

BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

6 | 2021

Dezember 2021

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTLEITUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

Ermöglicht ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB die Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts "mit dem Rang vor jenem Recht"?
von Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Notar, Freiburg i.Br.
und Ludger Hofstetter, Richter am Amtsgericht a.D., Freiburg i.Br. 434

Der bedingte Übertragungsvertrag bei Erwerb eines Eigenheims
durch nichteheliche Lebenspartner
von Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor /
Zert. Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart 445

Die strittige bzw. nicht feststellbare Grenze im Liegenschaftskataster
und Grundbuch – Ein Plädoyer für die Darstellung strittiger bzw. nicht
feststellbarer Grenzen im Grundbuch
von Harald Wilsch, Bezirksrevisor am Grundbuchamt München 451

RECHTSPRECHUNG

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 03.08.2021 – II ZR 123/20
Zur Haftung von Kommanditisten im Insolvenzverfahren
von Tochterunternehmen 464

KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 05.10.2021 – 22 W 67/21
Notwendigkeit einer inländischen Geschäftsanschrift
bei der Gründung der GmbH 479

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 11.08.2021 – XII ZB 18/21
Gemeinschaftliche Volljährigenadoption durch ein Ehepaar 481

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 16.07.2021 – V ZR 119/20
Kaufentscheidung aufgrund einer öffentlichen
Äußerung des Verkäufers 488

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 19.03.2021 – V ZR 44/19
Zahlung eines Entgelts für die Ausübung der Dienstbarkeit 491

STEUERRECHT / ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats
vom 03. November 2021 - 1 BvL 1/19
Festsetzungsverjährung bei Erschließungsbeiträgen 504

Datenschutz speziell für Notare



Ich habe mich auf den Datenschutz für Notare in Baden-Württemberg und Bayern spezialisiert.

Ich biete

- Kernkompetenzen in Datenschutz, IT-Sicherheit und Organisation
- Jahrzehntelange Erfahrung in diesen Bereichen
- Eine Vielzahl von Referenzen im Notarbereich
- Überprüfte Dokumentationen bei meinen Kunden durch LDSB und Amtsprüfung

Ihre Vorteile:

- Ihre Tätigkeiten und Abläufe sind mir bekannt
- Ich kenne ihre Programme (NOAH, TriNotar, ARNOtop, ...) und ihre Systemhäuser
- Erstellung aller notwendigen Unterlagen (Verfahrensverzeichnis, TOMs, ...)
- Persönliche Betreuung im Datenschutz
- Direkter Ansprechpartner

Datenschutz zum fairen Preis !

Hubert Rommel

Externer Datenschutzbeauftragter



Mitglied im Berufsverband
der Datenschutzbeauftragten
Deutschlands e.V.

Kapellenstraße 56
88471 Laupheim

Tel.: 07392 / 96 44 880
Mail: Info@EOS-HR.de

87. BAND

BWNotZ

AUSGABE 6|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 Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford), Notar, Freiburg i.Br. und Ludger Hofstetter, Richter am Amtsgericht a.D., Freiburg i.Br. Ermöglicht ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB die Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts "mit dem Rang vor jenem Recht"?	434
Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor/ Zert. Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart Der bedingte Übertragungsvertrag bei Erwerb eines Eigenheims durch nichteheliche Lebenspartner	445
Von Harald Wilsch, Bezirksrevisor am Grundbuchamt München Die strittige bzw. nicht feststellbare Grenze im Liegenschaftskataster und Grundbuch - Ein Plädoyer für die Darstellung strittiger bzw. nicht feststellbarer Grenzen im Grundbuch	451

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

OLG Brandenburg (7. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2021 - 7 W 70/21	455
LG Bremen (4. Zivilkammer), Beschluss vom 19.08.2020 - 4 T 396/19	457
LG Lübeck (7. Zivilkammer), Beschluss vom 05.11.2021 - 7 OH 21/21, 7 OH 22/21	457

ERBRECHT

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 03.11.2021 - 31 Wx 110/19	460
OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 03.11.2021 - 31 Wx 166/21, 31 Wx 179/21	463

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 03.08.2021 - II ZR 123/20	464
OLG München (7. Zivilsenat), Beschluss vom 18.05.2021 - 7 W 718/21	470
KG (22. Zivilsenat), Beschluss vom 05.10.2021 - 22 W 67/21	479

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 11.08.2021 - XII ZB 18/21	481
--	-----

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 16.07.2021 - V ZR 119/20	488
BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 19.03.2021 - V ZR 44/19	491
KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2021 - 1 W 342/21	495
KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2021 - 1 W 343/21	499
OLG Köln, Beschl. v. 5.7.2021 - 2 Wx 183/21	502

STEUERRECHT / ÖFFENTLICHES RECHT

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 03. November 2021 - 1 BvL 1/19	504
FG Münster (8. Senat), Urteil vom 23.09.2021 - 8 K 1125/17 GrE	519

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz (WEG), 7. Auflage (Besprechung von Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz) ...	528
2. Hügel, Wohnungseigentum, 5. Auflage (Besprechung von Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz) ...	529
3. Müller-Engels, Beurkundungsgesetz BeurkG (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	530
4. Schippel/Görk, Bundesnotarordnung BNotO, 10. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	531
5. Frenz/Miermeister, Bundesnotarordnung BNotO, 5. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	532
6. Becker, NotarFormulare Erbscheinsverfahren (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	532
7. Waldner, GNotKG für Anfänger, 10. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	533
8. Oetker, Handelsgesetzbuch HGB, 7. Auflage (Besprechung von Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz) ...	534
9. Grüneberg (vorm. Palandt), Bürgerliches Gesetzbuch, 81. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	534

ABHANDLUNGEN

Ermöglicht ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB die Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts "mit dem Rang vor jenem Recht"?

Dr. Johann Andreas Dieckmann, M.St (Oxford)
Ludger Hofstetter

I. Einleitung	435	III. Allgemeines zum Rangvorbehalt nach § 881 BGB	440
1) Bedeutung des Rangs beschränkt dinglicher Rechte und Mittel seiner Beeinflussung	435	1) Was ist der Rangvorbehalt?	440
2) Der „ursprüngliche Neubestellungs-Vorrangvorbehalt“ nach dem Wortlaut des § 881 Abs. 1 BGB als Grundfall der lückenhaften Vorschrift	435	2) Was regelt das Gesetz in § 881 BGB ausdrücklich?	440
3) Der „rangwahrende Änderungsvorbehalt“ als Gegenstand des Beitrags	436	3) Was regelt das Gesetz in § 881 BGB nicht ausdrücklich und wird doch angewendet?	440
II. Bedarf für einen „rangwahrenden Änderungsvorbehalt“ – zwei Beispielfälle	436	4) Mangel des Rangvorbehalts: Er greift nur beim Vorbehaltsrecht und hat keine Vormerkungswirkung	441
1) Die änderungsbedürftige Grunddienstbarkeit zur Mitbenutzung der Tiefgaragenzufahrt	436	IV. Erörterung der Frage, ob ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB die Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts ermöglicht	441
a) Der Beispielfall	436	1) Übersicht	441
b) Durchführung der Änderung	436	2) Der Wortlaut der Vorschrift	441
c) Bedarf für rangwahrenden Änderungsvorbehalt	437	3) Vergleichbarkeit des Ursprungsfalls des § 881 BGB und der Fälle seiner erweiternden Anwendung/Auslegung	441
2) Das änderungsbedürftige Erbbaurecht: Bedarf und Möglichkeit der Änderung des Inhalts eines Erbbaurechts (insbesondere Verlängerung)	437	4) Bedürfnis für erweiternde Auslegung von § 881 BGB wegen des Erstrangzwangs des Erbbaurechts (§ 10 ErbbauRG)	442
a) Einleitung	437	5) Löschung und Neubestellung des vorbehaltenen Rechts als aufwändige (und überflüssige) Alternative	442
b) Beispielfall	437	6) Rangvorbehalt als „Stück vorbehaltenen Eigentumsrechts“ und Interessen des Inhabers des Vorbehaltsrechts	443
c) Durchführung der Änderung	438	7) Vergleichsfall § 5 Abs. 4 WEG	443
d) Bedarf für rangwahrenden Änderungsvorbehalt	438	V. Zusammenfassung	443
e) Der Änderungsbedarf beim Erbbaurecht	438		
aa) Änderungsbedarf ist Regelfall bei jedem Erbbaurecht	438		
bb) Änderungsbedarf beim vertraglich bestellten Erbbaurecht („Vertragserbbaurecht“)	438		
cc) Änderungsbedarf beim Eigentümer-Erbbaurecht	439		
dd) Änderungsbedarf und hohe Dichte der Grundstücksbelastung durch Versorgungsdienstbarkeiten und ähnliches in modernen Wohngebieten	439		

I. Einleitung

1) Bedeutung des Rangs beschränkt dinglicher Rechte und Mittel seiner Beeinflussung

Das Rangverhältnis mehrerer zulasten des gleichen Grundstücks im Grundbuch eingetragener beschränkt dinglicher Rechte ist von besonderer Bedeutung. Dies gilt gleichermaßen für die Inhaber der Rechte wie auch für den Eigentümer.

Vorrangige Rechte genießen Vorrechte. Das gilt insbesondere im Recht der Zwangsversteigerung. Ein rangbesseres Grundpfandrecht hat mehr Aussicht auf Befriedigung im Fall der Erlösverteilung als ein rangschlechteres. Vorrangige Grundpfandrechte können, wenn sie ins geringste Gebot fallen, bei Versteigerung bestehen bleiben. Rechte, die im Nachrang hinter dem Recht stehen, aus dem der Gläubiger die Zwangsvollstreckung betreibt, erlöschen dagegen.

Das Rangverhältnis solcher beschränkt dinglichen Rechte untereinander kann in verschiedener Weise bestimmt und geändert werden. Grundbuchverfahrensrechtlich kann das Rangverhältnis durch die Reihenfolge der Antragstellung auf Eintragung im Grundbuch gesteuert werden. Nach § 17 GBO darf die später beantragte Eintragung nicht vor der Erledigung des früher gestellten Antrags erfolgen. Rangbestimmungen bei gleichzeitiger Eintragung sind ebenso möglich wie nachträgliche Rangänderungen nach § 880 BGB. Rangwährend ist auch die Eintragung einer Vormerkung, die nach § 883 Abs. 3 BGB den Rang des Rechts bestimmt, auf dessen Einräumung der Anspruch, den sie sichert, gerichtet ist. Ein weiteres Mittel zur Beeinflussung des Rangs gewährt das Gesetz mit dem in § 881 BGB niedergelegten sogenannten „Rangvorbehalt“. Danach kann der Eigentümer sich bei der Belastung des Grundstücks mit einem Recht die Befugnis vorbehalten, ein anderes, dem Umfang nach bestimmtes Recht mit dem Rang vor jenem Recht eintragen zu lassen. Nach § 881 Abs. 2 BGB bedarf der Vorbehalt der Eintragung in das Grundbuch. Dabei muss die Eintragung bei dem Recht erfolgen, das zurücktreten soll. Dieses Recht wird in der Literatur als „Vorbehaltsrecht“ bezeichnet¹. Wird das Grundstück veräußert, so geht die vorbehaltene Befugnis auf den Erwerber über, § 881 Abs. 3 BGB. Sie wird in der Kommentarliteratur zwar nicht als wesentlicher Bestandteil des Grundstücks im Sinn von § 96 BGB verstanden². Sie kommt dem aber jedenfalls nahe.

¹ Ulbrich, MitRhNotK 1995, 289, 299. Brand/Schnitzler Die Grundbuchsachen in der gerichtlichen Praxis, 8. Aufl., 2013, S. 135.

² Vgl. BeckOK BGB/Fritzsche, 58. Ed. 1.5.2021, BGB § 96 Rn. 2-6; Palandt-Ellenberger, 80. Aufl., 2021, § 96 Rn. 1 – 3; MüKoBGB/Stresemann, 8. Aufl., 2018, BGB § 96 Rn. 2-3.

Die besondere Wichtigkeit des Rangs und die Bedeutung, die der Gesetzgeber dem Vorbehalt beigemessen hat, ist aus der systematischen Stellung im 3. Buch des BGB (Sachenrecht) ersichtlich. Die Vorschrift findet sich sozusagen weit vorne bei den allgemeinen Vorschriften über Rechte an Grundstücken.

Nach den grundlegenden Vorschriften über den Erwerb von Rechten an Grundstücken durch Einigung und Eintragung (§ 873 BGB), der grundbuchtechnisch eleganten Ermöglichung der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (§ 874 BGB), den Vorschriften über die Aufhebung eines Rechts an einem Grundstück (§§ 875, 876 BGB) und den Vorschriften über die Änderung des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück (§ 877 BGB) finden sich nur getrennt durch § 878 BGB sogleich die Regelungen über das Rangverhältnis mehrerer Rechte, die Rangänderung, § 880 BGB, und eben der **Rangvorbehalt**, § 881 BGB.

Während viele Teile des Sachenrechts des Bürgerlichen Gesetzbuchs von 1900 fein ziseliert, strukturiert und exakt formuliert sind, hat sich der Gesetzgeber beim Rangvorbehalt vergleichsweise wenig genau ausgedrückt. Dies zeigt sich an der Vielzahl an erweiternden Auslegungen, die Rechtsprechung im Fallrecht und Literatur anhand der Vorschrift vorgenommen haben³.

2) Der „ursprüngliche Neubestellungs-Vorrangvorbehalt“ nach dem Wortlaut des § 881 Abs. 1 BGB als Grundfall der lückenhaften Vorschrift

Dem historischen Gesetzgeber stand der einfache Fall vor Augen: Der Eigentümer möchte rechtsgeschäftlich sein Grundstück mit einem Recht belasten. Bereits bei der Belastung rechnet er mit dem späteren Bedürfnis der Eintragung eines anderen bestimmten Rechts, das Rang vor dem ersten erhalten soll. Hierfür behält er sich die Befugnis vor, einen Vorrang zu begründen. Meist findet sich das Beispiel des Vorbehalts für ein vorrangiges Grundpfandrecht⁴, so auch schon in den Motiven zum BGB⁵. Bei der Restkaufpreishypothek beim Erwerb des Bauplatzes – die Motive nennen ihn „Baustelle“⁶ – durch einen Käufer, der nicht genug Eigenkapital für den Grundstückskaufpreis hat, soll ein Rangvorbehalt für die Sicherung des Baudar-

³ Vgl. unten unter III 3.

⁴ BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 881 Rn. 1; BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn. 1; MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 1 f; Fabricius, DRpf 1956, 155, 156; Schreiber, Jura 2006, 502, 504; und die Behandlung bei Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., 2020 Rn. 2128 f bei der Hypothekenbestellung. BGHZ 12, 238; zitiert nach juris (Rn 41).

⁵ Mugdan III Motive: 129 f, Protokolle 556, Denkschrift 969 f. Entwurf I § 842 sah das auch als Regelfall im Wortlaut vor (Mugdan III Seite XI seq.).

⁶ Mugdan, III 129.

lehens durch Hypothek eingetragen werden. Der Verkäufer als Hypothekengläubiger kann darin einwilligen, da das Baudarlehen, soweit es tatsächlich in den Bau des Gebäudes auf dem Grundstück fließt, dessen Wert erhöht. Der Nachrang der Kaufpreishypothek wird dadurch aufgewogen, dass der Gesamtwert des bebauten Grundstücks hoch genug für beide Hypotheken ist.

Der Grundfall sorgt für die Sicherung der Möglichkeit der Neubestellung eines beschränkten dinglichen Rechts im Vorrang bei Bestellung des Vorbehaltsrechts, wenn die Notwendigkeit der Bestellung des weiteren Rechts bereits absehbar ist. Man mag das „Neubestellungs-Vorrangvorbehalt“ oder „ursprünglichen Vorrangvorbehalt“⁷ nennen. Diese Konstellation ist aber nur sozusagen der *Grundfall* des Bedürfnisses für einen Vorrang.

Eine verallgemeinernde Vorschrift, die außer dem skizzierten weitere rechtsähnliche Fälle umfasst, hat der Gesetzgeber nicht erlassen. Somit fallen einige Fallkonstellationen, in denen ein Vorbehalt zur Rangwahrung hilfreich wäre, durch das Raster jedenfalls des Gesetzeswortlauts. Dies gilt etwa für den nachträglich vereinbarten Vorbehalt und den Vorbehalt für Einräumung eines Gleichrangs.

▶ 3) Der „rangwahrende Änderungsvorbehalt“ als Gegenstand des Beitrags

Die Lücken der gesetzlichen Regelung von § 881 BGB sind vielfach. Mit einer der Fallkonstellationen, die in eine Lücke fällt, beschäftigt sich der Beitrag. Er geht der Frage nach, ob ein im Grundbuch eingetragener **Rangvorbehalt** nach § 881 BGB auch dazu **genutzt werden kann**, ein **bereits im Grundbuch eingetragenes beschränkt dingliches Recht seinem Inhalt nach zu ändern, ohne dessen Rang zu verlieren**. Man kann einen solchen Vorbehalt **„rangwahrenden Änderungsvorbehalt“** nennen. Das klingt nicht schön, trifft aber den Kern.

II. Bedarf für einen „rangwahrenden Änderungsvorbehalt“ – zwei Beispielfälle

Praktisch relevant kann der rangwahrende Rangvorbehalt zur Änderung eines bestehenden Rechts etwa in den nachfolgenden Situationen sein. An ihnen soll die Rechtsfrage erörtert werden.

▶ 1) Die änderungsbedürftige Grunddienstbarkeit zur Mitbenutzung der Tiefgaragenzufahrt

a) Der Beispielfall

In einem Neubaugebiet ist nach den Festsetzungen des Bebauungsplans festgelegt, dass eine Tiefgaragenzufahrt zur Erschließung eines Hinterliegergrundstücks Flurstück 1000/1 über das vorne liegende Grundstück Flurstück 1000/2 erforderlich ist. Es wird eine entsprechende Grunddienstbarkeit im Grundbuch in Abteilung II laufende Nr. 1 eingetragen – zu Lasten Flurstück 1000/1 zugunsten Flurstück 1000/2. Außerdem wird im Rang danach zulasten Flurstück 1000/1 und zu Gunsten Flurstück 1000/3 je eine Grunddienstbarkeit für Ver- und Entsorgungsleitungen (Abteilung II laufende Nr. 2) und für eine Abstandsflächen-Übernahme (Abteilung II laufende Nr. 3) im Grundbuch eingetragen, die jeweils mit Herrschvermerk nach § 9 Abs. 1 GBO beim begünstigten Grundstück vermerkt sind.

Nachdem diese weiteren Dienstbarkeiten im Rang nach der Tiefgaragendienstbarkeit im Grundbuch eingetragen wurden, erweist sich im Rahmen der Planung des Bauträgers, der das Grundstück erworben hat, der Bedarf, den Ausübungsbereich der Dienstbarkeit neu zu bestimmen und um drei Meter nach Osten zu verschieben.

Mittlerweile ist das herrschende Grundstück der beiden weiteren Grunddienstbarkeiten Flurstück 1000/3 nach § 3 WEG von der teilenden Baugruppe, die es erworben hat, in 10 Wohnungseigentumseinheiten und 10 Teileigentumseinheiten aufgeteilt worden, von denen je zwei einer Person zu Alleineigentum zustehen, die anderen acht jeweils Ehepaaren zu Bruchteilseigentum. Alle Einheiten sind mit Finanzierungsgrundschulden für drei verschiedene Kreditinstitute belastet.

b) Durchführung der Änderung

Der Eigentümer von Flurstück 1000/1 und der Bauträger als Eigentümer des herrschenden Grundstücks Flurstück 1000/2 sind sich einig über die Änderung der Dienstbarkeit. Zur Änderung des Inhalts des Rechts Abteilung II/1 ist materiellrechtlich die Zustimmung der nachrangig Berechtigten nach § 876 Satz 2, 877 BGB erforderlich⁸. Grundbuchverfahrensrechtlich benötigt man die Zustimmung in grundbuchtauglicher Form, da ein Aktivvermerk im Sinn von § 9 GBO besteht. Die Ausnahme des § 21 GBO, nach der der Betroffene nicht die Eintragung der

⁷ J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 107 f.

⁸ MüKoBGB/Kohler BGB § 877 Rn. 6; BeckOGK/Enders BGB § 877 Rn. 34.

Änderung des Rechts bewilligen muss, um die Eintragung im Grundbuch vornehmen zu lassen, greift nicht.

Zustimmungsberechtigter im Sinn von § 876 BGB sind zum einen die Inhaber der Grunddienstbarkeit, also alle Eigentümer der 20 Wohnungs- und Teileigentumseinheiten. Zustimmungsberechtigte sind darüber hinaus die Inhaber der sogenannten Drittrechte⁹. Das heißt, auch die drei Grundschuldgläubiger müssen in grundbuchtauglicher Form die Zustimmung erteilen¹⁰. In Zahlen: Es müssen 18 Miteigentümer und drei Gläubiger in Form des § 29 GBO (öffentliche Beglaubigung) ihre Zustimmung erteilen. Das zu erreichen ist zeitaufwändig, kostenverursachend – und nicht zwingend von Erfolg gekrönt.

c) Bedarf für rangwahrenden Änderungsvorbehalt

Es bedarf keiner großen Begründung, dass in dieser Situation ein im Grundbuch eingetragener Änderungsvorbehalt bei den im Nachrang zum Tiefgaragennutzungsrecht im Grundbuch eingetragenen Belastungen eine gravierende Erleichterung wäre. Die Änderung des Inhalts der Dienstbarkeit wäre schlicht durch Einigung zwischen Inhaber und Eigentümer und Eintragung im Grundbuch ohne Einholung von Zustimmungen möglich, wenn das Recht in den Rangvorbehalt eingewiesen würde und wenn das Recht inhaltlich von ihm umfasst ist. Insbesondere für die Beteiligten ist das von Vorteil. Die Änderung erfolgt schneller und mit weniger Kostenaufwand. Auch für das Grundbuchamt reduziert sich der Bearbeitungsaufwand erheblich. Es muss ausschließlich prüfen, ob die Änderung des Rechts sich im Rahmen des aus dem Grundbuch und der Bewilligung ersichtlichen bestehenden Rangvorbehaltes bewegt, und ob Eigentümer und Berechtigte des zu ändernden Rechts die Änderung bewilligt haben. Weder muss es prüfen, wer alles Zustimmungsberechtigter ist, noch ob die Zustimmungserklärungen ordnungsgemäß erteilt sind. Der Antrag ist zügig und ohne größeren Aufwand zu erledigen.

▶ 2) Das änderungsbedürftige Erbbaurecht: Bedarf und Möglichkeit der Änderung des Inhalts eines Erbbaurechts (insbesondere Verlängerung)

a) Einleitung

Die zweite Fallkonstellation des Bedürfnisses für einen rangwahrenden Änderungsvorbehalt entsprechend § 881

BGB entstammt dem Erbbaurecht. Dessen Existenz ist in besonderer Weise vom Rang abhängig. Denn das Erbbaurecht ist nach § 10 ErbbauRG grundsätzlich zwingend zur **ausschließlich ersten Rangstelle** im Grundbuch des Grundstücks einzutragen – andernfalls entsteht es nicht. Das Erbbaurecht ist das einzige dingliche Recht, dessen Entstehung zwingend einen bestimmten Rang im Grundbuch voraussetzt – und zwar ausgerechnet den ausschließlichen Erstrang. Insbesondere beim Erbbaurecht kann Änderungsbedarf entstehen, wie im Folgenden gezeigt wird.

b) Beispielfall

Der Eigentümer des Erbbaugrundstücks (Flurstück 2000/2) hat an diesem ein Erbbaurecht bestellt, dessen dinglicher Inhalt dahingehend gefasst ist, dass ein Wohngebäude mit vier Geschossen errichtet werden kann. Die Laufzeit des Erbbaurechts beträgt 75 Jahre ab Eintragung im Grundbuch. Nach Eintragung des Erbbaurechts im Grundbuch im Jahr 2021 wird das Erbbaugrundstück Flurstück 2000/2 (ebenso wie das Erbbaurecht) als dienendes Grundstück mit notwendigen Versorgungsdienstbarkeiten belastet, ohne deren Eintragung die Erschließung der Nachbargrundstücke und deren Versorgung nicht gewährleistet wäre. Es werden im Grundbuch eingetragene Grunddienstbarkeiten für Geh- und Fahrrecht, Recht zur Mitbenutzung von Versorgungsleitungen und Recht zur Mitbenutzung des Müllabstellplatzes sowie des Spielplatzes jeweils für die Eigentümer der Nachbargrundstücke Flurstück 2000/1 und 2000/3 als herrschende Grundstücke sowie beschränkt persönliche Dienstbarkeiten für den örtlichen Energieversorger für Leitungsrechte, für die Belegengemeinde für Gehrechte und ähnliches. Im Grundbuch finden sich acht Eintragungen in Abteilung II (sechs Grunddienstbarkeiten und zwei beschränkt persönliche Dienstbarkeiten). Das eine herrschende Grundstück Flurstück 2000/3 ist nach Erwerb durch einen Bauträger gemäß § 8 WEG in 20 Wohnungseigentumseinheiten und zehn Teileigentumseinheiten für Tiefgaragenstellplätze aufgeteilt worden; auf ihnen lasten 18 Grundschulden für vier verschiedene Banken sowie Erwerbsvormerkungen für die Käufer.

Vor Errichtung des Gebäudes ändert sich die Planung der Bebauung. Neben Wohnbebauung soll im Erdgeschoss noch ein Ladengeschäft entstehen. Darüber hinaus bittet der Erbbauberechtigte darum, die Laufzeit des Erbbaurechts um fünf Jahre zu verlängern. Der Eigentümer will dem Wunsch nachkommen. Man einigt sich über die Änderung des dinglichen Inhalts des Erb-

⁹ Kössinger, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., 2018, § 21 Rn 9; MüKoBGB/Kohler BGB § 876 Rn. 10; Erman/Artz, BGB § 876 Rn. 11.

¹⁰ Vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., 2020, Rn 1150; Staudinger/Heinze BGB § 876 Rn. 20 f.

baurechts. Dieser soll in Bezug auf Verwendung des Bauwerks (§ 2 Nr. 1 ErbbauRG) und Zeitdauer angepasst werden. Eine solche Änderung unterliegt § 877 BGB¹¹.

c) Durchführung der Änderung

Wie gelangen Eigentümer und Erbbauberechtigte ans Ziel? Nach allgemeinen Grundsätzen erfordert die Änderung des Rechts eine Einigung zwischen dem Inhaber des Rechts und dem Eigentümer des belasteten Grundstücks sowie Eintragung im Grundbuch, §§ 873, 877 BGB, § 11 ErbbauRG.

Das ist noch das Einfachste. Zusätzlich benötigt man die Zustimmung der Inhaber nachrangiger dinglicher Rechte. Nach § 876 BGB ist zur Inhaltsänderung eines beschränkt dinglichen Rechts die Zustimmung der Inhaber nachrangiger (und gleichrangiger Rechte) erforderlich. Das Erbbaurecht ist nicht nur grundstücksgleiches Recht, sondern auch ein solches beschränkt dingliches Recht. Die Zustimmungen vom Versorgungsträger und der Stadt als Inhaber der beschränkt persönlichen Dienstbarkeiten zu erlangen, sollte kein Problem sein. Schwieriger wird es bei den Berechtigten der Grunddienstbarkeit. War Berechtigter zum Zeitpunkt der Bestellung des Rechts noch eine einzige Person, ist infolge Veräußerung, Aufteilung nach WEG und Abverkauf der Wohnungen die Anzahl der Berechtigten auf 30 gestiegen. Praktisch bedeutet das: Es sind von 30 Personen öffentlich beglaubigte Zustimmungserklärungen einzuholen. Gleiches gilt für die Inhaber der Drittrechte, also die Grundschuldgläubiger an den Wohnungseigentumseinheiten. Dies ist nicht nur mit Kostenaufwand verbunden. Der Erfolg der Aktion ist auch unsicher. Denn ein Anspruch auf eine solche Zustimmung zur Änderung besteht in der Regel nicht, wenn er nicht ausnahmsweise vertraglich vereinbart worden wäre. Man ist also auf den guten Willen der Berechtigten angewiesen.

Ist ein Aktivvermerk nach § 9 GBO im Grundbuch eingetragen, ist zur Wirksamkeit der Änderung nicht nur materiellrechtlich die Zustimmung der durch § 876 BGB Berechtigten notwendig, sondern auch deren Bewilligung in grundbuchtauglicher Form nach § 21 GBO.

In Zahlen: Man benötigt öffentlich beglaubigte Zustimmungen von vier Kreditinstituten, 30 natürlichen Personen, dem Versorgungsträger und der Gemeinde.

In Summe: Die Änderung des dinglichen Inhalts ist gefährdet, wenn nicht gar unmöglich. Im Beispiel kann das zu einer faktischen Unveränderbarkeit des Erbbaurechts führen.

d) Bedarf für rangwahrenden Änderungsvorbehalt

Auch beim Erbbaurecht ist offensichtlich, dass ein Mittel zur Vermeidung der Einholung der Vielzahl von Zustimmungserklärungen hilfreich wäre. Ein solches Mittel könnte der rangwahrende Änderungsvorbehalt entsprechend § 881 BGB sein.

e) Der Änderungsbedarf beim Erbbaurecht

aa) Änderungsbedarf ist Regelfall bei jedem Erbbaurecht

Man darf nicht der irrigen Vorstellung unterliegen, beim Erbbaurecht sei der Bedarf der Änderung seines dinglichen Inhalts ein seltenes Problem und nur in Ausnahmefällen relevant. Das Gegenteil ist richtig. Vielmehr stellt sich die Frage der Änderbarkeit des Erbbaurechts früher oder später bei fast allen Erbbaurechten. Dies liegt schlicht daran, dass es sich bei jedem Erbbaurecht spätestens einige Jahre vor seinem Zeitablauf die Frage der **Verlängerung** des Rechts stellt. Und diese ist **Inhaltsänderung**, die den §§ 876, 877 BGB unterfällt¹².

bb) Änderungsbedarf beim vertraglich bestellten Erbbaurecht („Vertragserbbaurecht“)

Der typische Änderungsbedarf bei fast allen Erbbaurechten ist die früher oder später aufkommende Frage nach der Verlängerung des Erbbaurechts. Vor allem stellt sich diese einige Jahre vor Zeitablauf. Eigentümer und Erbbauberechtigter müssen dann gemeinsam überlegen und sich einigen, ob eine Verlängerung gewünscht ist. Sie vermeidet das Entstehen der Problemsituation, die mit dem Erlöschen des Erbbaurechts verbunden ist. Beim Erlöschen fällt das Eigentum am Bauwerk an den Eigentümer des Grundstücks zurück, der nach Maßgabe des dinglichen Inhalts des Erbbaurechtsvertrags eine Entschädigung an den Erbbauberechtigten zu leisten hat, § 27 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG.

Häufig wird die Verlängerung des Erbbaurechts auch bereits zu einem früheren Zeitpunkt gewünscht. Wird ein Erbbaurecht 30 Jahre nach seiner Bestellung und 40 Jahre vor seinem Zeitablauf verkauft, will der Käufer wie

¹¹ Winkler/Schlögel, Erbbaurecht 7. Aufl., 2021, § 4 Rn 35, 36; MüKoBGB/Kohler BGB § 877 Rn. 6; BeckOGK/Enders BGB § 877 Rn. 34.

¹² MüKoBGB/Kohler BGB § 877 Rn. 6; OLG München, Beschluss vom 10. April 2013 – 34 Wx 36/13 –, juris = RPF. 2013, 506.

auch seine Finanzierungsbank in aller Regel Rechtssicherheit und Bestandssicherheit für einen längeren Zeitraum als die Restlaufzeit und es wird um Verlängerung des Erbbaurechts gebeten. Auch bei einer Nutzungsänderung des Grundstücks oder etwa der Planung einer dichteren Bebauung auf einem Erbbaugrundstück ist eine dingliche Änderung des Erbbaurechts durch Vertrag notwendig.

