

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

3 | 2021

Juli 2021

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

- Bedingungen und Befristungen bei dinglichen Rechtspositionen
im Grundbuchverkehr
von Professor Walter Böhlinger,
Notar a. D., Heidenheim/Brenz 175
- Die Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft als Verbraucher
– Neue Aspekte durch das WEMoG –
von Rechtsanwalt Michael Drasdo, Neuss 184
- Einreichung von Anträgen beim Grundbuchamt –
Praxisfragen aus Sicht von Notar und Grundbuchamt
von Bezirksnotarin Bettina Reuber, Frielzheim 187
- Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung
von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit,
Ebner Stolz Stuttgart 191

RECHTSPRECHUNG

BERUFSRECHT

- BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 22.03.2021 – NotSt(Brfg) 4/20
Pflichtverletzung des Notars durch Beurkundungen
in den Räumen einer Vertragspartei 198

ERBRECHT

- OLG Celle (6. Zivilsenat), Beschluss vom 25.03.2021 – 6 U 74/20
Inhaltliche Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis 203

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

- BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 26.01.2021 – II ZR 391/18
mit Anmerkung Mayer
Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses bei Bestätigung
und fehlender Legitimationswirkung 208
- OLG Karlsruhe (1. Zivilsenat), Beschluss vom 26.03.2021 – 1 W 4/21 (Wx)
Unzulässigkeit eines in virtueller Versammlung
gefasste Verschmelzungsbeschlusses 223

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 20.11.2020 – V ZR 196/19
Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsordnungen –
Zugangsfiktion der Einberufung 231

FAMILIENRECHT

- BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 17.03.2021 – XII ZB 221/19
mit Anmerkung Centner
Zur Ausübungskontrolle eines Ehevertrages nach Treu und Glauben 248

Wir suchen eine(n)

**Württ. Notariatsassessor,
Bezirksnotar a.D.,
Jurist (m/w/d)**

in Voll- oder Teilzeit zur kompetenten Verstärkung unseres Teams.

Wir bieten ein modern ausgestattetes Büro in schönen Räumen in zentraler Lage, flexible Arbeitszeiten, eine abwechslungsreiche und verantwortungsvolle, unbefristete Tätigkeit, die den gesamten Bereich der Tätigkeit eines Notars umfasst, Fortbildungsmöglichkeiten und eine attraktive Vergütung.

Sie sollten über eine gute Qualifikation verfügen und Freude am Beruf haben, freundlich, kollegial und einsatzbereit sein.

Informationen zu unserer Kanzlei finden Sie unter www.notar-dieterle.de

Bei Fragen können Sie gerne auch telefonisch auf mich vorab persönlich zukommen.

Eine vertrauliche Behandlung Ihrer Bewerbung sichere ich Ihnen zu.

Werden Sie Teil unseres motivierten Teams. Ich freue mich auf Ihre aussagekräftige Bewerbung.

Notar Werner Dieterle

**Mathildenstraße 12, 71638 Ludwigsburg,
Tel.: 07141/9370-11, mail: notar.dieterle@web.de**



DR. STROHMAIER
N O T A R I N

Eine Notarkanzlei in Bodenseenähe
sucht ab sofort

- **VOLLJURIST** (m/w/d) in Vollzeit
- **NOTARANGESTELLTE**
(m/w/d) in Teilzeit (nachmittags)
- **STUDENT / REFERENDAR**
(m/w/d) auf 450,00 €-Basis

Sie verfügen über Teamfähigkeit, Motivation, Flexibilität, Verantwortungsbewusstsein und Selbständigkeit – dann erwartet Sie eine fundierte Einarbeitung durch ein engagiertes und aufgeschlossenes Team und ein anspruchsvolles Tätigkeitsfeld.

Bewerbungen bitte an:
strohmaier@notarin-strohmaier.de
Hadwigstraße 11
78224 Singen (HwL.)
Telefon 0 77 31 / 93 97 96-0
www.notarin-strohmaier.de

87. BAND

BWNotZ**AUSGABE 3|2021 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFÜHRUNG

Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen (Jagst)

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

Bedingungen und Befristungen bei dinglichen Rechtspositionen

im Grundbuchverkehr 175

Von Rechtsanwalt Michael Drasdo, Neuss

Die Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft als Verbraucher

- Neue Aspekte durch das WEMoG - 184

Von Bezirksnotarin Bettina Reuber, Frielzheim

Einreichung von Anträgen beim Grundbuchamt -**Praxisfragen aus Sicht von Notar und Grundbuchamt** 187

Von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit, Ebner Stolz Stuttgart

Schwerpunktereihe Nachfolgeplanung 191**RECHTSPRECHUNG****BERUFSRECHT**

BGH (Senat für Notarsachen), Beschluss vom 22.03.2021 - NotSt(Brfg) 4/20 ... 198

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Hinweisbeschluss vom 24.03.2021 - IV ZR 269/20 199

OLG Celle (6. Zivilsenat), Beschluss vom 25.03.2021 - 6 U 74/20 203

OLG Rostock (3. Zivilsenat), Urteil vom 28.05.2020 - 3 U 7/19 206

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 26.01.2021 - II ZR 391/18

mit Anmerkung Mayer 208

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 05.07.2021 - 1 W 26/21 221

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 30.04.2021 - 3 Wx 46/21 222

OLG Karlsruhe (1. Zivilsenat), Beschluss vom 26.03.2021 - 1 W 4/21 (Wx) 223

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 19.03.2021 - V ZR 158/19 228

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 20.11.2020 - V ZR 196/19 231

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 17.06.2021 - 1 W 275/21 237

OLG München (33. Zivilsenat), Endurteil vom 08.02.2021 - 33 U 4723/20 239

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat), Beschluss vom 22.03.2021 - 15 W 421/21 245

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 17.03.2021 - XII ZB 221/19

mit Anmerkung Centner 248

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Sauter, Der eingetragene Verein, 21. Auflage

(Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz) ... 255

2. Heidel, Aktienrecht, 5. Auflage

(Besprechung von Notar Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg) 256

3. Altmeyden, GmbHG, 10. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, Stuttgart) 257

4. GNotKG, 4. Auflage

(Besprechung von Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Lahr/Schwarzwald) 257

5. Scherer, Unternehmensnachfolge, 6. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, LL.M., Ellwangen/Jagst) 258

6. Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Auflage

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, LL.M., Ellwangen/Jagst) 259

Nachruf

Bezirksnotar a.D. Max Schneider

Am 9. Juli 2021 verstarb der langjährige Vorsitzende und Ehrenvorsitzende des Württembergischen Notarverein e.V., Herr Bezirksnotar a. D. Max Schneider.

Mit seinem Tod verlieren wir einen engagierten und hochgeschätzten Kollegen, der sich größte Verdienste um unseren Berufsstand erworben hat.

Bereits zu Beginn seiner Ausbildung trat Herr Schneider in den Württembergischen Notarverein e.V. ein. Nach mehreren Stationen im Rahmen seiner Ausbildung wie auch als Notarvertreter und Bezirksnotar wurde er schließlich zum dienstaufsichtsführenden Bezirksnotar beim Notariat Sindelfingen ernannt, dem er bis zu seiner Pensionierung vorstand.

Herr Schneider wurde 1972 zum Vorsitzenden des Württembergischen Notarverein e.V. gewählt. Er übte das Amt mit großem Engagement und viel Freude aus. Auch nach dem Ende seiner Vorstandstätigkeit 1991 blieb er dem Verein treu und war ein gern gesehener Ratgeber.

Gleich zu Beginn seiner Vorstandschaft standen die großen Reformen der Justiz und der Kommunalverwaltung, insbesondere auch der baden-württembergischen Notarlandschaft, auf der Tagesordnung, denen er sich aus standespolitischer Sicht annahm. In diese Zeit fällt insbesondere die Schaffung der Sonderlaufbahn der Bezirksnotare innerhalb der baden-württembergischen Justiz, für die er sich maßgeblich einsetzte. Viele Gesetzesvorhaben auf Bundes- und Landesebene, aber auch die vielen großen und kleinen Veränderungen innerhalb unseres Berufsstandes kritisch zu begleiten waren ihm ein stetes Anliegen.

Als Vertreter der Bezirksnotare war er im Vorstand der Notarkammer Stuttgart, wo er mit starker Stimme der staatlichen Notarinnen und Notare deren Interessen vertreten und durchsetzen konnte.

Sein großes Engagement erstreckte sich jedoch nicht nur auf die Standesvertretung in Baden-Württemberg, als Mitglied der Vertreterversammlung der Bundesnotarkammer konnte er sich auf Bundesebene einbringen, der Kontakt zu den Kolleginnen und Kollegen im Elsass war ihm ein ebenso großes Anliegen, die Vereinbarung der Jumelage und das Leben dieser Partnerschaft mit den französischen Kolleginnen und Kollegen zeugen von seinem großen Interesse.

Unser Mitgefühl gilt seiner Ehefrau und seinen Angehörigen.

Wir werden ihm stets ein ehrendes Andenken bewahren.

Für den Vorstand des Württembergischen Notarverein e.V.

Notar Jan Arnold
Vorsitzender

ABHANDLUNGEN

Bedingungen und Befristungen bei dinglichen Rechtspositionen im Grundbuchverkehr

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

Die meisten dinglichen Rechtspositionen können unter einer Bedingung oder Befristung im Grundbuch eingetragen werden. Die Vermerke schützen den bedingt Berechtigten vor wirksamen Zwischenverfügungen. Die verschiedenartigen Möglichkeiten zur Eintragung von Grundbuchvermerken sollen dargestellt werden.

► Anwendungsbereich im Immobilienrecht

Grundsätzlich können materiell-rechtlich dingliche Rechte und sachenrechtliche Rechtsgeschäfte unter einer Bedingung oder Befristung stehen. Ein bedingtes oder befristetes Recht liegt vor, wenn das materiell-rechtliche Entstehen oder Erlöschen des Rechts in sachenrechtlich zulässiger Weise von einer aufschiebenden oder auflösenden Bedingung oder einem Anfangs- oder Endtermin i. S. des § 158 BGB abhängig ist. So kann die Entstehung, Änderung, Übertragung – soweit das Recht als solches übertragbar ist – oder das Erlöschen der dinglichen Rechtsposition aufschiebend oder auflösend bedingt und/oder befristet sein. Als Bedingung für die Bestellung oder Übertragung eines Liegenschaftsrechts kommen nur solche Umstände in Betracht, die objektiv und eindeutig bestimmbar sind.¹ Es kann nicht jedes beliebige Ereignis zur auflösenden Bedingung für ein dingliches Recht an einem Grundstück bestimmt werden, vielmehr ist Rücksicht zu nehmen auf den Zweck des Grundbuchs, über das Entstehen und Erlöschen dinglicher Rechte sicher und zuverlässig Auskunft zu geben; dies bedeutet, dass nur solche Ereignisse wirksam zur Bedingung für das Erlöschen von Grundstücksrechten gemacht werden können, deren Eintritt objektiv mit der gebotenen Eindeutigkeit bestimmbar ist. Ein Sachenrecht kann nicht unter der auflösenden Bedingung bestellt werden, dass der Eigentümer selbst einseitig erklärt, das Recht solle gelöscht werden (unzulässige sachenrechtliche Wollensbedingung).²

Bedingungsfeindlich sind das Grundstückseigentum und seine Übertragung (§ 925 Abs. 2 BGB)³; dasselbe gilt für einen Miteigentumsanteil an einem Grundstück, für die Einräumung und Aufhebung von Sondereigentum (§ 4 Abs. 2 Satz 2 WEG), die Übertragung von Wohnungs- und Teileigentum sowie für die Bestellung (nicht Veräußerung und Belastung) eines Dauerwohn- oder Dauernutzungsrechts (§ 33 Abs. 1 Satz 2 WEG). Ein Erbbaurecht kann nicht unter einer auflösenden Bedingung⁴ bestellt und auch nicht bedingt übertragen werden (§ 1 Abs. 4 Satz 1, § 11 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG);⁵ der Rechtsverkehr soll sich auf die sichere Existenz eines im Grundbuch eingetragenen Erbbaurechts verlassen können, das Verbot soll eine unkontrollierte Beendigung des Erbbaurechts verhindern und damit die Beleihbarkeit und Veräußerbarkeit erhöhen.

Eine *Befristung* ist beim Grundstückseigentum unzulässig, zulässig ist sie dagegen beim Erbbaurecht (§ 27 Abs. 1 Satz 1 ErbbauRG), wo eine Vereinbarung eines Endtermins zwar nicht zwingend, aber üblich ist. Das Erbbaurecht wird in der Regel auf bestimmte Zeit durch Festlegung des Anfangszeitpunkts mit Dauer oder des Endzeitpunkts bestellt. Formulierungsvorschlag: „*Erbbaurecht für ... auf die Dauer von 99 Jahren seit dem Tag der Eintragung unter Bezugnahme auf die Bewilligung vom ...*“

Mit Art. 231 § 5 EGBGB und Art. 233 §§ 2b, 2c, 4, 8 EGBGB wurden in den neuen Bundesländern das Gebäudeeigentum und die dazu gehörenden Nutzungsrechte als Sachenrechte in das Liegenschaftssystem des BGB integriert. Die Übertragung erfolgt nach §§ 873, 925 BGB unter Beachtung des Bedingungs- und Befristungsverbots.

1 OLG Frankfurt v. 19.2.1993, 20 W 438/92, DNotZ 1993, 610 = Rpfleger 1993, 331; OLG München v. 12.3.2009, 34 Wx 9/09, DNotZ 2009, 764 = NJW-RR 2009, 950.

2 OLG Frankfurt v. 27.10.2014, 20 W 392/13, MittBayNot 2016, 231 m. Anm. Everts.

Dazu Böttcher, ZfIR 2020, 1; ders., NJW 2017, 2726, Michael, notar 2015, 322.

3 OLG München v. 28.1.2014, 34 Wx 508/13, BeckRS 2014, 4829 = NJOZ 2015, 11.

4 Es kann z. B. nicht vereinbart werden, dass das Erbbaurecht erlischt bei Tod des Erbbauberechtigten, bei Tod des Grundstückseigentümers, bei Nichtzahlung des Erbbauzinses, bei Verkauf des Erbbaurechts, Scheidung des Erbbauberechtigten usw.

5 BGH v. 18.6.1969, VIII ZR 148/67, NJW 1969, 2043.

► Bezeichnung im Direkteintrag

Zulässigerweise bedingte oder befristete Rechte können zur Eintragung bewilligt werden, wenn das materielle Recht die Bedingung oder Befristung erlaubt. Die Bewilligung ist gerichtet auf Eintragung eines mit einer zulässigen Bedingung oder Befristung ausgestatteten dinglichen Rechts (§ 161 Abs. 3, § 892 BGB).⁶ Bedingungen und Befristungen sind nicht Inhalt eines dinglichen Rechts i. S. von § 874 BGB, sondern betreffen ihren rechtlichen Bestand.⁷ Bedingte und befristete Rechte – soweit zulässig – müssen deshalb im Grundbuch als „bedingt“ oder „befristet“ bezeichnet werden. Das Grundstücksrecht kann zugleich bedingt und befristet, aufschiebend und auflösend bedingt sein.⁸ Diese Problematik tritt z. B. bei einem Wohnungsrecht auf, das erlöschen soll, wenn der Berechtigte ein bestimmtes Lebensalter erreicht hat oder sich verheiratet (so z. B. *„Bedingte und befristete beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB) für ... gemäß Bewilligung vom ...“* oder *„Beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Wohnungsrecht gemäß § 1093 BGB) für ... Das Recht besteht auf die Dauer des ledigen Standes des Berechtigten und erlischt mit Vollendung des 35. Lebensjahres des Berechtigten. Gemäß Bewilligung vom ... eingetragen am ...“*). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung ohne Erwähnung im Eintragungsvermerk ist unzulässig;⁹ eine Bezugnahme ist nur wegen der Voraussetzungen für den Bedingungseintritt und wegen des Zeitpunkts der Befristung (nähere Kennzeichnung der Bedingung oder Zeitbestimmung) zulässig.¹⁰ Die nur unter Bezugnahme auf die Bewilligung vorgenommene Eintragung des Rechts führt jedoch materiellrechtlich nicht zum Wegfall der Bedingung oder Befristung, sondern zur Unrichtigkeit des Grundbuchs insoweit, als dieses im Widerspruch zur materiellrechtlichen Einigung ein unbedingtes bzw. unbefristetes Recht verlautbart.¹¹

6 Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl. 2021, § 49 Rn. 119.

7 OLG München v. 30.8.2018, 34 Wx 67/18, MittBayNot 2019, 144 m. Anm. Winkler = NotBZ 2019, 111.

8 OLG Köln v. 8.11.1961, 8 W 143/61, DNotZ 1963, 48 = Rpfleger 1963, 381 m. Anm. Haegeler; Meikel/Schneider, GBV, 11. Aufl. 2019, Vor GBV Rn. 169.

9 BGH v. 1.10.2020, V ZB 51/20, BWNotZ 2020, 424 = FGPrax 2021, 1 = ZfIR 2021, 32; BayObLG v. 19.1.1973, 2 Z 74/72, DNotZ 1973, 415 = Rpfleger 1973, 133; BayObLG v. 21.10.1966, 2 Z 49/66, Rpfleger 1967, 11; KG v. 14.6.1956, 1 W 662/56, DNotZ 1956, 555; Meikel/Böhringer (Fußn. 6), § 49 Rn. 119.

10 BGH v. 7.4.2011, V ZB 11/10, FGPrax 2011, 163 = NJW-RR 2011, 882 = NotBZ 2011, 255 = Rpfleger 2011, 488; OLG München v. 12.3.2009, 34 Wx 9/09, DNotZ 2009, 764 = NJW-RR 2009, 950 = NotBZ 2009, 417; OLG Frankfurt v. 27.10.2014, 20 W 392/13, MittBayNot 2016, 231 m. Anm. Everts; KG v. 11.10.2016, 1 W 337/16, FGPrax 2016, 250 = MittBayNot 2017, 245 = NJW 2017, 877; OLG Hamm v. 9.12.2015, 15 W 320/15, RNotZ 2016, 101; OLG München v. 22.12.2017, 34 Wx 139/17, MittBayNot 2019, 567 = Rpfleger 2018, 372 = ZWE 2018, 164 m. Anm. Hogenschur.

11 OLG München v. 7.10.2016, 34 Wx 256/16, MittBayNot 2017, 248.

► Ersteintragung einer dinglich wirkenden Rechtsposition

Bedingungen und Befristungen dinglicher Rechte sind eintragungsfähig und wegen §§ 161, 163, 892, 893 BGB eintragungsbedürftig, wenn nicht das Gesetz die Bedingung oder Befristung ausdrücklich verbietet. Da die Eintragung eine notwendige Voraussetzung für die Entstehung eines dinglichen Rechts ist, kann es nicht mit einem zeitlich vor der Eintragung liegenden Anfangstermin bestellt werden (dies ist besonders wichtig beim Erbbaurecht¹²); schuldrechtlich können seine Wirkungen aber vorgezogen werden. Als auflösende Bedingung eines beschränkten dinglichen Rechts kann durchaus auch ein Ereignis (z. B. Kündigung eines schuldrechtlichen Kaufsverhältnisses) gewählt werden, dessen Eintritt nicht in der Form des § 29 GBO nachweisbar ist;¹³ der Grundstückseigentümer muss dann ggf. aus § 894 BGB auf Erteilung der Löschungsbewilligung (Berichtigungsbewilligung) klagen.

► Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte

Bedingtes oder befristetes Eigentum an Immobilien kennt das BGB nicht.¹⁴ Beim Erbbaurecht kann eine aufschiebende Bedingung¹⁵ vereinbart und im Grundbuch eingetragen werden; tritt die aufschiebende Bedingung nicht ein, entsteht das Erbbaurecht nie, das Grundstücksgrundbuch ist unrichtig. Die Vereinbarung eines aufschiebend bedingten Sondernutzungsrechts ist gemäß § 10 WEG zulässig und eintragbar, sofern die vom Sondernutzungsrecht betroffenen Grundstücksteile und die Bedingung dem Bestimmtheitsgrundsatz genügen. Aufschiebend bedingt durch die Zuweisung werden die anderen Wohnungseigentümer von der Nutzung der Stellplätze ausgeschlossen und haben die Sondernutzung zu dulden.

12 BayObLG v. 14.2.1991, BReg 2 Z 158/90, MittBayNot 1992, 45 = NJW-RR 1991, 718 = Rpfleger 1991, 303. Formulierung der Grundbucheintragung: *„Erbbaurecht für ... für die Zeit von heute bis 31. Dezember 2100.“*

13 BGH v. 20.9.1974, V ZR 44/73, MDR 1975, 45 = NJW 1974, 2123; OLG Nürnberg v. 17.7.2018, 15 W 1291/18, DNotZ 2019, 287 = NJW-RR 2018, 1489 = Rpfleger 2019, 20; OLG Frankfurt v. 27.10.2014, 20 W 392/13, MittBayNot 2016, 231 m. Anm. Everts; OLG München v. 18.12.2012, 34 Wx 452/12, DNotZ 2013, 444 = Rpfleger 2013, 264; OLG Hamm v. 2.8.2010, 15 W 265/10, NJW-RR 2011, 95 = Rpfleger 2011, 78 = ZfIR 2010, 844; OLG Zweibrücken v. 30.11.1988, 3 W 157/88, DNotZ 1990, 177 = OLGZ 1989, 399; OLG Düsseldorf v. 12.1.1961, 3 W 302/60, DNotZ 1961, 408; Wehrens, DNotZ 1963, 24.

14 Wegen der bedingungsfeindlichen Auffassung lässt sich eine dingliche Sicherung eines bedingten schuldrechtlichen Anspruchs durch eine Eigentumsvormerkung (§ 883 BGB) erreichen.

15 So kann z. B. vereinbart werden, dass das Erbbaurecht erst bei Eintritt eines in der Zukunft liegenden Ereignisses zur Entstehung gelangen soll.

► Eigentumsvormerkung

Notarantrag als Bedingungseintritt

Dass eine Vormerkung als solche – und nicht nur der gesicherte Anspruch – als bedingte Rechtsposition bestellt werden kann, ist anerkannt.¹⁶ Es kann eine auflösend bedingte Vormerkung vereinbart werden; die Bedingung besteht darin, dass der Urkundsnotar durch von ihm unterzeichnete und gesiegelte Eigenurkunde eine Erklärung in der Form des § 29 GBO über das Vorliegen der Löschungsvoraussetzungen abgibt bzw. einen entsprechenden Löschungsantrag stellt.¹⁷ Die auflösend bedingte Vormerkung ist insolvenzfest und ist deshalb zu bevorzugen.¹⁸ Formulierungsvorschlag:¹⁹ „... Die Auflassungsvormerkung ist auflösend bedingt. Die Bedingung tritt ein, wenn der Notar durch notarielle Eigenurkunde beim Grundbuchamt die Löschung der Vormerkung beantragt. Im Innenverhältnis weisen Veräußerer und Erwerber den Notar hierzu unwiderruflich an, ...“

► Tod des Rückerberberechtigten als auflösende Bedingung

In Hausübergabeverträgen wird oftmals schuldrechtlich ein Rücktrittsrecht bzw. Rückforderungsrecht für den Übergeber vereinbart, wonach ihm unter bestimmten Voraussetzungen ein aufschiebend bedingter Eigentumsübertragungsanspruch zusteht, so z. B. wenn das Grundstück ohne die Zustimmung des Übergebers veräußert oder belastet wird, wenn der Erwerber vor dem Übergeber verstirbt, wenn der Erwerber in Vermögensverfall gerät (Insolvenz, Zwangsversteigerung) oder wenn die vom Erwerber übernommene Pflegeverpflichtung des Übergebers nachhaltig schlecht erfüllt wird.²⁰ Der Übergeber ist dann schuldrechtlich berechtigt, die Rückübertragung des Grundbesitzes zu verlangen. Ein dadurch bedingter Rückauflassungsanspruch kann durch Eintragung einer

Vormerkung nach § 883 Abs. 1 Satz 2 BGB dinglich abgesichert werden. Stirbt der Vormerkungsberechtigte, so fragt sich, mit welchen Mitteln die Vormerkung gelöscht werden kann.

Eine Vorlöschklausel nach § 23 GBO ist nach BGH²¹ bei Vormerkungen nicht zulässig. Möglich ist aber, die Vormerkung selbst auf den Tod des Vormerkungsberechtigten zu befristen, sodass bei dessen Tod die Löschung der Vormerkung mit dessen Sterbeurkunde erreicht werden kann. Wird lediglich die Vormerkung auflösend befristet, so könnte formuliert werden: „Die Vormerkung ist auf den Tod des Vormerkungsberechtigten auflösend befristet.“ Der Grundbuchttext könnte lauten: „Auflösend befristete Eigentumsvormerkung für ... Bezug: Bewilligung vom ... Eingetragen am ...“ Bei dieser Lösung erlischt die Vormerkung, nicht jedoch der gesicherte Anspruch²²; dieser muss durch gesonderten Erlassvertrag aufgehoben werden. Zur Löschung der auflösend befristeten Vormerkung im Wege der Grundbuchberichtigung genügt der Nachweis des Todes des Berechtigten oder des Eintritts des sonstigen Ereignisses, ohne dass eine Wiederverwendung der Vormerkung in Betracht kommt.²³ Ist der zu sichernde Anspruch bedingt/befristet und die Vormerkung unbedingt und unbefristet bewilligt, so muss die auflösende Bedingung/Befristung des Anspruchs nicht in den Eintragungsvermerk direkt aufgenommen werden; es genügt die nach § 885 Abs. 2 BGB zulässige Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung.²⁴ Ob eine solche unbefristete Vormerkung dann mit der Sterbeurkunde gelöscht werden kann, kommt auf den – unvererblichen – Anspruch an.²⁵

Freilich entfällt bei einer auflösend befristeten Vormerkung (Befristung ist Todestag des Berechtigten) für den Erben des Vormerkungsberechtigten der Vormerkungsschutz in dem Bereich, in dem der Anspruch über den Tod des Berechtigten hinaus weiterbesteht. In der Praxis wird deshalb nicht der Todestag als Frist für das Erlöschen der Vormerkung gesetzt, vielmehr ein gewisser Zeitraum nach dem Todestag als Befristung des Rechts genommen, etwa so: „Die Vormerkung ist auflösend

16 BGH v. 26.3.1992, V ZB 16/91, DNotZ 1992, 569 = NJW 1992, 1683 = Rpfleger 1992, 287.

17 Zu Recht OLG Oldenburg v. 4.5.2017, 12 W 57/17, RNotZ 2017, 486; KG Berlin v. 11.10.2016, 1 W 337/16, MittBayNot 2017, 245 m. Anm. Weber = NJW 2017, 877 = NotBZ 2017, 45; OLG Schleswig v. 27.7.2016, 2 Wx 55/16, DNotl-Report 2016, 121 = notar 2016, 427 (Grüner) = NotBZ 2017, 76 = RNotZ 2016, 623; OLG München v. 18.12.2012, 34 Wx 452/12, DNotZ 2013, 444 = Rpfleger 2013, 264. Ebenso Gutachten DNotl-Report 2016, 61, 121; Weber, Rpfleger 2016, 460; ders., RNotZ 2015, 195; ders., RNotZ 2017, 246; verneinend Jurksch, Rpfleger 2016, 131; ders., Rpfleger 2016, 464. Ausführlich Meikel/Böttcher (Fußn. 6), § 22 Rn. 64.1 ff. Zur notariellen Eigenurkunde BGH v. 9.7.1980, V ZB 6/80, BWNotZ 1981, 21 = DNotZ 1981, 118 = Rpfleger 1980, 465; Reithmann, MittBayNot 2001, 226; Milzer, notar, 2013, 35.

18 Weber, RNotZ 2015, 195; Kesseler, MittBayNot 2015, 505.

19 Entnommen Weber, RNotZ 2017, 247; ders., RNotZ 2015, 212.

20 Eine an mehrere alternative Bedingungen geknüpfter Rückübertragungsanspruch kann durch eine einzige Vormerkung gesichert werden, BayObLG v. 1.8.2002, 22 BR 72/01, DNotZ 2002, 784 = FamRZ 2003, 1480 = ZfR 2003, 41.

21 BGH v. 21.9.1995, V ZB 34/94, DNotZ 1996, 453 = NJW 1996, 59 = Rpfleger 1996, 100 (keine Vorlöschklausel nach § 23 GBO möglich); BGH v. 26.3.1992, V ZB 16/91, DNotZ 1992, 569 = NJW 1992, 1683 = Rpfleger 1992, 287.

22 Soll auch der Anspruch unvererblich sein, so müsste formuliert werden: „Der Anspruch ist nicht übertragbar und nicht vererblich; er erlischt mit dem Tod des Berechtigten, selbst wenn er zu Lebzeiten des Gläubigers geltend gemacht wurde. Die Vormerkung ist auf den Tod des Vormerkungsberechtigten auflösend befristet.“

23 Einzelheiten bei Heggen, RNotZ 2011, 331.

24 H. M., BGH v. 3.5.2012, V ZB 258/11, DNotZ 2012, 609 = NJW 2012, 2032 = Rpfleger 2012, 507.

25 Eingehend Böhringer, RENOpraxis 2013, 77; Böhringer, BWNotZ 2013, 47.

befristet; erst 12 Monate nach dem Todestag des Vormerkungsberechtigten erlischt die Vormerkung.“ Diese Bestimmung hat den Vorteil, dass die Erben zur Durchsetzung ihrer Rückübertragungsansprüche innerhalb der ersten 12 Monate nach dem Todestag noch eine Absicherung haben. Es kann auch noch ein längerer Zeitraum festgelegt werden.

► Beschränkte dingliche Rechte

Gemäß §§ 158 ff. BGB sind aufschiebend und auflösend bedingte oder befristete dingliche Rechte möglich.²⁶ Im Liegenschaftsrecht besteht unter bestimmten Voraussetzungen die Möglichkeit, dingliche Rechte für mehrere Personen nacheinander zu bestellen. So kann z. B. ein Recht von vornherein für den ersten Berechtigten durch den Tod oder ein anderes Ereignis auflösend bedingt sein, oder es kann für ihn unter Bestimmung einer Endfrist zeitlich beschränkt werden. Für den Rechtsnachfolger ist ein solches Recht dementsprechend aufschiebend bedingt durch den Tod des Erstberechtigten oder durch ein anderes Ereignis, das zum Erlöschen der Erstberechtigung führt. Auch dann, wenn ein Recht für mehrere nacheinander in der Form bestellt wird, dass es zunächst dem einen Rechtsträger auflösend bedingt bis zu seinem Tod zusteht, dem Nachfolger dagegen aufschiebend bedingt durch den Tod des ersten Rechtsträgers ab diesem Zeitpunkt, braucht nicht eine Mehrheit von Rechten vorliegen, sondern kann ein einziges Recht sein, das nur nacheinander mehreren Berechtigten zusteht. Eine solche Gestaltung ist bei den beschränkten dinglichen Rechten wie auch bei der Vormerkung zulässig, wobei als Gemeinschaftsverhältnis oft § 428 BGB gewählt wird.²⁷

Möglich ist auch die Bestellung mehrerer beschränkter dinglicher Rechte (gleichrangig oder im Range nacheinander, z. B. Wohnungsrechte nach § 1093 BGB, Nießbrauche, Reallasten) gleichen Inhalts für mehrere Personen nacheinander in der Weise, dass das Recht von vornherein für den Erstberechtigten auflösend bedingt durch seinen Tod und dadurch aufschiebend bedingt ein weiteres Recht für den Folgeberechtigten zur Entstehung kommt.²⁸ Eine Reallast kann hinsichtlich der Beerdigungs- und Grabpflegeleistungen erst mit dem Tod des Erstversterbenden,

und zwar in der Person des Überlebenden entstehen und erst in dessen Person vererblich sein; insoweit liegt eine aufschiebend bedingte Reallast vor, wobei die Bedingung in dem Tod eines Berechtigten liegt.²⁹ Die Einräumung eines Wohnungsrechts unter der Voraussetzung, dass eine Wohnung von bestimmten Personen nicht mehr bewohnt wird, stellt eine hinreichend bestimmte aufschiebende Bedingung dar.³⁰

Ein subjektiv-dingliches Vorkaufsrecht kann mit der Bedingung bestellt werden, dass es für bestimmte Teile des herrschenden Grundstücks erlischt, sobald diese von dem Grundstück abgetrennt werden.³¹

Eine Hypothek kann befristet oder bedingt, aufschiebend oder auflösend, bestellt werden, was jedoch äußerst selten vorkommt.³² Fällt eine aufschiebende Bedingung aus oder tritt eine auflösende ein, so erlischt die Hypothek und geht nicht etwa auf den Eigentümer über.³³ Auch besteht bis zum Eintritt oder Ausfall der aufschiebenden Bedingung keine Eigentümergrundschild.³⁴ Zulässig ist eine aufschiebend bedingt für den Fall bestellte Sicherungshypothek, dass eine andere für dieselbe Forderung bestellte Hypothek ausfällt.³⁵

Die Eintragung einer bedingten Zwangshypothek für den Fall, dass eine Zwangshypothek, die auf einem anderen Grundstück zufolge Verteilung der Forderung des Gläubigers eingetragen ist, in der Grundstückszwangsversteigerung ganz oder teilweise ausfällt, ist nach der Rechtsprechung unzulässig.³⁶ Eine Ausfallsicherungshypothek ist aufschiebend bedingt und entsteht erst, wenn die Verkehrshypothek erlischt.

Die Verknüpfung einer Grundschild mit einer Forderung auf dem Wege der Bedingung ist im Ergebnis nichts anderes als die Vereinbarung, dass die Grundschild entgegen § 1192 Abs. 1 BGB als Hypothek, und zwar als Hypothek minderen Rechts, gelten solle, die bei Nichtbestehen der Forderung nicht einmal dem Eigentümer zusteht, sondern überhaupt nicht besteht.³⁷

26 OLG München v. 9.12.2016, 34 Wx 417/16, MittBayNot 2017, 583 m. Anm. Leidner = NJW-RR 2017, 589 = RNotZ 2017, 234.

27 OLG Brandenburg v. 12.10.2011, 5 Wx 28/11, NotBZ 2012, 133; Meikel/Böhringer (Fußn. 6), § 47 Rn. 303.

28 BGH v. 16.2.1965, V ZR 264/62, DNotZ 1965, 612 = MDR 1965, 564; OLG München v. 22.9.2017, 34 Wx 68/17, NotBZ 2018, 153 ZEV 2017, 596; Meikel/Böttcher, (Fußn. 6), Einl. B Rn. 447.

29 Meikel/Böhringer (Fußn. 6), § 49 Rn. 134

30 OLG Nürnberg v. 17.7.2018, 15 W 1291/18, DNotZ 2019, 287 = MittBayNot 2019, 45.

31 BayObLG v. 19.1.1973, 2 Z 74/72, DNotZ 1973, 415 = Rpfleger 1973, 133.

32 OLG München v. 14.3.2016, 34 Wx 239/15, FamRZ 2016, 1805 = Rpfleger 2016, 544 = ZEV 2016, 393 m. Anm. Böhringer.

33 BGH v. 4.3.1959, V ZR 181/57, DNotZ 1959, 310 = NJW 1959, 984 = Rpfleger 1959, 154.

34 Meikel/Böttcher (Fußn. 6), Einl. B Rn. 573.

35 Meikel/Böttcher (Fußn. 6), Einl. B Rn. 589; Meikel/Böhringer (Fußn. 6), § 48 Rn. 53.

36 OLG Stuttgart v. 15.1.1971, 8 W 6/71, NJW 1971, 398 = Rpfleger 1971, 191; LG Hechingen v. 15.9.1992, 4 T 86/92, Rpfleger 1993, 169; OLG Düsseldorf v. 28.8.1989, 3 W 381/89, EWIR 1990, 201 m. Anm. Hintzen = Rpfleger 1990, 60.

37 Meikel/Böttcher (Fußn. 6), Einl. B Rn. 664.

Der Eintragung einer Zwangshypothek zur Sicherung von titulierten Hausgeldforderungen, die bedingt ist durch das Nichteingreifen des Vorrangs gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG, stehen nach BGH³⁸ keine Bedenken entgegen. Die aufschiebende Bedingung bezieht sich auf die Hypothek.³⁹ Für die nach § 10 Abs. 1 Nr. 3 ZVG bevorrechtigte Ansprüche aus öffentlichen Grundstückslasten kann eine Sicherungshypothek auf Grund freiwilliger Bestellung oder zwangsweise unter der aufschiebenden Bedingung oder an einen Anfangstermin geknüpft in das Grundbuch eingetragen werden, dass das Rangvorrecht vor Erlöschen der Ansprüche wegfällt.⁴⁰ Die Hypothek entsteht dann erst mit Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins (=Wegfall des Vorrechtes), ihr Rang bestimmt sich aber gemäß § 879 Abs. 1 und 2 BGB nach der Eintragung des Rechts.

► Bedingung/Befristung bei Abtretung der Rechtsposition Grundstückseigentum, grundstücksgleiche Rechte

Bedingtes oder befristetes Eigentum an Immobilien kennt das BGB nicht. Eine Auflassung, die unter einer Bedingung oder einer Zeitbestimmung erfolgt, ist unwirksam (§ 925 Abs. 2 BGB). Unzulässig ist nicht nur eine auflösende Bedingung der Übertragung, sondern auch eine aufschiebende Bedingung und jede Art der Befristung der Übertragung (Anfangstermin, Endtermin). Besondere Vorsicht ist bei einer Auflassung in einem (durch Rechtskraft der Scheidung) bedingten Scheidungsfolgenvergleich geboten, weil die Rechtsprechung die Auflassung als im Zweifel bedingt und damit unwirksam ansieht.⁴¹ Eine solche Auflassung bleibt auch nach Bedingungseintritt unwirksam; es hilft daher nichts, wenn man im Grundbuchverfahren die zwischenzeitlich eingetretene Rechtskraft der Scheidung nachweist.⁴²

Verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligungen können unter eine Bedingung gestellt werden, wenn sich der Bedingungseintritt für das Grundbuchamt aus einer öffentlichen Urkunde ergibt. Der Nachweis der Auflassung macht die Eintragungsbewilligung des Veräußerers als Verfahrenser-

klärung nicht entbehrlich, deshalb kann sie sich der Veräußerer auch vorbehalten (dann sog. Bewilligungslösung).⁴³ Möglich ist auch die Regelung über eine aufschiebend bedingte Eintragungsbewilligung,⁴⁴ wonach der Veräußerer die Eigentumsumschreibung im Grundbuch unter der aufschiebenden Bedingung erklärt, dass der Urkundsnotar in notarieller Eigenurkunde die Eigentumsumschreibung beantragt; im Innenverhältnis wird der Notar angewiesen, diese Eigenurkunde nur auszustellen, wenn der Veräußerer die Kaufpreiszahlung originalschriftlich bestätigt hat.⁴⁵

Beim Erbbaurecht erfolgt eine Gleichbehandlung zum Eigentumswechsel bei Grundstücken (§ 11 Abs. 1 Satz 2 ErbbauRG). Das Bedingungs- und Befristungsverbot bezieht sich beim Erbbaurecht wie auch beim Grundstückseigentum jedoch nur auf das dingliche Erfüllungsgeschäft und nicht auf das schuldrechtliche Verpflichtungsgeschäft. Eine Verletzung des Verbots führt zur Unwirksamkeit der Grundstücksübertragung bzw. Erbbaurechtsübertragung und damit zur Grundbuchunrichtigkeit (§ 894 BGB).

► Erbteilsübertragung

Bei einer Erbengemeinschaft kann ein Miterbe seinen Erbteil auf einen anderen übertragen, auch nur zu Sicherungszwecken⁴⁶, wobei auch in diesem Falle der Erwerber die uneingeschränkte dingliche Verfügungsmacht über den Erbteil erlangt. Im Gegensatz zur Auflassung ist die Erbteilsübertragung auch dann nicht bedingungsfeindlich, wenn Grundstücke zum Nachlass gehören. Möglich ist eine Erbteilsübertragung mit auflösender oder aufschiebender Bedingung. Als aufschiebende Bedingung kann die Kaufpreiszahlung, als auflösende Bedingung kann der Rücktritt des Verkäufers wegen Zahlungsverzugs vereinbart werden.

► Auflösende Bedingung

Zulässig ist eine auflösend bedingte Erbteilsübertragung,⁴⁷ diese ist nach § 22 GBO eintragungsfähig, aber

38 BGH v. 20.7.2011, V ZB 300/10, NZM 2012, 176 = ZWE 2011, 401 m. Anm. *Schneider*.

39 Grundbuchtext: „... Unter der Bedingung, dass vor Erlöschen des Wohnungsdanspruchs das Vorrecht gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wegfällt, eingetragen am ...“

40 BGH v. 20.7.2011, V ZB 300/10, NZM 2012, 176 = ZWE 2011, 401 m. Anm. *Schneider*; BayObLG v. 27.3.1956, BReg 2 Z 219/55, BayObLGZ 1956, 122 = BayJMBL 1956, 1220; Meikel/Schmidt-Räntsch, GBO, 12. Aufl. 2021, § 54 Rn. 66; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. 2018, § 54 Rn. 10.

41 Meikel/Hertel, GBO, 12. Aufl. 2021, § 29 Rn. 30.

42 KG Berlin v. 14.1.2003, 1 W 336/02, KG-Report 2003, 318.

43 OLG Braunschweig v. 16.4.2019, 1 W 59/17, FGPrax 2019, 151 = NJW-RR 2019, 1298 = NotBZ 2020, 42 = RNotZ 2019, 465.

44 Zur aufschiebend bedingten Bewilligung als Alternative zur Ausfertigungssperre und Bewilligungsvollmacht *Weber/Wesiack*, DNotZ 2019, 164 sowie Gutachten DNotl-Report 2019, 137.

45 Formulierungsvorschlag bei *Weber/Wesiack*, DNotZ 2019, 164.

46 Ausführlich zur Sicherungsproblematik beim Erbteilskauf *Mauch*, BWNotZ 1993, 134.

47 Beispiel: V verkauft an K seine Erbteil mit sofortiger Übertragung des Erbteils unter auflösender Bedingung (Bedingung: Bei Nichtzahlung des Kaufpreises in 3 Monaten ab heute hat V ein Rücktrittsrecht). Ausführlich *Mauch*, BWNotZ 1993, 134, 141 mit Formulierungsvorschlag für die notarielle Urkunde. Vgl. auch die Erläuterungen bei KEHE/Keller, Grundbuchrecht, 8. Aufl. 2019, § 2 Einl. Rn. 117.

nicht ohne, sondern nur mit gleichzeitiger Eintragung⁴⁸ der Verfügungsbeschränkung des § 161 Abs. 3 BGB, weil das Grundbuch sonst unrichtig würde (der Rechtsgedanken des § 51 GBO wird entsprechend angewandt). Mit der Buchung des Erbteilserwerbers in Abt. I des Grundbuchs wird in Abt. II⁴⁹ die Verfügungsbeschränkung eingetragen: „Die am ... erfolgte Erbteilsübertragung von Max Mustermann ... an Hermann Müller ... ist auflösend bedingt. Bedingung ist der Rücktritt des Max Mustermann ... von diesem Erbteilsübertragungsvertrag wegen Nichtzahlung des vereinbarten Entgelts; unter Bezugnahme auf die Bewilligung eingetragen am ...“ oder kürzer: „Erbanteil Max Mustermann ... auf Hermann Müller ... auflösend bedingt übertragen gemäß Bewilligung vom ..., eingetragen am ...“ Die Löschung dieser Verfügungsbeschränkung erfolgt mit Lösungsbevollmächtigung des Erbteilsveräußerers; dies kann schon in den Erbteilsübertragungsvertrag aufgenommen werden.

► Aufschiebend bedingte Erbteilsübertragung

Die Erbteilsübertragung kann aufschiebend bedingt durch die Zahlung des Kaufpreises vereinbart werden. Für den Grundbuchvollzug kann in diesem Fall weiter vereinbart werden, dass die Bedingung auch durch Erteilung einer den Grundbuchberichtigungsantrag enthaltenden Ausfertigung der Vertragsurkunde eintritt; bis zur Zahlung wird der Notar angewiesen, eine solche Ausfertigung nicht zu erteilen.⁵⁰

Möglich ist auch bei einer unbedingten Erbteilsübertragung eine aufschiebend bedingte Rückabtretung.⁵¹ Überträgt ein Miterbe seinen Erbanteil auf einen Dritten und tritt dieser den Anteil in derselben Urkunde aufschiebend bedingt wieder an den bisherigen Miterben (Veräußerer) ab, so ist im Grundbuch mit der Eintragung der Erbteilsübertragung zugleich auch die durch die aufschiebend bedingte Rückabtretung bewirkte Verfügungsbeschränkung des Erbteilserwerbers einzutragen.⁵²

Eine aufschiebend bedingte Erbteilsabtretung macht das Grundbuch hinsichtlich des Erwerbs erst bei Be-

dingungseintritt unrichtig, aber die nach § 161 BGB entstandene Beschränkung ist bereits vorher in Abt. II des Grundbuchs als Verfügungsbeschränkung eintragbar.⁵³ Zur Sicherung des Erwerbers ist die Eintragung der Verfügungsbeschränkung des Veräußerers in das Grundbuch zu beantragen; diese Eintragung erfolgt sofort in Abt. II des Grundbuchs ohne Vorlage der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung (§ 22 GrEStG).

Ist die Bedingung eingetreten, so erfolgt die Berichtigung des Grundbuchs gemäß § 22 GBO (Unrichtigkeitsnachweis bzw. Berichtigungsbewilligung) durch Eintragung des Erbteilserwerbers und Löschung der Verfügungsbeschränkung. Dazu ist es möglich, dass bereits im Erbteilsübertragungsvertrag die Bewilligung des Veräußerers für die Eintragung des Erwerbers und die Bewilligung des Erwerbers zur Löschung der zu seinen Gunsten eingetragenen Verfügungsbeschränkung erklärt werden. Wird der Unrichtigkeitsnachweis gewählt, so ist der Übertragungsvertrag (in Ausfertigung oder beglaubigte Abschrift) und der Nachweis des Bedingungseintritts in der Form des § 29 GBO vorzulegen. Stets ist Vorlage einer steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung nach § 22 GrEStG beim Grundbuchamt erforderlich.

► Erwerbsvormerkung

Die aufschiebend bedingte Abtretung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs ist im Grundbuch eintragungsfähig⁵⁴ und hat zur Folge, dass Verfügungen während der Schwebezeit im Falle des Eintritts der Bedingung unwirksam sind (§ 161 Abs. 1 Satz 1 BGB). Die Aufgabe einer Vormerkung stellt eine Verfügung i. S. v. § 161 Abs. 1 Satz 1 BGB dar. Mit dem Eintritt der Bedingung wird die Aufgabe der Vormerkung absolut unwirksam. Die Rechtsposition der Zessionare bleibt zwar aufschiebend bedingt erhalten, aber ohne die Verlautbarung im Grundbuch wäre ein Rechtsverlust durch gutgläubigen Erwerb möglich (§ 892 BGB). Die aufschiebend bedingten Zessionare sind damit mittelbar Betroffene bei der Löschung der Vormerkung und müssen deshalb zustimmen.⁵⁵

48 Die Verfügungsbeschränkung ist mangels eines Gebührentatbestands im GNotKG gebührenfrei. Die Löschung der Verfügungsbeschränkung wird weder in KV 14130 GNotKG noch in KV 14143 GNotKG erfasst.

49 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl. 2020, Rn. 970; Mauch, BWNotZ 1993, 134, 141.

50 So Schöner/Stöber (Fußn. 49), Rn. 970.

51 OLG München v. 11.11.2015, 34 Wx 225/14, FGPrax 2016, 65 = NotBZ 2016, 268 = ZEV 2016, 112; Mauch, BWNotZ 1993, 134, 140 mit Formulierungsvorschlag für die notarielle Urkunde.

52 OLG München v. 11.11.2015, 34 Wx 225/14, FGPrax 2016, 65 = NotBZ 2016, 268; LG Nürnberg-Fürth v. 28.10.1981, 13T 5567/81, MittBayNot 1982, 21.

53 BayObLG v. 14.2.1994, 2Z BR 17/94, MittBayNot 1994, 223 = Rpfleger 1994, 343.

Ausführlich Schöner/Stöber (Fußn. 49), Rn. 970; Mauch, BWNotZ 1993, 134; Staudenmaier, BWNotZ 1959, 191; Keller, BWNotZ 1962, 286; Neusser, MittRhNotK 1979, 143 zur aufschiebend bedingten Erbteilsübertragung; Winkler, MittBayNot 1978, 2.

54 OLG Hamm v. 1.7.2016, 15 W 112/16, BeckRS 2016, 116877; OLG München v. 10.2.2011, 34 Wx 37/11, RNotZ 2011, 420; BayObLG v. 18.2.1986, BReg. 2 Z 19/86, DNotZ 1986, 496 = NJW-RR 1986, 697 = Rpfleger 1986, 217.

55 OLG München v. 10.2.2011, 34 Wx 37/11, RNotZ 2011, 420.

► Beschränkte dingliche Rechte

Gemäß §§ 158 ff. BGB sind aufschiebend und auflösend bedingte oder befristete Rechtsübertragungen möglich, sofern das dingliche Recht übertragbar ist.⁵⁶ Bei der Abtretung eines – abtretbaren⁵⁷ – beschränkten dinglichen Rechts kann vereinbart werden, dass das Recht vom Erwerber wieder an den Abtretenden zurückfällt oder erlischt, wenn der Erwerber darüber verfügt.⁵⁸ Auch wenn dadurch die Möglichkeit zur Verfügung mit dinglicher Wirkung begrenzt bzw. ausgeschlossen werden kann, ist darin kein Verstoß gegen § 137 Satz 1 BGB zu sehen, da es sich beim auflösend bedingten Rechtsübergang um eine vom Gesetz ausdrücklich zugelassene Möglichkeit der Rechtsbegrenzung handelt, während § 137 Satz 1 BGB im Gegensatz dazu nur den rechtsgeschäftlichen Ausschluss der Verfügungsbefugnis verhindern will.⁵⁹ Aus der materiell-rechtlichen Konsequenz des § 161 Abs. 3 BGB wird die Möglichkeit hergeleitet, dass die aus der bedingten Rechtsübertragung resultierende Verfügungsbeschränkung im Grundbuch eingetragen werden kann.⁶⁰

Die Befugnis zur Ausübung einer Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Eine solche Bedingung muss nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung. § 874 BGB, § 44 GBO gestatten den Hinweis auf die Ausübungsbedingungen in der Grundbucheintragung.^{60a}

Die Abtretung der Hypothekenforderung kann sowohl aufschiebend (§ 158 Abs. 1 BGB) als auch auflösend (§ 158 Abs. 2 BGB) bedingt erfolgen. Die auflösend bedingte Abtretung einer Grundsuld verstößt nicht gegen den Bestimmtheitsgrundsatz, wenn als auflösende Bedingung für die Abtretung die Beendigung der Kreditverhältnisse zwischen den Beteiligten und das Nichtbestehen von Ansprüchen des Zessionars gegen den Zedenten gesetzt worden ist.⁶¹ Zulässig ist deshalb beispielsweise die unbedingte Bewilligung für die Eintragung einer auflösend bedingten Abtretung einer Eigentümergrundsuld.⁶²

56 OLG Frankfurt v. 19.2.1993, 20 W 438/92, DNotZ 1993, 610 = Rpfleger 1993, 331.

57 Ausführlich Böhlinger, RpfStud. 2018, 9.

58 OLG Düsseldorf v. 3.8.1983, 9 U 35/83, OLGZ 1984, 90; BayObLG v. 16.11.1977, BRG. 2 Z 62/77, DNotZ 1978, 159 = NJW 1978, 700 = Rpfleger 1978, 135.

59 Meikel/Böttcher (Fußn. 6), Nach § 20 Rn. 16.

60 Meikel/Schneider (Fußn. 8), Vorbem. GBV Rn. 181.

60a BGH v. 19.3.2021, V ZR 44/19, BWNotZ 2020, 424 = FGPrax 2021, 1m. Anm. Dresser-Berlin = MittBayNot 2021, 239 m. Anm. Reyman = ZfIR 2021, 32 m. Anm. Otto.

61 Ob der Eintritt der Bedingung grundbuchverfahrensrechtlich in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden kann, spielt für die Zulässigkeit der Bedingung keine Rolle, OLG Frankfurt v. 19.2.1993, 20 W 438/92, DNotZ 1993, 610 = Rpfleger 1993, 331.

62 OLG Frankfurt v. 19.2.1993, 20 W 438/92, DNotZ 1993, 610 = Rpfleger 1993, 331.

► Veränderungen Änderung der Bedingung/Befristung

Die nachträgliche Befristung oder Bedingung eines Grundstücksrechts bzw. die Aufhebung einer Bedingung oder Befristung stellen eine Inhaltsänderung des dinglichen Rechts dar. Wird ein zunächst unbefristetes oder unbedingtes Grundstücksrecht nachträglich befristet oder mit einer auflösenden Bedingung versehen, so bedarf es für diese Eintragung der Bewilligung des betroffenen Rechtsinhabers als Betroffenen (§§ 19, 29 GBO) und nicht der des Grundstückseigentümers als Begünstigten. Soll dagegen bei einem befristeten oder auflösend bedingten Grundstücksrecht nachträglich die Befristung oder Bedingung beseitigt werden, so muss dies der Grundstückseigentümer zur Eintragung bewilligen (§§ 19, 29 GBO) und nicht der Rechtsinhaber als Begünstigter. Die Änderung einer Bedingung bedarf i. d. R. sowohl der Bewilligung des Grundstückseigentümers als auch des Rechtsinhabers. Die Verkürzung einer Frist bei einem Grundstücksrecht verlangt die Eintragungsbewilligung des betroffenen Rechtsinhabers (§§ 19, 29 GBO) und nicht die des Grundstückseigentümers; die Verlängerung einer Frist bedarf umgekehrt der Bewilligung des Grundstückseigentümers (§§ 19, 29 GBO) und nicht der des Rechtsinhabers.⁶³

Hat das Grundbuchamt die Eintragung eines unter einer Bedingung bestellten beschränkten dinglichen Rechts ohne Aufnahme der Bedingung in den Eintragungsvermerk vorgenommen, dann ist im Grundbuch ein unbedingtes Recht eingetragen, entstanden ist wegen Fehlens der erforderlichen Einigung aber nur ein bedingtes Recht, es liegt teilweise Grundbuchunrichtigkeit vor.⁶⁴ Das Grundbuchamt hat einen Amtswiderspruch gemäß § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO einzutragen um zu verhindern, dass das dingliche sich bei einer Weiterveräußerung infolge gutgläubigen Erwerbs in ein unbedingtes oder unbefristetes Recht verwandelt.⁶⁵

Ist ein unbedingtes (unbefristetes) Recht gewollt, aber ein bedingtes (befristetes) Recht eingetragen worden, dann ist das eingetragene bedingte (befristete) Recht wirksam entstanden, wenn anzunehmen ist, dass sich die Beteiligten auf jeden Fall darüber einig waren; hinsichtlich der nicht gewollten Bedingung (Befristung) ist zu beachten,

63 Ebenso Meikel/Böttcher, GBO, 12. Aufl. 2021, § 19 Rn. 82.

64 BGH v. 12.7.1989, IVb 79/88, DNotZ 1990, 307 = NJW 1990, 112 = Rpfleger 1989, 404; OLG Schleswig v. 1.7.2010, 2 W 96/10, FGPrax 2010, 280; BayObLG v. 26.3.1998, 2 Z BR 46/98, MittBayNot 1998, 256 = NJW-RR 1998, 1025. Ausführlich Meikel/Böttcher, (Fußn. 63), § 22 Rn. 9 ff.; Herler, RNotZ 2016, 368.

65 OLG Düsseldorf v. 20.10.1982, 9 U 79/82, OLGZ 1983, 352; LG Mannheim v. 19.8.1983, 6 T 17/82, BWNotZ 1984, 22.

dass der noch nicht vollzogene Antrag auf Eintragung eines unbedingten (unbefristeten) Rechts noch bearbeitet werden muss.⁶⁶

Zulässig ist mit Zustimmung der Inhaber gleich- oder nachrangiger Rechte die Verlängerung der Geltungsdauer einer befristeten Hypothek oder die Umwandlung einer bedingten in eine unbedingte Hypothek.⁶⁷

► Rang

Die Vorrangseinräumung kann an eine Bedingung oder Zeitbestimmung geknüpft werden. So ist ein Rangrücktritt unter der Bedingung möglich, dass ein bestimmtes Grundpfandrecht gelöscht wird oder im Rang ebenfalls zurücktritt. Aus dem Rangvermerk muss der Umfang der Rangänderung deutlich hervorgehen; zur näheren Inhaltsbestimmung ist eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung gemäß §§ 877, 874 BGB zulässig.⁶⁸

Der Rangvorbehalt kann befristet oder bedingt sein, z. B. dass er für eine nachträglich entstandene Eigentümergrundschuld nicht gelten oder einem Ersterher des Grundstücks in der Zwangsversteigerung nicht zustehen soll oder bereits vorher eingetragene Hypotheken gelöscht werden müssen.⁶⁹ Ein Rangvorbehalt kann auch in der Weise beschränkt werden, dass er nur für solche Grundpfandrechte ausgenutzt werden darf, die unter Mitwirkung des Erwerbers bestellt werden.

► Löschung einer bedingten Rechtsposition

Kann bei einer auflösenden Bedingung der Bedingungseintritt nicht durch öffentliche Urkunde i. S. des § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO nachgewiesen werden,⁷⁰ kann dies bei der Löschung eines Rechts Schwierigkeiten bereiten, weil dann die Bewilligung des Buchberechtigten zur Löschung erforderlich ist. Ist z. B. ein im Grundbuch eingetragenes Recht auflösend bedingt durch den Eintritt eines bestimmten Ereignisses (z. B. die Beendigung der nichtehelichen Lebensgemeinschaft), so müsste dieses Ereignis durch öffentliche Urkunde nachgewiesen werden, was nicht möglich ist. Weil § 29 GBO nicht parteidispositiv

ist, können die Parteien keine über das materielle Recht hinausgehende verfahrensrechtliche Löschungserleichterung vereinbaren (etwa dass das Recht auf bloße Erklärung eines Beteiligten über das Ende der Partnerschaft hin gelöscht werden kann).⁷¹ Anders wäre dies, wenn das Recht selbst auflösend bedingt von einer bestimmten Erklärung des Urkundsnotars abhängig gemacht wird.⁷² Die Abmeldung von der Wohnung könnte auch ein Kriterium für die auflösende Bedingung eines Wohnungsrechts oder Nießbrauchs sein und dann das Wohnrecht unter Vorlage der Ummeldebescheinigung des Ordnungsamts gelöscht werden.

► Bedingte Löschung

Das Grundbuch muss eine sichere Grundlage für den Rechtsverkehr bieten. Im Gegensatz zum eingetragenen dinglichen Recht darf im Interesse der Rechtssicherheit die Rechtsposition nicht durch ein künftiges ungewisses Ereignis oder einen Endtermin außer Kraft gesetzt werden. Unter einer Bedingung oder Zeitbestimmung kann ein Recht zwar aufgegeben, aber erst nach Eintritt der aufschiebenden Bedingung bzw. des Anfangstermins oder nach Ausfall der auflösenden Bedingung im Grundbuch gelöscht werden.⁷³

Das Grundbuchrecht kennt keine bedingte oder befristete Löschung einer Eintragung. Eine vorläufige Löschung eines Rechts ist dem Grundbuchverfahren fremd.⁷⁴ Eine relative Unwirksamkeit einer Löschung gibt es nicht.⁷⁵ Steht ein Beschluss über die Ausschließung eines Rechtsinhabers unter einem Vorbehalt, kann eine Löschung nicht ohne weiteres erfolgen; die Löschung des Rechts ist erst möglich, wenn der Vorbehalt weggefallen ist und dies dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen wird.⁷⁶

Eine Besonderheit kommt in den neuen Bundesländern bei „Entschuldungsfällen“ vor. Dabei handelt es sich um

66 Böhringer, MittBayNot 2018, 150.

67 Meikel/Griwotz, GBO, 12. Aufl. 2021, Einl. B Rn. 580.

68 Schöner/Stöber (Fußn. 49), Rn. 116; Ulbrich, MittRhNotK 1995, 289, 293.

69 Meikel/Böttcher (Fußn. 63), § 45 Rn. 179. Zum bedingten Rangvorbehalt Mehler/Vierling/Gotthold, MittBayNot 2005, 375 ff.

70 OLG München v. 10.6.2014, 34 Wx 167/14, MittBayNot 2014, 529 = NotBZ 2015, 64 = Rpfleger 2015, 14.

71 OLG München v. 18.12.2012, 34 Wx 452/12, DNotZ 2013, 444 = Rpfleger 2013, 264; Meikel/Hertel (Fußn. 41), § 29 Rn. 143.

72 Lediglich ein Zeugnis über die Wahrnehmung des Notars weist den Eintritt einer Bedingung gegenüber dem Grundbuchamt nicht nach.

73 Staudinger/Heinze (2018), BGB, § 875 Rn. 30.

74 OLG Brandenburg v. 18.3.2004, 8 Wx 23/03, NotBZ 2004, 281; OLG Oldenburg MDR 1947, 23; Staudinger/Heinze (Fußn. 73), § 875 Rn. 30; NK-Krause, BGB, 3. Aufl. 2013, § 875 Rn. 17; Meikel/Böhringer (Fußn. 6), § 46 Rn. 12; Wilsch, FGPrax 2012, 231, 234; Böhringer, BWNotZ 1988, 84. A. A. Bestelmeyer, Rpfleger 1994, 189; Purps, VIZ 2004, 7.

