

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

4 | 2021

September 2021

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTLÉITUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

- Ab wann kann der Notarvertreter beurkunden?**
von Rechtsassessor und Notarvertreter Sigmund Perwein,
Salem (Baden) 263
- Notarkosten bei Eheverträgen mit Modifikation
der Zugewinngemeinschaft**
von Notarassessorin Dr. Julia Bochis 267
- Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung**
von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit,
Ebner Stolz Stuttgart 271

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

- BGH (III. Zivilsenat), Urteil vom 22.04.2021 - III ZR 164/19
Kausalität des Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2
für den Vertragsschluss 278

ERBRECHT

- OLG Bremen (3. Zivilsenat), Beschluss vom 17.06.2020 - 3 W 15/20
mit Anmerkung Becker und Lazarets
Nießbrauch mit Verpflichtung zum Wiederaufbau eines Gebäudes 293

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

- KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 31.03.2021 - 22 W 39/21
Versicherung der freien Verfügbarkeit der Einlage 305

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 11.03.2021 - V ZB 127/19
Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts bei
Grundstückserwerb eines Minderjährigen 308

- BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 29.01.2021 - V ZR 139/19
Keine Beurkundungsbedürftigkeit eines als Bedingung für
Grundstückskauf geschlossenen Durchführungsvertrages 312

STEUERRECHT

- FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.03.2021 - 3 K 1861/18
Nießbrauch an einem Kommanditanteil -
Zurechnung von Verlusten aus der Veräußerung von
Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens 328

87. BAND

BWNotZ

AUSGABE 4|2021 INHALTSVERZEICHNIS

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTLLEITUNG

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-lorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Rechtsassessor und Notarvertreter Sigmund Perwein, Salem (Baden)
Ab wann kann der Notarvertreter beurkunden? 263

Von Notarassessorin Dr. Julia Bochis
Notarkosten bei Eheverträgen mit Modifikation der Zugewinnngemeinschaft 267

Von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit, Ebner Stolz Stuttgart
Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung 271

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

BGH (III. Zivilsenat), Urteil vom 22.04.2021 - III ZR 164/19 278
 LG Düsseldorf (25. Zivilkammer), Beschluss vom 23.02.2021 - 25 OH 79/18 280

ERBRECHT

BGH (XI. Zivilsenat), Urteil vom 20.04.2021 - XI ZR 511/19 287
 OLG Bremen (3. Zivilsenat), Beschluss vom 17.06.2020 - 3 W 15/20 mit Anmerkung Becker und Lazarets 293
 OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 09.04.2021 - 3 Wx 61/20 297
 OLG Köln (24. Zivilsenat), Urteil vom 21.01.2021 - 24 U 48/20 299

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 11.05.2021 - 1 W 29/21, 1 W 30/21, 1 W 31/21, 1 W 32/21, 1 W 33/21 303
 KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 31.03.2021 - 22 W 39/21 305
 OLG Brandenburg (7. Zivilsenat), Beschluss vom 14.04.2021 - 7 W 89/20 307

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 11.03.2021 - VZB 127/19 308
 BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 29.01.2021 - V ZR 139/19 312
 OLG Brandenburg (5. Zivilsenat), Beschluss vom 06.05.2021 - 5 W 40/21 318
 OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 17.05.2021 - 34 Wx 101/21 319
 OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 24.02.2021 - 34 Wx 339/20 321
 OLG Nürnberg (15. Zivilsenat), Beschluss vom 26.04.2021 - 15 W 987/21 325

STEUERRECHT

FG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 23.03.2021 - 3 K 1861/18 328

BUCHBESPRECHUNGEN

- Winkler/Schlögel, Erbbaurecht, 7 Auflage**
 (Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz) ... 340
- Johannsen/Henrich/Althammer, Familienrecht, 7 Auflage**
 (Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, Böblingen) 341
- Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5 - Verein, Stiftung bürgerlichen Rechts, 5 Auflage**
 (Besprechung von Notar Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg) 342
- Diehn, Notarkostenberechnungen, 7 Auflage**
 (Besprechung von Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Lahr/Schwarzwald) 343
- Habersack/Wicke, Umwandlungsgesetz, 2 Auflage**
 (Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Schwäbisch Hall) 344
- Ulmer/Schäfer, Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft: GbR PartG, 8 Auflage**
 (Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, Böblingen) 345
- Beck'sches Handbuch der Personengesellschaften, 5 Auflage**
 (Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Schwäbisch Hall) 345

Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V.

am

**Samstag, den 6. November 2021,
10.00 Uhr**

in Stuttgart

(Haus der Wirtschaft, Willi-Bleicher-Straße 19,
70174 Stuttgart, König-Karl-Halle)

Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:

1. Begrüßung
2. a) Bericht des Vorstandes
b) Bericht Kassenprüfer
3. Aussprache
4. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung
5. Entscheidung über die Verwendung des
Prozessfonds Vorschlag des Vorstands:
Auflösung und Rückzahlung an die Mitglieder
6. Wahlen:
– Vorstand
– Kassenprüfer/-in
7. Verschiedenes

Der Vorstand:

Arnold, Luz, Käb, Keßler, Jockisch

ABHANDLUNGEN

Ab wann kann der Notarvertreter wirksam beurkunden?

Von Rechtsassessor und Notarvertreter Sigmund Perwein, Salem (Baden)

Die Notarvertretung gehört zum Alltag des Notarwesens. Jeder Notar möchte einmal Urlaub machen oder wird einmal krank. Die Notarvertretung sorgt dafür, dass der Dienstbetrieb ununterbrochen sichergestellt ist. Im Falle geplanter Notarvertretung, insbesondere im Falle der urlaubsbedingten Verhinderung des Vertretenen, liegt der Bescheid der Aufsichtsbehörde über die Bestellung des Notarvertreters zumeist unproblematisch jedenfalls am Tag vor Beginn der Notarvertretung vor. Was aber ist in Krankheitsfällen, die naturgemäß plötzlich auftreten, wenn der Antrag auf Bestellung des Notarvertreters spätabends für den Folgetag oder frühmorgens für den laufenden Tag gestellt wird, der Terminkalender Beurkundungen ab 8 Uhr vorsieht und der Bescheid der Aufsichtsbehörde erst um 9:15 Uhr eingeht? Ab wann kann der Notarvertreter wirksam Amtsgeschäfte vornehmen? Dieser Frage seien nachfolgende Überlegungen gewidmet.

► 1. Einleitung

Gemäß § 13 BeurkG muss der Notar während der gesamten Verlesung anwesend sein, auch wenn er die Verlesung nicht zwingend (ganz) selbst vornehmen muss.¹ Ist der Notar nicht in diesem Sinne durchgehend anwesend, ist das beurkundete Geschäft aufgrund Formmangels nichtig.² Der anwesende Notar muss also auch von der ersten Sekunde der Verhandlung an Notar sein. Was wie eine Leerformel klingt, weil kaum vorstellbar ist, dass ein Notar vor Wirksamwerden seiner Bestellung tätig wird, wird im Falle der kurzfristigen, insbesondere krankheitsbedingten Bestellung eines Notarvertreters jedenfalls zur diskussionswürdigen dogmatischen Frage. Wirkt die um 09:15 Uhr eingehende Vertreterbestellung auf die um 08:00 Uhr begonnene und vielleicht schon abgeschlossene erste Beurkundung zurück und woraus ergibt sich dies gegebenenfalls? (siehe nachfolgend unter 4.) Und wenn

ja, „folgt“ das Beurkundungsgesetz dem? (siehe nachfolgend unter 5.). Zunächst aber (unter 2.) sollen das Verwaltungsverfahren, das mit dem Antrag auf Bestellung des Notarvertreters beginnt und (unter 3.) die Unterscheidung zwischen äußerer und innerer Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes dargestellt werden.

► 2. Vertreterbestellung als Ergebnis eines Verwaltungsverfahrens

Nach allgemeiner Auffassung stellt die Bestellung des Notarvertreters bzw. deren Ablehnung einen Verwaltungsakt³ dar. Da die Bestellung eines Notarvertreters in den §§ 39 und 40 BNotO nur rudimentär geregelt ist, kommt gemäß § 64a Abs. 1 BNotO ergänzend das Verwaltungsverfahrensgesetz zur Anwendung, genaue genommen das Verwaltungsverfahrensgesetz des Bundeslandes, in dem der Verwaltungsakt erlassen wird.⁴ Das Verwaltungsverfahren beginnt mit dem Antrag auf Bestellung des Vertreters und endet mit der Bestellung bzw. Nichtbestellung des Vertreters.

Die Vertreterbestellung wird gemäß § 43 Abs. 1 VwVfG wirksam mit deren Bekanntgabe gegenüber dem Vertreter⁵, sei es, dass er telefonisch von der zuvor schriftlich⁶ ergangenen Bestellung unterrichtet wird, ihm der per Telefax übermittelte Bescheid vorgelegt wird oder ihm – im Regelfall – der Bescheid per Post zugeht. Ab diesem Zeitpunkt ist der Bestellte Notarvertreter, es sei denn im Bescheid ist ein späterer⁷ Zeitpunkt für den Beginn

³ Vgl. *Diehn/Beckhaus*, BNotO, 2. Auflage 2019, § 40 Rn. 2; *Frenz/Miermeister/Wilke*, BNotO, 5. Auflage 2020, § 40 Rn. 2.

⁴ Vgl. *Diehn/Zimmer*, BNotO, 2. Auflage 2019, § 64a Rn. 4. Soweit vorliegend Vorschriften des VwVfG genannt sind, handelt es sich um das VwVfG des Bundes.

⁵ Vgl. *Diehn/Beckhaus*, BNotO, 2. Auflage 2019, § 40 Rn. 2.; *Schippel/Görk/Frisch*, BNotO, 10. Auflage 2021, § 40 Rn. 4; *OLG Hamm*, Beschluss v. 02.09.2010 – 15 Wx 19/10, RNotZ 2011, 59.

⁶ Die Bestellung hat schriftlich zu erfolgen, die Bekanntgabe kann auch mündlich oder fernmündlich erfolgen, vgl. *Schippel/Görk/Frisch*, BNotO, 10. Auflage 2021, § 40 Rn. 3f.; *Diehn/Beckhaus*, BNotO, 2. Auflage 2019 § 40 Rn 2; *OLG Hamm*, Beschluss v. 02.09.2010 – 15 Wx 19/10, RNotZ 2011, 59.

⁷ Vgl. *BGH* v. 4. Oktober 1956, III ZR 41/55, DNotZ 1958, 33.

¹ Vgl. nur *Frenz/Miermeister/Limmer*, BeurkG, 5. Auflage 2020, § 13 Rn. 4.

² Vgl. *Piegsa*, in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 8. Auflage 2020, § 13 Rn. 82; *Erman/Arnold*, BGB, 16. Auflage 2020, § 128 Rn. 2.

der Vertretung festgelegt. Aber was heißt „ab diesem Zeitpunkt“? Heißt das ab 09:15 Uhr, wenn der Bescheid um 09:15 Uhr eingeht oder heißt das „rückwirkend“ ab 00:01 Uhr des nämlichen Tages?

▶ 3. Äußere und innere Wirksamkeit eines Verwaltungsakts

Im Allgemeinen Verwaltungsrecht wird seit der Entscheidung des Bundesverwaltungsgerichts vom 21.06.1961⁸ zwischen äußerer und innerer Wirksamkeit eines Verwaltungsaktes unterschieden.

In der genannten Entscheidung heißt es hierzu wie folgt:

„Ein Verwaltungsakt kommt zustande durch die Entscheidung der Behörde und die Eröffnung dieser Entscheidung an den Adressaten und gegebenenfalls an sonstige durch die Regelung betroffene Personen. Wirksam wird ein Verwaltungsakt grundsätzlich im Zeitpunkt seiner Bekanntgabe an den, gegen den er sich richtet. Der Beginn der *äußeren Wirksamkeit*⁹ eines Verwaltungsaktes hat allerdings nicht immer den gleichzeitigen Eintritt seiner *inneren Wirksamkeit*¹⁰ zur Folge. Die in ihm enthaltene Regelung (Begründung, Änderung oder Aufhebung eines Rechts oder Rechtsverhältnisses, der Pflicht zur Vornahme oder Unterlassung einer Handlung) kann unabhängig von dem Beginn der äußeren Wirksamkeit des Verwaltungsaktes zu einem früheren oder späteren Zeitpunkt in Kraft gesetzt werden.“

Prägnant fasst das Bundesverwaltungsgericht dies nochmals in seinem Urteil vom 06.06.1991¹¹ zusammen:

„Im Übrigen wird nach § 43 Abs. 1 Satz 2 VwVfG der Verwaltungsakt – also der Genehmigungsbescheid – mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekanntgegeben worden ist. Zum Inhalt des Verwaltungsaktes gehört auch die Regelung seines zeitlichen Geltungsbereichs, der – soweit es das materielle Recht zulässt – vor oder nach seiner Bekanntgabe liegen kann.“

Nun handelt es sich bei den genannten Entscheidungen des Bundesverwaltungsgericht naturgemäß nicht um solche zum Berufsrecht der Notare und auch nicht einmal

um solche zum Beamtenrecht. Nichtsdestotrotz gelten diese Grundsätze aber natürlich für alle Arten von Verwaltungsakten. Auch das Bundessozialgericht folgt dem Bundesverwaltungsgericht. In einer Entscheidung, bei der es um die Genehmigung der Beschäftigung einer Assistentin eines niedergelassenen Vertragszahnarztes ging – mithin um einen Sachverhalt der strukturell Ähnlichkeit mit der Bestellung eines Notarvertreters hat – beruft es sich auf das Bundesverwaltungsgericht und führt aus¹²:

„Grundsätzlich wird ein Verwaltungsakt mit der in ihm enthaltenen Regelung erst von seiner Bekanntgabe an wirksam (§ 39 Abs. 1 Satz 1 SGB X¹³). Der Verwaltungsakt kann allerdings seine Geltung auch von einem früheren Zeitpunkt an – also rückwirkend – anordnen, denn er wird mit dem Inhalt wirksam, mit dem er bekannt gegeben wird (§ 39 Abs. 1 Satz 2 SGB X¹⁴). Zum Inhalt des Verwaltungsaktes gehört auch die Regelung von dessen zeitlichem Geltungsbereich, der – soweit es das materielle Recht zulässt – vor oder nach seiner Bekanntgabe liegen kann (vgl. BVerwGE 88, 278, 281). Die Anordnung der Rückwirkung einer behördlichen Genehmigung ist mithin rechtmäßig, soweit sie im materiellen öffentlichen Recht ausdrücklich oder nach dessen Sinn und Zweck zugelassen ist (...), beurteilt sich also nach dem Genehmigungserfordernis selbst und den mit ihm im Zusammenhang stehenden Bestimmungen.“¹⁵

▶ 4. Zeitpunkt des Wirksamwerdens der Vertreterbestellung bei isolierter Betrachtung des § 39 BNotO

Diese Grundsätze können aber natürlich nur Geltung in den Fällen haben, in denen der entsprechende Antrag rechtzeitig gestellt wurde, also vor dem vorgesehenen Anfangstermin oder jedenfalls am Tag des Anfangstermins (im letzteren Fall also, wenn man so will: „unechte“ Rückwirkung), nicht aber für Zeiträume nach dem Anfangstermin (entsprechend: „echte“ Rückwirkung). So hatte der Landgerichtspräsident in dem Fall, der dem Beschluss des OLG Celle vom 06.01.2003 zugrunde lag, eine begehrte „echte“ Rückwirkung der Vertreterbestellung offensichtlich abgelehnt, im Sachverhalt des Beschlusses heißt es wie folgt:

8 BVerwG, Urteil v. 21.06.1961, 8 C 398.59, BVerwGE 13, 1, 7; s.a. BVerwG, Urteil v. 01.02.1978, 6 C 9.77, BVerwGE 55, 212, 215 und BVerwG, Urteil v. 06.06.1991, 3 C 46.86, BVerwGE 88, 278-285.

9 Hervorhebung durch den Verfasser.

10 Hervorhebung durch den Verfasser.

11 BVerwG, Urteil v. 06.06.1991, 3 C 46.86, BVerwGE 88, 278-285.

12 BSG, Urteil v. 28.03.2007 – B 6 KA 30/06 R, NZS 2008, 220.

13 Entspricht § 43 Abs. 1 Satz 1 VwVfG.

14 Entspricht § 43 Abs. 1 Satz 2 VwVfG.

15 Das BSG präzisiert im letzten Satz dieses Zitats gegenüber den Entscheidungen des BVerwG noch die Voraussetzungen unter denen das Wirksamwerden einer Regelung vor deren Bekanntgabe möglich ist, worauf unten (unter 5.) zurück kommen sein wird.

„Der Notar X fertigte einen an den Präsidenten des LG gerichteten schriftlichen Antrag, Rechtsanwalt Y für die Zeit vom 10. bis 17.5.2002 zu seinem Notarvertreter zu bestellen. Als sich eine Mitarbeiterin des Notariats am 17.5.2002 nach der Bestellsurkunde für den Notarvertreter erkundigte, stellte sich heraus, dass der Antrag vom 6.5.2002 dort nicht vorlag, obwohl der Antrag per Telefax ausweislich des Sendeprotokolls am 7.5.2002 abgesandt worden war. Das LG nahm daraufhin lediglich für den 17.5.2002 eine Vertreterbestellung vor. In der Zeit vom 10.05.2002 bis zum 16.05.2002 hatte der als Vertreter vorgesehene Rechtsanwalt Beurkundungen durchgeführt, die zwischenzeitlich sämtlich wiederholt worden sind.“¹⁶

Diese Entscheidung des Landgerichtspräsidenten war zweifelsohne richtig, da bis zu dem Anruf der Mitarbeiterin am 17.05.2002 kein Antrag¹⁷ vorlag. Der Sachverhalt des Beschlusses grenzt (nun) aber auch beispielhaft ab von der Konstellation die vorliegend interessiert: geht der krankheitsbedingte Antrag auf Bestellung eines Notarvertreters für den/ab dem 17.05 frühmorgens am 17.05 (oder auch am späten Abend des 16.05) bei der Aufsichtsbehörde ein und erfolgt die Bestellung „irgendwann“ im Laufe des 17.05, kommt es für die Beantwortung der Frage, ob der Bescheid auf den Beginn¹⁸ des 17.05 zurückwirkt, also auf den 17.05, 00:01 Uhr oder erst ab dem Zeitpunkt des Zugangs der Bestellung beim Notarvertreter Wirkung entfaltet, darauf an, ob § 39 BNotO es zulässt, dass im Sinne der dargestellten Grundsätze des Bundesverwaltungsgerichts der Zeitpunkt der inneren Wirksamkeit des Bescheids vor dem Zeitpunkt der äußeren Wirksamkeit liegen kann.

Nach der dargestellten Rechtsprechung des BVerwG gehört zum Inhalt des Verwaltungsakts auch die Regelung ihres zeitlichen Geltungsbereichs, der – wenn das materielle Recht es zulässt – auch vor dem Zeitpunkt liegen bzw. beginnen kann, in dem die äußere Wirksamkeit des Verwaltungsaktes eintritt. Da § 39 BNotO ausdrücklich regelt,

dass „auf (...) Antrag für die Zeit¹⁹ (der) Abwesenheit oder Verhinderung (ein) Vertreter“ bestellt werden kann, wirkte die im Laufe des 17.05 beim Notarvertreter eingehende Bestellung insoweit auf den Beginn des Tages, also auf den 17.05, 00:01 Uhr zurück, da die Vertretung für den/ab dem 17.05 beantragt worden war.²⁰

► 5. Hat dieses Zwischenergebnis auch im Lichte des BeurkG Bestand?

Allerdings folgt das Beurkundungsgesetz als Verfahrensrecht dem nicht. Es darf bei Beginn einer Amtshandlung des Notarvertreters nicht ungeklärt sein, ob er wirksam bestellt ist oder nicht. Das Verfahrensrecht lässt eine solche Unklarheit nicht zu bzw. sieht diese überhaupt nicht vor. Der Vertreter ist bei Beginn der Amtshandlung Notarvertreter oder er ist eben „Nicht-Notarvertreter“. Sinn und Zweck des Beurkundungsverfahrens lassen dies – trotz des Befundes, dass es § 39 BNotO in Grenzen zulässt, dass die Bestellung zurückwirkt – nicht zu. Mit den Worten des BSG²¹ ließe das „Genehmigungserfordernis selbst“ (§ 39 BNotO) es zwar zu, dass die Vertreterbestellung im Sinne der vorliegend definierten „unechten“ Rückwirkung zurückwirkt, die „mit ihm im Zusammenhang stehenden Bestimmungen“ (insbesondere § 13 BeurkG) aber gerade nicht, weswegen im Ergebnis die (im obigen Beispiel) am 17.05 um 09:15 Uhr eingehende Bestellung nicht auf 00:01 Uhr des 17.05 zurückwirkt, auch wenn der Bescheid den 17.05. als Anfangstermin der Vertretung bestimmt.

Dies würde wohl auch dann gelten, wenn der antragstellende Notar einen Rechtsanspruch auf Bestellung eines Vertreters hätte, die Beteiligten (der antragstellende Notar und der Notarvertreter in spe) also (nahezu) sicher wüssten, dass die Bestellung wie beantragt erfolgen wird. Da de lege lata ein solcher Anspruch auf Bestellung aber gerade nicht besteht²², macht deutlich, dass eine „rückwirkende“ Vertreterbestellung beurkundungsrechtlich irrelevant sein muss, da hiervon ausgehend bei Beginn der ersten Amtshandlung vor Zugang der Bestellung nicht nur nicht bekannt wäre, „wann“ der Bescheid kommt, sondern auch, „ob“ der Bescheid überhaupt kommt.

¹⁶ OLG Celle, Beschluss v. 6.1.2003 – Not 23/02, RNotZ 2003, 631.

¹⁷ Ebenso lehnte der Landgerichtspräsident in dem Fall, der dem Urteil des BGH v. 4. Oktober 1956, III ZR 41/55, DNotZ 1958, 33, zugrunde lag, den Antrag auf rückwirkende Bestellung ab.

¹⁸ In der Kommentarliteratur findet sich – soweit ersichtlich – zu dieser Frage nur bei Frenz/Miermeister/Wilke, BNotO, 5. Auflage 2020, § 39 Rn. 25, ein Hinweis, der durch den Klammerzusatz „(Kalendertag)“ in diese Richtung zu tendieren scheint (andererseits heißt es am Ende der Rn. aber wie folgt: „Wird die Vertreterbestellung verspätet bekanntgemacht, so hat die Bekanntgabe keine statusbegründende Rückwirkung auf den im Bestellsurkunde genannten Tag des Inkrafttretens der Vertreterbestellung. Erst recht ist keine rückwirkende Vertreterbestellung möglich.“ Siehe zur rückwirkenden Bestellung auch: Schippel/Görk/Frisch, BNotO, 10. Auflage 2021, § 40 Rn. 5: „Rückwirkende Bestellung ist nicht möglich, da die Bestellung erst mit Bekanntgabe wirksam wird.“ Allgemein: Diehn/Beckhaus, BNotO, 2. Auflage 2019, § 40 Rn. 2: „...ex nunc ab Bekanntgabe...“

¹⁹ Hervorhebung durch den Verfasser.

²⁰ Natürlich vorausgesetzt, dass der Bescheid den 17.05 tatsächlich als Anfangstermin benennt und der Landgerichtspräsident nicht von sich aus den Anfangstermin auf den 18.05 „verschiebt“ und damit den Antrag auf Bestellung des Vertreters teilweise ablehnend verbescheidet.

²¹ Vgl. FN. 15.

²² Vgl. nur: Frenz/Miermeister/Wilke, BNotO, 5. Auflage 2020, § 39 Rn. 21.

▶ 6. Folgerungen und Fazit

Die vor dem Zugang der Bestellung vorgenommenen „Amtshandlungen“ des vermeintlichen Notarvertreters sind unwirksam²³ und beurkundungsbedürftige²⁴ Rechtsgeschäfte damit nichtig. Die Beurkundung muss vielmehr nach erfolgtem Wirksamwerden der Vertreterbestellung neu vorgenommen werden. Geht die Bestellung während einer bereits laufenden „Beurkundung“ ein, ist die Beurkundung von Neuem zu beginnen.

Neben dienst²⁵- und haftungsrechtlichen²⁶ Konsequenzen, kommen auch strafrechtliche²⁷ Folgen in Betracht.

Es gilt der zweite Leitsatz im schon genannten Beschluss des OLG Celle:

„Vor der Aufnahme einer Beurkundungstätigkeit muss sich der Notarvertreter selbst davon überzeugen, dass eine schriftliche Verfügung durch die Aufsichtsbehörde ergangen ist. Der Notar hat sich einer wirksamen Vertreterbestellung zu vergewissern.“²⁸

Der vorgesehene Notarvertreter ist demgemäß gut beraten, sich vor Beginn der ersten Amtshandlung davon zu vergewissern, dass seine schriftliche Bestellung bereits ergangen ist. Solange er hiervon keine positive Kenntnis hat, hat er vermeintliche Amtshandlungen zu unterlassen.

Die vorliegende Abhandlung hat bis hierher den Stand vom 03.05.2021. Die bis zu diesem Zeitpunkt vorgesehene Neufassung des § 40 Abs. 1 Satz 1 BNotO war von Frisch²⁹ wie folgt kurz dargestellt worden: „Inhaltlich sieht der Ent-

wurf in Bezug auf § 40 in Abs. 1 Klarstellungen zum Bestellungsverfahren (...) vor.“ Die später Gesetz gewordene Endfassung des § 40 Abs. 1 BNotO wird von der Bundesnotarkammer³⁰ mit dem Prädikat „(...) die neue Formulierung ist aus sich heraus leider nur schwer verständlich (...)“ versehen.

Der für die Endfassung des § 40 Abs. 1 verantwortlich zeichnende Ausschuss für Recht und Verbraucherschutz des Bundestages begründet diese am 09.06.2021 wie folgt:³¹

„(...) wird jetzt in Satz 1 klargestellt, dass der Vertretung (vor allem zu Legitimationszwecken) zwar eine schriftliche Bestellung zu übermitteln ist, die Bekanntmachung des Verwaltungsakts insbesondere in eiligen Fällen aber auch anderweitig (beispielweise telefonisch oder durch einfache E-Mail) erfolgen kann. Inhaltlich werden damit für die Wirksamkeit der Bestellung zwei Voraussetzungen normiert: zum einen der (ggfs. auch formlos mögliche) Erlass eines Verwaltungsakts und zum anderen die Übermittlung eines schriftlichen Dokuments, aus dem sich die Bestellung ergibt. In der Praxis dürften diese Anforderungen entweder (im Regelfall) in einem Akt durch eine Bestellung in Schriftform oder (in Eilfällen) in zwei Akten durch eine formlose Bestellung und die anschließende Übermittlung eines Schriftstücks erfüllt werden (...)“

ME. bleibt es für den Regelfall und jedenfalls als sichersten Weg für den Notarvertreter auch nach der Neuregelung dabei, dass er auf den vorhergehenden Erhalt einer Bestellsurkunde, schriftlich, per Fax oder nunmehr auch per E-Mail achtet, bevor er in Amtshandlungen eintritt.³²

23 Vgl. nur: *Frenz/Miermeister/Wilke*, BNotO, 5. Auflage 2020, § 39 Rn. 25.

24 Vgl. zur Unterscheidung zwischen Unwirksamkeit des Beurkundungsaktes einerseits und der materiellrechtlichen Unwirksamkeit des Rechtsgeschäfts wegen Formverstößes andererseits beim Verstoß gegen das Vorleseerfordernis *Piegsa*, in: *Armbrüster/Preuß/Renner*, BeurkG, 8. Auflage 2020, § 13 Rn. 14.

25 Vgl. *OLG Celle*, Beschluss v. 6.1.2003 – Not 23/02, RNotZ 2003, 631 (Ausspruch einer Missbilligung gegenüber dem vertretenen Notar).

26 Vgl. wegen Nichtigkeit eines Testamentes *BGH* v. 4. Oktober 1956 – III ZR 41/55, DNotZ 1958, 33 und wegen Nichtigkeit eines Grundstückskaufvertrags *RG* v. 15. März 1933 – V. 411/1932, DNotZ 1934, 38.

27 Amtsanmaßung nach § 132 StGB oder Missbrauch von Amtsbezeichnungen nach § 132a StGB hinzu, vgl. zu letzterem: *OLG Hamm*, Beschluss v. 02.09.2010 – 15 Wx 19/10, RNotZ 2011, 59.

28 *OLG Celle*, Beschluss v. 6.1.2003 – Not 23/02, RNotZ 2003, 631. Ebenso *OLG Hamm*, Beschluss v. 02.09.2010 – 15 Wx 19/10, RNotZ 2011, 59. Vgl. auch *BGH*, Beschluss v. 12. Mai 1982 – IVa ZB 13/81, NJW 1982, 1878 zur vergleichbaren Situation eines am LG zugelassenen Rechtsanwalts, der als Vertreter eines beim OLG zugelassenen Rechtsanwalts bestellt wurde.

29 *Schippel/Görk/Frisch*, BNotO, 10. Auflage 2021, Überblick zu § 40.

30 BNotK, Rundschreiben Nr. 09/2021, Seite 6 oben.

31 BT-Drs. 19/30504 vom 09.06.2021, Seite 19.

32 Vgl. BNotK, Rundschreiben Nr. 09/2021, Seite 6 Mitte.

Notarkosten bei Eheverträgen mit Modifikation der Zugewinnngemeinschaft

Von Notarassessorin Dr. Julia Bochis

I. Einführung

Dieser Beitrag hat den Ehevertrag junger Eheleute im Blick, die sich in der Berufsausbildung befinden oder deren Berufseinstieg nur wenige Jahre zurückliegt. Der Beweggrund für einen Ehevertrag in dieser Lebenssituation ist weniger im Erhalt des gegenwärtigen Vermögens beider Ehegatten begründet, sondern soll meist künftiges Vermögen aus dem Zugewinnausgleich der Ehegatten ausnehmen. Namentlich werden Regelungen zu künftigen Betriebsvermögen und privilegiertem Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB, insbesondere also Schenkungen zur Vorwegnahme der Erbfolge und Erbschaften selbst, getroffen. Anlass hierfür wird häufig ein entsprechendes Verlangen des Schenkers vor Tötigung der Schenkung sein, der nur zu einem Ehegatten in verwandtschaftlicher oder sonst naher Beziehung steht. Die Vermögenswerte sollen also in der unmittelbaren Familie gehalten werden. Bei der Herausnahme von künftigen Betriebsvermögen aus der Gewinnermittlung wird entweder ein Ehegatte oder beide Ehegatten einer selbstständigen Tätigkeit nachgehen und / oder eigene Einkünfte aus privater Vermögensverwaltung erzielen. Bei gesellschaftsmäßiger Erzielung von solchen Einkünften mag der Gesellschaftsvertrag fordern, dass die gesellschaftliche Beteiligung unter keinen Umständen bei der Ermittlung eines Zugewinnausgleichsanspruchs erfasst wird.¹

Ziel dieses Beitrages ist es, die Vorschrift des § 100 Abs. 3 GNotKG als zentrale Norm für die Berücksichtigung künftiger Vermögenswerte bei den Notarkosten für einen Ehevertrag de lege lata zu untersuchen.

II. § 100 Abs. 3 GNotKG de lege lata

§ 100 Abs. 3 GNotKG lautet:

„Betrifft der Ehevertrag Vermögenswerte, die noch nicht zum Vermögen des Ehegatten gehören, werden sie mit

30 Prozent ihres Werts berücksichtigt, wenn sie im Ehevertrag konkret bezeichnet sind.“

1. Meinungsbild

In Literatur, Rechtsprechung und notarieller Praxis herrscht überwiegend Einigkeit, was unter der „konkreten Bezeichnung“ iSv § 100 Abs. 3 GNotKG zu verstehen ist. Es seien „keine allzu hohen Anforderungen für die Konkretisierung eines Gegenstandes“² zu stellen, er müsse nur „erkenn-, bestimm-³ und bewertbar“⁴ sein.

Uneinigkeit besteht hingegen, wenn der Ehevertrag durch sog. „All-Klauseln“ sämtliches privilegiertes Anfangsvermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB oder sämtliches Betriebsvermögen aus der Ermittlung der Vermögenswerte für den Zugewinnausgleich ausnimmt. Zum Teil wird vertreten, dass diese „All-Klauseln“ die kostenrechtliche Folge des § 100 Abs. 3 GNotKG auslösen⁵, zum Teil wird vertreten, dass die Klauseln zu allgemein für eine konkrete Bezeichnung nach § 100 Abs. 3 GNotKG seien⁶.

Die Definition von Literatur und Rechtspraxis zu § 100 Abs. 3 GNotKG ist nicht selbstverständlich. Bei stoischer Betrachtung des Gesetzeswortlauts, der nun mal nicht jedwede Bezeichnung des Vermögenswertes für ausreichend betrachtet, sondern nur eine konkrete Be-

² Tiedtke in Korintenberg (o. Fn. 1), § 100 Rn. 41a.

³ Felix RNotZ 2019, 527 (531); BeckOK Kostenrecht/Lutz/Mattes, 32. Ed. 1.1.2021, § 100 Rn. 14; Pfeiffer in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, 3. Aufl 2019, § 100 Rn. 15, § 102 Rn. 26.

⁴ Diehn, Notarkostenberechnungen, 6. Aufl. 2020, Rn. 1567, 1678a.

⁵ Zumindest wenn die „All-Klausel“ sämtliches Betriebsvermögen, „insbesondere aus einer Rechtsanwaltskanzlei, einem Notariat oder einer Arztpraxis“, betrifft: LG Baden-Baden, n. v. Beschl. v. 20.12.2019 – nicht hingegen für die Herausnahme von sämtlichen Vermögenswerten, „die ein jeder Ehegatte (...) mit Rücksicht auf ein künftiges Erbrecht, durch Schenkung oder als Ausstattung erhält“, „insbesondere Immobilien“. Der Entscheidung des LG Baden-Badens lag ein Ehevertrag eines Rechtsreferendars und eines Assistenzarztes zugrunde.

⁶ Tiedtke in Korintenberg (o. Fn. 1), § 100 Rn. 41a; Tiedtke/Sikora in Limmer/Hertel/Frenz/Mayer, Würzburger Notarhandbuch, 5. Aufl. 2018, Kapitel 6, Rn. 6; wohl auch Diehn (o. Fn. 4), Rn. 1572, allerdings wird im Rahmen von § 102 Abs. 1 S. 1 GNotKG – der Berücksichtigung künftiger Vermögenswerte des Erblassers bei der Berechnung der Notarkosten für eine Verfügung von Todes wegen – vertreten, dass „All-Klauseln“ doch ausreichend wären – zumindest wenn sie mit Blick auf eine erwartete Erbschaft des Erblassers getroffen werden, ebenda, Rn. 1678a.

¹ Beispiele angelehnt an: Tiedtke in Korintenberg, GNotKG, 21. Aufl. 2020, § 100 Rn. 43a.

zeichnung, käme auch ein viel strengeres Verständnis etwa unter Forderung von den Vermögenswert individuell kennzeichnenden Merkmalen (etwa Grundbuchblatt, Flurstücksnummer bei Grundbesitz, genaue Firmierung oder Sitz eines Unternehmens) in Betracht. Eine Rückbesinnung auf die juristische Methodenlehre unter grammatikalischer, historischer, teleologischer und systematischer Auslegung der Norm scheint angezeigt.

2. Wortlaut des § 100 Abs. 3 GNotKG

Bei der grammatikalischen Auslegung ist zu berücksichtigen, dass das Wort „konkret“ im allgemeinen Sprachgebrauch nicht nur die Bedeutung „bestimmt und präzise“, sondern auch „gerade anstehend“ und „auf einen infrage stehenden Einzelfall bezogen“ haben kann.⁷ Dem Wort „konkret“ die Bedeutung „bestimmbar“ zuzumessen, würde sich an die sachenrechtlichen Bestimmtheitsgrundsätze anlehnen. Grundsatz des GNotKG ist es aber, eine eigenständige kostenrechtliche Auslegung zu pflegen.⁸ Bei der eigenständigen kostenrechtlichen Auslegung drängt sich geradezu die Frage auf, wieso der Gesetzgeber das Wort „konkret“ gewählt hat. Hätte er dieser Formulierung die weite Bedeutung „erkenn-, bestimm- und bewertbar“ zumessen wollen, hätte er auch schlicht auf die einfache Benennung künftiger Vermögenswerte im Ehevertrag abstellen können, ohne dass es noch der Hinzufügung „konkrete Bezeichnung“ bedurft hätte. Dies spricht dafür, § 100 Abs. 3 GNotKG eher restriktiv auszulegen.

Eine solche restriktive Auslegung wäre es, unter einer konkreten Bezeichnung nur individuell bestimmte Vermögenswerte unter Angabe einer konkreten Adresse, Firmierung oder eines Sitzes zu erfassen oder bei fehlender konkreter Angabe darauf abzustellen, ob der Erwerb künftigen Vermögens gerade ansteht, etwa weil der Notar neben der Beurkundung eines Ehevertrages um die Beurkundung einer Vermögensübertragung iSv § 1374 Abs. 2 BGB oder um die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages gebeten wurde.

Zur „konkreten Regelung“ wäre dann eine „bestimmbare“ Regelung und eine „allgemeine“ Regelung abzu-

grenzen. Eine bestimmbare oder allgemeine Regelung wäre der pauschale Ausschluss aller zukünftig geerbten/geschenkten Gegenstände oder sämtliches Betriebsvermögen.

Die nach dem Wortlaut des § 100 Abs. 3 GNotKG naheliegende restriktive Auslegung der konkreten Bezeichnung würde an der Einordnung in die Kategorie „bestimmbar“ oder „allgemein“ auch nichts ändern, wenn der pauschale Ausschluss – wie etwa im Fall des LG Baden-Baden⁹ – um Zusätze wie „insbesondere Immobilien“, „insbesondere eine Rechtsanwaltskanzlei, ein Notariat oder eine Arztpraxis“ ergänzt wird. Es handelt sich lediglich um Klarstellungen, was unter dem privilegierten Vermögen gem. § 1374 Abs. 2 BGB und unter dem Betriebsvermögen zu verstehen ist. Erst wenn der Erwerb der Immobilie, der Rechtsanwaltskanzlei oder der Arztpraxis erkennbar bevorsteht, etwa indem der Ehevertrag mit dem Beurkundungsansinnen einer Übertragung einer konkreten Immobilie verbunden wird, wird es auch Anlass für und die Möglichkeit einer konkreten Bezeichnung mit Adresse oder Sitz geben.

3. Historische Auslegung des § 100 Abs. 3 GNotKG

Die Berücksichtigung künftigen Vermögens findet kein Gegenstück in der KostO und kam erst mit dem GNotKG zum Tragen.¹⁰ Nach der amtlichen Gesetzesbegründung soll mit der Vorschrift dem Umstand Rechnung getragen werden, dass „Eheverträge häufig im Hinblick auf den bevorstehenden [sic!] Erwerb eines bestimmten Vermögenswerts abgeschlossen werden“¹¹. Weiterhin zählt die Gesetzesbegründung beispielhaft den Fall einer Zuwendung im Wege der vorweggenommenen Erbfolge auf, „bei denen der Zuwendende Wert darauf legt, dass der Ehepartner des Empfängers im Fall der Scheidung in keiner Weise von der Zuwendung profitiert und dies vor der Zuwendung zwischen den Eheleuten geregelt haben möchte“¹². Anlass der ehevertraglichen Regelung ist im Beispielsfall also der im Vorfeld gefasste Entschluss eines Zuwenders, einem Ehepartner einen Vermögenswert zukommen zu lassen. Dies lässt durchaus den Gegenschluss zu, dass es zu keiner kostenrechtlichen Berücksichtigung künftigen Vermögens kommen darf, wenn es keinen konkreten Anlass für die ehevertragliche Regelung gab, sondern all-

7 Bedeutung nach dem Duden, abrufbar unter <https://www.duden.de/rechtschreibung/konkret>.

8 Beispielhaft hierfür: *LG Kleve*, Beschl. v. 16.8.2016 – 4 OH 7/16, BeckRS 2016, 19008, wonach eine handels- oder steuerrechtliche Rückwirkung einer Übertragung keine Auswirkung auf die Auslegung künftigen Vermögens iSv § 100 Abs. 3 GNotKG hat. Der Entscheidung des LG Kleves lag ein Fall zugrunde, in welchem die Übertragung der vom Zugewinnausgleich ausgenommenen Vermögenswerte am selben Tag, aber nach Abschluss des Ehevertrages erfolgte. Die Berücksichtigung nach § 100 Abs. 3 GNotKG wurde bejaht.

9 O. Fn. 5.

10 BeckOK Kostenrecht/Lutz/Mattes (o. Fn. 3), § 100 Rn. 13.

11 BT-Drs. 17/11471 (neu), S. 181 re. Sp.

12 Ebenda.

gemein sämtliche Schenkungen, Erbschaften und sämtliches Betriebsvermögen aus der Zugewinnermittlung ausgenommen werden sollen. Differenzierungskriterium ist nach der Gesetzesbegründung der „bevorstehende Erwerb“, der sich durch eine konkrete Bezeichnung des Gegenstands ausdrückt.¹³

Ohne das Differenzierungskriterium des „bevorstehenden Erwerbs“, der sich durch eine konkrete Bezeichnung des Gegenstands ausdrückt, müsste man anderenfalls auch jeden potentiellen Erbfall, jede potentielle Schenkung und jede potentielle Entwicklung von Betriebsvermögen eines Ehegatten mit entsprechender ehevertraglicher Regelung in den Kostentatbestand aufnehmen. Denn jeder potentielle Erbfall, jede potentielle Schenkung und jede potentielle Entwicklung von Betriebsvermögen könnte von dem Ausschluss des Zugewinns durch die „All-Klauseln“ erfasst werden. In letzter Konsequenz käme eine Berücksichtigung des gegenwärtigen (modifizierten) Vermögens der Ehegatten und eine Berücksichtigung des gegenwärtigen Vermögens der Eltern der Ehegatten oder anderer erwartbarer Erbschaften zustande.

4. Systematische Auslegung des § 100 Abs. 3 GNotKG

Das GNotKG kennt neben der Vorschrift des § 100 Abs. 3 noch ausdrücklich in § 102 Abs. 2 die kostenrechtliche Berücksichtigung künftigen Vermögens bei Verfügungen von Todes wegen. Im Grunde betrifft jede Verfügung von Todes wegen Vermögenswerte, die dem Erblasser noch nicht gehören, da sich der Vermögensstand zum Erbfall nur in den seltensten Fällen vorhersehen lässt. Auch für § 102 Abs. 2 GNotKG stellt die amtliche Gesetzesbegründung auf den „bevorstehenden Erwerb“ fremder Vermögenswerte durch den Erblasser ab, um den Unterschied zu den Fällen darzustellen, die bereits im Rahmen der Verfügung über das gegenwärtige Vermögen enthalten sind.¹⁴

5. Teleologische Auslegung des § 100 Abs. 3 GNotKG

Sinn und Zweck des § 100 Abs. 3 GNotKG ist die Schließung einer Gerechtigkeitslücke im kostenrechtlichen Äquivalenzprinzip. Unter Geltung der KostO konnte das

künftige Vermögen selbst dann nicht kostenrechtlich berücksichtigt werden, wenn der Notar an demselben Tag, aber zeitlich nach dem Ehevertrag einen Übergabevertrag auf einen der Ehegatten beurkundet hat.

Wann eine kostenmäßig unangemessene Gegenleistung für die Inanspruchnahme der notariellen Tätigkeit vorliegt, ist auch im Hinblick auf die anderen notariellen Gestaltungsmöglichkeiten zu bewerten. Anstatt Schenkungen, Erbschaften und Betriebsvermögen aus der Zugewinnermittlung auszunehmen, hätten die Ehegatten auch den vollständigen Ausschluss des Zugewinns vereinbaren können. Bei einem vollständigen Ausschluss des Zugewinns wäre niemand auf den Gedanken kommen, künftiges Vermögen der Ehegatten in die Kostenberechnung einzustellen, obwohl sich anhand der statistischen durchschnittlichen Ehedauer und anhand der Berufe der Ehegatten durchaus ein künftiger Wert schätzen ließe,¹⁵ der mit dem vollständigen Ausschluss des Zugewinns bei Beendigung der Ehe neben dem gegenwärtigen Vermögen der Ehegatten erfasst wird.

Gerade bei Ausschluss des privilegierten Vermögens iSv § 1374 Abs. 2 BGB von jeglicher Berücksichtigung im Zugewinnausgleich zeigt sich die Absurdität der kostenrechtlichen Berücksichtigung von „All-Klauseln“ ohne bevorstehenden Anlass. Hätten die Ehegatten keine Regelung zu diesen Vermögenswerten getroffen, wäre ohnehin nur eine Wertsteigerung des privilegierten Vermögens in die Zugewinnausgleichsberechnung einzustellen.¹⁶ Keinesfalls wäre der gesamte Wert des privilegierten Vermögens iSv § 1374 Abs. 2 BGB zu berücksichtigen, wie es aber bei § 100 Abs. 3 GNotKG teilweiser notarieller Praxis entspricht.

Schließlich sollte nicht unberücksichtigt bleiben, dass eine zu extensive Auslegung des § 100 Abs. 3 GNotKG mit nahezu jeder Berücksichtigung künftigen Betriebsvermögens einen ungerechtfertigten Eingriff in die Berufsfreiheit der Ehegatten gem. Art. 12 Abs. 1 GG bedeuten kann. Potentiell erwerbsträchtige Berufe werden im Vergleich zu weniger erwerbsträchtigen Berufen benachteiligt, obwohl der Gesetzgeber nicht nach den Berufen der Ehegatten, sondern gem. § 100 Abs. 1 GNotKG nach dem gegenwärtigen Vermögen und gem. § 100 Abs. 3 GNotKG nach der konkreten Bezeichnung wegen bevorstehenden Erwerbs differenzieren wollte.

¹³ Ebenda.

¹⁴ BT-Drs. 17/11471 (neu), S. 182 re. Sp.

¹⁵ Im Fall des LG Baden-Badens (o. Fn. 5) wurden 300.000 € für die künftige Rechtsanwaltskanzlei / das künftige Notariat und 300.000 € für die künftige Arztpraxis angesetzt.

¹⁶ MüKoBGB/Koch, 8. Aufl. 2019, § 1374 BGB Rn. 21.

6. Zwischenergebnis

Grammatikalische, historische, teleologische und systematische Auslegung sprechen dafür, künftiges Vermögen im Rahmen von § 100 Abs. 3 GNotKG nur dann kostenmäßig zu berücksichtigen, wenn der Erwerb künftigen Vermögens bevorsteht und sich dies durch eine konkrete iSv einer individuell unterscheidbaren Bezeichnung der Vermögenswerte im Ehevertrag ausdrückt. Ob der Erwerb künftigen Vermögens bevorsteht, etwa weil sich die Absichten zu einer Schenkung iSv § 1374 Abs. 2 BGB oder zur Gründung eines Betriebs so sehr verdichtet haben, dass sie sich in konkreten Vorbereitungshandlungen ausdrücken und damit Anlass für den Ehevertrag werden, hat der Notar für die Kostenrechnung zu ermitteln. Konkrete Vorbereitungshandlungen können beispielsweise die Absprache mit Grundpfandrechtsgläubigern, Versicherungen, Steuerberatern, die Gründungsfinanzierung, Erstellung eines Businessplans oder die Beauftragung des Notars mit der Übertragung künftigen Vermögens bzw. Gründung eines Unternehmens sein.

7. Pflicht des Notars zur Kostenberatung?

Die Frage nach dem Bestehen des Erwerbs künftigen Vermögens stellt sich richtigerweise nicht erst nach der Beurkundung im Rahmen der Kostenrechnung, sondern bereits vor der Beurkundung im Rahmen der Sachverhaltserforschung gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG.¹⁷ Denn je nachdem, wie sehr sich der künftige Erwerb des Vermögens bereits verdichtet hat, wird eine andere Gestaltungsoption des Ehevertrags zu wählen sein. Ist der künftige Vermögensgegenstand noch gar nicht existent, kann nur eine „All-Klausel“ in Betracht kommen. Je näher der künftige Erwerb des Vermögensgegenstands bevorsteht, desto eher wird auch eine konkret-individuelle Bezeichnung im Ehevertrag angezeigt sein, weil dann weniger Zweifel darüber entstehen können, ob der Vermögenswert tatsächlich vom Ausschluss im Zugewinn erfasst wird. Die konkret-individuelle Bezeichnung mag also im Einzelfall eindeutiger sein.

Möchten die Ehepartner jedoch ausdrücklich eine kostengünstige Gestaltungsoption und steht der Erwerb künfti-

gen Vermögens nicht unmittelbar bevor, wird der Notar im Regelfall die „All-Klausel“ vorzuschlagen haben¹⁸ und keine kostenrechtliche Berücksichtigung künftigen Vermögens vornehmen dürfen.

Im umgekehrten Fall, wenn der Erwerb künftigen Vermögens unmittelbar bevorsteht (und der Notar eventuell sogar mit dessen Beurkundung beauftragt wurde), die Ehegatten aber dennoch eine allgemein gehaltene Formulierung wünschen, ohne dass der konkret-individuelle Gegenstand wenigstens als Spezifizierung dienen darf (etwa: „insbesondere die Arztpraxis in der Musterstraße 13“), wird die Annahme eines Umgehungsgeschäfts auf der Hand liegen (und der Notar wird über die Rechtsfolgen eines Umgehungsgeschäfts zu belehren haben). In diesem Fall kann es aufgrund des Sinns und Zwecks des § 100 Abs. 3 GNotKG nicht auf die fehlende konkrete Bezeichnung im Ehevertrag ankommen, sondern es ist auf den unmittelbar bevorstehenden Erwerb abzustellen.

► III. Fazit

Die in Eheverträgen mit Modifikation der Zugewinnngemeinschaft häufig anzutreffenden „All-Klauseln“ unter Ausschluss jeglichen privilegierten Vermögens gem. § 1374 Abs. 2 BGB und jeglichen Betriebsvermögens aus der Zugewinnermittlung lösen im Regelfall nicht die kostenrechtliche Folge des § 100 Abs. 3 GNotKG aus. Es ist eine Bezeichnung des künftigen Vermögensgegenstands unter Benennung individueller Merkmale (Grundbuchblatt, Sitz, Adresse etc.) zu fordern. Enthält der Ehevertrag eine solch konkret-individuelle Bezeichnung, ohne dass es hierzu Veranlassung gab, wird ein Verstoß gegen § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG in Betracht kommen. Gab es Veranlassung dazu, eine konkret-individuelle Bezeichnung zumindest spezifizierend aufzunehmen, weil der Erwerb des künftigen Vermögens erkennbar bevorsteht, wird dies aber von den Ehegatten ausdrücklich nicht gewünscht, ist dennoch eine kostenrechtliche Berücksichtigung angezeigt.

¹⁷ Im Einzelnen mag es sehr umstritten sein, wann eine Pflicht zur Willens- und Sachverhaltserforschung gem. § 17 Abs. 1 S. 1 BeurkG besteht. Wenn die Sachverhaltsermittlung aber zu verschiedenen rechtlichen Gestaltungsoptionen führt, liegt eine Pflicht des Notars zur Sachverhaltserforschung nahe, BeckOK BeurkG/Raude, 4. Ed. 1.5.2020, § 17 Rn. 10.

¹⁸ Der Notar muss grundsätzlich nicht über die jeweils entstehenden Kosten bei den verschiedenen Gestaltungsmöglichkeiten belehren. Etwas anderes ergibt sich allerdings, wenn die Beteiligten danach fragen, *Ganter DNotZ* 2019, 245 (251); *Tiedtke in Korintenberg* (o. Fn. 1), § 21 Rn. 17.

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung

von Andreas Panz¹, Markus Schenk² und Martina Weisheit³

Dies ist Teil 4 der in regelmäßigen Abständen erscheinenden Übersicht einer natürlich subjektiv geprägten Auswahl für den Bereich der Nachfolgeplanung interessanter Themen aus dem Zivil- und Steuerrecht. Die Autoren sind dabei allesamt schwerpunktmäßig im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge bei Ebner Stolz tätig.

In dieser Ausgabe beschäftigen wir uns mit dem Einfluss krisenbedingt höherer Schwankungen bei Unternehmenswerten auf verschiedene Rechtsbereiche.

A. Aktuelles aus dem Zivilrecht

Abfindungsklauseln in der Krise

Wie wir dem Monatsbericht der Deutschen Bundesbank aus dem August dieses Jahres⁴ entnehmen können, verfehlte die Wirtschaftsleistung ihren Vorkrisenstand vom IV. Quartal 2019 noch um fast 3,5 %, wobei sich die pandemiebedingten Risiken im Herbstquartal wohl wieder stärker auswirken dürften. So hat auch das IDW in seinem fachlichen Hinweis im März 2020⁵ bereits dargestellt, dass sich der Konjunkturunbruch oftmals auf die Bewertung der hiervon betroffenen Unternehmen auswirkte.

Vielfach sehen Gesellschaftsverträge im Mittelstand bzw. von Familiengesellschaften jedoch vereinfachte vergangenheitsbezogene Wertermittlungsmethoden vor, um eine zeitaufwändige und kostenintensive Unternehmensbewertung, so z.B. nach dem Standard IDW S1 zu vermeiden⁶.

Dass solche vergangenheitsbezogenen Methoden jedoch mitunter auch zu Überraschungen führen können, soll die heutige Abhandlung darstellen.

1. Abfindung im Todesfall

Den sicher häufigsten Fall eines nicht planbaren Ausscheidens stellt das Ausscheiden durch Tod einer natürlichen Person als Gesellschafter einer Familiengesellschaft und/oder eines mittelständischen Unternehmens in der Rechtsform der Personen- oder Kapitalgesellschaft dar.

Wird mit einer qualifizierten Nachfolgeklausel abweichend von der gesetzlichen Regelung die Gesellschaft nicht mit den Erben fortgesetzt, erhält der Erbe grundsätzlich eine Abfindung, solange dies nicht im Gesellschaftsvertrag ausgeschlossen ist.

Bei einer Kapitalgesellschaft scheiden die nicht als Gesellschafter zugelassene Erben in der Regel durch eine Satzungsregelung zur Zwangseinziehung oder Abtretung der Geschäftsanteile gegen Abfindung aus.

2. Gesetzlicher Abfindungsanspruch

Sofern gesellschaftsvertraglich keine Vorsorge getroffen wurde und demnach grundsätzlich ein Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft besteht, ist gem. § 738 ff. BGB (der bei Kapitalgesellschaften analog anzuwenden ist) Folge dieses Ausscheidens, dass der Gesellschafter so zu stellen ist, als sei die Gesellschaft aufgelöst und zu diesem Zweck das Gesellschaftsvermögen gem. den §§ 732 ff. BGB auseinandergesetzt worden.

Der Abfindungsanspruch gem. § 738 Absatz 1 Satz 2 BGB entspricht dabei dem Auseinandersetzungsguthaben im Falle der einvernehmlichen Liquidation. Die Rechtsprechung geht hier davon aus, dass dem Gesellschafter grundsätzlich sein Anteil am wirklichen Gesellschaftswert entsprechend seiner Kapitalbeteiligungsquote oder der „wirkliche Wert des Unternehmens einschließlich aller stillen Reserven und einschließlich des good will des Unternehmens zusteht“, was betriebswirtschaftlich auf den Verkehrswert hinausläuft. Mangels spezialgesetzlicher Regelungen sind diese Grundsätze aus dem Recht der Gesellschaft bürgerlichen Rechts auch für die übrigen

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 <https://www.bundesbank.de/resource/blob/873888/7eae684e06875c65fdfa854569d3365d/mL/2021-08-konjunktur-data.pdf>

5 <https://www.idw.de/blob/122884/2316f82457e82143445b8d0740a3e89/down-corona-faub-fachlinwubewertung-data.pdf>

6 *Herf* GmbH 2012, 621 (624).

7 BGH NJW 1953, 780.

Personengesellschaften (arg. e. § 105 Absatz 3 HGB bzw. §§ 161 Absatz 2, 105 Absatz 3 HGB) und die Partnerschaftsgesellschaft (arg. e. § 1 Absatz 4 PartGG) anzuwenden.

Ferner sind nach überwiegender Meinung in der Literatur⁸ diese Grundsätze analog auch bei der Ermittlung der Abfindungszahlung eines ausscheidenden Gesellschafters einer GmbH zu berücksichtigen.

3. Abfindungsbeschränkungen

Durch den sich sonach ergebenden Abfindungsanspruch können sich existenzbedrohende Liquiditätsengpässe für das Unternehmen ergeben, denen zumindest teilweise durch eine Regelung zur Abfindungsbeschränkung Einhalt geboten werden kann. Lediglich für die Aktiengesellschaft und die Kommanditgesellschaft auf Aktien gibt § 23 Absatz 5 AktG die Bestimmungen des Aktiengesetzes als zwingendes Recht vor.

Die Integration einer solchen Abfindungsbeschränkung dient dabei zum einen der Beschränkung und der Vereinfachung der Berechnung dieser Abfindung. Auf der anderen Seite bezweckt sie eine Streitvermeidung bezüglich der Höhe der Abfindung und damit auch einen Liquiditätsschutz der Gesellschaft vor unvorhersehbaren Abflüssen.

Anzumerken dabei ist, dass für den Todesfall sogar, als Ausnahme zur Regel, sowohl in der GmbH wie auch in der Personengesellschaft ein gänzlicher Ausschluss der Abfindung denkbar ist.⁹

Daher sollen oftmals Buchwertklauseln sicherstellen, dass der ausscheidende Gesellschafter den handelsbilanziellen Wert seiner Beteiligung unter Ausschluss der stillen Reserven erhält, wobei unter dem Begriff „Buchwert“ zunächst dem Wortlaut nach das (handels-)bilanzielle Eigenkapital zu verstehen ist.

Dabei werden üblicherweise die im vorausgegangenen Jahresabschluss ausgewiesenen Buchwerte der Abfindungsberechnung zugrunde gelegt, wobei Verbindlichkeiten berücksichtigt werden, nicht jedoch stille Reserven oder der Firmenwert¹⁰.

Die Beschränkung der Abfindung auf den Buchwert ist nicht per se unzulässig, sondern vielmehr grundsätzlich zulässig, allerdings insb. dann mit Vorsicht zu genießen,

wenn die Abfindung wesentlich geringer sein sollte als der Verkehrswert¹¹, da die verbleibenden Gesellschafter bei einem groben Missverhältnis zwischen dem wahren Wert des Gesellschaftsanteils und dem Wert, wie er sich nach dem Gesellschaftsvertrag ermittelt, Gefahr laufen, dass der Abfindungsbetrag auf der Grundlage der Umstände des Einzelfalls anzupassen ist¹². Diese Gefahr besteht ferner dann, wenn bereits im Zeitpunkt der Vereinbarung ein grobes Missverhältnis zwischen dem Buchwert und dem Verkehrswert besteht und hierfür kein besonderer Rechtfertigungsgrund besteht. Kritisch sind darüber hinaus Gestaltungen, die eine Buchwertklausel mit einer prozentualen Begrenzung kombinieren, da dann bei einem zu großen Abschlag die Nichtigkeit der Klausel wegen sittenwidriger Benachteiligung droht. An die Stelle der nichtigen Abfindungsbeschränkung tritt dann eine Abfindung nach den gesetzlichen Regeln, also zum Verkehrswert¹³.

4. Abfindung über dem Verkehrswert denkbar?

Das regelmäßig verfolgte Ziel der Abfindungsbeschränkung kann sich allerdings auch in die andere Richtung wenden, wenn in der Beteiligung statt stiller Reserven stille Lasten ruhen. Solche können sich vor allen Dingen daraus ergeben, dass wertmindernde Faktoren in dem für die Berechnung der Abfindung maßgeblichen Abschluss noch keine Berücksichtigung gefunden haben.

Die handelsrechtliche Bilanz weist nämlich gem. §§ 242 Absatz 1 Satz 1 HGB i.V.m. 252 Absatz 1 Nr. 3 HGB als stichtagsbezogene Vermögensübersicht nur Vermögensänderungen aus, die bis zum Bilanzstichtag tatsächlich eingetreten sind. Im Zusammenhang mit der Corona-Pandemie kommen dabei z.B. Abschreibungen und nicht aktivierbare Aufwendungen in Betracht.

Abschreibungsbedarf kann sich dabei z.B. im Umlaufvermögen daraus ergeben, dass Forderungen gegenüber zahlungsunfähigen Kunden uneinbringlich werden oder auch wenn Vorräte und/oder halbfertige Erzeugnisse nicht mehr abgesetzt werden können.

Ferner können Aufwendungen in Zusammenhang mit der Umstellung der Produktion oder des Leistungsangebots zur Anpassung an veränderte Nachfrage/Märkte entstehen.

Buchhalterisch haben sog. „wertbegründende Umstände“, die erst nach dem Bilanzstichtag eintreten, grundsätz-

8 Kleindiek in Luter/Hommelhof, GmbHG, 20. Auflage 2020, § 34 Rn. 66; Leitzen RNotZ 2009, 315.
9 Hölscher ZEV 2010, 609.
10 Baumbach/Hueck/Kersting GmbHG § 34 Rn. 35

11 MüKoGmbHG/Strohn, 3. Auf. 2018, GmbHG § 34 Rn. 255-257
12 Hülsmann NJW 2002, 1673.
13 BGH NJW 1992, 892 (894).

lich keinen Einfluss auf die Bilanzerstellung¹⁴; lediglich sog. „wertaufhellende Umstände“, die zum Bilanzstichtag bereits objektiv vorlagen, aber erst nach dem Bilanzstichtag erkennbar werden, sind zum Stichtag zu berücksichtigen.