Selbstverständlich sind auch sonstige Änderungen des dinglichen Inhalts des Erbbaurechts, insbesondere über die Errichtung, Instandhaltung und Verwendung des Bauwerks, seiner Versicherung und den Wiederaufbau oder die Niederlegung von Heimfallgründen (§ 2 ErbbauRG) während der Laufzeit oftmals gewünscht.

cc) Änderungsbedarf beim Eigentümer-Erbbaurecht

Auch bei einem **Eigentümer-Erbbaurecht**, das zur Vereinfachung der Planung von Erbbaurechts-Wohngebieten, also solchen Wohngebieten, in denen überwiegend oder ausschließlich Erbbaurechte begeben werden sollen und Baugrundstücke nicht im Eigentum verkauft werden, als Gestaltungsmittel verwendet werden kann, kann Änderungsbedarf bestehen. Der Vorteil des Eigentümererbbaurechts besteht insbesondere in der viel leichteren grundbuchtechnischen Umsetzung der Bestellung der Erbbaurechte, insbesondere im Hinblick auf die Notwendigkeit des ersten Rangs und den erheblichen Bedarf an Versorgungsdienstbarkeiten und sonstigen Rechten, die zu Gunsten und zulasten der mehreren Erbbaurechte und Erbbaurechtsgrundstücke in den Grundbüchern einzutragen sind¹³. Werden nun auf Vorrat zulasten Flurstück 3000/1 - 3000/50 Eigentümer-Erbbaurechte im Grundbuch eingetragen und diese mit den notwendigen Versorgungsdienstbarkeiten versehen (d.h. belastet und begünstigt), kann im Rahmen der Vergabe einzelner Erbbaurechte das Bedürfnis bestehen, den dinglichen Inhalt etwa des Erbbaurechts an Flurstück 3000/4 und an Flurstück 3000/7 zu ändern. Sind die betreffenden Grundstücke mit Dienstbarkeiten im Rang nach den Erbbaurechten belastet, kann die Änderung der Erbbaurechte ohne Rangvorbehalt aufwändig sein.

Nur solange alle Erbbaugrundstücke und Eigentümer-Erbbaurechte in der Hand des Eigentümers (typischerweise der Belegenheitsgemeinde) sind, ist eine Änderung ohne größeren Aufwand möglich. Denn die notwendigen Zustimmungen sind alle von derselben

Person zu erteilen. Problematisch wird es, sobald die ersten Erbbaurechte an Dritte veräußert worden sind. Diesen kann man vertraglich Zustimmungspflichten auferlegen, die Ansprüche auf Änderung von Erbbaurechten ermöglichen. Grundbuchtechnisch benötigt man aber immer noch Zustimmungen in der Form des § 29 GBO.

dd) Änderungsbedarf und hohe Dichte der Grundstücksbelastung durch Versorgungsdienstbarkeiten und ähnliches in modernen Wohngebieten

Die Sicherung der Änderung von Erbbaurechten durch einen rangwahrenden Änderungsvorbehalt ist in neuerer Zeit wichtiger geworden als früher.

Gerade in moderneren, eng bebauten und durch erhöhte Intensität an Infrastruktur geprägten Wohngebieten sind Grundstücke und grundstücksgleiche Rechte oftmals mit einer Vielzahl an Dienstbarkeiten und gelegentlich auch mit Reallasten belastet. Grundsätzlich sind solche Versorgungsdienstbarkeiten in doppelter Weise abzusichern. Sie müssen zum einen zulasten des Erbbaurechts und zum anderen zulasten des Erbbaugrundstücks (im Range nach dem Erbbaurecht) im Grundbuch eingetragen werden. Dies gilt gleichermaßen für Grunddienstbarkeiten wie auch für beschränkt persönliche Dienstbarkeiten. Sind Dienstbarkeiten nur zulasten des Grundstücks gesichert, gelten sie wegen des Vorrangs des Erbbaurechts nicht gegenüber dem Erbbauberechtigten. Er kann gegebenenfalls Beseitigung von Anlagen verlangen. Sind Dienstbarkeiten nur zulasten des Erbbaurechts bestellt, fällt ihr Sicherungscharakter mit Zeitablauf oder Heimfall (§ 33 ErbbauRG) hinweg.

Will man sich in solchen Gebieten die Möglichkeit vorbehalten, Erbbaurechte zukünftig zu verlängern und ihren dinglichen Inhalt zu ändern, ist der Rangvorbehalt ein wichtiges Gestaltungsmittel.

Dem Rangvorbehalt wird überwiegend Aufmerksamkeit geschenkt für die Frage der Neuentstehung von Rechten. Das Gesetz geht bei seiner Regelung vom Fall der Neubestellung eines Rechts durch Rechtsgeschäft und zu Gunsten eines später zu bestellenden ebenfalls rechtsgeschäftlich bestellten beschränkt dinglichen Rechts aus. Eine nähere Beschäftigung mit der Frage, ob ein Rangvorbehalt auch zur inhaltlichen Änderung bestehender Rechte verwandt werden kann, findet sich nicht. Die Kommentarliteratur etwa verhält sich soweit ersichtlich zu ihr nicht. Diskutiert wird allerdings, ob die spätere Nutzung eines Rangvorbehalts möglich ist, wenn das zu begünstigende

¹³ Vgl. hierzu ausführlich J.A. Dieckmann, Das ursprüngliche Eigentümererbbaurecht als alternatives Gestaltungsmittel bei der Planung von Erbbaurechts-Wohngebieten („Erbbaurecht prêt-à-porter“), ErbbauZ 2021, 136 ff. (Teil 1) und 168 ff. (Teil 2).

Recht bereits eingetragen ist oder ob hier nur eine Rangänderung nach § 880 BGB hilft¹⁴. Auch Rechtsprechung scheint es nicht zu geben.

III. Allgemeines zum Rangvorbehalt nach § 881 BGB

1) Was ist der Rangvorbehalt?

Die rechtliche Qualifikation des Rangvorbehalts ist streitig¹⁵ und divers. Zumeist wird er als vorbehaltener Teil des Eigentums verstanden¹⁶. Aus Sicht des Vorbehaltsrechts soll er eine bedingte Rangänderung¹⁷ darstellen. Wie vielgestaltig die Ansichten zur richtigen Bestimmung des „Wesens“ des Rangvorbehalts sind, zeigt ein Blick in die weiteren zu ihm vertretenen Auffassungen. So wird vertreten, er sei Vertrag zu Gunsten eines Dritten¹⁸, aufschiebend bedingte Rangänderung des Vorbehaltsrechts¹⁹, Vertrag zulasten Dritter mit Verpflichtungsermächtigung des Dritten sowie Verfügungsermächtigung nach § 185 Abs. 1 BGB²⁰.

Manche Autoren sehen ihn als Zustandsrecht²¹, andere als Gestaltungsrecht²². Eine vertiefte Auseinandersetzung mit diesen Ansichten soll hier unterbleiben²³.

Richtig ist wohl²⁴, im Vorrangvorbehalt ein *unselbständiges dingliches Recht* eigener Art zu sehen, das den Inhalt hat, dem Eigentümer unabhängig von der materiellrechtlichen Zustimmung und der sonst grundbuchverfahrensrechtlich erforderlichen Bewilligung des Inhabers des Vorbehaltsrechts die Möglichkeit zu geben, vorrangige oder gleichrangige beschränkt dingliche Rechte zulasten des Grundbesitzes zu bestellen. Für das Vorbehaltsrecht ist er potentielle Beeinträchtigung und Gefahr für seinen Fortbestand, aber eigentlich keine inhaltliche Beschränkung.

Gesetzliche Sonderregelungen und parallele Regelungen finden sich für Verwertungsrechte in § 27 SchRG, § 27 LuftFzG und in § 9 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 ErbbauRG. Die

letzten genannte Vorschrift gestattet dem jeweiligen Erbbauberechtigten, dem jeweiligen Inhaber der Erbbauzinsreallast gegenüber ein dieser im Rang vorgehendes Grundpfandrecht zulasten des Erbbaurechts zu bestellen. Eine frühe Sondervorschrift kannte § 7 des Gesetzes über die Aufwertung von Hypotheken und anderen Ansprüchen (Aufwertungsgesetz) vom 16. Juli 1925²⁵.

2) Was regelt das Gesetz in § 881 BGB ausdrücklich?

Das Gesetz regelt wie dargelegt nur, dass der Eigentümer sich bei Belastung des Grundstücks die Befugnis vorbehalten kann, ein anderes, dem Umfang nach bestimmtes Recht mit dem Rang vor jenem Recht eintragen zu lassen. Als belastetes Recht sieht das Gesetz ein durch Rechtsgeschäft bestelltes Recht an. Der Vorbehalt erfolgt zum Zeitpunkt der Belastung des Grundstücks und umfasst den Vorrang.

3) Was regelt das Gesetz in § 881 BGB nicht ausdrücklich und wo wird es doch angewendet?

Entgegen dem Wortlaut der Vorschrift wird zutreffend übereinstimmend angenommen, auch eine nachträgliche Einräumung eines Vorbehalts sei möglich²⁶. Auch die Einräumung eines Gleichrangs kann vorbehalten bleiben²⁷. So kann die Gleichrangigkeit mehrerer zu unterschiedlichen Zeitpunkten entstandener Rechte unter Ausnutzung des Vorbehalts beim später bestellten beschränkt dinglichen Recht erreicht werden. Auch die nachträgliche Begründung des Rangvorbehalts mit seiner Ausnutzung für ein bereits bestelltes Recht wird überwiegend²⁸ für möglich gehalten²⁹.

Nach herrschender Meinung in der Kommentarliteratur³⁰ soll belastetes Recht nicht ein durch Zwangsvollstreckung bestelltes Grundstücksrecht sein können. Auch wenn das mit dem Wortlaut vereinbar scheint, ist diese Auffassung unrichtig³¹. Ein Grund, bei einer im Wege der Zwangsvollstreckung eingetragenen Zwangssicherungshypothek

14 BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn 10; MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 7.

15 Vgl. ausführlich etwa Grunsky, Rechtsfragen bei dinglichen Rechten, Diss. Tübingen, 1963, S. 79 ff.

16 KGJ 40, 234, 237; Staudinger/Heinze § 881 Rn 15, 16; BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn 17, 6; Palandt-Herrler, 80. Aufl., 2021, § 881 Rn 1; ähnlich MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 7 „reserviertes Stück Eigentum“.

17 MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 4; Staudinger/Heinze § 881 Rn. 15 mwN.

18 Breit, Der Grundbuchrang und seine Probleme, 1928, S. 82.

19 MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 4.

20 So Grunsky, aaO (Fn 169, S. 84 f.

21 Fabricius, DRpF 1956, 155, 157.

22 Stern, JW 1928, 1784, 1785.

23 Etwas ausführlicher zur rechtlichen Qualifikation, wenn auch nicht erschöpfend J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 107 f.

24 zum folgenden J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 107 f.

25 Reichsgesetzblatt 1925 I Seite 117, 118 f.

26 BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn 10; Palandt-Herrler, 80. Aufl., 2021, § 881 Rn 3; KG JFG 8, 292; KGJ 34, 240; KGJ 39, 193.

27 BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn 9; Palandt-Herrler, 80. Aufl., 2021, § 881 Rn 1; KGJ 39, 194.

28 Anders: MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 7; KGJ 39, 193; OLGE 20, 398.

29 KGJ 40, 234; Palandt-Herrler, 80. Aufl., 2021, § 881 Rn 3; Staudinger/Heinze § 881 Rn 23; KG JFG 8, 287; BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn 10.

30 Palandt-Herrler, 80. Aufl., 2021, § 881 Rn 1; Staudinger/Heinze § 881 Rn 2; BeckOGK/Kessler BGB § 881 Rn 1.

31 J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2020, 104, 107.

durch nachträgliche Vereinbarung zwischen Hypothekar und Eigentümer einen Rangvorbehalt für eine Grunddienstbarkeit für Leitungsrecht für unzulässig zu halten, ist nicht ersichtlich. Und bei Eintragung des Vorbehaltsrechts im Wege der Zwangsvollstreckung nach § 894 ZPO, wenn die Einräumung eines Rangvorbehalts schuldrechtlich vereinbart und im Urteilspruch berücksichtigt ist, kann selbstverständlich ein Vorbehalt im Grundbuch eingetragen werden.

▶ 4) Mangel des Rangvorbehalts: Er greift nur beim Vorbehaltsrecht und hat keine Vormerkungswirkung

So praktisch der Rangvorbehalt ist, darf doch nicht übersehen werden, dass er gegenüber dem teilweise funktionsäquivalenten Mittel der Vormerkung nach § 883 BGB den (gravierenden) Nachteil hat, dass er nicht für **alle** nach der Vormerkung eingetragenen Belastungen gleichermaßen gilt, sondern immer nur für dasjenige Vorbehaltsrecht, bei dem er konkret im Grundbuch eingetragen ist. Insbesondere gilt § 883 Abs. 3 BGB für ihn nicht. Das bedeutet aber nicht, dass er nicht zweckmäßig eingesetzt werden könnte. Bei der Belastung des Grundstücks mit mehreren beschränkt dinglichen Rechten ist in den Situationen, wo ein rangwahrender Änderungsvorbehalt angezeigt ist, darauf zu achten, diesen inhaltsgleich bei all diesen Rechten im Grundbuch eintragen zu lassen. Dies gilt insbesondere bei Erbbaurechtsgrundstücken.

IV. Erörterung der Frage, ob ein Rangvorbehalt nach § 881 BGB die Änderung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts ermöglicht

▶ 1) Übersicht

Bei beiden Beispielfällen ist ersichtlich geworden, dass ein Bedürfnis für die Sicherung der Änderung eines bereits im Grundbuch eingetragenen Rechts durch die Verwendung eines Vorbehalts im Sinn von § 881 BGB besteht. Sowohl die nachträgliche Änderung der beispielhaften Grunddienstbarkeit wie auch die spätere Änderung eines Erbbaurechts, insbesondere seine Verlängerung bei Zeitablauf und seine Inhaltsänderung bei einer Vergabe in Erbbaurechtswohngebieten, wäre hierdurch stark vereinfacht.

Jedoch ist nicht alles, was praktisch erscheint und Grundbuchamt, Notar und Beteiligten die Arbeit erleichtert, auch rechtlich zulässig.

▶ 2) Der Wortlaut der Vorschrift

Die Zulässigkeit des rangwahrenden Änderungsvorbehalts soll erörtert werden. Gegen die Zulässigkeit spricht eigentlich nur der Wortlaut der Vorschrift, der eben ausdrücklich nur die Neubestellung eines Rechts und nicht auch die Änderung des dinglichen Inhalts umfasst. Man wird auch § 877 BGB, der bestimmte Vorschriften auch auf Änderungen des Inhalts eines Rechts an einem Grundstück für entsprechend anwendbar erklärt, nicht so auslegen können, dass § 881 BGB ausdrücklich nicht umfasst sein soll. In Rechtsprechung und Literatur ist die Vorschrift des Rangvorbehalts wie gesehen über ihren Wortlaut hinaus erweiternd ausgelegt worden. Eine Erweiterung auf die Änderung des Inhalts erscheint nahelegend.

Die Vorschrift von § 881 BGB ist eine besondere Vorschrift, was an der Diskussion über das „Wesen“ des Rangvorbehalts zu sehen ist. Sie ist aber keine *Sondervorschrift*, die eng auszulegen wäre. Das Gesetz möchte mit ihr nicht die Befugnis des Eigentümers, Rangänderungen vorbereitend in einfacher Weise zu sichern, auf den im Wortlaut der Vorschrift beschriebenen Fall beschränken.

▶ 3) Vergleichbarkeit des Ursprungsfalles des § 881 BGB und der Fälle seiner erweiternden Anwendung/Auslegung

Die fehlende Aufnahme des Falles der Änderung eines im Grundbuch eingetragenen und bereits bestehenden Rechts in § 881 BGB stellt einen Fall der planwidrigen Regelungslücke dar, die durch analoge Anwendung oder erweiternde Auslegung zu schließen ist. Der Fall der Änderung des bestehenden Rechts ist hinreichend rechtsähnlich zu seiner Neubestellung. Er verhält sich zu dieser wie ein „wesensgleiches Minus“. Gleiches gilt für die in Rechtsprechung und Literatur anerkannten Fälle der erweiternden Anwendung. Dies gilt ebenso für die Einräumung des Gleichrangs wie auch für die nachträgliche Vereinbarung eines Rangvorbehalts bei bereits im Grundbuch eingetragenen Vorbehaltsrecht und die Einweisung eines bereits im Grundbuch eingetragenen Rechts in einen später aufgenommenen Rangvorbehalt.

Im Vergleich zu den bereits von der Rechtsprechung entschiedenen Fällen der erweiternden Auslegung von § 881 BGB ist der hier behandelte Fall der reinen Änderung des bestehenden Rechts viel näher an der gesetzlichen Regelung.

Zu einer anderen Auffassung könnte man gelangen, wenn man davon ausgeht, dass nun ein Rangrücktritt nach § 880 BGB möglich ist, wenn das zu begünstigende Recht schon mit schlechterem Rang im Grundbuch eingetragen ist³². Dies ist zweifelhaft und streitig. Die Gegenmeinung besagt, dass, wenn bei einem bestehenden Rangvorbehalt einem bereits begründeten Recht nachträglich der Vorrang eingeräumt wird, dies von § 881 BGB gedeckt ist³³. Auch wenn der Wortlaut der Vorschrift dies nicht zu decken scheint, ist diese Auffassung zutreffend. Es kann eigentlich in der Sache keinen Unterschied machen, ob das vorbehaltenen Recht bereits vor dem Vorbehaltsrecht entstanden ist oder erst danach entstehen wird. Weder der Eigentümer noch der Inhaber des Vorbehaltsrechts werden dadurch benachteiligt. Denn sie dokumentieren ja bei Einigung über die Entstehung des Rangvorbehalts ihr Einverständnis. Nachrangige Rechte werden ohnehin nicht berührt. Der Zweck der Ermöglichung eines Rangvorbehalts durch § 881 BGB erschöpft sich nicht darin, Rangverhältnisse für zeitlich später zu bestellende Rechte zu ordnen. Er will vielmehr dem Eigentümer die Möglichkeit einräumen, später Rangänderungen vornehmen zu können. Dieses Interesse hat er zwar im Regelfall typischerweise für zeitlich nachgelagert entstehende Rechte, aber eben ausnahmsweise auch für bereits vorhandene. Im Übrigen gilt das sogleich nachstehend für die Alternative von Löschung und Neubestellung Gesagte entsprechend.

► 4) Bedürfnis für erweiternde Auslegung von § 881 BGB wegen des Erstrangzwangs des Erbbaurechts (§ 10 ErbbauRG)

Insbesondere beim Erbbaurecht besteht besonderer Bedarf für eine erweiternde Auslegung der Vorschrift über den Rangvorbehalt. Grund und Anlass ist die dem BGB-Erbbaurecht von 1900 noch unbekannt, erst mit der Erbbaurechtsverordnung im Jahr 1919 Gesetz gewordene **zwingende ausschließliche Erstrangigkeit des Erbbaurechts**. Zu den vielen Besonderheiten des Erbbaurechts gehört es, dass es das einzige dingliche Grundstücksrecht ist, dessen Entstehung im Grundsatz unabänderlich davon abhängt, dass ihm zum Zeitpunkt der Eintragung im Grundbuch keine Rechte im Rang vorgehen oder gleichstehen. Ein versehentlich im Gleichrang oder Nachrang im Grundbuch eingetragenes Erbbaurecht

ist (jedenfalls nach Rechtsprechung³⁴ und herrschender Meinung³⁵) unrettbar nichtig. Diese Besonderheit war bei Einführung des BGB und der seither (fast) unveränderten Fassung des § 881 BGB nicht absehbar. Um die Neubestellung eines vorbehaltenen Erbbaurechts und seine Inhaltsänderung in Ausübung eines Rangvorbehalts zu ermöglichen, ist eine enge Auslegung zu vermeiden.

► 5) Löschung und Neubestellung des vorbehaltenen Rechts als aufwändige (und überflüssige) Alternative

Für die erweiternde Auslegung auf den hiesigen Fall spricht auch, dass bei Bestehen eines Rangvorbehalts im ersten Beispielfall bei der Grunddienstbarkeit die Löschung der alten und Neubestellung des neuen Rechts problemlos möglich wäre. Man wird den Berechtigten nicht auf den Umweg der Löschung und Neubestellung verweisen müssen, wenn das gleiche Ergebnis mit einer einfachen Änderung möglich ist. Gegenüber der Neubestellung erscheint die Änderung eines bestehenden Rechts als geringerer Aufwand. Wenn und solange dies vom Rangvorbehalt inhaltlich gedeckt ist, besteht für die weiteren dinglich Berechtigten keine Schutzlücke.

Gleiches gilt in rechtlicher Hinsicht natürlich auch für den zweiten Fall des Erbbaurechts und seiner Änderung. Rechtlich wäre es ebenso möglich, das bestehende Erbbaurecht im Grundbuch zu löschen und ein vom Vorbehalt umfasstes neues Erbbaurecht zu bestellen. In praktischer Hinsicht ist das bei dieser Art von Recht natürlich keine echte Alternative. Die damit verbundenen Kosten für Beurkundung und Grundbuchvollzug sowie die steuerlichen Auswirkungen stehen diesem Weg entgegen. Dies gilt jedenfalls beim vertraglich begründeten Fremderbbaurecht. Anders mag es beim (auf Vorrat bestellten) Eigentümer-Erbbaurecht³⁶ sein. An der Beantwortung der Rechtsfrage ändert dies aber nichts.

32 MüKoBGB/Kohler BGB § 881 Rn. 7.

33 BeckOGK/Kesseler BGB § 881 Rn 10; Palandt-Herrler, 80. Aufl., 2021, § 881 Rn 3; BeckOK BGB/H.-W. Eckert BGB § 881 Rn. 6.

34 BGHZ 51, 50, 52 (allerdings obiter, der Fall betraf ein ursprünglich ausschließlich erstrangig eingetragenes Erbbaurecht, das nach seiner versehentlichen Löschung und Eintragung eines Zwischenrechts nicht mehr erstrangig im Grundbuch eingetragen werden konnte); OLG Hamm NJW 1976, 2023.

35 Winkler/Schlögel, Erbbaurecht 7. Aufl., 2021, § 2 Rn 118; Staudinger/Rapp (2017) ErbbauRG § 10 Rn 5; Beck-OK-Maaß, § 10 ErbbauRG Rn 8; MünchKomm/Heinemann § 10 ErbbauRG Rn 10; Ingenstau/Hustedt-Hustedt, ErbbauRG, 11. Aufl., 2018, § 1 Rn 7; anders Lemke/Czub, Immobilienrecht, 2. Aufl., 2016 § 10 ErbbauRG Rn 11 f.; Linde/Richter, Erbbaurecht und Erbbauzins, 3. Aufl., 2001, Rn. 240 f. Amtswiderspruch.

36 Zu diesem J.A. Dieckmann, ErbbauZ 2021/2022 [Fn 13; im Erscheinen].

Die mit der Alternative verbundene Belastung von Eigentümer, Berechtigtem und Grundbuchamt mit Aufwand und Kosten wäre reine Formalie. Im Ergebnis gelangt man zum selben Resultat, nur mit größeren Mühen. Verneint man die Anwendbarkeit des Rangvorbehalts auf Änderungen und verweist die Beteiligten auf den Weg der Löschung und Neubestellung erscheint das als unverhältnismäßig, da nicht erforderlich.

▶ 6) Rangvorbehalt als „Stück vorbehaltenen Eigentumsrechts“ und Interessen des Inhabers des Vorbehaltsrechts

Vom Standpunkt der Rechtsprechung und herrschenden Lehre aus, nach der der Rangvorbehalt ein Stück vorbehaltenen Eigentumsrechts ist, ist seine Verwendung bei der Änderung eines bestehenden Rechts zwingend folgerichtig. Versteht man ihn als Ausfluss des Eigentumsrechts, das dem Inhaber des Grundstücks oder grundstücksgleichen Rechts die Befugnis einräumt, dieses nach seinem Belieben zu belasten, ist es nur folgerichtig auch die Änderung einer bestehenden Belastung hierunter fallen zu lassen.

Auch aus Sicht des Inhabers des Vorbehaltsrechts bestehen keinerlei Bedenken, die nachträgliche Änderung zu ermöglichen, solange sie sich im Rahmen des im Vorbehalt definierten Inhalts bewegt. Der Inhaber des Vorbehaltsrechts ist durch die Änderung des Rechts genauso wenig unzulässig beeinträchtigt, wenn das Vorrangsrecht geändert wird wie wenn ein vollständig neues Vorrangsrecht begründet würde.

Der Schutz der Inhaber der Vorbehaltsrechte ist also hinreichend gewährt. Wenn bei Bestellung des Vorbehaltsrechts die Möglichkeit des später einzutragenden Rechts hinreichend genau beschrieben und sein Inhalt definiert ist, macht es für die Inhaber keinen Unterschied, ob das vorbehaltene Recht bei seiner erstmaligen Bestellung den endgültigen Inhalt hält oder ob der Inhalt später noch einmal mit dinglicher Wirkung geändert wird.

▶ 7) Vergleichsfall § 5 Abs. 4 WEG

Einen in gewisser Weise vergleichbaren Fall zu dem hier behandelten regelt die im Jahr 2007 eingeführte Anpassung des WEG in § 5 Abs. 4 S. 2 und 3. Der Änderungsgesetzgeber des WEG hat die Zustimmung dinglich Berechtigter zu Änderungen der Vereinbarung über das Verhältnis der Wohnungseigentümer

untereinander bei der Begründung eines Sondernutzungsrechts für nicht erforderlich erklärt, wenn durch die Vereinbarung gleichzeitig das zu seinen Gunsten belastete Wohnungseigentum mit einem Sondernutzungsrecht verbunden wird. Ein Argument war, dass eine Überdehnung des notwendigen Schutzes der Inhaber dinglicher Rechte vorläge³⁷. Eine Einschränkung der in §§ 876, 877 BGB angeordneten Zustimmungserfordernisse bei marginalen oder nur rein formalen Beeinträchtigungen hat der Gesetzgeber für vertretbar und sachgerecht gehalten. Ein Motiv hierfür war auch der enorme Aufwand für die Einholung von zahlreichen Zustimmungserklärungen von Gläubigern in großen Wohnungseigentumsgemeinschaften. In dieser Hinsicht besteht Vergleichbarkeit auch zum Fall des rangwahrenden Änderungsvorbehalts. Sind Berechtigte der Grunddienstbarkeiten infolge einer WEG Teilung des herrschenden Grundstücks auf einmal 40 Personen, wird der Änderungsaufwand irgendwann zu groß.

Gegenüber dem vom Gesetz geregelten Fall ist der Schutz der Inhaber des Vorbehaltsrechts bei Bestehen eines Rangvorbehalts geringer. Denn die mögliche Änderbarkeit ist hier schon angelegt und durch Eintragung im Grundbuch deutlich geworden.

■ V. Zusammenfassung

Im Ergebnis ist die eingangs gestellte Frage, ob der Rangvorbehalt nach § 881 BGB auch dahin genutzt werden kann, den dinglichen Inhalt eines bereits im Grundbuch eingetragenen Rechts zu ändern, zu bejahen. Die lückenhafte gesetzliche Regelung von § 881 BGB, die nur den ursprünglichen Vorrangvorbehalt beim neu bestellten Vorbehaltsrecht für ein später zu bestellendes vorbehaltenes Recht kennt, ist auch im Hinblick auf die Möglichkeit, ein bereits eingetragenes Recht unter Ausnutzung des Vorbehalts rangwährend zu ändern, zu ergänzen. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des deutlich zu eng formulierten § 881 BGB zutreffend auf ähnlich gelagerte Fälle erweitert. Seine Anwendung auf die Änderung eines bestehenden Rechts fügt sich in diese Rechtsprechung nicht nur nahtlos ein. Im Vergleich zu den entschiedenen Fällen ist der hiesige sogar näher an der gesetzlichen Grundregel.

³⁷ BT-Drucksache 16/887, S. 14.

Sinnvoll und hilfreich ist der rangwahrende Änderungsvorbehalt in vielerlei Konstellationen. Insbesondere ist er beim Erbbaurecht des Erbbaurechtsgesetzes von besonderer praktischer Bedeutung. Denn das Erbbaurecht muss im Grundbuch an ausschließlich erster Rangstelle eingetragen werden. Die erste Rangstelle ist sowohl für die Entstehung des Erbbaurechtes als auch für die Inhaltsänderung des Erbbaurechtes insbesondere seine Verlängerung nach Zeitablauf, existenznotwendig.

Der Inhaber des Vorbehaltsrechts ist nicht unzulässig belastet. Die Änderung des Vorrangrechts belastet ihn weniger als eine vollständige Neubestellung.

Die hier vertretene Ansicht vermeidet den umständlichen und kostenintensiven Umweg über Löschung und Neubestellung des zu ändernden vorbehaltenen Rechts. Sie entlastet Beteiligte und insbesondere das Grundbuchamt von (unnötigem) Aufwand.

Der bedingte Übertragungsvertrag bei Erwerb eines Eigenheims durch nichteheliche Lebenspartner

Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor / Zert. Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart

Entscheiden sich zwei Menschen, ihr Leben gemeinsam zu verbringen, dann hängt der Himmel meist voller Geigen. Wer mag dann daran denken, dass sich in der Lebensgemeinschaft Probleme ergeben oder es vielleicht sogar zur Trennung kommen könnte?

So gab es im Jahr 2012 in Deutschland 40,7 Millionen Haushalte, wobei die Zahl der Ehepaare zwischen 1996 und 2012 um gut 8% auf 18 Millionen im Jahr 2012 abgenommen hat und die Zahl der Lebensgemeinschaften um gut die Hälfte (+50,4%) auf 2,8 Millionen im Jahr 2012 gestiegen ist¹.

Ausgeblendet wird dabei allerdings oftmals die Tatsache, dass z.B. im Jahr 2019 die Scheidungsrate von Ehen in Deutschland 35,8 Prozent betrug. Auf drei Eheschließungen kam damit rechnerisch ca. eine Scheidung².

Während es bezüglich der Auflösung von Ehen Zahlen und Statistiken gibt, die sich aus Meldungen der Scheidungsfälle durch die Justizgeschäftsstellen der Familiengerichte ergeben, liegen bezüglich der Trennung von nichtehelichen Lebensgemeinschaften keine eindeutigen Zahlen und Erhebungen vor.

Peuckert³ führt hierzu aus, dass das Trennungsrisiko von nichtehelichen Lebensgemeinschaften innerhalb der ersten sechs Jahre etwa dreimal so hoch sei wie die Trennungsrate von Ehen in einem vergleichbaren Zeitraum.

Während dabei die Rechtsverhältnisse der Ehegatten durch die verschiedenen Güterstände weitgehend geregelt sind, stößt die Rechtspraxis bei der Frage der rechtlichen Regelungen hinsichtlich des Zusammenlebens ohne Trauschein und den Rechten an gemeinsam geschaffenen Vermögenswerten teilweise auf nicht unerhebliche Probleme.

Beleuchtet werden soll daher mit dieser Abhandlung die vor allem in ländlichen Regionen häufig vorkommende folgende Konstellation:

Ein Partner einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft ist Alleineigentümer eines (im Wege der vorweggenommenen Erbfolge bzw. durch Schenkung erhaltenen) Grundstücks, auf dem nun mit dem Vermögen und den Darlehensmitteln beider nichtehelicher Partner ein Haus zur gemeinsamen Nutzung errichtet werden soll.

Oft wird das Grundstück dabei (durch die Familie) unter der Bedingung zugewendet, es im Familieneigentum zu halten. Im Falle einer Trennung der nichtehelichen Partner soll nämlich einerseits das Grundstück im Eigentum des Einbringenden verbleiben, andererseits soll der geldgebende nichteheliche Partner möglichst umfangreich gesichert werden, damit sein in die Errichtung des Gebäudes eingebrachtes Vermögen für ihn nicht verloren oder nur sehr schwer wieder eintreibbar ist.

Für den Fall einer späteren Heirat soll darüber hinaus die Möglichkeit offengehalten werden, dem am Grundstück (zunächst) nicht berechtigten Partner schnell und kostengünstig das Miteigentum einzuräumen. Außerdem soll die Möglichkeit der Fremdfinanzierung des Bauvorhabens mit grundpfandrechtlich auf dem Grundstück gesicherten Darlehen nicht eingeschränkt werden, weshalb das Grundstück von Sicherungsgrundpfandrechten zugunsten des „nur“ mitfinanzierenden Partners freigehalten werden soll.

Neben der Bildung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts⁴, deren Auseinandersetzung im Streitfall durchaus Argumente bieten kann, kann ein (bedingter) Übertragungsvertrag mit entsprechenden Regelungen eine praktikable Alternative darstellen, dessen Besonderheiten und einzelne Regelungsbestandteile nachfolgend anhand von Formulierungsvorschlägen näher dargestellt werden sollen.

