen. Diesen Antrag hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 25.9.2019 zurückgewiesen. Die in Ziff. XV. 5. a) der Urkunde erteilte Bewilligung einer Vormerkung zur Sicherung der Teilung des Flurstücks sei nicht eintragbar. Der Begriff „Teilung“ sei zu unbestimmt und als solcher isoliert nicht vormerkbar. Als gesetzlich verankertes Recht sei die reale Aufteilung des Grundbesitzes auf die Miteigentümer beschränkt. Somit könne nicht zugunsten der Beteiligten zu 3 eine Vormerkung eingetragen werden. Zudem würde eine Vormerkung die Vereinbarung in Abschnitt XIV. der Urkunde konterkarieren. Die zudem beantragte Vormerkung eines Anspruchs auf Erwerb eines 7/32 Miteigentumsanteils an der Teilfläche nach Teilung scheide wegen der Verknüpfungen der Vormerkungen aus.

10 Gegen diesen Beschluss richtet sich die mit Schreiben des Notars vom 8.10.2019 eingelegte Beschwerde. Die Vormerkung als Sicherungsmittel eigener Art solle einen Anspruch sichern, der auf eine eintragbare Rechtsänderung gerichtet sei. Denn gesichert werden solle ein Anspruch auf Bildung von realen und im Grund-

buch als einzelnen Grundstücken vorgetragenen Flächen sowie die Übereignung eines Miteigentumsanteils an einer solchen Fläche. Die Teilfläche sei durch den der Urkunde anliegenden bemaßten Plan auch hinreichend bestimmt.

11 Die Eintragung der Vormerkung auf Realteilung stehe nicht im Widerspruch zu dem Ausschluss der Aufhebung der Gemeinschaft, da damit nur das Auseinanderbrechen der Miteigentümergeinschaft insgesamt, also die Teilung nach §§ 752 f. BGB ausgeschlossen werde. Nicht verhindert werden könne hingegen das Eindringen eines Dritten in die Miteigentümergeinschaft durch Sonder- oder Gesamtrechtsnachfolge in einen Miteigentumsanteil. Die beabsichtigte Realteilung führe daher nicht zu einem Verlust des Eigentums der übrigen Miteigentümer.

12 Der Anspruch auf Realteilung richte sich gegen alle einzutragenden Eigentümer, damit sichergestellt werde, dass die Miteigentümer an der Grundstücksteilung mitwirkten, der Anspruch auf Übereignung eines Miteigentumsanteils dagegen nur gegen die Beteiligte zu 5. Daher seien insofern zwei Vormerkungen beantragt. Der Passus „an der Teilfläche nach Teilung“ sei weder Rangbestimmung noch Bewilligungsbedingung, sondern kennzeichne allein die Einschränkung, unter der der Anspruch auf Übereignung des Miteigentumsanteils stehe.

13 Der Beschwerde hat das Grundbuchamt nicht abgeholfen. Die beantragte „Teilung“ könne nicht vorgemerkt werden, da der Anspruch auf Teilung nicht in ein Recht umgeschrieben werden könne.



II. Aus den Gründen:

14 1. Die nach § 11 Abs. 1 RPflG mit § 71 Abs. 1 GBO statthafte Beschwerde ist auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

15 2. Die Beschwerde hat allerdings keinen Erfolg, da eine Grundstücksteilung nicht vormerkbar und die Eintragung der Vormerkung auf Übereignung eines Miteigentumsanteils als verbundener Antrag nach § 16 Abs. 2 GBO nicht möglich ist.

16 a) Es kann dahinstehen, ob der vereinbarte Anspruch auf Teilung hinreichend bestimmt vereinbart ist. Dagegen dürfte schon sprechen, dass der Senat im Verfahren 34 Wx 2/18 am 15.2.2019 bereits angefragt hatte, ob sein Verständnis zutreffend sei, dass keine Realteilung im Sinne von § 752 BGB gewollt ist und das Eigentum an einem Gartenanteil somit nicht auf die Beteiligte zu 5 als Alleineigentümerin übergehen sollte. Das weitere Vorbringen der Beteiligten bestätigt dieses Verständnis, dass die Beteiligten das Grundstück allein in zwei Flur-

stücke aufteilen wollen, ohne dass sich zunächst die Rechtsbeziehungen daran ändern; es sollen auch bei Teilung die Miteigentumsanteile aller, nun jeweils an Haus- und Gartenfläche, wie vereinbart bestehen bleiben und im Anschluss nur der Miteigentumsanteil der Beteiligten zu 5 an dem Garten im Fall der Bebaubarkeit und auf Verlangen der Beteiligten zu 3 dadurch geschmälert werden, dass der Letztgenannten ein 7/32 Anteil eingeräumt wird. Dieses Verständnis haben die Beteiligten in der Beschwerdebegründung noch einmal bestätigt, indem darauf hingewiesen wird, dass die beabsichtigte „Realteilung“ nicht zu einem Verlust des Eigentums der übrigen Miteigentümer führen solle.

17 Dass der Senat sich im Hinblick auf diese Auslegung nicht sicher war und nach einer Bestätigung dieses Verständnisses gefragt hat, spricht allerdings schon gegen eine hinreichende Bestimmtheit der Urkunde, zumal die Auslegung im Grundbuchverfahren dahin eingeschränkt ist, dass die Erklärung in ihrem beurkundeten Wortlaut ein maßgebliches Gewicht behält und Zweifeln am Erklärungsinhalt bereits dann nicht nachgegangen werden kann, wenn zur Behebung solcher Zweifel nicht offenkundige Umstände außerhalb der Eintragungsunterlagen zu berücksichtigen wären (BayObLG Rpfleger 1994, 344/345; *Demharter* GBO 32. Aufl. § 19 Rn. 28).

18 b) Die vor der Übertragung eines Miteigentumsanteils an einer Teilfläche an einen zukünftigen Miteigentümer zu vereinbarende Teilung eines Grundstücks ist allerdings nicht vormerkungsfähig.

19 Voraussetzung der Eintragung einer Vormerkung ist das Bestehen eines vormerkungsfähigen Anspruchs, § 883 Abs. 1 Satz 1 BGB. Eine Vormerkung ist nach § 883 BGB zur Sicherung eines Anspruchs auf Einräumung oder Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück oder an einem das Grundstück belastenden Recht oder auf Änderung des Inhalts oder des Rangs eines solchen Rechts möglich. Somit sind nur schuldrechtliche Ansprüche auf eine dingliche Rechtsänderung vormerkungsfähig, auf den Schuldgrund (Gesetz, Vertrag, einseitiges Rechtsgeschäft) kommt es nicht an.

20 Eine bloße Teilung eines Grundstücks, die sich nicht als Realteilung nach § 752 BGB darstellt, führt allerdings nicht zu einer dinglichen Rechtsänderung in diesem Sinne.

21 Im Fall der bloßen Teilung eines Grundstücks wird zwar die Existenz des Gesamtgrundstücks beendet, da die Teile selbständige Grundstücke werden (MüKoBGB/Kohler 8. Aufl. § 890 Rn. 17). Damit verbunden ist allerdings keinerlei Änderung der auf den Grundstücken eingetragenen Rechte. Belastungen bleiben an den Teilgrundstücken bestehen, Grundpfandrechte werden zu Gesamtgrundpfandrechten im Sinne von § 1132 BGB

(Staudinger/Pickert BGB Bearb. 2019 § 890 Rn. 58). Soweit Dienstbarkeiten räumlich beschränkt bestellt waren, sind diese zwar im Grundbuch des lastenfrei abgeschriebenen Grundstücks zu löschen (Staudinger/Pickert § 890 Rn. 58; MüKoBGB/Kohler § 890 Rn. 17). Dies hat allerdings auch keine Änderung der Rechte an dem Grundstücksteil zur Folge, da aus der Dienstbarkeit auch bisher im Hinblick auf den abgeschriebenen Teil keine Rechte hergeleitet werden konnten.

22 Eine Vergleichbarkeit ist auch nicht mit der Begründung von Wohnungseigentum gegeben. Das Miteigentum am Grundstück wird nach § 3 WEG nämlich durch die Teilungserklärung dahingehend beschränkt, dass jedem Miteigentümer abweichend von § 93 BGB das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen in einem auf dem Grundstück errichteten oder noch zu errichtenden Gebäude eingeräumt wird. Mithin hat eine Vereinbarung nach § 3 WEG eine Änderung der dinglichen Rechte am Grundstück zur Folge.

23 Bei einer Realteilung im Sinne von § 752 BGB ändern sich die rechtlichen Beziehungen der bisherigen Miteigentümer am Grundstück. Daher ist ein Anspruch auf Übertragung des (Mit-)Eigentums an einem Grundstücksteil als sog. Parzellierungsvormerkung möglich, da damit Anspruch auf Übertragung eines Grundstücksteils zu (Mit-)Eigentum abgesichert wird. Nur in diesem Fall ist der Anspruch auf Übereignung des Grundstücks gegen den Eigentümer und damit die Teilung vormerkbar, wobei die Parzellierungsvormerkung zu Lasten des ganzen Grundstücks einzutragen ist (Staudinger/Kessler BGB Bearb. 2020 § 883 Rn. 117).

24 Vorliegend sprechen die Beteiligten zwar immer von einer Realteilung. Es soll allerdings nur die Teilung des Grundstücks gesichert werden. Dies setzt zwar als ersten Schritt die Vereinbarung der Teilung des Grundstücks durch die Miteigentümer voraus. Auch wenn die Änderung des Zuschnitts des Grundstücks eines Rechtsgeschäfts bedarf, ist damit aber keinerlei Auswirkung auf ein dingliches Recht an dem Grundstück verbunden. Dass nach Teilung die Belastung oder Übereignung allein des neu gebildeten Grundstücksteils möglich wird, ist nur eine mittelbare Auswirkung für die Zukunft.

25 Auch das durch die Vormerkung zu befriedigende Sicherungsinteresse (vgl. § 883 Abs. 2 BGB) erfordert allerdings die Vormerkungsfähigkeit der Teilung nicht. Es kann nämlich schon vor der Teilung die erstrebte Belastung des Grundstücksteils oder die Übereignung durch eine Vormerkung dieses Rechts auf dem Gesamtgrundstück abgesichert werden.

26 Soweit sichergestellt werden soll, dass die übrigen Miteigentümer an einer Teilung des Grundstücks mit-

wirken, ergibt sich dieser Anspruch schon aus dem geschlossenen Vertrag. Auch im Falle einer Vormerkung ist im Fall der Verweigerung der Miteigentümer zur Mitwirkung an der Teilung weiterhin die Erhebung einer Klage auf Abgabe der erforderlichen Erklärung nach § 894 ZPO erforderlich.

27 c) Nach der Formulierung des Antrags ist die Vormerkung der Übertragung „eines hälftigen Miteigentumsanteils an der Teilfläche“ nach Teilung nach § 16 Abs. 2 GBO an die Eintragung der Vormerkung für die Teilung geknüpft.

28 Auch wenn der Passus „an der Teilfläche nach Teilung“ weder Rangbestimmung noch Bewilligungsbedingung sei, sondern allein die Einschränkung kennzeichne, unter der der Anspruch auf Übereignung des Miteigentumsanteils stehe, ergibt sich auch aus der Rücknahme beider Anträge zusammen mit Schreiben vom 3.4.2019, dass die beiden Anträge im Sinne von § 16 Abs. 2 GBO verbunden sind.

29 Da der Antrag auf Eintragung einer Vormerkung auf Grundstücksteilung allerdings erfolglos bleibt, ist auch der weitere Antrag zurückzuweisen.

Keine Rückforderung der Schwiegereltern bei geschenkter Immobilie als Renditeobjekt

BGB § 313

Amtlicher Leitsatz:

Schenken Eltern ihrem Kind und dessen Ehepartner eine Immobilie, die lediglich als Renditeobjekt genutzt wird und scheitert die Ehe später, können sich die Eltern nicht auf einen sog. „Wegfall der Geschäftsgrundlage“ berufen und eine Rückzahlung gegen das Schwiegerkind geltend machen. Etwas anderes kann nur bei der Übertragung einer Immobilie an das Kind und Schwiegerkind als Familienheim gelten.