Nachdem der Einfluss der Corona-Pandemie überwiegend als wertbegründend angesehen wird¹⁵, liegen die bislang in Literatur und Rechtsprechung noch nicht beleuchteten Thematiken auf der Hand.

Da, wie dargestellt, auf den Buchwert der Beteiligung zum letzten Bilanzstichtag abgestellt wird, also zum Ende des letzten Geschäftsjahres vor dem Ausscheiden des Gesellschafters, können sich insb. für Geschäftsjahre, die in den Kalenderjahren 2019, 2020 und 2021 enden, mitunter Situationen ergeben, in denen wertmindernde Faktoren für die Unternehmensbewertung durch pandemiebedingte Sachverhalte aus vorausgegangenen Geschäftsjahren nicht im letzten Jahresabschluss vor dem Abfindungsereignis berücksichtigt worden sind.

Der abzufindende Buchwert kann in einem solchen Fall also durchaus über dem Verkehrswert der Beteiligung liegen.

5. Konsequenzen einer Abfindung über Verkehrswert

In Literatur und Rechtsprechung wurden bislang jedoch lediglich diejenigen Fälle beleuchtet, bei denen sich eine zum Zeitpunkt der Vereinbarung wirksame Abfindungsbeschränkung durch eine nachträgliche positive Unternehmensentwicklung zu einer unangemessenen Abfindungsbeschränkung wandelt¹⁶.

Ergibt sich dabei aufgrund einer solchen nachträglichen, positiven Entwicklung des Unternehmenswertes ein großes Missverhältnis zwischen dem gesellschaftsvertraglich vorgesehenen Abfindungswert und der gesetzlich vorgesehenen Abfindung, führt dies jedoch nicht automatisch zur Nichtigkeit, die bestehende Abfindungsklausel bleibt auch weiterhin gültig, doch erfolgt eine Korrektur über eine ergänzende Vertragsauslegung¹⁷.

Auf diesem Wege ist sodann unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls eine angemessene Abfindung festzulegen, die sich im Ergebnis allerdings regelmäßig noch unterhalb des Verkehrswertes bewegen wird.

Zur Streitvermeidung wird in der Praxis daher die Buchwertklausel im Gesellschaftsvertrag mit einer Korrekturklausel verbunden, die es sowohl dem Ausgeschiedenen als auch der Gesellschaft gestattet, die Erstellung eines Schiedsgutachtens zur Ermittlung des tatsächlichen Werts der Beteiligung zu verlangen, der dann bei einer erheblichen Abweichung Vorrang vor der Buchwertklausel haben soll. Hierbei ist es dann auch zulässig, gestaffelte Abschläge vorzusehen, deren Höhe sich nach dem Grund des Ausscheidens richtet¹⁸.

Soweit ersichtlich wurde bislang jedoch weder diskutiert noch entschieden, ob diese Grundsätze auch für eine Abweichung des Abfindungsguthabens „nach oben“ gelten. Dies erscheint u.E. durchaus fraglich.

Dabei ist zu beachten, dass die obergerichtliche Rechtsprechung¹⁹ eine über dem Verkehrswert liegende Abfindung regelmäßig nicht nach § 138 Absatz 1 BGB als sittenwidrig einstuft, ferner aus denselben Erwägungen heraus auch eine über dem Verkehrswert liegende Abfindung nicht als Kündigungsbeschränkung gem. § 723 Absatz 3 verboten sein soll²⁰.

Vor diesem Hintergrund spricht gegen eine Anpassung der über dem Verkehrswert liegenden Abfindung ferner die Erwägung, dass die Gesellschafter mit der Abfindungsklausel bewusst eine abschließende Regelung getroffen haben, die für eine ergänzende Auslegung eigentlich keinen Raum lässt²¹. Mit denselben Argumenten scheidet auch der Wegfall der Geschäftsgrundlage (§ 313 BGB) als Ansatz für eine Angemessenheitskontrolle aus, da die Abfindungsklausel eine vertragliche Risikoverteilung hinsichtlich des Ergebnisses der Abfindungsermittlung enthält²².

Denkbar wäre daher allenfalls der Einwand unzulässiger Rechtsausübung, da eine Angemessenheitskontrolle der Abfindung auf Grundlage des § 242 BGB im „Normalfall“ bei einem Ergebnis unter dem Verkehrswert zugunsten des ausscheidenden Gesellschafters durchzuführen ist, wenn das Interesse der verbleibenden Gesellschafter an der Liquiditätsschonung der Gesellschaft hinter dem Interesse des ausscheidenden Gesellschafters auf eine möglichst hohe Abfindung zurücktreten muss, so dass es stets auf eine Einzelfallbeurteilung ankommt.

14 BFH BStBl. II 1993, 446.

15 Fn. 2.

16 Kleindiek in Luter/Hommelhof, GmbHG, 20. Auflage 2020, § 34 Rn. 172.

17 Kleindiek a.a.O., Rn. 173, m.w.N.; MüKoGmbHG/Strohn GmbHG § 34

Rn. 240-242 m.w.N.

18 Ekhardt notar 2015, 347.

19 OLG München NJOZ 2006, 2198.

20 MüKoBGB/Schäfer BGB § 738 Rn. 49-52.

21 Mecklenbrauch BB 2000, 2001.

22 Mecklenbrauch a.a.O.

Eine Buchwertklausel kann daher im konjunkturellen Abschwung mitunter zu Abfindungsansprüchen führen, die über dem aktuellen, nach künftigen Ertragsgesichtspunkten ermittelten Verkehrswert liegen. Im Streitfall wird eine verlangte Anpassung des Abfindungsergebnisses ohne ein sachverständiges Vergleichsgutachten kaum möglich sein, wobei die Praxis oftmals dabei auf das Verfahren nach dem Standard IDW S1²³ abstellen wird, wodurch die ursprüngliche Absicht einer einfachen und kostengünstigen Wertermittlung durchaus konterkariert werden könnte.

Bestehende Gesellschaftsverträge sollten daher unbedingt durch alle Gesellschafter einer kritischen Prüfung unterzogen werden, ob diese Verfahren mit den vorstehend aufgezeigten möglichen Konsequenzen in einer veränderten Wirtschaftslage noch interessengerecht sind.

In diesem Zusammenhang können ggf. Öffnungsklauseln angezeigt sein, die auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage ein Abweichen von der zunächst vorgesehenen Wertermittlungsmethode ermöglichen oder Höchstbetragsbestimmungen, nach denen die Abfindung einen bestimmten Prozentsatz des Verkehrswertes nicht überschreiten darf, ferner entsprechend „umgekehrte Risikoklauseln“.

Sind derartige Regelungen nicht enthalten, wird im Gesellschafterkreis zu diskutieren sein, wie eine angemessene Abfindungsregelung gefunden werden kann. Leichtfertig auf Buchwertklauseln oder ähnlich einfache Verfahren zurückzugreifen, kann sich mitunter Jahre später rächen.

B. Aktuelles aus dem Steuerrecht

Bei der unentgeltlichen Übertragung von Betriebsvermögen ist grundsätzlich die Bemessungsgrundlage für die Erbschaft- bzw. Schenkungsteuer der gemeine Wert des übertragenen Unternehmens, der nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes ermittelt wird. Daher erscheint es auf den ersten Blick günstig, zu einem krisenbedingt niedrigeren Wert zu übertragen. Dies kann zwar in vielen Fällen korrekt sein; vor dem Hintergrund des Verschonungsregimes für Betriebsvermögen kann ein niedriger Unternehmenswert jedoch auch ungünstige Auswirkungen haben.

²³ bei dem dann Risiken und Marktentwicklungen aufgrund der Corona-Pandemie zu berücksichtigen sind, s. unten.

1. Überblick über das Verschonungsregime der §§ 13a und 13b ErbStG

In den Genuss der Verschonung von Betriebsvermögen kommen grundsätzlich inländische Einzelunternehmen, Beteiligung von über 25 % an Kapitalgesellschaften, Beteiligungen an Personengesellschaften sowie Betriebe der Land- und Forstwirtschaft. Dieses begünstigungsfähige Vermögen ist allerdings nur dann begünstigt, wenn der Bruttowert des Verwaltungsvermögens nicht mehr als 90 % des Werts des begünstigungsfähigen Vermögens übersteigt (sog. 90%-Test).

Eine der einschneidendsten Änderungen der Reform der Erbschaftsteuer aus dem Jahr 2016 ist, dass schädliches Verwaltungsvermögen nicht mehr zusammen mit dem begünstigten Betriebsvermögen verschont wird, solange dieses schädliche Verwaltungsvermögen die Grenze von 50 % des Unternehmenswerts nicht überschreitet. Stattdessen wird Verwaltungsvermögen grundsätzlich nicht mehr verschont. Umso wichtiger ist es daher, genau zu bestimmen, was alles unter das Verwaltungsvermögen fällt:

- Dritten zur Nutzung überlassene Grundstücke;
- Anteile an Kapitalgesellschaften mit einer Beteiligung bis zu 25 % (Ausnahme: Poolung);
- Typische Gegenstände der privaten Lebensführung, etwa eine Yacht oder Gemälde;
- Wertpapiere und vergleichbare Forderungen;
- Finanzmittel (Zahlungsmittel, Geldforderungen und andere auf Geld gerichtete Forderungen, d.h. auch Forderungen aus Lieferungen und Leistungen) oberhalb des Sockelbetrages von 15 % des Betriebsvermögens. Junge Finanzmittel sind jedoch immer Verwaltungsvermögen. Dabei handelt es sich um Finanzmittel, die dem Betrieb innerhalb von zwei Jahren zugeführt wurden, wobei der positive Saldo der innerhalb von zwei Jahren vor Steuerentstehung eingelegten und entnommenen Finanzmittel entscheidend ist.

Einige Gegenausnahmen greifen. So gilt etwa ein allgemeiner Freibetrag für Verwaltungsvermögen von 10%, d. h. Verwaltungsvermögen im Wert von bis zu 10% des um den Nettowert des Verwaltungsvermögens gekürzten Betriebsvermögens wird mit dem Betriebsvermögen mit verschont (sog. „Schmutzzuschlag“). Außerdem ist das Deckungsvermögen von betrieblichen Altersversorgungsverpflichtungen, obwohl eigentlich Finanzmittel bzw. Wertpapiere, kein Verwaltungsvermögen. Schließlich können Schulden mit den Finanzmitteln verrechnet werden und die danach verbliebenen Schulden quotal

mit dem übrigen Verwaltungsvermögen (jeweils mit Ausnahme von jungen Finanzmitteln und jungem Verwaltungsvermögen).

Junges Verwaltungsvermögen, das dem Betrieb im Zeitpunkt der Steuerentstehung weniger als zwei Jahre zurechnen ist, sowie junge Finanzmittel sind von der Betriebsvermögensverschönerung stets ausgeschlossen.

Die Begünstigung als Betriebsvermögen besteht darin, dass ein Verschönerungsabschlag von 85 % bzw. 100 % des Werts gewährt wird, wenn das Betriebsvermögen für 5 bzw. 7 Jahre gehalten wird. Ein besonderes Augenmerk wird dabei auf die Erhaltung von Arbeitsplätzen gerichtet. Die Gewährung von 100 % ist zudem daran geknüpft, dass das begünstigungsfähige Vermögen nicht zu mehr als 20 % aus Verwaltungsvermögen bestehen darf. Begünstigungsfähiges Vermögen, das zu mindestens 90 % aus Verwaltungsvermögen besteht, ist dagegen vollständig nicht begünstigt

Erwerbe von über 90 Mio. EUR werden grundsätzlich nicht mehr verschönt. Bei einem Erwerb von über 26 Mio. EUR wird nicht mehr die volle Verschönerung gewährt, sondern der Verschönerungsabschlag wird abgeschmolzen bzw. es ist ein teilweiser Erlass der Steuer unter bestimmten Voraussetzungen möglich.

2. Auswirkungen des Unternehmenswerts auf die Verschönerung

Um möglichst wenig Steuern zu zahlen, erscheint es daher zunächst logisch, einen möglichst niedrigen Unternehmenswert zu ermitteln. Allerdings kann gerade ein höherer Wert des Betriebsvermögens im Einzelfall günstiger sein, wenn es darum geht, das Verwaltungsvermögen unterhalb der 10 %-Unschädlichkeitsgrenze (sog. 90 %-Test) für die Mitverschönerung oder den 20 %-Verwaltungsvermögenstest für die Inanspruchnahme der Optionsverschönerung zu halten. Gerade beim 90 %-Test, der als „Alles-oder-nichts-Test“ über den Eintritt in die erbschaftsteuerliche Begünstigungsvorschriften entscheidet, wird der Bruttowert des Verwaltungsvermögens (ohne Abzug von Schulden) ins Verhältnis zum gemeinen Wert des Betriebsvermögens gesetzt. Wird die Unternehmensbewertung nach dem sog. vereinfachten Ertragswertverfahren durchgeführt und sinkt der Wert des Unternehmens aufgrund niedrigerer Erträge bei gleichbleibendem Verwaltungsvermögen, kann es sein, dass der Verwaltungsvermögenstest verfehlt wird.²⁴

²⁴ Eiling/Ransohof in: NWB-EV 9/2020, 298, 302.

Ein niedriger Wert ist dagegen günstiger im Hinblick darauf, die Grenze des Großerwerbs (26 bzw. 90 Mio. EUR-Grenze) nicht zu überschreiten. Bei Unternehmen dieser Größe kann es auch Sinn machen, die gewünschte Übertragung

- a) auf die nächste Generation entweder zeitlich zu strecken, da Schenkungen immer in einem Zeitraum von 10 Jahren zusammengerechnet werden,
- b) über mehrere Personen zu verteilen oder
- c) ganz oder teilweise auf eine Stiftung vorzunehmen, um unter die Schwelle von 90 bzw. 26 Mio. EUR pro Erwerb zu gelangen bzw. um das begünstigte Betriebsvermögen vom Privatvermögen zu separieren.

3. Denkbare Maßnahmen zur Steuerung der Werte im Unternehmen

Wer die einzelnen Größen im erbschaftsteuerlichen Verschönerungsregime kennt, kann Maßnahmen ergreifen, um eine im Hinblick auf die Verschönerung günstigere Lage im Unternehmen herzustellen. Um sich ein abschließendes Bild von den Größenmerkmalen machen zu können, ist es aber wichtig, eine Bewertung des Unternehmens nach erbschaftsteuerlichen und bewertungsrechtlichen Vorgaben (z.B. auch eine Verbundvermögensaufstellung bei einem Konzern) vorzunehmen.

a) Bewertungsmethode

Zu einem – je nach Ziel – höheren bzw. niedrigeren Wert kann die Wahl der entsprechenden Bewertungsmethode führen. Gesetzlich vorgesehen für erbschaftsteuerliche Zwecke ist das vereinfachte Ertragswertverfahren nach §§ 199 ff. BewG mit dem Substanzwert als Untergrenze. Ein abweichender gemeiner Wert kann nachgewiesen werden durch andere anerkannte, auch im gewöhnlichen Geschäftsverkehr für nichtsteuerliche Zwecke übliche Methoden (vgl. § 11 Absatz 2 BewG), wie etwa nach IDW S1, DCF-Verfahren oder mit einem Multiplikator- oder Umsatzverfahren.²⁵

Die Bewertung für steuerliche Zwecke erfolgt stichtagsbezogen für den Zeitpunkt des Erwerbs (§ 9 ErbStG) nach den Vorschriften des Bewertungsgesetzes (§ 11 BewG).

aa) Stichtag vor Beginn der Krise

Liegt der Stichtag vor Beginn der Krise – wie der Coronapandemie – ist im Rahmen des vereinfachten Ertragswertverfahrens gleichwohl die vergangenheitsbezogene Betrachtung anzuwenden. Dies kann zu einer Überbe-

²⁵ Meyering/Müller-Thomczik/Hiltl in: DStR 2019, 2329, 2330.

wertung führen, wenn sich die Geschäftslage aufgrund der Pandemie verschlechtert.²⁶ Dem kann ggf. mit Billigkeitsmaßnahmen abgeholfen werden.²⁷ Auch im Rahmen der Bewertung nach IDW S1 kommen trotz der grundsätzlich zukunftsorientierten Betrachtung erhöhte Risikoabschläge wegen Corona aufgrund eines Bewertungsstichtags vor Beginn der Krise im Regelfall nicht in Betracht²⁸.

bb) Stichtag in der Krise

Fällt der Stichtag in die Krise (Pandemie), stellt sich die Frage, ob an der vergangenheitsbezogenen Betrachtung festgehalten werden kann. Nach einer Ansicht im Schrifttum²⁹ ist dem nicht so. Vielmehr sei der zukünftige Jahresertrag zu schätzen nach § 201 Absatz 3 Satz 1 BewG. Zunächst ist nach § 201 Absatz 2 Satz 2 BewG das aktuelle Wirtschaftsjahr in die Ermittlung des nachhaltig erzielbaren Jahresertrags einzubeziehen.

Nach § 199 Absatz 1 BewG ist das vereinfachte Ertragswertverfahren nur anzuwenden, wenn dieses nicht zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen führt. Das vereinfachte Ertragswertverfahren führt nach zwischenzeitlich in der Revision kassierten Ansicht des FG Düsseldorf³⁰ dann zu offensichtlich unzutreffenden Ergebnissen, wenn es nach den Verhältnissen des Bewertungsstichtags offensichtlich ist, dass in Zukunft ein erheblich niedrigerer oder höherer Ertrag zu erwarten ist. Dabei sollen nach dem FG Verhältnisse und Gegebenheiten berücksichtigt werden können, die im Bewertungszeitpunkt zwar noch nicht eingetreten, aber so hinreichend konkretisiert sind, dass mit ihnen zu diesem Zeitpunkt objektiv als Tatsachen zu rechnen ist.

Der BFH entschied im Revisionsverfahren, dass für die Ermittlung des gemeinen Werts von Anteilen an einer nicht börsennotierten Kapitalgesellschaft allein der Steuerpflichtige die Wahl zwischen einem individuellen Ertragswertverfahren nach § 11 Absatz 2 Satz 2 BewG und der Anwendung des vereinfachten Ertragswertverfahrens nach §§ 199 ff. BewG hat. Weiterhin entschied der BFH, dass das FG von Amts wegen geeignete Maßnahmen zur Sachaufklärung zu ergreifen hat, um den gemeinen Wert zu ermitteln, wenn es sich auf Grundlage der Wertermittlung des Steuerpflichtigen nach § 11 Absatz 2 Satz 2 BewG keine ausreichende Überzeugung von dem gemeinen Wert des Anteils bilden kann. Die Wertermitt-

lung nach dem vereinfachten Ertragswertverfahren stellt keine Auffangmethode dar.³¹

Im Rahmen der Ermittlung des Unternehmenswerts nach IDW S1 sollen Risiken und Marktentwicklungen aufgrund der Corona-Pandemie zu berücksichtigen sein.³²

b) Auswirkungen von Liquiditätsabflüssen auf Finanzmittel

Fließen krisenbedingt hohe Mittel ab oder stehen geringeren Erträgen gleichbleibenden Kosten gegenüber, wirkt sich dies günstig auf den Bestand an schädlichen Finanzmitteln aus – er sinkt.³³

Sollten im Privatvermögen noch Mittel zur Verfügung stehen, die begünstigt mit übertragen werden sollen, kann der Sockelbetrag i.H.v. 15 % des Betriebsvermögens genutzt werden. Um bei einer Aufstockung zur vollständigen Nutzung dieses Freibetrags keine jungen Finanzmittel (s.u.) entstehen zu lassen, kann ein Umweg über die Einlage sonstigen Verwaltungsvermögens und die Veräußerung dessen im Betriebsvermögen gewählt werden. Vorsicht gilt bei Einlagen im Konzernverbund.

Wer Finanzmittel abbauen will, kann etwa Schulden tilgen oder Investitionsgüter, Vorräte oder anderes Produktivvermögen anschaffen. Außerdem kann die Entstehung von Forderungen dadurch verhindert werden, dass Rechnungen erst nach dem Stichtag der Übertragung geschrieben werden.

c) Vorsicht junge Finanzmittel

Junge Finanzmittel sind kein unschädliches Verwaltungsvermögen, werden also stets besteuert und nicht mit Schulden verrechnet. Sie sind definiert als positiver Saldo der innerhalb von zwei Jahren vor dem Stichtag eingelegten und entnommenen Finanzmittel. Daher ist Vorsicht geboten, wenn die Gesellschaft Liquidität benötigt. Ein Umweg über eine Einlage eines Vermögensgegenstandes und dessen Veräußerung im Betriebsvermögen vermeidet wie zuvor beschrieben die Entstehung von jungen Finanzmitteln.

Sollte ein Einlageüberhang bestehen, können Finanzmittel entnommen werden, was freilich Ertragsteuern auslösen kann.

Da die jungen Finanzmittel auf den Bestand der Finanzmittel begrenzt sind, ist eine Einlage von Finanzmitteln

26 Neufang in: StB 2020, 327, 328.

27 Thonemann-Micker/Naus in: DB 2020, 856

28 IDW S 1, Rn. 88 f.

29 Neufang, a.a.O.

30 FG Düsseldorf, Urteil v. 12. Dezember 2018 – 4 K 108/18 F; weitere Ausführungen bei Eiling/Ransohof ebenda, 301.

31 BFH, Urteil vom 02. Dezember 2020 – II R 5/19, NWB 2021, 2095.

32 Neufang, a.a.O.

33 Eiling/Ransohof ebenda, 301.

ins Betriebsvermögen zur Tilgung betrieblicher Schulden möglich, wenn die jungen Finanzmittel bereits dem Finanzmittelbestand entsprechen oder ihn übersteigen.³⁴

d) **Verwaltungsvermögen**

Verwaltungsvermögen kann zur Reduktion des Bestandes veräußert werden. Dadurch entstehen Finanzmittel. Soweit der Sockelbetrag für Finanzmittel von 15 % des Betriebsvermögens noch nicht ausgeschöpft ist, kann dieser dadurch genutzt werden. Abzuwägen ist dagegen, ob durch die Veräußerung stille Reserven aufgedeckt werden und damit ein zu versteuernder Gewinn entsteht.

Wenn im Betriebsvermögen noch nicht der sog. „Schmutzuschlag“ erreicht ist, kann dem Betriebsvermögen sogar noch Verwaltungsvermögen hinzugefügt werden, das dann bei Übertragung mit begünstigt ist. Dabei ist darauf zu achten, dass kein junges Verwaltungsvermögen entsteht (s. u.).

Besteht das Verwaltungsvermögen aus einer Vielzahl von Wohnungen, kann es so gestaltet werden, dass ein Wohnungsunternehmen entsteht. Ein solches wird angenommen, wenn der Hauptzweck des Unternehmens in der Vermietung von eigenen Wohnungen besteht und dieser den überwiegenden Teil der betrieblichen Tätigkeit ausmacht. Nach der Finanzverwaltung ist davon auszugehen, wenn das Unternehmen über 300 Wohnungen vermietet.³⁵

Nach der Rechtsprechung, die von der Finanzverwaltung nicht angewendet wird, ist neben der Vermietungstätigkeit für die Annahme der Gewerblichkeit die zusätzliche Erbringung von Servicedienstleistungen erforderlich.³⁶

e) **Vorsicht junges Verwaltungsvermögen**

Junges Verwaltungsvermögen ist ausgeschlossen von der Betriebsvermögensverschönerung. Nach zwei Jahren wird es „reguläres“ Verwaltungsvermögen (s.o.).

Die Entstehung jungen Verwaltungsvermögens kann verhindert werden, indem zwei Jahre vor einer geplanten Übertragung auf Austausch oder Neuanschaffung von Verwaltungsvermögen, etwa durch Wertpapierhandel oder Umstrukturierungsmaßnahmen, verzichtet wird.

Eine Umwandlung in „alte“ Finanzmittel (s.o.) ist möglich durch Verkauf.

4. **Joker: Rückabwicklung der Schenkung**

Sofern wider erwarten aufgrund abweichender Bewertung oder aus anderen Gründen Schenkungsteuer entsteht, kann die Rückabwicklung der Schenkung verlangt werden, wenn dies im Schenkungsvertrag so vereinbart wurde. Dann greift § 29 Absatz 1 Nr. 1 ErbStG mit der Folge, dass Die Steuer mit Wirkung für die Vergangenheit erlischt.

³⁴ Meyering/Müller-Thomczik/Hittl ebenda, 2333.

³⁵ R E 13b.17 Abs. 3 Satz 2 ErbStR 2019.

³⁶ BFH v. 24. Oktober 2017, II R 24/15, BStBl. II 2018, 358.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Kausalität des Verstoßes gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG für den Vertragsschluss

BNotO § 19 Abs. 1; BeurkG § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 2; ZPO § 286, § 287

Amtlicher Leitsatz:

Die bei einem Verstoß gegen § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG auf den Vertragsschluss folgenden Maßnahmen des Käufers zur Erfüllung des Vertrages können sowohl Indiz für den unbedingten Entschluss zum Erwerb der Immobilie als auch nur Ausdruck nolens volens geübter Vertragstreue sein. (Rn. 16)

BGH (III. Zivilsenat),

Urteil vom 22.04.2021 – III ZR 164/19

I. Tatbestand:

1 Der Kläger nimmt die beklagte vormalige Notarin aus eigenem und ihm von seiner Ehefrau abgetretenem Recht auf Schadensersatz in Anspruch.

2 Die Beklagte beurkundete am 12. März 2008 ein vom Kläger und seiner Ehefrau gegenüber der Verkäuferin, der R. GmbH & Co. KG, abgegebenes Vertragsangebot zum Kauf einer vermieteten, 55 qm großen Eigentumswohnung in C. zum Preis von 87.500 €. Die Verkäuferin erklärte am 20. März 2008 die notarielle Annahme des Angebots. Am 19. Mai 2008 nahmen der Kläger und seine Ehefrau zur Finanzierung des Kaufpreises ein Bankdarlehen in Höhe von 87.940 € auf. Am 24. Juni 2008 beurkundete die Beklagte eine Grundschuldbestellung der Eheleute zugunsten der kreditgebenden Bank. Im Jahr 2013 nahmen sie die Verkäuferin und die Vermittlerin des Kaufvertrages wegen fehlerhafter Kapitalanlageberatung und sittenwidriger Übertreibung des Kaufpreises gerichtlich auf Schadensersatz und Rückabwicklung in Anspruch. Der Rechtsstreit endete am 31. August 2015 mit einem Vergleich, durch den der Kläger und seine Ehefrau 9.000 € erhielten. Mit der im Januar 2018 erhobenen Klage begehrt der Kläger die Verurteilung der Beklagten zur Zahlung von 78.500 € nebst Zinsen sowie die Feststellung der Ersatzpflicht.

3 Der Kläger macht geltend, die Beklagte habe vor der Beurkundung des Kaufvertrags die Wartepflicht gemäß § 17 Abs. 2a BeurkG (i.d.F. v. 23. Juli 2002, BGBl. I S. 2850) nicht eingehalten. Seine Ehefrau und er hätten den Vertragstext nicht vorab erhalten und insbesondere den Kaufpreis erst bei der Beurkundung erfahren.

4 Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Das Berufungsgericht hat die Berufung des Klägers zurückgewiesen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt er seine vorinstanzlichen Anträge weiter.

II. Aus den Gründen:

5 Die Revision ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Sie führt zur Aufhebung des angefochtenen Urteils und zur Zurückverweisung der Sache an das Berufungsgericht.

6 Das Oberlandesgericht hat ausgeführt: Das Landgericht habe das Vorliegen einer Pflichtverletzung zu Recht dahinstehen lassen. Denn ein etwaiger Schaden könne der Beklagten nicht zugerechnet werden. Allerdings scheidere die Ersatzfähigkeit des Schadens nicht bereits am Erfordernis der Kausalität, weil die Nichteinhaltung der Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG notwendigerweise für den Vertragsabschluss kausal geworden sei, wenn der Notar die Regelfrist nicht eingehalten und der Verbraucher den Vertrag abgeschlossen habe. Dem Zurechnungszusammenhang stehe aber der Einwand der Reserveursache entgegen. Das Landgericht habe zutreffend angenommen, der Kläger und seine Ehefrau hätten unabhängig von einer rechtzeitigen Zurverfügungstellung eines Vertragsexemplars den Vertrag in jedem Falle abgeschlossen.

7 Im vorliegenden Fall sprächen die Umstände für eine späte Vertragsreue außerhalb der Regelfrist. Denn der Kläger und seine Ehefrau seien nach Vertragsabschluss nicht auf eine Vertragsaufhebung, sondern auf eine Vertragserfüllung bedacht gewesen. Sie hätten einen Darlehensvertrag geschlossen, um den Kaufpreis zu finanzieren, und eine Grundschuld bestellt, um das Darlehen zu besichern. Sie hätten die Mieten vereinnahmt und die Steuervorteile geltend gemacht. Erst im Jahre 2013 hätten sie die Verkäuferin und die Vermittlerin verklagt. Das Zuwarten habe das Landgericht zu Recht als Zeichen für

einen von der Regelfrist unabhängigen Vertragsabschluss im Jahre 2008 gewertet.

8 Einer Beweisaufnahme habe es nicht bedurft. Die Beweisangebote betreffen die Frage der notariellen Pflichtverletzung. Diese aber könne wegen fehlenden Zurechnungszusammenhangs dahinstehen.

9 Diese Ausführungen halten revisionsgerichtlicher Nachprüfung in einem entscheidenden Punkt nicht stand.

10 1. Das Berufungsgericht ist allerdings im Ausgangspunkt zutreffend davon ausgegangen, dass die Beurkundung eines Vertrages unter Missachtung der Frist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG – in der bis zum 30. September 2013 geltenden und auch hier maßgeblichen Fassung vom 23. Juli 2002 (BGBl. I S. 2850) – den in dem für den beteiligten Verbraucher (Käufer) nachteiligen Vertrag liegenden Schaden bewirkt (Senat, Urteile vom 25. Juni 2015 – III ZR 292/14, BGHZ 206, 112 Rn. 21 und vom 28. Mai 2020 – III ZR 58/19, WM 2020, 1247 Rn. 33 mwN, insoweit in BGHZ 226, 39 ff nicht abgedruckt). Der Notar kann sich jedoch darauf berufen, dass, wenn er die Beurkundung abgelehnt hätte, der Verbraucher (Käufer) diese nach Ablauf der Frist genauso – wie geschehen – hätte vornehmen lassen. Für diesen hypothetischen Verlauf trifft den Notar die Darlegungs- und Beweislast, weshalb Zweifel zu seinen Lasten gehen. Zu seinen Gunsten gilt aber das herabgesetzte Beweismaß des § 287 ZPO (Senat, Urteil vom 28. Mai 2020 aaO). Außerdem obliegt dem Verbraucher (Käufer) eine sekundäre Darlegungslast (Senat aaO Rn. 33 f).

11 Das Berufungsgericht hat des Weiteren richtig gesehen, dass es zur Beantwortung der Frage, ob der Vertrag auch bei Einhaltung der Regelfrist des § 17 Abs. 2a Satz 2 Nr. 2 BeurkG abgeschlossen worden wäre, einer Würdigung der Umstände des Einzelfalls durch den Tatrichter bedarf. Dabei geht es regelmäßig zulasten des Verbrauchers (Käufers), wenn ihm vertraglich ein Rücktrittsrecht mit einer die gesetzliche Regelfrist von zwei Wochen überschreitenden Frist eingeräumt worden war und er hiervon nicht Gebrauch gemacht, sondern am Vertrag festgehalten hat (vgl. Senat, Urteil vom 25. Juni 2015 aaO Rn. 22; OLG Dresden, Urteil vom 24. August 2015 – 17 U 520/14, S. 4, nicht veröffentlicht).

12 Vor diesem Hintergrund mag nach Maßgabe der konkreten Fallgestaltung auch eine tatrichterliche Würdigung wie die des Berufungsgerichts rechtlich nicht zu beanstanden sein, die dem Umstand, dass der Käufer nach Schluss des Vertrags nachhaltig auf dessen Erfüllung bedacht ist, Indizwirkung zugunsten eines solchen hypothetischen Kausalverlaufs beimisst – wenngleich ein derartiges Verhalten auch lediglich Ausdruck einer sich nur resigniert in die rechtliche Bindung fügenden Vertragstreue sein kann.

13 2. Bei der erforderlichen Würdigung der Umstände des Einzelfalls hat das Berufungsgericht jedoch, wie die Revision mit Recht rügt, entscheidungserhebliches Vorbringen des Klägers rechtsfehlerhaft außer Betracht gelassen.

14 a) So hat der Kläger in seiner Berufungsbegründung (siehe auch Klageschrift S. 6 und 9) vorgetragen und durch das Zeugnis seiner Ehefrau unter (Gegen-)Beweis gestellt, sie beide hätten vor der Beurkundung am 12. März 2008 den Kaufpreis nicht gekannt. Hätte seine Ehefrau diesen rechtzeitig vorher gewusst, hätte sie die Eigentumswohnung nicht gekauft. Dann hätten die Einwände gegen den hohen Kaufpreis gesiegt. Seine Ehefrau hätte sich wegen des hohen Preises gegen den Kauf der Eigentumswohnung ihm gegenüber durchgesetzt.

15 Auf diesen Vortrag des Klägers ist das Berufungsgericht bei der Würdigung der Umstände rechtsfehlerhaft nicht eingegangen und ist dem auf Vernehmung der Ehefrau des Klägers als Zeugin gerichteten Beweisangebot rechtsfehlerhaft nicht nachgegangen. Das unter (Gegen-) Beweis gestellte Vorbringen des Klägers, das in der Revisionsinstanz mangels entgegenstehender Feststellungen als richtig zugrunde zu legen ist, entzieht der Würdigung des Berufungsgerichts, der Kläger und seine Ehefrau hätten bei Einhaltung der Wartepflicht den Kaufvertrag auch später – wie am 12. März 2008 geschehen – geschlossen, die Grundlage. Die Behauptung des Klägers beinhaltet das Gegenteil.

16 Wie die auf den Vertragsschluss folgenden Maßnahmen des Klägers und seiner Ehefrau zur Vertragserfüllung zu bewerten sind – Indiz für den unbedingten Entschluss zum Erwerb der Wohnung oder nur Ausdruck nolens volens geübter Vertragstreue –, kann erst nach Vernehmung der Zeugin beurteilt werden.

17 b) Soweit die Revisionserwiderung meint, die Formulierung des Berufungsgerichts „die Beweisangebote betreffen die Frage der notariellen Pflichtverletzung“ beziehe sich – recht verstanden – nicht auf die Vernehmung der Ehefrau des Klägers zur (hypothetischen) Abstandnahme vom Kauf, sondern nur auf die übrigen Beweisangebote, ist dies unerheblich. In diesem Fall hat das Berufungsgericht das Vorbringen des Klägers und seinen (Gegen-) Beweisbeitrag zwar nicht rechtlich unzutreffend eingeordnet. Jedoch bleibt es dabei, dass beweisbewehrter entscheidungserheblicher Sachvortrag unberücksichtigt geblieben ist.

18 Der Revisionserwiderung ist des Weiteren auch insoweit nicht zu folgen, als sie geltend macht, auf der Grundlage der übrigen Behauptungen des Klägers habe dessen Ehefrau nicht als Zeugin vernommen werden müssen. Das gilt insbesondere im Hinblick darauf, dass sie dem in der Berufungsinstanz wiederholten Vortrag des Klägers („Ein-

wände gegen den hohen Kaufpreis [hätten] obsiegt“) erstinstanzliches Vorbringen des Klägers gegenüberstellt und eine „widerspruchsvolle ... Darstellung“ zu erkennen meint. Denn (etwaige) Widersprüchlichkeiten des Vortrags in den Instanzen allein entheben grundsätzlich nicht von der Pflicht zur Durchführung der Beweisaufnahme, sondern können nur im Rahmen der Beweiswürdigung Beachtung finden (vgl. zB BGH, Urteil vom 1. Juli 1999 – VII ZR 202/98, NJW-RR 2000, 208 und Beschluss vom 6. Februar 2013 – I ZR 22/12, TranspR 2013, 430 Rn. 11 mwN). Unsubstantiiert ist das Vorbringen des Klägers entgegen der Revisionserwiderung ebenfalls nicht.

19 3. Da die Würdigung des Berufungsgerichts schon aus dem vorstehenden Grund rechtsfehlerhaft ist, braucht der Senat auf die weiteren Revisionsangriffe nicht mehr einzugehen (vgl. Senat, Urteil vom 28. Mai 2020 aaO Rn. 35).

■ Änderung von Notargebühren

GNotKG § 19 Abs. 2, Abs. 3, § 4, § 127; BGB § 133, § 157, § 278, § 167 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Zur Hinweispflicht des Notars (§ 21 GNotKG) auf die Möglichkeit einer formfrei zu erstellenden privatschriftlichen Vorsorgevollmacht und einer Patientenverfügung.
2. Eine gegenstandsgleiche Patienten- und Betreuungsverfügung ist nach § 36 Abs. 2 GNotKG im Regelfall ohne Rücksicht auf das Vermögen des Beteiligten mit dem Auffangwert in Höhe von 5.000 € zu bewerten, weil sich die Bedeutung der Angelegenheit für die menschliche Existenz einer Bewertung in Geld entzieht und die objektive Bedeutung der Sache bei allen Menschen unabhängig von ihren Vermögensverhältnissen gleich ist. Eine nur allgemein gehaltene Patientenverfügung, die keine konkret formulierten Behandlungsentscheidungen niederlegt und die keine Besonderheiten aufweist, die den von dem Notar regelmäßig zu erbringenden Aufwand erhöhen, lässt eine Abweichung von dem Auffangwert von 5.000 € nicht angemessen und vertretbar erscheinen. Die Betreuungsverfügung ändert daran nichts, weil mit ihr keine direkten vermögensrechtlichen Auswirkungen verbunden sind.

Redaktioneller Leitsatz:

Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG sind Kosten nicht zu erheben, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Nicht richtig behandelt ist eine Sa-

che dann, wenn der Notar nicht so verfahren ist, wie er hätte verfahren sollen. Eine unrichtige Sachbehandlung kann auch in dem Unterlassen einer nach der Sachlage gebotenen Aufklärung und Rechtsbelehrung durch den Notar liegen. Maßstab für die Anwendung des § 21 GNotKG ist nicht die objektiv richtige Behandlung; vielmehr liegt eine unrichtige Sachbehandlung durch Gericht oder Notar nur dann vor, wenn dem Notar ein offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (Rn. 42)

LG Düsseldorf (25. Zivilkammer),

Beschluss vom 23.02.2021 – 25 OH 79/18

► I. Tatbestand:

1 Für den 15. März 2018 um 10:30 Uhr war ein Besprechungstermin der Beteiligten zu 1. und 2. im Notariat des Beteiligten zu 3. vereinbart.

2 Diese Besprechung wurde von Seiten des Notariats entgegen der Erwartung der Beteiligten zu 1. und 2. durch den Zeugen E. geführt. Die Beteiligten zu 1. und 2. wiesen auf ihre unmittelbar bevorstehenden Reisepläne in Gestalt einer gefährvollen Reise zum Himalaya hin, in deren Vorfeld sie ihren Nachlass und eine etwaige Vorsorge zu regeln wünschten. Die an der Besprechung Beteiligten erörterten die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments sowie die Erteilung einer Generalvollmacht nebst Patienten- und Betreuungsverfügung. Die Beteiligten zu 1. und 2. teilten ihre persönlichen Daten und weitere Informationen mit.

3 Nach dem streitigen Vortrag des Beteiligten zu 3. fertigte das Notariat noch am 15. März 2018 Entwürfe eines gemeinschaftlichen Testaments und einer Generalvollmacht nebst Patienten-/Betreuungsverfügung (Bl. 8ff. GA) und übermittelte diese am 16. März 2018 an die von den Beteiligten zu 1. und 2. mitgeteilte E-Mail-Adresse.

4 Noch am Nachmittag des 15. März 2018 rief die Beteiligte zu 1. im Notariat an und sagte nach dem streitigen Vortrag des Beteiligten zu 3. gegenüber der Zeugin F. den für den 19. März 2018 vorgesehenen Beurkundungstermin ab. Demgegenüber hat die Beteiligte zu 1. nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1. und 2. gegenüber dem Zeugen E. geäußert, dass in dieser Sache nichts mehr veranlasst werden solle.

5 Die Entwürfe wurden als Einwurf-Einschreiben mit Schriftsatz vom 29. Mai 2018 unter Hinweis auf eine vorangegangene Übermittlung am 16. März 2018 per E-Mail an die Beteiligten zu 1. und 2. übersandt. Wörtlich heißt es u.a.: „zu den vorbezeichneten Angelegenheiten habe ich ihnen

per Mailübermittlung am 16.03.2018 die genannten Entwürfe übersandt mit der Bitte um Vereinbarung eines Beurkundungstermins. Die Entwürfe füge ich nochmals zur Kenntnisnahme bei. Da zwischenzeitlich keine Terminvereinbarung erfolgt ist, bitte ich höflich um Mitteilung, ob das Gemeinschaftliche Testament und die Generalvollmacht mit Patientenverfügung noch beurkundet werden. Sollte ich innerhalb von drei Wochen keine Rückäußerung von Ihnen erhalten, beabsichtige ich, meinen Aufwand in dieser Angelegenheit gegen Rechnungserteilung abzuschließen.“

6 In der Folgezeit kam es zu keiner Beurkundung und mit Kostenrechnung vom 27. August 2018 (Bl. 17 GA) stellte der Beteiligte zu 3. für die vorzeitige Beendigung eines Beurkundungsauftrags betreff der Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments und einer Generalvollmacht nebst Patientenverfügung 10.198,42 € in Rechnung. Unter dem 7. November 2018 wurde die Kostenrechnung dahingehend korrigiert, dass die Geschäftswerte für die Vollmacht und Patientenverfügung einzeln ausgewiesen wurden (Bl. 54 GA).

7 Gegen die Kostenrechnung haben die Beteiligten zu 1. und 2. einen Antrag auf Entscheidung gemäß § 127 GNotKG eingebracht und vorsorglich die Aufrechnung mit einem Schadensersatzanspruch in Höhe der geltend gemachten Gebühren erklärt.

8 Die Kammer hat gemäß Beschluss vom 13. Juli 2020 (Bl. 165 GA) die Beteiligten zu 1. und 2. angehört und E. und F. als Zeugen vernommen. Bezüglich des Ergebnisses der Beweisaufnahme und Anhörung wird auf die Sitzungsniederschrift vom 16. November 2020 (Bl. 193ff. GA) verwiesen.

9 Der Präsident des Landgerichts hat unter dem 25. März 2020 Stellung genommen.

10 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf den Akteninhalt Bezug genommen.

▶ II. Aus den Gründen:

11 Auf Antrag der Kostenschuldner nach § 127 GNotKG war die streitgegenständliche Kostenrechnung vom 7. November 2018, durch welche die ursprüngliche Kostenrechnung vom 27. August 2018 berichtigt worden war, in geringem Umfang abzuändern.

12 Eingangs ist festzuhalten, dass nur die erhobenen Beanstandungen den Verfahrensgegenstand des gerichtlichen Antragsverfahrens in Notarkostensachen bestimmen. Eine weitergehende gerichtliche Überprüfung findet nicht statt (Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 18. Dezember 2018, – 20 W 46/17).

13 Vorliegend haben die Beteiligten zu 1. und 2. die Kostenrechnung mit folgenden Einwendungen angegriffen:

- keine Belehrung über anfallende Kosten,
- keine Erteilung eines Beurkundungsauftrags,
- keine Belehrung über kostengünstigere Alternativen: eigenhändiges Testament, Formular „Vorsorgevollmacht/Betreuungsverfügung“ des Bundesministeriums der Justiz und für Verbraucherschutz,
- Höhe des Geschäftswertes von 2 Mio. Euro,
- Höhe des Geschäftswertes für Vollmacht und Patientenverfügung.

14 1. Die geänderte Kostenrechnung ist rechnerisch nicht zu beanstanden und entspricht dem Zitiergebot des § 19 Abs. 2 und Abs. 3 GNotKG.

15 Der Notar ist zur Änderung der Kostenrechnung im Verlaufe des Antragsverfahrens nach § 127 GNotKG berechtigt (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 23. Oktober 2008, – V ZB 89/08; Bormann/Diehn/Sommerfeldt-Neie, GNotKG, 3. Aufl., § 127 Rn. 67). Der Beteiligte zu 3. hat die ursprüngliche Kostenrechnung in zulässiger Weise berichtigt und durch die korrigierte Kostenrechnung vom 7. November 2018 über 10.198,42 € ersetzt, welche nunmehr Gegenstand dieses Verfahrens ist. Dies hat er mit Schriftsatz vom 20. Februar 2019 ausdrücklich klargestellt.

16 2. Die Gebühren Nr. 21302, 21303 KV GNotKG sind entstanden.

17 a) Die Beteiligten zu 1. und 2. haben dem Beteiligten zu 3. einen Beurkundungsauftrag erteilt.

18 An den Beurkundungsauftrag werden keine besonderen Formanforderungen gestellt, insbesondere kann er auch konkludent erteilt werden.

19 Ein Auftrag nach § 4 GNotKG ist jedes an den Notar gerichtete Ansuchen, das auf die Vornahme einer notariellen Amtstätigkeit gerichtet ist.

20 Auftraggeber in diesem Sinne ist, welcher dem Notar durch Wort oder Schrift zu erkennen gegeben hat, dass in seinem Interesse eine bestimmte Beurkundung bzw. Entwurfserstellung vorgenommen werden soll (Korintenberg-Gläser, GNotKG, 21. Aufl., § 29 Rn. 18). Ein solcher Auftrag braucht nicht ausdrücklich erklärt zu werden, er kann auch stillschweigend erteilt sein. Bei der Würdigung des schlüssigen Verhaltens sind die allgemeinen Auslegungsgrundsätze betreffend rechtsgeschäftliche Willenserklärungen (§§ 133, 157 BGB) anzuwenden. Von maßgeblicher Bedeutung ist, ob das Verhalten des Beteiligten für den Notar als den Empfänger der Erklärung nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte den Schluss zulässt, es werde ihm ein Auftrag mit der gesetzlichen Kostenfolge erteilt (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 22. August 2019, – I-10 W 90/19).

21 Unstreitig ist ein Besprechungstermin für den 15. März 2018 vereinbart worden und hat dieser zwischen den Beteiligten zu 1. und 2. und dem Zeugen E. stattgefunden.

22 Der Ablauf der Besprechung ist in großen Teilen streitig.

23 Der Beteiligte zu 3. trägt vor, dass der Zeuge E. am 15. März 2018 um 10:56 Uhr im Einvernehmen mit den Beteiligten zu 1. und 2. einen Beurkundungstermin für den 19. März 2018 um 13:00 Uhr in dem elektronischen Kalender des Notariats reserviert habe.

24 Die Beteiligten zu 1. und 2. tragen demgegenüber vor, dass allein eine Beurkundung vor dem 19. März 2018 von ihnen gewollt gewesen sei. Sie wären auch nicht auf ein notariell beurkundetes Testament fixiert gewesen. Vielmehr erwarteten sie insofern eine Beratung. Dem Vorschlag des Zeugen E. zur Beurkundung am 19. März 2018 wären sie ausdrücklich mit dem Hinweis, dass der Termin im Hinblick auf den Reiseantritt zu spät sei, entgegengetreten.

25 Die Kammer ist nach Vernehmung der Zeugen E. und F. sowie Anhörung der Beteiligten zu 1. und 2. davon überzeugt, dass die Beteiligten zu 1. und 2. der Reservierung des Beurkundungstermins vom 19. März 2018 um 13:00 Uhr zugestimmt haben.

26 Die Beteiligten zu 1. und 2. haben anlässlich ihrer Anhörung durch die Kammer am 16. November 2020 erklärt, dass sie einen Termin bei dem Notariat telefonisch vereinbart hätten mit dem Gegenstand Beratung wegen eines Testamentes. Sie seien am 15. März 2018 in dem Notariat erschienen und erstaunt gewesen, dass der Notar selber keine Zeit für sie habe. Der Zeuge E., ein Mitarbeiter des Notariats, habe zur Verfügung gestanden, und diesem gegenüber hätten sie ihre Wünsche geäußert. Sie hätten ausdrücklich auf eine Erledigung vor ihrer am 19. März 2018 beginnenden Reise hingewiesen. Der Mitarbeiter habe erklärt, es sei zeitlich zu 99% nicht mehr möglich, vor dem Urlaub etwas zu unternehmen. Der Mitarbeiter habe nicht erklärt, er werde irgendwelche Entwürfe oder Vorschläge erarbeiten. Der Mitarbeiter habe ganz sicher nicht gesagt, dass er einen Termin für den 19. März 2018 für uns reservieren werde. Bereits auf der Rückfahrt nach dem Gespräch haben wir uns dann überlegt, dass das Ganze tatsächlich zu kurzfristig sei. Nach Rücksprache mit den Eltern der Beteiligten zu 1., die durch das Testament abgesichert werden sollten, habe die Beteiligte zu 1. in dem Notariat angerufen und einer Dame am Empfang erklären wollen, es solle alles abgeblasen werden. Diese habe jedoch gesagt, sie sei nicht zuständig und die Beteiligte zu 1. müsste mit Herrn E. sprechen. Dieser habe dann zurückgerufen, vielleicht zwei oder drei Stunden später, und erklärt, dass die Entwürfe schon fertig seien. Die Beteiligte zu 1. habe darauf hingewiesen, dass sie die Entwürfe nicht bräuchten und er sie nicht schicken solle. Herr E. habe jedoch erwidert, er werde die Entwürfe dennoch schicken und wörtlich bekundet „dann solle ich es halt in den Müll schmeißen, wenn ich es nicht

brauche“. Per E-Mail hätten sie keine Entwürfe bekommen, sondern erst mit der Post seien ihnen Entwürfe übermittelt worden. Nach Erhalt der Rechnung habe die Beteiligte zu 1. im Notariat angerufen und Herr E. habe erklärt, er habe die Entwürfe gefertigt und dann müssten sie auch bezahlt werden. Tatsächlich hätten sie nach der Rückkehr aus dem Urlaub kein Interesse mehr an einem notariellen Testament gehabt. Sie hätten noch am 16. März 2018 ein handschriftliches Testament verfasst.

27 Der Zeuge E. hat bekundet, dass die Beteiligten zu 1. und 2. eigentlich noch am 15. März 2018 ein Testament und eine Vollmacht beurkunden lassen wollten. Dies sei aber terminlich nicht möglich gewesen. Er habe deshalb für sie einen Termin am 19. März 2018 mittags reserviert. Die Beteiligten zu 1. und 2. hätten erklärt, dass das kein Problem sei, da sie erst abends ihre Reise antreten würden. Der Termin für den 19. März sei im Beisein der Beteiligten zu 1. und 2. gemacht worden. Er habe ihnen erklärt, dass die Wirksamkeit sofort mit Beurkundung eintrete und von der Erstellung von Ausfertigungen unabhängig sei. Die Eheleute wollten sich wechselseitig als Erben und danach die Eltern der Ehefrau als Erben einsetzen. Er habe nach dem Besprechungstermin nicht mehr mit den Kostenschuldnern gesprochen. Er habe nur gehört, dass der Termin für den 19. März abgesagt worden sei. Er habe ganz sicher nicht noch einmal mit der Beteiligte zu 1. telefoniert, insbesondere sei ihm nicht erinnerlich, dass sie sich zwei oder drei Wochen danach gemeldet hätte und die Rechnung beanstandet habe. Ihm sei zu keinem Zeitpunkt vorgeworfen worden, die Entwürfe gefertigt und einen Termin vereinbart zu haben. Er habe nach Versand der Rechnung mit dem Verfahrensbevollmächtigten telefoniert. In diesen Telefonaten ging es vor allem um den den Gebühren zugrunde gelegten Wert.

28 Der Zeuge E. hat nachvollziehbar, in sich widerspruchsfrei und für die Kammer insgesamt glaubhaft den Ablauf des Besprechungstermins geschildert. Dass der Zeuge während des Besprechungstermins einen Beurkundungstermin in den elektronischen Kalender des Notariats eingepflegt hat, ohne diesen mit den anwesenden Beteiligten zu 1. und 2. abzusprechen, liegt außerhalb des nach der Lebenserfahrung Erwartbaren. Gerade der Hinweis des Zeugen auf den Reiseantritt am Abend des 19. März 2018 lässt die einvernehmliche Reservierung des Beurkundungstermins schlüssig erscheinen. Ein Beurkundungstermin wäre zwar knapp, aber noch realisierbar gewesen. Die Beteiligten zu 1. und 2. und der Zeuge E. haben übereinstimmend die von den Beteiligten zu 1. und 2. zum Ausdruck gebrachte Wichtigkeit und Dringlichkeit einer verbindlichen Regelung vor Urlaubsantritt hervorgehoben. Dass die Entwürfe noch am 15. März 2018 gefertigt worden sind, kann nicht ernsthaft bestrit-

ten werden, weil zum einen auch die Beteiligten zu 1. und 2. im Rahmen der Anhörung durch die Kammer erklärt haben, dass der Zeuge E. gegenüber der Beteiligten zu 1. noch am 15. März 2018 auf die bereits gefertigten Entwürfe hingewiesen habe, und zum anderen die zur Akte gereichten Entwürfe die Datumsangabe „ad, 15.03.2018“ tragen. Gerade die Erstellung der Entwürfe mit den von den Beteiligten zu 1. und 2. im Rahmen der Besprechung mitgeteilten relevanten Personalien und Details unmittelbar nach der Besprechung lässt sich allein mit der Aussage des Zeugen E. in Übereinstimmung bringen. Wäre der Termin ergebnislos zu Ende gegangen, wäre kein Grund gegeben gewesen, die Entwürfe zu fertigen. Allein im Zusammenhang mit dem für Montag, den 19. März 2018, reservierten Beurkundungstermin ist die zügige Fertigung und Übermittlung an die von den Beteiligten zu 1. und 2. angegebene E-Mail-Adresse nach Freigabe durch den Notar zur Vorbereitung der Beurkundung stimmig. Gerade vor dem Hintergrund des Bedürfnisses der Regelung vor Urlaubsantritt kann die Kammer den Angaben der Beteiligten zu 1. und 2., dass der Besprechungstermin offen endete, sie sich die ganze Angelegenheit noch einmal überlegen wollten, nicht folgen. Die mangelnde freie Verfügbarkeit eines Beurkundungstermins vor dem 19. März 2018 änderte an dem Bedürfnis der Beteiligten zu 1. und 2. nach der Regelung des Nachlasses und der Vorsorge nichts. Jedenfalls haben die Beteiligten zu 1. und 2. insofern keinen plausiblen Grund genannt. Und für den 19. März 2018 mittags stand ein freier Beurkundungstermin zur Verfügung.

29 Die Aussage der Zeugin F. schließt sich lückenlos an diejenige des Zeugen E. an. Die Zeugin hat unter Hinweis auf den Ausdruck des elektronischen Kalendereintrags, den sie zur Gerichtsakte gereicht hat, ihre Erinnerung an das Telefonat mit der Beteiligten zu 1. wiedergegeben. Das Aufrufen des elektronischen Kalenders und der Vermerk über die Absage des für den 19. März 2018 eingetragenen Beurkundungstermins durch die Zeugin F. sind nur vor dem Hintergrund eines Telefonates diesen Inhalts zwischen der Beteiligten zu 1. und der Zeugin F. erklärlich. Nur bei einem wie dem Kalenderausdruck zu entnehmenden Ablauf, ergibt sich eine schlüssige Kette. Erst wurde ein Beurkundungstermin durch den Zeugen E. notiert, dann die Absage dieses Termins durch die Zeugin F. eingetragen und die Absage mit dem Vermerk versehen, dass die Kostenschuldner sich nach dem Urlaub wieder melden werden. Es erschließt sich nicht ansatzweise, aus welchem Grund die Zeugin um 15:34 Uhr einen Eintrag einpflegen sollte, wenn sie gar nicht mit der Beteiligten zu 1. in der Sache gesprochen hätte, sondern sich insofern für unzuständig gehalten hätte. Zumal die Zeugin, wie sie nachvollzieh-

bar bekundet hat, die richtige Ansprechpartnerin für eine Terminabsage jeder Art gewesen ist.

30 Auch das Verhalten der Kostenschuldner nach unstreitigem Erhalt der Entwürfe per Post ist mit ihrem jetzt vertretenen Standpunkt nicht zu vereinbaren. Sie reagierten zunächst gar nicht, obwohl von ihnen zu erwarten gewesen wäre, die Entwürfe sofort zurückzusenden und darauf aufmerksam zu machen, dass sie keine Entwürfe per E-Mail erhalten hätten und allein eine Beratung stattgefunden habe, die damit geendet habe, dass sie sich die Sache nochmal überlegen wollten. Tatsächlich hätten sie noch am Tag des Besprechungstermins gegenüber dem Notariat alles abgeblasen. Gerade die ausdrückliche Anfrage des Notars in dem Anschreiben vom 29. Mai 2018, ob das gemeinschaftliche Testament und die Generalvollmacht mit Patientenverfügung noch beurkundet werden sollen, und die Ankündigung der Inrechnungstellung des Aufwands hätte eine unverzügliche Reaktion der Beteiligten zu 1. und 2. erwarten lassen. Das Schweigen der Beteiligten zu 1. und 2. ist nicht ansatzweise erklärlich.

31 Tatsächlich haben sich die Kostenschuldner erst nach Erhalt der Kostenrechnung vom 27. August 2018 wieder an das Notariat gewandt.

32 b) Die Gebühr Nr. 21302 KV GNotKG setzt ein von Nr. 21100 KV GNotKG erfasstes Beurkundungsverfahren und eine vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens nach einem der in Nr. 21300 KV GNotKG genannten Zeitpunkte voraus.

33 Das gemeinschaftliche Testament wird von Nr. 21100 KV GNotKG erfasst.

34 Die Gebühr Nr. 21303 KV GNotKG setzt ein von Nr. 21102, 21200 KV GNotKG erfasstes Beurkundungsverfahren und eine vorzeitige Beendigung des Beurkundungsverfahrens nach einem der in Nr. 21300 KV GNotKG genannten Zeitpunkte voraus.

35 Die Generalvollmacht nebst Betreuungs- und Patientenverfügung wird von Nr. 21200 KV GNotKG erfasst.

36 Der Beurkundungsauftrag hat sich erst nach Versendung der gefertigten Entwürfe erledigt. Insofern ist die streitige Übermittlung vom 16. März 2018 bedeutungslos, da unstreitig mit Schriftsatz vom 29. Mai 2018 Entwürfe per Post übersandt worden sind und erst im Folgenden mangels Rückmeldung der Beteiligten zu 1. und 2. festgestellt werden konnte, dass es nicht mehr zu einer Beurkundung kommen wird.

37 Das Beurkundungsverfahren hat sich insbesondere nicht durch das Telefonat der Beteiligten zu 1. mit der Zeugin F. am 15. März 2018 erledigt, da die Zeugin F. glaubhaft bekundet hat, dass die Beteiligte zu 1. allein den Beurkundungstermin vom 19. März 2018 abgesagt hat und nicht das Beurkundungsverfahren an sich. Vielmehr wollte sie sich nach dem Urlaub wieder melden. Es liegt auch

nicht außerhalb der Lebenserfahrung, dass die Kostenschuldner nach dem Urlaub auf die Angelegenheit zurückkommen wollten. Zwar wäre der aktuelle Anlass zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments und einer Generalvollmacht entfallen, nicht aber das grundsätzliche Bedürfnis der Regelung des Nachlasses und der Vorsorge, gerade im Hinblick auf die Absicherung der Eltern der Beteiligten zu 1. c) Wegen der vorzeitigen Beendigung des Beurkundungsauftrags ist eine Verfahrensgebühr nach Nr. 21302 bzw. 21303 KV GNotKG angefallen.

38 d) Bei den Gebühren für das Beurkundungsverfahren im Fall der vorzeitigen Beendigung ist für die vollständige Erstellung gemäß § 92 Abs. 2 GNotKG die Höchstgebühr zu erheben.

39 Ein vollständiger Entwurf im Sinne von § 92 Abs. 2 GNotKG liegt dann vor, wenn der Entwurf ohne weitere Überarbeitung vollständig verwendungsfähig ist und in ihm alle bereits verfügbaren Informationen umfassend eingearbeitet sind (Korintenberg-*Diehn*, GNotKG, 21. Aufl., § 92 Rn. 42). Das Fehlen rein tatsächlicher Angaben, die der Notar nicht selbst feststellen kann, ist dabei unschädlich.

40 Vorliegend sind die zur Akte gereichten Entwürfe vollständig.

41 3. Eine unrichtige Sachbehandlung ist nicht gegeben.