Im Übrigen sind die Regelungen eines üblichen Übertragungsvertrags (unter Ehegatten) aufzunehmen, insbe-

1 Ergebnisse des Mikrozensus 2012.

2 Die Scheidungsrate setzt die Zahl der Eheschließungen mit der Anzahl der Ehescheidungen im gleichen Betrachtungszeitraum in Relation (www.de.statista.com).

3 Peuckert, Rüdiger, Familienformen im sozialen Wandel, 8. Auflage 2012, abrufbar unter: <https://doi.org/10.1007/978-3-531-19031-0>.

4 hierzu eingehend *Proff zu Irnich*, NotF Nichteheliche Lebensgemeinschaft, § 4 Rn. 111 ff..

sondere auch betreffend einen umfassenden Gewährleistungsausschluss sowie der Pflicht zur Tragung von Kosten und Steuern, da die Regelungen – neben den Grunderwerbsteuerlichen Vorteilen – gerade auch für den Streitfall konzipiert sind, bei dem die notarielle Urkunde möglichst keinen Raum für Auslegungen und damit weitere Konfrontationen lassen sollte.

Zu den Regelungen im Einzelnen:

▶ 1. Vorbemerkung/Präambel

Formulierungsvorschlag

„Wir leben in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft und beabsichtigen, auf dem nachfolgend näher bezeichneten Grundstück, das im Alleineigentum von [•] steht -nachfolgend „Partner A“ genannt-, ein Einfamilienhaus zur gemeinsamen Nutzung zu errichten. [•] -nachfolgend „Partner B“ genannt- beteiligt sich an den Finanzierungskosten zur Errichtung des Wohnhauses durch Einbringung von Barvermögen und Darlehen, die sie/er entweder selbst aufnimmt oder für deren Tilgung sie/er mithaftet. Zur Sicherung eventueller Erstattungsansprüche des Partners B im Falle unserer Trennung schließen wir den nachfolgenden Vertrag.“

▶ 2. Übertragung

Formulierungsvorschlag

„Partner A überträgt Partner B einen Miteigentumsanteil in Höhe von [•] an dem in § [•] dieser Urkunde näher bezeichneten Grundstück, und zwar bedingt durch den Eintritt des Übertragungsfalles gem. § [•] Absatz [•].“

Anmerkungen

Vorliegend wird anstelle einer Grundpfandrechtlichen Belastung⁵ sogleich ein echter Miteigentumsanteil übertragen. Ein Grundpfandrecht würde das lastenfreie Grundbuch mit dem „Makel“ eines Grundpfandrechtes belasten, das eine dingliche Fremdfinanzierung der Baukosten erschwert bzw. diese mitunter sogar unmöglich machen würde. Ein ggf. nachrangig eingetragenes Grundpfandrecht zugunsten von Partner B würde beim Eintritt des Sicherungsfalles in vielen Fällen aufgrund einer ggf. sehr hohen erstrangigen Belastung zur faktischen Unmöglichkeit

⁵ Dies könnte z.B. im Wege einer Darlehensabrede zwischen den Vertragsschließenden erfolgen, abgesichert durch eine nachrangige Sicherungshypothek in Höhe des hälftigen Darlehensnennbetrags sowie Unterwerfung des Partners A unter die sofortige Zwangsvollstreckung hierwegen.

der Realisierung der Partner B gewährten Sicherheit führen, da das erstrangige Grundpfandrecht zugunsten des finanzierenden Kreditinstituts im Falle einer durch Partner B betriebenen Zwangsversteigerung in das geringste Gebot gem. § 44 ZVG fallen und dieses dadurch so erhöhen würde, dass sich kein Bieter mehr findet. Zunehmend wird in diesen Fällen auch bereits die Anordnung der Zwangsversteigerung mangels Erfolgsaussicht verweigert.

Weiterhin soll den Vertragsschließenden die Möglichkeit offengehalten werden, möglichst kostengünstig und problemlos Partner B als Miteigentümer eintragen zu lassen, gerade für den Fall einer späteren Heirat.

Der jeweilige Bruchteil des einzuräumenden Miteigentumsanteils ist dabei aus der Summe von Verkehrswert des Grundstücks, der voraussichtlichen Baukosten und dem Beitrag der beiden Partner zu ermitteln. Es liegt in der Natur der Sache, dass eine Aufteilung „auf den Euro genau“ nicht möglich ist, im Falle einer grundpfandrechtlichen Sicherung wäre dies aber ebenso wenig möglich.

Steuerlich ist dabei zu wissen, dass gem. § 1 GrEStG alle Rechtsvorgänge, die einen Anspruch auf Übereignung begründen, der Grunderwerbsteuer unterliegen. Um die Steuerpflicht für den vorliegenden Vertrag auszuschließen ist der schuldrechtliche Anspruch deshalb gem. § 14 GrEStG unter eine Bedingung zu stellen. Vor Beurkundung empfiehlt sich mitunter dennoch ein Antrag auf verbindliche Auskunft⁶ beim zuständigen Finanzamt⁷ über die Steuerpflichtigkeit des vorliegenden Vertrages.

▶ 3. Auflassungszeitpunkt

Formulierungsvorschlag

„(1) Die Auflassung des übertragenden Miteigentumsanteils an Partner B erfolgt bei Eintritt des Übertragungsfalles.

(2) Der Übertragungsfall liegt vor, wenn

(a) die Vertragsschließenden durch gemeinsame schriftliche Erklärung den Eintritt des Übertragungsfalles erklären, oder

⁶ § 89 Absatz 2 AO.

⁷ Nach § 89 Abs. 2 Satz 2 AO ist dasjenige Finanzamt für die Erteilung einer verbindlichen Auskunft zuständig, das bei Verwirklichung des dem Antrag zugrunde liegenden Sachverhalts für die Besteuerung örtlich zuständig sein würde, mithin vorliegend das Finanzamt, in dessen Bezirk das Grundstück liegt.

(b) die nichteheliche Lebensgemeinschaft der Vertragsschließenden gescheitert ist.

Für den Begriff des Scheiterns im hier verstandenen Sinne ist die Bestimmung des § 1565 BGB entsprechend anzuwenden. Jedoch ist der Sicherungsfall ausdrücklich nicht vom Ablauf eines Trennungsjahres i.S.d. § 1566 Absatz 1 BGB abhängig. Erforderlich für den Eintritt des Sicherungsfalles ist aber in jedem Fall die Trennung der Parteien von Tisch und Bett. Die Lebenspartnerschaft gilt jedenfalls dann als gescheitert, wenn die Lebenspartner seit einem Jahr in entsprechender Anwendung des § 1567 BGB getrennt leben;

und

(c) eine Rückzahlung des nach § [•] zu ermittelnden Ausgleichsbetrages durch Partner A an Partner B nicht innerhalb von drei Monaten nach Zugang einer entsprechenden Zahlungsaufforderung des Partners B, die per Einschreiben mit Rückschein zu erfolgen hat, erfolgt;

und

(d) Partner A zusammen mit der Zahlungsaufforderung auf seine Pflicht zum Nachweis der Zahlung des Ausgleichsbetrages gegenüber dem Notar innerhalb der dreimonatigen Frist hingewiesen wurde.

(3) Partner B hat dem amtierenden Notar das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und seine Aufforderung zur Rückzahlung des nach § [•] ermittelten Ausgleichsbetrages durch Vorlage seiner Zahlungsaufforderung nebst Original des unterschriebenen Einschreiberückscheins nachzuweisen. Eines weiteren Nachweises des Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft bedarf es gegenüber dem Notar nicht.

Geht dem Notar nicht innerhalb von drei Monaten seit dem nachgewiesenen Zugang der Zahlungsaufforderung gem. lit. c) ein Nachweis über die Zahlung des Ausgleichsbetrages oder ein Nachweis über die Zahlung des durch Partner B eingebrachten Eigenkapitals gem. § [•] und eine Freistellungserklärung der darlehensgewährenden Bank gem. Absatz [•] zu, hat die Auflassung zu erfolgen.

(4) Zum Nachweis der Erfüllung der Zahlungspflicht gem. Absatz 2 lit. c) durch Partner A gegenüber dem Notar genügt der Nachweis der Zahlung eines Betrages von EUR [•] (in Worten: Euro [•]) und zwar unabhängig von dem tatsächlich durch Partner B verlangten Betrag.

(5) Das Recht von Partner A, das vertragsgegenständliche Grundstück bis zur Auflassung mit Grundpfandrechten aller Art, auch in vollstreckbarer Form, mit Wirkung gegen den jeweiligen Eigentümer im Sinne des § 800 ZPO zu belasten bleibt unberührt. Die zu bestellenden Grundpfandrechte dürfen jedoch einschließlich eventuell bereits bestehender Grundpfandrechte insgesamt den Betrag von EUR [•] mit Zinsen und Nebenleistungen nicht übersteigen.

(6) Die Möglichkeit der Vertragsschließenden, die Auflassung unabhängig vom Eintritt des Übertragungsfalles durch übereinstimmende schriftliche Erklärung gegenüber dem amtierenden Notar bzw. den nach § [•] Bevollmächtigten zu verlangen, bleibt unberührt.“

Anmerkungen

Erfolgt eine entgeltliche Anschaffung vom nichtehelichen Lebenspartner unter der Bedingung der Eheschließung, kann wegen der darin bereits enthaltenen Auflassung ein grunderwerbsteuerlicher Vorgang liegen⁸, weswegen es sich empfiehlt, die Auflassung erst nach der Eheschließung zu erklären⁹.

Absatz 2 lit. a) bietet den Vertragsschließenden die Möglichkeit, bei geänderten Umständen, so z.B. bei einer späteren Heirat¹⁰, ohne zusätzlichen Vertrag und damit verbundene Beurkundungskosten Partner B Miteigentum zu verschaffen, weswegen zu überlegen ist, den Nachweis des Bedingungseintritts durch einfache Schriftform genügen zu lassen, oder sogleich auf Absatz 6 zu beschränken.

Hinsichtlich des Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft sollte ein ergänzender Verweis auf die Härtefallregelung des § 1568 BGB nur nach eingehender Diskussion aufgenommen werden, da auch der Eintritt des Übertragungsfalles einen Härtefall darstellen könnte.

Die Definition des Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft analog dem Scheitern der Ehe zu fassen, liegt darüber hinaus aus Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten nahe, da auf die einschlägige Kommentierung und Judikatur zurückgegriffen werden kann. Nachdem die nichteheliche Lebensgemeinschaft oft in

⁸ FG Düsseldorf, MittBayNot 2003, 407.

⁹ Nicht begünstigt ist nämlich der Erwerb zwischen Personen, zwischen denen keine Ehe besteht, sondern „nur“ eine nichteheliche Lebensgemeinschaft und zwar auch dann, wenn gemeinsame Kinder vorhanden sind (BFH, FamRZ 2001, 1369).

¹⁰ Aufgrund der dann bestehenden Grunderwerbsteuerfreiheit gem. § 3 Nr. 4 GrEStG.

erster Linie zur Vermeidung der starren Bindung einer Ehe als Form des Zusammenlebens gewählt wird und Partner B im Falle deren Scheiterns möglichst schnell seine Sicherung realisieren können soll, um eine vollständige Trennung herbeizuführen, ist das Einhalten des Trennungsjahrs als Voraussetzung des Übertragungsfalls auszuschließen. Um Unklarheiten, die der Verzicht auf das Trennungsjahr mit sich bringt, zu vermeiden, ist die relativ klar zu definierende Trennung von „Tisch und Bett“ zu verlangen.

Da der ursprüngliche Grundstückseigentümer sodann die Baufinanzierung auf eine neue Grundlage stellen muss, wozu in aller Regel umfangreiche Gespräche und Verhandlungen erforderlich sind, darf die Frist zur Rückzahlung des Ausgleichsbetrags (Absatz 2 lit. c)) nicht zu kurz bemessen werden.

Der ergänzende Hinweis in Absatz 2 lit. d) ist lediglich aus Zweckmäßigkeitsgründen aufgenommen, da zwischen Vertragsschluss und Übertragungsfall unter Umständen viele Jahre liegen und ein ergänzender notarieller Hinweis daher angezeigt sein könnte.

Da dem Notar die Feststellung des Scheiterns der nichtehelichen Lebensgemeinschaft im Normalfall nicht möglich (und aus Haftungsgründen auch nicht anzuraten) ist, kann die Erklärung der Auflassung nicht von einer abschließenden Prüfung dieser Frage durch den Notar abhängig gemacht werden, weswegen Absatz 3 eine entsprechende Einschränkung enthält.

Auch in Absatz 4 ist auf eine möglichst einfache Überprüfung des Eintritts des Übertragungsfalls geachtet. Dem Notar ist es nicht möglich, eine Berechnung des Ausgleichsbetrags vorzunehmen, es ist deshalb durch die Vertragsschließenden ein Maximalbetrag zu nennen, der sich sinnvollerweise aus den hälftigen Darlehenssummen und dem durch Partner B eingebrachten Eigenkapital errechnet. Gleichzeitig soll die Möglichkeit von Partner B ausgeschaltet werden, durch die Behauptung, für den Nichteintritt des Übertragungsfalls sei eine höhere Zahlung erforderlich, diesen Übertragungsfall zu Lasten von Partner A eventuell wahrheitswidrig herbeizuführen.

Mit der Regelung in Absatz 5 soll darüber hinaus vermieden werden, dass Partner A das (bis dahin immer noch) in seinem Alleineigentum stehende Grundstück durch Belastungen entwertet und bei Eintritt des Übertragungsfalls Partner B das Eigentum an einem faktisch wertlosen Grundstück eingeräumt wird.

▶ 4. Auflassungsvormerkung

Formulierungsvorschlag

„(1) Zur Sicherung des Partner B aufgrund dieses Vertrages zustehenden bedingten Übertragungsanspruchs bewilligt Partner A und beantragt Partner B zugunsten von Partner B die Eintragung einer Vormerkung gem. § 883 BGB in das Grundbuch zulasten des vorstehend näher bezeichneten Grundstücks.

(2) Diese Vormerkung soll dabei mit folgendem Rangvorbehalt in das Grundbuch eingetragen werden:

Vorbehalt des Eigentümers, im Rang vor dieser Vormerkung Grundpfandrechte im Betrag von bis zu EUR [•] mit bis zu [•]% einmaliger Nebenleistung aus dem Grundschuldkapital und bis zu [•]% Jahreszinsen ab dem Tag der Bestellung (Eintragungsbewilligung) des Grundpfandrechts in das Grundbuch eintragen zu lassen; der Rangvorbehalt ist nicht auf die einmalige Ausnutzung beschränkt.“

Anmerkungen

Die Eintragung einer Auflassungsvormerkung ist das Kernstück der Sicherung, denn nur dadurch tritt die dingliche Sicherung von Partner B ein.

Um eine weitergehende Sicherung von Partner B zu erreichen, könnte ein dingliches oder schuldrechtliches (Mit-)wohnungsrecht¹¹ zu seinen Gunsten vereinbart werden. Die Einräumung eines solchen würde jedoch wiederum zu einer mitunter eingeschränkten Beleihbarkeit führen, die mit der vorliegenden Regelung gerade weitgehend vermieden werden soll. Außerdem müsste für den Übertragungsfall eine Regelung¹² zur Löschung dieses (Mit-)wohnungsrechts getroffen werden. Da die Verweigerung des Wohnens in dem gemeinsam errichteten Gebäude durch Partner A in aller Regel auch das Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft zur Folge haben wird, wurde auf eine Regelung verzichtet.

Um eine grundpfandrechtliche Sicherung der Bankdarlehen an rangerster Stelle zu ermöglichen, ist ein entsprechender Rangvorbehalt (bzw. soweit bereits eingetragen, eine Rangbestimmung/Rangrücktritt) erforderlich.

¹¹ In Form einer beschränkt persönlichen Dienstbarkeit gem. § 1090 BGB und zugunsten von Partner A und Partner B als Gesamtberechtigte gem. § 428 BGB.

¹² Eine solche Regelung kann mit rein schuldrechtlicher Wirkung und nicht als dinglicher Inhalt des Wohnungsrechts vereinbart werden, weswegen für Partner A ein entsprechendes (Prozess-)Risiko verbleibt, sollte sich Partner B weigern, der schuldrechtlichen Lösungsverpflichtung nachzukommen.

► 5. Ausgleichsbetrag

Formulierungsvorschlag

„(1) Partner A wird aus seinem Vermögen EUR [•] (in Worten: Euro [•]) zur Finanzierung des geplanten Gebäudes auf dem vertragsgegenständlichen Grundstück aufwenden.

(2) Weiterhin haben die Vertragsschließenden bei der Bank [•] Darlehen in Höhe von EUR [•] (in Worten: Euro [•]) zur Finanzierung des geplanten Gebäudes aufgenommen. Hierzu wird vereinbart:

(a) Die Rückführung dieser Darlehen soll gemeinsam erfolgen. Jeder der Vertragsschließenden ist im Innenverhältnis zur Rückführung der hälftigen [ggf. abweichende Quote] Darlehenssumme sowie zur Tragung der hälftigen [ggf. abweichende Quote] Zinsen und Kosten der Darlehen bis zum Eintritt des Übertragungsfalles verpflichtet.

(b) Ist einer der Vertragsschließenden aufgrund eines Verdienstauffalles teilweise oder vollständig nicht in der Lage, seinen Zahlungspflichten zu genügen, hat eine Quotelung der Rückzahlungsverpflichtung im Verhältnis der jeweiligen Zahlungen auf die Darlehen, Zinsen und Kosten im Innenverhältnis stattzufinden.

(c) Eine entsprechende Quotelung hat jedoch nicht stattzufinden, wenn einer der Vertragsschließenden aufgrund von Kindererziehungszeiten nicht in der Lage ist, zur Rückführung der Darlehen, auch teilweise, beizutragen.

(3) Der Ausgleichsbetrag errechnet sich aus der hälftigen [ggf. abweichende Quote], bereits getilgten Darlehenssumme zuzüglich des durch Partner B eingebrachten Eigenkapitals von EUR [•].

Das durch Partner B eingebrachte Eigenkapital ist ab dem Zeitpunkt des Vertragsschlusses für die Ausschaltung des Geldwertverfalles mit [•] Prozentpunkten über dem jeweiligen Basiszinssatz zu verzinsen. Die Darlehenssumme ist nicht zu verzinsen.

(4) Bei der Berechnung des Ausgleichsbetrags sind eventuelle Steuerersparnisse und Eigenleistungen der Vertragsschließenden und derer Angehöriger im Rahmen der Errichtung des Gebäudes nicht zu berücksichtigen. Etwas anderes gilt nur dann, wenn die Vertragsschließenden hierüber eine abweichende schriftliche Vereinbarung getroffen haben.

(5) Nach Eintritt des Übertragungsfalles ist Partner A zur Rückführung der noch offenen Darlehenssumme und der nach dem Übertragungsfall anfallenden Zinsen und Kos-

ten im Innenverhältnis allein verpflichtet. Soweit er zur Verhinderung des Eintrittes des Übertragungsfalles gem. § [•] höhere Zahlungen erbracht hat, als er nach Absatz 3 zu erbringen verpflichtet gewesen wäre, steht ihm gegen Partner B ein Rückzahlungsanspruch zu.“

Anmerkungen

Absatz 5 gewährleistet, dass nach Eintritt des Übertragungsfalles Partner A für die aufgenommenen Darlehen allein haftet, da ihm der Wertzuwachs, der durch die Darlehen „erkauft“ wird, dann auch alleine zugutekommt. Er hat deshalb auch die letztlich seiner eigenen Vermögensbildung dienenden Kosten und Zinsen der Darlehen anteilig zu tragen. Eine Verzinsung auch der Darlehenssumme dagegen würde zu einer doppelten Benachteiligung von Partner A führen.

Eine rückwirkende Kosten- und Zinstragungspflicht von Partner A erscheint nicht zweckgerecht, da Partner B seine Beiträge auf Kosten und Zinsen der Darlehen in dem gemeinsam errichteten Haus „abgewohnt“ hat. Ebenso verhält es sich mit einer eventuellen Verzinsung des durch Partner B eingebrachten Eigenkapitals¹³.

Der in Absatz 5 a.E. vorgesehene Rückzahlungsanspruch stellt den Ausgleich für die aus Praktikabilitätsgründen gewählte Regelung beim Nachweis des Übertragungsfalles dar.

► 6. Löschungsbewilligung

Formulierungsvorschlag

„(1) Für den Fall des Nachweises der in § [•] lit. c) und d) genannten Voraussetzungen in der dort vorgesehenen Form und Frist bevollmächtigt Partner B für sich und seine Rechtsnachfolger unter Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB die Mitarbeiterinnen des amtierenden Notars, [•] -je einzeln- zur Abgabe der Erklärung zur Bewilligung der Löschung der in § [•] beantragten Auflassungsvormerkung.

(2) Partner B kann die Abgabe der Löschungsbewilligung gem. Absatz 1 auch durch einfache schriftliche Erklärung gegenüber dem Notar herbeiführen.“

Anmerkungen

Aus Kostengesichtspunkten empfiehlt es sich, die Löschungsbewilligung mit in den Vertrag aufzunehmen. Bei

¹³ Jedenfalls dann, sofern Zahlungen nicht über die Hälfte der marktüblichen Miete bzw. den Rahmen der gemeinsamen Lebensführungskosten hinausgehen.

einer getrennten Regelung entsteht eine Entwurfsgebühr nach KV 24102, 21201 Nr. 4 GNotKG für die Löschungsbewilligung. Außerdem wird mit der vorgeschlagenen Gestaltung die Möglichkeit von Partner B, die Löschungsbewilligung zu verweigern und dadurch die Verfügungsmöglichkeiten über das Grundstück einzuschränken, ausgeschlossen.

Wird hinsichtlich der alternativen Möglichkeit in Absatz 2 eine strengere Form gewählt, entfällt der eigentliche Kostenvorteil. Wird jedoch eine weniger strenge Form gewählt (wie vorgeschlagen), besteht für den Notar mitunter ein Haftungsrisiko betreffend den Nachweis der Identität des die Löschung Bewilligenden.

Die strittige bzw. nicht feststellbare Grenze im Liegenschaftskataster und Grundbuch – Ein Plädoyer für die Darstellung strittiger bzw. nicht feststellbarer Grenzen im Grundbuch

Harald Wilsch, Bezirksrevisor am Grundbuchamt München

A. Einführung: Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs erstreckt sich auch auf den sich aus dem Liegenschaftskataster ergebenden Grenzverlauf

Nach der Auffassung des BGH¹ erstreckt sich die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs auch auf den sich aus dem Liegenschaftskataster ergebenden Grenzverlauf. Der BGH begründet dies mit der notwendigen Klarheit, die für den Rechtsverkehr „darüber bestehen muss, auf welchen konkreten Teil der Erdoberfläche sich ein eingetragenes Recht bezieht“². Hintergrund ist die Verknüpfung des Grundbuchs mit dem Liegenschaftskataster, manifest in § 2 Abs. 2 GBO. Danach werden die Grundstücke im Grundbuch nicht nach den Eigenrecherchen des Grundbuchamtes benannt, sondern nach dem Liegenschaftskataster, § 2 Abs. 2 GBO. Die weitere Rechtsprechung³ und die Literatur⁴ teilen dieses Ergebnis. Festzustellen ist ein enger Verknüpfungszusammenhang, eine Verbindung der Register, eine synchrone Verschränkung der Richtigkeitsvermutungen, womit auch klar wird, warum die Richtigkeitsvermutung des einen Registers auf die Richtigkeitsvermutung des anderen Registers durchschlägt. Rein deskriptive Merkmale, auf die sich der öffentliche Glaube nicht erstreckt, liegen insoweit nicht vor. Folgerichtig lässt sich der Verknüpfungszusammenhang auch als „Einbeziehen der Katasterangaben in das Grundbuch“⁵ umschreiben. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs schließt die Daten des Liegenschaftskatasters ein, die Aufschluss über die Grenzen des Flurstücks geben. Der Wirkungstransfer vom Liegenschaftskataster an das Grundbuch gibt den

Ausschlag dafür, von großer Praxisrelevanz auszugehen, mag die Anzahl der Flurstücke mit strittiger bzw. nicht festgestellter Grenze derzeit kein Massenphänomen der Vermessungs- und Eintragungspraxis markieren. Dies bezieht sich jedoch nur auf die Gesamtzahl der Flurstücke, die das Liegenschaftskataster ausweist. Mehrere hundert oder mehr als eintausend Fälle in einem Bundesland dürfen allerdings in ihrer wirtschaftlichen Relevanz nicht unterschätzt werden, insbesondere in großstädtischen Regionen oder Ballungszentren, gekennzeichnet von starken Preissteigerungen. Dem Rechtsfrieden dienlich sind strittige bzw. nicht feststellbare Grenzen nicht, sie verweisen vielmehr auf überwundene Zeiträume und Modelle des anglo-amerikanischen Rechtskreises ohne ausreichende Registrierung. Wie im Folgenden zu zeigen sein wird, überzeugt die ablehnende Haltung nicht, die sich gegen die Verlautbarung strittiger bzw. nicht festgestellter Grenzen im Grundbuch ausspricht, ohne dies näher zu begründen. Die Verschränkung von Liegenschaftskataster und Grundbuch liefert ein eindeutiges Votum für die Darstellung auch im Grundbuch.

B. Erster Einwand: das Grundbuchattribut „strittige Grenze“ bzw. „nicht feststellbare Grenze“ sorge für Verunsicherung

Der Verlautbarung des Grundbuchattributs „strittige Grenze“ bzw. „nicht feststellbare Grenze“ wird teilweise mit dem Einwand begegnet, dies sorge für Verunsicherung, der Rechtsverkehr werde mit Unsicherheiten konfrontiert, mit denen schwer umzugehen sei. Diese empirisch nicht belegte Einschätzung verkennt, dass das Grundbuchattribut nicht auf Ermittlungen des Grundbuchamtes zurückgeht, sondern auf den Feststellungen des Vermessungsamtes im Fortführungsnachweis beruht. Ein eigenes Rechercherecht steht dem Grundbuchamt nicht zu, übernommen werden vielmehr die Feststellungen, die das Vermessungsamt trifft und dem Grundbuchamt mitteilt. Bei entsprechender Sachlage lässt sich gegen-

1 BGH, Urteil v. 2.12.2005 - V ZR 11/05, DNotZ 2006, 364.

2 BGH, Urteil v. 2.12.2005 - V ZR 11/05, DNotZ 2006, 364.

3 OLG München NJOZ 2015, 953; OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.2.2017 - OVG 2 S 26.16, BeckRS 2017, 103182.

4 Grziwotz/Saller, Bayerisches Nachbarrecht, 3.Auf., 2015, Pkt. A Grenzstreitigkeiten, Rn. 5; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16.Auf., 2020, Rn. 345; MüKo/Kohler, BGB, 8.Auf., 2020, § 891 Rn. 6; Krause, in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB, 4.Auf., 2016, § 891 Rn. 5; Löhnig JA 2006, 488.

5 OVG Berlin-Brandenburg, Beschluss v. 20.2.2017 - OVG 2 S 26.16, BeckRS 2017, 103182.

über dem Grundbuchamt nicht der Vorwurf erheben, es werde seiner originären, auf Rechtssicherheit gerichteten Funktion nicht gerecht. Zusätzliche Verunsicherung kann nicht konstatiert werden, da die Ursache im Katasterbereich zu suchen ist. Das Grundbuch übernimmt lediglich die Angaben des Liegenschaftskatasters, schafft keinen neuen Sachverhalt, der sich aus autonom- grundbuchrechtlichen Überlegungen speist. Tatsächlich paraphrasiert das Grundbuch das Ergebnis der Vermessung, gibt wieder, was bei der Vermessung zutage getreten ist. Von weiterer Verunsicherung kann daher nicht die Rede sein, das Gegenteil trifft zu, erst der Grundbuchvermerk sorgt für die im Rechtsverkehr unerlässliche Sicherheit über die Rechtsnatur des strittigen bzw. nicht feststellbaren Grenzverlaufs. Der Grundbuchvermerk beseitigt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, der sich auch auf den Grenzverlauf bezieht⁶. An einen bestimmten oder genau feststellbaren Grenzverlauf können sich die Beteiligten dann nicht mehr klammern, sondern müssen ggf. die Initiative ergreifen, um den Schwebezustand des Grenzverlaufs zu beenden. Dem zusätzlichen Vermerk im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs über die „strittige Grenze“ bzw. „nicht feststellbare Grenze“ kann kein Verunsicherungspotential, sondern nur aufklärerisches Potential zugemessen werden. Zur Verunsicherung trägt eher bei, den Grenzverlauf im Liegenschaftskataster und im Grundbuch unterschiedlich zu behandeln. Der Vorwurf, auf diese Art und Weise einen Rechtschein zu erzeugen, der die Vertragsparteien in trügerische Rechtssicherheit wiegt, ist schwer von der Hand zu weisen.

C. Zweiter Einwand: das Attribut „strittige Grenze“/„nicht feststellbare Grenze“ stelle einen Wertminderungsfaktor dar

Der zweite Einwand, der derzeit einer Verlautbarung des Attributs „strittige Grenze bzw. „nicht feststellbare Grenze“ im Grundbuch entgegengebracht wird, attestiert der Darstellung eine Wertminderung. Der Wert der Immobilie werde durch den Vermerk wesentlich gemindert, der Verkauf werde dadurch Komplikationen unterworfen. Auch dieser Einwand kann nicht geteilt, dem Grundbuchvermerk kein Wertminderungspotential zugesprochen werden, da der Grundbuchvermerk aufgreift, was das Liegenschaftskataster vorgibt, lediglich das Liegenschaftskataster paraphrasiert. Die Kausalität im Grundbuchbereich zu suchen, geht daher fehl. Der Vermerk im Grundbuch kann nicht auto-

nom vom Liegenschaftskataster gesehen werden, sondern als dessen Reproduktion, als Reprise, als Wiederaufnahme des Sachverhalts. Das Grundbuchamt sieht sich nicht in der Lage, die Feststellung des Liegenschaftskatasters über den strittigen bzw. nicht feststellbaren Grenzverlauf zu verwerfen. Der zusätzliche Vermerk im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs ist als zusätzliche Registerreflektion zu werten, die zur Kohärenz von Liegenschaftskataster und Grundbuch beiträgt. Hintergrund ist die Verknüpfung nach § 2 Abs. 2 GBO.