75 OLG Hamm v. 20.7.2012, 15 W 486/11, DNotZ 2012, 850 = MittBayNot 2013, 148 = NJWSpezial 2012, 648.

76 BGH v. 13.2.1980, V ZR 59/78, NJW 1980, 1521 = Rpfleger 1980, 217; Schöner/Stöber (Fußn. 49), Rn. 1027; Wilsch, FGPrax 2012, 231, 234.

früheren (zu DDR-Zeiten) landwirtschaftlichen Grundbesitz, der beim Eintritt von Klein- und Mittelbauern in landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften entschuldet wurde. Die Schuld lebte wieder auf, wenn der Entschuldete aus der Genossenschaft austrat oder das Grundstück an ein Nichtgenossenschaftsmitglied veräußerte. Der „verdächtige“ Lösungsvermerk könnte lauten: *„Die unter lfd. Nr. ... verzeichneten Belastungen wurden aufgrund des Gesetzes vom 17.2.1954 (GBl. I Nr. 23 S. 224) über die Entschuldung der Klein- und Mittelbauern beim Eintritt in landwirtschaftliche Produktionsgenossenschaften gelöscht.“* Diese Rechtslage ist durch Art. 233 §§ 2, 3 und 6 EGBGB und § 150 Abs. 1 Nr. 3 GBO konserviert.

Die im Grundbuch eingetragene „bedingte“ Löschung des Grundpfandrechts hat auch heute noch Bedeutung. Dieser besonders formulierte Lösungsvermerk hat die Warnwirkung ähnlich einem Widerspruch nach § 899 BGB. § 50 LwAnpG modifiziert die Entschuldungsregelungen der ehemaligen DDR über den 2.10.1990 hinaus. Dieser Entschuldungsvermerk ist nicht gegenstandslos geworden, er verhindert auch weiterhin gutgläubig lastenfreien Grundstückserwerb. Soll die Rechtsposition endgültig gelöscht werden, so hat das Grundbuchamt folgenden Lösungsvermerk i. S. von § 46 GBO anzubringen: *„Endgültig gelöscht am ...“*⁷⁷

⁷⁷ Dazu Meikel/Böhringer (Fußn. 6), § 46 Rn. 333; Böhringer, DtZ 1994, 131; Kulaszewski, NJ 1968, 593; BMJ Schreiben v. 20.01.1994 – I B 4 b – 3443/1.

Die Wohnungs- und Teileigentümergeinschaft als Verbraucher

– Neue Aspekte durch das WEMoG –

Rechtsanwalt. Michael Drasdo, Neuss

Die Wohnungs- oder Teileigentümergeinschaft wird heute als Verbraucher betrachtet, wenn mindestens eines ihrer Mitglieder diesen Status einnimmt. Durch das zum 1. 12. 2020 in Kraft getretene WEMoG hat sich dies dem Grunde nach nicht geändert. Dennoch bieten sich wegen der Begründung des Verbandes nunmehr andere Gestaltungsmöglichkeiten.

I. Einleitung

Das Gesetz unterscheidet in den §§ 13 und 14 BGB zwischen dem Verbraucher und dem Unternehmer. Die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband sui generis¹ lässt sich unter diese Begriffe nicht einordnen. Dies wird durch die Reform des WEMoG² nicht geändert. Demnach kann davon ausgegangen werden, dass die sich davor gebildeten Meinungen weiterhin gelten.

In Rechtsprechung³ und Literatur⁴ war umstritten, ob die Wohnungseigentümergeinschaft, die unstreitig keine Unternehmerin ist, unter dem Begriff des Verbrauches eingeordnet werden konnte. Allein der Wortlaut des § 13 BGB, der auf eine natürliche Person abstellt, die nicht gewerblich oder beruflich tätig wird, lässt dies nicht zu. Denn die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband sui generis ist keine natürliche Person. Dennoch hat der BGH⁵ die Wohnungseigentümergeinschaft als Verbraucherin eingeordnet⁶, wenn nur eines ihrer Mitglieder

diesen Status hat. Eine anderweitige Beurteilung soll nur in Betracht zu ziehen sein, wenn ein besonderer Fall vorliegt, wenn eine Wohnungseigentümergeinschaft letztlich, wie ein Unternehmer auftreten sollte⁷.

Daher muss davon ausgegangen werden, dass die Wohnungseigentümergeinschaft unter den oben geschilderten Umständen den Status eines Verbrauchers einnimmt.

II. Änderungen des WEG durch das WEMoG

Nach der alten Rechtslage entstand die Wohnungseigentümergeinschaft als Verband, sobald neben dem aufteilenden Eigentümer ein Erwerber, der eine wirksamen Kaufvertrag abgeschlossen hatte und dessen Übereignungsanspruch durch eine Auflassungsvormerkung gesichert war, Besitz, Nutzen und Lasten übertragen wurden⁸. Der Verband entstand dann als so genannte „werdende Wohnungseigentümergeinschaft“. Sie war als Verbraucherin zu betrachten, sobald einer der eintretenden Erwerber, der diesen Status einnahm, ihr Mitglied wurde.

Nach der neuen Rechtslage bestehen erhebliche Unterschiede. Nach § 9a Abs. 1 S. 2 WEG entsteht die Wohnungseigentümergeinschaft nunmehr zu einem wesentlich früheren Zeitpunkt, nämlich zu dem, an welchem die Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher vollständig angelegt sind. Zu diesem Zeitpunkt ist ausschließlich der aufteilende Eigentümer des Grundstücks ihr Mitglied. Dabei handelt es sich in den überwiegenden Fällen um den Bauträger oder einen Projektentwickler. Dieser ist als Unternehmer im Sinne des § 14 BGB naturgemäß kein Verbraucher gemäß § 13 BGB. Demzufolge kann die Wohnungseigentümergeinschaft diesen Charakter ebenfalls nicht haben, weil keines ihrer Mitglieder Verbraucher ist⁹.

¹ Vgl. BGH NJW 2005, 2061.

² Gesetz zur Förderung der Elektromobilität und zur Modernisierung des Wohnungseigentumsgesetzes (Wohnungseigentumsmodernisierungsgesetz – WEMoG) vom 22. 10. 2020, BGBl I, 2020, 2187.

³ Vgl. zustimmend: BGH BeckRS 2015, 08621; BGH NJW 2015, 3228; BGH BeckRS 2015, 08619; OLG München NotBZ 2008, 473; LG Karlsruhe BeckRS 2015, 16870; LG Nürnberg-Fürth ZMR 2008, 831; ablehnend: LG Rostock ZWE 2007, 292; AG Düsseldorf ZMR 2008, 668.

⁴ Vgl. zustimmend: Abramenko ZMR 2011, 173; Armbrüster ZWE 2007, 290; Armbrüster/Kräher ZWE 2014, 1; Bub ZWE 2010, 246; Dötsch MDR 2013, 1441; Heinemann MietRB 2015, 223; ablehnend: Krampen-Lietzke RNotZ 2013, 575; offen nunmehr MüKoBGB/Micklitz § 13 Rn. 21.

⁵ Vgl. BGH BeckRS 2015, 08621; BGH NJW 2015, 3228; BGH BeckRS 2015, 08619.

⁶ Dieser Rechtsprechung folgend etwa Agatsy ZMR 2020, 626; Heinemann MietRB 2015, 223.

⁷ So im Ansatz BGH BeckRS 2019, 674; a. A. wohl Heinemann MietRB 2015, 223.

⁸ Vgl. BGH NZM 2008, 649; BGH NZM 2009, 912; BGH NZM 2012, 643; BGH NZM 2020, 563.

⁹ Vgl. BGH BeckRS 2015, 08621; BGH NJW 2015, 3228; BGH BeckRS 2015, 08619.

Dies ändert sich erst, wenn ein Verbraucher als Erwerber ihr Mitglied wird. Dies ist nach § 8 Abs. 3 WEG der Fall, wenn ein Erwerber, der gegenüber dem teilenden Eigentümer einen durch eine Auflassungsvormerkung gesicherten Übertragungsanspruch hat, der Besitz an den zu dem Sondereigentum zu rechnenden Räumen übergeben wurde. Damit hat der Gesetzgeber für die Stellung der Erwerber auf die bisherige Rechtslage zu der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“ abgestellt, um Rechte und Pflichten des Erwerbers unter Ausschluss des aufteilenden Eigentümers gegenüber den anderen Wohnungseigentümern und der Wohnungseigentümergeinschaft zu übernehmen.

Dieser Umstand kann aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass zwischen dem Zeitpunkt der Anlegung der Grundbücher und dem Eintritt des Erwerbers in die bestehende Wohnungseigentümergeinschaft ein längerer Zeitraum liegen kann. In dieser Zeitspanne kommt der Wohnungseigentümergeinschaft nach der neuen Rechtslage nicht die Stellung eines Verbrauchers zu. Denn ihr Mitglied ist ausschließlich ein Unternehmer. Auf diesen Umstand wurde im¹⁰ und während¹¹ Gesetzgebungsverfahren zwar aufmerksam gemacht. Der Gesetzgeber ist auf die dahingehenden Hinweise jedoch nicht eingegangen.

► III. Folgen aus der Neuregelung

Daraus ergibt sich, dass für den Zeitraum zwischen Begründung der Wohnungseigentümergeinschaft und den Beitritt des ersten Erwerbers zu dieser ein Verbraucherschutz nicht besteht. Sollte der erste Erwerber Unternehmer im Sinne des § 14 BGB sein, verlängert sich dieser Zeitraum noch um den Rahmen, bis der erste Verbraucher Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft im Sinne des § 8 Abs. 3 WEG wird.

Dies hat insbesondere zur Folge, dass nach § 310 Abs. 1 BGB die Anwendung der §§ 3ß8 und 309 BGB teilweise ausgeschlossen ist. Daraus ergeben sich in dem genannten Zeitraum dann Möglichkeiten, Verträge mit dritten Personen zu Lasten der Wohnungseigentümergeinschaft abzuschließen, die verbraucherschützenden Regelungen weitgehend nicht beachten müssen. Dem aufteilenden Eigentümer bieten sich daher Gelegenheiten, für

die Wohnungseigentümergeinschaften Verträge abzuschließen, die ansonsten ab der Entstehung der „werdenden Wohnungseigentümergeinschaft“ nach alter Rechtslage nicht wirksam zu Stande gekommen wären.

Dies wird sich der aufteilende Eigentümer dann zu Nutze machen können, wenn er im Rahmen der Gestaltung der Wohnungseigentümergeinschaft Verträge abschließen will, um dieses Ziel zu erreichen. Soll die Wohnungseigentümergeinschaft etwa als Hotelobjekt, als Ferienwohnungsanlage, als Alten- oder Pflegeheim oder als Einrichtung des Betreuten Wohnens gestaltet werden, ergeben sich im Regelfall Notwendigkeiten, anderweitige Verträge mit dritten Personen abzuschließen als dies bei sonstigen Wohnungseigentümergeinschaft der Fall sein dürfte. Investoren oder Dienstleister werden sich dafür nur finden lassen, wenn deren Engagement langfristig unter bestimmten Bedingungen gesichert werden kann. Nach der Rechtsprechung, dass die Wohnungseigentümergeinschaft als Verbraucherin einzuordnen ist, wenn eines ihrer Mitglieder diesen Status hat, wird dies in vielen Fällen in dem zur Erreichung der Ziele notwendig werden Vertragsabschlüsse nicht möglich sein. Denn sowohl die Inhalte solcher Verträge als auch deren Laufzeit sind oftmals mit den verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben nicht zu vereinbaren. Die Investoren und Vertragspartner würden dann auf die für ihre Kalkulation und Gestaltung des Geschäftsablaufes notwendigen Faktoren verzichten müssen.

Neben der Umsetzung der durch den aufteilenden Eigentümer gesetzten Ziele der Zweckrichtung einer Wohnungseigentümergeinschaft kann sich dieser Vorteil, dass ein Verbraucherschutz in dem genannten Zeitraum nicht besteht, auch noch auf andere vertragliche Gestaltungen auswirken. Zu denken ist etwa an langfristige Verträge mit anderen Unternehmen. Dies betrifft Contracting-Verträge für den Betrieb einer Heizungsanlage, die Service- und Wartungsverträge¹² für technische Einrichtungen oder Verträge über Dienstleistungen¹³.

Eventuell hat der aufteilende Eigentümer auch noch sonstige eigene Interessen, nämlich dann, wenn er solche Unternehmen selbst betreibt und damit ebenfalls unter Ausschluss der verbraucherschutzrechtlichen Vorgaben mit diesen für die Wohnungseigentümergeinschaft Verträge abschließen kann.

10 Vgl. Stellungnahme Deutscher Anwaltverein e. V. vom Februar 2020, S. 6; Stellungnahme des Verbandes Deutscher Immobilienverwalter e. V. vom 14. Februar 2020; S. 7; Stellungnahme des Wohnens im Eigentum e. V. vom Februar 2020, S. 26.

11 Vgl. Becker/Schneider ZfIR 2020, 281.

12 Zu denken ist etwa an Service- und Wartungsverträge für Heizungsanlagen, Aufzüge, Schwimmbad- und Sauna sowie Tiefgaragentore.

13 In Betracht kommen Verträge über Hausmeisterdienste, Concierge- und Doorman-Dienste sowie Gartenarbeiten.

Soweit dem entgegengehalten wird, dass nach dem Willen des Gesetzgebers¹⁴ die Wohnungseigentümergeinschaft als auch Ein-Personen-Gemeinschaft Verbraucher sein soll¹⁵, ist dies nicht von Bedeutung. Zu Recht wird nämlich darauf hingewiesen, dass die Auffassung des Gesetzgebers kein bindendes Recht ist und im Rahmen einer Auslegung ebenfalls keine große Bedeutung erlangt¹⁶. Eine insoweit angedachte Rückwirkung, dass ab dem Eintritt des ersten Verbrauchers in die Gemeinschaft, der zuvor geschlossene Vertrag nunmehr zum Verbrauchervertrag wird, scheitert an dem Umstand, dass hinsichtlich der Wirksamkeit auf den Zeitpunkt des Vertrages abzustellen ist¹⁷.

IV. Vertragswirksamkeit

Die Wirksamkeit eines Vertrages, auch hinsichtlich der verbraucherschutzrechtlichen Normen, beurteilt sich, wie ausgeführt, nach dem Zeitpunkt, in dem sie abgeschlossen wurden¹⁸. Daher ist, soweit der aufteilende Eigentümer handelt, nur entscheidend, dass zum Zeitpunkt des Vertragsabschlusses noch kein Erwerber, der als Verbraucher zu betrachten ist, nach § 8 Abs. 3 WEG Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft geworden ist.

Auch die Frage, ob die Wohnungseigentümergeinschaft bei Abschluss eines solchen Vertrages wirksam vertreten wurde, wird sich im Regelfall nicht stellen. Entweder ist zum Zeitpunkt des Abschlusses bereits ein Verwalter bestellt. Dieser kann die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 9b Abs. 1 S. 1 WEG vertreten. Ist dies nicht der Fall, wird nach § 9b Abs. 1 S. 2 WEG erfolgt die Vertretung durch alle Mitglieder der Wohnungseigentümergeinschaft, die zu diesem Zeitpunkt eben nur aus dem aufteilenden Eigentümer besteht.

Es verbleibt noch die Frage, ob für den Vertragsschluss im Außenverhältnis ein Beschluss im Innenverhältnis notwendig ist. Die Wirksamkeit des Vertrages kann davon nicht abhängen, weil § 9b Abs. 1 S. 3 WEG festlegt, dass die Vertretungsvollmacht im Außenverhältnis nicht beschränkbar ist. Sollte im Innenverhältnis ein Beschluss legitimierend erforderlich sein, kann diesen der aufteilende Eigentümer alleine fassen. Ob die dafür in den §§ 23 ff.

WEG vorgegebenen formalen Bedingungen eingehalten werden, ist letztlich unbeachtlich, weil außer dem aufteilenden, den Beschluss fassenden Eigentümer kein anderes Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft, die diesen anfechten könnte, vorhanden ist.

An der Wirksamkeit eines auf diese Weise und unter den genannten Bedingungen abgeschlossenen Vertrages ändert sich auch nichts durch den Beitritt des ersten Verbrauchers als Erwerber nach § 8 Abs. 3 WEG zu der Wohnungseigentümergeinschaft. Zum einen besteht der Vertrag mit der dritten Person mit dieser und wurde im Außenverhältnis bereits wirksam abgeschlossen. Zum anderen stehen dem eintretenden Erwerber keinerlei Rechte zu, einen eventuell vorliegenden Beschluss anzufechten, weil einerseits im Regelfall die nach § 45 S. 1 WEG einzuhaltende Frist abgelaufen ist und andererseits eine erfolgreiche Beschlussanfechtung das Außenverhältnis nicht beeinträchtigen würde.

V. Fazit

Die Neuregelung des WEG durch das WEMoG schränkt den Verbraucherschutz für eine Wohnungseigentümergeinschaft erheblich ein. In der Phase zwischen Begründung durch Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher sowie dem ersten Beitritt eines Erwerbers, der Verbraucher ist, besteht ein solcher nicht und kann auch nicht zu einem späteren Zeitpunkt nachgeholt werden. Dies bietet dem aufteilenden Eigentümer als Bauträger oder Projektentwickler im Vergleich zu der bisherigen Rechtslage zahlreiche Möglichkeiten, seine Ziele, die er mit der Errichtung der Wohnungseigentümergeinschaft verfolgt, zu verwirklichen.

Der Erwerber kann sich letztlich, wenn er ein solches Vorgehen nicht aus in seiner Person begründeten Umständen befürwortet, nicht davor schützen. Er kann lediglich versuchen, in dem Erwerbsvertrag festzulegen, dass Verträge zwischen dessen Abschluss und seinem Eintritt in den Verband nicht ohne seine Zustimmung geschlossen werden dürfen. Er kann damit im Zweifel zwar nicht den Abschluss eines Vertrages verhindern, sichert sich aber damit Schadensersatzansprüche. Jedenfalls sollte er sich erkundigen, welche Verträge zum Zeitpunkt des Abschlusses seines Erwerbsvertrages bereits abgeschlossen wurden, weil dies ansonsten nur schwer erkennbar sein wird, wenn sich eine Legitimation im Innenverhältnis nicht aus einer Niederschrift über eine Wohnungseigentümersammlung nach § 24 Abs. 6 WEG oder der Beschluss-Sammlung gemäß § 24 Abs. 7 WEG ergeben sollte.

14 BT-Drs. 19/18791, S. 43; BT-Drs. 19/22634, S. 42.

15 *Lehmann-Richter/Wobst*, WEG-Reform 2020, 1. Auflage, Köln 2020, § 4 Rn. 268.

16 *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, 1. Auflage, München 2020, Kapitel 2 Rn. 13.

17 *Becker/Schneider* ZfIR 2020, 281.

18 *Dötsch/Schultzky/Zscheschack*, WEG-Recht 2021, 1. Auflage, München 2020, Kapitel 2 Rn. 13; *Becker/Schneider* ZfIR 2020, 281.

Einreichung von Anträgen beim Grundbuchamt – Praxisfragen aus Sicht von Notar und Grundbuchamt

Bezirksnotarin Bettina Reuber, Frielzheim

Worum soll es in diesem Beitrag gehen? Nicht mehr als um Gedankenansätze, wie das Zusammenspiel von Notaren und Grundbuchamt optimiert werden könnte, wenn es um die Frage geht, wie Anträge beim Grundbuchamt vorgelegt werden. Ein ehrgeizigerer Ansatz als einfache Gedankenansätze habe ich im Bedenken von unterschiedlichen Notariatsbüroorganisationen mit unterschiedlichen EDV-Programmen und sachlich unabhängigen Grundbuchbeamten mit unterschiedlichen Rechtsansichten verworfen, jedoch nicht den zuversichtlichen Gedanken, dass bereits verständnisförderndes Betrachten von Fragen aus beidseitigem Blickwinkel Optimierungspotential in sich tragen könnte. Zuversichtlich bin ich auch deshalb, weil das Ziel für Notare und Grundbuchamt dasselbe ist: Möglichst effizient, ohne große Reibungsverluste und korrekt die gewollten Eintragungen zu bewirken.

A. Gedanken eines Notars

- 1) Welche Anträge sollen eingehen? Alle Anträge aus der/ den Urkunde(n)? Alle Anträge außer Antrag X? Nur Antrag X?
- 2) Wessen Anträge sollen eingehen? Die Anträge aller Beteiligten? Die Anträge einzelner Beteiligten? Der Antrag des Gläubigers? Der Antrag des Notars – zusätzlich oder ausschließlich? Ist ein Antragsverbund nach § 16 Abs. 2 GBO angezeigt?

Vor Beantwortung dieser Fragen sind zunächst u.a. folgende Vorfragen zu klären:

Soll eine Bindungswirkung erreicht werden? Wer soll Kostenschuldner sein (laut GNotKG i.d.R. der Antragsteller, § 22 Abs. 1 GNotKG)? An wen sollen etwaige Entscheidungen wie Zwischenverfügung oder Zurückweisung gehen? Wer hat Interesse daran, dass ein Antrag nicht ohne sein Zutun zurückgenommen werden kann? Besteht Interesse daran, ggf. Anträge so einfach wie möglich zurücknehmen zu können?

- 3) In welcher Reihenfolge sollen die Anträge eingehen? Sind Rangbestimmungen in der Urkunde getroffen?

Sind Rangbestimmungen im Vorlageschreiben möglich? Inwieweit kann die Rangreihenfolge durch zeitlich versetzte Vorlage oder durch Bestimmung der Eingangsreihenfolge beeinflusst werden? Liegen Voranträge vor? (Nähere Betrachtungen dieser Fragen folgen noch)

- 4) In welcher Form muss der Antrag vorgelegt werden, genügt Schriftform oder bedarf es ausnahmsweise der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO (z.B. bei gemischtem Antrag oder bei Rangbestimmung im Antrag)?

B. Gedanken eines Grundbuchbeamten

- 1) Welche Anträge sind eingegangen, alle Anträge aus den vorgelegten Urkunden oder ist anderes bestimmt?
- 2) Wessen Anträge sind eingegangen? Möchte der Notar mit einer nicht ganz eindeutigen Formulierung ausdrücken, dass er selbst Antrag stellt oder tritt er nur als Bote auf, schließt er sich den Anträgen der Beteiligten an oder sollen letztere gar nicht eingehen?

An wen ist eine Zwischenverfügung/Zurückweisung zu richten?

Ist ein Antragsverbund nach § 16 Abs. 2 GBO ausdrücklich bestimmt oder ergibt die Auslegung der Urkunde einen solchen? Wie behandle ich eine Urkunde, in der einer von mehreren Anträgen nicht vollzugsreif ist, wenn die Auslegung, ob ein Antragsverbund besteht, kein zweifelsfreies Ergebnis bringt?

Liegen bei einer Antragsrücknahme Rücknahmeerklärungen aller Antragsteller in der Form des § 31 GBO vor?

Wer ist Kostenschuldner? Der Antragsteller oder liegt eine ausdrückliche Kostenübernahmeerklärung nach § 27 Ziff. 2 GNotKG vor (in der Regel nicht der Fall bei nur internen Kostenverteilungsregelung¹)?

¹ OLG Stuttgart vom 23.01.2019 – 8W 312/17

3) Liegen mehrere Anträge, durch die dasselbe Rechte betroffen wird (§ 17 GBO), vor? Sind diese gleichzeitig eingegangen oder zu unterschiedlichen Eingangszeitpunkten (wohl kommt es auch beim elektronischen Eingang im Gleichlauf zum schriftlichen Eingang nur auf die Minute, nicht auch auf die Sekunde an)?

Liegt eine Rangbestimmung als Teil des Inhalts der Eintragungsbewilligung vor?

Ist eine Rangbestimmung wirksam im Antrag getroffen? Dies ist der Fall, wenn eine solche nicht im Widerspruch zu einer in der Eintragungsbewilligung getroffenen Rangbestimmung steht, wenn sie der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO genügt und durch einen Antragsberechtigten erfolgt. Der Notar kann auf Grund der Vollmachtsvermutung des § 15 Abs. 2 GBO eine Rangbestimmung nicht vornehmen, wohl aber auf Grund einer Vollmacht². Eine solche Vollmacht ist dann wiederum in Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachzuweisen.

Kann eine im Antrag getroffene Rangbestimmung, die im Widerspruch zu einer in der Eintragungsbewilligung getroffenen Rangbestimmung steht, als eine teilweise Antragsrücknahme gewertet werden? Steht dem ein Antragsverbund entgegen?

Kann der Notar die Eingangsreihenfolge schriftlich bestimmen? Diese Frage ist nach wie vor umstritten, wurde in der Rechtsprechung vor Jahren verneint³, und wird in der aktuellen Praxis von Grundbuchbeamten mit unterschiedlichen Argumentationen unterschiedlich beantwortet. Die verneinenden Meinungen stützen sich auf den Wortlaut der §§ 17 und 13 Abs. 2 GBO sowie darauf, dass es denkbar ist, dass von verschiedenen Seiten (verschiedenen Notaren/Antragstellern) dasselbe Grundstück betreffend gleichzeitig Anträge eingehen, was im Falle einer wirksamen Bestimmung der Eingangsreihenfolge eines Eingangs dann bei Betrachtung aller Eingänge insgesamt unklare Rangverhältnisse zur Folge hätte. Bejahend wird dagegen pragmatisch argumentiert mit: „Wenn der Notar die Rangfolge durch zeitlichen Vorlageversatz bestimmen kann, wäre es reine Förmerei, nicht auch eine schriftliche Eingangsbestimmung anzuerkennen!“

C. Praktische Problemfälle

- Anträge werden von unterschiedlichen Notaren vorgelegt, es erfolgt keine Einsicht in die Antragsliste bzw. die Antragsliste gibt keine Auskunft darüber, was für ein Vorantrag vorliegt.
- „Großfälle“: Anträge sind in verschiedenen Urkunden enthalten, welche zu unterschiedlichen Zeitpunkten und ohne gegenseitigen „Verweis“ vorgelegt werden. Notar und Grundbuchamt haben Probleme, den Überblick zu behalten und „Wechselwirkungen“ zu erkennen. Das Grundbuchamt muss, um sich einen Überblick zu verschaffen, zeitintensiv jede Mappe und jedes Dokument einzeln öffnen, um einen möglichen Zusammenhang und die Reihenfolge der vollziehenden Anträge zu erkennen.
- Anträge und Bewilligungen sind auf unübersichtliche Art und Weise an unterschiedlichen Stellen in der Urkunde enthalten und sind in ihrem Inhalt unklar oder gar widersprüchlich. Dies ist insbesondere oftmals dann der Fall, wenn ein Teil der Urkunde von einer dritten Person vorbereitet ist, und der Notar versucht, bei möglichst minimalen Änderungen der vorbereiteten Textteile die Urkunde grundbuchvollzugstauglich zu machen.
- Ungewollt nicht gleichzeitiger Eingang von zusammengehörenden Anträgen durch verschiedene Vorlagewege (EGVP, Papier, Datenträger).
- Technische Probleme beim EGVP-Versand führen zu nicht gewolltem (nicht) gleichzeitigem Eingang von Anträgen, z.B. zeigt sich eine zu große Datenmenge für den Versand per EGVP, die die Einreichung eines Datenträgers erfordert, erst bei Versand.
- Bedienungsfehler beim Scan/Versand führen dazu, dass farbige Anlagen schwarz-weiß versandt werden.
- Grundbuch-EDV ist auf „Normalfälle“ abgestimmt und ist bei „Großfällen“ unübersichtlich und die Performance langsam.
- Zeitdruck aufgrund großer Arbeitsbelastung: Notar ist darauf angewiesen, dass der Versand effizient erfolgt und er möglichst nicht bei Versand nochmals den gesamten Fall „durchdenken“ muss, Grundbuchbeamter kann nur dann so schnell wie gewünscht arbeiten, wenn er nicht Stunden dafür aufwenden muss, die Anträge in Großfällen „zusammenzusuchen“.

² Demharter Grundbuchordnung, 31. Auflage, § 45, Rdnr. 31

³ OLG Frankfurt vom 27.03.1991 – 20 W 183/90

D. Lösungsansätze

- Eine konkrete Nennung der gestellten Anträge im Vorlageschreiben des Notars würde verhindern, dass versehentlich Anträge, die noch nicht gestellt sein sollen, eingehen (und ggf. eine kostenpflichtige Antragsrücknahme/Zurückweisung auslösen), und dem Grundbuchbeamten eine Übersicht, welche Anträge gestellt sind, „auf einen Blick“ ermöglichen.

Wie kann dies in einer Notariatsbüroorganisation in effizienter Weise erfolgen? Denkbar wären bürointerne Ankreuzformulare für jeden Vertragstypus, welche der Notar bereits während oder direkt nach der Beurkundung ausfüllt, ggf. mit Vermerken, wann Anträge (erst) eingehen sollen (z.B. Lösungsanträge erst, wenn Lösungsunterlagen vorliegen; in diesem Zusammenhang zu beachten: Gem. § 16 Abs. 1 GBO soll einem Eintragungsantrag, dessen Erledigung an einen Vorbehalt geknüpft wird, nicht stattgegeben werden). Solche Anmerkungen könnten, sofern von der Notariats-EDV unterstützt, auch in Form elektronischer Notizen erfolgen.

- Aufgrund der oben dargelegten Problematiken bezüglich Rangbestimmungen sollte die gewünschte Rangfolge idealerweise bereits vor Beurkundung, spätestens aber vor Abschluss der Beurkundung feststehen und unmissverständlich in der/den Urkunde(n) geregelt sein. Als Gedankenstütze hierfür könnte ebenfalls das vorgeschlagene Ankreuzformular dienen, ebenso denkbar wäre aber auch ein standardmäßiger Textbaustein bei Grundstücksverträgen, z.B. im Rahmen der Vollzugsvollmacht eine ausdrückliche Vollmacht an den Notar zur Bestimmung von Rang, Rücknahme von Anträgen etc. Sofern dennoch eine nachträgliche Rangbestimmung erforderlich wird, sollte das Erfordernis einer diesbezüglichen Vollmacht an den Notar und der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO bedacht werden. Ggf. könnte in Erwägung gezogen werden, das Vorlageschreiben standardmäßig mit einem Dienstsiegel zu versehen. Der Grundbuchbeamte könnte dann die Auslegungsmöglichkeiten voll ausschöpfen und wenn möglich z.B. eine Rangbestimmung als teilweise Antragsrücknahme oder Rangklarstellung in Form einer Eigenurkunde umdeuten. Zur Verhinderung von technisch bedingten „Unplanbarkeiten“ und rechtlichen Unklarheiten sollte einer klaren Rangbestimmung in Worten immer Vorrang vor einer Festlegung der gewünschten Rangreihenfolge durch zeitlich versetzten Eingang gegeben werden.

- Über die Fragen, wer einen Antrag stellt, wessen Antrag eingehen soll, wer bei etwaige Antragsrücknahme mitwirken soll etc. könnte sich der Notar für die einzelnen Vertragstypen effizienter Weise generelle Gedanken machen und die Regelungen lediglich im Einzelfall anpassen. Z.B. kann es hilfreich sein, im Vertrag nicht grundsätzlich zu formulieren „... wird bewilligt und beantragt“, sondern konkret aufzunehmen, wer beantragt. Die Auswirkungen der Person des Antragstellers auf die Kostenhaftung könnte vor oder während der Beurkundung beim Punkt „Interne Kostenverteilung“ bedacht werden. Im Rahmen dieser Regelung könnte ebenso ggf. eine ausdrückliche Kostenübernahmeerklärung nach § 27 Ziff. 2 GNotKG in Betracht gezogen werden, wobei hierbei die Nennung des Paragraphen zur Vermeidung von Unklarheiten/Missverständnissen hilfreich wäre.
- Wenn eine Einreichung beim Grundbuchamt nicht unmittelbar nach Beurkundung, der eine Prüfung der Antragsliste vorausgegangen ist, erfolgt, ist ein erneuter Check der Antragsliste vor Einreichung anzuraten. Im Falle eines „Treffers“ kann ggf. beim Grundbuchamt angefragt werden, um was für einen Antrag es sich handelt.
- Regelungen betreffend ein ins Grundbuch einzutragendes Recht an unterschiedlichen Stellen der Urkunde sollten, wenn irgendwie möglich, vermieden werden. Die Fehlerquote ist in diesen Fällen erfahrungsgemäß äußerst hoch.
- In „Großfällen“, in denen zahlreiche in das Grundbuch einzutragende Rechte in zahlreichen Grundbüchern bewilligt und beantragt werden, ist eine Tabelle, aus der sich ergibt, welches Recht in welches Grundbuch einzutragen ist, empfehlenswert. Um die Fehlerquelle „fehlendes oder widersprüchliches Rangverhältnis“ zu vermeiden, empfiehlt sich eine Sortierung nach den zu belastenden Grundstücken. Bei Verwendung einer Tabelle dient es der Vermeidung von inhaltlichen Unklarheiten und Widersprüchen, wenn diese nicht als Wiederholung eines Textteils vorgesehen ist, sondern in Tabellenform die Rechte begründet werden und deren Inhalt durch Verweis in der Tabelle auf Textbausteine, die z.B. der Tabelle nachgestellt werden, bestimmt wird.

- In komplexen Fällen, in denen ein Antrag auf den anderen aufbaut, könnten vor Einreichung seitens des Notars Überlegungen erfolgen, ob eine schrittweise Einreichung, d.h. Einreichung eines Folgeantrags erst

nach Vollzug des Vorantrags, sinnvoll sein könnte. Im Falle von Eintragungshindernissen vorhergehender Anträge, könnten dann Folgeanträge ggf. sogleich mit erforderlich werdenden Nachträgen vorgelegt werden, bzw. könnten rechtliche Probleme, die entstehen könnten, weil ein Vorantrag mit nicht rangwahrenden Eintragungshindernissen behaftet ist, vermieden werden.

- Dem Notar ist es zwar leider in der Regel nicht möglich, vor Einreichung eines Großverfahrens mit dem zuständigen Grundbuchbeamten Kontakt aufzunehmen, da dessen Person erst bei Antragseingang feststeht, jedoch ist es hilfreich, wenn bei Fällen, in denen nacheinander verschiedene miteinander in Verbindung stehende Anträge eingereicht werden, beim ersten Antrag ein kurzer beschreibender Abriss erfolgt, welche weiteren Anträge noch eingehen werden. Der Grundbuchbeamte hat dann die Möglichkeit, mit dem beurkundenden Notar in Verbindung zu treten, um mit dem Ziel einer

möglichst effizienten Zusammenarbeit Absprachen zu treffen. Auch kann dadurch ggf. verhindert werden, dass zusammenhängende Fälle in verschiedenen Sachbearbeiterreferaten registriert werden.

- Wenn in einem Notarbüro regelmäßig versehentlich farbige Anlagen in schwarz-weiß versandt werden, wäre eine Gedächtnisstütze für die den Versand vorbereitenden Mitarbeiter empfehlenswert (farbiger Post-it auf Originalurkunde o.ä.).
- Miteinander mit Verständnis für die gegenseitigen Belange kommunizieren und handeln! Wenn ein Notarbüro nicht jeden Antrag als „Eilfall“ erklärt, sondern nur in wirklich eiligen Einzelfällen – z.B. im Wege einer E-Mail an die Poststelle des Grundbuchamts – auf die besondere Eilbedürftigkeit hinweist, sollte der Grundbuchsachbearbeiter einer Bitte um möglichst schnelle Bearbeitung nachkommen.

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung

von Andreas Panz¹, Markus Schenk² und Martina Weisheit³

Dies ist Teil 3 unserer regelmäßig 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

Die Vereinheitlichung des Stiftungsrechts durch die Stiftungsrechtsreform wurde beschlossen.

Der Deutsche Bundestag hat am 24. Juni 2021 den Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Stiftungsrechtsreform beschlossen. Soweit im Beschluss keine abweichende Regelung zum Regierungsentwurf gefasst wurde, wird nachfolgend auch auf die Gesetzesfassung im Regierungsentwurf Bezug genommen. (Fn. BT-Drucks. 19/28173)⁴

I. Reform des Stiftungsrechts

Mit der anstehenden grundlegenden Stiftungsrechtsreform ist eine erstmalige abschließende und bundeseinheitliche Regelung des Stiftungszivilrechts im Bürgerlichen Gesetzbuch (BGB) sowie die Einführung eines zentral geführten Stiftungsregisters mit (negativer) Publizitätswirkung vorgesehen. Gegenwärtig ist das Stiftungsrecht nicht nur im BGB, sondern auch in den Stiftungsgesetzen der Länder geregelt, aus denen sich auch teilweise eine unterschiedliche Stiftungspraxis in den Ländern entwickelt hat. Das Bundeskabinett hat am 03. Februar 2021 den Entwurf eines Gesetzes zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts beschlossen (nachfolgend BGB-RefE). Der Regierungsentwurf ging am 05. Mai 2021 an den Rechtsausschuss (nachfolgend BGB-RegE) und wurde durch den Deutschen Bundestag

beschlossen. Die Reform ist damit sowohl für in der Zukunft zu errichtende als auch für Bestandsstiftungen von Bedeutung und soll am 01. Juli 2023 in Kraft treten. Die Einrichtung des öffentlichen Stiftungsregisters ist zum 01. Januar 2026 geplant.

Im Wesentlichen betrifft die Reform neben der Einführung eines öffentlichen Stiftungsregisters das Stiftungsvermögen und seine Verwaltung, die Organverfassung und Haftung unter Kodifizierung einer Business Judgement Rule als Sorgfaltsmaßstab sowie Satzungsänderungen und Regelungen zur Verbrauchsstiftung und schließlich die Auflösung und Beendigung von Stiftungen.

II. Neuregelungen im Überblick

1. Grundlagen

Im Entwurf unterscheidet der Gesetzgeber zwischen zwei Arten von Stiftungen, einer Dauerstiftung und einer Verbrauchsstiftung (§ 80 Abs. 1 BGB-RegE). Dabei ist auch eine Teilverbrauchsstiftung zulässig (§ 83b Abs. 3 BGB-RegE), die aber keinen eigenständigen Stiftungstypus darstellt. Die Verbrauchsstiftung ist nicht mehr zwingend auf eine Mindestdauer angelegt, sondern kann auch für ein bestimmtes Projekt errichtet werden und wird dann mit Eintritt eines Ereignisses (z.B. Abschluss des Projektes) beendet. Allerdings muss die Errichtungssatzung einer Verbrauchsstiftung bereits detaillierte Vorgaben zur Verwendung des Stiftungsvermögens und seines vollständigen Verbrauchs enthalten (§ 81 Abs. 2 Nr. 2 BGB-RegE).

Stets maßgeblich – auch als Auslegungsmaßstab – ist der bei der Errichtung der Stiftung zum Ausdruck gebrachte Stifterwille. Hilfsweise ist auf den mutmaßlichen Stifterwillen abzustellen (§ 83 BGB-RegE). Stiftungsorgane und die Stiftungsaufsicht haben den Willen des Stifters zu beachten.

Gesetzlich zwingend vorgegeben ist auch der Verwaltungssitz der Stiftung im Inland (§ 83a BGB-RegE).

2. Stiftungsvermögen und seine Verwaltung

Es wird gesetzlich klargestellt, dass das Stiftungsvermögen aus zu erhaltendem Grundstockvermögen und sonstigem Vermögen (z.B. Erträge, Spenden sowie freie Rücklagen) besteht (§ 83b Abs. 1 BGB-RegE). Dabei gehören zum Grund-

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 Gesetzesentwurf der Bundesregierung zur Vereinheitlichung des Stiftungsrechts (BT-Drs: 19/28173).

stockvermögen das im Stiftungsgeschäft gewidmete Vermögen, spätere Zustiftungen und von der Stiftung dazu bestimmtes Vermögen. Bei der Vermögensausstattung kann der Stifter in der Errichtungssatzung einen Teil des gewidmeten Vermögens allerdings auch – wie in der gegenwärtigen Stiftungspraxis üblich – zu sonstigem Vermögen bestimmen (§ 83b Abs. 3 BGB-RegE).

Der bislang in den Landesstiftungsgesetzen unterschiedlich geregelte Grundsatz der Erhaltung des Grundstockvermögens wird nun gesetzlich geregelt.

Nach § 83c Abs. 1 BGB-RegE ist das Grundstockvermögen ungeschmälert zu erhalten. Der Stiftungszweck ist mit den Nutzungen des Grundstockvermögens zu erfüllen. Dabei schweigt das Gesetz allerdings darüber, wie der Erhalt des Stiftungsvermögens aussehen soll (gegenständlich oder nach dem Real- bzw. Nominalwert). Aufgrund des Schweigens des Gesetzgebers dürfte auch hier eine Regelung des Stifterwillens in der Stiftungssatzung bzw. in einem auf der Satzung basierenden Kapitalerhaltungskonzept unerlässlich sein. In dem vom Bundestag beschlossenen Gesetz wurde dabei ein neuer Satz angefügt. „Zuwächse aus der Umschichtung des Grundstückvermögens können für die Erfüllung des Stiftungszwecks verwendet werden, soweit dies durch die Satzung nicht ausgeschlossen wurde und die Erhaltung des Grundstückvermögens gewährleistet ist.“

Im Unterschied zum Referentenentwurf sieht der Regierungsentwurf nicht mehr vor, dass Umschichtungsgewinne zum zu erhaltenden Grundstockvermögen gehören sollen und in einer Art strengen Surrogationstheorie alles, was die Stiftung als Ersatz für die Zerstörung, Beschädigung oder die Entziehung eines zum Grundstockvermögen gehörenden Gegenstands oder durch Rechtsgeschäft mit Mitteln des Grundstockvermögens erwirbt, wiederum selbst Grundstockvermögen wird (so noch § 83b Abs. 2 BGB-RefE). Die Anwendung dieser strengen Surrogationstheorie hätte viele gemeinnützige Stiftungen vor einen unlösbaren Wertungswiderspruch zwischen gemeinnützigkeitsrechtlichen Vorgaben und den Grundsätzen des Stiftungszivilrechts gestellt. Denn das Gemeinnützigkeitsrecht lässt gerade die Verwendung von Umschichtungsgewinnen zur Zweckverwirklichung oder zur Vermögensbildung zu und fordert zudem im Grundsatz eine zeitnahe Verwendung dieser Mittel für die gemeinnützigen satzungsgemäßen Zwecke (§ 55 AO).

§ 83c Abs. 1 BGB sieht nunmehr für den Fall, dass die Stiftung nicht durch Satzungsbestimmung daran gehindert ist, Zuwächse aus Umschichtungen des Grundstockver-

mögens verbrauchen darf, dass das Grundstockvermögen nicht mehr um die realisierten Umschichtungsgewinne aufgestockt werden muss.

3. Satzungsänderungen

Durch die Reform sollen auch einheitliche Regelungen für die Änderung der Stiftungssatzung durch die Stiftungsorgane bzw. subsidiär durch die zuständige Stiftungsbehörde getroffen werden (§§ 85 - 85b BGB-RegE). Dabei sollen die Voraussetzung einer Änderung unterschiedlich und umso strenger ausfallen, je stärker die Satzungsänderungen in die Stiftungsverfassung eingreifen und damit die Stiftung verändern (vgl. S. 71 der Gesetzesbegründung zu § 85 BGB des RegE).

Es wird zwischen drei Arten von Satzungsänderungen unterschieden:

- (1) Änderung des Stiftungszwecks durch einen neuen Zweck oder eine erhebliche, die Identität der Stiftung verändernde Beschränkung des Zwecks oder eine Umgestaltung in eine Verbrauchsstiftung (§ 85 Abs. 1 BGB-RegE),
- (2) Änderung des Stiftungszwecks durch eine nicht erhebliche, die Identität der Stiftung verändernde Beschränkung des Zwecks und Änderungen von prägenden Satzungsbestimmungen (z.B. Name, Sitz, Art und Weise der Zweckerfüllung oder Verwaltung des Grundstockvermögens, § 85 Abs. 2 BGB-RegE),
- (3) Andere Satzungsänderungen (Änderungen nicht prägender Satzungsbestimmungen, § 85 Abs. 3 BGB-RegE).

Ein Austausch oder eine Beschränkung des Stiftungszwecks (1) stellt den gravierendsten Eingriff in die Satzung der Stiftung dar. Der Zweck einer Stiftung kann durch Satzungsänderung aufgrund des § 85 Abs. 1 S. 1 BGB-RegE daher nur ausgetauscht oder erheblich beschränkt werden, wenn die dauernde oder nachhaltige Zweckerfüllung unmöglich ist oder wenn der bestehende Zweck das Gemeinwohl gefährdet. Das entspricht auch den strengen Voraussetzungen für die Auflösung oder Aufhebung einer Stiftung (§ 87 Abs. 1 S. 1 BGB-RegE), wobei die Auflösung die endgültige Unmöglichkeit der nachhaltigen Zweckerfüllung voraussetzt. Die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks ist unmöglich, wenn die Stiftung ihren Zweck nicht wirksam erfüllen kann und nicht damit zu rechnen ist, dass dies von der Stiftung in absehbarer Zeit geändert werden kann (vgl. S. 71 der Gesetzesbegründung zu § 85 BGB des RegE).

Die Zweckänderung ist nur zulässig, wenn nach der Zweckänderung die dauernde und nachhaltige Erfüllung des neuen oder eingeschränkten Stiftungszwecks gesichert erscheint. Bei einer Umgestaltung einer Ewigkeitsstiftung in eine Verbrauchsstiftung müssen auch die neuen Satzungs Voraussetzungen, die an eine Verbrauchsstiftung gestellt werden, entsprechend umgesetzt werden (§ 85 Abs. 1 S. 3 BGB-RegE).

Satzungsänderungen, die nicht die Identität der Stiftung verändern (2) sind zulässig, wenn sich die Verhältnisse nach Errichtung der Stiftung wesentlich verändert haben und die Änderung des Zwecks erforderlich ist, um die Stiftung an die veränderten Verhältnisse anzupassen. Dabei wird definiert, welche Bestimmungen in der Regel für eine Stiftung als prägend anzusehen sind (§ 85 Abs. 2 S. 2 BGB-RegE). Abweichend vom Referentenentwurf hat der Gesetzestext des Regierungsentwurfs die satzungsmäßigen Bestimmungen zu Zusammensetzung und Aufgaben der Stiftungsorgane nicht mehr in die beispielhafte Aufzählung der prägenden Bestimmungen aufgenommen.

Die Änderung nicht prägender Satzungsbestimmungen (3) ist stets möglich, wenn dies der Erfüllung des Stiftungszwecks dient.

Dabei sind die geplanten gesetzlichen Bestimmungen zur Satzungsänderung dispositiv und unterliegen stets dem Stifterwillen, der in der Errichtungssatzung die Möglichkeit zur Änderung der Satzung ausschließen oder beschränken kann (§ 84 Abs. 4 S. 1 BGB-RegE). Der Stifter kann aber auch eine Satzungsänderung unter vereinfachten Voraussetzungen durch die Stiftungsorgane zulassen, wenn Inhalt und Umfang der Änderungsbefugnis vorher vom Stifter in der Satzungsermächtigung hinreichend bestimmt und festgelegt wurde (§ 85 Abs. 4 S. 2, 3 BGB-RegE).

4. Beendigung von Stiftungen

Die Voraussetzungen für die Beendigung von Stiftungen, die bislang in den Landesstiftungsgesetzen teilweise sehr unterschiedlich geregelt sind, sollen im neuen Gesetz bundeseinheitlich und abschließend geregelt werden (§§ 87 - 87d BGB-RefGE). Dabei soll eine Auflösung durch das hierzu berufene Organ der Stiftung möglich sein, wenn die dauernde und nachhaltige Erfüllung des Stiftungszwecks endgültig unmöglich ist und die Stiftung durch Satzungsänderung nicht derart umgestaltet werden kann, dass sie ihren Zweck wieder nachhaltig und dauernd erfüllen kann (§ 87 BGB-RegE). Eine Auflösung durch die Stiftungsbehörde soll bei unmöglicher Zweckerfüllung und Zeitablauf (bei der Verbrauchsstiftung) nur subsidiär An-

wendung finden, wenn das zuständige Organ nicht rechtzeitig bzw. nicht unverzüglich entscheidet (§ 87a Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB-RegE). Zwingend erfolgt dagegen die behördliche Aufhebung der Stiftung, wenn das Gemeinwohl gefährdet ist und diese Gefährdung nicht durch andere Art und Weise beseitigt werden kann oder bei Verlegung bzw. Begründung des Verwaltungssitzes im Ausland, die nicht in angemessener Zeit wieder rückgängig gemacht werden kann.

5. Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen

Zwingende Neuregelungen sind auch die Vorschriften zur Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen (§§ 86 - 86i BGB-RegE). Dabei sind diese auch auf die Beendigung der übertragenden Stiftung gerichtet. Die Neuregelung orientiert sich an den Regelungen der Verschmelzung nach dem UmwG und ermöglicht eine Vermögensübertragung im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 86f Abs. 1 BGB-RegE). Eine Liquidation bzw. die Einhaltung eines Sperrjahres sind nicht erforderlich. Eine Stiftung soll einer anderen Stiftung jedoch nur dann zugelegt werden können, wenn sich die Verhältnisse für sie wesentlich verändert haben und sie durch Satzungsänderung nicht an die veränderten Verhältnisse angepasst werden kann (§ 86a Abs. 1 Nr. 1 BGB-RegE). Darüber hinaus muss die aufnehmende Stiftung im Wesentlichen die gleichen Zwecke wie die übertragenden Stiftungen haben. Gerade für notleidende Stiftungen dürften Zulegung bzw. Zusammenlegung oft das letzte Mittel sein. Auch hier geht jedoch das Instrument der Satzungsänderung der Beendigung der Stiftung vor. Der Stifter kann in der Stiftungssatzung die Möglichkeit der Zulegung und Zusammenlegung insgesamt ausschließen.

6. Stiftungsorgane und Organpflichten

Der Regierungsentwurf sieht ausdrücklich eine Öffnung für weitere Stiftungsorgane neben dem zwingenden gesetzlichen Organ des Stiftungsvorstands vor, deren Bildung sowie Aufgaben und Befugnisse in der Satzung geregelt werden sollen (§ 84 Abs. 4 BGB-RegE).

Größte Neuerung, die bereits im Referentenentwurf im Bereich der Organhaftung aufgenommen wurde, ist die Business Judgement Rule auf Prognoseentscheidungen geschäftsführender Organe. Ein Organ handelt danach dann nicht pflichtwidrig, wenn es unter Beachtung der gesetzlichen und satzungsgemäßen Vorgaben vernünftigerweise annehmen durfte, auf der Grundlage angemessener Informationen zum Wohle der Stiftung zu handeln (§ 84a Abs. 2 S. 2 BGB-RegE). Da dieser Maßstab insbesondere auch für Anlageentscheidungen anwendbar sein soll, bedeutet dies in der Zeit von Niedrigzinsen und schwierigen Anlageentscheidungen eine wichtige Handlungserleich-

terung der zuständigen Organe. Die ursprünglich vorgesehene Beweislastumkehr bei der Haftung eines Organmitglieds gegenüber der Stiftung im Innenverhältnis zu Lasten der Stiftung wurden in den Regierungsentwurf nicht übernommen, so dass es bei den allgemeinen Regelungen der Beweislastumkehr nach § 280 BGB bleibt.

Eine weitergehende Haftungsbeschränkung soll nur noch in der Satzung zulässig sein (§ 84a Abs. 1 S. 3 HS 2 BGB). Aufgenommen wurde zudem ein Satzungsvorbehalt für die Haftungsprivilegierung unentgeltlich tätiger Organmitglieder (§ 84 Abs. 3 S. 2 BGB). Entsprechend dem Entwurf sieht das Gesetz zudem einen direkten Verweis auf das Vereinsrecht (§ 32 BGB) für die Beschlussfassung von Kollektivorganen und eine direkte Regelung eines zwingenden Stimmrechtsausschlusses eines Organmitglieds bei bestimmten Interessenkollisionen vor (§ 84b BGB).

7. Stiftungsregister

Das Bundesamt für Justiz soll ab dem 01. Januar 2026 für Stiftungen zentral und elektronisch ein Stiftungsregister führen (§§ 82b - 82d BGB-RegE). Ähnlich wie beim Handelsregister sollen die Eintragungen schutzwürdiges Vertrauen begründen (negative Publizitätswirkung). Dem Register sollen nicht nur die Vorstandsmitglieder mit entsprechender Vertretungsmacht angegeben, sondern auch die Bestellsdokumente sowie die Errichtungssatzung nebst Anerkennungsentscheidung des Landes beigelegt werden müssen (§ 82b Abs. 2 BGB-RegE). Satzungsänderungen, die Zulegung und Zusammenlegung sowie die Auflösung, Aufhebung oder Liquidation von Stiftungen müssen dem Stiftungsregister angemeldet werden.

Die Einsichtnahme in das Stiftungsregister soll grundsätzlich für jedermann zulässig sein. Allerdings ist die Einsichtnahme in die zum Stiftungsregister eingereichten Dokumente nur gestattet, falls der Zugang nicht aufgrund eines berechtigten Interesses der Stiftung oder Dritter beschränkt oder ausgeschlossen wurde (§ 15 StiftRG-E). Dies dürfte z.B. für die Destinatäre von Familienstiftungen von Bedeutung sein. Bedauerlich ist, dass das Stiftungsregister für Stiftungen nicht das Transparenzregister ablösen wird. Es muss daher bei Stiftungen grds. eine Eintragung in beide Register erfolgen.

III. Geforderte Nachbesserungen des Entwurfs

Auch wenn der Regierungsentwurf insgesamt sehr zu begrüßen ist, werden jedoch noch umfassende Nachbesserungen gefordert. Nach Ansicht der Experten seien

einige Regelungen problematisch und missverständlich. Zudem werde der finanziellen Situation von Stiftungen in der Niedrigzinsphase zu wenig Beachtung geschenkt. So wird u.a. gefordert, auch Stiftungen auf Zeit zuzulassen, ohne detaillierte Vorgaben zum Verbrauch des Stiftungsvermögens in der Errichtungssatzung vorzusehen sowie die Zulegung und Zusammenlegung von Stiftungen zu vereinfachen, indem hierfür nicht zur Voraussetzung gemacht wird, dass die aufnehmende Stiftung im Wesentlichen dieselben Stiftungszwecke verfolgt.

Einen Schwerpunkt der Kritik treffen die Regelungen zur Ertragsverwendung und der Umschichtungsgewinne. So merkt der Bundesverband Deutscher Stiftungen an, dass es aus Sicht der Praxis wichtig sei, den zu engen Begriff der Nutzungen des Grundstockvermögens bei der zulässigen Erfüllung des Stiftungszwecks um den Begriff der Erträge, der die laufenden Erträge sowohl aus der Nutzung von Kapitalanlagen als auch aus Gewinnen der Veräußerung einzelner Anlagen umfasst, zu ersetzen. Gerade in der Niedrigzinsphase reichen die „Nutzungen“ des Grundstockvermögens (z.B. Dividenden, Mieten, Zinsen) oft nicht aus und Stiftungen sind auf eine aktive Vermögensbewirtschaftung, z.B. auch durch die Realisierung von Umschichtungsgewinnen (z.B. Erwerb und Veräußerung von Aktien und Fondsanteilen) angewiesen.

Darüber hinaus wäre auch eine Konkretisierung des Grundsatzes der Erhaltung des Stiftungskapitals (z.B. nomineller Erhalt des Vermögens aber kein gegenständlicher Erhalt) im Gesetz wünschenswert.

B. Aktuelles aus dem Steuerrecht

I. Verschärfungen bei Share Deals durch die Grunderwerbsteuerreform zum 1. Juli 2021

Bereits im vergangenen Heft haben wir über die Reform berichtet. Zwischenzeitlich hat der Bundesrat am 7. Mai 2021 dem modifizierten Regierungsentwurf⁵ in der vom Finanzausschuss geänderten Fassung⁶ zugestimmt. Die Änderungen traten bereits zum 1. Juli 2021 in Kraft.

Die Kernelemente der Reform sehen folgende Änderungen zur Eindämmung missbräuchlicher Steuergestaltung

5 Entwurf eines Gesetzes zur Änderung des Grunderwerbsteuergesetzes, BR-Drucks. 355/19 vom 9. August 2019, BT-Drucks. 19/13437 vom 23. September 2019.
6 BT-Drucks. 19/28528.

gen vor. Auswirkungen auf bereits abgeschlossene Verträge müssen umgehend analysiert werden. Im Einzelnen:

1. Absenkung Beteiligungsgrenze von 95 % auf 90 %

Die maßgebliche Beteiligungsgrenze in den Ergänzungstatbeständen soll von bisher 95 % auf nunmehr 90 % auch für Kapitalgesellschaften abgesenkt werden (§ 1 Absatz 2a und 2b GrEStG-neu). Damit fällt bereits dann Grunderwerbsteuer an, wenn bei einer Personen- oder Kapitalgesellschaft mit Immobilieneigentum mindestens 90 % der Anteile auf neue Gesellschafter innerhalb von nunmehr 10 Jahren (s. u.) übertragen werden bzw. wenn sich mindestens 90 % der Anteile einer solchen Gesellschaft in einer Hand vereinigen.

2. Verlängerung der Haltefristen von fünf auf zehn Jahre

Die maßgeblichen Haltefristen, innerhalb derer Anteilsübertragungen Grunderwerbsteuer auslösen können, wurden von fünf auf zehn Jahre erhöht (§ 1 Absatz 2a und 2b, § 5 Absatz 3 und § 6 Absatz 3 Satz 2 und Absatz 4 GrEStG-neu).

3. Verlängerung der Vorbehaltsfrist von fünf auf fünfzehn Jahre

Ein begünstigter Erwerb ist nicht mehr möglich, wenn der Erwerber innerhalb von fünfzehn Jahren vor dem Erwerbsvorgang seinen Anteil durch ein Rechtsgeschäft erworben hat, es sei denn durch diesen Erwerbsvorgang wurde bereits ein steuerpflichtiger Erwerb i. S. d. § 1 Absatz 2a GrEStG-neu ausgelöst, d. h. durch diesen Erwerb wurde entweder die Haltefrist unterschritten und/oder die Beteiligungsgrenze überschritten (§ 6 Absatz 4 GrEStG-neu). Dabei wird im Fall eines Erwerbs durch Erbfolge die Vorbehaltsfrist des Rechtsvorgängers dem Erwerber zugerechnet.

4. Einführung einer Börsenklausel

In Abweichung zum Regierungsentwurf wurde durch Empfehlung des Finanzausschusses des Bundestages eine Börsenklausel eingeführt (§ 1 Absatz 2c GrEStG-neu). Diese regelt einen Ausnahmetatbestand des neuen § 1 Absatz 2b GrEStG-neu, mit dem auch für die Übertragung von Kapitalgesellschaften die Schwellen von 10 Jahren und 90 % gelten. Übertragungen von Anteilen über eine anerkannte Börse bleiben von der Grunderwerbsteuer verschont.

5. Übergangsregelungen

Aufgrund der gleichzeitigen Änderungen bei Sperrfristen und Beteiligungsgrenzen kann es durchaus auch zu Auswirkungen bei bereits geplanten Transaktionen

kommen, weswegen anzuraten ist, eine jede geplante Anteilsübertragung im Hinblick auf deren Historie nochmals genau zu durchleuchten. Aufgrund der kasuistisch und unsystematisch verstreuten Regelungen sollen hier nur die wesentlichen Übergangsregelungen dargestellt werden:

a) Bei Personengesellschaften:

aa) Bestandsschutz:

Wenn die 5-Jahresfrist des bisherigen § 1 Absatz 1a GrEStG bereits vor dem 1. Juli 2021 abgelaufen ist, kann dieser Gesellschafter ungeachtet der künftig auf zehn Jahre ausgedehnten Sperrfrist unschädlich auf bis zu 100% aufstocken.

bb) Kein Bestandsschutz:

War jedoch die Sperrfrist von fünf Jahren am 1. Juli 2021 noch nicht überschritten, greift die Verschärfung auf nunmehr zehn Jahre voll durch.

b) Bei Kapitalgesellschaften:

Bei der Anwendung des neuen § 1 Abs. 2b GrEStG bleiben Anteilsübertragungen vor dem 1. Juli 2021 für die Zehn-Jahres-Frist unberücksichtigt.

II. Einführung eines Optionsmodells mit dem KöMoG⁷

In Deutschland gelten für die Besteuerung von Personengesellschaften und ihren Gesellschaftern auf der einen Seite und Kapitalgesellschaften und ihren Gesellschaftern auf der anderen Seite zwei gänzlich unterschiedliche Regime. Die Besteuerung von Personengesellschaften folgt dem Transparenzprinzip, wonach die Einkünfte der Gesellschaft den Mitunternehmern unabhängig davon, ob sie entnommen oder thesauriert werden, zuzurechnen sind. Dagegen folgt die Besteuerung von Kapitalgesellschaften dem Trennungsprinzip, wonach die Gesellschaft mit Körperschaftsteuer, Gewerbesteuer und Solidaritätszuschlag zu besteuern ist und der Gesellschafter erst bei Ausschüttung besteuert wird. Diese Ungleichbehandlung soll nun durch die Möglichkeit einer Option der Besteuerung einer gewerblichen Personenhandelsgesellschaft als Kapitalgesellschaft beseitigt werden.

Das Gesetz tritt im Wesentlichen am 1. Januar 2022 in Kraft.

⁷ Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Körperschaftsteuerrechts BT-Drucks. 19/29843.

Der Übergang zur Körperschaftbesteuerung gilt als Formwechsel im Sinne des § 1 Absatz 3 Nr. 3 UmwStG, wobei es zivilrechtlich bei den flexibleren gesellschaftsvertraglichen Regelungen einer Personengesellschaft bleibt und die für Kapitalgesellschaften geltenden Regelungen zur Mitbestimmung und Publizität nicht anzuwenden sind – d. h. zivilrechtlich ändert sich nichts. Auch im Bereich der Umsatzsteuer, Erbschaftsteuer und Grunderwerbsteuer sollen sich grundsätzlich keine Auswirkungen ergeben, wobei hierzu unten noch näher auf einzelne Fragen eingegangen wird.

1. Persönlicher Anwendungsbereich der Option

Die Option ist möglich für Personenhandelsgesellschaften⁸, Partnerschaftsgesellschaften nach dem PartG und vergleichbare ausländische Gesellschaften. Ausgeschlossen von der Option sind Einzelunternehmen, Gesellschaften bürgerlichen Rechts, atypisch stille Beteiligungen und Investmentfonds nach dem Investmentsteuergesetz.