42 Nach § 21 Abs. 1 Satz 1 GNotKG sind Kosten nicht zu erheben, die bei richtiger Behandlung der Sache nicht entstanden wären. Nicht richtig behandelt ist eine Sache dann, wenn der Notar nicht so verfahren ist, wie er hätte verfahren sollen. Eine unrichtige Sachbehandlung kann auch in dem Unterlassen einer nach der Sachlage gebotenen Aufklärung und Rechtsbelehrung durch den Notar liegen. Maßstab für die Anwendung des § 21 GNotKG ist nicht die objektiv richtige Behandlung; vielmehr liegt eine unrichtige Sachbehandlung durch Gericht oder Notar nur dann vor, wenn dem Notar ein offen zu Tage tretender Verstoß gegen eindeutige gesetzliche Normen oder ein offensichtliches Versehen unterlaufen ist (Bundesgerichtshof, Beschluss vom 1. Oktober 2020, – V ZB 67/19; Bundesgerichtshof, Beschluss vom 24. September 1962, – VII ZR 20/62; Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 30. März 2017, – 20 W 391/15; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 26. November 2015, – I-10 W 120/15; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 5. August 2015, – 12 W 8/15).

43 a) Ein Notar ist grundsätzlich nicht verpflichtet, über die Entstehung gesetzlich festgelegter Kosten zu belehren.

44 Ebenso wenig hat er im Regelfall über die konkrete Höhe der anfallenden Kosten aufzuklären. Es ist vielmehr davon auszugehen, dass jedem Rechtssuchenden bewusst ist oder bewusst sein muss, dass für die Tätigkeit

eines Notars Gebühren in gesetzlicher Höhe zu entrichten sind.

45 Der Notar ist zudem zur Erhebung der gesetzlich festgelegten Gebühren verpflichtet (§ 17 Abs. 1 Satz 1 BNotO).

46 Ausnahmen von diesem Grundsatz greifen allein bei Vorliegen besonderer Umstände ein.

47 aa) Wird der Notar ausdrücklich nach der Höhe anfallender Kosten gefragt, muss er sachlich zutreffend antworten (Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 21. Februar 2017, – 20 W 327/15; Oberlandesgericht Dresden, Beschluss vom 12. September 2016, – 17 W 826 – 828/16 m.w.N.; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 6. Dezember 2001, – I-10 W 108/01).

48 Eine ausdrückliche Frage nach den mit der Beurkundung des gemeinschaftlichen Testaments und der Vollmachten nebst Patienten-/Betreuungsverfügung anfallenden Kosten ist seitens der Beteiligten zu 1. und 2. nicht vorgetragen worden.

49 bb) Eine Aufklärungspflicht des Notars greift darüber hinaus, wenn sich der Kostenschuldner in einem für den Notar offensichtlich klar erkennbaren Irrtum über die Gebührenhöhe befindet (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 6. Dezember 2001, – I-10 W 108/01 m.w.N.).

50 Ein diesbezüglicher Irrtum ist nicht ansatzweise aufgezeigt worden. Insbesondere haben die Beteiligten zu 1. und 2. keine Umstände vorgetragen, aus denen der Zeuge E. hätte erkennen müssen, dass sie von einer bestimmten Höhe anfallender Kosten ausgingen.

51 cc) Eine Belehrungspflicht greift ferner, wenn der Notar aufgrund besonderer Umstände Anlass zu der Besorgnis haben muss, einem Beteiligten drohe Schaden, weil er sich wegen mangelnder Rechtskenntnisse oder fehlenden Wissens über tatsächliche Umstände einer Gefährdung seiner Interessen nicht bewusst ist (Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 14. Juni 1988, – 10 W 45/88).

52 Auch hierfür sind keine Anhaltspunkte ersichtlich.

b) Aufklärungspflicht bei mehreren zur Verfügung stehenden Gestaltungsmöglichkeiten

53 Für den Notar besteht eine Pflicht zum Hinweis auf eine Wahlmöglichkeit des Rechtssuchenden, wenn diesem im Rahmen der vorsorgenden Rechtspflege mehrere Gestaltungsmöglichkeiten zur Verfügung stehen und der Notar keine Anhaltspunkte dafür hat, dass sich der Rechtssuchende dieser Gestaltungsmöglichkeiten bewusst ist und sich bereits für eine der Alternativen entschieden hat (Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 2. Januar 2012, – 2 Wx 37/10).

54 Diese Rechtsprechung auf den vorliegenden Fall anzuwenden, erfordert die Abwägung folgender Aspekte. Zum Einen haben die Beteiligten zu 1. und 2. das Notariat kontaktiert, um noch vor Beginn der Reise zum Himalaya

ihren Nachlass und gegebenenfalls ihre Vorsorge zu regeln. Indem sie einen Besprechungstermin allein zu diesem Anlass mit dem Notariat vereinbart haben, konnte davon ausgegangen werden, dass sie bereits zur Aufsetzung eines notariellen Testaments entschlossen waren.

55 Zum Anderen liegt gerade im Hinblick auf die anstehende Reise, die seitens der Beteiligten zu 1. und 2. zum Ausdruck gebrachte Dringlichkeit der Absicherung der Eltern der Beteiligten zu 1. und der fehlenden Möglichkeit einer Beurkundung vor dem 19. März 2018, sondern erst am 19. März 2018 die Frage nahe, ob der Notar nicht verpflichtet gewesen wäre, auf die Möglichkeit der Errichtung eines eigenhändigen Testaments hinzuweisen.

56 Insofern sei angemerkt, dass die Wahrnehmung des Besprechungstermins seitens des Notariats durch den Zeugen E. unerheblich wäre. Der Bundesgerichtshof hat eine Haftung analog § 278 BGB bejaht, wenn eine mit selbständiger Grundbuch- oder Registereinsicht beauftragte Hilfsperson des Notars den Auftrag schlecht erfüllt (Bundesgerichtshof, Urteil vom 23. November 1995, – IX ZR 213/94).

57 Es liegt daher nahe, diese Rechtsprechung zu verallgemeinern und den Notar grundsätzlich nach Maßgabe des § 278 BGB für Fehler seiner Hilfspersonen haften zu lassen (Diehn-Sandkühler, BNotO, 2. Aufl., § 19 Rn. 24; Frenz/Miermeister, BNotO, 5. Aufl., § 19 Rn. 56).

58 Vorliegend hat der Notar wörtlich ausgeführt, dass der Zeuge E. „als in erbrechtlichen Angelegenheiten besonders qualifizierter Mitarbeiter (Justizbeamter a.D.) oftmals für Vorbereitungen in erbrechtlichen Angelegenheiten eingesetzt werde“. Bei der umfassenden Überlassung der Vorbereitungen hätte der Notar gegebenenfalls auch für etwaige Pflichtverletzungen des Zeugen E. in Gestalt unterlassener Belehrungen nach § 278 BGB zu haften.

59 Jedoch hält die Kammer in diesem Einzelfall letztendlich eine Aufklärung nicht für geboten. Die Beteiligten zu 1. und 2. haben sich ausdrücklich im Zusammenhang mit der Regelung des Nachlasses vor Beginn der anstehenden Reise an das Notariat des Beteiligten zu 3. gewandt. Auch wenn der Zeuge E. als ersten freien Beurkundungstermin einen solchen am 19. März 2018 – dem Abreisetag – anbieten konnte, hätten sowohl das gemeinschaftliche Testament als auch die Generalvollmacht nebst Patienten- und Betreuungsverfügung notariell beurkundet werden können. Da die Beweisaufnahme zur Überzeugung der Kammer ergeben hat, dass die Beteiligten zu 1. und 2. sich mit diesem Beurkundungstermin einverstanden erklärt haben, konnte der Zeuge E. von einer Regelung vor Antritt der Reise ausgehen. Gerade im Hinblick auf die Kürze der Zeit konnte der Zeuge davon ausgehen, dass die Beteiligten zu 1. und 2. Rechtssicherheit durch ein von

dem Notar gefertigtes Testament, welches sich nicht auf die Wiedergabe der gesetzlichen Erbfolge beschränkte, erwirken, und sich nicht auf eigene Formulierungen mit der damit verbundenen Rechtsunsicherheit verlassen wollten. Gerade weil die Kostenschuldner Laien sind, konnte der Zeuge wegen der Besonderheiten dieses Falles davon absehen, die Kostenschuldner auf ein eigenhändiges Testament hinzuweisen.

60 In Bezug auf die Generalvollmacht konnte bezogen auf den vorliegenden Einzelfall eine Belehrung neben den vorstehenden Erwägungen auch deswegen unterbleiben, da dem Zeugen E. aufgrund der Informationen der Beteiligten zu 1. und 2. bekannt war, dass Immobilienvermögen vorhanden ist. Insoweit bedarf zwar die Vollmacht für Grundstücksgeschäfte materiell-rechtlich in aller Regel keiner Form (§ 167 Abs. 2 BGB), jedoch ist verfahrensrechtlich die Form des § 29 GBO zu beachten (Demharter, GBO, 27. Aufl., § 19 Rn. 77). Gemäß § 29 Abs. 1 GBO soll eine Eintragung in das Grundbuch nur vorgenommen werden, wenn die zu der Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Das gilt auch für die Auflassungsvollmacht, so dass der formfrei Bevollmächtigte seine Vertretungsmacht nicht in grundbuchrechtlicher Form durch Urkunden nachweisen konnte (vgl. Bundesgerichtshof, Beschluss vom 3. Februar 2016, – XII ZB 307/15). Ohne die Eintragung in das Grundbuch kann eine Eigentumsübertragung aber nicht wirksam werden (§ 873 Abs. 1 BGB).

61 Auch die kontroverse Rechtsprechung zu von Betreuungsbehörden nach § 6 BtBG beglaubigten Vorsorgevollmachten (vgl. Oberlandesgericht Köln, Beschluss vom 30. Oktober 2019, – I-2 Wx 327/19; Oberlandesgericht Karlsruhe, Beschluss vom 14. September 2015, – 11 Wx 71/15; Oberlandesgericht des Landes Sachsen-Anhalt, Beschluss vom 7. November 2013, – 12 Wx 45/13) lässt nach Auffassung der Kammer nicht zu, den fehlenden Hinweis auf die Möglichkeit einer privatschriftlichen Errichtung der Vorsorgevollmacht nebst anschließender Beglaubigung der Echtheit der Unterschrift des Vollmachtgebers als einen offen zu Tage tretenden Verstoß gegen gesetzliche Pflichten zu werten.

62 In Bezug auf die Belehrungspflicht bezüglich einer Patientenverfügung schließt sich die Kammer der Rechtsprechung des Brandenburgischen Oberlandesgerichts (Beschluss vom 30. März 2020, – 7 W 17/20) vollumfänglich an. Wörtlich hat das Oberlandesgericht ausgeführt:

63 Der Notar muss nicht in jedem Falle darauf hinweisen, dass eine Erklärung nicht der Beurkundung bedarf. Die Beurkundung dient nicht allein dazu, eine Erklärung vor der Nichtigkeit wegen Formmangels zu bewahren. Nur wenn ein weiterer Vorteil der beurkundeten gegenüber

der formfreien Erklärung fernliegt, weil es sich um eine Erklärung einfachster Art handelt, die rechtlich, persönlich und wirtschaftlich für die Beteiligten erkennbar nur geringste Bedeutung haben wird, könnte der Notar verpflichtet sein, auf die Entbehrlichkeit einer kostenträchtigen Amtstätigkeit hinzuweisen. Aber so verhält es sich bei der Beurkundung einer auch formfrei gültigen Patientenverfügung nicht. Die notarielle Beurkundung kann hier die ihr allgemein zukommenden Vorteile für den Erklärenden entfalten: Die Verfügung wird in Inhalt und Umfang sicher verständlich formuliert, nämlich durch Verwendung der in den fachkundigen Kreisen der Juristen und Ärzte geläufigen Begriffe. Die Urhebererschaft der Erklärung ist durch die Identitätsprüfung und Beurkundung gesichert, auch wenn die Erklärung schließlich gegenüber einem Dritten abzugeben ist, dem der Erklärende bis dahin unbekannt gewesen ist und der sich keine andere Gewissheit mehr darüber verschaffen kann, wie die Erklärung zustande gekommen ist.

64 4. Eine Aufrechnung mit Schadensersatzansprüchen gegen den Notar aus Amtspflichtverletzungen ist im Verfahren nach § 127 GNotKG grundsätzlich zulässig (vgl. Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 27. Oktober 2016, – 20 W 352/14; Oberlandesgericht Dresden, Beschluss vom 12. September 2016, – 17 W 826 – 828/16; Oberlandesgericht Düsseldorf, Beschluss vom 25. Februar 2016, – 10 W 33/16; Korintenberg-Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl., § 21 Rn. 8).

65 Dies darf allerdings nicht dazu führen, dass sich der Kostenschuldner auf diese Weise den schärferen Darlegungs-, Substantiierungs- und Beweisführungspflichten des Zivilprozesses entzieht und sich der Amtsermittlungspflicht sowie der Möglichkeiten des Freibeweises bedient, ohne das Kostenrisiko tragen zu müssen, dass ihm im Falle einer Schadensersatzklage gegen den Notar trübe. Deshalb treffen den Kostenschuldner hinsichtlich solcher Gegenansprüche auch im Verfahren der Notarkostenbeschwerde dem Zivilprozess vergleichbare Darlegungs- und Substantiierungspflichten (Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 29. Juli 2003, – 15 W 220/03; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 1. Oktober 2004, – 3Z BR 129/04).

66 Die Voraussetzungen für einen derartigen Schadensersatzanspruch nach § 19 Abs. 1 Satz 1 BNotO der Beteiligten zu 1. und 2. liegen nicht vor. Wie bereits ausgeführt, liegt weder in der Nichtbelehrung über die Möglichkeit der Errichtung eines eigenhändigen Testaments oder einer privatschriftlichen Vollmacht nebst Patientenverfügung noch der Nichtbelehrung über die Kosten an sich eine Pflichtverletzung des Notars.

5. Geschäftswerte

a) gemeinschaftliches Testament

67 Gemäß § 102 Abs. 1 GNotKG ist Geschäftswert bei der Beurkundung einer Verfügung von Todes wegen über den ganzen Nachlass der Wert des Vermögens. Verbindlichkeiten des Erblassers werden abgezogen, jedoch nur bis zur Hälfte des Wertes des Vermögens.

68 Soweit der Geschäftswert als zu hoch angesetzt gerügt wird, haben die Beteiligten zu 1. und 2. in dem gesamten Verfahren keine belastbaren Angaben unterbreitet, nach denen der Ansatz von 2 Mio. Euro nicht angemessen ist. Der Zeuge E. hat unter Hinweis auf seine Notizen glaubhaft bekundet, dass die Kostenschuldner in der Besprechung vom 15. März 2018 diesen Vermögenswert angegeben haben. Die Kostenschuldner haben nach Erhalt der Kostenrechnung keine Aufstellung bei dem Notar eingereicht, die sich zu dem Aktivvermögen einerseits und der Höhe der Verbindlichkeiten andererseits verhält.

b) Generalvollmacht

69 Die Geschäftswertfestsetzung für die Generalvollmacht ist nicht zu beanstanden.

70 Der Geschäftswert bestimmt sich insoweit gemäß § 98 Abs. 3 GNotKG nach billigem Ermessen. Dabei sind der Umfang der erteilten Vollmacht und das Vermögen des Vollmachtgebers angemessen zu berücksichtigen.

71 Der zu bestimmende Geschäftswert darf die Hälfte des Vermögens des Auftraggebers nicht übersteigen.

72 In § 98 Abs. 4 GNotKG wird der Höchstbetrag des Geschäftswerts auf 1 Mio. Euro begrenzt.

73 Bei der Ermessensausübung nach § 98 Abs. 3 GNotKG ist das durch die Vollmacht betroffene Rechtsgut ohne Schuldenabzug, d.h. bei Generalvollmachten das Aktivvermögen, zu berücksichtigen (Korintenberg-Tiedtke, GNotKG, 21. Aufl., § 98 Rn. 18).

74 Die streitgegenständliche Generalvollmacht, welche keine gegenständliche und zeitliche Beschränkung enthielt und über den Tod hinaus wirksam sein sollte, mithin eine umfassende Bevollmächtigung darstellt, rechtfertigt es, die Höchstgrenze des § 98 Abs. 3 GNotKG auszuschöpfen (Landgericht Bremen, Beschluss vom 11. September 2018, – 4T 524/17).

c) Patienten- / Betreuungsverfügung

75 In Bezug auf die Patienten- und Betreuungsverfügung hält die Kammer jedoch allein einen Ansatz von 5.000,- € für diejenige des Ehemannes und diejenige der Ehefrau für gerechtfertigt.

76 Nach § 109 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 GNotKG sind Betreuungsverfügung und Patientenverfügung einer Person derselbe Gegenstand. Diese Erklärungen sind im Verhältnis zu einer vom Erklärenden in derselben Urkunde erteilten Vollmacht jedoch gegenstandsverschieden (§ 110 Nr. 3 GNotKG).

77 Eine Patientenverfügung enthält Entscheidungen über den Abbruch von Behandlungsmaßnahmen für zukünftig

eintretende Fälle und richtet sich an die behandelnden Ärzte, einen Betreuer oder Bevollmächtigten. Der Wunsch nach einem selbstbestimmten und würdevollen Sterbevorgang ist nicht vermögensabhängig zu bewerten. Vielmehr ist dieser nach § 36 Abs. 2 GNotKG zu bewerten. Danach ist der Wert unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalles, insbesondere des Umfangs und der Bedeutung der Sache und der Vermögens- und Einkommensverhältnisse der Beteiligten nach billigem Ermessen, jedoch nicht über 1 Mio. Euro zu bestimmen.

78 Auch wenn strittig ist, ob und nach welchen Kriterien der in § 36 Abs. 3 GNotKG bestimmte Auffangwert in Höhe von 5.000,- € überschritten werden kann, vertritt die Kammer die Auffassung, dass im Regelfall ohne Rücksicht auf das Vermögen des Beteiligten der Hilfwert von 5.000,- € anzusetzen ist. Entscheidend ist dabei, dass die Bedeutung der Angelegenheit für die menschliche Existenz sich einer Bewertung in Geld entzieht (Korintenbergmann, GNotKG, 21. Aufl., § 36 Rn. 83). Die objektive Bedeutung der Sache für die Betroffenen ist bei allen Menschen, unabhängig von ihren Vermögensverhältnissen, gleich (Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 13. Juni 2017, – I-15 W 464/16; Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 10. Juli 2013, – I-15 W 113/13; Oberlandesgericht Hamm, Beschluss vom 8. November 2005, – 15 W 148/05; Oberlandesgericht Frankfurt, Beschluss vom 22. Januar 2007, – 20 W 397/04).

79 Gerade die streitgegenständliche Patientenverfügung, welche nur allgemein gehalten ist und keine konkret formulierten Behandlungsentscheidungen niederlegt, lässt eine Abweichung von dem Auffangwert von 5.000,- € nicht angemessen und vertretbar erscheinen. Besonderheiten der konkreten Patientenverfügung, die den von dem Beteiligten zu 3) regelmäßig zu erbringenden Aufwand erhöht hätten, kann die Kammer aufgrund des äußerst knapp gehaltenen Entwurfs nicht erkennen. Nur aufgrund der Vermögensverhältnisse hält die Kammer eine Erhöhung des Hilfwertes des § 36 Abs. 3 GNotKG nicht für gerechtfertigt (Rohs/Wedewer-Waldner, GNotKG, § 36 Rn. 69; BeckOK Kostenrecht, Dörndorfer, Neie/Wendtland/Gerlach-Soutier, 31. Edition, § 36 GNotKG, Rn. 30).

80 Eine Erhöhung lässt sich auch nicht unter Hinweis auf die Betreuungsverfügung rechtfertigen. Die Betreuungsverfügung enthält lediglich den an das Vormundschaftsgericht gerichteten Wunsch der Kostenschuldner, dass für den Fall, dass eine Betreuung notwendig werden sollte, der jeweils andere Kostenschuldner, ersatzweise die Eltern der Beteiligten zu 1. zu Betreuern ernannt werden sollen. Irgendwelche direkten vermögensrechtlichen Auswirkungen sind hiermit nicht verbunden.

81 Die Kostenrechnung vom 7. November 2018 ist mithin dahin zu ändern, dass bezüglich der vorzeitigen Beendi-

gung des Beurkundungsverfahrens bezüglich der Vollmacht und Patienten-/Betreuungsverfügung ausgehend von einem Wert in Höhe von 1.010.000,00 € eine Gebühr in Höhe von 1.815,00 € anfällt. Unter Berücksichtigung der Umsatzsteuer ergibt sich eine Reduzierung in Höhe von 95,20 €.

ERBRECHT

Identitätsüberprüfung eines für unbekannte Erben tätigen Nachlasspflegers

GwG § 1 Abs. 3, § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 9 S. 1, § 12 Abs. 1 S. 1 Nr. 1, § 13 Abs. 1 Nr. 1, § 14 Abs. 2 S. 1, § 56 Abs. 1 Nr. 27 BGB § 1791, § 1915 Abs. 1 S. 1, § 1960 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Zu den Anforderungen an die Identitätsüberprüfung eines für unbekannte Erben tätigen Nachlasspflegers gemäß § 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GwG.

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Identifizierungspflicht gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG besteht unabhängig davon, dass es sich bei der zu identifizierenden Person um einen gerichtlich bestellten Nachlasspfleger handelt. (Rn. 18)
2. Die Überprüfung der Identität einer natürlichen Person hat gemäß § 12 Abs. 1 und 3, § 13 GwG zu erfolgen. Die Übersendung einer notariell beglaubigten Ablichtung des Personalausweises ermöglicht keine diesen Vorschriften entsprechende Identitätsüberprüfung. (Rn. 21)
3. Die Bestallungsurkunde des Nachlasspflegers (§ 1791 BGB i.V.m. § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1960 Abs. 2 BGB) ist kein amtlicher Ausweis im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG. (Rn. 28)

BGH (XI. Zivilsenat),

Urteil vom 20.04.2021 – XI ZR 511/19

I. Tatbestand:

- 1 Die Kläger nehmen die beklagte Bank auf Auszahlung eines Girokontoguthabens in Anspruch.
- 2 Die Kläger sind die unbekannteren Erben des im ersten Quartal 2018 verstorbenen T. N., der bei der Beklagten ein Girokonto unterhielt. Die Kläger werden durch Rechtsanwalt B. aus M. R. vertreten, der mit Beschluss des Amts-

gerichts E. vom 18. Juni 2018 zum Nachlasspfleger bestellt worden ist.

3 Der Nachlasspfleger forderte die Beklagte zur Auskunft und zur Auszahlung des auf dem Girokonto befindlichen Guthabenbetrags auf das für den Nachlass bei einer anderen Bank eingerichtete Treuhandkonto auf. Er übermittelte der Beklagten die Bestallungsurkunde des Amtsgerichts sowie eine notariell beglaubigte Kopie seines Personalausweises. Die Beklagte teilte im Oktober 2018 mit, das Girokonto weise ein Guthaben in Höhe von 1.112,42 € auf, für eine Auszahlung fehle aber eine legitimierte Unterschrift des Nachlasspflegers. Sie bat ihn um Übersendung einer von einem P. Finanzcenter bestätigten Kopie seines Personalausweises. Der Nachlasspfleger kam dieser Aufforderung nicht nach, forderte die Beklagte aber erneut erfolglos zur Auszahlung bis zum 4. Januar 2019 auf.

4 Das Amtsgericht hat die Beklagte antragsgemäß zur Zahlung von 1.112,42 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz seit dem 5. Januar 2019 an die Kläger verurteilt. Auf die Berufung der Beklagten hat das Berufungsgericht die Klage abgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Berufungsgericht zugelassene Revision der Kläger, mit der sie die Wiederherstellung des amtsgerichtlichen Urteils erstreben.

▶ II. Aus den Gründen:

5 Die Revision der Kläger hat keinen Erfolg.

6 Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:

7 Die Klage sei derzeit unbegründet, weil der Beklagten die Erfüllung des Auszahlungsanspruchs der Kläger jedenfalls vorübergehend rechtlich unmöglich (§ 275 Abs. 1 BGB) sei. Mit der Auszahlung würde die Beklagte eine Ordnungswidrigkeit gemäß § 56 Abs. 1 Nr. 27 GwG (in der vom 26. Juni 2017 bis zum 31. Dezember 2019 geltenden Fassung) begehen, da sie derzeit die nach §§ 10 ff. GwG erforderliche Identitätsüberprüfung des für die Kläger bestellten Nachlasspflegers nicht ordnungsgemäß durchführen könne.

8 Gemäß § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG dürfe eine Auszahlung nicht ohne eine Identifizierung des für die Kläger bestellten Nachlasspflegers, zu der die Beklagte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1, § 10 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 11 Abs. 1 und 4, § 12 Abs. 1 GwG verpflichtet sei und die nach § 1 Abs. 3 GwG aus der Identitätsfeststellung durch Erheben von Angaben sowie der Überprüfung der Identität bestehe, erfolgen. Während § 11 Abs. 4 Nr. 1 GwG vorschreibe, welche Angaben zu erheben seien, bestimmten § 12 Abs. 1 Satz 1 GwG und § 13 Abs. 1 GwG, anhand welcher Dokumente und

mit welchen Verfahren die Identität natürlicher Personen zu überprüfen sei. Hier sei der Beklagten die Erfüllung ihrer Pflicht zur Identifizierung des Nachlasspflegers zurzeit nicht möglich, weil dieser sich bislang nicht an einem Verfahren zur Identitätsüberprüfung nach § 13 Abs. 1 GwG beteiligt habe.

9 Eine angemessene Prüfung eines vor Ort unter Anwesenden vorgelegten Dokuments nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG sei derzeit nicht möglich, weil die übersandte notariell beglaubigte Ablichtung des Personalausweises keine Kontrolle des Dokuments durch Inaugenscheinnahme und haptische Prüfung ermögliche. Die bloße Übersendung einer solchen Ablichtung erfülle auch nicht die Anforderungen an ein „sonstiges Verfahren“ im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG. Als solche Verfahren kämen nur die in § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 GwG aufgeführten – und hier nicht vorhandenen – Mittel der Identitätsüberprüfung sowie das Videoidentifizierungsverfahren in Betracht. Etwas anderes folge auch nicht aus § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG, der nur regule, anhand welcher Dokumente, nicht aber in welchem Verfahren die Identitätsüberprüfung vorzunehmen sei. Insbesondere sei die Übersendung einer notariell beglaubigten Ablichtung des Personalausweises nicht mit dem Videoidentifizierungsverfahren vergleichbar, da dieses auch bei räumlicher Trennung eine sinnliche Wahrnehmung der am Identifizierungsverfahren beteiligten natürlichen Personen ermögliche.

10 Die Durchführung des gesetzlich vorgesehenen Verfahrens zur Identitätsprüfung stelle sich vorliegend auch nicht als unverhältnismäßig dar. Zwar könne nach den Auslegungs- und Anwendungshinweisen der Bundesanstalt für Finanzdienstleistungsaufsicht (künftig: BaFin) zu § 10 Abs. 9 GwG der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit dazu führen, dass die Pflicht zur Nichtdurchführung bzw. Beendigung einer Geschäftsbeziehung bzw. zur Nichtdurchführung einer Transaktion nicht zum Tragen komme, wenn sich die Einhaltung dieser Pflicht unter Abwägung der Interessen des nach dem Geldwäschegesetz Verpflichteten sowie des Vertragspartners als unangemessen darstellen würde. Hier hätten die Kläger aber keine Tatsachen vorgetragen, aus denen sich ergäbe, dass dem für sie bestellten Nachlasspfleger die von der Beklagten geforderte Identifizierung in einer ihrer Filialen unzumutbar sei. Unverhältnismäßig sei eine Legitimationsprüfung vor Ort auch nicht angesichts der dadurch verursachten Kostenbelastung des Nachlasses, der eigenen Verpflichtung von Rechtsanwälten nach § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG und der bei Eröffnung des – nicht bei der Beklagten geführten – Treuhandkontos bereits erfolgten Identitätsprüfung. Denn auf der anderen Seite sei zu berücksichtigen, dass der Beklagten bei Absehen von einer Identitätsüberprüfung ein erheblicher Aufwand entstünde.

11 Die Beklagte sei auch nicht im Rahmen einer „Ermensreduzierung auf Null“ unter Anwendung der vereinfachten Sorgfaltspflichten nach § 14 Abs. 1 GwG verpflichtet, die Übersendung der notariell beglaubigten Kopie des Personalausweises als Verfahren zur Identitätsüberprüfung anzuerkennen.

12 Diese Ausführungen halten einer revisionsrechtlichen Überprüfung im Ergebnis stand.

13 Das Berufungsgericht hat im Ergebnis zutreffend angenommen, dass den Klägern, in deren Namen der Nachlasspfleger die Klage erhoben hat und für die er als gesetzlicher Vertreter handelt (vgl. BGH, Urteile vom 26. Oktober 1967 – VII ZR 86/65, BGHZ 49, 1, 5, vom 6. Oktober 1982 – IVa ZR 166/81, WM 1982, 1328 und vom 21. Juli 2000 – V ZR 393/99, WM 2000, 2057, 2058, jeweils mwN), derzeit kein Anspruch gemäß § 700 Abs. 1 Satz 1, § 488 Abs. 1 Satz 2 BGBi. V.m. § 1922 Abs. 1 BGB (vgl. Senatsurteile vom 11. Oktober 2005 – XI ZR 85/04, BGHZ 164, 275, 278 und vom 21. April 2015 – XI ZR 234/14, BGHZ 205, 90 Rn. 12) auf Auszahlung des Kontoguthabens zusteht.

14 Mangels der erforderlichen Mitwirkung des Nachlasspflegers bei der Überprüfung seiner Identität besteht hier ein Leistungshindernis, weil die Beklagte nach § 2 Abs. 1 Nr. 1 GwG Verpflichtete im Sinne des GwG ist und sie mit der Auszahlung des Guthabens gegen § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG verstoßen würde, der vorschreibt, dass die Geschäftsbeziehung nicht begründet oder nicht fortgesetzt werden und keine Transaktion durchgeführt werden darf, wenn der Verpflichtete nicht in der Lage ist, die allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GwG zu erfüllen.

15 1. Das Berufungsgericht ist zutreffend davon ausgegangen, dass die Beklagte gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG vor der Auszahlung des Guthabens zur Identifizierung des Nachlasspflegers als für die Erben auftretende Person verpflichtet ist.

16 a) Dabei kann im vorliegenden Fall dahinstehen, ob mit dem Erbfall eine neue Geschäftsbeziehung im Sinne von § 1 Abs. 4 GwG zwischen dem kontoführenden Kreditinstitut und den Erben begründet wird (so BaFin, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, Stand: Mai 2020, Nr. 4.1 S. 26), und deshalb die Pflicht zur Identifizierung gemäß § 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 GwG in der vom 26. Juni 2017 bis zum 31. Dezember 2019 geltenden Fassung (künftig: aF) bzw. § 10 Abs. 3 Nr. 1 GwG in der seit dem 1. Januar 2020 geltenden Fassung besteht, oder ob dies jedenfalls dann nicht der Fall ist, wenn – wie vorliegend – das Konto nicht fortgeführt, sondern aufgelöst werden soll (so *Tischbein/Langweg*, Die Legitimationsprüfung/Identifizierung bei der Kontoeröffnung, 6. Aufl., Rn. 96), weil in einem solchen Fall – anders als von der Legaldefinition der Geschäftsbeziehung in § 1

Abs. 4 GwG vorgesehen – nicht davon ausgegangen werden könne, dass die Beziehung zwischen Erbe und Bank „von gewisser Dauer“ sein werde.

17 Denn auch wenn in der vorliegenden Fallkonstellation die Begründung einer (neuen) Geschäftsbeziehung verneint würde, ergäbe sich die Identifizierungspflicht hier jedenfalls entweder aus § 10 Abs. 3a Satz 2 Nr. 1 GwG (ebenso § 10 Abs. 3 Satz 3 GwG aF), weil sich durch den Tod des Kontoinhabers, den Eintritt der Erben in dessen vertragliche Rechtsstellung (vgl. BeckOGK BGB/*Preuß*, 1.2.2021, § 1922 Rn. 239 f.) und die Bestellung des Nachlasspflegers maßgebliche Umstände bei dem Kunden geändert haben, oder – wenn im Hinblick auf die begehrte Auflösung des Kontos sowohl die Begründung als auch der Fortbestand einer auf Dauer angelegten Geschäftsbeziehung zwischen den Erben und der Beklagten verneint würde – aus § 10 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a GwG (ebenso § 10 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 Buchst. a GwG aF). In diesem Fall würde es sich bei der vom Nachlasspfleger begehrten Auszahlung des Guthabens auf dem Girokonto durch Überweisung auf das von ihm errichtete Konto um einen Geldtransfer nach Art. 3 Nr. 9 der Verordnung (EU) 2015/847 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 über die Übermittlung von Angaben bei Geldtransfers und zur Aufhebung der Verordnung (EU) Nr. 1781/2006 (ABl. L 141, S. 1) handeln (vgl. *Findeisen* in *Ellenberger/Findeisen/Nobbe/Böger*, Kommentar zum Zahlungsverkehrsrecht, 3. Aufl., § 27 ZAG Rn. 740; *Gittfried/Lienke* in *Gehra/Gittfried/Lienke*, Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, 2. Aufl., 3. Kap. Rn. 22; *Lienke/Gittfried*, ebenda, 10. Kap. Rn. 8), der den Schwellenwert von 1.000 € übersteigt und außerhalb einer Geschäftsbeziehung durchgeführt wird.

18 b) Die Identifizierungspflicht gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG besteht unabhängig davon, dass es sich bei der zu identifizierenden Person um einen gerichtlich bestellten Nachlasspfleger handelt. Entgegen der Auffassung der Revision folgt aus der Rechtslage zu § 154 AO nichts anderes.

19 Zwar sind in Bezug auf die in § 154 Abs. 2 AO geregelte Pflicht zur steuerrechtlich notwendigen Identifizierung in dem Anwendungserlass zur Abgabenordnung vom 31. Januar 2014 (BStBl I S. 290), der zuletzt durch das BMF-Schreiben vom 28. Januar 2021 (IV A 3 – S 0062/20/10005 :001, juris) geändert worden ist (künftig: AEAO), Erleichterungen hinsichtlich der Verfügungsberechtigten vorgesehen. So kann nach Nr. 11.1 Buchst. b und c AEAO zu § 154 AO zum einen bei Vormundschaften und Pfllegschaften, einschließlich Amtsvormundschaften und Amtspflegschaften, sowie bei rechtlicher Betreuung (§§ 1896 ff. BGB) und zum anderen bei Parteien kraft Amtes (Insolvenzverwalter, Zwangsverwalter, Nachlassverwalter, Testamentsvollstrecker und ähnliche Personen) auf die Identifizierung verzichtet werden. Diese Erleichterungen gelten aber nur für

die Pflichten aus § 154 AO und sind nicht auf die Pflichten aus dem Geldwäschegesetz übertragbar. Denn sie beruhen auf der Regelung des § 154 Abs. 2d AO, nach dem die Finanzbehörden für einzelne Fälle oder für bestimmte Fallgruppen Erleichterungen zulassen können, wenn die Einhaltung der Pflichten nach § 154 Abs. 2 bis 2c AO unverhältnismäßige Härten mit sich bringt und die Besteuerung durch die Erleichterung nicht beeinträchtigt wird. Eine vergleichbare Ermächtigungsgrundlage ist im Geldwäschegesetz nicht enthalten.

20 2. Gemäß § 1 Abs. 3 GwG besteht die Identifizierung einer Person im Sinne dieses Gesetzes zum einen aus der Feststellung der Identität durch Erheben von Angaben und zum anderen aus der Überprüfung der Identität. § 11 Abs. 4 Nr. 1 GwG bestimmt, welche Angaben bei der Identifizierung einer natürlichen Person zu erheben sind. Diese Erhebung ist der Beklagten hier aufgrund der vom Nachlasspfleger übersandten Unterlagen – der Bestallungsurkunde und der Kopie seines Personalausweises – möglich, was die Beklagte auch nicht in Frage stellt.

21 3. Die darüber hinaus erforderliche Überprüfung der Identität einer natürlichen Person hat gemäß § 12 Abs. 1 und 3, § 13 GwG zu erfolgen. Das Berufungsgericht hat zutreffend angenommen, dass die Übersendung einer notariell beglaubigten Ablichtung des Personalausweises durch den Nachlasspfleger der Beklagten nicht ermöglicht, eine diesen Vorschriften entsprechende Identitätsüberprüfung vorzunehmen.

22 a) Zwar ist ein Personalausweis ein Dokument, anhand dessen gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG die Überprüfung der Identität erfolgen kann. Dies setzt allerdings nach § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG voraus, dass dem Verpflichteten der Ausweis im Original von der zu identifizierenden Person vorgelegt wird (ebenso *Krais*, Geldwäsche und Compliance, 2018, Rn. 315 f.; *Sonnenberg* in Zentes/Glaab, GwG, 2. Aufl., § 13 Rn. 2; *Tischbein/Langweg*, Die Legitimationsprüfung/Identifizierung bei der Kontoeröffnung, 6. Aufl., Rn. 41; *Breitkreutz/Jansing*, ErbR 2020, 70, 76).

23 Dies ergibt sich entgegen der Auffassung der Revision schon aus dem Wortlaut von § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG, nach dem die Identität durch Prüfung „des vor Ort vorgelegten Dokuments“ zu überprüfen ist. Damit ist das Originaldokument gemeint. Die Prüfung anhand einer einfachen oder beglaubigten Ablichtung ist in der seit dem 26. Juni 2017 geltenden Fassung des GwG nicht erwähnt, während in § 6 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b GwG in der bis zum 25. Juni 2017 geltenden Fassung ausdrücklich die Möglichkeit der Überprüfung der Identität eines nicht persönlich anwesenden Vertragspartners anhand einer beglaubigten Kopie eines Personalausweises vorgesehen war. Zudem ist der Gesetzgeber bei der Schaffung der §§ 12, 13 GwG in der seit dem 26. Juni 2017 geltenden Fassung davon

ausgegangen, dass es bei der Überprüfungspflicht nicht um eine Überprüfung der Angaben im Ausweisdokument, sondern um die Überprüfung der Identität der betreffenden Person anhand des Ausweises geht, und zwar durch Inaugenscheinnahme und gegebenenfalls haptische Prüfung (BTDrucks. 18/11555, S. 118 f.).

24 b) Die Übersendung einer notariell beglaubigten Kopie des Personalausweises stellt kein sonstiges Verfahren im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG dar.

25 Bei Schaffung der Regelung des § 13 GwG ist der Gesetzgeber davon ausgegangen, dass im Hinblick auf den technischen Fortschritt nach Abs. 1 Nr. 2 dieser Vorschrift auch andere geeignete Verfahren zulässig sind, die ein der in Abs. 1 Nr. 1 vorgesehenen Prüfung des vor Ort vorgelegten Dokuments gleichwertiges Sicherheitsniveau aufweisen (BT-Drucks. 18/11555, S. 119). Nach der Vorstellung des Gesetzgebers fallen hierunter ein elektronisches Identifizierungssystem im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4 GwG, die in § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und 3 GwG genannten und schon nach der bisherigen Rechtslage zulässigen Nachweise sowie die Überprüfung durch Videoidentifizierungsverfahren, soweit dieses den in einem Rundschreiben der BaFin formulierten Voraussetzungen entspricht, während die Bestimmung anderer geeigneter Verfahren durch Rechtsverordnung nach § 13 Abs. 2 Nr. 2 GwG erfolgen soll (BT-Drucks. 18/11555, S. 119; *Sonnenberg* in Zentes/Glaab, GwG, 2. Aufl., § 13 Rn. 4 f.).

26 Die Übersendung einer – wenn auch notariell – beglaubigten Ablichtung des Personalausweises kann nicht als sonstiges Verfahren im Sinne von § 13 Abs. 1 Nr. 2 GwG angesehen werden, da dieses Vorgehen kein dem in § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG genannten Verfahren gleichwertiges Sicherheitsniveau aufweist, wie das Berufungsgericht zutreffend angenommen hat. Dafür spricht überdies, dass der Gesetzgeber mit der Neufassung des GwG im Jahr 2017 die in § 6 Abs. 2 Nr. 2 Satz 1 Buchst. b GwG in der bis zum 25. Juni 2017 geltenden Fassung vorgesehene Möglichkeit der Überprüfung der Identität eines nicht persönlich anwesenden Vertragspartners anhand einer beglaubigten Kopie eines Personalausweises ersatzlos gestrichen hat. Außerdem diente die Einführung eines elektronischen Identitätsnachweises im Personalausweis durch das Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis sowie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 18. Juni 2009 (BGBl. I S. 1346) gerade dazu, die Erfüllung der Identifizierungspflichten nach dem Geldwäschegesetz zu vereinfachen und statt der Vorlage des Personalausweises unter Anwesenden die Identifizierung einer physisch nicht anwesenden Person mittels eines elektronischen Identitätsnachweises nach § 18 Personalausweisgesetz zu ermöglichen (BTDrucks. 16/10489, S. 23, 49).

27 c) Die notariell beglaubigte Ablichtung des Personalausweises ermöglicht der Beklagten auch nicht deshalb eine den Anforderungen der § 12 Abs. 1, § 13 Abs. 1 GwG entsprechende Überprüfung der Identität des Nachlasspflegers, weil dieser der Beklagten zusätzlich die Bestallungsurkunde vorgelegt hat.

28 Die Bestallungsurkunde des Nachlasspflegers (§ 1791 BGB i.V.m. § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1960 Abs. 2 BGB) ist kein amtlicher Ausweis im Sinne von § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG.

29 Überdies ergibt sich aus § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GwG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 Zahlungskonto-Identitätsprüfungsverordnung (ZIdPrüfV), dass die Vorlage der Bestellungsurkunde nicht die Überprüfung der Identität des Nachlasspflegers anhand einer der in § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 bis 4 GwG genannten Mittel ersetzen kann. Es kommt insoweit nicht darauf an, ob – wie die Revision geltend macht – für die Nachlasspflegschaft § 340 Nr. 1 FamFG i.V.m. § 290 FamFG gilt. Denn auch wenn nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 5 GwG in Verbindung mit § 1 Abs. 1 Nr. 2 ZIdPrüfV die Bestellungsurkunde des Betreuers nach § 290 FamFG zur Überprüfung der Identität einer nach dem Geldwäschegesetz zu identifizierenden Person zugelassen ist, gilt dies nur hinsichtlich der Person des Betreuten und nur „in Verbindung mit der Überprüfung der Identität des Betreuers anhand eines Dokuments nach § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 GwG“ (vgl. *Gittfried/Lienke* in *Gehra/Gittfried/Lienke*, Prävention von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung, 2. Aufl., 3. Kap. Rn. 68). Damit bleibt die Überprüfung der Identität des Betreuers nach den allgemeinen Regeln erforderlich.

30 4. Die Kläger können sich auch nicht darauf berufen, dass hier gemäß § 14 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GwG die Vorlage der notariell beglaubigten Kopie des Personalausweises und der Bestallungsurkunde zur Identifizierung des Nachlasspflegers genüge.

31 Nach § 14 Abs. 2 Satz 1 GwG können Verpflichtete bei Anwendbarkeit der vereinfachten Sorgfaltspflichten gemäß § 14 Abs. 1 GwG den Umfang der Maßnahmen, die zur Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten zu treffen sind, angemessen reduzieren und insbesondere die Überprüfung der Identität abweichend von den §§ 12, 13 GwG auf der Grundlage von sonstigen Dokumenten, Daten oder Informationen durchführen, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle stammen und für die Überprüfung geeignet sind. Es bedarf hier keiner Entscheidung, welche Dokumente danach ausreichend sind (vgl. dazu *BeckOK GwG/Pfandl*, 5. Edition, Stand: 1. März 2021, § 14 Rn. 44; *Herzog/Figura*, GwG, 4. Aufl., § 14 Rn. 10; *BaFin*, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, Stand: Mai 2020, Nr. 6.3 S. 60). Denn vorliegend kann nicht mit der gemäß § 14 Abs. 1 GwG erforderlichen

Gewissheit festgestellt werden, dass die Geschäftsbeziehung bzw. Transaktion unter Berücksichtigung der in den Anlagen 1 und 2 zu den §§ 5, 10, 14, 15 GwG genannten Risikofaktoren tatsächlich mit einem geringeren Risiko der Geldwäsche oder Terrorismusfinanzierung verbunden ist. Dagegen spricht, dass die Kläger selbst bisher unbekannt sind und daher insoweit überhaupt keine Identifizierung möglich ist. Zudem ist nach Nr. 2 Buchst. c der Anlage 2 zu den §§ 5, 10, 14, 15 GwG der Umstand, dass kein persönlicher Kontakt stattfindet und auch keines der in § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 GwG genannten Verfahren zur Identifizierung aus der Ferne oder auf elektronischem Weg eingesetzt wird, gerade ein Anzeichen für ein potenziell höheres Risiko nach § 15 GwG. Schließlich kann vorliegend ein geringes Risiko auch nicht mit der Höhe der streitigen Forderung begründet werden, da sich aus den in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 10 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a, § 14 Abs. 5 Nr. 3 GwG festgelegten Wertgrenzen ergibt, dass ein Betrag, der 1.000 € übersteigt, nicht als für das Risiko der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung irrelevant angesehen werden kann.

32 5. Entgegen der Ansicht der Revision begründet die Weigerung der Beklagten, die Identitätsüberprüfung des Nachlasspflegers abweichend von § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG anhand der notariell beglaubigten Kopie seines Personalausweises und der Bestallungsurkunde vorzunehmen, und die Anwendung von § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG vorliegend keinen Verstoß gegen den Grundsatz der Verhältnismäßigkeit bzw. gegen Treu und Glauben (§ 242 BGB). Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, inwiefern der Grundsatz der Verhältnismäßigkeit – sei es im Verhältnis Staat – Verpflichteter, sei es im Verhältnis zwischen den Parteien – eine einschränkende Auslegung von § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG und § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG gebietet (vgl. dazu *BT-Drucks.* 18/11555, S. 117; *BaFin*, Auslegungs- und Anwendungshinweise zum Geldwäschegesetz, Stand: Mai 2020, Nr. 5.8.2 S. 58; *Herzog/Figura*, GwG, 4. Aufl., § 10 Rn. 133; *Krais*, Geldwäsche und Compliance, 2018, Rn. 417).

33 Denn die Vorlage des Personalausweises kann in einer beliebigen Filiale der bundesweit flächendeckend agierenden Beklagten erfolgen und gemäß § 11 Abs. 3 GwG ist bei künftigen Geschäftsbeziehungen oder Transaktionen eine erneute Identifizierung nicht zwingend. Überdies stehen gerade einem berufsmäßigen Nachlasspfleger, der den Aufwand für Identitätsüberprüfungen anhand des vor Ort vorgelegten Personalausweises gemäß § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 13 Abs. 1 Nr. 1 GwG vermeiden möchte, mit den in § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 bis 4 GwG vorgesehenen Mitteln mehrere Alternativen zur Verfügung, insbesondere der elektronische Identitätsnachweis nach § 18 Personalausweisgesetz, der bereits durch das Gesetz über Personalausweise und den elektronischen Identitätsnachweis so-

wie zur Änderung weiterer Vorschriften vom 18. Juni 2009 (BGBl. I 1346) eingeführt worden ist, um die Identifizierung einer physisch nicht anwesenden Person zu ermöglichen (vgl. BT-Drucks. 16/10489, S. 23, 49).

34 Die Beklagte missachtet mit ihrer Weigerung auch nicht den risikobasierten Ansatz der Geldwäschebekämpfung. Denn soweit § 10 Abs. 2 Satz 1 GwG in Umsetzung dieses Ansatzes vorschreibt, dass die Verpflichteten den konkreten Maßnahmenumfang bei der Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten entsprechend dem Risiko des jeweiligen Vertragspartners, der jeweiligen Geschäftsbeziehung oder der jeweiligen Transaktion zu bestimmen haben (s. dazu Herzog/*Figura*, GwG, 4. Aufl., § 10 Rn. 38 f.; BeckOK GwG/*Krais*, 5. Edition, Stand 1. März 2021, § 10 Rn. 31; *Sonnenberg* in Zentes/*Glaab*, GwG, 2. Aufl., § 10 Rn. 82 f.; *Häberle* in Erbs/*Kohlhaas*, Strafrechtliche Nebengesetze, 233. EL Oktober 2020, § 10 GwG Rn. 8), gilt dies ausdrücklich nur für die Pflichten aus § 10 Abs. 1 Nr. 2 bis 5 GwG, nicht aber für die hier in Rede stehende Identifizierungspflicht aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG. Insoweit ist es nicht zulässig, den Umfang der Maßnahmen nach § 10 Abs. 2 GwG risikoorientiert zu bestimmen, sofern nicht die Voraussetzungen des § 14 GwG vorliegen (BeckOK GwG/*Krais*, aaO), was hier jedoch – wie bereits ausgeführt – nicht der Fall ist.

35 Unerheblich ist ferner, dass die zu identifizierende Person gerichtlich bestellter Nachlasspfleger und Rechtsanwalt ist. Zum einen sieht – wie bereits oben ausgeführt – das Geldwäschegesetz anders als § 154 AO keine Ausnahmen von der Identifizierungspflicht bei Pflegschaften und Parteien kraft Amtes vor. Zum anderen ist der Umstand, dass Rechtsanwälte gemäß § 2 Abs. 1 Nr. 10 GwG nur unter bestimmten Voraussetzungen Verpflichtete im Sinne des GwG sind, ohne Bedeutung für die Frage, wann und in welcher Art und Weise sie als Vertragspartner eines anderen Verpflichteten oder als für einen solchen Vertragspartner auftretende Person von diesem anderen Verpflichteten zu identifizieren sind.

36 Die Beklagte muss sich ferner nicht darauf verweisen lassen, dass der Nachlasspfleger bei Eröffnung des Treuhandkontos durch eine andere Bank identifiziert worden sei. Denn auch wenn ein Verpflichteter gemäß § 17 Abs. 1 GwG zur Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 bis 4 GwG auf Dritte zurückgreifen darf, obliegt es nach dem „Know Your Customer Prinzip“ grundsätzlich dem Verpflichteten bzw. seinen Mitarbeitern selbst, die allgemeinen Sorgfaltspflichten auszuführen (BeckOK GwG/*Brian*, 5. Edition, Stand 1. März 2021, § 17 Rn. 1; Herzog/*Achtelik*, GwG, 4. Aufl., § 17 Rn. 2). Zudem trägt der Verpflichtete selbst in jedem Fall die Verantwortung für die Erfüllung der allgemeinen Sorgfaltspflichten (§ 17 Abs. 1 Satz 3 GwG).

37 Schließlich stellt sich der streitgegenständliche Betrag nicht als geringfügig dar, da er die in § 2 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1, § 10 Abs. 3 Nr. 2 Buchst. a, § 14 Abs. 5 Nr. 3 GwG vorgesehene Wertgrenze von 1.000 € übersteigt.

38 6. Entgegen der Auffassung der Revision ist die Notwendigkeit der Überprüfung der Identität des Nachlasspflegers gemäß §§ 12, 13 GwG nicht durch die Geltendmachung des Zahlungsanspruchs im Wege des Zivilprozesses entfallen.

39 Die Pflicht zur Identifizierung des Nachlasspflegers ist nicht an dessen Stellung als Prozessbevollmächtigter der Kläger bei der gerichtlichen Geltendmachung des Zahlungsanspruchs, sondern daran geknüpft, dass er für die Kläger im Sinne des § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG auftritt und deshalb ohne die Erfüllung der Sorgfaltspflicht aus § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG die Auszahlung nach § 10 Abs. 9 Satz 1 GwG zu unterbleiben hat. Weder die – unbekanntenen – Kläger noch der sie vertretende Nachlasspfleger haben der Beklagten im laufenden Rechtsstreit eine Identitätsüberprüfung anhand der in § 12 Abs. 1 Satz 1 GwG genannten Mittel ermöglicht. Unerheblich ist insoweit auch, ob die Beklagte im Rechtsstreit Behauptungen der Kläger zur Identität des Nachlasspflegers bestritten hat. Die Beklagte unterliegt nach § 10 Abs. 1 Nr. 1 GwG der Pflicht zur Identifizierung durch eine Identitätsüberprüfung gemäß § 12 GwG in einem Verfahren nach § 13 Abs. 1 GwG ungeachtet dessen, ob sie Zweifel an der Identität von Vertragspartnern, der für diese auftretenden Personen oder wirtschaftlich Berechtigten hat.

40 7. Entgegen der Auffassung der Revision führt die Berücksichtigung der Richtlinien, deren Umsetzung das Geldwäschegesetz dient, nicht zu einem anderen Ergebnis und ist auch keine Vorlage an den Gerichtshof der Europäischen Union (EuGH) erforderlich.

41 § 12 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1, § 13 GwG dienen der Umsetzung von Art. 13 Abs. 1 Buchst. a der Richtlinie (EU) 2015/849 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 20. Mai 2015 zur Verhinderung der Nutzung des Finanzsystems zum Zwecke der Geldwäsche und der Terrorismusfinanzierung (ABl. L 141, S. 73, künftig: Vierte Geldwäscherichtlinie) (vgl. BT-Drucks. 18/11555, S. 118). Danach umfassen die Sorgfaltspflichten gegenüber Kunden die Feststellung der Identität des Kunden und die Überprüfung der Kundenidentität „auf der Grundlage von Dokumenten, Daten oder Informationen, die von einer glaubwürdigen und unabhängigen Quelle stammen“. Diese Vorgabe ist durch die Richtlinie (EU) 2018/843 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 30. Mai 2018 (ABl. L 156, S. 43, künftig: Änderungsrichtlinie) dahingehend ergänzt worden, dass die Identifizierung auch auf der Grundlage verfügbarer elektronischer Mittel für die

Identitätsfeststellung, einschlägiger Vertrauensdienste gemäß der Verordnung (EU) Nr. 910/2014 des Europäischen Parlaments und des Rates vom 23. Juli 2014 über elektronische Identifizierung und Vertrauensdienste für elektronische Transaktionen im Binnenmarkt (ABl. L 257, S. 73) oder mittels anderer von den zuständigen nationalen Behörden regulierter, anerkannter, gebilligter oder akzeptierter sicherer Verfahren zur Identifizierung aus der Ferne oder auf elektronischem Weg erfolgen kann. Die nähere Ausgestaltung der Art und Weise der Überprüfung der Identität bleibt in Ermangelung weiterer Vorgaben dem nationalen Gesetzgeber überlassen (BeckOK GwG/Frey, 5. Edition, Stand 1. März 2021, § 1 Rn. 37, § 12 Rn. 2).

42 Zudem können die Mitgliedstaaten nach Art. 5 der Vierten Geldwäscherichtlinie zur Verhinderung von Geldwäsche und Terrorismusfinanzierung strengere Vorschriften auf dem unter diese Richtlinie fallenden Gebiet erlassen oder beibehalten. Damit beschränkt sich die Vierte Geldwäscherichtlinie, die insoweit durch die Änderungsrichtlinie keine Modifizierung erfahren hat, auf eine Mindestharmonisierung (vgl. BT-Drucks. 19/13827, S. 48).

43 Unter diesen Umständen bedarf die Frage, ob – wie die Revision geltend macht – nach der Vierten Geldwäscherichtlinie für die Überprüfung der Identität des Nachlasspflegers die notariell beglaubigte Kopie seines Personalausweises und die Bestattungsurkunde ausreichend wären, keiner Entscheidung und damit auch keiner Klärung durch den EuGH im Wege eines Vorabentscheidungsverfahrens nach Art. 267 AEUV.

Nießbrauch mit Verpflichtung zum Wiederaufbau eines Gebäudes

BGB § 1041, § 1046 Abs. 2, § 1050; GBO § 23

Redaktioneller Leitsatz:

Ein Nießbrauch kann auch in der Form bestellt werden, dass die Nießbraucher mit dinglicher Wirkung auch zum Wiederaufbau des komplett zerstörten Gebäudes verpflichtet sind, soweit nicht – bei Zerstörung durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnlichen Ereignissen – der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist, wobei den Nießbrauchern eine entsprechende Versicherungspflicht obliegt.

OLG Bremen (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 17.06.2020 – 3 W 15/20

I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller begeherten mit Schriftsatz vom 18.3.2020 neben der Eintragung eines Eigentumswechsels, verschiedene Löschungen sowie die Eintragung eines Nießbrauchs sowie einer Vormerkung für einen Rückübertragungsanspruch.

2 Mit notariellem Vertrag vom 09.12.2019 schenkten die Antragsteller zu 1) und 2) den Antragstellern zu 3) und 4) das im Grundbuch von Bremen Vorstadt L () Blatt () eingetragene Grundstück (u.a. Z-Str. in Bremen).

3 Gleichzeitig vereinbarten sie einen Nießbrauch für die Antragsteller zu 1) und 2). Im notariellen Vertrag (Ziff. 6) heißt es u.a.:

„Abweichend von § 1041 S.2 BGB obliegen den Nießbrauchern Ausbesserungen und Erneuerungen auch insoweit, als sie nicht zu der gewöhnlichen Unterhaltung des Grundstücks und seiner Bestandteile gehören; wird allerdings das Gebäude durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnliche Ereignisse beschädigt oder zerstört, so sind die Nießbraucher in dem Umfang, in dem der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist, nicht zur Behebung des Schadens oder zum Wiederaufbau verpflichtet. Die Beteiligten bewilligen und beantragen, den Nießbrauch mit dem vorstehenden Inhalt in das Grundbuch einzutragen. ...“

4 Zur Versicherungspflicht heißt es in Ziff.5 des Vertrages u.a.:

„...Der Schenker ist verpflichtet, den Schenkungsgegenstand bis zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch versichert zu halten und den Versicherungsvertrag alsdann ohne besonderes Entgelt auf den über §§ 95 ff. VVG belehrten Beschenkten zu übertragen, ohne dass er Gewähr dafür leistet, dass der versicherte Betrag dem tatsächlichen Wiederaufbauwert des Hauses entspricht. Wegen der Prämien gilt die Vereinbarung zur Lastentragung unter Ziff 2. ...“

5 Die Lasten des verschenkten Grundstücks sollen (nach Ziffer 4 des Vertrages) ab sofort auf den Beschenkten übergehen.

6 Für bestimmte zukünftige Ereignisse (Versterben der Beschenkten, Veräußerung des Grundbesitzes, Insolvenzverfahren etc.) vereinbarten die Beteiligten ein Rückforderungsrecht der Schenker. Dieses ist nicht übertragbar, wohl aber die Ansprüche aus einem fristgerecht geltend gemachten Recht. Im notariellen Vertrag ist die Eintragung einer Vormerkung für den (unentgeltlichen) Rückübertragungsanspruch bewilligt und beantragt worden. Zur Löschung soll der Nachweis des Todes der Berechtigten genügen.

7 Das Grundbuchamt hat mit dem angefochtenen Beschluss (soweit nicht der Antrag zurückgenommen bzw.

der weitergehenden Beschwerde abgeholfen worden ist) darauf hingewiesen, dass hinsichtlich der Eintragung des Nießbrauchs das Hindernis vorliege, dass der Nießbraucher nicht zum Wiederaufbau eines zerstörten Hauses verpflichtet werden könne, lediglich eine schuldrechtliche Vereinbarung sei möglich.

8 Der Eintragung der Vormerkung stehe entgegen, dass ein Löschungserleichterungsvermerk nicht eingetragen werden könne, weil es sich nicht um ein Recht gemäß § 23 GBO handele. Die Beteiligten sollen prüfen, ob das Recht bedingt bis zum Tode des Längs(t) lebenden einzugetragen sei.

9 Mit der am 20.05.2020 eingegangenen Beschwerde haben die Beteiligten darauf hingewiesen, dass die Wiederaufbaupflicht der Nießbraucher nur schuldrechtlich vereinbart worden sei. Für die Rückauflassungsvormerkung sei die Löschungserleichterung für den Tod des Letztversterbenden vorgesehen.

10 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde hinsichtlich dieser beiden Fragen nicht abgeholfen und sie dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, die Wiederaufbaupflicht sei nicht lediglich schuldrechtlich vereinbart, weil der Nießbrauch „mit dem vorstehenden Inhalt“ in das Grundbuch eingetragen werden soll. Damit solle auch die Wiederaufbaupflicht dinglicher Inhalt sein, dies sei aber kein zulässiger Inhalt. Zum Löschungserleichterungsvermerk für die Vormerkung führt das Grundbuchamt ergänzend aus, dass Rückstände auf Leistungen bei einer Vormerkung ausgeschlossen seien und damit auch die Eintragung einer Vorlöschklausel.

► II. Aus den Gründen:

11 Die Beschwerde ist statthaft und zulässig, aber nur teilweise begründet. Die Zwischenverfügung vom 14.04.2020 ist in zulässiger Weise ergangen.

12 Hinsichtlich der abgelehnten Eintragung der Löschungserleichterung bei der Vormerkung ist die Beschwerde nicht begründet. Insoweit liegt, wie vom Grundbuchamt zu Recht angenommen, ein Eintragungshindernis vor. Die Eintragung einer Vorlöschklausel gem. § 23 Abs. 2 GBO ist bei einer auf die Lebenszeit des Berechtigten beschränkten Vormerkung nicht zulässig. Hintergrund ist, dass für eine derartige Vormerkung keine Rückstände von Leistungen zu besorgen sind, so dass § 23 GBO nicht anwendbar ist (BGH, Beschluss vom 26. März 1992 – V ZB 16/91 – Rdnr. 13 ff., BGHZ 117, 390-394 – zitiert nach juris). Selbst wenn – wie hier – der (bereits geltend gemachte) Rückübertragungsanspruch übertragbar und vererblich ist, so sind darin keine „Rückstände“ im Sinne von § 23 GBO zu sehen (BGH a.a.O. Rdnr. 15). Die Vormerkung ist allein

die dingliche Absicherung des (schuldrechtlichen) Rückübertragungsanspruchs, deren Sicherungscharakter die Beteiligten ausdrücklich auf die Lebenszeit der Berechtigten beschränkt haben.