OLG Oldenburg (11. Zivilsenat),
Beschluss vom 14.10.2020 – 11 UF 100/20

I. Tatbestand:

1 Die ursprüngliche Antragstellerin, Frau AA, welche am TT.MM.2020 verstorben ist – nachfolgend weiterhin als Antragstellerin bezeichnet –, war die ehemalige Schwiegermutter des Antragsgegners. Mit notariellem

Vertrag vom TT.MM.2013, (...) des Notars CC aus Ort 2, übertrug die Antragstellerin dem Antragsgegner und dessen damaliger Frau, der Tochter der Antragstellerin, eine Eigentumswohnung in Köln. Im Vertrag heißt es: „Der Übergeber überträgt und verschenkt die in Ziffer 1. dieser Urkunde aufgeführte Eigentumswohnung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an ihre Tochter und deren Ehemann, die Übernehmer, und zwar je zur ideellen Hälfte.“

2 Zudem wurde vereinbart, dass für die Übertragung eine Gegenleistung von 15.000 € zu entrichten ist. Der Wert der Eigentumswohnung wurde mit 50.000 € angegeben. Wegen der Einzelheiten wird auf die notarielle Urkunde vom TT.MM.2013, Bl. (...) d.A., verwiesen.

3 Am 25.07.2015 trennten sich der Antragsgegner und seine Ehefrau. Die Ehe wurde am 13.09.2017 geschieden. Im Rahmen des Scheidungsverfahrens schlossen der Antragsgegner und seine damalige Frau einen Vergleich (Bl. 20 d.A.). Es wurde vereinbart, dass die Eigentumswohnung in Köln verkauft wird. Die Beteiligten gingen von einem Verkaufserlös von 95.000 € aus, der an die damalige Ehefrau ausgezahlt werden sollte.

4 Mit Schreiben vom 25.06.2018 forderte die Antragstellerin den Antragsgegner auf, an sie einen Betrag von 37.600 € zu zahlen, da durch das Scheitern der Ehe die Geschäftsgrundlage der Schenkung weggefallen sei (Bl. 23 d.A.). Vor dem Hintergrund, dass der Schenkungszweck nach Oktober 2013 immerhin noch für etwa 21 Monate erfüllt worden sei, sei ein Abschlag von 6% vorzunehmen, woraus sich eine Forderung von 37.600 € ergebe (Bl. 23/24 d.A.).

5 Die Antragstellerin hat erstinstanzlich behauptet, Grund für die Schenkung sei gewesen, das eheliche Zusammenleben zwischen ihrer Tochter und dem Antragsgegner als Schwiegerkind zu fördern. Sie sei damals davon ausgegangen, dass die Ehe mindestens bis zum Jahr 2044 Bestand haben werde. Durch die Scheidung habe sich diese Erwartung nicht erfüllt. Bei Übertragung der Wohnung habe diese einen Wert von 95.000 € gehabt. Der in der notariellen Urkunde angegebene Wert sei nur aus Kosteninteresse angegeben worden.

6 Die Antragstellerin hat erstinstanzlich beantragt, den Antragsgegner zu verpflichten, an sie 37.600 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz ab dem 07.08.2018 zu zahlen.

7 Der Antragsgegner hat beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

8 Er hat erstinstanzlich behauptet, die Übertragung der Wohnung sei erfolgt, weil die Antragstellerin das Verhältnis zu ihrer Tochter habe wieder verbessern wollen. Zudem sei die Wohnung für die Antragstellerin eine

finanzielle Belastung geworden. Es hätten umfangreiche Renovierungsmaßnahmen angestanden. Nach Übernahme der Wohnung sei diese von ihm umfangreich renoviert worden. Daher habe sich der Wert der Wohnung von ursprünglich 50.000 € auf 95.000 € erhöht.

9 Der Antragsgegner hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben.

10 Das Amtsgericht hat mit am 26.05.2020 verkündeten Beschluss den Antrag zurückgewiesen. Ein Zahlungsanspruch infolge eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage gem. § 313 Abs. 1 BGB bestehe nicht. Zwar habe es sich vorliegend um eine gemischte Schenkung gehandelt, da der Wert der Wohnung die vereinbarte Gegenleistung von 15.000 € deutlich überschritten habe. Jedoch habe die Antragstellerin nicht beweisen können, dass der Fortbestand der Ehe ihrer Tochter mit dem Antragsgegner zur Geschäftsgrundlage der Schenkung geworden sei. Es sei von den Beteiligten nie beabsichtigt worden, die Wohnung als gemeinsame Ehewohnung zu nutzen. Aus dem notariellen Übertragungsvertrag ergäben sich keine Anhaltspunkte, dass die Übertragung der Wohnung der Förderung der Ehe habe dienen sollen. Darüber hinaus habe der Antragsgegner unwidersprochen vorgetragen, dass die Schenkung auch deshalb erfolgt sei, da die Antragstellerin sich mit der Mieterin der Wohnung zerstritten habe und umfangreiche Renovierungsmaßnahmen angestanden hätten.

11 Im Übrigen sei für einen Zahlungsanspruch neben dem Wegfall der Geschäftsgrundlage auch erforderlich, dass der Antragstellerin das Festhalten an der Schenkung unzumutbar sei. Solche Umstände lägen hier jedoch nicht vor.

12 Hiergegen wenden sich die Antragstellerin bzw. nach ihrem Tod ihre Rechtsnachfolger mit ihrer Beschwerde.

13 Die Antragstellerseite behauptet, dass die Antragstellerin den Antragsgegner nur deshalb beschenkt habe, weil dieser damals mit ihrer Tochter verheiratet gewesen sei. Wäre der Antragstellerin zum Zeitpunkt der Schenkung das baldige Scheitern der Ehe bekannt gewesen, hätte sie die Verfügung nicht vorgenommen. Auch wenn ein Einzug der Tochter der Antragstellerin und des Antragsgegners in die geschenkte Eigentumswohnung nie geplant gewesen sei, schließe dies einen Wegfall der Geschäftsgrundlage nicht aus. Auch die Schenkung eines Anlageobjekts sei geeignet, die eheliche Lebensgemeinschaft zu fördern. Der BGH-Rechtsprechung zur sog. „Schwiegerelternschenkung“ könne nicht entnommen werden, dass die Geschäftsgrundlage des Fortbestands der Ehe nur für von den Eheleuten selbst genutzte Wohnungen gelte.

14 Die Antragstellerseite beantragt, den Beschluss vom 26.05.2020 dahingehend abzuändern, dass der Antragsgegner verpflichtet wird, an sie 37.600 € nebst Zinsen in Höhe von fünf Prozentpunkten über dem jeweils gültigen Basiszinssatz der EZB ab dem 07.08.2018 zahlen.

15 Der Antragsgegner beantragt, die Beschwerde zurückzuweisen.

II. Aus den Gründen:

16 Der Senat hat in seinem Hinweisbeschluss vom 07.09.2020 ausgeführt:

„Der Antrag ist unbegründet. Zu Recht hat das Amtsgericht ausgeführt, dass ein vermögensrechtlicher Ausgleichsanspruch aus § 313 Abs. 1 und 3 BGB nicht besteht.

Da der gezahlte Kaufpreis dem tatsächlichen Wert der Wohnung nicht entsprach, ist das Amtsgericht zutreffend von einer (gemischten) Schenkung ausgegangen. Ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Bezug auf die Schenkung liegt jedoch nicht vor. Zwar kann es auch im Rahmen eines Schenkungsvertrages Umstände oder Vorstellungen eines oder beider Vertragspartner geben, auf denen der Geschäftswille aufbaut und deren schwerwiegende Veränderung eine Anpassung des Vertrages oder gar das Recht eines oder beider Vertragspartner erfordern kann, sich vom Vertrag zu lösen. Allerdings darf hierbei die Rechtsnatur des Schenkungsvertrages nicht aus den Augen verloren werden. Bei der Prüfung, was im Einzelfall Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrags ist, ist zu berücksichtigen, dass es sich beim Schenkungsvertrag gerade nicht um einen Austauschvertrag handelt, bei dem Leistung und Gegenleistung im Synallagma stehen. Der Schenkungsvertrag ist vielmehr durch eine einseitige unentgeltliche Zuwendung gekennzeichnet, mit welcher der Schenker einen Vermögensgegenstand weggibt und dem Beschenkten diesen Gegenstand zur freien Verfügung überlässt. Der Beschenkte schuldet gerade keine Gegenleistung. (BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 – X ZR 107/16 Rn. 11 – 16). Eine Rückforderung des Geschenks ist nur möglich, wenn der Beschenkte eine schwere Verfehlung gegenüber dem Schenker oder einem nahen Angehörigen begeht oder er sich als grob undankbar erweist (§ 530 Abs. 1 BGB). Ein Schenkungsvertrag ist daher stets asymmetrisch. Dies wirkt sich auch auf die für die Geschäftsgrundlage relevanten Vorstellungen der Vertragsparteien aus. Bei der Annahme, dass eine bestimmte Vorstellung die Geschäftsgrundlage der Schenkung bildet, ist daher Zurückhaltung geboten. Nicht jede bei

Vertragsschluss vorhandene Vorstellung ist bereits Geschäftsgrundlage des Vertrages (BGH a.a.O.).

17 Für den Fall der sog. Schwiegerelternschenkung hat der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung vom 18. Juni 2019 – X ZR 107/16 (Rn. 17/18) –, folgendes ausgeführt:

„Anders als bei einer ehe- oder gemeinschaftsbezogenen Zuwendung unter Ehegatten oder Partnern einer Lebensgemeinschaft, mit der der Zuwendende etwas zur (ehelichen) Lebensgemeinschaft beiträgt und die Erwartung hegt, an dem Vermögenswert selbst weiterhin partizipieren zu können, ist eine Schenkung darauf gerichtet, den Schenker endgültig zu entreichern und den Beschenkten um den Schenkungsgegenstand zu bereichern, der ihm frei zur Verfügung stehen soll (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2014 – X ZR 135/11, NJW 2014, 2638 Rn. 9; Urteil vom 27. Juni 2012 – XII ZR 47/09, NJW 2012, 2718 Rn. 18). Ist nichts anderes vereinbart, soll der Beschenkte – über die gesetzlichen nachwirkenden Verpflichtungen hinaus – gerade keinen rechtlichen Bindungen unterliegen. Insbesondere soll die Schenkung kein Dauerschuldverhältnis begründen, das den Beschenkten dauerhaft an die Vorstellungen bände, die die Bereitschaft des Schenkers zur Abgabe des Schenkungsversprechens bestimmt oder jedenfalls beeinflusst haben. Der Beschenkte muss daher grundsätzlich – auch bei veränderten Umständen – nicht mit einer Pflicht zur Rückgabe des Geschenks rechnen [...]. Insbesondere, wenn der Schenker seine Vorstellungen nicht über eine Auflage oder Zweckabrede zum Vertragsinhalt erhebt, ist für die Schenkung der Wille des Schenkers geradezu konstitutiv, es der Handlungsfreiheit des Beschenkten zu überlassen, wie er mit dem geschenkten Vermögenswert umgeht und ob und in welchem Umfang er den – ausgesprochen oder unausgesprochen – mit der Schenkung verbundenen Erwartungen des Schenkers Rechnung trägt. Bis zur Grenze des groben Undanks hat danach der Schenker grundsätzlich das „Risiko“ zu tragen, dass die künftige Lebensgestaltung des Beschenkten und sein Umgang mit dem Geschenk nicht den Vorstellungen entsprechen, die er mit dem Schenkungsversprechen verbunden hat. Dies ist gerade die Konsequenz der freigiebigen Zuwendung, der nicht als Gegenleistung die Verpflichtung des Beschenkten gegenübersteht, es dem Beschenkten im Hinblick auf das Geschenk in jeder Hinsicht und auf Dauer „recht zu machen“. Die Heranziehung des § 313 BGB darf nicht dazu führen, dem Schenkungsvertrag im Wege der Vertragsanpassung rechtliche Verpflichtungen zu unterlegen, die in Widerspruch zu der vereinbarten und für ihn charakteristischen unentgeltlichen Zuwendung stehen und die unbedingte und unwiderrufliche unentgeltliche Zu-

wendung in eine bedingte oder widerrufliche Übertragung eines Vermögensgegenstands umwandeln.“

18 Für die Zuwendung von Immobilien durch die Schwiegereltern hat der Bundesgerichtshof (a.a.O. Rn. 19) weiter ausgeführt:

„Danach wird der Zuwendung von Grundeigentum, das vom Beschenkten bewohnt werden soll [...], regelmäßig die Vorstellung des Schenkers zugrunde liegen, die Wohnnutzung des Grundstücks werde jedenfalls von einiger Dauer sein. Insbesondere wird eine solche Zuwendung an ein Kind des Schenkers und dessen Partner, die anlässlich der Eheschließung oder sonstigen dauerhaften Verbindung oder in deren Erwartung erfolgt, regelmäßig mit der Vorstellung verbunden sein, das Hausgrundstück werde jedenfalls für einige Dauer von den beschenkten Partnern und gegebenenfalls deren Kindern als gemeinsame Familienwohnung genutzt werden. Denn typischerweise ist die beabsichtigte Langfristigkeit der Nutzung ein wesentlicher Beweggrund für die Zuwendung privaten Grundeigentums, und regelmäßig ist ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt, der Schenker hätte den Geschäftswillen zur Zuwendung nicht entwickelt, wenn er gewusst hätte, dass die (gemeinsame) Nutzung der Immobilie durch die Beschenkten nur kurzfristig sein werde.“

19 Wie sich aus den obenstehenden Erwägungen des Bundesgerichtshofs ergibt, ist bei der Ermittlung der rechtlich relevanten Vorstellungen des Schenkers die Nutzungsart der Immobilie durchaus von Relevanz. Die von der Antragstellerin in der Beschwerdebegründung geäußerte Auffassung, wonach es nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf die Frage von Eigen- oder Fremdnutzung der Immobilie nicht ankomme, trifft nicht zu. Wendet man die vom Bundesgerichtshof entwickelten Grundsätze auf den vorliegenden Fall an, fehlt der vorliegenden Schenkung gerade der erforderliche Gemeinschafts- oder Paarbezug. Während eine zur Selbstnutzung geschenkte Immobilie mit der Fortsetzung der ehelichen Lebensgemeinschaft in direktem Zusammenhang steht, weil sie die Lebens- und Haushaltsführung der Ehegatten unmittelbar betrifft, stellt sich die Situation bei Anlage- und Renditeobjekten anders dar. So muss damit gerechnet werden, dass angelegtes Vermögen in eine andere Anlageart umgeschichtet oder gar verbraucht wird. Anders als bei der Übertragung einer Immobilie zu Wohnzwecken kann der Schenker bei Übertragung sonstigen Vermögens gerade nicht damit rechnen, dass dieses langfristig für die Lebens- und Beziehungsgestaltung der Ehegatten genutzt werden wird. Hinzu kommt vorliegend, dass sich auch im notariellen Vertrag kein Hinweis auf die angebliche Langfristigkeit der Nutzung der Immobilie durch die Eheleute findet. In

Ziff. II. des Vertrages heißt es lediglich, dass die Übertragung mit dem Ziel der vorweggenommenen Erbfolge zu Gunsten der Tochter der Antragstellerin erfolge (Bl. 15 d.A.). Mithin findet die von der Antragstellerin behauptete Zielsetzung im Vertragstext keine Stütze.

20 Hinzu kommt, dass nach der neueren Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs allenfalls aufgrund besonderer, im Einzelfall vom Tatrichter festzustellender Umstände angenommen werden kann, der Geschäftswille des Schenkers baue auf der Vorstellung einer lebenslang andauernden Beziehung auf. Es entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung und der Statistik, dass eine Ehe nicht auf Lebenszeit Bestand hat. Ob und gegebenenfalls wann sich das Risiko einer Trennung verwirklicht, ist für den Schenker wie für jede andere Person regelmäßig nicht vorhersehbar. Die Annahme, dass der Geschäftswille des Schenkers auf der Vorstellung von einer bestimmten oder gar lebenslangen Dauer der Beziehung aufbaut, entspricht daher nicht der Lebenserfahrung (BGH, Urteil vom 18. Juni 2019 – X ZR 107/16 Rn. 20). Belegkräftige Indizien dafür, dass die Antragstellerin bei Durchführung der vorliegenden Schenkung auf einen lebenslangen Fortbestand der Beziehung vertraut hat, hat sie nicht vorgetragen. Dem Sachvortrag und den gegenbeweislichen Beweisansätzen des Antragsgegners, wonach Motive für die Weggabe der Wohnung Mietstreitigkeiten, der hohe Renovierungsbedarf (Schriftsatz vom 16.09.2019, Bl. 36 d.A.) oder die Wiederannäherung nach einem innerfamiliären Streit zwischen ihr und ihrer Tochter (Schriftsatz vom 04.02.2020, Bl. 73 d.A.) waren, ist sie nicht substantiiert entgegengetreten. Zwar hatte die Antragstellerin im Schriftsatz vom 22.10.2019 (Bl. 53 d.A.) vorgetragen, bei der Wohnung habe es sich keineswegs um eine „unbewohnbare Schrottimmoblie“ gehandelt. Dergleichen hat der Antragsgegner jedoch gar nicht behauptet, sondern lediglich von hohem Renovierungsbedarf gesprochen.

21 Zwar ist bei lebensnaher Auslegung davon auszugehen, dass die Schenkung an den Antragsgegner zumindest auch vor dem Hintergrund erfolgte, dass dieser mit der Tochter der Antragstellerin verheiratet war. Dies allein rechtfertigt jedoch nicht die Annahme, der Fortbestand der Ehe sei von den Beteiligten zur Geschäftsgrundlage erhoben worden. Soweit die Antragstellerin diese Vorstellung gehabt hat, handelt es sich um einen unbeachtlichen Motivirrtum. Gerade vor dem Hintergrund der vertraglichen Risikoverteilung bei der Schenkung (BGH a.a.O.) hat die Antragstellerin nicht dargetan, dass die Zuwendung mit dem Fortbestand der Ehe stehen und fallen sollte. Vielmehr ist auf Seiten der Antragstellerin von einem Motivbündel auszugehen. Denn mit der Übertragung der Wohnung hat sich die Antragstellerin

zugleich Aufwendungen für die Renovierung der Wohnung oder Streitigkeiten mit den Wohnungsmietern erspart. Aufgrund der Tatsache, dass eine Eigennutzung der Wohnung durch Kind und Schwiegerkind niemals beabsichtigt war und aufgrund der mit der Weggabe verbundenen Aufwandsersparnis ist eine kausale Verknüpfung zwischen der Schenkung und dem Fortbestand der Ehe nicht erkennbar. Hierfür spricht auch der Wert des Geschenks. Der Senat hat keinen Zweifel, dass der in der notariellen Urkunde genannte Wert von 50.000 € auch in etwa dem wirklichen Wert der Wohnung entspricht. Bedenkt man, dass für die Wohnung 15.000 € gezahlt wurden, beträgt der Gesamtwert der Schenkung 35.000 €. Da dem Antragsgegner $\frac{1}{2}$ -Anteil der Wohnung zugewandt wurde, hat er wirtschaftlich lediglich mit 17.500 € profitiert. Insofern legt auch der Wert des Geschenks eine Verknüpfung mit dem Fortbestand der Ehe nicht nahe.

22 Wie das Amtsgericht zutreffend festgestellt hat, hat die Antragstellerin auch einen Schenkungswiderruf gem. § 530 Abs. 1 BGB (sog. grober Undank) nicht schlüssig dargelegt.“

23 Auch nach erneuter Prüfung und Beratung hält der Senat an seiner im Hinweisbeschluss dargelegten Beurteilung der Sach- und Rechtslage fest.

24 Der Senat ist auch berechtigt, trotz des zwischenzeitlichen Versterbens der Antragstellerin wie im Hinweisbeschluss angekündigt zu entscheiden. Eine Unterbrechung des Verfahrens ist nicht eingetreten. Gem. § 113 Abs. 1 Satz 2 FamFG gelten in Familienstreitsachen, wozu auch das vorliegende Verfahren gehört, die allgemeinen Vorschriften der Zivilprozessordnung und die Vorschriften der Zivilprozessordnung über das Verfahren vor den Landgerichten entsprechend. Zwar ist gem. § 239 ZPO im Falle des Todes einer Partei das Verfahren bis zu dessen Aufnahme durch die Rechtsnachfolger unterbrochen. Dies gilt jedoch gem. § 246 Abs. 1 ZPO ausdrücklich nicht, wenn der Verstorbene durch einen Prozessbevollmächtigten vertreten war. Diese Regelung rechtfertigt sich dadurch, dass die Vollmacht durch den Tod des Mandanten nicht erlischt, sondern fortbesteht (MüKoZPO/Stackmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 239 Rn. 4). Die Rechte der betroffenen Personen werden dadurch gewahrt, dass der Bevollmächtigte gem. § 246 Abs. 1 2. Halbsatz ZPO einen Antrag auf Aussetzung des Verfahrens stellen kann. An den Aussetzungsantrag sind strenge Anforderungen zu stellen. In der bloßen Mitteilung an das Gericht, die Partei sei verstorben und der Rechtsstreit daher (nach irriger Annahme des Anwalts) unterbrochen, liegt noch kein Aussetzungsantrag (MüKoZPO/Stackmann, 6. Aufl. 2020, ZPO § 246 Rn. 12). Vielmehr muss unmissverständlich zum Ausdruck gebracht wer-

den, dass eine Aussetzung begehrt wird. Wird der Antrag nicht gestellt, so geht der Rechtsstreit unbeeinflusst von den an sich im Übrigen gegebenen Aussetzungsvoraussetzungen ohne jede besondere Anzeige einfach weiter, und zwar auch dann, wenn die Verfahrensbeteiligten oder das Gericht den Aussetzungsgrund kennen (MüKoZPO/*Stackmann*, 6. Aufl. 2020, ZPO § 246 Rn. 13). Einer Fortsetzung des Verfahrens steht auch nicht der Umstand entgegen, dass die Rechtsnachfolger der verstorbenen Partei noch unbekannt sind. Ein gerichtliches Verfahren kann auch namens der unbekannten Erben einer bestimmten Person durch einen von dem Erblasser bestellten Verfahrensbevollmächtigten betrieben werden (OVG Münster, Urteil vom 25.07.1985 – 8 A 2924/83). Dass die Erben, wenn ihr Name noch nicht bekannt ist, im Rubrum einer verfahrensabschließenden Gerichtsentscheidung nicht aufgeführt werden können, ist unschädlich und steht der Sachentscheidung nicht entgegen (MüKoZPO/*Stackmann*, 6. Aufl. 2020, ZPO § 246 Rn. 13). Vorliegend hat der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin keinen Aussetzungsantrag gestellt, sondern lediglich eine Verlängerung der Stellungnahmefrist zum Hinweisbeschluss beantragt, welche mit Verfügung vom 28.09.2020 gewährt wurde (Bl. 164 d.A.). Mit Schriftsatz vom 09.10.2020 wurde überdies zur materiellen Rechts-

lage weiter vorgetragen (Bl. 166 d.A.) und auch keine weitere Fristverlängerung beantragt. Einer Sachentscheidung des Senats steht deshalb nichts entgegen.

25 Inhaltlich rechtfertigt das Vorbringen der Antragstellerseite keine abweichende Entscheidung. Die Kritik der Antragstellerseite an der zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 18.06.2019 (X ZR107/16) vermag nicht zu überzeugen. Wie bereits im Hinweisbeschluss ausgeführt, reicht die bloße Annahme vom Fortbestand der Ehe noch nicht aus, diesen Umstand zur Geschäftsgrundlage zu erheben. Die vom Gesetzgeber gewollte Risikoverteilung bei der Schenkung darf nicht durch eine extensive Anwendung des § 313 BGB umgangen werden. Soweit die Antragstellerseite pauschal vorträgt, der erhebliche Wert der Immobilie lege eine Verknüpfung des Geschenks mit dem Fortbestand der Ehe nahe, überzeugt dies nicht. Dafür, dass der Wert der Immobilie sich anders darstellt als in der notariellen Urkunde angegeben, fehlen jegliche Anhaltspunkte. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs besteht für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommenen notariellen Urkunden die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit (BGH, Urteil vom 05. Juli 2002 – V ZR 143/01 –, juris Rn. 7). Konkrete, einzelfallbezogene Aspekte, die einen höheren Wert der Immobilie nahelegen, wurden nicht vorgetragen.