2. Verfahren zur Ausübung der Option

Voraussetzung ist ein unwiderruflicher Antrag nach amtlich vorgeschriebenem Datensatz auf Anwendung der Körperschaftsteuer ab dem folgenden Wirtschaftsjahr bei dem für die gesonderte Einkünfte zuständigen Finanzamt (§ 1a Absatz 1 Satz 1 KStG-E). Die Antragsfrist beträgt mindestens einen Monat vor Beginn des Wirtschaftsjahres, ab dem die Besteuerung wie eine Kapitalgesellschaft gelten soll.

Die Zustimmung aller Gesellschafter vor fristgerechter Antragstellung ist erforderlich. Sofern der Gesellschaftsvertrag eine entsprechende Regelung vorsieht, ist auch eine Mehrheitsentscheidung ausreichend, die mindestens drei Viertel der abgegebenen Stimmen umfasst (entsprechend § 217 Absatz 1 UmwG). In jedem Fall gilt die Option einheitlich für die gesamte Personengesellschaft – auch für die Gesellschafter, die überstimmt wurden.

Eine rückwirkende Option ist nicht vorgesehen. Die Option kann erstmals für den Veranlagungszeitraum 2022 ausgeübt werden.

Die Optionsausübung ist nicht für eine bestimmte Zeit bindend (siehe unten zur Rückoption). Es besteht jedoch eine faktische Bindungswirkung über sieben Jahre, da die Sperrfristregelung des § 22 UmwStG greift.

3. Steuerliche Auswirkungen des Übergangs zur Körperschaftbesteuerung

Das Verfahren folgt einem Formwechsel, sodass die §§ 1 und 25 UmwStG analog angewendet werden.

Sofern die optierende Personengesellschaft zuvor die Thesaurierungsbegünstigung in Anspruch genommen hat, ist ein nachversteuerungspflichtiger Betrag nachzuversteuern.

Damit ein Antrag auf Buchwertfortführung gestellt werden kann, ist die Übertragung aller wesentlichen Betriebsgrundlagen erforderlich, d. h. inklusive Sonderbetriebsvermögen, das in das Gesamthandsvermögen idealerweise zeitgleich mit der Wirksamkeit der Optionsbesteuerung zu überführen ist, um die Aufdeckung stiller Reserven zu vermeiden. Nicht übertragenes Sonderbetriebsvermögen gilt als entnommen.

Das steuerbilanzielle Eigenkapital der Personengesellschaft wird auf dem steuerlichen Einlagekonto ausgewiesen, sodass bei Rückzahlung keine Besteuerung erfolgt.

Verlustvorträge (§ 10a GewStG und § 15a EStG) gehen grundsätzlich unter.

Nach erfolgtem steuerlichem Formwechsel wird die zivilrechtliche Personengesellschaft körperschaft- und gewerbesteuerlich als Kapitalgesellschaft behandelt, d. h., sie zahlt Körperschaftsteuer und Gewerbesteuer auf ihren durch Bestandsvergleich ermittelten Gewinn.

Der Gesellschafter erzielt sodann mit seinem Gewinnanteil Kapitaleinkünfte im Sinne des § 20 Absatz 1 Nr. 1 EStG, es sei denn das steuerliche Einlagekonto wird bedient. Da die Besteuerung voraussetzt, dass die Gewinnanteile entnommen werden oder ihre Auszahlung verlangt werden kann, kommt den gesellschaftsvertraglichen Regelungen zur Gewinnverteilung und Entnahmemöglichkeiten eine große Bedeutung zu. Werden etwa Gewinne automatisch einem entnahmefähigen Kapitalkonto zugewiesen, wird dies wohl der Kapitalertragsteuer unterliegen. Vor Ausübung der Option sollte daher der Gesellschaftsvertrag überprüft werden, insbesondere auf Anpassungsbedarf bei den Gewinnverwendungsregelungen.

Die Tätigkeitsvergütung eines Gesellschafters fällt mit der Option unter den Lohnsteuereinbehalt – der Gesellschafter erzielt dann Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit. Darlehensvergütungen werden zu Kapitaleinkünften im Sinne des §§ 20 Absatz 1 Nr. 7 EStG und Miet- bzw. Pachterträge sind als Einkünfte aus Vermietung und Verpach-

⁸ d. h. nach aktueller Rechtslage ist die GbR nicht optionsberechtigt; hierzu könnten sich durch das MoPeG Änderungen ergeben, vgl. dazu unseren Beitrag in den letzten beiden Ausgaben.

tung zu besteuern, es sei denn eine Betriebsaufspaltung liegt vor. Nicht fremdübliche Vergütungen sind als verdeckte Gewinnausschüttung zu behandeln.

4. Rückoption (§ 1 Absatz 4 KStG-E)

Möglich ist auch die Ausübung einer Rückoption auf Antrag zu denselben Bedingungen wie die Option, was die Frist angeht. Der Antrag auf Rückoption löst einen Formwechsel der fiktiven Kapitalgesellschaft in eine Personengesellschaft aus. Die Regelungen der §§ 3 bis 7 und 9 UmwStG finden Anwendung. Thesaurierte Gewinnen gelten als ausgeschüttet. Verlustvorträge gehen unter. Der Ablauf der durch die Option ausgelösten Sperrfrist nach § 22 Absatz 1 UmwStG sollte vor Ausübung der Rückoption überprüft werden. Die Ausübung der Rückoption setzt wiederum eine neue Sperrfrist nach § 18 Absatz 3 UmwStG in Gang.

Ohne Antrag entfällt die Besteuerung als Körperschaft, wenn die Voraussetzungen dafür entfallen, etwa wenn die Personenhandelsgesellschaft sich in einem GbR umwandelt oder der vorletzte Gesellschafter aus einer Personengesellschaft ausscheidet.

5. Auswirkungen der Option in anderen Steuerarten

Grundsätzlich soll die Ausübung der Option keine Auswirkungen auf die Umsatzsteuer, die Erbschaft- und Schenkungsteuer und die Grunderwerbsteuer haben. Einige Ausnahmen sind nachfolgend dargestellt.

5.1 Grunderwerbsteuer

Mit dem KöMoG ist auch das Grunderwerbsteuergesetz durch Hinzufügung eines neuen § 5 Absatz 1 Satz 2 GrEStG geändert worden. Nach der bisherigen Regelung fällt keine Grunderwerbsteuer an, wenn ein Grundstück von mehreren Miteigentümern auf eine Gesamthand übergeht und der Anteil des einzelnen Miteigentümers am Vermögen der Gesamthand seiner Beteiligung am Grundstück entspricht. Dies gilt nunmehr nicht für eine Gesamthand, die zur Körperschaftsteuer optiert hat, es sei denn, die Option und die Beteiligung am Vermögen der Gesamthand bestehen länger als bislang fünf, zukünftig zehn (s. o. I. 2.), Jahre.

Diese Regelung wird für viele ein Grund sein, die Option nicht auszuüben, insbesondere bei Grundstücken im Sonderbetriebsvermögen⁹.

Auch der sonst steuerbefreite Übergang eines Grundstücks von einer Gesamthand auf eine andere Gesamthand ist unter den zuvor genannten Voraussetzungen Grunderwerbsteuerpflichtig (vgl. § 6 Absatz 3 Satz 2 GrEStG-E).

5.2 Erbschaft- und Schenkungsteuer

Für Zwecke der Erbschaft- und Schenkungsteuer wird die optierende Personengesellschaft weiterhin als Personengesellschaft behandelt. Dasselbe gilt für die erbschaftsteuerliche Bewertung.

In § 97 Absatz 1 Satz 1 Nr. 5 BewG wird bei den Mitunternehmern ein Verweis auf § 1a Absatz 1 KStG-E aufgenommen, nach dem optierende Personengesellschaften weiterhin begünstigungsfähiges Vermögen darstellen. Mit dem Bezug auf das Zivilrecht sollten Anteile an Personenhandelsgesellschaften weiterhin unabhängig von der Höhe der Beteiligung in den Genuss der Betriebsvermögensverschonung kommen und als Tochtergesellschaften auch dann kein Verwaltungsvermögen darstellen, wenn die Beteiligung nicht über 25 % liegt.

Noch ungeklärt erscheint die Frage, wie mit Wirtschaftsgütern des (nach Option nicht mehr vorhandenen) Sonderbetriebsvermögens zu verfahren ist. Diese könnten ohne Option in die Begünstigung als Betriebsvermögen einbezogen werden, stellen jedoch nach Ausübung der Option ertragsteuerlich Privatvermögen dar.



6. Fazit

Ob die Ausübung der Option sinnvoll ist, lässt sich nicht pauschal beurteilen. Erforderlich ist vielmehr eine genaue Betrachtung des Einzelfalles. Abgewogen sollte dabei nicht nur die laufende Ertragsteuerbelastung, sondern auch die steuerlichen Risiken, die im Umstellungsprozess liegen. Außerdem sollten die Kosten des Wechsels und der aufwändigeren Verwaltung einer Kapitalgesellschaft in die Betrachtung einbezogen werden. Schließlich sollte die Ausübung der Option als langfristige Entscheidung betrachtet werden, da die umwandlungsteuerliche Sperrfrist von sieben Jahren Anwendung findet.

⁹ vgl. *Schrade/Uhl-Ludäscher*, NWB-EV 6/21 S. 185.

RECHTSPRECHUNG

BERUFSRECHT

Pflichtverletzung des Notars durch Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei

BNotO § 10a, § 14 Abs. 3 S. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Der Notar verstößt gegen seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit, wenn er – jedenfalls: wiederholt – Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei vornimmt, ohne dafür sachliche Gründe vorweisen zu können. (Rn. 6)
2. Die Beurkundung in Räumen der Gemeinde kann geeignet sein, den Anschein zu begründen, der Notar stehe in einem unangemessenen Näheverhältnis zu dieser Gemeinde, und auf diese Weise die notariellen Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO verletzen. (Rn. 7)

BGH (Senat für Notarsachen),

Beschluss vom 22.03.2021 – NotSt(Brfg) 4/20

I. Tatbestand:

1 Der Kläger ist Rechtsanwalt und wurde 2011 zum Notar bestellt. In den Jahren 2016 bis 2018 beurkundete er insgesamt 38 Vereinbarungen und Erklärungen im Zusammenhang mit Grundstücksübertragungen (darunter fünf Grundschuldbestellungen und zwei Unterschriftsbeglaubigungen) in Räumlichkeiten der Gemeinde B., bei denen diese jeweils selbst Vertragspartei war. Aufgrund dessen leitete der Beklagte ein Disziplinarverfahren ein und verhängte gegen den Kläger durch Disziplinarverfügung wegen eines fahrlässigen Verstoßes gegen die sich aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO ergebende Amtspflicht, jedes Verhalten zu vermeiden, das den Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit erzeugt, eine Geldbuße von 2.500 €. Zur Begründung führte er aus, mit der planmäßigen und wiederholten Vornahme von Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei sei aus der maßgeblichen Sicht eines objektiven Beobachters der Anschein einer gewissen Abhängigkeit, vor allem aber der Anschein der Parteilichkeit zugunsten dieser Vertragspartei, hier der Gemeinde B., entstanden. Den hiergegen erhobenen Widerspruch wies die Präsidentin des Oberlandesgerichts C. zurück.

2 Mit seiner Klage begehrt der Kläger die Aufhebung der Disziplinarverfügung in Gestalt des Widerspruchsbescheids. Das Oberlandesgericht hat die Klage abgewiesen und die Berufung nicht zugelassen. Hiergegen wendet sich der Kläger mit seinem Antrag auf Zulassung der Berufung, mit der er seinen Klageantrag weiterverfolgen möchte.

II. Aus den Gründen:

3 1. Der Antrag auf Zulassung der Berufung ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg. Ein Grund zur Zulassung der Berufung (§ 124a Abs. 5 Satz 2, § 124 Abs. 2 VwGO iVm § 64 Abs. 2 BDG iVm § 105 BNotO) liegt nicht vor. Insbesondere kommt der Rechtssache – entgegen der Auffassung des Klägers – keine grundsätzliche Bedeutung zu (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) und bestehen auch keine ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO).

4 a) Der Zulassungsgrund der grundsätzlichen Bedeutung der Rechtssache (§ 124 Abs. 2 Nr. 3 VwGO) ist erfüllt, wenn es im konkreten Fall auf eine Tatsachen- oder Rechtsfrage ankommt, die über den von der ersten Instanz entschiedenen Fall hinausgeht und an deren Klärung daher im Interesse der Einheit oder der Fortbildung des Rechts auch für vergleichbare Fälle ein Interesse besteht (s. zB Senat, Beschluss vom 20. Juli 2020 – NotSt(Brfg) 2/20, RNotZ 2020, 532 Rn. 14 mwN). Diese Voraussetzungen sind nicht gegeben, wenn die Streitfrage bereits in der obergerichtlichen Rechtsprechung geklärt ist (Senat aaO). Letzteres ist hier der Fall.

5 aa) Im Ansatz zutreffend weist der Kläger darauf hin, dass die Regelung des § 10a BNotO, die den Notar hinsichtlich seiner Urkundstätigkeit grundsätzlich auf den Bezirk des Amtsgerichts, in dem er seinen Amtssitz hat, verweist, keine weiteren örtlichen Einschränkungen vorsieht (s. BVerfG, NJW 2000, 3486, 3487). Dies gilt insbesondere für die Frage, ob eine Beurkundung in der Geschäftsstelle des Notars oder außerhalb davon – innerhalb des Amtsbezirks – vorgenommen wird (BVerfG aaO). Bei der Wahl des Beurkundungsortes muss der Notar jedoch darauf achten, dass hierdurch nicht der Anschein der Abhängigkeit oder Parteilichkeit erzeugt wird (§ 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO; § 67 Abs. 2 Satz 3 Nr. 1, 2 und 9 BNotO in Verbin-

derung mit Nr. IX. 2. der Richtlinien für die Amtspflichten und sonstigen Pflichten der Mitglieder der Notarkammer C.). Daraus, dass § 10a BNotO eine Beurkundung außerhalb der Geschäftsstelle des Notars nicht untersagt, darf nicht geschlossen werden, dass diese von vornherein mit der allgemeinen Pflicht zu unabhängiger und unparteilicher Amtsführung vereinbar sei (vgl. Senat, Beschluss vom 13. November 2017 – NotSt(Brfg) 3/17, DNotZ 2018, 550 Rn. 28). Ob die Unabhängigkeit des Notars und seine Verpflichtung zur Unparteilichkeit durch Beurkundungen außerhalb der Geschäftsstelle gefährdet werden können, ist indessen eine Frage des Einzelfalls. Sofern die Gefahr des Anscheins einer Parteilichkeit des Notars entstehen könnte, hat dieser allerdings von der Auswärtsbeurkundung Abstand zu nehmen; berufswidriges Verhalten kann insoweit geahndet werden (BVerfG aaO S. 3487 f).

6 bb) Aus diesen Grundsätzen ergibt sich, dass der Notar gegen seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit verstößt, wenn er – jedenfalls: wiederholt – Beurkundungen in den Räumen einer Vertragspartei vornimmt, ohne dafür sachliche Gründe vorweisen zu können; denn durch ein solches Verhalten erweckt er aus der maßgeblichen Sicht des objektiven, mit den konkreten Gegebenheiten vertrauten Beobachters (vgl. Senat, Beschluss vom 13. November 2017 aaO) den Eindruck, den Interessen dieser Vertragspartei näher zu stehen als den Belangen der anderen Partei (so auch OLG Celle, DNotZ 2020, 227 Rn. 25 ff mwN; Zimmer, ZfIR 2019, 244, 245; BeckOK/Sander, BNotO, § 14 Rn. 70 [Stand: 1. Februar 2021]; enger: Uffmann, DNotZ 2020, 232, 235 ff, nach deren Meinung der konkret gewählte Ort der Beurkundung allein nicht ausreicht, um den bösen Schein im Sinne des § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO zu erzeugen). Dies gilt auch dann, wenn es sich bei der solchermaßen „begünstigten“ Vertragspartei um eine Gemeinde (Gebietskörperschaft) handelt, weil Gemeinden – etwa als Grundstücksverkäufer – durchaus in einem Interessengegensatz zur anderen Vertragspartei stehen können (OLG Celle aaO Rn. 28; Zimmer aaO; Sander aaO; Uffmann aaO S. 236; Raff, MittBayNot 2020, 74, 76). Die Beurkundung in Räumen der Gemeinde kann demnach geeignet sein, den Anschein zu begründen, der Notar stehe in einem unangemessenen Näheverhältnis zu dieser Gemeinde, und auf diese Weise die notariellen Amtspflichten aus § 14 Abs. 3 Satz 2 BNotO (beziehungsweise den diese Regelung konkretisierenden Richtlinien der örtlichen Notarkammer) verletzen.

7 b) Der Zulassungsgrund der ernstlichen Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils (§ 124 Abs. 2 Nr. 1 VwGO) ist nur gegeben, wenn der Antragsteller im Zulassungsverfahren einen einzelnen tragenden Rechts-

satz oder eine einzelne erhebliche Tatsachenfeststellung mit schlüssigen Gegenargumenten in Frage gestellt hat (s. zB Senat, Beschluss vom 20. Juli 2020 aaO Rn. 5 mwN). Zweifel an der Richtigkeit einzelner Rechtssätze oder tatsächlicher Feststellungen füllen den Zulassungsgrund dann nicht aus, wenn solche Zweifel nicht auch die Richtigkeit des Ergebnisses erfassen (Senat, Beschluss vom 20. Juli 2020 aaO mwN). Die hier angegriffene Entscheidung begegnet keinen solchen Bedenken.

8 aa) Im Einklang mit den vorerwähnten Grundsätzen (s.o., a) hat das Oberlandesgericht zu Recht angenommen, der Kläger habe fahrlässig seine Amtspflicht zur Vermeidung des Anscheins der Abhängigkeit oder Parteilichkeit verletzt, indem er in mindestens 31 Fällen (ohne Einbeziehung der Grundschuldbestellungen und Unterschriftsbeglaubigungen) in den Räumen der Gemeinde B. Beurkundungen vornahm, an denen die Gemeinde selbst als Vertragspartei beteiligt war. Sachliche Gründe für diese Auswärtsbeurkundung hat der Kläger nicht vorgebracht und sind auch sonst nicht ersichtlich.

9 bb) Auch im Hinblick auf die Auswahl der für das einheitliche Dienstvergehen (§ 95 BNotO) verhängten Sanktion in Gestalt einer Geldbuße (§ 97 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BNotO) und die Bemessung ihrer Höhe bestehen keine Zweifel an der Richtigkeit des angefochtenen Urteils. Auf die zutreffenden Ausführungen des Oberlandesgerichts wird insoweit Bezug genommen.

10 c) Die Berufungszulassungsgründe der besonderen tatsächlichen und rechtlichen Schwierigkeiten der Rechtsache (§ 124 Abs. 2 Nr. 2 VwGO), der Divergenz im Sinne von § 124 Abs. 2 Nr. 4 VwGO oder einen Verfahrensman gel (§ 124 Abs. 2 Nr. 5 VwGO) macht der Kläger nicht geltend; hierfür ist auch kein Anhaltspunkt ersichtlich.

ERBRECHT

Ausschluss des Ausgleichsanspruchs aus § 2057a BGB durch letztwillige Verfügung

BGB § 2057a, § 2316 Abs. 1, § 2318 Abs. 1, § 2318 Abs. 2, § 2324

Redaktionelle Leitsätze:

1. Ein Erblasser kann einen Ausgleichsanspruch aus § 2057a BGB durch letztwillige Verfügung ausschließen (Rn. 14 – 16)
2. Die Schranke des § 138 Abs. 1 BGB kann eine erbrechtliche Zurücksetzung nächster Angehöriger in dem

Bereich unterhalb der Schwelle des Pflichtteilsrechts nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen abwehren (Rn. 15).

3. Es ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht dem Umstand, dass die Erblasserin die Einsetzung des Beklagten als Alleinerben unter Ausschluss ihrer anderen beiden Kinder ausdrücklich mit dessen Pflege- und anderen Leistungen für sie begründet hat, entnommen hat, dass ein Ausgleichsanspruch nach §§ 2316, 2057a BGB ausgeschlossen sein sollte (Rn. 22 – 24).

BGH (IV. Zivilsenat),

Hinweisbeschluss vom 24.03.2021 – IV ZR 269/20

I. Tatbestand:

1 Die Parteien sind zwei der drei Kinder der am 4. Februar 2017 verwitwet verstorbenen Erblasserin. Diese hatte in ihrem notariellen Testament vom 31. August 2015 unter § 2 den Beklagten als Alleinerben eingesetzt. Weiter heißt es dort:

„Zur Begründung weise ich darauf hin, dass mein Sohn [Beklagter] seit dem Jahr 2007 meine Pflege und Betreuung übernommen hat. Hierzu führe ich im Einzelnen aus:

Ich bin seit spätestens Oktober 2007 pflegebedürftig und bedarf der häuslichen Pflege. Diese Pflege wird ausschließlich allein von meinem Sohn [Beklagter] durchgeführt, [...] Er verwaltet darüber hinaus auch das Mehrfamilienhaus und kümmert sich allein um die Grabpflege des Grabes meines verstorbenen Ehemannes.

Aus den vorgenannten Gründen sollen die beiden anderen Kinder lediglich ihren Pflichtteil erhalten, wobei ich darauf hinweise, dass mein Sohn [Kläger] zur Anrechnung auf den Pflichtteil bereits 10.000 € am 18.11.2010 erhalten hat. ...“

2 Der Nettonachlass belief sich auf 337.249,29 €. Auf die vom Kläger geltend gemachte Pflichtteilsforderung zahlte der Beklagte 14.541,55 € und lehnte eine weitere Zahlung unter Hinweis auf einen ihm zustehenden Ausgleichsanspruch aus § 2057a BGB ab. Er hatte Pflegeleistungen für die Erblasserin erbracht.

II. Aus den Gründen:

3 Mit seiner Klage hat der Kläger eine Pflichtteilszahlung von weiteren 41.666,66 € verlangt.

4 1. Das Landgericht hat ihm unter Abweisung der Klage im Übrigen 31.666,66 € nebst Zinsen zugesprochen.

Das Berufungsgericht hat die dagegen gerichtete Berufung des Beklagten zurückgewiesen.

5 2. Das Berufungsgericht hat ausgeführt, auf den Pflichtteilsanspruch des Klägers, der ein Sechstel des Nachlasses, mithin 56.208,21 €, betrage, habe der Beklagte bereits einen Teilbetrag in Höhe von 14.541,55 € geleistet und das Landgericht aufgrund der Anrechnungsbestimmung im notariellen Testament einen Betrag in Höhe von 10.000 € in Abzug gebracht, so dass ein Zahlungsanspruch in Höhe von 31.666,66 € zugunsten des Klägers verbleibe. Zu Recht habe das Landgericht eine Ausgleichspflicht gemäß §§ 2316, 2057a BGB abgelehnt. Die auch im Falle der Alleinerbschaft grundsätzlich bestehende Ausgleichspflicht wegen der erbrachten (Pflege-)Leistungen sei von der Erblasserin in ihrem notariellen Testament abbedungen worden. Eine von § 2057a BGB abweichende Testierung sei grundsätzlich möglich und hier auch erfolgt. Der Kläger habe den ihm obliegenden Beweis dafür erbracht, dass die Erblasserin entgegen der Vermutung des § 2057a BGB die Ausgleichspflicht in ihrem Testament ausgeschlossen habe. Aus dem notariellen Testament lasse sich der Wille der Erblasserin entnehmen, dass die Ausgleichung vom Beklagten erbrachter Pflegeleistungen nicht gewollt gewesen sei, auch wenn sie dies in ihrem Testament nicht ausdrücklich angeordnet habe. Für diesen Willen der Erblasserin spreche vor allem die Begründung der Einsetzung des Beklagten als ihren Alleinerben. Als Grund dafür führe sie dessen Pflegeleistungen und seine Hilfe bei der Verwaltung des zum Nachlass gehörenden Mehrfamilienhauses an. Nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme durch Vernehmung des Notars könne nicht festgestellt werden, dass die Erblasserin bei Errichtung des Testaments einen anderen Willen gehabt habe.

6 Ein Kürzungsrecht gemäß § 2318 Abs. 1 BGB stehe dem Beklagten nicht zu. Zwar stelle die Erklärung eines Erblassers, durch die die Ausgleichspflicht abbedungen werde, in der Regel ein Vermächtnis dar. Bei einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer sei allerdings gemäß § 2318 Abs. 2 BGB zu beachten, dass diesem der Pflichtteil zu verbleiben habe.

7 3. Mit der vom Berufungsgericht zugelassenen Revision erstrebt der Beklagte die Abweisung der Klage.

8 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision im Sinne von § 543 Abs. 2 ZPO liegen nicht vor; der Rechtssache kommt – anders als das Berufungsgericht gemeint hat – insbesondere keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu. Das Rechtsmittel hat auch keine Aussicht auf Erfolg (§ 552a Satz 1 ZPO).

9 1. Grundsätzliche Bedeutung einer Rechtssache im Sinne von § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO, die das Beru-

funksgericht hier angenommen hat, setzt voraus, dass die Rechtssache eine Rechtsfrage als im konkreten Fall entscheidungserheblich, klärungsbedürftig und klärungsfähig aufwirft und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (Senatsbeschlüsse vom 28. Februar 2019 – IV ZR 153/18, FamRZ 2020, 287 Rn. 9; vom 23. September 2015 – IV ZR 484/14, VersR 2016, 388 Rn. 14 m.w.N.). Klärungsbedürftig ist eine Rechtsfrage dann, wenn sie vom Bundesgerichtshof bisher nicht entschieden ist und von einigen Oberlandesgerichten unterschiedlich beantwortet wird oder in den beteiligten Verkehrskreisen umstritten ist oder wenn in der Literatur unterschiedliche Meinungen dazu vertreten werden (Senatsbeschlüsse vom 28. Februar 2019 aaO; vom 23. September 2015 aaO). Danach ist eine grundsätzliche Bedeutung hier nicht gegeben.

10 Die vom Berufungsgericht für grundsätzlich gehaltene Frage eines Ausschlusses der Ausgleichspflicht nach § 2057a BGB durch letztwillige Verfügung ist weder in der Rechtsprechung noch im Schrifttum umstritten. Nach einhelliger Ansicht der Literatur kann der Erblasser eine solche Ausgleichung durch Verfügung von Todes wegen einschränken oder ausschließen (vgl. MünchKomm-BGB/Ann, 8. Aufl. § 2057a Rn. 3; Staudinger/Löhnig, BGB (2020) § 2057a Rn. 5; Erman/Bayer, BGB 16. Aufl. § 2057a Rn. 8; Soergel/Lettmaier, BGB 14. Aufl. § 2057a Rn. 2; jurisPKBGB/Schermann, § 2057a Rn. 110 [Stand: 23. Juni 2020]; BeckOGKBGB/Rißmann, § 2057a Rn. 53 [Stand: 15. Januar 2021]; NK-BGB/EberlBorges, 5. Aufl. § 2057a Rn. 24; BeckOK BGB/Lohmann, § 2057a Rn. 1 Stand: 1. Februar 2021; Palandt/Weidlich, BGB 80. Aufl. § 2057a Rn. 1; RGRK-BGB/Kregel, 12. Aufl. § 2057a Rn. 7; Schulze/Hoeren, BGB 10. Aufl. § 2057a Rn. 2; Krätzel in Firsching/Graf, Nachlassrecht 11. Aufl. § 17 Rn. 56; Flechtner in Burandt/Rojahn, Erbrecht 3. Aufl. § 2057a BGB Rn. 6; Lange/Kuchinke, Erbrecht 5. Aufl. S. 323; W. Kössinger/Najdecki in Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung 6. Aufl. § 2 Rn. 251; Fröhler, BWNöZ 2010, 94, 98; Damrau, FamRZ 1969, 579, 581). Entgegen der Darstellung der Revision gibt es eine Äußerung in der Literatur nur gegen einen Ausschluss von § 2057a BGB mit pflichtteilsrechtlicher Wirkung; insoweit wird die Sittenwidrigkeit als Grenze einer solchen Verfügung des Erblassers angesehen (vgl. Staudinger/Otte, BGB (2015) § 2316 Rn. 9).

11 Hiervon abweichende Rechtsprechung ist nicht erkennbar. Der Senat hat dazu nur entschieden, dass gemäß § 2057a BGB auch der zum Alleinerben eingesetzte Abkömmling Ausgleichung seiner besonderen Leistungen gegenüber Pflichtteilsansprüchen anderer Abkömmlinge geltend machen kann (vgl. Senatsurteile vom

22. April 1998 – IV ZR 162/97, BGHR BGB § 2057a Bemessung 1 (Gründe) unter 2 c [juris Rn. 13]; vom 9. Dezember 1992 – IV ZR 82/92, NJW 1993, 1197 unter I 2 c [juris Rn. 10]). Diese Entscheidungen betrafen dagegen keinen Ausschluss des Ausgleichsanspruchs durch letztwillige Verfügung. Ein solcher hat auch die veröffentlichte Rechtsprechung im Übrigen nie beschäftigt.

12 Weitere Gründe, die eine Zulassung rechtfertigen könnten, sind ebenfalls nicht ersichtlich.

13 2. Das Rechtsmittel des Beklagten hat auch keine Aussicht auf Erfolg. Das Berufungsgericht hat die Berufung rechtsfehlerfrei zurückgewiesen.

14 a) Ohne Erfolg wendet sich die Revision dagegen, dass das Berufungsgericht in Übereinstimmung mit der allgemeinen Ansicht davon ausgegangen ist, der Erblasser könne einen Ausgleichsanspruch aus § 2057a BGB durch letztwillige Verfügung ausschließen.

15 aa) Entgegen der Ansicht der Revision begründet § 2057a BGB, den § 2316 Abs. 1 BGB in das Pflichtteilsrecht überträgt, kein Recht des besonderen Leistungen erbringenden Abkömmlings am Nachlass oder einen Anspruch gegenüber dem Erblasser, in das oder den dieser nicht eingreifen dürfte. Daher spielt es, anders als die Revision annimmt, auch keine Rolle, ob der Erblasser bevor oder nachdem er besondere Leistungen eines Abkömmlings empfangen hat, den Ausgleichsanspruch durch letztwillige Verfügung ausschließt. § 2057a BGB gehört vielmehr zu den die Auseinandersetzung unter Miterben betreffenden Regelungen nach den §§ 2050 ff. BGB, wie bereits die Stellung dieser Norm im Gesetz zeigt (vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 1991 – X ARZ 11/91, FamRZ 1992, 167 unter II [juris Rn. 5]). Der Gesetzgeber wollte mit der Vorschrift gerade die Fälle erfassen, in denen mangels letztwilliger Verfügung gesetzliche Erbfolge eintritt und daher ein Kind, das solche Leistungen erbracht hat, keinen Ausgleich erhält (vgl. BT-Drucks. zu V/4179, 6). Wie der Gesetzgeber im Rahmen der Überarbeitung des § 2057a BGB durch das Gesetz zur Änderung des Erb- und Verjährungsrechts vom 24. September 2009 ausgeführt hat, gehen die §§ 2050 ff. und § 2057a BGB von der Vermutung aus, der Erblasser habe in den dort geregelten Fällen die Ausgleichung gewollt (vgl. BT-Drucks. 16/8954, 18). Für eine solche Vermutung ist aber kein Raum, wenn sich der Erblasser durch eine Verfügung von Todes wegen eindeutig geäußert und das Erbe nicht der gesetzlichen Erbfolge entsprechend aufgeteilt hat (BT-Drucks. aaO). Im Rahmen einer letztwilligen Verfügung hat es der Erblasser in der Hand, Pflegeleistungen z.B. durch Zuwendung eines erhöhten Erbteils oder eines Vermächtnisses an den Pflegenden zu honorieren (BT-Drucks. aaO).

16 bb) Soweit § 2316 Abs. 1 BGB für die Berechnung des Pflichtteils auf § 2057a BGB verweist, gilt entgegen der Ansicht der Revision nichts anderes. Der Zweck des § 2316 BGB, wie ihn der Senat in seinem Urteil vom 9. Dezember 1992 (IV ZR 82/92, NJW 1993, 1197) dargelegt hat, ist darauf gerichtet sicherzustellen, dass unter Abkömmlingen der Berechnung des Pflichtteils der gesetzliche Erbteil in der Gestalt zugrunde gelegt wird, die er im Falle der gesetzlichen Erbfolge unter Berücksichtigung der „Einwurfungsposten“ nach den für die Ausgleichungspflicht geltenden Grundsätzen erhält (vgl. Senatsurteil vom 9. Dezember 1992 aaO unter I 2 c [juris Rn. 11]). Damit knüpft § 2316 Abs. 1 BGB an die nach § 2057a BGB ausgleichspflichtigen Leistungen an, so dass auch ein Ausschluss der Ausgleichung durch den Erblasser grundsätzlich auch dort wirkt. Allein der hier nicht einschlägige § 2316 Abs. 3 BGB beschränkt das Recht des Erblassers, die in § 2316 Abs. 1 BGB genannten Zuwendungen und Leistungen von der Berücksichtigung auszuschließen. Nachdem die Erblasserin laut den Feststellungen des Berufungsgerichts eine Ausgleichung der von ihrem Alleinerben erbrachten Leistungen nach § 2057a BGB ausgeschlossen hat, stellen sich entgegen der Ansicht der Revision keine Fragen einer Ausschließung zum Nachteil eines von der Erbfolge ausgeschlossenen Pflichtteilsberechtigten.

17 cc) Entgegen der Ansicht der Revision ist es auch nicht sittenwidrig, dass die Erblasserin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts einen Anspruch des Beklagten auf Ausgleichung gemäß §§ 2316, 2057a BGB ausgeschlossen hat. Die Schranke des § 138 Abs. 1 BGB kann eine erbrechtliche Zurücksetzung nächster Angehöriger in dem Bereich unterhalb der Schwelle des Pflichtteilsrechts nur in besonders schwerwiegenden Ausnahmefällen abwehren (vgl. Senatsurteile vom 21. März 1990 – IV ZR 169/89, BGHZ 111, 36 unter II 2 a [juris Rn. 18]; vom 10. November 1982 – IVa ZR 83/81, NJW 1983, 674 unter II [juris Rn. 29]). Ein solcher Ausnahmefall liegt hier nicht vor. Vielmehr hat der Beklagte nach den Feststellungen des Berufungsgerichts anstelle eines Anspruchs aus § 2057a BGB einen anderen Ausgleich für seine Leistungen erhalten, indem er als Alleinerbe eingesetzt wurde.

18 Im Übrigen ist ein Erblasser auch weder zu einer Gleichbehandlung seiner Abkömmlinge verpflichtet, wie die Revision annimmt (vgl. BVerfGE 112, 332 unter C I 1 b [juris Rn. 62]), noch könnten solche Fragen in diesem Fall auf Seiten des Beklagten überhaupt eine Rolle spielen, da er gerade unter Ausschluss seiner Geschwister als Alleinerbe eingesetzt worden ist.

19 b) Entgegen der Ansicht der Revision hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei festgestellt, dass die Erb-

lasserin in ihrem Testament vom 31. August 2015 einen Ausgleichungsanspruch des Beklagten für seine Leistungen aus §§ 2316, 2057a BGB ausgeschlossen hat.

20 aa) Die Aufgabe der Testamentsauslegung ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann mit der Revision nur angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 – IV ZB 30/18, NJW 2019, 2317 Rn. 21 m.w.N.; st. Rspr.). Nach diesem Prüfungsmaßstab ist die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden.

21 bb) Bei der Testamentsauslegung ist vor allem der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 aaO Rn. 15 m.w.N.). Dieser Aufgabe kann der Richter nur dann voll gerecht werden, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränkt. Der Wortsinn der benutzten Ausdrücke muss gewissermaßen „hinterfragt“ werden, wenn dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung getragen werden soll (Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 aaO). Wenn der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament aber auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers daher unbeachtlich (vgl. Senatsbeschluss vom 19. Juni 2019 aaO Rn. 17).

22 Nach diesen Grundsätzen hat das Berufungsgericht in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise festgestellt, dass die Erblasserin einen Ausgleichungsanspruch des Beklagten für seine erbrachten Leistungen ausschließen wollte und dieser Wille in ihrem Testament auch zum Ausdruck kam. Entgegen der Ansicht der Revision hat es dem Umstand, dass die Erblasserin die Einsetzung des Beklagten als Alleinerben unter Ausschluss ihrer anderen beiden Kinder ausdrücklich mit dessen Pflege- und anderen Leistungen für sie begründet hat, entnehmen können, dass damit die Leistungen mit der Erbschaft abschließend kompensiert werden sollten und ein darüber noch hinausgehender Ausgleichungsanspruch ausgeschlossen sein sollte. Eine über den reinen Wortlaut hinausgehende Erforschung des Willens der Erblasserin hat es dem Berufungsgericht erlaubt, diese Feststellung auch ohne die Bezeichnung des Ausgleichungsanspruchs und ohne dessen ausdrücklichen Ausschluss zu treffen.

23 Soweit die Revision geltend macht, die zum Hintergrund der Alleinerbeneinsetzung des Beklagten angegebenen Leistungen bezeichneten nur die Motive der Erblasserin, ist dies nur der Versuch, dieser Würdigung der Fallumstände ihre eigene, vermeintlich bessere Würdi-

gung entgegenzusetzen. Eine revisionsrechtlich unbeachtliche eigene Würdigung der Fallumstände nimmt die Revision weiter vor, soweit sie geltend macht, aus dem Fehlen testamentarischer Beschränkungen für den Beklagten bei der Verfügung über den Nachlass sei zu folgern, dass er nach dem Willen der Erblasserin den Pflichtteilsberechtigten auch einen Ausgleichungsanspruch nach den §§ 2316, 2057a BGB entgegenhalten könne.

24 Entgegen der Ansicht der Revision beruht das Berufungsurteil auch nicht auf einer Verkennung der Darlegungs- und Beweislast. Das Berufungsgericht hat – wenn auch missverständlich formuliert – den in der Testamentsurkunde zum Ausdruck gekommenen Willen der Erblasserin, einen Ausgleichungsanspruch auszuschließen, positiv festgestellt und insoweit nicht aufgrund von Vermutungsregeln entschieden.

25 cc) Bei seiner Auslegung des Testaments hat das Berufungsgericht entgegen der Revisionsrüge nicht das Recht des Beklagten auf rechtliches Gehör verletzt. Es hat insoweit keinen entscheidungserheblichen Parteivortrag übergegangen. Der Inhalt der früheren Testamente der Erblasserin aus den Jahren 2004 und 2005, in denen sie laut Beklagtenvortrag zu einem Zeitpunkt, zu dem sie noch nicht pflegebedürftig gewesen sei, eine Beteiligung des Klägers und ihrer Tochter am Nachlass vorgesehen habe, entspricht gerade der Annahme des Berufungsgerichts, dass die danach erfolgten Pflegeleistungen des Beklagten durch dessen Alleinerbeneinsetzung im späteren Testament entgolten werden sollten. Dass die Erblasserin mit ihrer neuen Verfügung darüber hinaus habe sicherstellen wollen, dass die Geschwister des Beklagten nicht mehr als im Rahmen des Pflichtteilsrechts unbedingt erforderlich an ihrem Nachlass teilhätten, ist dagegen nur eine abweichende Würdigung des im letzten Testament zum Ausdruck gekommenen Willens, die nicht der des Berufungsgerichts entspricht.

26 dd) Entgegen der Ansicht der Revision lässt die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts revisionsrechtlich beachtliche Fehler nicht erkennen. Die Aussage des beurkundenden Notars als Zeuge hat das Berufungsgericht dahin gewürdigt, dass sich aus seinen Angaben nicht der Wille der Erblasserin ergebe, entgegen dem Inhalt des Testaments, wie das Berufungsgericht ihn insbesondere anhand seines Wortlauts festgestellt hat, neben der Alleinerbeneinsetzung auch einen Ausgleichungsanspruch des Beklagten für die von ihm erbrachten Leistungen bestehen zu lassen. Das Berufungsgericht hat sich durch die Aussage des Notars, er hätte es seiner ständigen Übung entsprechend in der Akte notiert, wenn bei der Beurkundung eine Ausgleichungspflicht oder deren Ausschluss erwähnt worden wären, nicht davon überzeugen lassen, dass dies angesichts

der umfangreichen Begründung der Erbeinsetzung im Testamentstext auch hier der Fall gewesen wäre. Dies ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden; soweit die Revision den Vortrag des Beklagten durch die Angaben des Notars als eindeutig bestätigt ansieht, versucht sie lediglich, die Beweiswürdigung des Berufungsgerichts durch eine eigene zu ersetzen.

27 c) Ebenso wenig hat die Revision Erfolg, soweit sie sich gegen die Ansicht des Berufungsgerichts wendet, dem Beklagten stehe kein Recht auf Kürzung des Klageanspruchs aus § 2318 Abs. 1 Satz 1 BGB zu.

28 Das Berufungsgericht ist davon ausgegangen, dass der Ausschluss des Ausgleichungsanspruchs aus § 2057a BGB durch die Erblasserin ein Vermächtnis – zugunsten der anderen Abkömmlinge – darstellen könnte (vgl. MünchKomm-BGB/Ann, 8. Aufl. § 2057a Rn. 3; Staudinger/Löhnig, BGB (2020) § 2057a Rn. 5). Dies zugrunde legend hat es zutreffend angenommen, ein gegen einen solchen Vermächtnisanspruch des Klägers gerichtetes Kürzungsrecht des beklagten Erben aus § 2318 Abs. 1 Satz 1 BGB sei hier gemäß § 2318 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, da der Kläger nur seinen Pflichtteil geltend macht. Einem pflichtteilsberechtigten Vermächtnisnehmer gegenüber ist die Kürzung seines Vermächtnisses gemäß § 2318 Abs. 2 BGB soweit zulässig, dass ihm der Pflichtteil verbleibt (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 1965 – III ZR 119/63, VersR 1965, 608 unter 1). Entgegen der Ansicht der Revision gilt nach dieser zwingenden Vorschrift (§ 2324 BGB) auch nichts anderes, wenn das Vermächtnis des Pflichtteilsberechtigten in einem Ausschluss des Ausgleichungsanspruchs nach §§ 2316, 2057a BGB besteht.

Inhaltliche Anforderungen an das notarielle Nachlassverzeichnis

BGB § 2314 Abs. 1 S. 3;

BeurkG § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 2; ZPO § 91

Amtliche Leitsätze:

1. Nochmals: Der Notar, der ein Nachlassverzeichnis aufzunehmen hat, ist regelmäßig auch zur selbständigen Ermittlung der aufzunehmenden Gegenstände und Forderungen verpflichtet. Ein Verzeichnis, das sich lediglich auf die Beurkundung von Angaben des Erben gegenüber dem Notar beschränkt, erfüllt die Anforderungen nicht. (Rn. 13)

2. Inwieweit der Notar bei Erstellung eines notariellen Nachlassverzeichnisses zur Durchsicht von Kontounter-

lagen verpflichtet ist, insbesondere um zu prüfen, ob im Verwendungszweck „Schenkung“ oder eine ähnliche Formulierung gebraucht ist, oder ob er die Kontoauszüge auf Auffälligkeiten überprüfen muss, die für eine Schenkung sprechen, lässt sich nur für den konkreten Einzelfall bestimmen. (Rn. 18)

OLG Celle (6. Zivilsenat),
Beschluss vom 25.03.2021 – 6 U 74/20

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin macht durch eine isolierte Auskunftsklage als Pflichtteilsberechtigte einen Auskunftsanspruch durch Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses geltend.

2 Am 6. Februar 2018 verstarb die gemeinsame Mutter der Parteien. Der Beklagte ist testamentarischer Alleinerbe.

3 Mit Anwaltsschreiben vom 13. März 2018 (Anlagenband Klägerin) verlangte die Klägerin vom Beklagten Auskunft durch Vorlage eines geordneten Bestandsverzeichnisses über den Nachlass sowie Auskunft über mögliche „Vorschenkungen“ der Erblasserin.

4 Mit Anwaltsschreiben vom 15. Mai 2018 (Anlagenband Klägerin) verlangte sie die Vorlage eines notariellen Nachlassverzeichnisses. Mit weiterem Anwaltsschreiben vom 24. Juli 2018 (Anlagenband Klägerin) konkretisierte die Klägerin ihre Anforderungen an das zu erstellende notarielle Nachlassverzeichnis.

5 Der Notar C. erstellte unter dem 1. März 2019 zur UR-Nr. 80/19 ein „notarielles Nachlassverzeichnis“, in dem niedergelegt wurde, welche Angaben der Beklagte zum Nachlass der Erblasserin zum Zeitpunkt des Todes machte (Anlagenband Klägerin). Danach hat der Beklagte nach seinen Angaben am 23. Februar 2017 eine Schenkung der Erblasserin in Höhe von 50.000 € erhalten. Außerdem heißt es, weitere Guthaben/Konten als die mit der Nr. ... und das Sparkonto ... (Mietsicherheit), H. V., seien nicht vorhanden. Beigefügt wurden insbesondere Kontoauszüge für das Konto 259 783 70.. der Erblasserin bei der H. V..

6 Unter dem 20. November 2019 ergänzte der Notar zur UR-Nr. 501/19 (Anlagenband Beklagter) das „notarielle Nachlassverzeichnis“ durch die Erklärung des Beklagten, dass er andere Zuwendungen und Schenkungen zu Lebzeiten seiner Mutter als in dem Nachlassverzeichnis angeführt, nicht erhalten habe.

7 Mit am 11. November 2020 verkündetem Urteil hat die Einzelrichterin der 12. Zivilkammer des Landgerichts Hannover die Klage abgewiesen.

8 Der Antrag der Klägerin sei dahingehend auszulegen, dass sie nicht die Vorlage eines neu angefertigten notariellen Nachlassverzeichnisses begehre, sondern vielmehr eine Ergänzung um die im Schriftsatz vom 17. September 2020 angekündigten Fragen.

9 Im Grundsatz könne keine Ergänzung verlangt werden. Ein Ausnahmefall liege nicht vor. Eine Unrichtigkeit sei nicht ersichtlich. Der Notar sei kein Detektiv; ohne konkrete Anhaltspunkte müsse er nicht in alle Richtungen ermitteln. Der Notar habe nicht jede Barabhebung der Erblasserin in das Nachlassverzeichnis als mögliche Schenkung aufnehmen müssen. Zu berücksichtigen sei auch, wie transparent der Erbe von Anfang an hinsichtlich der Darstellung des Nachlasses vorgegangen sei.

10 Gegen das Urteil wendet sich die Klägerin mit ihrer Berufung. Das Nachlassverzeichnis erfülle die Anforderungen nicht. Einige Konten der Erblasserin seien dort gar nicht wiedergegeben worden, weil sie der Beklagte dem Notar nicht bekannt gegeben habe. Nicht ausreichend sei, dass der Beklagte nach dem Hinweis der Klägerin im Schriftsatz vom 27. Mai 2020 versucht habe, Erklärungen zu diesen Konten abzugeben. Sie lege aber Wert darauf, dass insoweit der Notar die Verantwortung übernehme. Dieser habe Informationen von Seiten der H. V. einzuholen.

11 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Beklagte der Klägerin eine umfassende unwiderrufliche Vollmacht erteilt, selbst Auskünfte bei der H. V. einzuholen. Im Anschluss daran haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt erklärt.

II. Aus den Gründen:

12 Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt hatten, war nach § 91 a Abs. 1 Satz 1 ZPO über die Kosten des Rechtsstreits „unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstandes nach billigem Ermessen“ zu entscheiden. Dies führte dazu, diese Kosten in entsprechender Anwendung des § 92 Abs. 1 ZPO gegeneinander aufzuheben.

13 1. Unzweifelhaft stehen der Klägerin grundsätzlich die Ansprüche aus § 2314 Abs. 1 BGB zu. Die Anforderungen an ein notarielles Nachlassverzeichnis sind in ihren wesentlichen Grundzügen auch längst geklärt.

„Das notarielle Nachlassverzeichnis gemäß § 2314 Abs. 1 Satz 3 BGB soll eine größere Gewähr für die Vollständigkeit und Richtigkeit der Auskunft bieten als ein privates Verzeichnis, welches der auskunftsverpflichtete Erbe erstellt hat. Dazu ist es erforderlich, dass es von der Amtsperson selbst erstellt wird und diese nicht le-

diglich die Erläuterungen des Erben protokolliert und beurkundet. Der Notar ist dabei regelmäßig auch zur selbständigen Ermittlung der aufzunehmenden Gegenstände und Forderungen berechtigt und verpflichtet, er muss zudem durch eine Bestätigung des Bestandsverzeichnisses als von ihm aufgenommen zum Ausdruck bringen, für den Inhalt verantwortlich zu sein (...). Ein Verzeichnis, das sich inhaltlich lediglich auf die dem Notar seitens des Erben vorgelegte Auflistung beschränkt und nicht eine eigenständige Feststellung des Notars dazu enthält, dass weitere Nachlassgegenstände nicht vorhanden und weitere Verbindlichkeiten nicht festzustellen seien, erfüllt daher die Anforderungen nicht“ (BVerfG, 1 BvR 2423/14, Nichtannahmebeschluss vom 25. April 2016, Rn. 3 bei juris).

14 2. Der Anspruch der Klägerin auf ein notarielles Nachlassverzeichnis ist durch das vorliegende notarielle Nachlassverzeichnis und dessen Ergänzung nicht erfüllt worden. Beide Urkunden enthalten im Wesentlichen lediglich eine Beurkundung einer Erklärung des Beklagten. Beim notariellen Nachlassverzeichnis geht es aber nicht um die Beurkundung einer Willenserklärung im Sinne von §§ 6 ff. BeurkG, sondern um einen Bericht über eigene Wahrnehmungen des Notars im Sinne von § 37 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 BeurkG.

15 Vier Konten der Erblasserin bei der H. V. sind in dem notariellen Nachlassverzeichnis unerwähnt geblieben. Das notarielle Nachlassverzeichnis vom 1. März 2019 erwähnt lediglich ein weiteres Konto, dies freilich ebenfalls bei der H. V.. Hätte der Notar seine Pflichten bei der Erstellung des notariellen Nachlassverzeichnisses ernst genommen, sich nicht allein auf die Angaben des Beklagten verlassen, sondern eigene Ermittlungen angestellt, und zwar diejenigen, die ein objektiver Dritter in der Lage des Gläubigers für erforderlich halten würde (vgl. BGH, IV ZR 193/19, Beschluss vom 20. Mai 2020, zit. nach juris), hätte er bei der V. nach weiteren Konten fragen müssen und hätte aller Voraussicht nach die nunmehr bekannt gewordenen Konten in das Nachlassverzeichnis aufgenommen und sich (erst) damit seinen Gebührenanspruch „verdient“ (vgl. BGH, IX ZR 434/00, Urteil vom 17. Januar 2002, zit. nach juris).

16 Dabei war es dem Notar nicht von vornherein verwehrt, das Wissen des beklagten Erben sowie das in seiner Person vorhandene Aufklärungspotenzial in der Weise zu nutzen, dass er den Beklagten auffordert, eigene Auskunftsansprüche gegenüber Geldinstituten bzw. sonstigen Dritten durchzusetzen (vgl. BGH, IV ZR 193/19, Urteil vom 20. Mai 2020, Rn. 9 bei juris). Dass der Notar dies getan hat, ist aber gerade nicht ersichtlich.

17 3. Zweifelhaft ist der Anspruch der Klägerin dessen ungeachtet geblieben, und zwar aus zwei Gründen.

Zum einen besteht nunmehr auf der Grundlage des Schreibens der H. V. vom 24. Februar 2020 (Anlagenband Beklagter) Kenntnis von den Konten. Darüber hinaus hat die V. mit Schreiben vom 2. Juli 2020 (Anlagenband Beklagter) Unterlagen zu diesen Konten vorgelegt. Diese sind mittlerweile auch der Klägerin bekannt. Insoweit kann es nur noch darum gehen, wie die Klägerin in ihrer Berufungsbegründung an sich durchaus zutreffend vorträgt, die durch den Notar vermittelte Sicherheit insoweit zu bekommen. Der weitere Aspekt ist aber, dass die Anträge aus der Berufungsbegründung dahin gehen, dass der Notar hinsichtlich der vier Konten die Frage beantworten soll, ob sich aus der Einsicht in die Umsätze Hinweise auf Schenkungen pp. ergeben. Was der Notar genau tun soll, bleibt damit eher unklar. Soll er eine ihm an sich nicht obliegende Würdigung vornehmen, die die Klägerin, soweit ihr die Unterlagen vorliegen, auch selbst vornehmen kann? Darauf ist die Klägerin vor der mündlichen Verhandlung hingewiesen worden.

18 Inwieweit der Notar zur Durchsicht von Kontounterlagen verpflichtet ist, insbesondere um zu prüfen, ob im Verwendungszweck „Schenkung“ oder eine ähnliche Formulierung gebraucht ist, oder ob er die Kontoauszüge auf Auffälligkeiten überprüfen muss, die für eine Schenkung sprechen, kann der Senat vorliegend dahinstehen lassen; schwierige Rechtsfragen sind in dem Verfahren nach § 91 a ZPO wegen der nur noch summarischen Prüfung im Hinblick auf den zu prognostizierenden Ausgang des Rechtsstreits ohne Eintritt der Erledigung nicht zu klären (vgl. nur OLG Celle, 13 U 60/12, Beschluss vom 15. Oktober 2012, Rn. 6 bei juris m. w. N.).

19 Zwar darf nicht aus den Augen verloren werden, dass § 2314 BGB es dem Pflichtteilsberechtigten ermöglichen soll, sich die notwendigen Kenntnisse zur Bemessung seines Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. Die Pflichten des Erben und des Notars werden sich aber in vielen Fällen nur im konkreten Einzelfall bestimmen lassen. Allgemein gilt, dass die Verpflichtung des Erben zur Mitwirkung an der Aufnahme des notariellen Nachlassverzeichnisses sich danach richtet, in welchem Umfang diese Mitwirkung für die ordnungsgemäße Aufnahme des Verzeichnisses erforderlich ist. Danach erscheint es dem Senat vertretbar und angemessen, dass der Notar die Pflicht zur Durchsicht von Kontounterlagen auf den Erben delegiert, jedenfalls solange nicht der Pflichtteilsberechtigte bestimmte Auffälligkeiten benennen kann, die den Notar zu eigener Ermittlung insoweit veranlassen können. Es lässt sich aber nicht in allgemeingültiger Weise sagen, dass der Notar zur Durchsicht von Kontounterlagen in keinem Fall verpflichtet sein könnte (vgl.

OLG Koblenz, 2 W 495/13, Beschluss vom 18. März 2014, juris). Im Sinne einer Faustformel wird sich sagen lassen, dass die Pflichten des Notars umso weiter reichen, je konkreter die Hinweise des Pflichtteilsberechtigten auf pflichtteilsrelevante Vorgänge sind oder je mehr solche Hinweise sich aus Unterlagen oder sonst dem Notar bekannten Umständen ergeben. Rechtliche Würdigungen soll und darf aber der Erbe ebenso wie der Notar nicht vorwegnehmen (OLG Hamburg, 2 U 29/15, Urteil vom 28. September 2016, Rn. 61 bei juris).

20 Dabei ging es jedenfalls bis zur mündlichen Verhandlung nur noch um diese vier Konten. Zwar ist der Antrag darauf nicht ausdrücklich beschränkt, auch wenn man darüber streiten kann, was mit „unter besonderer Berücksichtigung“ gemeint sein soll. Aber die Klagabweisung über diese vier Anträge hinaus dürfte mit der Berufungsbegründung nicht angefochten worden sein.

Bejahung der Auskunftsstufe in der Berufungsinstanz bei vollständiger Klagabweisung in erster Instanz – Anforderungen an einen Pflichtteilsverzicht

BGB § 397 Abs. 1, § 2303, § 2314 Abs. 1 S. 1, § 2317;
ZPO § 538 Abs. 2 S. 1 Nr. 4

Amtliche Leitsätze:

1. Wird vom erstinstanzlichen Gericht bei einer Stufenklage der Auskunftsanspruch unzutreffend verneint und die Klage deshalb insgesamt abgewiesen, gibt das Berufungsgericht aber dem Auskunftsanspruch statt, dann darf das Berufungsgericht in entsprechender Anwendung von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO auf Antrag einer Partei das Verfahren zur Entscheidung in der Leistungsstufe an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen. (Rn. 16)
2. Der Verzicht auf den bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch ist ein erst nach dem Erbfall zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten geschlossener Erlassvertrag nach § 397 BGB. Er bewirkt, dass der mit dem Erbfall entstandene Anspruch auf den Pflichtteil erlischt. (Rn. 4)
3. Der Erlass setzt den unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willen voraus, auf eine Forderung – hier den Pflichtteilsanspruch – zu verzichten. An die Feststellung eines solchen Willens sind dabei strenge Anforderungen zu stellen. (Rn. 5)

4. Selbst bei scheinbar eindeutigen Erklärungen darf ein Erlass erst angenommen werden, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt worden sind. (Rn. 5)

OLG Rostock (3. Zivilsenat),
Urteil vom 28.05.2020 – 3 U 7/19

Aus den Gründen:

1 Die zulässige Berufung des Klägers hat Erfolg. Dem Kläger steht ein Anspruch auf die von ihm begehrte Auskunft gemäß § 2314 BGB zu.

2 1) Der Kläger ist der leibliche Sohn der Erblasserin. Da der Kläger aufgrund des gemeinschaftlichen Testaments der Erblasserin und des Beklagten von der Erbfolge ausgeschlossen worden ist, steht ihm gemäß § 2303 BGB ein Pflichtteil am Nachlass zu. Weil dessen Höhe vom Wert des Nachlasses abhängig ist, hat er als Pflichtteilsberechtigter (der nicht Erbe ist) grundsätzlich einen Anspruch auf Auskunft über den Bestand des Nachlasses gegenüber dem Erben (§ 2314 Abs. 1 S. 1 BGB).

3 Entgegen der Auffassung des Landgerichts besteht dieser Anspruch auch weiterhin, da der Kläger nicht auf seinen Pflichtteilanspruch „verzichtet“ hat.

4 Der Verzicht auf den – wie hier – bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch ist ein erst nach dem Erbfall zwischen dem Erben und dem Pflichtteilsberechtigten geschlossener Erlassvertrag nach § 397 BGB. Er bewirkt, dass der mit dem Erbfall entstandene Anspruch auf den Pflichtteil (§ 2317 BGB) erlischt (vgl. Staudinger - Schotten, BGB, (2016) Einl. zu §§ 2346 – 2352, Rn.35; Palandt - Weidlich, BGB, 79. Aufl., § 2346, Rn.14 m. w. N.).

5 Der Erlass setzt den unmissverständlichen rechtsgeschäftlichen Willen voraus, auf eine Forderung – hier den Pflichtteilsanspruch – zu verzichten. An die Feststellung eines solchen Willens sind dabei strenge Anforderungen zu stellen. Es ist ein Erfahrungssatz, dass ein Erlass nicht zu vermuten und im Zweifel eng auszulegen ist (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 397, Rn. 6). Selbst bei scheinbar eindeutigen Erklärungen darf ein Erlass erst angenommen werden, wenn sämtliche relevanten Begleitumstände berücksichtigt worden sind (vgl. Palandt - Grüneberg, a. a. O.).

6 Ein solcher Erlassvertrag nach § 397 Abs. 1 BGB ist vorliegend nach Auffassung des Senats nicht geschlossen worden. Der hierfür als Schuldner darlegungs- und beweispflichtige Beklagte (vgl. Palandt - Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 397, Rn. 13) hat einen „Erlass/Verzicht“ des Klägers weder hinreichend dargelegt noch bewiesen.

7 a) Der Beklagte behauptet zwar, dass der Kläger anlässlich eines Treffens der Parteien am 29.12.2016 in der Gaststätte „Hermes“ in Schwerin einen solchen „Erlass/Verzicht“ erklärt haben soll. Es fehlt insoweit indes bereits jeglicher Vortrag, was seinerzeit zwischen den Parteien konkret besprochen worden ist bzw. was der Kläger genau gesagt haben soll, um tatsächlich von einem endgültigen „Erlass/Verzicht“ auf die entstandenen Pflichtteilsansprüche durch den Kläger ausgehen zu können. Soweit der Beklagte behauptet, dass der Kläger erklärt habe:

„ ... Ich habe alles gesehen und möchte nichts mehr sehen. Die Sache ist für mich abgeschlossen. ...“;

ist hierin unter Berücksichtigung der engen Auslegung an einen diesbezüglichen Willen nach Auffassung des Senats jedenfalls kein endgültiger „Erlass/Verzicht“ des Klägers auf seinen bereits entstandenen Pflichtteilsanspruch zu sehen.

8 b) Der diesbezüglichen Behauptung des Beklagten steht zudem sein eigenes Verhalten entgegen.

9 aa) Wenn der Beklagte selbst tatsächlich von einem „Erlass/Verzicht“ des Klägers auf seine Pflichtteilsansprüche am 29.12.2016 in der Gaststätte „Hermes“ ausgegangen wäre, wäre nicht erklärlich, warum der Beklagte dem Kläger dann noch unter dem 18.05.2017 per E-Mail u.a. die Jahresabschlussberichte für die Physiotherapiepraxis (der Erblasserin) für die Jahre 2011 bis 2014 übersandt und hierbei auch noch die (nachträgliche) Zusendung des Jahresabschlusses 2010 einschließlich der Betriebsprüfung angekündigt hat.

10 Soweit der Beklagte dies (nachträglich) damit zu rechtfertigen versucht, dass die Übersendung der Unterlagen infolge einer Anfrage des interessierten Klägers zu der betriebswirtschaftlichen Entwicklung der Physiotherapiepraxis und dem familiär verstandenen Anstand des Beklagten erfolgt sei, erschließt sich dies dem Senat nicht. Abgesehen davon, dass ein plötzliches Interesse des Klägers an der wirtschaftlichen Entwicklung der Physiotherapiepraxis bei einem vorangegangenen „Erlass/Verzicht“ seines Pflichtteilsanspruchs bereits nicht erklärlich wäre, sollen dem Kläger nach dem Vortrag des Beklagten unmittelbar vor dem Termin in der Gaststätte „Hermes“ in der Kanzlei des Beklagten bereits sämtliche die Physiotherapiepraxis betreffende Unterlagen vorgelegt und deren Inhalt mit dem Kläger besprochen worden sein. Wären dem Kläger indes sämtliche Unterlagen der Physiotherapiepraxis bereits vorgelegt worden, ist für den Senat nicht nachvollziehbar, warum dem Kläger dann noch einmal die Jahresabschlussberichte übersandt worden sind, zumal die angeblich umfassende Einsicht in sämtliche Unterlagen doch auch der Grund dafür gewesen sein soll, dass der Kläger den „Erlass/Verzicht“ erklärt hat, da er durch die Einsicht in diese Unterlagen ver-

meintlich erkannt haben soll, dass der Nachlass insoweit überschuldet gewesen sei.