D. Plädoyer für die Übernahme des Attributs der strittigen bzw. nicht feststellbaren Grenze in das Grundbuch

I. Das Grundbuchattribut bedeutet mehr Rechtssicherheit

Die Registerkonzeption benötigt Klarheit darüber, auf welchen konkreten Teil der Erdoberfläche sich ein eingetragenes Recht bezieht⁷. Zur Klarheit trägt insoweit bei, dass sich die Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs nach § 891 BGB auch auf den sich aus dem Liegenschaftskataster ergebenden Grenzverlauf erstreckt⁸. Die Kohärenz der Register Liegenschaftskataster und Grundbuch sorgt für mehr Rechtssicherheit. Beide stehen miteinander im Einklang, die Einsicht in das eine Register ergibt kein anderes Ergebnis als die Einsicht in das andere Register. Dabei darf nicht außer Acht gelassen werden, dass die Grundstücke im Grundbuch nach dem Liegenschaftskataster benannt werden, § 2 Abs. 2 GBO. Die Beschreibung der Grundstücke im Grundbuch darf sich nicht außerhalb der Grundstücksbeschreibung bewegen, die das Liegenschaftskataster vorgibt, § 2 Abs. 2 GBO. Mehr Rechtssicherheit wird durch die Synchronisierung von Liegenschaftskataster und Grundbuch erzeugt, beide weisen einen Grenzverlauf auf, der sich als strittig bzw. nicht feststellbar erweist. Unterschiedliche Buchungen im Liegenschaftskataster und Grundbuch lässt die Regelung in § 2 Abs. 2 GBO nicht zu. Über den Grenzverlauf besteht mehr Rechtssicherheit, da durch den Grundbuchvermerk evident ist, dass der Grenzverlauf strittig bzw. nicht feststellbar ist. In der Praxis des Grundstückskaufvertrags zeigt sich regelmäßig keinerlei Notwendigkeit, neben dem Grundbuch auch noch Einsicht in das Liegenschaftskataster zu nehmen. Die Darstellung des Grundstücks im Grundbuch reicht den Beteiligten aus, um das Grundstück im Kaufvertrag beschreiben zu können. Im Falle einer strittigen bzw. nicht feststellbaren Grundstücksgrenze kann das

6 OVG Berlin- Brandenburg, Beschluss v. 20.2.2017- OVG 2 S 26.16, BeckRS 2017, 103182.

7 BGH DNotZ 2006, 364; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 113743.

8 BGH DNotZ 2006, 364; OLG Düsseldorf BeckRS 2016, 113743.

Grundbuch, das keinen Vermerk über die Grenzsituation ausweist, den Beteiligten ein unzutreffendes Bild vermitteln bzw. einen Rechtsschein erzeugen, der nicht mit der Realität übereinstimmt. Dies gilt es zu vermeiden, und zwar durch einen zusätzlichen Vermerk im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs. Der Rechtsverkehr erhält auf diesem Weg Klarheit darüber, auf welchen Teil der Erdoberfläche sich das Eigentumsrecht derzeit bezieht. Mehr Rechtssicherheit resultiert ferner daraus, dass die Beteiligten im Register auf die Grenzsituation aufmerksam gemacht und zur unmittelbaren oder mittelbaren Rechtsbereinigung aufgerufen werden. Sofern am Ende der Bemühungen ein bereinigter bzw. geklärter Grenzverlauf steht, ist mehr Rechtssicherheit erreicht. Rechtssicherheit durch Belehrung, Information und Aufklärung zu vermitteln, ist im Sinne des Notariats, das mit der Beurkundung des Grundstückskaufvertrags betraut ist. Lässt sich dem Grundbuch entnehmen, dass der Grenzverlauf strittig bzw. noch nicht feststellbar ist, kann das Notariat den Käufer auf die Rechtsfolgen hinweisen. Überraschende Erkenntnisse, die möglicherweise erst lange nach Beurkundung in Erscheinung treten, bleiben dem Käufer somit erspart. Im Rahmen der Beurkundungsverhandlung obliegen der Notarin bzw. dem Notar viele verschiedene Belehrungs-, Beratungs- und Betreuungstätigkeiten, zu denen auch der Aspekt der strittigen bzw. nicht feststellbaren Grundstücksgrenze zählt. Der Sachverhalt, der dem Grundstückskaufvertrag zugrunde liegt, ist zu klären, zugleich sind die Beteiligten über die rechtliche Tragweite des Rechtsgeschäfts zu belehren⁹. Darin sind Amtspflichten zu erkennen, die zu den zentralen Aufgaben der Notarin bzw. des Notars zu rechnen sind, um als Garant des Verbraucherschutzes agieren zu können. Die interessengerechte Vertragsgestaltung¹⁰ steht im Vordergrund, wobei die Notarin bzw. der Notar den Beteiligten den richtigen Weg weisen muss, hier den Weg zur Klärung des Grenzverlaufs. Den Interessen des Käufers ist ausreichend Rechnung zu tragen. Der zusätzliche Vermerk im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs kann nicht anders als Aufruf dazu verstanden werden, zur Rechtsbereinigung beizutragen und für die Grenzsicherung zu sorgen, zumindest den Versuch zu unternehmen.

▶ II. Das Grundbuchattribut bedeutet mehr Vertragsparität

Mit dem zusätzlichen Vermerk im Bestandsverzeichnis, mit dem kein besonderer Eintragungsaufwand verbunden ist, wird ein Beitrag zur Vertragsparität erbracht¹¹.

⁹ Schöttler, Verbraucherschutz durch Verfahren, 2003, S. 27.

¹⁰ Schöttler, Verbraucherschutz durch Verfahren, 2003, S. 33.

¹¹ Zur Parität im Beurkundungsverfahren vgl. Schöttler, Verbraucherschutz durch Verfahren, 2003, S. 45.

Ohne Vermerk im Grundbuch sind Impulse in Richtung einer Rechtsbereinigung nicht zu erwarten und von Zufällen abhängig. Die Rechtsbereinigung ist nicht nur im Sinne des Grundbuchs, dessen Grundlagen auf eine unerschütterliche Grundlage zu stellen sind, sondern auch im Sinne des Vermessungsamtes, das mit festen Grenzen operieren muss, um die „Vermessung der Welt“ ins Werk zu setzen. Ggf. kann das mit der Beurkundung beauftragte Notariat auch moderieren, um einen klaren Grenzverlauf zu erreichen, ggf. unter Beteiligung der betroffenen Grenznachbarn. Mehr Verbraucherschutz ist die Folge. Das Ergebnis kann der Käufer in seine Überlegungen zu den Rechtsmängeln und zum Kaufpreis einbeziehen.

▶ III. Das Grundbuchattribut bedeutet mehr Informationssymmetrie; keine „hidden charges“

Mit dem zusätzlichen Vermerk im Bestandsverzeichnis wird zugleich Informationssymmetrie geschaffen. Vermieden wird, dass Verkäufer und Käufer unterschiedliche Kenntnisstände besitzen. Um zu einer interessengerechten und ausgewogenen Regelung zu gelangen, müssen Verkäufer und Käufer dieselben Informationen teilen. Eine Informationsasymmetrie darf nicht entstehen, weil dies zur Benachteiligung des Käufers führt. Der Käufer darf nicht Gefahr laufen, mit „hidden charges“ belastet zu werden, versteckten Belastungen, resultierend aus dem strittigen bzw. nicht festgestellten Grenzverlauf. Anderenfalls wird die Konzeption des Registers geschwächt und der Rechtsverkehr in alternative Vertragsgestaltungen gedrängt, die nicht zu befürworten sind. Nicht vermessene Flurstücke sind eher dem anglo-amerikanischen Rechtskreis zuzurechnen und stellen kein wünschenswertes Ergebnis dar.

▶ IV. Das Grundbuchattribut bedeutet die minimalinvasivere Vorgehensweise, Alternative ist der Widerspruch

Grundbuchrechtlich fällt überdies ins Gewicht, dass der zusätzliche Vermerk im Bestandsverzeichnis des betroffenen Grundbuchs die eindeutig minimalinvasivere Vorgehensweise markiert, soweit die Darstellung der strittigen bzw. nicht feststellbaren Grenze betroffen ist. Die Alternative stellt die Eintragung eines Widerspruchs gegen die Richtigkeit des Grundbuchs dar¹², ein grundbuchrechtlicher Schutzvermerk, der in der zweiten Abteilung des Grundbuchs eingetragen wird und zu wesentlich mehr

¹² Zum Widerspruch vgl. OVG Berlin-Brandenburg BeckRS 2017, 103182.

Verwerfungen führt¹³. Sofern sich das Grundbuchamt vor die Wahl gestellt sieht, zwischen der Kennzeichnung der Grenze als „strittig“/„nicht festgestellt“ und dem Widerspruch zu wählen, wird es den zusätzlichen Vermerk im Bestandsverzeichnis wählen, weil damit Unrichtigkeiten eine Absage erteilt wird. Der Widerspruch knüpft an eine unzureichende Darstellung des Grundbuchs an, die es in jedem Fall zu verhindern gilt. Das Grundbuchamt darf wesentlich nicht dazu beitragen, das Grundbuch unrichtig zu machen (Legalitätsprinzip¹⁴). Es besteht eine grundbuchamtliche Pflicht, das Grundbuch richtig zu halten. Dieser Pflichtenhorizont gibt den Ausschlag dafür, den zusätzlichen Vermerk im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs zu präferieren. Abstriche an der Richtigkeitsvermutung des Grundbuchs tragen zur Schwächung der Registerkonzeption bei, die nicht befürwortet werden kann. Gleiches gilt für die Auffassung, die den Rekurs auf das Liegenschaftskataster für ausreichend hält. Danach sollen die Anfragen, die sich an das Grundbuchamt richten, mit dem Rekurs auf das Liegenschaftskataster beantwortet werden, mit der Verweisung auf ein anderes Register. Eine entsprechende Unvollständigkeit des Grundbuchs sollte jedoch nicht in Kauf genommen werden, da ein einfacher, zusätzlicher Vermerk im Grundbuch ausreicht, um die Einheitlichkeit der Register zu wahren, die Einheitlichkeit von Liegenschaftskataster und Grundbuch. Warum ein Spannungsverhältnis zwischen beiden Registern entstehen soll, ist nicht ersichtlich bzw. nicht erklärlich. Der Rechtsverkehr benötigt Klarheit, Parität und Informationsasymmetrie, nicht unvollständige und diskordante Register.

► **V. Das katasterrechtliche Regelungsumfeld der „strittigen Grenze“ bzw. „nicht feststellbare Grenze“; Vorschlagsempfehlung und Eintragungsvorschlag**

In der Vermessungsverwaltung werden bereits Überlegungen zur Änderung der Begriffe angestellt, statt „strittige Grenze“ steht „nicht feststellbare Grenze“ im

Raum. Dabei ist festzuhalten, dass beispielsweise die Regelung in § 19 Abs. 2 VermKatG NRW beide Begriffe verwendet¹⁵. Die Rechtsprechung des OVG Berlin-Brandenburg spricht von der Kennzeichnung als „streitig“¹⁶. Die bayerische Anweisung zur Fortführung und Nutzung des Liegenschaftskatasters (KatA) benutzt durchgehend den Begriff der „strittigen Grenze“, vgl. Ziffer 5.5.3 und 12.4.1 KatA. Andererseits verwendet Ziffer 3.2.1 der LiegKatErl. NRW den Begriff des „nicht ermittelten Eigentümers“, was bereits in die Richtung des projizierten Begriffswechsels deutet, der aus grundbuchrechtlicher Sicht unterstützt werden kann. Grund ist die Neutralität, die mit dem Begriff „nicht feststellbare Grenze“ verbunden ist, wohingegen „strittige Grenze“ häufig dem zugrunde liegenden Sachverhalt nicht gerecht wird. Hinzu kommt, dass der Begriff der „nicht feststellbaren Grenze“ eher geeignet erscheint, eine Klärung des Grenzverlaufs zu initiieren. „Strittige Grenze“ weckt dagegen Assoziationen an langwierige und weit zurückreichende Grenzstreitigkeiten, die ohnehin nicht zu lösen sind, an gordische Knoten, verhärtete Fronten. Das Abschreckungspotential der „strittigen Grenze“ erscheint wesentlich höher angesiedelt zu sein. Eine „nicht feststellbare Grenze“ drängt die Beteiligten zur Klärung, zur Feststellung. Eine ähnliche Neutralität kannte bereits § 186 Abs. II der Dienstanweisung für die Grundbuchämter in den Landesteilen r. d. Rheins, 1905. Dort hieß es bei Flurstücken ohne Flächeninhalt: „ohne Flächenangabe im Grundsteuerkataster“. Das grundbuchrechtliche Votum fällt daher zugunsten des Begriffs der „nicht feststellbaren Grenze“ aus. Nicht anders als bei der Wirtschaftsart, ist das Grundbuchamt gehalten, den Begriff des Liegenschaftskatasters zu übernehmen. Der zusätzliche Vermerk im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs könnte lauten:

„ohne feststellbare Grenze im Liegenschaftskataster“

„im Liegenschaftskataster ohne feststellbare Grenze“

13 Zum Widerspruch vgl. *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16.Auf., Rn. 1611 f

14 Zum Legalitätsprinzip vgl. BayObLG DNotZ 1967, 429; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16.Auf., Rn. 209.

15 § 19 Abs. 2 VermKatG NRW: „Kann eine bestehende Grundstücksgrenze nicht festgestellt werden, weil die Beteiligten sich nicht einigen, so soll sie als streitig bezeichnet werden.“

16 OVG Berlin- Brandenburg BeckRS 2017, 103182.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Geschäftswert der Beurkundung einer Teilungserklärung

§§ 10, 42 I 2, 46 I, 96 GNotKG, Vorb. 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 1 KV-GNotKG

Amtliche Leitsätze:

1. Der Geschäftswert der Beurkundung einer Teilungserklärung bemisst sich nach dem fiktiven Preis, der für das als bebaut zu vermutende Grundstück zur Zeit der Beurkundung zu erzielen gewesen wäre. Maßgeblich ist, was vernünftigerweise als Verkaufserlös hätte erwartet werden dürfen, wenn zur Zeit der Teilungserklärung schon fertige Wohnungen verkauft worden wären.
2. Für die Wertbemessung maßgebliche Tatsachen, die erst nach dem Bemessungsstichtag entstehen oder erreichbar oder zufällig erkennbar werden, sind zu werten, wenn sie für den Wert am Stichtag maßgeblich sind.

OLG Brandenburg (7. Zivilsenat),
Beschluss vom 07.10.2021 – 7 W 70/21

I. Tatbestand:

1 Das Landgericht hat mit dem angefochtenen Beschluss einen Antrag auf gerichtliche Entscheidung zurückgewiesen, mit dem die Antragstellerin einzelne Gesichtspunkte der Kostenberechnung des Antragsgegners für die Beurkundung und den Vollzug einer Teilungserklärung beanstandet. Die Antragstellerin meint, der Geschäftswert sei unzutreffend hoch veranschlagt und eine Vollzugsgebühr sei nicht entstanden.

2 Gegenstand des Verfahrens ist allein die Kostenrechnung des Antragsgegners vom 18. Mai 2017 – 17C0601-3-bö – (Anlage 2 zur Antragsschrift = Bl. 5). Diese Rechnung hat die Rechnung vom 27. Oktober 2015 – 15C1266-ME – (Anlage 1 zur Antragsschrift = Bl. 4) vollständig ersetzt und dadurch gegenstandslos werden lassen. Die jüngere Kostenberechnung enthält eine vollständige Nach- und Neuberechnung der Notarkosten für dieselben Amtstätigkeiten. Das ist der in beiden Rechnungen identisch angegebenen Nummer der

Urkundenrolle des Antragsgegners ebenso zu entnehmen wie den identischen Bezeichnungen der einzelnen Gebührentatbestände und der Aufnahme des in der älteren Rechnung berechneten Betrages als bereits geleistete Zahlung.

II. Aus den Gründen:

3 Die Beschwerde ist teilweise begründet.

4 1. Die Notarkosten der Beurkundung der Teilungserklärung richten sich nach einem Geschäftswert von 4.083.000 Euro.

5 a) Für den Geschäftswert sind weder – wie der Antragsgegner meint – die bis zum Dezember 2017 für die Wohnungen tatsächlich vereinbarten Kaufpreise maßgeblich noch – wie die Antragstellerin meint – der für die Gerichtsgebühren veranschlagte Geschäftswert.

6 Die Antragstellerin verweist auf die Entscheidung des 5. Zivilsenats vom 26. September 2016 – 5 W 73/16 – (Bl. 67 ff.), mit der der Wert für Bemessung der Gerichtsgebühren des Grundbuchamtes in der gleichen Angelegenheit auf 3.850.000 Euro festgesetzt worden ist. An jene Entscheidung ist der Senat bei der hier anhängigen Entscheidung über die Notarkosten nicht gebunden. Der 5. Zivilsenat hat den Wert für die Gerichtsgebühren festgesetzt (§ 79 I GNotKG). Indes gilt eine dem § 32 I RVG ähnliche Regelung für die Notargebühren nicht. Die Festsetzung des Wertes für die Gerichtsgebühren kann eventuell Anhaltspunkte aufzeigen, die für die Ermittlung oder Schätzung des Wertes für die Notargebühren verwendet werden können. Aber weder besteht in bezug auf den festgesetzten Wert eine Richtigkeitsvermutung noch gar eine Bindung, die der Rechtskraftwirkung vergleichbar wäre.

7 b) Der Geschäftswert der Beurkundung einer Teilungserklärung bemisst sich nach dem – fiktiven – Preis (§ 46 I GNotKG), der für das tatsächlich unbebaute, aber als bebaut zu vermutende Grundstück (§ 42 I 2 GNotKG) zur Zeit der Beurkundung (§§ 96, 10 GNotKG) zu erzielen gewesen wäre.

8 § 96 GNotKG bestimmt einen Bemessungsstichtag, nicht einen Erkenntnisstichtag. Für die Wertbemessung maßgebliche Tatsachen, die erst später, nach dem Eintritt der Fälligkeit, also nach dem Bemessungsstichtag

entstehen oder erreichbar oder zufällig erkennbar werden, sind zu verwerten – und sie können zur Korrektur des zuvor angenommenen Geschäftswertes und zur Neuberechnung der Notargebühren veranlassen. Diese neuen oder nachträglich ersichtlich gewordenen Tatsachen müssen aber für den Wert am – nun in der Vergangenheit liegenden – Bewertungsstichtag maßgeblich sein. Geben sie sicheren Aufschluss für einen Wert zu einem späteren Zeitpunkt, so kommt es für ihre Maßgeblichkeit darauf an, was dafür und dagegen spricht, dass zwischen dem Bewertungsstichtag und dem Zeitpunkt des Erkenntniszuwachses eine Wertänderung eingetreten sein könnte.

9 c) Zur Zeit der Teilungserklärung war der fiktive Preis des bebauten Grundstücks nicht auf den Anschaffungspreis des Grundstücks und die künftig aufzuwendenden Baukosten beschränkt (Schriftsatz der Antragstellerin vom 23. Juli 2017, S. 4 = Bl. 100; Beschwerdebegründung vom 26. Mai 2021, S. 2 = Bl. 196). Mit einem so bemessenen Preis hätte die Antragstellerin nach der Bebauung des Grundstücks und dem Verkauf der so errichteten Wohnungen keinerlei Gewinn erzielen können. Maßgeblich ist vielmehr, was die Antragstellerin vernünftigerweise als Verkaufserlös hätte erwarten dürfen, wenn sie zur Zeit der Teilungserklärung schon fertige Wohnungen verkauft hätte. Sie selbst gab ihre Erwartungen rund ein halbes Jahr vor der Beurkundung mit „rd. 5 Mio. €“ an (eMail vom 8. April 2015 in der Anlage 6 zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 4. Juli 2017, Bl. 83).

10 Diese Erwartung entspricht ungefähr den augenscheinlich bis zum Dezember 2017 erzielten Kaufpreisen von insgesamt 5.573.300 Euro für 30 Wohnungen (Mitteilung des Amtsgerichts Senftenberg vom 14. Dezember 2017 in der Anlage 1 zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 30. April 2018, Bl. 132). Für den Wert am Bewertungsstichtag, dem Tag der Beurkundung im Oktober 2015, geben diese Kaufpreise aber keinen sicheren Aufschluss, weil angenommen werden muss, dass es in der Zwischenzeit zu Wertsteigerungen auf dem Markt der Eigentumswohnungen in ... gekommen ist. Es ist allgemein bekannt, dass in den fraglichen Jahren von 2015 bis 2017 die Preise auf dem Markt der Wohngrundstücke und Wohnungen gestiegen, in manchen Gebieten sogar sehr stark gestiegen sind.

11 Die Mitwirkung der Beteiligten (§ 95 GNotKG), zu der der Senat sie angehalten hat (Vfg. v. 7. Juli 2021, Bl. 212), hat zu keinen bei der billigen Wertbemessung besser verwertbaren Erkenntnissen geführt als einer Berechnung anhand der Abgeschlossenheitspläne (Anlage zur Antragsschrift, Bl. 21 ff.) und einer Verwen-

dung des von der Antragstellerin eingereichten Grundstücksmarktberichtes 2015 (dort S. 79). Danach ist eine Gesamtwohnfläche von 2.722 m² zu veranschlagen und ein Wohnflächenpreis von 1.500 Euro/m². So ergäbe sich zum Bemessungsstichtag, dem Tag der Beurkundung, ein Geschäftswert von 4.083.000 Euro. Der Antragsgegner hat eingewandt, in die durchschnittlichen Marktwerte, die im Grundstücksmarktbericht berechnet worden seien, seien wenige Grundstücke berücksichtigt, die ausnahmslos weniger attraktiv gelegen seien als das hier fragliche Grundstück. Er hat indes keine besseren Anhaltspunkte für eine Wertbemessung benannt. Ob die Lage- und Attraktivitätsunterschiede so schwer wiegen, dass sie sich auf den Preis auswirken, ist offengeblieben.

12 2. Dem Antragsgegner steht die von der Antragstellerin beanstandete Vollzugsgebühr zu (Vorb. 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 1 KV-GNotKG).

13 Die Antragstellerin hat dem Antragsgegner die auf die Abgeschlossenheitsbescheinigung gerichteten Antragsschriften „mit der Bitte um weitere Handhabung“ überlassen (Schreiben der Antragstellerin vom 25. und 28. August 2015 in der Anlage zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 17. September 2019, Bl. 147 ff.). Auf diesen besonderen Auftrag (Vorb. 2.2 Abs. 1 KV-GNotKG) hat der Antragsgegner die Antragsschriften mit den Plänen zusammengefügt und an den Landkreis abgesandt; dies ist die Anforderung der Bescheinigung (Vorb. 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 1 KV-GNotKG). Der Landkreis hat sich daraufhin mit weiteren Beanstandungen an den Antragsgegner gewandt (Schreiben vom 10. September 2015 in der Anlage 3 zum Schriftsatz des Antragsgegners vom 4. Juli 2017, Bl. 80). Diese Beanstandungen hat der Antragsgegner bewertet und der Antragstellerin Empfehlungen für die Abhilfe gegeben (Schreiben vom 15. September 2015, a.a.O., Anlage 4, Bl. 81); dies ist die Prüfung (Vorb. 2.2.1.1 Abs. 1 Nr. 1 KV-GNotKG).

14 3. Die im Übrigen von der Antragstellerin nicht beanstandete Kostenrechnung des Antragsgegners ist anhand des Geschäftswertes der Teilungserklärung von 4.083.000 Euro dahin abzuändern, dass die Gebühr für das Beurkundungsverfahren (Nr. 21200 KV-GNotKG) 6.695 Euro beträgt und die Vollzugsgebühr (Nr. 22111 KV-GNotKG) nach den zusammengerechneten Werten (4.135.080 Euro) 2.033 Euro, die Gebühren- und Auslagensumme also 9.061,50 Euro, die Umsatzsteuer (Nr. 32014 KV-GNotKG) mithin 1.721,69 Euro. Einschließlich der sonstigen Aufwendungen beläuft sich die Berechnung auf eine Summe von 11.734,71 Euro, so dass der Antragsgegner abzüglich bereits gezahlter 10.277,55 Euro noch 1.457,16 Euro fordern kann.

Zur Notwendigkeit einer Unterschrift auf der Kostennote eines Notars

GNotKG § 19 Abs. 1, Abs. 4, § 127, § 130 Abs. 2,
BGB § 130 Abs. 1 S. 1

Amtlicher Leitsatz:

Die Übersendung einer Notarkostenrechnung per E-Mail wird der Formvorschrift des § 19 Abs. 1 GNotKG nicht gerecht.

LG Bremen (4. Zivilkammer),
Beschluss vom 19.08.2020 – 4 T 396/19

I. Tatbestand:

1 Der gemäß § 127 GNotKG zulässige Antrag, mit der die Antragsteller die Aufhebung der streitgegenständlichen Rechnung begehren, hat Erfolg.

2 Die im Streit stehende Kostenrechnung des Antragsgegners vom 09.05.2019 war nach § 19 Abs. 4 GNotKG wegen eines Formverstößes aufzuheben. Der Antragsgegner hatte den Antragstellern keine von ihm im Original unterzeichnete Kostenrechnung übersandt. Vielmehr hat der Antragsgegner eine unterschriebene Kostenrechnung per E-Mail übermittelt. Dies reicht nicht, um den Voraussetzungen aus § 19 Abs. 1 GNotKG gerecht zu werden. Nach dieser Regelung dürfen Notarkosten nur aufgrund einer dem Kostenschuldner mitgeteilten, von dem Notar unterschriebenen Berechnung eingefordert werden. § 19 Abs. 1 Satz 1 GNotKG setzt eine vom Notar unterschriebene Kostenberechnung voraus. Aus dem Wortlaut geht hervor, dass der Notar die Unterschrift eigenhändig zu leisten hat. Diese Anforderung soll die eindeutige Identifikation des Ausstellers ermöglichen (Identitätsfunktion), die Echtheit der Urkunde gewährleisten (Echtheitsfunktion) und die Möglichkeit eröffnen, beides zu überprüfen (Verifikationsfunktion) (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, 3. Aufl. 2019, GNotKG § 19 Rn. 12). Das Unterschriftserfordernis gilt nach dem Wortlaut des § 19 Abs. 1 GNotKG nur für die Kostenberechnung, die dem Schuldner mitgeteilt wird. Es erstreckt sich nicht auf eine Kopie, die zu den Akten genommen wird (Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Neie, 3. Aufl. 2019, GNotKG § 19 Rn. 14a). Die Kostenberechnung ist zugangspflichtig (§ 130 Abs. 1 S. 1 BGB). Sie muss daher dem Kostenschuldner mitgeteilt werden. Hierzu genügt ein einfacher Brief. Fax- oder Mailübersendung genügt wegen der (Original-)Unterschrift des Notars nicht (Korintenberg/Tiedtke, 21. Aufl. 2020 Rn. 20, GNotKG § 19 Rn. 20). Eine elektronische Über-

mittlung per E-Mail, selbst bei Wunsch des Mandanten, wird diesem Erfordernis nicht gerecht (Korintenberg/Tiedtke, 21. Aufl. 2020 Rn. 20, GNotKG § 19 Rn. 20). Trotz Hinweises und Auflage der Kammer mit Beschluss vom 01.07.2020 hat der Antragsgegner den Formfehler nicht beseitigt. Nach § 19 Abs. 4 GNotKG war die streitgegenständliche Kostenrechnung daher aufzuheben.

II. Aus den Gründen:

3 Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 130 Abs. 2 GNotKG, 81 Abs. 1 FamFG. Das Verfahren ist gerichtskostenfrei (vgl. Fackelmann/Heinemann, GNotKG, 1. Aufl., § 127 Rn. 54; Korintenberg/Sikora, GNotKG, 20. Aufl., § 127 Rn. 53). Die Entscheidung über die Tragung der außergerichtlichen Kosten beruht auf §§ 130 Abs. 3 GNotKG, 81 Abs. 1 FamFG. Gründe, die es geraten erscheinen lassen, der einen Seite die außergerichtlichen Kosten der anderen Seite ganz oder zum Teil aufzuerlegen, gibt es nicht.

Aufhebung der Notarkostenberechnung und Unzulässigkeit der Vollstreckungsklausel

GNotKG § 29 Nr. 1, § 127 Abs. 1 S. 1 u. 2, § 128 Abs. 2 S. 1, § 129 Abs. 1, § 130 Abs. 3 S. 1, BNotO § 1, § 15 Abs. 2, § 17, KostO § 156 Abs. 1 S. 1, FamFG § 26, § 38, § 69 Abs. 1 S. 2, 3, § 81 Abs. 1 S. 1, BGB § 133, § 157, ZPO § 130a Abs. 4

Amtlicher Leitsatz:

In dem Verfahren auf gerichtliche Entscheidung gegen eine notarielle Kostenberechnung nach § 127 Abs. 1 GNotKG ist eine Zurückverweisung an den Notar nicht statthaft.

LG Lübeck (7. Zivilkammer),
Beschluss vom 05.11.2021 – 7 OH 21/21, 7 OH 22/21

I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller beanstanden die Notarkostenberechnung des Antragsgegners (im folgenden: Notar) mit der Nr. ... vom 21.09.2020 und begehren die gerichtliche Überprüfung.

2 Die Antragsteller suchten den Notar am 28.01.2020 in seiner Kanzlei auf. In dem Termin fand ein Gespräch über Möglichkeiten der Erstellung eines Testaments

statt. Der Notar kündigte die Übersendung eines Schriftstücks an. Im Mai 2020 erhielten die Antragsteller ein Schreiben des Notarvertreters des Notars, in dem nachgefragt wurde, ob ein übersandter Entwurf beurkundet werden solle. Die Antragsteller teilten sodann der Notarkanzlei mit, dass sie einen Entwurf nicht erhalten hätten. Eine Übersendung des Entwurfs erfolgte in der Folgezeit jedoch nicht. Mit Schreiben vom 21.09.2020 schloss der Notar die Angelegenheit ab und erteilte den Antragstellern die Notarkostenberechnung vom 21.09.2020. Eine Korrespondenz über die Berechtigung der Notarkostenberechnung schloss sich an.

3 Die Antragsteller behaupten, den Testamentsentwurf erstmals am 01.02.2021 erhalten zu haben. Sie hätten die Erstellung eines Notarentwurfs nicht beauftragt. Sie seien davon ausgegangen, dass es sich bei dem von dem Notar angekündigten Schriftstück um eine Aufstellung unterschiedlicher Fallkonstellationen handeln würde.

4 Die Antragsteller beantragen sinngemäß, die Notarkostenberechnung des Antragsgegners (im folgenden: Notar) mit der Nr. ... vom 21.09.2020 aufzuheben.

5 Der Notar beantragt, den Antrag zurückzuweisen.

6 Der Notar behauptet, die Antragsteller hätten ihn am 28.01.2020 auch mit der Erstellung eines Entwurfs für ein Testament beauftragt. Dieser Entwurf sei mit Schreiben vom 05.02.2020 an die Antragsteller übersandt worden. Der Notar meint, dass zu würdigen sei, dass die Antragsteller außergerichtlich die Auftragserteilung für die Erstellung eines Testamentsentwurfs nicht bestritten hätten.

7 Das Gericht hat vor seiner Entscheidung die Präsidentin des Landgerichts Lübeck als vorgesetzte Dienstbehörde des Notars angehört. Sie hat mit Schriftsatz vom 27.07.2021 Stellung genommen.

8 Das Gericht hat das Verfahren durch Beschluss vom 08.09.2021 auf den Einzelrichter übertragen.

9 Das Gericht hat in einem Termin am 20.10.2021 die Antragsteller sowie den Notar persönlich angehört.

► II. Aus den Gründen:

10 1.) Der Antrag auf gerichtliche Entscheidung über die Notarkostenberechnung ist nach § 127 GNotKG zulässig. Insbesondere sind die Antragsteller gemäß § 127 Abs. 1 S. 2 GNotKG antragsberechtigt. Mit dem Antrag wird auch eine Beschwer in eigenen Rechten geltend gemacht; die Beschwer liegt in der notariellen Kostenberechnung, die die Antragsteller erhalten hat und sie als Kostenschuldner ausweisen. Das Landgericht ist für

das Verfahren nach § 127 Abs. 1 S. 1 GNotKG sachlich zuständig. Das Gericht ist auch örtlich zuständig. Örtlich zuständig ist das für den Amtssitz des Notars bei Fälligkeit der Kostenschuld zuständige Gericht (§ 127 Abs. 1 S. 1 GNotKG). Dies ist das Landgericht Lübeck, weil der Notar seinen Amtssitz in Lübeck hat.

11 2.) Der Antrag ist begründet.

12 Aus dem Inhalt der Gerichtsakte und nach dem Inhalt der persönlichen Anhörung der Verfahrensbeteiligten hat das Gericht nicht die Überzeugung gewonnen, dass die Antragsteller den Notar mit der Erstellung eines Testamentsentwurfs beauftragten. Die Beteiligten haben den Sachverhalt vom 28.01.2020 unterschiedlich beschrieben. Dass aber nur der Vortrag des Notars als wahr anzuerkennen ist, hat das Gericht nicht feststellen können. Objektive Beweismittel hat der Notar nicht angeboten.

13 Die (objektive) Beweislast für das Vorliegen eines Auftrags trägt der Notar als Kostengläubiger. Zwar sind die Regeln über die subjektive Beweislast (Beweisführungslast) im Verfahren des Kostenüberprüfungsverfahrens nach § 127 GNotKG wegen des auch hier geltenden Amtsermittlungsgrundsatzes des § 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG in Verbindung mit § 26 FamFG nicht anzuwenden. Eine objektive Beweislast (Feststellungslast), deren Verteilung den entsprechenden Grundsätzen des materiellen Rechts folgt, besteht indes auch hier.

14 Daran gemessen hat der Notar nicht nachgewiesen, dass die Antragsteller Kostenschuldner für die Errichtung eines Testamentsentwurfs sind.

15 Kostenschuldner ist nach § 29 Nr. 1 GNotKG ist unter anderem, wer dem Notar den Auftrag erteilt hat. Unter dem Begriff des Auftrags ist jedes an den Notar gerichtete Ansuchen zu verstehen, das auf die Vornahme einer notariellen Amtstätigkeit gerichtet ist. Einer ausdrücklichen Vereinbarung bedarf es nicht. Der Auftrag kann auch durch schlüssiges Verhalten erteilt werden. Maßgeblich ist, ob das Verhalten für den Notar nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte (§§ 133, 157 BGB) den Schluss zulässt, es werde ihm ein Auftrag mit der gesetzlichen Kostenfolge erteilt; dies kann nur unter Heranziehung und Wertung aller Umstände des Einzelfalls beurteilt werden. Einen Auftrag erteilt regelmäßig jedenfalls derjenige, der durch sein Ansuchen unmittelbar die notarielle Amtstätigkeit veranlasst, etwa indem er den Notar um die Fertigung eines Entwurfs bittet.