STEUERRECHT

Berücksichtigung der Instandhaltungsrückstellung bei der Grunderwerbsteuer

GrEStG § 1 Abs. 1 Nr. 1, § 2 Abs. 1 S. 1,

§ 8 Abs. 1, § 9 Abs. 1 Nr. 1

WEG § 1 Abs. 3, § 10 Abs. 7 S. 1, 2, § 12 Abs. 5 Nr. 4

Amtlicher Leitsatz:

Beim rechtsgeschäftlichen Erwerb von Teileigentum ist der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

BFH (II. Senat),

Urteil vom 16.09.2020 – II R 49/17

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin und Revisionsklägerin (Klägerin) erwarb mit notariellem Kaufvertrag vom [...]05.2016 Sondereigentum an vier Gewerbeeinheiten und neun Tiefgaragenstellplätzen in Verbindung mit den Miteigentumsanteilen an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu denen sie gehörten (Teileigentumsrechte). In dem Kaufvertrag heißt es, der Anteil des Verkäufers an den gemeinschaftlichen Geldern (Vorschüsse, Instandhaltungsrücklage usw.) gehe bei Besitzübergang auf den Käufer über. Der Kaufpreis betrug 40.000 €.

2 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte die Grunderwerbsteuer mit Bescheid vom 18.05.2016 unter Berücksichtigung des im Vertrag vereinbarten Kaufpreises auf 2.600 € fest.

3 Mit ihrem Einspruch machte die Klägerin geltend, die Bemessungsgrundlage sei um die Instandhaltungsrücklage von insgesamt 14.815,19 € zu mindern. Bei entsprechender Aufschlüsselung des um die Instandhaltungsrücklage geminderten Kaufpreises auf die 13 Objekte lägen die Einzelkaufpreise unter der Wertgrenze des § 3 Nr. 1 des Grunderwerbsteuergesetzes (GrEStG) von 2.500 €. Der Einspruch blieb erfolglos.

4 Ihre Klage stützte die Klägerin zum einen darauf, dass sich die Instandhaltungsrücklage kaufpreismindernd auswirke, zum anderen auf deren ertragsteuerrechtliche Behandlung als Wirtschaftsgut. Zwar sei die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 10 des Wohnungseigentumsgesetzes i.d.F. vom 26.03.2007 (BGBl I 2007, 370 – WEG –) mittlerweile teilrechtsfähig und Eigentümerin des Verwal-

tungsvermögens. Gleichwohl stelle die Beteiligung des Wohnungseigentümers an der Instandhaltungsrücklage ein bilanzierungspflichtiges Wirtschaftsgut dar (Beschluss des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 05.10.2011 – I R 94/10, BFHE 235, 367, BStBl II 2012, 244). Als Geldforderung, die auf den Erwerber übergehe, müsse sie aus der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ausgeschieden werden. Dem entsprechend sei der Kaufpreis beim Veräußerer anteilig als Verkaufspreis für das Wirtschaftsgut „Instandhaltungsrücklage“ zu behandeln. Das BFH-Urteil vom 02.03.2016 – II R 27/14 (BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619) widerspreche dem nicht, da es zu einem Erwerb in der Zwangsversteigerung ergangen sei.

5 Das Finanzgericht (FG) wies die Klage ab. Die anteilige Instandhaltungsrückstellung sei Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft und gehe bei einem Eigentümerwechsel nicht auf den Erwerber über. Ein für die Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrsteuer typischer Rechtsträgerwechsel finde diesbezüglich nicht statt. Dies gelte unabhängig davon, ob der Erwerb durch Meistgebot oder wie vorliegend durch Kaufvertrag erfolge.

6 Mit ihrer Revision rügt die Klägerin eine Verletzung der §§ 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG.

7 Die Klägerin beantragt, die Vorentscheidung, die Einspruchsentscheidung vom 28.07.2016 und den Grunderwerbsteuerbescheid vom 18.05.2016 aufzuheben.

8 Das FA beantragt, die Revision zurückzuweisen.

II. Aus den Gründen:

9 Die Revision ist unbegründet und war daher nach § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass beim Erwerb von Teileigentum der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern ist.

10 1. Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG unterliegt der Grunderwerbsteuer u.a. ein Kaufvertrag oder ein anderes Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übereignung eines inländischen Grundstücks begründet.

11 Gegenstand des steuerbaren Verpflichtungsgeschäfts ist nach § 2 Abs. 1 Satz 1 GrEStG ein Grundstück im Sinne des bürgerlichen Rechts. Gemäß § 1 Abs. 3 WEG ist Teileigentum das Sondereigentum an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eines Gebäudes in Verbindung mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum, zu dem es gehört; für jeden Miteigentumsanteil wird ein besonderes Grundbuchblatt angelegt (§§ 3 Abs. 1 und 7 Abs. 1 WEG). Teileigentum unterfällt damit dem Grundstücksbegriff des Grund-

erwerbsteuergesetzes (vgl. für Wohnungseigentum BFH-Urteil vom 30.07.1980 – II R 19/77, BFHE 131, 100, BStBl II 1980, 667).

12 2. Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer ist gemäß § 8 Abs. 1 GrEStG die Gegenleistung.

13 a) Bei einem Grundstückskauf gilt nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG als Gegenleistung der Kaufpreis einschließlich der vom Käufer übernommenen sonstigen Leistungen und der dem Verkäufer vorbehaltenen Nutzungen. Danach gehören alle Leistungen des Erwerbers zur Grunderwerbsteuerrechtlichen Gegenleistung (Bemessungsgrundlage), die dieser nach den vertraglichen Vereinbarungen gewährt, um das Grundstück zu erwerben (BFH-Urteil vom 25.04.2018 – II R 50/15, BFHE 262, 169, BStBl II 2018, 602, Rz 13, m.w.N.).

14 b) Beim Erwerb von Teileigentum ist der vereinbarte Kaufpreis als Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer nicht um die anteilige Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

15 aa) Nach dem Wortlaut des § 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist grundsätzlich der Kaufpreis als Bemessungsgrundlage anzusetzen. Eine Aufteilung des Kaufpreises entsprechend den Grundsätzen zur Aufteilung einer Gesamtgegenleistung ist nur dann geboten, wenn der Kaufvertrag Gegenstände umfasst, deren Erwerb nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt (vgl. BFH-Urteil vom 09.10.1991 – II R 20/89, BFHE 165, 548, BStBl II 1992, 152). Leistungen des Erwerbers, die nicht den der Grunderwerbsteuer unterliegenden Rechtsvorgang betreffen, insbesondere also für eine andere Leistung aufgewendet werden als für die Verpflichtung, Besitz und Eigentum an dem Grundstück zu verschaffen, scheiden folglich aus der Gegenleistung i.S. der §§ 8 Abs. 1 und 9 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG aus (BFH-Urteil vom 06.12.2017 – II R 55/15, BFHE 261, 58, BStBl II 2018, 406, Rz 12, m.w.N.).

16 bb) Die anteilige Instandhaltungsrückstellung ist Teil des Verwaltungsvermögens der Wohnungseigentümergeinschaft (§ 10 Abs. 7 Satz 1 WEG; *Merle in Bärman*, Wohnungseigentumsgesetz, 14. Aufl., § 21, Rz 146) und damit nicht Vermögen des Wohnungseigentümers, sondern Vermögen eines anderen Rechtssubjekts (BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz 13).

17 (1) Die Wohnungseigentümergeinschaft ist ein vom jeweiligen Mitgliederbestand unabhängiger teilrechtsfähiger und parteifähiger Verband sui generis (vgl. BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz 14, m.w.N.). Ihr gehört nach § 10 Abs. 7 Satz 1 WEG das Verwaltungsvermögen. Dieses besteht aus den im Rahmen der gesamten Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums gesetzlich begründeten und rechtsgeschäftlich erworbenen Sachen und Rechten sowie den entstandenen Verbindlichkeiten (§ 10 Abs. 7 Satz 2 WEG).

18 (2) Eine ordnungsmäßige, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechende Verwaltung erfordert nach § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG auch die Ansammlung einer angemessenen Instandhaltungsrückstellung, die zum Verwaltungsvermögen zählt. Die Instandhaltungsrückstellung i.S. des § 21 Abs. 5 Nr. 4 WEG, bei der es sich nicht um eine Rückstellung im bilanztechnischen Sinne handelt, ist die Ansammlung einer angemessenen Geldsumme, die der wirtschaftlichen Absicherung künftig notwendiger Instandhaltungs- und Instandsetzungsmaßnahmen am Gemeinschaftseigentum dient und die im Wesentlichen durch Beiträge der Wohnungseigentümer angesammelt wird (*Merle in Bärman*, a.a.O., § 21 Rz 144, 147). Sie bleibt bei einem Eigentümerwechsel Vermögen der Wohnungseigentümergeinschaft. Anders als das Zubehör eines Grundstücks i.S. des § 97 Abs. 1 Satz 1, § 98 Nr. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das nicht der Grunderwerbsteuer unterliegt (vgl. BFH-Beschluss vom 03.06.2020 – II B 54/19, BFH/NV 2020, 1174, Rz 8), kann damit die (anteilige) Instandhaltungsrückstellung beim Eigentumserwerb durch Rechtsgeschäft auch bei entsprechender Einigung von Veräußerer und Erwerber über den Übergang der Instandhaltungsrückstellung nicht auf den Erwerber übergehen.

19 (3) Ein für die Grunderwerbsteuer als Rechtsverkehrssteuer typischer Rechtsträgerwechsel findet bezüglich der Instandhaltungsrückstellung nicht statt. Die Wohnungseigentümer haben keinen Anteil am Verwaltungsvermögen, über den sie verfügen können (BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz 16, m.w.N.). Auch wenn die Vertragsparteien vereinbart haben, dass ein Teil des Kaufpreises „für die Übernahme des in der Instandhaltungsrückstellung angesammelten Guthabens“ geleistet wird, und der Instandhaltungsrückstellung im Kaufvertrag folglich ein eigenständiger Wert zugemessen wurde, handelt es sich dabei nicht um Aufwand für die Übertragung einer geldwerten nicht unter den Grundstücksbegriff des Grunderwerbsteuergesetzes fallenden Vermögensposition (anders noch zum WEG a.F. BFH-Urteil in BFHE 165, 548, BStBl II 1992, 152, unter II.a). Ein rechtsgeschäftlicher Erwerb dieser Position ist zivilrechtlich nicht möglich (*Loose in Boruttau*, Grunderwerbsteuergesetz, 19. Aufl., § 9 Rz 106).

20 (4) Vor diesem Hintergrund gehört auch das Entgelt, das der Erwerber bei wirtschaftlicher Betrachtung für die anteilige Instandhaltungsrücklage aufwendet, zu denjenigen Leistungen, die er nach Maßgabe des BFH-Urteils in BFHE 262, 169, BStBl II 2018, 602 gewährt, um das Grundstück zu erwerben. Unbeachtlich ist dabei, wie die Instandhaltungsrücklage ertragsteuerrechtlich zu behandeln ist.

21 cc) Auch der mit dem Eigentumsübergang des Teileigentums verbundene gesetzliche Übergang der Mit-

gliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft auf den Erwerber rechtfertigt es nicht, die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die anteilig auf das Teileigentum entfallende Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

22 (1) Die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft begründet kraft Gesetzes eine schuldrechtliche Sonderrechtsbeziehung, aus der sich eine Vielzahl von Rechten und Pflichten ergibt, die untrennbar mit dem Sondereigentum an der Wohnung und dem Miteigentumsanteil am gemeinschaftlichen Eigentum verbunden sind (BFH-Urteil in BFHE 253, 271, BStBl II 2016, 619, Rz 18, m.w.N.). Zu den Rechten des einzelnen Eigentümers gehört z.B. der Anspruch gegenüber der Gemeinschaft auf pflichtgemäße Ermessensentscheidung, ob größere Reparaturarbeiten aus der Instandhaltungsrückstellung bezahlt werden sollen oder ob insoweit eine Sonderumlage erhoben wird (Beschluss des Bayerischen Obersten Landesgerichts vom 27.03.2003 – 22 BR 37/03, Zeitschrift für Miet- und Raumrecht 2003, 694, unter II.2.b(1), m.w.N.; *Reichel-Scherer* in Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 21 WEG Rz 357; vgl. ferner Urteil des Bundesgerichtshofs vom 25.09.2015 – V ZR 244/14, BGHZ 207, 99, Rz 22).