11 Der Beklagte kann auch nicht damit durchdringen, dass seine E-Mail vom 18.05.2017 an den Kläger verspätet von diesem in das Verfahren eingebracht worden sei. Die E-Mail ist dem Landgericht noch vor der mündlichen Verhandlung vom 19.10.2018 mit Schriftsatz vom 17.10.2018 (am gleichen Tag) zugesandt und in der mündlichen Verhandlung dann dem Beklagten im Original übergeben worden. Der Beklagte hat in jenem Termin keine Verspätung gerügt, sondern sogar Schriftsatznachlass hierauf beantragt – und erhalten.

12 bb) Darüber hinaus ist für den Senat nicht erklärlich, warum der Beklagte auf Aufforderung des Klägers noch mit Schreiben vom 31.07.2017 ausdrücklich auf die Einrede der Verjährung hinsichtlich der Pflichtteilsansprüche bis zum 31.08.2017 verzichtet hat, wenn diese aufgrund eines vorangegangenen „Erlass/Verzicht“ des Klägers gar nicht mehr bestanden haben sollen. Eine plausible Erklärung hierfür hat der Beklagte selbst nach Vorhalt des Senats in der mündlichen Verhandlung vom 13.02.2020 nicht abgeben können.

13 cc) Im Übrigen ist für den Senat bereits nicht nachvollziehbar, dass der Kläger allein auf Grund der angeblichen Vorlage der Unterlagen der Physiotherapie der Erblasserin einen „Erlass/Verzicht“ erklärt haben soll, da sich der Nachlass der Erblasserin nicht hierauf beschränkt hat.

14 c) Die Aussage des Zeugen Sch. ändert hieran nichts. Soweit sich dieser dahingehend eingelassen hat:

„ ... K. sagte dann noch, dass er den Pflichtteilsanspruch nicht geltend machen wird. Er sagte dazu: „Da ist nichts. ...“;

ist nach Auffassung des Senats eine Erklärung, einen Anspruch nicht geltend zu machen, nicht mit einem „Erlass/Verzicht“ auf einen Anspruch gleichzusetzen. Während der Verzicht bzw. der Erlass die endgültige Aufgabe eines Anspruchs darstellt, stellt die Nichtgeltendmachung eines Anspruchs nur eine Momentaufnahme dar, den Anspruch (aktuell) nicht durchsetzen zu wollen. Jedenfalls fehlt es an weiteren Ausführungen des Zeugen, die insoweit auf einen „...unmissverständlichen ...“ Verzicht des Klägers schließen lassen würden. Der Zeuge Sch. hat lediglich erklärt, dass er sich im Nachgang noch einmal beim „Rauchen“ mit dem Kläger über das Thema unterhalten habe und dieser hierbei erklärt habe „... Da ist halt nichts ...“; sich jedoch nicht sicher sei, ob dabei noch einmal das Wort „Pflichtteilsanspruch“ und die Aussage „nicht geltend machen“ ausdrücklich vom Kläger erwähnt worden seien. Dies reicht dem Senat nicht aus, um von einer endgültigen Erlass-/Verzichtserklärung des Klägers hinsichtlich seiner (bereits entstandenen) Pflichtteilsansprüche auszugehen, zumal dem gewichtige Umstände entgegenstehen (s.o.).

15 2) Entgegen der Auffassung des Beklagten ist dieser zur Überzeugung des Senats bislang auch nicht der beantragten Auskunft nachgekommen. Allein die sich wiederholende diesbezügliche Behauptung genügt hierfür nicht. Es fehlt vielmehr jeglicher, konkreter Vortrag hierzu im Verfahren. Als einziger Beleg hierzu ist die Anlage B 1 vorgelegt worden, die nicht ansatzweise einer umfassenden Auskunft über den Nachlass genügt. Die schlichte Behauptung, zu bestimmten Positionen – auf was sich diese beziehen, bleibt im Übrigen unklar – dem Kläger Belege zur Verfügung gestellt zu haben, reicht nicht aus. Schon allein, weil selbst die dürftige Auskunft den Stand vom 01.09.2012 wiedergibt, die Erblasserin indes bereits am 24.08.2012 verstorben ist.

16 3) Wird vom erstinstanzlichen Gericht bei einer Stufenklage der Auskunftsanspruch unzutreffend verneint und die Klage deshalb insgesamt abgewiesen, gibt das Berufungsgericht aber dem Auskunftsanspruch statt, dann darf das Berufungsgericht in entsprechender Anwendung von § 538 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 ZPO auf Antrag einer Partei das Verfahren zur Entscheidung in der Leistungsstufe an das erstinstanzliche Gericht zurückverweisen (vgl. BGH, Urteil v. 03.05.2006 – VIII ZR 168/05 –, zit. n. juris. Rn. 14, 15 m. w. N.; OLG Köln, Urteil v. 09.01.2004 – 6 U 93/03 –, zit. n. juris, Rn. 8; Zöller - Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 538, Rn. 48). Die Voraussetzungen der Zurückverweisung sind vorliegend erfüllt. Insbesondere ist die Zurückverweisung vorliegend sachdienlich, da das Interesse an einer schnelleren Erledigung durch das Berufungsgericht gegenüber dem Verlust einer Tatsacheninstanz nicht überwiegt (vgl. Zöller - Heßler, ZPO, 33. Aufl., § 538, Rn. 7 m. w. N.). Der Senat ist deshalb den übereinstimmenden Anregungen der Parteien auf Zurückverweisung gefolgt, zumal die Parteien angedeutet haben, dass nach Auskunftserteilung durchaus Vergleichsgespräche zur Beendigung des Verfahrens noch im 1. Rechtszug möglich erscheinen.

17 Die Zurückverweisung umfasst auch die Entscheidung über den Antrag des Beklagten, dass ihm als Erben die Beschränkung seiner Haftung auf den Nachlass der Erblasserin vorbehalten wird (§ 780 ZPO).

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses bei Bestätigung und fehlender Legitimationswirkung

GmbHG § 16 Abs. 1 S. 1, § 47 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses durch einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils eingetragenen Gesellschafter einer GmbH steht grundsätzlich die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entgegen. (Rn. 43)
2. Fehlt dem Kläger die Anfechtungsbefugnis, weil er nicht als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eingetragen ist, fehlt ihm auch die materielle Berechtigung zur Geltendmachung von auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klageanträgen. (Rn. 39)
3. Die Anfechtung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann analog § 244 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Gesellschafterversammlung den anfechtbaren Beschluss durch einen neuen Beschluss bestätigt hat und dieser Beschluss nicht fristgerecht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist. (Rn. 56 – 58)

BGH (II. Zivilsenat),

Urteil vom 26.01.2021 – II ZR 391/18

I. Tatbestand:

1 Der Kläger sowie E. und B. waren Gründungsgesellschafter und Geschäftsführer der Beklagten, die früher unter dem Namen P. GmbH firmierte.

2 Am 13. März 2007 befreiten die Gesellschafter den Kläger unter anderem für seine Einzelfirma „B. R.“ von dem gesellschaftsvertraglichen Wettbewerbsverbot, soweit Tätigkeiten, welche „B. R.“ betrafen, nicht in Konkurrenz zur Beklagten standen. Im Juli 2014 warfen seine Mitgesellschafter dem Kläger vor, er betreibe unerlaubte Konkurrenzaktivitäten. Am 10. Juli 2014 forderte E. den Kläger auf, die Räume der Beklagten zu verlassen. Das geschah am 11. Juli 2014.

3 Am 10. Oktober 2014, 25. August 2015, 14. März 2016, 19. April 2016 und am 25. Mai 2016 wurden Gesellschafterversammlungen der Beklagten abgehalten, in denen die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers, dessen Abberufung als Geschäftsführer, die fristlose Kündigung von dessen Geschäftsführerdienstvertrag und die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Kläger beschlossen bzw. entsprechende Beschlüsse wiederholt oder bestätigt wurden. Auf der Gesellschafterversammlung vom 14. März 2016 wurden zudem Beschlussvorschläge des Klägers, wonach seine beiden Mitgesellschafter als Geschäftsführer abberufen, deren Geschäftsanteile eingezogen und Schadens-

ersatzansprüche wegen der Kündigung des Markennutzungsvertrags am 29. Juli 2015 gegen diese geltend gemacht werden sollten, abgelehnt.

4 Am 24. Oktober 2014 erstellte die Beklagte eine Gesellschafterliste. In dieser waren die Namen der drei Gründungsgesellschafter sowie der jeweils zugeordnete Geschäftsanteil mit den Nummern 1 bis 3 im Nennwert von 8.350 € durchgestrichen. Neu eingetragen mit B. und E. als Inhaber waren die Geschäftsanteile mit den laufenden Nummern 1 und 2 mit einem Nennbetrag von je 12.525 €. In der Veränderungsspalte befand sich der Vermerk, „Aufstockung durch Einziehung lfd. Nr. 3“. Die Liste wurde vor dem 25. August 2015 in den Registerordner eingestellt.

5 Der Kläger hat gegen die ihm nachteiligen Beschlussfassungen Nichtigkeitsfeststellungs- und Anfechtungsklagen und wegen der Ablehnung seiner Beschlussvorschläge zur Gesellschafterversammlung vom 14. März 2016 positive Beschlussfeststellungsklage erhoben. Zudem hat der Kläger die Zahlung von ausstehendem Geschäftsführergehalt verlangt, nachdem diese im August 2014 eingestellt worden war. Die insgesamt vier Klagen hatten vor dem Landgericht teilweise Erfolg. Der Kläger und die Beklagte haben dagegen Berufungen eingelegt. Das Berufungsgericht hat die Verfahren nach Eingang der Berufungsbegründungen zur gleichzeitigen Verhandlung und Entscheidung verbunden. Die Berufung des Klägers hat überwiegend Erfolg gehabt. Die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht zurückgewiesen. Mit der vom Senat teilweise zugelassenen Revision begehrt die Beklagte weiter die Abweisung der Klagen.

► II. Aus den Gründen:

6 Die Revision der Beklagten hat Erfolg, soweit nicht die Anfechtung der Beschlüsse über die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers betroffen ist.

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

8 Die Beschlüsse über die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers seien entsprechend § 241 Nr. 3 AktG nichtig, weil feststehe, dass der aus der Einziehung folgende Abfindungsanspruch des Klägers nicht aus freiem Kapital der Beklagten beglichen werden könne.

9 Die Beschlüsse über die fristlose Kündigung des Anstellungsvertrags des Klägers aus wichtigem Grund seien rechtswidrig, weil die Beklagte die Frist des § 626 Abs. 2 BGB nicht eingehalten habe. Anders als das Landgericht gemeint habe, lasse sich der am 10. Oktober 2014 gefasste Beschluss nicht als Beschluss auch

über eine hilfsweise ordentliche Kündigung auslegen oder gar umdeuten. Einen wirksamen Beschluss über die ordentliche Kündigung des Anstellungsvertrags des Klägers habe die Gesellschafterversammlung der Beklagten erst am 25. August 2015 gefasst. Die Beschlüsse über eine Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Kläger litten sämtlich unter ihrer mangelnden Bestimmtheit.

10 Begründet seien die Rechtsmittel des Klägers, soweit er sich gegen Bestätigungen im Zusammenhang mit der Einziehung, mit der fristlosen Kündigung und mit der Ermächtigung wende. Zum einen könnten nichtige Beschlüsse entsprechend § 244 AktG nicht wirksam bestätigt werden, zum anderen könnten Inhaltsmängel nicht durch eine Bestätigung geheilt werden.

11 Mit der Anfechtungsklage gegen die Ablehnungen seiner Beschlussanträge am 14. März 2016 habe der Kläger Erfolg, weil die betreffenden Beschlüsse gesetzeswidrig im Sinne des § 243 Abs. 1 AktG gefasst worden seien. Die Mitgesellschafter des Klägers seien an der Stimmabgabe durch Stimmverbote gehindert gewesen. Der damit verbundenen im Wesentlichen erfolgreichen positiven Beschlussfeststellungsklage bleibe der Erfolg versagt, soweit der Beklagte seinerseits die Feststellung von Einziehungsbeschlüssen begehre. In diesem Zusammenhang wirke sich der oben zu Gunsten des Klägers erwähnte Gesichtspunkt mangelnden Eigenkapitals zu seinen Lasten aus.

12 Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nur stand, soweit sie Beschlüsse über die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers bzw. die Bestätigung dieser Beschlüsse betreffen. Im Übrigen scheitert eine inhaltliche Überprüfung der angefochtenen Gesellschafterbeschlüsse daran, dass dem Kläger die Anfechtungsbefugnis fehlt, weil er bereits vor der Gesellschafterversammlung vom 25. August 2015 nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war. Soweit es die Beschlüsse vom 10. Oktober 2014 über die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags des Klägers und über die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Kläger betrifft, wurden diese in der Gesellschafterversammlung vom 14. März 2016 bestandskräftig bestätigt, weil dem Kläger auch hinsichtlich dieser Bestätigungsbeschlüsse die Anfechtungsbefugnis fehlt. Da dem Kläger die Anfechtungsbefugnis fehlt, fehlt ihm auch die materielle Berechtigung zur Geltendmachung von auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klageanträgen, so dass die Revision gegen die Stattgabe dieser Anträge durch das Berufungsgericht ebenfalls Erfolg hat.

13 1. Der Revision bleibt der Erfolg versagt, soweit das Berufungsgericht die Nichtigkeit der Beschlüsse über

die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers festgestellt sowie die Beschlüsse über die Bestätigung der Einziehung bzw. über die Bestätigung von die Einziehung betreffenden Bestätigungsbeschlüssen für nichtig erklärt hat, weil das Einziehungsentgelt nicht aus freiem Vermögen der Beklagten bezahlt werden kann bzw. weil nichtige Beschlüsse nicht bestätigt werden können. Die Revision ist daher zurückzuweisen, soweit sie sich gegen die Feststellung der Nichtigkeit bzw. der Nichtigerklärung der die Einziehung betreffenden Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 25. August 2015 (Urteilsformel II. 1.), vom 14. März 2016 (Urteilsformel IV. 1., 2. a) und b)) und vom 25. Mai 2016 (Urteilsformel VII. 1., 2., 3. und 4.) wendet, wobei der Tenor des Berufungsgerichts klarstellend dahin zu berichtigen ist, dass die Bestätigungsbeschlüsse nicht für nichtig erklärt werden, sondern deren Nichtigkeit festgestellt wird.

14 a) Die Revision wendet sich ohne Erfolg gegen die Feststellung des Berufungsgerichts, der unter dem Tagesordnungspunkt 3 gefasste Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 25. August 2015 über die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers sei nichtig (Urteilsformel II. 1.), weil die Beklagte bei Fassung des Einziehungsbeschlusses nicht über das zur Zahlung der geschuldeten Abfindung notwendige freie Vermögen verfügt habe.

15 aa) Der Kläger ist zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Einziehungsbeschluss vom 25. August 2015 befugt, obwohl er im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war.

16 Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass dem Gesellschafter die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten bleibt, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 24; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41; beide mwN). Diese Rechtsschutzmöglichkeit hängt nicht von der Eintragung des materiell berechtigten, von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019 – II ZR 234/18, juris; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41). Das gilt nicht nur dann, wenn zwischen der Einziehung und der Erhebung der Anfechtungsklage eine von der Gesellschaft eingereichte geänderte Gesellschafterliste, in der der betroffene Gesellschafter nicht mehr eingetragen ist, im Handelsregister aufgenommen worden ist. Der Rechtsschutz

muss auch dann gewährleistet werden, wenn der Geschäftsanteil bereits im Zeitpunkt der Einziehung in der Gesellschafterliste nicht mehr geführt wird, da der Gesellschafter in gleicher Weise in seiner materiellen Gesellschafterstellung betroffen ist wie ein Gesellschafter, dessen Geschäftsanteil nach der Einziehung, aber vor Klageerhebung aus der Gesellschafterliste gestrichen wurde (BGH, Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 35).

17 bb) Der Einziehungsbeschluss vom 25. August 2015 ging nicht deshalb ins Leere, weil der Geschäftsanteil des Klägers bereits am 10. Oktober 2014 eingezogen worden war. Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit dieses Beschlusses festgestellt (Urteilsformel I. 1.). Da die Revision gegen das Berufungsurteil nicht zugelassen wurde, steht die Nichtigkeit dieses Einziehungsbeschlusses rechtskräftig fest (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366; Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 8; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 10).

18 Dass bei der Beschlussfassung am 25. August 2015 noch unklar war, ob der vorangehende Einziehungsbeschluss wirksam war und der Geschäftsanteil noch bestand, steht der erneuten Einziehung nicht entgegen. Der neue Beschluss ist erkennbar für den Fall gefasst, dass die Unwirksamkeit des früheren Einziehungsbeschlusses festgestellt wird und der Kläger damit entgegen der im Parallelprozess vertretenen Auffassung der Beklagten noch Inhaber des Geschäftsanteils ist. In der neuerlichen Beschlussfassung liegt kein widersprüchliches Verhalten der Beklagten. Vielmehr hat sie ein anerkennenswertes Interesse, Zweifel an der Wirksamkeit eines Einziehungsbeschlusses durch die Neuvernahme des Beschlusses auszuräumen oder für den Fall des Fehlschlagens eines Einziehungsversuchs wegen neu aufgetretener oder bekannt gewordener Einziehungsgründe den Geschäftsanteil vorsorglich noch einmal einzuziehen (BGH, Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 11).

19 cc) Der Einziehungsbeschluss vom 25. August 2015 ging auch nicht deshalb ins Leere, weil in der im Handelsregister aufgenommenen Gesellschafterliste im Zeitpunkt der Einziehung der eingezogene Geschäftsanteil mit der Nummer 3 durchgestrichen und nur noch die Mitgesellschafter des Klägers B. und E. als Inhaber der Geschäftsanteile mit den laufenden Nummern 1 und 2 ausgewiesen waren. Es war nicht erforderlich, dass die Beklagte vor der Einziehung eine korrigierte Gesellschafterliste zum Handelsregister einreichte, in der der materiell berechnigte Kläger wieder als Inhaber des einzuziehenden Geschäftsanteils eingetragen war. Jeden-

falls nach einem möglicherweise gescheiterten Einziehungsversuch kann die Gesellschaft vorsorglich erneut die Einziehung eines Geschäftsanteils beschließen, auch wenn dieser Geschäftsanteil nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragen oder einem Gesellschafter zugeordnet ist (BGH, Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 12 ff.).

20 dd) Das Berufungsgericht durfte die Berufung der Beklagten mit der Maßgabe zurückweisen, dass der Beschluss zwar nicht für nichtig zu erklären sei, aber seine Nichtigkeit festzustellen ist.

21 Zu Recht sah sich das Berufungsgericht bei der Feststellung der Nichtigkeit auf den Anfechtungsantrag des Klägers hin nicht durch § 308 Abs. 1 Satz 1 ZPO gehindert. Die Norm verbietet es dem Gericht, einer Partei etwas zuzusprechen, was sie nicht beantragt hat. Stellt das Gericht auf den Anfechtungsantrag des Gesellschafters einer GmbH hin die Nichtigkeit des angefochtenen Beschlusses fest, anstatt ihn für nichtig zu erklären, verstößt das aber nicht gegen § 308 Abs. 1 ZPO, weil mit diesem Urteilsausspruch der Antragsumfang nicht verlassen wird. Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage verfolgen dasselbe materielle Ziel, nämlich die richterliche Klärung der Nichtigkeit des Gesellschafterbeschlusses mit Wirkung für und gegen jedermann (BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366 f.; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 68). Nach § 241 Nr. 5 AktG führt die rechtskräftige Nichtigerklärung eines Beschlusses zu seiner Nichtigkeit. Soweit diesen Klagen derselbe Lebenssachverhalt zugrunde liegt, ist es eine vom Gericht durch Subsumtion zu beantwortende, reversible Rechtsfrage, ob § 248 AktG oder § 249 AktG (analog) Anwendung findet, und liegt, unabhängig von der Antragstellung, derselbe Streitgegenstand vor (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366 f.; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 68). Der Antrag auf Feststellung der Nichtigkeit erfasst damit die Nichtigerklärung, umgekehrt der Antrag auf Nichtigerklärung die Nichtigkeitsfeststellung. Der Senat hat auch nach einem Antrag auf Nichtigerklärung die Unwirksamkeit bzw. Nichtigkeit festgestellt (vgl. BGH, Urteil vom 20. September 1999 – II ZR 345/97, ZIP 1999, 1843, 1844; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 68).

22 ee) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses festgestellt, weil die Beklagte bei Beschlussfassung nicht über das zur Zahlung der geschuldeten Abfindung notwendige freie Vermögen verfügt hat.

23 (1) Auszahlungen an ausgeschiedene Gesellschafter dürfen nicht zur Entstehung oder Vertiefung einer Unterbilanz führen (BGH, Urteil vom 4. August 2020 – II ZR

171/19, ZIP 2020, 1757 Rn. 31 mwN). Nach der Rechtsprechung des Senats ist ein Einziehungsbeschluss entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 3 GmbHG nichtig, wenn bereits bei Beschlussfassung feststeht, dass das Einziehungsentgelt nicht aus freiem, die Stammkapitalziffer nicht beeinträchtigenden Vermögen der Gesellschaft gezahlt werden kann (BGH, Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 7 mwN; Urteil vom 10. Mai 2016 – II ZR 342/14, BGHZ 210, 186 Rn. 13; Urteil vom 26. Juni 2018 – II ZR 65/16, ZIP 2018, 1540 Rn. 13).

24 (2) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Beklagte sei nicht in der Lage, aus einem nach § 34 Abs. 3, § 30 Abs. 1 GmbHG freien Vermögen die Abfindung zu zahlen, ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ohne Erfolg wendet die Revision ein, das Berufungsgericht hätte nicht ohne eine Klageänderung durch den Kläger die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses gem. § 241 Nr. 3 AktG analog feststellen dürfen. Das Berufungsgericht hat die Voraussetzungen, aus denen sich die Zulässigkeit einer Klageänderung in zweiter Instanz und die Berücksichtigungsfähigkeit des neuen Vorbringens ergibt, ohne Rechtsfehler festgestellt.

[...]

34 b) Ohne Erfolg bleibt die Revision auch, soweit das Berufungsgericht festgestellt hat, dass der zum Tagesordnungspunkt 13 anlässlich der Gesellschafterversammlung vom 14. März 2016 gefasste Beschluss mit dem Inhalt „der Geschäftsanteil von Herrn R. ist damit (erneut) eingezogen“, nichtig ist (Urteilsformel IV. 1.). Der Kläger ist zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Beschluss über die erneute Einziehung befugt, obwohl er im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 14. März 2016 nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war (vgl. II. 1. a) aa)). Der Einziehungsbeschluss ist entsprechend § 241 Nr. 3 AktG wegen eines Verstoßes gegen § 30 Abs. 1 Satz 1, § 34 Abs. 3 GmbHG nichtig (vgl. II. 1. a) ee)).

35 c) Die Revision wendet sich ohne Erfolg dagegen, dass das Berufungsgericht den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 14. März 2016 zu Tagesordnungspunkt 1 mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 10. Oktober 2014 zu den Tagesordnungspunkten 1 bis 4 sind mit 2:1 Stimmen wirksam bestätigt“, für nichtig erklärt hat (Urteilsformel IV. 2. a)), soweit es den Einziehungsbeschluss vom 10. Oktober 2014 (Tagesordnungspunkt 3) betrifft. Die Nichtigkeit dieses Einziehungsbeschlusses ist rechtskräftig festgestellt. Ein nichtiger Beschluss kann nicht bestätigt werden. Der Bestätigungsbeschluss ist gleichfalls nichtig.

36 aa) Der Kläger ist zur Erhebung der Anfechtungsklage gegen den Beschluss über die Bestätigung der Einziehung befugt, obwohl er im Zeitpunkt der Beschlussfassung am 14. März 2016 nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war (vgl. II. 1. a) aa)).

37 bb) Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 10. Oktober 2014 über die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers festgestellt (Urteilsformel I. 1.). Da die Revision gegen das Berufungsurteil insoweit nicht zugelassen wurde, steht die Nichtigkeit rechtskräftig fest (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366; Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 8; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 10). Ein nichtiger Beschluss kann nicht bestätigt werden. Wie schon der Wortlaut von § 244 Satz 1 AktG zeigt, können nur anfechtbare Beschlüsse bestätigt werden (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2003 – II ZR 194/01, BGHZ 157, 206 Rn. 8 f.; Urteil vom 20. September 2004 – II ZR 288/02, BGHZ 160, 253 Rn. 13; Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 253/03, ZIP 2006, 227 Rn. 16; Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 27). Insbesondere nach § 241 Nr. 3 AktG nichtige Beschlüsse sind der Bestätigung nicht zugänglich (BGH, Urteil vom 26. Juni 2012 – II ZR 30/11, ZIP 2012, 1753 Rn. 10). Die Nichtigkeit des Einziehungsbeschlusses vom 10. Oktober 2014 führt zur Nichtigkeit des Bestätigungsbeschlusses, weil dem Bestätigungsbeschluss der materiell-rechtliche Mangel des Ausgangsbeschlusses ebenfalls anhaftet (vgl. BGH, Urteil vom 26. Juni 2012 – II ZR 30/11, ZIP 2012, 1753 Rn. 10 mwN).

38 d) Aus denselben Gründen hat die Revision keinen Erfolg, soweit sie sich dagegen wendet, dass das Berufungsgericht die weiteren die Einziehung betreffenden Bestätigungsbeschlüsse für nichtig erklärt hat, nämlich den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 14. März 2016 zu Tagesordnungspunkt 2 (Urteilsformel IV. 2. b)) mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 25. August 2015 zu den Tagesordnungspunkten 1 bis 4 sind mit 2:1 Stimmen wirksam bestätigt“, soweit es den Einziehungsbeschluss vom 25. August 2015 (Tagesordnungspunkt 3) betrifft, den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 25. Mai 2016 zu Tagesordnungspunkt 2 (Urteilsformel VII. 1.) mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 10. Oktober 2014 zu den Tagesordnungspunkten 1 bis 4 sind mit 2:1 Stimmen erneut wirksam bestätigt“, soweit es den Einziehungsbeschluss vom 10. Oktober 2014 (Tagesordnungspunkt 3) betrifft, den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom

25. Mai 2016 zu Tagesordnungspunkt 3 (Urteilsformel VII. 2.) mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 25. August 2015 zu den Tagesordnungspunkten 1 bis 4 sind mit 2:1 Stimmen erneut wirksam bestätigt“, soweit es den Einziehungsbeschluss vom 25. August 2015 (Tagesordnungspunkt 3) betrifft, den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 25. Mai 2016 zu Tagesordnungspunkt 4 (Urteilsformel VII. 3.) mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 14. März 2015 zu den Tagesordnungspunkten 1 und 2 sowie 11 bis 14 sind einstimmig bestätigt“, womit tatsächlich die Gesellschafterbeschlüsse vom 14. März 2016 gemeint sind, soweit die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers betroffen ist und den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 25. Mai 2016 zu Tagesordnungspunkt 5 (Urteilsformel VII. 4.) mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 19. April 2015 zu den Tagesordnungspunkten 1 und 2 sowie 11 bis 14 sind einstimmig bestätigt“, womit tatsächlich die Gesellschafterbeschlüsse vom 19. April 2016 gemeint sind, soweit die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers betroffen ist. Die Bestätigungsbeschlüsse sind jeweils nichtig. Der Urteilsausspruch des Berufungsurteils, mit dem die Bestätigungsbeschlüsse für nichtig erklärt wurden, war insoweit klarstellend zu ändern.

39 2. Die Revision hat dagegen Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Beschlüsse über die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags des Klägers, über die Ermächtigung zur Verfolgung von Ansprüchen gegen den Kläger und die Ablehnung von Beschlussanträgen des Klägers sowie die Bestätigung dieser Beschlüsse bzw. die Bestätigung von Bestätigungsbeschlüssen für nichtig erklärt hat. Der Kläger ist zur Anfechtung der Beschlüsse der Beklagten, die in den Gesellschafterversammlungen vom 25. August 2015 und danach gefasst wurden, nicht befugt, weil er bereits vor dem 25. August 2015 nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils der Beklagten in der Gesellschafterliste eingetragen war. Durch die deshalb bestandskräftige Bestätigung der in der Versammlung vom 10. Oktober 2014 gefassten Gesellschafterbeschlüsse sind auch diese der Anfechtung entzogen. Da dem Kläger die Anfechtungsbefugnis fehlt, fehlt ihm auch die materielle Berechtigung zur Geltendmachung von auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klageanträgen, so dass die Revision gegen die Stattgabe dieser Anträge durch das Berufungsgericht ebenfalls Erfolg hat.

40 a) Die Revision hat Erfolg, soweit das Berufungsgericht den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 14. März 2016 zu Tagesordnungspunkt 1 mit dem Inhalt „die Gesellschafterbeschlüsse vom 10. Oktober 2014 zu den Tagesordnungspunkten 1 bis 4

sind mit 2:1 Stimmen wirksam bestätigt“ für nichtig erklärt hat, soweit der Beschluss nicht die Bestätigung der Entscheidung über die Abberufung des Klägers (Tagesordnungspunkt 1) zum Gegenstand hat (Urteilsformel IV. 2. a)), und führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils.

41 Die vom Kläger erhobene Anfechtungsklage ist unbegründet, weil ihm die Anfechtungsbefugnis als materiell-rechtliche Voraussetzung der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungs- und Nichtigkeitsklage fehlt (vgl. BGH, Urteil vom 24. April 2006 – II ZR 30/05, BGHZ 167, 204 Rn. 15; Beschluss vom 11. Juni 2007 – II ZR 152/06, ZIP 2007, 2122 Rn. 6; Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 9; Urteil vom 16. März 2009 – II ZR 302/06, BGHZ 180, 154 Rn. 23 – Wertpapierdarlehen; Beschluss vom 17. Juli 2012 – II ZR 216/10, ZIP 2013, 117 Rn. 7). Der Kläger ist ungeachtet seiner materiell-rechtlichen Gesellschafterstellung, entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts, zur Erhebung der Anfechtungsklage nicht befugt, weil er im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war. Der Anfechtung eines Gesellschafterbeschlusses durch einen zum Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils eingetragenen Gesellschafter einer GmbH steht grundsätzlich die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entgegen.

42 aa) Zur Erhebung der gesellschaftsrechtlichen Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage ist grundsätzlich nur der in der Gesellschafterliste eingetragene Inhaber eines Geschäftsanteils befugt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1968 – II ZR 181/66, NJW 1969, 133 zu § 16 GmbHG aF; *Wiegand-Schneider* in Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, MünchHdbGesR VII, 6. Aufl., § 39 Rn. 30, 38; *Drescher* in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 245 AktG Rn. 20, § 249 AktG Rn. 6; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 47 Rn. 18; *Altmeppen*, GmbHG, 10. Aufl., Anh. § 47 Rn. 75; *Rensen* in Saenger/Inhester, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 47 Rn. 85; *Teichmann* in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl., Anh. § 47 Rn. 57; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 47 Rn. 70; *Ganzer* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., Anh. § 47 Rn. 45; *Römermann* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 390; MünchKommGmbHG/Wertenbruch, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 243; *Raiser/Schäfer* in Habersack/Casper/Löbbecke, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 155).

43 § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG entfaltet eine negative Legitimationswirkung zu Lasten des nach der Einziehung seines Geschäftsanteils nicht mehr in die Gesellschafterliste eingetragenen Gesellschafters. Der Gesellschaf-

ter kann ab dem Zeitpunkt der Aufnahme einer ihn nicht mehr aufführenden Gesellschafterliste zum Handelsregister seine mitgliedschaftlichen Rechte nicht länger ausüben (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 35; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 14). Die Anfechtungsbefugnis ist ein aus der Mitgliedschaft unmittelbar folgendes Verwaltungsrecht (BGH, Urteil vom 25. Februar 1965 – II ZR 287/63, BGHZ 43, 261, 267; Urteil vom 24. April 2006 – II ZR 30/05, BGHZ 167, 204 Rn. 14; Urteil vom 9. Oktober 2006 – II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 15). Die negative Legitimationswirkung erfasst daher auch die Anfechtungsbefugnis (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019 – II ZR 234/18, juris; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41 mwN; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 35).

44 Das Berufungsgericht hat die Nichtigkeit des Beschlusses der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 10. Oktober 2014 über die Einziehung des Geschäftsanteils des Klägers festgestellt (Urteilsformel I. 1.). Da die Revision gegen das Berufungsurteil insoweit nicht zugelassen wurde, steht die Nichtigkeit rechtskräftig fest (vgl. BGH, Urteil vom 17. Februar 1997 – II ZR 41/96, BGHZ 134, 364, 366; Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 8; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 10). Die nach der Streichung des Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste von § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG ausgehende negative Legitimationswirkung gilt indes ungeachtet der Wirksamkeit des Einziehungsbeschlusses (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 35; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 14).

45 bb) Die negative Legitimationswirkung gilt nicht uneingeschränkt. Der Senat hat bereits entschieden, dass die Gesellschaft nach Treu und Glauben gehindert sein kann, sich auf die formelle Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG zu berufen (vgl. BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 42). Für eine solche Beschränkung der Beklagten sind keine Anhaltspunkte ersichtlich. Überdies bejaht der Senat die Anfechtungsbefugnis des Gesellschafters einer GmbH gegen die Einziehung seines Geschäftsanteils, auch wenn er im Zeitpunkt der Beschlussfassung über die Einziehung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste eingetragen ist, um effektiven Rechtsschutz im Hinblick auf den bei Entzug der Mitgliedschaft gegebenen Eingriff in Art. 14 Abs. 1 GG zu gewährleisten. Diese Rechtsprechung ist auf die streitgegenständliche Beschlussanfechtung nicht übertragbar, weil die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags des Klägers dessen Mitgliedschaft ebenso we-

nig verletzt wie die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen ihn.

46 (1) Es ist in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs anerkannt, dass dem Gesellschafter die Anfechtungsbefugnis für die Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils trotz sofortiger Wirksamkeit erhalten bleibt, um der verfassungsrechtlich gebotenen Rechtsschutzmöglichkeit Geltung zu verschaffen (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 35). Deshalb hängt die Rechtsschutzmöglichkeit auch nicht von der Eintragung des materiell berechtigten, von einem Einziehungsbeschluss betroffenen Gesellschafters als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste ab (vgl. BGH, Beschluss vom 29. Januar 2019 – II ZR 234/18, juris; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 35). Um den Gesellschafter nicht rechtlos gegen die Einziehung zu stellen, ist seine Mitgliedschaft in der beklagten Gesellschaft, deren Erhaltung letztlich das Ziel der Klage ist, für diese Klage als fortbestehend anzusehen (BGH, Urteil vom 19. September 1977 – II ZR 11/76, NJW 1977, 2316; Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 7 ff. zur AG; Urteil vom 24. Januar 2012 – II ZR 109/11, BGHZ 192, 236 Rn. 24). Denn der Entzug der Mitgliedschaft greift in das Grundrecht des Gesellschafters aus Art. 14 Abs. 1 GG ein. Damit ein solcher Eingriff einer verfassungsrechtlichen Überprüfung standhält, muss mit ihm ein legitimer Zweck verfolgt werden. Zudem ist sicherzustellen, dass der Gesellschafter vollen Wertersatz für den Verlust seiner Mitgliedschaft erhält, und schließlich ist effektiver Rechtsschutz gegen den Ausschluss oder die Einziehung zu gewährleisten (vgl. BVerfG, ZIP 2010, 571, 574 zur AG).

47 (2) Die Beschlüsse über die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags und über die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Kläger verletzen sein Anteilseigentum nicht, so dass es nicht verfassungsrechtlich geboten ist, ihm entgegen der negativen Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG die Anfechtungsbefugnis zu erhalten.

48 Nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts und des Bundesgerichtshofs fällt das in der Aktie verkörperte Anteilseigentum unter den Schutz des Art. 14 Abs. 1 GG (BGH, Urteil vom 22. Januar 2013 – II ZR 80/10, ZIP 2013, 263 Rn. 16 mwN). Dies gilt in gleicher Weise für den Geschäftsanteil des Gesellschafters einer GmbH (*Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 506; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl., § 14 Rn. 2; *Winter* in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl., § 14 Rn. 20; *Scholz/Seibt*, GmbHG, 12. Aufl., § 14 Rn. 1; MünchKommGmbHG/*Rei-*

chert/Weller, 3. Aufl., § 14 Rn. 53; *Raiser* in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., § 14 Rn. 22). Der Schutzbereich der Eigentumsgarantie umfasst die Substanz des Anteilseigentums in seiner mitgliedschaftsrechtlichen und vermögensrechtlichen Ausgestaltung. Er ist beispielsweise betroffen bei einem Ausschluss des Aktionärs (BGH, Urteil vom 22. Januar 2013 – II ZR 80/10, ZIP 2013, 263 Rn. 16 mwN) oder bei dem Ausschluss eines GmbH-Gesellschafters oder der Einziehung seines Geschäftsanteils (BGH, Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 41; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 35). Die Anstellung des Klägers als Geschäftsführer der Beklagten und die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ersatzansprüchen gegen den Kläger berühren die Substanz seines Anteilseigentums in seiner mitgliedschaftsrechtlichen und vermögensrechtlichen Ausgestaltung nicht.

49 Die Anfechtungsbefugnis ist auch nicht erforderlich, um dem Kläger Rechtsschutz gegen eine Beeinträchtigung seiner nicht unmittelbar die Mitgliedschaft betreffenden Vermögensrechte zu gewährleisten. Durch die wegen fehlender Anfechtungsbefugnis eintretende Bestandskraft der Beschlüsse über die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags und über die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen ist der Kläger weder an der Verfolgung seiner Vergütungsansprüche noch an der Verteidigung gegen die von der Gesellschaft erhobenen Ansprüche gehindert.

50 cc) Der Kläger ist auch nicht anfechtungsbefugt, wenn die Beklagte durch die Ladung zur Gesellschafterversammlung und die vorsorgliche Beteiligung des Klägers an der Abstimmung diesen ungeachtet der negativen Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG weiter als Gesellschafter behandelt hat.

51 (1) Es bedarf keiner Entscheidung, ob die negative Legitimationswirkung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG infolge des Streichens in der Gesellschafterliste nur bedeutet, dass die Gesellschaft dem Gesellschafter keine Mitgliedschaftsrechte gewähren muss, oder ob sie ihn nicht mehr als Gesellschafter behandeln darf (vgl. BGH, Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 15). Zu § 16 GmbHG aF hat der Senat allerdings die Auffassung, die Norm diene nur dem Schutz der Gesellschaft, der es überlassen bleiben müsse, ob sie sich auf die Vorschrift berufen wolle, abgelehnt (vgl. BGH, Urteil vom 21. Oktober 1968 – II ZR 181/66, NJW 1969, 133).

52 Jedenfalls bei der Willensbildung in der Gesellschafterversammlung ist die GmbH durch den Normzweck des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG gehindert, einen nicht als Inhaber eines Geschäftsanteils Eingetragenen wie einen Gesellschafter zu behandeln, weshalb aus einer solchen gesetzwidrigen Beteiligung auch keine Anfechtungsbe-

fugnis des nicht als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste Eingetragenen hergeleitet werden kann. Dies gilt auch dann, wenn die Gesellschaft Zweifel hat, ob der nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils Eingetragene materiell Inhaber des Geschäftsanteils ist. Die Regelung des § 16 Abs. 1 Satz 1 GmbHG soll zum einen zur Missbrauchs- und Geldwäschebekämpfung Transparenz über die Anteilseigner bewirken und damit Vermögensverschiebungen mit kriminellem Hintergrund auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage verhindern. Zum anderen dient sie der Rechtssicherheit und -klarheit, indem innerhalb der Gesellschaft eindeutige Verhältnisse geschaffen werden, wer im Verhältnis zur Gesellschaft berechtigt und verpflichtet ist (vgl. BGH, Beschluss vom 24. Februar 2015 – II ZB 17/14, ZIP 2015, 732 Rn. 20; Beschluss vom 26. Juni 2018 – II ZB 12/16, ZIP 2018, 1591 Rn. 21; Urteil vom 20. November 2018 – II ZR 12/17, BGHZ 220, 207 Rn. 35, 41; Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 211/19, ZIP 2020, 2513 Rn. 25; BT-Drucks. 16/6140 S. 37; Regierungsentwurf eines Gesetzes zur Umsetzung der Vierten EU-Geldwäscherichtlinie, BT-Drucks. 18/11555, S. 173). Dieser Gesetzeszweck verbietet es der Gesellschaft, einem nicht in der Gesellschafterliste Eingetragenen in der Gesellschafterversammlung eine Gesellschafterstellung einzuräumen und so unter Umständen für längere Zeit neben der rechtssicheren und nach außen erkennbaren Gesellschafterzusammensetzung eine zweite, jedenfalls nach außen verborgene Gesellschafterzusammensetzung zu etablieren, die die Geschicke der Gesellschaft lenkt.

53 (2) Davon abgesehen hat die Beklagte den Kläger in der Gesellschafterversammlung vom 14. März 2016 nicht als Gesellschafter behandelt. Die Beteiligung des Klägers an der Versammlung kann nicht als Anerkennung seiner Gesellschafterstellung gewertet werden. Die Gesellschafter B. und E. gingen ausweislich des Protokolls der Gesellschafterversammlung davon aus, dass sie zusammen 100% der Geschäftsanteile hielten. Zudem wurde zu Beginn der Versammlung die Teilnahme des Klägers beanstandet, da dieser nicht in der Gesellschafterliste aufgeführt sei.

54 dd) Soweit das Berufungsurteil danach aufzuheben ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, da sie zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des Landgerichts aufzuheben, soweit es die Bestätigung des Beschlusses zu Tagesordnungspunkt 2 vom 10. Oktober 2014 über die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags des Klägers betrifft, und die Klage insgesamt abzuweisen. Soweit es den Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 vom 10. Oktober 2014 über die

Ermächtigung zur Geltendmachung von Ansprüchen gegen den Kläger betrifft, ist das klageabweisende Urteil des Landgerichts durch Zurückweisung der Berufung des Klägers wiederherzustellen.

55 b) Die Revision hat ebenfalls Erfolg, soweit sie sich gegen die Nichtigerklärung der Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 10. Oktober 2014 zu Tagesordnungspunkt 2, die Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags mit dem Kläger betreffend (Urteilsformel I. 2. a)) und zu Tagesordnungspunkt 4, die Ermächtigung zur Geltendmachung von Ersatz- und Vertragsstrafenansprüchen gegen den Kläger betreffend (Urteilsformel I. 2. b)) richtet, und führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils. Die Anfechtung kann nicht mehr geltend gemacht werden, weil die Bestätigung dieser Beschlüsse in der Gesellschafterversammlung vom 14. März 2016 mit der Senatsentscheidung bestandskräftig wird, da die vom Kläger insoweit erhobene Anfechtungsklage wegen fehlender Anfechtungsbefugnis zurückgewiesen werden muss.

56 aa) Die Anfechtung des Beschlusses der Gesellschafterversammlung einer GmbH kann analog § 244 Satz 1 AktG nicht mehr geltend gemacht werden, wenn die Gesellschafterversammlung den anfechtbaren Beschluss durch einen neuen Beschluss bestätigt hat und dieser Beschluss nicht fristgerecht angefochten oder die Anfechtung rechtskräftig zurückgewiesen worden ist (*Hüffer*, ZGR 2012, 730, 736; *Drescher* in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 244 AktG Rn. 1; *Wicke*, GmbHG, 4. Aufl., Anh. § 47 Rn. 16; *Zöllner/Noack* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., Anh. § 47 Rn. 131; *Teichmann* in Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Aufl., Anh. § 47 Rn. 56; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 20. Aufl., Anh. § 47 Rn. 61; *Römermann* in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 372; *MünchKommGmbHG/Wertenbruch*, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 214; *Raiser/Schäfer* in Haversack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 146; *Scholz/K. Schmidt*, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rn. 121; vgl. BGH, Urteil vom 14. Februar 1974 – II ZR 76/72, WM 1974, 392, 393). Mit der Bestandskraft des Bestätigungsbeschlusses entfällt die – tatsächliche oder behauptete – Anfechtbarkeit des Erstbeschlusses. Eine wirksame Bestätigung hat materiell-rechtliche Wirkung, indem sie die gegen den Erstbeschluss gerichtete Anfechtungsklage unbegründet macht (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2003 – II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 210; Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 253/03, ZIP 2006, 227 Rn. 22; Beschluss vom 17. Juli 2006 – II ZR 189/02, juris Rn. 3; Urteil vom 19. Februar 2013 – II ZR 56/12, BGHZ 196, 195 Rn. 11). Steht die Anfechtung der Bestätigung gleichzeitig mit der Anfechtung des Ausgangsbeschlusses zur Entscheidung, ist regelmäßig vorrangig über die

Anfechtung der Bestätigung zu entscheiden (vgl. BGH, Beschluss vom 11. August 2010 – II ZR 24/10, AG 2010, 709 Rn. 1; Beschluss vom 1. Februar 2010 – II ZR 262/08, juris Rn. 1; Goette, DStR 2005, 603, 606; Hüffer, ZGR 2012, 730, 745 f.; Scholz/K. Schmidt, GmbHG, 11. Aufl., § 45 Rn. 167; Heidel/Heidel, AktG, 5. Aufl., § 244 Rn. 12; Hölters/Englisch, AktG, 3. Aufl., § 244 Rn. 15; Schwab in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 244 Rn. 17; MünchKommAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl., § 244 Rn. 21).

57 bb) Es steht der Wirksamkeit des Bestätigungsbeschlusses nicht entgegen, dass er nach Streichung des Klägers aus der Gesellschafterliste der Beklagten gefasst wurde und dieser ihn deshalb mangels Anfechtungsbefugnis nicht mehr erfolgreich angreifen kann. Eine Beteiligung des ausgeschiedenen Gesellschafters bei der Beschlussfassung ist nicht erforderlich. Der Bestätigungsbeschluss muss nicht von denselben Gesellschaftern gefasst werden, die den Ausgangsbeschluss gefasst haben, sondern ist von der Gesellschafterversammlung in der jeweiligen Zusammensetzung zu fassen (vgl. zur Aktiengesellschaft BGH, Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 22).

58 cc) Es ist ohne Belang, ob das Berufungsgericht zu Recht Inhaltsmängel der Beschlüsse vom 10. Oktober 2014 bejaht hat und die Bestätigungsbeschlüsse denselben Mangel aufweisen. Zwar kann ein Beschluss, der an einem Inhaltsmangel leidet, der diesem unabhängig von Art und Weise seines Zustandekommens anhaften und sich deshalb zwangsläufig auf den (bestätigenden) Zweitbeschluss übertragen würde, nicht wirksam bestätigt werden. Denn Voraussetzung für die Bestätigungswirkung nach § 244 Satz 1 AktG (entsprechend) ist, dass der Bestätigungsbeschluss die behaupteten oder tatsächlich bestehenden Mängel des Ursprungsbeschlusses beseitigt und seinerseits nicht an Mängeln leidet (BGH, Urteil vom 15. Dezember 2003 – II ZR 194/01, BGHZ 157, 206, 210; Urteil vom 12. Dezember 2005 – II ZR 253/03, ZIP 2006, 227 Rn. 12 f.; Urteil vom 9. Oktober 2006 – II ZR 46/05, BGHZ 169, 221 Rn. 25; Beschluss vom 21. Juli 2008 – II ZR 1/07, ZIP 2009, 913 Rn. 10; Urteil vom 22. März 2011 – II ZR 229/09, BGHZ 189, 32 Rn. 23, 27). Ein bestandskräftig gewordener Bestätigungsbeschluss entfaltet aber Heilungswirkung, selbst wenn er am selben inhaltlichen Mangel wie der Ausgangsbeschluss leidet. Der Bestätigungsbeschluss kann ungeachtet eines Inhaltsmangels bestandskräftig werden. Wie bei jedem Gesellschafterbeschluss wirkt sich der Inhaltsmangel beim Bestätigungsbeschluss nur in dem Umfang aus, in dem die materiellen Anfechtungsgründe innerhalb der Anfechtungsfrist im Wege der Anfechtungsklage gerügt werden. Soweit dies unterbleibt, können somit auch materielle Fehler geheilt werden. Der Wort-

laut von § 244 Satz 1 AktG ist zudem klar und es entspricht dem Zweck der Bestätigung, etwaige Zweifel auszuräumen (vgl. Butzke, Festschrift Stolz, 2014, S. 83, 86; Hüffer, ZGR 2012, 730, 738; Kocher, NZG 2006, 1, 2; Zöllner/Noack in Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., Anh. § 47 Rn. 132; Römermann in Michalski/Heidinger/Leible/J. Schmidt, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 373; Raiser/Schäfer in Habersack/Casper/Löbbe, GmbHG, 3. Aufl., Anh. § 47 Rn. 152; Drescher in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 244 AktG Rn. 7; Horcher/Wilk in Born/Ghassemi-Tabar/Gehle, MünchHdbGesR VII, 6. Aufl., § 29 Rn. 176; Grigoleit/Ehmann, AktG, 2. Aufl., § 244 Rn. 8; BeckOGK AktG/Drescher, Stand: 19.10.2020, § 244 Rn. 24, 27; Heidel/Heidel, AktG, 5. Aufl., § 244 Rn. 12; Schwab in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 244 Rn. 14 mwN; MünchKommAktG/Hüffer/Schäfer, 4. Aufl., § 244 Rn. 10; Noack/Zetzsche in KK-AktG, 3. Aufl., § 244 Rn. 54; GroßkommAktG/K. Schmidt, 4. Aufl., § 244 Rn. 9). Dabei macht es keinen Unterschied, aus welchem Grund der Bestätigungsbeschluss bestandskräftig wird, so dass die Heilungswirkung auch eintritt, wenn die Klage gegen den Bestätigungsbeschluss wegen fehlender Anfechtungsbefugnis zurückzuweisen ist.

59 dd) Die Klage kann insoweit nicht in eine allgemeine Feststellungsklage umgedeutet werden, da mit dieser nur die Nichtigkeit der Beschlüsse geltend gemacht werden könnte und nicht deren Anfechtbarkeit (vgl. BGH, Urteil vom 25. April 1966 – II ZR 80/65, WM 1966, 614; Urteil vom 15. Juni 1992 – II ZR 173/91, ZIP 1992, 1391, 1392 f.; Urteil vom 11. Februar 2008 – II ZR 187/06, ZIP 2008, 757 Rn. 34; Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 11; Urteil vom 2. Juli 2019 – II ZR 406/17, BGHZ 222, 323 Rn. 58). Nichtigkeitsgründe (i.S.d. § 241 AktG) macht die Revisionserwiderung keine geltend.

60 ee) Soweit das Berufungsurteil danach aufzuheben ist, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden, da sie zur Endentscheidung reif ist (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 3 ZPO). Auf die Berufung der Beklagten ist das Urteil des Landgerichts aufzuheben, soweit es den Beschluss der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 10. Oktober 2014 zu Tagesordnungspunkt 2 betrifft, und die Klage insgesamt abzuweisen. Soweit es den Beschluss zu Tagesordnungspunkt 4 betrifft, ist das klageabweisende Urteil des Landgerichts durch Zurückweisung der Berufung des Klägers wiederherzustellen.

61 c) Wegen Fehlens der Anfechtungsbefugnis hat die Revision hinsichtlich weiterer Gesellschafterbeschlüsse in dem im Folgenden dargestellten Umfang ebenfalls Erfolg und führt jeweils zur Aufhebung des Berufungsurteils. Auch insoweit kann der Senat, da die Sache zur Endentscheidung reif ist, jeweils selbst wie folgt entscheiden.

[...]

77 3. Die Revision hat schließlich Erfolg, soweit das Berufungsgericht die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 14. März 2016 zu Tagesordnungspunkt 3 (Ablehnung des Antrags auf Abberufung von Frau B. als Geschäftsführerin), zu Tagesordnungspunkt 4 (Ablehnung des Antrags auf Abberufung von Herrn E. als Geschäftsführer), zu Tagesordnungspunkt 5 (Ablehnung des Antrags auf Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags von Frau B.), zu Tagesordnungspunkt 6 (Ablehnung des Antrags auf Kündigung des Geschäftsführerdienstvertrags von Herrn E.), zu Tagesordnungspunkt 7 (Ablehnung des Antrags auf Einziehung des Geschäftsanteils von Frau B.), zu Tagesordnungspunkt 8 (Ablehnung des Antrags auf Einziehung des Geschäftsanteils von Herrn E.), zu Tagesordnungspunkt 9 (Ablehnung des Antrags, Schadensersatzansprüche gegen Frau B. geltend zu machen) und zu Tagesordnungspunkt 10 (Ablehnung des Antrags, Schadensersatzansprüche gegen Herrn E. geltend zu machen) für nichtig erklärt hat (Urteilsformel IV. 2. c) bis j)) und festgestellt hat, dass die Gesellschafterversammlung der Beklagten die zu den Tagesordnungspunkten 3, 4, 5, 6, 9 und 10 beantragten Beschlüsse gefasst hat (Urteilsformel V. 1. bis 6.).

78 Der Kläger ist nicht anfechtungsbefugt, weil er im Zeitpunkt der Beschlussfassung nicht mehr als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen war. Fehlt dem Kläger, wie vorliegend, die Anfechtungsbefugnis, weil er nicht als Inhaber eines Geschäftsanteils in der Gesellschafterliste der Beklagten eingetragen ist, fehlt ihm auch die materielle Berechtigung zur Geltendmachung von auf positive Beschlussfeststellung gerichteten Klageanträgen (vgl. zu § 16 Abs. 1 GmbHG aF: BGH, Urteil vom 13. Oktober 2008 – II ZR 112/07, ZIP 2008, 2215 Rn. 11; Beschluss vom 17. Juli 2012 – II ZR 216/10, ZIP 2013, 117 Rn. 7). Die Revision führt insoweit zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Wiederherstellung des klageabweisenden Urteils des Landgerichts durch Zurückweisung der Berufung des Klägers.

Anmerkung:

Der BGH hatte mit seiner jüngsten Entscheidung¹ zum wiederholten Mal Gelegenheit, zu einem Fall aus dem Themenkomplex Einziehung von Geschäftsanteilen und

Gesellschafterliste Stellung zu nehmen.² Der Fall bot dem BGH Gelegenheit, seine Rechtsprechung zu konkretisieren, und zeigt, welche weitreichenden und teils unerwarteten Folgen die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste haben kann.

Sachverhalt

Dem Fall lag ein komplexer – mehrere Beschlüsse und Gesellschafterversammlungen umfassender – Sachverhalt zugrunde, der sich vereinfacht wie folgt darstellt: Der Kläger war ursprünglich Gesellschafter und Geschäftsführer der beklagten GmbH. Nach Streitigkeiten zwischen den Gesellschaftern wurde der Geschäftsanteil des Klägers eingezogen; ferner wurde der Kläger als Geschäftsführer abberufen. Die beklagte GmbH reichte über einen der verbleibenden Geschäftsführer eine neue Gesellschafterliste zum Register ein, in der der Kläger nicht mehr als Gesellschafter ausgewiesen war. Anschließend wurden der Einziehungsbeschluss und der Abberufungsbeschluss auf vier weiteren Gesellschafterversammlungen jeweils bestätigt. Der Kläger wandte sich mit Nichtigkeitsfeststellungs- und Anfechtungsklagen gegen sämtliche Beschlüsse. Zudem waren auf einer der Gesellschafterversammlung Beschlussvorschläge des Klägers abgelehnt worden: Der Kläger hatte beantragt, die Geschäftsanteile seiner Mitgesellschafter einzuziehen, den verbleibenden Geschäftsführer abzuernufen und Schadensersatzansprüche geltend zu machen. Die Beschlüsse wurden in der Gesellschafterversammlung mit den Stimmen der anderen Gesellschafter (erwartbar) abgelehnt. Daraufhin erhob der Kläger positive Beschlussfeststellungsklage.

Argumentation im Prozess

Der Kläger konnte sich im Prozess auf das materiellrechtliche Argument stützen, dass die Voraussetzungen für die Einziehung im vorliegenden Fall nicht gegeben waren. Durch die Einziehung wird der eingezogene Geschäftsanteil vernichtet; dies ist unmittelbare Folge des Einziehungsbeschlusses.³ Der Gesellschafter, dessen Anteile eingezogen wurden, ist von der Gesellschaft zu entschädigen. Dadurch fließt Geld aus der Gesellschaft an einen früheren Gesellschafter ab und steht nicht mehr den Gläubigern der Gesellschaft zur Verfügung. Eine solche Auszahlung ist durch die Kapitalerhaltungsregeln der GmbH verboten, soweit es sich um Vermögen handelt, das zur Erhaltung des Stammkapitals der

¹ BGH, Ur. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18.

² Siehe zuletzt BGH, Ur. v. 10.11.2020 – II ZR 211/19, BWNotZ 2021, 54 m. Bespr.

Späth-Weinreich, BWNotZ 2021, 2; BGH, Ur. v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979; BGH, Ur. v. 29.1.2019 – II ZR 234/18, BeckRS 2019, 2668; BGH, Ur. v. 20.11.2018 – II ZR 12/17, DNotZ 2019, 541.

³ BGH, Ur. v. 24.1.2012 – II ZR 109/11, BeckRS 2012, 04370.

Gesellschaft erforderlich ist (§ 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG). Voraussetzung für die Fassung eines Einziehungsbeschlusses ist daher, dass zu dem Zeitpunkt der Beschlussfassung Vermögen vorhanden ist, das nicht der Bindung des § 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG unterfällt und zur Zahlung der Abfindung ausreicht (vgl. § 34 Abs. 3 GmbHG). Ein Beschluss, der dieses Erfordernis nicht einhält, ist analog § 241 Nr. 3 AktG nichtig.⁴ Dass es an entsprechend freiem Vermögen fehlte, stand im Prozess bereits fest. Die Nichtigkeit des ursprünglichen Einziehungsbeschlusses hatte das Berufungsgericht deswegen bereits rechtskräftig festgestellt. In der Revisionsinstanz ging es für den Kläger daher noch um die Beschlüsse, die die Einziehung bestätigten, um den ursprünglichen Beschluss, mit dem er als Geschäftsführer abberufen war, um die Beschlüsse, die diesen Abberufungsbeschluss bestätigten, sowie um seine positive Feststellungsklage.

Die beklagte GmbH konnte sich dagegen auf eine formale Rechtsposition stützen. Nach der ersten Gesellschafterversammlung war der Kläger von der Gesellschafterliste entfernt worden. Die Gesellschafterliste ist durch das MoMiG mit erheblicher Legitimationswirkung aufgeladen worden. Nach § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG gilt gegenüber der Gesellschaft nur derjenige als Gesellschafter, der in der im Handelsregister aufgenommenen Liste aufgeführt ist. Grundsätzlich kann daher nur ein in der Liste aufgenommener Gesellschafter Anfechtungsklage gegen Beschlüsse der Gesellschafterversammlung erheben. Die Beklagte konnte daher argumentieren, dass dem Kläger – auch soweit er in der Sache Recht haben mochte – die Anfechtungsbefugnis fehlte.

Entscheidung des BGH

Der BGH gab dem Kläger Recht, soweit er sich gegen die vier Bestätigungsbeschlüsse wendete, die die Einziehung seiner Anteile zum Gegenstand hatten. Der BGH bejahte die Anfechtungsbefugnis, da diese für eine Klage gegen seinen Ausschluss oder die Einziehung seines Geschäftsanteils erhalten bleiben müsse. Nur so werde der Rechtsschutzmöglichkeit Geltung verschafft, die verfassungsrechtlich – da der Geschäftsanteil des Gesellschafters unter den Schutzbereich der Eigentumsgarantie, Art. 14 Abs. 1 GG, falle – geboten sei. Diese Rechtsschutzmöglichkeit hing daher auch nicht von der Eintragung in der Gesellschafterliste ab.⁵

Nach Eröffnung der Anfechtungsmöglichkeit prüfte der BGH die Wirksamkeit der Bestätigungsbeschlüsse. Diese scheiterten zwar nicht daran, dass die Einziehung nicht mehr in der Gesellschafterliste enthaltener Anteile beschlossen oder bestätigt wurde. „Jedenfalls nach einem möglicherweise gescheiterten Einziehungsversuch“ könne vorsorglich auch die Einziehung nicht (mehr) in der Liste enthaltener Anteile beschossen werden.⁶ Wegen Verstoßes gegen §§ 34 Abs. 3, 30 Abs. 1 S. 1 GmbHG waren jedoch die Beschlüsse sämtlich nichtig, soweit sie (erneut) die Einziehung aussprachen; für die Bestätigungsbeschlüsse ergab sich dies daraus, dass nichtige Beschlüsse nicht bestätigt werden können (dies ist nur bei anfechtbaren Beschlüssen möglich).⁷

Soweit sich der Kläger gegen seine Abberufung als Geschäftsführer wandte, hatte er dagegen in der Sache keinen Erfolg. Laut BGH fehlte seine Befugnis, die Beschlüsse anzufechten, die nach seiner Entfernung von der Gesellschafterliste gefasst worden waren. Die Eigentumsgarantie half ihm hier nicht weiter, weil der Kläger nicht als Gesellschafter, sondern nur in seiner Anstellungsposition als Geschäftsführer betroffen war.⁸ Etwas anders lag die Sache beim Ausgangsbeschluss, mit dem erstmals über die Abberufung des Klägers als Geschäftsführer entschieden worden war. Zum Zeitpunkt dieses Beschlusses hatte der Kläger noch in der Gesellschafterliste gestanden, sodass er ursprünglich auch zur Anfechtung dieses Beschlusses befugt war. Allerdings war der Beschluss später durch Beschlüsse bestätigt worden, die der Kläger eben – mangels Anfechtungsbefugnis – nicht mehr angreifen konnte; mit der BGH-Entscheidung wurden diese Bestätigungsbeschlüsse bestandskräftig. Dies führte wiederum dazu, dass auch der Anfechtungsklage gegen den Ausgangsbeschluss über die Abberufung als Geschäftsführer, den der Kläger ursprünglich hatte angreifen können (weil er zum Zeitpunkt des Beschlusses noch in der Gesellschafterliste stand), die Anfechtungsbefugnis fehlte. Der BGH wendete hier § 244 Abs. 1 AktG analog an.⁹ Der BGH prüfte den Abberufungsbeschluss bzw. die diesen bestätigenden Beschlüsse daher nicht mehr inhaltlich.