16 Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze kann auf der Grundlage des Vorbringens der Beteiligten sowie des Ergebnisses der Anhörungen nicht festgestellt werden, dass das Verhalten der Antragsteller aus objektiver Sicht des Notars dahingehend verstanden werden konnte

und musste, dass diese einen eigenen Auftrag zur Erstellung eines Testamentsentwurfs erteilen wollte. Es fehlt schon an konkreten Darlegungen des Notars, wie die Beauftragung eines Testamentsentwurfs vonstatten gegangen sein soll. Im Rahmen der Anhörung im Termin vom 20.10.2021 hat der Notar im wesentlichen beschrieben, wie üblicherweise Beratungstermine zur Erstellung von Testamenten bei ihm ablaufen. Hinsichtlich des Beratungstermins am 28.01.2020 blieben die Schilderungen vor allem in Bezug auf die behauptete Auftragserteilung unkonkret. Die Angaben des Notars enthielten nahezu keine Details und waren auch nicht sonstwie individuell geprägt. Es bleibt so auch offen, mit welchen Formulierungen der Antragsteller und des Notars die Einigung auf die Erstellung des Testamentsentwurfs erfolgt sein soll.

17 Die Erklärung des Notars, dass er Ausweiskopien gefertigt und darauf persönliche Angaben der Antragsteller notiert habe, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass die Antragsteller auch einen Auftrag zur Erstellung eines Testaments erteilt hätten. Denn es ist gleichermaßen möglich, dass Kopien stets zu Beginn eines Beratungstermins gefertigt würden oder dass die Kopien gefertigt worden sind, ohne schon die Frage des Auftrags geklärt zu haben. Jedenfalls kann den Kopien bzw. dem Aushändigen der Personalausweise nicht die Erklärung der Antragsteller beigemessen werden, dass sie die Erstellung eines Testamentsentwurfs befürwortet oder gar beauftragt hätten. Entsprechendes gilt in Bezug auf die Mitteilung persönlicher Daten. Ohne diese hätte eine sachgerechte Beratung nicht stattfinden können.

18 Soweit der Notar meint, dass zu würdigen sei, dass die Antragsteller außergerichtlich eine Beauftragung nicht bestritten hätten, vielmehr ihren Vortrag an die jeweilige Situation vor Gericht angepasst hätten, ergibt sich auch hieraus nicht die erforderliche Gewissheit, dass die Antragsteller den Auftrag erteilt hätten. Jedenfalls kann das Gericht die Behauptung der Antragsteller nicht allein deshalb als unzulässig zurückweisen, weil sie erst zu einem bestimmten Zeitpunkt aufgestellt worden ist. Dieser Umstand ersetzt auch nicht den – hier fehlenden – konkreten Vortrag des Notars zum Gesprächsablauf.

19 Indes haben die Antragsteller im Termin vom 20.10.2021 erklärt, dass der Notar erklärt habe: „Ich entwerfe ihnen mal etwas.“ Auch im Schriftsatz vom 30.06.2021 räumten die Beklagten ein, dass der Notar angekündigt habe, dass er den Antragstellern einen Entwurf zuschicken würde, damit sie „einmal sehen“ könnten, „wie so etwas aussieht“. Das Schweigen der Antragsteller auf derartige Erklärungen des Notars kann

jedoch nicht als Zustimmung gedeutet werden. Der Notar beschreibt keine hinreichenden Umstände, aufgrund derer ein etwaiges Schweigen der Antragsteller dahingehend hätte verstanden werden können, dass diese ein notarielles Tätigwerden durch ihn auf ihre Kosten wünschen würden. Darüber hinaus mussten die Antragsteller die behauptete Erklärung des Notars „Ich entwerfe ihnen mal etwas“ nicht dahingehend verstehen, dass es um die Fertigung eines Testamentsentwurfs ging. Gleichmaßen ist es möglich, die Erklärung so verstehen, dass es um die schriftliche Vertiefung der Beratung ging, etwa in der Weise, unterschiedliche Fallkonstellationen mit unterschiedlichen Rechtsfolgen aufzuzeigen. **20** Auch eine Gesamtschau aller von dem Notar vorgelegten Tatsachen führt zu keinem anderen Ergebnis. **21** Auf die Einvernahme der Zeugin ... ist es nicht mehr angekommen. Nach dem Vortrag des Notars hätte die Zeugin zur Fertigung des Entwurfs Bekundungen abgeben können, nicht aber zum Ablauf des Gesprächs vom 28.01.2020.

22 3.) Das Gericht hat die Notarkostenberechnung aufgehoben und nicht lediglich dahingehend abgeändert, als die Vergütung einer Beratung gerechtfertigt ist. Eine eigene Sachentscheidung über die Festsetzung einer Beratungsvergütung ist dem Gericht verwehrt. Es muss zunächst dem Notar vorbehalten bleiben, die zutreffende Beratungsgebühr zu bestimmen und anhand des Gebührenrahmens sein Notarermessen auszuüben. Dieser Vorrang für den Notar kann nicht durch etwaige prozessökonomisch gebotene Erwägungen eingeschränkt werden.

23 Es handelt sich auch nicht um eine Fallkonstellation nach § 128 Abs. 2 S. 1 GNotKG. Denn der Notar hat sich überhaupt nicht mit dem Rahmen, den Beratungsgebühren dem Notar zur konkreten Gebührenbestimmung überlassen, befasst.

24 Der Notar ist ohne Zweifel – berufsrechtlich – verpflichtet, den Antragstellern eine Notarkostenberechnung über eine Beratung zu erteilen (vgl. § 17 BNotO). Das Gericht hat jedoch nicht ausgesprochen, dass die Notarkostenberechnung an den Notar zurückverwiesen wird. Denn die Zurückverweisung einer Notarkostenberechnung an den Notar in dem Verfahren auf Überprüfung einer Notarkostenberechnung nach §§ 127 ff. GNotKG ist grundsätzlich unzulässig. Zwar wird in Literatur und Rechtsprechung eine Zurückverweisung für möglich gehalten (vgl. z.B. OLG Zweibrücken BeckRS 2014, 11085; OLG Frankfurt BeckRS 2016, 116147; *Heinemann* in: Schneider/Volpert/Fölsch, *Gesamtes Kostenrecht*, 3. Aufl. (2021), § 130 GNotKG, Rn. 67; *Neie* in: Bormann/Diehn/Sommerfeldt, 4. Aufl. (2021), § 127 GNotKG, Rn. 71; *Sikora* in: Korintenberg, 21. Aufl. (2020), § 127 GNotKG, Rn. 46: nur ausnahmsweise unter Aufhebung

der Kostenberechnung die erforderliche Neuberechnung dem Notar übertragen“; Uhl in: Toussaint, Kostenrecht, 51. Aufl. (2021), § 128 GNotKG, Rn. 17 „Neuberechnung dem Notar nur ausnahmsweise überlassen“; Schmidt-Räntsch in: BeckOK Kostenrecht, 35. Edition (Stand: 01.01.2021), § 128 GNotKG, Rn. 29: „Aufhebung der Kostenberechnung zwecks Erstellung einer neuen Kostenberechnung“). Die Rechtsgrundlage einer solchen Zurückverweisung wird jedoch nicht erörtert; es wird in Teilen lediglich diskutiert, unter welchen Voraussetzungen eine Zurückverweisung möglich sein soll.

25 Bis zum Inkrafttreten des FGG-Reformgesetzes mussten Einwendungen gegen Notarkostenberechnungen im Wege der Beschwerde geltend gemacht werden (vgl. § 156 Abs. 1 S. 1 KostO in der bis zum 31.08.2009 geltenden Fassung). Das Verfahren nach § 127 GNotKG ist jedoch kein Beschwerdeverfahren; vielmehr handelt sich um ein erstinstanzliches Verfahren, das auf Antrag eingeleitet wird.

26 Schon deshalb kann die jetzt in § 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG in Verbindung mit § 69 Abs. 1 S. 2, 3 FamFG für das Beschwerdeverfahren vorgesehene Möglichkeit der Zurückverweisung nicht auf das erstinstanzliche Verfahren nach § 127 GNotKG angewendet werden. Im Übrigen behandelt § 69 Abs. 1 S. 2, 3 FamFG nur die Zurückverweisung an das erstinstanzliche Gericht, nicht aber an einen Notar oder eine andere Behörde. Auch die Zurückverweisungsgründe nach § 69 Abs. 1 S. 2, 3 FamFG sind nicht gleichzusetzen mit der „Zurückverweisung“ an den Notar, damit dieser hinsichtlich von ihm nicht angesetzter Gebühren sein Notarermessen zur Gebührenbestimmung ausüben kann. Auch eine analoge Anwendung von § 69 Abs. 1 S. 2, 3 FamFG verbietet sich; eine Regelungslücke ist nicht ersichtlich, die Rechtslagen sind auch nicht vergleichbar.

27 Für das erstinstanzliche Verfahren sehen weder die §§ 127 ff. GNotKG noch § 38 FamFG die Möglichkeit der Zurückverweisung an den Notar vor. Hinzu kommt, dass der Notar die Stellung eines Verfahrensbeteiligten in einem streitigen Verfahren hat; er nimmt – anders als zum Beispiel im Verfahren nach § 15 Abs. 2 BNotO – nicht die Stelle einer ersten Instanz ein. Zudem haben die Antragsteller nicht beantragt haben, dass der Notar dazu verpflichtet werden soll, über die Aufhebung der erteilten Notarberechnung hinaus eine neue Berechnung zu erteilen. Die Auferlegung zur Erteilung einer neuen Berechnung kann auch nicht als ein „Weniger“ des Antrags der Antragsteller verstanden werden.

28 Ohnehin kann von einem Notar als Träger eines öffentlichen Amtes (§ 1 BNotO) erwartet werden, dass er seine berufsrechtlichen Verpflichtungen nach § 17 BNotO auch ohne gesonderten Ausspruch des Gerichts einhal-

ten wird, zumal ein Notar der Dienstaufsicht unterliegt.

29 4.) Gerichtsgebühren sind in Ermangelung eines Gebührenatbestandes in Teil 1 des Kostenverzeichnisses zum GNotKG nicht zu erheben.

30 Im Übrigen richtet sich die Entscheidung über die Kosten (außergerichtlichen Kosten und die gerichtlichen Auslagen) nach § 130 Abs. 3 S. 1 GNotKG in Verbindung mit § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG. Danach kann das Gericht die Kosten des Verfahrens nach billigem Ermessen den Beteiligten ganz oder zum Teil auferlegen. Es entspricht der Billigkeit, demjenigen Beteiligten, der in diesem Verfahren unterlegen ist, die Kosten aufzuerlegen. Abweichende Ermessensgesichtspunkte sind nicht ersichtlich.

ERBRECHT

Zur Auslegung eines Erbvertrages bei Wegfall eines Schlusserben

BGB §§ 157, 2084, 2096, 2278

Amtlicher Leitsatz:

Zur Auslegung von vertragsmäßigen Verfügungen in einem Erbvertrag bei Wegfall des eingesetzten Schlusserben infolge Vorversterbens bei Verwendung der Klausel „Sonst wollen wir nichts bestimmen“.

OLG München (31. Zivilsenat),

Beschluss vom 03.11.2021 – 31 Wx 110/19

I. Tatbestand:

1 Die Erblasserin ist am ... 2018 verstorben. Sie errichtete am 17.8.1965 mit ihrem vorverstorbenen Ehemann einen Erbvertrag, in dem die Ehegatten unter Ziffer II. folgende Anordnungen trafen:

„Im Wege des Erbvertrages vereinbaren wir in einseitig unwiderruflicher Weise:

Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu alleinigen und ausschließlichen Erben ein.

Erbe des Längstlebenden von uns soll sein der Sohn des Ehemannes W... A... W.... Diese Erbeinsetzung ist jedoch nicht die Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft.

Sonst wollen wir nicht bestimmen.“

2 Der als Erbe bestimmte Sohn des Ehemannes ist am 4.4.1996 verstorben. Die Beteiligten zu 1 und 3 sind seine Abkömmlinge, die Beteiligte zu 2 ist die geschiedene Ehefrau des Beteiligten zu 3.

3 Die Erblasserin errichtete weitere letztwillige Verfügungen (u.a.):

4 a) Notarielles Testament vom 4.9.2012. Darin finden sich unter § 1 Vorbemerkungen folgende Ausführungen:

„In der freien Verfügung über meinen dereinstigen Nachlass bin ich meines Erachtens in keiner Weise beschränkt. Die mögliche rechtliche Bindungswirkung früherer gemeinschaftlicher Testamente oder Erbverträge – auch in der Form eines Ehe- und Erbvertrages – ist mir bekannt. Ich habe zu Urkunde des Notars Dr. A... H... in M. vom 17.8.1965 URNr. 1592/1965 mit meinem zwischenzeitlich verstorbenen Ehemann A... H... W..., geb. am ... 1916, einen Erbvertrag errichtet, indem wir uns in erbvertraglich bindender Weise gegenseitig zu alleinigen Erben und den Sohn meines Ehemannes, Herrn W... A... W..., als Schlusserben eingesetzt haben.

Herr W... A... W... ist am 04.04.1996 verstorben. Er hat zwei Kinder, nämlich P... W... und C... S..., geb. W..., hinterlassen.

Nach Hinweis des Notars auf die Bestimmung des § 2069 BGB erkläre ich weiter:

Für den Fall des Vorversterbens von Herrn W... A... W... war von uns keine bindende Ersatzerbeneinsetzung gewollt, weil sich zu diesem Zeitpunkt die Entwicklung der beiden Enkel noch nicht absehen ließ.

Mit ist jedoch bekannt, dass die Auslegung früherer Verfügungen von Todes wegen und die daraus folgende Beurteilung von Verfügungen von Todes wegen nicht Aufgabe des Notars ist.“

b) Notarielles Testament vom 26.10.2015

5 In dessen § 2 setzt die Erblasserin die Beteiligten zu 2 zu ihrer Alleinerbin ein.

6 Die Beteiligten zu 1 und 3 sind der Auffassung, dass die von der Erblasserin im Nachgang zu den im Erbvertrag getroffenen Erbeinsetzungen errichteten Testamente unwirksam seien, da sie als Abkömmlinge ihres vorverstorbenen Vaters an dessen Stelle getreten seien und sich die Vertragsmäßigkeit der Schlusserbeneinsetzung zugunsten ihres Vaters auf sie als Ersatzerben erstrecke.

7 Die Beteiligte zu 2 vertritt die Auffassung, dass in dem Erbvertrag eine Ersatzerbenstellung der Beteiligten zu 1 und 3 nicht geregelt sei. Eine ausdrückliche Anordnung liege nicht vor; sie ergebe sich auch nicht im Wege der individuellen Auslegung. Eine sich etwaig nach § 2069 BGB ergebende Stellung als Ersatzerbe sei jedenfalls nicht vertragsmäßig.

8 Das Nachlassgericht hat den Antrag der Beteiligten zu 1 und 3 auf Erteilung eines Erbscheins, der eine Miterbenstellung zu je ½ aufgrund des Erbvertrags vom 17.8.1965 bezeugt, zurückgewiesen, und die Tatsachen für die Erteilung des von der Beteiligten zu 2 beantragten Erbscheins als Alleinerbin aufgrund des Testaments vom 26.10.2015

für festgestellt erachtet. Es ist der Auffassung, dass die sich aus der entsprechenden Anwendung des § 2069 BGB ergebende Ersatzerbeneinsetzung nicht vertragsgemäß sei und sich eine Bindung auch nicht durch einen Rückgriff auf die Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB ergebe.

9 Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

10 Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 betrifft zwei Verfahrensgegenstände: den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 2 sowie den Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 1 und 3 vom 3.7.2018. Demgemäß sind dem Senat auch zwei Beschwerdegegenstände (die Zurückweisung ihres eigenen Erbscheinsantrags sowie die Feststellung der Tatsachen betreffend die Erteilung des von der Beteiligten zu 2 beantragten Erbscheins) zur Entscheidung gestellt (vgl. OLG Köln BeckRS 2018, 28413 Tz. 8.), so dass sowohl die Kostenentscheidung als auch die Festsetzung des Geschäftswerts für das jeweilige Beschwerdeverfahren gesondert zu treffen sind (vgl. OLG München FGPrax 2019, 163).

► II. Aus den Gründen:

11 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Der Senat teilt im Ergebnis die Auffassung des Nachlassgerichts, dass sich die Erbfolge nach dem Testament vom 26.10.2015 bestimmt und nicht nach dem von der Erblasserin und ihrem vorverstorbenen Ehemann niedergelegten Erbvertrag vom 17.8.1965. Letzterer enthält für die hier inmitten stehende Erbfolge nach der Erblasserin keine vertragsmäßigen Verfügungen, aufgrund derer die in dem Testament vom 26.10.2015 erfolgte Einsetzung der Beteiligten zu 2 zur Alleinerbin gemäß § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB unwirksam wäre.

12 1. Die Eheleute haben sich in dem Erbvertrag vom 17.8.1965 unter Ziffer II. „in einseitig unwiderruflicher Weise“ (und damit vertragsmäßig im Sinne des § 2278 BGB) gegenseitig als Alleinerben eingesetzt und den Sohn des Ehemannes aus erster Ehe als Erben des Längstlebenden eingesetzt. Damit tritt grundsätzlich im Hinblick auf § 2289 Abs. 1 S. 2 BGB eine Bindung des überlebenden Ehegatten an die von ihm getroffene vertragsmäßige Verfügung in Bezug auf den Letztbedachten ein. Hingegen entfällt die Bindung, wenn der Bedachte wegfällt. Dies gilt nicht, wenn seine Abkömmlinge als Ersatzerben berufen sind (vgl. Palandt/Weidlich BGB 80. Auflage 2021 § 2289 Rn. 6). Insofern steht vorliegend die Problematik inmitten, ob die Ehegatten in dem hier allein maßgeblichen Zeitpunkt der Testamentserrichtung eine Ersatzerbfolge für den Fall des Vorversterbens des Bedachten getroffen haben.

13 2. Eine ausdrückliche Regelung findet sich in dem Testament nicht. Demgemäß stellt sich die Frage, ob sich im Wege der Grundsätze der ergänzenden Testamentsauslegung die Regelung einer Ersatzerbfolge ergibt.

14 a) Voraussetzung hierfür ist (zunächst) die positive Feststellung einer unbewussten Regelungslücke. Ergibt sich aber, dass die Ehegatten im Zeitpunkt der Testamentserrichtung bewusst davon abgesehen haben, eine Regelung der Ersatzerbfolge zu treffen, liegt eine bewusste Regelungslücke vor, die nicht durch eine ergänzende Testamentsauslegung geschlossen werden kann. Insofern ist auch von vornherein kein Raum für eine (analoge) Anwendung des § 2069 BGB, da es sich hierbei um eine Auslegungsregel handelt und diese erst dann herangezogen werden kann, sofern kein individueller Erblasserwille festgestellt werden kann.

15 b) Ausgangspunkt der (ergänzenden) Auslegung betreffend die in dem Erbvertrag getroffenen vertragsmäßigen Verfügungen ist nicht allein der individuelle Wille des jeweils Testierenden, sondern es kommen insofern die Grundsätze des § 157 BGB zum Tragen (vgl. BeckOGK/*Gierl*, 1.9.2021, BGB § 2084 Rn. 12).

16 aa) Demgemäß kommen für die Feststellung des Inhalts der von den Ehegatten getroffenen letztwilligen Verfügungen auch den Äußerungen der Erblasserin in ihrem Testament vom 4.9.2012 betreffend das Unterlassen einer Ersatzerbfolge vorliegend Bedeutung zu. Dabei ist aber auch die Intension der Erblasserin zu berücksichtigen, die darauf gerichtet ist, neu testieren zu können, und damit ein Eigeninteresse dahingehend besteht, dass die Ehegatten von der Regelung einer Ersatzerbfolge bewusst Abstand genommen haben.

17 bb) Andererseits finden sich nach Auffassung des Senats für diese Willensrichtung der Ehegatten Anhaltspunkte sowohl innerhalb als auch außerhalb ihrer Testierung in dem Erbvertrag vom 17.8.1965, die auf den Wahrheitsgehalt der Äußerung der Erblasserin hindeuten:

18 (1) Die letztwilligen Verfügungen der Ehegatten erfolgten unter Beteiligung eines Notars, was den Schluss nahelegt, dass er sie bei der Abfassung des Vertrags beraten hat (vgl. dazu OLG München NJW-RR 2012, 9).

19 (2) Zudem haben die Ehegatten ausdrücklich in Ziffer II am Ende erklärt, dass sie „sonst nichts bestimmen wollen“

20 Diese Formulierung ist zwar nicht eindeutig und insofern auslegungsbedürftig. Eine solche Formulierung kann bedeuten, dass die Ehegatten bei Abschluss des Erbvertrages über die in Ziffer II. getroffenen Verfügungen hinaus bewusst von weiteren Verfügungen, insbesondere weiterer Ersatzerbeneinsetzungen, abgesehen haben. Das kann aber auch heißen, dass sie es nicht für notwendig gehalten haben, eine weitere Ersatzerbenregelung zu

treffen, weil sie ein Versterben des Bedachten ohne Abkömmlinge für unwahrscheinlich gehalten haben. Denkbar ist schließlich, dass es sich bei dieser Formulierung lediglich um eine Standardformulierung handelt, der ein eher floskelhafter Charakter zu kommt (vgl. hierzu auch OLG München FGPrax 2013, 177/178).

21 Gegen Letzteres spricht aber, dass vor dieser Formulierung ausdrücklich eine Klarstellung erfolgt ist, dass die Erbeinsetzung des Letztbedachten keine Anordnung einer Vor- und Nacherbfolge darstellt. Dies deutet darauf hin, dass der Einsetzung des Letztbedachten eine umfassende Beratung durch den Notar vorausgegangen ist, die auch eine etwaige Regelung einer Ersatzerbfolge für den Fall des Wegfalls bzw. Vorversterbens des Letztbedachten miteinschloss. Zwar drängt sich eine solche Beratung nicht im Hinblick auf das Alter der Testierenden (48 und 49 Jahre) und des Bedachten (26 Jahre) auf. Eine solche erscheint aber hier insofern naheliegend, als Kinder des Bedachten im Zeitpunkt des Abschlusses des Vertrages (17.8.1965) vorhanden waren, die zeitnah hierzu (10.4.1964 und 7.5.1965) geboren waren. Insofern stellte sich die Frage, ob bei einem Wegfall des Sohnes des Ehemannes der Erblasserin auch die Enkel des Ehemannes überhaupt, beide oder lediglich einer von diesen in den Genuss des beidseitigen Vermögens der Ehegatten kommen sollten. Vor diesem Hintergrund ist die Erklärung der Erblasserin plausibel und nachvollziehbar, dass zum Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrages keine bindende Ersatzerbeneinsetzung gewollt war, da sich zu diesem Zeitpunkt die Entwicklung der beiden Enkel noch nicht absehen ließ.

22 Insofern haben die Ehegatten zur Überzeugung des Senats eine Regelung der Ersatzerbfolge im Falle des Wegfalls des Letztversterbenden bewusst unterlassen.

23 3. Demgemäß ist auch kein Raum für eine Ersatzerbfolge gemäß der Vorschrift des § 2069 BGB, die zwar nicht in wörtlicher Anwendung, jedoch in analoger Weise in dieser Fallkonstellation (Bedachter ist Abkömmling nur des Erstversterbenden) Anwendung findet (vgl. NK-Erbrecht/*Gierl* 5. Auflage 2018 § 2269 Rn. 36). Denn insofern geht der individuelle Wille der Ehegatten einer Anwendung des § 2069 BGB vor (vgl. oben). Der Frage, ob der Senat die vom OLG Celle vertretene Auffassung einer vertragsmäßigen Bindung aufgrund § 2279 Abs. 1 BGB i.V.m § 2069 BGB teilt (OLG Celle MittBayNot 2013, 315, dagegen *Keim* in MittBayNot 2013, 317; Palandt/*Weidlich* BGB 80. Auflage 2021 § 2278 Rn. 4; vgl. dazu auch OLG München NJW-RR 2012, 9/10), kommt daher keine entscheidungserhebliche Bedeutung zu.

24 4. Demgemäß bestimmt sich die Erbfolge nach der Erblasserin nach dem Testament vom 26.10.2015, in dem sie die Beteiligte zu 2 zu ihrer Alleinerbin bestimmt hat.

25 a) Das Testament wurde von der Erblasserin wirksam errichtet. Konkrete Anhaltspunkte für die von der Beschwerdeführerin behauptete Testierunfähigkeit der Erblasserin liegen nicht vor. Insbesondere liegen auch keine Anhaltspunkte vor, dass die Erblasserin krankheitsbedingt (!) durch den von der Beteiligten zu 1 behaupteten „Druck“ durch die Beteiligte zu 2 in ihrer Testierung beeinflusst gewesen wäre. Demgemäß sind auch Ermittlungen betreffend die von der Beteiligten zu 1 behauptete Testierunfähigkeit der Erblasserin durch den Senat nicht veranlasst. Da die Testierfähigkeit der Regelfall ist, ist die Frage der Testierfähigkeit von Amts wegen nur dann zu prüfen, wenn objektive Tatsachen oder Hilfstatsachen vorliegen, die Anlass zu Zweifeln geben (*Gierl* in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auflage 2019 § 352e FamFG Rn. 85). Solche sind weder vorgebracht noch ersichtlich. Die Beteiligte zu 1 trägt die Feststellungslast betreffend die von ihr behauptete Testierunfähigkeit der Erblasserin (vgl. *Lauck* in: Burandt/Rojahn Erbrecht a.a.O. § 2229 Rn. 22). Diese geht vorliegend zu ihren Lasten.

26 b) Die formellen Voraussetzungen für die Erteilung des von der Beteiligten zu 2 beantragten Erbscheins liegen vor.

27 Ausdrückliche Ausführungen betreffend den Erlass der an sich erforderlichen Abgabe der eidesstattlichen Versicherung im Sinne des § 352 Abs. 3 FamFG finden sich zwar in dem Beschluss des Nachlassgerichts vom 29.11.2018 nicht. Die Frage der Abgabe bzw. des Erlasses der eidesstattlichen Versicherung war aber Gegenstand von Schriftsätzen der Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 1 sowie der Beteiligten zu 2. Insofern hat das Gericht in seiner Entscheidung, in der es die Tatsachen betreffend die Erteilung des von der Beteiligten zu 2 beantragten Erbscheins festgestellt hat, konkludent die Abgabe der eidesstattlichen Versicherung erlassen.

28 Da ihre Beschwerden erfolglos bleiben, hat die Beschwerdeführerin kraft Gesetzes die Gerichtskosten der in den Beschwerdeverfahren 31 Wx 110/19 und 31 Wx 272/20 erwachsenen Gerichtskosten zu tragen. Die Anordnung der Erstattung der in den Beschwerdeverfahren 31 Wx 110/19 und 31 Wx 272/20 der Beteiligten zu 1 entstandenen notwendigen außergerichtlichen Kosten beruht auf § 84 FamFG.

29 Die Festsetzung des Geschäftswerts betreffend die Gerichtskosten für die jeweiligen Beschwerdeverfahren bleibt vorbehalten. Der Geschäftswert der jeweiligen Beschwerdeverfahren bestimmt sich nach dem jeweiligen Interesse der Beteiligten zu 1 am Erfolg ihres Rechtsmittels. Dieses entspricht der von ihr erstrebten Erbquote. Demgemäß betragen die Geschäftswerte in den jeweiligen Beschwerdeverfahren jeweils 1/2 des von dem Nachlassgericht noch festzustellenden Nachlasswertes.

30 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

31 Für die von der Beteiligten zu 1 erstrebte Zulassung der Rechtsbeschwerde nach § 70 FamFG ist kein Raum, da die Entscheidung des Senats nicht in Widerspruch zu der Entscheidung des OLG Celle (MittBayNot 2013, 315) steht. Im Gegensatz zu der vorgenannten Entscheidung findet die Vorschrift des § 2069 BGB in dem hier vorliegenden Verfahren aufgrund der Anwendung der Grundsätze der individuellen Auslegung keine Anwendung.

32 Im Übrigen betrifft die Entscheidung des Senats die Auslegung von Anordnungen in einem Erbvertrag in einem Einzelfall gemäß den Anforderungen an die sog. erläuternde sowie die ergänzende Testamentsauslegung, bei dessen Anwendung der Senat nicht von den in der Rechtsprechung allgemein anerkannten Grundsätzen abgewichen ist. Dabei stellten sich bei deren Anwendung auch keine Fragen grundsätzlicher Bedeutung, die nicht bereits in der Rechtsprechung geklärt wären.

Im Eröffnungsverfahren findet eine inhaltliche Prüfung letztwilliger Verfügungen nicht statt.

Normenkette:

FamFG § 348 1.

Amtliche Leitsätze:

1. Die Prüfung des Nachlassgerichts im Rahmen eines Eröffnungsverfahrens betreffend letztwillige Verfügungen ist von vornherein allein auf die summarische Prüfung hinsichtlich des Vorliegens einer letztwilligen Verfügung beschränkt.

2. Für eine inhaltliche Prüfung des Regelungsinhalts und -umfangs letztwilliger Verfügungen ist im Eröffnungsverfahren kein Raum.

OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 03.11.2021 – 31 Wx 166/21, 31 Wx 179/21

Aus den Gründen:

1 Gegenstand der Beschwerdeverfahren ist die Entscheidung des Nachlassgerichts, in der es die Eröffnung des von dem Erblasser und seiner vorverstorbenen Ehefrau aus erster Ehe errichteten notariell errichteten gemeinschaftlichen Testaments vom 18.5.1982 zurückgewiesen hat.

2 1. Die von den Beschwerdeführerinnen gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts eingelegten Beschwerden sind zulässig (vgl. dazu *Gierl* in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auflage 2019 § 348 FamFG Rn. 10).

3 a) Die Beschwerdeführerinnen sind beschwerdebe-rechtigt im Sinne des § 59 Abs. 1 FamFG, da sie jeweils eine Erbenstellung aus dem nach ihrer Auffassung zu eröffnendem gemeinschaftlichem Testament vom 18.5.1982 ableiten. Außerdem bedingt die Nichteröffnung der letztwilligen Verfügung eine Verletzung des von ihnen behaupteten Erbrechts insofern, als ein Erbe grundsätzlich sein Erbrecht auch durch Vorlage eines eröffneten eigenhändigen Testaments belegen kann, wenn dieses die Erbfolge mit der im Rechtsverkehr erforderlichen Eindeutigkeit nachweist (vgl. *Gierl* in: Burandt/Rojahn Erbrecht 3. Auflage 2019 § 348 Rn. 1).

4 b) Dem steht vorliegend nicht entgegen, dass zwischen den Beteiligten die Frage umstritten ist, ob sich die Erbfolge nach dem gemeinschaftlichen Testament vom 18.5.1982 bestimmt oder ob der Erblasser im Nachgang dazu in rechtlicher Hinsicht die Möglichkeit hatte, – wie erfolgt – erneut zu testieren und der Streit Gegenstand einer vor dem Zivilgericht rechtshängigen Erbenfeststellungsklage ist. Die mit der Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments einhergehenden etwaigen Rechtsfolgen im Rechtsverkehr werden durch das zivilrechtliche Streitverfahren allein nicht völlig aufgehoben.

5 2. In der Sache hat die Beschwerde Erfolg und führt zur Aufhebung des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 21.12.2020 samt Anweisung des Nachlassgerichts, das gemeinschaftliche Testament vom 18.5.1982 gemäß § 348 Abs. 1 FamFG zu eröffnen.

6 a) Zu Unrecht ist das Nachlassgericht im Wege der Auslegung der in dem gemeinschaftlichen Testament getroffenen Anordnungen zu dem Ergebnis gelangt, dass das bereits beim Sterbefall der vorverstorbenen Ehefrau eröffnete gemeinschaftliche Testament nach dem Ableben des Erblassers deswegen nicht mehr zu eröffnen sei, da es ausschließlich Regelungen der Vor- und Nacherbfolge enthalte, jedoch keine Regelung für den hier inmitten stehenden zweiten Erbfall betreffend den nachverstorbenen Erblasser.