23 (2) Bei einer Veräußerung des Teileigentums wird der Erwerber mit Einigung der Beteiligten über den Eintritt der Rechtsänderung und Eintragung ins Grundbuch Eigentümer des Teileigentums (§ 4 Abs. 1 WEG) und kraft Gesetzes zugleich Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft. Die Mitgliedschaft kann für sich allein nicht Gegenstand einer gesonderten Veräußerung sein. Soweit sie überhaupt einen bezifferbaren Wert hat, ist die entsprechende Leistung des Erwerbers untrennbarer Bestandteil dessen, was er aufwendet, um das Grundstück zu erwerben.

24 3. Das FG ist rechtsfehlerfrei von den dargelegten Maßstäben über die Berücksichtigung der Instandhaltungsrückstellung ausgegangen und hat ihren Abzug bei der Ermittlung der Bemessungsgrundlage zu Recht abgelehnt.

Anmerkung:

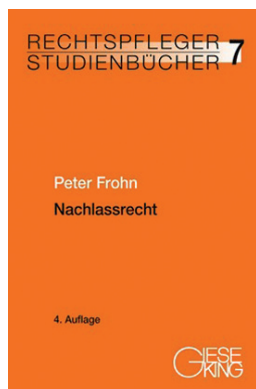
Seit der BGH in 2005 die Teilrechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft anerkannte, bestanden Rechtsunsicherheit und kommerzielle Risiken in folgen-

der Frage: Es war nicht klar, ob bei einem rechtsgeschäftlichen Erwerb von Wohnungseigentum die gesondert ausgewiesene Instandhaltungsrückstellung von der Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer abzuziehen ist oder nicht.

Diese Frage hatte der BFH in seinem Urteil vom 02. März 2016 (II R 27/14, BStBl. II 2016, 619) noch ausdrücklich offengelassen. Jetzt hat derselbe Senat des BFH mit Urteil vom 16. September 2020 (II R 49/17, DStR 2021, 161) dieses Thema in erstaunlich lakonischer Kürze geklärt: Er hat die Abzugsfähigkeit klar verneint. Der BFH führt aus, die Wohnungseigentümergeinschaft sei ein vom Mitgliederbestand unabhängiger teilrechtsfähiger und parteifähiger Verband. Der Erwerber habe keinen Anspruch auf Auskehrung der Rücklage, sondern vielmehr ginge nur die Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft und mit ihr auch das anteilige Verwaltungsvermögen kraft Gesetzes auf den Erwerber des Wohnungseigentums über. Deshalb sei das Entgelt, das der Erwerber bei wirtschaftlicher Betrachtung für die anteilige Instandhaltungsrücklage aufwende, als eine Leistung zu werten, die untrennbarer Bestandteil dessen sei, was der Erwerber zum Zwecke des Grundstückserwerbs erbringe. Es sei daher nicht gerechtfertigt, die Bemessungsgrundlage der Grunderwerbsteuer um die Instandhaltungsrückstellung zu mindern.

Diese Sichtweise verkennt allerdings die wirtschaftliche Bedeutung der Instandhaltungsrücklage: Denn die anteilige Instandhaltungsrücklage ist als eine vermögenswerte Position anzuerkennen. Sie wird sowohl vom Veräußerer mit einkalkuliert. Sie stellt einen mit einer Geldforderung vergleichbaren Vermögenswert dar. Dieser wird richtigerweise für ertragsteuerliche Zwecke zum einen bei der Frage des Werbungskostenabzugs vom BFH weiterhin dem Vermögensbereich des Eigentümers zugeordnet (BFH v. 05.10.2011, I R 94/10, BStBl. II 2012, 244) und zum anderen als gesondertes Wirtschaftsgut bei der Ermittlung der Anschaffungskosten und der Bemessungsgrundlage für die Abschreibung nicht mit einbezogen. Entgegen der Auffassung des BFH handelt es sich wirtschaftlich um eine Vorauszahlung auf von dem Erwerber zukünftig zu tragende Kosten und nicht um eine Zahlung für den Erwerb des Eigentums.

Rechtsanwalt/Steuerberater Arne Hecht und Rechtsanwältin Carina Koll, Hamburg



Nachlassrecht

Von *Peter Frohn*,

(– Verlag Gieseking, Bielefeld, 4. Auflage 2021, Softcover, 262 Seiten.

39,- €. ISBN 978-3-769-41244-4.

Besprechung von Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Würzburg

Es mag eine Frage der individuellen Lernpersönlichkeit sein, ob man sich einem neuen Rechtsgebiet lieber nähert, indem man zunächst einen abstrakten Überblick über die Normen und Strukturen erarbeitet – sich quasi auf der „Landkarte“ des neuen Rechtsgebiets zunächst eine grobe Orientierung verschafft – und dann nach und nach lernt, diese auf Fälle anzuwenden, oder ob man sich zuerst mit einzelnen, konkreten Fällen beschäftigt und dann von diesen einzelnen Inseln der Orientierung aus die großen Linien nach und nach zusammenfügt. Jeder Rechtsanwender wird hierbei für sich selbst herausfinden müssen, was seine Präferenz ist. Eines aber haben beide Lerntypen gemeinsam: Früher oder später kommen sie nicht umhin, sich mit konkreten Fällen zu beschäftigen, ob dies nun zum Einstieg geschieht oder später.

Für beide Anlässe bietet *Peter Frohns* „Nachlassrecht“, das nun in der vierten, völlig neu bearbeiteten Auflage vorliegt, eine großartige Hilfe. Das Buch eignet sich für beide oben beschriebenen Lerntypen gleichermaßen. Derjenige, der ein Rechtsgebiet besser vom konkreten Fall her versteht, wird über die Fälle durch wesentliche Bereiche des Erbrechts geführt. Die ausführlichen Fallbesprechungen sind dabei nicht auf das Abarbeiten des bloßen Falles beschränkt, sondern bieten stets – im Stil eines Lehrbuchs – einen Blick über den Tellerrand des einzelnen Falles hinaus, indem sie den Fall einordnen, Hintergründe erläutern und Prinzipien aufzeigen, ohne dabei den Bezug zum konkreten Fall zu verlieren. Die Fallbearbeitungen können aber auch demjenigen, der sich die abstrakten Grundzüge des Stoffes bereits angeeignet hat, zum Erlernen der Falllösungstechnik, zur Wiederholung und zur Vertiefung des bereits Gelernten dienen.

In elf Fällen werden verschiedene Themen des Erbrechts aufbereitet und erläutert. Adressaten des Buchs sind dabei vor allem Rechtspfleger im letzten Studienjahr, an deren Prüfungsstoff sich das Buch orientiert. Meist geht es daher um die Feststellung der Erbfolge für Zwecke einer Erbscheinsverhandlung. Behandelt wird also u.a. die Auslegung von Testamenten, nicht aber deren Gestaltung und Entwurf. Themen wie Vor- und Nacherbfolge, Pflichtteilsrecht oder Testamentsvollstreckung werden nur knapp gestreift, nicht enthalten sind dagegen Ausführungen zum Erbvertrag, zum Vermächtnis, zur Erbengemeinschaft oder zur Verfügung über zum Nachlass gehörende Gegenstände (die etwa für Jurastudenten oder Rechtsreferendare ebenfalls von Interesse wären).

Etwa behandelt der erste Fall verschiedene Problembereiche der gesetzlichen Erbfolge – dabei werden die Voraussetzungen des Ehegattenerbrechts bei Scheidung, Motivirrtum und Anfechtung bei der Ausschlagung, gesetzliche Erbfolge bei Minder- und Volljährigenadoption, betreuungsgerichtliche Zustimmung zur

Ausschlagung und Fristproblematik und Erbverzicht behandelt. Daneben werden praktische Hinweise gegeben – etwa zum Zeichnen eines Stammbaums – und auch fernliegendere Themen besprochen, wie die Voraussetzungen einer Todeserklärung nach dem Verschollenheitsgesetz und deren Folgen für die Ermittlung der Erben. Darüber hinaus enthält der Fall zahlreiche Hinweise zum Verfahren.

Die anderen Fälle sind ähnlich dicht mit Problemen des Erbrechts gespickt. Einen Schwerpunkt bildet dabei die Ausschlagung, die in verschiedenen Fallgestaltungen wiederkehrt; hier sind Frist-, Genehmigungs- und Anfechtungsprobleme eingebaut, behandelt wird aber auch die Ausschlagung durch die Erbeserben und Probleme bei kurzfristigem Auslandsaufenthalt (Fall 11, „Ein Kurzausflug nach Dänemark“, ist dabei teilweise dem aktuellen BGH-Fall vom 16.1.2019 (IV ZB 20/18, 21/18, ECLI:DE:BGH:2019:160119 BIVZB20.18.0) nachempfunden).

Ein weiterer Schwerpunkt liegt auf dem Erbscheinsverfahren und der Erbscheinsverhandlung. Thematisiert werden die Zuständigkeiten, die erforderlichen Nachweise und die Prüfschritte im Normalfall (das Buch enthält zahlreiche Musterbeispiele für die Formulierung der Niederschrift einer Erbscheinsverhandlung vor dem Rechtspfleger), aber auch im Alltag exotische, in der Klausurpraxis aber relevante Fallkonstellationen wie das Nebeneinander von Erbschein und einem Rechtsstreit über die Erbfolge und die Einziehung des Erbscheins (Fall 7: „Der unterschlagene Rechtsstreit“).

Neben weiteren Einzelthemen wie Testierfähigkeit und Erbwürdigkeit (wegen Vorlage eines gefälschten Testaments – Fall 5: „Fälschung in guter Absicht“) werden dabei auch Fälle mit Auslandsbezug wiederholt behandelt und dabei die Grundlagen des Internationalen Erbrechts vermittelt.

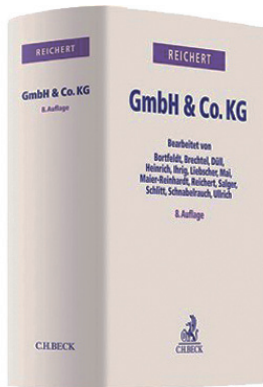
Die einzunehmende Perspektive bei der Fallbearbeitung ist dabei stets die des Rechtspflegers. Vor allem für Rechtspfleger kann das Buch auch als Nachschlagewerk dienen – sei es, dass man es durchgearbeitet hat und sich daher nun in den Fällen rasch orientieren kann, sei es, dass man über das Stichwortverzeichnis einen praxisbezogenen Einstieg in eine Rechtsfrage sucht. Daneben werden sicherlich auch Rechtsreferendare vom Durcharbeiten der Fälle profitieren; die Sachverhaltsdarstellung (mit kompakten „Fallakten“, die aus mehreren Seiten Dokumenten verschiedener Beteiligten bestehen) und die Behandlung von Verfahrensfragen (etwa im Erbscheinsverfahren) sind dabei eine gute Vorbereitung auch auf das zweite Staatsexamen. Studenten der Rechtswissenschaft könnten auf den ersten Blick von diesen beiden Punkten abgeschreckt werden, dürften aber von den im

Buch erläuterten Hintergründen zu Praxis und Verfahren des Nachlassrechts ebenfalls profitieren.

Daneben eignet sich das Buch auch für Praktiker, die sich rasch im Erbrecht orientieren wollen und dabei mit Fällen arbeiten möchten oder die die Fälle durchgearbeitet haben und bei konkreten Fragestellungen gerne auf eine Falllösung zurückgreifen wollen. Das Stichwortverzeichnis dürfte in letzterem Fall eine große Hilfe darstellen. Auch wenn das Buch keine Gestaltungshinweise und Muster lediglich für Erbscheinsanträge enthält, dürfte es den-

noch auch für in Notar- und Erbrechts-Fachanwaltsbüros Tätige eine große Hilfe darstellen.

Alles in allem bietet das Buch eine gut lesbare, kompakte, aktuelle und liebevoll bearbeitete Einführung in die Probleme des Nachlassrechts aus Perspektive des Nachlassgerichts. Auch diejenigen, deren Aufgabenstellung nicht hundertprozentig mit der des Nachlassgerichts übereinstimmt, werden von dem Perspektivwechsel bei der Lektüre des Buchs profitieren. Die Kaufempfehlung kann guten Gewissens ausgesprochen werden.