13 Die Beschwerde ist aber hinsichtlich der Eintragung des Nießbrauchs begründet. Einer Eintragung des Nießbrauchs steht jedenfalls nicht der Inhalt aus Ziff. 6 des notariellen Vertrages, d.h. die Verpflichtung der Nießbraucher zu außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen, einschließlich des Wiederaufbaus des zerstörten Gebäudes, entgegen.

14 Die Regelung des § 1041 BGB (Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten des Nießbrauchers) ist nicht zu Lasten des Eigentümers abdingbar, d.h. die Pflicht des Nießbrauchers kann nicht mit Wirkung gegenüber Dritten beschränkt werden.

15 Hier geht es aber um eine Ausweitung der Pflichten der Nießbraucher. Diese sollen nicht nur die gewöhnliche Unterhaltung des Grundstücks (Gebäudes) übernehmen, sondern auch außergewöhnliche Ausbesserungs- und Erneuerungsmaßnahmen. Entgegen der Ansicht der Antragsteller ist diese Vereinbarung auch mit dinglicher Wirkung getroffen worden, denn sie soll – mit dem konkreten Inhalt – in das Grundbuch eingetragen werden.

16 Eine derartige Ausweitung zugunsten des Eigentümers kann grundsätzlich auch mit dinglicher Wirkung vereinbart und auch im Grundbuch eingetragen werden (vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 10. Januar 1985 – BReg 2 Z 117/84 Rdnr. 31 ff –, juris und Beschluss v. 15.3.1985 – BReg. 2 Z 24/85 – beck-online; *Lenders* in: Herberger/Martinek/Rüßmann u.a., jurisPK-BGB, 7. Aufl 2014, § 1041 BGB Rdnr. 6; Staudinger/*Heinze* (2017) BGB § 1041 Rdnr. 8; BeckOKBGB-*Reymann* § 1041 BGB Rdnr. 35; MüKo BGB/*Pohlmann*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1041 Rn. 8, 9).

17 Ob dies allerdings auch für den Fall der Totalerneuerung bzw. für den Wiederaufbau eines total zerstörten Gebäudes gilt, ist in der Rechtsprechung soweit ersichtlich noch nicht entschieden (ausdrücklich offen gelassen vom Bayerischen Obersten Landesgericht in den genannten Entscheidungen, die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 23.01.2009, V ZR 197/07- beck-online, betrifft lediglich eine schuldrechtliche Vereinbarung, zustimmend aber *Schippers*, MittRhNotK 1996 S.197, 201, wenn die Wiederherstellungskosten durch Versicherungsleistungen gedeckt sind und die Verwendung dieser Leistungen zur Wiederherstellung nach § 1046 Abs. 2 BGB verlangt werden kann; ihm folgend wohl Staudinger/*Heinze* (2017) BGB § 1041 Rdnr. 8, ohne Einschränkung im Hinblick auf die Absicherung durch Versicherungsleistungen: BeckOK BGB/*Reischl*, 54. Ed. 1.5.2020, BGB § 1041 Rn. 7).

18 Nach dem vorliegenden notariellen Schenkungsvertrag sollen die Nießbraucher mit dinglicher Wirkung auch zum Wiederaufbau des komplett zerstörten Gebäudes verpflichtet sein, soweit nicht – bei Zerstörung durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnlichen Ereignissen – der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist. Allerdings obliegt dem Beschenkten die Versicherung des Grundstücks, ohne dass dazu eine Verpflichtung besteht, so dass eine Totalzerstörung ohne Absicherung durch eine Versicherung jedenfalls theoretisch möglich ist.

19 Bedenken könnten gegen eine Verpflichtung zum Wiederaufbau des total zerstörten Gebäudes bestehen, weil damit die wesensmäßigen Grenzen zwischen Nießbrauch (Nutzungsrecht einerseits und bloße Erhaltungspflicht andererseits) und Eigentum verändert würden (Typenzwang im Sachenrecht). Dies könnte auch vor dem Hintergrund des § 1050 BGB so zu sehen sein, nachdem der Nießbraucher schon nicht den Wertverlust bei ordnungsgemäßer Nutzung (und Erhaltung) trägt. Diesem Argument ist allerdings entgegenzuhalten, dass § 1950 BGB nicht die Gestaltungsmöglichkeiten nach § 1041 BGB einschränkt (dazu BGH V ZR 197/07, Urteil vom 23.01.2009, Ziff. 14 ff. – beck-online). Nach Ansicht des Senats spricht auch die wesensmäßige Abgrenzung zwischen Eigentum und Nießbrauch nicht gegen eine derartige Verpflichtung mit dinglicher Wirkung. Das Wesen des Nießbrauchs liegt darin, dass der Eigentümer für einen bestimmten Zeitraum von wesentlichen Befugnissen – nämlich der (wirtschaftlichen) Nutzung – ausgeschlossen wird und dem Nießbraucher neben der Gewährung des Nutzungsrechts Erhaltungspflichten auferlegt werden. Es ist bereits jetzt zu Recht anerkannt, dass diese Pflichten – mit dinglicher Wirkung – einer gewissen Gestaltungsfreiheit unterliegen, die zu Lasten des Nießbrauchers auch den Bereich der Wirtschaftlichkeit verlassen können (dazu Bayerisches Oberlandesgericht Beschluss v. 15.3.1985 – Breg. 2 Z 24/85 – beck-online). Diese Gestaltungsmöglichkeit obliegt im Rahmen der Vertragsfreiheit auch und gerade unter wirtschaftlichen und steuerrechtlichen Gesichtspunkten den Beteiligten. Denn es verbleibt dabei, dass der Eigentümer – mit der Einschränkung durch das Nießbrauchsrecht – Verfügungsbefugter über das Grundstück ist und dass der Nießbraucher nach Ablauf seines Rechts dieses an den jeweiligen Eigentümer zurückgeben muss. Diese Rechte des Eigentümers reichen nach Ansicht des Senats zur Abgrenzung des Nießbrauchsrechts vom Eigentum aus. Die Ausweitung der Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten bis hin zum Wiederaufbau nach Zerstörung, der ohnehin nur in den seltensten Fällen sicher von einer Sanierungsmöglichkeit abzugrenzen sein dürfte, verschiebt die Grenzen der beiden Rechte daher

nicht übermäßig. In der Ausgestaltung des Nießbrauchsrechts im Hinblick auf die Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten liegt kein Eintragungshindernis.

Anmerkung:

I. Die Veräußerung von Grundbesitz erfolgt häufig unter Vorbehalt von Nutzungsrechten, insbesondere eines Wohnungs- oder Nießbrauchsrechts. Mit dem „Kauf gegen Wohnungsrecht“ hat sich insoweit auch ein eigener, neuer Vertragstypus herausgebildet.¹ Während das Wohnungsrecht nach überwiegender Auffassung erlischt, wenn es zu einer Zerstörung der Räume kommt, zu deren Bewohnen es berechtigt,² wohl auch, wenn von vornherein feststeht, dass das Gebäude in der alten Form wiederaufgebaut wird oder dies nachträglich tatsächlich geschieht, besteht der Nießbrauch fort. Eine Absicherung des Wohnungsberechtigten erfolgt hier – vorbehaltlich landesrechtlicher Besonderheiten (Art. 96 EGBGB) – durch eine (schuldrechtliche) Wiederaufbauverpflichtung des Eigentümers, eine vormerkungsgesicherte Verpflichtung des Eigentümers ein neues (inhaltsgleiches) Wohnungsrecht zu bestellen und/oder eine Wohnungsreallast.³ Die Begründung einer **Wiederaufbauverpflichtung des Wohnungsberechtigten**⁴ ist ungewöhnlich, aber mit schuldrechtlicher Wirkung unbestritten möglich. Ob dies auch als dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts vereinbart werden kann (vgl. §§ 1093 Abs. 1 S. 2, 1041 S. 2 BGB bzw. §§ 1090 Abs. 2, 1021 (S. 2) oder dies einen Verstoß gegen das „Wesen des Wohnungsrechts“ oder die „wesensmäßige Grenze zum Eigentum“ darstellt, erscheint zweifelhaft, ist bislang aber noch nicht entschieden worden. Eine **dingliche Wiederaufbauverpflichtung des Eigentümers** hat das OLG Hamm hingegen für den Fall des Wohnungsrechts an Wohnungseigentum im Hinblick auf die Spezialvorschrift des § 22 Abs. 4 WEG a.F. i.V.m. der Teilungserklärung / Gemeinschaftsordnung der Wohnungseigentümergemeinschaft verneint.⁵ In der vorstehend abgedruckten Entscheidung hatte sich das OLG Bremen mit der parallelen Fragestellung beim Nießbrauch zu befassen:

Kann als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs eine Wiederaufbauverpflichtung des Nießbrauchsberechtigten vereinbart werden?

¹ Dazu *Becker*, NJW 2021, 1265 f.

² Vgl. etwa *Mohr* in: MüKo BGB, Bd. 8, § 1093 BGB, Rn. 23 m.w.N.

³ Vgl. etwa *Mohr* in: MüKo BGB, Bd. 8, § 1093 BGB, Rn. 23 a.E.

⁴ Alternative: Zuschusspflicht in bestimmter Höhe.

⁵ OLG Hamm, ZWE 2014, 83 = NZM 2014, 248 = notar 2014, 323 (m. ausführl. Anm. *Becker*). Anders das LG Heilbronn, BWNotZ 1975, 124.

Das BayObLG hatte diese Fragestellung im Jahre 1985 noch offen gelassen.⁶ Mayer/Geck⁷ und Krauß⁸ verneinen sie, Schippers⁹ bejaht sie.

II. Der Entscheidung lag verkürzt folgender Sachverhalt zugrunde:

Mit notariellem Vertrag vom 09.12.2019 wurde ein Grundstück unter Nießbrauchs- und (vormerkungsgesicherten) Rückforderungsvorbehalt verschenkt. Zur Ausgestaltung des Nießbrauchs wurde folgende Regelung getroffen:

„Abweichend von § 1041 S.2 BGB obliegen den Nießbrauchern Ausbesserungen und Erneuerungen auch insoweit, als sie nicht zu der gewöhnlichen Unterhaltung des Grundstücks und seiner Bestandteile gehören; wird allerdings das Gebäude durch Feuer oder sonst durch von außen einwirkende außergewöhnliche Ereignisse beschädigt oder zerstört, so sind die Nießbraucher in dem Umfang, in dem der Schaden zugunsten des Eigentümers versichert ist, nicht zur Behebung des Schadens oder zum Wiederaufbau verpflichtet. Die Beteiligten bewilligen und beantragen, den Nießbrauch mit dem vorstehenden Inhalt in das Grundbuch einzutragen.“

Die Versicherungspflicht wurde in der Urkunde wie folgt geregelt:

„...Der Schenker ist verpflichtet, den Schenkungsgegenstand bis zur Umschreibung des Eigentums im Grundbuch versichert zu halten und den Versicherungsvertrag alsdann ohne besonderes Entgelt auf den über §§ 95 ff. VVG belehrten Beschenkten zu übertragen, ohne dass er Gewähr dafür leistet, dass der versicherte Betrag dem tatsächlichen Wiederaufbauwert des Hauses entspricht. Wegen der Prämien gilt die Vereinbarung zur Lastentragung unter Ziff 2.“

Das Grundbuchamt beanstandete die getroffene Regelung und wies u.a. darauf hin, dass die Verpflichtung des Nießbrauchers zum Wiederaufbau eines zerstörten Hauses nur schuldrechtlich vereinbart werden, nicht aber dinglicher Inhalt des Nießbrauchs sein könne.

III. Das OLG Bremen war insoweit anderer Meinung. Zwar sei die Regelung des § 1041 BGB nicht zu Lasten des

Eigentümers abdingbar, doch gehe es vorliegend gerade um die Ausweitung der Pflichten der Nießbraucher. Grundsätzlich sei eine derartige Vereinbarung auch mit dinglichem Inhalt zulässig. Ob dies auch für den Fall der Totalerneuerung bzw. für den Wiederaufbau eines total zerstörten Gebäudes gelte, sei bis jetzt in der Rechtsprechung aber noch nicht entschieden.

Der Senat fragte deshalb, ob die Verpflichtung zum Wiederaufbau nicht die wesensmäßigen Grenzen zwischen Nießbrauch und Eigentum verändern würde und damit dem Typenzwang des Sachenrechts widerspreche. Dafür könnte die Regelung des § 1050 sprechen. Jedoch schränke § 1050¹⁰ die Gestaltungsmöglichkeiten nach § 1041 nicht ein. Auch liege das Wesen des Nießbrauchs gerade darin, dass der Eigentümer für einen bestimmten Zeitraum von wesentlichen Befugnissen – nämlich der (wirtschaftlichen) Nutzung – ausgeschlossen werde und dem Nießbraucher neben der Gewährung des Nutzungsrechts Erhaltungspflichten auferlegt werden. Diese könnten auch den Bereich der Wirtschaftlichkeit verlassen. Für die Abgrenzung Nießbrauch und Eigentum, müsse es reichen, wenn der Eigentümer – mit der Einschränkung durch das Nießbrauchsrecht – verfügungsbefugt über das Grundstück sei und der Nießbraucher nach Ablauf seines Rechts dieses an den jeweiligen Eigentümer zurückgeben müsse. Die Ausweitung der Ausbesserungs- und Erneuerungspflichten bis hin zum Wiederaufbau nach Zerstörung, verschiebe die Grenze der beiden Rechte nicht übermäßig.

IV. Das OLG Bremen tritt mit seiner Entscheidung Neuland. Es hat als bislang erstes Oberlandesgericht die Zulässigkeit einer dinglichen **Wiederaufbauverpflichtung des Nießbrauchers** ausdrücklich bejaht. Die Argumentation des Senats stützt sich dabei einerseits auf § 1050 BGB, der keine Grenze für die Abdingbarkeit des § 1041 BGB enthalte, andererseits auf die wesensmäßige Grenze zwischen Eigentum (als umfassendem Herrschaftsrecht) und Nießbrauch (als bloßem Nutzungsrecht). § 1050 BGB hat dabei nur die „durch die ordnungsgemäße Ausübung des Nießbrauchs“ herbeigeführten Veränderungen oder Verschlechterungen der Sache im Blick. Zu dieser „ordnungsgemäßen Ausübung des Nießbrauchs“ gehört aber auch die Einhaltung der Verpflichtungen des u.a. § 1041, so dass dieser § 1050 einschränkt, nicht aber umgekehrt.¹¹ Bleibt die Frage, inwieweit das „Wesen des Nießbrauchs“ einer dinglichen Wiederaufbaupflicht des Nießbrauchers entgegensteht. Es ist für das Wesen des

⁶ BayObLG DNotZ 1986, 151 (153).

⁷ Mayer/Geck, Der Übergabevertrag, 3. Auf., S. 413.

⁸ Krauß, Vermögensnachfolge in der Praxis, 4. Auf., Rn. 1389.

⁹ Schippers, MitRhNotK 1996, 197 (201) m.w.N. in Fn. 72 des Beitrags. Ohne Begründung: Reischl in: BeckOK BGB, § 1041 BGB, Rn. 7, 56. Edition, Stand: 01.11.2020.

¹⁰ In der Entscheidung wird versehentlich § 1950 BGB genannt.

¹¹ Vgl. Pohlmann in: MüKo BGB, Bd. 8, § 1050 BGB, Rn. 1 a.E.

Nießbrauchs als Nutzungsrecht nicht wesensbestimmend, dass der Nießbraucher nur solche Pflichten trägt, die auch von den Erträgen gedeckt sind.¹² Übernimmt der Nießbraucher daher in der gesetzlichen Pattsituation¹³ auch die Verpflichtung zur Tragung der außergewöhnlichen Unterhaltungspflichten, kann er sich – auch als dinglicher Inhalt des Nießbrauchs – zum Wiederaufbau verpflichten. Eine Abgrenzung zwischen teilweiser, überwiegender oder vollständiger Zerstörung wird damit vermieden. Auch trifft im gesetzlichen Regelmodell die Versicherungspflicht gegen z.B. Brandschäden den Nießbraucher gemäß § 1045 BGB, der dann nach § 1046 Abs. 2 BGB verlangen kann, dass die Versicherungssumme zur Wiederherstellung der Sache verwendet wird. Der Nießbraucher kann sich dieser Verpflichtungen jederzeit über § 875 BGB durch Aufgabe seiner Rechtsposition wieder entledigen, so dass er insoweit auch nicht schutzbedürftig ist. Bis zu einer höchstrichterlichen Klärung dieser Frage und außerhalb des Bezirks des OLG Bremen bietet es sich als Ausweichgestaltung an, eine Wiederaufbaupflicht des Nießbrauchers zunächst nur schuldrechtlich zugunsten des jeweiligen Eigentümers als Vertrag zugunsten Dritter (§ 328 BGB) zu gestalten.

Ebenfalls noch nicht höchstrichterlich entschieden ist, ob eine **Wiederaufbaupflicht des Eigentümers** dinglicher Inhalt des Nießbrauchs sein kann. Hier geht es um die allgemeine Frage, inwieweit dem Eigentümer neben seinen Duldungspflichten, (positive) Leistungspflichten auferlegt werden können.¹⁴ Das Meinungsbild ist gespalten.¹⁵ Die Rechtsprechung betont hier das Wesen des Nießbrauchs als Dienstbarkeit, was positive Leistungspflichten grds. (Ausnahme: §§ 1035, 1038, 1039 Abs. 1 S. 3, 1046 Abs. 2 S. 1, 1049 BGB), ausschließt. § 1021 BGB gilt nicht für den Nießbrauch (arg e § 1090 Abs. 2 BGB, Art. 184 S. 2 EGBGB). Als Ersatzlösungen kommen schuldrechtliche Wiederaufbaupflichten des Eigentümers und die Vereinbarung einer (selbstständigen) Reallast (§§ 1105 ff. BGB) in Betracht, die jedoch nur bei wiederkehrenden Leistungen (stetiger Wiederaufbaupflicht) möglich ist.

Notar Dr. Peter, Becker, Ass. iur. Viktoriya Lazarets, beide Schwäbisch Gmünd.

¹² Bereits *Mugdan*, Die gesammten Materialien zum Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich, Bd. 3, S. 285.

¹³ Außergewöhnliche Unterhaltungspflichten treffen grds. weder den Nießbraucher, noch den Eigentümer. Dies gilt übrigens auch für das Wohnungsrecht. Vgl. *Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag, 3. Auf., S. 184.

¹⁴ Vgl. hierzu *Mayer/Geck*, Der Übergabevertrag, 3. Auf., S. 415 f.

¹⁵ Einerseits: BayObLGZ 1985, 6 (Keine Verpflichtung zur Darlehensaufnahme); BayObLGZ 1972, 364 (Keine Wiederaufrostungspflicht). Andererseits: *Schippers*, MitRhNotK 1996, 197 (203) m.w.N. S. auch *Schön*, der Nießbrauch an Sachen, 1992, S. 319 f.

Privatschriftlicher Nachtrag zu einem Erbvertrag

FamFG § 68 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2, § 70 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2; BGB § 125, § 2232 Satz 1 Var. 2, § 2276 Abs. 1 Satz 2, § 2368 Abs. 1; BeurkG § 7, § 27, § 30, § 44; DONot § 16 Abs. 2, § 18, § 30

Amtliche Leitsätze:

1. Reichen Eheleute, deren Erbvertrag der Notar beurkundet hat, bei diesem einen privatschriftlichen „Nachtrag“ ein, in dem sie den Notar als Testamentsvollstrecker einsetzen, ohne dass er die im Nachtrag enthaltenen Erklärungen oder die Übergabe des Nachtrags als letztwillige Verfügung beurkundet, so stehen der Wirksamkeit der Ernennung des Notars zum Testamentsvollstrecker §§ 7, 27 BeurkG iVm § 125 BGB nicht entgegen.
2. Die Verwahrung des „Nachtrags“ zusammen mit der Haupturkunde oder Anheftung an diese führt nicht dazu, dass nunmehr eine einheitliche Urkunde vorliegt und die Urkundstätigkeit des Notars sich dann auch auf den an die Haupturkunde angeklebten oder angehefteten und in ihr verwahrten privatschriftlichen „Nachtrag“ erstreckt.
3. Die Rechtsbeschwerde ist zuzulassen, weil die Fortbildung des Rechts bzw. die Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung eine Entscheidung des Rechtsbeschwerdegerichts zur Frage des Vorliegens einer Urkundstätigkeit oder eines Umgehungstatbestands bei der Bestellung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker erfordert.

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 09.04.2021 – 3 Wx 61/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind die Kinder des Erblassers und der Beteiligte zu 1.

2 Der Erblasser hatte, teils gemeinsam mit der Beteiligte zu 1, mehrere Verfügungen von Todes wegen errichtet. Zuletzt errichteten der Erblasser und die Beteiligte zu 1 am 15. Oktober einen notariellen Erbvertrag (UR Nr. 5424 für 2001), der von dem Beteiligten zu 4 als Notar beurkundet wurde. Darin hoben sie alle früheren Verfügungen von Todes wegen auf und regelten die Erbfolge neu.

3 Am selben Tag setzten die Eheleute ein von beiden unterzeichnetes handschriftliches Schreiben auf, das wie folgt lautet:

„Nachtrag zu dem Erbvertrag vom 15/10.01. (UR Nr. 5423 für 2001)

Ordnet jeder von uns Testamentsvollstreckung an. Testamentsvollstrecker soll Notar ... (der Beteiligte zu 4) sein.“

4 Der Beteiligte zu 4 hat Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt.

5 Mit Beschluss vom 26. Nov. 2019 hat das Nachlassgericht den Antrag zurückgewiesen.

6 Es hat ausgeführt, Testamentsvollstrecker solle hier der den Erbvertrag beurkundende Notar sein. Dieser habe durch Verbindung des Erbvertrages mit der handschriftlichen Erklärung über die Anordnung der Testamentsvollstreckung und Benennung des Testamentsvollstreckers eine einheitliche Urkunde unter einheitlichem Aktenzeichen geschaffen, die in amtliche Verwahrung genommen worden sei. In einem solchen Fall sei die Benennung des Beurkundungsnotars wegen Verstoßes gegen § 7 BeurkG, § 125 BGB als unwirksam anzusehen.

7 Dagegen richtet sich die Beschwerde des Beteiligten zu 4.

8 Er macht geltend, es treffe nicht zu, dass er den notariellen Erbvertrag mit dem handschriftlichen Nachtrag fest verbunden habe. Tatsächlich sei es so gewesen, dass ihn der Erblasser nach Beurkundung des Erbvertrages – und nachdem die Beteiligten das Notariat bereits verlassen hatten – angerufen und ihm mitgeteilt habe, man beabsichtige, ihn als Testamentsvollstrecker einzusetzen. Die Bitte, einen entsprechenden Zusatz in die Urkunde aufzunehmen, habe er zurückgewiesen und stattdessen dem Erblasser den Text einer Testamentsvollstreckerbestimmung diktiert. Die vom Erblasser in anderer inhaltlicher Form geschriebene und von beiden Eheleuten unterschriebene Urkunde sei später im Notariat abgegeben worden, wobei keinem der Beteiligten aufgefallen sei, dass im Kopf eine „falsche“ UR-Nummer eingetragen gewesen sei. Dieser handschriftliche Nachtrag sei mit Schreiben vom 26. Okt. 2001 an die Standesämter Krefeld und Hörh-Grenzhausen übermittelt worden. Eine feste Verbindung beider Dokumente lasse sich den Original-Urkunden nicht entnehmen. Letztlich könne dahingestellt bleiben, ob die vom Amtsgericht (zu Unrecht) angenommene Verbindung bestanden habe. Denn auch dann wäre nicht von einer Unwirksamkeit der Testamentsvollstreckerbestimmung auszugehen. Die setze nämlich voraus, dass die Willenserklärung Bestandteil der Urkundstätigkeit des Notars geworden sei. Daran fehle es hier. Die Übergabe sei nach Abschluss der notariellen Beurkundung erfolgt. Daher erstrecke sich die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde nicht auf den Vorgang der Übergabe, so

dass die Voraussetzungen der §§ 2232 S. 1 2. Alt. BGBG nicht vorlägen. Daran ändere auch die (zu Unrecht angenommene) spätere Verbindung nichts.

9 Mit weiterem Beschluss vom 2. April 2020 hat das Nachlassgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt. Es hat ausgeführt, der Erbvertrag und der Zusatz hinsichtlich der Testamentsvollstreckung seien durchgängig geöst und durch Schnur und notarielles Prägesiegel des Beteiligten zu 4 physisch verbunden (§ 44 BeurkG), wodurch der Beteiligte zu 4 eine einheitliche Urkunde geschaffen habe. Darauf, wie der handschriftliche Zusatz zustande gekommen sei, komme es nicht an.

10 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakte und der Testamentsakten Bezug genommen.

▶ II. Aus den Gründen:

11 Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 4 ist nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe gem. § 68 Abs. 1 Satz 2, 2. Halbsatz FamFG dem Senat zur Entscheidung angefallen.

12 Die Beschwerde ist begründet, denn dem Beteiligten zu 4 ist das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen, weil er durch letztwillige Verfügung des Erblassers und der Beteiligten zu 1, nämlich den privatschriftlichen „Nachtrag“ vom 15. Oktober 2001, wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist, § 2368 Abs. 1 BGB.

13 Der Wirksamkeit des „Nachtrags“ stehen §§ 7, 27 BeurkG iVm § 125 BGB nicht entgegen. Danach ist der Notar insoweit von der Mitwirkung an der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung ausgeschlossen, als er darin zum Testamentsvollstrecker des Erblassers ernannt wird. Ein Verstoß gegen die genannten Vorschriften führt zur Unwirksamkeit des betroffenen Teils der Beurkundung, mithin der Ernennung zum Testamentsvollstrecker, und zu einer gem. § 125 BGB formnichtigen Willenserklärung.

14 Hier hat der Beteiligte zu 4 als Notar in Bezug auf den privatschriftlichen „Nachtrag“ keine Beurkundungstätigkeit entfaltet, § 2232 BGB. Er hat weder eine mündliche Erklärung des Erblassers betreffend die Ernennung zum Testamentsvollstrecker beurkundet (Var. 1), noch liegt eine Urkundstätigkeit nach § 2232 S. 1 Var. 2 BGB vor, wonach eine letztwillige Verfügung im Wege eines öffentlichen Testaments / Erbvertrages (§ 2276 Abs. 1 S. 2 BGB) auch in der Weise errichtet werden kann, dass der Erblasser dem Notar ein – offenes oder verschlosse-

nes – Schriftstück mit dem Hinweis übergibt, es handele sich dabei um seinen letzten Willen und der Notar diesen Vorgang beurkundet, § 30 BeurkG.

15 Das Oberlandesgericht Bremen hat die Frage, ob ein Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG vorliegt, wenn der Notar die testamentarische Erklärung des Erblassers beurkundet, dieser werde die Person des Testamentsvollstreckers in einer gesonderten handschriftlichen Niederschrift bestimmen, und der Notar das ihm im Anschluss übergebene entsprechende Schriftstück zusammen mit dem Testament in amtliche Verwahrung gibt, unterschiedlich beurteilt (NJW-RR 2016, 76, bejahend; NJW-RR 2016, 979, verneinend). In der letzten dieser beiden Entscheidungen hat es ausgeführt, da die Übergabe außerhalb der notariellen Beurkundung erfolgt sei, könne sich die Beweiswirkung der öffentlichen Urkunde nicht auf den Vorgang der Übergabe erstrecken. Damit fehle es an den Voraussetzungen des § 2232 S. 1 Var. 2 BGB, so dass kein einheitliches Testament und damit keine Beurkundung der Testamentsvollstreckerernennung erfolgt sei. Auch das Oberlandesgericht Köln (NJW-RR 2018, 457) hat weder einen direkten Verstoß gegen §§ 7, 27 BeurkG, noch eine zur Unwirksamkeit führende Umgehung angenommen in einem Fall, in dem der Erblasser im Anschluss an die notarielle Beurkundung seiner letztwilligen Verfügung ein handschriftliches Testament mit der Bestimmung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker errichtet hatte. Weder enthielt das notarielle Testament eine Verweisung auf die privatschriftliche Testamentsvollstreckerernennung, noch hatte der Urkundsnotar beide Schriftstücke zur amtlichen Verwahrung verbunden.

16 Der Senat vermag auch in der hier vorliegenden Vorgehensweise keine Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG zu erkennen.

17 Eine Urkundstätigkeit, etwa durch Beurkundung einer Erklärung des Erblassers, dass der Testamentsvollstrecker durch gesonderte handschriftliche Niederschrift bestimmt werde, hat der Notar nicht entfaltet. Die handschriftliche Erklärung des Erblassers und der Beteiligten zu 1 nimmt zwar in ihrer Überschrift auf den notariellen Erbvertrag Bezug, umgekehrt enthält die notarielle Urkunde jedoch keine Bezugnahme auf eine zu erwartende privatschriftliche Erklärung, so dass der Notar insoweit nicht tätig geworden ist.

18 Es ist auch durch Verbindung des Erbvertrages und des Nachtrages nach § 44 BeurkG keine Urkundstätigkeit begründet worden. § 44 BeurkG stellt eine beurkundungsrechtliche Sollvorschrift dar, die eine Verbindung mehrerer Blätter einer (einzigen) Urkunde (Satz 1) oder beigefügter Dokumente (Satz 2) durch Schnur und Prägesiegel vorsieht; hängen Urkunden mit anderen Urkun-

den inhaltlich zusammen, sind sie hingegen nicht gem. § 44 BeurkG zu verbinden. Solche Urkunden können allerdings nach § 18 Abs. 2 DONot mit der Haupturkunde verwahrt oder dieser angeheftet werden, § 30 DONot (*Regler*, in BeckOGK BeurkG, Stand 1. Okt. 2020, § 44, Rdnr. 13). Danach ist eine solche Verbindung nicht nach § 44 BeurkG erforderlich, sondern nach § 18 DONot möglich und zwar (ausdrücklich) zur Aufbewahrung der Urkunde(n). Eine solche Verbindung führt nicht dazu, dass sodann eine einheitliche Urkunde vorliegt und sich die Urkundstätigkeit des Notars dann auch die der Haupturkunde angeklebte oder angeheftete und ihr verwahrte Urkunde erstreckt.

Keine Aufhebung eines Erbverzichts durch notarielles Testament

BGB § 2351

Zur Aufhebung eines Erbverzichts ist ein Vertragsschluss zwischen den Beteiligten erforderlich, die den ursprünglichen Verzichtsvertrag geschlossen haben. (Leitsatz der Redaktion)

OLG Köln (24. Zivilsenat),

Urteil vom 21.01.2021 – 24 U 48/20

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin macht gegen die Beklagte, ihre Schwester, einen Pflichtteilsanspruch geltend. Wegen des Sach- und Streitstandes erster Instanz wird gemäß § 540 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 ZPO auf die tatsächlichen Feststellungen des angefochtenen Urteils Bezug genommen.

2 Das Landgericht hat die Beklagte mit Teilanerkennsurteil vom 03.02.2020 zur Zahlung von 143.823,51 € nebst Rechtshängigkeitszinsen verurteilt. Durch das angefochtene Urteil hat es der Klägerin einen weiteren Betrag in Höhe von 358.584,95 € nebst Zinsen sowie weitere Zinsen auf den anerkannten Teilbetrag zuerkannt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt:

3 Die Klägerin habe gegen die Beklagte einen Pflichtteilsanspruch gem. § 2303 BGB in Höhe von insgesamt 502.408,46 €. Dies entspreche einem Pflichtteilsanspruch in Höhe der Hälfte der Erbmasse. Da die Beklagte am 29.01.1985 durch gerichtlich protokollierten Vergleich auf ihr gesetzliches Erbrecht verzichtet habe, sei sie bei der Feststellung des Erbteils für die Berechnung des Pflichtteils nicht mitzuzählen. Der Erbverzicht sei

nicht wirksam aufgehoben worden. Eine wirksame Aufhebung des Verzichts sei nicht durch die notarielle Beurkundung des Testaments am 22.03.2010 erfolgt. Die Aufhebung des Erbverzichtsvertrags bedürfe der notariellen Beurkundung. Das notarielle Testament der Erblasserin vom 22.03.2010 enthalte keinen Hinweis auf eine Aufhebung des Erbverzichts. Dass die Erblasserin und die Beklagte einen – auch stillschweigend möglichen – Vertrag über die Aufhebung des Erbverzichts geschlossen hätten, der in die Beurkundung des notariellen Testaments vom 22.03.2010 Eingang gefunden habe, habe die Beklagte nicht darlegen können. Dem Beweisangebot der Beklagten auf Vernehmung des Notars Dr. A sei nicht nachzugehen gewesen, da es sich um einen Ausforschungsbeweis handle. Auch das notariell beurkundete einseitige „Einverständnis zur Aufhebung eines Erbverzichts“ vom 12.07.2019 könne eine Aufhebung des Erbverzichts nicht bewirken. Ein Aufhebungsvertrag nach dem Tod des Erblassers sei nicht mehr möglich. Bei der Berechnung der Höhe des Nachlasswertes sei eine latente Steuerlast nicht zu berücksichtigen. Maßgebend sei allein der Verkehrswert der Immobilie. Es sei auch nicht dargetan oder ersichtlich, dass der Wert der Immobilie allein durch deren Verkauf realisiert werden könne. Auch der Hilfsantrag der Beklagten sei jedenfalls unbegründet. Die Vorschriften der §§ 232 ff. BGB setzen die Verpflichtung zu einer – hier nicht geschuldeten – Sicherheitsleistung voraus. Es sei auch kein Abzug für laufende Grabpflegekosten in Höhe eines kapitalisierten Betrages von 7.500 € vorzunehmen. Kosten für die laufende Grabpflege nach erstmaliger Herrichtung der Grabstätte seien keine Beerdigungskosten i.S.d. § 1968 BGB. Bei der Berechnung des Nachlasswertes und damit bei der Pflichtteilsberechnung finde auch der Wert von Schmuckstücken der Erblasserin in Höhe von 20.000,00 € keine Berücksichtigung. Die Beklagte habe mit dem erst im Verhandlungstermin überreichtem Schriftsatz vom 31.01.2020 nicht ansatzweise dargelegt, wie sich der von ihr behauptete Wert der Schmuckstücke zusammensetze. Sie sei insoweit zudem beweisfällig geblieben. Allein die Inbezugnahme von nicht näher kommentierten Lichtbildern sei weder zur Darlegung noch zum Beleg des Wertes geeignet. Zurückbehaltungsrechte stünden der Beklagten bereits deshalb nicht zu, weil die Klägerin die Forderungen, hinsichtlich derer sie sich auf ein Zurückbehaltungsrecht berufe, bereits nicht substantiiert dargelegt habe und im Übrigen auch beweisfällig geblieben sei.

4 Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten, mit der diese geltend macht: Nach dem Willen der Erblasserin und der Beklagten sei der Erb- und Pflicht-

teilsverzicht aus dem Jahr 1985 durch das notarielle Testament vom 22.3.2010 aufgehoben worden. Das Landgericht habe den auf Vernehmung des Streithelfers der Klägerin gerichteten Beweisantritt zu Unrecht als Ausforschungsbeweis qualifiziert und diesen rechtsfehlerhaft übergangen. Entgegen der Ansicht des Landgerichts sei die latente Steuerlast bei der Berechnung des Pflichtteilsanspruchs zu berücksichtigen. Grabpflegekosten seien Beerdigungskosten, weil der Nutzungsberechtigte nach § 40 Abs. 1 der Friedhofssatzung zur Unterhaltung der Grabstätte verpflichtet sei. Das Landgericht habe gegen seine Hinweispflicht gemäß § 139 ZPO verstoßen, indem es sie nicht darauf hingewiesen habe, dass es ihren Vortrag zu Kostenerstattungsansprüchen aus dem Nachlass- und Beschwerdeverfahren in Höhe von insgesamt 24.987,66 € für unsubstantiiert halte. Diese Kosten seien unstrittig.

5 Die Beklagte beantragt sinngemäß, unter Abänderung des angefochtenen Urteils die Klage abzuweisen.

6 Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

7 Sie verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung ihres erstinstanzlichen Vorbringens.

8 In der mündlichen Verhandlung vom 10.12.2020 haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache in Höhe eines Betrages von 24.987,66 € übereinstimmend für erledigt erklärt.

▶ II. Aus den Gründen:

9 Die zulässige Berufung der Beklagten ist unbegründet.

10 1. Der Klägerin steht gegen die Beklagte ein – weiterer – Pflichtteilsanspruch in Höhe 358.584,95 € abzüglich am 03.08.2020 gezahlter 24.987,66 € gemäß § 2303 Abs. 1 BGB zu. Sie ist von der Erblasserin enterbt worden und demzufolge gemäß § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB pflichtteilsberechtigt.

11 a. Ihre Pflichtteilsquote beläuft sich auf $\frac{1}{2}$.

12 Der Pflichtteil eines Abkömmlings besteht gemäß § 2303 Abs. 1 S. 1 BGB in der Hälfte des Wertes des gesetzlichen Erbteils. Der gesetzliche Erbteil bestimmt sich nach der jeweiligen Nachlassquote. Um diese zu ermitteln, sind gemäß § 2310 BGB alle diejenigen Personen mitzuzählen, die, soweit sie nicht von der Erbfolge ausgeschlossen wären, hypothetisch erben würden. Die für die Bestimmung der Höhe des Pflichtteils gedanklich zugrunde zulegende Quote ist also die, nach der der Pflichtteilsberechtigte bei seiner fingierten gesetzlichen Erbfolge erben würde (BeckOGK/

Obergfell, 1.9.2020, BGB § 2303 Rn. 44). In diesem Fall wäre die Klägerin Alleinerbin der Erblasserin geworden. Da der von der Beklagten in dem Prozessvergleich vom 29.01.1985 erklärte Erbverzicht – weiterhin – wirksam ist, wird sie gemäß § 2310 S. 2 BGB nicht mitgezählt.

13 Entgegen der Auffassung der Beklagten ist der Erbverzicht nicht durch das notarielle Testament vom 22.03.2010, in dem die Beklagte zur Alleinerbin berufen worden ist, aufgehoben worden. Zwar kann ein Erbverzicht aufgehoben werden, wie sich aus § 2351 BGB ergibt. Hierfür ist aber ein Vertragsschluss zwischen den Beteiligten erforderlich, die den ursprünglichen Verzichtsvertrag geschlossen haben (*BeckOGK/Everts*, 1.9.2020, BGB § 2351 Rn. 5), der aufgrund des Verweises auf § 2348 BGB der notariellen Beurkundung bedarf (*BeckOGK/Everts*, 1.9.2020, BGB § 2351 Rn. 7). In dem notariellen Testament vom 22.03.2010 ist explizit keine Aufhebung des Erbverzichts enthalten. Dahin gestellt bleiben kann, ob ein solcher Aufhebungsvertrag – wie das Landgericht es angenommen hat – durch schlüssiges Verhalten zustande kommen kann, sowie ferner, ob sich dem notariellen Testament vom 30.03.2010 ein dahingehender Wille der Erblasserin entnehmen lässt. Denn jedenfalls fehlt es an einer entsprechenden – stillschweigenden – formwirksamen Erklärung der Beklagten. Die Beklagte wird in der notariellen Urkunde nicht einmal als Erschienene erwähnt. Angesichts dessen fehlt jeder Anhaltspunkt dafür, dass eine von ihr – konkludent – abgegebene Erklärung notariell beurkundet worden ist. Eine möglicherweise stillschweigende – notariell beurkundete – Erklärung der Erblasserin könnte deshalb lediglich ein Angebot auf Aufhebung des Erbverzichts darstellen, welches die Beklagte aber erst durch ihr notariell beurkundetes Einverständnis zur Aufhebung eines Erbverzichts vom 12.07.2019 nach dem Tod der Erblasserin – und damit nicht wirksam – angenommen hätte. Denn eine Annahme des Angebots auf Abschluss eines Erbverzichts- oder Pflichtteilsverzichtsvertrages ist nach dem Tod des Erblassers nicht mehr möglich (BGH NJW 1997, 521, 522; *Burandt/Rojahn/Große-Boymann*, 3. Aufl. 2019, BGB § 2346 Rn. 6). Dies muss gleichermaßen für die Annahme des Angebots auf Aufhebung eines solchen Vertrages gelten.

14 Aus Vorstehendem folgt zugleich, dass es einer Einvernahme des Streithelfers der Klägerin dazu, welche Vorstellungen die Erblasserin und die Beklagte bei der Beurkundung des notariellen Testaments vom 22.03.2020 hatten, nicht bedurfte.

15 b. Der Wert des Nachlasses beträgt – wie das Landgericht zutreffend festgestellt hat – 1.035.394,58 €. Er

bemisst sich nach den §§ 2311 bis 2313 BGB. Gemäß § 2311 Abs. 1 S. 1 BGB wird der Berechnung des Pflichtteils der Bestand und der Wert des Nachlasses zur Zeit des Erbfalls zugrunde gelegt.

16 aa. Er ist nicht um eine latente Steuerschuld hinsichtlich des Hausgrundstücks in der B 367-373 in C zu reduzieren.

17 Nach der in Rechtsprechung und Literatur herrschenden Meinung mindern latente Steuern den Wert eines Nachlassgegenstandes nicht, wenn er – wie es auch vorliegend der Fall ist – nach dem Ertragswert (Fortführungswert) ermittelt und nicht in engem Zusammenhang mit dem Erbfall veräußert oder aufgegeben wird (OLG Hamm, Urteil vom 27.10.2016, 10 U 61/07 juris Rn 151; *BeckOGK/Blum*, BGB, Stand 01.08.2020, § 2311 Rn. 193; *Rösler* in: *Groll/Steiner, Praxis-Handbuch Erbrechtsberatung*, 5. Aufl. 2019, Pflichtteil, Rn. 26 104b).

18 Dagegen ist der Wert des Nachlassgegenstands um latente Steuern zu reduzieren, soweit der Wert nach dem Liquidationswert ermittelt oder der Gegenstand in engem Zusammenhang mit dem Erbfall veräußert oder aufgegeben wird, selbst wenn dies auf einem freien Entschluss des Erben beruht (vgl. BGH ZEV 2011, 89; NJW-RR 1993, 131, 132; NJW 1987, 1260, 1262; NJW 1982, 2497, 2498; BGH, Urteil vom 26.04.1972, IV ZR 114/70, zitiert nach juris; OLG Hamm, a.a.O.; OLG München, Urteil vom 14.01.2003, 23 U 1830/02, juris Rn. 45 f.; vgl. auch LG Hagen. Urteil vom 24.05.2012, 4 O 330/09, juris; *BeckOGK/Blum*, a.a.O.; *Birkenheier* in: *Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB*, 9. Aufl., § 2311 BGB (Stand: 03.04.2020), Rn. 59; *Lohr/Prettl* in: *Schlitt/Müller, Handbuch des Pflichtteilsrechts*, 2. Aufl., § 4 Rn. 85). Die latenten Ertragsteuern sind dann unvermeidbare Veräußerungskosten (*Rösler* in: *Groll/Steiner*, a.a.O., Rn. 26, 104b.)

19 Der Senat schließt sich dieser herrschenden Auffassung an. Ein pauschaler Abzug latenter Ertragssteuern ohne Rücksicht auf eine Veräußerung eines Unternehmens übersieht, dass bei fortgeführtem Unternehmen stille Reserven überhaupt nicht aufgedeckt werden und deshalb keine Steuern anfallen. Rein hypothetische Steuern können nicht zu einer Verringerung des Pflichtteilsanspruches führen. Andernfalls würde das Vorhandensein von Unternehmensvermögen im Nachlass eine pauschale Benachteiligung des Pflichtteilsberechtigten bedeuten (*BeckOGK/Blum*, BGB, 01.08.2020, § 2311 Rn. 211). Dies ist verfassungsrechtlich bedenklich (*Rösler* in: *Groll/Steiner*, a.a.O., Rn. 26. 105a). Hierin läge auch ein Verstoß gegen das Stichtagsprinzip. Nach der Wurzeltheorie können zwar solche wertbildenden oder wertbeeinflussenden Faktoren Berück-

sichtigung finden, die zum Stichtag bereits im Kern angelegt waren, sich allerdings erst später manifestieren. Bei einer latenten Steuer ist jedoch unklar, zu welchem Zeitpunkt bzw. ob sich diese überhaupt manifestiert (BeckOGK/Blum, BGB, 01.08.2020, § 2311 Rn. 211).

20 Eine andere Beurteilung ist auch nicht deshalb gerechtfertigt, weil der Bundesgerichtshof im Rahmen des Zugewinnausgleichs latente Ertragsteuern stets als wertmindernde Veräußerungskosten abzieht, unabhängig davon, ob eine Veräußerung tatsächlich beabsichtigt ist. Dies ist die Konsequenz aus der dort angewandten Bewertungsmethode, bei der der Wert danach ermittelt wird, welcher Erlös bei einer Veräußerung zu erzielen wäre. Deshalb darf nicht außer Betracht bleiben, dass wegen der damit verbundenen Auflösung der stillen Reserven dem Verkäufer wirtschaftlich nur der um die fraglichen Steuern verminderte Erlös verbleibt; es handelt sich um unvermeidbare Veräußerungskosten (BGH, NJW 2011, 2572, 2575 f.).

21 bb. Weiter zu Recht hat das Landgericht angenommen, dass die Grabpflegekosten nicht zum Passivbestand des Nachlasses zählen. Dieser umfasst u.a. die „den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten“ i.S.v. § 1967 Abs. 2 BGB, d.h. die Erbfallsschulden (vgl. BeckOGK/Blum, BGB 01.08.2020, § 2311 Rn. 73), zu denen gemäß § 1968 BGB die Kosten der standesgemäßen Beerdigung des Erblassers gehören.

22 Nach der in Rechtsprechung und Literatur vorherrschenden Meinung, welche der Senat teilt, sind die Kosten der Grabpflege nicht Teil der Beerdigungskosten. Denn die Beerdigung ist mit der Herrichtung einer zur Dauereinrichtung bestimmten und geeigneten Grabstätte abgeschlossen (vgl. BGH NJW 1973, 2103, 2104; BeckOKBGB/Lohmann, 55. Ed. 1.8.2020, § 1968 Rn. 5; MünchKommBGB/Küpper, 8. Aufl., § 1968 Rn. 4).

23 Soweit von Teilen der Rechtsprechung und Literatur eine Einordnung der Grabpflegekosten als Nachlassverbindlichkeiten unter Hinweis darauf befürwortet wird, dass die Grabpflegekosten gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG von dem steuerpflichtigen Erwerb abzugsfähig sind (vgl. Damrau ZEV 2004, 456), überzeugt dies nicht. Denn § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG nennt ausdrücklich – gesondert – die Kosten der Bestattung des Erblassers, die Kosten für ein angemessenes Grabdenkmal und die Kosten für die übliche Grabpflege. Dies verdeutlicht, dass auch der Gesetzgeber die Kosten der Grabpflege nicht als Kosten der Bestattung betrachtet, denn anderenfalls wären diese nicht neben denjenigen der Bestattung aufzuführen. Im Übrigen setzt die steuerliche Abzugsfähigkeit der Kosten der Grabpflege auch nicht voraus, dass der Erbe rechtlich

zu deren Tragung verpflichtet ist (MünchKommBGB/Küpper, a. a. O., § 1968 Rn. 4). Auch der Umstand, dass die Grabpflege einer Rechtspflicht entsprechen mag, wenn die jeweilige Friedhofssatzung den Nutzungsberechtigten zur Unterhaltung der Grabstätte verpflichtet (so LG Heidelberg ZEV 2011, 583; zustimmend BeckOGKBGB/Grüner, Stand 01.04.2020, § 1968 Rn. 65), führt nicht dazu, dass die Grabpflegekosten solche der Bestattung sind (so aber auch AG Neuruppin ZEV 2007, 597). Dass nach öffentlichem Recht eine Verpflichtung besteht, die Grabstätte in ordentlichem Zustand zu halten, begründet nämlich keine Ausgleichsverpflichtung des Erben (MünchKommBGB/Küpper, 8. Aufl., § 1968 Rn. 4). Vorliegend kommt hinzu, dass die Instandhaltungspflicht nach dem Vortrag der Beklagten nach der Friedhofssatzung der Stadt Bonn den Grabnutzungsberechtigten trifft, der nicht notwendig mit dem oder den Erben identisch sein muss (vgl. für eine entsprechende Konstellation auch OLG Köln [2. Zivilsenat], ZEV 2015, 355).

24 cc. Die Klageforderung ist auch nicht durch die seitens der Beklagten konkludent erklärte Aufrechnung mit einem angeblichen Schadensersatzanspruch in Höhe von 20.000 € wegen angeblich von der Klägerin nicht zurückgegebenen Schmucks der Erblasserin gemäß § 389 BGB teilweise erloschen. Einen Schadensersatzanspruch gemäß §§ 280 Abs. 1 und 3, 281 Abs. 1 S. 1 BGB hat die Beklagte nicht schlüssig vorgetragen. Zwar sind diese Vorschriften auf den Herausgabeanspruch gemäß § 985 BGB anwendbar (ausführlich BGH, NJW 2016, 3235 ff.), auf den die Beklagte sich mutmaßlich als Rechtsnachfolgerin der Erblasserin stützen möchte. Der Anspruch aus §§ 280, 281 BGB setzt aber grundsätzlich eine vorherige Fristsetzung voraus (vgl. BGH, a.a.O., Rn. 21). Eine solche ist nicht dargetan. Ein Schadensersatzanspruch – gleich aus welchem Rechtsgrund – scheidet im Übrigen aber auch daran, dass die Beklagte zum Wert des Schmuckes nicht substantiiert vorgetragen hat. Sie hat weder dargelegt, um welche Schmuckstücke es sich im einzelnen handelt, noch, welchen Wert diese jeweils besitzen. Vielmehr hat sie sich darauf beschränkt, ein Konvolut von Fotografien vorzulegen. Entgegen der Auffassung der Beklagten musste das Landgericht anhand der Lichtbilder auch kein Sachverständigengutachten zum Wert der abgebildeten Schmuckstücke einholen. Einem Sachverständigen hätten nämlich mangels Darlegungen seitens der Beklagten jegliche Anknüpfungstatsachen für die Wertbestimmung gefehlt. Es ist weder vorgetragen worden, aus welchen Materialien die Schmuckstücke bestehen, noch lässt sich dies anhand der Lichtbilder feststellen.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Zum Nachweis der Vertretungsmacht beim Fehlen eines Nachtragsliquidators

GmbHG §§ 66, 67; AktG § 273; FamFG §§ 47, 394

Amtlicher Leitsatz:

Hat das Registergericht gemäß § 66 Abs. 5 GmbH einen (Nachtrags-)Liquidator bestellt, aber von dessen Eintragung im Handelsregister abgesehen, genügt zum Nachweis seiner Vertretungsmacht gegenüber dem Grundbuchamt eine Ausfertigung des Beschlusses des Registergerichts nicht, wenn seit seinem Erlass bereits ein Jahr vergangen ist. Die Gesellschaft muss zunächst ihre Wiedereintragung und die Eintragung des Liquidators im Handelsregister erreichen.

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 11.05.2021 – 1 W 29/21, 1 W 30/21, 1 W 31/21, 1 W 32/21, 1 W 33/21

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1 ist seit Aufteilung des Grundstücks nach § 8 WEG in Abt. I der im Beschlusseingang bezeichneten Teileigentumsgrundbücher eingetragen. Am 19. Oktober 2006 erfolgte ihre Löschung im Handelsregister – HRB ... B – von Amts wegen gemäß § 141a FGG.

2 Mit Beschluss vom 6. Dezember 2019 bestellte das Amtsgericht Charlottenburg – Handelsregister – ... (im Folgenden: Nachtragsliquidator) unter Beschränkung des Wirkungskreises auf die Vertretung und Wahrnehmung der Rechte der Beteiligten zu 1 hinsichtlich der im Beschlusseingang bezeichneten Teileigentumsrechte „zum Nachtragsliquidator gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG“.

3 Der Nachtragsliquidator bewilligte am 10. Dezember 2020 zu den UR-Nr. 2.../2...Z und 2.../2... Z des Notars T... Z... in F... ax M... die Eintragung von zwei Gesamtgrundschulden in den Teileigentumsgrundbüchern zu Gunsten des Beteiligten zu 2 über 50.000,00 EUR – UR-Nr. 2.../2x... Z – und der Beteiligten zu 3 über 330.000,00 € – UR-Nr. 2.../2... Z. Dabei legte er eine Ausfertigung des Beschlusses des Amtsgerichts Charlottenburg vom 6. Dezember 2019 vor, von dem der Notar eine beglaubigte Abschrift zur Niederschrift seiner Urkunden nahm.

4 Unter dem 14. Dezember 2020 hat der Urkundsnotar unter Überreichung der vorgenannten Urkunden die Eintragung der Gesamtgrundschulden in den Teileigentumsgrundbüchern beantragt. In seiner Zwischenverfü-

gung vom 23. Dezember 2020 hat das Grundbuchamt Zweifel geäußert, ob die Grundschuldbestellungen noch von der Liquidation gedeckt seien; der Vertretungsnachweis des Liquidators sei durch Wiedereintragung zu führen und entsprechend § 32 GBO nachzuweisen. Auf die Einwendungen des Urkundsnotars vom 25. Januar 2021 hat das Grundbuchamt mit weiterer Zwischenverfügung vom 27. Januar 2021 an seinen Bedenken festgehalten. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 9. Februar 2021, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 16. Februar 2021 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

5 1. Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Beschwerdeführer sind sämtliche Beteiligte, auch wenn der Notar nicht angegeben hat, in wessen Namen die Beschwerde erhoben worden ist. In einem solchen Fall gilt die Beschwerde im Zweifel als im Namen aller Antragsberechtigten erhoben (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 15, Rdn. 20). Das sind hier gemäß § 13 Abs. 1 S. 2 GBO die Beteiligten zu 1 bis 3, in deren Namen der Notar auch den Antrag vom 14. Dezember 2020 gestellt hat.

6 2. Die Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Grundbuchamt hat im Ergebnis zutreffend auf den fehlenden Nachweis der Vertretungsberechtigung des Nachtragsliquidators für die Beteiligte zu 1 hingewiesen, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GBO.

7 a) Die Eintragung einer Grundschuld erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie derjenige bewilligt, dessen Recht betroffen wird, § 19 GBO. Die Bewilligung ist dem Grundbuchamt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachzuweisen, § 29 Abs. 1 S. 1 GBO.

8 Diese Form gilt auch für den Nachweis der Vertretungsberechtigung, wenn der von der Eintragung Betroffene nicht selbst, sondern ein Vertreter in seinem Namen die Bewilligung erklärt hat (Senat, Beschluss vom 24. September 2020 – 1 W 1347/20 – FGPrax 2020, 253).

9 b) Vorliegend sind die erforderlichen Eintragungsbevolligungen im Namen der als Kapitalgesellschaft nicht selbst handlungsfähigen Beteiligten zu 1 durch den Nachtragsliquidator erklärt worden. Seine Vertretungsberechtigung ist deshalb formgerecht nachzuweisen, was bislang nicht geschehen und deshalb zu Recht von dem Grundbuchamt in den beiden Zwischenverfügungen als Eintragungshindernis aufgezeigt worden ist.

10 aa) Die im Handelsregister eingetragenen Vertretungsberechtigungen sowie das Bestehen juristischer Personen und Gesellschaften können regelmäßig durch

eine Bescheinigung nach § 21 Abs. 1 BNotO, einen amtlichen Registerausdruck oder eine beglaubigte Registerabschrift, bei elektronischer Registerführung auch durch Bezugnahme auf das Register geführt werden, § 32 Abs. 1 S. 1 und 3, Abs. 2 GBO. Im Anwendungsbereich dieser Norm wird dem Handelsregister – nur – für den Grundbuchverkehr Beweiskraft beigelegt (Senat, a.a.O.). Das gilt auch, wenn für eine im Handelsregister eingetragene Gesellschaft Liquidatoren tätig geworden sind (*Demharter*, a.a.O., § 32, Rdn. 3).

11 bb) Die Vertretungsmacht des Nachtragsliquidators der Beteiligten zu 1 kann derzeit mit den Mitteln des § 32 GBO nicht nachgewiesen werden, weil sie im Handelsregister gelöscht und das Registerblatt geschlossen worden ist. Um die dem Handelsregister im Grundbuchverkehr zukommende Beweiskraft zu erlangen, bedarf es deshalb der (Wieder) Eintragung der Beteiligten zu 1 und des Nachtragsliquidators.

12 Dem steht nicht entgegen, dass neben den in § 32 GBO aufgeführten grundsätzlich auch andere Beweismittel zulässig sind (*Demharter*, a.a.O., Rdn. 16). Da die Sicherheit des Grundbuchverkehrs aber möglichst zuverlässige Nachweise erfordert (*Schaub*, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 32, Rdn. 27), müssen diese Beweismittel geeignet sein, den erforderlichen Nachweis ebenso sicher wie die in § 32 GBO aufgeführten Nachweismittel zu führen. Der Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg vom 6. Dezember 2019 ist hierzu nicht geeignet (*Krause/Weber*, in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 32, Rdn. 37.1; *Volmer*, in: KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 30, Rdn. 23).

13 (1) Ist eine GmbH durch Löschung wegen Vermögenslosigkeit aufgelöst, §§ 60 Abs. 1 Nr. 7 GmbHG, 394 FamFG, so findet eine Liquidation nur statt, wenn sich nach der Löschung herausstellt, dass Vermögen vorhanden ist, das der Verteilung unterliegt; die Liquidatoren sind auf Antrag eines Beteiligten durch das Registergericht zu ernennen, § 66 Abs. 5 GmbHG. Die Löschung im Register ist in diesen Fällen zu Unrecht erfolgt, so dass die Gesellschaft als juristische Person und Zuordnungsobjekt des – aufgefundenen – Vermögens fortbesteht (*Karsten Schmidt/Scheller*, in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl., § 60, Rdn. 56).

14 Hat hingegen eine Liquidation der Gesellschaft bereits stattgefunden oder geht es nicht um die Einziehung und Verteilung von Vermögen, sondern anderer Abwicklungsmaßnahmen, so sind auf Antrag Nachtragsliquidatoren in entsprechender Anwendung des § 273 Abs. 4 AktG zu bestellen (KG, 25. ZS, GmbHR 2012, 216; Senat, Beschluss vom 13. Februar 2007 – 1 W 272/06 – KGreport 2007, 547; Beschluss vom 9. Januar 2001 – 1 W 2002/00 – GmbHR 2001, 252; BayObLG, ZIP 1984, 450, 451).

15 (2) Hier ist der Nachtragsliquidator gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG bestellt worden. Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Vorschrift ausdrücklich in seinem Beschluss vom 6. Dezember 2019 benannt. Die Beteiligte zu 1 war im Handelsregister gemäß § 141a FGG (jetzt § 394 FamFG) gelöscht worden, hingegen ist offenbar noch Vermögen vorhanden, was aus ihren jeweiligen Eintragungen in Abt. I der im Beschlusseingang genannten Teileigentumsgrundbücher folgt.

16 Gegen eine Bestellung nach § 66 Abs. 5 GmbHG spricht auch nicht die Beschränkung des Wirkungsbereiches des Nachtragsliquidators. Das Amtsgericht Charlottenburg hat diesen auf die Vertretung und die Wahrnehmung der Rechte der Beteiligten zu 1 hinsichtlich der fünf Teileigentumsrechte beschränkt. Eine solche Beschränkung der Vertretungsmacht ist hingegen bei Bestellung von Liquidatoren nach § 66 Abs. 5 GmbHG im Gegensatz zu einer solchen nach § 273 Abs. 4 AktG (hierzu Senat, Beschluss vom 7. Juli 1998 – 1 W 6250/96 – NZG 1999, 163, 165) nicht möglich (*Haas*, in: Baumbach/Hueck, GmbHG, 22. Aufl., § 66, Rdn. 40). Die dennoch erfolgte Beschränkung des Wirkungsbereiches des Nachtragsliquidators lässt hingegen allein keine Zweifel dahin zu, das Amtsgericht Charlottenburg habe ihn nicht nach § 66 Abs. 5 GmbHG bestellen wollen. Anlass zu einer entsprechenden Anwendung des § 273 Abs. 4 AktG hatte das Registergericht offenbar nicht.

17 (3) Im Fall des § 66 Abs. 5 GmbHG ist die gelöschte Gesellschaft als Liquidationsgesellschaft mit den bestellten Liquidatoren von Amts wegen in das Handelsregister einzutragen (OLG München, NZG 2011, 38; OLG Celle, GmbHR 1997, 752; *Karsten Schmidt/Scheller*, a.a.O., Rdn. 58; *Haas*, a.a.O., Rdn. 39; *H.-F. Müller*, in: Münchener Kommentar, GmbHG, 3. Aufl., § 66, Rdn. 82; *Kleindiek*, in: Lutter/Hommelhoff, GmbH-Gesetz, 20. Aufl., § 74, Rdn. 20 *Heinemann*, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., § 394, Rdn. 37).

18 (a) Die Wiedereintragung soll ausnahmsweise dann nicht erforderlich sein, wenn die zu erwartende Abwicklungstätigkeit gering ist; die Liquidatoren sollen dann ihre Vertretungsbefugnis durch die Ausfertigung des Bestellungsbeschlusses des Registergerichts nachweisen können auf dessen Wirksamkeit Dritte vertrauen dürften (OLG München, a.a.O.; *Kral*, in: Hügel, GBO, 4. Aufl., GesR, Rdn. 80; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 426I; *Heinemann*, a.a.O., § 375, Rdn. 63).