7 b) Im Hinblick auf die von den Ehegatten getroffenen Regelungen (u.a. gegenseitige Einsetzung zum Vorerben samt Einsetzung ihrer aus der Ehe hervorgegangenen Kinder als deren Nacherben samt deren Einsetzung als Erben bei gleichzeitigem Versterben der Ehegatten sowie Einsetzung der Abkömmlinge als deren Ersatznacherben bzw. Ersatzerben samt Pflichtteils Klausel betreffend Ersterbfall) ist im Wege der Grundsätze der individuellen Auslegung zu prüfen, ob der Überlebende die Dritten auch hinsichtlich seines eigenen Nachlasses

als Ersatzerben für den vorverstorbenen Ehegatten eingesetzt hat, bzw. ob gegebenenfalls der Anwendungsbereich des § 2102 Abs. 1 BGB eröffnet ist (vgl. zu der Problematik näher NK-Erbrecht/*Gierl* 5. Auflage 2018 § 2102 Rn. 6 m.w.N.). Insofern stellt sich gerade die Frage, ob die Ehegatten die Erbfolge nach dem letztversterbenden Erblasser bereits in dem hier inmitten stehenden gemeinschaftlichen Testament vom 18.5.1982 abschließend geregelt haben.

8 c) Die Beantwortung dieser Frage kann jedoch dahingestellt bleiben, da die Prüfung des Nachlassgerichts im Rahmen des hier inmitten stehenden Eröffnungsverfahrens von vornherein allein auf die summarische Prüfung des Vorliegens einer letztwilligen Verfügung beschränkt ist, da die Eröffnung den Beteiligten erst die Prüfung der Wirksamkeit und des Inhalts der Verfügung ermöglichen soll (*Gierl* in: Burandt/Rojahn a.a.O. § 348 FamFG Rn. 2). Erst im Erbscheinserteilungsverfahren hat das Nachlassgericht darüber zu befinden, ob ein Schriftstück ein Testament ist und welches Testament von mehreren als maßgebend anzusehen ist. Demgemäß ist vom Nachlassgericht jedes Schriftstück zu eröffnen, bei dem auch nur die entfernte Möglichkeit besteht, dass es eine letztwillige Verfügung des Erblassers sein könnte (Keidel/*Zimmermann* FamFG 20. Auflage 2020 § 348 Rn. 12).

9 Diese Voraussetzungen liegen hier bereits deswegen vor, da der Erblasser in dem gemeinschaftlichen Testament im Jahre 1982 letztwillige Verfügungen für den Fall seines Ablebens getroffen hat. Für eine inhaltliche Prüfung der letztwilligen Verfügungen des Erblassers in dem gemeinschaftlichen Testament vom 18.5.1982 auf ihren Regelungsinhalt und -umfang durch das Nachlassgericht war daher im Eröffnungsverfahren von vornherein kein Raum.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Zur Haftung von Kommanditisten im Insolvenzverfahren von Tochterunternehmen.

HGB § 171 Abs. 1, 2, 172 Abs. 4

Amtlicher Leitsatz:

Die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, die als Obergesellschaft an einer anderen Kommanditgesellschaft als Untergesellschaft beteiligt ist, haften auch gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft. Diese Haftung wird in der Insolvenz der Untergesellschaft von deren Insolvenzverwalter geltend gemacht,

solange nicht über das Vermögen der Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

BGH (II. Zivilsenat),

Urteil vom 03.08.2021 – II ZR 123/20

► I. Tatbestand:

1 Der Kläger ist Insolvenzverwalter von drei Schiffsfonds in der Rechtsform von Kommanditgesellschaften (im Folgenden: Schuldnerinnen), über deren Vermögen jeweils mit Beschluss vom 9. Februar 2016 das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

2 Der Beklagte ist mit einer Einlage von 100.000 € als Kommanditist an der H. Schiffsfonds II UG (haftungsbeschränkt) & Co. KG i.L. (im Folgenden: Dachfonds) beteiligt. Der Dachfonds ist als Obergesellschaft seinerseits mit einer Einlage in Höhe von jeweils 4,3 Mio. € als Kommanditist an den Schuldnerinnen als Untergesellschaften beteiligt. Er erhielt von den Schuldnerinnen nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen in Höhe von jeweils 1.419.000 €, insgesamt 4.257.000 €. Nach haftungsbefreienden Wiedereinlagen besteht eine offene Haftung des Dachfonds in Höhe von jeweils 942.802,60 €. Der Beklagte erhielt in den Jahren 2004 bis 2007 vom Dachfonds nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen in Höhe von insgesamt 33.042 €.

3 Der Kläger verlangt vom Beklagten unter dem Gesichtspunkt der teilweisen Rückgewähr der geleisteten Kommanditeinlage für jede der Schuldnerinnen anteilig Zahlung in Höhe von 11.014 €.

4 Das Landgericht hat den Beklagten antragsgemäß verurteilt. Die hiergegen gerichtete Berufung des Beklagten führte zur Aufhebung des Berufungsurteils und zur Abweisung der Klage. Mit der vom Senat zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Ansprüche weiter.

► II. Aus den Gründen:

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

6 I. Das Berufungsgericht (OLG Oldenburg, ZInsO 2020, 2004) hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

7 Aus dem Klagevorbringen sei schon nicht eindeutig ersichtlich, ob der Kläger Ansprüche der Schuldnerinnen oder von deren Gläubigern geltend mache. Insoweit sei der Klägervortrag widersprüchlich. Wessen Ansprüche der Kläger geltend mache, könne aber dahinstehen.

Ansprüche der Gläubiger der Schuldnerinnen könne der Kläger nicht geltend machen. Der Beklagte sei nur Kommanditist des Dachfonds. Über diesen sei das Insolvenzverfahren nicht eröffnet worden. Die Prozessstandschaft nach § 171 Abs. 2 HGB sei deshalb im Verhältnis zum Beklagten nie entstanden. Der Kläger berufe sich nicht auf eine Haftung des Dachfonds, sondern eine solche des Beklagten als Kommanditisten des Dachfonds als Kommanditist der Schuldnerinnen. Auch Ansprüche der Schuldnerinnen gegen den Dachfonds bestünden mangels Vereinbarung im Gesellschaftsvertrag nicht.

8 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nicht stand.

9 Die Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, die als Obergesellschaft an einer anderen Kommanditgesellschaft als Untergesellschaft beteiligt ist, haften auch gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft. Diese Haftung wird in der Insolvenz der Untergesellschaft von deren Insolvenzverwalter geltend gemacht, solange nicht über das Vermögen der Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (§ 171 Abs. 2 HGB).

10 1. Der Kläger nimmt den Beklagten unter dem Gesichtspunkt der teilweisen Rückgewähr der geleisteten Kommanditeinlage als Kommanditisten des Dachfonds, der seinerseits Kommanditist der Schuldnerinnen ist, für Ansprüche von Gläubigern der Schuldnerinnen in Anspruch. Das vom Berufungsgericht dazu festgestellte Vorbringen des Klägers ist nicht widersprüchlich.

11 a) Inhalt und Reichweite des Klagebegehrens werden nicht allein durch den Wortlaut des Antrags bestimmt. Dieser ist unter Berücksichtigung der Klagebegründung auszulegen (BGH, Urteil vom 21. Juni 2016 – II ZR 305/14, WM 2016, 1599 Rn. 12; Urteil vom 11. Februar 2021 – I ZR 126/19, WRP 2021, 604 Rn. 12). Denn der prozessuale Anspruch im Sinne des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO wird durch den Klageantrag, in dem sich die vom Kläger in Anspruch genommene Rechtsfolge konkretisiert, und den Lebenssachverhalt (Anspruchsgrund), aus dem der Kläger die begehrte Rechtsfolge herleitet, festgelegt (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 15. Dezember 2020 – II ZR 108/19, BGHZ 228, 28 Rn. 13 mwN). Bei der Auslegung des Klageantrags ist im Zweifel wegen des verfassungsrechtlichen Anspruchs auf effektiven Rechtsschutz und rechtliches Gehör das als gewollt anzusehen, was nach den Maßstäben der Rechtsordnung vernünftig ist und der recht verstandenen Interessenlage der erklärenden Partei entspricht (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 27. Januar 2015 – II ZR 191/13, juris Rn. 10; Urteil vom 9. Mai 2019 – VII ZR 154/18, WM 2020, 189 Rn. 22; jeweils mwN).

12 Dabei unterliegt die inhaltliche Bewertung des Klageantrags durch das Berufungsgericht der uneinge-

schränkten Überprüfung in der Revisionsinstanz. Denn es steht die Auslegung einer Prozesserkklärung in Frage, die das Revisionsgericht ohne Einschränkung nachprüfen darf (st. Rspr.; BGH, Urteil vom 21. Juni 2016 – II ZR 305/14, WM 2016, 1599 Rn. 13; Urteil vom 13. Oktober 2015 – II ZR 281/14, NJW 2016, 1083 Rn. 15; Urteil vom 10. Oktober 2017 – II ZR 277/15, juris Rn. 13; Urteil vom 11. Februar 2021 – I ZR 126/19, WRP 2021, 604 Rn. 12; jeweils mwN).

13 b) Nach diesen Grundsätzen ist der geltend gemachte Anspruch eindeutig bezeichnet.

14 Der Kläger stützt seinen Anspruch nach den Feststellungen des Berufungsgerichts auf die wiederaufgelebte Außenhaftung des Beklagten gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB gegenüber den Gläubigern des Dachfonds und macht geltend, gemäß § 171 Abs. 2 HGB zur Einziehung der offenen Hafteinlage befugt zu sein. Er führt dazu aus, der Dachfonds hafte als Kommanditist der Schuldnerinnen den Gläubigern der Schuldnerinnen unmittelbar. Die Kommanditisten des Dachfonds – und damit auch der Beklagte – hafteten ihrerseits gegenüber den Gläubigern des Dachfonds, zu denen auch die Schuldnerinnen gehörten, und somit gegenüber dem Kläger. Der Kläger sei berechtigt, das den Gesellschaftsgläubigern der Schuldnerinnen nach § 171 Abs. 1 HGB zustehende Recht gemäß § 171 Abs. 2 HGB geltend zu machen.

15 Diese Bezeichnung des Anspruchs ist eindeutig, mag der Kläger auch ausgeführt haben, die Schuldnerinnen selbst gehörten zu den Gläubigern des Dachfonds. Ersichtlich macht der Kläger keine gesellschaftsvertraglichen Wiedereinlageansprüche geltend, sondern die Haftung des Beklagten in der Kette gegenüber den Gläubigern der Schuldnerinnen. Sein Begehren wird auch nicht durch die etwas pauschalen Ausführungen an anderer Stelle widersprüchlich, zumal der Kläger an keiner Stelle behauptet hat, die Schuldnerinnen hätten gesellschaftsvertragliche Ansprüche gegen den Dachfonds. Dies entspricht auch dem wohlverstandenen Interesse des Klägers, der regelmäßig keine Ansprüche geltend machen will, deren Bestehen er selbst nicht behauptet, wenn nach seinem Vorbringen Ansprüche in Betracht kommen, deren Bestehen behauptet ist, mögen auch die rechtlichen Voraussetzungen aus Sicht des Berufungsgerichts zweifelhaft sein.

16 2. Der Kläger ist als Insolvenzverwalter der Schuldnerinnen gemäß § 171 Abs. 2 HGB zur Einziehung der wiederaufgelebten Außenhaftung des Beklagten gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB für die Gläubiger der Schuldnerinnen befugt. Es ist unerheblich, dass der Beklagte an den Schuldnerinnen nicht selbst, sondern lediglich mittelbar über den Dachfonds als Kommanditist der Kommanditistin beteiligt ist.

17 a) Ob die Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters gemäß § 171 Abs. 2 HGB in der Insolvenz nur der Untergesellschaft auch die Inanspruchnahme eines Gesellschafters der an der Untergesellschaft beteiligten Obergesellschaft umfasst, wird in der instanzgerichtlichen Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

18 Teilweise wird, wie auch vom Berufungsgericht, bei mehrstöckigen Kommanditbeteiligungen wie der vorliegenden die Ermächtigung des Insolvenzverwalters zur Geltendmachung der Haftung der Kommanditisten der Obergesellschaft – dem Dachfonds – gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft – den Schuldnerinnen – abgelehnt, sofern ein Insolvenzverfahren über die Obergesellschaft nicht eröffnet wurde (OLG München, Beschluss vom 6. August 2019 – 23 U 4226/18, n.v., Umdruck S. 2 Abs. 5; LG Augsburg, Urteil vom 7. Januar 2020 – 081 O 1525/18, n.v., Umdruck S. 6 Abs. 2; vgl. auch LG Frankfurt am Main, ZInsO 2020, 153, 154; LG München I, ZInsO 2019, 2439, 2440). Nur das nach § 171 Abs. 1 HGB den Gläubigern zustehende Recht werde gemäß § 171 Abs. 2 HGB vom Insolvenzverwalter ausgeübt. Dieses beinhalte lediglich die Geltendmachung der Haftung der Gesellschafter derjenigen Gesellschaft, über deren Vermögen das Insolvenzverfahren eröffnet worden sei (LG Augsburg, Urteil vom 7. Januar 2020 – 081 O 1525/18, n.v., Umdruck S. 6 Abs. 4). Eine analoge Anwendung von § 171 Abs. 2 HGB sei ausgeschlossen, da sich der Sinn der Norm, die Gläubigergleichbehandlung, nicht erreichen lasse, weil neben den Gläubigern der Untergesellschaft weitere Gläubiger der nicht insolventen Obergesellschaft vorhanden sein könnten (LG Frankfurt am Main, ZInsO 2020, 153, 154). Zum Teil wird bei einem doppelstöckigen Fonds ein Durchgriff auf Kommanditisten der Kommanditisten für nicht möglich gehalten. Der Kommanditist hafte gegenüber den Gläubigern der Gesellschaft, an der er selbst beteiligt sei. Eine Haftung in Form einer Kette bestehe nicht (LG München I, ZInsO 2019, 2439, 2440; OLG München, protokollierter Hinweis vom 24. Juli 2019 – 20 U 4429/18, n.v.).

19 Hingegen bejahen andere Instanzgerichte und Stimmen im Schrifttum in dieser Situation sowohl die Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters der Untergesellschaft als auch die Haftung des Kommanditisten der Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft (AG Syke, Urteil vom 24. März 2020 – 9 C 31/19, n.v., Umdruck S. 5 Abs. 4; AG Leer, Urteil vom 30. Juli 2019 – 700 C 284/19, n.v., Umdruck S. 4 Abs. 1; LG Hamburg, Urteil vom 25. Oktober 2019 – 402 HKO 61/18, n.v., Umdruck S. 7 Abs. 6 ff.; vgl. auch AG Bonn, Urteil vom 4. September 2018 – 104 C 32/18, juris Rn. 2, 32; zu § 93 InsO: *Lüke*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 52; *K. Schmidt*, InsO, 19. Aufl., § 93 Rn. 17).

20 b) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an. Die Kommanditisten der Obergesellschaft haften gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft. Diese Haftung wird in der Insolvenz der Untergesellschaft von deren Insolvenzverwalter geltend gemacht, solange nicht über das Vermögen der Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde (§ 171 Abs. 2 HGB).

21 aa) In einer doppelstöckigen Kommanditgesellschaft haftet die Obergesellschaft gemäß §§ 171, 172 HGB bzw. § 128 HGB für die Verbindlichkeiten der Untergesellschaft; für die Haftung der Obergesellschaft haften wiederum deren Gesellschafter (vgl. BGH, Urteil vom 12. Juli 2012 – AnwZ (Brfg) 37/11, BGHZ 194, 79 Rn. 26; BFHE 117, 396, 399; BeckOK HGB/Häublein, Stand: 15. Januar 2020, § 172 Rn. 40; zu § 128 HGB: BayObLG, ZIP 1994, 1694, 1696; RegE HRefG, BT-Drucks. 13/8444, S. 56; Schmidt/Usinger in Beck'scher Bilanz-Kommentar, 12. Aufl., § 264a HGB Rn. 35 f.; BeckOGK HGB/Fehrenbacher, Stand: 15. Oktober 2020, § 264a Rn. 14; Böcking/Gros/Oser in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 264a Rn. 12; Roth/Hoffmann in Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl., § 264a Rn. 6; MünchKommHGB/Heidinger, 5. Aufl., § 19 Rn. 26; Ahrens, DB 1997, 1065; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 9; HK/Stuhlfelner, HGB, 7. Aufl., § 128 Rn. 18; C. Schmidt/Bierly, NJW 2004, 1210, 1211 f.; C. Schmidt/Bierly in C. Schmidt/Zagel, OHG, KG und PublikumsG, 2004, Rn. 592).

22 Die Außenhaftung der Obergesellschaft als Kommanditistin der Untergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft ist eine Verbindlichkeit der Obergesellschaft im Sinne von § 128 HGB bzw. §§ 171, 172 HGB. Haftungsbegründend sind dabei unabhängig von ihrem Rechtsgrund sämtliche Verbindlichkeiten der Kommanditgesellschaft – der Obergesellschaft – gegenüber Dritten (BeckOGK HGB/Foerster, Stand: 1. Februar 2021, § 171 Rn. 21; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., §§ 171, 172 Rn. 14; Gummert in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 172 HGB Rn. 12; Staub/Thiessen, HGB, 5. Aufl., § 171 Rn. 13; Strohn in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 171 Rn. 10; MünchKommHGB/K. Schmidt, 4. Aufl., § 128 Rn. 10 f.; Staub/Habersack, HGB, 5. Aufl., § 128 Rn. 10; Sassenrath in Westermann/Wertenbruch, HdB Personengesellschaften, Stand: Januar 2018, § 50 Rn. 2822 f.). Eine solche Verbindlichkeit, für die der Kommanditist der Obergesellschaft haftet, ist auch die Außenhaftung der Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft. Dementsprechend können außerhalb der Insolvenz die Gläubiger der Untergesellschaft unmittelbar auf die Kommanditisten der Obergesellschaft zugreifen, soweit die Voraussetzungen ihrer Haftung im Übrigen vorliegen.

23 bb) Diese Haftung wird in der Insolvenz der Untergesellschaft von deren Insolvenzverwalter geltend gemacht, solange nicht über die Obergesellschaft ihrerseits das Insolvenzverfahren eröffnet wurde.

24 (1) Für dieses Ergebnis spricht bereits der Wortlaut von § 171 Abs. 2 HGB. Ist über das Vermögen der (Unter-)Gesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet, so wird während der Dauer des Verfahrens das den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 Abs. 1 HGB zustehende Recht durch den Insolvenzverwalter (...) ausgeübt, § 171 Abs. 2 HGB. Dieses den Gläubigern zustehende Recht ist, vermittelt durch die jeweilige Haftungsnorm, auch das Recht zur Inanspruchnahme der Kommanditisten der Obergesellschaft für die Haftung gegenüber den Gläubigern der Untergesellschaft (vgl. zu § 93 InsO: Lüke, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 52; K. Schmidt, InsO, 19. Aufl., § 93 Rn. 17).

25 Zwar meint § 171 Abs. 1 HGB, auf den § 171 Abs. 2 HGB verweist, den Kommanditisten derjenigen Gesellschaft, an der er beteiligt ist. Entsprechend regelt § 93 InsO die Haftung „eines Gesellschafters für die Verbindlichkeiten der Gesellschaft“. Damit scheint § 171 Abs. 2 HGB zunächst nur die Haftung der Obergesellschaft zu erfassen. Schon der Wortlaut ist aber nicht in diesem Sinne zu verstehen. Denn den Gläubigern der Untergesellschaft steht, wie ausgeführt, nach § 171 Abs. 1 HGB i.V.m. §§ 171, 172 bzw. § 128 HGB auch das Recht zu, die Kommanditisten der Obergesellschaft in Anspruch zu nehmen.

26 (2) Hierfür spricht auch der Sinn und Zweck von § 171 Abs. 2 HGB. Die Vorschrift bezweckt, die berechtigten Gesellschaftsgläubiger in die Lage zu versetzen, an den Vermögenswerten, die in ihren persönlichen Haftungsansprüchen bestehen, gemeinsam (anteilig) zu partizipieren (BGH, Urteil vom 20. März 1958 – II ZR 2/57, BGHZ 27, 51, 56; Urteil vom 28. Januar 2021 – IX ZR 54/20, ZIP 2021, 528 Rn. 31; zu § 93 InsO: RegE InsO, BT-Drucks. 12/2443, S. 140).

Dieser Zweck erfasst auch die Haftung der Gesellschafter der Obergesellschaft.

27 Dass auf diese Weise eine gleichmäßige Teilhabe der Gläubiger einer überschuldeten Obergesellschaft, über die das Insolvenzverfahren nicht eröffnet wurde, möglicherweise nicht erreicht werden kann, weil nicht alle Gläubiger der Obergesellschaft am Insolvenzverfahren über die Untergesellschaften teilnehmen (vgl. LG Frankfurt am Main, ZInsO 2020, 153, 154), rechtfertigt nicht, den Zweck der Vorschrift auch bezogen auf die Gläubiger der Untergesellschaften aufzugeben. Andernfalls wäre bei einer zahlungsfähigen Obergesellschaft die anteilige Partizipation der Gläubiger der überschuldeten Untergesellschaft gefährdet, die § 171 Abs. 2 HGB gera-

de bewirken will. Die Ablehnung der Einziehungsbefugnis des Insolvenzverwalters für die Haftung der Kommanditisten der Obergesellschaft hätte aber zur Folge, dass die Gläubiger der Untergesellschaft unter Umgehung des Insolvenzverwalters direkt auf die Kommanditisten der Obergesellschaft zugreifen könnten. Im Erfolgsfalle ginge dessen Einziehungsbefugnis gegenüber der Obergesellschaft unter Umständen ins Leere. Würden nämlich so viele Kommanditisten der Obergesellschaft an die Gläubiger der Untergesellschaft zahlen, dass die wiederaufgelebte Haftung der Obergesellschaft erlischt, könnte die Obergesellschaft gegenüber dem Insolvenzverwalter der Untergesellschaft einwenden, ihre Haftung sei durch die – dann berechnete – Zahlung ihrer Kommanditisten an die Gläubiger erloschen (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1964 – II ZR 162/62, BGHZ 42, 192, 193; Urteil vom 8. Juli 1985 – II ZR 269/84, BGHZ 95, 188, 195 f.; Urteil vom 25. Juli 2017 – II ZR 122/16, ZIP 2017, 1948 Rn. 21).

28 Dass auch über die Obergesellschaft das Insolvenzverfahren eröffnet wurde, ist deshalb nicht Voraussetzung der Inanspruchnahme ihrer Kommanditisten durch den Insolvenzverwalter der Untergesellschaft, sondern würde ihr im Gegenteil entgegenstehen, weil dann § 171 Abs. 2 HGB zugunsten des Insolvenzverwalters der Obergesellschaft eingreifen würde (vgl. zu § 93 InsO: *Lüke*, ZIP 2016, Beilage zu Heft 22, 52).

29 III. Das Berufungsurteil ist auch nicht aus anderen Gründen richtig, § 561 ZPO.

30 1. Die Klage ist nicht unzulässig. Zutreffend hat das Berufungsgericht angenommen, dass der Kläger den Klagegrund den Anforderungen des § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO entsprechend bezeichnet hat.

31 Die Klageansprüche werden durch Bezugnahme auf die vom Kläger vorgelegten Insolvenztabelle hinreichend individualisiert (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 15, 17). Dass die angemeldeten Forderungen dort nur schlagwortartig bezeichnet wurden, steht dem nicht entgegen. Für eine Individualisierung des Klageanspruchs im Sinne von § 253 Abs. 2 Nr. 2 ZPO kommt es nicht darauf an, ob der maßgebende Lebenssachverhalt in der Klageschrift vollständig beschrieben oder der Klageanspruch schlüssig und substantiiert dargelegt worden ist. Vielmehr ist es im Allgemeinen ausreichend, wenn der Anspruch als solcher identifizierbar ist, indem er durch seine Kennzeichnung von anderen Ansprüchen so unterschieden und abgegrenzt wird, dass er Grundlage eines der materiellen Rechtskraft fähigen Vollstreckungstitels sein kann. Dabei genügt eine konkrete Bezugnahme auf der Klageschrift beigefügte Anlagen (BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 – II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 11; Urteil vom 13. Oktober 2020

– II ZR 133/19, WM 2020, 2179 Rn. 12; Urteil vom 17. November 2020 – II ZR 68/20, juris Rn. 12; jeweils mwN).

32 Diesen Voraussetzungen entspricht die Darlegung des Klägers zu dem der Klage zugrundeliegenden tatsächlichen Geschehen. Der Kläger hat für jede der Schuldnerinnen Forderungsaufstellungen vorgelegt, die durch Kennzeichnung der Forderungen mit laufender Nummer, Gläubiger und Betrag auf die Forderungsanmeldungen nach § 174 Abs. 1 und 2 InsO im Insolvenzverfahren Bezug nehmen. Damit ist eine Zuordnung der einzelnen Forderungsbeträge erfolgt, die den Klagegegenstand auch im Hinblick auf die materielle Rechtskraft (§ 322 Abs. 1 ZPO) eines späteren Urteils in dieser Sache ausreichend individualisiert.

33 2. Ein Anspruch des Klägers aus § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 i.V.m. § 171 Abs. 2 HGB kann nach den bisherigen Feststellungen des Berufungsgerichts nicht verneint werden.

34 a) Die Haftung des Beklagten gegenüber den Gläubigern der Schuldnerinnen ist in Höhe von 33.042 € wiederaufgelebt.

35 aa) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erhielt der Beklagte in den Jahren 2004-2007 nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen in Höhe von 33.042 €. Seine Haftung gegenüber den Gläubigern des Dachfonds ist deshalb gemäß § 172 Abs. 4 Satz 2 HGB in dieser Höhe wiederaufgelebt.

36 bb) Der Beklagte haftet in dieser Höhe für die Haftungsverbindlichkeiten des Dachfonds als Obergesellschaft gegenüber den Gläubigern der Schuldnerinnen als Untergesellschaften gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB. Die Haftung des Dachfonds gegenüber den Gläubigern der Schuldnerinnen ist jeweils in Höhe von 942.802,60 € wiederaufgelebt. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts erhielt der Dachfonds von den Schuldnerinnen nicht durch Gewinne gedeckte Ausschüttungen in Höhe von jeweils 1.419.000 €. Unter Berücksichtigung von Wiedereinlagen verbleibt danach eine offene Haftung in Höhe von jeweils 942.802,60 €.

37 cc) Einer Darlegung, wie sich Ausschüttungen auf die Schuldnerinnen verteilt haben, bedarf es nicht. Der Beklagte haftet gegenüber jedem Gläubiger bis zur Höhe der nicht erbrachten oder wiederausgeschütteten Haftsumme. Da der Kommanditist seine Haftsumme nur einmal zu erbringen hat, sind alle Gläubiger der Schuldnerinnen Gesamtgläubiger (§ 427 Satz 1 BGB). Die vom Kläger für jede der Schuldnerinnen begehrte Summe in Höhe von 11.014 € stellt sich daher als Teilklage dar.

38 b) Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts bestehen Forderungen von Gläubigern der drei Schuldnerinnen jeweils mindestens in Höhe der Klageforderung.

39 aa) Eine Partei genügt ihrer Darlegungslast, wenn sie Tatsachen vorträgt, die in Verbindung mit einem Rechtsatz geeignet sind, das geltend gemachte Recht als in ihrer Person entstanden erscheinen zu lassen (BGH, Urteil vom 25. Juli 2005 – II ZR 199/03, ZIP 2005, 1738, 1740 mwN; Beschluss vom 9. Februar 2009 – II ZR 77/08, WM 2009, 1154 Rn. 4). Zur Darlegung der Gläubigerforderungen, für die der Kommanditist gemäß § 171 Abs. 1, § 172 Abs. 4 HGB haftet, ist es ausreichend, wenn der Insolvenzverwalter, der während des Insolvenzverfahrens über das Vermögen der Gesellschaft das den Gesellschaftsgläubigern nach § 171 Abs. 1 HGB zustehende Recht ausübt, die Insolvenztabelle vorlegt mit festgestellten Forderungen, die nicht aus der Insolvenzmasse befriedigt werden können (BGH, Beschluss vom 18. Oktober 2011 – II ZR 37/10, juris Rn. 9; Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 15; Urteil vom 21. Juli 2020 – II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 14; Urteil vom 13. Oktober 2020 – II ZR 133/19, WM 2020, 2179 Rn. 15; Urteil vom 17. November 2020 – II ZR 68/20, juris Rn. 15).

40 Dies gilt auch für die Darlegung von Forderungen in mehrstöckigen gesellschaftsrechtlichen Gestaltungen unabhängig davon, welche Einwirkungsmöglichkeiten der Kommanditist auf die Schuldnerinnen hat. Die Einwirkungsmöglichkeiten des Gesellschafters haben für die Darlegung der Gläubigerforderungen durch den Kläger keine Bedeutung (BGH, Urteil vom 10. November 2020 – II ZR 89/19, ZRI 2021, 25 Rn. 13; Urteil vom 17. November 2020 – II ZR 68/20, juris Rn. 16).

41 bb) Die Beurteilung des Berufungsgerichts, dass der Kläger für jede der Schuldnerinnen zur Tabelle festgestellte Forderungen in Höhe von jeweils mehr als 9 Mio. € dargetan hat und dass diese unstreitig sind, ist nicht zu beanstanden. Die vom Kläger vorgelegten Insolvenztabelle weisen für jede der Schuldnerinnen festgestellte Gläubigerforderungen in Höhe von mehr als 9 Mio. € aus. Der Beklagte ist dem nur mit einem pauschalen Bestreiten entgegengetreten. Ein solches, auf die Einzelheiten des Vortrags nicht eingehendes Vorbringen des Beklagten ist unzureichend, so dass das Berufungsgericht den Vortrag des Klägers zu Recht gemäß § 138 Abs. 3 ZPO als zugestanden angesehen hat.

42 cc) Eine nähere Stellungnahme zu den festgestellten Forderungen ist dem Beklagten auch möglich. Die erforderlichen Informationen kann er über den Dachfonds von den Schuldnerinnen einfordern. Der Informationsanspruch gegen den Dachfonds bzw. dessen Liquidator richtet sich nach § 166 Abs. 1 HGB. Der Dachfonds kann seinerseits während der laufenden Insolvenz einen Informationsanspruch nach § 166 Abs. 1 HGB gegen den Insolvenzverwalter der Schuldnerinnen geltend ma-

chen. Zusätzlich kann er wie der Beklagte um Akteneinsicht nach § 4 InsO i.V.m. § 299 Abs. 2 ZPO ersuchen (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 20 mwN; Urteil vom 21. Juli 2020 – II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 15; Beschluss vom 15. Oktober 2020 – IX AR(VZ) 2/19, ZIP 2020, 2519 Rn. 18 f.; Urteil vom 17. November 2020 – II ZR 68/20, juris Rn. 19 f.). Die durch die mehrstöckige Konstruktion der gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse bedingten Erschwernisse des Beklagten bei der Informationsbeschaffung sind Folge dieser selbst gewählten gesellschaftsrechtlichen Konstruktion.

43 dd) Das Bestreiten der festgestellten Gläubigerforderungen wäre im Übrigen auch unbeachtlich, da dem Beklagten diese Einwendung aufgrund der Wirkungen der widerspruchsfreien Feststellung der Forderungen in den Insolvenztabelle nach § 129 Abs. 1, § 161 Abs. 2 HGB abgeschnitten ist. Die Schuldnerinnen und infolgedessen der Dachfonds könnten sich mit dieser Einwendung gegen ihre Inanspruchnahme nicht erfolgreich zur Wehr setzen.

44 (1) Die Feststellung der Forderungen zur Insolvenztabelle hat für den Insolvenzverwalter und die Gläubiger gemäß § 178 Abs. 3 InsO die Wirkung eines rechtskräftigen Urteils (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 – IX ZR 30/12, ZIP 2014, 134 Rn. 16 mwN). Für den Schuldner ergibt sich die Rechtskraftwirkung nicht aus § 178 Abs. 3 InsO, weil dieser dort nicht genannt ist. Sie folgt aber mittelbar aus § 201 Abs. 2 InsO (BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 22). Diese Wirkung tritt auch außerhalb des Insolvenzverfahrens ein und besteht schon vor Aufhebung des Verfahrens, sobald die Feststellung zur Tabelle erfolgt ist (BGH, Urteil vom 10. Oktober 2013 – IX ZR 30/12, ZIP 2014, 134 Rn. 19; Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 23).