Auch die positive Beschlussfeststellungsklage lehnte der BGH ebenfalls mit Verweis auf die fehlende Anfechtungsbefugnis ab.¹⁰

4 So bereits BGH, Urt. v. 10.5.2016 – II ZR 342/14, NZG 2016, 742; BGH, BGH, Urt. v. 26.6.2018 – II ZR 65/16, NZG 2018, 1069.

5 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 15 f.; so auch schon BGH, Urt. v. 29.1.2019 – II ZR 234/18, BeckRS 2019, 2668.

6 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 19; so auch schon BGH, Urt. v. 10.11.2020 – II ZR 211/19, BWNotZ 2021, 54, Rz. 19.

7 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 22 ff.

8 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 47.

9 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 55 ff.

10 BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 77 f.

Bewertung der Entscheidung

Die unterschiedlichen Rechtspositionen der Beteiligten – formale Stellung als Listengesellschafter, materiell-rechtliche Gründe, die gegen die Wirksamkeit der Einziehung sprechen – ziehen sich wie ein roter Faden durch den Fall (und wohl auch die meisten seiner Vorgänger). Sie rühren an ein Dilemma, das der BGH auch in der vorliegenden Entscheidung nicht überwinden konnte und das vielleicht unlösbar ist. Das strenge Abstellen auf die Gesellschafterliste führt zwar zu Rechtsklarheit, im Einzelfall aber zu ungerechten Ergebnissen, insbesondere, wenn – wie hier – die Einziehung offenkundig nichtig war. Die Divergenzen zwischen Klarheit und Richtigkeit der Gesellschafterstellung versucht der BGH – wie auch die Literatur, wenngleich mit teilweise anderer Gewichtung¹¹ – durch Ausnahmen von der Legitimationswirkung in Einzelfällen zu überwinden. Ausgangspunkt sollte die Überlegung sein, dass die Legitimationswirkung (nur) dort eingeschränkt wird, wo dies zu unerträglichen Ungerechtigkeiten führt. Dass es sich dabei um eine schwierige Gratwanderung handelt, ist bei der Kritik von Entscheidungen immer zu bedenken.

Materielle Ungerechtigkeiten

Auf den ersten Blick überrascht das gesplante Ergebnis der Entscheidung. Im vorliegenden Fall erhielt der Kläger zwar Recht, was die Einziehung seines Anteils anging – die Nichtigkeit von Einziehungsbeschluss und Bestätigungen wurde vom BGH festgestellt. Er hatte daher seine Geschäftsanteile durch die Einziehung nie verloren. Dennoch unterlag der Kläger, was seine übrigen Klagebegehren – Vorgehen gegen seine Abberufung als Geschäftsführer und positive Beschlussfeststellungsklage, gerichtet auf Ausschluss der anderen Gesellschafter – anging, da er nicht mehr in der Gesellschafterliste eingetragen war. Dies lässt sich auf den beschränkten Schutzbereich der grundrechtlich geschützten Rechtsausübung zurückführen, die nur die Einziehung des Anteils abdeckt, bleibt im Ergebnis aber gleichwohl unbefriedigend. Es bedeutet, dass der Kläger, obwohl seine Anteile nicht eingezogen werden durften, vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Er findet nach seiner „Rückkehr“ eine veränderte Gesellschaft vor, die er so zu akzeptieren hat. Es handelt sich dabei wohl gemerkt um eine Rückkehr nur in die formale Position als Gesellschafter in der Gesellschafterliste – materiell-rechtlich war der Kläger die ganze Zeit über Gesell-

schafter. Dennoch können während seiner – auf die formale Position bezogenen – Abwesenheit Beschlüsse gefasst worden sein, die ihn empfindlich tangieren können. Der Gesellschaft bzw. ihrem Geschäftsführer, der eine neue Liste einreichen kann, ist damit ein scharfes Schwert in die Hand gegeben.

Besonders gefährlich ist die Kombination aus der Einreichung einer neuen Liste und Bestätigungsbeschlüssen. Diese waren eine Besonderheit der vorliegenden BGH-Entscheidung. Im Ergebnis führen die Bestätigungsbeschlüsse nach dem BGH dazu, dass ursprünglich zulässigen Klagen der Boden entzogen wird. Offenbar sprach aber vorliegend nichts für eine treuwidrige Umgehung, wohl auch, da die Wirksamkeit der ursprünglichen Beschlüsse tatsächlich unklar war; der BGH nahm eine solche. Im Ergebnis führt dies zu ungerechten Ergebnissen (wie hier – möglicherweise – bei den Beschlüssen über die Abberufung als Geschäftsführer, die der BGH nicht mehr inhaltlich prüfte). Zudem schränkt der BGH die Legitimationswirkung der Liste wegen der Bestätigungsbeschlüsse im Ergebnis gleich mehrfach ein. Einerseits konnte der Kläger gegen den Beschluss über seine Abberufung als Geschäftsführer nicht mehr vorgehen, obwohl er zu diesem Zeitpunkt noch in der Gesellschafterliste gestanden hatte (weil dieser Beschluss später bestätigt worden war). Andererseits konnte der Kläger direkt gegen Bestätigungsbeschlüsse vorgehen, die seine Einziehung betrafen, obwohl er zum Zeitpunkt von deren Beschlussfassung nicht mehr in der Liste gestanden hatte (wegen des grundrechtlich geschützten Rechtsschutzinteresses). Möchte man nicht von der Übertragbarkeit von § 244 Abs. 1 AktG auf die GmbH abrücken, müssen Bestätigungsbeschlüsse zumindest einer strengen Treuwidrigkeitsprüfung unterzogen werden.

Als Randnotiz sei erwähnt: Selbst wenn man der Abgrenzung des BGH zwischen dem vom Schutzbereich umfassten Anteilseigentum und den davon nicht umfassten Rechtspositionen „Schadensersatzansprüche“ und „Geschäftsführerposition“ folgt, bleiben Fragen offen. Insbesondere ist nicht klar, wie weit der Schutzbereich im Einzelfall reicht. Wie ist es, wenn die Gesellschafterstellung dadurch betroffen wird, dass durch einen Beschluss anderen Gesellschaftern Sonderrechte eingeräumt oder dem Gesellschafter Sonderrechte entzogen werden? Wie wäre es zu beurteilen, wenn der Gesellschafter nach Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste eine geänderte Satzung vorfindet, die nunmehr eine Nachschusspflicht vorsieht? Welche Folgen hat eine Kapitalerhöhung, bei der der ausgeschlossene Ge-

¹¹ Vgl. zu (weiteren) in der Literatur diskutierten Ausnahmen von der Legitimationswirkung *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 441, 442 ff.; restriktiv *Miller*, ZIP 2020, 62.

sellschafter sein Bezugsrecht nicht ausüben kann, so dass er nach seiner Wiederaufnahme in die Gesellschafterliste eine verwässerte Rechtsposition erhält? Jedenfalls im letzten Fall dürfte der Schutzbereich des Art. 14 GG berührt sein, sodass dem Gesellschafter gestattet werden sollte, auch hiergegen Klage zu erheben, selbst wenn er nicht (mehr) in der Gesellschafterliste steht.

Legitimationswirkung: Einbuße an Rechtsklarheit

Die Grenzen der Legitimationswirkung werden auch nach der vorliegenden Entscheidung – anders als der eigentlich klare Wortlaut von § 16 Abs. 1 S. 1 GmbHG vorsieht und der Gesetzgeber dies beabsichtigt hat – von einer zusehends unüberschaubaren Kasuistik geprägt und verwaschen. In den fünf Entscheidungen zur Legitimationswirkung der Gesellschafterliste ist der BGH nun schon mehrfach davon abgerückt, dass die Gesellschafterliste umfassend Auskunft darüber gibt, wer nun eigentlich als Gesellschafter zu behandeln ist. Es handelt sich dabei im Einzelnen um folgende Ausnahmen:

- Eine Anfechtung ist möglich, auch wenn der Gesellschafter nicht mehr in der Liste aufgeführt ist, sofern es sich um die verfassungsrechtlich geschützte Gesellschafterstellung handelt (Ausschließung bzw. Einziehung seiner Anteile).¹²
- Im nicht verfassungsrechtlich geschützten Bereich kann die Stellung als Listengeschafter für eine Anfechtungsbefugnis nicht ausreichen, wenn nachträglich ein Bestätigungsbeschluss gefasst wurde.¹³
- Eine Einziehung ist möglich, auch wenn der Geschäftsanteil nicht (mehr) in der Liste aufgeführt ist, jedenfalls dann, wenn zuvor ein gescheiterter Einziehungsbeschluss gefasst wurde.¹⁴
- Dabei ist für den Fall einer Einziehung auch die Ladung von Gesellschaftern nötig, die nicht (mehr) in der Liste aufgeführt sind. Hier kommt es darauf an, dass die Gesellschaft den Gesellschafter für die Einziehung als solchen behandeln will, nicht auf den Ausweis der Gesellschafterliste.¹⁵
- Zudem kann das Berufen auf die Gesellschafterliste im Einzelfall treuwidrig sein.¹⁶

Auch wenn jedenfalls die erst- und die letztgenannte Ausnahme auf guten Gründen im Einzelfall beruht haben mögen, ist die Summe der Abweichungen von der Legitimi-

onswirkung doch erheblich. In den letzten fünf Entscheidungen zur Gesellschafterliste hat sich damit nur im ersten Urteil die Legitimationswirkung der Gesellschafterliste voll durchgesetzt.¹⁷ Hier sei stellvertretend noch einmal die – vom BGH nun erneut bestätigte¹⁸ – zweite Ausnahme herausgegriffen. Nach gescheiterten Einziehungsversuchen soll die (zwischenzeitliche) Aufnahme einer Liste überflüssig sein. Das ist nun ebenso pragmatisch gedacht (weil die Liste ja nach der Einziehung ohnehin wieder richtig wird) wie unsauber.¹⁹ Leider bleibt die genaue Reichweite der Ausnahme ungeklärt. Wie sollten sich dann Gesellschafter verhalten, die (wie praktisch häufig) gar keinen Einziehungsbeschluss gefasst, sondern ohne einen solchen eine neue Liste zum Register eingereicht haben? In diesem Fall wird man ihnen doch wohl raten müssen, zunächst eine korrigierte Liste einzureichen (die noch die Altgesellschafter enthält, deren Anteile eingezogen werden sollen), um darauf aufbauend einen Einziehungsbeschluss zu fassen. Einen Einziehungsbeschluss, dessen Wirksamkeit fraglich sein könnte, sodass man eine entsprechende Anfechtungsklage abwarten müsste (so die Begründung des BGH²⁰), gäbe es in diesem Fall ja gerade nicht.

Schlussfolgerung

Auch wenn man mit der Entscheidung des BGH, die viel Macht – womöglich zu viel – in die Hände des Geschäftsführers legt, der mit der Einreichung der Liste betraut ist, hadern mag, verdeutlicht sie doch einmal mehr, wie wichtig es ist, rasch auf die Aufnahme einer richtigen Gesellschafterliste im Handelsregister zu dringen.²¹ Angesichts der Möglichkeit, dass während der Zeit, in der der Gesellschafter nicht in der Liste steht, Beschlüsse oder Bestätigungsbeschlüsse gefasst werden, die ihn auch nach Wiederaufnahme in die Liste binden,²² stellt die Verfügungsmacht der Gesellschaft bzw. ihres Geschäftsführers über die Gesellschafterliste einen deutlichen Vorteil der Gesellschaft dar, den der ausgeschlossene Gesellschafter nur über den Gang zum Gericht ausgleichen kann. Nur durch den einstweiligen Rechtsschutz kann der Gesellschafter, dessen Geschäftsanteile eingezogen wurden, sicherstellen, dass er nicht vor vollendete Tatsachen gestellt wird. Wird er – auf Anordnung des Gerichts – vorläufig wieder in die Gesellschafterliste aufgenommen, wird damit nicht die Hauptsache vorweggenommen, sondern die Hauptsache nur weiter-

¹² BGH, Urt. v. 29.1.2019 – II ZR 234/18, beckRS 2019, 2668.

¹³ BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 55 ff.

¹⁴ BGH, Urt. v. 20.11.2020 – II ZR 211/19, BWNotZ 2021, 54, Rn. 12 ff.; BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 19.

¹⁵ BGH, Urt. v. 20.11.2020 – II ZR 211/19, BWNotZ 2021, 54, Rn. 33.

¹⁶ BGH, Urt. v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, Rn. 35, 42.

¹⁷ BGH, Urt. v. 20.11.2018 – II ZR 12/17, DNotZ 2019, 541.

¹⁸ BGH, Urt. v. 26.1.2021 – II ZR 391/18, Rn. 19.

¹⁹ Kritisch daher *Lieder/Becker*, EWiR 2021, 101, 102; *Miller*, NJW 2021, 625, 626.

²⁰ BGH, Urt. v. 20.11.2020 – II ZR 211/19, BWNotZ 2021, 54, Rn. 22.

²¹ Vgl. bereits BGH, Urt. v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, Rn. 38; s. auch *Strohn*, in: FS Krieger, 2020, 967, 972.

²² Vgl. BGH, Urt. v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, Rn. 38.

hin offen gehalten.²³ Der von der Gesellschafterliste entfernte Kläger hätte daher im vorliegenden Fall im Wege einstweiligen Rechtsschutzes eine Berichtigung herbeiführen sollen. Insbesondere kann der Gesellschafter die Einreichung einer neuen Gesellschafterliste im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes verbieten lassen.²⁴ Daneben sind auch vermittelnde Lösungen denkbar, etwa, dass der Gesellschaft bestimmte Maßnahmen für den Schwebezeitraum verboten werden.²⁵ Die Initiativ- und Klagelast ist damit deutlich zu Ungunsten des ausgeschlossenen Gesellschafters verlagert.

Zusammenfassung

Festzuhalten bleibt die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes. Wo – wie im Fall von Bestätigungsbeschlüssen – nicht dafür gesorgt ist, dass formelle und materielle Rechtslage nicht zu weit auseinanderfallen, muss der ausgeschlossene Gesellschafter selbst aktiv werden. Der vorliegende Fall verdeutlicht die Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes gerade deshalb, weil der Kläger einen solchen nicht in Anspruch genommen hatte. Andere Fragen bleiben dagegen nach dem Urteil des BGH weiterhin offen. Es ist daher anzunehmen, dass auch das vorliegende Judikat nicht das letzte höchstrichterliche Urteil zum Themenkomplex „Einziehung und Gesellschafterliste“ bleiben wird.

Notarassessor Dr. Wendelin Mayer LL.M.,
Deutsches Notarinstitut, Würzburg

Zum Verkauf durch den Prokuristen einer als Testamentsvollstrecker bestellten Aktiengesellschaft

HGB § 49 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB besteht unabhängig davon, ob der Kaufmann Eigentümer des Grundstücks ist (Anschluss an OLG Köln, NJW-RR 2020, 530; entgegen OLG Hamm, DNotZ 2012, 230).

KG (1. Zivilsenat),
Beschluss vom 05.07.2021 – 1 W 26/21

²³ So auch Altmeyden, ZIP 2021, 467, 468.

²⁴ BGH, Urt. v. 2.7.2019 – II ZR 406/17, NZG 2019, 979, Rn. 39 zur Bedeutung des einstweiligen Rechtsschutzes siehe Wicke, FS D. Mayer 2020, 149, 164; Wicke, DNotZ, 2021, 474, 476.

²⁵ Strohn, in: FS Krieger, 2020, 967, 973 f.

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte – eine Aktiengesellschaft – ist Testamentsvollstreckerin über den Nachlass der 2019 verstorbenen ..., zu dem das im Beschlusseingang genannte Grundstück gehört. In notarieller Verhandlung vom 12. August 2020 bewilligten ... und ... als gemeinsam vertretungsberechtigte Prokuristen der Beteiligten die Eintragung einer Auflassungsvormerkung in das Grundbuch.

2 Auf den Eintragungsantrag hat das Grundbuchamt mit der angefochtenen Zwischenverfügung beanstandet, die Prokuristen könnten die Beteiligte nicht vertreten, da sie laut Handelsregister nicht zur Veräußerung oder Belastung von Grundstücken ermächtigt seien. Nachdem der Vorstand der Beteiligten die Erklärungen vom 12. August 2020 genehmigt hatte, ist die Vormerkung eingetragen worden. Die Beteiligte verfolgt ihre Beschwerde mit dem Antrag weiter, festzustellen, dass die Zwischenverfügung sie in ihren Rechten verletzt habe. Es bestehe Wiederholungsgefahr, da in den Nachlass weitere Grundstücke fielen und beabsichtigt sei, Veräußerungserklärungen durch Prokuristen abzugeben.

3 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die Akten (Bl. 77 bis 161) Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

4 Die Beschwerde nach §§ 71 ff. GBO ist mit dem Ziel des § 62 Abs. 1 FamFG zulässig (vgl. BGH, FGPrax 2017, 195). Das berechnete Interesse an der Feststellung ergibt sich gemäß § 62 Abs. 2 Nr. 1 FamFG aus der für die Beteiligte bestehenden Wiederholungsgefahr.

5 Die Beschwerde ist nicht begründet. Es liegt keine Rechtsverletzung vor, denn die Zwischenverfügung war gemäß § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO veranlasst. Das aufgezeigte Hindernis bestand. Es war nicht in der erforderlichen Form (§ 29 Abs. 1, § 32 GBO) nachgewiesen, dass die Erklärungen der Prokuristen gemäß § 164 Abs. 1 BGB, § 49 Abs. 1 HGB für und gegen die Beteiligte wirken. Die Bewilligung der Vormerkung (§ 19 GBO, § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) ist nach § 49 Abs. 2 HGB nicht von der Prokura erfasst. Die Vormerkung, Sicherungsmittel eigener Art, ist als Belastung des Grundstücks anzusehen (Staub/Joost, HGB, 5. Aufl., § 49 Rn. 33; MünchKomm/Krebs, HGB, 5. Aufl., § 49 Rn. 45; vgl. auch BGH, NJW 2014, 2431 Rn. 23 f.). Eine besondere Befugnis zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken nach § 49 Abs. 2 HGB („Immobiliarklausel“), die in das Handelsregister einzutragen wäre (KG, RJA 3, 231 ff.; BayObLG, NJW 1971, 810 f.), ist den Prokuristen nicht erteilt.

6 Die gesetzliche Beschränkung der Vertretungsmacht nach § 49 Abs. 2 HGB besteht unabhängig davon, ob der Kauf-

mann Eigentümer des Grundstücks ist (OLG Köln, NJW-RR 2020, 530; LG Freiburg, BWNotZ 1992, 58; Staub/*Joost*, a.a.O., § 49 Rn. 31; a.A. OLG Hamm, DNotZ 2012, 230; LG Chemnitz, NotBZ 2008, 241; MünchKomm/*Krebs*, a.a.O., § 49 Rn. 42). Zwar dient die Beschränkung nach heutigem Verständnis (vgl. zu den überholten Erwägungen des historischen Gesetzgebers KG, a.a.O., S. 232; Staub/*Joost*, a.a.O., § 49 Rn. 27; MünchKomm/*Krebs*, a.a.O., § 49 Rn. 36) dem Schutz des Kaufmanns im Hinblick auf die besondere wirtschaftliche Bedeutung, die Grundstücksgeschäften regelmäßig zukommt. Dieser Gesichtspunkt greift aber nicht nur für Grundstücke, die im Eigentum des Prinzipals stehen. Veräußert ein Prokurist des Komplementärs Grundstücke der Kommanditgesellschaft, kann dies erhebliche wirtschaftliche Folgen für den Komplementär haben. Auch soweit der Kaufmann als rechtsgeschäftlicher Vertreter eines Dritten oder – wie hier – als Träger eines privaten Amtes im eigenen Namen, aber mit Wirkung für einen Dritten handelt, kommt Grundstücksgeschäften wegen des Haftungsrisikos besondere Bedeutung zu. Aus dem Beschluss des Bundesgerichtshofs DNotZ 1992, 584 folgt nichts anderes. Das Gesetz schließt den Prokuristen von der Vertretung bei Grundstücksgeschäften aus, gleichgültig ob diese Grundlagengeschäfte sind (oder sein können).

7 Schließlich besteht auch kein praktisches Bedürfnis für eine teleologische Reduktion. Der Kaufmann hat die Möglichkeit, den Prokuristen gemäß § 49 Abs. 2 HGB zur Veräußerung und Belastung von Grundstücken zu ermächtigen – ggf. nur, soweit diese nicht in seinem Eigentum stehen, oder soweit der Kaufmann als Testamentsvollstrecker handelt. Den Inhalt der Erweiterung kann der Kaufmann bestimmen, sofern er dem Rahmen des § 49 Abs. 2 HGB und dem Bestimmtheitsgrundsatz genügt. Es steht ihm ferner frei, dem Prokuristen gesonderte (Einzelfall-)Vollmacht zu erteilen (Staub/*Joost*, a.a.O., § 49 Rn. 37, 45).

Befreiung von § 181 BGB im Rahmen einer Satzungsänderung einer im vereinfachten Verfahren gegründeten GmbH

GmbHG §§ 2 Abs. 1a, 53ff.; BGB § 181; FamFG §§ 58 ff.

Amtlicher Leitsatz:

Die Befreiung des Geschäftsführers einer im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG unter Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls als Einpersonengesellschaft gegründeten UG (haftungsbeschränkt) von den Beschränkungen des § 181 BGB kann nicht

im Handelsregister eingetragen werden, wenn der als Anlage zur Anmeldung vorgelegte neu gefasste Gesellschaftsvertrag ersichtlich eine dahin gehende Regelung nicht enthält.

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 30.04.2021 – 3 Wx 46/21

I. Tatbestand:

1 Die betroffene Gesellschaft wurde mit notariell beurkundetem Vertrag vom 15. September 2017 im vereinfachten Verfahren gemäß § 2 Abs. 1a GmbHG unter Verwendung des gesetzlichen Musterprotokolls als Einpersonengesellschaft mit einem Stammkapital von 1.000,- € und mit Sitz in Münster gegründet. Am 2. Oktober 2017 wurde die Gesellschaft im Handelsregister eingetragen und am 20. Dezember 2017 wurde die Erhöhung des Stammkapitals auf 2.000,- € eingetragen.

2 Mit notariell beurkundetem Gesellschafterbeschluss vom 6. Oktober 2020 wurde die Verlegung des Sitzes der Gesellschaft nach Düsseldorf sowie die Neufassung des Gesellschaftsvertrages beschlossen. Am gleichen Tage meldete die betroffene Gesellschaft die Änderung ihres Sitzes zur Eintragung im Handelsregister an; der Gesellschaftsvertrag sei neu gefasst worden, mit Ausnahme der Sitzverlegung seien die Inhalte des Gesellschaftsvertrages unverändert geblieben. Der Anmeldung beigelegt war die beschlossene Neufassung des Gesellschaftsvertrages.

3 Mit Verfügung vom 9. Februar 2021 wies das Registergericht darauf hin, dass die geänderte besondere Vertretungsbefugnis, die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB, des Geschäftsführers noch angemeldet werden müsse. Die Befreiung sei mit der Satzungsänderung entfallen.

4 Gegen diese Verfügung legte die betroffene Gesellschaft am 10. Februar 2021 Beschwerde ein. Sie wandte ein, die Änderung des Gesellschaftsvertrages lasse die Geschäftsführerbestellung als solche unberührt, ebenso wenig wirke sich die Änderung auf die Ausgestaltung seiner Vertretungsmacht aus.

5 Mit Beschluss vom 18. Februar 2021 hat das Registergericht die Anmeldung vom 6. Oktober 2020 zurückgewiesen. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB habe begrenzte materielle Satzungsqualität. Die Gesellschafter könnten die Befreiung durch einfachen Gesellschafterbeschluss widerrufen oder aber auch – wie hier in Ziffer 4 geschehen – das Musterprotokoll ändern. Die Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB müsse durch oder aufgrund einer satzungsmäßigen Re-

gelung erfolgen und diese müsse auch bestehen bleiben. Der Wegfall der Möglichkeit einer Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB in einer normalen GmbH-Satzung infolge Satzungsänderung führe auch zu einer Änderung der besonderen Vertretungsbefugnis eines Geschäftsführers, dem unter der alten Satzung die Befreiung zugesprochen gewesen sei.

6 Noch am 18. Februar 2021 hat die betroffene Gesellschaft Beschwerde gegen die Zurückweisung der von ihr angemeldeten Eintragung eingelegt. Dazu wiederholt sie ihre bereits in ihrer Beschwerde vom 10. Februar 2021 vertretene Auffassung.

7 Das Registergericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 25. Februar 2021 zur Entscheidung vorgelegt.

8 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Akteninhalt verwiesen.

► II. Aus den Gründen:

9 Die nach Maßgabe der §§ 58 ff. FamFG statthafte und auch im übrigen zulässige Beschwerde der betroffenen Gesellschaft ist dem Senat infolge der vom Registergericht mit weiterem Beschluss vom 25. Februar 2021 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe zur Entscheidung angefallen, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG. In der Sache bleibt sie ohne Erfolg.

10 Das Registergericht hat die begehrte Eintragung zu Recht und mit zutreffender, aus Rechtsgründen nicht ergänzungsbedürftiger Begründung zurückgewiesen. Lediglich zur Verdeutlichung sei folgendes angemerkt:

11 Änderungen der Satzung einer gemäß dem gesetzlichen Musterprotokoll gegründeten und eingetragenen Gesellschaft unterfallen den allgemeinen Regelungen der §§ 53 ff. GmbHG (Baumbach/Hueck-Fastrich, GmbHG, 22. Aufl. 2019, § 2 Rn. 18 und 62). Zwar ist es zur wirksamen Änderung eines gemäß dem Musterprotokoll gefassten Gesellschaftsvertrages nicht erforderlich, dass der Gesellschaftsvertrag insgesamt neu gefasst wird. Indes müssen die geänderten Bestimmungen zwingend vom Wortlaut des Musterprotokolls abweichen, wenn sonst inhaltlich Falsches geregelt würde; die sonstigen, durch die Satzungsänderung nicht berührten Regelungen sind dagegen unverändert zu übernehmen (Beck'sches Notar-Handbuch, Meyer/Weiler, 7. Aufl. 2019, Rn. 352). Das gilt auch für die im Gesellschaftsvertrag geregelte Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft als materieller Satzungsbestandteil und eine generell geltende Befreiung des Geschäftsführers von den Beschränkungen des § 181 BGB bedarf zu ihrer Wirksamkeit einer satzungsmä-

ßigen Grundlage (OLG Nürnberg BeckRS 2010, 7681; BeckOK GmbHG/Trölitzsch, 47. Edition, Stand: 1. Februar 2021, § 53 Rn. 1 a und 43).

12 Nach der Maßgabe des Vorstehenden kann die Befreiung des Geschäftsführers der betroffenen Gesellschaft von den Beschränkungen des § 181 BGB nicht im Handelsregister eingetragen werden, denn der als Anlage zur Anmeldung vorgelegte neu gefasste und aus vier Ziffern bestehende Gesellschaftsvertrag vom 6. Oktober 2020 enthält ersichtlich keine dahingehende Regelung.

Unzulässigkeit eines in virtueller Versammlung gefasste Verschmelzungsbeschlusses

Amtlicher Leitsatz:

Der nach § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG zwingend in einer Versammlung zu fassende Verschmelzungsbeschluss kann nicht in einer Generalversammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer gefasst werden, § 3 Abs. 1 Satz 1 COVMG ermöglicht dies nicht.

OLG Karlsruhe (1. Zivilsenat),
Beschluss vom 26.03.2021 – 1 W 4/21 (Wx)

► I. Tatbestand:

1 Die Antragstellerin begehrt die Eintragung der Verschmelzung der Beschwerdeführerin auf sie ins Genossenschaftsregister.

2 Die Beschwerdeführerin ist unter GnR 33 im Genossenschaftsregister des Amtsgerichts – Registergericht – Mannheim eingetragen.

3 Am 02.12.2020 schlossen die Antragstellerin und die Beschwerdeführerin notariell beurkundet (Urkundenrolle Nr. 2045/2020 F des Notars Dr. S. F. in M.) einen Verschmelzungsvertrag, mit dem die Beschwerdeführerin auf die Antragstellerin verschmolzen wurde. Nachfolgend beschloss am 02.12.2020 die Antragstellerin auf einer außerordentlichen Hauptversammlung (unter TOP 1) auf der Grundlage des vorgenannten Vertrages die Verschmelzung (Urkundenrolle Nr. 2046/20 F des Notars Dr. S. F. in M.). Die Beschwerdeführerin hatte bereits am 30.11.2020 in einer virtuellen ordentlichen Vertreterversammlung (unter TOP 8) unter Genehmigung des Entwurfs des Verschmelzungsvertrages einen Verschmelzungsbeschluss gefasst; insoweit wird auf die bei den Akten befindliche Niederschrift der Versammlung (Urkun-

denrolle Nr. 2037/20 F des Notars Dr. S. F. in M.) Bezug genommen.

4 Unter dem 02.12.2020 hat der Vorstand der Antragstellerin die Verschmelzung der Beschwerdeführerin auf sie zur Eintragung in das Genossenschaftsregister angemeldet. Mit der Antragstellerin am 16.12.2020 zugestelltem Beschluss vom 09.12.2020 hat das Amtsgericht – Registergericht – Mannheim die Anmeldung zurückgewiesen, da die Versammlung, in der der Verschmelzungsbeschluss der Beschwerdeführerin gefasst worden sei, nicht als Präsenzversammlung abgehalten worden sei; im Übrigen wird auf die dortigen Gründe verwiesen.

5 Hiergegen wendet sich die Beschwerdeführerin mit ihrer am 23.12.2020 eingegangenen und begründeten Beschwerde, der das Amtsgericht – Registergericht – Mannheim mit Beschluss vom 11.01.2021 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt hat.

6 Mit Zwischenverfügung vom 12.03.2021 hat der Senat darauf hingewiesen, dass der Niederschrift über die Vertreterversammlung der Beschwerdeführerin vom 30.11.2020, auf der ihr Verschmelzungsbeschluss gefasst wurde, das erforderliche Verzeichnis der Mitglieder, die bei der Beschlussfassung mitgewirkt haben, mit dem Vermerk der Art der jeweiligen Stimmabgabe nicht beigelegt war. Unter dem 17.03.2021 hat die Beschwerdeführerin – u.a. – eine entsprechende tabellarische Übersicht zum Abstimmungsergebnis in Ausfertigung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

7 Die Beschwerde ist statthaft (§ 58 Abs. 1 FamFG) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere ist sie innerhalb der einmonatigen Beschwerdefrist (§ 63 Abs. 1 FamFG) eingegangen. Die Beschwerdeführerin ist auch beschwerdeberechtigt. Zwar kann im Antragsverfahren – wie hier – die Zurückweisung des Antrags grundsätzlich nur vom (ursprünglichen) Antragsteller angefochten werden (§ 59 Abs. 2 FamFG; vgl. OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2012 – 14 Wx 21/11 [juris Rn. 14 f.]; Keidel – Heineemann, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 382 Rn. 19). Bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten – wie hier (§ 16 Abs. 1 Satz 1 und 2 UmwG) – wird diese Befugnis indes auch auf diejenigen erstreckt, die – wie hier die Beschwerdeführerin (§ 16 Abs. 1 Satz 1 UmwG) – den verfahrenseinleitenden Antrag zwar nicht gestellt haben, aber zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung noch wirksam stellen könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 10.12.1992 – V ZB 3/92 [juris Rn. 10]; OLG Karlsruhe, Beschluss vom 17.01.2012 – 14 Wx 21/11 [juris Rn. 14 f.]; BeckOK – Obermann, 01.01.2021, § 59 FamFG Rn. 16; Keidel – Meyer-Holz, FamFG, 20. Aufl. 2020, § 59 Rn. 41).

8 In der Sache hat die Beschwerde der Beschwerdeführerin dagegen keinen Erfolg. Vielmehr hat das Registergericht die Eintragung der Verschmelzung zu Recht abgelehnt.

9 1. Zu Recht ist das Registergericht davon ausgegangen, dass die Beschlussfassung über den Verschmelzungsvertrag nur in einer – notariell zu beurkundenden (§ 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG) – Versammlung (§ 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG) gefasst werden konnte und dass diese Vorschrift rechtsformübergreifend – ungeachtet der für die jeweiligen Rechtsträger geltenden Vorschriften – anzuwenden ist und eine Beschlussfassung in anderer Form ausschließt (allgemeine Meinung, vgl. Lutter – Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 Rn. 7 und 9; Maulbetsch/Klump/Rose, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 13 Rn. 13 und 39; Widmann/Mayer – Heckschen, UmwR, 189. EL, 01.04.2013, § 13 UmwG Rn. 41; Henssler/Strohn – Heidinger, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 6 und 36; Kallmeyer – Zimmermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 13 Rn. 3 und 5; Semler/Stengel – Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14). Die für die Verschmelzung unter Beteiligung einer eingetragenen Genossenschaft geltenden diesbezüglichen Sonderregelungen (§§ 79 ff. UmwG) enthalten lediglich Bestimmungen über die weitere Information der Mitglieder in der Versammlung (§ 83 UmwG) sowie die erforderliche Mehrheit (§ 84 UmwG), jedoch keine Regelungen, die erlauben könnten, von einer Versammlung (gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG) abzusehen (vgl. Schmitt/Hörtnagl – Hörtnagl/Ollech, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 84 Rn. 3; Böttcher/Habighorst/Schulte – Geschwandtner, UmwR, 2. Auflage 2019, § 84 Rn. 1). Nur für die Anforderungen an die Durchführung der Versammlung ist folglich ein Rückgriff auf die für die Genossenschaft geltenden allgemeinen Vorschriften zulässig (vgl. Lutter – Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 Rn. 7 und 10; Maulbetsch/Klump/Rose, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 13 Rn. 40; Henssler/Strohn – Heidinger, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 11; Böttcher/Habighorst/Schulte, UmwR, 2. Auflage 2019, § 13 Rn. 7; Semler/Stengel – Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14). Denn auf die Notwendigkeit einer Versammlung selbst kann nicht verzichtet werden, weil § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG andere gegebenenfalls nach Gesetz oder Satzung zulässige Formen der Beschlussfassung ausschließt und auch das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie (künftig: COVMG) insoweit keine Änderung brachte; die Regelung für das Umwandlungsrecht (§ 4 COVMG) betrifft lediglich § 17 UmwG (so für die Erleichterungen im Recht der GmbH durch § 2 COVMG auch Schulte/GWR 2020, 169 [170]). Anhaltspunkte dafür, dass der Gesetzgeber den umwandlungsrechtlichen

Versammlungszwang (§ 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG) suspendieren oder einschränken wollte, finden sich dort nicht (insoweit zutreffend DNotI-Report 10/2020, 73 [75]; *Römermann*, COVID-19 Abmilderungsgesetze, 1. Aufl. 2020, Rn. 278).

10 2. Zwar war die von der Beschwerdeführerin durchgeführte Vertreterversammlung (§ 43a Abs. 1 GenG i.V.m. §§ 9, 13, 20 der Satzung) eine Generalversammlung (§§ 83, 84 UmwG; arg. § 90 Abs. 3 Satz 1 UmwG, vgl. Schmitt/Hörtnagl – Hörtnagl/Ollech, UmwG, 9. Aufl. 2020, § 84 Rn. 3). Sie hätte deshalb als vollvirtuelle Versammlung, d.h. eine Versammlung ohne physische Präsenz der Teilnehmer (beispielsweise im Wege der Videokonferenz), durchgeführt werden können, wenn das Gesetz oder die Satzung der Antragstellerin solche Versammlungen zulassen würde (vgl. Lutter – Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 Rn. 10; Henssler/Strohn – Heidinger, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 11; Semler/Stengel – Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14 und erneut insoweit noch zutreffend das Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 15.05.2020 [Abruf-Nr. 177537, Seite 3]). Beides ist jedoch nicht der Fall.

11 a) Zwar besteht die Möglichkeit, durch Satzung zuzulassen, dass Beschlüsse der Generalversammlung in elektronischer Form gefasst werden können (§ 43 Abs. 7 Satz 1 GenG), was im Hinblick darauf, dass die Vertreterversammlung (§ 43a Abs. 1 Satz 1 GenG) eine Generalversammlung (§ 43 Abs. 1 GenG) ist, auch für diese gelten würde. Allerdings enthält die Regelung der Satzung der Beschwerdeführerin über die Durchführung der Vertreterversammlung (§§ 21 ff. der Satzung) keine solche Zulassung, insbesondere sieht § 24 (2) der Satzung ausdrücklich vor, dass Abstimmungen durch Handzeichen oder durch Stimmzettel erfolgen, so dass an dieser Stelle noch offenbleiben kann, ob das Gesetz (§ 43 Abs. 7 Satz 1 GenG) überhaupt die Möglichkeit einer rein virtuellen Versammlung eröffnen würde (dagegen beispielsweise Henssler/Strohn – Geibel, GesR, 5. Aufl. 2021, § 43 GenG Rn. 6a; Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 60; zweifelnd Beuthin – Schöpflin, GenG, 16. Aufl. 2018, § 43 Rn. 53; bejahend Lang/Weidmüller – Holthaus/Lehnhoff, GenG, 39. Aufl. 2019, § 43 Rn. 114b).

12 b) Entgegen der in der Beschwerde vertretenen Auffassung kann aber auch § 3 Abs. 1 Satz 1 COVMG nicht dahin interpretiert werden, dass eine Generalversammlung – und damit auch eine Vertreterversammlung – ohne physische Präsenz der Teilnehmer möglich ist.

13 (1) Dem steht vielmehr schon dessen Wortlaut entgegen, wonach die Erleichterung – nur – darin besteht, dass auch ohne Satzungsregelung (§ 43 Abs. 7 Satz 1 GenG) Beschlüsse elektronisch oder schriftlich gefasst werden können. Denn damit hat der Gesetzgeber lediglich er-

möglicht, von der gesetzlichen Regelung, dass Beschlüsse in einer Generalversammlung zu fassen sind (§ 43 Abs. 1 und Abs. 2 GenG), abzuweichen mit der Folge, dass auch eine Beschlussfassung außerhalb einer Generalversammlung stattfinden kann (so zutreffend *Thume WM* 2020, 1053 [1054 f.]). Eine solche Beschlussfassung ohne Versammlung ist jedoch durch § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG nach allgemeiner Meinung (vgl. Henssler/Strohn – Heidinger, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 36; Kallmeyer – Zimmermann, UmwG, 7. Aufl. 2020, § 13 Rn. 3; Lutter – Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 UmwG Rn. 9; Maulbetsch/Klump/Rose, UmwG, 2. Aufl. 2017, § 13 Rn. 13 und 39; Widmann/Mayer – Heckschen, UmwR, 189. EL, 01.04.2013, § 13 UmwG Rn. 41; Semler/Stengel – Gehling, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14; Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Ghassemi-Tabar, Band 8, 5. Aufl. 2018, § 15 Rn. 377) ausgeschlossen.

14 (2) Der Annahme, durch die Regelung in § 3 Abs. 1 COVMG sei es der Genossenschaft ermöglicht worden, den Verschmelzungsbeschluss in einer virtuellen Generalversammlung zu fassen, steht auch der systematische Zusammenhang mit anderen Vorschriften entgegen. Dass die Erleichterungen hinsichtlich der Art und Weise der Beschlussfassung nicht zwingend zugleich die Ermächtigung zur Durchführung einer vollständig virtuellen Generalversammlung beinhalten, ergibt sich schon daraus, dass – soweit die gesetzlichen Regelungen oder die Satzung dies zulassen – Beschlüsse nicht zwingend in einer Versammlung gefasst werden müssen, weshalb eine elektronische Beschlussfassung auch außerhalb einer Versammlung stattfinden kann (siehe beispielsweise § 118 Abs. 2 AktG und § 48 Abs. 2 GmbHG). Außerdem zeigt dies der Vergleich mit anderen Regelungen, in denen der Gesetzgeber zutreffend zwischen einer Beschlussfassung in elektronischer Form und einer virtuellen Versammlung unterscheidet. So differenziert § 1 Abs. 1 COVMG für die AG, die KGaA, die SE und Versicherungsvereine auf Gegenseitigkeit zwischen der Zulassung der Teilnahme an der Hauptversammlung in elektronischer Kommunikation und der Stimmabgabe im Wege der elektronischen Kommunikation und enthält in § 1 Abs. 2 COVMG ausdrücklich die Entscheidungsbefugnis des Vorstandes, die Versammlung ohne physische Präsenz der Aktionäre abzuhalten, was über die Möglichkeiten einer bloßen Zulassung der elektronischen Teilnahme und Stimmabgabe gemäß § 118 Abs. 1 und Abs. 2 AktG hinausgeht. Denn aus § 118 AktG ergibt sich nicht, dass eine rein virtuelle Versammlung durchgeführt werden kann (vgl. Lutter – Drygala, UmwG, 6. Aufl. 2019, § 13 UmwG Rn. 11), weshalb dies erst auf Grundlage des COVMG möglich ist, wobei allerdings zweifelhaft ist, ob sich der Gesetzgeber dieses entscheidenden Unterschieds in vollem Umfang bewusst war (siehe BT-

Drucks. 19/18110, Seite 26). Für Vereine wurde in § 5 Abs. 2 COVMG dem Vorstand die Befugnis eingeräumt anzuordnen, dass die Mitglieder an der Mitgliederversammlung ohne Anwesenheit teilnehmen und ihre Mitgliederrechte im Wege der elektronischen Kommunikation ausüben müssen, was als Befugnis zur Anordnung der Durchführung einer rein virtuellen Mitgliederversammlung zu deuten ist. Eine entsprechende Regelung wurde aber weder für die GmbH (§ 2 COVMG) noch für die Genossenschaft (§ 3 COVMG) oder Wohnungseigentümerversammlungen (§ 6 COVMG) geschaffen (zu Recht daher zweifelnd an einer gesetzgeberischen Änderung des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG: *Römermann*, COVID-19 Abmilderungsgesetze, 1. Aufl. 2020, Rn. 278).

15 (3) Auch eine Auslegung über den Wortlaut der Norm hinaus kommt nicht in Betracht. Der Gesetzgeber sah einen Regelungsbedarf zwar deshalb für gegeben an, weil auf herkömmlichem Weg Beschlüsse auf Versammlungen nicht mehr herbeigeführt werden konnten (siehe BT-Drucks 19/18110, Seite 3), weshalb die Möglichkeit geschaffen werden sollte, weiterhin die erforderlichen Beschlüsse zu fassen und handlungsfähig zu bleiben (siehe BT-Drucks 19/18110, Seite 5). Trotz dieser einheitlichen Zielsetzung hat der Gesetzgeber dann in der Umsetzung diese Erleichterungen jedoch rechtsformabhängig unterschiedlich ausgestaltet, indem er zum Teil virtuelle Versammlungen in den Wortlaut der Vorschriften ausdrücklich aufgenommen hat (§§ 1 Abs. 2 und 5 Abs. 2 COVMG), zum Teil – und insbesondere für die Genossenschaft – aber nicht. Die – auch nicht näher begründete – Annahme des Gesetzgebers, es würden auch für Genossenschaften Erleichterungen geschaffen, so die Durchführung von Versammlungen ohne physische Präsenz (siehe BT-Drucks 19/18110, Seiten 5, 19 und 28), hat im Gesetzeswortlaut keinen Niederschlag gefunden, so dass diese Erwartung des Gesetzgebers nicht Gesetz wurde (vgl. dazu auch BVerfG, Ur. v. 19.03.2013 – 2 BvR 2628/10, 2 BvR 2883/10, 2 BvR 2155/11 [juris Rn. 66]; BGH, Ur. v. 20.03.2017 – AnwZ (Brfg) 33/16 [juris Rn. 19]). Die Annahme, mit der Zulassung einer Beschlussfassung in elektronischer Form sei zugleich eine Versammlung in rein virtueller Form zugelassen worden, übersieht, dass sowohl die schriftliche Beschlussfassung – diese sogar regelmäßig – als auch die Beschlussfassung in elektronischer Form außerhalb einer Versammlung erfolgen kann, diese Form der Abstimmung also keineswegs zwingend eine Versammlung und erst recht keine in virtueller Form notwendig macht. Hinzu kommt, dass dem Gesetzgeber die Unterschiede im Wortlaut zwischen den Regelungen in § 1 COVMG und § 3 COVMG des Gesetzesentwurfs (siehe BT-Drucks 19/18110, Seiten 9 f.) nicht verborgen geblieben sein können und er an anderer Stelle im Zusammenhang mit den Regelungen für die Aktiengesellschaft durchaus

erkannt hat, dass zwischen der Möglichkeit der Durchführung einer virtuellen Versammlung und der Ermöglichung einer elektronischen Stimmabgabe zu unterscheiden ist (siehe BT-Drucks 19/18110, Seite 26; vergleiche zur Gefahr einer Vermischung: *Henssler/Strohn – Heidinger*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 13 UmwG Rn. 11; dies verkennend das Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 15.05.2020 [Abruf-Nr. 177537], Seiten 2 f.), insbesondere letzteres nicht zwingend voraussetzt, dass eine Versammlung virtuell durchgeführt wird (siehe auch BT-Drucks. 19/18110, Seite 26: „Ferner ist der präsenzlosen Hauptversammlung die Stimmrechtsausübung im Wege elektronischer Kommunikation (elektronische Briefwahl, elektronische Teilnahme) sowie natürlich die Vollmachtserteilung zu ermöglichen“; dort Seite 30 ähnlich für den Verein).

16 (4) Auch der Umstand, dass der Gesetzgeber selbst davon ausgeht, mit § 3 Abs. 1 COVMG eine Sonderregelung zu § 43 Abs. 7 GenG zu schaffen (siehe BT-Drucks. 19/18110, Seite 28), rechtfertigt kein anderes Ergebnis, denn bereits in § 43 Abs. 7 GenG hat der Gesetzgeber gerade nicht die Möglichkeit einer präsenzlosen Generalversammlung geschaffen. Dies wäre aber Voraussetzung für die Zulassung einer solchen Versammlung auch nach § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG, denn nur rechtlich zulässige Versammlungsformen genügen dem Erfordernis des dort begründeten Versammlungszwanges und zudem nur dann, wenn die Möglichkeit des Austauschs mit anderen Versammlungsteilnehmern besteht und die Wahrnehmung der Mitgliederrechte möglich ist (vgl. *Semler/Stengel – Gehling*, UmwG, 4. Aufl. 2017, § 13 Rn. 14; *Böttcher/Habighorst/Schulte*, UmwR, 2. Aufl. 2019, § 13 UmwG Rn. 15). Dass in § 43 Abs. 7 GenG die Möglichkeit einer rein virtuellen Versammlung geschaffen werden sollte, ist schon nach der Gesetzesbegründung zweifelhaft. Zum einen sollen Beschlüsse der Generalversammlung auch schriftlich oder elektronisch gefasst werden können, was weder zu der Annahme zwingt, dass dies eine Beschlussfassung in der Generalversammlung ist, noch dazu, dass dieser Art der Beschlussfassung eine virtuelle Generalversammlung zugrundeliegt. Zudem wird dort darauf abgestellt, dass in der Satzung durch ein Regelwerk sichergestellt sein müsse, dass die Rechte der Mitglieder gewahrt bleiben, und lediglich unter dieser Voraussetzung die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung per Internet für denkbar gehalten wird (siehe BT-Drucks 16/1025, Seite 87). Demnach scheint auch der Gesetzgeber davon ausgegangen zu sein, dass allein auf der Grundlage von § 43 Abs. 7 Satz 1 GenG eine virtuelle Generalversammlung nicht möglich ist, es dafür vielmehr einer ausdrücklichen Regelung in der Satzung bedarf (ähnlich wird die Gesetzesbegründung interpretiert von *Scheibner* DZWIR 2020, 274 [275]), wofür

auch spricht, dass er – anders als in § 118 Abs. 1 AktG – nicht schon im Gesetz selbst geregelt hat, dass es notwendig ist, dass die Mitglieder sämtliche ihrer Rechte auch im Wege der elektronischen Kommunikation ausüben können. Außerdem geht das Gesetz in § 43 Abs. 7 Satz 2 und Satz 3 GenG davon aus, dass eine Generalversammlung als Präsenzversammlung stattfindet, an der Mitglieder des Aufsichtsrates durch Bild- und Tonübertragung teilnehmen können, und dass diese Generalversammlung in Bild und Ton übertragen werden darf. Deshalb bietet § 43 Abs. 7 GenG keine Grundlage für die Durchführung einer rein virtuellen Versammlung, diese ist vielmehr unzulässig (vgl. Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 60; Beuthien – *Schöpfli*, GenG, 16. Aufl. 2018, § 43 Rn. 53, wo zu Recht darauf verwiesen wird, dass nicht alles, was denkbar ist, auch zulässig sein muss; zweifelnd Henssler/Strohn – *Geibel*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 43 GenG Rn. 6a; im Ergebnis auch *Thume WM* 2020, 1053 [1055], der auch – zu Recht – eine planwidrige Regelungslücke ablehnt, sowie *Beck, RNotZ* 2014, 160 [166 f.]; a.A. Lang/Weidenmüller – *Lehnhoff/Holthaus*, GenG, 39. Aufl. 2019, § 43 Rn. 114b sowie *Klein ZIP* 2016, 1155 [1156 f.], jeweils unter Berufung auf die Vorstellung des Gesetzgebers). Nachdem noch nicht einmal nach den Regelungen des § 118 Abs. 1 und Abs. 2 AktG eine vollständig virtuelle Versammlung zulässig ist (vgl. MünchKomm/AktG – *Kubis*, 4. Aufl. 2018, § 118 Rn. 20; BeckOGK – *Hoffmann*, 1.2.2021, § 118 AktG Rn. 52; Grigoleit – *Herrler*, AktG, 2. Aufl. 2020, § 118 Rn. 36; Bürgers/Körber – *Reger*, AktG, 4. Aufl. 2017, § 118 Rn. 5a; Hölter – *Drinhausen*, AktG, 3. Aufl. 2017, § 118 Rn. 15; Frodermann/Jannott – *Göhmann*, HdB AktR, 9. Aufl. 2017, Kap. 9 Rn. 2; Henssler/Strohn – *Liebscher*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 118 AktG Rn. 28; Schmidt/Lutter – *Spindler*, AktG, 4. Aufl. 2020, § 118 Rn. 9), spricht nach alledem nichts dafür, dass dies nach der engeren Regelung in § 43 Abs. 7 GenG zulässig sein soll. Die Gesetzesbegründung offenbart damit lediglich die Fehlvorstellung des Gesetzgebers, der eine Stimmabgabe in schriftlicher oder elektronischer Form als virtuelle Generalversammlung angesehen und dabei (ebenso wie das Gutachten des Deutschen Notarinstituts vom 15.05.2020 [Abruf-Nr. 177537], Seite 3) übersehen hat, dass solche Formen der Beschlussfassung auch außerhalb einer Generalversammlung möglich sind, was für die schriftliche Beschlussfassung offensichtlich ist.

17 (5) Soweit vereinzelt eine planwidrige Regelungslücke diskutiert wird, weil der Gesetzgeber sich in § 4 COVMG nicht mit § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG befasst hat (beispielsweise Schulteis GWR 2020, 465 [469] und *Thume WM* 2020, 1053 [1056]), überzeugt dies nicht und kann insbesondere nicht allein daraus hergeleitet

werden, dass – wie bereits ausgeführt – der Gesetzgeber das Ziel verfolgte, Erleichterungen für die Beschlussfassung zu schaffen. Denn zum einen forderte § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG schon immer eine Versammlung, auch wenn eine solche nach den für die jeweilige Gesellschaftsform maßgeblichen Vorschriften nicht notwendig war, so dass aus dem Umstand, dass Erleichterungen im Rahmen der jeweiligen Gesellschaftsform geschaffen wurden, nicht automatisch geschlossen werden kann, dass damit auch § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG außer Kraft gesetzt werden sollte. Zum anderen findet die Annahme, der Gesetzgeber habe den erklärten Willen gehabt, die Durchführung einer virtuellen Generalversammlung zu ermöglichen (so *Thume WM* 2020, 1053 [1056]), selbst in der Gesetzesbegründung keine Grundlage. Denn aus dieser ergibt sich lediglich, dass der Gesetzgeber – was nicht näher begründet wird – im Ergebnis angenommen hat, es würden auch für Genossenschaften Erleichterungen geschaffen, so die Durchführung von Versammlungen ohne physische Präsenz ermöglicht (siehe BT-Drucks 19/18110, Seiten 5, 19 und 28). Ein erklärter Wille, diese durch die Regelung in § 3 Abs. 1 COVMG zu schaffen, enthält die Gesetzesbegründung daher gerade nicht, die Annahme des Gesetzgebers beruht vielmehr auf der Fortschreibung der Fehlvorstellung zur Reichweite von § 43 Abs. 7 GenG, wonach eine Beschlussfassung in schriftlicher oder elektronischer Form die Zulassung einer rein virtuellen Versammlung ermöglicht (insofern zutreffend *Thume WM* 2020, 1053 [1054]), was eine Deutung dahingehend, der Gesetzgeber habe den erklärten Willen zur Zulassung virtueller Versammlungen gehabt, ausschließt. Ein gesetzgeberischer Wille lässt sich deshalb nur insoweit feststellen, als einer Genossenschaft die Möglichkeiten aus § 43 Abs. 7 GenG ohne eine entsprechende Satzungsregelung zur Verfügung gestellt werden sollten.

18 (6) Im Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass die Möglichkeit einer rein virtuellen Versammlung der Genossenschaft auch nicht durch die Vorschrift des § 3 Abs. 1 COVMG geschaffen wurde, das aus § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG folgende Versammlungserfordernis vielmehr fortbesteht (wie hier Henssler/Strohn – *Geibel*, GesR, 5. Aufl. 2021, § 43 GenG Rn. 6a; Pöhlmann/Fandrich/Bloehs, GenG, 4. Aufl. 2012, § 43 Rn. 60; *Wälzholz/Bayer DNotZ* 2020, 285 [299]; a.A. – ohne nähere Auseinandersetzung mit der Problematik – *Schmidt*, HdB COVID, 2. Aufl. 2020, § 8 Rn. 33; DNotl-Report 2020, 61 [62]; – zudem unter Vernachlässigung seiner eigenen Interpretation der Gesetzesbegründung – *Scheibner DZWIR* 2020, 274 [275] sowie – unter Annahme einer planwidrigen Regelungslücke – *Thume WM* 2020, 1053 [1056]).

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Voraussetzung für Wissenszurechnung bei Kaufvertrag mit einem Testamentsvollstrecker

BGB § 166 analog, § 434 Abs. 1 S. 2 Nr. 2, § 444 Alt. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Die Denkmaleigenschaft des Kaufobjekts kann einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB begründen. (Rn. 9)
2. Verkauft der Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück, kann ihm die Kenntnis der Erben über Mängel der Kaufsache oder andere offenbarungspflichtige Umstände nicht nach den für juristische Personen und öffentliche Körperschaften geltenden Grundsätzen über die „Organisation eines innerbetrieblichen Informationsaustausches“ zugerechnet werden. (Rn. 18 – 21)
3. Eine solche Zurechnung findet auch im Verhältnis eines Grundstücksverkäufers zu einer von ihm (nur) mit der Verwaltung des Grundstücks beauftragten, rechtlich und organisatorisch selbständigen Hausverwaltung nicht statt (Bestätigung von Senat, Urteil vom 22. November 1996 – V ZR 196/95, NJW-RR 1997, 270). (Rn. 22)

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 19.03.2021 – V ZR 158/19

I. Tatbestand:

1 Mit notariellem Vertrag vom 21. Dezember 2009 verkaufte der Beklagte als Testamentsvollstrecker über den Nachlass seines 1999 verstorbenen Vaters ein mit einem Wohnhaus bebautes Grundstück in Hamburg an eine Kommanditgesellschaft unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel zu einem Kaufpreis von 5 Mio. €. Der Kläger ist der einzig verbliebene Gesellschafter der Käuferin. Mitglieder der Erbengemeinschaft nach dem Vater des Beklagten sind neben ihm sein Bruder und seine Schwester. Der Kaufvertrag wurde 2011 vollzogen. In ihm heißt es unter der Überschrift „Rechte wegen Rechtsmängeln“: „[Der Verkäufer] weist den Käufer daraufhin, dass das Objekt seiner Kenntnis nach nicht auf der Denkmalschutzliste verzeichnet ist, es jedoch aus Sicht des Denkmalpflegers erhaltenswerte Bauelemente gibt.“

2 Das Haus, in dem sich vier Wohneinheiten befinden, war bereits 2006 als Teil eines Ensembles in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler gemäß § 7a Abs. 2 Satz 2 Hamburger Denkmalschutzgesetz in der damals gelten-

den Fassung (nachfolgend: DSchG Hmb aF) aufgenommen worden. Das Informationsschreiben des Denkmalschutzamts war der Schwester des Beklagten laut Postzustellungsurkunde am 17. Mai 2006 zugestellt und für den Beklagten und seinen Bruder im Juli 2006 an die Grundstücksverwaltung gesandt worden. Der Beklagte, der damals im Ausland lebte, macht geltend, dass er den Inhalt des Schreibens nicht gekannt, sondern nur gewusst habe, dass das Haus unter der Beobachtung des Denkmalschutzamts gestanden habe. 2009 erwog der Bruder des Beklagten, das Gebäude umzubauen. Hierzu fand im Juli 2009 ein Besprechungstermin statt, an dem auch der Beklagte teilnahm. Das Denkmalschutzamt teilte dem Architekten des Bruders des Beklagten anschließend mit, es bleibe bei der Einschätzung, dass es sich um ein Denkmal handle, dessen Unterschutzstellung angestrebt werde.

3 Der Kläger beabsichtigte, das Gebäude zu sanieren und der ursprünglichen Nutzung als Einfamilienhaus zuzuführen. Im Februar 2012 erhielt er im vereinfachten Genehmigungsverfahren eine Baugenehmigung. Anfang 2013 wurde das Haus in die Denkmalliste eingetragen. Daraufhin erließ das Denkmalschutzamt einen Baustopp. Für eine geänderte Planung erhielt der Kläger eine Baugenehmigung unter Auflagen.

4 Mit der Klage verlangt der Kläger von dem Beklagten Zahlung von rund 2,8 Mio € (Ersatz des Minderwerts und der vergeblichen Aufwendungen) sowie die Feststellung der Verpflichtung zum Ersatz weiterer Schäden. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Auf die Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht festgestellt, dass der Beklagte dem Kläger aufgrund mangelnder Aufklärung über die Denkmaleigenschaft des Hauses dem Grunde nach zum Schadensersatz verpflichtet ist. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision möchte der Beklagte die Wiederherstellung des landgerichtlichen Urteils erreichen. Der Kläger beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

II. Aus den Gründen:

5 Das Berufungsgericht meint, der Kläger habe gegen den Beklagten dem Grunde nach einen Anspruch auf Schadensersatz gemäß § 437 Nr. 3, §§ 280, 281 BGB und aus § 280 Abs. 1 i.V.m. § 311 Abs. 2 BGB, da dieser einen Sachmangel arglistig verschwiegen habe. Das Grundstück sei aufgrund der Eintragung in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler gemäß § 7a Abs. 2 Satz 2 DSchG Hmb aF mit einem Sachmangel behaftet gewesen. Das Objekt habe bei Vertragsschluss zwar noch nicht unter Denkmalschutz gestanden. Hierfür sei nach dem im maß-

geblichen Zeitpunkt in Hamburg geltenden konstitutiven System die Aufnahme in die Denkmalliste erforderlich gewesen. Die mit der Eintragung in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler einhergehende bußgeldbewährte Anzeigepflicht stelle aber eine öffentlich-rechtliche Beschränkung dar, die mit einem bestehenden Denkmalschutz vergleichbar sei. Die Eintragung in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler hätte deshalb offenbart werden müssen. Der Beklagte könne sich nicht auf den vereinbarten Haftungsausschluss berufen, da er den Mangel arglistig verschwiegen habe (§ 444 BGB). Ob er von der Eintragung des Objekts in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler gewusst habe, könne dahinstehen. Er müsse sich als Testamentsvollstrecker die Kenntnis seiner Schwester hiervon nach § 166 BGB (analog) zurechnen lassen. Die Zustellungsurkunde begründe ein Indiz dafür, dass dieser das Informationsschreiben des Denkmalschutzamtes am 17. Mai 2006 zugegangen sei. Der Wissenszurechnung gemäß § 166 BGB stehe nicht entgegen, dass der Beklagte als Testamentsvollstrecker in seiner Verfügungsbefugnis über das Objekt grundsätzlich unbeschränkt und für den Verkauf verantwortlich gewesen sei. Der Testamentsvollstrecker sei in einer dem Geschäftsherrn vergleichbaren Situation. Für ihn bestehe eine Pflicht zur Wissensorganisation und eine Nachfrageobliegenheit. Der Beklagte hätte deshalb bei seinen Geschwistern und der Grundstücksverwaltung alle Informationen abfragen müssen. Das habe sich nach dem Ortstermin im Juli 2009 auch aufgedrängt.