19 (b) Der Senat vermag dem jedenfalls für den vorliegenden Fall nicht beizutreten. In dem Verfahren des Oberlandesgerichts München standen schon keine formbedürftigen Erklärungen im Raum, auf die es aber im Grundbuchverfahren ankommt, § 29 GBO. Die Form wird zwar grundsätzlich auch durch die Ausfertigung oder wie

hier der beglaubigten Abschrift der Ausfertigung eines gerichtlichen Beschlusses gewahrt. Hingegen wird durch den Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg lediglich die Bestellung des Nachtragsliquidators am 6. Dezember 2019 nachgewiesen. Ob er diese Stellung noch im Zeitpunkt der Beurkundung der Bewilligungen der Grundschulden am 10. Dezember 2020 hatte – auf den es hier ankommt, weil die Beteiligten zu 2 und 3 wegen der eigenen bzw. in ihrem Namen abgegebenen Erklärungen Ansprüche auf Erteilung von Ausfertigungen erworben hatten (vgl. Senat, Beschluss vom 24. September 2020 – 1 W 1347/20 – FGPrax 2020, 253) – ist mit dem Beschluss nicht nachzuweisen.

20 (aa) Daran ändern die Regelungen in § 47 FamFG nichts. Danach hätte die Aufhebung einer ungerechtfertigt erfolgten Bestellung des Nachtragsliquidators auf die Wirksamkeit der inzwischen von ihm vorgenommenen Rechtsgeschäfte keinen Einfluss. Das betrifft aber nur solche Rechtsgeschäfte, die der Vertreter vor Aufhebung seiner Bestellung vorgenommen hat, für solche danach fehlt ihm jedoch in jedem Fall die Vertretungsmacht.

21 Auch ein gemäß § 66 Abs. 5 GmbHG bestellter Liquidator kann später aus wichtigem Grund abberufen werden, § 66 Abs. 3 GmbHG (Senat, Beschluss vom 30. August 2005 – 1 W 25/04 – FGPrax 2006, 28, 29). Diese Möglichkeit kann vorliegend nicht ausgeschlossen werden, nachdem zwischen der Bestellung des Nachtragsliquidators und der Beurkundung der Bewilligungen bereits ein Jahr vergangen war. Ein solcher Zeitraum wäre im Übrigen auch bei einem entsprechenden Nachweis nach § 32 Abs. 1 GBO zu lang (*Demharter*, a.a.O., § 32, Rdn. 15). Wäre der Liquidator also vor dem 10. Dezember 2020 entlassen worden, hätte ihm die erforderliche Vertretungsmacht gefehlt.

22 (bb) Bei dem Beschluss handelt es sich nicht um eine Legitimationsurkunde. Das sind solche Urkunden, an deren Besitz eine besondere Rechtsfolge geknüpft ist, wie das etwa bei der Vollmacht der Fall ist, vgl. § 172 Abs. 2 BGB.

23 (cc) Der Beschluss des Amtsgerichts Charlottenburg ist auch nicht mit Bestellsurkunden zu vergleichen, wie sie etwa Insolvenzverwalter, § 56 Abs. 2 S. 1 InsO, Vormünder, § 1791 Abs. 1 BGB, Pfleger, §§ 1915 Abs. 1 S. 1, 1791 Abs. 1 BGB, oder Betreuer, § 290 FamFG, erhalten. Diese Ausweise zeichnen sich dadurch aus, dass sie nach Ende des Amtes an das jeweilige Gericht zurückzugeben sind, §§ 56 Abs. 2 S. 2 InsO, 1893 Abs. 2 S. 1, 1915, Abs. 1 S. 1, 1908i Abs. 1 S. 1 BGB. Auch wenn diese Urkunden keinerlei öffentlichen Glauben genießen (vgl. *Fröschle*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., § 290, Rdn. 13), besteht in der Regel doch kein Grund, am Fortbestand der Bestellung zu zweifeln, wenn sie in Urschrift

vorgelegt werden (vgl. Senat, Beschluss vom 21. November 2011 – 1 W 652/11 – FGPrax 2012, 8).

24 Entsprechendes gilt für Vereins- und Amtsvormünder, die durch Beschluss des Familiengerichts bestellt worden sind, §§ 1791a Abs. 2, 1791b Abs. 2 BGB. Sie erhalten keine Bestellsurkunden, §§ 791a Abs. 2 HS 2, 1791b Abs. 2 HS 2 BGB, sondern können sich im Rechtsverkehr mit dem Bestellungsbeschluss des Familiengerichts ausweisen, den sie nach Beendigung der Vormundschaft an das Familiengericht zurückzugeben haben, § 1893 Abs. 2 S. 2 BGB.

25 Im Gegensatz hierzu besteht für einen gerichtlich bestellten Liquidator nach seiner Entlassung keine Verpflichtung zur Rückgabe des Beschlusses des Registergerichts. Das ist folgerichtig, da seine Ernennung und Abbestellung von Amts wegen im Handelsregister einzutragen ist, § 67 Abs. 4 GmbHG, und der Verkehrsschutz des § 15 HGB in diesem Fall eingreift (*Karsten Schmidt/Scheller*, a.a.O., § 67, Rdn. 16).

26 (4) Hiergegen kann nicht eingewandt werden, es stehe im Ermessen des Registergerichts, ob es die Beteiligte zu 1 und den Nachtragsliquidator im Handelsregister (wieder) eintrage. Allerdings wird diese Auffassung vertreten (OLG München, a.a.O.). Dies vermag an den Anforderungen, die an den Nachweis der Vertretungsberechtigung des Nachtragsliquidators im grundbuchrechtlichen Verfahren zu stellen sind, aber schon nichts zu ändern. Außerdem ist jedenfalls im Hinblick auf die Rechtsprechung des 22. Zivilsenats des Kammergerichts (Beschluss vom 9. September 2019 – 22 W 93/17 – FGPrax 2020, 31) nicht zu erwarten, dass das Registergericht hier die Eintragung der Beteiligten zu 1 und des Nachtragsliquidators im Handelsregister ablehnen wird.

27 Zur vollständigen Beendigung der Beteiligten zu 1 ist wegen ihres vorhandenen Immobilienvermögens die Wiedereintragung im Handelsregister notwendig. Weitere, über diejenigen in § 32 GBO aufgeführten Mittel hinausgehende Möglichkeiten, die Vertretungsberechtigung des Nachtragsliquidators nachzuweisen, sind vorliegend nicht ersichtlich. Dies wird das Registergericht, das sein Ermessen pflichtgemäß auszuüben hat, zu berücksichtigen haben.

Versicherung der freien Verfügbarkeit der Einlage

GmbHG § 7 Abs. 2, § 8 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Die Erbringung einer Bareinlage zur endgültigen freien

Verfügung erfordert eine Erbringung mit Tilgungswirkung gegenüber der Vor-GmbH. Dies setzt unabhängig von der Rechtsfähigkeit einer Einpersonen-Vor-GmbH eine objektiv erkennbare Überführung der Einlageleistung in das der Vor-GmbH zugeordnete Sondervermögen voraus. Dafür reicht es nicht aus, wenn der geschäftsführende Alleingesellschafter Bargeld in der Hand hält.

Redaktioneller Leitsatz:

Die Erbringung einer Leistung zur endgültigen freien Verfügung erfordert eine Erbringung mit Tilgungswirkung gegenüber der Vor-GmbH. Dies setzt unabhängig von der Rechtsfähigkeit einer Einpersonen Vor-GmbH eine objektiv erkennbare Überführung der Einlageleistung in das der Vor-GmbH zugeordnete Sondervermögen voraus (Rn. 9)

KG (22. Zivilsenat),

Beschluss vom 31.03.2021 – 22 W 39/21

► I. Tatbestand:

1 Mit einer in elektronischer Form eingereichten und notariell beglaubigten Anmeldung vom 6. August 2020 hat der zum Geschäftsführer der Beteiligten – einer GmbH – Bestellte deren Gründung und seine Bestellung zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Der Anmeldung war in elektronischer Form eine notarielle Urkunde vom gleichen Tag über die Gründung der Beteiligten nach Musterprotokoll durch den Geschäftsführer als Alleingesellschafter und seine Bestellung zum Geschäftsführer beigelegt. Die Urkunde enthält den Hinweis, dass sie von dem beglaubigenden Notar entworfen worden ist.

2 Diese Unterlagen hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten, der beurkundende Notar, am 18. September 2020 beim Amtsgericht eingereicht. In dem beigelegten Schreiben wird darauf hingewiesen, dass die Einreichung nach der Weisung des Geschäftsführers erst erfolgen sollte, wenn dem Notar die Einzahlung der Stammeinlage auf ein Konto der GmbH erfolgt ist. Eine solche habe aber nicht erfolgen können, weil eine Kontoeröffnung nicht möglich gewesen sei. Die Zahlung der Einlage sei aber in bar erfolgt, der Geschäftsführer halte den Betrag in Händen.

3 Insoweit hat das Amtsgericht mit einem Schreiben vom 21. September 2020 um den Nachweis der Einzahlung der Einlage auf ein Konto bei einer deutschen Bank durch Kontoauszug bzw. eine erneute notariell beglaubigte Versicherung des Geschäftsführers gebeten, dass die Zahlung endgültig für die GmbH und separat ge-

trennt von seinem Privatvermögen gehalten werde. Mit Schreiben vom 19. Oktober 2020 hat das Amtsgericht unter Beifügung einer Rechtsbehelfsbelehrung eine Erledigungsfrist von sechs Wochen gesetzt. Mit einem Beschluss vom 8. Dezember 2020 hat das Amtsgericht die Anmeldung zurückgewiesen. Hiergegen richtet sich die am 6. Januar 2021 beim Amtsgericht eingegangene Beschwerde, nach der sich der Geschäftsführer derzeit nicht in Berlin aufhalte und dies einer Erledigung entgegenstehe. Das Amtsgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Senat mit einem Beschluss vom 8. Februar 2021 zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

4 Die Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen form- und fristgerecht eingelegt worden und damit zulässig. Sie kann aber keinen Erfolg haben, weil es an der notwendigen Versicherung nach § 8 Abs. 3 GmbHG über die Leistung der Mindesteinlage fehlt.

5 1. Unabhängig von der Frage, ob die Beseitigungshinweise in der Zwischenverfügung vom 19. Oktober 2020 in vollem Umfang zutreffend sind (vgl. zur Bankeigenschaft etwa § 54 Abs. 3 Satz 1 Alt. 2 AktG), fehlt es jedenfalls an einer ausreichenden Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG oder einem anderen Nachweis der Erfüllung der Anforderungen nach § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG.

6 a) Die am 6. August 2020 erklärte Versicherung genügt den Anforderungen nicht.

7 Nach der Darstellung des Verfahrensbevollmächtigten, die hier zugrunde zu legen ist, war die Versicherung zum Erklärungszeitpunkt am 6. August 2020 mit der Maßgabe abgegeben worden, dass sie nur dann verwandt werden darf, wenn die Einlageleistung durch die Einzahlung auf ein Konto der Beteiligten erbracht und dies dem Notar nachgewiesen worden ist. Soweit der Verfahrensbevollmächtigte die Versicherung nunmehr mit dem Hinweis eingereicht hat, der Geschäftsführer und Alleingesellschafter habe ihm erklärt, er halte das Geld als Geschäftsführer in Händen, bestehen Zweifel an der Richtigkeit der abgegebenen Versicherung, was durch das Registergericht beanstandet werden kann, vgl. § 8 Abs. 2 Satz 2 GmbHG.

8 aa) Dies beruht allerdings nicht darauf, dass feststeht, dass die versicherte Einlageleistung zum Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung und ihrer Beglaubigung nicht zutraf. Denn maßgebend ist nach § 7 Abs. 2 Satz 1 GmbHG, auf den sich die Versicherung nach § 8 Abs. 2 Satz 1

GmbHG bezieht, der Zeitpunkt der Anmeldung. Dies ist der Eingang der Erklärung bei Gericht.

9 bb) Die Erbringung einer Leistung zur endgültigen freien Verfügung erfordert aber eine Erbringung mit Tilgungswirkung gegenüber der Vor GmbH. Dies setzt unabhängig von der Rechtsfähigkeit einer Einperson Vor GmbH eine objektiv erkennbare Überführung der Einlageleistung in das der Vor GmbH zugeordnete Sondervermögen voraus (vgl. OLG Oldenburg (Oldenburg), Urteil vom 26. Juli 2007 – 1 U 8/07 –, juris Rdn. 35; Hanseatisches Oberlandesgericht Hamburg, Urteil vom 16. März 2001 – 11 U 190/00 –, juris Rdn. 24; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Januar 1994 – 4St RR 1/94 –, juris Rdn. 24; Münchener Kommentar zum GmbHG/Herrler, 3. Aufl., § 7 Rdn. 102; Scholz/Veil, GmbHG, 12. Aufl., § 7 Rdn. 31; Roth/Altmeyen, GmbHG, § 9 Rdn. 24).

10 Diesen Anforderungen wird die allein feststehende Tatsache, dass der Geschäftsführer einen der Stammeinlage entsprechender Betrag mit sich führt, nicht aus, weil es hier an der notwendigen objektiven Überführung in das der Vor-GmbH zugeordnete Sondervermögen fehlt.

11 b) Aus diesem Grund bedurfte es des Nachweises einer solchen Überführung gegenüber dem Registergericht oder einer unter Berücksichtigung dieser Rechtslage abgegebenen neuen Versicherung.

12 Ein solcher Nachweis ist trotz der nochmals mit dem Beschwerdeingang eingeräumten Frist von sechs Wochen nicht erbracht worden. Auch eine aktualisierte Versicherung ist nicht abgegeben worden.

13 c) Das Amtsgericht hat die Anmeldung auf Eintragung der Beteiligten zu Recht abgelehnt.

14 Fehlt es an einer ordnungsgemäßen Errichtung oder Anmeldung hat das Registergericht die Eintragung nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG abzulehnen. Der Nachweis über die Erbringung der (Mindest-) Einlagen ist nach § 8 Abs. 2 Satz 1 GmbHG Teil der ordnungsgemäßen Anmeldung. An diesem fehlt es im vorliegenden Fall.

Kein Lösungsverfahren bezüglich Gesellschafterliste im Handelsregister

HGB § 9 Abs. 1; GmbHG 8 Abs. 1 Nr. 3, § 16, § 40; FamFG § 7 Abs. 2, § 395

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Löschung nach § 395 FamFG dient dem Zweck, im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften über die Eintragung in das Handelsregister durchzusetzen. Die Löschung soll bewirken, dass das Register von materiell

unrichtigen oder unwirksamen Eintragungen bereinigt wird. Verstöße gegen andere Vorschriften können nicht zu einem Lösungsverfahren nach § 395 FamFG führen. (Rn. 6)

2. Die Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG, stellt keine Eintragung im Handelsregister dar; sie ist vielmehr eine neben der Eintragung auf dem Registerblatt vorhandene Unterlage, die lediglich in die Unterlagen zum Register aufgenommen und dort verwahrt werden muss. Sie unterliegt damit weder einem Lösungs- noch einem Berichtigungsverfahren. (Rn. 6)

OLG Brandenburg (7. Zivilsenat), Beschluss vom 14.04.2021 – 7 W 89/20

I. Tatbestand:

1 Der Geschäftsführer der Beteiligten zu 2., vertreten durch den Notar D... T..., übersandte dem Handelsregister unter dem 23.10.2019 eine Gesellschafterliste, wonach er und die Beteiligte zu 1. gemäß Testament vom 23.05.2012 und Eintritt des Nacherbfalls anstelle von L... K... in Erbengemeinschaft Gesellschafter der Beteiligten zu 2. mit einem Geschäftsanteil zum Nennwert von 24.000 € sind. Die Gesellschafterliste wurde in einer Datei elektronisch übermittelt, in der zugleich der Erbschein nach L... K... gespeichert war. Der Erbschein lautet dahin, dass L... K... „nach Eintritt des Nacherbfalls durch Beendigung des Insolvenzverfahrens der Nacherben am 18.12.2017 beerbt worden“ ist.

2 Das Amtsgericht stellte die vom Notar übersandte Datei mit der Gesellschafterliste einschließlich des Erbscheins am 24.10.2019 in den Registerordner der Beteiligten zu 2. ein. Die Antragstellerin wendet sich gegen die Aufnahme des Erbscheins in den Registerordner. Sie ist der Ansicht, dass der Erbschein nicht in das Handelsregister eingestellt werden musste und die Einstellung, die persönliche Daten von ihr enthalte, mithin ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung verletze. Der Erbschein dürfe nicht für jedermann öffentlich einsehbar sein.

3 Das Registergericht hat den Antrag dahin ausgelegt, dass er auf Löschung der Gesellschafterliste und Eintragung einer neuen Gesellschafterliste ohne Erbschein gerichtet sei. Es hat den Antrag durch Beschluss vom 21.10.2020 zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, dass die Entfernung technisch nicht möglich sei, da die Veröffentlichung der Gesellschafterliste zum Schutz der Gläubiger und Einsicht nehmender Dritter nicht nachträglich verändert werden könne. Der Erbschein dürfe auch als nach § 12 Abs. 2 HGB eingereicht

tes Dokument mit in den Registerordner nach § 9 Abs. 1 HGB eingestellt und zur Einsicht offengelegt werden. Das Registergericht sei verpflichtet, die Liste unverzüglich einzustellen. Die Beanstandung der Übersendung in einer Datei führe in Eintragungsverfahren zu Verzögerungen, die nicht hinnehmbar seien. Die Löschung der Liste nach Einstellung einer neuen Liste sei unzulässig, weil dadurch das Datum der Einstellung verändert würde. Es entstünde der unzutreffende Eindruck, die Gesellschafterliste sei zum Zeitpunkt der zweiten Eintragung erstmals veröffentlicht worden.

4 Der dagegen gerichteten Beschwerde der Antragstellerin hat das Registergericht durch Beschluss vom 13.11.2020 nicht abgeholfen.

▶ II. Aus den Gründen:

5 Die Beschwerde ist unzulässig und daher gemäß § 68 Abs. 2 FamFG zu verwerfen. Die Antragstellerin ist Beteiligte, da durch die Aufnahme des Erbscheins in den Registerordner ihr Recht auf informationelle Selbstbestimmung berührt ist, § 7 Abs. 2 Nr. 1 FamFG.

6 Gemäß § 395 Abs. 1 FamFG kann Beschwerde gegen eine unzulässige Eintragung in das Handelsregister eingelegt werden, mit dem Ziel, die unrichtige Eintragung zu löschen. Voraussetzung ist, dass es sich um eine „Eintragung“ in das Register handelt. Die Gesellschafterliste nach § 16 GmbHG, die hier gemäß § 40 GmbHG eingereicht worden ist, stellt keine solche Eintragung dar (*Holzer* in: Prütting/Helms, FamFG § 395 Rn 6; *Baumbach/Hopt*, HGB, § 395 FamFG Rn 1; *Keidel/Heinemann*, FamFG, § 395 Rn. 4; *KG FGPrax* 2016, 161); ebenso wenig sind in den Registerordner aufgenommene Unterlagen Eintragungen i. S. d. § 395 FamFG (*Haußleiter/Schemmann*, FamFG § 395 Rn 14; *MüKoFamFG-Krafka*, § 395 Rn 2). Die Gesellschafterliste ist vielmehr eine neben der Eintragung auf dem Registerblatt vorhandene Unterlage, die lediglich in die Unterlagen zum Register aufgenommen und dort verwahrt werden muss (§ 8 Abs. 1 Nr. 3 GmbHG, § 40 GmbHG). Sie unterliegt damit weder einem Löschungs- noch einem Berichtigungsverfahren. Die Löschung nach § 395 FamFG dient dem Zweck, im öffentlichen Interesse erlassene Vorschriften über die Eintragung in das Handelsregister durchzusetzen. Die Löschung soll bewirken, dass das Register von materiell unrichtigen oder unwirksamen Eintragungen bereinigt wird. Verstöße gegen andere Vorschriften können nicht zu einem Lösungsverfahren nach § 395 FamFG führen (*Bumiller/Harders*, FamFG § 395 Rn. 2).

7 Die Gesellschafterliste kann nur dann einer Überprüfung unterzogen werden, wenn sie inhaltlich unrichtig

ist, wenn also ein Gesellschafter unrichtig angegeben ist; in diesem Fall kann Widerspruch gegen die Gesellschafterliste eingelegt werden, § 16 Abs. 3 GmbHG. Diese Voraussetzung macht die Beschwerdeführerin hier nicht geltend.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts bei Grundstückserwerb eines Minderjährigen

BGB § 1821 Abs. 1 Nr. 1; GBO § 19

Amtlicher Leitsatz:

Die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird. (Rn. 6)

BGH (V. Zivilsenat),

Beschluss vom 11.03.2021 - V ZB 127/19

▶ I. Tatbestand:

1 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 6. Juli 2018 ließ die Beteiligte zu 2 das im Rubrum genannte Wohnungseigentum an ihren damals fünfjährigen Stiefenkel (Beteiligter zu 1) auf und behielt sich den Nießbrauch sowie das Recht vor, unter bestimmten Voraussetzungen die Rückübertragung des Wohnungseigentums zu verlangen. Sie bewilligte für sich und als vollmachtlose Vertreterin des Beteiligten zu 1 die Eintragung des Nießbrauchs und einer Rückauflassungsvormerkung. Der Notar wurde mit dem Vollzug der Urkunde beauftragt, wobei er befugt war, Eintragungsanträge auch getrennt zu stellen. Die Eltern des Beteiligten zu 1 genehmigten die von der Beteiligten zu 2 abgegebenen Erklärungen mit notarieller Urkunde vom 26. Juli 2018. Im Anschluss beantragten die Beteiligten die Umschreibung des Eigentums. Dem entsprach das Grundbuchamt mit Verfügung vom 11. Dezember 2018.

2 Mit Schriftsatz vom 24. Mai 2019 haben die Beteiligten die Eintragung des Nießbrauchs beantragt. Das Grundbuchamt hat ihnen daraufhin die Vorlage einer familiengerichtlichen Genehmigung aufgegeben und an dieser Zwischenverfügung auch auf den Hinweis des Notars festgehalten, bei der Beantragung der Eigentumsumschreibung sei lediglich versehentlich nicht zugleich die Eintragung des Nießbrauchs beantragt worden. Mit der Beschwerde wenden sich die Beteiligten gegen die Zwischenverfügung und beantragen darüber hinaus, die Rückauflassungsvormerkung einzutragen. Das Kammergericht hat die Beschwerde zurückgewiesen und die Rechtsbeschwerde zugelassen, mit der die Beteiligten sich weiter gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes wenden.

► II. Aus den Gründen:

3 Nach Auffassung des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung u.a. in Rpfleger 2020, 8 f. veröffentlicht ist, liegt das von dem Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis vor. Zur Belastung des Wohnungseigentums des minderjährigen Beteiligten zu 1 mit einem Nießbrauch bedürften die sorgeberechtigten Eltern der familiengerichtlichen Genehmigung (§ 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB). Zwar sei eine solche Genehmigung nicht erforderlich, wenn die Belastung des Eigentums im Zusammenhang mit dessen Erwerb erfolge, weil § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB nur das dem Minderjährigen bereits gehörende Grundvermögen schütze. Erfolge die Belastung mit der Eigentumsumschreibung, erwerbe der Minderjährige nicht anders, als wenn er von vornherein belastetes Eigentum erhalten hätte. Vorliegend habe der Beteiligte zu 1 aber zunächst unbelastetes Eigentum erworben, das mit der beantragten Eintragung nunmehr erstmals belastet werden solle. Entgegen der von dem Oberlandesgericht Frankfurt am Main (OLGZ 1981, 32) in einer vergleichbaren Fallkonstellation vertretenen Auffassung fehle es an einem unmittelbaren Zusammenhang zwischen dem Eigentumserwerb und einer – wenn auch vorbehaltenen – nachträglichen Belastung. Dabei sei es unerheblich, ob die gleichzeitige Beantragung von Eigentumsumschreibung und Eintragung des Nießbrauchs versehentlich unterblieben sei, und ob der Beteiligte zu 1 schuldrechtlich zu der Einräumung des Nießbrauchs verpflichtet sei. Auch die Eintragung der Rückauflassungsvormerkung bedürfe einer familiengerichtlichen Genehmigung; über diesen erstmals mit der Beschwerde gestellten Antrag sei im Beschwerdeverfahren jedoch nicht zu entscheiden.

4 Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und gemäß § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG auch im Übrigen zulässige

Rechtsbeschwerde ist begründet. Das in der Zwischenverfügung angenommene Eintragungshindernis ist nicht gegeben, weil der geschäftsunfähige Beteiligte zu 1 (§ 104 Nr. 1 BGB) bei der Bestellung des Nießbrauchs wirksam durch seine Eltern vertreten worden ist (§ 1629 Abs. 1 BGB). Der Bestellung eines Ergänzungspflegers (§ 1909 Abs. 1 Satz 1, § 1629 Abs. 2 Satz 1 i.V.m. § 1795 Abs. 1 Nr. 1 BGB) bedurfte es nicht, weil die Kindeseltern mit der Beteiligten zu 2 nicht in gerader Linie verwandt sind. Entgegen der Ansicht des Beschwerdegerichts setzt die beantragte Eintragung des Nießbrauchs in das Grundbuch auch keine familiengerichtliche Genehmigung gemäß § 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB voraus.

5 1. Zutreffend nimmt das Beschwerdegericht im Ausgangspunkt an, dass das Grundbuchamt vor einer das Eigentum eines Minderjährigen betreffenden Eintragung u.a. auch zu prüfen hat, ob eine nach den §§ 1821 ff. BGB notwendige Genehmigung vorliegt. Gegenstand einer solchen Genehmigung ist zwar immer nur das materielle Rechtsgeschäft und nicht die Eintragungsbewilligung gemäß § 19 GBO (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19 Rn. 63; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl E Rn. 198; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3743). Sowohl die Verfahrensfähigkeit gemäß § 9 FamFG als auch die verfahrensrechtliche Bewilligungsberechtigung gemäß § 19 GBO hängen aber von der Geschäftsfähigkeit des Betroffenen und ggf. bestehenden Einschränkungen der gesetzlichen Vertretungsmacht ab. Wo der materielle Rechtserfolg die Grundbucheintragung voraussetzt, schränkt ein Genehmigungserfordernis gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB daher auch die Bewilligungsbefugnis des Vertreters ein und ist deshalb in dem Grundbuchverfahren von Amts wegen zu beachten (vgl. BayObLGZ 1998, 139, 142; OLG Köln, OLGZ 2003, 290, 291; OLG Frankfurt, NotBZ 2012, 303, 304; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19 Rn. 63; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 19 Rn. 153; *Lemke/Zimmer*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 19 GBO Rn. 7; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl E Rn. 198; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3743). Im Übrigen ist das Grundbuchamt nicht nur zur Beachtung der förmlichen Eintragungsvoraussetzungen, sondern auch zur Wahrung der Richtigkeit des Grundbuchs verpflichtet und darf deshalb keine Eintragung vornehmen, deren Unrichtigkeit ihm bekannt ist (vgl. Senat, Beschluss vom 16. Februar 2012 – V ZB 204/11, juris Rn. 20; Beschluss vom 1. Dezember 1988 – V ZR 10/88, BGHZ 106, 108, 110).

6 2. Gemäß § 1643 Abs. 1 i.V.m. § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedürfen Eltern zur Verfügung über ein Grundstück oder über ein Recht an einem Grundstück ihres Kindes der Genehmigung des Familiengerichts, wobei das Wohnungseigentum einem Grundstück insoweit gleichgestellt ist (vgl. Senat, Beschluss vom 30. September 2010 – V ZB 206/10,

BGHZ 187, 119 Rn. 17). Anders als das Beschwerdegericht meint, fehlt es an einer Verfügung in diesem Sinne. Die Bestellung eines Nießbrauchs oder eines Grundpfandrechts im Zusammenhang mit dem Grundstückserwerb eines Minderjährigen ist jedenfalls dann nicht nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB genehmigungsbedürftig, wenn sich die Belastung bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt und die Auflassung und die dingliche Einigung über die Belastung gleichzeitig erfolgen; die Belastung bedarf nicht deshalb der familiengerichtlichen Genehmigung, weil ihre Eintragung in das Grundbuch erst nach Umschreibung des Eigentums an dem Grundstück bewilligt und beantragt wird.

7 a) Unter einer Verfügung versteht man jedes Rechtsgeschäft, durch das der Verfügende auf ein Recht unmittelbar einwirkt, es also auf einen Dritten überträgt, es aufhebt, mit einem Recht belastet oder es sonst wie in seinem Inhalt ändert (vgl. allgemein BGH, Urteil vom 16. Juli 2014 – IV ZR 88/13, WM 2014, 1636 Rn. 19; Urteil vom 5. November 2009 – III ZR 6/09, FamRZ 2010, 207 Rn. 15). Mangels Verfügung nicht genehmigungsbedürftig nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB ist daher die Entgegennahme der Auflassung eines Grundstücks (vgl. Senat, Beschluss vom 30. September 2010 – V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rn. 17; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl., § 1821 Rn. 25 mwN), und zwar auch dann, wenn vorhandene Belastungen bestehen bleiben (vgl. BGH, Beschluss vom 6. Juni 1957 – IV ZB 53/57, BGHZ 24, 372, 374 f.; MüKoBGB/Kroll-Ludwigs, 8. Aufl., § 1821 Rn. 27). Auf die im Rahmen des § 107 BGB relevante Frage, ob das Erwerbsgeschäft für den Minderjährigen lediglich rechtlich vorteilhaft ist, kommt es in diesem rechtlichen Zusammenhang nicht an.

8 b) Die Bestellung eines Nießbrauchs (oder auch eines Grundpfandrechts) an einem dem Minderjährigen bereits gehörenden Grundstück stellt zwar im Grundsatz eine Verfügung im Sinne von § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB dar. Mit Blick auf den Schutzzweck der Norm ist die Genehmigung aber nicht erforderlich, wenn die Bestellung im Zusammenhang mit dem Erwerb des Grundstücks erfolgt und sich bei wirtschaftlicher Betrachtung als Teil des Erwerbsvorgangs darstellt, so dass dem Minderjährigen von vornherein nur belastetes Eigentum zukommen soll (vgl. Senat, Beschluss vom 30. September 2010 – V ZB 206/10, BGHZ 187, 119 Rn. 17; BGH, Urteil vom 7. Oktober 1997 – XI ZR 129/96, FamRZ 1998, 24, 25; Beschluss vom 6. Juni 1957 – IV ZB 53/57, BGHZ 24, 372, 374 f.; RGZ 108, 356, 363 f.; RGZ 110, 173, 175). Denn dem Genehmigungsvorbehalt in § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB liegt die gesetzgeberische Absicht zugrunde, den vorhandenen Grundbesitz des Minderjährigen als eine besonders wertvolle Art seines Vermögens regelmäßig zu erhalten und die Veräußerung nur unter erschwerenden Voraussetzungen zu ermöglichen (vgl. Motive IV S. 1136).

9 c) Dieser einschränkenden Auslegung steht nicht entgegen, dass ein Nießbrauch nur durch den Eigentümer bestellt werden kann und die Entstehung eines Fremdnießbrauchs daher den vollendeten Eigentumserwerb des Bestellers voraussetzt (vgl. RGZ 108, 356, 363 f. für die Einräumung einer Hypothek). Ausschlaggebend für die Frage der Genehmigungsbefreiung ist das von den Beteiligten von Anfang an erstrebte und auch nach der Verkehrsauffassung maßgebende Gesamtergebnis, das Vermögen des Minderjährigen durch die Zuwendung belasteten Eigentums zu mehren, selbst wenn die Vollziehung grundbuchrechtlich mehrerer Schritte bedarf (vgl. RGZ 108, 356, 364). Ob der Überlassende noch vor der Übertragung des Grundstücks einen Eigentümergebrauch begründet oder aber die Begründung des Nießbrauchs zu seinen Gunsten erst im Zusammenhang mit der Übertragung erfolgt, beeinflusst das wirtschaftliche Ergebnis für den Minderjährigen nicht (vgl. BayObLGZ 1998, 139, 144 mwN sowie Krüger, ZNotP 2006, 202, 205, allerdings jeweils in Bezug auf die Frage des rechtlichen Vorteils im Sinne von § 107 BGB).

10 d) Ein hinreichender Zusammenhang zwischen der Belastung und dem Erwerb ist jedenfalls dann zu bejahen, wenn bereits die Auflassung mit der dinglichen Einigung über die Belastung in der Weise verknüpft wird, dass kein Zweifel daran bestehen kann, dass dem Minderjährigen von vornherein nur belastetes Eigentum zukommen soll. So liegt es hier. Die Beteiligte zu 2 hat ihre diesbezüglichen dinglichen Erklärungen, nämlich die Auflassung unter Nießbrauchsvorbehalt, einheitlich beurkunden lassen. Die Eltern des Beteiligten zu 1 haben die für diesen durch die Beteiligte zu 2 als vollmachtlose Vertreterin abgegebenen Erklärungen zur Entgegennahme der Auflassung sowie zur Bewilligung und damit konkludent auch zur dinglichen Bestellung des Nießbrauchs einheitlich genehmigt. Dieser eindeutige Zusammenhang zwischen Auflassung und Belastung als einheitlicher Erwerbsvorgang wird nicht dadurch beseitigt, dass der Notar berechtigt sein sollte, Eintragungsanträge auch getrennt zu stellen. Aus dieser verfahrensrechtlichen Vorgabe lässt sich nicht ableiten, dass die Beteiligte zu 2 dem Beteiligten zu 1 das Wohnungseigentum unabhängig von der Einräumung des Nießbrauchs übertragen wollte.

11 e) Ein so hergestellter Zusammenhang zwischen Erwerb und Belastung entfällt – anders als das Beschwerdegericht meint – nicht nachträglich, weil die jeweiligen Eintragungsanträge nicht gleichzeitig gestellt werden. Das gilt selbst dann, wenn die Eintragung der Belastung – wie vorliegend – erstmals mehrere Monate nach vollzogener Eigentumsumschreibung beantragt wird. Für die Beurteilung, ob der gesetzliche Vertreter durch die Verfü-

gung – bei objektiver Betrachtung – den vorhandenen Grundbesitz des Minderjährigen schmälert und deshalb der Genehmigung des Familiengerichts nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB bedarf, kommt es auf die Umstände im Zeitpunkt der dinglichen Einigung, nicht hingegen darauf an, wann die beabsichtigte Änderung der Rechtslage letztlich eintritt oder wann die Vertragsparteien den letzten Schritt hierzu vornehmen.

12 aa) Zum Tatbestand einer in dem Wortlaut des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB in Bezug genommenen Verfügung gehört bei Grundstücksgeschäften zwar auch die Grundbucheintragung, die erst gemeinsam mit der Einigung zum Verfügungserfolg führt (§ 873 Abs. 1 BGB; vgl. BGH, Urteil vom 26. April 2012 – IX ZR 136/11, ZfIR 2012, 547, 548). Gegenstand der Genehmigung ist aber allein das dingliche Rechtsgeschäft, dessen Wirksamkeit gemäß § 1821 Abs. 1 Nr. 1 i.V.m. § 1829 BGB von ihr abhängt, nicht hingegen die Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO oder der Eintragungsantrag (vgl. *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19 Rn. 63; *KEHE/Munzig*, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 19 Rn. 153; *Lemke/Zimmer*, Immobilienrecht, 2. Aufl., § 19 GBO Rn. 7; *Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl E Rn. 198; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 3743; *Klüsener*, Rpfleger 1981, 461, 462).

13 bb) Infolgedessen kommt es für die Genehmigungsbedürftigkeit auf den Zeitpunkt der dinglichen Einigung an. War die dingliche Einigung nicht genehmigungsbedürftig, so gilt dies auch für die Eintragungsbewilligung und den Eintragungsantrag, und zwar selbst dann, wenn diese verfahrensrechtlichen Erklärungen erst später abgegeben werden. Andernfalls könnte die (zunächst) genehmigungsfrei erfolgte dingliche Einigung in Abhängigkeit von dem Ablauf des Grundbuchverfahrens nachträglich genehmigungspflichtig werden. Als reine Verfahrenshandlung ist die Eintragungsbewilligung – die hier ohnehin zeitgleich mit der dinglichen Einigung erfolgt ist – weder genehmigungsbedürftig noch genehmigungsfähig (*Meikel/Böttcher*, GBO, 11. Aufl., Einl E Rn. 198); dass das Genehmigungserfordernis im Grundbuchverfahren zu prüfen ist (vgl. oben Rn. 5), ändert nichts daran, dass es auf die dingliche Einigung bezogen ist. Nichts anderes gilt hinsichtlich des Eintragungsantrags, der eine (weitere) Erklärung des Minderjährigen ohnehin nicht zwingend voraussetzt; antragsberechtigt ist nämlich gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO auch derjenige, zu dessen Gunsten die Eintragung erfolgen soll (hier also die Beteiligte zu 2). Erst recht stellt die Eintragung als solche keine Verfügung des Minderjährigen, sondern einen grundbuchrechtlichen Hoheitsakt dar.

14 cc) Unschädlich ist auch insoweit, dass die Beteiligten den Notar nicht angehalten hatten, die Eintragungsanträge nur gemeinsam zu stellen (aA *Lamberz*, Rpfleger 2020,

9, 10). Der gesetzliche Vertreter ist nicht gezwungen, zum Erhalt der Genehmigungsfreiheit des von ihm abgeschlossenen Rechtsgeschäfts für einen zeitnahen Vollzug der beabsichtigten Rechtsänderung(en) Sorge zu tragen. Ob der Minderjährige zunächst – auch für längere Zeit – unbelastetes Eigentum erwirbt, ist für die Genehmigungsbedürftigkeit des Rechtsgeschäfts jedenfalls dann nicht entscheidend, wenn sein Vermögen von Anfang an nur um belastetes Eigentum gemehrt werden sollte und die dingliche Einigung über die Belastung als Teil des Erwerbsvorgangs vor der Eigentumsumschreibung erfolgt ist.

15 dd) Wie es sich verhält, wenn sich der Veräußerer die spätere Belastung des Grundstücks lediglich schuldrechtlich vorbehalten hat, ohne die dingliche Einigung vorzunehmen, und ob den darauf bezogenen Erwägungen des Oberlandesgerichts Frankfurt am Main (OLGZ 1981, 32), die das Beschwerdegericht zu der Zulassung der Rechtsbeschwerde veranlasst haben, beizupflichten ist (ablehnend *Klüsener*, Rpfleger 1981, 258, 263), bedarf keiner Entscheidung.

16 3. Auf eine Genehmigungsbedürftigkeit der zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen kommt es schon deshalb nicht an, weil das Grundbuchamt diese nicht zu prüfen hat. Nur Mängel des Kausalgeschäfts, die zugleich das dingliche Geschäft erfassen, können im Grundbuchverfahren beachtlich sein (vgl. BayObLG, NJW-RR 1990, 87; OLG Düsseldorf, FamRZ 2017, 1217, 1218 f.; OLG München, NJW-RR 2020, 1079 Rn. 16; vgl. auch Senat, Beschluss vom 30. September 2010 – V ZB 206/10, BGHZ 187, 199 Rn. 17).

17 1. Die Entscheidung des Beschwerdegerichts und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sind daher aufzuheben. Das Grundbuchamt darf die Eintragung des Nießbrauchs nicht wegen fehlender familiengerichtlicher Genehmigung verweigern. Eine Entscheidung in der Sache ist dem Rechtsbeschwerdegericht nicht möglich, da der Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens nur die Zwischenverfügung und nicht der Eintragungsantrag selbst ist (Senat, Beschluss vom 26. September 2013 – V ZB 152/12, ZfIR 2014, 60 Rn. 11).

18 2. Den weiteren – erstmals mit der Beschwerde gestellten – Antrag auf Eintragung einer Rückauflassungsvormerkung kann ebenfalls nur das Grundbuchamt bescheiden (vgl. *Meikel/Schmidt-Räntsch*, GBO, 11. Aufl., § 77 Rn. 4). Der Senat weist insoweit darauf hin, dass auch die Rückauflassungsvormerkung nicht der familiengerichtlichen Genehmigung bedarf. Ob die Bewilligung einer Auflassungsvormerkung in den Anwendungsbereich des § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB fällt (so etwa KG, Rpfleger 2017, 266 f.; *Staudinger/Veit*, BGB [2020], § 1821 Rn. 28, jeweils mwN), kann dahinstehen. Bejahte man dies, würden die vorstehenden, auf den Nießbrauch bezogenen Erwägungen je-

denfalls entsprechend gelten. Eine wegen der Akzessorität der Vormerkung grundsätzlich beachtliche Genehmigungsbedürftigkeit der zugrundeliegenden bedingten Verpflichtung zur Rückübertragung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 4 BGB wäre zu verneinen, weil diese sich bei der gebotenen wirtschaftlichen Betrachtung ebenfalls nicht als Schmälerung eines bereits vorhandenen Grundbesitzes des Minderjährigen, sondern als Teil des Erwerbsvorgangs darstellte (vgl. Senat, Beschluss vom 30. September 2010 – V ZB 206/10, BGHZ 187, 199 Rn. 17).

Keine Beurkundungsbedürftigkeit eines als Bedingung für Grundstückskauf geschlossenen Durchführungsvertrages

BGB § 125 S. 1, § 196, § 311b Abs. 1 S. 1; BauGB § 12 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Dass ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft unter der Bedingung des Zustandekommens oder des Fortbestands eines anderen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden und daher beide beurkundungsbedürftig sind. Eine Geschäftseinheit liegt nur vor, wenn Teile des anderen Rechtsgeschäfts Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollen. (Rn. 11)
2. Ein notarieller Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück an eine Gemeinde zu übereignen, ist daher nicht deshalb formunwirksam, weil er unter der (beurkundeten) aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages i.S.v. § 12 Abs. 1 BauGB steht. (Rn. 16)
3. Die Verjährungsvorschrift des § 196 BGB findet auf Besitzübertragungsansprüche entsprechende Anwendung, wenn der Gläubiger die Besitzeinräumung neben der Verschaffung des Eigentums beanspruchen kann, wie dies etwa bei einem Grundstückskaufvertrag der Fall ist. (Rn. 25)

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 29.01.2021 – V ZR 139/19

I. Tatbestand:

1 Mit notariellem Vertrag vom 11. September 2007 (nachfolgend: Grundstücksvertrag) verpflichtete sich die Be-

klagte zu 1, der klagenden Gemeinde zwei noch zu vermessende Teilflächen eines näher bezeichneten Grundstücks zu übertragen. Der Vertrag wurde „aufschiebend bedingt“ geschlossen und sollte erst mit „Rechtskraft“ des als Anlage 2 zur Urkunde genommenen vorhabenbezogenen Bebauungsplanes sowie mit „Rechtskraft“ des als Anlage 3 zur Urkunde genommenen Durchführungsvertrages zu diesem Bebauungsplan wirksam werden. Der Durchführungsvertrag wurde – ohne notarielle Beurkundung – am 11. Dezember 2007 geschlossen. Er regelt insbesondere die Verpflichtung der Beklagten zu 1 zur Erschließung, Planung, Vermessung und zur Herstellung der Infrastruktur in dem Plangebiet. Ebenfalls am 11. Dezember 2007 beschloss der Rat der Klägerin den vorhabenbezogenen Bebauungsplan. Dessen Bekanntmachung erfolgte am 9. Mai 2008 im Gemeindeblatt. Später übertrug die Beklagte zu 1 einen Teil der Grundstücksflächen, die Gegenstand des Grundstücksvertrags sind, auf die Beklagte zu 2. Diese wurde 2012 als Eigentümerin in das Grundbuch eingetragen.

2 Mit der Klage verlangt die Klägerin – soweit für das Revisionsverfahren von Interesse – von der Beklagten zu 1 Herausgabe und Übereignung von näher bezeichneten Grundstücken, die nach der Neuvermessung einer in dem Grundstücksvertrag aufgeführten Teilfläche entstanden sind (Klageantrag zu 1). Zudem verlangt sie mit dem Klageantrag zu 2 von beiden Beklagten Herausgabe und Übereignung einer Teilfläche des Grundstücks, das die Beklagte zu 1 auf die Beklagte zu 2 übertragen hat. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung der Klägerin ist ohne Erfolg geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Beklagten beantragen, verfolgt die Klägerin ihre Ansprüche auf Herausgabe und Übereignung der Grundstücke weiter.

II. Aus den Gründen:

3 Das Berufungsgericht, dessen Entscheidung unter anderem in MittBayNot 2019, 615 veröffentlicht ist, meint, der Klägerin stünden keine Ansprüche aus dem Grundstücksvertrag gegen die Beklagte zu 1 und in der Folge auch keine Ansprüche gegen die Beklagte zu 2 zu. Verjährt seien die Ansprüche allerdings nicht. Die zehnjährige Verjährungsfrist habe erst mit der Bekanntmachung der Satzung am 9. Mai 2008 begonnen. Die in dem Vertrag für die Übereignungspflicht vorausgesetzte aufschiebende Bedingung der „Rechtskraft“ des vorhabenbezogenen Bebauungsplans sei erst zu diesem Zeitpunkt eingetreten. Nach allgemeinem Sprachgebrauch werde eine Entscheidung oder Regelung als rechtskräftig be-

zeichnet, wenn sie gültig, endgültig, verbindlich und unanfechtbar sei. Gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB werde der Bebauungsplan erst durch seine Bekanntmachung rechtsverbindlich. Die am 7. Mai 2018 bei Gericht eingegangene und auch demnächst zugestellte Klage habe deshalb zu einer Verjährungshemmung geführt.

4 Ansprüche aus dem Grundstücksvertrag scheiterten aber daran, dass die zweite aufschiebende Bedingung – die „Rechtskraft“ des Durchführungsvertrages – nicht eingetreten sei. Dieser sei nämlich gemäß § 125 Satz 1 BGB wegen eines Formmangels nichtig. Zwischen Grundstücks- und Durchführungsvertrag bestehe eine rechtliche Einheit, die zur Beurkundungsbedürftigkeit auch des Durchführungsvertrages führe, weil der Übertragungsvertrag im Wege der aufschiebenden Bedingung von dessen Wirksamkeit abhängen solle. Eine gewollte Abhängigkeit könne kaum deutlicher zum Ausdruck gebracht werden als durch eine solche Bedingung. Eine Verknüpfung und Abhängigkeit des Grundstücksvertrags von dem Durchführungsvertrag im Sinne einer rechtlichen Einheit beider Verträge liege daher schon nach dem Wortlaut des Vertragstextes eindeutig vor.

5 Dies hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der von dem Berufungsgericht gegebenen Begründung lassen sich die von der Klägerin geltend gemachten Ansprüche nicht verneinen.

6 1. Richtig ist allerdings der Ausgangspunkt des Berufungsgerichts. Die in dem Grundstücksübertragungsvertrag enthaltene Verpflichtung der Beklagten zu 1, die im Klageantrag zu 1 genannten Grundstücke an die Klägerin herauszugeben und an diese zu übereignen, wäre nicht wirksam, wenn zwischen dem Grundstücksvertrag und dem Durchführungsvertrag eine rechtliche Einheit bestünde. Dann wäre auch der Durchführungsvertrag nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftig und mangels Beurkundung gemäß § 125 Satz 1 BGB formnichtig. In der Folge fehlte es an der in dem Grundstücksvertrag vereinbarten aufschiebenden Bedingung der „Rechtskraft“ des Durchführungsvertrages. Da nur gerichtliche Entscheidungen, nicht aber Verträge in Rechtskraft erwachsen können, kann mit Rechtskraft bei der gebotenen interessengerechten Auslegung nur die Wirksamkeit des Durchführungsvertrages gemeint sein. Im Übrigen wäre bei einer rechtlichen Einheit beider Verträge nicht nur die Bedingung nicht eingetreten, sondern der Grundstücksvertrag selbst, aus dem die Klägerin ihre Ansprüche herleitet, wäre gemäß § 125 Satz 1, § 139 BGB nichtig und der Klageantrag zu 1 auch deshalb abzuweisen.

7 2. Die Feststellungen des Berufungsgerichts tragen aber seine Annahme nicht, der – nicht beurkundete und

als solcher nicht beurkundungsbedürftige (vgl. § 11 Abs. 3 BauGB) – Durchführungsvertrag und der Grundstücksvertrag bildeten eine rechtliche Einheit, so dass nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB auch der Durchführungsvertrag hätte beurkundet werden müssen.

8 a) Nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB bedarf ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstück zu übertragen oder zu erwerben, der notariellen Beurkundung. Dem Formzwang unterliegt der „Vertrag“, d.h. alle Vereinbarungen, aus denen sich nach dem Willen der Parteien das schuldrechtliche Veräußerungsgeschäft zusammensetzt (st. Rspr., vgl. etwa Senat, Urteil vom 13. November 1953 – V ZR 173/52, LM Nr. 3 zu § 313 BGB; Urteil vom 20. Dezember 1974 – V ZR 132/73, BGHZ 63, 359, 361; Urteil vom 23. September 1977 – V ZR 90/75, BGHZ 69, 266, 268; Urteil vom 6. April 1979 – V ZR 72/74, BGHZ 74, 346, 348; Urteil vom 20. Juni 1980 – V ZR 84/79, NJW 1981, 222; Urteil vom 14. September 2018 – V ZR 213/17, ZfIR 2018, 395 Rn. 5; siehe auch schon RGZ 103, 295, 297; 145, 246, 247). Es muss alles beurkundet werden, was nach dem Willen der Parteien Inhalt des schuldrechtlichen Veräußerungsgeschäfts werden soll. Somit bedürfen bei (einheitlichen) Rechtsgeschäften, die sich aus beurkundungsbedürftigen und für sich genommen nicht beurkundungsbedürftigen Teilen zusammensetzen, auch letztere der Beurkundung.

9 b) Ob ein einheitliches und damit insgesamt nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft vorliegt, richtet sich nach dem Willen der Vertragsparteien, namentlich nach der von ihnen gewollten Verknüpfung des Grundstücksgeschäfts mit dem für sich genommen nicht beurkundungsbedürftigen Rechtsgeschäft, und unterliegt tatrichterlicher Würdigung unter Berücksichtigung aller Umstände des jeweiligen Einzelfalls (vgl. Senat, Urteil vom 10. Oktober 1986 – V ZR 247/85, NJW 1987, 1069; Urteil vom 26. Oktober 1990 – V ZR 22/89, BGHZ 112, 376, 378; BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 – IX ZR 76/99, NJW-RR 2003, 1565; Urteil vom 12. Februar 2009 – VII ZR 230/07, WM 2009, 1338 Rn. 15).

10 c) Werden – wie hier – zwei Verträge äußerlich getrennt voneinander abgeschlossen, begründet dies eine tatsächliche Vermutung dafür, dass sie nach dem Parteiwillen auch unabhängig voneinander gewollt sind und dies durch die Trennung zum Ausdruck gebracht werden sollte (vgl. RGZ 103, 295, 297; Senat, Urteil vom 10. Oktober 1986 – V ZR 247/85, NJW 1987, 1069; Senat, Urteil vom 7. Februar 1986 – V ZR 176/84, NJW 1986, 1983, 1984, insoweit nicht abgedruckt in BGHZ 97, 147; BGH, Urteil vom 7. Dezember 1989 – VII ZR 343/88, NJW-RR 1990, 340, 341). Diese Vermutung kann zwar entkräftet werden. Hierzu bedarf es aber genügender Anhalts-

punkte für die Annahme, dass die Verträge ungeachtet der äußerlichen Trennung nach dem Willen der Parteien eine rechtliche Einheit bilden sollten (vgl. Senat, Urteil vom 9. Juli 1993 – V ZR 144/91, NJW-RR 1993, 1421, 1422; vgl. auch BGH, Urteil vom 13. Februar 2003 – IX ZR 76/99, NJW-RR 2003, 1565, 1566).

11 d) Dass ein beurkundungsbedürftiges Grundstücksgeschäft unter der Bedingung des Zustandekommens oder des Fortbestands eines anderen Rechtsgeschäfts vorgenommen wird, rechtfertigt für sich genommen nicht die Annahme, dass die Rechtsgeschäfte nach dem Willen der Parteien eine Einheit bilden und daher beide beurkundungsbedürftig sind. Eine Geschäftseinheit liegt nur vor, wenn Teile des anderen Rechtsgeschäfts Inhalt des Grundstücksgeschäfts sein sollen.

12 aa) Der Bundesgerichtshof hat allerdings wiederholt formuliert, dass an sich selbständige Vereinbarungen jedenfalls dann ein einheitliches Rechtsgeschäft darstellen, wenn sie nach den Vorstellungen der Beteiligten in einem solchen rechtlichen Zusammenhang stehen, dass sie nicht jeweils für sich allein gelten, sondern miteinander „stehen und fallen“ sollen (vgl. etwa Senat, Urteil vom 31. Mai 1974 – V ZR 111/72, DNotZ 1975, 87, 89; Urteil vom 27. Oktober 1982 – V ZR 136/81, NJW 1983, 565; Urteil vom 16. Juli 2004 – V ZR 222/03, WM 2005, 991; BGH, Urteil vom 24. September 1987 – VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393, 396; Urteil vom 9. Juli 1992 – IX ZR 209/91, NJW 1992, 3237, 3238; Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345 Rn. 8). Eine wechselseitige Abhängigkeit ist hierfür nicht erforderlich; vielmehr reicht es aus, wenn das Grundstücksgeschäft aus Sicht der Vertragspartner untrennbar von dem anderen Geschäft abhängt (vgl. Senat, Urteil vom 26. November 1999 – V ZR 251/98, NJW 2000, 951 f.; BGH, Urteil vom 13. Juni 2002 – VII ZR 321/00, NJW 2002, 2559, 2560).

13 bb) Daraus darf aber nicht geschlossen werden, wie es das Berufungsgericht getan hat, dass eine solche Abhängigkeit schon dann besteht, wenn die Vertragspartner das Grundstücksgeschäft unter die aufschiebende Bedingung der Wirksamkeit eines anderen Vertrages – hier des Durchführungsvertrages – stellen.

14 (1) Für die Frage, ob zwei Vereinbarungen nach dem Willen der Vertragsparteien eine rechtliche Einheit bilden, kommt es nicht auf die rechtstechnische Art der Verknüpfung an, also darauf, ob das Grundstücksgeschäft von dem Zustandekommen oder Fortbestand des anderen Geschäfts durch eine aufschiebende oder auflösende Bedingung abhängig gemacht wird, ob ein Rücktrittsrecht vereinbart oder ob das andere Geschäft als „Geschäftsgrundlage“ des Grundstücksgeschäfts aufgeführt wird (zutreffend Staudinger/Schumacher, BGB [2018], § 311b Rn. 176; MüKoBGB/Ruhwinkel,

8. Aufl., § 311b Rn. 60; Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 311b BGB Rn. 53; Soergel/Mayer, BGB, 13. Aufl., § 311b Rn. 132, 134; BeckOGK/Schreindorfer, BGB [1.12.2020], § 311b Rn. 187; jurisPK-BGB/Ludwig, 9. Aufl., § 311b Rn. 235 f.; Weber, RNotZ 2016, 377, 379; aA Korte DNotZ 1984, 3, 7 ff.; ders., Handbuch der Beurkundung von Grundstücksgeschäften, 1990, Kap. 3 Rn. 17 ff.). So wie einerseits die Vereinbarung eines Rücktrittsrechts die Annahme der rechtlichen Einheit zweier Vereinbarungen nicht von vornherein ausschließt (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22. Juli 2010 – VII ZR 246/08, BGHZ 186, 345 Rn. 9; Urteil vom 12. Februar 2009 – VII ZR 230/07, WM 2009, 1338 Rn. 17; Urteil vom 7. Dezember 1989 – VII ZR 343/88, NJW-RR 1990, 340, 341; Urteil vom 24. September 1987 – VII ZR 306/86, BGHZ 101, 393, 398), ist andererseits nicht stets von einer rechtlichen Einheit auszugehen, wenn der Abschluss oder Fortbestand der einen Vereinbarung zur Bedingung der anderen gemacht oder für den Fall des Nichtzustandekommens oder der Beendigung einer Vereinbarung das Recht zum Rücktritt von der anderen vorgesehen wird.

15 (2) Maßgeblich ist vielmehr, ob Teile des für sich genommenen nicht beurkundungsbedürftigen Vertrages Inhalt des Grundstücksgeschäfts werden sollen. Beurkundungsbedürftig ist nach § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB nämlich der gesamte Inhalt der getroffenen Vereinbarungen des Grundstücksgeschäfts. Nicht beurkundungsbedürftig sind dagegen Erklärungen, die keinen Regelungscharakter haben, wie etwa vor Vertragsschluss mitgeteilte Informationen oder die Motive der Parteien für den Vertragsschluss (vgl. MüKoBGB/Ruhwinkel, 8. Aufl., § 311b Rn. 54; Soergel/J. Mayer, BGB, 13. Aufl., § 311b Rn. 94; Staudinger/Schumacher, BGB [2018], § 311b Rn. 155; BeckOGK/Schreindorfer, BGB [1.6.2020], § 311b Rn. 151). Dies folgt daraus, dass sich der Vertrag nur aus den Willenserklärungen der Vertragsparteien zusammensetzt, die Regelungscharakter haben. Nur hierauf beziehen sich die Schutzzwecke des Formgebots und die Belehrungspflichten des Notars (vgl. Senat, Urteil vom 30. Juni 2006 – V ZR 148/05, NJW-RR 2006, 1292 Rn. 12 f.). Entscheidend ist folglich, welche Vorstellungen die Parteien mit der von ihnen gewählten Verknüpfung verbinden. Soll das Zustandekommen des Grundstücksgeschäfts davon abhängig sein, dass ein anderes, für sich genommen nicht beurkundungsbedürftiges Geschäft lediglich zustande kommt bzw. fortbesteht, so ist es im Hinblick auf den Schutzzweck des Beurkundungserfordernisses ausreichend, dass diese Verknüpfung, hier also die Bedingung, beurkundet wird (vgl. Senat, Urteil vom 26. November 1999 – V ZR 251/98, NJW 2000, 951, 952; Urteil vom 7. April 2000 – V ZR 83/99, WM 2000, 1404, 1405;

BGH, Urteil vom 16. März 1988 – VIII ZR 12/87, BGHZ 104, 18, 22 f.; Urteil vom 13. Februar 2003 – IX ZR 76/99, NJW-RR 2003, 1565, 1567). Denn der Inhalt der von den Parteien getroffenen Regelung besteht nur in dieser Verknüpfung. Haben sie hingegen den Willen, die Verträge inhaltlich miteinander zu verknüpfen, sollen also Regelungen des Grundstücksgeschäfts nur gemeinsam mit Regelungen des anderen Vertrages gelten, so liegt ein einheitliches Rechtsgeschäft vor, das insgesamt beurkundungsbedürftig ist (zutreffend Staudinger/Schumacher, BGB [2018], § 311b Rn. 176; vgl. auch Keim, RNotZ 2005, 102, 104; ähnlich Weber, RNotZ 2016, 377, 380 ff.).

16 e) Ein notarieller Vertrag, durch den sich jemand verpflichtet, ein Grundstück an eine Gemeinde zu übereignen, ist daher nicht deshalb formunwirksam, weil er unter der (beurkundeten) aufschiebenden Bedingung der Wirksamkeit eines nicht beurkundeten Durchführungsvertrages i.S.v. § 12 Abs. 1 BauGB steht.

17 f) Da hier die aufschiebende Bedingung, unter der der Grundstücksvertrag stand, beurkundet worden ist, hängt die – unter dem Gesichtspunkt eines einheitlichen Rechtsgeschäfts zu prüfende – Formbedürftigkeit des Durchführungsvertrages davon ab, ob die hierfür erforderliche inhaltliche Verknüpfung zwischen beiden Verträgen vorliegt, ob also die Übertragung der Grundstücksflächen nach dem Willen der Vertragspartner – über die mittels der Bedingung verbundene Verknüpfung hinaus – von dem Inhalt der Regelungen des Durchführungsvertrages abhängig war. Dies hat das Berufungsgericht – von seinem Ausgangspunkt folgerichtig – nicht geprüft.

18 3. Die Abweisung des (allein) gegen die Beklagte zu 1 gerichteten Klageantrags zu 1 stellt sich nicht aus anderen Gründen als richtig dar (§ 561 ZPO).

19 a) Der Durchführungsvertrag ist auf der Grundlage der bisher getroffenen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht bereits für sich genommen formnichtig mit der Folge, dass die in dem Grundstücksvertrag für die Ansprüche auf Übereignung und Übergabe vorausgesetzte Wirksamkeit („Rechtskraft“) des Durchführungsvertrages fehlen würde.

20 aa) Ein Durchführungsvertrag i.S.d. § 12 Abs. 1 BauGB unterliegt als öffentlich-rechtlicher Vertrag und Unterfall des städtebaulichen Vertrages zwischen der Gemeinde und dem Vorhabenträger grundsätzlich nur dem Erfordernis der Schriftform (§ 11 Abs. 3 BauGB und § 57 VwVfG NRW; vgl. BVerwG, ZfBR 2012, 38 f.; BGH, Urteil vom 18. Mai 2006 – III ZR 396/04, ZfIR 2006, 770 Rn. 8 zu § 7 BauGBMaßnG a.F.). Die Formvorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuches – mithin auch § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB – finden jedoch nach § 11 Abs. 3 BauGB, § 57, § 62 Satz 2 VwVfG NRW entsprechende Anwendung (vgl.