GmbH & Co. KG

Von Prof. Dr. Jochem Reichert (Hrsg.),

(– Verlag C.H. Beck, München), 8. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen), 1560 Seiten.
199,- €. ISBN 978-3-406-74338-2.

Besprechung von Notar Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg

Ein juristisches Fachbuch in wechselvollen Zeiten: Dieses Resümee ließe sich im Allgemeinen für jedes rechtswissenschaftliche Werk aufstellen, welches sich mit der aktuellen *lex lata* und nicht nur mit der Rechtsgeschichte auseinandersetzt, und im Besonderen für Fachbücher zum Personengesellschaftsrecht. Die nächste Steigerungsstufe bildet dann noch einmal die GmbH & Co. KG als eines der schillerndsten Konstrukte unserer Rechtsordnung, die durch die Einbeziehung anderer Komplementärs-Gesellschaften ihr Gesicht ebenso wandeln kann, wie durch die Kreation der Einheitsgesellschaft, die einen beispiellosen Abstraktionsgrad erreicht. Noch einmal gesteigert wird dies durch die unmittelbar bevorstehende Reform des Personengesellschaftsrechts. Nach dem Mauracher Entwurf hat das Bundesjustizministerium nunmehr im Januar diesen Jahres den Regierungsentwurf des MoPeG vorgelegt. An dem definitiven Willen der handelnden Akteure, das geschriebene Recht an die Rechtsentwicklung der vergangenen Jahrzehnte anzupassen, kann kein Zweifel mehr bestehen. Insbesondere das GbR-Recht wird massiv „vom Kopf auf die Füße“ gestellt und – zumindest bei der Außen-GbR – dem aktuellen Personenhandelsgesellschaftsrecht angepasst. Aber der Gesetzgeber wird dabei nicht stehen bleiben. Vielmehr sind auch für andere Gesellschaftsformen Anpassungen vorgesehen – nicht zuletzt für die GmbH & Co. KG (insbesondere die Vertretungsregelung der Einheitsgesellschaft, vgl. § 170 Abs. 2 HGB-E).

Trotzdem ist das vorliegende Handbuch mehr als nur ein Übergangswerk. Das im Wesentlichen von Praktikern aus dem Heidelberger und Mannheimer Raum verfasste Werk ist so aktuell wie man es nur verlangen kann; so stellt *Liebscher* beispielsweise die Wirkungen des COVID-19-Gesetzes auf die Durchführung der Gesellschafterversammlung dar (§ 17 Rdnr. 112a) oder die Anwendungen der Grundsätze der sog. *Trabrennbahn*-Rechtsprechung des BGH (also Anwendung der Sitztheorie) auf die *Limited Liability Companies* aus dem Rechtskreis des Vereinigten Königreichs nach dem endgültigen Brexit zum 01.01.2021. An der Unsi-

cherheit der Behandlung dieser (früheren) Kapitalgesellschaften, insbesondere als Komplementäre einer Kommanditgesellschaft, hat sich nichts geändert. Mit der (inhaltlich richtigen) h.M. (vgl. DNotI-Report, 2/2021, 9 ff.) führt der Brexit bei den angesprochenen *Limiteds* zivilrechtlich zur Anwendung des deutschen Personalstatuts und somit mangels konstitutiver Eintragung der „Kapitalgesellschaft“ in das Handelsregister zur Annahme einer Personen-Handelsgesellschaft oder eines Einzelunternehmens. Ob das auch für das Steuerrecht gilt, ist jedoch offen. So vertritt *Schnabelrauch* (§ 48 Rdnr. 23a) die vertretbare, aber umstrittene Ansicht, die Limited wäre auch noch nach dem Brexit eine Kapitalgesellschaft im Sinne der §§ 15 Abs. 3 Nr. 2 EStG, 1 Abs. 1 Nr. 1 KStG (Nachweise zu beiden Ansichten ebd.).

Darüber hinaus finden sich in dem Werk die beliebten „Evergreens“ notariellen Umgangs mit der GmbH & Co. KG, wie der Umwandlung der GmbH in die GmbH & Co. KG. *Ihrig* (§ 56 Rdnr. 80 ff.) ergänzt diese routinierten Ausführungen zur klassischen Fallgestaltung um den spannenden Fall des Formwechsels der Publikums-AG in eine GmbH & Co. KG. Ein weiteres Problem ist die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot des Gesellschafter-Geschäftsführers der Komplementär-GmbH bei Geschäften mit der KG, die *Brechtel* (§ 16 Rdnr. 23 f.) inhaltlich absolut richtig, aber für meinen Geschmack etwas kurz abhandelt. Allerdings handelt es sich dem Vorwort nach auch um ein Handbuch „von Praktikern für Praktiker“, die es u.U. auch als wohltuend empfinden, nicht mit jeder Mindermeinung in der Literatur konfrontiert zu werden (Hinweis: Befreiung vom Selbstkontrahierungsgebot hat nicht nur für die Komplementär-GmbH zu erfolgen, sondern zusätzlich mit dem Passus, dass „die Geschäftsführer der Komplementärin von den Beschränkungen des § 181 BGB befreit sind“, und zwar in abstrakter Form und nicht namensbezogen).

Natürlich spricht das Werk auch viele Problemstellungen an, die den notariellen Horizont übersteigen, und sich an den

steuer-, arbeits- oder gesellschaftsrechtlichen Berater wenden. Es handelt sich bei den Autoren neben der Notarskollegin (*Mai-er-Reinhardt*, Berlin) vor allem um namenhafte Rechtsanwältinnen und Steuerberater. Oft lassen sich diese Fragestellungen aber nicht trennscharf von der notariellen Sphäre trennen, wie die Kapitel zur Haftung der Gesellschafter (*Ihrig*) oder der Insolvenz der Gesellschaft (*Salger*) zeigen.

Das Recht der GmbH & Co. KG ist für den Notar Alltagsgeschäft und doch immer wieder eine Herausforderung – jedes Mal aufs Neue. Das liegt durchaus in der Sache selbst begründet, gestattet doch die Gestaltung eine Bandbreite verschiedener Handlungsmöglichkeiten, aber auch verschränkter Verantwortungs-, Haftungs- und Vertretungsregelungen.

Das vorliegende Buch stellt die für die notarielle Praxis einschlägigen Probleme umfangreich dar. Das 17. Kapitel, bearbeitet von *Schlitt* und *Brotfeldt*, bietet einen Strauß praxistauglicher und sofort verwendbarer Muster, die für die eigene tägliche Arbeit nutzbar gemacht werden können. Ein kleiner Wehrmutstropfen, für den die Autoren nichts können, ist, dass der Verlag keine CD oder Download-Funktion zur unmittelbaren Vertragsmustersnutzung anbietet.

Der „Reichert“ ist nicht nur im gesellschaftsrechtlich orientierten Notariat sehr zu empfehlen. Die anstehende Reform des Personengesellschaftsrechts ändert nichts an der Kaufempfehlung.



Gesellschaftsrecht

Von Prof. Dr. Martin Henssler und Prof. Dr. Lutz Strohn (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München), 5. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen), 3248 Seiten.
309,- €. ISBN 978-3-406-74809-7.

Besprechung von Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart

Nachdem die vierte Auflage des *Henssler/Strohn* aus dem Jahre 2018, wie auch die vorangehenden Auflagen, allesamt auf positive Resonanz gestoßen sind, ist nunmehr die 5. Auflage des in der „Palandt-Reihe“ der Beck’schen Kurz-Kommentare erschienenen Werkes erhältlich. Während die ohnehin vorhandene Fülle an Kommentaren zu den gesellschaftsrechtlichen Einzelgesetzen weiter regen Zuwachs erfährt, ist der *Henssler/Strohn* als „Gesamtkommentar des Gesellschaftsrechts“ eine interessante Bereicherung dieses breiten Spektrums.

Mit der ersten Auflage 2011 ist dieser Querschnittskommentar daher angetreten, der „Palandt des Gesellschaftsrechts“ zu werden, beinhaltet er doch in einem Band Kommentierungen zu diesen Einzelgesetzen, die sich an den Bedürfnissen der Praxis orientieren. So werden häufig benötigte oder besonders strittige Bestimmungen vertieft dargestellt, andere nur knapp erläutert. Kommentiert werden dabei BGB (Auszug), HGB (Auszug), PartGG, GmbH-Gesetz, Aktiengesetz, Umwandlungsgesetz, Genossenschaftsgesetz, InsO (Auszug) und AnfG (Auszug). Doch schauen wir genauer hin.

Die Herausgeber Dr. Martin Henssler – Professor an der Universität zu Köln – und Dr. Lutz Strohn – Richter am Bundesgerichtshof a.D., Karlsruhe; Honorarprofessor an der Universität Düsseldorf – sowie ihr Team von über 44 weiteren Bearbeitern – welches sich aus Notaren, Rechtsanwältinnen, Richtern und Hochschuldozenten zusammensetzt – wollen nicht nur die Meinung der (aktuellen) Rechtsprechung darstellen, sondern sich auch kritisch mit dieser auseinandersetzen (so z.B. zur Fristwahrung im Rahmen der (vormaligen) Acht-Monats-Frist des § 17 UmwG).

Layout und Aufbau des Werkes sind dem Nutzer aus den anderen Standardkommentaren des Verlagshauses vertraut und haben sich dort bereits seit Langem bewährt. Insofern findet sich der Leser unmittelbar zurecht. Die Arbeit mit dem Kommentar wird dadurch erleichtert, dass nicht die abgekürzte Sprache des Palandt verwendet wird.

Zwar beginnt der Kommentar für manche mit einer Überraschung, sind die §§ 80 ff. BGB – das Recht der rechtsfähigen Stiftung bürgerlichen Rechts – aus Sicht des Gesellschaftsrechts doch eher „Dunkelnormen“. Da die Stiftung indes zunehmend als Alternative zu den „klassischen“ Gesellschaftsformen zumindest eine Überlegung wert ist, ist die knappe Kommentierung der Vorschriften (21 Seiten) aus der Feder des angesehenen Stiftungsrechtlers *Andreas Schlüter* zu begrüßen. Den nur gelegentlich mit dem Stiftungsrecht Befassten muss das nicht stören; ihm bietet die Kommentierung eine gute und verlässliche Einführung in die Materie.

Die übrigen über 3.000 Seiten des umfangreichen Werks befassen sich mit dem einem Gesellschaftsrechtler besser vertrauten Terrain.

Beispielhaft hierfür steht die etwa drei Seiten umfassende, alle wesentlichen Fragen abdeckende Darstellung des Beschlussmängelrechts der GmbH (*Reinhard Hillmann*, § 47 Anh. GmbHG). Das Wesentliche über den aktienrechtlichen Squeeze-Out (§§ 327a ff. AktG) hat *Hans-Ulrich Wilsing* auf neun – sehr lesenswerten – Seiten zusammengestellt.

Hingewiesen sei ferner auf die Kommentierung von *Hartmut Oetker* zum GmbH-Geschäftsführer (§§ 6, 35-40, 43-44 GmbHG). Als angesehener Gesellschafts- und Arbeitsrechtler beleuchtet er die Rechtsstellung des Geschäftsführers unter gesellschafts- und arbeitsrechtlichem Blickwinkel gleichermaßen fundiert. Zentrale Fragen aus dem Grenzbereich von Arbeits- und Gesellschaftsrecht, wie z. B. die Anwendung arbeitsnehmerschützender Vorschriften auf den Geschäftsführer nach der Danosa-Entscheidung des EuGH (NZA 2011, 143; § 35 Rn. 107 ff.), werden nicht (wie bisweilen andernorts) auf Fußnoten reduziert, sondern überzeugend und auch dem Gesellschaftsrechtler verständlich beantwortet.

Die Kommentierungen liefern – durchweg von hoher Qualität – überzeugende Darstellungen der Rechtsformen des deutschen Gesellschaftsrecht sowie derjenigen Teile der Insolvenzordnung und des Anfechtungsgesetzes, die in der gesellschaftsrechtlichen Praxis von besonderer Bedeutung sind. Darüber hinaus werden die englische Limited sowie die europäischen Rechtsformen SE und SPE von Wolfgang Servatius in dem Abschnitt zum Internationalen Gesellschaftsrecht grundrissartig dargestellt.