6 Die Revision hat Erfolg.

7 1. Das Berufungsurteil verstößt allerdings entgegen der Auffassung der Revision nicht gegen §§ 301, 304 ZPO. Das Berufungsgericht hat nicht – was unzulässig wäre (vgl. Senat, Urteil vom 28. Januar 2000 – V ZR 402/98, NJW 2000, 1405, 1406; BGH, Urteil vom 22. Juli 2009 – XII ZR 77/06, BGHZ 182, 116 Rn. 10, 11 mwN; Urteil vom 11. Dezember 2018 – KZR 26/17, NJW 2019, 661 Rn. 43) – auch über den unbezifferten Feststellungsantrag durch Grundurteil entschieden. Das Berufungsurteil ist vielmehr dahin auszulegen, dass das Berufungsgericht über den Zahlungsantrag dem Grunde nach (§ 304 ZPO) und zugleich durch stattgebendes Teilendurteil (§ 301 ZPO) über den Feststellungsantrag befunden hat. Dem Tenor und den Entscheidungsgründen ist zu entnehmen, dass das Berufungsgericht umfassend über die Berufung entschieden und der Feststellungsklage stattgegeben hat, weil es sie für zulässig und entscheidungsreif hält. Nur hinsichtlich des mit dem Zahlungsantrag geltend gemachten Schadensersatzes hat es zur Rechtfertigung des Erlasses eines Grundurteils ausgeführt, dass und warum über die Höhe des von dem Beklagten geschuldeten Schadensersatzes noch nicht abschließend entschieden werden kann.

8 2. Das Berufungsurteil hält jedoch aus Gründen des materiellen Rechts der revisionsrechtlichen Nachprüfung nicht stand. Ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten besteht weder aus § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB noch unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 und 3, § 241 Abs. 2 BGB).

9 a) Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die Denkmaleigenschaft des Kaufobjekts kann einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB begründen. Nach dieser Vorschrift muss sich der Kaufgegenstand für die gewöhnliche Verwendung eignen und eine Beschaffenheit aufweisen, die bei Sachen der gleichen Art üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache erwarten kann. Der Käufer einer Immobilie darf grundsätzlich davon ausgehen, dass das Kaufobjekt nicht unter Denkmalschutz steht, weil Denkmalschutz die Ausnahme von der Regel ist. Mit der Denkmaleigenschaft eines Gebäudes gehen Verpflichtungen und Beschränkungen für den jeweiligen Eigentümer einher, die einer öffentlich-rechtlichen Baubeschränkung gleichkommen. Diesem ist es grundsätzlich verwehrt, ohne Genehmigung der zuständigen Denkmalschutzbehörde Änderungen an dem Gebäude vorzunehmen (vgl. für Hamburg § 8 DSchG Hmb aF; jetzt § 9 DSchG Hmb). Es besteht die Verpflichtung, das Denkmal in einem denkmalgerechten Zustand zu erhalten (vgl. § 14 DSchG Hmb aF; jetzt § 7 DSchG Hmb). Genehmigte Umbau- und Erhaltungsmaßnahmen sind nicht selten aufgrund denkmalschutz-rechtlicher Auflagen mit erhöhten Kosten und einem erhöhten Aufwand verbunden. Damit eignet sich ein unter Denkmalschutz stehendes Kaufobjekt nicht für die gewöhnliche Verwendung und weist eine Beschaffenheit auf, die bei Sachen der gleichen Art nicht üblich ist und die der Käufer nach der Art der Sache nicht erwarten müssen (allg. Ansicht, vgl. OLG Rostock 2007, 257; Erman/*Grunewald*, BGB, 16. Aufl., § 434 Rn. 6; jurisPK-BGB/*Pammler*, 9. Aufl., § 434 Rn. 195; MüKoBGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 434 Rn. 56; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB [2013], § 434 Rn. 173; *Krauß* in BeckNotar-HdB, 7. Aufl., § 1 Rn. 322 sowie OLG Celle, DNotZ 1988, 702; OLG Saarbrücken, NJW-RR 1996, 692; OLGR Naumburg 1999, 126, 129 jeweils für das bis zum 31. Dezember 2001 geltende Gewährleistungsrecht).

10 b) Das Berufungsgericht erkennt weiter richtig, dass das Kaufobjekt bei Gefahrübergang noch nicht unter Denkmalschutz gestanden hat. Hierfür war nach dem in dem maßgeblichen Zeitpunkt in Hamburg geltenden konstitutiven System die Eintragung in die Denkmalliste erforderlich (§ 5 DSchG Hmb aF). Bis zum Neuerlass des Hamburgischen Denkmalschutzgesetzes am 1. Mai 2013 (HmbGVBl. 2013, 142) und der Einführung des sogenann-

ten ipsa-lege-Systems, bei dem die Denkmaleigenschaft unmittelbar aus dem Gesetz folgt (vgl. dazu *Fechner* in Martin/Krautzberger, Denkmalschutz und Denkmalpflege, 4. Aufl., Teil B IV Rn. 147; *Davydov* in Martin/Krautzberger, aaO Teil C III Rn. 76 bis 79; *Mittelstein/Jötten*, NordÖR 2013, 451 ff.), begann der Denkmalschutz in den hier maßgeblichen Fällen des § 2 Nr. 1 und 2 DSchG Hmb aF erst mit der Eintragung in die Denkmalliste (§ 6 Abs. 3 DSchG Hmb aF). Eine solche Eintragung in die Denkmalliste gab es nicht. Das Haus war nur in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler gemäß § 7a Abs. 2 Satz 2 DSchG Hmb aF aufgenommen worden.

11 c) Es kann offenbleiben, ob auch die Eintragung des Hauses in das Verzeichnis erkannter Denkmäler gemäß § 7a Abs. 2 Satz 2 DSchG Hmb aF einen Sachmangel im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 BGB darstellt. Jedenfalls handelte es sich – wovon das Berufungsgericht zutreffend ausgeht – um einen offenbarungspflichtigen Umstand.

12 aa) Den Verkäufer trifft eine Offenbarungspflicht hinsichtlich solcher Umstände, die für die Entschließung des Käufers von entscheidender Bedeutung sind und deren Mitteilung dieser nach der Verkehrsauffassung erwarten durfte (vgl. Senat, Urteil vom 20. Oktober 2000 – V ZR 285/99, NJW 2001, 64 mwN). Ein solcher offenbarungspflichtiger Umstand war die Eintragung in das Verzeichnis erkannter Denkmäler. Sie löste die bußgeldbewährte Pflicht des Verfügungsberechtigten aus, alle beabsichtigten Veränderungen dem Denkmalschutzamt anzuzeigen (§ 7a Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 8 bis 10 DSchG Hmb aF). Damit sollte dem Denkmalschutzamt die Prüfung ermöglicht werden, ob ein Unterschützungsverfahren nach § 6 DSchG Hmb aF eingeleitet wird (vgl. Mitteilung des Senats der Freien und Hansestadt Hamburg an die Bürgerschaft, Drucks. 18/3625 S. 1 und 2). Die Unterschützstellung als Denkmal war wahrscheinlich, weil es sich bei den in das Verzeichnis aufgenommenen Gegenständen um solche handelte, deren Erhaltung im öffentlichen Interesse lag (§ 2 DSchG Hmb aF).

13 bb) Insoweit kommt auch ein Anspruch des Klägers gegen den Beklagten aus Verschulden bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 und 3, § 241 Abs. 2 BGB) in Betracht. Der Beklagte haftet aber sowohl aus § 437 Nr. 3, § 280 Abs. 1 und 3, § 281 Abs. 1 Satz 1 BGB als auch unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss nur unter der weiteren Voraussetzung der Arglist. Handelt es sich bei der Eintragung in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler um einen Sachmangel, kann der Kläger diesen im Hinblick darauf, dass die Ansprüche des Käufers wegen eines Sachmangels vertraglich ausgeschlossen worden sind, gemäß § 444 BGB nur dann mit Erfolg geltend machen, wenn der Beklagte den Mangel arglistig verschwiegen hat. Der Anspruch auf Schadensersatz we-

gen Verschuldens bei Vertragsschluss setzt, weil es sich bei der Eintragung in das Verzeichnis erkannter Denkmäler um einen der Sache anhaftenden Umstand handelt, wegen der Sperrwirkung der Sachmängelhaftung ebenfalls eine vorsätzliche Verletzung der Aufklärungspflicht des Beklagten voraus (vgl. Senat, Urteil vom 27. März 2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rn. 19 ff.).

14 d) Die Annahme des Berufungsgerichts, der Beklagte habe arglistig gehandelt, ist rechtsfehlerhaft.

15 aa) Weil der Beklagte das Grundstück in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker veräußert hat und damit selbst Vertragspartner des Klägers geworden ist, kommt es auf seine Person an, soweit die rechtlichen Folgen einer Willenserklärung durch Willensmängel oder durch Kenntnis oder das Kennenmüssen dieser Umstände beeinflusst werden (vgl. BeckOK BGB/Lange [1.11.2020], § 2206 Rn. 10; MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl., § 2206 Rn. 15; Staudinger/Reimann, BGB [2016], § 2205 Rn. 140 und § 2206 Rn. 19). Nicht einschlägig ist daher die Entscheidung des Senats vom 8. April 2016 (V ZR 150/15, VersR 2017, 766 Rn. 23) zu einer Mehrheit von Verkäufern, wonach sich ein Verkäufer gemäß § 444 Alt. 1 BGB nicht auf einen vertraglich vereinbarten Ausschluss der Sachmängelhaftung berufen kann, wenn sein Mitverkäufer einen Mangel arglistig verschwiegen hat. Der für den Nachlass handelnde Testamentsvollstrecker bildet mit den Erben keine Verkäufermehrheit.

16 bb) Arglist des Beklagten wäre gegeben, wenn er selbst Kenntnis von der Eintragung des Hauses in das Verzeichnis der erkannten Denkmäler gehabt hätte oder wenn ihm als Testamentsvollstrecker die Kenntnis eines Wissensträgers analog § 166 BGB zuzurechnen wäre. Beides ist nicht der Fall.

17 (1) Das Berufungsgericht hat dahinstehen lassen, ob die Behauptung des Beklagten zutreffend ist, dass er selbst keine Kenntnis von der Eintragung des Objekts in das Verzeichnis erkannter Denkmäler gehabt und noch nicht einmal um die Existenz eines solchen Verzeichnisses bei Vertragsschluss gewusst habe. Für das Revisionsverfahren ist deshalb davon auszugehen, dass das der Fall ist und der Beklagte lediglich wusste, dass es aus Sicht des Denkmalschutzamts schützenswerte Elemente des Hauses gab und das Haus unter der Beobachtung des Denkmalschutzamts stand. Darauf hat der Beklagte den Kläger in dem Kaufvertrag hingewiesen.

18 (2) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts ist dem Beklagten eine mögliche Kenntnis seiner Schwester von der Eintragung des Hauses in das Verzeichnis erkannter Denkmäler nicht zuzurechnen. Verkauft der Testamentsvollstrecker ein Nachlassgrundstück, kann ihm die Kenntnis der Erben über Mängel der Kaufsache oder andere offenbarungspflichtige Umstän-

de nicht nach den für juristische Personen und öffentliche Körperschaften geltenden Grundsätzen über die „Organisation eines innerbetrieblichen Informationsaustausches“ zugerechnet werden.

19 (a) Eine Zurechnung von Wissen bei dem Abschluss von Verträgen ist nach § 166 BGB zu beurteilen. Die Vorschrift ist nicht auf die rechtsgeschäftliche Vertretung beschränkt, sondern erstreckt sich analog auf den vergleichbaren Tatbestand der Wissensvertretung. „Wissensvertreter“ ist jeder, der nach der Arbeitsorganisation des Geschäftsherrn dazu berufen ist, im Rechtsverkehr als dessen Repräsentant bestimmte Aufgaben in eigener Verantwortung zu erledigen und die dabei angefallenen Informationen zur Kenntnis zu nehmen und ggf. weiterzuleiten (vgl. Senat, Urteil vom 24. Januar 1992 – V ZR 262/90, BGHZ 117, 104, 106 f. mwN; BGH, Urteil vom 25. Oktober 2018 – IX ZR 168/17, NJW-RR 2019, 116 Rn. 13; Urteil vom 26. Mai 2020 – VI ZR 186/17, NJW 2020, 2534 Rn. 15). Eine Wissenszurechnung auf dieser Grundlage scheidet hier aus, weil nach dem festgestellten Sachverhalt nicht davon auszugehen ist, dass der Beklagte seine Schwester damit betraut hatte, bestimmte Aufgaben in Bezug auf das Grundstück zu erledigen.

20 (b) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts ist auch die Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs nicht einschlägig, wonach jede am Rechtsverkehr teilnehmende Organisation im Rahmen des ihr Zumutbaren sicherstellen muss, dass die ihr ordnungsgemäß zugehenden, rechtserheblichen Informationen unverzüglich an die entscheidenden Personen weitergeleitet und von diesen zur Kenntnis genommen werden, und dass nach erkennbar anderswo innerhalb der Organisation vorhandenen und für den eigenen Bereich wesentlichen Informationen nachgefragt wird (vgl. Senat, Urteil vom 8. Dezember 1989 – V ZR 246/87, BGHZ 109, 327, 330 ff.; Urteil vom 2. Februar 1996 – V ZR 239/94, BGHZ 132, 30, 37; Urteil vom 13. Oktober 2000 – V ZR 349/99, NJW 2001, 359, 360; Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 203/09, juris Rn. 16 ff.; BGH, Urteil vom 14. Januar 2016 – I ZR 65/14, NJW 2016, 3445 Rn. 61; Urteil vom 26. Mai 2020 – VI ZR 186/17, NJW 2020, 2534 Rn. 26).

21 Eine vergleichbare Situation liegt zwischen dem Beklagten und seinen Geschwistern schon deswegen nicht vor, weil es sich bei dem Beklagten nicht um eine juristische Person oder eine vergleichbare Organisation handelt. Unabhängig davon, ist die genannte Rechtsprechung auf das Verhältnis von Testamentsvollstrecker und Erben auch deshalb nicht übertragbar, weil es sich grundlegend von der Struktur eines arbeitsteilig organisierten Unternehmens unterscheidet. Der Erbe ist nicht kraft Erbenstellung in die Organisation des Testamentsvollstreckers eingegliedert. Er ist nicht dessen Mitarbeiter und

steht auch nicht in dessen Lager. Die Testamentsvollstreckung beschränkt vielmehr die Erbenstellung (§ 2211 Abs. 1 BGB). Der Testamentsvollstrecker hat die letztwillige Verfügung des Erblassers zur Ausführung zu bringen (§ 2203 BGB). Er muss dabei nach seinem Ermessen selbstständig und unter Umständen gegen den Willen der Erben entscheiden (vgl. BGH, Urteil vom 3. Dezember 1986 – IVa ZR 90/85, NJW 1987, 1070, 1071; Urteil vom 8. März 1989 – IVa ZR 353/87, NJW-RR 1989, 642, 643).

22 (3) Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts kommt auch nicht in Betracht, dem Beklagten das Wissen der Grundstücksverwaltung, die das Informationsschreiben des Denkmalschutzamts im Juli 2006 für ihn entgegengenommen hat, entsprechend § 166 BGB zuzurechnen. Vortrag dazu, dass die Hausverwaltung in die Veräußerung des Hauses einbezogen war, ergibt sich aus dem Berufungsurteil nicht und wird auch von der Revisionserwiderung nicht aufgezeigt. Eine Wissenszurechnung nach den Grundsätzen der „Organisation eines innerbetrieblichen Informationsaustausches“ (siehe Rn. 20) findet im Verhältnis eines Grundstücksverkäufers zu einer von ihm (nur) mit der Verwaltung des Grundstücks beauftragten, rechtlich und organisatorisch selbständigen Hausverwaltung nicht statt (vgl. Senat, Urteil vom 22. November 1996 – V ZR 196/95, NJW-RR 1997, 270; vgl. auch Urteil vom 27. September 2002 – V ZR 320/01, NJW 2003, 589, 590). Die genannten Grundsätze gelten nur für arbeitsteilige Abläufe innerhalb eines Unternehmens oder einer Organisation.

23 1. Das angefochtene Urteil kann daher keinen Bestand haben; es ist aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO).

24 2. Der Senat kann in der Sache abschließend entscheiden, weil weitere Feststellungen nicht zu erwarten sind (§ 563 Abs. 3 ZPO). Unter Beweis gestellten Vortrag des insoweit darlegungs- und beweispflichtigen Klägers, aus dem sich ergibt, dass der Beklagte selbst Kenntnis von der Aufnahme des Hauses in das Verzeichnis erkannter Denkmäler hatte, lässt sich dem Berufungsurteil nicht entnehmen und wird von der Revisionserwiderung nicht aufgezeigt.

Inhaltskontrolle von Gemeinschaftsordnungen – Zugangsfiktion der Einberufung

WEG § 10 Abs. 2 S. 2, § 8, § 24 Abs. 4; BGB § 242, § 307

Amtliche Leitsätze:

1. Die Regelungen über die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) sind auf die Ge-

meinschaftsordnung der Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht entsprechend anwendbar. (Rn. 18 – 28)

2. Von dem teilenden Eigentümer vorgegebene Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung, die in einem spezifischen Zusammenhang mit der einseitigen Aufteilung stehen, unterliegen einer Inhaltskontrolle im Hinblick auf einen Missbrauch der einseitigen Gestaltungsmacht; diese Inhaltskontrolle richtet sich unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aus. (Rn. 30)

3. Enthält die Gemeinschaftsordnung einer Wohnungseigentümergeinschaft für die Eigentümerversammlung folgende Regelung: „Für die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung genügt die Absendung an die Anschrift, die dem Verwalter von dem Wohnungseigentümer zuletzt mitgeteilt worden ist.“, so setzt die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung nicht den Zugang, sondern lediglich die rechtzeitige Absendung der Ladung an die Wohnungseigentümer voraus; dies bezieht sich auf alle Wohnungseigentümer und nicht nur auf diejenigen, die einen Wohnsitzwechsel nicht mitgeteilt haben. Eine solche Regelung ist wirksam. (Rn. 34 – 37)

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 20.11.2020 – V ZR 196/19

I. Tatbestand:

1 Die Parteien bilden eine große Wohnungseigentümergeinschaft. Die Gemeinschaftsordnung (GO), die Bestandteil der Teilungserklärung aus dem Jahr 1990 ist, enthält in Ziff. 13.3 folgende Regelung:

„Für die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung genügt die Absendung an die Anschrift, die dem Verwalter von dem Wohnungseigentümer zuletzt mitgeteilt worden ist.“

2 In der Versammlung vom 25. September 2015 wurde ein Beschluss über die Wiederbestellung der bisherigen Verwalterin (Streithelferin) gefasst. Die Einladung mit dem TOP 7/15 „Verwalterbestellung zu den bisherigen Vertragsu. Preiskonditionen“ datiert vom 4. September 2015. Mit der Behauptung, die Einladung habe mehrere Wohnungseigentümer nicht oder nicht rechtzeitig erreicht, haben die Kläger Anfechtungsklage erhoben. Das Amtsgericht hat der Klage stattgegeben und den zu TOP 7/15 gefassten Beschluss für ungültig erklärt. Die Berufung der Streithelferin hat das Landgericht zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, will die Streithelferin die Abweisung der Klage erreichen.

II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht geht von einem Einberufungsmangel aus. Nach Behauptung der Kläger sei die Einladung bei mehreren Wohnungseigentümern, nämlich den Klägern und einigen Beklagten, teils verspätet und teils gar nicht bzw. erst nach der Versammlung angekommen. Die Beweislast für den rechtzeitigen Zugang trügen die Beklagten. Da diese lediglich Beweis für die rechtzeitige Absendung der Einladungen angetreten hätten, sei der Beweis nicht geführt. Nichts anderes ergebe sich aus Ziff. 13.3 GO. Bei nächstliegender Auslegung regle die Klausel nur die Zugangsfiktion bei einem Adresswechsel. Jedenfalls sei nicht eindeutig, dass den Empfängern die allgemeine Gefahr eines Sendungsverlusts auferlegt werde. Zwar gebe die Klausel bei diesem Verständnis nur die geltende Rechtslage wieder; eine Regelung in der Gemeinschaftsordnung könne aber auch den Sinn haben, die Eigentümer auf die Rechtslage hinzuweisen. Von der Kausalität des Einberufungsmangels sei auszugehen mit der Folge, dass der Beschluss für ungültig erklärt werden müsse.

4 Diese Ausführungen halten rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

5 Entgegen der Rechtsauffassung des Berufungsgerichts richtet sich insgesamt nach der in Ziff. 13.3 GO enthaltenen Vereinbarung, ob die Eigentümerversammlung ordnungsmäßig einberufen worden ist; die Klausel bezieht sich nicht nur auf diejenigen Wohnungseigentümer, die einen Wohnsitzwechsel nicht angezeigt haben.

6 1. Das Gesetz sieht vor, dass die Einberufung der Eigentümerversammlung in Textform erfolgt, wobei die Frist, sofern nicht ein Fall besonderer Dringlichkeit vorliegt, gemäß § 24 Abs. 4 Satz 2 WEG mindestens zwei Wochen betragen soll. Da nach der Rechtsprechung des Senats § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB entsprechende Anwendung findet, ist für die fristwahrende Ladung nicht die Absendung, sondern der Zugang bei den jeweiligen Wohnungseigentümern maßgeblich (vgl. Senat, Urteil vom 5. Juli 2013 – V ZR 241/12, ZWE 2013, 368 Rn. 18). Ist die Ladung einzelnen Wohnungseigentümern infolge von Postversen nicht zugegangen, kann die Anfechtung hierauf allerdings nur dann gestützt werden, wenn sich dies auf das Abstimmungsergebnis ausgewirkt haben kann (vgl. Senat, Urteil vom 14. Februar 2020 – V ZR 159/19, ZWE 2020, 267 Rn. 18 mwN). Teilt ein Eigentümer seine Anschrift nicht oder nicht rechtzeitig mit, führt diese Obliegenheitsverletzung dazu, dass die Anfechtung von vornherein nicht auf die fehlende Ladung gestützt werden kann (vgl. Senat, Urteil vom 5. Juli 2013 – V ZR 241/12, aaO).

7 2. Von dieser Rechtslage abweichende Vereinbarungen in der Gemeinschaftsordnung sind weit verbreitet und

nach einhelliger Auffassung im Grundsatz zulässig. Dazu werden unterschiedliche Formulierungen gewählt. Teilweise wird der Zugang bei dem Wohnungseigentümer fingiert (etwa „Die Ladung gilt einem Wohnungseigentümer als zugegangen, wenn der Verwalter sie ordnungsgemäß abgesandt hat“, vgl. BeckFormB WEG/H. Müller, 4. Aufl., D.II.2 § 10 Abs. 3; ähnlich *Deckert/Elzer*, ETW 2019, S. 25). In der Praxis gebräuchlich ist aber auch die hier verwendete Formulierung (vgl. etwa BeckFormB BHW/Gebele, 13. Aufl., IV.C.1., § 11 Abs. 4; Wurm/Wagner/Zartmann/Leitzen, Rechtsformularbuch, 17. Aufl., Muster M 47.1, § 12 Abs. 4 Satz 2). Sie wird teils ungenau ebenfalls als „Zugangsfiktion“ bezeichnet, obwohl sie ihrem Wortlaut nach nicht den Zugang regelt, sondern die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung definiert.

8 3. Die hier verwendete Klausel wird unterschiedlich ausgelegt.

9 a) Die weit überwiegende Ansicht entnimmt ihr, dass allgemein der Nachweis der rechtzeitigen Absendung für die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung ausreichend ist, und hält dies auch für wirksam (vgl. BayObLG, Beschluss vom 17. November 2004 – ZZ BR 171/04, juris Rn. 9 und 11; OLG Hamm, NJW-RR 2008, 1545, 1547; LG Hamburg, ZWE 2012, 55; Bärmann/Merle, WEG, 14. Aufl., § 24 Rn. 35 a.E.; Palandt/Wicke, BGB, 79. Aufl., § 24 WEG Rn. 5; BeckOK WEG/Bartholome [1.8.2020], § 24 Rn. 298; Vandenhouten in Niefenführ/Schmidt-Räntsch/Vandenhouten, WEG, 13. Aufl., § 24 Rn. 35 a.E.; Sauren, WEG, 6. Aufl., § 24 Rn. 13b in Fn. 85; Scheuer in Köhler, Anwaltshandbuch Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl., Rn. 4.83; Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl., § 7 Rn. 22; Drasdo, Die Eigentümerversammlung nach dem WEG, 5. Aufl., B Rn. 91; allgemein zur „Zugangsfiktion“ LG Karlsruhe, ZWE 2014, 93; Bärmann/Seuß/Rüscher, Praxis des Wohnungseigentums, 7. Aufl., 4. Teil, § 17 Rn. 42).

10 b) Die von dem Berufungsgericht befürwortete Gegenauffassung legt die Klausel im Anschluss an eine Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamburg (ZMR 2006, 704 ff.) einschränkend aus und misst ihr nur im Falle einer nicht angezeigten Adressänderung Bedeutung bei (vgl. MüKoBGB/Engelhard, 8. Aufl., § 24 WEG Rn. 16; Staudinger/Häublein, BGB [2018], § 24 WEG Rn. 37; Riecke in Riecke/Schmid, WEG, 5. Aufl., § 24 Rn. 43; ohne eigene Stellungnahme T. Spielbauer in Spielbauer/Then, 3. Aufl., § 24 WEG Rn. 26).

11 4. Der Senat hält die zuerst genannte Auslegung für zutreffend.

12 a) Die Gemeinschaftsordnung ist Bestandteil der Grundbucheintragung. Ihre Auslegung unterliegt daher vollen Umfangs der Nachprüfung durch das Revisionsgericht. Maßgebend sind ihr Wortlaut und Sinn, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung

der Eintragung ergibt, weil sie auch die Sonderrechtsnachfolger der Wohnungseigentümer bindet. Umstände außerhalb der Eintragung dürfen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Dabei müssen Abweichungen von der gesetzlichen Verteilung der Aufgaben, Kompetenzen und Kosten klar und eindeutig aus der Gemeinschaftsordnung hervorgehen (st. Rspr., vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 14; Urteil vom 22. März 2019 – V ZR 145/18, ZWE 2019, 322 Rn. 7; Urteil vom 26. Juni 2020 – V ZR 199/19, NZM 2020, 715 Rn. 6, jeweils mwN).

13 b) Daran gemessen ist die in Ziff. 13.3 GO enthaltene Klausel dahingehend auszulegen, dass die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung nicht den Zugang, sondern lediglich die rechtzeitige Absendung der Ladung an die Wohnungseigentümer voraussetzt; dies bezieht sich auf alle Wohnungseigentümer und nicht nur auf diejenigen, die einen Wohnsitzwechsel nicht mitgeteilt haben.

14 aa) Bei unbefangener Betrachtung des Wortlauts enthält die Klausel (nur) zwei Voraussetzungen für eine ordnungsmäßige Einberufung. Es genügt (erstens) die Absendung, und zwar (zweitens) an die Anschrift, die dem Verwalter von dem Wohnungseigentümer zuletzt mitgeteilt worden ist. Eine dritte Voraussetzung, wonach es einen Wohnsitzwechsel gegeben hat, enthält die Klausel gerade nicht. Sie ist nach ihrem klaren Wortlaut ohne weiteres auch dann einschlägig, wenn die zuletzt mitgeteilte Adresse (nach wie vor) die richtige ist. Das Berufungsgericht liest im Anschluss an das Hanseatische Oberlandesgericht (ZMR 2006, 704 ff.) folgende Einschränkung in die Klausel hinein: „Bei einem Wohnsitzwechsel genügt für die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung die Absendung an die Anschrift, die dem Verwalter von dem Wohnungseigentümer zuletzt mitgeteilt worden ist.“ So lautet die Klausel aber gerade nicht; sie entspräche dann im Übrigen – was auch das Berufungsgericht nicht verkennt – der ohnehin geltenden Rechtslage und wäre entbehrlich. Deshalb haben das Bayerische Oberste Landesgericht (Beschluss vom 17. November 2004 – ZZ BR 171/04, juris Rn. 9 und 11), das Oberlandesgericht Hamm (NJW-RR 2008, 1545, 1547) und das Landgericht Hamburg (ZWE 2012, 55) die Auslegung der Klausel auch nicht problematisiert, sondern sind ohne weiteres und zutreffend davon ausgegangen, dass die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung bezogen auf alle Wohnungseigentümer geregelt wird.

15 bb) Hingegen ging es bei der neueren Entscheidung des Oberlandesgerichts Hamm (ZWE 2017, 173 ff.), auf die sich das Berufungsgericht maßgeblich stützt, um eine andere Klausel. Diese lautete nämlich: „Zustellungen sind

stets wirksam, wenn sie an die dem Verwalter zuletzt mitgeteilte Adresse erfolgen.“ Dort ist unscharf von der „Zustellung“ und gerade nicht nur von der „Absendung“ die Rede. Ob den Erwägungen des Oberlandesgerichts Hamm beizupflichten ist, kann dahinstehen; auf die hier verwendete Klausel sind sie jedenfalls nicht übertragbar.

6 Die so verstandene Vereinbarung in Ziff. 13.3 GO ist wirksam.

17 1. Insoweit ist zunächst zu klären, nach welchem rechtlichen Maßstab die Wirksamkeit der Vereinbarung zu beurteilen ist.

18 a) Gemäß § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG können die Wohnungseigentümer von den Vorschriften dieses Gesetzes abweichende Vereinbarungen treffen, soweit nicht etwas anderes bestimmt ist. Diese Regelung ist Ausdruck der Privatautonomie der Wohnungseigentümer und lässt ihnen und dem teilenden Eigentümer bei der Ordnung des Gemeinschaftsverhältnisses weitgehend freie Hand. Schranken für den Inhalt der Gemeinschaftsordnung ergeben sich aus den Grenzen der Privatautonomie nach den §§ 134, 138 BGB. Darüber hinaus unterliegen jedenfalls Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung, die von dem teilenden Eigentümer einseitig vorgegeben wurden, einer Inhaltskontrolle. Insoweit ist höchststrichlich nicht abschließend entschieden, ob sich diese an den für allgemeine Geschäftsbedingungen geltenden Vorschriften der §§ 307 ff. BGB oder unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben (§ 242 BGB) auszurichten hat (offengelassen jeweils mwN u.a. von Senat, Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rn. 7; Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, ZfIR 2018, 353 Rn. 23; BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 – III ZR 37/18, NZM 2019, 221 Rn. 27 ff.).

19 Fänden die Vorschriften der §§ 307 ff. BGB Anwendung, könnte die hier verwendete Klausel § 308 Nr. 6 BGB unterfallen. Danach ist eine Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam, die vorsieht, dass eine Erklärung des Verwenders von besonderer Bedeutung dem anderen Vertragsteil als zugegangen gilt. Gestützt auf diese Vorschrift werden vorformulierte gleichlautende Klauseln in einem Verwaltervertrag (so BayObLG, WuM 1991, 312, 313; KG, ZMR 2008, 476, 477; Bärmann/Merle, WEG, 14. Aufl., § 24 Rn. 35; Ulmer/Brandner/Hensen/Christensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Teil 2 [63] Wohnungseigentum/Verwalterverträge Rn. 4; Schmid, NZM 2011, 865, 867), aber auch in der Gemeinschaftsordnung (so Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 7. Aufl., Klauseln Rn. W 95) für unwirksam gehalten.

20 b) Ob die einseitig vorgegebene Gemeinschaftsordnung der AGB-Kontrolle gemäß den §§ 307 ff. BGB unterliegt, wird unterschiedlich beurteilt. Nach nahezu einhelli-

ger Ansicht der auf das Wohnungseigentumsrecht bezogenen Rechtsprechung und Literatur sind die Vorschriften nicht (entsprechend) anwendbar (vgl. BayObLG, NJW-RR 1992, 83, 84; OLG Hamburg, ZMR 1996, 443, 445; OLG Frankfurt a.M., ZMR 1998, 365, 367; Bärmann/Armbrüster, WEG, 14. Aufl., § 2 Rn. 54; Bärmann/Suilmann, WEG, 14. Aufl., § 10 Rn. 105; Riecke/Schmid/Elzer/Schneider, WEG, 5. Aufl., § 8 Rn. 62; Krause in Jennißen, WEG, 6. Aufl., § 8 Rn. 18; Staudinger/Rapp, BGB [2018], § 7 WEG Rn. 35 f.; Staudinger/Kreuzer, BGB [2018], § 10 WEG Rn. 149; Soergel/Wendt, BGB, 13. Aufl., § 8 WEG Rn. 26; Palandt/Wicke, BGB, 79. Aufl., § 10 WEG Rn. 5; BeckOGK/Falkner, WEG [1.3.2020], § 10 Rn. 147; Hügel/Elzer, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 116; Prüfer, ZWE 2001, 398, 399 ff.; Ertl, DNotZ 1981, 149, 161 ff.; Weitnauer, DNotZ 1989, 430; ausführlich Binkowski, Reichweite und Grenzen der Privatautonomie im Wohnungseigentumsrecht, 2011, S. 108 ff.; so auch Palandt/Grüneberg, BGB, 79. Aufl., § 305 Rn. 3). Teils wird bei einer Teilung durch den Bauträger eine analoge Anwendung befürwortet, die sich allerdings auf den Kontrollmaßstab des § 310 BGB beschränken soll (Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 7 WEG Rn. 6, § 8 WEG Rn. 3). Dagegen wird insbesondere im Schrifttum zum AGB-Recht die analoge Anwendung der §§ 307 ff. BGB auf eine von dem Bauträger vorformulierte Gemeinschaftsordnung für richtig erachtet (vgl. Christensen in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., Teil 2 Wohnungseigentum/Verwalterverträge Rn. 1; Habersack in Ulmer/Brandner/Hensen, AGB-Recht, 12. Aufl., § 305 Rn. 12; Wolf/Lindacher/Pfeiffer/Dammann, AGB-Recht, 7. Aufl., Klauseln Rn. W 91; Ulmer in Festschrift Weitnauer, 1980, 205, 215 ff.; Stürner, BWNotZ 1977, 106, 111; für direkte Anwendung MüKoBGB/Basedow, 8. Aufl., § 305 Rn. 10 a.E.). Vereinzelt wird allgemein die stärkere Heranziehung der Wertungen des AGB-Rechts im Wohnungseigentumsrecht befürwortet (so Schmid, NZM 2011, 865, 867 f.).

21 c) Der Senat, der an der AGB-Kontrolle der Gemeinschaftsordnung schon mehrfach Zweifel geäußert hat (vgl. Beschluss vom 20. Juni 2002 – V ZB 39/01, BGHZ 151, 164, 173 f.; Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rn. 14), entscheidet die Rechtsfrage nunmehr im Sinne der erstgenannten Auffassung. Die Regelungen über die Inhaltskontrolle allgemeiner Geschäftsbedingungen (§§ 307 ff. BGB) sind auf die Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümer grundsätzlich nicht entsprechend anwendbar.

22 aa) Eine direkte Anwendung der §§ 307 ff. BGB scheidet von vornherein aus, weil es sich bei einer einseitig vorgegebenen Gemeinschaftsordnung nicht um Vertragsbedingungen handelt, die bei Abschluss eines Vertrags im Sinne von § 305 Abs. 1 Satz 1 BGB durch den Verwender (hier: teilender Eigentümer) gestellt werden. Die als

Bestandteil der Teilungserklärung in das Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung steht ab dem Zeitpunkt, ab dem sie von dem teilenden Eigentümer nicht mehr einseitig geändert werden kann, einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer gleich (st. Rspr., vgl. Senat, Beschluss vom 13. September 2000 – V ZB 14/00, BGHZ 145, 133, 136; Urteil vom 25. Oktober 2019 – V ZR 271/18, BGHZ 223, 305 Rn. 16 mwN). Einer Annahmeerklärung der Erwerber gegenüber dem teilenden Eigentümer bedarf es nicht, weil der Eintritt in die Gemeinschaftsordnung kraft Gesetzes mit dem Eigentumserwerb erfolgt (vgl. § 5 Abs. 4 Satz 1, § 10 Abs. 3 WEG; Staudinger/*Rapp*, BGB [2018], § 7 WEG Rn. 35). Die Gemeinschaftsordnung ist nämlich nicht Inhalt des Erwerbsvertrags, sondern sie bestimmt den Inhalt des zu erwerbenden Sondereigentums (zutreffend Binkowski aaO, S. 121; eingehend zu letzterem Gesichtspunkt Senat, Urteil vom 25. Oktober 2019 – V ZR 271/18, BGHZ 223, 305 Rn. 14 ff.). Das gilt erst recht für nachfolgende Erwerber, die zu dem teilenden Eigentümer von vornherein keine rechtsgeschäftliche Beziehung haben.

23 bb) Weil es sich nicht um Vertragsbedingungen handelt und die §§ 307 ff. BGB nicht anwendbar sind, bedarf es des – teilweise erwogenen (vgl. etwa Bärmann/*Armbrüster*, WEG, 14. Aufl., § 2 Rn. 54) – Rückgriffs auf die Bereichsausnahme des § 310 Abs. 4 Satz 1 BGB nicht. Die Voraussetzungen für die allein in Betracht zu ziehende analoge Anwendung der §§ 307 ff. BGB liegen nicht vor. Es fehlt sowohl an der Vergleichbarkeit der Gemeinschaftsordnung mit einem schuldrechtlichen Vertrag als auch an einer planwidrigen Regelungslücke.

24 (1) Die einseitige Vorgabe der Gemeinschaftsordnung unterscheidet sich grundlegend von dem einseitigen Stellen schuldrechtlicher Vertragsbedingungen. Es fehlt schon an der durch ein Informations- und Motivationsgefälle zwischen Verwender und Kunden gekennzeichneten Konfliktsituation und der daraus resultierenden Gefahr einer unangemessenen Risikoabwälzung, der mit der AGB-Kontrolle begegnet werden soll (zu diesen Aspekten MüKoBGB/*Basedow*, 8. Aufl., vor § 305 Rn. 4 ff.; vgl. auch EuGH, Urteil vom 23. April 2015, C-96/14, van Hove, ECLI:EU:C:2015:262, Rn. 26). Denn bei typisierender Betrachtung scheidet der teilende Eigentümer nach Aufteilung und Abverkauf aus der Gemeinschaft aus und profitiert daher allenfalls vorübergehend von dem vorgegebenen Regelwerk. Die in das Grundbuch eingetragene Gemeinschaftsordnung bezieht sich typischerweise nicht – wie es für AGB kennzeichnend wäre – auf das Verhältnis zwischen Kunden (hier: einzelner Wohnungseigentümer) und Verwender (hier: teilender Eigentümer). Vielmehr soll sie das künftige Zusammenleben der Wohnungseigentümer – also deren Grundverhältnis

untereinander – dauerhaft regeln (vgl. § 10 Abs. 3 WEG). Da die Wohnungseigentümergeinschaft nach § 11 WEG unauflöslich ist, hat die Gemeinschaftsordnung für die Wohnungseigentümergeinschaft eine ähnlich grundlegende Bedeutung wie die Satzung für einen Verein (vgl. Senat, Urteil vom 23. März 2018 – V ZR 65/17, NJW-RR 2018, 776 Rn. 22; Urteil vom 22. März 2019 – V ZR 298/16, ZWE 2019, 318 Rn. 11).

25 (2) Es besteht auch keine planwidrige Regelungslücke.

26 (a) Im Allgemeinen bedarf es des Schutzes der Wohnungseigentümer durch eine engmaschige AGB-Kontrolle der Gemeinschaftsordnung nicht.

27 (aa) Das ergibt sich schon daraus, dass die Wohnungseigentümer die ursprünglich einseitig vorgegebene Gemeinschaftsordnung jederzeit einstimmig (und im Anwendungsbereich gesetzlicher oder vereinbarter Öffnungsklauseln sogar durch Mehrheitsbeschluss) ändern können. Zudem stellt das Wohnungseigentumsgesetz insofern einen wirksamen Individualschutz bereit, als einzelne Wohnungseigentümer unter den Voraussetzungen von § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG eine Änderung unbilliger Vereinbarungen verlangen können, und zwar selbst dann, wenn diese von Anfang an in der Gemeinschaftsordnung enthalten waren („Geburtsfehler“, vgl. Senat, Urteil vom 22. März 2019 – V ZR 298/16, ZWE 2019, 318 Rn. 14). Daneben bezweckt eine Reihe von nicht dispositiven Bestimmungen den Schutz vor einseitigen Regelungen in der Gemeinschaftsordnung (vgl. etwa § 16 Abs. 5, § 18 Abs. 4, § 26 Abs. 1 Satz 5 WEG). Schließlich ergeben sich Schranken für den Inhalt der Gemeinschaftsordnung aus den Grenzen der Vertragsfreiheit (vgl. Senat, Beschluss vom 11. November 1986 – V ZB 1/86, BGHZ 99, 90, 94). Die Anwendung der §§ 134, 138 BGB führt zur Unwirksamkeit von Regelungen, die die personenrechtliche Gemeinschaftsstellung der Wohnungseigentümer aushöhlen oder in unverzichtbare Mitgliedschaftsrechte eingreifen, ohne dass es insoweit auf den Ursprung der Regelung ankäme. Deshalb hat der Senat beispielsweise gestützt auf § 134 BGB ein Stimmrechtsverbot bei Zahlungsverzug als unwirksam angesehen, ohne insoweit auf die Art der Aufteilung abzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rn. 8).

28 (bb) Allgemein besteht damit ein Gestaltungsspielraum für die Vereinbarung von Regeln für das dauerhafte Zusammenleben der Wohnungseigentümer in der Gemeinschaftsordnung, der durch seine (im Vergleich zu der AGB-Kontrolle) höhere inhaltliche Flexibilität der in § 10 Abs. 2 Satz 2 WEG gewährleisteten Privatautonomie der Wohnungseigentümer (vgl. oben Rn. 18) Rechnung trägt. Zugleich ist aber die Kontrolldichte insoweit höher als bei der AGB-Kontrolle, als die Schranken dieses Gestaltungsspielraums unabhängig von der Entstehung der Rege-

lung durch einseitige Teilungserklärung, Teilungsvertrag oder nachträgliche Vereinbarung (bzw. einen durch Öffnungsklausel legitimierten Mehrheitsbeschluss) zu beachten sind.

29 (b) Richtig ist allerdings, dass der teilende Eigentümer Regelungen in der Gemeinschaftsordnung vorgeben kann, die ihn – ähnlich wie einen Verwender von unangemessenen AGB – insbesondere in der Aufteilungsphase einseitig begünstigen (vgl. Erman/*Grziwotz*, BGB, 16. Aufl., § 7 WEG Rn. 6). Aus diesem Grund unterliegen von dem teilenden Eigentümer vorgegebene Bestimmungen in der Gemeinschaftsordnung, die in einem spezifischen Zusammenhang mit der einseitigen Aufteilung stehen, einer Inhaltskontrolle im Hinblick auf einen Missbrauch der einseitigen Gestaltungsmacht; diese (richterrechtlich bereits ausgeformte) Inhaltskontrolle richtet sich unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Einzelfalls am Maßstab von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB aus.

30 (aa) Dem besonderen Schutzbedürfnis der Sondereigentümer in der Aufteilungsphase trägt das Gesetz in § 26 Abs. 1 Satz 2 WEG insoweit Rechnung, als die erste Bestellung eines Verwalters nach der Begründung von Wohnungseigentum nur für drei Jahre vorgenommen werden darf, um der Gefahr von Interessenkollisionen im Hinblick auf die Verjährung von Gewährleistungsrechten zu begegnen (vgl. BT-Drucks. 16/3843 S. 26). Darüber hinaus ergeben sich rechtliche Grenzen der einseitigen Gestaltungsmacht aus § 242 BGB. Gemessen an dem Gebot von Treu und Glauben hat der Senat eine in der Gemeinschaftsordnung enthaltene Ermächtigung des teilenden Bauträgers zu der nachträglichen Zuweisung von Sondernutzungsrechten wegen der ohnehin bestehenden zeitlichen und inhaltlichen Schranken als zulässig erachtet (vgl. Urteil vom 2. Dezember 2011 – V ZR 74/11, NJW 2012, 676 Rn. 14 ff.), während ein langfristiger Kontrahierungszwang in der Gemeinschaftsordnung keinen Bestand hatte (vgl. jeweils zum betreuten Wohnen Senat, Urteil vom 13. Oktober 2006 – V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rn. 17; BGH, Urteil vom 10. Januar 2019 – III ZR 37/18, NZM 2019, 221 Rn. 29 f.). Auch ein in der Gemeinschaftsordnung bei Säumnis eines Wohnungseigentümers vorgesehener, unangemessen hoher Vergütungszuschlag eines „Bauträgerverwalters“ ist wegen missbräuchlicher Ausnutzung der Gestaltungsmacht des teilenden Bauträgers gemäß § 242 BGB als unwirksam angesehen worden (vgl. OLG Hamm, ZWE 2008, 293, 294). Denkbar ist ein Missbrauch der Gestaltungsmacht aber auch bei Kostenverteilungs- oder Stimmrechtsregeln (dazu OLG Zweibrücken, OLGZ 1990, 186, 188 ff.).

31 (bb) Diese Problemfelder rechtfertigen es nicht, Gemeinschaftsordnungen insgesamt den (zu) engen Vorgaben der AGB-Kontrolle zu unterwerfen. Sie lassen sich

mit der auf einen Missbrauch der einseitigen Gestaltungsmacht durch den teilenden Eigentümer bezogenen Inhaltskontrolle gemäß § 242 BGB angemessen bewältigen. Ihrem Zweck entsprechend beschränkt sich eine solche Inhaltskontrolle auf jene Regelungen in der Gemeinschaftsordnung, die in einem spezifischen Zusammenhang mit der einseitigen Aufteilung stehen; daran fehlt es jedenfalls bei gebräuchlichen, unabhängig von der Art der Aufteilung verwendeten Klauseln, die keinen inhaltlichen Bezug zu dem teilenden Eigentümer erkennen lassen.

32 (cc) Nur ausnahmsweise kann die Heranziehung des AGB-Rechts wegen der unionsrechtlichen Vorgaben aus der Klausel-Richtlinie (RL 93/13/EWG des Rates vom 5. April 1993 über missbräuchliche Klauseln in Verbraucherverträgen, ABl. EG Nr. L 95 S. 29) geboten sein, nämlich dann, wenn die Gemeinschaftsordnung vorschreibt, dass die Wohnungseigentümer als Verbraucher bestimmte Verträge mit Dritten abschließen müssen (vgl. *Hügel/Elzer*, WEG, 2. Aufl., § 10 Rn. 125). Hier muss der Klausel-Richtlinie Rechnung getragen werden, indem die Wertungen des AGB-Rechts beachtet werden (so bereits Senat, Urteil vom 13. Oktober 2006 – V ZR 289/05, NJW 2007, 213 Rn. 17; für entsprechende Anwendung des AGB-Rechts insoweit *Staudinger/Piekenbrock*, BGB [2019], § 310 Rn. 114). Aus denselben Gründen unterliegt die Gemeinschaftsordnung insoweit in entsprechender Anwendung der §§ 307 ff. BGB der AGB-Kontrolle, als der Inhalt des Verwaltervertrags, der zwischen dem Verwalter und dem Verband als Verbraucher (vgl. BGH, Urteil vom 25. März 2015 – VIII ZR 243/13, BGHZ 204, 325 Rn. 30 ff.) abzuschließen ist, zum Bestandteil der Gemeinschaftsordnung gemacht worden ist (vgl. zu einer dahingehenden Praxis BeckOGK/*Greiner*, WEG [1.4.2020], § 26 Rn. 135; *Scheffler* in *Elzer/Fritsch/Meier*, Wohnungseigentumsrecht, 3. Aufl., § 1 Rn. 370). Regelungen dieses Inhalts stellen in der auf das dauerhafte Zusammenleben der Wohnungseigentümer bezogenen Gemeinschaftsordnung ohnehin einen Fremdkörper dar (zutreffend BeckOGK/*Greiner*, WEG [1.4.2020], § 26 Rn. 136), und sie sind nach denselben rechtlichen Maßstäben zu beurteilen wie der abzuschließende Verwaltervertrag.

33 (c) Im Übrigen dürfen Vereinbarungen der Wohnungseigentümer zwar auch im Allgemeinen nicht treuwidrig sein. Aber abgesehen von der zuvor erörterten Inhaltskontrolle bei einseitiger Aufteilung ist es wegen des weiten Gestaltungsspielraums der Wohnungseigentümer einerseits und des möglichen Anpassungsanspruchs andererseits (§ 10 Abs. 2 Satz 3 WEG) allenfalls in absoluten Ausnahmefällen denkbar, Regelungen der Gemeinschaftsordnung, die sich in den bestehenden gesetzlichen Grenzen insbesondere der §§ 134, 138 BGB halten, wegen eines Verstoßes gegen § 242 BGB als unwirksam anzusehen (einen Verstoß gegen § 242 BGB jeweils vernei-

nend etwa Senat, Beschluss vom 3. Juli 1997 – V ZB 2/97, BGHZ 136, 187, 193 ff.; Beschluss vom 11. November 1986 – V ZB 1/86, BGHZ 99, 90, 95).

34 2. Nach diesen Maßstäben sieht der Senat die Klausel im Einklang mit der überwiegenden Ansicht in Literatur und Rechtsprechung (vgl. die Nachweise oben Rn. 9) als wirksam an. Ein spezifischer Zusammenhang mit der einseitigen Aufteilung ist nicht erkennbar, weil es sich um eine gebräuchliche Klausel handelt, die das dauerhafte Zusammenleben der Wohnungseigentümer regelt und keinen inhaltlichen Bezug zu dem teilenden Eigentümer erkennen lässt. Da das aus § 130 Abs. 1 Satz 1 BGB analog abgeleitete Zugangserfordernis abdingbar ist, kommt es entscheidend darauf an, ob die Klausel in schwerwiegender Weise in das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht als unverzichtbares Mitgliedschaftsrecht eingreift und damit im Sinne von § 134 BGB gegen ein gesetzliches Verbot verstößt (vgl. Senat, Beschluss vom 11. November 1986 – V ZB 1/86, BGHZ 99, 90, 94 f.; Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rn. 7 f.). Ob die Klausel zu einem solchen schwerwiegenden Eingriff führt, lässt sich nur durch eine Abwägung zwischen den Folgen für die Teilnahmerechte der einzelnen Wohnungseigentümer einerseits und den Interessen der Gesamtheit der Wohnungseigentümer andererseits bestimmen.

35 a) Aus Sicht der einzelnen Wohnungseigentümer hat die Klausel zur Folge, dass ein Wohnungseigentümer, der infolge eines Postfehlers keine Einladung erhält und infolgedessen nicht an der Versammlung teilnehmen kann, allein aus diesem Umstand keinen Beschlussmangel herleiten kann. Das gilt selbst dann, wenn der Wohnungseigentümer den fehlenden Zugang beweisen kann. Denn nur bei einer Zugangsfiktion könnte sich ggf. die – hier nicht zu erörternde – Frage stellen, ob die Fiktion widerleglich ist; darauf kommt es bei der vorliegenden Klausel von vornherein nicht an, weil die Ordnungsmäßigkeit der Einberufung nur die Absendung und gerade nicht den Zugang voraussetzt.

36 b) Demgegenüber gibt es aus Sicht der Gesamtheit der Wohnungseigentümer ein gewichtiges praktisches Bedürfnis für eine Vereinbarung dieser Art. Denn im Prinzip darf der Verwalter darauf vertrauen, dass ein rechtzeitiger Postversand ausreichend ist, damit die Ladungen bei den Empfängern ankommen. Der Zugang der Sendungen lässt sich auf diese Weise aber regelmäßig nicht nachweisen. Also müsste der Verwalter alle Ladungen per Einschreiben oder gar per Boten zustellen lassen (zu den Beweiswirkungen vgl. BGH, Urteil vom 27. September 2016 – II ZR 299/15, BGHZ 212, 104 Rn. 20 ff.; Palandt/Ellenberger, BGB, 79. Aufl., § 130 Rn. 21). Der damit einhergehende erhebliche Verwaltungs- und Kostenaufwand widerspricht dem Gesamtinteresse der Wohnungseigentümer; das gilt umso mehr, als der Beweis für den Inhalt der Sendung selbst bei

einer solchen Vorgehensweise nicht erbracht wäre (vgl. BeckOGK/Hermann, WEG [1.3.2020], § 24 Rn. 52; BeckOK WEG/Bartholome [1.8.2020], § 24 Rn. 92; allg. Palandt/Ellenberger aaO). Die Fassung rechtssicherer Beschlüsse, an der ein elementares Interesse der Wohnungseigentümergeinschaft besteht, wird daher im Vergleich zu der gesetzlichen Regelung erheblich erleichtert (vgl. Greiner, Wohnungseigentumsrecht, 4. Aufl., § 7 Rn. 22).

37 c) Vor dem Hintergrund dieser gewichtigen Gesamtinteressen ist die Klausel als wirksam anzusehen. Ein gravierender Eingriff in das Teilnahme- und Mitwirkungsrecht eines Wohnungseigentümers liegt nicht schon dann vor, wenn das Recht zur Teilnahme an der Eigentümerversammlung infolge von Fehlern der Post nicht ausgeübt werden kann (so bereits Senat, Urteil vom 14. Februar 2020 – V ZR 159/19, ZWE 2020, 267 Rn. 18). Die Mitgliedschaftsrechte von Wohnungseigentümern, deren Ladung trotz rechtzeitiger Absendung verlorengeht und die auch nicht auf andere Weise rechtzeitig von der Versammlung erfahren, werden in noch ausreichender Weise durch die Beschlussmängelklage gewahrt; sie ermöglicht es, die Beschlüsse auf etwaige andere Mängel hin überprüfen zu lassen. Hat ein Wohnungseigentümer von den gefassten Beschlüssen aufgrund der unterbliebenen Ladung verspätet Kenntnis erlangt und kann er deshalb die Klagefristen des § 46 WEG nicht wahren, ist ihm ggf. gemäß § 46 Abs. 1 Satz 3 WEG i.V.m. §§ 233 ff. ZPO Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren; die Voraussetzungen der Wiedereinsetzung ändern sich durch die Klausel nicht (vgl. dazu OLG Hamm, OLGR 2009, 272, 273).

Vollzug einer Teilungserklärung im Grundbuch

WEG § 7, § 8; GBO § 13, § 19, § 29;

BeurkG § 9, § 13a, § 40, § 44

Amtlicher Leitsatz:

Die zum grundbuchrechtlichen Vollzug einer Teilungserklärung nach §§ 8, 7 Abs. 4 S. 1 WEG beizufügenden Anlagen – Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung – müssen auch dann nicht mit der Bewilligung körperlich verbunden werden, wenn nur die Unterschrift unter der Bewilligung beglaubigt worden ist (Fortführung von Senat, Beschluss vom 2. Juli 2015 – 1 W 558/14 –, NZM 2016, 525).

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 17.06.2021 – 1 W 275/21

I. Tatbestand:

1 Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 2. September 2020 – UR-Nr. 385/2020 des Notars ... – bewilligte der Geschäftsführer der Beteiligten unter Bezugnahme auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts Nr. ... nebst Aufteilungsplänen vom 22. Mai 2020 die Aufteilung des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks in 49 Wohnungs- und drei Teileigentumsrechte.

2 Mit Schriftsatz vom 3. September 2020 beantragte der Urkundsnotar unter Vorlage der UR-Nr. 385/2020 sowie dem Original der Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts den Vollzug der Aufteilung im Grundbuch. Das Grundbuchamt zeigte mit Verfügung vom 21. September 2020 verschiedene Eintragungshindernisse auf und übersandte zu deren Behebung die Abgeschlossenheitsbescheinigung mit den Aufteilungsplänen zurück an den Notar.

3 Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 7. April 2021 – UR-Nr. 200/2021 des Notars ... änderte der Geschäftsführer der Beteiligten die Teilungserklärung vom 2. September 2020 teilweise ab. Dabei nahm er wiederum auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung des Bezirksamts ... Nr. 2019/x vom 22. Mai 2020 und deren zugehörige Aufteilungspläne Bezug.

4 Mit Schriftsatz vom 7. April 2021 hat der Urkundsnotar die UR-Nr. 200/2021 mit der Abgeschlossenheitsbescheinigung zum Vollzug bei dem Grundbuchamt eingereicht. Das Grundbuchamt hat mit Zwischenverfügung vom 20. April 2021 unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass die UR-Nr. 200/2021 mangels notarieller Beurkundung keine Verwendung finden könne. In einer notariellen Beglaubigung könne auf andere Urkunden und die Abgeschlossenheitsbescheinigung nur Bezug genommen werden, wenn diese urkundlich mit der unterschiftsbeglaubigten Erklärung verbunden seien. Die UR-Nr. 200/2021 sei in notariell beurkundeter Form nachzureichen. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 20. Mai 2021, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 2. Juni 2021 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

5 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist allein das von dem Grundbuchamt in der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis, nicht hingegen der Eintragungsantrag als solcher.

6 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg. Die angefochtene Zwischenverfügung ist nicht veranlasst, weil das darin aufgezeigte Eintragungshindernis nicht besteht, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO.

7 a) Die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie der Eigentümer des Grundstücks bewilligt, § 19 GBO. Außer auf vertraglicher Grundlage, § 3 WEG, kann die Aufteilung auch auf Grund einer sogenannten Teilungserklärung des Eigentümers nach § 8 Abs. 1 WEG erfolgen. Die Teilungserklärung umfasst regelmäßig und auch hier zugleich die Eintragungsbewilligung (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 2846). Für sie gelten die grundbuchrechtlichen Vorschriften bei vertraglicher Begründung von Wohnungs- und Teileigentum entsprechend, §§ 8 Abs. 2, 7 WEG. Der Bewilligung sind deshalb als Anlagen ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde beizufügen, § 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 WEG.

8 Bei Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher kann das Grundbuchamt in den Bestandsverzeichnissen zur näheren Bezeichnung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen, §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 3 WEG. Hatte der teilende Eigentümer seiner Bewilligung als Anlage einen Aufteilungsplan beigelegt, wird dieser von der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfasst und ebenfalls zum Gegenstand der Grundbucheintragung (BGH, MDR 2005, 83).

9 b) Die Eintragungsbewilligung ist gegenüber dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO. Dem entsprechen die UR-Nr. 385/2020 und 200/2021, §§ 129 BGB, 39, 40 BeurkG.

10 Für die der Bewilligung beizufügende Abgeschlossenheitsbescheinigung und die Aufteilungspläne gilt § 29 Abs. 1 S. 2 GBO. Sie sind durch öffentliche Urkunden nachzuweisen. Auch das ist hier geschehen. Die Abgeschlossenheitsbescheinigung sowie die ihr beigelegten Aufteilungspläne sind von der Baubehörde des Bezirksamts x jeweils gestempelt und unterschrieben worden, §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG (vgl. Kral, in BeckOK, WEG, Stand 2021, § 7, Rdn. 72). Ihre Zusammengehörigkeit ist durch die übereinstimmende Aktenbezeichnung ersichtlich gemacht worden. Eine Verbindung mit Schnur und Siegel war damit entbehrlich, Nr. 7 WEG-VwV.

11 Der Senat hat bereits entschieden, dass eine Mitbeurkundung dieser Anlagen im Sinne von §§ 9 Abs. 1 S. 2 und 3, 44 BeurkG nicht erforderlich ist (Senat, Beschluss vom 2. Juli 2015 – 1 W 558/14 – NZM 2016, 525, 526). Der Antragsteller hat jedoch ihre Zusammengehörigkeit mit der Eintragungsbewilligung bei der Vorlage zur Eintragung deutlich zu machen (OLG Düsseldorf, ZWE 2010, 368, 369; BayObLG, MittBayNot 2003, 127).

12 Wird lediglich die Unterschrift unter einer Eintragungsbewilligung notariell beurkundet, gilt jedenfalls

dann, wenn ein amtlicher Aufteilungsplan bereits vorliegt, nichts Anderes (a.A. *Rapp*, in: Staudinger, BGB, 2018, § 7 WEG, Rdn. 15; einschränkend Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 2855). Zwar sind Aufteilungsplan und Abgeschlossenheitsbescheinigung der Eintragungsbewilligung als Anlage beizufügen, §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 WEG, jedoch handelt es sich insoweit nicht um Anlagen im Sinne des Beurkundungsgesetzes (*Schmidt*, DNotZ 2003, 277; *Morhard*, MittBayNot, 2003, 128, 129). Vielmehr stehen sie als eigenständige Elemente neben der Eintragungsbewilligung und sind nicht ihr Bestandteil (OLG Düsseldorf, a.a.O.; Hügel/Elzer, WEG, 3. Aufl., § 7, Rdn. 27). Diesen Charakter verlieren die Anlagen zur Eintragungsbewilligung nicht dadurch, dass die Teilungserklärung nicht beurkundet, sondern lediglich die sie abschließende Unterschrift notariell beglaubigt worden ist. **13** Dem steht auch nicht die im Nichtabhilfebeschluss vom 2. Juni 2021 von dem Grundbuchamt getroffene Feststellung entgegen, bei einer Beglaubigung werde lediglich die Identität des Unterzeichners durch den Notar festgestellt. Das ist zwar für sich zutreffend (*Otto*, in: BeckOK GBO, § 29, Rdn. 197), jedoch gilt für den über der beglaubigten Unterschrift befindlichen Text die Vermutung seiner Richtigkeit, § 440 Abs. 2 ZPO. Es wird dadurch vermutet, dass der Text dem Willen desjenigen entspricht, der unterschrieben hat (BGH, NJW-RR 2015, 819, 821).

14 c) Vor diesem Hintergrund kommt dem in der Teilungserklärung vom 7. April 2021 – UR-Nr. 200/2021 – von der Beteiligten erklärten „Verzicht“ auf eine urkundliche Verbindung mit den Aufteilungsplänen keine eigenständige Bedeutung zu, insbesondere findet § 13a BeurkG keine Anwendung. Die Erklärung nimmt jedoch in ausreichendem Maße auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung und die ihr zugehörigen Aufteilungspläne Bezug. Die UR-Nr. 200/2021 ist schließlich auch gemeinsam mit dieser Teilungserklärung bei dem Grundbuchamt eingereicht worden und der Notar hat in seinem Antrag vom 7. April 2021 auf diese Urkunden nochmals verwiesen. Damit kann an der Zugehörigkeit der Abgeschlossenheitsbescheinigung und ihren zugehörigen Plänen mit der Teilungserklärung kein Zweifel bestehen.