BVerwG, DNotZ 2010, 549, 550; BVerwGE 70, 247, 254 f.; BT-Drucks. 13/6392 S. 50).

21 bb) Hier wäre der Durchführungsvertrag formbedürftig, wenn er eine Verpflichtung der Beklagten zu 1 enthielte, Grundstücke auf die Klägerin zu übertragen. Aus § 1 Nr. 2 des Durchführungsvertrages ergibt sich eine solche Verpflichtung nicht. Ausweislich des als Anlage K 3 zur Akte gereichten Durchführungsvertrages, der von dem Berufungsgericht im Zurückweisungsbeschluss in Bezug genommen worden ist, hat der Investor „alle öffentlichen Grundstücksflächen innerhalb des Plangebietes auf die Gemeinde übertragen“. Eine beurkundungspflichtige Verpflichtung ist mit dieser auf die Vergangenheit bezogenen Erklärung nicht verbunden.

22 An die entgegenstehende Feststellung des Vertragswortlauts durch das Berufungsgericht in dem Zurückweisungsbeschluss, wonach die Beklagte zu 1 nach § 1 Nr. 2 des Durchführungsvertrages die Grundstücksflächen auf die Klägerin „zu übertragen“ habe, ist der Senat nicht gebunden, auch wenn kein Berichtigungsantrag gemäß § 320 ZPO gestellt wurde. Zwar ist diese Vorschrift entgegen der von dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin in der mündlichen Verhandlung vertretenen Auffassung nach der ständigen Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs auf Endentscheidungen (entsprechend) anwendbar, die als möglicher Gegenstand einer Rechtsbeschwerde oder – wie hier – einer Nichtzulassungsbeschwerde einer Sachverhaltsdarstellung nebst rechtlicher Begründung bedürfen und in einem Beschlussverfahren ergehen (BGH, Beschluss vom 15. April 2010 – IX ZB 175/09, WM 2010, 976 Rn. 7; Senat, Beschluss vom 20. März 2014 – V ZR 130/13, juris mwN). Aus dem Urteil des I. Zivilsenats des Bundesgerichtshofs vom 8. November 2007 (NJW-RR 2008, 1566 Rn. 15 f.) ergibt sich nichts anderes, da es hierin (nur) um die fehlende Tatbestandswirkung (§ 314 ZPO) eines im schriftlichen Verfahren ergangenen erstinstanzlichen Urteils geht. Beweiskraft kommt den tatbestandlichen Feststellungen in einem Berufungsurteil oder einem Zurückweisungsbeschluss gemäß § 522 Abs. 2 ZPO aber nicht zu, wenn und soweit sie Widersprüche, Lücken oder Unklarheiten aufweisen, die sich aus der Entscheidung selbst ergeben, wenn sie in Widerspruch zu einem konkret in Bezug genommenen schriftsätzlichen Vorbringen bzw. hier zu einer konkret in Bezug genommenen Anlage stehen (vgl. BGH, Urteil vom 12. Mai 2015 – VI ZR 102/14, WM 2015, 1562 Rn. 48 mwN).

23 b) Den von der Klägerin mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachten Ansprüchen steht auch nicht die von der Beklagten zu 1 erhobene Einrede der Verjährung (§ 214 BGB) entgegen. Hiervon geht das Berufungsgericht im Ergebnis zutreffend aus. Insoweit ist zwischen

dem Anspruch auf Übereignung und dem Anspruch auf Besitzverschaffung zu unterscheiden.

24 aa) Soweit es um den Anspruch auf Übereignung der näher bezeichneten Grundstücke geht, richtet sich die Verjährung nach § 196 BGB und beträgt zehn Jahre beginnend mit der Entstehung des Übereignungsanspruchs. Entgegen der Auffassung der Revision ist der Verjährungsbeginn nicht schon mit dem Ratsbeschluss am 11. Dezember 2007 eingetreten, sondern – frühestens – mit der Bekanntmachung des Bebauungsplans am 9. Mai 2008, durch die er gemäß § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB in Kraft getreten und damit „rechtskräftig“ geworden ist. Deshalb hat die am 7. Mai 2008 bei Gericht eingegangene und demnächst zugestellte (§ 167 ZPO) Klage die Verjährung gehemmt (§ 204 Abs. 1 Nr. 1 BGB), wovon auch das Berufungsgericht ausgeht. Soweit die Revisionserwiderung rügt, das Berufungsgericht habe nur unvollständig den Auslegungstoff für das von den Parteien Gewollte berücksichtigt, weil es sich nicht mit dem Schreiben der Klägerin vom 9. Oktober 2007 befasst habe, in dem deren Bürgermeister ausführt, der Durchführungsvertrag werde „mit dem Inkrafttreten der Satzung“ wirksam, wofür „noch der formale Satzungsbeschluss durch den Gemeinderat (beabsichtigt in der nächsten Sitzung am 11. Dezember 2007) erforderlich“ sei, bleibt das ohne Erfolg. Ohne dass es weiterer Feststellungen bedürfte, kann bei verständiger Würdigung des Schreibens ausgeschlossen werden, dass die Klägerin entgegen § 10 Abs. 3 Satz 4 BauGB den Bebauungsplan bereits vor der öffentlichen Bekanntmachung als verbindlich und damit als „rechtskräftig“ im Sinne des Grundstücksvertrages ansehen wollte. Vielmehr sollten erkennbar nur die nächsten Verfahrensschritte der Klägerin aufgezeigt werden.

25 bb) Auch der mit dem Klageantrag zu 1 geltend gemachte Anspruch auf Herausgabe der Grundstücke ist nicht verjährt. Die Verjährungsvorschrift des § 196 BGB findet auf Besitzübertragungsansprüche entsprechende Anwendung, wenn der Gläubiger die Besitzeinräumung neben der Verschaffung des Eigentums beanspruchen kann, wie dies etwa bei einem Grundstückskaufvertrag und auch hier der Fall ist.

26 (1) Nach dem Wortlaut des § 196 BGB gilt die hierin angeordnete Verjährungsfrist von zehn Jahren allerdings – soweit hier von Interesse – nur für „Ansprüche auf Übertragung des Eigentums an einem Grundstück“. Ob die Vorschrift auf Ansprüche auf Verschaffung des Besitzes an Grundstücken, die nicht isoliert, sondern – wie hier – neben einem Übereignungsanspruch geltend gemacht werden, (entsprechende) Anwendung findet, wird unterschiedlich beurteilt (verneinend Palandt/*Eilenberger*, BGB, 80. Aufl., § 196 Rn. 6; Staudinger/*Peters*/

Jacoby, BGB [Neubearbeitung 2019], § 196 Rn. 7; bejahend MüKoBGB/*Grothe*, 8. Aufl., § 196 Rn. 6; Erman/*Schmidt-Räntsch*, BGB, 16. Aufl., § 196 Rn. 9; NK-BGB/*Budzikiewicz*, 4. Aufl., § 196 Rn. 21; Prütting/*Deppenkemper*, BGB, 15. Aufl., § 196 Rn. 5; BeckOK BGB/*Henrich* [1.11.2020], § 196 Rn. 9).

27 (2) Richtig ist die analoge Anwendung des § 196 BGB. Nach der Gegenauffassung würde der Anspruch auf Übergabe des Grundstücks in der Regelfrist von drei Jahren (§ 195 BGB) verjähren, so dass die Situation entstehen könnte, dass der Eigentumsverschaffungsanspruch gemäß § 196 BGB noch nicht verjährt ist, der begleitende Besitzverschaffungsanspruch hingegen schon. Die Nichtanwendung von § 196 BGB würde den Gläubiger deshalb dazu zwingen, erst die Verschaffung des Eigentums einzuklagen, um sich nach Vollstreckung dieses Anspruchs aus dem Eigentum den Besitz an der Sache zu verschaffen. Das entspricht nicht den Vorstellungen des Gesetzgebers, der zur Vermeidung von Wertungswidersprüchen auch den Anspruch auf die Gegenleistung in die lange Verjährung des § 196 BGB einbezogen hat (vgl. Erman/*Schmidt-Räntsch*, BGB, 16. Aufl., § 196 Rn. 9). Sähe man dies anders, müsste erwogen werden, dem Schuldner die Erhebung der Verjährungseinrede hinsichtlich des Übergabeanspruchs als treuwidrig (§ 242 BGB) zu verwehren. Sachgerechter ist demgegenüber die entsprechende Anwendung von § 196 BGB (so auch NK-BGB/*Budzikiewicz*, 4. Aufl., § 196 Rn. 21; MüKoBGB/*Grothe*, 8. Aufl., § 196 Rn. 6).

28 4. Erfolg hat die Revision auch insoweit, als das Berufungsgericht die Berufung der Klägerin gegen die Abweisung des gegen die Beklagten zu 1 und 2 gerichteten Klageantrags zu 2 zurückgewiesen hat.

29 a) Entgegen der Auffassung der Revision liegt der absolute Revisionsgrund des § 547 Nr. 6 ZPO allerdings nicht vor. Das Berufungsgericht verweist in der angegriffenen Entscheidung darauf, dass die Klage gegen die Beklagte zu 2 nicht begründet sein könne, weil es bereits an einem Anspruch gegen die Beklagte zu 1 fehle. Bezogen auf die Beklagte zu 1 sollten die Gründe für die Abweisung des Klageantrags zu 1 erkennbar entsprechend gelten. Damit ist der Zurückweisungsbeschluss auch insoweit mit Gründen versehen.

30 b) Soweit es die Beklagte zu 1 betrifft, wirkt sich der oben dargelegte Rechtsfehler des Berufungsgerichts bei der Prüfung des Klageantrags zu 1 auch auf den Klageantrag zu 2 aus. Ist der Grundstücksvertrag wirksam und sind die beiden in dem Vertrag vereinbarten aufschiebenden Bedingungen eingetreten, steht der Klägerin auf der Grundlage der bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts auch ein Anspruch auf Übereignung bzw. Herausgabe der in dem Klageantrag zu 2 aufge-

fürten Grundstücksfläche zu. Einem solchen Anspruch steht nicht entgegen, dass das Grundstück, auf dem sich die Teilfläche befindet, zwischenzeitlich auf die Beklagte zu 2 übertragen wurde. Dass der Beklagten zu 1 die Erfüllung der in dem Grundstücksvertrag auferlegten Pflichten gemäß § 275 Abs. 1 und 2 BGB unmöglich ist, ist nicht darzulegen.

31 c) Es ist zudem nicht von vornherein ausgeschlossen, dass die Klägerin (auch) gegen die Beklagte zu 2 den mit dem Klageantrag zu 2 geltend gemachten Anspruch auf Übereignung und Herausgabe der näher bezeichneten Grundstücksfläche hat, obwohl diese nicht ihre Vertragspartnerin ist. Ein solcher Anspruch folgt allerdings nicht aus dem Anfechtungsgesetz, auf das die Klägerin nach den Feststellungen des Berufungsgerichts die Inanspruchnahme der Beklagten zu 2 in den Tatsacheninstanzen gestützt hat. Abgesehen davon, dass der Gläubiger gemäß § 11 AnfG nur Duldung der Zwangsvollstreckung, nicht jedoch Übereignung von vermeintlich anfechtbar erworbenen Gegenständen verlangen kann, fehlt es bereits, wie die Revisionserwiderung zu Recht geltend macht, an einem Vollstreckungstitel i.S.d. § 2 AnfG; zudem kommen nur Zahlungstitel als geeignete Titel in Betracht (vgl. nur BGH, Urteil vom 25. Oktober 1990 – IX ZR 211/89, BGHZ 112, 356, 362). Nicht ausgeschlossen sind aber deliktische Ansprüche der Klägerin gegen die Beklagte zu 2.

32 Das Berufungsurteil kann danach keinen Bestand haben. Die Sache ist nicht zur Endentscheidung reif, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur Verhandlung und neuen Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 562 Abs. 1, § 563 Abs. 1 ZPO).

33 Für das weitere Verfahren weist der Senat auf Folgendes hin:

34 1. Die Frage, ob eine inhaltliche Abhängigkeit des Grundstücksübertragungsvertrages von dem Durchführungsvertrag gegeben und deshalb die Annahme einer rechtlichen Einheit im Sinne des Formgebots gerechtfertigt ist, bedarf einer erneuten Würdigung des Berufungsgerichts. Zur Annahme einer rechtlichen Einheit genügt es nicht, dass ein enger zeitlicher und wirtschaftlicher Zusammenhang zwischen den Geschäften besteht oder der Durchführungsvertrag Beweggrund für den Abschluss des Grundstücksüberlassungsvertrages gewesen sein mag. Vielmehr wird das Berufungsgericht unter Berücksichtigung evtl. ergänzenden Vortrags der Parteien zu prüfen haben, ob der Durchführungsvertrag Regelungen enthält, die zugleich das Grundstücksgeschäft näher ausgestalten und daher nach dem Willen der Vertragspartner auch zu dessen Inhalt zählen.

35 2. Auf die Einheit der beiden Verträge käme es nicht an, wenn der Durchführungsvertrag als solcher aus den von den Beklagten mit der Gegenrüge erhobenen Gesichtspunkten formnichtig wäre. Sie machen geltend, die Formbedürftigkeit folge aus § 14 Nr. 3 des Durchführungsvertrages, wonach die Gemeinde berechtigt ist, Baugrundstücke namens und im Auftrag des Investors zum Richtpreis an dritte Bauwillige zu veräußern, sofern die Beklagte zu 1 die innerhalb des Plangebiets gelegenen Baugrundstücke nicht innerhalb von fünf Kalenderjahren nach dem Tag der Abnahme der Erschließungsanlagen an dritte Bauwillige zur zeitnahen Bebauung veräußert hat. Diesem Einwand wird das Berufungsgericht in dem neuen Berufungsverfahren ggf. nachzugehen haben.

36 a) Hierbei sind die Grundsätze zu beachten, die der Bundesgerichtshof für die Erteilung einer Vollmacht zur Grundstücksveräußerung aufgestellt hat. Zwar bedarf die Erteilung einer Vollmacht grundsätzlich nicht der Form, welche für das Rechtsgeschäft bestimmt ist, auf das sich die Vollmacht bezieht (§ 167 Abs. 2 BGB). Nach ständiger Rechtsprechung unterliegt die Vollmacht zur Veräußerung eines Grundstücks aber dann dem Formzwang des § 311b Satz 1 BGB, wenn ihre Erteilung sich nur als das äußere Gewand darstellt, in das die Verpflichtung zur Eigentumsübertragung eingekleidet worden ist. Formbedürftig ist eine Vollmacht zur Grundstücksveräußerung ferner, wenn sie unwiderruflich ist (vgl. zum Ganzen Senat, Urteil vom 18. September 1970 – V ZR 183/67, WM 1970, 1294; Urteil vom 22. April 1966 – V ZR 164/63, WM 1966, 761, 762; Urteil vom 21. Mai 1965 – V ZR 156/64, WM 1965, 1006, 1007).

37 b) Selbst wenn davon auszugehen wäre, dass es sich insoweit um eine beurkundungsbedürftige Verpflichtung der Beklagten zu 1 im Sinne des § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB handelte, führte der Formverstoß aufgrund der in § 17 Nr. 5 enthaltenen salvatorischen Klausel nicht ohne Weiteres zur Gesamtnichtigkeit des Durchführungsvertrages. Die Erhaltungsklausel, mit welcher die dispositive Regelung des § 139 BGB abbedungen worden ist, schließt eine Gesamtnichtigkeit zwar nicht aus, führt aber zu einer Umkehrung der Vermutung des § 139 BGB. Die Nichtigkeit des gesamten Vertrages tritt nur dann ein, wenn die Aufrechterhaltung des Restgeschäfts trotz der salvatorischen Klausel im Einzelfall durch den durch Vertragsauslegung zu ermittelnden Parteiwillen nicht mehr getragen wird. Dies kommt insbesondere in Betracht, wenn nicht nur eine Nebenabrede, sondern eine wesentliche Vertragsbestimmung unwirksam ist und durch die Teilnichtigkeit der Gesamtcharakter des Vertrages verändert würde (vgl. BGH, Urteil vom 15. März 2010 – II ZR 84/09, NJW 2010, 1660 Rn. 8 mwN). Zu die-

sem in den Vorinstanzen nicht erörterten Punkt hat das Berufungsgericht bisher keine Feststellungen getroffen. 38 3. Hinsichtlich des Klageantrags zu 2 wird das Berufungsgericht ggf. dem Vortrag der Beklagten nachzugehen haben, dass ein Teilbereich der von diesem Antrag erfassten Fläche nicht Gegenstand des Grundstücksvertrages sei. Unabhängig davon gibt die Zurückverweisung der Klägerin Gelegenheit, die Fassung ihres Klageantrags zu 2 anzupassen. Die Veräußerung einzelner Grundstücke an die Beklagte zu 2 führt zwar grundsätzlich nicht zur Unmöglichkeit, die Grundstücke an die Klägerin zu übereignen. Zur Bewilligung der Eintragung der Klägerin in das Grundbuch, die die Klägerin ebenfalls verlangt, ist die Beklagte zu 1 als Nichteigentümerin aber nicht berechtigt (vgl. zur Antragstellung bei einem Eigentumswechsel auch Senat, Urteil vom 19. Januar 2018 – V ZR 273/16, DNotZ 2018, 686 Rn. 10 ff.).

Eigentumsumschreibung von Grundstücken aufgelöster Gemeinschaften der Separationsinteressenten

EGBGB Art. 233 § 10 Abs. 1, Abs. 2; BGB § 891

1. Da bei aufgelösten Gemeinschaften der Separationsinteressenten kein Personenzusammenschluss mehr vorliegt, ist der Anwendungsbereich des Art. 233 § 10 Abs. 1 und 2 EGBGB, ebenso wie bei anderen noch im Grundbuch eingetragenen von alters her vor dem 11. Mai 1951 bestehenden Gemeinschaften, nicht eröffnet. (Rn. 12)

2. Die Vermutung des § 891 erstreckt sich nicht auf die Existenz einer Person. (Rn. 13)

OLG Brandenburg (5. Zivilsenat),
Beschluss vom 06.05.2021 – 5 W 40/21

► I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten wenden sich gegen eine vom Grundbuchamt abgelehnte Eigentumsumschreibung.

2 Als Eigentümer des im verfahrensgegenständlichen Grundbuch unter der laufenden Nr. 64 des Bestandsverzeichnisses gebuchten Grundstücks (Flurstücke 486-489 und 635-639 der Flur 10) sind „Die Anlieger“ eingetragen.

3 Mit Schreiben vom 25. Februar 2021 beantragte Notar T... J... im Namen der Beteiligten, im Grundbuch das Eigentum bezüglich der Flurstücke 636 bis 638 der Flur 10

auf den Beteiligten zu 2 umzuschreiben. Er überreichte hierfür die Ausfertigung einer notariellen Urkunde vom 17. Dezember 2020 (UR-Nr. .../... des Notars J... in B...). In dieser erklärte der Vertreter der Beteiligten zu 1 für diese, gemäß Art. 233 § 10 EGBGB als Vertreterin des Personenzusammenschlusses „Die Anlieger“ zu handeln und in dieser Eigenschaft dem Beteiligten zu 2 die Flurstücke 636 bis 638 der Flur 10 zu einem Preis von 4.600,00 € zu verkaufen. Zudem erklärten die Beteiligten in diesem Vertrag die Auflassung bezüglich der vorgenannten Flurstücke und bewilligten und beantragten die Eintragung der Eigentumsänderung in das Grundbuch (Bl. 232 ff. d.A.).

4 Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag mit Beschluss vom 22. März 2021 (Bl. 245 f. d.A.) mit der Begründung zurückgewiesen, dass die Beteiligten zu 1 nicht verfügungsbefugt sei, da der als „Die Anlieger“ bezeichnete Personenzusammenschluss alten Rechts durch § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Auflösung der Gemeinschaften der Separationsinteressenten vom 11. Mai 1951 in Brandenburg aufgelöst worden seien, weswegen die Vorschrift des Art. 233 § 10 Abs. 1 EGBGB in Brandenburg keine Anwendung finde. Das Eigentum sei nach Abschaffung der Gemeinden als Rechtssubjekte in Volkseigentum übergegangen. Die Zuordnung des ehemaligen Volkseigentums müsse daher erst nach Maßgabe des Vermögenszuordnungsgesetzes durchgeführt werden und zur Grundbucheintragung ein behördlicher Bescheid herbeigeführt werden.

5 Hiergegen wendet sich die Beteiligte zu 1 mit ihrer Beschwerde vom 12. April 2021, mit der sie geltend macht, das Grundbuchamt missachte die Richtigkeitsvermutung des § 891 BGB. Gemäß den Eintragungen im Grundbuch müsse davon ausgegangen werden, dass „Die Anlieger“ Eigentümer seien und sie selbst zur Verfügung berechtigt sei. Das Grundbuchamt habe die Unrichtigkeit des Grundbuchs nicht zu prüfen, da das Grundbuch vom Zeitpunkt der Antragstellung an, dem redlichen Erwerber gegenüber nach der Regelung in § 892 Abs. 2 BGB als richtig gelte. Im Übrigen habe das Grundbuchamt in vorherigen Fällen derartige Zweifel nicht gehabt, sondern sogar mit Schreiben vom 28. Februar 2018 darauf hingewiesen, dass es sich bei der Eintragung „Die Anlieger“ um die Eintragung eines Personenzusammenschlusses alten Rechts im Sinne Art. 233 § 10 Abs. 1 EGBGB handele.

6 Im Übrigen könne durch die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben eine Vermögenszuordnung nicht mehr erfolgen, da diese ihre operative Arbeit bereits eingestellt habe.

7 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 13. April 2021 nicht abgeholfen und ergänzend aus-

geführt, es habe nicht die Grundbuchunrichtigkeit, sondern die Verfügungsbefugnis der Beteiligten geprüft.

8 Mit Schriftsatz vom 4. Mai 2021 hat sich der Beteiligte zu 2 der Beschwerde der Beteiligten zu 1 angeschlossen und sich ebenfalls auf einen gutgläubigen Erwerb berufen.

▶ II. Aus den Gründen:

9 Die nach §§ 71 Abs. 1, 73 GBO zulässigen Beschwerden sind unbegründet. Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag zu Recht zurückgewiesen.

10 1. Die Beteiligte zu 1 ist zur Verfügung über das (Teil-)Grundstück nicht befugt.

11 a) Nach Art. 233 § 10 Abs. 1 und 2 EGBGB ist zwar die Gemeinde, in der das Grundstück liegt, zur Verfügung über das Grundstück befugt, wenn es einem Personenzusammenschluss zusteht, dessen Mitglieder nicht namentlich im Grundbuch aufgeführt sind. Durch § 1 Abs. 1 des Gesetzes über die Auflösung der Gemeinschaften der Separationsinteressenten vom 11. Mai 1951 (BbgGV-BI. 1951, 8) wurden aber alle von alters her bestehenden Gemeinschaften der Separationsinteressenten in Brandenburg aufgelöst (BVerwGE 126, 114, juris Rn. 12 ff.; ZOV 2008, 108, juris Rn. 11).

12 Infolgedessen existiert der im Grundbuch eingetragene Personenzusammenschluss „Die Anlieger“ nicht mehr. Da kein Personenzusammenschluss vorliegt, ist der Anwendungsbereich des Art. 233 § 10 Abs. 1 und Abs. 2 EGBGB hier, ebenso wie bei anderen noch im Grundbuch eingetragenen von alters her vor dem 11. Mai 1951 bestehenden Gemeinschaften, nicht eröffnet (vgl. Senat, Beschluss vom 3. März 2014 – 5 W 3/14; Beschluss vom 13. Februar 2012 – 5 Wx 115/11; vgl. auch BVerwG, ZOV 2008, 108, juris Rn. 15).

13 Anders, als die Beteiligten meinen, ist auch nicht nach § 891 BGB zu vermuten, dass dieser Personenzusammenschluss (noch) existiert. Denn die Vermutung des § 891 BGB erstreckt sich nicht auf die Existenz einer Person (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 24. Juni 2003 – 20 W 274/02 –, Rn. 11, juris, mit umfangreichen Nachweisen; *Toussaint* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 9. Aufl., § 891 BGB (Stand: 01.07.2020), Rn. 27).

14 b) Auch aus anderen Gründen ergibt sich die Möglichkeit einer Verfügung der Beteiligten zu 1 über das (Teil-)Grundstück nicht.

15 Das Gemeinschaftsvermögen ging mit der Auflösung der altrechtlichen Personenzusammenschlüsse zwar zunächst auf die Belegenheitsgemeinden über (§ 2 des Gesetzes vom 11. Mai 1951). Doch sind die Gemeinden ihrerseits mit sog. Gesetz über die weitere Demo-

kritisierung des Aufbaus und der Arbeitsweise der staatlichen Organe in den Ländern der Deutschen Demokratischen Republik vom 23. Juli 1957 (GBl. 613 f.) sowie dem Gesetz über die örtlichen Organe der Staatsmacht vom 18. Januar 1957 (GBl. 65) als Rechtssubjekte abgeschafft worden. Die Gemeinden wurden in Gestalt ihrer Räte zu Organen des Zentralstaats, mit der Folge, dass das Gemeindeeigentum in Volkseigentum übergang (vgl. Senat, Beschluss vom 3. März 2014 – 5 W 3/14).

16 c) Das die Bundesanstalt für vereinigungsbedingte Sonderaufgaben ihre operative Arbeit eingestellt hat, führt bereits deswegen zu keiner anderen Bewertung, weil ihre Arbeit von Nachfolgeorganisationen übernommen worden ist.

17 2. Die Kostenfolge ergibt sich hinsichtlich der Gerichtskosten aus dem Gesetz (§ 22 Abs. 1 GNotKG, Nr. 14510 Unterabschnitt 1, Abschnitt 5, Hauptabschnitt 4 der Anlage 1 zu § 3 Abs. 2 GNotKG); eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst.

18 3. Die Festsetzung des Gegenstandswerts für das Beschwerdeverfahren beruht auf § 79 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. §§ 61 Abs. 1 Satz 1, 36 Abs. 1 i.V.m. 46 Abs. 1 GNotKG und entspricht dem sich aus dem Kaufpreis ermittelten Wert des Grundstücks.

Genehmigung nach § 172 BauGB in Umgehungsfällen

WEG § 30; BauGB § 172

Amtlicher Leitsatz:

Zumindest in Umgehungsfällen, in denen der Eigentümer sich selbst oder einer Sanierungsgesellschaft ein Erbbaurecht bestellt, das in engem zeitlichem Zusammenhang dazu in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilt wird, gilt entsprechend § 172 BauGB der Genehmigungsvorbehalt auch für die Aufteilung des Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte.

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 17.05.2021 – 34 Wx 101/21

▶ I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte, eine GmbH & Co KG, ist im Grundbuch als Eigentümerin eines bebauten Grundstücks eingetragen, das im Bereich einer Erhaltungssatzung der Landeshauptstadt X. nach § 172 BauGB gelegen ist.

2 In einem notariellem Vertrag vom XX.XX.2020 über die Bestellung eines Erbbaurechts und Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten ist unter Teil A 2. Folgendes bestimmt:

2.1 Bestellung

Die ... (Beteiligte)

- nachstehend auch als Eigentümer oder Grundstückseigentümer bezeichnet – bestellt hiermit für sich selbst als alleinige Berechtigte
- nachstehend auch als Erbbauberechtigter oder Erbbaurechtsinhaber bezeichnet – an dem in Teil A Ziffer 1. dieser Urkunde näher beschriebenen Erbbaugrundstück ein Erbbaurecht, ...

2.3 Gebäude

Der Erbbauberechtigte ist berechtigt, das auf dem Erbbaugrundstück befindliche Wohnhaus zu belassen, es umzubauen und es zu sanieren und zu renovieren.

In Teil B heißt es unter 1. Vorbemerkung:

Klargestellt wird, dass sich alle Vereinbarungen zur nachstehenden Einräumung von Sondereigentum nicht auf das Erbbaugrundstück, sondern auf das Erbbaurecht beziehen.

Soweit nachstehend von Wohnungseigentum oder Teileigentum die Rede ist, ist insoweit das Wohnungserbbaurecht bzw. das Teilerbbaurecht gemeint.

Eigentümer im Sinne des Abschnitts B ist der Erbbauberechtigte des gemäß Teil A neu begründeten Erbbaurechts.

3 In Teil B Ziffer 2.1. Teilungserklärung ist bestimmt:

Der Eigentümer teilt hiermit das Eigentum an dem in Ziffer 1 definierten WE-Grundstück gemäß § 8 des Wohnungseigentumsgesetzes in Miteigentumsanteile in der Weise auf, dass mit jedem Anteil das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung bzw. an nicht zu Wohnzwecken dienenden bestimmten Räumen in dem auf dem Grundstück errichteten bzw. zu errichtenden Gebäude verbunden ist.

4 Im weiteren wird das Gebäude in 27 Miteigentumsanteile aufgeteilt.

5 Am 24.11.2020 legte der Notar die Urkunde unter anderem zum Vollzug der Begründung des Erbbaurechts mit Erbbauzinsreallast und Begründung von Wohnungs- bzw. Teilerbbaurechten vor.

6 Mit fristsetzender Zwischenverfügung hat das Grundbuchamt am 4.1.2021 – soweit hier von Belang – beanstandet, das Grundstück liege im Bereich einer Erhaltungssatzung. Es sei daher eine entsprechender Genehmigung der Landeshauptstadt erforderlich. Nach § 30 WEG würden alle Regelungen gelten, die sich auf das Wohnungs- und Teileigentum nach dem WEG beziehe. Nach Sinn und Zweck der Vorschrift gelte § 172 BauGB auch für Wohnungs- und Teilerbbaurechte. Ohne

dieses Verständnis sei die Umgehung des Genehmigungserfordernisses möglich, wenn erst ein Eigentümererbbaurecht bestellt werde.

7 Dagegen richtet sich die Beschwerde vom 26.2.2021, mit der die Beteiligte geltend macht, das Genehmigungserfordernis nach § 172 BauGB erstrecke sich nicht auf die Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten.

8 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen.

▶ II. Aus den Gründen:

9 1. Die nach § 71 Abs. 1 GBO gegen die Zwischenverfügung (§ 18 Abs. 1 GBO) gerichtete Beschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig (§§ 73, 15 Abs. 2 GBO).

10 2. Die Beschwerde hat allerdings keinen Erfolg, da das Grundbuchamt zutreffend zur Beseitigung des Hindernisses die Vorlage einer Genehmigung nach § 172 BauGB verlangt.

11 Die Bewilligung des Erbbauberechtigten nach § 19 GBO, § 8 Abs. 1 WEG genügt für die beantragte Anlegung der Wohnungserbbaugrundbücher (§ 30 Abs. 3 WEG) nicht. Denn die Änderung oder Nutzungsänderung von baulichen Anlagen darf gemäß § 2 der Satzung für den Stadtteil X. der Landeshauptstadt X. vom 15.6.2016 i.V.m. § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 4 und 6, § 22 Abs. 6 Satz 1 BauGB, Art. 23 GO nicht ohne die Genehmigung der Landeshauptstadt X. als zuständiger Behörde erfolgen.

12 Es kann dabei dahinstehen, ob das Aufteilungsverbot nach § 172 BauGB immer auch die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte umfasst. Dies ist nämlich umstritten. So wird vertreten, dass der Genehmigungsvorbehalt nach § 172 BauGB nur für die Begründung von Wohnungs- und Teileigentum, nicht jedoch für die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte nach § 30 WEG gilt (Jenissen/*Grziwotz* WEG 6. Aufl. § 30 Rn. 11; *Drasdo* in *Ingenstau/Hustedt ErbbauRG* 11. Aufl. Anhang III Rn. 26; *Meikel/Morvlius* GBO 11. Aufl. Einl. B Rn. 253; *Soergel/Weber* BGB 14. Aufl. § 30 WEG Rn. 15; *Grziwotz* in *MittBayNot* 2014, 394/395; *Theuss* in *RNotZ* 2019, 573/585). Soweit diese Meinung von der Literatur überhaupt begründet wird, geschieht dies unter Hinweis auf § 22 BauGB, in dem im Gegensatz zu § 172 BauGB die Wohnungs- und Teilerbbaurechte ausdrücklich erwähnt seien. Auch habe der Gesetzgeber trotz entsprechenden Vorschlags eine Ergänzung in § 172 BauGB nicht vorgenommen (OVG Berlin-Brandenburg vom 10.4.2019, 2 S 45.18, in *juris*

Rn. 9). Demgegenüber wird vertreten, dass der Anwendungsbereich einer Satzung nach § 172 BauGB auch im Rahmen der Begründung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten bestehe, da andernfalls Umgehungsmodelle geradezu provoziert werden (*Bärmann* WEG 14. Aufl. § 30 Rn. 29; Demharter GBO 32. Aufl. Anhang zu § 3 Rn. 50; *Böttcher* in ZNotP 2021, 49/51). Mangels Begründung des abweichenden Vorschlags des Vermittlungsausschusses im Gesetzgebungsverfahren kann jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass die Bestellung von Wohnungs- und Teilerbbaurechten im Hinblick auf eine Genehmigungssatzung in jedem Fall privilegiert werden sollte. Die Problematik der Umgehung des Genehmigungsvorbehaltes wird daher auch von der herrschenden Ansicht nicht in Abrede gestellt (*Drasdo* in Ingenstau/Hustedt Anhang III Rn. 26; OVG Berlin-Brandenburg vom 10.4.2019, 2 S 45.18, in juris Rn. 9), wenn auch zum Teil mit dem Argument hingenommen, dass eine Umgehung für das Grundbuchamt regelmäßig kaum erkennbar sei.

13 Nach zutreffender Ansicht, der sich der Senat anschließt, ist jedenfalls in Umgehungsfällen, in denen zunächst einer „Sanierungsgesellschaft“ ein Erbbaurecht bestellt wird, das in engem zeitlichem Zusammenhang in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufgeteilt wird, der Genehmigungsvorbehalt entsprechend anzuwenden (*Jenissen/Grziwotz* § 30 Rn. 11). Es kann dahinstehen, ob der Gesetzgeber sich bewusst dafür entschieden hat, für den Fall, dass das Erbbaurecht seit längerem besteht und sich der Berechtigte dann erst entschließt, das von ihm genutzte Gebäude anderweitig aufzuteilen, die Aufteilung eines Erbbaurechts in Wohnungs- und Teilerbbaurechte nicht unter den Genehmigungsvorbehalt des § 172 BauGB zu stellen (*Jenissen/Grziwotz* § 30 Rn. 11 im Hinblick auf den Wortlaut des § 22 BauGB). Zumindest aber für den Fall, dass dem Eigentümer des Grundstücks eine Aufteilung des darauf befindlichen Gebäudes in Wohnungs- und Teileigentum grundsätzlich möglich wäre, er aber ein Erbbaurecht zu Gunsten einer dafür gegründeten Gesellschaft bestellt, die im Anschluss daran dieses in Wohnungs- und Teilerbbaurechte aufteilt, besteht eine planwidrige Regelungslücke. Denn in diesem Fall steht im Raum, dass die Gestaltung allein dem Zweck diene, einen Genehmigungsvorbehalt nach § 172 BauGB zu umgehen. Der Schutzzweck der vorliegenden Erhaltungssatzung für den Stadtteil X. nach § 172 BauGB besteht nach ihrem Wortlaut darin, die Zusammensetzung der Wohnbevölkerung zu erhalten. Es geht also nicht darum einen konkreten Wohnraumbestand zu erhalten, sondern um die Funktionsfähigkeit des Wohnungsmarktes an sich und um die Vorbeugung von Gentrifizierung. Es ist auszuschließen, dass der Gesetzgeber in Anbetracht des Schutzzwecks der Regelung des § 172 BauGB (OVG Ber-

lin-Brandenburg vom 10.4.2019, 2 S 45.18, in juris Rn. 9) und der danach erlassenen Satzungen eine solche Umgehung des Genehmigungsvorbehalts ermöglichen wollte (*Jenissen/Grziwotz* § 30 Rn. 11; *Bärmann* § 30 Rn. 29; vgl. auch OLG Oldenburg NJW-RR 1998, 1239 zur ähnlichen Problematik bei § 144 BauGB).

14 Vorliegend hat die Eigentümerin nicht einmal eine Gesellschaft zur Sanierung des Grundstücks gegründet, sondern sich selbst das Erbbaurecht bestellt und mit derselben Urkunde die Unterteilung nach §§ 30 mit 8 WEG vorgenommen. Dass damit eine Umgehung der Genehmigungspflicht aufgrund der Erhaltungssatzung bezweckt war, liegt auf der Hand. Die Beteiligte muss sich daher in diesem Fall so behandeln lassen, als hätte sie die Eintragung von Wohnungs- und Teileigentum beantragt. Das Grundbuchamt ist daher in Anbetracht von § 172 BauGB mit § 2 der Satzung für den Stadtteil X. der Landeshauptstadt X. vom 15.6.2016 befugt, eine Genehmigung bzw. ein Negativattest zu fordern.

Prüfungsumfang bei der nachträgliche Anlegung eines Grundbuchblattes für ein grundstücksgleiches Recht

GBO § 53 Abs. 1 S. 1, § 123 Nr. 1, § 125; BGB § 891

Amtliche Leitsätze:

1. Wird nach Anlegung eines Grundbuchs dessen anfängliche Unrichtigkeit geltend gemacht, kann die als falsch gerügte Eintragung nicht nach § 891 BGB als Argument gegen die Glaubhaftigkeit der Grundbuchrichtigkeit entgegen gehalten werden. (Rn. 32)
2. Ein Eigentümer eines grundstücksgleichen Rechts ist nicht im Sinne von § 123 Nr. 1 GBO ermittelt, wenn das Grundbuchamt selbst Zweifel daran hat, ob diesem das Recht tatsächlich zusteht. (Rn. 34 - 38)

OLG München (34. Zivilsenat),

Beschluss vom 24.02.2021 - 34 Wx 339/20

I. Tatbestand:

1 Der zwischenzeitlich verstorbene Beteiligten zu 1 und fünf weitere natürliche und juristische Personen, nämlich X.X., X.X., X.X., der X.X.X. und der (sie selbst oder deren Rechtsnachfolger sind die Beteiligten zu 6 bis 10), hatten am 25.10.2007 beantragt ein Grundbuch für ein Koppelfischereirecht anzulegen, das zu unbekannter Zeit vor 1833 bestellt worden war.

2 Es lag unter anderem eine Kopie eines Bescheids des Landratsamts I. vom 22.12.1966 vor, in dem als Eigentümer des Fischrechts XX zu je 1/6 benannt waren: X.X., X.X. sowie der X.X.X. und der; zudem war X.X. als Eigentümer zu 2/6 angegeben. Das Landratsamt hat in den Bescheid aufgenommen, dass es über den Bestand und Inhalt der Rechte keine Aussage treffen könne, da dies den Zivilgerichten vorbehalten bleibe. In Anbetracht der jährlich auszugebenden Erlaubnisscheine müsse das Landratsamt allerdings dennoch zwangsläufig über die Anerkennung einzelner Rechte befinden. Zu dem Fischrecht ... findet sich im Bescheid vom 22.12.1966 folgende Feststellung:

3 Nach einem Eintrag im Grundbuch des Amtsgerichts X. besteht für ... ein Koppelfischereirecht (beschränkt auf den Sägenfang) in der Donau und den dazugehörigen Altwässern von Fl. Km 117,0 bis 130,6. Dieses Fischrecht ist auf den X.ECLI:X:X. die ... (jetzt), die Landwirte X.X., X.X., X.X., . (Beteiligter zu 1) und X.X. zu je 1/6 Anteil aufgeteilt. Es dürfte sich hierbei um das Fischrecht handeln, das im Fischwassersteuernkataster für X. X. und 5 Konsorten eingetragen ist. Das gleiche Fischrecht erscheint in einem Fischwassersteuernkataster für die „Gemeinfischer zu ...“, wobei jedoch keine Beschränkung auf den Sägenfang vorliegt. Nach den Unterlagen des Vermessungsamtes I. sind die als „X.X. und 5 Konsorten“ bezeichneten Fischereiberechtigten mit den „...“ identisch, so dass es sich hier nach der Überzeugung des Landratsamtes um das gleiche Recht handelt. Da beim Eintrag für die „...“ keine Beschränkung auf den Sägenfang vorliegt, erscheint es vertretbar, für die ... Fischer im Gegensatz zur Auffassung im Bescheid vom 31.3.1965 ein unbeschränktes Fischereirecht anzuerkennen.

4 In einer ebenfalls in Kopie vorliegenden Koppelfischereiordnung vom 1.1.1987 ist zum Fischrecht ... dargelegt:

5 Eigentümer dieser Fischereirechte X., X., X.X.X, die ..., X.X. und X.X. (Beteiligter zu 1) zu je 1/6 Anteil.

6 Das Grundbuchamt teilte daraufhin mit, der Nachweis der Berechtigung dürfte unter Vorlage der Koppelfischereiordnung im Original bzw. Ausfertigung geführt werden können, so dass bei Zustimmung der Eigentümer der Grundstücke eine Eintragung erfolgen könne. Von der Ansicht, dass die Zustimmung der Eigentümer der Grundstücke erforderlich sei, rückte das Grundbuchamt mit Schreiben vom 21.11.2010 wieder ab. Am 14.1.2011 wurde für das Fischereirecht ein Grundbuchblatt angelegt und in Abteilung I Spalte 2 als Eigentümer eingetragen: „...“. Als Grundlage der Eintragung ist in Spalte 4 der Abteilung I benannt:

7 Koppelfischereirecht seit unfürdenklicher Zeit; beschrieben gemäß Fischereirechts-Fortführungsnachweis Lfd. Nr. 127 des Vermessungsamts I.

8 Mit Anwaltsschreiben vom 12.1.2012 machte der Beteiligte zu 1 geltend, das Koppelfischereirecht bestehe aus sechs Sechstelanteilen, deren Inhaber bei der erstmaligen Aufzeichnung mit „X.X und fünf Konsorten“ beschrieben worden seien. Nach einem Schreiben des Finanzamts I. gehe das Vermessungsamt davon aus, dass die Gemeinfischer von X wahrscheinlich mit X.X. und 5 Konsorten identisch seien. Der Beteiligte zu 1 und zuvor dessen Vater seien Inhaber eines Sechstelanteils und hätten den Fischereiateil stets, somit seit weit mehr als 30 Jahren im Eigenbesitz gehalten. Die Eintragung sei daher zu vervollständigen um die Namen der betreffenden Eigentümer, was im Wege des Aufgebotsverfahrens nach § 927 BGB mit Art.8 BayFiG möglich sei.

9 Das Grundbuchamt teilte daraufhin mit, dass es davon ausgehe, dass im Grundbuch eine juristische Person alten Rechts aus der Zeit vor Inkrafttreten des BGB eingetragen sei. Der Status „dürfte durch die in früherer Zeit herrschenden Adelsgeschlechter verliehen worden sein“. Die Richtigkeit des Grundbuchs werde im Übrigen vom Beteiligten zu 1 nicht angezweifelt, er wolle nur zusätzlich die namentliche Eintragung der Berechtigten.

10 Nach dem Ableben des Beteiligten zu 1 legte der Beteiligte zu 3 mit Schreiben vom 11.4.2017 dem Grundbuchamt weitere Urkunden in Kopie vor, insbesondere eine Fischwasser-Steuer-Fassion der Donau- und Gemeinfischer zu ... vom 26.11.1833 über das Fischrecht an der X und X.

11 In der Urkunde heißt es:

12 Die Berechtigten dieser Fischrechte sind dermal:
HsNr. 15 X.X.

„ „17 X.X

„ „19 X.X

„ „156 X.X

„ „62 X.X

„ „70 X.X.

sämtlich von XX Es folgen die Handzeichen von fünf als Berechtigte Benannten sowie eine Unterschrift.

13 Daraufhin teilte das Grundbuchamt am 25.7.2017 mit, dass es nach erneuter Prüfung zur Ansicht gelangt sei, dass die Eintragung der „...“ ins Grundbuch nicht hätte erfolgen sollen, da es sich dabei wohl um einen reinen Sammelbegriff für eine irgendwie definierte Gruppe von berechtigten Einzelpersonen handele, allenfalls um einen Zunftnamen. Im Gegensatz zu altrechtlichen Körperschaften sei dann nicht die Gemeinschaft Inhaber von Rechten, sondern jedes einzelne Gruppenmitglied mit einem Anteil. Unklar sei allerdings, welchen Regeln das Fischrecht unterliege, so dass es inzwischen möglicherweise erloschen sein könnte, falls es nicht oder nur an bestimmte Personen vererblich sei. Für eine Buchung

von Anteilen erscheine allerdings die Nachweisbarkeit im Sinne der GBO fraglich.

14 Mit Schreiben vom 10.11.2017 legte der Beteiligte zu 3 ein freisprechendes Strafurteil hinsichtlich des X.X. vor, in dem die Feststellung enthalten ist, dass der Angeklagte Gemeinfischer von XX und Rechtsnachfolger einer der 5 Konsorten, nämlich des X.X. sei. Zudem legte er eine eidesstattliche Versicherung eines Bruders vor, wonach der Beteiligte zu 1 als Rechtsnachfolger die Fischerei fortgeführt habe. Mit Anwaltsschriftsatz vom 28.9.2018 wiesen die Erben des Beteiligten zu 1, die Beteiligten zu 2 bis 5 darauf hin, dass bei Anlegung des Grundbuchs nach Art. 8 BayFiG mit § 118 GBO die erforderlichen Nachweise im Wege der Amtsermittlung zu erheben seien und erinnerten an den nach wie vor offenen Antrag.

15 Nach weiterer Korrespondenz mit dem Grundbuchamt regte der Beteiligte zu 3 am 3.11.2019 zumindest die Durchführung eines Aufgebotsverfahrens an.

16 Daraufhin wies das Grundbuchamt mit Beschluss vom 6.5.2019 den Antrag vom 28.9.2018 zurück. In der Fischwasser-Steuer-Fassion seien die Berechtigten ohne Angabe eines Anteilsverhältnisses genannt. Es werde davon ausgegangen, dass es sich um eine Personenvereinigung handele, welche auch nach Inkrafttreten des BGB gemäß Art. 164 EGBGB Bestand habe. Es handele sich hier wohl um einen „ähnlichen Verband“ im Sinne von Realgemeinden. Das Eigentum bzw. die Berechtigung stehe nicht Einzelpersonen, sondern der Gesamtheit der Teilhaber zu. Da der Berechtigte des Fischrechtes auf einem selbständigen Fischereigrundbuch eingetragen sei, gälte die gesetzliche Vermutung und der öffentliche Glaube des Grundbuchs nach § 891 BGB unbeschränkt. Wer eine Berichtigung des Grundbuchs beantrage, habe nachzuweisen, dass die tatsächliche Rechtslage im Gegensatz zum Inhalt des Grundbuchs stehe.

17 Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beschwerde der Erben des Beteiligten zu 1 vom 21.1.2020, der das Grundbuchamt nicht abgeholfen hat.

18 Der Senat hat darauf hingewiesen, dass die Beschwerde als beschränkte mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs auszulegen sei, und den Beschwerdeführern sowie den Beteiligten zu 6 bis 10 Gelegenheit zur Stellungnahme gegeben.

▶ II. Aus den Gründen:

19 Das vom Beteiligten zu 1 eingelegte und den Beteiligten zu 2 bis 5 weiterverfolgte Rechtsmittel hat in der Sache Erfolg.

20 1. Auch wenn das Grundbuchamt das Schreiben vom 28.9.2018 als „Antrag vom 18.10.2018“ zurückweist, stellt sich das Anwaltsschreiben vom 28.9.2018 als bloße Erklärung dar, dass die Erben eine noch unerledigte Beschwerde des Beteiligten zu 1 aus dem Jahr 2012 weiterverfolgen. In diesem Schreiben wendet sich der Beteiligte zu 1 nämlich gegen die Eintragung des Eigentümers bei Anlegung des Grundbuchs. Dieses Schreiben ist deswegen als Beschwerde gegen die Eintragungen bei Anlegung des Fischereigrundbuchs auszulegen.

21 2. Diese vom Beteiligten zu 1 mit anwaltlichem Schreiben vom 12.1.2012 gegen die Anlegung eines Fischereigrundbuchs gerichtete Beschwerde ist gemäß § 11 Abs. 1 und Abs. 3 RPfIG mit § 125 GBO nur als beschränkte Beschwerde statthaft. Soweit die Beteiligten zu 2 bis 5 als Rechtsnachfolger des Beteiligten zu 1 dessen Beschwerde mit dem Ziel weiterverfolgen, die Eintragung der Berechtigten dahingehend zu „vervollständigen“, dass auch die Namen der betreffenden Eigentümer des Fischereirechts eingetragen werden, wird mit dem Rechtsmittel die Berichtigung einer anfänglichen Unrichtigkeit des Grundbuchs nach § 22 GBO erstrebt. Dies ist allerdings im Beschwerdeverfahren nicht zulässig (zur Problematik H^{ügel/Kramer} GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 150). Weil jedoch davon auszugehen ist, dass das Rechtsmittel im zulässigen Umfang eingelegt sein soll, ist es als beschränkte Beschwerde nach § 125 GBO auszulegen (H^{ügel/Kramer} § 71 Rn. 100). Einem entsprechenden Hinweis des Senats haben die Beteiligten auch nicht widersprochen.

22 Die Beschwerde ist auch in zulässiger Weise erhoben (§ 73 GBO, § 10 Abs. 2 Satz 1 FamFG).

23 3. Das Rechtsmittel ist mit dem so ausgelegten Ziel auch begründet, da die Voraussetzungen der Eintragung eines Amtswiderspruchs vorliegen.

24 a) Die Eintragung eines Amtswiderspruchs setzt gemäß § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO voraus, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist (H^{ügel/Holzer} § 53 Rn. 24). Dabei müssen die Gesetzesverletzung feststehen und die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft sein (D^{emharter} GBO 32. Aufl. § 53 Rn. 28).

25 a) Es ist glaubhaft, dass das Grundbuch durch die Eintragung der altrechtlichen Personenvereinigung unrichtig geworden ist, denn es fehlen schon Anhaltspunkte dafür, dass das Fischereirecht überhaupt an eine Personenvereinigung verliehen wurde.

26 Mangels einer Bestellsurkunde für das vor 1833 entstandene Fischereirecht kann der Berechtigte nur aus anderen Urkunden zu ermitteln sein. Dabei sind folgende Dokumente, die dem Grundbuchamt vorlagen, zu berücksichtigen.

27 In der Fischwasser-Steuer-Fassion aus dem Jahr 1833 sind sechs konkret bezeichnete Personen als Berechtigte benannt, die die Urkunde auch mit Handzeichen oder Unterschrift signiert haben.

28 Nach den Ermittlungen des Grundbuchamts ist ein Koppelfischereirecht bestellt worden. Nach Art. 24 BayFiG von 1908 wird von Koppelfischerei gesprochen, wenn an derselben Gewässerstrecke mehrere Fischereirechte bestehen oder mehreren Personen ein Fischereirecht zusteht.

29 Als Eigentümer des Fischereirechts sind in der Koppelfischereiordnung vom 1.1.1987 sechs Personen konkret benannt.

30 Zudem liegen Schreiben des Landratsamtes aus dem Jahr 1966 und des Finanzamtes I. vom 7.12.1976 vor, aus denen sich deren Vermutung ergibt, dass es sich bei den genannten Personen (X.X. und 5 Konsorten) um die ... handele. Der Begriff „Konsorten“ ist eine Umschreibung von Genossen (Brockhaus Enzyklopädie 17. Aufl. Stichwort Konsorten).

31 Aus keiner der genannten Unterlagen ergibt sich damit, dass das Recht zugunsten einer altrechtlichen Personenvereinigung bestellt wurde. Auch sonstige Anhaltspunkte sind aus der Grundakte nicht ersichtlich, weshalb auch das Grundbuchamt mit E-Mail vom 28.12.2017 Zweifel an der eigenen Eintragung äußerte. Da dennoch eine Personenvereinigung als Eigentümerin des Fischereirechts eingetragen ist, ist die Unrichtigkeit des Grundbuchs zumindest glaubhaft.

32 Verfehlt ist der Hinweis des Grundbuchamts auf die Vermutung des § 891 BGB. Im Rahmen der Beschwerde nach § 125 GBO kann die als falsch gerügte Eintragung nicht für sich gegen die Glaubhaftigkeit der Unrichtigkeit des Grundbuchs sprechen. Für die Eintragung eines Amtswiderspruchs genügt es, wenn die Unrichtigkeit glaubhaft ist, eine Widerlegung der Vermutung des § 891 GB ist nicht erforderlich (Meikel/Streck GBO 11. Aufl. § 53 Rn. 113). Ein anderes Verständnis der Vermutungswirkung würde einer beschränkten Beschwerde nämlich regelmäßig entgegenstehen, wenn damit geltend gemacht wird, dass die Entscheidung der Eintragung die vorliegenden Unterlagen unzutreffend würdigt. Ein Widerspruch nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO dient zudem der Verhinderung gutgläubigen Erwerbs, er widerlegt hingegen nicht die Vermutung des § 891 BGB (juris-PK/Toussaint BGB Stand 1.7.2020 § 891 Rn 32).

33 b) Bei der Anlegung des Fischereigrundbuchs hat das Grundbuchamt auch gegen gesetzliche Vorschriften verstoßen.

34 Für ein Grundstück oder grundstücksgleiches Recht, dementsprechend auch für ein Fischereirecht, das ein Grundbuchblatt bei der Anlegung des Grundbuchs nicht

erhalten hat, wird das Blatt nach § 116 GBO von Amts wegen bzw. zumindest auf Antrag angelegt (BayObLG 1991, 291/294 zur früheren Rechtslage der Anlegung nach §§ 7 ff. AVO GBO; *Demharter* § 116 Rn. 2). Zur Feststellung der Berechtigten des Fischereirechts hat das Grundbuchamt von Amts wegen die erforderlichen Ermittlungen anzustellen und die geeigneten Beweise zu erheben (§ 118 GBO) sowie zur Ermittlung des Berechtigten gegebenenfalls ein Aufgebot nach Maßgabe der §§ 120 und 121 GBO erlassen (§ 119 GBO). Hat das Grundbuchamt seine Amtsermittlung abgeschlossen, ist in das Grundbuch nach § 123 Nr. 1 GBO der ermittelte Eigentümer einzutragen. Kommt das Grundbuchamt bei den Ermittlungen zu keinem zweifelsfreien Ergebnis im Hinblick auf das Eigentum, ist der Eigenbesitzer, dessen Eigentum dem Grundbuchamt glaubhaft ist (§ 123 Nr. 2 GBO), andernfalls derjenige, dessen Eigentum nach Lage der Sache dem Grundbuchamt am wahrscheinlichsten erscheint (§ 123 Nr. 3 GBO), einzutragen.

35 Eine Gesetzesverletzung nach § 125 GBO mit § 53 Abs. 1 Satz 1 GBO kann unter anderem gegeben sein, wenn das Grundbuchamt keine ausreichenden Ermittlungen angestellt hat.

36 Andererseits genügt es nicht, dass das Beschwerdegericht die Beweiswürdigung des Grundbuchamtes als unrichtig ansieht, vielmehr muss in der Beweiswürdigung ein Rechtsverstoß liegen (*Demharter* § 125 Rn. 3). Ein solcher liegt vor, wenn das Gericht nicht alle wesentlichen Umstände in seiner Beweiswürdigung berücksichtigt oder ein Verstoß gegen Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze vorliegt (Hügel/Kramer § 78 Rn. 150).

37 Hier hat das Grundbuchamt gegen § 123 Nr. 1 GBO verstoßen, da danach eine Eintragung nur möglich ist, wenn der Eigentümer „ermittelt“ wurde. Mithin muss die Person des Berechtigten feststehen. Davon kann in Anbetracht der Beweiswürdigung des Grundbuchamts gerade nicht ausgegangen werden. So hat sich das Grundbuchamt nicht auf eine Urkunde beziehen können, die die eingetragene Personenvereinigung als Berechtigten ausweist. Das Grundbuchamt hat vielmehr unter Berücksichtigung der genannten Urkunden ausgeführt, dass davon „ausgegangen werde“, dass es sich um eine Personenvereinigung handele, welche auch nach Inkrafttreten des BGB gemäß Art. 164 EGBGB Bestand habe; es handele sich „wohl“ um einen ähnlichen Verband im Sinne von Realgemeinden. Schon diese Formulierung zeigt, dass das Grundbuchamt gerade nicht den tatsächlichen Eigentümer ermitteln konnte, es sich vielmehr um eine bloße Vermutung handelt, dass ein altrechtlicher Personenverband Eigentümer des Fischereirechts sei. Auch aus einer E-Mail des Amtsgerichts

vom 28.12.2017, in der Zweifel an der Eintragung des Personenverbands geäußert werden, ergibt sich, dass der Berechtigte nicht im Sinne von § 123 Nr. 1 GBO ermittelt werden konnte.

38 Steht der Berechtigte nicht fest, genügt die bloße Vermutung zur Eintragung nach § 123 Nr. 1 GBO allerdings gerade nicht, wie die Nummern 2 und 3 des § 123 GBO zeigen. Dazu, dass das Grundbuchamt den altrechtlichen Personenverband nach § 123 Nr. 2 oder 3 GBO eingetragen hätte, gibt es nach der Begründung keine Anhaltspunkte. Mit den Voraussetzungen dieser Vorschriften hat sich das Grundbuchamt nicht auseinandergesetzt.

39 3. Das Grundbuchamt ist daher anzuweisen, einen Amtswiderspruch gegen die Eintragung der altrechtlichen Personenvereinigung als Berechtigten bei Anlegung des Fischereigrundbuchs einzutragen. Im Übrigen wird das Grundbuchamt zu klären haben, ob ein Eigentümer ermittelt ist im Sinne von § 123 Nr. 1 GBO. Dies wäre im Hinblick auf die altrechtliche Personengesellschaft jedenfalls dann nicht anzunehmen, wenn sich weiterhin keinerlei Anhaltspunkte für die Bewilligung des Rechts zu deren Gunsten finden sollten. Steht auch sonst kein Eigentümer fest, wäre unter Berücksichtigung der Verfahrensvorschriften der §§ 116 ff. GBO zu ermitteln, wer nach § 123 GBO als Berechtigter des Fischereirechts einzutragen ist. Entgegen der Ansicht des Grundbuchamts ist es nicht an der Eintragung von Berechtigten gehindert, wenn der Nachweis ihrer Berechtigung nicht erbracht sein sollte, wie § 123 Nr. 2 und 3 GBO zeigen.

Zur Beschwerde gegen eine Zwischenverfügung, die auf eine Anregung zum Tätigwerden von Amts wegen ergeht – Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung des Erben

GBO § 18, § 35, § 39, § 40, § 52, § 71 Abs. 1; BGB § 892

Amtliche Leitsätze:

1. Es ist unzulässig, mittels einer Zwischenverfügung die Gelegenheit zur Schaffung der Voraussetzungen für eine Eintragung von Amts wegen zu geben. (Rn. 11)
2. Die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung des Erben ist im Hinblick auf § 52 GBO unzulässig. Soweit § 40 GBO in Erbfällen vom Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO, der auf die Eintragung des Erben mit der Folge des § 52 GBO gericht-

et wäre, dispensiert, gilt dies allerdings nicht. Durch diese Einschränkung wird auch der Gutgläubenserwerb vom Erben verhindert, der aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht des Erblassers vertreten wird, soweit diese dem Bevollmächtigten lediglich eine Verfügungsbefugnis gibt, die derjenigen des Erben in Anbetracht einer angeordneten Testamentsvollstreckung entspricht. (Rn. 15 - 16)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Sowohl die Zurückweisung einer Anregung an das Grundbuchamt, von Amts wegen tätig zu werden, als auch die Zwischenverfügung, die infolge einer solchen Anregung ergeht, unterliegt der Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO. (Rn. 8)

2. Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens gegen eine Zwischenverfügung ist nur das in ihr angenommene Eintragungshindernis. Über den Eintragungsantrag bzw. eine Anregung auf ein Tätigwerden von Amts wegen selbst ist vom Beschwerdegericht dagegen nicht zu entscheiden. (Rn. 12)

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),

Beschluss vom 26.04.2021 – 15 W 987/21



I. Tatbestand:

1 Im Grundbuch des Amtsgerichts Nürnberg von G. ist im Band X auf Blatt ... der am 09.12.2017 verstorbene G. L. als Eigentümer der dort gebuchten Grundstücke vermerkt.

2 Am 08.01.2018 stellte das Amtsgericht – Nachlassgericht – Nürnberg dem Beschwerdeführer ein Zeugnis über die Ernennung zum Testamentsvollstrecker aus. Dieser hatte mit Schreiben vom selben Tag gegenüber dem Nachlassgericht neben der Berichtigung des Grundbuchs auch die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks beantragt.

3 Den Antrag leitete das Nachlassgericht mit Schreiben vom 16.02.2021 zum Vollzug an das Grundbuchamt weiter. Im Zuge dessen verwies es darauf, dass die Gründung der zur Erbin eingesetzten Stiftung noch nicht mitgeteilt worden sei. Im Jahr 2018 sei man davon ausgegangen, dass die Berichtigung erst nach der Existenz der Stiftung erfolgen solle.