45 Die Rechtskraftwirkung eines Titels gegenüber der Gesellschaft beschränkt die Einwendungsmöglichkeiten für den persönlich haftenden Gesellschafter. Gegen die aus § 128 HGB begründete Haftung kann ein Gesellschafter gemäß § 129 Abs. 1 HGB von persönlichen Einwendungen abgesehen nur die Einwendungen geltend machen, die auch von der Gesellschaft erhoben werden können. Gemäß § 161 Abs. 2 HGB gilt das auch für die Haftung des Kommanditisten gemäß § 171 Abs. 1 HGB (BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 23 f. mwN). Sind dem Dachfonds gemäß §§ 129, 161 Abs. 2 HGB Einwendungen gegen die Forderungen abgeschnitten, so sind gemäß §§ 129, 161 Abs. 2 HGB die Kommanditisten des Dachfonds und damit der Beklagte entsprechend in ihren Einwendungen beschränkt.

46 (2) Eine einschränkende Auslegung des § 129 Abs. 1 HGB (vgl. dazu BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 25 ff. mwN) kommt bei der Haftung des Kommanditisten einer Obergesellschaft für die Verbindlichkeiten von Gläubigern der Untergesellschaft nicht in Betracht.

47 Der Kommanditist hat die Möglichkeit, sich im Insolvenzverfahren hinsichtlich der gegen die Untergesellschaft bestehenden Forderungen zu informieren und sich im Hinblick auf die Feststellung zur Insolvenztabelle bzw. wegen der Erhebung eines Widerspruchs an den vertretungsberechtigten Gesellschafter der Obergesellschaft bzw. an deren Liquidator zu wenden, der sich seinerseits an den vertretungsberechtigten Gesellschafter der Untergesellschaft oder an den Insolvenzverwalter wenden kann (vgl. BGH, Urteil vom 20. Februar 2018 – II ZR 272/16, BGHZ 217, 327 Rn. 28). Soweit aus der Konstruktion der doppelstöckigen Gesellschaft Schwierigkeiten für das Innenverhältnis der Gesellschaften folgen, ist es Sache der Gesellschafter, auf eine geeignete Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrags hinzuwirken (vgl. Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 105 Rn. 96). Der geringe Einfluss des Beklagten auf die Geschäftsführung der Schuldnerinnen ist Folge der mit dem Beklagten vereinbarten gesellschaftsrechtlichen Gestaltung und Kehrseite der Schwierigkeiten der Gläubiger bei der Ermittlung der für die Verbindlichkeiten haftenden Personen und der Durchsetzung ihrer Haftung.

48 IV. Das Berufungsurteil ist danach aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist, da sie noch nicht zur Endentscheidung reif ist, an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO), damit das Berufungsgericht die noch erforderlichen Feststellungen zu den Voraussetzungen einer Haftung des Beklagten nach §§ 171, 172 Abs. 4, § 161 Abs. 2, § 128 HGB treffen kann.

49 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass die Erforderlichkeit der Inanspruchnahme des Beklagten zum einen davon abhängig ist, in welchem Umfang die Forderungen, für die der Beklagte haftet, bereits durch Zahlungen anderer Gesellschafter auf ihre Haftungsschuld gedeckt sind und zum anderen, ob die zur Verfügung stehende Insolvenzmasse voraussichtlich genügt, einen danach verbleibenden Restbetrag zu decken. Das Berufungsgericht wird in diesem Zusammenhang in Abhängigkeit der Höhe der von den Gesellschaftern bereits aufgebrauchten Summe feststellen müssen, in welcher Höhe Forderungen, für die die Gesellschafter haften, (noch) bestehen (BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 – II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 20 ff.; Urteil vom 17. November 2020 – II ZR 68/20, juris Rn. 26). Dabei können ggf. auch nachrangige Gläubigerforderungen berücksichtigt werden (vgl. BGH, Urteil vom

13. Oktober 2020 – II ZR 133/19, WM 2020, 2179 Rn. 33; Urteil vom 23. Februar 2021 – II ZR 89/20, NZG 2021, 566 Rn. 9). Diese Betrachtung hat getrennt nach Haftungssubjekten zu erfolgen. Soweit die Inanspruchnahme des Dachfonds nicht mehr erforderlich ist, besteht keine Verbindlichkeit mehr, für die der Beklagte haftet. Soweit die Haftung des Dachfonds durch Zahlungen anderer Gesellschafter des Dachfonds auf deren Haftungsschuld gedeckt ist, ist die Inanspruchnahme des Beklagten nicht mehr erforderlich.

50 Soweit sich der Beklagte nicht darauf berufen kann, dass die Forderungen, für die die Gesellschafter haften, durch Zahlungen anderer Kommanditisten bereits gedeckt sind, wird das Berufungsgericht zu prüfen haben, ob die Inanspruchnahme des Beklagten unter Berücksichtigung der sonst zur Verfügung stehenden Insolvenzmasse erforderlich ist. Diese Prüfung ist von einer Prognose abhängig, die naturgemäß mit Unsicherheiten belastet ist. Der Kläger ist angesichts dessen berechtigt, den nach den Verhältnissen der Insolvenzmasse für die Gläubigerbefriedigung erforderlichen Betrag unter Berücksichtigung solcher Unsicherheiten zu schätzen (BGH, Urteil vom 21. Juli 2020 – II ZR 175/19, ZIP 2020, 1869 Rn. 34; Urteil vom 23. Februar 2021 – II ZR 89/20, NZG 2021, 566 Rn. 9).

Einstweilige Verfügung zugunsten eines GmbH-Gesellschafters im Zusammenhang mit der Einziehung seines Gesellschaftsanteils

GmbHG § 16 Abs. 1; GeschGehG § 4 Abs. 1 Nr. 1, § 23 Abs. 1 Nr. 1; BRAO § 43 Abs. 4; BGB § 626 Abs. 2

Redaktionelle Leitsätze:

- 1. Für die Anordnung einer einstweiligen Verfügung zugunsten eines GmbH-Gesellschafters im Zusammenhang mit der Einziehung seines Gesellschaftsanteils genügt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit, dass die Einziehung rechtswidrig ist (Anschluss an BGH BeckRS 2019, 16054; entgegen KG BeckRS 2016, 6852 und OLG Düsseldorf BeckRS 2008, 11169). (Rn. 18)**
- 2. Ein Fehlverhalten als Gesellschafter-Geschäftsführer kann die Einziehung des Geschäftsanteils nur dann rechtfertigen, wenn aufgrund der Pflichtverletzung als Geschäftsführer auch ein Verbleiben desselben als Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern unzumutbar wird, etwa weil durch das Fehlverhalten das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter so nachhaltig zerrüttet wird, dass eine gedeihliche Zusammenarbeit auch auf**

dieser Ebene ausgeschlossen erscheint, oder weil Treuepflichten schwerwiegend verletzt wurden (Anschluss an OLG Dresden BeckRS 9998, 42328). (Rn. 22)

3. Mit der einstweiligen Verfügung kann die Korrektur der nach Einziehung bereits geänderten Gesellschafterliste angeordnet werden. (Rn. 51 - 52)

OLG München (7. Zivilsenat),

Beschluss vom 18.05.2021 – 7 W 718/21

▶ I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um einstweiligen Rechtsschutz im Zusammenhang mit der am 23.03.2021 beschlossenen Einziehung der Geschäftsanteile der Antragstellerin an der Antragsgegnerin, einem Startup Unternehmen.

2 Die Antragstellerin ist Gründergesellschafterin der Antragsgegnerin und Beteiligungsvehikel ihres Geschäftsführers und Gesellschafters K. U. Nach dem Einstieg von Investoren im Rahmen einer dritten Finanzierungsrunde, die in den Abschluss eines Investment and Shareholders' Agreement vom 22.06.2020 (Anlage ASt 8; im Folgenden ISA) und einer Neufassung der Satzung vom selben Tag (Anlage ASt 7) mündete, hielt die Antragstellerin 9.602 Anteile zu 1,- €, mithin 12,7% des Stammkapitals an der Antragsgegnerin (Anlage ASt 2).

3 Die Satzung ermöglicht ausweislich Nr. 20.2.3 eine Einziehung der Geschäftsanteile ohne Zustimmung des Betroffenen, wenn ein (sonstiger) den Ausschluss des Gesellschafters rechtfertigender wichtiger Grund in der Person oder im Verhalten des Gesellschafters vorliegt. Nach Ziff. 20.4 und 20.5 wird die Einziehung mit der Beschlussfassung wirksam, wenn der Gesellschafter bei der Beschlussfassung über die Einziehung anwesend ist. Ausweislich Ziff. 20.6 ruht von diesem Zeitpunkt an „bis zur endgültigen Wirksamkeit der Einziehung“ das Stimmrecht des betroffenen Gesellschafters. Im Falle der Einziehung aus wichtigem Grund schuldet die Gesellschaft nach Ziff. 21.2 als Abfindung einen Gesamtbetrag in Höhe der „bis zum Zeitpunkt des Einziehungsbeschlusses geleisteten Einlagen (Stammkapital)“.

4 Der Geschäftsführer der Antragstellerin U. (im Folgenden: der Geschäftsführer) war 2020 zugleich Geschäftsführer der Antragsgegnerin. Im Juli 2020 wurde ihm eröffnet, dass er ausweislich der durchgeführten Technologieanalyse der neuen Investorin nicht über die notwendige fachliche Kompetenz und Erfahrung verfüge, um den gestiegenen Anforderungen an den Produktvertrieb gerecht zu werden. In der Folge lud der Geschäftsführer – nach eigenem Bekunden zur Vorbereitung der Rechtsverteidigung, weil er mit einer Sper-

rung seines Zugangs zu Firmendaten rechnete – mehr als 8.000 sensible Firmendateien, darunter Geschäftsgeheimnisse, auf einen Laptop der Antragsgegnerin und ein Speichermedium herunter. Die Antragsgegnerin nahm dies – nach Sperrung des Zugriffs am 05.08.2020 – zum Anlass, den Geschäftsführer durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 11.08.2020 als Geschäftsführer der Antragsgegnerin abzurufen und seinen Geschäftsführeranstellungsvertrag fristlos zu kündigen. Im Rahmen der Gesellschafterversammlung gab der Geschäftsführer Laptop und Speichermedium zurück. Er erklärte in einer eidesstattlichen Versicherung vom 25.08.2020 (Anlage AG 23), er habe nur noch auf ca. 200 – in einer eidesstattlichen Versicherung konkret benannte – in einer Cloud der Antragstellerin passwortgeschützt gespeicherte Dokumente Zugriff; diese würden die gesellschaftsrechtliche Dokumentation umfassen (Schutzschrift der Antragsgegnerin vom 26.02.2020, S. 30).

5 Die Parteien verhandelten in der Folge über einen Abkauf der Anteile der Antragstellerin. Die Antragsgegnerin setzte für den 01.09.2020 und für den 22.09.2020 Gesellschafterversammlungen an, in denen über die Einziehung der Geschäftsanteile der Antragstellerin, hilfsweise über die Ausübung der Call Option B. Leaver aus dem ISA abgestimmt werden sollte (ASt 13, 14). Nach den diesbezüglichen Bestimmungen (vgl. Ziff. 31 ff. des ISA) bietet – vereinfacht gesprochen – jede Gründergesellschaft an, 3.360 der von ihr gehaltenen Stammgeschäftsanteile sowie ihre sog. Zero Shares an die übrigen Gründergesellschaften, die Gesellschaft oder an die anderen Gesellschafter zu übertragen, wenn ein B. Leaver Ereignis vorliegt und die Annahme binnen sechs Monaten ab Kenntnis erklärt wird. Als B. Leaver Ereignis gilt „jegliche Beendigung des Beratungs-, Arbeits- und/oder Dienstverhältnisses des jeweiligen Gründers (...) oder dessen Abberufung als Geschäftsführer, wobei die Kündigung oder Abberufung aus wichtigem Grund (oder unter Umständen, die einen wichtigen Grund darstellen), auch im Sinne von § 626 BGB, erklärt oder vorgenommen oder vereinbart wird“. Diese Gesellschafterversammlungen wurden mit Blick auf Vergleichsgespräche jeweils kurzfristig abgesetzt.

6 Am 21.10.2020 fand eine Gesellschafterversammlung statt, auf der der Ausübung der Call-Option B. Leaver zugestimmt wurde. Eine Einziehung der Geschäftsanteile war nicht Gegenstand der Tagesordnung (vgl. ASt 16 und 17). Die Vergleichsgespräche scheiterten (spätestens) am 23.12.2020 (Anlage AG 44). Mit notarieller Urkunde vom 21.01.2021 machte die Antragsgegnerin von der Call Option B. Leaver Gebrauch. Dies betraf 4.562 Geschäftsanteile der Antragstellerin zu je 1,- €. Seitdem hält die An-

tragstellerin – bei Wirksamkeit der Ausübung der Call Option – noch 5.040 Anteile. Eine Einziehung der Geschäftsanteile der Antragstellerin wurde am 23.03.2021 von der Gesellschafterversammlung beschlossen.

7 Mit ihrem einstweiligen Verfügungsantrag vom 24.03.2021, der sich gegen den Gesellschafterbeschluss vom 23.03.2021 richtet, wollte die Antragstellerin in erster Instanz – zusammengefasst – erreichen, dass der Gegenseite aufgegeben werde, sie einstweilen als Gesellschafterin zu behandeln, und ihr untersagt werde, eine geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister einzureichen, hilfsweise für den Fall, dass eine geänderte Gesellschafterliste bereits eingereicht sei, eine korrigierte Liste einzureichen, höchsthilfsweise einen Widerspruch gegen die eingereichte Liste einzutragen.

8 Sie ist der Auffassung, ein wichtiger Grund für die Einziehung liege nicht vor; der vermeintliche Datenklau liege zu lange zurück. Aus dem Verfügungsanspruch resultiere zugleich ein Verfügungsgrund. Auch drohe eine Verlegung der Geschäftstätigkeit in die USA.

9 Das Landgericht lehnte den Erlass der beantragten Verfügung mit Beschluss vom 26.03.2021, der Antragstellerin am 31.03.2021 zugestellt, mangels Verfügungsgrundes ab. Eine Dringlichkeit sei nicht zu erkennen, da die Antragstellerin als Minderheitsgesellschafterin ohnehin keinen entscheidenden Einfluss auf die Gesellschaftspolitik nehmen könne; auch gehe es ihr nicht um die künftige Unternehmenspolitik, sondern um die zukünftige Position des Geschäftsführers bzw. um die Vereinbarung eines Preises für die aufzugebende Gesellschaftsbeteiligung.

10 Hiergegen richtet sich die sofortige Beschwerde der Antragstellerin vom 09.04.2021, bei Gericht eingegangen am 12.04.2021, mit der sie ihr Begehren unter Wiederholung und Vertiefung ihres Vortrags weiterverfolgt, ihre Anträge aber an den Umstand anpasst, dass zwischenzeitlich eine geänderte Gesellschafterliste beim Handelsregister eingereicht ist. Die Wirksamkeit des Stimmrechtsausschlusses durch Satzung bis zur Klärung der Einziehung der Geschäftsanteile in der Hauptsache zieht sie nicht in Zweifel (Schriftsatz vom 29.04.2021, S. 15 f., Bl. 99 d.A.). Zum Verfügungsgrund führt sie ergänzend aus, es drohten Beschlussfassungen, insbesondere bei zur Deckung des Kapitalbedarfs erforderlichen Kapitalmaßnahmen, somit ein irreparabler Schaden.

11 Die Antragstellerin beantragt,

1. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, die Antragstellerin als Gesellschafterin der Antragsgegnerin mit allen Rechten und Pflichten zu behandeln, bis die Wirksamkeit der Beschlüsse der außerordentlichen Gesellschaf-

terversammlung der Antragsgegnerin vom 23.03.2021, wonach die Antragstellerin aus der Antragsgegnerin ausgeschlossen und ihre sämtlichen Geschäftsanteile, darunter diejenigen mit den laufenden Nummern 3.361 - 8.400 eingezogen werden, in der Hauptsache rechtskräftig festgestellt ist.

2. Die Antragsgegnerin wird verpflichtet, eine korrigierte Gesellschafterliste zur Aufnahme im Handelsregister des Amtsgerichts München HRB ...565 einzureichen, in der die Antragstellerin als Gesellschafterin der Antragsgegnerin mit einer Beteiligung von 5.040,00 € am Stammkapital genannt ist.

3. Der Antragsgegnerin wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung gegen die in der vorstehenden Ziff. 2 ausgesprochene Verpflichtung ein vom Gericht festzulegendes Ordnungsgeld, das jedoch mindestens 50.000,00 € beträgt, und für den Fall, dass dieses nicht beigetrieben werden kann, ersatzweise Ordnungshaft, oder Ordnungshaft bis zu sechs Monate, die an den Geschäftsführern zu vollstrecken ist, angedroht.

4. Hilfsweise für den Fall, dass das Gericht einen Verfügungsanspruch und/oder Verfügungsgrund auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste verneint, beantragen wir:

12 Der im Handelsregister des Amtsgerichts München unter HRB ...565 aufgenommen Gesellschafterliste der Gesellschaft in [sic] Firma U. GmbH mit Sitz in M., in der die Antragstellerin nicht mehr als Gesellschafterin der Antragsgegnerin mit einer Beteiligung von 5.040,00 € am Stammkapital genannt ist, wird der als ANLAGE 01a beigefügte Widerspruch zugeordnet.

13 Die Antragsgegnerin, deren Schutzschrift vom 26.02.2021 vorliegt und die im Beschwerdeverfahren beteiligt worden ist, beantragt, die sofortige Beschwerde der Antragstellerin gegen den Beschluss des Landgerichts München I vom 26.03.2021 zurückzuweisen.

14 Sie ist der Auffassung, die Einziehung der Geschäftsanteile sei rechtmäßig erfolgt, da ein wichtiger Grund vorliege. Namentlich stelle der Datendownload eine strafbare Handlung dar, die das Vertrauensverhältnis zerrützte, zumal der Umfang zeige, dass es darum gegangen sei, die Gesellschaft zu schädigen. Des Weiteren führt die Antragsgegnerin an, der Geschäftsführer der Antragstellerin habe andere Gesellschafter schlechtgeredet und Unfrieden gesät, habe eine Nachfolgekraft beinahe dazu gebracht, ihre Stelle nicht anzutreten, und versuche, mittels sachfremder Prozessführung eine völlig unrealistische Abfindung durchzusetzen. Auch fehle es an einem Verfügungsgrund.

15 Das Landgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 03.05.2021 nicht abgeholfen und die Vorlage der

Akten an das Oberlandesgericht angeordnet. Ergänzend führt das Landgericht aus, der Datendownload sei ein schwerwiegender Verstoß. Es sei daher nicht erkennbar, dass feststehe, dass die Einziehung rechtswidrig sei. Damit fehle es auch an einem tauglichen Verfügungsanspruch. Zum Beschluss haben beide Parteien Stellung genommen.

► II. Aus den Gründen:

16 Die sofortige Beschwerde hat – weitgehend – Erfolg. Die Antragstellerin hat sowohl Verfügungsanspruch als auch -grund für ihren Antrag auf einstweilige (Weiter-) Behandlung als Gesellschafterin und Eintragung einer geänderten Gesellschafterliste glaubhaft gemacht. Lediglich der Antrag auf Androhung von Ordnungsmitteln bleibt ohne Erfolg.

17 1. Es besteht eine überwiegende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die Einziehung rechtswidrig ist und damit im Hauptsacheverfahren keinen Bestand haben wird.

18 a) Liegt eine überwiegende Wahrscheinlichkeit vor, ist der Verfügungsanspruch glaubhaft gemacht (vgl. allgemein: Zöller/Greger, ZPO, 32. Aufl., § 294 Rn. 10 mwN). Anders als das Landgericht unter Hinweis auf OLG Düsseldorf, BeckRS 2008, 11169 (ebenso KG, GmbHR 2016, 416, 417) meint, kann nicht verlangt werden, dass die Rechtslage eindeutig und die Berechtigung des Anspruchs der Antragstellerin mit Sicherheit feststehen müsse (wie hier OLG Jena, NJW-RR 2017, 233: „hohe Wahrscheinlichkeit“). Ein strengerer Maßstab würde einstweiligen Rechtsschutz nicht nur weitgehend leerlaufen lassen; er steht auch nicht im Einklang mit der zwischenzeitlich ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung: Wegen der positiven wie negativen Legitimationswirkung der Gesellschafterliste aus § 16 Abs. 1 GmbHG muss, wie der BGH in seinem Urteil vom 02.07.2019 – II ZR 406/17, juris-Rn. 39 ausführt, „dem von einer möglicherweise [Hervorhebung durch den Senat] fehlerhaften Einziehung seines Geschäftsanteils betroffenen Gesellschafter [...] daher ein effektives Mittel zur Verfügung gestellt werden, seine Entrechtung in der Gesellschaft während der Dauer des Rechtsstreits über die Einziehung zu verhindern bzw. seine streitige materiellrechtliche Gesellschafterstellung bis zur Klärung der Wirksamkeit der Einziehung zu sichern. Begleitend zur Anfechtungs- oder Nichtigkeitsklage gegen den Einziehungsbeschluss kann der Gesellschafter bei Vorliegen der Voraussetzungen im Wege des einstweiligen Rechtsschutzes gegen die insoweit passivlegitimierte Gesellschaft das Verbot erwirken, eine neue Gesellschafterliste, in der er nicht mehr aufgeführt ist, bei dem

Registergericht einzureichen.“ Für korrespondierende Anträge im Falle einer bereits eingereichten geänderten Gesellschafterliste sowie Anträge auf einstweilige Behandlung wie ein Gesellschafter kann kein anderer Maßstab gelten (ebenso *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl., § 40 Rn. 29 f.; *Lieder/Becker*, GmbHR 2019, 505, 512 f.; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl., § 40 Rn. 100 f.; zur Zulässigkeit des Antrags auf entsprechende Maßnahmen vgl. *Schindler* in *BeckOK GmbHG*, § 34 Rn. 67 [Stand: 01.11.2020]; *Strohn* in *MüKo GmbHG*, 3. Aufl., § 34 Rn. 86; ebenso schon *Dittert*, NZG 2015, 221, 223).

19 Ein strengerer Maßstab ist auch nicht etwa unter Hinweis darauf geboten, dass es sich der Sache nach um eine Vorwegnahme der Hauptsache handele. Vielmehr ist es die Gesellschaft, die den Beschluss – durch Einreichung der Gesellschafterliste und ihre Behandlung der Antragstellerin – vor Rechtskraft vollzieht (ebenso *Altmeyen*, aaO; *Drescher* in *MüKo ZPO*, 6. Aufl., § 935 Rn. 66; *Lieder/Becker*, aaO, S. 508 f., 513). In einem solchen Fall kann der Antragstellerin nicht verwehrt werden, durch einstweilige Verfügungen den status quo ante zu sichern.

20 b) Nach Ziff. 20.2.3 der Satzung kann ein Gesellschafter aus der Gesellschaft ausgeschlossen werden, wenn ein wichtiger Grund vorliegt. Ein wichtiger Grund kann nach dem Wortlaut der Bestimmung und nach der Rechtsprechung in der Verletzung gesellschaftlicher Pflichten, aber auch in Eigenschaften eines Gesellschafters oder in von ihm gesetzten äußeren Umständen liegen, die sein Verbleiben in der GmbH untragbar erscheinen lassen und eine gedeihliche Fortführung des Unternehmens in Frage stellen. Dabei können die gegen einen Gesellschafter erhobenen Vorwürfe diese Voraussetzungen nicht nur jeweils für sich allein, sondern auch in ihrer Gesamtheit erfüllen (BGH, Urteil vom 09. März 1987 – II ZR 215/86, juris-Rn. 12 mwN). Wenn nicht unerhebliche Zeit zwischen Anlass und Geltendmachung liegt, verliert ein angeführter wichtiger Grund allerdings an Gewicht (vgl. BGH, Urteil vom 20.02.1995 – II ZR 46/94, juris-Rn. 18). Daran gemessen, genügen die geltend gemachten Gründe für eine Einziehung nicht, erst recht nicht unter Berücksichtigung des Zeitablaufs bis zur Beschlussfassung über die Einziehung. Es kommt daher auch nicht darauf an, ob die Satzungsbestimmung vorliegend von den Bestimmungen des ISA verdrängt wird, wie die Antragstellerseite meint. Im Einzelnen:

21 aa) Zentraler Vorwurf ist, dass sich der Geschäftsführer eine große Anzahl hochsensibler geheimhaltungsbedürftiger Firmendaten auf einen Laptop und ein weiteres Speichermedium heruntergeladen hat. Dies

hat die Antragsgegnerin zum Anlass genommen, ihn als ihren Geschäftsführer am 11.08.2020 abzurufen und den Geschäftsführeranstellungsvertrag fristlos zu kündigen. Nach übereinstimmendem Vortrag hat der Geschäftsführer aus Anlass der Abberufung Laptop und Speichermedium zurückgegeben. Es ist ausweislich seiner eidesstattlichen Versicherung nur noch im Besitz von konkret bezeichneten 200 Dokumenten sein, die die gesellschaftsrechtliche Dokumentation betreffen.

22 Der Senat, der nicht über die Abberufung als Geschäftsführer, nicht über die Kündigung des Anstellungsvertrages und auch nicht über die Übertragung von Geschäftsanteilen nach der B. Leaver-Klausel im ISA zu befinden hat, muss nicht entscheiden, ob in dem Download eine erhebliche, ggf. sogar – wie die Antragsgegnerseite meint – nach § 4 Abs. 1 Nr. 1, § 23 Abs. 1 Nr. 1 GeschGehG strafrechtlich relevante Pflichtverletzung des Geschäftsführerverhältnisses liegt. Im Ausgangspunkt zutreffend ist zwar insoweit, dass ein Fehlverhalten als Geschäftsführer auch eine Einziehung des Geschäftsanteils rechtfertigen kann (vgl. OLG Dresden, NZG 1999, 29, juris-Rn. 30). Dies gilt aber nur dann, wenn aufgrund der Pflichtverletzung als Geschäftsführer auch ein Verbleiben desselben als Gesellschafter den übrigen Gesellschaftern unzumutbar wird, etwa weil durch das Fehlverhalten das Vertrauensverhältnis der Gesellschafter so nachhaltig zerrüttet wird, dass eine gedeihliche Zusammenarbeit auch auf dieser Ebene ausgeschlossen erscheint, oder weil Treuepflichten schwerwiegend verletzt wurden (vgl. OLG Dresden, aaO, juris-Rn. 33). Dies kann vorliegend nicht angenommen werden.

23 Der Geschäftsführer der Antragstellerin hat sich keine Daten verschafft, auf die er nicht ohnehin als Geschäftsführer Zugriff hatte. Dass er sie Dritten zur Verfügung gestellt hätte oder sie selbst rechtswidrig zum Schaden der Gesellschaft genutzt hätte oder nutzen würde, ist nicht dargetan. Die Antragsgegnerseite meint dies zum einen aus dem Umstand schließen zu können, dass ein Zugriff auf diese Menge an sensiblen Daten mit der bloßen Absicht einer Rechtsverteidigung nicht erklärt werden könne, ferner daraus, dass der Geschäftsführer keine Angaben zu seiner aktuellen Tätigkeit mache. Das genügt nicht, um einen konkreten Datenmissbrauch zum Schaden der Gesellschaft glaubhaft zu machen. Dabei ist bereits im Ausgangspunkt zu berücksichtigen, dass der Geschäftsführer wesentliche Daten aus seiner Geschäftsführertätigkeit auch ohne Download kannte, er insoweit nicht auf eine Kopie der Daten angewiesen war. Zum anderen spricht gegen die Absicht eines Missbrauchs, dass er die verwendeten Datenträger bereits am 11.08.2020 anlässlich seiner Ablösung als Geschäftsführer zurückgab und die Daten-

rückgabe eidesstattlich versicherte. Im Übrigen erscheint nicht unplausibel, dass der Geschäftsführer im Falle einer Eskalation eine Sperrung seines Datenzugriffs befürchtete, zugleich aber subjektiv der Ansicht war, sich Daten zur Vorbereitung einer effektiven rechtlichen Beratung sichern zu müssen. So war bereits damals absehbar, dass es bei einem Auseinandergehen zu Differenzen über den Wert der Beteiligung der Antragstellerin kommen würde.

24 In der Gesamtschau wiegt der – unterstellt sogar gravierend pflichtwidrige – Zugriff auf Daten als Geschäftsführer ohne konkreten Missbrauch zum Schaden der Gesellschaft jedenfalls mit Blick auf die unverzügliche Rückgabe der Speichermedien anlässlich der Beendigung seiner Geschäftsführerstellung und der Abgabe der eidesstattlichen Versicherung nicht so schwer, dass er rechtfertigen könnte, auch das Gesellschafterverhältnis zu beenden. Es handelt sich um einen – überdies erstmaligen – Pflichtenverstoß aus dem Pflichtenbereich des Geschäftsführers; ein erneuter Zugriff auf Daten und damit eine Wiederholung des (unterstellten) Pflichtenverstoßes ist durch die Abberufung als Geschäftsführer und Sperrung des Zugangs zu Firmendaten auch bei Fortdauer des Gesellschafterverhältnisses ausgeschlossen. Als bloße (Minderheits-)Gesellschafterin scheint die Antragstellerin für die übrigen Gesellschafter trotz des Verhaltens ihres Geschäftsführers somit nicht untragbar.

25 Angemerkt sei, dass offenbar auch die Antragsgegnerin das Verhalten des Geschäftsführers nicht für so schwerwiegend erachtete, dass sie eine sofortige Einziehung der Gesellschafteranteile für zwingend ansah. Vielmehr verhandelte sie noch im September 2020 – in Kenntnis dieser Vorwürfe – über einen Verbleib der Antragstellerin, der damals allerdings von dieser abgelehnt wurde (vgl. Schriftsatz der Antragsgegnerin vom 05.05.2021, S. 6 f., unter Hinweis auf Anlage AG 34). Auffällig ist auch, dass sich die Antragsgegnerin immerhin mehr als 7 Monate Zeit ließ (und sogar noch drei Monate seit dem Scheitern der Vergleichsverhandlungen), bis sie schlussendlich einen Einziehungsbeschluss fasste.

26 bb) Soweit der Geschäftsführer im unmittelbaren Zusammenhang mit seiner Abberufung zum Gegenangriff gegen zwei weitere Geschäftsführer übergang und deren Abberufung verlangte, weil diese ihm den Zugang zu Daten gesperrt haben, handelt es sich um einen unmittelbaren, aus seiner Rechtsposition folgerichtigen Gegenschlag im Zuge einer Auseinandersetzung, dem nicht ein Gewicht beigemessen werden kann, der einen Entzug der Gesellschafterrechte rechtfertigen könnte, auch wenn das Verhalten dieser Geschäftsführer ohne Beanstandung sein dürfte.

27 cc) Der Umstand, dass die Antragstellerin unter Hinweis auf einen Verstoß gegen das berufsrechtliche Doppelvertretungsverbot (§ 43a Abs. 4 BRAO, § 356 StGB) durch an den Verhandlungen des ISA beteiligte Rechtsanwälte die rechtswirksame Beteiligung der Five Elms IV UL an der Beklagten, folglich auch die Zählung der Stimmen in der damaligen und weiterer Gesellschafterversammlungen und die Wirksamkeit der gefassten Beschlüsse in Frage stellt, ist nicht geeignet, die Einziehung von Geschäftsanteilen zu begründen. Im Grundsatz steht es einem Gesellschafter frei, Rechtspositionen vor Gericht durchzustreiten und sich dementsprechend auch bereits vorgerichtlich hierauf zu berufen, insbesondere wenn es sich um eine unmittelbar die Antragstellerin betreffende Rechtsposition handelt. Dies gilt selbst für den Fall, dass sich eine Rechtsposition, wie es die Antragsgegnerin in ihrer Schutzschrift ausdrückt, als „selbstverständlich und offensichtlich unzutreffend“ (Schutzschrift, S. 34) erweist. Eine Grenze kann allerdings – insoweit ist der Antragsgegnerin beizupflichten – erreicht sein, wenn Klagen missbräuchlich aus sachfremden Motiven betrieben werden. Das ist aber dann nicht gegeben, wenn ein Parteivertreter – so die eigene Einlassung der Antragsgegnerin (Schutzschrift, S. 35) – erklärt, es sei ihm ein persönliches Anliegen, die nach seinem Dafürhalten zu missbilligende Praxis, dass sich mehrere Gesellschafter im Rahmen der notariellen Beurkundung von Gesellschafterbeschlüssen und/oder -vereinbarungen von einem Rechtsanwalt vertreten lassen, gerichtlich überprüfen zu lassen. Dies belegt gerade, dass es dem Vertreter mit seiner Rechtsauffassung ernst war. Wenn er einen Mandanten aus Anlass eines konkreten Streits für diese Sichtweise gewinnt, rechtfertigt dies jedenfalls nicht, ihm gleichsam als Strafe für seine Rechtsauffassung seine Gesellschafterstellung zu entziehen.