Anspruch auf Auflassung eines Grundstückes gegen einen mit Weitergabeverpflichtung Beschenkten

BGB § 330 S. 2, § 525, § 1365 Abs. 1, § 1967 Abs. 2, § 2302; ZPO § 292, § 415

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Auflage, dass der Beschenkte den Schenkungsgegenstand spätestens bis zu seinem Tod an den Zweitbeschenkten weiterzugeben hat, ist als lebzeitige Weitergabeverpflichtung schuldrechtlicher Art wirksam und begründet, nach dem Tod des Erstbeschenkten, gemäß § 1967 Abs. 2 BGB, einen unmittelbaren Anspruch gegen die Erben des Erstbeschenkten auf Erfüllung der Auflage. (Rn. 16 und 39)
2. Notarielle Vereinbarungen sind der Auslegung zugänglich, da auch notarielle Texte nicht immer sprachlich zweifelsfrei formuliert sind. (Rn. 21)
3. Nachträgliche Vorgänge können bei der Auslegung berücksichtigt werden, soweit diese Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis, der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten, zulassen. (Rn. 25)

OLG München (33. Zivilsenat),
Endurteil vom 08.02.2021 – 33 U 4723/20



I. Tatbestand:

1 Die Kläger, zu deren Gunsten ebenso wie zugunsten des Beklagten zu 2) im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung bezüglich des streitgegenständlichen Grundstücks eingetragen ist, begehren von den beiden Beklagten Zustimmung zur (anteiligen) Übertragung eines Grundstücks in M., I. Straße 7, auf die Kläger und den Beklagten zu 2) und Bewilligung von deren Eintragung im Grundbuch jeweils zu 1/3 als Eigentümer vor dem Hintergrund das streitgegenständliche Grundstück betreffender notarieller Schenkungsvereinbarungen zwischen ihrem Großvater H. H., verstorben am **.03.2019, und ihrem Vater F. H., verstorben am **.09.2017.

2 Die Parteien sind wohl kraft gewillkürter Erbfolge (Bl. 183, Anlage BK 3) Mitglieder der Erbengemeinschaft nach F. H. (nachfolgend abgekürzt: Erblasser). Die Kläger sind die Kinder aus der ersten Ehe des Erblassers, die am 30.03.1995 geschieden wurde. Die Beklagte zu 1) ist kraft Eheschließung vom 29.09.1995 die zweite Ehefrau des Erblassers, wobei die Ehegatten mit notariellem Ehevertrag vom 27.07.1995 (Anlage BK 4) u.a. Gütertrennung vereinbart hatten. Der Beklagte zu 2), geboren 1996, ist Sohn aus der zweiten Ehe des Erblassers, mithin der Halbbruder der Kläger.

3 H. H. und der Erblasser haben bezüglich des streitgegenständlichen Grundstücks drei notarielle Vereinbarungen getroffen:

- Vereinbarung vom 12.12.1995, Überschrift „Hausübergabe“ (Anlage K 1)

- Vereinbarung vom 15.05.2003, Überschrift „Nachtrag zur Hausübergabe vom 12.12.1995“ (Anlage K 2)
- Vereinbarung vom 25.06.2008, Überschrift „Weiterer Nachtrag zur Hausübergabe vom 12.12.1995“ (Anlage K 3).

4 Darüber hinaus wurde zu der das streitgegenständliche Grundstück betreffenden „Hausübergabe“ in dem zwischen H. H. und seiner Ehefrau am 18.10.2006 geschlossenen „Erbvertrag“ (Anlage K 12) unter Ziff. I. 3. „Weitergabe und Nutzungsrechte“ u.a. festgehalten:

„Mit der diesamtlichen Urkunde „Hausübergabe“ URNr. ...11 R/1995 vom 12.12.1995 haben die Ehegatten H. ihr Hausanwesen, I. Str. 7, M. an ihren Sohn F. H. übergeben und ihn u.a. zugleich zur Weitergabe des Anwesens „an die gegenwärtigen und künftigen leiblichen Kinder des Übernehmers als Miteigentümer zu gleichen Teilen“ verpflichtet. Über die Weitergabe haben die Ehegatten H. mit ihrem Sohn F. H. (Anm. des Senats: vgl. dazu Ziff. I. 1. c.) am 15.05.2003 zu diesamtlicher Urkunde URNr. ...55 R/2003 weiterführende Vereinbarungen getroffen, wodurch letztlich P. H. und V. H., die erstehelichen Kinder des F. H., das Anwesen spätestens beim Tode ihres Vaters als Miteigentümer zu je ein Halb bekommen sollen.“

5 Hinsichtlich zweier anderer Grundstücke von H. H. wurden, ausweislich des neuen Vortrages der Beklagten in der Berufungsinstanz, ebenfalls notarielle Vereinbarungen zwischen H. H. und seinen anderen beiden Kindern am 12.12.1995 getroffen (Bl. 178 f., Anlagen BK 1 und BK 2).

6 Im Übrigen nimmt der Senat hinsichtlich des Sach- und Streitstandes auf die Feststellungen im Ersturteil des Landgerichts München I vom 06.08.2020 Bezug, § 540 Abs. 1 Nr. 1 ZPO.

7 Das Erstgericht hat der Klage, mit Ausnahme der Nebenforderung bezüglich außergerichtlicher Anwaltskosten, stattgegeben, da den Klägern gegen die Beklagten der geltend gemachte Anspruch auf Auflassung und Eintragung der Eigentumsübertragung im Grundbuch nach § 1967 BGB zustehe. Die Beklagten hätten als Miterben des F. H. dessen Schuld aus der zwischen dem Erblasser und H. H. wirksam vereinbarten Schenkungsaufgabe, wonach der Erblasser zur unentgeltlichen Weitergabe der Immobilie an seine Kinder spätestens bis zu seinem Tod verpflichtet gewesen sei, zu erfüllen. Dies ergebe sich im Wege der Auslegung der notariellen Vereinbarung vom 12.12.1995, auch im Lichte zeitlich nachfolgend geschlossener, weiterer Vereinbarungen. Daraus lasse sich der Wille des Schenkers ableiten, die Immobilie spätestens mit dem Ableben des Beschenkten F. H. seinen Enkeln im Wege einer „Nachschenkung“ zukommen zu lassen. Ob, wie von den Beklagten behauptet, der zwischen dem Erblasser und der Beklagten zu 1) geschlossene Ehevertrag sittenwidrig sei und daher die notarielle Vereinbarung

vom 25.06.2008 der Zustimmung der Beklagten zu 1) gemäß § 1365 BGB bedurft hätte, könne offenbleiben.

8 Hiergegen wenden sich die Beklagten mit ihrer Berufung (Bl. 176/187) und rügen insbesondere eine fehlerhafte Auslegung durch das Erstgericht. Das Erstgericht gehe rechtsirrig davon aus, dass in dem notariellen Vertrag vom 12.12.1995 die unentgeltliche Weitergabe der Immobilie an die Kinder des Erblassers zunächst zu Lebzeiten und spätestens mit dessen Tode wirksam vereinbart sei. Der Vertrag vom 12.12.1995 weise keine Regelungslücke auf und sei einer ergänzenden Auslegung nicht zugänglich. Für einen notariellen Vertrag gelte die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit. Anhaltspunkte für eine abschließende Regelung der Rückgabe – und Weitergabepflichten des mit dem Grundstück beschenkten Erblassers ergäben sich auch aus zwei weiteren, zeitgleichen Grundstücksübertragungen durch H. H. Undenkbar sei es zudem für die Auslegung Urkunden heranzuziehen, die 8, 11 und 13 Jahre nach der Urkunde aus dem Jahr 1995 errichtet worden sind. Im Übrigen ergebe sich auch aus der Urkunde 2003, die schon mangels Mitwirkung der Großmutter (§ 311 BGB) unwirksam sei, keine Verpflichtung des Vaters zur unbedingten Weitergabe der Immobilie. Die in der Urkunde 2008 schließlich geregelte Weitergabepflicht der Immobilie an die Kläger sowie den Beklagten zu 2) als Miteigentümer zu je einem Drittel spätestens bei Ableben des Vaters könne schon denknotwendig keine Schenkung unter Auflage darstellen, da die Schenkung bereits 13 Jahre vorher erfolgt sei. Die Schenkungsaufgabe verstoße auch gegen das erbrechtliche Umgehungsverbot bzw. das „Verbot Fideikommiss“ sowie gegen § 2303 BGB. Ungeachtet dessen habe sich der Vater damit verpflichtet über sein Vermögen im Ganzen zu verfügen, wofür die Einwilligung der Beklagten zu 1) gemäß § 1365 BGB erforderlich gewesen wäre, da der am 27.07.1995 geschlossene Ehevertrag wegen Sittenwidrigkeit unwirksam gewesen sei. Die Beklagte zu 1) sei zum damaligen Zeitpunkt der deutschen Sprache kaum mächtig gewesen und aufgrund ihrer ungesicherten Aufenthaltssituation – am 09.05.1995 war ein Abschiebebescheid gegen sie ergangen – sei für sie die Heirat die einzige Möglichkeit zur Sicherung des weiteren Aufenthalts in Deutschland gewesen. Im Rahmen der Verhandlung mit dem damaligen Verlobten sei die Beklagte zu 1) daher deutlichst unterlegen gewesen, so dass die Entscheidung des BGH XII ZB 20/17 einschlägig sei.

9 Die Beklagten beantragen im Berufungsverfahren (Bl. 176):

1. Das Urteil des Landgerichts München I vom 06. August 2020 (23 O 8748/19) wird aufgehoben und der Rechtsstreit zur erneuten mündlichen Verhandlung und Entscheidung an das Landgericht München I zurückverwiesen.

2. Im Falle einer eigenen Sachentscheidung des Berufungsgerichts, das Urteil teilweise abzuändern und die Klage in vollem Umfang abzuweisen.

3. Vorsorglich wird für den Fall des Unterliegens beantragt, die Revision zuzulassen.

10 Die Kläger beantragen (Bl. 195), die Berufung zurückzuweisen.

11 Am 18.01.2021 hat der Senat mündlich verhandelt und im Vorfeld den Parteien angesichts der Pandemielage ein persönliches Erscheinen freigestellt, wovon durch den Kläger zu 2) und die Beklagte zu 1) Gebrauch gemacht wurde. Hinsichtlich des Inhalts und Ergebnisses der mündlichen Verhandlung wird auf das Protokoll (Bl. 211/ 213) Bezug genommen. Eine gütliche Einigung, um die sich der Senat bemüht hat, scheiterte leider daran, dass der Beklagte zu 2) angab angesichts der schwierigen Sach- und Rechtslage einen Gang zum Bundesgerichtshof allem anderen vorzuziehen und deshalb jegliche Vergleichsverhandlungen abgelehnt hat.

12 Ergänzend verweist der Senat auf die von den Parteien im Berufungsverfahren gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen.

II. Aus den Gründen:

13 Die gemäß §§ 511 ff. ZPO zulässige Berufung der Beklagten hat in der Sache keinen Erfolg. Die angefochtene Entscheidung des Erstgerichts, auf dessen zutreffende und überzeugende Ausführungen der Senat zur Vermeidung von Wiederholungen Bezug nimmt, ist im Ergebnis richtig. Auf der Grundlage der zwischen H. H. und dem Erblasser geschlossenen Individualvereinbarungen steht den leiblichen Kindern des Erblassers, mithin auch den Klägern, der geltend gemachte Anspruch auf Auflassung und Eintragung im Grundbuch als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks zu je 1/3 gemäß § 1967 BGB zu, denn:

- Der Erblasser ist gegenüber dem Schenker H. H. wirksam eine schuldrechtliche Verpflichtung (Auflage zur Erstschenkung) zur (Weiter-) Übertragung des streitgegenständlichen Grundstücks auf seine Kinder eingegangen, zu erfüllen zu Lebzeiten, spätestens mit seinem Tode (dazu nachfolgend Ziff. II. 1.).
- Die Kläger haben gegen die Beklagten unmittelbar einen Anspruch auf Erfüllung dieser Auflage (dazu nachfolgend Ziff. II. 2.).
- Diesem Anspruch steht auch nicht eine etwaige Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 25.06.2008 mangels Zustimmung der Beklagten zu 1) gemäß § 1365 Abs. 1 BGB entgegen (dazu nachfolgend Ziff. II. 3.).

14 1. Schenkung des Grundstücks unter der Auflage der Weitergabepflicht an die Kinder des Beschenkten H. H. hat dem Erblasser als dem Erstbeschenkten das streitgegenständliche Grundstück (nur) unter der Auflage einer schuldrechtlichen Weitergabepflicht an seine Kinder, die Zweitbeschenkten, überlassen.

15 a) Rechtliche Gestaltung

16 Das BGB regelt die Schenkung mit Weitergabeverpflichtung nicht als eigenständigen Vertragstyp, sondern erwähnt lediglich in § 525 BGB die Schenkung unter Auflage. Durch eine vertraglich vereinbarte Auflage kann der Beschenkte grundsätzlich zu jedem denkbaren Tun oder Unterlassen auch im Interesse eines Dritten aus dem Zugewendeten verpflichtet werden (Palandt/Weidenkaff, BGB, 80. Aufl. 2021, § 525 Rn. 1). Gegenstand einer Auflage kann mithin denknotwendig auch eine lebzeitige Weitergabeverpflichtung schuldrechtlicher Art sein, mit der Abrede, dass der Erstbeschenkte den Schenkungsgegenstand spätestens bis zu seinem Tod an den Zweitbeschenkten weiterzugeben hat. Eine solche Auflage ist nach h.M. (Feick, Die Schenkung unter Auflage als alternative, pflichtteilsfeste Gestaltung zur (unzulässigen) dinglichen Weiterleitungsklausel, ZEV 2002, 85; Rösler in Groll/Steiner, PraxisHandbuch Erbrechtsberatung, 5. Aufl. 2019, Rz. 26.302; Staudinger/Chiusi (2013) BGB § 525 Rn. 19, 54) auch grundsätzlich zulässig und entfaltet Wirkung über den Tod des Erstbeschenkten hinaus, weil der Beschenkte sie in der letzten juristischen Sekunde seines Lebens erfüllen kann und muss, so dass mit ihr mangels Ähnlichkeit mit erbrechtlichen Bindungen oder dem abgeschafften Erbschaftsfideikommiss auch keine Umgehung der Formvorschriften des Erbrechts einhergeht. Insbesondere wird bei einer nur schuldrechtlichen Weitergabeverpflichtung keine gegen das Prinzip der Universal-sukzession verstoßende Sondererbfolge für einen einzelnen Gegenstand begründet. Auch bedarf es (anders als in der der Kommentierung bei MüKo/Koch, BGB, 8. Aufl. 2019, § 525 Rn. 3 zugrunde liegenden Fallgestaltung) keiner Einhaltung der Formvorschriften der §§ 1939, 1940 BGB, da eine schuldrechtliche Verpflichtung zur Weiterleitung des Schenkungsgegenstandes an den Beschenkten selbst gerichtet ist und nicht etwa an dessen Erben. Mit einer solchen Gestaltung findet auch keine Einschränkung der Testierfreiheit des Erstbeschenkten gemäß § 2302 BGB statt, lediglich sein Nachlass wird mit einem Herausgabeanspruch eines Dritten belastet.

17 b) Auslegung der notariellen Vereinbarung(en)

18 Der Schenker des Grundstücks H. H. und der insoweit beschenkte Erblasser F. H. haben (schon) mit dem notariellen Vertrag vom 12.12.1995 eine solche rechtliche Gestaltung, wie eben dargestellt, gewählt und eine lebzeitige Verpflichtung schuldrechtlicher Art des Erblassers

zur unentgeltlichen Weitergabe des Grundstücks an seine leiblichen Kinder, die Kläger und den Beklagten zu 2), vereinbart aa) Prüfungsmaßstab Ein Berufungsgericht hat die erstinstanzliche Auslegung gemäß §§ 513 Abs. 1, 546 ZPO – auf der Grundlage der nach § 529 ZPO maßgeblichen Tatsachen – in vollem Umfang darauf zu überprüfen, ob sie überzeugt. Hält es die erstinstanzliche Auslegung nur für eine zwar vertretbare, letztlich aber bei Abwägung aller Gesichtspunkte nicht für eine sachlich überzeugende Auslegung, so hat es selbst die Auslegung vorzunehmen, die es als Grundlage einer sachgerechten Entscheidung des Einzelfalls für geboten hält (vgl. BGH, Urteil vom 14.07.2004 – VIII ZR 164/03, NJW 2004, 2751).

19 bb) Auslegungsbedürftigkeit

20 Der Wortlaut jedenfalls der notariellen Vereinbarung vom 12.12.1995 enthält, anders als die späteren notariellen Vereinbarungen, keine ausdrückliche Aussage zu der vorliegend im Raum stehenden Frage einer Auflage an den Beschenkten in Form der unentgeltlichen Weitergabepflicht der Immobilie an seine Kinder spätestens bei seinem Ableben. Sie ist mithin auslegungsbedürftig.

21 Der Auslegungsbedürftigkeit steht vorliegend nicht entgegen, dass es sich bei der Vereinbarung aus dem Jahr 1995, wie auch sämtlichen nachfolgenden, hier relevanten Vereinbarungen, um formbedürftige, notariell beurkundete Vereinbarungen handelt. Auch formbedürftige Rechtsgeschäfte sind der Auslegung zugänglich, insbesondere gibt es keinen Erfahrungssatz dahin, dass notarielle Texte immer sprachlich zweifelsfrei formuliert sind (BayObLG, Beschluss vom 20.02.1997 – 1 ZB BR 44/96, NJW-RR 1997, 835; BeckOGK/Möslein, BGB, Stand: 01.10.2020, § 133 Rn. 83 ff; Palandt/Ellenberger, aaO, § 133 Rn. 19).

22 cc) Wortlaut

23 Aus dem bei der Auslegung zunächst in den Blick zu nehmenden Wortlaut der Vereinbarung vom 12.12.1995 selbst ergibt sich, dass der Schenker Wert darauf gelegt hat, dass die streitgegenständliche Immobilie im Familienbesitz bleibt (Ziff. II. 5 Anlage K 1), dem tragen auch die vereinbarten Auflagen Rechnung. Dabei verstanden die an dem Schenkungsvertrag Beteiligten offensichtlich unter Familie Verwandte in gerade Linie in Person der leiblichen Kinder des Beschenkten, seines Sohnes, mithin nicht etwaige Ehefrauen des Beschenkten als nur „Angehörige“ im umgangssprachlichen Sinn. Eine Regelungslücke enthält die Vereinbarung jedoch zu der vorliegend im Raum stehenden Frage, ob der Beschenkte, unabhängig von den im Vertrag geregelten Fallgruppen für eine Rückgabe – bzw. Weitergabepflicht, zur unentgeltlichen Weitergabe der Immobilie an seine Kinder spätestens bei seinem Ableben verpflichtet sein sollte.

24 dd) Begleitumstände

25 Grundsätzlich sind außerhalb des Erklärungsaktes liegende Begleitumstände, wie z.B. die Entstehungsgeschichte oder Äußerungen der Parteien über den Inhalt des Rechtsgeschäfts, in die Auslegung miteinzubeziehen. Von maßgeblicher Bedeutung sind insoweit auch rechtsgeschäftliche Erklärungen in anderen Verträgen, sofern diese mit dem auszulegenden Rechtsgeschäft in Zusammenhang stehen (Staudinger/Singer (2017) BGB § 133 BGB Rn. 49 mwN). Auch wenn maßgebender Zeitpunkt für die Auslegung grundsätzlich der Zeitpunkt der Abgabe der Willenserklärungen ist, kann das nachträgliche Verhalten der Parteien zwar den objektiven Erklärungsinhalt nicht mehr beeinflussen, hat aber unter Umständen Bedeutung für die Ermittlung des tatsächlichen Willens und des tatsächlichen Verständnisses der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten (BGH, Versäumnisurteil vom 06.07.2005, Az.: VIII ZR136/04, NJW 2005, 3205, 3207). Nachträgliche Vorgänge können jedenfalls insoweit berücksichtigt werden, soweit diese Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen und das tatsächliche Verständnis der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten zulassen (BGH, Urteil vom 24.06.1988 – V ZR 49/87, NJW 1988, 2878, 2879; Palandt/Ellenberger, aaO, § 133 Rn. 17; Staudinger/Singer, aaO, § 133 Rn. 50).

26 Auf dieser Grundlage kommt den der Schenkung 1995 zeitlich nachfolgend getroffenen Vereinbarungen bzw. Willenserklärungen der Schenkungsparteien Bedeutung zu, denn aus ihnen ergeben sich, wie nachfolgend aufzuzeigen sein wird, Rückschlüsse auf den tatsächlichen Willen der an dem Rechtsgeschäft Beteiligten im Jahr 1995 bezüglich einer schuldrechtlichen Weitergabepflicht des Beschenkten/ Erblassers an seine Kinder. Deren Berücksichtigung steht infolge dessen das von den Beklagten ins Feld geführte Argument der zeitlichen Diskrepanz nicht entgegen.

27 Im Einzelnen:

- Mit Erbvertrag vom 18.10.2006, dort Ziff. I. 3., hat der Schenker seinen Willen zur von Anfang an beabsichtigten Schenkung des Grundstücks unter der Auflage einer schuldrechtlichen Weitergabeverpflichtung bzw. Nachschenkung klar dokumentiert, in dem dort festgehalten wird, dass dem Sohn/ Erblasser das Grundstück 1995 übergeben und dieser „unter anderem zugleich zur Weitergabe des Anwesens „an die gegenwärtigen und künftigen leiblichen Kinder des Übernehmenden als Miteigentümer zu gleichen Teilen verpflichtet“ worden sei.
- Die Vereinbarung vom 15.05.2003 spiegelt in Ziff. II. 1. S. 3 den übereinstimmenden Willen der an der Schenkung beteiligten Parteien wieder, dass die leiblichen Kinder des Erblassers, damals nur erfasst in Person der beiden Kläger, den Haus – und Grundbesitz „I.Straße 7 spätestens beim Ableben ihres Vaters (von diesem

übertragen) bekommen sollten, „falls er ihn den Kindern nicht schon lebzeitig übereignet.“ (Zugleich wurden den Kindern signifikante, dinglich abgesicherte Nutzungsrechte an der Immobilie zugestanden, Ziff. II. 3., und deren Rechte durch Auflassungsvormerkung gesichert, Ziff. III.) Diese Verpflichtung wird allgemein und losgelöst von der zuvor in der Urkunde aufgeführten, speziellen Weitergabepflicht normiert. Soweit die Beklagten auf S. 8 der Berufungsbegründung insoweit unter Bezugnahme auf das Testament des Erblassers (Anlage BK 3) von einer „aufgezwungenen Regelung“ sprechen, ändert dies nichts daran, dass der Erblasser sich auf diese Regelung eingelassen und sie im Übrigen im Jahr 2008 bekräftigt hat.

- Zweck der „weiterführende(n)“ Vereinbarungen über den Haus – und Grundbesitz ...“ vom 25.06.2008 sollte es „hauptsächlich“ sein, das Anwesen „in Familienbesitz zu erhalten“, Ziff. I. 1., 2. Abs. und Ziff. I. 2., und die Familie dabei um den Beklagten zu 2) zu erweitern, Ziff. I. 3. In Ziff. II.1. wird sodann unstreitig (S. 7 der Berufungsbegründung) und zweifelsohne eine allgemeine Verpflichtung des Beschenkten zu einer Weiterübertragung der Immobilie an seine drei Kinder vereinbart/dokumentiert, was im Rahmen der Vertragsfreiheit rechtlich auch ohne Weiteres möglich war.

28 ee) Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit

29 Diesem Auslegungsergebnis steht auch nicht die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit entgegen (S. 3 der Berufungsbegründung):

30 Zwar besteht danach für die über ein Rechtsgeschäft aufgenommene öffentliche Urkunden iSv § 415 ZPO, mithin auch für notarielle Urkunden, die Vermutung der Vollständigkeit und Richtigkeit; es wird also vermutet, dass das, was in dem beurkundeten Text steht, der Vereinbarung entspricht und nur das vereinbart ist. Die Partei, die sich auf außerhalb der Urkunde liegende Umstände – sei es zum Nachweis eines vom Urkundentext abweichenden, übereinstimmenden Willen der Beteiligten, sei es zum Zwecke der Deutung des Inhalts des Beurkundeten – beruft, trifft die Beweislast für deren Vorliegen, wobei der Beweis des Gegenteils (§ 292 ZPO) geführt werden muss, es reicht nicht, dass die Beweiswirkung erschüttert wird (BGH, Urteil vom 10.06.2016 – V ZR 295/145, NJW 2017, 175) .

31 Dass in der ursprünglichen Vereinbarung vom 12.12.1995 der Wille der Parteien bezüglich der Weitergabepflicht des Beschenkten an seine Kinder nur unvollkommen dokumentiert ist, haben die Kläger vorliegend, wie soeben unter Ziff. I. b. dd. im Einzelnen dargelegt, unter Vorlage der notariellen Urkunden aus den Jahren 2003, 2006 und 2008, aus denen sich der vollständige Wille der Schenkungsparteien entnehmen lässt, nachgewiesen.

32 ff) Weitere Grundstücksübertragungen durch H. H. im Jahr 1995 Soweit die Beklagten unter Berufung auf eine nicht ersichtliche, erstinstanzliche Gehörsverletzung erstmals im Berufungsverfahren zu weiteren, zeitgleich im Jahr 1995 vom Großvater an zwei andere Kinder erfolgte Grundstücksschenkungen vortragen, ist dieser unstreitige Vortrag zwar nicht gemäß § 531 Abs. 2 ZPO präkludiert, ändert an dem Ergebnis der Auslegung jedoch nichts.

33 Aus den jeweils differenziert bei den einzelnen Verträgen getroffenen Regelungen für die Weitergabepflicht der jeweils verschenkten Grundstücke lässt sich nicht ableiten, dass die Regelung in der das streitgegenständliche Grundstück betreffenden Vereinbarung vom 12.12.1995 abschließend sein sollte. Zum einen stehen die rechtsgeschäftlichen Erklärungen in den weiteren Verträgen mit dem auszulegenden Rechtsgeschäft nicht im Zusammenhang. Zum anderen haben die an der Vereinbarung 1995 beteiligten Parteien, wie unter Ziff. I. b. dd. im Einzelnen ausgeführt, in den nachfolgenden Vereinbarungen gerade dokumentiert, dass es von Anfang an ihr Wunsch war, das streitgegenständliche Grundstück im Besitz der Familie in Person der Abkömmlinge des Beschenkten zu erhalten und dass eine dementsprechende Schenkungsaufgabe gewollt war (die in der Vereinbarung selbst nur unvollkommen zum Ausdruck kam).

34 gg) Abfindungsklauseln in der Urkunde 2008

35 Auch der Einwand der Beklagten zur angeblichen Unwirksamkeit der Klausel in Ziff. II. 2. d. der Vereinbarung 2008 (S. 8 der Berufungsbegründung) erschüttert das Ersturteil nicht, denn eine Unwirksamkeit der Vereinbarung vom 25.06.2008 ergibt sich daraus aus keinem ersichtlichen Rechtsgrund, auch nicht wegen Verstoßes gegen § 2302 BGB oder nach § 311 b BGB.

36 hh) Unterbliebene Mitwirkung der Großmutter

37 Entgegen S. 11 der Berufungsbegründung steht der Wirksamkeit der vereinbarten Schenkungsaufgabe auch nicht entgegen, dass die Großmutter E. H. an den Vereinbarungen in den Jahren 2003 und 2008 nicht mehr als Beteiligte mitgewirkt hat. H. H. war Alleineigentümer des streitgegenständlichen Grundstücks, so dass allenfalls (wenn überhaupt) eine Zustimmung seiner Ehefrau nach § 1365 BGB zur Schenkung 1995 erforderlich war, die dort ausdrücklich erteilt wurde, Ziff. II. 9. An weiteren Vereinbarungen musste sie nicht beteiligt werden, da sie von diesen nicht (mehr) betroffen war.

38 Mithin ist der Senat unter Berücksichtigung aller Umstände, auch der erhobenen Berufungsrügen, von der Richtigkeit der erstinstanzlichen Auslegung überzeugt. Im Wege der Auslegung ergibt sich ohne Zweifel der Wille des Schenkers H. H., auf den es bei einem Schenkungsvertrag maßgeblich ankommt, aber auch der Wille des

Vertragspartners F. H., dass das diesem als Erstem geschenkte, streitgegenständliche Grundstück im Familienbesitz bleiben und spätestens mit dessen Tod von diesem unentgeltlich an seine leiblichen Kinder als Familienmitglieder im Sinne des Verständnisses der Vertragsparteien weiterübertragen werden sollte. Eine solche Schenkungsaufgabe haben die Vertragsparteien einvernehmlich vereinbart und konnten diese im Rahmen der Vertragsfreiheit auch ohne Weiteres einvernehmlich konkretisieren.

39 2. Unmittelbarer Anspruch der Kläger auf Erfüllung der Schenkungsaufgabe Da die oben dargestellte Auflage noch zu Lebzeiten vom Erblasser, dem Erstbeschenkten F. H., zu erfüllen gewesen wäre, liegt eine „vom Erblasser herrührende Schuld“, § 1967 Abs. 2 BGB, vor, deren Erfüllung die Kläger als Begünstigte unmittelbar an sich von den Beklagten als (Mit-) Erben des F. H. verlangen können, § 330 S. 2 BGB (*Feick*, aaO, ZEV 2002, 85, 88; *MüKo/Koch*, aaO, § 525 Rn. 15; *Palandt/Weidenkaff*, aaO, § 525 BGB Rn. 13).

40 3. Keine Unwirksamkeit der Auflage der Weitergabepflicht wegen fehlender Zustimmung der Beklagten zu 1)

41 Soweit die Beklagten „ergänzend“ (Bl. 184) auf die Unwirksamkeit des zwischen dem Erblasser und der Beklagten zu 1) geschlossenen Ehevertrages und der infolge dessen erforderlichen Zustimmung der Beklagten zu 1) zur im Jahr 2008 vereinbarten Weitergabepflicht hinweisen, erschüttert auch dieser Einwand das Ersturteil nicht.

42 a) Da die Schenkung des streitgegenständlichen Grundstücks an den Erblasser/ Ehemann der Beklagten zu 1), wie oben dargestellt, von Anfang an unter der Auflage der Weitergabepflicht an seine Kinder erfolgt ist, ist in sein Vermögen nie ein insoweit unbelastetes Grundstück gelangt, auf das die Beklagte zu 1) – bei unterstellter Unwirksamkeit ihres Ehevertrages und Anwendbarkeit des § 1365 BGB – Zugriff nehmen könnte. Auf eine etwaige Zustimmungsbedürftigkeit der Vereinbarung im Jahr 2008, zu der von den Parteien umfangreich unter Beweis antritt vorgetragen wurde, kommt es mithin nicht entscheidungserheblich an.

43 b) Als obiter dictum sei noch hinzugefügt: Selbst wenn man die wirksame Begründung einer Schenkungsaufgabe in Form der Verpflichtung des Erblassers zur Weitergabe des Grundstücks spätestens mit seinem Tode erst aus der im Jahr 2008 getroffenen Vereinbarung ableiten wollte, würde dies der Berufung nicht zum Erfolg zu verhelfen. Denn schon der Tatbestand des § 1365 BGB, für dessen sämtliche Anspruchsvoraussetzungen die Beklagten darlegungs – und beweispflichtig sind, greift unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Einzelfalls nicht ein:

44 aa) Im von der Beklagten zu 1) für sich unter Berufung auf die Unwirksamkeit ihres Ehevertrages in Anspruch genommenen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft verwaltet jeder Ehegatte sein Vermögen selbständig

(§ 1364 BGB). Von diesem Grundsatz machen §§ 1365 ff. BGB eine Ausnahme. Hiernach kann sich ein Ehegatte nur mit Einwilligung des anderen Ehegatten verpflichten, über sein Vermögen im ganzen zu verfügen. Dies gilt nach der sog. Einzeltheorie, der sich die höchstrichterliche Rechtsprechung angeschlossen hat (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 26.02.1965 – V ZR 227/62, NJW 1965, 909), auch dann, wenn sich das Rechtsgeschäft lediglich auf einzelne Vermögensgegenstände erstreckt, diese aber nahezu das ganze Vermögen abbilden. Voraussetzung ist nach der von der h.M. vertretenen, auch den Senat überzeugenden, sog. strengen „subjektiven Theorie“ (BGH, Urteil vom 26.02.1965 – V ZR 227/62, NJW 1965, 909; Beschluss vom 12.01.1989 – V ZB 1/88, NJW 1989, 1609; Urteil vom 25.06.1993 – V ZR 7/92, NJW 1993, 2441; Urteil vom 16.01.2013 – XII ZR 141/10, NJW 2013, 1156; BeckOK BGB/Scheller BGB Stand: 01.11.2020, § 1365 Rn. 17; *Palandt/Siede*, aaO, § 1365 Rn. 8) dann jedoch, dass der Vertragspartner dies weiß, denn dem Einzelgegenstand ist nicht anzusehen, ob er tatsächlich das nahezu gesamte Vermögen des handelnden Ehegatten ausmacht. Der gutgläubige Vertragspartner ist insoweit auf die Angaben des Eigentümergegatten angewiesen und darf, da Beschränkungen der Vermögensverwaltung nicht ersichtlich sind, auf die gesetzliche Normalsituation der Zugewinnngemeinschaft vertrauen (§ 1364). Bei einer Verfügung über einen Einzelgegenstand ist mithin eine Einschränkung des § 1365 BGB um das ungeschriebene Tatbestandsmerkmal der positiven Kenntnis geboten, um den zu weit gezogenen Anwendungsbereich des § 1365 Abs. 1 BGB in Grenzen zu halten und dem Grundsatz des § 1364 BGB Geltung zu verschaffen. Zur Begründung weist der BGH überzeugend darauf hin (BGH, Beschluss vom 12.01.1989 – V ZB 1/88, NJW 1989, 1609, 1610), dass „bei einem nur einzelne Vermögensgegenstände betreffenden Geschäft der Familienschutz keinen Vorrang vor dem Schutz des Rechtsverkehrs haben kann“. Die Kenntnis hat derjenige zu beweisen, der sich auf die Zustimmungsbedürftigkeit nach § 1365 BGB beruft (vgl. z.B. BGH, Urteil vom 26.02.1965 – V ZR 227/62, NJW 1965, 909, 911; *Palandt/Siede*, aaO, § 1365 Rn. 23).

45 bb) Diese Grundsätze im Blick kann die Einschränkung des § 1365 BGB vorliegend nicht zum Tragen kommen, der Schutz des Rechtsverkehrs geht hier dem Familienschutz vor. Denn hinsichtlich des Erblassers ist in allen hier in den Blick genommenen notariellen Urkunden, auch in der aus dem Jahr 2008, gleich zu Beginn ausdrücklich vermerkt „nach Angabe in Gütertrennung lebend“, was jedenfalls zu Lebzeiten des Erblassers und bis vor kurzem von niemandem in Zweifel gezogen wurde. Den Güterstand (und eine etwaige Verfügung über das Vermögen im Ganzen) hinterfragen Notare bei Vereinbarungen über Grundstücksgeschäfte gerichtsbekannt gerade wegen der Bestimmung

des § 1365 BGB. Aufgrund dieser Angabe konnte der Schenker H. H., aber auch der Beschenkte selbst, der Erblasser, ohne Weiteres davon ausgehen, dass den Vereinbarungen keine aus dem Güterstand der Zugewinnngemeinschaft resultierende Einschränkungen entgegen stehen. Eine subjektive Kenntnis bezüglich des Eingreifens des § 1365 Abs. 1 BGB konnte und musste er sich nicht bilden. Selbst wenn er angenommen hätte, dass sich der Erblasser mit der Verpflichtung zur Weitergabe des Grundstücks zu Lebzeiten an seine Kinder zu einer Verfügung über sein Vermögen im Ganzen verpflichtet hätte, hätte dies (auch) unter güterrechtlichen Gesichtspunkten nichts an der Wirksamkeit der Verpflichtung geändert, denn unter den gegebenen Umständen des vorliegenden Einzelfalls gebührt dem Schutz des Rechtsverkehrs Vorrang vor dem Familienschutz.

46 cc) Dahin gestellt bleiben kann mithin, ob sich die Beklagten Jahrzehnte nach der Vereinbarung der Gütertrennung zwischen Beklagter zu 1) und Erblasser und Jahre nach dem Tod des Erblassers noch auf die Unwirksamkeit des Ehevertrages gemäß § 138 BGB und auf ein etwaiges Zustimmungserfordernis nach § 1365 BGB bzw. auf ein Revokationsrecht der Beklagten zu 1) in Form einer Einwendung im Rahmen eines Zivilprozesses vor den ordentlichen Gerichten berufen können.

Versehentlich unterbliebene Übernahme eines Kellerraums bei Neufassung des Bestandsverzeichnisses

GBV § 33; WEG § 6

Amtliche Leitsätze:

1. Ist eine Neufassung wegen Unübersichtlichkeit des Bestandsverzeichnisses nicht vollständig durchgeführt worden, kann dies auch später noch nachgeholt werden. (Rn. 17 – 18)
2. Wird das Sondereigentum an einem Kellerraum einer Wohnungseigentümergeinschaft bei der Neufassung des Bestandsverzeichnisses wegen Unübersichtlichkeit versehentlich nicht mitübernommen, geht bei einer späteren Übertragung des Miteigentumsanteils verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung auch das Sondereigentum an dem dazugehörenden Kellerraum auf den Käufer über, da isoliertes Sondereigentum an einem Kellerraum ohne Miteigentumsanteil an dem Grundstück nicht möglich ist. (Rn. 29 – 32)

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),
Beschluss vom 22.03.2021 – 15 W 421/21

I. Tatbestand:

- 1 Die Beteiligten sind Mitglieder eine Wohnungseigentümergeinschaft in dem Ferienpark am P.
- 2 1. Am 30.10.1978 wurde als Eigentümerin des 1,872/1000 Miteigentumsanteils an dem Grundstück Fl.Nr. ..., Am P., Ferienpark am P., Wohnungsgrundbuch des Amtsgerichts Straubing von S., verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. .. des Aufteilungsplans Nr. .../1, die I. GmbH & Co. KG eingetragen.
- 3 Spalte 6 des Bestandsverzeichnisses wies folgende Eintragung auf:
„Gegenstand und Inhalt des Sondereigentums sind geändert; zum Sondereigentum gehört der Kellerraum (Aufteilungsplan .. Nr. .. – bisher bei ..). Gemäß Bewilligung vom 12.05.1975/19.11.1976 eingetragen am 09.10.1978.“
- 4 2. Wegen Unübersichtlichkeit wurde das Grundbuch im Jahr 1987 neu gefasst und der Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 117 am 23.03.1987 als Bestand neu eingetragen. Der Kellerraum Nr. ... findet sich in der Neufassung nicht.
- 5 Im Jahr 1990 veräußerte die I. GmbH & Co. KG ihren Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. ... an das Ehepaar L., die am 06.08.1990 als Miteigentümer zu je ½ in das Grundbuch eingetragen wurden. Diese veräußerten das genannte Eigentum im Jahr 2018 an die Beteiligten zu 1) und 2), die am 02.05.2018 ebenfalls als Miteigentümer je zu ½ in das Grundbuch eingetragen wurden. In dem Kaufvertrag vom 31.01.2018, .../2018, ist der Kellerraum Nr. ... nicht aufgeführt.
- 6 3. Der Beteiligte zu 3) ist Eigentümer des 5,870/1000 Miteigentumsanteils desselben Grundstücks verbunden mit dem Sondereigentum an der Wohnung Nr. 244 des Aufteilungsplanes Nr. 023/2.
- 7 Mit notariellem Kaufvertrag vom 06.07.2018, URNr. .../2018, stellten die Beteiligten zu 1) und 2) klar, dass aufgrund zwischenzeitlicher Änderung der Teilungserklärung der Kellerraum Nr. 139 zur Wohnung Nr. 117 gehört und verkauften diesen Kellerraum als Teil des Sondereigentums an der Wohnung Nr. 117 für 2.000 Euro an den Beschwerdeführer. Sie bewilligten und beantragten die Eintragung der Rechtsänderung durch Abspaltung dieses Kellerraums vom Wohnungseigentum Nr. 117 und Zuschlagung zum Wohnungs- und Teileigentum Nr. 244 im Wege der Bestandteilszuschreibung. Weiterhin wurde klargestellt, dass dieser Eigentumswechsel auf die Miteigentumsanteile der Einheiten Nr. 117 und 244 keinen Einfluss hat und diese unverändert bleiben.
- 8 4. Mit Schreiben vom 19.02.2020 beantragte der Urkundsnotar den Vollzug der Urkunde gemäß § 15 GBO.
- 9 Im Folgenden erhob die zuständige Rechtspflegerin des Amtsgerichts – Grundbuchamt – Straubing Einwände

gegen den Vollzug der Urkunde. Da das Kellerabteil nicht im Grundbuch eingetragen sei und auch im Erwerbskaufvertrag der Beteiligten zu 1) und 2) nicht erwähnt werde, könne der Kaufvertrag nicht vollzogen werden.

10 Der Urkundsnotar führte mit Schreiben vom 02.10.2020 aus, laut Grundbuchvortrag gehöre der Kellerraum zu der eingetragenen Einheit. Das Grundbuchblatt sei 1987 neu gefasst worden. Das Sondereigentum am Kellerraum sei dadurch nicht geändert worden, auch wenn es nicht eingetragen sei.

11 5. Mit Beschluss vom 23.10.2020 wies das Amtsgericht – Grundbuchamt – Straubing den Antrag auf Eintragung des Eigentumsübergangs zurück. Der Inhalt der Urkunde sei nicht eintragungsfähig, da der Keller Nr. 139 auf der Grundbuchblattstelle der Verkäufer nicht eingetragen sei. Er sei auch in deren Erwerbsurkunde nicht aufgeführt. Es sei auf den öffentlichen Glauben des Grundbuchs hinzuweisen.

12 6. Gegen diesen Beschluss legte der Urkundsnotar mit Schreiben vom 01.12.2020 im Namen des Beteiligten zu 3) Beschwerde ein. Zur Begründung führte er aus, gemäß der Grundbucheintragung vom 09.10.1978 gehöre der Kellerraum zur Sondereigentumseinheit Nr. 117 aufgrund der Bewilligung vom 12.05.1975/19.11.1976. Seitdem hätten die Eigentümer den Kellerraum immer als zu der Einheit gehörend betrachtet. Bei Neufassung des Grundbuchs im Jahr 1987 sei die Eintragung des Kellerraums offensichtlich versehentlich nicht übernommen worden. Der Kellerraum sei aber stets mitverkauft worden. Der Schutz des guten Glaubens lasse sich nicht anführen, da kein Dritter den Kellerraum erworben habe. Vielmehr seien stets alle Beteiligten davon ausgegangen, dass der Keller zu der Wohnungseinheit gehöre. Es werde deshalb beantragt, den Kellerraum wieder als zu der Einheit Nr. 117 gehörend in das Grundbuch einzutragen und die Eigentumsumschreibung auf den Beschwerdeführer vorzunehmen.

13 7. Das Grundbuchamt half der Beschwerde mit Beschluss vom 23.10.2020 nicht ab. Der Kellerraum sei auf der Blattstelle ... nicht eingetragen und in der Erwerbsurkunde nicht aufgeführt. Da auch eine Löschung im Wege der Nichtmitübertragung erfolgt sein könne, sei ein Übertragungsfehler nicht offensichtlich.

14 Mit Schreiben vom 15.02.2021 legte der Urkundsnotar im Namen des Käufers erneut gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Grundbuchamt – Straubing vom 23.10.2020 Beschwerde ein. Zur Begründung führte er ergänzend aus, die Beteiligten zu 1) und 2) hätten die Wohnung Nr. 117 mit notarieller Urkunde vom 31.01.2018, URNr. 215/2018, mit allen Bestandteilen, Rechten und dem gesetzlichen Zubehör erworben, somit auch mit dem Kellerraum Nr. 139. Eine bewusste Nichtmitübertragung auf-

grund einer Löschungsbewilligung oder auf sonstiger Grundlage sei ausgeschlossen. Es gäbe auch keine Hinweise, dass der Kellerraum auf ein anderes Blatt übertragen wurde. Es handle sich um eine irrtümliche Löschung. Es werde daher beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, den Kellerraum Nr. 139 bei der Wohnung Nr. 117 einzutragen und die Eigentumsumschreibung auf den Beschwerdeführer zu vollziehen.

II. Aus den Gründen:

15 Die Beschwerde gegen den Beschluss des Amtsgerichts – Grundbuchamt – Straubing vom 23.10.2020 ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO, 10 Abs. 2 S. 2 Nr. 3 FamFG).

16 Die Beschwerde hat in der Sache auch Erfolg, denn das Grundbuchamt hat das Sondereigentum an dem Kellerraum Nr. 139 in das Bestandsverzeichnis einzutragen und die Eigentumsumschreibung auf den Beschwerdeführer vorzunehmen.

17 1. Die Neufassung des Bestandsverzeichnisses wurde im Jahr 1987 nicht vollständig durchgeführt. Das Grundbuchamt hat dieses Versäumnis nun nachzuholen und das Sondereigentum an dem Kellerraum Nr. 139 in das Bestandsverzeichnis aufzunehmen.

18 Gemäß § 33 GBV kann ein Bestandsverzeichnis bei Unübersichtlichkeit neu gefasst werden. Entsprechend §§ 33 Abs. 2c i.V.m. 30 Abs. 1 d GBV ist (nur) der gegenwärtige Inhalt zu übernehmen. Die Neufassung erfolgt von Amts wegen (*Keller* in: *Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar*, 8. Aufl. 2019, § 29 Rn. 1). Das Grundbuchamt hätte damit im Jahr 1987 das in Spalte 6 des Bestandsverzeichnisses eingetragene Sondereigentum am Kellerraum Nr. 139 in die Neufassung übernehmen müssen. Dies ist aber vorliegend unterblieben. Das Grundbuchamt hat die Neufassung nun vollständig durchzuführen.

19 2. Das Sondereigentum an dem genannten Keller ist auch nicht durch die Nichtmitübertragung im Rahmen der Neufassung des Bestandsverzeichnisses im Jahr 1987 erloschen, sondern stand weiterhin der Eigentümerin des Miteigentumsanteils verbunden mit der Wohnungseinheit Nr. 117 zu.

20 Gemäß der Grundbucheintragung vom 09.10.1978 gehörte der Kellerraum aufgrund der Bewilligung vom 12.05.1975/19.11.1976 zur Sondereigentumseinheit Nr. 117. Hieran änderte sich durch die versehentlich unterbliebene Übernahme des Kellerraums bei Neufassung des Bestandsverzeichnisses nichts. Vielmehr blieb er auch nach dem 23.03.1987 weiterhin mit der Wohnungseinheit Nr. 117 verbunden. Die vom Grundbuchamt geäußerten

Bedenken, es könne eine Löschung im Wege der Nichtmitübernahme erfolgt sein, greifen nicht durch.

21 Denn eine Löschung durch Nichtmitübertragung nach § 46 Abs. 2 GBO kommt nicht in Betracht. Gegenstand einer Löschung nach § 46 Abs. 2 GBO können nur Rechte (auch grundstücksgleiche Rechte) und Rechte an Grundstücksrechten im weitesten Sinne sein, nicht jedoch das Eigentum selbst (*Reetz* in BeckOK GBO, Hügel, 41. Edition, Stand 01.02.2021, § 46 Rn. 6).

22 3. Das Sondereigentum an dem Kellerraum ist im Zuge der Neufassung des Bestandsverzeichnisses aber auch nicht auf andere Weise von der Wohnungseigentumseinheit Nr. 117 getrennt worden.

23 a) Zwar können grundsätzlich einzelne Teile des Sondereigentums an Personen innerhalb der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden (*BayObLG*, Beschluss vom 02.02.1984, BReg 2 Z 125/83; *Leidner* in BeckOK WEG, 43. Edition Stand 01.01.2021, § 6 Rn. 7; *Demharter*, GBO, 30. Auflage, Anhang zu § 3 Rn. 62). Zur Wirksamkeit der Übereignung ist aber gemäß § 873 BGB die Eintragung der Rechtsänderung im Grundbuch erforderlich, was vorliegend nicht geschehen ist, so dass – sollte eine Übertragung des Sondereigentums am Keller außerhalb des Grundbuchs erfolgt sein, wofür es aber keine Anhaltspunkte gibt – diese jedenfalls nicht wirksam geworden wäre.

24 b) Die vormalige Eigentümerin kann auch nicht wirksam auf das Sondereigentum am Keller verzichtet haben.

25 Es entspricht allgemeiner Meinung, dass der vollständige Verzicht auf Sondereigentum unzulässig ist (*M. Müller* in beckOGK, Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Stand: 01.12.2020, § 4 WEG Rn. 37). Nach der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, der sich auch der Senat anschließt, ist auch die Aufgabe von Sondereigentum an einzelnen Räumen ausgeschlossen. Denn Sondereigentum kann nur dadurch in gemeinschaftliches Eigentum überführt werden, dass an dem Vorgang sämtliche Eigentümer mitwirken. Niemandem darf gemeinschaftliches Eigentum aufgedrängt werden. Die Dereliktion würde zu einem herrenlosen Gegenstand und nicht zu gemeinschaftlichem Eigentum führen (*Staudinger/Rapp* (2018) WEG § 1 Rn. 50a m.w.N.; *Müller* a.a.O. Rn. 39). Die – sachenrechtliche – Vorstellung eines durch Verzicht subjektlos gewordenen Wohnungs- oder Teileigentums scheitert daran, dass sich diese Eigentumsarten – wie das bloße Miteigentum – in der sachenrechtlichen Beziehung nicht erschöpfen, sondern zugleich die Beteiligung an der wechselseitigen Rechte und Pflichten begründenden Wohnungs- oder Teileigentümergeinschaft zum Inhalt haben. Diese Mitgliedschaft kann man sich nicht subjektlos vorstellen; sie müsste mit dem Verzicht erlöschen. Das unterliefe jedoch die vorrangigen Regelungen des Woh-

nungseigentumsgesetzes und kann folglich nicht angenommen werden (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2007 – V ZB 18/07 –, BGHZ 172, 338-345).

26 Überdies wäre für eine Wirksamkeit des Verzichts gemäß § 928 BGB die Eintragung in das Grundbuch erforderlich. Die Dereliktionswirkung tritt erst mit der Eintragung in das Grundbuch ein (*Grün* in BeckOK BGB, Hau/Poseck, 57. Edition Stand 01.02.2020, § 928 Rn. 5). Eine solche ist vorliegend nicht gegeben.

27 c) Das Sondereigentum an dem Keller wurde auch nicht durch Umwandlung in Gemeinschaftseigentum aufgehoben. Denn hierzu bedarf es der Auflassung durch alle Wohnungseigentümer und der Eintragung in das Grundbuch (Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 07. Dezember 1995 – ZZ BR 90/95). Dies ist vorliegend nicht geschehen. Gleiches gilt für die Aufhebung von Sondereigentum. Auch diese erfordert neben der Einigung aller Wohnungseigentümer in der Form der Auflassung die Eintragung der Aufhebung in das Grundbuch (*Demharter* a.a.O. Rn. 101, 102). Diese Voraussetzungen liegen nicht vor.

28 d) Auch die Voraussetzungen für ein Erlöschen des Sondereigentums nach § 9 Abs. 1 Nr. 2 und 3 i.V.m. Abs. 3 WEG – völlige Zerstörung des Gebäudes bzw. Vereinigung der Wohnungseigentumsrechte in einer Person – liegen hier nicht vor.

29 4. Bei den Weiterveräußerungen des Miteigentumsanteils verbunden mit dem Wohnungseigentum im Jahr 1990 an das Ehepaar L. und im Jahr 2018 an die Beteiligten zu 1 und 2 ist das Sondereigentum an dem Keller Nr. 139 mit dem Miteigentumsanteil und der Wohnungseinheit Nr. 117 verbunden geblieben und auf die jeweiligen Käufer, zuletzt die Beteiligten zu 1) und 2), übergegangen.

30 Zwar findet der Kellerraum Nr. 139 wohl in dem Kaufvertrag zwischen der I. GmbH & Co KG und dem Ehepaar L., jedenfalls aber in dem Kaufvertrag zwischen dem Ehepaar L. und den Beteiligten zu 1) und 2) keine Erwähnung. Würde man aber eine Mitübertragung des Sondereigentums an dem Keller zunächst auf das Ehepaar L. und später auf die Beteiligten zu 1 und 2 ablehnen, wäre das Sondereigentum an dem Keller bei der ursprünglichen Eigentümerin als isoliertes Sondereigentum verblieben. Dies ist aufgrund der fehlenden isolierten Verkehrsfähigkeit des Sondereigentums nicht möglich.

31 In § 6 WEG ist die untrennbare Verknüpfung von Miteigentumsanteil und Sondereigentum gesetzlich verankert. Zweck der Vorschrift ist es, die Entstehung sogenannten isolierten Sondereigentums oder isolierter Miteigentumsanteile zu verhindern. Sondereigentum kann gemäß § 6 Abs. 1 WEG selbständig weder übertragen noch belastet werden; es ist nur „Anhängsel“ des Miteigentumsanteils. Zudem wird es gemäß § 6 Abs. 2 WEG von Belastungen

des Miteigentumsanteils automatisch erfasst. Diese Untrennbarkeit der beiden Komponenten von Wohnungseigentum ist einer der zentralen Grundsätze des WEG. Es soll verhindert werden, dass jemand in einer Wohnungseigentümergeinschaft Sondereigentümer ist, ohne zugleich Miteigentümer zu sein, und umgekehrt. Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft soll nur derjenige sein, der sowohl Miteigentümer als auch Sondereigentümer ist. Das Sondereigentum darf daher nur von einem Miteigentümer auf den anderen übertragen oder untereinander getauscht werden (BGH, Beschluss vom 03. April 1968 – V ZB 14/67 –, BGHZ 50, 56-63; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 02. Februar 1984 – BReg 2 Z 125/83; *Leidner* in BeckOK WEG, Hogenschurz, 43. Edition Stand: 01.01.2021, § 6 Rn. 1; *Hügel/Elzer*, WEG, 3. Auflage 2021, § 6 Rn. 1). Isoliertes Sondereigentum kann daher nicht durch Rechtsgeschäft begründet werden (OLG München, Beschluss vom 06.06.2017 – 34 Wx 440/16). Gegen § 6 WEG verstößende Verfügungen sind absolut unwirksam, weshalb auch ein gutgläubiger Erwerb von Sondereigentum allein ausgeschlossen ist (*Hügel/Elzer* a.a.O. § 6 Rn. 3).

32 Eine Mitübertragung des Sondereigentums mit dem Miteigentumsanteil kann auch nicht mit der Begründung abgelehnt werden, dass das Sondereigentum an dem Keller bei der ursprünglichen Verkäuferin erloschen ist. Denn, wie oben unter 3b) bereits ausgeführt, würde dies dazu führen, dass der Keller weder Sondereigentum noch Gemeinschaftseigentum, sondern subjektlos wurde, was jedoch sämtlichen Regeln des Wohnungseigentumsgesetzes zuwider liefe und daher nicht möglich ist.

33 5. Da somit den Beteiligten zu 1 und 2 das Sondereigentum an dem Keller Nr. 139 zusteht, kann das Grundbuchamt die Eigentumsumschreibung auf den Beschwerdeführer vornehmen.

34 Die Anweisung zur Eintragung steht unter dem Vorbehalt, dass nicht inzwischen eingetretene Veränderungen des Grundbuchstands der Eintragung entgegenstehen und sich beim Grundbuchamt nicht nachträglich zu anderen, bisher nicht geprüften Punkten Bedenken ergeben (*Schmidt-Räntsch* in Meikel, GBO, 11. Auflage, § 77 Rn. 36).

FAMILIENRECHT

Zur Ausübungskontrolle eines Ehevertrages nach Treu und Glauben

BGB § 138 A, § 242 Cd, 1572, 1573;
FamFG § 113 Abs. 1 S. 2, § 238

Amtliche Leitsätze:

1. Die Unterhaltsabänderung nach § 238 FamFG besteht in einer unter Wahrung der Grundlagen des Unterhaltstitels vorzunehmenden Anpassung des Unterhalts an veränderte Verhältnisse (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 15. Juli 2015 – XII ZB 369/14 – FamRZ 2015, 1694).
2. Auch wenn für die erstmalige Bewertung eines möglichen Rechtsmissbrauchs im Rahmen der Ausübungskontrolle eines Ehevertrags nach § 242 BGB der Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe maßgeblich ist, kann sich durch die weitere Entwicklung ergeben, dass ein späteres Berufen seitens des von dem Ehevertrag begünstigten Ehegatten auf eine entsprechende Regelung i.S.v. § 242 BGB nicht mehr rechtsmissbräuchlich ist. Dies kann grundsätzlich im Rahmen einer Unterhaltsabänderung nach § 238 FamFG berücksichtigt werden.
3. Allerdings müssen die Voraussetzungen des § 238 FamFG erfüllt sein, um eine abweichende Bewertung der Ausübungskontrolle aus der abzuändernden Entscheidung zu erreichen. Es müssen mithin Tatsachen vorgetragen werden, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergibt.

BGH (XII. Zivilsenat),

Beschluss vom 17.03.2021 – XII ZB 221/19

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten streiten um die Abänderung eines Urteils zum nachehelichen Unterhalt für die Zeit ab April 2014.

2 Sie heirateten im Jahr 1978. Aus der Ehe gingen zwei in den Jahren 1982 und 1983 geborene Kinder hervor. Die Beteiligten schlossen am 3. Februar 1981 einen notariellen Ehevertrag, mit dem sie für den Fall der Trennung oder Scheidung wechselseitig auf jegliche Unterhaltsansprüche verzichteten und die Durchführung des Versorgungsausgleichs ausschlossen. Nach ihrer Trennung im Mai 2006 schlossen sie am 14. Juni 2006 einen weiteren notariellen Ehevertrag. In diesem erklärten sie in den Vorbemerkungen, dass die von ihnen in der notariellen Urkunde vom 3. Februar 1981 getroffenen Vereinbarungen aufrechterhalten bleiben sollten und auch gegenwärtig ihrem ausdrücklichen Willen entsprächen. Ferner vereinbarten die Beteiligten Gütertrennung, regelten den Zugewinnausgleich und nahmen eine Vermögensaufteilung vor.

3 Die Ehe der Beteiligten wurde mit Urteil des Amtsgerichts Oranienburg vom 16. Dezember 2009, rechtskräftig seit dem 7. April 2010, geschieden. Der Antragsteller (im

Folgenden: Ehemann) wurde in der Folgesache Ehegattenunterhalt verurteilt, an die Antragsgegnerin (im Folgenden: Ehefrau) nach Rechtskraft der Scheidung zunächst monatlich 622 € Elementarunterhalt und 157 € Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen. Nach einer durch das Amtsgericht über einen Zeitraum von vier Jahren vorgenommenen stufenweisen Herabsetzung war der Ehemann ab dem 1. Januar 2014 noch verpflichtet, einen monatlichen Ehegattenunterhalt von 102 € Elementarunterhalt sowie 26 € Altersvorsorgeunterhalt zu zahlen. Der Versorgungsausgleich ist auf die Beschwerden der Beteiligten durch das Oberlandesgericht Brandenburg mit Beschluss vom 30. Juni 2016 dahingehend rechtskräftig geregelt worden, dass ein Teilausgleich der in der Ehezeit erworbenen Anwartschaften in Höhe des ehebedingten Nachteils vorzunehmen sei.

4 Die im März 1956 geborene Ehefrau verfügt über keine Berufsausbildung. Sie war zum Zeitpunkt der Heirat als Verwaltungsangestellte im öffentlichen Dienst in Vollzeit erwerbstätig. Nach der Geburt des 1982 geborenen Sohnes kündigte sie ihr Arbeitsverhältnis. Seit 1992 war sie halbschichtig wieder im öffentlichen Dienst erwerbstätig und stockte ihre Tätigkeit im Jahr 1999 auf eine Vollzeittätigkeit auf. Nach diversen Operationen stellte sie zum 1. Oktober 2013 einen Antrag auf Gewährung einer Erwerbsminderungsrente, dem entsprochen wurde. Die Ehefrau bezieht von der Deutschen Rentenversicherung Bund im hier noch streitigen Zeitraum eine Rente wegen voller Erwerbsminderung, die sich nach der Durchführung des Versorgungsausgleichs für den Zeitraum seit September 2016 erhöht hat. Sie bezieht weiter eine Betriebsrente wegen voller Erwerbsminderung von der Versorgungsanstalt des Bundes und der Länder (VBL).

5 Der im Jahr 1955 geborene Ehemann bezieht Einkünfte als Angestellter und begehrt eine Herabsetzung seiner Verpflichtung zur Zahlung von Ehegattenunterhalt auf „Null“ für die Zeit ab August 2014, da infolge des Rentenbezugs durch die Ehefrau eine wesentliche Veränderung der Verhältnisse eingetreten sei. Im Rahmen einer Abänderung seien aufgrund des neuen Unterhaltstatbestands auch die Wirksamkeit der Eheverträge und deren Anwendbarkeit auf den nachehelichen Unterhalt neu zu überprüfen.