4 Am 24.02.2021 erließ das Grundbuchamt wegen der „Eintragung [eines] Testamentsvollstreckervermerk[s]“ eine Zwischenverfügung mit folgendem Inhalt:

„Die Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks in den Grundbüchern erfolgt von Amts wegen gleichzeitig mit der Eintragung der Erben. Eine isolierte Eintragung

des TV-Vermerks ist unzulässig. Vorzulegen ist daher ein nach Gründung der Stiftung zu beantragender Erbschein als Nachweis der Erbfolge samt Grundbuchberichtigungsantrag.“

5 Daraufhin bat der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 02.03.2021, „um isolierte Eintragung des TV-Vermerks, da [die] Stiftungerrichtung noch geraume Zeit in Anspruch nehmen“ werde. Dies wurde seitens des Grundbuchsamts zunächst fernmündlich und schließlich mit Schreiben vom 05.03.2021 unter Verweis auf die Zwischenverfügung vom 24.02.2021 abgelehnt.

6 In der Folge erhob der Beschwerdeführer mit Schreiben vom 06.04.2021 Beschwerde gegen die Zwischenverfügung vom 24.02.2021. Er beantragt, das Grundbuchamt anzuweisen, die Anordnung der Testamentsvollstreckung in das Grundbuch einzutragen. Der Erblasser habe eine noch zu gründende gemeinnützige öffentliche Stiftung des privaten Rechts als Alleinerbin eingesetzt und Dauertestamentsvollstreckung angeordnet. Die Errichtung der Stiftung bzw. deren Anerkennung durch die Stiftungsaufsichtsbehörde könne wegen offener Fragen noch nicht vollzogen werden. Das Grundbuchamt könne nach Beiziehung der Nachlassakte die Erbeinsetzung der in Gründung befindlichen und damit bereits grundbuchfähigen Stiftung prüfen. Hierzu sei das Grundbuchamt auch verpflichtet. Es bestehe ein schützenswertes Interesse des Rechtsverkehrs, Verfügungsberechtigungen und -einschränkungen dem Grundbuch entnehmen zu können. Der Zweck der Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks sei es, den gutgläubigen Erwerb zu verhindern. Wenn ein Antrag auf Eintragung des Erben mangels dessen noch nicht vollständiger rechtlicher Existenz als unzulässig behandelt werde, bestehe ein Bedürfnis an einer isolierten Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks. Ein gutgläubiger Erwerb sei aufgrund einer postmortalen Vollmacht möglich. Außerdem zwingt das Grundbuchamt die noch zu gründende Stiftung bzw. ihn als Testamentsvollstreckter mit der Forderung nach einem Erbschein zu einem nicht unerheblichen Kostenaufwand.

7 Am 16.04.2021 entschied das Grundbuchamt, der Beschwerde nicht abzuwehren.

► II. Aus den Gründen:

8 1. Die Beschwerde ist zulässig. Die angegriffene Zwischenverfügung vom 24.02.2021 ist eine Entscheidung des Grundbuchamts im Sinne von § 71 Abs. 1 GBO, gegen welche die (unbeschränkte) Beschwerde statthaft ist (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71 Rn. 34). Dem

steht nicht entgegen, dass die Ernennung eines Testamentsvollstreckers gemäß § 52 GBO von Amts wegen bei der Eintragung des Erben mit eingetragen wird, mithin die Eintragung weder zur Disposition des Testamentsvollstreckers noch der Erben steht (*Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 22). Der Antrag des Beschwerdeführers ist demgemäß zwar lediglich im Sinne einer Anregung an das Grundbuchamt zu verstehen, von Amts wegen tätig zu werden. Es ist aber anerkannt, dass auch die Zurückweisung einer solchen Anregung der Beschwerde unterliegt (KG, Beschluss vom 03.02.1987 – 1 W 5441/86 –, abgedruckt in: NJW-RR 1987, 592; OLG München, Beschluss vom 10.03.2011 – 34 Wx 143/10 –, juris Rn. 10 f.; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71 Rn. 26; *Schmidt-Räntsch* in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 71 Rn. 33). Nichts anderes kann in Bezug auf eine Zwischenverfügung gelten, die infolge einer solchen Anregung ergeht. Denn eine Zwischenverfügung dient der Beseitigung von Vollzugshindernissen und soll damit eine andernfalls erforderliche (anfechtbare) zurückweisende Entscheidung vermeiden.

9 2. Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg, allerdings nur aus formalen Gründen.

10 Das Grundbuchamt hätte in Bezug auf die Anregung des Beschwerdeführers keine Zwischenverfügung erlassen dürfen. Die Regelung des § 18 GBO findet auf Verfahren von Amts wegen keine Anwendung (*Böttcher* in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 18 Rn. 3; *Volmer* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 18 Rn. 7; *Zeiser* in: BeckOK, GBO, 41. Edition, § 18 Rn. 4). Sie kommt vielmehr nur im Antragsverfahren in Betracht; im Amtsverfahren ist für sie kein Raum (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rn. 26.1), weil die Zwischenverfügung ihre (ausschließlich) rangwahrende Funktion dort nicht entfalten kann. Eine Zwischenverfügung ohne rangwahrende Wirkung ist im Hinblick auf ihren Sinn und Zweck dem Grundbuchverfahrensrecht fremd (Senat, Beschluss vom 09.11.2017 – 15 W 1859/17 –, juris Rn. 18 m. w. N.).

11 Ob es angesichts dessen möglich ist, einem Antragsteller gemäß § 18 GBO aufzuerlegen, beispielsweise ein Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen, obwohl für die amtswegige Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG gilt (*Munzig* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 52 Rn. 15), kann hier dahingestellt bleiben. Denn es ist jedenfalls nicht zulässig, mittels einer Zwischenverfügung die Gelegenheit zur Schaffung der Voraussetzungen für eine Eintragung von Amts wegen zu geben, mithin einen Grundbuchberichtigungsantrag zu stellen und einen Erbschein als Nachweis für die Erb-

folge vorzulegen, um auf Grundlage von § 52 GBO amts-
wegig tätig werden zu können.

12 3. Gegenstand eines Rechtsmittelverfahrens gegen eine Zwischenverfügung ist nur das in ihr angenommene Eintragungshindernis; über den Eintragungsantrag (bzw. eine Anregung auf ein Tätigwerden von Amts wegen) selbst ist vom Beschwerdegericht dagegen nicht zu entscheiden (BayObLG, Beschluss vom 29.08.1989 – BReg 2 Z 92/89 –, juris Rn. 19). Für das weitere Verfahren weist der Senat allerdings auf das Folgende hin:

13 a. Der Beschwerdeführer hat bereits in seinem Schreiben vom 08.01.2018 an das Nachlassgericht einen Berichtigungsantrag (§ 13 GBO) gestellt, in Bezug auf den das Grundbuchamt bislang keine Entscheidung getroffen hat. Dieser Antrag ist – wie sich aus Art. 37 Abs. 3 BayAGGVG ergibt – zu beachten. Selbst wenn eine sich in Gründung befindliche Stiftung grundbuchfähig sein sollte, ändert dies allerdings nichts daran, dass abgesehen von den hier nicht einschlägigen Sonderfällen des § 35 Abs. 1 Satz 2 und Abs. 3 GBO (Erbfolge, die auf einer in öffentlicher Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen beruht, sowie geringer Wert der betroffenen Grundstücke oder Grundstücksteile) der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO nur durch Erbschein geführt werden kann. Dies gilt auch für Fälle der Grundbuchberichtigung (um eine solche handelt es sich bei der hier beantragten Eigentumsumschreibung nach Eintritt eines Erbfalles), da § 35 GBO gegenüber § 29 GBO die speziellere Vorschrift ist (BGH, Beschluss vom 26.05.1982 – V ZB 8/81 –, juris Rn. 7).

14 Zwar wird unter Verweis auf § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO vertreten, dass ein Erbnachweis bei Offenkundigkeit entbehrlich sein soll (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 35 Rn. 8; kritisch: *Volmer* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rn. 15 ff.; *Krause/Weber* in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 19 f.). Wenn man dieser Ansicht folgt, macht der Umstand, dass das maßgebliche Testament und die Niederschrift über dessen Eröffnung in einer Verfahrensakte desselben Gerichts enthalten sind, die Vorlage eines Erbscheins aber nicht entbehrlich. Tatsachen, die das Grundbuchamt anderen Verfahrensakten desselben Gerichts entnehmen kann, mögen offenkundig sein (OLG München, Beschluss vom 12.08.2016 – 34 Wx 106/16 –, juris Rn. 26; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 29 Rn. 61, *Volmer* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl., § 29 Rn. 174). Es fehlt allerdings an der erforderlichen Sicherheit, dass das privatschriftliche Testament vom Erblasser stammt (was vom Grundbuchamt auch nicht zu prüfen ist). Die Gewähr dafür bietet nur eine Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist. Dem trägt § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO Rechnung.

15 b. Die Eintragung eines Testamentsvollstreckervermerks ohne gleichzeitige Eintragung des Erben ist im Hinblick auf § 52 GBO unzulässig (BayObLG, Beschluss vom 25.10.1995 – 2Z BR 114/95 –, juris Rn. 5 f.). Soweit § 40 GBO in Erbfällen vom Voreintragungsgrundsatz des § 39 GBO, der auf die Eintragung des Erben mit der Folge des § 52 GBO gerichtet wäre, dispensiert, gilt dies allerdings gerade nicht (LG Bamberg, Beschluss vom 17.03.1965 – 2 T 19/65 –, abgedruckt in *MittBayNot* 1965, 187; *Zeiser* in: BeckOK, GBO, 41. Edition, § 52 Rn. 34; *Klinger* in: Bengel/Reimann; Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 3 Rn. 96; *Imre* in: Kroiß/Horn/Solomon, Nachfolgerecht, 2. Aufl., § 52 GBO Rn. 17; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Fn. 1290). Für eine isolierte, also von einer Übertragung oder Aufhebung des Rechts unabhängige Eintragung des Testamentsvollstreckervermerks besteht dabei kein Raum, weil für den nach § 892 BGB erforderlichen Buchstand der Zeitpunkt maßgebend ist, in dem sich der Rechtserwerb vollendet (BGH, Urteil vom 16.05.1980 – V ZR 27/79 –, juris 13). Dies ist der Tag der Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Ist das Grundbuch also erst nach Antragstellung, aber vor Vollzug der Rechtsänderung, die zu einem gutgläubigen Erwerb führen soll, unrichtig geworden, ist ebenfalls der letzte Zeitpunkt maßgeblich (*Eckert* in: BeckOK, BGB, 57. Edition, § 892 Rn. 14). Erst dann kommt der Zweck des § 52 GBO zum Tragen, eine im Hinblick auf § 2211 Abs. 2, § 892 BGB auch ohne Mitwirkung des Testamentsvollstreckers wirksame Verfügung durch eine Zerstörung des guten Glaubens zu verhindern.

16 Durch diese Einschränkung in Bezug auf § 40 GBO wird auch der Gutgläubenserwerb vom Erben verhindert, der aufgrund einer trans- oder postmortalen Vollmacht des Erblassers vertreten wird (zu letzterem: BGH, Urteil vom 23.02.1983 – IVa ZR 186/81 –, juris Rn. 20). Möglich ist dies jedoch sowieso nur, wenn eine solche Vollmacht dem Bevollmächtigten lediglich eine Verfügungsbefugnis gibt, die derjenigen des Erben in Anbetracht einer angeordneten Testamentsvollstreckung entspricht. Soweit eine trans- oder postmortale Vollmacht selbstständig neben der Testamentsvollstreckung steht und dem Bevollmächtigten eigenständige, vom Erblasser abgeleitete Befugnisse verleiht (OLG München, Beschluss vom 15.11.2011 – 34 Wx 388/11 –, juris Rn. 9 m. w. N.), also im Ergebnis den Bevollmächtigten zu Rechtshandlungen ermächtigt, zu denen dem vertretenen Erben selbst die Befugnis fehlt (näher dazu: *Strobel*, ZEV 2020, 449, 452), kommt einem Testamentsvollstreckervermerk keine Bedeutung zu.

STEUERRECHT

Nießbrauch an einem Kommanditanteil – Zurechnung von Verlusten aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens

BGB §§ 1030 Abs. 1, 1068 Abs. 2; EStG § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2; FGO §§ 48 Abs. 1 Nr. 1, 48 Abs. 1 Nr. 2; HGB § 116 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Hat der Nießbraucher eines Kommanditanteils nach der vertraglichen Abrede nicht lediglich die laufenden Verluste, sondern auch die aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern folgenden Verluste zu tragen, sind Verluste aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens steuerrechtlich ausschließlich dem Nießbraucher zuzurechnen, soweit dieser als Mitunternehmer anzusehen ist.

FG Rheinland-Pfalz,

Urteil vom 23.03.2021 – 3 K 1861/18

I. Tatbestand:

1 Zwischen den Beteiligten steht die Beteiligung an der C Immobilien GmbH & Co. KG (KG), die in den Streitjahren (2012 bis 2014) Einkünfte aus der Vermietung zweier Grundstücke erzielte und ihren Gewinn aus Gewerbebetrieb in Form der Vermietung von im Eigentum der KG stehender Grundstücke nach § 4 Abs. 1 und § 5 Abs. 1 des Einkommensteuergesetzes (EStG) im Wege des qualifizierten Betriebsvermögensvergleichs ermittelte, als Mitunternehmer sowie die Zurechnung von Verlusten in Streit.

2 Die KG wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 23. Dezember 2005 mit Wirkung vom 1. Januar 2006 gegründet. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die notarielle Urkunde vom 23. Dezember 2005 (Blatt 40 ff. der Akte 3 K 1869/18). Persönlich haftende Gesellschafterin der KG war während der Streitjahre (2012 bis 2014) die nicht am Kapital der KG beteiligte C Immobilien Verwaltungs-GmbH (GmbH), die einen Anspruch auf eine jährliche Haftungsvergütung in Höhe von 1.800 € hatte. Kommanditisten KG waren zunächst H.C. (G1) und M.C. (G2) mit einer Einlage von insgesamt 18.000 € sowie die Beigeladene zu 2 mit einer Einlage von ebenfalls 18.000 €.

3 Mit notariellem Vertrag vom 30. August 2006 übertrugen G1 und G2 – neben weiteren Geschäfts- und Komman-

ditanteilen – jeweils zwei Geschäftsanteile zu je 4.500 € an der GmbH sowie jeweils zwei Kommanditanteile an der KG zu je 4.500 € unentgeltlich an ihre Kinder, den Kläger zu 1 sowie die Klägerin zu 6. Ebenfalls mit notariellem Vertrag vom 30. August 2006 übertrug die Beigeladene zu 2 – neben weiteren Geschäfts- und Kommanditanteilen – jeweils einen Geschäftsanteil zu je 3.000 € an der GmbH sowie jeweils einen Kommanditanteil an der KG zu je 3.000 € an ihre Kinder, die Kläger und Klägerinnen zu 2, zu 3, zu 4 – damals noch unter dem Namen D. – und zu 5 sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4.

4 In beiden Verträgen wurden den Veräußerern jeweils Nießbrauchsrechte an den übertragenen Gesellschaftsanteilen „auf Lebensdauer“ eingeräumt. Den Nießbrauchern sollten jeweils die Gewinne „bezüglich der von dem Nießbrauch erfassten Gesellschaftsanteile“ zustehen. Zudem hatten die Nießbraucher die Verluste zu tragen. Im Falle der Auflösung einer Gesellschaft oder des Ausscheidens eines Erwerbers aus einer Gesellschaft sollte sich der Nießbrauch auf das dem Erwerber zustehende Auseinandersetzungsguthaben erstrecken.

5 Die Stimmrechte und sonstigen Verwaltungsrechte aus den übertragenen Gesellschaftsanteilen sollten den jeweiligen Erwerbern zustehen. Zugleich bevollmächtigten die Erwerber G1 und G2 bzw. die Beigeladene zu 2, für die Dauer des Nießbrauchs die Stimm- und Verwaltungsrechte in den einzelnen Gesellschaften – und damit auch in der KG – auszuüben. Die Vollmacht wurde mit der Beschränkung erteilt, dass die Bevollmächtigten nicht befugt sein sollten, den Gesellschaftsvertrag zu ändern, die Zinssätze für Guthaben auf den Gesellschafterkonten festzusetzen oder zu ändern sowie die Gesellschaft aufzulösen oder umzuwandeln. Zugleich waren die Erwerber, sollten sie ihr Stimmrecht selbst ausüben, bei Beschlüssen über die Änderung des Gesellschaftsvertrages, die Gewinnverwendung, die Festsetzung oder Änderung des Zinssatzes für Guthaben auf den Gesellschafterkonten sowie die Auflösung oder Umwandlung der Gesellschaft an die Weisungen der Veräußerer gebunden. Weiter vereinbarten die Parteien, dass die Veräußerer die Erwerber von den entstehenden Steuerverbindlichkeiten freizustellen haben, wenn und soweit den Erwerbern Einkünfte aus den übertragenen Beteiligungen ertragsteuerlich zugerechnet werden. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Urkunden des Notars S. vom 30. August 2006 (Blatt 74 ff. der Gerichtsakte 3 K 1861/18; Blatt 116 ff. der Gerichtsakte 3 K 1868/18).

6 Mit notarieller Urkunde vom 13. September 2012 (Blatt 43 ff. der Vertragsakte) veräußerte die KG sämtliche in ihrem Eigentum stehende Grundstücke für einen am 1. November 2012 fälligen Kaufpreis von 1.656.000 € an

die C Verwaltungs-UG (UG), an der der Kläger zu 1 sowie ein Dritter jeweils zu ½ als Gesellschafter beteiligt waren. In dem Bilanzbericht zur „Schlussbilanz Aufgabe der werbenden Tätigkeit“ zum 31. Oktober 2012 (Blatt 179 ff. der Bilanzakte) führte die KG aus, die Grundstücke seien zum 31. Oktober 2012 verkauft worden. Das Gewerbe sei zu diesem Zeitpunkt abgemeldet worden. In ihrer Bilanz zum 31. Oktober 2012 wies die KG – neben immateriellen Vermögensgegenständen (2.848 €) und Betriebs- und Geschäftsausstattung (388 €) – Grundstücke mit einem Wert von 3.135.580,16 € aus. In der Folge zahlte die UG den Kaufpreis an die KG; die Grundstücke gingen in das Eigentum der UG über.

7 Mit Datum vom 30. Juli 2014 meldeten die Kläger sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 zur Eintragung in das Handelsregister an, dass die KG durch Beschluss sämtlicher Gesellschafter aufgelöst, der Geschäftsbetrieb ohne Liquidation eingestellt worden und vorhandenes Vermögen nicht vorhanden sowie die Firma erloschen sei. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die notarielle Urkunde vom 30. Juli 2014 (Blatt 64 der Vertragsakte).

8 In ihrer Feststellungserklärung für die Streitjahre gab die KG u.a. Veräußerungsgewinne in Höhe von -1.479.580,16 € (2012), -20.072,76 € (2013) sowie -22.564,37 € (2014) an, die entsprechend der Beteiligungsverhältnisse auf die Kommanditisten, nicht aber auf G2 oder die Beigeladene zu 2 entfallen sollten.

9 Mit unter dem Vorbehalt der Nachprüfung stehenden Bescheiden vom 4. August 2015 stellte der Beklagte die Einkünfte der KG aus Gewerbebetrieb für 2012 mit -1.475.068,45 € fest, wobei -1.479.580,16 € auf Veräußerungsgewinne entfallen sollten, die G1 und der Beigeladenen zu 2 jeweils zur Hälfte zugerechnet wurden. Für 2013 und 2014 stellte der Beklagte Einkünfte aus Gewerbebetrieb in Höhe von -7.712,76 € (2013) und -10.084,37 € (2014) fest, die sich u.a. aus laufenden Einkünften in Höhe von -20.072,76 € (2013) und -22.564,37 € (2014) zusammensetzten, welche wiederum G1 und der Beigeladenen zu 2 jeweils zur Hälfte zugerechnet wurden. In sämtlichen Bescheiden wurden sowohl die Kläger und die Beigeladenen zu 3 und zu 4 als auch G1 und die Beigeladene zu 2 als an den Einkünften Beteiligte aufgeführt.

10 Am 17. April 2017 verstarb G2, die zuvor den bereits vor den Streitjahren verstorbenen G1 allein beerbt hatte, und wurde von dem Kläger zu 1 und der Klägerin zu 6 zu gleichen Teilen beerbt. Die Erbengemeinschaft, die Beigeladene zu 1, besteht ungeteilt fort.

11 Im Laufe des von der KG gegen die Bescheide vom 4. August 2015 geführten außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahrens stellte der Beklagte mit unter Berufung

auf § 164 Abs. 2 der Abgabenordnung (AO) ergangenen Bescheiden vom 3. November 2017 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen, die unter Berufung auf § 183 Abs. 2 AO den Klägern zu 1 und zu 2 sowie dem Kläger zu 1 und der Klägerin zu 6 als Beteiligte der Beigeladenen zu 1 sowie der Beigeladenen zu 2 einzeln bekannt gegeben wurden, Einkünfte der KG aus Gewerbebetrieb in Höhe von -1.490.554,73 € (2012), -7.712,76 € (2013), -10.084,37 € (2014) fest, worin nach Quote verteilte laufende Einkünfte in Höhe von -23.334,57 € (2012), -20.072,76 € (2013) und -22.564,37 € (2014) sowie im Streitjahr 2012 ein Veräußerungsgewinn in Höhe von -1.479.580,16 € enthalten waren. Auf die Kläger zu 1 und zu 2 entfielen in den Streitjahren jeweils 4.800 € sowie auf die Beigeladenen zu 1 und zu 2 jeweils -751.457,37 € (2012), -10.036,38 € (2013) und -11.282,19 € (2014).

12 Ebenfalls unter dem 3. November 2017 erließ der Beklagte gegenüber den Klägern zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 sowie gegenüber den Beigeladenen zu 3 und zu 4 negative Feststellungsbescheide. Zur Erläuterung wurde ausgeführt, die Gesellschafter – mit Ausnahme der Kläger zu 1 und zu 2 – seien nicht als Mitunternehmer anzusehen. Die Gesellschafter seien weder am Gewinn und Verlust noch an den stillen Reserven im Ausscheidens- und Liquidationsfall beteiligt. Sie trügen lediglich das Risiko der Haftung mit der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme. Sie treffe auch keine Zahlungsverpflichtung im Fall der Erhöhung der Einlage. Aufgrund der getroffenen Vereinbarungen seien die Gesellschafter nur in einem äußerst eingeschränkten Maß in der Lage, Einfluss auf die Gesellschaft auszuüben. Nur die Kläger zu 1 und zu 2 seien angestellte Geschäftsführer der zur Geschäftsführung befugten Komplementär-GmbH. In dieser Funktion hätten sie Einfluss auf den Erfolg oder Misserfolg der Gesellschaft.

13 Hiergegen legten die Kläger sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 Einspruch ein, wobei sich der Einspruch der Kläger zu 1 und zu 2 lediglich gegen die Bescheide vom 3. November 2017 über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen sowie der Einspruch der übrigen Beteiligten zusätzlich gegen den jeweiligen negativen Feststellungsbescheid richtete.

14 Die Kläger zu 1 und zu 2 machten mit ihren Einsprüchen geltend, eine Modifizierung der für den Nießbrauch geltenden zivilgesetzlichen Normen durch vertragliche Abreden sei grundsätzlich möglich. Insbesondere aus steuerlichen Gründen könne regelmäßig auch der Nießbraucher zur laufenden Verlusttragung verpflichtet werden. Auch im Streitfall sei jeweils in § 4 Nr. 2 der Verträge vom 30. August 2006 eine laufende Verlusttragung durch die Nießbraucher vereinbart worden. Demgemäß

würden die laufenden Verluste den Nießbrauchern belastet und steuerlich zugerechnet. Weitergehende vertragliche Abweichungen vom „Grundmodell des BGB“ seien nicht ersichtlich. Gemäß § 4 Nr. 2 der Verträge vom 30. August 2006 werde die Ertragszurechnung allgemein geregelt. Eine nähere Differenzierung zwischen laufenden Erträgen/Verlusten und Erträgen/Verlusten aus der Veräußerung der Substanz in Form der wesentlichen Betriebsgrundlagen sei nicht ersichtlich, so dass die gesetzliche Regelung zum Tragen komme.

15 Die Regelungen unter § 4 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 betreffen ausschließlich die Fortsetzung des Nießbrauchsrechts an etwaigen Surrogaten der nießbrauchsbelasteten Anteile. Für den hier vorliegenden Fall der Auflösung der Gesellschaft setze sich der Nießbrauch zunächst an dem Auseinandersetzungsguthaben fort. Die vertraglich getroffene Regelung entspreche den gesetzlichen Vorgaben des § 1066 Abs. 3 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB). Da diese Guthaben nachfolgend in die C Wohnkonzept GmbH & Co. KG eingelegt worden seien, habe sich der Nießbrauch an den Anteilen der vorgenannten Gesellschaft fortgesetzt. Die gesellschaftsvertraglichen Regelungen über die Auskehrung des Liquidationserlöses tangierten die Nießbrauchsrechte nicht, da sie ausschließlich die Gesellschafter der Gesellschaft betreffen und bänden.

16 Sei im Ergebnis davon auszugehen, dass das Auseinandersetzungsguthaben – belastet mit dem Vorbehaltsnießbrauch – den Kommanditisten zustehe, sei dies Ausfluss der gesetzlichen Regelungen zum Nießbrauch gemäß §§ 1030 ff. BGB. Diesen Regelungen sei mangels abweichender steuerlicher Normen auch bei der Steueranlagung zu folgen. Insoweit finde § 1030 i.V.m. §§ 99 ff. BGB hinsichtlich der Zurechnung der realisierten stillen Lasten aus der Veräußerung der Vermögenssubstanz uneingeschränkt Anwendung. Dies habe zur Folge, dass den Gesellschaftern und nicht den Nießbrauchern die Veräußerungsverluste aus den Immobilienverkäufen zuzurechnen seien.

17 Sie, die Kläger zu 1 und zu 2, seien als Mitunternehmer anzusehen. Zwar seien sie nicht an den laufenden Erträgen/Verlusten der Gesellschaft beteiligt, jedoch seien ihnen die Erträge/Verluste aus der Veräußerung der Vermögenssubstanz zuzurechnen. Darüber hinaus stehe den Gesellschaftern das Auseinandersetzungsguthaben zu. Die darauf lastende Nießbrauchsbelastung sei insoweit unschädlich. Insbesondere durch die Tragung der stillen Lasten manifestiere sich das Risiko aus dem Mitunternehmeranteil.

18 In Bezug auf die Mitunternehmerinitiative sei festzuhalten, dass für die Annahme einer Mitunternehmerstellung die Mitunternehmerinitiative und das Mitunternehmer-

risiko nicht in gleichem Maß ausgeprägt sein müssten. Grundsätzlich sei es insoweit ausreichend, wenn die Rechte der Gesellschafter den gesetzlich kodifizierten Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten des Kommanditisten angenähert seien. Ein nach den Vorgaben des BGB ausgestalteter Nießbrauch lasse die Mitunternehmerinitiative nicht entfallen.

19 Mitunternehmerinitiative entfalten sie, die Kläger zu 1 und zu 2, allein schon durch ihre Stellung als Geschäftsführer der Komplementär-GmbH, wodurch sie maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hätten nehmen können. Darüber hinaus sei hinsichtlich der Kontroll- und Informationsrechte § 6 der Verträge vom 30. August 2006 zu entnehmen, dass diese Rechte sowohl dem Nießbraucher als auch dem Gesellschafter in gleichem Maß zustünden. In Bezug auf das Stimm- und Widerspruchsrecht sei festzuhalten, dass es von entscheidender Bedeutung sei, wer die Stimmrechte im Außenverhältnis inne habe. Behalte sich der Schenker die Ausübung der Stimmrechte vor, könne der Beschenkte keinerlei Mitunternehmerinitiative entfalten und werde nicht Mitunternehmer. Gemäß § 5 Nr. 1 der Verträge vom 30. August 2006 seien die Stimmrechte im Außenverhältnis jedoch vollumfänglich auf die Erwerber übergegangen. Lediglich im Innenverhältnis zum Nießbraucher seien verschiedene, unter § 5 Nr. 2 bis 5 der Verträge vom 30. August 2006 aufgeführte Einschränkungen erfolgt. Diese seien jedoch für die Mitunternehmerstellung nicht erheblich. Die Bevollmächtigung des Nießbrauchers zur Stimm- und Verwaltungsrechtsausübung nach § 5 Nr. 2 der Verträge vom 30. August 2006 betreffend das laufende Geschäft sei gemäß § 167 BGB jederzeit widerruflich und betreffe auch nicht den sog. Kernbereich der Gesellschafterrechte. Bestimmte Geschäfte seien explizit ausgenommen worden. Zudem schränke die Ausgestaltung der Vollmacht den Vollmachtgeber nicht in der Möglichkeit ein, Stimmrechte selbst auszuüben.

20 Auch die in § 5 Nr. 3 i.V.m. § 5 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 aufgeführten Weisungsrechte der Nießbraucher bezüglich der dort enumerativ (und nicht abschließend) aufgeführten und zum Kernbereich zählenden Sachverhalte betreffen nur das Innenverhältnis. Soweit keine Weisung erteilt werde, entscheide der Gesellschafter im eigenen Ermessen. Werde eine Weisung erteilt, liege es ebenfalls im Ermessen des Gesellschafters, sich daran zu halten oder nicht. Im Übrigen könnten die Nießbraucher untereinander grundsätzlich nur einheitliche Weisungen i.S. des § 5 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 abgeben. Eine bestimmte Stimmrechtsausübung könne der Nießbraucher gegenüber dem Gesellschafter nicht erzwingen. Der Nießbraucher

habe nur die Möglichkeit (kein Automatismus), den Gesellschafter gemäß § 9 Nr. 1 Buchst. d und e der Verträge vom 30. August 2006 zu sanktionieren. Die Mitunternehmerstellung im Außenverhältnis tangiere dies jedoch nicht.

21 Die Kläger zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 machten mit ihren Einsprüchen geltend, im Streitfall seien die Nießbraucher vertraglich zur Beteiligung an den laufenden Verlusten der Gesellschaft verpflichtet worden, um eine schenkungsteuerliche Betriebsvermögensbegünstigung zu erlangen. Eine nähere Differenzierung zwischen laufenden Erträgen/Verlusten und Erträgen/Verlusten aus der Veräußerung der Substanz in Form der wesentlichen Betriebsgrundlagen sei nicht ersichtlich, so dass die gesetzliche Regelung zum Tragen komme, nach der Erträge und Verluste aus der Verwertung der Substanz dem Gesellschafter zuzurechnen seien.

22 Das Auseinandersetzungsguthaben – allerdings belastet mit einem Vorbehaltsnießbrauch – stehe den Kommanditisten zu, was Ausfluss der gesetzlichen Regelungen zum Nießbrauch sei. Diesen sei mangels abweichender steuerlicher Normen auch bei der Steueranlagung zu folgen. Insoweit finde § 1030 i.V.m. §§ 99 ff. BGB hinsichtlich der Zurechnung der realisierten stillen Lasten aus der Veräußerung der Vermögenssubstanz uneingeschränkt mit der Folge Anwendung, dass den Gesellschaftern und nicht den Nießbrauchern die Veräußerungsverluste aus den Immobilienverkäufen zuzurechnen seien.

23 Sie, die Kläger zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4, seien als Mitunternehmer der KG anzusehen. Sie seien zwar nicht an den laufenden Erträgen/Verlusten der Gesellschaft beteiligt, jedoch seien ihnen die Erträge/Verluste aus der Veräußerung der Vermögenssubstanz zuzurechnen. Gerade insoweit manifestiere sich das Risiko aus dem Mitunternehmeranteil. Darüber hinaus stehe den Gesellschaftern das Auseinandersetzungsguthaben zu. Die darauf lastende Nießbrauchsbelastung sei unschädlich. Die Kontroll- und Informationsrechte stünden sowohl den Nießbrauchern als auch den Gesellschaftern zu. Es sei von entscheidender Bedeutung, wer die Stimmrechte im Außenverhältnis inne habe. Dies seien im Streitfall die Erwerber.

24 Mit Einspruchsentscheidung vom 9. August 2018 wies der Beklagte die Einsprüche als unbegründet zurück. Der Feststellungsbescheid für 2012 sei hinsichtlich der Verlustzurechnungen an die Nießbraucher dem Grunde nach zutreffend. Dies gelte auch hinsichtlich der Zurechnungen von Vorwegvergütungen an die Komplementär-GmbH und die Kläger zu 1 und zu 2 als Komman-

ditisten, die Mitunternehmer seien. Die Gewinnzurechnungen von Vergütungen auf schuldrechtlicher Grundlage an die Kommanditisten

E.C. 7.747,05 €

K.C. 2.707,93 €

H.S. 1.624,56 €

A.J. 3.406,74 €

seien jedoch fehlerhaft gewesen, da diese keine Mitunternehmer seien. Diese Zahlungen auf schuldrechtlicher Grundlage minderten den steuerlichen Gewinn bzw. erhöhten den steuerlichen Verlust der KG. Diese Änderungen wirkten sich nur bei der Gewinn-/Verlustverteilung der Höhe nach bei den beiden Nießbraucherinnen aus. Bei den Kommanditisten lägen Einkünfte aus Kapitalvermögen vor, die i.R. der persönlichen Einkommensteuererklärung zu erfassen seien. Insoweit bedürfe es eines negativen Feststellungsbescheids.

25 Letzteres gelte auch für die übrigen Kommanditisten:

G.M. 0 €

U.F. 0 €.

26 Für diese sei keine Gewinnzurechnung vorgenommen worden bzw. diesen seien Gewinnanteile mit 0 € zugerechnet worden.

27 Steuerlich habe sich durch die Veräußerung der Grundstücke ein Verlust ergeben. Tatsächlich sei (zivilrechtlich) nach Tilgung der Verbindlichkeiten ein Überschuss gegeben. Dieser Anspruch habe nicht den Kommanditisten nach § 22 des Gesellschaftsvertrags vom 23. Dezember 2005 im Verhältnis ihrer Beteiligung zugestanden, sondern aufgrund der Vereinbarung in der Nießbrauchsbestellung den Nießbrauchern. Auch wenn in der Nießbrauchsbestellung nur das Auseinandersetzungsguthaben wörtlich genannt sei, das dem Gesellschafter nach § 21 des Gesellschaftsvertrages im Falle seines Ausscheidens zustehe, so umfasse die Formulierung, dass das Nießbrauchsrecht auch im Fall der Auflösung der Gesellschaft gelten solle, auch das dabei entstehende Liquidationsguthaben. Dass die Beteiligten dies genauso gesehen hätten, zeige die Zustimmungserklärung vom 19. Januar 2013, wonach die Nießbraucher der Auszahlung des Guthabens an die Kommanditisten zugestimmt hätten mit der Auflage, mit diesen Beträgen die Kommanditeinlagen in der C. Wohnkonzept GmbH & Co. KG zu erhöhen. Hier sei ebenfalls ein Nießbrauchsrecht zu ihren Gunsten bestellt gewesen. Da sich zivilrechtlich kein Verlust ergeben habe, stelle sich die Frage einer möglichen Nachschusspflicht der Nießbraucher nicht.

28 Grundsätzlich trage der Gesellschafter eines mit einem Nießbrauchsrecht belasteten Gesellschaftsanteils das Risiko des Wertverlusts der Substanz (§ 1050 BGB). Durch die von den Beteiligten vereinbarte abweichende

Regelung über die Zurechnung des Liquidationserlöses treffe es im vorliegenden Fall jedoch die Nießbraucher. Der Wertverlust der Grundstücke zwischen dem Einlagezeitpunkt und der Veräußerung sei zu ihren Lasten gegangen; sie hätten einen geringeren Erlös erhalten. Aufgrund der zivilrechtlichen Zuordnung des Liquidationsergebnisses könne steuerrechtlich daher nichts Anderes geltend, auch wenn aufgrund der noch vorhandenen Buchwerte der Grundstücke im Ergebnis ein Verlust entstanden sei. Die Buchwerte stellten Abschreibungspotential dar, das ohne Liquidation die Erträge der Nießbraucher gemindert hätte, also – isoliert gesehen – als Verlust von ihnen wirtschaftlich getragen worden wäre.

29 Die Gesellschafter der KG hätten – mit Ausnahme des Klägers zu 1 und zu 2 – kein ausreichendes Maß an Mitunternehmerinitiative gehabt und hätten auch kaum ein Mitunternehmerisiko getragen, so dass sie nicht als Mitunternehmer der KG anzusehen seien. Die Gesellschafter seien weder am Gewinn und Verlust noch an den stillen Reserven im Ausscheidens- oder Liquidationsfall beteiligt. Sie trügen lediglich das Risiko der Haftung mit der im Handelsregister eingetragenen Haftsumme. Sie treffe auch keine Zahlungsverpflichtung im Fall der Erhöhung der Einlage. Der nachträglich vorgelegte Beschluss vom 30. August 2006 ändere hieran nichts, zumal die Nießbraucher auch bezüglich der Verwendung des Liquidationserlöses um Beschlussfassung ersucht worden seien, sodass von einer Mitunternehmerinitiative der von ihm, dem Beklagten, ausgeschlossenen Kommanditisten nicht habe ausgegangen werden können.

30 Die hiergegen – jeweils gemeinsam – von den Klägern zu 1 und zu 2 (3 K 1861/18) sowie den Klägern zu 3, zu 4 und zu 5 (3 K 1868/18) erhobenen Klagen und die von der Klägerin zu 6 erhobene Klage (3 K 1869/18) hat der Senat mit Beschluss vom 7. August 2020 zur gemeinsamen Verhandlung und Entscheidung verbunden.

31 Mit ihrer Klage wiederholen die Kläger zu 1 und zu 2 ihr Vorbringen im außergerichtlichen Rechtsbehelfsverfahren und machen ergänzend geltend, die nachlaufenden Aufwendungen aus der Betriebsaufgabe in den Jahren 2013 und 2014 teilten das Schicksal der im Jahr 2012 angefallenen Veräußerungsverluste.

32 Nach § 5 Nr. 5 der Verträge vom 30. August 2006 bedürften Handlungen oder Erklärungen der Gesellschafter der Zustimmung der Nießbraucher, soweit ihre Rechtsstellung als Nießbraucher als solche betroffen sei oder es zu beeinträchtigenden Veränderungen dieser Rechtsstellung komme. Die Regelung sichere somit den Nießbraucher gegen nachträgliche Änderungen seiner Rechtsposition ab. Negative Auswirkungen auf die Mitunternehmerinitiative seien der Regelung jedoch nicht zu entnehmen.

33 Unterstellt, dass der Beklagte ebenfalls davon ausgehe, dass „der Kläger“ Empfänger des Liquidationserlöses gewesen sei, stelle sich die Frage nach der weiteren Verwendung des Liquidationsguthabens nicht mehr, weil die Frage, an welchen Surrogaten sich das bestehende Nießbrauchsrecht im Zeitablauf fortgesetzt habe und wann und in welchem Umfang jeweils entsprechend § 5 Nr. 5 der Schenkungsverträge den Nießbrauchsberechtigten ein Zustimmungsrecht hinsichtlich der Art des Surrogates zugestanden habe, nicht Gegenstand der Klage sei. Im Ergebnis sei der Auflösungserlös den Gesellschaftern zugeflossen und ihnen zuzurechnen. Mithin hätten sie das Wertänderungsrisiko in den Gesellschaftsanteilen wirtschaftlich getragen, so dass ihnen auch steuerlich das Veräußerungsergebnis (hier Veräußerungsverlust) zuzurechnen sei.

34 Soweit der Beklagte eine Ausgleichsverpflichtung der Nießbraucher gegenüber den Gesellschaftern behauptete, sei unklar, woraus sich diese Verpflichtung ergeben solle. Ein solcher Anspruch ergebe sich weder aus den Schenkungsverträgen noch aus den gesetzlichen Regelungen. Dies gelte umso mehr, als das Nießbrauchsrecht auch nicht beendet sei, sondern sich an den Surrogaten fortgesetzt habe.

35 Die Kläger zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 machen geltend, die Verteilung der regelmäßig wiederkehrenden Erträge auf die Nießbraucher sei in § 101 BGB geregelt. Daraus folge im Umkehrschluss, dass die einmaligen Erträge aus der Verwertung der Substanz dem Gesellschafter zustünden. § 103 BGB regele entsprechend die Verluste. Im Streitfall sei vereinbart worden, dass die laufenden Verluste den Nießbrauchern belastet und steuerlich zugerechnet würden. Weitere Regelungen seien nicht getroffen worden, so dass im Übrigen die gesetzlichen Regelungen zum Tragen kämen. Das Guthaben aus der Veräußerung der Immobilien sei an die Kommanditisten ausgezahlt worden und in die C Wohnkonzept GmbH & Co. KG eingelegt worden. Hieraus ergebe sich, dass das Auseinandersetzungsguthaben den Kommanditisten zustehe und der Nießbrauch sich hierauf erstrecke.

36 Die Kommanditisten hätten Mitunternehmerinitiative entfaltet. Ein automatischer Übergang des Stimmrechts auf den Nießbraucher ergebe sich weder aus dem Sachenrecht noch aus dem Gesellschaftsrecht. Im Streitfall stünden die Stimmrechte und die sonstigen Verwaltungsrechte den Kommanditisten zu. Die Vollmacht könne jederzeit widerrufen werden und sei nur eingeschränkt erteilt worden. An die Weisungen der Nießbraucher seien die Kommanditisten nicht gebunden. Die Nießbraucher könnten ein solches Verhalten sanktionieren. Ein Automatismus bestehe jedoch nicht. Im Endeffekt sei den Nießbrauchern lediglich ein einge-

schränktes Zustimmungsguthaben eingeräumt worden. Auch bestehe ausreichend Mitunternehmerrisiko. Notwendiger Inhalt sei die objektive Möglichkeit des Gesellschafters zur Teilnahme am laufenden Gewinn oder an einer Vermögensmehrung bei Ausscheiden, was im Streitfall vorliege.

37 Die Kläger beantragen, die Feststellungsbescheide für 2012 bis 2014 vom 3. November 2017 unter Aufhebung der Einspruchsentscheidung vom 9. August 2018 und der gegenüber den Klägern zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 ergangenen negativen Feststellungsbescheide vom 3. November 2017 dahin zu ändern, dass der für 2012 festgestellte Veräußerungsverlust sowie die für 2013 und 2014 festgestellten laufenden Einkünfte nicht den Beigeladenen zu 1 und zu 2, sondern den Klägern zu 1 bis 6 jeweils im Verhältnis ihrer Beteiligung zugerechnet werden.

38 Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

39 In Ergänzung seiner Einspruchsentscheidung trägt der Beklagte vor, soweit die Kläger zu 1 und zu 2 behaupteten, die Liquidation der Gesellschaft sei mit Gesellschafterbeschluss vom 15. Dezember 2013 bereits beschlossen worden, sei dem nicht zu folgen. Dies ergebe sich weder aus den Jahresabschlüssen zum 31. Dezember 2013 und 31. Dezember 2014, noch stehe dieser Sachvortrag mit den Erklärungen gegenüber dem Registergericht in Einklang. Auch nach den Erläuterungen zur Schlussbilanz vor Löschung im Handelsregister zum 31. Dezember 2014 sei der Liquidationsbeschluss erst am 30. Juli 2014 erfolgt.

40 Ein Fall der Umwandlung, bei dem sich der Nießbrauch an der Beteiligung der neuen Gesellschaft habe fortsetzen sollen, habe im Jahr 2012 nicht vorgelegen. Die Anteile an der C Wohnkonzept GmbH & Co. KG seien ebenfalls unter dem Vorbehalt des Nießbrauchsrechts auf die Kinder der Schenker der beiden Familienstämme übertragen worden. Die Einbringung des Auseinandersetzungsguthabens der KG in die bereits bestehende C Wohnkonzept GmbH & Co. KG habe daher, abweichend von den vertraglichen Regelungen nach § 4 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 i.V.m. § 22 des Gesellschaftsvertrags vom 23. Dezember 2005, nur mit Zustimmung der Nießbraucher erfolgen können. Die Zustimmungserklärung der Nießbraucher sei am 19. Januar 2013 erfolgt. Das Protokoll über die Gesellschafterversammlung liege jedoch nur auszugsweise vor. Der Bestellung eines neuen Nießbrauchsrechts habe es nicht bedurft, da der Vorbehaltsnießbrauch an den Kommanditanteilen an der C Wohnkonzept GmbH & Co. KG bereits seit 2006 bestanden habe.

41 Das Auseinandersetzungsguthaben sei nur teilweise in die C Wohnkonzept GmbH & Co. KG eingebracht worden. Es werde angeregt, dass darüber Beweis erhoben werde, wie das Auseinandersetzungsguthaben verwendet worden sei. Die Mittelverwendung bzw. die Auszahlung und die Wiedereinzahlung der Gelder sollte dabei belegmäßig nachgewiesen werden. Die Kläger hätten sich zu der bestehenden Ausgleichsverpflichtung der Nießbraucher nicht geäußert, obwohl dieser Tatbestand dem Klageantrag zur Folge Auswirkungen auf die Höhe des festzustellenden Verlustes haben könnte. Es werde angeregt, dass das Gericht Beweis darüber erhebe, welche Beschlüsse insoweit auf gesellschaftsrechtlicher Ebene erfolgt seien und ob und ggf. in welcher Höhe auf solche Ansprüche gegenüber den Nießbrauchern verzichtet worden sei.

42 Soweit sich die Kläger zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 auf den Gesellschafterbeschluss vom 4. Januar 2006 über die Entnahmerechte bezögen, liege dieser ihm, dem Beklagten, nicht vor, obwohl er nach den Angaben der Kläger fortbestehen solle. Es werde angeregt, dass das Gericht diesen Beschluss anfordere, auch wenn er vor der Übertragung der Kommanditanteile am 30. August 2006 von den Altgesellschaftern beschlossen worden sei. Wie sich aus dem Beschluss vom 30. August 2006 ergebe, hätten die Nießbraucher bereits von Beginn an von ihrem vereinbarten Weisungsrecht Gebrauch gemacht. In Bezug auf die zu sichernde Versorgung mit 1.700 € pro Nießbraucher eines Familienstammes (= 3.400 € monatlich = 40.800 € jährlich) habe das vereinbarte Entnahmerecht zugunsten der Nießbraucher bereits die (zu erwartenden) Gewinne und Verluste der KG überstiegen. Wegen der weiteren Einzelheiten wird Bezug genommen auf die Tabelle 2 auf S. 8 des Schriftsatzes des Beklagten vom 8. Februar 2019 (Blatt 101 der Gerichtsakte 3 K 1869/18). Im Hinblick auf die Regelung der § 4 Nr. 2 der Verträge vom 30. August 2006 hätten die Kommanditisten kein Unternehmerrisiko zu tragen, da Verluste von den Nießbrauchern auszugleichen gewesen seien. Gewinne, die den Wert der Entnahmerechte der Nießbraucher überstiegen hätten, seien von Anfang an nicht zu erwarten gewesen.

43 Auch die Stimm- und Verwaltungsrechte seien den Klägern zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 nur unter dem Vorbehalt der Einräumung einer Bevollmächtigung zugunsten der Nießbraucher übertragen worden. Danach seien grundsätzlich nur die Nießbraucher befugt gewesen, für die Dauer der bestehenden Nießbrauchsrechte die Stimm- und Verwaltungsrechte in den einzelnen Gesellschaften auszuüben. Auch wenn vorgesehen gewesen sei, dass die Kommanditisten das Stimmrecht ggf. selbst ausübten, seien diese an die Weisungen der Nießbraucher gebunden gewesen.

44 Allein die Tatsache, dass die Kommanditisten in der Gesellschafterversammlung vom 15. Dezember 2013 ohne Anwesenheit der Nießbraucher über die Feststellung des Jahresabschlusses befunden hätten, begründe für sich allein noch keine Mitunternehmerinitiative, da die Kommanditisten grundsätzlich an die Weisungen der Nießbraucher gebunden gewesen seien. Gleiches gelte für die Gesellschafterversammlung vom 21. Dezember 2014 betreffend den Jahresabschluss 2013. Wie dem Protokoll vom 15. Dezember 2013 zu entnehmen sei, habe immer die Sicherung des Nießbrauchs und die Auszahlung der 1.700 € monatlich pro Gesellschafterstamm im Vordergrund gestanden. Dieser Betrag sei nach der Veräußerung der beiden Immobilien nunmehr allein von der C Wohnkonzept GmbH & Co. KG zu bestreiten gewesen. Die von dieser Gesellschaft monatlich zu erbringende Nießbrauchsverpflichtung habe sich von bisher 3.400 € auf 6.800 € monatlich erhöht. Des Weiteren sei dem Protokoll vom 15. Dezember 2013 zu entnehmen, dass sich die Kommanditisten einen Gesamtbetrag von 20.400 € zugestanden hätten, der nach den Anteilen „an die Gesellschaft“ aufzuteilen und auszahlen gewesen sei. Diese Auszahlung hätte nach den § 4 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 jedoch nur mit Zustimmung der Nießbraucher erfolgen können.

45 Die Beigeladenen haben sich zu dem Verfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

▶ II. Aus den Gründen:

46 1. Der Senat konnte über die Klage verhandeln und entscheiden, ohne die KG und die GmbH beizuladen.

47 a) Nach § 60 Abs. 3 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) sind Dritte beizuladen, wenn sie an dem streitigen Rechtsverhältnis derart beteiligt sind, dass die Entscheidung auch ihnen gegenüber nur einheitlich ergehen kann (notwendige Beiladung). Dies gilt nicht für Mitberechtigte, die nach § 48 FGO nicht klagebefugt sind (§ 60 Abs. 3 Satz 2 FGO). Klagen nicht alle von mehreren nach § 48 FGO klagebefugten, müssen deshalb die übrigen klagebefugten mit Ausnahme solcher, die unter keinem denkbaren Gesichtspunkt von dem Ausgang des Rechtsstreits betroffen sein können, zum Verfahren beigeladen werden (s. bspw. Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 10. September 2020 IV R 14/18, zur amtlichen Veröffentlichung bestimmt).

48 b) Die Befugnis der Personengesellschaft, nach § 48 Abs. 1 Nr. 1 FGO in Prozessstandschaft für ihre Gesellschafter Rechtsbehelfe gegen Gewinnfeststellungsbescheide einzulegen, erlischt mit deren – auch im Streitfall für die KG eingetretenen – Vollbeendigung (BFH-Ur-

teil vom 11. April 2013 IV R 20/10, BFHE 241, 132, BStBl II 2013, 705). Die Beteiligtenstellung und die Prozessführungsbefugnis gehen auf die durch den angefochtenen Gewinnfeststellungsbescheid beschwerten ehemaligen Gesellschafter, die im Streitzeitraum an der Personengesellschaft beteiligt waren, über (BFH-Urteile vom 7. Juli 1998 VIII R 17/96, BFH/NV 1999, 473; vom 23. Oktober 1990 VIII R 142/85, BFHE 162, 99, BStBl II 1991, 401; BFH-Beschlüsse vom 29. März 2001 VIII B 11/01, BFH/NV 2001, 1280; in BFH/NV 1999, 291; vom 16. Januar 1996 VIII B 128/95, BFHE 179, 239, BStBl II 1996, 426).

49 c) Ungeachtet der Frage, ob die GmbH nach § 48 Abs. 1 Nr. 2 FGO zur Anfechtung der Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2012 bis 2014 vom 3. November 2017 berechtigt war, fehlt ihr die Fähigkeit Beteiligte eines finanzgerichtlichen Verfahrens zu sein. Zum einen wurde sie bereits vor Klageerhebung vollbeendet. Zum anderen richten sich die angefochtenen Bescheide nicht gegen sie. Ob eine mögliche Klagebefugnis der GmbH auf deren (frühere) Gesellschafter übergegangen ist, ist für die Frage der Beiladung unerheblich, da sämtliche Gesellschafter der GmbH – ebenso wie die Inhaber eines Nießbrauchsrechts an den GmbH-Anteilen – bereits als Kläger oder Beigeladene an dem Verfahren beteiligt sind.

50 2. Die Klage ist unbegründet. Die Bescheide über die gesonderte und einheitliche Feststellung von Besteuerungsgrundlagen für 2012 bis 2014 sowie die negativen Feststellungsbescheide vom 3. November 2017 sind rechtmäßig und verletzen die Kläger nicht in ihren Rechten (vgl. § 100 Abs. 1 Satz 1 FGO). Weder waren die in den Streitjahren von der KG erzielten Verluste den Klägern zuzurechnen (nachfolgend a) noch waren die Kläger – wie jedoch darüber hinaus für die Zurechnung der Verluste im Rahmen der gesonderten und einheitlichen Feststellung der gewerblichen Einkünfte einer originär gewerblich tätigen oder wie im Streitfall einer gewerblich geprägten Personengesellschaft erforderlich (BFH-Urteil vom 3. Dezember 2015 IV R 43/13, BFH/NV 2016, 742) – als Mitunternehmer der KG anzusehen (nachfolgend b).

51 a) Der Umfang der mit den Verträgen vom 30. August 2006 vereinbarten Nießbrauchrechte schließt eine Zurechnung von bei der KG entstandenen Verlusten an die Kläger aus.

52 aa) Ob die auf einen mit einem Nießbrauch belasteten Gesellschaftsanteil entfallenden Verluste dem Gesellschafter oder dem Nießbraucher zuzurechnen sind, richtet sich grundsätzlich danach, wer die Verluste nach den vertraglichen Abreden wirtschaftlich zu tragen hat. Sind danach die Verluste von dem Nießbrauchs berech-

tigten wirtschaftlich zu tragen, sind sie diesem – vorbehaltlich dessen Mitunternehmerstellung – auch steuerlich zuzurechnen. Eine Zurechnung der Verluste an den Nießbrauchsgebenden Gesellschafter ist ausgeschlossen. Eine solche Zurechnung kann auch nicht damit begründet werden, dass der Nießbraucher in Höhe der Verluste künftige entnahmefähige Gewinnanteile verliert (BFH-Urteil in BFH/NV 2016, 742).

53 bb) Das den Nießbrauch kennzeichnende Fruchtziehungsrecht (§ 1030 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1069 Abs. 2 BGB) beschränkt sich grundsätzlich auf den durch Gesetz, Gesellschaftsvertrag oder Beschluss der Gesellschafter zur Entnahme freigegebenen Gewinnanteil; darüber hinausgehende Ansprüche auf Zahlung von Gewinn stehen dem Nießbraucher nicht zu (BFH-Urteil vom 1. März 1994 VIII R 35/92, BFHE 175, 231, BStBI II 1995, 241). Insofern schließt das Fruchtziehungsrecht – nach seiner gesetzlichen Grundregel – bereits begrifflich aus, dass der Nießbraucher die auf den Gesellschaftsanteil entfallenden Verluste des Unternehmens wirtschaftlich zu tragen hat (BFH-Urteil in BFH/NV 2016, 742). Dies gilt – worauf die Kläger zu 1 und zu 2 zu Recht hinweisen – für aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern stammende Verluste umso mehr angesichts des Umstandes, dass – spiegelbildlich hierzu – die Ausschüttung stiller Reserven eine Minderung des Anteils an einer Personengesellschaft darstellt und daher dem Gesellschafter gebührt (BFH-Urteil in BFHE 175, 231, BStBI II 1995, 241).

54 cc) Jedoch ist im Streitfall davon auszugehen, dass – was auch die Kläger bejahen – nicht lediglich die laufenden Verluste, sondern – wie es der Beklagte der gesonderten und einheitlichen Feststellung zu Grunde gelegt hat – auch die aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern folgenden Verluste von den Nießbrauchern zu tragen waren.

55 (1) Die Parteien der Verträge vom 30. August 2006 haben sich nicht lediglich auf die Einräumung von Nießbrauchsrechten – und damit auf die Anwendung der (abdingbaren) gesetzlichen Regelungen der § 1030 BGB i.V.m. § 1068 Abs. 2 BGB sowie der §§ 1069 ff. BGB – an dem Anspruch auf den Anteil am Gewinn und das Auseinandersetzungsguthaben beschränkt. Vielmehr haben sie jeweils unter § 4 Nr. 3 der Verträge vom 30. August 2006 bestimmt, dass der Nießbrauch jeweils „an den Gesellschaftsanteilen der Erwerber“ – und damit nicht lediglich am Gewinnstammrecht oder am Gewinnanteil und am Auseinandersetzungsguthaben – bestehen sollte.

56 Darüber hinaus sollten nach den Verträgen vom 30. August 2006 den Nießbrauchern nicht nur jeweils die auf die von den Nießbräuchen erfassten Gesellschaftsanteile entfallenden Gewinne zustehen. Viel-

mehr hatten diese – in zulässiger Abweichung von § 1030 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1068 Abs. 2 BGB (vgl. BFH-Urteil in BFH/NV 2016, 742) – auch die Verluste zu tragen. Zwar wurde hierbei nicht zwischen laufenden Verlusten auf der einen Seite und aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens folgenden Verlusten auf der anderen Seite unterschieden. Jedoch bedeutet dies – anders als die Kläger meinen – nicht, dass für Letztere aus der fehlenden dispositiven gesetzlichen Regelung zu Verlusten in § 1030 Abs. 1 BGB i.V.m. § 1068 Abs. 2 BGB folgt, dass sie von den Gesellschaftern zu tragen sind. Vielmehr kann den Vereinbarungen eine Beschränkung auf laufende Verluste nicht entnommen werden. Hiervon ging ausweislich des in der Bilanz zum 31. Dezember 2012 zu Lasten der für G2 und die Beigeladene zu 2 – und nicht für die Kommanditisten – geführten Kapitalkonten gebuchten Verlusts in Höhe von 1.614.199,06 € auch die KG aus (vgl. Blatt 5 des Kontenachweises zur Bilanz zum 31. Dezember 2012, Blatt 196 der Bilanzakte). Zudem wird die Verlusttragung durch die Nießbraucher in den Regelungen des jeweiligen § 4 Nr. 2 Satz 2 der Verträge vom 30. August 2006, wonach Entnahmen bei einer Minderung des Kommanditanteils durch Verlust unter den Betrag der geleisteten Einlage so lange zu unterbleiben haben, bis der Kapitalanteil wieder aufgefüllt wird, vorausgesetzt.

57 (2) Anderes folgt auch nicht aus der getroffenen Regelung zu den Gewinnen. Auch bei Gewinnen aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens handelt es sich um „auf Gesellschaftsanteile entfallende Gewinne“ i.S. der zwischen den Parteien der Verträge vom 30. August 2006 getroffenen Vereinbarung. Zudem wäre eine ausdrückliche Regelung zu den (Gewinn-)Ansprüchen der Nießbraucher entbehrlich gewesen, wenn die Parteien der Verträge vom 30. August 2006 ihrer Vereinbarung die gesetzliche Regelung zu Grunde hätten legen wollen, wonach sich auch im Fall des Nießbrauchs an der Beteiligung als solcher das den Nießbrauch kennzeichnende Fruchtziehungsrecht auf den gesellschaftsrechtlich entnahmefähigen Ertrag erstreckt und innerhalb dieses Ertrags nur derjenige Teil der Nutzungen des Gesellschaftsanteils erfasst ist, der nicht auf die realisierten stillen Reserven im Anlagevermögen entfällt (BFH-Urteil in BFHE 175, 231, BStBI II 1995, 241).

58 Dies gilt umso mehr angesichts des Umstandes, dass in Fällen, in denen die Erwerber zur Erhöhung ihrer Einlage bei der KG verpflichtet waren, die Nießbraucher diese von der Zahlungsverpflichtung freizustellen hatten (vgl. jeweils § 8 der notariellen Verträge vom 30. August 2006). Eine solche Freistellungsverpflichtung, nach der die Nießbraucher unmittelbar die Mittel zur Erhö-

hung der Gesellschaftsanteile – und damit der Ausweitung des Nießbrauchsbelasteten, den Nießbrauchsbestellern zustehenden Rechts – zu tragen haben, ergibt lediglich dann wirtschaftlich Sinn – und stellt nicht lediglich eine unentgeltliche Zuwendung an die Erwerber dar –, wenn den Nießbrauchern auch aus der Veräußerung der im Gesamthandseigentum stehenden Wirtschaftsgüter folgende Gewinne – und spiegelbildlich auch hieraus folgende Verluste – zustehen.

59 (3) Hieran ändern auch die Bestimmungen in den jeweiligen § 4 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 nichts. Zwar sollte sich im Fall der Auflösung der KG oder des Ausscheidens eines Gesellschafters der Nießbrauch auch auf das dem Gesellschafter zustehende Auseinandersetzungsguthaben beziehen. Jedoch wurde hierdurch – zum einen – keine Regelung über die von der allgemein getroffenen Vereinbarung abweichende Zuordnung von Verlusten – insbesondere nicht von Verlusten aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern – getroffen. Zum anderen finden diese Bestimmungen im Streitfall keine Anwendung. Weder sind die Kommanditisten in den Streitjahren aus der KG ausgeschieden noch hat in Ansehung des Gesellschaftsvermögens der KG in den Streitjahren eine Verteilung des Gesellschaftsvermögens nach Berichtigung der Schulden gemäß § 155 Abs. 1 des Handelsgesetzbuchs (HGB) i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB stattgefunden. Insbesondere kann aus der „Aufgabe der werbenden Tätigkeit“ (vgl. Jahresabschluss zum 31. Oktober 2012, Blatt 164 der Bilanzakte) nicht auf einen Auflösungsbeschluss i.S. des § 131 Abs. 1 Nr. 2 HGB i.V.m. § 161 Abs. 2 HGB geschlossen werden. Vielmehr wurde der Geschäftsbetrieb ausweislich der von sämtlichen Kommanditisten unterzeichneten Anmeldung der Löschung zur Eintragung in das Handelsregister (Blatt 63 ff. der Vertragsakte) – auf Grundlage eines am 30. Juli 2014 gefassten „Liquidationsbeschlusses“ (vgl. Erläuterung zur Schlussbilanz zum 31. Dezember 2014, Blatt 233 der Bilanzakte) – ohne Liquidation eingestellt, wobei kein zu verteilendes Vermögen – und damit auch kein Auseinandersetzungsguthaben – vorhanden war.