Die Kommentierungen finden aus Sicht des Rezensenten das richtige, an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Maß zwischen der im Rahmen einer Gesamtkommentierung gebotenen Verknappung auf das Wesentliche einerseits und der aus sich heraus verständlichen und verlässlichen Darstellung auch von Einzelproblemen andererseits.

Für tiefergehende Recherchen werden in den Kommentierungen zumeist ausreichende Nachweise gegeben, wie auch weiterführende Literatur über diverse ausländische Gesellschaftsformen zusammengestellt wurde. Dadurch wird der Kommentar zum unentbehrlichen Werk für den ersten Zugriff, wenn es insbesondere um die Bearbeitung übergreifender gesellschaftsrechtlicher Fragestellungen geht. Auch das Inhaltsverzeichnis ist dabei sehr gelungen, finden sich dort z.B. aus aktuellem Anlass unter dem Stichwort „Covid-19“ alle relevanten Änderungen in den verschiedenen Einzelgesetzen aufgrund der Covid-19-Pandemie.

Zusammenfassend lässt sich also festhalten, dass sich das Werk mittlerweile etabliert und in die Reihe der Standardkommentare zum Gesellschaftsrecht eingeordnet hat. Es bietet sich bestens für eine erste Recherche an, um sich zu einer bestimmten Fragestellung einen guten Überblick zu verschaffen. Dabei werden unter Berücksichtigung der zeitgemäßen Rechtsprechung Themenfelder praxistauglich bearbeitet. Sämtliche, durch den Rezensenten bislang recherchierten Fragestellungen, konnten alleamt in kurzer Zeit und zielorientiert gelöst werden. Der *Henssler/Strohn* kann daher uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Wer sich viel mit gesellschaftsrechtlichen Thematiken beschäftigt, dem sei der Kommentar als Tischkommentar empfohlen. Wer sich nur am Rande mit dem Gesellschaftsrecht befasst, findet im Kommentar einen geeigneten Baustein für die gesellschaftsrechtliche Mindestausstattung seiner Bibliothek. Als „Palandt des Gesellschaftsrechts“ darf er durchaus bezeichnet werden.



Geldwäschegesetz (GwG)

Von Prof. Dr. Felix Herzog (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München), 4. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen), 1173 Seiten.
179,- €. ISBN 978-3-406-74552-2.

Besprechung von Dr. Maximilian Wosgien, LL.M. (University of Virginia), Mosbach

Nur gut zwei Jahre nach Erscheinen der Voraufgabe ist am 28. Oktober 2020 mit unverändertem Herausgeber- und Bearbeiterkreis die 4. Auflage des Kommentars zum Geldwäschegesetz (GwG) von *Herzog* erschienen. „Der Herzog“ darf als Standardkommentar zum GwG bezeichnet werden. Umfangreiche Veränderungen der europarechtlichen Grundlagen und ihre Umsetzung ins GwG haben die Neuauflage erforderlich gemacht, namentlich die 5. EU-Geldwäscherichtlinie und das Gesetz zur Umsetzung der Änderungsrichtlinie zur Vierten EU-Geldwäscherichtlinie vom 12. Dezember 2019, in Kraft getreten am 1. Januar 2020.

Für Notare hat das GwG aufgrund dieser Änderungen stark an Bedeutung gewonnen, insbesondere durch: (i) die beiden Beurkundungsverbote in § 10 Abs. 9 S. 4 GwG; (ii) die grundsätzliche Pflicht, bei Gesellschaften einen Auszug der über das Transparenzregister zugänglichen Daten einzuholen (§ 10 Abs. 5 S. 2 GwG); sowie (iii) die Ermächtigungsgrundlage in § 43

Abs. 6 GwG zum Erlass von Verordnungen wie die am 1.10.2020 in Kraft getretene Geldwäschegesetzmeldepflichtverordnung (GwGMeldV-Immobilien). Mit diesen Änderungen hat das GwG nochmals an Bedeutung für Notare gewonnen und greift stark in die tägliche Praxis ein, etwa über die Meldepflichten: Wies der Jahresbericht 2018 der FIU nur acht Meldungen von Notarinnen und Notaren aus (nach vier Meldungen im Vorjahr), dürften die Meldezahlen nach Erlass der GwGMeldV-Immobilien und die darüber eingeführten Sachverhaltsmeldepflichten erheblich nach oben gehen. Zur Freude des Gesetzgebers, der mit den Änderungen das Ziel verfolgte, die Zahl der Meldungen aus dem Immobilienbereich und dort gerade die von Notarinnen und Notaren zu erhöhen (Siehe etwa BR-Drs. 352/19, S. 109; BT-Drs. 19/13827, S. 135; wobei der Bundesrat sogar Zweifel äußerte, dass sich das Meldeverhalten der Notare nachhaltig verändern würde und daher die Bundesregierung um Evaluierung bat, BR-Drs. 598/19, S. 2.). Wie *Barreto da Rosa* herausarbeitet, dürfte für die vormals geringen Meldefallzahlen

die gesetzgeberische Entscheidung ursächlich gewesen sein, für der Berufsverschwiegenheit unterworfenen Berufsgruppen mit der Gewissheitsmeldepflicht besonders hohe Hürden für eine Meldung aufzustellen (ausführlich *Barreto da Rosa*, § 43 Rn. 65, 74 ff.). Ist nur zu melden bei positiver Kenntnis eines Falles der gegenwärtigen oder zukünftigen Geldwäsche, ist die überschaubare Zahl der Meldungen wenig überraschend, nicht zuletzt vor dem Hintergrund der Verschwiegenheitspflicht und damit verbundener Strafbarkeitsrisiken (*Fahl DNotZ* 2019, 580). Bestätigt wird diese Annahme dadurch, dass die Meldezahlen für das Jahr 2018 auch unter Rechtsanwälten, Steuerberatern und Wirtschaftsprüfern sehr gering waren (*Barreto da Rosa*, § 43 Rn. 65).

Höchst interessant ist die von *Herzog* und *Achtelik* verfasste Einleitung des Kommentars zu den Hintergründen, dem Begriff, und den Erscheinungsformen der Geldwäsche; zu deren gesellschaftlichen und ökonomischen Folgen; zu ihrer historischen Entwicklung und Bekämpfung. Hier zeigt sich bereits eine der Stärken des Kommentars: Stets werden ausführlich rechtstatsächliche und -politische Hintergründe und Entstehungsgeschichte einer Regelung erörtert unter Heranziehung einer Vielzahl von Studien und nicht-juristischer Veröffentlichungen. Beispielhaft genannt seien die Ausführungen zu der Nutzung von sog. „gatekeeper“-Berufsgruppen, zu denen Notare zählen (*Herzog/Achtelik*, Einl. Rn. 19 ff.). Berufsgruppen, die häufig treuhänderisch für Kunden und Mandanten tätig werden, sollen für Geldwäschezwecke besonders attraktiv sein (*Figura*, § 2 Rn. 146). Als Beispiel für die Nutzung des Notars für Geldwäschezwecke wird der Grundstücksverkauf über ein tatsächlich nicht existierendes Grundstück angeführt, das als Grundlage für eine Geldverschiebung herhalte (*Herzog/Achtelik*, Einl. Rn. 22). Eine solche Nutzung deutscher Notarinnen und Notare für Geldwäschezwecke ohne deren wissentliche Mitwirkung dürfte aber praktisch ausscheiden (§ 21 BeurkG). Wie die aktuellen Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer zum GwG von November 2020 zeigen, wirkt schon das notarielle Verfahren mit seinen zahlreichen berufsrechtlichen Vorgaben der Geldwäsche entgegen (AnwEmpfGwG/BNotK, S. 4). Wie *Figura* feststellt, gilt dies etwa für § 57 BeurkG, der der Gefahr der Platzierung und Verschleierung illegal erwirtschafteter Gewinne über die Entgegennahme und Verwahrung von Geldern auf Treuhand- oder Anderkonten entgegenwirkt, indem der Notar Bargeld zur Aufbewahrung und Ablieferung an Dritte generell nicht entgegennehmen darf und zur Verwahrung nur, wenn hierfür ein berechtigtes Sicherungsinteresse besteht (*Figura*, § 2 Rn. 149). Besonders spannend in der Einleitung sind ferner die Ausführungen zur Bedeutung von Immobilientransaktionen auf allen Ebenen des Geldwäscheprozesses (*Herzog/Achtelik*, Einl. Rn. 45 ff.). Hier wird der Bogen gespannt von der Skyline von Miami als dem „Monument der erfolgreichen Integration von lateinamerikanischem Drogengeld“ über die Investments der italienischen Mafia, bis schließlich hin zur Clankriminalität sowie zur Herkunft krimineller Profite, deren Investition und den volkswirtschaftlichen Auswirkungen (*Herzog/Achtelik*, Einl. Rn. 106 ff.).

Die Kommentierung der notarrelevanten GwG-Vorschriften bildet durchweg einen Mehrwert für den Praktiker. Das betrifft zB die Kommentierung von *Figura* zum Anwendungsbereich des GwG für Notarinnen und Notare über deren Einbeziehung als Verpflichtete nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG (*Figura*, § 2 Rn. 144 ff.). Mit *Figura* sind auch zeitlich begrenzte notarielle Amtsgeschäfte

als „Geschäftsbeziehungen“ anzusehen, die nach § 10 Abs. 3 Nr. 1 GwG die allgemeinen Sorgfaltspflichten auslösen; die Kataloggeschäfte in § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG konkretisieren insofern das Kriterium der Dauerhaftigkeit iSv § 1 Abs. 4 GwG (*Figura*, § 2 Rn. 153).

In der Kommentierung zu § 10 Abs. 9 GwG stellt *Figura* übereinstimmend mit den aktuellen AnwEmpfGwG/BNotK (a.a.O., Fn. 67) fest, dass Rechtsberatung iSd § 10 Abs. 9 S. 3 GwG die gesamte notarielle Amtstätigkeit nach §§ 20 bis 24 BNotO umfasst. Hieraus folgt im Ergebnis, dass die Beendigungspflichten nach § 10 Abs. 9 S. 1 und 2 GwG nicht für Notare gelten, soweit nicht ein Fall des § 10 Abs. 9 S. 3 Hs. 2 oder S. 4 GwG gegeben ist. Die Kommentierung zu den beiden Beurkundungsverboten in § 10 Abs. 9 S. 4 GwG fällt kurz aus (*Figura*, § 10 Rn. 132). Interessant sind die Ausführungen zur Begrenzung der Beendigungsverpflichtung durch den Verhältnismäßigkeitsgrundsatz (*Figura*, § 10 Rn. 133 ff.). Wegen Unverhältnismäßigkeit soll die Beendigungsverpflichtung in besonders ausgelagerten Ausnahmefällen entfallen. Dies soll im Einzelfall und bei geringem Geldwäscherisiko möglich sein, wenn die Sorgfaltspflichtverletzung entweder kurzfristig behoben werden kann oder nur von sehr geringem Umfang ist. Ob und unter welchen Voraussetzungen dies auch für die Beurkundungsverbote gelten kann, ist noch zu klären.

Der Kommentar spiegelt allerdings nur den Stand der Gesetzgebung zum April 2020 wider. Für Notare ist die Neuauflage damit vermutlich ein wenig zu früh erschienen. Die für die notarielle Praxis so bedeutsame GwGMeldV-Immobilien konnte in der aktuellen Auflage nur idF des Referentenentwurfs v. 20.05.2020 berücksichtigt werden. *Barreto da Rosa* stellt zwar ausführlich und sehr lesenswert die mit der GwGMeldV-Immobilien verfolgten Ziele und deren Hintergründe dar (*Barreto da Rosa*, § 43 Rn. 83 ff.). So wird berichtet, dass die GwG-MeldV-Immobilien auf verschiedene Studien zurück geht, denen zufolge der Immobiliensektor besondere Geldwäscherisiken aufweist und sich im besonderen Maße zur Verschleierung der Herkunft illegal erlangter Gelder eignet, weil große Geldbeträge unauffällig konvertiert werden können, hohe Transaktionsbeträge typisch sind und weil Strohmänner relativ leicht eingesetzt werden können (vgl. hierzu BT-Drs. 19/13827, S. 135). Aus notarieller Sicht wünscht man sich für die nächste Auflage angesichts ihrer praktischen Bedeutung allerdings eine Kommentierung der einzelnen Tatbestände der Verordnung. Auch konnten die aktuellen Anwendungsempfehlungen der Bundesnotarkammer von November 2020 nicht berücksichtigt werden (Diese werden für die Praxis jedoch bedeutendster Leitfaden werden, insbesondere soweit sie von den Präsidentinnen und Präsidenten der Landgerichte als Aufsichtsbehörden (§ 50 Nr. 5 GwG) im jeweiligen Amtsbereich genehmigt und damit für die notarielle Praxis faktisch verbindlich werden (vgl. § 51 Abs. 8 GwG).