6 Das Amtsgericht hat den Abänderungsantrag des Ehemanns zurückgewiesen. Auf den Widerantrag der Ehefrau, mit dem sie für die Zeit ab April 2014 aufgrund ihrer Erwerbsunfähigkeit erhöhte Unterhaltszahlungen begehrt, hat es das Urteil des Amtsgerichts Oranienburg dahin abgeändert, dass es den Ehemann verpflichtet hat, an die Ehefrau für den Zeitraum von April 2014 bis Juni 2015 einen monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 524 € und für den Zeitraum von Juli 2015 bis August 2016

einen monatlichen Ehegattenunterhalt in Höhe von 421 € jeweils als Elementarunterhalt nebst Zinsen zu zahlen. Im Übrigen hat es den Widerantrag zurückgewiesen. Das Kammergericht hat auf die Beschwerde des Antragstellers und unter Zurückweisung der Anschlussbeschwerde der Antragsgegnerin die Entscheidung des Amtsgerichts teilweise dahin abgeändert, dass es den Ehemann zur Zahlung eines monatlichen Unterhalts für den Zeitraum vom 1. April 2014 bis 30. Juni 2014 in Höhe von 213 € zuzüglich 26 € Altersvorsorgeunterhalt, vom 1. Juli 2014 bis 30. Juni 2015 von 217 € zuzüglich 26 € Altersvorsorgeunterhalt für den Monat Juli 2014, vom 1. Juli 2015 bis 30. Juni 2016 von 221 € und vom 1. Juli 2016 bis 31. August 2016 von 230 € nebst Zinsen verpflichtet hat. Ferner hat das Kammergericht festgestellt, dass der Ehemann ab 1. September 2016 keinen nachehelichen Unterhalt mehr schuldet. Hiergegen wendet sich der Ehemann mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde, mit der er für die Zeit von April bis Juli 2014 die vollständige Abweisung des Widerantrags und bereits für die Zeit ab August 2014 den vollständigen Wegfall seiner Unterhaltsverpflichtung erreichen will.

► II. Aus den Gründen:

7 Die Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Beschlusses und zur Zurückverweisung der Sache an das Kammergericht, soweit der Ehemann die Entscheidung angefochten hat.

8 Das Kammergericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

9 Der Abänderungswiderantrag der Ehefrau sei für den Zeitraum vom 1. April 2014 bis 31. August 2016 teilweise, der Abänderungsantrag des Ehemanns für die Zeit ab dem 1. August 2014 hinsichtlich der Verpflichtung zur Zahlung von Altersvorsorgeunterhalt und ab dem 1. September 2016 umfänglich begründet.

10 Dem Unterhaltsanspruch der Ehefrau stehe nicht entgegen, dass die Beteiligten in der notariellen Vereinbarung vom 3. Februar 1981 auf den nachehelichen Unterhalt verzichtet hätten. Das Gericht sei an die rechtskräftige Entscheidung des Amtsgerichts Oranienburg gebunden, wonach die Vereinbarung zwar wirksam sei, der Ausschluss des nachehelichen Unterhalts der Ausübungskontrolle aber nicht standhalte. Dabei habe das Amtsgericht in der abzuändernden Entscheidung auch den Ehevertrag vom 14. Juni 2006 mit einbezogen und entschieden, dass diesem auch hinsichtlich des nachehelichen Unterhalts kein eigenständiger Regelungscharakter zukomme und der nacheheliche Unterhalt auch nicht durch die darin vereinbarte Ausgleichszahlung von 25.000 € (teilweise) wirksam

abgefunden worden sei. Es sei deshalb auch nicht möglich, dessen Wirksamkeit zu prüfen. Daher sei auch für den sich nunmehr ergebenden Anschlussunterhalt gemäß § 1572 Nr. 4 BGB nicht erneut zu prüfen, ob dieser Anspruch dem Grunde nach gegeben sei.

11 Der Unterhalt wegen Krankheit sei lediglich an die Stelle des im Vorverfahren zugesprochenen Aufstockungsunterhalts gemäß § 1573 BGB getreten. Dies eröffne auch im Rahmen der Ausübungskontrolle keine vollständige, von der Erstentscheidung losgelöste Prüfung. Im Abänderungsverfahren sei lediglich die Folge der Ausübungskontrolle, nämlich die Vertragsanpassung an die veränderten Umstände, anzugleichen. Dies bedeute konkret, dass Gegenstand des Verfahrens nur sei, ob der nacheheliche Unterhalt in dieser Höhe und möglicherweise hinsichtlich dieses Zeitraums abzuändern sei.

12 Der ehebedingte Nachteil von 102 € monatlich sei grundsätzlich auch im Abänderungsverfahren zugrunde zu legen. Soweit die Ehefrau mittlerweile allerdings eine Erwerbsunfähigkeitsrente beziehe, fehle ein Bezug zur Ehe. Grundlage der Entscheidung des Oberlandesgerichts Brandenburg, der Ehefrau 8,5463 Entgeltpunkte zum Ende der Ehezeit zu übertragen, sei gewesen, dass der notariell vereinbarte Ausschluss vom 3. Februar 1981 für wirksam erachtet worden sei, aber der Ehevertrag auch hinsichtlich des Versorgungsausgleichs einer Ausübungskontrolle nicht standhalte. Das Gericht sei an die Bewertung des Oberlandesgerichts Brandenburg im rechtskräftig abgeschlossenen Beschwerdeverfahren zum Versorgungsausgleich gebunden, die auch auf die Höhe der Erwerbsunfähigkeitsrente Einfluss habe.

13 Hingegen sei dem Amtsgericht nicht darin zu folgen, dass für den Zeitraum bis zum 1. September 2016 ein Unterhaltsanspruch in Höhe der Differenz zwischen der tatsächlich erzielten Rente der Ehefrau und ihrem fiktiven Nettoeinkommen bestehe. Denn die Ehefrau hätte auch ohne Ehe eine Rente wegen Erwerbsminderung bezogen. Sie habe vom 1. August 2014 bis zum 31. August 2016 nur über Einkünfte aus ihrer Rente wegen voller Erwerbsminderung verfügt, die auf ausschließlich von ihr aufgrund Erwerbstätigkeit oder Kindererziehungszeiten erworbenen Anrechten beruhe. Weil sich aus den Vorsorgeleistungen für das Alter auch der Anspruch auf Versorgung wegen voller Erwerbsminderung gemäß § 43 SGB VI berechne, habe die Ehefrau bis zur Durchführung des Versorgungsausgleichs am 1. September 2016 weiterhin ehebedingte Nachteile gehabt. Denn ohne Ehe hätte sie nach den Feststellungen des Oberlandesgerichts Brandenburg weitere Anrechte von 8,5463 Entgeltpunkte erworben und ihre Erwerbsunfähigkeitsrente wäre daher auch um diese Entgeltpunkte höher gewesen. Unter Berücksichtigung der von der Ehefrau zu leistenden Versi-

cherungsbeiträge (Kranken- und Pflegeversicherung) ergebe sich für den Zeitraum vom 1. August 2014 bis zum 31. August 2016 folgende monatliche Differenz zwischen der fiktiven Rente wegen voller Erwerbsminderung zuzüglich weiterer 8,5463 Entgeltpunkte und der tatsächlich erhaltenen Rente wegen voller Erwerbsminderung: 1. August 2014 bis 30. Juni 2015: 219,44 €; 1. Juli 2015 bis 30. Juni 2016: 223,30 € und 1. Juli 2016 bis 31. August 2016: 232,78 €.

14 Der ehebedingte Nachteil in der Altersvorsorge sei allerdings um ehebedingte Vorteile zu reduzieren. Denn nach der Entscheidung des Amtsgerichts Oranienburg habe die Ehefrau nicht nur einen Ausgleich für ehebedingte Nachteile erhalten, sondern im Zeitraum ab Rechtskraft der Scheidung bis Dezember 2013 habe sie einen weitaus höheren Elementarunterhalt als die vom Amtsgericht rechnerisch als Nachteil ermittelten 102 € und damit auch einen weitaus höheren Altersvorsorgeunterhalt als denjenigen, der sich unmittelbar von den als Nachteil ermittelten 102 € an Elementarunterhalt ableite, erhalten. Der überzahlte Altersvorsorgeunterhalt hätte bei Einzahlung in die Rentenversicherung zu einem zusätzlichen Erwerb von 0,1064 Entgeltpunkten geführt. Bis zur Umsetzung des Versorgungsausgleichs zum 1. September 2016 sei der Ehefrau jedoch ein Nachteil durch die Gestaltung der Ehe geblieben, der im Wege der Ausübungskontrolle auszugleichen sei.

15 Die Ehefrau habe allerdings ab dem 1. August 2014 bis zum 31. August 2016 nur noch einen Anspruch auf Elementarunterhalt und nicht auf einen weiteren Altersvorsorgeunterhalt. Die ab Rechtshängigkeit des Scheidungsantrags zunächst entstandene Versorgungslücke aufgrund des ehebedingten geringeren Einkommens gegenüber einem Einkommen ohne Ehe habe nur so lange bestanden, wie auch die Ehefrau berufstätig gewesen wäre. Mithin habe die Ehefrau ab Bezug der Erwerbsunfähigkeitsrente keinen Anspruch mehr auf einen Altersvorsorgeunterhalt gehabt.

16 Der Ehemann schulde der Ehefrau mithin für die Zeit vom 1. April 2014 bis zum 31. August 2016 nur noch einen Unterhalt von insgesamt 6.355 € (213 € × 3 Monate; 217 € × 12 Monate; 221 € × 12 Monate und 230 € × 2 Monate) zuzüglich monatlich 26 € Altersvorsorgeunterhalt für die Zeit vom 1. April 2014 bis zum 31. Juli 2014.

17 Das hält einer rechtlichen Überprüfung nicht in allen Punkten stand. Zu Unrecht hat sich das Kammergericht mit Blick auf die abzuändernde Entscheidung des Amtsgerichts Oranienburg an einer erneuten Ausübungskontrolle hinsichtlich des Ehevertrags vom 3. Februar 1981 gemäß § 242 BGB gehindert gesehen.

18 1. Nach § 238 Abs. 1 FamFG kann jeder Teil die Abänderung einer in der Hauptsache ergangenen Endentschei-

derung des Gerichts beantragen, die eine Verpflichtung zu künftig fällig werdenden wiederkehrenden Leistungen enthält. Der Antrag ist zulässig, sofern der Antragsteller Tatsachen vorträgt, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergibt. Gemäß § 238 Abs. 2 FamFG kann der Antrag nur auf Gründe gestützt werden, die nach Schluss der Tatsachenverhandlung des vorausgegangenen Verfahrens entstanden sind und deren Geltendmachung durch Einspruch nicht möglich ist oder war (Senatsbeschlüsse vom 15. Juli 2015 – XII ZB 369/14 – FamRZ 2015, 1694 Rn. 14 und BGHZ 218, 213 = FamRZ 2018, 914 Rn. 10).

19 Ist das Abänderungsverfahren eröffnet, so ermöglicht es weder eine freie, von der bisherigen Höhe unabhängige Neufestsetzung des Unterhalts noch eine abweichende Beurteilung derjenigen Verhältnisse, die bereits in der Erstentscheidung eine Bewertung erfahren haben. Darüber hinaus bleiben im Abänderungsverfahren auch solche im Ausgangsverfahren schon entscheidungserheblichen Umstände unberücksichtigt, die seinerzeit von den Beteiligten nicht vorgetragen oder vom Gericht übersehen wurden. Denn auch eine Korrektur von Fehlern der rechtskräftigen Entscheidung ist im Abänderungsverfahren nicht zulässig. Einer Fehlerkorrektur steht vielmehr die Rechtskraft der Vorentscheidung entgegen, deren Durchbrechung nur insoweit gerechtfertigt ist, als sich die maßgeblichen Verhältnisse nachträglich verändert haben (Senatsbeschlüsse vom 15. Juli 2015 – XII ZB 369/14 – FamRZ 2015, 1694 Rn. 19 mwN und BGHZ 218, 213 = FamRZ 2018, 914 Rn. 12).

20 Die Abänderungsentscheidung besteht dementsprechend in einer unter Wahrung der Grundlagen des Unterhaltstitels vorzunehmenden Anpassung des Unterhalts an veränderte Verhältnisse (§ 238 Abs. 4 FamFG). Für das Ausmaß der Abänderung kommt es darauf an, welche Umstände für die Bemessung der Unterhaltsrente seinerzeit maßgebend waren und welches Gewicht ihnen dabei zugekommen ist. Auf dieser durch Auslegung zu ermittelnden Grundlage hat der Richter im Abänderungsverfahren unter Berücksichtigung der neuen Verhältnisse festzustellen, welche Veränderungen in diesen Umständen eingetreten sind und welche Auswirkungen sich daraus für die Höhe des Unterhalts ergeben (Senatsbeschluss vom 15. Juli 2015 – XII ZB 369/14 – FamRZ 2015, 1694 Rn. 20 mwN).

21 2. Auf dieser Grundlage hat das Kammergericht die Voraussetzungen für eine zulässige Abänderung nach § 238 FamFG zutreffend bejaht.

22 Die zugrunde liegenden Tatsachen haben sich wesentlich geändert. Dem Ausgangsurteil lag der Antrag auf Zahlung nachehelichen Aufstockungsunterhalts zugrunde.

Demgegenüber macht die Ehefrau nunmehr einen Anspruch auf Unterhalt wegen Krankheit nach § 1572 Nr. 4 BGB geltend. Das beruht auf ihrer erst später eingetretenen Erwerbsunfähigkeit, weshalb sie statt ihres früheren Erwerbseinkommens nunmehr eine Erwerbsminderungsrente bezieht.

23 3. Hinsichtlich der Begründetheit des Abänderungsantrags kann dem Kammergericht allerdings nur teilweise gefolgt werden.

24 a) Zutreffend hat es sich allerdings im Rahmen des § 238 FamFG an die Bewertungen des Ausgangsurteils des Amtsgerichts Oranienburg vom 16. Dezember 2009 bezüglich der Sittenwidrigkeit des Ehevertrags vom 3. Februar 1981 und zur Bedeutung des weiteren Ehevertrags vom 14. Juni 2006 gebunden gesehen.

25 aa) Die Abänderung einer gerichtlichen Entscheidung darf nicht weitergehen, als es aus Gründen der Anpassung an die veränderten Verhältnisse notwendig ist. Damit unterliegt die Abänderung einer Begrenzung, die sich durch das Merkmal der „Anpassung“ an die veränderten Umstände treffend ausdrücken lässt. Die Vorschrift soll weder eine Möglichkeit zur neuerlichen Bewertung des alten Sachverhalts noch einen Weg eröffnen, diesen bei Gelegenheit einer – gerechtfertigter Weise erfolgenden – Abänderung abweichend zu beurteilen. Erst recht kann sie nicht die Gelegenheit bieten, gegen den Grund des Anspruchs Einwendungen zu erheben oder diesen sonst neu zur Nachprüfung zu stellen (BGH Urteil vom 16. Mai 1979 – IV ZR 57/78 – FamRZ 1979, 694, 695 mwN und Senatsbeschluss BGHZ 218, 213 = FamRZ 2018, 914 Rn. 12 ff.).

26 bb) Gemessen hieran dürfen die in der Vergangenheit liegenden Grundlagen der Ausgangsentscheidung nicht auf etwaige Fehler hin überprüft werden, obgleich vieles dafür spricht, dass der zweite Ehevertrag aus dem Jahr 2006 die Regelungen des ersten Ehevertrags nach der Geburt der beiden Kinder, der Trennung der Ehegatten und auf der Grundlage der neueren Senatsrechtsprechung zur Wirksamkeit von Eheverträgen – konstitutiv – bestätigen sollte (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 27. Mai 2020 – XII ZB 447/19 – FamRZ 2020, 1347 Rn. 40 f.).

27 b) Soweit sich das Kammergericht indes auch an die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB des Ehevertrags vom 3. Februar 1981 gebunden gesehen hat, hat es erkannt, dass diese einer Neubewertung im Rahmen der Abänderung nach § 238 FamFG zugänglich ist.

28 aa) Mit der Anpassung von Eheverträgen unter dem Gesichtspunkt der Rechtsmissbrauchskontrolle (§ 242 BGB) sollen allein ehebedingte Nachteile ausgeglichen werden. Sind solche Nachteile nicht vorhanden oder bereits vollständig kompensiert, dient die richterliche Ausübungskontrolle nicht dazu, dem durch den Ehevertrag belasteten Ehegatten zusätzlich entgangene ehebedingte

Vorteile zu gewähren und ihn dadurch besser zu stellen, als hätte es die Ehe und die mit der ehelichen Rollenverteilung einhergehenden Dispositionen über Art und Umfang seiner Erwerbstätigkeit nicht gegeben. Maßgeblich ist insoweit, ob sich im Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe aus dem vereinbarten Ausschluss der Scheidungsfolge eine evident einseitige, unzumutbare Lastenverteilung ergibt. Das kommt insbesondere dann in Betracht, wenn die einvernehmliche Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die beiden Eheleute von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend abweicht und dadurch bei dem belasteten Ehegatten ehebedingte Nachteile entstanden sind, die durch den Ehevertrag nicht angemessen kompensiert werden (Senatsbeschluss vom 20. Juni 2018 – XII ZB 84/17 – FamRZ 2018, 1415 Rn. 20, 31 mwN).

29 Auch wenn für die erstmalige Bewertung eines solchen möglichen Rechtsmissbrauchs der Zeitpunkt des Scheiterns der Ehe maßgeblich ist, kann sich für einen künftig geschuldeten Unterhalt durch die weitere Entwicklung ergeben, dass ein späteres Berufen seitens des von dem Ehevertrag begünstigten Ehegatten auf eine entsprechende Regelung i.S.v. § 242 BGB nicht mehr rechtsmissbräuchlich ist. Gleiches gilt bei der Anwendung der Grundsätze der Störung der Geschäftsgrundlage, wenn sich die Gestaltung der ehelichen Lebensverhältnisse durch die Ehegatten von der ursprünglichen, dem Vertrag zugrunde liegenden Lebensplanung grundlegend unterscheidet (vgl. Senatsbeschlüsse vom 20. Juni 2018 – XII ZB 84/17 – FamRZ 2018, 1415 Rn. 20 und vom 27. Februar 2013 – XII ZB 90/11 – FamRZ 2013, 770 Rn. 19). Gründe hierfür können beispielsweise – wie im Falle des § 1578 b BGB – die Dauer der erbrachten Unterhaltszahlungen sein, dass der vom Vertrag benachteiligte Ehegatte auf den Unterhalt wegen anderweitiger Vermögenszuwendungen nicht mehr angewiesen ist und dass der verbleibende Unterhaltsbetrag als vergleichsweise gering erscheint. Ferner können auch andere Umstände in die Abwägung mit einbezogen werden, wie etwa eine neue Partnerschaft des Unterhaltsberechtigten oder auch die nicht zweckentsprechende Verwendung des Altersvorsorgeunterhalts. Ebenso kann Anlass für eine Neubewertung im Rahmen der Ausübungskontrolle sein, dass sich der Unterhaltsberechtigte – wie hier – nunmehr auf einen anderen Unterhaltstatbestand beruft.

30 Allerdings müssen die Voraussetzungen des § 238 FamFG erfüllt sein, um die Ausübungskontrolle nach § 242 BGB bzw. eine entsprechende Vertragsanpassung nach § 313 BGB nunmehr anders zu beurteilen, als dies in der abzuändernden Entscheidung mit Bewilligung eines Unterhalts in Höhe der ehebedingten Nachteile geschehen ist. Das heißt, es müssen Tatsachen vorgetragen wer-

den, aus denen sich eine wesentliche Veränderung der der Entscheidung zugrunde liegenden tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnisse ergibt (vgl. dazu Senatsbeschluss vom 15. Juli 2015 – XII ZB 369/14 – FamRZ 2015, 1694 Rn. 14 ff.).

31 bb) Gemessen hieran hätte das Kammergericht – hätte es sich nicht an die frühere Bewertung des Ehevertrags vom 3. Februar 1981 im Scheidungsverbundverfahren gebunden gesehen – prüfen müssen, ob der vereinbarte Unterhaltsverzicht nach wie vor wegen einer evident einseitigen, unzumutbaren Lastenverteilung nach Treu und Glauben (§ 242 BGB) einer Ausübungskontrolle nicht standhält.

32 Anhaltspunkte dafür, einen Rechtsmissbrauch seitens des Ehemanns, soweit er sich auf den Unterhaltsausschluss beruft, nunmehr zu verneinen, könnten hier vorliegen. Der Ehemann zahlt bereits seit 2009 Ehegattenunterhalt; dabei erhielt die Ehefrau nach dem Verbundurteil vom 16. Dezember 2009 zunächst sogar einen höheren Unterhalt, als ihr nach der Rechtsprechung des Senats zugestanden hätte. Geschuldet war nur der ehebedingte Nachteil, und nicht ein über den angemessenen Lebensbedarf (vgl. insoweit Senatsurteile vom 18. Februar 2015 – XII ZR 80/13 – FamRZ 2015, 824 Rn. 26 ff.) hinausgehender Unterhalt. Auch wenn diese Entscheidung in Rechtskraft erwachsen ist und den Senat somit bindet, kann der Umfang des vom Antragsteller geleisteten Unterhalts im Rahmen der Ausübungskontrolle berücksichtigt werden. Hinzu kommt, dass sich der Elementarunterhalt seit April 2014 auf einen relativ geringen Betrag zwischen 213 € und 230 € beläuft. Zudem hat die Ehefrau einen neuen Partner. Auch wenn die Voraussetzungen für eine Verwirkung des Unterhaltsanspruchs gemäß § 1579 Nr. 2 BGB nach den Feststellungen des Kammergerichts zunächst nicht erfüllt waren, kann das Vorliegen einer neuen Partnerschaft im Rahmen der Ausübungskontrolle eine andere Bewertung erfahren. Ebenso kann im Rahmen der Prüfung des § 242 BGB berücksichtigt werden, dass die Ehefrau den Altersvorsorgeunterhalt dem Kammergericht zufolge nicht verwendungsgemäß angelegt hat. Ferner erhielt die Ehefrau nach den Feststellungen des Kammergerichts von der Deutschen Rentenversicherung Bund für den Zeitraum vom 1. Oktober 2013 bis zum 31. Mai 2014 eine Rentennachzahlung von 5.816,06 € und von der VBL für den Zeitraum vom 1. Oktober 2013 bis 30. September 2014 eine solche in Höhe von 2.320,17 €, insgesamt also einen Betrag, der die Höhe des vom Kammergericht noch zugesprochenen Unterhalts von 6.355 € sogar übersteigt. Schließlich stützt sich die Ehefrau nunmehr auf einen anderen Unterhaltstatbestand, nämlich Unterhalt wegen – einer als solcher nicht ehebedingten – Krankheit.

33 4. Der Senat kann nicht abschließend in der Sache entscheiden, weil das Kammergericht noch weitere Feststellungen zu treffen und diese zu würdigen haben wird. Deshalb ist der angefochtene Beschluss aufzuheben und die Sache an das Kammergericht zurückzuverweisen, § 74 Abs. 6 Satz 2 FamFG.

Anmerkung:

Es ist keine Seltenheit, dass sich Ehegatten nach Scheitern der Ehe gegenseitig in Grund und Boden prozessieren. Das FamFG hält hierfür ein umfassendes Instrumentarium bereit, das die Beteiligten im vorliegenden Fall bis in den letzten Winkel ausschöpfen: Nachdem Entscheidungen des AG Oranienburg und des OLG Brandenburg für einen befriedigenden Abschluss des Rosenkrieges nicht genügten, wurden auf Abänderungsantrag hin auch noch das AG Tempelhof-Kreuzberg, das Kammergericht und schließlich der BGH mit der Sache befasst.

Entgegen der Redewendung „doppelt hält besser“ konnte dieser juristische Feldzug durch den Abschluss zweier notarieller Eheverträge nicht verhindert werden. In dem ersten Ehevertrag aus dem Jahre 1981 verzichteten die Beteiligten auf Unterhaltsansprüche sowie die Durchführung des Versorgungsausgleichs. Die Ehe entwickelte sich daraufhin zu einer Hausfrauenehe, in der die Ehefrau ehebedingte Nachteile erlitt. Aus diesem Grund kam das AG Oranienburg ohne Umwege zu dem Ergebnis, dass der erste Ehevertrag der Ausübungskontrolle nicht standhalte. Die Hoffnung des Ehemanns ruhte daher auf dem zweiten Ehevertrag, bei dem es sich um eine Scheidungsvereinbarung handelte. In dieser Vereinbarung erklärten die Ehegatten 25 Jahre nach Abschluss des ersten Ehevertrages und unmittelbar nach ihrer Trennung, dass die im ersten Ehevertrag getroffenen Vereinbarungen „aufrechterhalten bleiben sollten und auch gegenwärtig ihrem ausdrücklichen Willen entsprächen“¹ Allein: Das AG Oranienburg konnte in dieser Formulierung einen Regelungsgehalt nicht erkennen und sah die Scheidungsvereinbarung mithin als nicht entscheidungserheblich an.²

Ob diese Beurteilung der Scheidungsvereinbarung richtig war, hatte der BGH wegen der entgegenstehenden Rechtskraft nicht zu entscheiden.³ Im Vordergrund stand stattdessen, ob die Ausübungskontrolle des ursprünglichen Ehevertrages einer Neubewertung im Rahmen der

Abänderungsentscheidung nach § 238 FamFG zugänglich ist. Das bejahte der BGH, und zwar mit Recht. Dogmatisch unterscheidet die Rechtsprechung bei der Beurteilung von Eheverträgen seit jeher zwischen der Wirksamkeitskontrolle gemäß § 138 BGB und der Ausübungskontrolle nach § 242 BGB.⁴ Während für die Beurteilung des § 138 BGB der Zeitpunkt des Vertragsschlusses maßgeblich ist, kommt es für § 242 BGB auf die Entwicklungen nach Vertragsschluss an.⁵ Neben dieser zeitlichen Komponente unterscheiden sich die beiden Rechtsinstitute aber auch insoweit, als dass es sich bei § 138 BGB um einen Nichtigkeitsgrund und bei § 242 BGB um eine immanente Inhaltsbegrenzung des Rechts handelt.⁶ Eine missbräuchliche Rechtsausübung kann daher nach allgemeinen Regeln bei Änderung der Umstände wieder zulässig werden, ebenso wie eine zunächst zulässige Rechtsausübung im weiteren Verlauf rechtsmissbräuchlich werden kann.⁷ Es ist daher nur folgerichtig, wenn der BGH für Eheverträge nun davon ausgeht, dass deren Regelungen nach Kompensation der ehebedingten Nachteile wieder aufleben können.⁸ Schließlich liegt in der Ausübungskontrolle ein Eingriff in die Privatautonomie, der seinerseits dauerhaft gerechtfertigt sein muss.⁹

Es liegt auf der Hand, dass das Aufhebungsverfahren nach § 238 FamFG durch die Entscheidung des BGH eine praxisrelevante Aufwertung erfährt. Das wird die Instanzgerichte in Zukunft beschäftigen und belasten. Aus notarieller Sicht ist diese Betonung der Privatautonomie jedoch uneingeschränkt begrüßenswert. Zudem besteht für Notare in Regressprozessen nun unter Umständen die Möglichkeit, geänderte Verhältnisse als Ursache für einen geringeren Schaden anzuführen.

Und nun zurück zu der Entscheidung des AG Oranienburg: Es ist fragwürdig, ob die Scheidungsvereinbarung seitens des Gerichts rechtsfehlerfrei in die Gesamtbeurteilung eingestellt wurde.¹⁰ So ließe sich argumentieren,

4 Grundlegend BGH NJW 2004, 930. Die alte Regel *quod initio vitiosum est, non potest tractu temporis convalescere* (Paul. 8 ad Sab. D. 50, 17, 29) kann daher von vornherein nur für die Wirksamkeitskontrolle relevant sein, s. zur heutigen Bedeutung Gröschler NJW 2000, 247, 248.

5 Ausführlich zuletzt BGH NJW 2020, 3243.

6 Nach der herrschenden Innentheorie ist § 242 BGB von Amts wegen anzuwenden, vgl. BGH NJW 1951, 917. Allerdings sollte die Rechtsfolge des Rechtsmissbrauchs nicht pauschal als „rechtsvernichtende“ Einwendung qualifiziert werden, so aber Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 242 Rn. 41. Schließlich wird das Recht nicht vernichtet, sondern kann nur – ggfls. vorübergehend – nicht ausgeübt werden, s. etwa MüKo/Schubert, BGB, 8. Aufl. 2019, § 242 Rn. 222 und 542. Zur Entwicklung der Innentheorie Eichenhofer, Rechtsmissbrauch (2018), S. 113 ff.

7 Palandt/Grüneberg, BGB, 80. Aufl. 2021, § 242 Rn. 38.

8 BGH a.a.O., Rn. 28 f. sowie zuletzt allgemein BGH NJW 2018, 2871.

9 Zum verfassungsrechtlichen Hintergrund s. BVerfG NJW 2001, 957.

10 Der BGH hat ebenfalls Zweifel an der Entscheidung des AG Oranienburg, s. BGH a.a.O., Rn. 26.

1 BGH Beschluss vom 17.03.2021 – XII ZB 221/19, Rn. 2.

2 BGH a.a.O., Rn. 10.

3 BGH a.a.O., Rn. 26.

dass aus dieser ein Bestätigungswille der Ehegatten hervorging.¹¹ Selbst wenn man dies ablehnen würde, hätte dem *exceptio doli*-Einwand das ebenfalls aus § 242 BGB abzuleitende Verbot widersprüchlichen Verhaltens (*venire contra factum proprium*) entgegengehalten werden können. Andererseits war es unglücklich, die Regelungen aus dem ersten Ehevertrag lediglich in den Vorbemerkungen zu referenzieren. Zudem erscheint die Formulierung, wonach der Unterhaltsverzicht und der Ausschluss des Versorgungsausgleich „aufrechterhalten“ werden sollen, als missglückt. Kautelarjuristisch sicherer wäre es gewesen,

die Verzichte in den Hauptteil der Vereinbarung aufzunehmen und dort ausdrücklich erneut zu erklären. Dann hätte eine Wirksamkeitskontrolle der Scheidungsvereinbarung und keine Ausübungskontrolle des ersten Ehevertrages stattfinden müssen.¹² Zu der unheilvollen Entscheidung des AG Oranienburg wäre es dann von vornherein nicht gekommen und der gerichtliche Rosenkrieg hätte vermieden werden können.

*Dr. Björn Centner, LL.M. (Chicago),
Notarassessor in Heidelberg*

¹¹ Formal betrachtet handelt es sich freilich nicht um eine Bestätigung nach § 141 Abs. 1 BGB, weil der erste Ehevertrag nicht an einem Nichtigkeitsgrund litt.

¹² Zur Beurteilung von Scheidungsvereinbarungen s. zuletzt BGH NJW 2020, 3243.



Der eingetragene Verein. Gemeinverständliche Erläuterung des Vereinsrechts unter Berücksichtigung neuester Rechtsprechung mit Formularteil

Von *Notar a. D. Dr. Wolfram Waldner* mit Hinweisen zum Steuerrecht von *Steuerberaterin Anka Neudert*,
(–Verlag C.H. Beck München, 21., neu bearbeitete Auflage 2021, 414 Seiten.
39,- €. ISBN 978-3-406-75403-6.

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

Durch das fortdauernd starke Interesse an einer Tätigkeit im Verein besteht für die „Ehrenamtlichen“ wie auch für den Rechtsberater und Notar das Bedürfnis, eine sichere Begleitung bei den „Formalitäten“ zu erhalten. Das vorliegende Handbuch steht dem Bürger wie auch dem Notar mit Rat und Tat zur Seite. Dieses praktische Buch ist seit Jahrzehnten ein verlässlicher Begleiter durch alle Gebiete des Vereinsrechts. Es verbindet klare, fundierte Darstellungsweise mit übersichtlicher und zweckmäßiger Gliederung. Es eignet sich für Juristen ebenso wie für Nichtjuristen, die sich mit der Gründung, Führung oder Auflösung von Vereinen befassen müssen. Der steuerrechtliche Teil ist von Anka Neudert bearbeitet und erweitert worden. Die Auswirkungen der Digitalisierung auf das Vereinsrecht nehmen jetzt einen wesentlich breiteren Raum ein. Auch die neuen Regeln zum Datenschutz sind berücksichtigt, ebenso die zeitlich befristeten Vorschriften des COVID-19-Abmilderungsgesetzes. Selbstverständlich werden das gesamte Registereintragungsverfahren und die Gebühren beim Notar und Gericht praxisnah behandelt und darauf hingewiesen, dass diese bei einem Geschäftswert von 5000 EUR nicht der Kostentabelle entnommen werden können, vielmehr spezifische Mindestgebühren bestehen (Rn. 613), zu beachten sind beim Registergericht auch landesrechtliche Gebührenbefreiungsvorschriften (Rn. 617). Das Handbuch hält viele Anmeldeformulare bereit.

Auch neue Entwicklungen rund um den Verein werden dargestellt: So ist zeitgeschichtlich interessant, ob ohne Versammlung der Mitglieder ein Mitgliederbeschluss durch schriftliche Zustimmung sämtlicher Mitglieder zustandekommt, was bejaht wird (Rn. 155; Sonderregelung während der COVID-19-Pandemie bei Rn. 210b). Für die Wahrung einer satzungsmäßig festgelegten Schriftform genügt bei Mitgliedern, die über entsprechende technische Einrichtungen verfügen, auch eine Einladung per E-Mail oder Telefax (Rn. 171a). Vom Versammlungsleiter veranlasste Tonband- und Videoaufnahmen von der Mitgliederversammlung setzen voraus, dass der Versammlungsleiter dies vorher ankündigt (Rn. 188a). Kommt in einer Vereinssatzung eine Bestimmung vor, dass der Vorstand zu gewissen Grundstücksgeschäften der Zustimmung eines anderen Vereinsorgans bedarf, so ist fraglich, wie das Vertretungsrecht solcher nicht im Vereinsregister eingetragener Organe dem Grundbuchamt nachgewiesen werden kann (Rn. 309). Die Problematik tritt auch auf, wenn die Satzung neben dem Vorstand besondere Vertreter gemäß § 30 BGB vorsieht und diese nicht im Vereinsregister namentlich eingetragen sind (Rn. 313). Wenn sich die Änderungen einer Satzung auf Angaben beziehen, die nach § 64 BGB in das Vereinsregister einzutragen sind, sind sie schlagwortartig in der Anmeldung zu bezeichnen; eine inhalt-

liche Wiedergabe der Satzungsänderungen in der Registeranmeldung ist nicht erforderlich. Bei nicht in das Vereinsregister einzutragenden Bestimmungen kann eine solche Bezeichnung vom Registergericht nicht verlangt werden (Rn. 140; OLG Nürnberg Rpfleger 2015, 150). Das Handbuch behandelt auch die vielfältigen Fragen zu selbständigen und unselbständigen Untergliederungen eines Vereins, so z. B. ob eine vom Gesamtverein geschaffene Unterorganisation ein selbständiger Zweigverein oder eine unselbständige Untergliederung ist (Rn. 331; OLG Köln JurBüro 2018, 611).

Auch zu nicht alltäglichen Fragen nimmt das Werk Stellung, so z. B. zur Ermächtigung zur Alleinvertretung bei statutarisch vorgesehener Gesamtvertretung (Rn. 231; KG Berlin NJW-RR 2015, 1448). Ausführlich erläutert werden die verschiedenen Möglichkeiten der Beendigung eines Vorstandsamtes wie Abwahl, Amtsniederlegung, Ablauf der Amtsdauer, Tod des Vorstandsmitglieds (Rn. 268 ff.). Legt ein Mitglied des Vereinsvorstands sein Amt mündlich nieder, so ist für die Anmeldung des Ausscheidens dieser Person aus dem Vorstand regelmäßig ein schriftlicher Nachweis über die Niederlegungserklärung als Original oder in Abschrift beizubringen (Rn. 259, 274; OLG Frankfurt NJW-RR 2016, 360). Auch wenn eine mündliche Niederlegungserklärung materiell ausreichend ist, verlangt § 67 Abs. 1 S. 2 BGB einen schriftlichen Nachweis über die formfreie Erklärung. Die Vereinsvorstände sollten darauf achten, dass der grundsätzlich formfreie Vorgang der Niederlegung dennoch schriftlich dokumentiert ist, um etwaigen Eintragungshindernissen entgegenzuwirken. Immer wieder taucht bei Abstimmungen in Mitgliederversammlungen die Frage auf, wie der Mehrheitsbegriff in einer Satzung auszulegen ist (Rn. 206, 208, 256 KG NotBZ 2020, 347 = Rpfleger 2021, 52). Auch zu Fragen der Festlegung einer Aufwandspauschale für Vereinsmitarbeiter in der Vereinssatzung wird Stellung genommen (Rn. 287). Ebenso werden Hinweise gegeben zur Bildung eines Wahlausschusses (Rn. 258) und zur Einführung der Vertretersammlung anstelle einer Vollversammlung bei Vereinen mit schnell wachsender Mitgliederzahl (Rn. 216a).

Das mit der Anmeldung einer Satzungsänderung von einem Verein beim Registergericht einzureichende Protokoll ist in Abschrift des die Änderung enthaltenden Beschlusses einzureichen und braucht nicht zusätzlich von den das originale Beschlussprotokoll unterzeichnenden Personen unterschrieben sein (Rn. 140; KG Berlin NJW-RR 2016, 44); für die elektronische Kommunikation mit dem Vereinsregister ist dies von Bedeutung, weil durch Einführung der elektronischen Registeranmeldung ein Verzicht auf die Einreichung von Urschriften und ori-

ginal unterschriebener Papierdokumente einhergeht (Rn. 140). Im Zeitalter des elektronischen Rechtsverkehrs mit dem Registergericht ist auch die Feststellung in dem Handbuch wichtig, dass anstelle der Urschrift der Registeranmeldung mit Unterschriftsbeglaubigungsvermerk auch eine notariell beglaubigte Abschrift der Urkunde eingereicht werden kann (Rn. 430). Die Beglaubigung der Unterschrift unter einer Registeranmeldung nimmt im Regelfall ein Notar vor, nach § 68 BeurkG haben in Baden-Württemberg (Ratschreiber), Hessen (Ortsgerichtsvorsteher) und Rheinland-Pfalz (Ortsbürgermeister, Gemeinde-

und Stadtverwaltungen) auch andere Personen bzw. Stellen eine Beglaubigungsbefugnis (Rn. 16; *Böhringer NotBZ* 2019, 241). Lediglich in Grundzügen behandelt ist die Verschmelzung von Vereinen.

Diese wenigen Beispiele mögen belegen, dass das Handbuch zu vielen Problemlagen Stellung nimmt und praxisgerechte Lösungen anbietet. Das Handbuch ist ein zuverlässiger Begleiter und Berater in allen vereinsrechtlichen Angelegenheiten.



Aktienrecht und Kapitalmarktrecht

Von T. Heidel (Hrsg.),

Nomos-Verlag, Baden-Baden, 5. Auflage 2019, Hardcover (in Leinen) 3293 Seiten.
248,- €. ISBN 978-3-8487-5167-9.

Dr. Dr. Matthias Damm, Notar in Ludwigsburg

„Rezensionen sind nicht das Maß aller Dinge. Die der vierten Auflage waren aber derart positiv, dass ich sie ins Zentrum des Vorworts stellen möchte.“

Wenn das Vorwort zu einer 5. Auflage eines derart weit verbreiteten Handkommentars schon so losgeht – was soll man dann noch groß in der Folgeauflage schreiben können? Einerseits wäre ein Verriss, nur um etwas Neues zu schreiben, affektiert und vorliegend auch deplatziert, weil „der Heidel“ völlig zu Recht ein Standard-Werk ist, das auch dem Rezensenten schon treue Dienste in der Praxis geleistet hat. Lobeshymnen anzustimmen, hieße andererseits Eulen nach Athen zu tragen, denn auch die Neuauflage hat ja bereits wiederum eine sehr günstige Aufnahme gefunden (vgl. *Forschner*, DNotl-Report 2020, 30; *Oehrich*, NZG 2020, 337 f.).

Knapp 1900 der nicht ganz 3300 Seiten kommentieren das AktG. Es folgen in je deutlich kürzerem Umfang Kommentar-Stellen zum EGAktG, zum BörsG, zur BörsZulV und zum DCGK (teils kommentierend, teils monographisch). Unterbrochen wird dann die klassische Kommentar-Gliederung im 6. Teil durch eine sehr lesenswerte, über einhundertsechzigseitige Darstellung zum Europäischen Gesellschaftsrecht (S. 2069-2235) von *Klinke*, die in ihrem ersten Teil lehrbuch- bzw. monographischen Charakter hat und im zweiten Teil auszugsweise die wichtigsten europäischen Normen darstellt. Außerdem schließt sich im 7. Teil ein kurzer Einführungstext von *Schmitz* zur SE an, der an die instruktiven Ausführungen zuvor anschließt. Die verbleibenden nicht ganz tausend Seiten sind dann wiederum ein klassischer Kommentar zum MitbestG, SpruchG, WpHG, WpPG, WpÜG und SchVG.

Das Werk versucht den schwierigen Spagat, ein umfassendes Kompendium zum Aktienrecht zu bieten und trotzdem das Format eines Handkommentars nicht zu sprengen. Mit dünnem Papier und kleiner Schrift gelingt dies.

Das Buch ist meinungsstark und praxistauglich zugleich. Als Beispiel soll die Randnummer 18 der Vorbemerkung „Vor §§ 129-132 AktG“ dienen. Der Autor (in diesem Fall der Herausgeber) wendet sich zunächst der eher akademisch anmutenden Frage der Organqualität des Versammlungsleiters zu, in der das Werk entgegen der wohl herrschenden Literatur von einer eigenen Organstellung des Versammlungsleiters ausgeht. Diese jedenfalls in der notariellen Tätigkeit eher untergeordnete Frage, mündet freilich in der völlig richtigen und praktisch wichtigen Feststellung: *„Der Notar, der nach § 130 [AktG] die Niederschrift fertigt, ist nicht Gehilfe des Leiters oder höhere Instanz, die in Fragen der HV-Leitung einschreiten könnte. Seine Funktion beschränkt sich auf die Protokollierung und umfasst keine Überwachung des Leiters.“*

Wo neben dem Gesetz für den an der Gründung beteiligten Notar typischerweise die einschlägigen Formularbücher und für den eine HV leitenden Notar die einschlägigen Versammlungsleitfäden die Hilfsmittel der ersten Wahl sind, bietet sich der *Heidel* durch seine umfangreiche, an der Praxis ausgerichteten, aber wissenschaftlich fundierten Ausführungen an, Streitfragen zu klären und sich zu orientieren.

Die Notariate sind freilich nur eine Zielgruppe des Buches, das mit den Verweisen in das Kapitalmarktrecht weit über das originär Notar-spezifische Metier hinausreicht. Das Buch ist ein „must have“ in der gut sortierten gesellschaftsrechtlichen Bibliothek und auch der Rezensent wird die Kosten nicht scheuen und sich die nächste Ausgabe zulegen. Um zum Einstieg meiner kurzen Buchbesprechung zurückzukommen – nun bleibt mir also doch nichts anderes übrig und mich einzureihen in die Gruppe derjenigen, die eine positive Rezension verfassen. Ich tue es gerne.



Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung

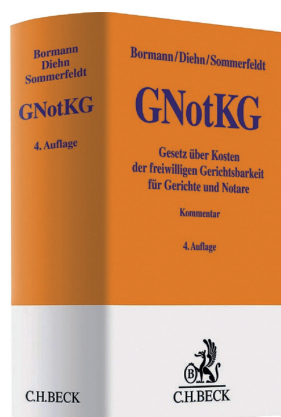
Von Prof. Dr. Holger Altmeyden,
(– Verlag C.H. Beck, München, 10. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen), 1573 Seiten.
129,- €. ISBN 978-3-406-75428-9.

Notarassessor Matthias Miller, Stuttgart

Der von Günther H. Roth begründete Kommentar zum GmbHG wird seit der jetzt vorliegenden neuen 10. Auflage erstmals vollständig von dem Passauer Rechtswissenschaftler Holger Altmeyden kommentiert. Im Vergleich zur Voraufgabe hat Altmeyden nunmehr auch die Vorschriften zur Kapitalerhöhung (§§ 55-58f GmbHG) neu gefasst und inhaltlich vertieft. Der interessierte Leser erhält nun eine umfangreiche und wissenschaftlich wertvolle Kommentierung aus einer Feder. Das Werk liest sich dadurch in sich schlüssig und kohärent. Nur der Münchener Notar Wicke schafft mit seiner Kommentierung zum GmbHG vergleichbares. Zu begrüßen ist, dass der Autor nunmehr erstmals im Anhang zu § 40 GmbHG die Gesellschafterlistenverordnung mit abgedruckt hat. Bei der Voraufgabe aus dem Jahre 2019 vermisste man noch einen entsprechenden Anhang. Interessant wäre sicherlich zusätzlich eine knappe Kommentierung der Gesellschafterlistenverordnung gewesen, zumal in jüngerer

Vergangenheit Judikate zur Gesellschafterlistenverordnung ergangen sind (vgl. etwa OLG Hamm NZG 2020, 638; KG ZIP 2019, 861; KG BWNotZ 2019, 126).

Insgesamt kann die Kommentierung einmal mehr als gelungen angesehen werden. Die Ausführungen und lobenden Worte des Rezensenten zur Voraufgabe (BWNotZ 2019, 240) gelten für die 10. Auflage unverändert. Auffällig ist allerdings der Preis. Das Werk verteuert sich im Vergleich zu Voraufgabe um 20,- Euro auf stolze 129,- Euro. Trotzdem gilt: Der neue Altmeyden ist aus keiner ernstzunehmenden gesellschaftsrechtlichen Bibliothek mehr wegzudenken. Jedem Rechtsanwender, Rechtswissenschaftler und interessiertem Studenten kann das Werk mit seiner häufig unerwartet tiefgründigen Argumentation wärmstens empfohlen werden.



GNotKG - Gesetz über Kosten der freiwilligen Gerichtsbarkeit für Gerichte und Notare

Von Dr. Jens Bormann, Dr. Thomas Diehn und Dipl.-Rpfl. Klaus Sommerfeldt (Hrsg.),
(– Verlag C.H. Beck, München, 4. Auflage 2021, Hardcover (in Leinen), 1192 Seiten.
149,- €. ISBN 978-3-406-76823-1.

Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Lahr/Schwarzwald

Mit dem Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 haben sich erstmals seit Inkrafttreten des GNotKG wesentliche Änderungen für die notariellen Gebühren ergeben. Mit beeindruckender Zügigkeit hat das Standardwerk zum notariellen Kostenrecht auf die Gesetzesänderung reagiert. Hierzu sei die Entstehungsgeschichte der Gesetzesänderung kurz in Erinnerung zu rufen: Im September 2020 hat die Bundesregierung den Entwurf des Kostenrechtsänderungsgesetzes beschlossen, welcher insbesondere die seit sieben Jahren unveränderte gesetzliche Rechtsanwaltsvergütung erhöhen sollte. Eher beiläufig wurden zugleich Änderungen des GNotKG gefasst. Aufgrund der Coronakrise war lange unklar, ob die Erhöhung der Rechtsanwaltsvergütung (und damit auch die Änderungen im Bereich des GNotKG) tatsächlich kommen würden. So wurde das Kostenrechtsänderungsgesetz

erst am 18.12.2020 vom Bundesrat gebilligt, obwohl es bereits am 1.1.2021 in Kraft treten sollte. Drei Monate nach Inkrafttreten bietet die neue Auflage des Kommentars die erste zuverlässige Anlaufstelle bei auftretenden Fragen des Kostenrechtsänderungsgesetzes.

Für die Praxis besonders wertvoll erweisen sich nicht nur die allgemeinen Erläuterungen zur Reduktion und teilweisen Abschaffung der „XML-Gebühr“, sondern insbesondere die Darstellung des zeitlichen Anwendungsbereichs des Kostenrechtsänderungsgesetzes. Schnelle Antworten findet derjenige, der über Neujahr das Notarbüro geschlossen hatte und sich fragt, wie mit den Beurkundungen vorzugehen ist, die erst im neuen Jahr in den elektronischen Rechtsverkehr gelangen.

Die neue Auflage des Werkes ist von weiteren zeitlichen Schnittstellen geprägt: Der Umsatzsteuersatz von 16 % im Zeitraum vom 1.7.2020 bis 31.12.2020 hat zu zahlreichen Anwendungsfragen geführt, wenn Entwurfs-, Beurkundungs-, Vollzugs- und Bereuungszeitpunkt in zeitlicher Nähe zu einem dieser Stichtage lagen. Die Darstellung der Problematik erfolgt durch eine tabellarische Übersicht, die es auf den ersten Blick ermöglicht, rasch den korrekten Zeitpunkt für die Ermittlung des Umsatzsteuersatzes zu finden (KV 32104 Rn. 3a).

Die guten tabellarischen Übersichten, Prüfschemata, Beispielfälle und Formulierungshilfen prägen das gesamte Werk. Insbesondere die Kommentierung zu § 54 ist hier für diejenigen hervorzuheben, die es nicht gewohnt sind, Bilanzen zu lesen. Ausgehend von den Aktiva der Bilanz werden in einer Berechnungsformel diejenigen Posten, die vom Aktivvermögen abzuziehen, und diejenige Posten, die dem Aktivvermögen hinzuzurechnen sind, aufgelistet. So gelingt die Bewertung von Gesellschaftsanteilen deutlich einfacher.

Den Anspruch, Praktikern eine zuverlässige und pointierte Auslegungshilfe zur Verfügung zu stellen, erfüllt das Werk allemal. An wenigen Stellen dürfte der Kommentar ausführlicher sein, um noch mehr Alltagsfragen zu erfassen. So könnte bei der Kommentierung zu KV 25102 klargestellt werden, ob auch selbstentworfenene Dokumente, zu denen die Unterschrift beglaubigt wird, im weiteren elektronischen Rechtsverkehr die Beglaubigungsgebühr auslösen. Dies hatte sich in der Voraufgabe so dargestellt, weil Unterschriftsbeglaubigungen keine „Urkunden“ im Sinne des Ausnahmetatbestandes (Abs. 2 Nr. 1) seien. Der Satz wurde in der neuen Auflage nicht mehr verwendet.

Klarestellt werden könnte im Rahmen der Berücksichtigung von Gegenleistungen für die Übergabe von Grundbesitz (vgl. § 97 Abs. 3 Rn. 41; § 102 Rn. 37; § 109 Rn. 46) wie es sich mit dem Pflichtteilsverzicht verhält, wenn es mehrere Erwerber ergibt, an jeden Erwerber unterschiedlich wertvoller Grundbesitz übergeben wird und alle Erwerber auf Pflichtteils- und Pflichtteilsergänzungsansprüche verzichten. Ähnlich ungewiss ist, ob es

kostenrechtlich besonders berücksichtigt werden muss, wenn es – wie so oft – nur einen Übergeber gibt und dem zustimmenden Ehegatten Rechte (Wohnungsrecht, Rückforderungsrecht etc.) vorbehalten werden.

Die neue Auflage geht nicht nur ausführlich auf das Kostenrechtsänderungsgesetz ein, sondern hat auch die seit der Voraufgabe ergangene Rechtsprechung ansprechend eingepflegt. An wichtigen Entscheidungen des BGH wären insbesondere aufzuführen:

- keine unrichtige Sachbehandlung bei getrennter Beurkundung von Kaufvertrag und Auflassung (BGH v. 1.10.2020 – V ZB 67/19, BWNotZ 2021, 17, kommentiert unter § 21 Rn. 22),
- das Verhältnis von der Übermittlungsgebühr an das Gericht nach KV 22124 und der Gebühr für die Erwirkung einer Apostille nach KV 25207 (BGH v. 28.8.2019 – XII ZB 119/19, NJW 2019, 3524, kommentiert unter KV 22124 Rn. 11),
- die Zuordnung der Vollzugstätigkeit „Erstellung einer Gesellschaftsliste“ zur Gründungsurkunde und nicht zur Handelsregisteranmeldung mit entsprechender Auswirkung auf die Höhe der Vollzugsgebühr (BGH v. 4.6.2019 – II ZB 16/18, RNotZ 2019, 563, kommentiert unter § 112 Rn. 8).

Gerade im Hinblick auf die letztgenannte Entscheidung kündigt der Kommentar unter KV 22114 Rn. 19 einen alltagsrelevanten Meinungswechsel zur Voraufgabe an. Bei einer Kapitalerhöhung (oder Geschäftsanteilsabtretung) mit entsprechender Satzungsänderung soll neben der „XML-Gebühr“ für die Handelsregisteranmeldung auch eine „XML-Gebühr“ für die Einreichung der Liste aus dem Wert der Haupturkunde entstehen. Denn Anknüpfungspunkt der „XML-Gebühr“ für die Einreichung der Liste sei die Haupturkunde (Abtretungsurkunde oder Kapitalerhöhungsbeschluss), während es für die entsprechende Satzungsänderung auf die Handelsregisteranmeldung ankommt. Für entsprechende Berechnungsbeispiele wird auf *Diehn*, Notarkostenberechnungen, 7. Auflage verwiesen, welche voraussichtlich im Juni 2021 erscheinen wird. Mit großer Vorfreude und Spannung ist daher auch die neue Auflage des Ergänzungswerkes von Diehn zu den Notarkostenberechnungen zu erwarten.



Unternehmensnachfolge

Von Prof. Dr. Stephan Scherer (Hrsg.),

(–Verlag C.H. Beck oHG, München, 6. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen), 1762 Seiten. 199,- €. ISBN 978-3-406-75428-9.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Das umfassende Traditionshandbuch zur Unternehmensnachfolge ist 15 Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe nunmehr in der 6. Auflage erschienen. Die Autoren, ganz überwiegend in den einschlägigen Rechtsgebieten tätige Rechtsanwälte, geben einen umfassenden Rundumüberblick über sämtliche bei der Unternehmensnachfolge relevanten Aspekte. So finden sich im ersten Teil des Werks Ausführungen zur lebzeitigen Übertra-

gung von Unternehmen, zum Unternehmenskauf sowie zum Unternehmertestament. Ferner wird die Familienholding näher untersucht sowie, der in der Praxis immer beliebter werdende Unternehmensübergang auf Stiftungen. Angesprochen werden ferner die taktische Ausschlagung, Auslandsbezug, güterrechtliche Gestaltungen sowie Pflichtteilsvermeidungsstrategien.

Im zweiten Teil des Werks werden dann, nach den relevanten Rechtsgebieten geordnet, die grundlegenden Fragen zusammengefasst, welche bei jeder Unternehmensnachfolge zu beantworten sind. Hier finden sich zusammenfassende Ausführungen zum relevanten Erbrecht und zur vorweggenommenen Erbfolge, die wesentlichen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten, eine Zusammenfassung der steuerlichen Aspekte, sowie zur den umwandlungsrechtlichen Gestaltungen der Unternehmensnachfolge.

Wie die vorstehende Zusammenfassung zeigt, bietet das Werk eine umfassende Darstellung der relevanten Rechtsgebiete und Gestaltungsinstrumente. Zwar mag das ein oder andere Kapitel die relevante Materie nur oberflächlich beleuchten, in der Summe bietet das Werk aber eine gelungene Zusammenstellung der möglichen Gestaltungsalternativen und überzeugt vor allem durch den großen Praxisbezug.

Aus notarieller Sicht sind zum Beispiel die Ausführungen zum Bewirken der Leitung und zur Heilung von Formmängeln bei

Schenkungen (§ 2 Rn. 80 ff.). Hier wird vor allem auf die unterschiedlichen Auffassungen des BGH und des BFH bei der Übertragung von Immobilien eingegangen, welche sich in der Praxis aber kaum auswirken werden.

Überhaupt überzeugt das Werk nicht nur durch eine umfassende Gesamtdarstellung der Materie, sondern auch durch eine Fülle von Details welche akribisch unter Zuhilfenahme der einschlägigen Rechtsprechung und der relevanten Literatur praxistauglich aufgearbeitet und dem Leser verständlich und zuverlässig wiedergegeben werden. Das Werk gibt dadurch einen vortrefflichen Überblick über sämtliche Aspekte der Unternehmensnachfolge, und zwar in erbrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Sicht. Es kann jedem Rechtsberater zur Anwendung empfohlen werden und sollte als Nachschlagewerk in keiner Notarkanzlei fehlen.



Handbuch der Testamentsvollstreckung

Von Prof. Dr. Manfred Bengel und Prof. Dr. Wolfgang Reimann (Hrsg.),
(–Verlag C.H. Beck oHG, München, 7. Auflage 2020, Hardcover (in Leinen), 942 Seiten.
129,- €. ISBN 978-3-406-73281-2.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Drei Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist das Standardhandbuch im Bereich der Testamentsvollstreckung nunmehr in der 7. Auflage erschienen. In der Neuauflage wird die Entwicklung der Rechtsprechung und der Literatur vor allem durch die Digitalisierung eingearbeitet. Ferner wurden die ersten Erfahrungen mit der EuErbVO, die Reform des Erbschaftssteuerrechts sowie die Entwicklungen der Rechtsprechung und in der Literatur zu Vollmachten, welche sowohl als Konkurrenz als auch als Ergänzung zur Testamentsvollstreckung eingesetzt werden können, eingearbeitet. Auch die Ausführungen zur Testamentsvollstreckung im Zusammenhang mit stiftungsrechtlichen Maßnahmen werden deutlich erweitert.

Der Aufbau des Werks in 12 Paragrafen wird beibehalten. Es finden sich Ausführungen zum Amt des Testamentsvollstreckers, zur Anordnung und Ernennung sowie Durchführung der Testamentsvollstreckung. Ferner werden die typischen sowie auch die atypischen Situationen bei der Ausführung des Amtes näher beleuchtet, und auch die Beendigung des Amtes näher untersucht. Aus notarieller Sicht sehr interessant sind die Kapitel zum Steuerrecht, zum Auslandsbezug und zur Vergütung des Testamentsvollstreckers.

Wie die vorstehende Auflistung zeigt, findet sich kaum ein Aspekt im Zusammenhang mit Testamentsvollstreckung, welcher in dem Werk nicht angesprochen wird. Zu der umstrittenen Frage, ob der Testamentsvollstrecker eine Generalvollmacht an Dritte erteilen

darf positioniert sich *Pauli* im Sinne der derzeit herrschenden Meinung, wonach eine solche Vollmachterteilung möglich ist, soweit die Vollmacht jederzeit widerruflich ist und eine solche Bevollmächtigung durch die letztwillige Verfügung des Erblassers nicht ausdrücklich untersagt ist. Diese Ansicht ist zwar auf der Linie der Rechtsprechung (vgl. KG ZEV 2019, 27), dabei ist aber auf den genauen Wortlaut der Vollmacht zu achten. Wird die Vollmacht für die persönlichen Angelegenheiten des Testamentsvollstreckers erteilt, so ist eine Erstreckung auf die Aufgaben aus der Testamentsvollstreckung ausgeschlossen (vgl. hierzu *Weber* in DNotZ 2019, 304).

Besteht neben der Testamentsvollstreckung auch eine Vollmacht über den Tod hinaus und ist diese einem der Erben oder dem Alleinerben erteilt, so ist darauf zu achten, dass jedwede Beschränkungen des Nachlasses nicht gelten. Der über den Tod hinaus bevollmächtigte kann demnach wirksam neben dem Testamentsvollstrecker über Nachlassgegenstände verfügen, solange die Vollmacht wirksam besteht und nicht widerrufen wurde (vgl. *Dietz* § 1 Rn. 48 ff.).

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, lässt das Handbuch keine Fragen bezüglich der Testamentsvollstreckung offen. Jedem Praktiker, der mit der Testamentsvollstreckung zu tun hat, ist die Anschaffung des Werks daher wärmstens zu empfehlen. Sowohl für denjenigen der eine Testamentsvollstreckung übernimmt, als auch für den Vertragsgestalter ist das Handbuch eine unerschöpfliche Fundgrube zur Lösung von allen auftauchenden Fragen.

Standesnachrichten

Ernennungen:

Mit Wirkung vom 1. Mai 2021 wurde Herr Dr. Tobias Kobitzsch mit dem Amtssitz Ebersbach an der Fils zum Notar ernannt.

Mit Wirkung vom 1. Juli 2021 wurde Herr Thorsten Glombik mit dem Amtssitz in Nagold zum Notar ernannt.

Verlegung des Amtssitzes:

Mit Wirkung vom 1. Juli 2021 hat Herr Notar Andreas Lämmle seinen Amtssitz von Nagold nach Calw verlegt.

Amtsniederlegung:

Mit Ablauf des 30. Juni 2021 ist Herr Hermann Zippold, Baden-Baden aus dem Notaramt ausgeschieden.

NotRV




BUCERIUS LAW SCHOOL
HOCHSCHULE FÜR RECHTSWISSENSCHAFT

9. Jahrestagung am 29. Oktober 2021 „Werte in Familienunternehmen“

– Tagungsprogramm –

8.45 Uhr	Anmeldung – Kaffee (Rotunde)
9.15 Uhr	Begrüßung Prof. Dr. Katharina Boele-Woelki, Präsidentin der Bucerius Law School
9.30 Uhr	Werte in Familienunternehmen – Unternehmergespräch Bonita Grupp, Head of E-Commerce & HR bei TRIGEMA Inh. W. Grupp e.K., im Gespräch mit Dr. Christian Bochmann, LL.M. (Cambridge), Rechtsanwalt und Direktor des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen
10.30 Uhr	Legitimation einer Vermögensperpetuierung in Familienunternehmen Prof. Dr. Anatol Dutta, M. Jur. (Oxford), Ludwig-Maximilians-Universität München
11.15 Uhr	Kaffeepause (Rotunde)
11.45 Uhr	Die Familienverfassung Prof. Dr. Susanne Kalss, Wirtschaftsuniversität Wien
12.30 Uhr	Reform des Personengesellschaftsrechts: Stand der Diskussion nach dem Entwurf der Expertenkommission Prof. Dr. Alfred Bergmann, Vorsitzender Richter am BGH a.D. und Mitglied der vom Bundesministerium der Justiz und für Verbraucherschutz eingesetzten Expertenkommission zur Reform des Personengesellschaftsrechts, Karlsruhe
13.15 Uhr	Lunch Buffet (Rotunde)
14.30 Uhr	Inhaltskontrolle im Erbrecht Prof. Dr. Anne Röthel, Direktorin des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen
15.15 Uhr	Kaffeepause (Rotunde)
15.45 Uhr	Gesellschaftsvertragliche Abfindungsregelungen und Pflichtteilsrecht Prof. Dr. Christopher Keim, Notar, Ingelheim
16.30 Uhr	Zusammenfassung und Abschlussworte Prof. Dr. Anne Röthel und Prof. Dr. Dr. h.c. mult. Karsten Schmidt, Direktoren des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen
16.45 Uhr	Empfang (Rotunde)