60 Zudem ergibt sich weder aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 13. Januar 2013, dass bereits zu diesem Zeitpunkt der Beschluss zur Auflösung der KG und der Liquidation gefasst wurde – vielmehr wurde hier lediglich die Frage gestellt, was jetzt mit der KG „passieren“ sollte –, noch folgt dies aus dem in dieser Versammlung gefassten Beschluss, den nach Ablösung der im Grundbuch eingetragenen Recht verbleibenden Kaufpreis an die Kommanditisten entsprechend der Höhe ihrer Beteiligung auszuführen (vgl. Zustimmungserklärung vom 19. Januar 2013). Vielmehr stellt

dies – schon aufgrund des Umstandes, dass sonstige Verbindlichkeiten und die übrigen Aktiva der KG unberücksichtigt geblieben sind – lediglich eine Regelung zur Entnahme dar. Dass die Kommanditisten und die Nießbraucher in der Zustimmungserklärung vom 19. Januar 2013 (Blatt 57 f. der Vertragsakte) demgegenüber davon ausgingen, dass sich das Nießbrauchsrecht an den Erlösanteilen aus dem Grundstücksverkauf fortsetzte, und das Vorhandensein eines Auseinandersetzungsguthabens voraussetzten, ist – da die an die Kommanditisten ausgezahlten Beträge den Nießbrauchern zustanden und es sich damit um eine Regelung der Einkommensverwendung handelt – unerheblich.

61 (4) Den von den Parteien der Verträge vom 30. August 2006 getroffenen Regelungen stand der Gesellschaftsvertrag der KG vom 23. Dezember 2005 nicht entgegen. Nach dessen § 15 Nr. 1 Satz 1 konnte jeder Kommanditist seinen Gesellschaftsanteil ganz oder teilweise auf seine Abkömmlinge – im Streitfall die Kläger zu 1 bis zu 6 sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 – übertragen, ohne dass es – wie sich im Umkehrschluss aus der Regelung des § 15 Nr. 1 Satz 2 des Gesellschaftsvertrags vom 23. Dezember 2005 ergibt, wonach Übertragungen auf andere Personen eines zustimmenden Beschlusses der Gesellschafter bedürfen – einer Zustimmung der übrigen Gesellschafter der KG bedurfte. In der Folge war – a maiore ad minus – auch die Bestellung von Nießbrauchsrechten an dem Gesellschaftsanteil als solchem zustimmungsfrei möglich, die sich nicht lediglich auf laufende Gewinne und Verluste, sondern auch auf solche aus der Veräußerung von Wirtschaftsgütern des Gesamthandsvermögens erstreckten.

62 (5) Der von den Klägern in der mündlichen Verhandlung beantragte Zeugenbeweis war nicht zu erheben.

63 (a) Die Mitwirkungspflicht fordert von den Beteiligten des Finanzgerichtsprozesses, Beweisanträge nur zu bestimmten, substantiierten Tatsachenbehauptungen zu stellen; Beweisermittlungs- oder -ausforschungsanträge, die so unbestimmt sind, dass im Grunde erst die Beweiserhebung selbst die entscheidungserheblichen Tatsachen und Behauptungen aufdecken kann, brauchen regelmäßig dem Gericht eine Beweisaufnahme nicht nahe zu legen (BFH-Beschlüsse vom 6. September 2005 IV B 14/04, BFH/NV 2005, 2166; vom 2. August 2006 IX B 58/06, BFH/NV 2006, 2117; vom 7. Dezember 2006 VIII B 48/05, BFH/NV 2007, 712; vom 29. Januar 2008 V B 201/06, BFH/NV 2008, 827).

64 (b) Ungeachtet des Umstandes, dass die Verträge vom 30. August 2006 nicht von dem von den Klägern benannten Zeugen beurkundet wurden, ist der von den Klägern in der mündlichen Verhandlung gestellte Antrag auf Vernehmung als Beweisermittlungs- bzw. Aus-

forschungsbeweisantrag anzusehen. Indem die Kläger ausgeführt haben, unter der Bezeichnung Verluste seien in den Verträgen vom 30. August 2006 von den Parteien nur laufende Verluste verstanden worden, haben sie eine Behauptung über das Vorliegen innerer Tatsachen aufgestellt. Solche sich in der Vorstellung von Menschen abspielende Vorgänge können jedoch nur anhand äußerlicher Merkmale beurteilt werden (Beschlüsse des Großen Senats des BFH vom 12. Juni 1978 GrS 1/77, BFHE 125, 516, BStBl II 1978, 620; vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751). Behauptungen zu solchen Merkmalen – in Form von Hilfstatsachen und Beweiszeichen (vgl. BFH-Beschluss vom 15. September 2006 VII S 16/05 (PKH), BFH/NV 2007, 455) – haben die Kläger nicht aufgestellt.

65 b) Es kann dahinstehen, ob – ausgehend von dem Grundsatz, dass an einem Gesellschaftsanteil nur eine einzige Mitunternehmerstellung begründet werden kann (BFH-Urteil vom 19. Juli 2018 IV R 10/17, BFH/NV 2018, 1268) – lediglich der Nießbraucher oder der Gesellschafter als Nießbrauchsbesteller als Mitunternehmer einer Personengesellschaft anzusehen ist (so bspw. *Bode* in Blümich, EStG/KStG/GewStG, § 15 EStG Rz 364) oder ob – wovon die Kläger zu 1 und zu 2 sowie der Beklagte ausgehen – beide nebeneinander Einkünfte i.S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG erzielen können (so u.a. auch *Altendorf*, GmbH-Steuer-Berater 2018, 256, 258; *Hermes*, Deutsche Steuer Zeitung 2019, 112, 119; vgl. auch *Götz*, Finanzrundschau 2019, 605, 608). Denn – zum einen – haben sich im Streitfall die Nießbraucher – die Beigeladene zu 1 als Rechtsnachfolgerin von G2 sowie die Beigeladene zu 2 – nicht gegen ihre Beteiligung an dem festgestellten Betrag oder dessen Verteilung gewandt. Zum anderen sind die Kläger – und auch die Beigeladenen zu 3 und zu 4 – nicht als Mitunternehmer des Betriebs der KG i.S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG anzusehen.

66 aa) Mitunternehmer i.S. dieser Vorschrift kann nur sein, wer zivilrechtlich Gesellschafter einer Personengesellschaft ist oder – in Ausnahmefällen – eine diesem wirtschaftlich vergleichbare Stellung innehat. Kennzeichnend für den Mitunternehmer ist, dass er zusammen mit anderen Personen eine Mitunternehmerinitiative entfalten kann, ein Mitunternehmerrisiko trägt sowie die Absicht zur Gewinnerzielung hat (Beschluss des Großen Senats des BFH vom 25. Juni 1984 GrS 4/82, BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751; aufgenommen in ständiger Rechtsprechung durch alle Senate des BFH, vgl. etwa BFH-Urteile vom 6. Mai 2015 II R 34/13, BFHE 250, 197, BStBl II 2015, 821, m.w.N.; vom 4. Mai 2016 II R 18/15, BFH/NV 2016, 1565; vom 22. Juni 2017 IV R 42/13, BFHE 259, 258; in BFH/NV 2018, 1268; vom 16. Mai 2018

VI R 45/16, BFHE 261, 508, BStBl II 2019, 60; vom 20. September 2018 IV R 39/11, BFHE 262, 393, BStBl II 2019, 131; vom 13. Februar 2019 XI R 24/17, BFH/NV 2019, 597).

67 (1) Beide Hauptmerkmale der Mitunternehmerstellung (Mitunternehmerrisiko und Mitunternehmerinitiative) können zwar im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein. Sie müssen jedoch beide vorliegen. Ob dies zutrifft, ist unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen. Geht es um die Mitunternehmereigenschaft eines Kommanditisten, dann muss der Gesellschafter nach dem Gesellschaftsvertrag und der tatsächlichen Durchführung zumindest eine Stellung haben, die nicht wesentlich hinter derjenigen zurückbleibt, die handelsrechtlich das Bild des Kommanditisten bestimmt (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751).

68 Ob die gesellschaftsrechtliche Position dem handelsrechtlichen Bild des Kommanditisten entspricht, ist unter Berücksichtigung aller die rechtliche und wirtschaftliche Stellung einer Person insgesamt bestimmenden Umstände zu würdigen (BFH-Urteil vom 13. Juli 2017 IV R 41/14, BFHE 258, 459, BStBl II 2017, 1133). Aus der Formel „nicht wesentlich zurückbleiben“ folgt allerdings auch, dass das handelsrechtliche Bild des Kommanditisten keine Mindestvoraussetzung darstellt, jenseits derer ein Kommanditist generell nicht mehr als Mitunternehmer angesehen werden kann (BFH-Urteil in BFH/NV 2018, 1268).

69 (2) Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen, wie sie z.B. Gesellschaftern oder diesen vergleichbaren Personen als Geschäftsführern, Prokuristen oder anderen leitenden Angestellten obliegen. Ausreichend ist indes schon die Möglichkeit zur Ausübung von Gesellschafterrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die einem Kommanditisten nach dem HGB zustehen oder die den gesellschaftsrechtlichen Kontrollrechten nach § 716 BGB entsprechen (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751).

70 Dabei ist zu berücksichtigen, dass der Kommanditist gemäß § 164 Satz 1 HGB ohnehin von der Geschäftsführung ausgeschlossen ist. Lediglich bei außergewöhnlichen Geschäften i.S. des § 116 Abs. 2 HGB bedarf es der Zustimmung des Kommanditisten (so Urteil des Reichsgerichts vom 22. Oktober 1938 II 58/38, RGZ 158, 302, 306 ff.). Darüber hinaus haben die Kommanditisten nur die Informations- und Kontrollrechte gemäß § 166 Abs. 1 HGB, die sich auf den Jahresabschluss beziehen. Geht es allerdings darum, die Rechtsbeziehungen der Gesellschafter untereinander zu verändern, also um

sog. Grundlagengeschäfte, sind die Kommanditisten nach § 161 Abs. 2 HGB i.V.m. § 119 Abs. 1 HGB uneingeschränkt zu beteiligen. Zu diesen Geschäften gehören auch die Feststellung des Jahresabschlusses sowie die Entscheidung über die Gewinnverwendung (Urteil des Bundesgerichtshofs – BGH – vom 29. März 1996 II ZR 263/94, BGHZ 132, 263).

71 (3) Mitunternehmerrisiko bedeutet gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg eines gewerblichen Unternehmens. Dieses Risiko wird regelmäßig durch Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens einschließlich eines Geschäftswerts vermittelt. Ein Kommanditist trägt ein solches Risiko, indem er einerseits am laufenden Gewinn, im Falle seines Ausscheidens und der Liquidation auch an den stillen Reserven (§§ 168, 161 Abs. 2, 155 HGB, §§ 738 ff. BGB), andererseits nach Maßgabe des § 167 Abs. 3 HGB am Verlust beteiligt ist (Beschluss des Großen Senats des BFH in BFHE 141, 405, BStBl II 1984, 751).

72 bb) Ein Kommanditist kann auch noch Mitunternehmer sein, wenn der Kommanditanteil mit einem Nießbrauch belastet ist (BFH-Urteile vom 16. Mai 1995 VIII R 18/93, BFHE 178, 52, BStBl II 1995, 714; zum Mitunternehmerrisiko ferner BFH-Urteil in BFH/NV 2016, 742; zur Mitunternehmerinitiative BFH-Urteile vom 10. Dezember 2008 II R 34/07, BFHE 224, 144, BStBl II 2009, 312; vom 16. Dezember 2009 II R 44/08, BFH/NV 2010, 690). Mitunternehmer i.S. des § 15 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 EStG ist nach § 39 Abs. 1 AO regelmäßig der zivilrechtliche Gesellschafter (vgl. im Einzelnen BFH-Urteile in BFHE 259, 258; vom 1. März 2018 IV R 15/15, BFHE 261, 231, BStBl II 2018, 539). Steuerrechtlich kann der Gesellschaftsanteil jedoch einem anderen zuzurechnen sein, wenn der andere die tatsächliche Herrschaft über das Wirtschaftsgut in der Weise ausübt, dass er den Eigentümer im Regelfall für die gewöhnliche Nutzungsdauer von der Einwirkung auf das Wirtschaftsgut wirtschaftlich ausschließen kann, § 39 Abs. 2 Nr. 1 Satz 1 AO (BFH-Urteile in BFHE 259, 258; in BFHE 261, 231, BStBl II 2018, 539; in BFHE 262, 393, BStBl II 2019, 131).

73 cc) Gemessen daran haben die Kläger – sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 – zwar ausreichende Mitunternehmerinitiative entfaltet, jedoch nicht in dem erforderlichen Umfang Mitunternehmerrisiko getragen.

74 (1) Die Frage, ob bei einem – auch im Streitfall vorliegenden – Nießbrauch an einem Gesellschaftsanteil ohne entsprechende Vereinbarung zivilrechtlich die Stimmrechte allein dem Gesellschafter, allein dem Nießbraucher oder dem Nießbraucher und dem Gesellschafter gemeinschaftlich zustehen, bedarf im Streitfall

keiner Entscheidung. Denn der Nießbraucher und der Gesellschafter als Nießbrauchsbesteller können – wie im Streitfall geschehen – die Ausübung der Stimmrechte vertraglich regeln. Diese vertragliche Regelung ist auch für die steuerliche Beurteilung maßgeblich (BFH-Urteile BFHE 250, 197, BStBl II 2015, 821; vom 6. Mai 2015 II R 36/13, BFH/NV 2015, 1414).

75 (a) Jedenfalls in Fällen, in denen der Gesellschafter aufgrund vertraglicher Vereinbarungen die Ausübung der Stimmrechte umfassend – d.h. auch in Bezug auf die Grundlagengeschäfte der Gesellschaft – dem Nießbraucher überlässt oder sich der Nießbraucher bei der Übertragung des Gesellschaftsanteils die Ausübung der Stimmrechte vorbehält, kann der Gesellschafter keine Mitunternehmerinitiative entfalten (BFH-Urteile in BFHE 250, 197, BStBl II 2015, 821; in BFH/NV 2015, 1414). Hieran fehlt es jedoch im Streitfall. Ungeachtet des Umstandes, dass die Nießbraucher nach § 5 Nr. 2 Satz 1 der Verträge vom 30. August 2006 bevollmächtigt waren, die Stimmrechte in der KG auszuüben, erlaubte dies den Nießbrauchern lediglich die Ausübung des Stimmrechts, solange und soweit die Kommanditisten damit einverstanden waren. Zum einen war die Vollmacht – wie sich aus den in § 9 Nr. 1 Buchst. d der Verträge vom 30. August 2006 geregelten Folgen eines Widerrufs ergibt – widerruflich. Zum anderen hinderte sie die Kommanditisten als Vollmachtgeber nicht, die Stimmrechte weiterhin selbst auszuüben. Die Bevollmächtigung belässt das Recht bei dem bisherigen Rechtsträger und schafft nur zusätzlich eine weitere Befugnis in der Person des Bevollmächtigten (vgl. BGH-Urteil vom 10. November 1951 II ZR 111/50, BGHZ 3, 354). Eine verdrängende Vollmacht, die den Vollmachtgeber von der Rechtsausübung ausschließt, wäre wegen Verstoßes gegen § 137 Satz 1 BGB unwirksam. Der Kommanditist, der Stimmrechtsvollmacht erteilt, bleibt Träger des Stimmrechts und ist im Verhältnis zur Gesellschaft auch weiterhin zur Ausübung seines Stimmrechts uneingeschränkt in der Lage (BFH-Urteil vom 6. November 2019 II R 34/16, BFHE 267, 440, BStBl II 2020, 465).

76 Dies gilt im Streitfall insbesondere aufgrund des Umstandes, dass sich die Kommanditisten auch nicht im Innenverhältnis umfassend verpflichtet haben, ihre Stimmrechte nicht oder nach Weisung der Nießbraucher auszuüben. Die Weisungsbindung des § 5 Nr. 3 der Verträge vom 30. August 2006 fand lediglich auf die Ausnahmen von der Bevollmächtigung i.S. des § 5 Nr. 2 Satz 3 der Verträge vom 30. August 2006 Anwendung. Doch selbst in einem konkreten Konfliktfall genießt die Stimmrechtsbefugnis der Kommanditisten im Außenverhältnis Vorrang. Ob die Kommanditisten deshalb – wie in § 9 Nr. 1 Buchst. d der Verträge vom 30. August

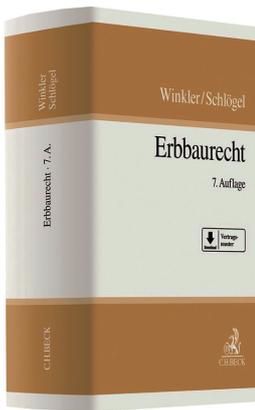
2006 vorgesehen – den Widerruf der Schenkung zu befürchten hatten oder sich ggf. gegenüber den Nießbrauchern schadenersatzpflichtig machten, ist unerheblich. Bis der Widerruf tatsächlich erfolgt, hat ihr Stimmrecht jedenfalls Bestand (BFH-Urteil in BFHE 267, 440, BStBl II 2020, 465).

77 Zudem wurde die den Nießbrauchern in § 5 Nr. 1 der Verträge vom 30. August 2006 erteilte Vollmacht, die – wie nach § 7 Nr. 4 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags der KG vom 23. Dezember 2005 zulässig – Stimm- und Verwaltungsrechte der Gesellschafter auszuüben, mit der Beschränkung erteilt, dass die Nießbraucher als Bevollmächtigte nicht befugt sein sollten, den Gesellschaftsvertrag zu ändern, die Zinssätze für Guthaben auf den Gesellschafterkonten festzusetzen oder zu ändern oder die Gesellschaft aufzulösen oder umzuwandeln, so dass die Gesellschafter im Bereich dieser Grundlagengeschäfte ihr Stimmrecht ausschließlich persönlich ausüben konnten. Den Nießbrauchern war es – da dies eine Änderung des Gesellschaftsvertrages erforderte – somit nicht möglich, die Kommanditisten von ihrer Stellung als Gesellschafter auszuschließen. Dass die Kommanditisten hierbei sowie bei Beschlüssen über die Gewinnverwendung an die Weisungen der Nießbraucher gebunden waren (§ 5 Nr. 3 der Verträge vom 30. August 2006), ist mangels Bindungswirkung im Außenverhältnis für die – im Streitfall allein zu beurteilende (s. aber die Mitunternehmerinitiative des weisungsbefugten Nießbrauchers bejahend BFH-Urteil vom 1. September 2011 II R 67/09, BFHE 239, 137, BStBl II 2013, 210) – Mitunternehmerstellung des Kommanditisten unerheblich. Zugleich ist ebenfalls ohne Bedeutung, ob der Kommanditist deshalb – wie im Streitfall in § 9 Nr. 1 Buchst. e der Verträge vom 30. August 2006 vorgesehen – den Widerruf der Schenkung zu befürchten hatte.

78 (b) Unbeachtlich ist hingegen – anders als der Beklagte und die Kläger zu 1 und zu 2 meinen – der Umstand, dass die Kläger zu 1 und zu 2 in den Streitjahren

Geschäftsführer der GmbH waren. Ihre Geschäftsführung für die KG war lediglich eine Geschäftsführung der GmbH in ihrer Eigenschaft als persönlich haftende Gesellschafterin. Hierbei waren der Kläger zu 1 und zu 2 verpflichtet, nicht ihre Interessen, sondern die Interessen der GmbH und damit mittelbar auch die Interessen der Gesellschafter der GmbH wahrzunehmen (§ 43 Abs. 1 des Gesetzes betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung – GmbHG –; BFH-Urteil vom 22. Januar 1985 VIII R 303/81, BFHE 143, 247, BStBl II 1985, 363; offen gelassen in BFH-Urteile vom 28. Januar 1986 VIII R 335/82, BFHE 146, 375, BStBl II 1986, 599; vom 8. Juli 1992 XI R 61, 62/89, BFH/NV 1993, 14; in BFH/NV 2010, 690; vgl. auch BFH-Urteil vom 26. Juli 1984 IV R 11/81, BFHE 141, 536, BStBl II 1984, 714). Dies gilt umso mehr angesichts des Umstandes, dass an der GmbH neben den Klägern zu 1 und zu 2 auch die – nicht als Geschäftsführer bestellten – Kläger zu 3, zu 4, zu 5 und zu 6 sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 beteiligt waren und somit die Überwachung und Weisungsbefugnis nicht ausschließlich den Klägern zu 1 und zu 2 zustanden.

79 (2) Zwar hafteten die Kläger sowie die Beigeladenen zu 3 und zu 4 aufgrund ihrer Stellung als Kommanditisten der KG im Außenverhältnis in den Grenzen des § 171 Abs. 1 Satz 1 HGB. Sie waren jedoch – entgegen der gesetzlichen Grundregel des § 120 Abs. 1 HGB i.V.m. § 167 Abs. 1 HGB – nicht an den auf die Kommanditanteile entfallenden Gewinnen und Verlusten beteiligt, was auch die Erträge oder Verluste aus der Realisierung stiller Reserven und stiller Lasten umfasste. Vor diesem Hintergrund ist der Umstand, dass den Klägern sowie den Beigeladenen zu 3 und zu 4 – wie sich aus der Regelung zur Fortsetzung des Nießbrauchs in § 4 Nr. 4 der Verträge vom 30. August 2006 ergibt – im Falle der Auflösung der KG das Auseinandersetzungsguthaben zustand, nicht geeignet, ein ausreichendes Maß an Mitunternehmerisiko zu vermitteln.



■ Erbbaurecht

Von Prof. Dr. Karl Winkler und Dr. Jürgen Schlögel,
7. Auflage 2021, C. H. Beck Verlag, München, Hardcover (in Leinen) 673 Seiten.
99,- €. ISBN 978-3-406-76355-7.

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

Das Erbbaurecht hat sich durch seine vielseitige Verwendbarkeit einen weiten Anwendungsbereich für private, gewerbliche, industrielle und öffentliche Zwecke erschlossen. Es wird heute aus den verschiedensten Gründen bestellt, von bodenpolitischen über soziale, wirtschaftliche und steuerliche bis hin zu baurechtlichen Motiven (vgl. BGH DNotZ 2019, 440). Das zwischen Grundstückseigentum und beschränkten dinglichen Rechten angesiedelte Erbbaurecht ist das vielseitigste Rechtsinstitut des Sachenrechts, aber ein sehr kompliziertes Rechtsgebilde.

Das Handbuch zeigt die gesetzliche Systematik des Erbbaurechts auf und führt sicher durch die komplexe Materie, geht ausführlich und präzise auf die vielfältigen Rechtsprobleme ein. Auch landesrechtliche Vorschriften wie z. B. in Baden-Württemberg die Ausnahmen vom Gebot der Erstrangigkeit des Erbbaurechts im Grundstücksgrundbuch werden dargestellt (§ 2 Rn. 1116). Das Werk ist in mehrere große Abschnitte gegliedert: Grundlagen und Begriff des Erbbaurechts, gesetzlicher Inhalt und gesetzliche Rechtswirkungen, besondere Gestaltungsformen, vertraglicher Inhalt, das rechtliche Schicksal des Erbbaurechts, Gegenleistung für das Erbbaurecht wie Vorkaufsrecht, Erbbauzins, Anpassungsklausel, das Erbbaurecht im Kosten- und Steuerrecht. Allein auf über 100 Seiten werden umfangreiche und detaillierte Vertragsmuster angeboten. Von der Begründung des Erbbaurechts über den vertraglichen Inhalt bis hin zu Verfügungen über das Erbbaurecht, den Erbbauzins und Veränderungen am Erbbaugrundstück und zur Beendigung des Erbbaurechts spannt sich der Bogen der Erläuterungen. Es tauchen Begriffe auf wie „Stillhalteerklärung“, „Gesamterbbaurecht“, „Untererbbaurecht“ und „Nachbarerbbaurecht“ oder „Obererbbaugrundbuch“ und „Heimfall“, die im Grundstücksverkehr keineswegs selbstverständlich sind. Die verschiedenen Musterformulierungen helfen dem Praktiker, sicher die Rechtsverhältnisse rund um das Erbbaurecht zu gestalten. Die Muster stehen zum Download zur Verfügung.

Aus dem umfangreichen Inhalt des Handbuchs sollen einige wenige Sachverhalte herausgegriffen werden. Bei der Begründung eines Erbbaurechts vertritt das Handbuch zu Recht die Meinung, dass zwar die schuldrechtliche Verpflichtung zur Bestellung eines Erbbaurechts nach § 11 Abs. 2 ErbbauRG i. V. m. § 311b Abs. 1 Satz 1 BGB beurkundet werden muss, die sachenrechtliche Einigung über die Erbbaurechtsbestellung nach § 873 BGB (§ 20 GBO) aber formlos möglich ist und nur für die Grundbucheintragung verfahrensrechtlich der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO bedarf (§ 5 Rn. 15, 41). Neben der Einigung ist die Eintragungsbewilligung nach §§ 19, 29 GBO erforderlich; diese kann aber, wie bei der Auflassung, konkludent in der Einigung enthalten sein (§ 5 Rn. 46). Vereinbarungen über eine aufschie-

bend bedingte Verlängerung (Verlängerungsoption) sind direkt in das Grundstücks-Grundbuch einzutragen; eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung nach § 874 BGB reicht nicht aus (§ 2 Rn. 143; OLG München DNotI-Report 2018, 190 = MittBayNot 2019 m. Anm. Winkler). Das Haben eines Bauwerks ist gemäß § 1 Abs. 1 ErbbauRG zwingender gesetzlicher Inhalt des Erbbaurechts. Ausführlich widmen sich die Verfasser deshalb der Art und Ausgestaltung des Bauwerks (§ 2 Rn. 7 ff; BGH Rpfleger 2020, 475 zu Mobilheim; OLG Hamm RNotZ 2013, 605 zu Golfspielplatz). Im Hinblick auf neue Wohnformen („Mobilheim“, „Tiny house“) hält das Handbuch daran fest, dass diese Formen einer Erbbaurechtsbestellung nicht grundsätzlich im Wege stehen (§ 2 Rn. 8). Das Handbuch stimmt der Meinung des BGH (DNotZ 2016, 375) zu, wonach die Begründung eines Erbbaurechts zugunsten einer Kommune und die Bestellung der Reallast als kreditähnliches Rechtsgeschäft als Ganzes der Genehmigung der Rechtsaufsichtsbehörde bedarf (§ 5 Rn. 49a).

Das Erbbaurecht kann zu Bruchteilen oder zu gesamten Hand bestellt werden. Strittig ist, ob die für das Schuldrecht zulässige, für das Grundstückseigentum aber unzulässige Gesamtberechtigung gemäß § 428 BGB gewählt werden kann, was die Autoren bejahen (§ 2 Rn. 124 ff.). Eingehend werden die besonderen Gestaltungsformen des Erbbaurechts behandelt, jeweils auf die Zulässigkeit, das Entstehen, die verschiedenen Rechtswirkungen und auf Streitfragen eingegangen. So herrscht Streit darüber, ob an einem Gesamterbbaurecht Wohnungs-/Teilerbbaurecht gebildet werden kann (bejahend § 3 Rn. 103). § 4 des Handbuchs befasst sich mit dem vertraglichen Inhalt des Erbbaurechts, insbesondere mit der Zustimmung des Grundstückseigentümers zur Veräußerung eines Erbbaurechts und einer sonst im Sachenrecht nicht vorkommenden Zustimmung zur Belastung mit Grundpfandrechten und Reallasten (§ 5 Abs. 2 ErbbauRG). Bei den Verfügungsbeschränkungen nach §§ 5 ff. ErbbauRG ist hinsichtlich der materiell- und formell-rechtlichen Wirkung zu unterscheiden (§ 14 ErbbauRG). Eine Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung lässt solche Verfügungsbeschränkungen dinglich wirksam entstehen. Sie sind aber wegen ihrer wichtigen Bedeutung für den Rechtsverkehr besonders auffällig zu machen, weshalb eine Direkteintragung im Erbbaugrundbuch nach der Ordnungsvorschrift des § 56 Abs. 2 GBV vorgeschrieben ist (§ 5 Rn. 57; BayObLG DNotZ 2002, 294 = Rpfleger 2002, 140). Ist als Inhalt des Erbbaurechts vereinbart, dass der Erbbauberechtigte zur Veräußerung des Erbbaurechts der Zustimmung des Grundstückseigentümers bedarf, dann wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist; das Handbuch schließt sich der Auffassung des BGH an (BGH DNotZ 2018, 440;

§ 4 Rn. 183). Fraglich ist, ob die Wirksamkeit einer durch den Eigentümer erklärten Zustimmung auch dann fort dauert, wenn es zu einem Wechsel in der Zustimmungsberechtigung gekommen ist (OLG München DNotZ 2021, 341).

Die Vereinbarung einer Gegenleistung für die Bestellung eines Erbbaurechts ist kein wesentliches Merkmal eines Erbbaurechtsvertrags. Überwiegend wird aber eine Gegenleistung vereinbart, die einmalig sein kann, aber auch in wiederkehrenden Leistungen für die ganze Dauer des Erbbaurechts bestehen; in diesem Fall spricht das ErbbauRG von Erbbauzins. Auf über 100 Seiten werden ausführlich alle Facetten (altes und neues Recht, Höhe, Wertsicherungsklausel, Änderung, Anpassung, Zwangsvollstreckung, Aufhebung) dieses reallastartigen subjektiv-dinglichen Rechts dargestellt, das nicht Inhalt des Erbbaurechts ist. Im Gegensatz zum Erbbaurecht als solchem besteht keine gesetzliche Regelung darüber, welchen Rang der Erbbauzins haben muss (§ 6 Rn. 34). Der Erbbauberechtigte kann sich wegen seiner Zahlungsverpflichtung hinsichtlich des Erbbauzinses persönlich der sofortigen Zwangsvollstreckung in einer notariellen Urkunde unterwerfen, allerdings ist eine dingliche Zwangsvollstreckungsunterwerfung (§ 800 ZPO) nicht möglich, da das Gesetz dies nur bei Grundpfandrechten zulässt (§ 6 Rn. 243). Das Werk bejaht das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung gemäß § 1822 Nr. 13 BGB bzw. ab 1.1.2023 § 1854 Nr. 7 BGB zu einer Stillhalterklärung. Da § 1643 Abs. 1 BGB bzw. ab 1.1.2023 § 1643 Abs. 5 BGB hierauf nicht verweist, greift beim Handeln von Eltern keine Genehmigungspflicht ein, wohl jedoch bei Vormund und Betreuer (§ 6 Rn. 269).

Das Erbbaurecht kann durch rechtsgeschäftliche Aufhebung oder Zeitablauf erlöschen, wobei allerdings für den Fall des Erlöschens durch Zeitablauf bedeutungsvolle Sonderregelungen bestehen, die dargestellt werden (§ 5 Rn. 204 ff.). So wird ein etwaiger Entschädigungsanspruch durch ein dingliches Recht eigener Art – reallastähnlich – in Abt. II des Grundbuchs gesichert und dies schon ohne Benennung eines konkreten Geldbetrages (§ 5 Rn. 237, 240; BGH DNotZ 2013, 850; OLG München DNotI-Report 2018, 190). Strittig ist, ob § 12 Abs. 3 ErbbauRG auch für subjektiv-dingliche Rechte zugunsten des Erbbaurechts an dritten Grundstücken gilt, insbesondere für ein Fahrrecht bzw. Leitungsrecht an einem Nachbargrundstück, was bejaht wird (§ 5 Rn. 256; BGH DNotZ 2012, 760). Das Handbuch empfiehlt der Notarpraxis die Bestellung entsprechender Dienstbarkeiten sowohl am Erbbaurecht und – ggf. aufschiebend bedingt auf dessen Erlöschen – am Erbbaugrundstück (ebenso *Oppermann* ZNotP 2012, 166). Zugestimmt wird dem BGH (DNotZ 2016, 448), dass einem Heimfallanspruch keine dingliche Wirkung zukommt; sind dessen Voraussetzungen bei einem früheren Erbbauberechtigten eingetreten, kann der Anspruch nicht gegen den Erwerber des Erbbaurechts geltend gemacht werden (§ 4 Rn. 92).

Die Autoren verstehen es, die komplizierten Sachverhalte verständlich darzustellen. Das Werk bleibt bei allen Problemkreisen des Erbbaurechts keine Antwort schuldig. Zu Recht kann sich deshalb das Werk auch an Mitarbeiter von Kirchen, Gemeindeverwaltungen und Kreditinstitute wenden. Das vorzügliche Handbuch führt den Nutzer zuverlässig durch die komplexe Rechtslage.



Familienrecht - Scheidung, Unterhalt, Verfahren

Von Kurt Johannsen / Dieter Henrich / Christoph Althammer,
7. Auflage – München, C.H. Beck 2020. Buch. Hardcover (in Leinen). XXXIII, 2892 Seiten.
199,- €. ISBN 978-3-406-75345-9.

Notarassessor Matthias Miller, Böblingen

Der von dem ehemaligen Richter am Bundesgerichtshof Professor Kurt Johannsen begründete Kommentar zum Familienrecht ist nun in siebter, leicht erweiterter und teilweise umfassend neu bearbeiteter Auflage erschienen. Bearbeitungsstand ist April 2020. Das Autorenteam hat sich zur siebten Auflage stark verändert. Fünf Autoren haben den Autorenkreis verlassen, neun Bearbeiter sind hinzugekommen.

Das Buch versteht sich als Praxiskommentar und enthält – nach eigener Aussage – „alle wichtigen Bestimmungen des Familienrechts“. Der Titel „Familienrecht“ ist in diesem Zusammenhang allerdings irreführend und gemeinsam mit dem Untertitel „Scheidung, Unterhalt, Verfahren“ zu lesen. Wer eine umfassende Kommentierung des Familienrechts erwartet, wird enttäuscht. Behandelt werden lediglich Scheidungs-, Unterhalts- und die dazugehörigen IPR- und Verfahrensfragen. Ausführungen zur Gü-

tergemeinschaft etwa erkennt man lediglich in wenigen Sätzen von *Kohlenberg* in BGB vor § 1372 Rn. 1, wobei etwa das Fortsetzungszeugnis nach § 1507 BGB überhaupt keine Erwähnung findet. Da das Werk bewusst nicht gesamte Familienrecht abdecken soll, fehlen ferner Ausführungen zum Eheschließungs-, Vormundschafts-, Verwandtschafts- und Betreuungsrecht.

Die kommentierten Stellen bestechen durch ihre Ausführlichkeit, gewissenhafte Recherche und die für die Praxis so wertvollen (Rechen-) Beispiele (z.B. bei *Hammermann* zu § 1578 Rn. 111, Rn. 136 und Rn. 153). Hilfreich sind ebenfalls die Ausführungen zu Sachverhalten mit Auslandsbezug. Obwohl der Stand des Werkes April 2020 ist, bleibt die Kommentierung zu Art. 15 EGBGB erhalten. Das erweist sich als kluge und bewusste Entscheidung, da Art. 15 EGBGB, obwohl er durch die EuGüVO ersetzt wurde, für Ehen, die vor dem 29.01.2019 geschlossen

wurden, weiterhin maßgeblich bleibt (*Henrich* Art. 15 EGBGB Rn. 1). Da die Kommentierung trotzdem nicht an Aktualität einbüßt, werden selbstredend die wichtigsten Vorschriften der EuGüVO durch den Herausgeber *Henrich* selbst bearbeitet.

Insgesamt ist die Kommentierung als Ergänzungswerk für Praktiker, die sich intensiv mit dem Familienrecht, insbeson-

dere Scheidungs- und Unterhaltsrecht befassen, zu empfehlen. Es liefert vielfältiges Argumentationsmaterial und unterstützt als umfassende Querschnittskommentierung von BGB, FamFG, ZPO, VersAusglG, GewSchG, EGBGB, EuGüVO und HUP in Auszügen den Rechtsanwender auch bei komplexen Fragestellungen.



Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts, Band 5, Verein - Stiftung bürgerlichen Rechts

Von *Beuthin, Volker/Gummert, Hans/Schöpflin, Martin* (Hrsg.),
Verlag C. H. Beck oHG, München, 5. Aufl. 2021, Hardcover (in Leinen), 2149 Seiten.
189,- €. ISBN 978-3-406-70505-2.

Notar Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg

Ein Kollege, dem ich von der Rezension zu dem vorstehenden Band zum Gesellschaftsrecht erzählt hatte, bemerkte süffisant, auf Vereine habe er keine Lust und von Stiftungen keine Ahnung.

Das Bonmot gefiel mir und so stelle ich es dieser Besprechung voran. Denn *cum grano salis* dürften sich viele Berufsträger in diesem Satz wiederfinden – was umso erstaunlicher ist, wenn man die Gegenstände berücksichtigt, die in ihrer Bedeutung für das Notaramt nicht überschätzt werden können.

In Deutschland gibt es über 600.000 Vereine (*Beuthin*, § 1 Rdnr. 2). Viele Menschen kommen bei der Vereinsarbeit zum ersten Mal mit einem Notar oder einer Notarin in Kontakt. Es handelt sich um einen Bereich, in dem nicht nur die „typische“ Notariats-Klientel vertreten ist, sondern in der alle Schichten der Bevölkerung den Berufsstand erleben können.

Für die notarielle Praxis besonders relevant sind die Ausführungen von Knof zum Registerrecht (§ 18). Nach § 21 BGB erlangt ein nicht-wirtschaftlicher Verein seine Rechtsfähigkeit durch Eintragung in das Vereinsregister des zuständigen Amtsgerichts. Beim Prozess der Gründung, aber auch bei Änderungen und schließlich der Löschung sind die Notare beteiligt und helfen als externe Rechtsantragstelle sowohl den Vereinen in der Kommunikation mit der „fernen Justiz“ als auch den staatlichen Behörden in der Filterung und rechtlichen Ordnung von Erklärungen aus der Laiensphäre. Korrektheit und Präzision ist von Nöten, da die Registergerichte über den reinen Wortlaut des § 60 BGB eine umfassende Prüfungspflicht haben (so auch Knof, § 18 Rdnr. 60).

Außerdem zur Lektüre empfohlen sind die Ausführungen des Kollegen *Waldner* zur Geschäftsführungsbefugnis und Vertretungsmacht (§ 28). Die Aktualität des Werks zeigt sich auch hier in dessen Rdnr. 25a ff., welche bereits auf die Auswirkungen des COVID-19-Gesetzes eingehen, welche noch dieses Jahr 2021 Wirkung entfalten werden. In der Praxis oft anstrengend

sind schließlich die Umwandlungsvorgänge bei Vereinen, in denen der Notar auf für ihn selbst meist unbekanntem Terrain oft auch ohne Unterstützung weiterer externer Berater korrekte und anspruchsvolle Rechtsberatung liefern muss. Während ein Nachtrag zum Beschluss einer kleinen GmbH zwar ärgerlich, aber verhältnismäßig unkompliziert möglich ist, kann dies bei Vereinen schon schwieriger sein. Auch Literatur ist deutlich weniger vorhanden als für „Standard-Umwandlungen“ aus dem sonstigen Gesellschaftsrecht. Dem Thema widmet sich auf fast 100 Seiten *Pathe*, dessen Ausführungen hilfreich sein können. Die folgenden umwandlungssteuerrechtlichen Fragen, über die der Notar natürlich nie beraten sollte, von *Gaffron/Koch*, runden den Komplex ab.

Das Stiftungsrecht hat Konjunktur. In Deutschland gibt es gegenwärtig über 22.700 Stiftungen, von denen mehr als die Hälfte in den vergangenen fünfzehn Jahren gegründet wurden (*Beuthin*, § 77 Rdnr. 3). Auf noch einmal 850 Seiten behandelt das Handbuch in den Kapiteln Grundlagen (14), Rechts- und Erscheinungsformen (15), Entstehung und Verfassung (16), Organe (17), Vermögen (18), Rechtsbeziehungen zu Dritten (19), Stiftungsaufsicht (20), Umwandlungen und Umstrukturierungen (21), sowie Insolvenz, Aufhebung und Auflösung, Liquidation von Stiftungen (22). Eine Abhandlung zum internationalen Stiftungsrecht (23) rundet die Betrachtung ab.

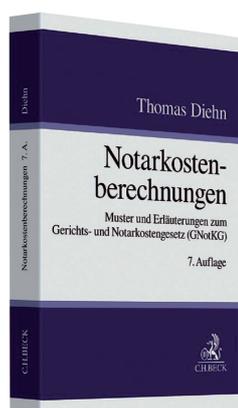
Die Ausführungen eignen sich sowohl für die Notarin oder den Notar, der zum ersten mal mit dem Institut der Stiftung zu tun hat, als auch für die Kollegin oder den Kollegen, der sich bereits mit Familienstiftungen (§ 80) und Unternehmensverbundenen Stiftungen (§ 81) auskennt und ein umfassendes Nachschlagewerk sucht. Für den Gesellschaftsrechtler spannend sind die Ausführungen zur Stiftung & Co., bei der die Stiftung – analog zur GmbH & Co. KG – als Komplementärin der KG in Erscheinung tritt. Ein Phänomen, das es 86 Mal in Deutschland gibt – so ist etwa die NORMA Unternehmensstiftung (eingetragen im Handelsregister des AG Fürth unter HRA 9777) die persönlich haftende Gesellschafterin einer KG – das aber immer noch nicht

höchstrichterlich abgesegnet ist und dessen Zulässigkeit von Teilen der Literatur sogar noch bestritten wird (zum Meinungsstand mit weiteren Nachweisen, *Gummert*, § 82 Rdnr. 4 ff., der selbst von der Rechtmäßigkeit der Gesellschaftsform ausgeht).

Die neueste Entwicklung zur Stiftungsrechtsreform, die im Juli 2021 verkündet wurde (BGBl. I, S. 2947), konnte wegen der Aktualität noch nicht berücksichtigt werden. Da die Reform jedoch erst in den kommenden Jahren schrittweise zwischen 2023 und

2026 in Kraft treten wird, bleiben die Ausführungen in dem Buch für die heutige *lex lata* weiterhin gültig.

Als Band 5 der Reihe Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts steht der Band ohnehin in den meisten Notariaten und wird bei den jeweiligen Aktualisierung des Gesamtwerks angeschafft. In den Materien, die der Notar zwar gelegentlich zu bearbeiten hat, die aber nicht das *daily business* bilden, ist es ein verlässlicher Partner.



Notarkostenberechnungen. Muster und Erläuterungen zum Gerichts- und Notarkostengesetz (GNotKG)

Von *Dr. Thomas Diehn*,

Verlag C.H. Beck, München, 7. Auflage 2021, Softcover, 512 Seiten.

39,- €. 978-3-406-76922-1.

Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Lahr/Schwarzwald

Mit jeder neuen Auflage wächst das beliebte Standardwerk zum notariellen Kostenrecht um viele weitere praxisrelevante Musterberechnungen. Aus dieser Fülle an konkreten Einzelfällen ist mittlerweile ein umfangreiches Nachschlagewerk entstanden, das in der Lage wäre, in der Bibliothek des Notars auch einen Kommentar zum GNotKG zu ersetzen. Von einem Nachschlagewerk darf man durchaus sprechen, da sich die Musterberechnungen vollkommen unabhängig voneinander lesen lassen. Wer im notariellen Alltag eine konkrete Problemstellung nachschlagen will, ist nicht gezwungen, alle Beispielsberechnungen durchzugehen, sondern erhält bereits anhand einer Berechnung fundierte Auskunft. Fast jede Rechnung ist vollständig bis hin zu den komplizierten Dokumentenpauschalen ausgearbeitet. Da die korrekte Handhabung der Dokumentenpauschale im notariellen Alltag viel Zeit beansprucht, liest sich die Kritik *Diehns* hieran (Rn. 153 ff.) mit großer Zustimmung.

Wer einen Überblick gewinnen möchte, welche Ergänzungen das Werk in der siebten Auflage erfahren hat, wird bereits im Vorwort fündig. Alle wichtigen Änderungen werden mit den jeweiligen Fundstellen aufgelistet. Viele Änderungen sind dem Kostenrechtsänderungsgesetz 2021 geschuldet. Wie gewohnt wird auch die seit der Voraufgabe ergangene Rechtsprechung in die Musterberechnungen eingepflegt. Besonders hervorzuheben ist, dass auch die Anmerkungen aus den Online- und Präsenzkursen *Diehns* aufgegriffen werden. So hat sich in der notariellen Praxis mehrfach die Frage gestellt, wie kostenmäßig mit unvollzogenen Verträgen umzugehen ist. Wird beispielsweise zunächst ein Übergabevertrag und anschließend ein Testament beurkundet, muss man abwägen, ob der übergebene Grundbesitz noch zum modifizierten Reinvermögen des Testierenden zählen kann (Rn. 1667 ff.). Ständig aktualisierte Hinweise aus der Praxis finden sich begleitend unter www.gnotkg.de, was einen echten Austausch zu den Musterberechnungen ermöglicht. Es liegt in der Natur der Sache, dass ein vollständig fehlerfreies Werk mit Musterberechnungen illusorisch ist. Dass der Leser ausdrücklich

zu Rückmeldung ermutigt wird und diese auch erhält, bietet eine einzigartige Unterstützung bei auftauchenden Fragen zu den Musterberechnungen.

Wird der Rechtsanwender im notariellen Alltag um eine Kostenschätzung gebeten, so liegt die Frage nach den Grundbuchkosten ebenfalls nicht fern. Die Hinweise auf die Grundbuchkosten am Ende jeder Musterberechnung bieten so einen echten Mehrwert, zumal die Berührungspunkte mit den Grundbuchkosten im notariellen Bereich nicht alltäglich sein dürften. Dank der vielen Beispielsfälle können die Musterberechnungen ohne Weiteres auf den eigenen Fall übertragen werden. Selbst wenn der eigene Fall so speziell sein sollte, dass die Musterberechnung nicht uneingeschränkt übernommen werden kann, erhält der Leser über die vielen Abwandlungen und Variationen genug Anhaltspunkte, um eine eigene Einschätzung bilden zu können.

Aus der Fülle an Musterberechnungen sollen einige wenige exemplarisch vorgestellt werden.

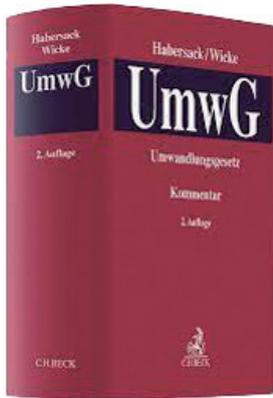
Bei einer GmbH stellt sich der zeitliche Ablauf einer typischen Barkapitalerhöhung wie folgt dar: Nachdem der Kapitalerhöhungsbeschluss nebst entsprechender Satzungsänderung beurkundet wurde, übermittelt der Notar die Handelsregisteranmeldung – jedoch erst gegen Nachweis der Einzahlung des Erhöhungsbetrages. Wurde sodann die Kapitalerhöhung eingetragen, übermittelt der Notar dem Registergericht die neue Gesellschafterliste. Während die Kostenberechnung zur Handelsregisteranmeldung keine größeren Schwierigkeiten bereitet und hier die „XML-Gebühr“ nahezu einhellig beachtet wird, stellt sich dies für die Kostenberechnung zum Kapitalerhöhungsbeschluss anders dar. Entsteht die „XML-Gebühr“ für die Einreichung der Liste, die ihrerseits bei entsprechender Erstellung durch den Notar eine Vollzugstätigkeit darstellt (so Rn. 1258)? Vergegenwärtigt man sich den zeitlichen Ablauf der Kapitalerhöhung, so liegt es schon danach nahe, dass Anknüpfungspunkt der „XML-Gebühr“

für die Einreichung der Liste der Kapitalerhöhungsbeschluss ist, während es für die entsprechende Satzungsänderung auf die Handelsregisteranmeldung ankommt.

Einen anderen typischen Fall bei der GmbH stellt die Anteilsabtretung dar. Soll der Notar weisungsgemäß die neue Gesellschafterliste erst einreichen, wenn die Kaufpreiszahlung nachgewiesen wurde, kommt bekanntlich eine Betreuungsgebühr zum Tragen. Bei sofortiger dinglicher Wirksamkeit der Anteilsabtretung, ist der Ansatz von KV 25104 (Tatsachenbescheinigung)

weniger bekannt, aber möglich und wegen der Tragweite der Bescheinigung nach § 40 Abs. 2 S. 2 GmbHG auch sachgerecht (Rn. 1318).

Die vorgestellten Musterberechnungen zeigen, dass im notariellen Kostenrecht einige Fallstricke zu beachten sind und Gebührenatbestände leicht vergessen werden können. Insofern kommt man nicht umhin, die Musterberechnungen *Diehns* vergleichend heranzuziehen. Diehns Notarkostenberechnungen kann man im Ergebnis nicht nur empfehlen, man muss es.



Umwandlungsgesetz

Von Habersack/Wicke (Hrsg.),
Verlag C.H. Beck, München, 2. Auflage 2021, Hardcover (In Leinen), 2949 Seiten.
219,- €. ISBN 978-3-406-75895-9.

Notarassessor Alkan Atak (Schwäbisch Hall)

Mit der zweiten Auflage wurde Ende 2020 ein weiterer „Klassiker“ im Umwandlungsrecht neu aufgelegt. Die wesentlichen gesetzlichen Neuregelungen, wie etwa das vierte Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (4. UmwGÄndG), das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrichtlinie (ARUG II) und das Gesetz über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID- 19- Pandemie, wurden eingearbeitet, wobei die Folgen für die Umwandlungsrechtspraxis anschaulich dargestellt werden.

Auch die in der Zwischenzeit zur ersten Auflage ergangene obergerichtliche bzw. höchstrichterliche Rechtsprechung wurde berücksichtigt. *Klett* stellt sich beispielsweise bei § 122a UmwG Rn. 17 gegen die vom OLG Saarbrücken (Beschluss v. 07.01.2020 – 5W 79/19 – NZG 2020, 390, 391) vertretene Ansicht zur entsprechenden bzw. analogen Anwendbarkeit der §§ 122a ff. UmwG bei einem grenzüberschreitenden Formwechsel.

In der Tat ist die analoge Anwendbarkeit der §§122a ff. UmwG kaum begründbar, da es wohl an einer Planwidrigkeit der Regelungslücke mangelt, wenn der deutsche Gesetzgeber mit den §§ 122a ff. UmwG die konkreten Vorgaben der sog. *Kapitalgesellschaften-Verschmelzungsrichtlinie* (RL 2005/56/EG) umsetzen wollte, die lediglich grenzüberschreitende Verschmelzungssachverhalte erfasst (s. Art. 1 der Richtlinie).

Auch das sog. *Company-Law-Package*, welches mit der sog. *Mobilitätsrichtlinie* und der sog. *Digitalisierungsrichtlinie* die Gesellschaftsrechtsrichtlinie abändert, hat in den Kommentar Eingang gefunden. Die Autorinnen und Autoren befassen sich an verschiedenen Stellen mit dem *Company Law Package*,

insbesondere mit der *Mobilitätsrichtlinie*, wie es etwa bei der Kommentierung von *Klett* bei § 122a UmwG Rn. 13 der Fall ist. Die Darstellungen hierzu konzentrieren sich jedoch auf einen groben Überblick des *Company-Law-Package*. Da bereits mit der Umsetzung der *Kapitalgesellschaften Verschmelzungsrichtlinie* die Zahl grenzüberschreitender Verschmelzungsvorgänge zugenommen hatte (von 2007 bis 2012 wurden insgesamt 381, im Jahr 2008 noch 48 und im Jahr 2012 bereits 101 grenzüberschreitende Verschmelzungen rechtswirksam, s. www.boeckler.de/pdf/mbf_2013_06_verschmelzungen_bayer.pdf, Seite 7), ist zu erwarten, dass auch die Zahl der (weiteren) grenzüberschreitenden Umwandlungsvorgänge, wie etwa grenzüberschreitende Formwechsel, stark zunehmen wird. Nicht zwingend notwendig jedoch wünschenswert wäre es daher gewesen, auf die wesentlichen Inhalte der Richtlinien einzugehen, die das Gesellschaftsrecht und damit auch das Umwandlungsrecht in den kommenden Jahren maßgeblich prägen werden, insbesondere im Hinblick auf die umwandlungsspezifischen Form- und Verfahrensvorschriften sowie den Schutz von *Stakeholdern* (zu denen Gläubiger, Gesellschafter und Arbeitnehmer gehören) oder Minderheitsgesellschaftern.

Die Aufarbeitung dieser Themenbereiche bleibt daher wohl der nächsten Auflage vorbehalten; bis dahin sollten die Vorschriften zur Umsetzung der *Mobilitätsrichtlinie* in geltendes deutsches Umwandlungsrecht gegossen sein (Ablauf der Frist zur Umsetzung gem. Art. 3 Abs. 1 UAbs. 1 RL 2019/2121/EU: 31. Januar 2023).

Insgesamt kann festgehalten werden, dass dieses Werk uneingeschränkt sowohl der Rechtslehre als auch der Rechtspraxis empfohlen werden kann.



Gesellschaft bürgerlichen Rechts und Partnerschaftsgesellschaft

Von *Ulmer, Peter / Schäfer, Carsten*,

Verlag C.H. Beck, München, 8. Auflage 2021, Buch, Hardcover (in Leinen), XXX, 706 Seiten. 109,- €. ISBN 978-3-406-76826-2.

Notarassessor Matthias Miller, Böblingen

Die „Ulmer/Schäfer“ wirkt auf den ersten Blick wie ein eigenständiger Kommentar zum Personengesellschaftsrecht (GbR und PartGG). Dem ist aber nicht so. Er ist als Sonderausgabe aus Band 7 (Schuldrecht Besonderer Teil IV) des Münchener Kommentars zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 8. Auflage, herausgelöst.

Wie die Kommentierung im Münchener Kommentar stammt auch der hier zu rezensierende Kommentar seit dieser Auflage aus der Feder des im Personengesellschaftsrecht nicht unbekannt und dogmatisch versierten Mannheimer Rechtslehrers *Carsten Schäfer*. Für Notare mag die Meinung *Schäfers* interessant sein, dass sich Notare zu Partnerschaftsgesellschaften zusammenschließen dürfen, obwohl im Katalog des § 1 Abs. 2 PartGG Notare nicht erwähnt sind (§ 1 PartGG Rn. 49, 81). Damit stellt sich *Schäfer* mutig gegen die überwiegende Ansicht im notariellen Berufsrecht und in der Rechtsprechung, macht aber deutlich, dass seine Auffassung zwar teilweise geteilt wird, aber nicht gefestigter Meinungsstand ist.

Losgelöst von notarberufsrechtlichen Spitzfindigkeiten profitiert das Werk insgesamt in unschätzbare Weise von der Konzeption, Argumentationstiefe und Präzision zu sämtlichen Fragen des Personengesellschaftsrechts. *Schäfer* kann da-

bei auf die Erfahrung und das theoretische Verständnis von *Peter Ulmer* bauen, der von der ersten bis zur siebten Auflage die Kommentierung (mit-)prägte. Entstanden ist ein Buch, das seinesgleichen sucht. Der Leser bestaunt eine umfassende Kommentierung zum Recht der GbR und der PartG, findet zu sämtlichen relevanten Fragen, seien sie auch noch so theoretischer, dogmatischer oder praktischer Natur, einschlägige Antworten und kann so treffsichere Lösungsvorschläge erarbeiten. Beispielhaft kann in diesem Zusammenhang auf die Ausführungen zur Beschlussfassung in der GbR hingewiesen werden (§ 709 BGB Rn. 71 ff.). Kaum an einer anderen Stelle in dem Kommentar zeigt sich in so überzeugender Deutlichkeit, was dieses Werk ausmacht. Selbstverständlich werden Rechtsprechung und Literatur umfänglich ausgewertet. *Ulmer/Schäfer* bleiben aber hier nicht stehen, sondern tauchen ein in tiefgehende dogmatische Begründungen, ordnen die Beschlussfassung in einen größeren Zusammenhang ein und systematisieren die Rechtsfragen zielsicher.

Die Symbiose von theoretischer Tiefe und praktischer Tauglichkeit gelingt nur den allerwenigsten Autoren und lässt den „Ulmer/Schäfer“ zum Standardkommentar im GbR und PartG-Recht aufsteigen.



Beck'sche Handbuch der Personengesellschaften - Gesellschaftsrecht, Steuerrecht -

Von *Prinz/Kahle (Hrsg.)*,

Verlag C.H. Beck, München, 5. Auflage 2020, Hardcover (In Leinen), 1788 Seiten. 209,- €. ISBN 978-3-406-74199-9.

Notarassessor Alkan Atak (Schwäbisch Hall)

Nach knapp fünf Jahren ist das Beck'sche Handbuch der Personengesellschaften nun in fünfter Auflage erschienen. Neben zahlreichen gesetzlichen Neuerungen wurde auch (höchststrichterliche) Rechtsprechung, die bis zum September/Oktobre 2019 ergangen ist, in das Werk eingearbeitet.

Neu dazugekommen ist das Kapitel § 26 „Ertragsbesteuerung von Umstrukturierungen außerhalb des Umwandlungssteuergesetzes“, in dem *Wildermuth/Hiller* ausführlich das Problem der Aufdeckung stiller Reserven bei solchen Umstrukturierungsmaßnahmen behandeln und Lösungsmöglichkeiten für die Rechtspraxis aufzeigen.

Maßgeblich abgeändert wurde das bisherige Kapitel „Gewinnermittlung und Besteuerung“; hieraus wurden die Kapitel „Steuerrechtliche Rechnungslegung“ und „Besteuerung von Personengesellschaften“. Damit wird der steuerrechtlichen Rechnungslegung, wie bei der handelsrechtlichen Rechnungslegung auch (§ 5 des Handbuchs), ein eigenes Kapitel gewidmet. Dieser Punkt ist sehr positiv zu bewerten, da, auch wenn sich steuerrechtliche und handelsrechtliche Rechnungslegung einander ähneln, sich doch sehr große Unterschiede ergeben können. Alleine die Existenz des § 274 HGB zeigt die Notwendigkeit für eine genaue Betrachtung und Differenzierung von steuerrechtlicher und handelsrechtlicher Rechnungslegung, da diese Norm die Steuerlatenzierung und damit, wie *Kahle/Hiller* bei § 5 Rn. 135 sehr schön ausführen, künftige Steuerbe- und entlastungen aufgrund von Buchwertunterschieden zwischen Handels- und Steuerbilanz, die sich in Zukunft ergeben, erfasst. Hierzu führen die Herausgeber des Handbuchs *Prinz* und *Kahle* im Vorwort zur neuen Auflage bereits aus, dass die steuerrechtliche Rechnungslegung zunehmend abweichende Details mit Systembrüchen im Verhältnis zur handelsrechtlichen Rechnungslegung und damit den Grundsätzen ordnungsgemäßer Buchführung aufweist.

Mit dem Kapitel „Besteuerung von Personengesellschaften“ werden sehr interessante Themen wie etwa die Gewerbesteuer bei Personengesellschaften näher beleuchtet. Besonders erfreulich ist in diesem Zusammenhang, dass mit Kapitel § 7 Unterkapitel E „vermögensverwaltende Personengesellschaften“ ein sehr praxisrelevanter Abschnitt dazugekommen ist, da die Verwaltung von Vermögen bei Gesellschaften nicht nur wegen der Gewerbesteuerentlastung sehr praxisrelevant ist. *Kahle* führt die Leserschaft durch wesentliche Fragestellungen zur Besteuerung der Gesellschafter von vermögensverwaltenden Personengesellschaften und gibt hierzu Antworten, die mit zahlreichen höchstrichterlichen Entscheidungen belegt sind.

Als Fazit kann daher festgehalten werden: Das Werk hat an seinem klar strukturierten Aufbau festgehalten. Mit den genannten neuen Kapiteln werden der Rechtspraxis zahlreiche Lösungsmöglichkeiten zu häufig auftretenden Problemen im Kontext von Personengesellschaften an die Hand gegeben. Die Leserschaft profitiert hierbei von der Expertise und Erfahrung ihrer Autorenschaft, sodass das Handbuch uneingeschränkt zu empfehlen ist.

Standesnachrichten

Ernennungen:

Mit Wirkung vom 1. August 2021 wurde Herr Heinrich Berchtold mit dem Amtssitz in Geislingen an der Steige zum Notar ernannt.

Mit Wirkung vom 1. September 2021 wurde Herr Kilian Kleine mit dem Amtssitz in Heilbronn zum Notar ernannt.

Amtsniederlegung:

Mit Ablauf des 31. Juli 2021 ist Herr Rechtsanwalt und Notar Gerhard Bahmann, Ludwigsburg aus dem Notaramt ausgeschieden.

NOTRV

Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

Ausschreibung

des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2022

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. in Würzburg
setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit
auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2022

bei der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei gedruckten Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) sowie als pdf-Datei an notrv@dnoti.de einzureichen (maßgebend ist der Eingang).

Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preiserhalts zur Archivierung der Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2023 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor.

Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt. Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