„Der Herzog“ ist ein Standardwerk zum GwG und das zu Recht. Aus notarieller Sicht abgerundet würde der Herzog in der nächsten Auflage durch eine Kommentierung der GwGMeldV-Immobilien sowie eine ausführlichere Erläuterung notarrelevanter Vorschriften wie der Beurkundungsverbote nach § 10 Abs. 9 S. 4 GwG. Zudem steht mit dem Regierungsentwurf zum Transparenzregister- und Finanzinformationsgesetz die nächste Änderung des GwG bevor.



Münchener Anwalts Handbuch GmbH-Recht

Von Prof. Dr. Volker Römermann (Hrsg.),
(–Verlag C.H. Beck oHG, München, 4. Auflage 2018, 1607 S., Hardcover, (in Leinen).
179,- €. ISBN 978-3-406-72227-1.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Knapp vier Jahre nach der Voraufgabe ist das Münchener Anwalts Handbuch zum GmbH-Recht nunmehr in der vierten Auflage erschienen. Das von Römermann herausgegebene Werk, ist eine bewährte Unterstützung für die Beratungspraxis rund um sämtliche Frage des GmbH-Rechts.

Das Handbuch ist, wie dem Titel bereits zu entnehmen ist, primär an die anwaltliche Praxis gerichtet. Durch die zahlreichen Checklisten, Praxistipps und Formulierungsvorschläge ist das Werk aber auch für Notare interessant. Vor allem durch die umfassende Darstellung der Materie, bietet das Handbuch einen reichhaltigen Fundus für viele in der Praxis auftauchende Fragen, und zwar nicht nur im gesellschaftsrechtlichen Zusammenhang, sondern auch an den Schnittstellen zu anderen Rechtsgebieten wie dem Steuerrecht, dem Bilanzrecht und dem Erb- und Familienrecht.

So geht Tuyen in § 13, welcher sich mit der Unternehmensnachfolge befasst, umfassend auf mögliche Nachfolgeregelungen im Gesellschaftsvertrag ein, es werden aber auch sowohl die lebzeitige Unternehmensnachfolge als auch die Unternehmensnachfolge auf erbrechtlicher Basis ausführlich erörtert.

Umfangreiche Literaturhinweise und praxisrelevante Formulierungsvorschläge runden die Darstellung ab.

Zusammenfassend ist ferner die Breite des Werks ausdrücklich zu loben. So werden sowohl die alltäglichen Aspekte wie die Gründung, Finanzierung und Rechnungslegung besprochen. Die einzelnen Organe werden ausdrücklich dargestellt. Ferner finden sich Kapitel zum Steuerrecht, zum Konzernrecht zum Umwandlungsrecht, und neu seit dieser Auflage zum internationalen Rechtsverkehr, welcher angesichts der unionsrechtlichen Gesetzgebung immer mehr an Bedeutung gewinnen wird.

Wie die vorstehende Darstellung zeigt bietet das Werk für sämtliche Aspekte des GmbH-Rechts, von der Gründung bis zur Vollbeendigung eine unverzichtbare Arbeitshilfe. Daher ist das Handbuch auch für die notarielle Praxis uneingeschränkt zu empfehlen. Es vereint alle notwendigen Informationen in einer Hand und bietet in allen Themengebieten die passenden Lösungen. Daher ist es uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.



Handelsregisteranmeldungen

Von Prof. Dr. Eckhart Gustavus (Begr.) bearbeitet von Prof. Walter Böhringer und Robin Melchior,
(– Dr. Otto Schmidt Verlag, 10. Auflage 2020, 479 S., Softcover.
59,80,- €. ISBN 978-3-504-45521-7.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

Dieses Werk betreffend Handelsregisteranmeldungen kann man nunmehr, nach dem Erscheinen der 10. Auflage, gestrost als Standartwerk bezeichnen. Bereits seit Jahren ist es aus keinem Notarbüro mehr wegzudenken, unabhängig ob dieses im Gesellschaftsrecht „spezialisiert“ ist oder nicht.

Das Werk enthält knapp 180 Muster für Handelsregisteranmeldungen. Diese werden von einer kurzen Einführung in das Recht des Handelsregisters und einer umfassenden Übersicht

der relevanten Rechtsprechung ergänzt, sodass das Werk trotz seiner überschaubaren Größe einen umfassenden Überblick über die in der notariellen Praxis relevanten Fälle gibt. Jedes Muster wird dabei um knappe Erläuterungen ergänzt, dieses sind stichpunktartig aufgebaut, so dass bei einer dringenden Recherche die richtige Lösung schnell parat ist.

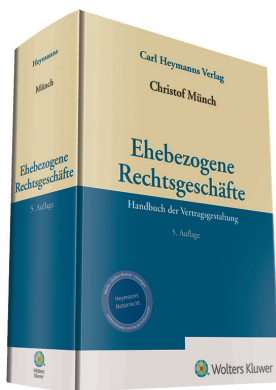
Inhaltlich überzeugt das Werk ebenfalls. Sämtliche Muster sind praxistauglich und können ohne weiteres in die eigene Sammlung übernommen und verwendet werden. Es finden sich so-

wohl alltägliche Standardfälle zur GmbH und den Personengesellschaften, aber auch Muster für exotische, und daher in der Praxis häufig problematische, Fälle.

Positiv hervorzuheben sind auch die Muster betreffend die grenzüberschreitende Sitzverlegende Umwandlung und die grenzüberschreitende Verschmelzung (Muster 129 und 129a). Diese spielen in der Praxis aktuell zwar noch keine große Rolle werden in Zukunft aber in Zukunft an Bedeutung zunehmen (vgl. bspw. zuletzt Saarl. OLG Saarbrücken, Beschl. v. 7. 1. 2020 – 5 W 79/19). In diesem Punkt ist das Werk dem Trend bereits voraus.

Erfreulich ist insgesamt die Gesamtheit der Darstellung, bei der auch schwierige Fälle wie die Nachgründung einer Aktiengesellschaft (Muster 131) oder die wirtschaftliche Neugründung derselben (Muster 146) detailliert dargelegt werden.

Zusammenfassend ist dieses Werk jedem Notar zu empfehlen. Es sollte zum Handapparat nicht nur des Notars, sondern auch jedes mit dem Gesellschaftsrecht befassten Angestellten des Notars gehören. Für die tägliche Arbeit ist der *Gustavus* unverzichtbar.



Ehebezogene Rechtsgeschäfte

Von Dr. Christof Münch,
(– Carl Heymanns Verlag, 5. Auflage 2020, 1346 S., Hardcover, (in Leinen).
139,- €. ISBN 978-3-452-29190-5.

Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M (Sindelfingen)

In den fünf Jahren seit der letzten Auflage des zu besprechenden Werkes hat sich im Familienrecht einiges getan. Die prominenteste Änderung erfolgte durch das Inkrafttreten der EUGüVO, welche die Gestaltungspraxis vor neue Herausforderungen stellt. Zu nennen ist aber auch die Öffnung der Ehe auch für gleichgeschlechtliche Paare. Auch neue Rechtsprechung, sowohl der Zivil- als auch der Finanzgerichte, hatte die Anpassung mehrerer Passagen zur Folge.

Das Handbuch befindet sich auf dem Stand Mai 2020, und bietet dem Anwender Ausführungen, Erläuterungen und Formulierungsvorschläge zu sämtlichen Typen von Vereinbarungen welche zwischen Ehegatten oder in eheähnlichen Konstellationen, möglich sind. So finden Kapitel zu Patchwork-Konstellationen, welche in der täglichen Praxis einen immer größeren Stellenwert einnehmen, als auch „globalen Vagabunden“. Damit reagiert der Autor auf eine tatsächliche Entwicklung, die von der klassischen Familie immer weiter abweicht, und auf welche der Vertragsgestalter noch vor dem Gesetzgeber reagieren muss.

Sehr interessant sind auch die Abschnitte betreffend die Zuwendung von Eltern bzw. von Schwiegereltern und die Scheidungsvorsorge im Rahmen solcher Zuwendungen. Hier finden sich nicht nur die üblichen Rückforderungsklauseln, sondern

auch Vorschläge für eine Ehevertragliche Regelung zur Rückerstattung einer Geldschenkung seitens der Eltern für den Fall der späteren Scheidung (vgl. Kap. 4 Rn. 28). Auch die Problematik um die Zuwendungen von Schwiegereltern an den Ehepartner des eigenen Kindes werden intensiv und mit praxisnahen Lösungsvorschlägen erörtert.

Die Auslandsbezüge werden in Kapitel 10 umfassend erörtert. Hier wird das neue Regime unter der Geltung der EUGüVO kurz, aber anschaulich vorgestellt, und es findet sich auch eine nach dem Datum sortierte Übersicht des anwendbaren Güterrechts für „Altehen“. Eingegangen wird hier nicht nur auf die familienrechtlichen Geschäfte, sondern auch auf familienrechtliche Sonderfragen in anderen Rechtsbereichen. So wird der Kaufvertrag mit Einwirkung ausländischen Rechts umfassend dargestellt.

Das Fazit ist demnach durchgehend positiv. Dieses Werk gehört in die Handbibliothek von jedem Notar und von jedem mit dem Familienrecht befassten Praktiker. Es vereint wissenschaftlichen Tiefgang mit hohem Praxisbezug und behandelt nicht nur Standardfälle, sondern auch seltene Ausnahmekonstellationen. Es ist daher sowohl für den Berufsanfänger als auch für den erfahrenen Praktiker ein Gewinn.

Standesnachrichten

Ernennung:

Mit Wirkung vom 1. März 2021 wurde Frau Stephanie Eberhardt mit dem Amtssitz Reutlingen zur Notarin ernannt.



NOTAR
CARL PHILIPP SCHAUBELE

Zur Verstärkung meiner Notarkanzlei in Herrenberg
suche ich zum nächstmöglichen Zeitpunkt:

Württembergische/n Notariatsassessor (m/w/d)
gerne auch in Teilzeit.

- ☐ Sie haben Lust, Teil unserer Entwicklung zur Kanzlei 2.0 zu werden?
- ☐ Sie sind IT-affin, kennen sich mit gängigen Office- und notarspezifischen EDV-Programmen aus oder stehen technischen Anwendungen jedenfalls offen gegenüber?
- ☐ Sie stellen Workflows auch mal in Frage und streben nach Optimierungen?

Dann freue ich mich auf Ihre Bewerbung!

Sie wollen alles machen, was die Tätigkeit in einer Notarkanzlei mit sich bringt,
den Notar vertreten wollen Sie aber nicht?

Kein Problem! Die Übernahme von Vertretung ist kein Muss.

Bei mir können Sie sich auch auf die qualifizierte Sachbearbeitung konzentrieren.

Sie steigen beruflich erst wieder ein und sind deshalb noch etwas unsicher?

Auch kein Problem! Sie engagieren sich nach Kräften und erhalten von uns selbstverständlich jede notwendige und mögliche Hilfe bis Sie wieder fest im Sattel sitzen.

Ihr neuer Arbeitsplatz befindet
sich in einem klimatisierten, neu-
gestalteten Büro mit technischer
Ausstattung auf aktuellstem Stand.

Fragen Sie bei Interesse nach oder
bewerben Sie sich sogleich:

per Telefon:
07032 956 19 80

per E-Mail:
bewerbung@notar-schaubele.de

oder per Post:
Notar Carl Philipp Schaubele
persönlich/vertraulich
Reinhold-Schick-Platz 4
71083 Herrenberg

Die WEG-Reform 2020

**Überblick über die wesentlichen
Änderungen für die notarielle Praxis**

Notar Dr. Stefan Schmitz

**Do, 6.5.2021
19 Uhr s.t.**

Online Veranstaltung über Zoom