28 dd) Dass der Geschäftsführer in einem Schriftsatz seines Vertreters im Rahmen einer Klage in den Raum stellte (Schutzschrift, S. 35 ff.) – einen Vorwurf, den er zwischenzeitlich zurückgenommen hat (Schriftsatz vom 29.04.2021, S. 16, Bl. 99 d.A.) –, der Geschäftsführer Hahn habe versucht, den Mit-Gesellschafter und Mit-Geschäftsführer E. hinter dessen Rücken aus dem Unternehmen zu drängen, stellt zwar eine unzutreffende Behauptung und damit objektiv eine Pflichtverletzung dar. Angesichts des Umgangs mit dem Geschäftsführer, dem man im unmittelbaren Anschluss an die Finanzierungsrunde im Juni 2020 und den daraus resultierenden Verträgen, an denen er mitwirken musste und mitwirkte, eröffnete, er sei für die von ihm bekleidete Position nicht geeignet angesichts der Tatsache, dass er nachvollziehbar hieraus den subjektiven Eindruck gewinnen

konnte, man sei mit ihm unlauter umgegangen, sowie angesichts des Umstandes, dass beim Mitgeschäftsführer E. unstreitig „Verbesserungspotential“ ermittelt worden war – mag auch Herr H. damit nichts zu tun gehabt haben –, dass im Übrigen sowohl Herr U. als auch Herr E. im Due Diligence Report der Investorin vom Juni 2020 (AG 18, S. 10) attestiert wurde: „not being good leaders of people“ (unter dem Topos: „key man risk in Germany“), kann sich der Senat nicht die Überzeugung bilden, dass die antragstellerseits geäußerte Ansicht dahingehend, man habe auch den Mit-Geschäftsführer Eichler aus seiner Position drängen wollen, völlig aus der Luft gegriffen erscheint. Sie rechtfertigt jedenfalls nicht die Einziehung der Geschäftsanteile.

29 ee) Die Antragsgegnerin führt zur Rechtfertigung der Einziehung der Geschäftsanteile ferner das Verhalten des Geschäftsführers gegenüber Frau T., einer zum Oktober 2020 eingestellten Führungskraft, an (Schutzschrift, S. 36 ff.). Ihr habe er Ende August mitgeteilt, ihm sei überraschend gekündigt worden, er könne nicht halten, was er versprochen habe, und könne für nichts garantieren. Er habe sich – so der wenig konkrete Vortrag der Antragsgegnerin – frustriert und negativ über die Verantwortlichen geäußert, auch habe er Frau T. nahegelegt, ihr Gehalt nachzuverhandeln. Zutreffend erkennt die Antragsgegnerin in diesem Verhalten eine Treupflichtverletzung des Geschäftsführers. Die Pflichtverletzung steht allerdings in unmittelbarem Zusammenhang mit seiner Ablösung als Geschäftsführer, stellt gerade keine davon losgelöste, sachlich unabhängige Pflichtverletzung dar. Der frisch abberufene Geschäftsführer – immerhin Gründer der offenbar erfolgreichen Antragsgegnerin – handelte, wie die Antragsgegnerin selbst vorträgt, erkennbar frustriert. Ein Schaden ist nicht eingetreten; Frau T. hat die Stelle angetreten. Auch handelt es sich um eine Pflichtverletzung, die in engem Zusammenhang mit der hier nicht unmittelbar streitgegenständlichen, beendeten Geschäftsführertätigkeit steht. Die Pflichtverletzung ist daher ebenfalls nicht geeignet, eine Entfernung als Gesellschafter zu rechtfertigen.

30 ff) Ferner macht die Antragsgegnerin geltend, die Antragstellerin versuche, den Lästigkeitswert ihrer Beteiligung zu erhöhen. Sie benutze Stimmverhalten und Rechtsstreitigkeiten, um eine unrealistische Abfindung zu erzwingen. Im Ausgangspunkt ist anzuerkennen, dass die Initiierung von Rechtsstreitigkeiten – nichts anderes gilt für das Stimmverhalten in Versammlungen – mit dem Ziel, die verklagte Gesellschaft in grob eigenütziger Weise auch unterhalb der Schwelle zu Nötigung oder Erpressung zu einer Leistung zu veranlassen, auf die die Antragstellerin keinen Anspruch hat und billigerweise auch nicht erheben kann, rechtsmissbräuchlich

ist (vgl. BGH, Urteil vom 22.05.1989 – II ZR 206/88, juris-Rn 30 – zum Rechtsmissbrauch bei Anfechtungen von Hauptversammlungsbeschlüssen) und das Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern erschüttern kann. So liegt der Fall aber nicht.

31 (1) Es kann schon nicht festgestellt werden, dass die Antragstellerin Leistungen beansprucht, auf die sie erkennbar keinen Anspruch erheben kann. Die Antragstellerin forderte ausweislich der Schutzschrift der Antragsgegnerin eine Abfindung von 2,5 bis 2,8 Mio € (Schutzschrift, S. 43). Sie orientierte sich dabei offenbar an der als solche unstreitigen Premoney Bewertung des Unternehmens im Rahmen der dritten Finanzierungsrunde 2020 mit 36 Mio €. Daraus ergibt bei einer Beteiligung der Antragstellerin von 12,7% ein Wert von knapp 4,6 Mio €. Es mag zutreffen, dass der Premoney value im Wesentlichen einen Hoffnungswert darstellt. Die Antragstellerseite trägt dem durch einen erheblichen Abschlag um 2 Mio € in den Vergleichsverhandlungen Rechnung. Die Gegenseite steht demgegenüber auf dem Standpunkt, der wahre Wert der Beteiligung betrage 0 €, bot aber selbst schlussendlich (wenn auch nach eigenem Bekunden wegen der Lästigkeit) eine Abfindung von mehr als 1,7 Mio €.

32 Die Bewertung von start-ups ist gerichtsbekannt von massiven Unschärfen geprägt, weil der Wert letztlich spekulativ das in ihnen steckende Potential abbildet. Im Gesellschaftsstatut ist für Abfindungen nach dem Unternehmenswert dementsprechend eine Schiedsgutachterklausel enthalten (vgl. Ziff. 21.4).

33 Für den einstweiligen Rechtsschutz ist vor diesem Hintergrund festzuhalten, dass die Antragstellerin für sich in Anspruch nehmen kann, dass sie ihre Forderung aus einer Premoney Bewertung herleiten kann, mag diese Ableitung auch fehlerhaft sein. Völlig ins Blaue hinein gestellt ist die Abfindungsforderung jedenfalls nicht. Es ist auch nicht zu verkennen, dass Investoren bereit waren, in die Antragstellerin – ein Unternehmen mit mehr als 30 Mitarbeitern – Millionenbeträge zu investieren (zuletzt 4 Mio € sowie weitere 9,5 Mio €, vgl. Schutzschrift, S. 16 f.). Es kann daher nicht festgestellt werden, dass die Antragsgegnerin mit ihrem Verhalten einen Anspruch verfolgt, auf den sie erkennbar keinen Anspruch hat. Der wahre Wert der Unternehmensbeteiligung ist vielmehr – so es darauf ankommt – in den dafür vorgesehenen Verfahren zu klären. Die Antragsgegnerin kann nicht verlangen, dass sich die Antragstellerin im Vergleichsweg auf einen niedrigeren Wert einlässt.

34 (2) Die Prozessführung ist vorliegend auch nicht für sich genommen unlauter. Es liegt vielmehr in der Konsequenz der antragstellerseits eingenommenen Rechtsauffassung, sowohl Beschlüsse, die die Antragstellerin

bzw. deren Geschäftsführer betreffen, als auch solche, bei denen die behauptete Unwirksamkeit der letzten Investitionsmaßnahmen von Relevanz ist, anzufechten. Dass die Antragstellerin diese Auffassung in Wirklichkeit gar nicht vertritt, sondern nur vorschützt, ist – auch im Lichte der Anlage AG 34 – nicht dargetan und ergibt sich auch nicht aus dem Umstand, dass die Antragstellerin aufgrund des Streits für den Fall einer vergleichsweisen Einigung – aber eben nur für diesen Fall – einen Ausstieg anstrebt.

35 gg) Die Antragsgegnerin stützt die Einziehung ausweislich der Schutzschrift auf eine öffentlich zugängliche positive Bewertung des unmittelbaren Konkurrenten auf LinkedIn, auch wenn dieser Aspekt nicht Gegenstand der Beschlussfassung vom 23.03.2021 war. Ob dies statthaft ist, muss vorliegend nicht entschieden werden. Denn der neu vorgebrachte Gesichtspunkt trägt die Einziehung ebenfalls nicht.

36 Die positive Bewertung für den CEO und Gründer von „P.“ in AG 31 beschränkt sich auf ein „Congrats“ zu dessen Mitteilung einer Buchveröffentlichung. Auch in der Anlage AG 32 beschränkt sich die Textnachricht des Geschäftsführers der Antragstellerin auf ein „Congrats“. Das hält sich im Rahmen des sozial Adäquaten selbst unter Wettbewerbern. Kritischer mag man gegebenenfalls sehen, dass der ehemalige Geschäftsführer den Kommentar des Konkurrenten zugleich geliked hat. Das genügt jedoch nicht für eine Einziehung des Geschäftsanteils.

37 hh) Auch in der Gesamtschau tragen die geltend gemachten Gründe die Einziehung nicht. Dabei kommt dem Umstand maßgebliches Gewicht zu, dass sämtliche vorgebrachten Gründe in engem Zusammenhang mit der Abberufung des Geschäftsführers, eines Gründers der Antragsgegnerin, als Geschäftsführer und der sich daraus entwickelnden Auseinandersetzungen stehen. Es handelt sich somit gerade nicht um eine Vielzahl von eigenständigen (potentiellen) Pflichtverletzungen. Der Senat kann dabei zugunsten der Antragsgegnerin annehmen, dass es hierbei zu nicht unerheblichen Pflichtverletzungen seitens der Antragstellerin bzw. des Geschäftsführers gekommen ist. Ihr Gewicht genügt jedoch auch in der Gesamtschau nicht, um eine Einziehung zu rechtfertigen. Die Antragstellerin ist für die übrigen Gesellschafter nämlich nicht untragbar geworden. Dass sie den Unternehmensfortgang und auch nur Beschlussfassungen der Gesellschafter durch ihr Handeln nachhaltig stört oder gar blockiert, ist nicht zu erkennen, zumal sie – wie noch auszuführen ist – bis zur rechtskräftigen Entscheidung ein Stimmrecht nicht in Anspruch nimmt. Streitigkeiten unter Gesellschaftern und die nachhaltige Rechtsverfolgung durch einen Gesellschafter

ter mögen zwar für ein Unternehmen in der Gründungsphase mit einem Risiko für die Einwerbung von benötigtem Kapital verbunden sein, rechtfertigen aber für sich genommen nicht den Ausschluss eines Gesellschafters, solange die Prozessführung nicht missbräuchlich erfolgt (siehe unter ff).

38 ii) Nicht unberücksichtigt bleiben kann vorliegend der Umstand, dass die Gesellschaft vorliegend mehr als sechs Monate hat verstreichen lassen, seit die primäre Pflichtverletzung erfolgte und sich sogar zunächst auf eine Geltendmachung der B. Leaver-Klausel beschränkte.

39 (1) Der Senat kann offenlassen, ob angesichts des konkret inmitten stehenden Ablaufs (Einberufung von zwei Gesellschafterversammlungen zwecks Einziehung im September; Absage derselben; Gesellschafterbeschluss nur über die Anwendung der B. Leaver-Klausel ohne Hinweis oder Vorbehalt der Einziehung; Vollzug der B. Leaver-Klausel; Einziehung erst hiernach) sogar eine Verwirkung des Einziehungsrechts in Betracht kommt (vgl. OLG München, GmbHR 1998, 332, 334).

40 (2) Auch wenn man dies verneint, verliert ein wichtiger Grund mit zunehmendem Zeitablauf an Gewicht. Zwar trifft zu, dass für die Geltendmachung der Einziehung nicht etwa die Frist des § 626 Abs. 2 BGB (analog) gilt und in der Rechtsprechung Zeiträume von einem Jahr keineswegs als zu lang angesehen worden sind (vgl. OLG Frankfurt, NZG 1998, 595, juris-Rn. 39 ff.). Vorliegend haben allerdings die Gesellschafter mit der Zeitschranke für die Ausübung der B. Leaver Klausel von sechs Monaten im ISA einen zeitlichen Korridor vorgegeben, innerhalb dessen eine Gründergesellschaft eine Willensbildung über den Entzug von Gesellschaftsanteilen bei Fehlverhalten erwarten kann. Das ISA betrifft zwar nur einen Teil der Geschäftsanteile (immerhin knapp 50%); es sind jedoch keine Gründe ersichtlich, warum nicht im Falle eines B. Leaver Ereignisses innerhalb derselben Frist eine abschließende Entscheidung über die Einziehung auch der übrigen Gesellschafteranteile hätte ergehen können und sollen (zumal die Vergleichsverhandlungen noch im Dezember 2020 scheiterten). Letztlich stand die Grundsatzentscheidung an, ob und in welcher Form eine weitere Zusammenarbeit mit der Antragstellerin möglich war. Nach dieser vertraglichen Wertung verlieren Gründe, die den Gesellschaftern mehr als sechs Monate bekannt sind, ohne dass sie eine Einziehung beschließen, jedenfalls erheblich an Gewicht, sodass sie eine Einziehung nicht mehr ohne Weiteres rechtfertigen. Dies betrifft vorliegend gerade den primären Vorwurf des illegalen Datendownloads.

41 jj) Die Antragstellerin ist somit nach dem Ergebnis der gebotenen summarischen Prüfung mangels wirksa-

men Ausschlusses Gesellschafterin geblieben und ist folglich im Grundsatz als solche zu behandeln. Dass der gefasste Gesellschafterbeschluss bis zu einer etwaigen Kassation im Hauptsacheverfahren formal wirksam ist, ändert nichts daran, dass der Beschluss im Falle des Erfolgs der Anfechtungsklage mit Wirkung ex tunc für nichtig erklärt wird.

42 c) Unberührt bleibt Ziff. 20.6 der Satzung. Danach ruht das Stimmrecht bis zur rechtskräftigen Entscheidung in der Hauptsache. Die Antragstellerin wehrt sich gegen diese Bestimmung nicht (vgl. ihr Schriftsatz vom 29.04.2021, S. 15, Bl. 98 d.A.). Sie macht ausdrücklich nur die in der Satzung eingeräumten Rechte geltend (aaO, S. 16, Bl. 99 d.A.). Damit nimmt sie den Stimmrechtsausschluss in der Schwebezeit bis zu einer Entscheidung in der Hauptsache hin. Ihr Antrag ist daher dahin auszulegen, dass sie eine Einräumung von Stimmrechten in der Interimszeit nicht begehrt. Dies stellt der Senat im Tenor mit Blick auf § 308 ZPO klar.

43 2. Die Antragstellerin hat auch einen Verfügungsgrund glaubhaft gemacht.

44 a) Es bedarf vorliegend keiner Entscheidung, welche genauen Anforderungen an den Verfügungsgrund im Falle einer ausweislich der Satzung vorläufig wirksamen Einziehung zu stellen sind, insbesondere ob und inwieweit sich ein Verfügungsgrund bereits aus der Legitimationswirkung der Gesellschafterliste und dem vorläufigen Ausschluss von der Teilnahme an den Gesellschafterrechten herleiten lässt (vgl. dazu allgemein BGH, Urteil vom 02.07.2019 – II ZR 406/17, juris-Rn. 39; Senat, Urteil vom 02.12.2020 – 7 U 4305, juris-Rn. 40; großzügig: *Altmeyen* in *Altmeyen*, GmbHG, 10. Aufl., § 40 Rn. 30 f.; für Annahme eines Verfügungsgrundes unter dem Vorbehalt des Einzelfalls: *Kleindiek* in *Lutter/Hommelhoff*, GmbHG, 20. Aufl., § 34 Rn. 99 ff.; *Bayer* in *Lutter/Hommelhoff*, aaO, § 40 Rn. 101; strenger für Minderheitsgesellschafter: *Lieder/Becker*, NZG 2019, 505, 512). Vorliegend kann die Antragstellerin nämlich für sich in Anspruch nehmen, dass ohne Erlass einer einstweiligen Verfügung die Beschlussfassung über richtungsweisende Maßnahmen drohen; dies rechtfertigt in jedem Fall den Erlass einer einstweiligen Anordnung.

45 Es handelt sich bei der Antragsgegnerin um ein Startup, bei dem derartige Entscheidungen in Anpassung an die Entwicklung regelmäßig häufiger als in einem eingeschwungenen Unternehmen zu treffen sind. Dass auch seitens der Antragsgegnerin weiterer Kapitalbedarf gesehen wird, hat die Antragstellerin unter Hinweis auf die Sichtweise der Investorenanwälte überzeugend dargelegt (Beschwerdeschriftsatz, S. 12, Bl. 45 d.A.), ist für ein Startup naheliegend und wird auch von der Gegenseite nicht als solches in Abrede gestellt (vgl. Angabe des

Geschäftsführers H. in seiner eidesstattlichen Versicherung unter Rn. 10, AG 7, es sei absehbar, dass die Antragsgegnerin weiterhin auf Finanzmittel von Risikokapitalgebern angewiesen sei). Die Gegenseite stellt allein in Abrede, dass Kapitalerhöhungen, somit Strukturmaßnahmen in formellem Sinne, konkret geplant seien. Der Senat kann dahinstehen lassen, ob dies mit der antragstellerseitig zitierten Aussage der Investorenanwälte („im Hinblick auf künftige Beschlussfassungen, insbesondere bei zur Deckung des Kapitalbedarfs erforderlichen Kapitalmaßnahmen“) in Einklang zu bringen ist. Darauf kommt es auch nicht an. Der Senat hält es für glaubhaft gemacht, dass wesentliche weitere Investitionsmaßnahmen – unabhängig von ihrer rechtlichen Ausgestaltung – anstehen, die die Gesellschaft zu prägen geeignet sind. Vor diesem Hintergrund erscheint es geboten, in einer solchen Aufbauphase eines Unternehmens die Antragstellerin nicht von der Teilnahme an Gesellschafterversammlungen, die möglicherweise grundlegende Entscheidungen treffen, und von entsprechenden Informationsrechten auszuschließen.

46 b) Dem Erlass steht nicht entgegen, dass es sich bei der Antragstellerin nur um eine Minderheitengesellschafterin handelt. Zwar trifft zu, dass sie mit ihren Anteilen nicht in der Lage ist – jedenfalls wenn andere Gesellschafter ihre Stimmabgabe koordinieren –, die Mehrheitsfindung entscheidend zu beeinflussen. Vorliegend nimmt die Antragstellerin sogar das Ruhen ihres Stimmrechts hin. Ohne Erlass einer einstweiligen Anordnung wäre die Antragstellerin jedoch von jeder Information – auch über anstehende Versammlungen und dort geplanten Abstimmungen –, von der Einspeisung ihrer Argumente in der Versammlung und ggf. auch von der rechtzeitigen Inanspruchnahme von Rechtsmitteln in der Hauptsache oder im Wege einstweiligen Rechtsschutzes abgeschnitten.

47 c) Die Antragstellerin muss sich auch nicht enthalten lassen, sie verfolge ein ausschließlich monetäres Interesse. Zwar mag sie in den Verhandlungen zu verstehen gegeben haben, dass sie an ihrem Ausscheiden interessiert sei. Solange ein einvernehmliches Ausscheiden noch nicht erfolgt ist – etwa weil sich die Parteien nicht über den Unternehmenswert einig sind –, bleibt es im Grundsatz bei Gesellschafterstellung der Antragstellerin mit allen Rechten und Pflichten. Die Antragstellerin muss in dieser Phase nicht hinnehmen, dass die Antragsgegnerin möglicherweise grundlegende, den Unternehmenswert beeinflussende Entscheidungen ohne ihre Beteiligung, wie unter a) beschrieben, trifft.

48 d) Durchgreifende gegenläufige Interessen der Antragsgegnerin, die dem Erlass der beantragten Verfügung

entgegenstehen, hat die Antragsgegnerin nicht dargetan. Insbesondere ist nicht ersichtlich, dass die Antragstellerin bei Einladung und Teilnahme an Gesellschafterversammlungen den Entscheidungsfindungsprozess wesentlich stört. Die Inanspruchnahme von Informationsrechten und die mögliche Einlegung von Rechtsmitteln (an der sie auch ohne Erlass der einstweiligen Verfügung nicht gehindert wäre) genügt hierfür nicht.

49 e) Der Sache nach geht der Anspruch sowohl auf die Anordnung, die Antragstellerin bis zur Entscheidung in der Hauptsache wie eine Gesellschafterin zu behandeln (mit der Maßgabe, dass das Stimmrecht ruht) als auch auf Eintragung einer korrigierten Gesellschafterliste.

50 aa) Ein milderes Mittel ist vorliegend nicht zu erkennen. Eine in der Literatur erwogene Beschränkung auf die Anordnung der Unterlassung strukturändernder Maßnahmen – falls eine solche Maßnahme überhaupt hinreichend bestimmt ist – ist weder zureichend, weil die zu treffenden Maßnahmen bei einem Startup und ihre konkrete Ausgestaltung wenig vorhersehbar sind, noch handelt es sich um eine mildere Maßnahme, da die Teilnahmemöglichkeit der Antragstellerin an Gesellschafterversammlungen (vorliegend ohne Stimmrecht) eine erheblich geringfügigere Beschränkung für die Unternehmensfortführung darstellt als die gerichtlich verfügte Beschränkung der Handlungsmöglichkeiten (vgl. *Lieder/Becker*, NZG 2019, 505, 511).

51 bb) Die Korrektur der geänderten Gesellschafterliste folgt dem dogmatischen Ansatz des BGH, der der positiven und negativen Legitimationswirkung derselben (§ 16 Abs. 1 GmbHG) einen hohen Stellenwert beimisst. Ein Auseinanderfallen der Anordnung der Mitwirkung der Antragstellerin als Gesellschafterin und der beim Handelsregister eingereichten Gesellschafterliste gilt es zu vermeiden (aA *Drescher* in MüKo ZPO, 6. Aufl., § 935 Rn. 66).

52 Im Übrigen ist nicht einzusehen, einen Anspruch auf Korrektur der bereits eingereichten Gesellschafterliste zu versagen, wenn der BGH in seiner bereits zitierten Entscheidung vom 02.07.2019 – II ZR 406/17, juris-Rn. 39 den komplementären Anspruch auf einstweilige Untersagung der Eintragung der geänderten Gesellschafterliste anerkennt. Anderenfalls wäre es von zeitlichen Zufälligkeiten abhängig, ob aufgrund eines in der Hauptsache umstrittenen Gesellschafterbeschlusses eine diesem Beschluss folgende Gesellschafterliste im Handelsregister eingetragen wird bzw. in selbigem unkorrigiert verbleibt. Regelmäßig hätte es die Gesellschaft in der Hand, durch schnellen Vollzug ihr günstige Fakten zu schaffen. Dies kann jedenfalls dann nicht hingenommen werden, wenn sich – wie hier – die Antragstellerin unmittelbar nach dem Beschluss um eine Verhinderung der Eintragung in das Handelsregister bemüht.

53 Die satzungsmäßige Regelung des Stimmrechtsausschlusses während des Hauptsacheverfahrens, den die Antragstellerin hinnimmt, steht als satzungsmäßige Regelung nur der Stimmberechtigung diesem Vorgehen nicht entgegen.

54 cc) Umgekehrt genügt es nicht, sich auf die Anordnung der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste zu beschränken. Daraus mag im Innenverhältnis das Gebot folgen, die Antragstellerin wie eine Gesellschafterin zu behandeln. Ein vollstreckbarer Titel auf Einräumung von Teilnahmemöglichkeiten ergibt sich aus der Einreichung einer geänderten Gesellschafterliste nicht.

55 3. Keinen Erfolg hat die Beschwerde, soweit sie die Androhung von Ordnungsmitteln für den Fall der Nichtbefolgung der Anordnung erstrebt, eine geänderte Gesellschafterliste einzureichen. Es handelt sich um keine Unterlassungsanordnung – bei der eine Androhung von Ordnungsmitteln stattfindet (vgl. § 890 Abs. 2 ZPO) –, sondern um die Gebot zur Vornahme einer Handlung, dessen Vollstreckung sich nach §§ 887 f. ZPO richtet; eine Androhung ist dort nicht vorgesehen (vgl. ausdrücklich: § 888 Abs. 2 ZPO), stattdessen findet im Vollstreckungsverfahren eine Anhörung des Schuldners statt, § 891 S. 2 ZPO.

56 4. Über den Hilfsantrag auf Eintragung eines Widerspruchs war mangels Bedingungseintritts nicht zu entscheiden.

Notwendigkeit einer inländischen Geschäftsanschrift bei der Gründung der GmbH

GmbHG, § 9c Abs. 1, § 8 Abs. 4 Nr. 1, GNotKG § 13 Satz 1, FamFG § 68 Abs. 1 Satz 1

Amtliche Leitsätze:

1. Im Rahmen der Gründungsprüfung ist zu prüfen, ob die angegebene inländische Geschäftsanschrift eine zustellfähige Anschrift darstellt. Das Fehlen einer solchen Anschrift rechtfertigt die Zurückweisung der Anmeldung.

2. Wird der erforderte Kostenvorschuss im Rahmen eines auf die erstmalige Eintragung einer UG gerichteten Anmeldeverfahrens, rechtfertigt die Nichtzahlung die Zurückweisung der Anmeldung.

3. Die Entscheidung des Amtsgerichts, einer Beschwerde gegen seine Entscheidung nicht abzuhelpfen, ist nicht mit der Beschwerde anfechtbar.

KG (22. Zivilsenat),

Beschluss vom 05.10.2021 – 22 W 67/21

I. Tatbestand:

1 Mit Anmeldung vom 9. Juli 2020 meldete die Beteiligte – eine Unternehmungsgesellschaft – ihre Ersteintragung in das Handelsregister an. Da die Kostenvorschussanforderung in Höhe von 150 EUR der Beteiligten nicht an die in der Anmeldung angegebene inländische Geschäftsanschrift zugestellt werden konnte, forderte das Amtsgericht den einreichenden Notar zur Anmeldung einer Änderung der inländischen Geschäftsanschrift oder Einreichung einer Versicherung auf, dass die Gesellschaft unter der bisherigen inländischen Geschäftsanschrift postalisch erreichbar sei. Der Verfügung war die Kostenanforderung beigelegt.

2 Nachdem – auch nach Erinnerung – weder der Kostenvorschuss entrichtet noch die Verfügung erledigt worden ist, hat das Amtsgericht die auf Ersteintragung gerichtete Anmeldung mit Beschluss vom 22. Dezember 2020 zurückgewiesen.

3 Gegen diesen Beschluss hat der Notar Beschwerde eingelegt mit der Begründung, dass er den Eingang der Verfügung vom 3. August 2020 nicht feststellen könne und um erneute Übersendung bitte. Dem ist das Amtsgericht nachgekommen, ohne dass es zu weiteren Reaktionen gekommen ist.

4 Daraufhin hat das Amtsgericht der Beschwerde durch Beschluss vom 20. Juli 2021 nicht abgeholfen und die Sache dem Senat zur Entscheidung vorgelegt (AZ: 22 W 67/21). Der Notar hat auch gegen diesen Beschluss zunächst zur Fristwahrung Beschwerde eingelegt (AZ: 22 W 73/21). Auf den Hinweis des Senats, dass der Nichtabhilfebefehl nicht selbständig anfechtbar und das Rechtsmittel unzulässig sei, hat der Notar nicht reagiert.

II. Aus den Gründen:

5 Beide Beschwerden bleiben ohne Erfolg.

6 1. Die gegen die Zurückweisung der Ersteintragung gerichtete Beschwerde ist zulässig, aber unbegründet (Ziffer 1 des Tenors).

7 a) Die als im Namen der Beteiligten eingelegt anzusehende Beschwerde ist nach § 58 Abs. 1 FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Frist und Form sind gewahrt, die Beschwerde folgt aus der Tatsache, dass der Beteiligten ihre Eintragung in das Handelsregister verwehrt wird. Bereits aufgrund der Höhe des Stammkapitals (1.000 EUR) ist der Beschwerdewert des § 61 Abs. 1 FamFG erreicht.

8 b) Die Beschwerde hat aber keinen Erfolg. Das Amtsgericht Charlottenburg hat die Anmeldung vom 9. Juli 2020 auf Eintragung der Beteiligten in das Handelsregis-

ter zu Recht zurückgewiesen. Nach § 9c Abs. 1 Satz 1 GmbHG hat das Amtsgericht die Eintragung nicht nur dann abzulehnen, wenn die Gesellschaft nicht ordnungsgemäß errichtet ist. Abzulehnen ist die Eintragung auch, wenn die Anmeldung fehlerhaft erfolgt. Dies ist hier der Fall.

9 aa) Denn es fehlt der Beteiligten an einer zustellfähigen inländischen Geschäftsanschrift, was die Zurückweisung der Anmeldung rechtfertigt (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 22 W 1052/20 –, juris, Rn. 5; vgl. OLG Hamm, Beschluss vom 24. März 2021 – I-27 W 11/21–, juris, Rn. 15; *Veil* in: Scholz, GmbHG, 12. Aufl. 2018 ff., § 9c GmbHG, Rn. 39 unter Bezug auf Rn. 15).

10 Nach § 8 Abs. 4 Nr. 1 GmbHG ist in der Anmeldung der neu errichteten Gesellschaft auch eine inländische Geschäftsanschrift anzugeben. Aus dieser durch das Gesetz zur Modernisierung des GmbH-Rechts und zur Bekämpfung von Missbräuchen vom 23. Oktober 2008 eingeführten Verpflichtung ergibt sich, dass die Gesellschaft eine Anschrift zu unterhalten hat, unter der auch förmliche Zustellungen möglich sind (vgl. Senat, Beschluss vom 14. Januar 2021 – 22 W 1052/20 –, juris, Rn. 5). Die Pflicht zur Anmeldung der Geschäftsanschrift dient dem Gläubigerschutz (vgl. OLG Naumburg, Beschluss vom 08. Mai 2009 – 5 Wx 4/09 –, juris, Rn. 12). Sie soll sicherstellen, dass die Gläubiger dem Handelsregister eine Anschrift entnehmen können, unter der zuverlässig wirksame Zustellungen an die Gesellschaft erfolgen können (BT-Drs. 16/6140, S. 35). Dies setzt voraus, dass an dem bezeichneten Ort Zustellungen, insbesondere auch Ersatzzustellungen, an die Gesellschaft möglich sind, etwa, weil sich dort ihr Geschäftsraum befindet.

11 An der Angabe einer entsprechenden Zustellanschrift fehlt hier es. Das Amtsgericht konnte weder bei Kostenvorschussanforderung noch Erinnerung Zustellungen an die Beteiligte an die in der Anmeldung benannte inländische Geschäftsanschrift bewirken.

12 bb) Ferner stellt auch die fehlende Einzahlung des Kostenvorschusses ein Hindernis dar, dass die Zurückweisung der Anmeldung rechtfertigt.

13 Gemäß § 13 Satz 1 GNotKG kann bei Geschäften, die auf Antrag vorzunehmen sind, deren Vornahme davon abhängig gemacht werden, dass ein Gerichtskostenvorschuss gezahlt wird. Die hier beantragte Eintragung ist gem. § 7 Abs. 1 GmbHG zur Eintragung ins Handelsregister anzumelden und auf diesen Antrag hin bei Vorliegen der Eintragungsvoraussetzungen vom Registergericht vorzunehmen (§ 10 GmbHG). Im Fall der damit vorliegenden gerichtlich angeordneten Vorwegleistungspflicht unterbleibt bei Nichteinzahlung des geforderten Vorschusses die Eintragung (vgl. Senat, Beschluss vom 15. Juni

2017 – 22 W 42/17 –, juris, Rn. 5; Senat, Beschluss vom 2. September 2021 – 22 W 66/21 – n.v.; KG, Beschluss vom 16. April 2012 – 25 W 23/12 –, juris, Rn. 28; *Krafka*, Registerrecht, 11. Aufl. 2019, Rn. 492; für das Grundbuchverfahren OLG München, Beschluss vom 02. Januar 2020 – 34 Wx 516/19 –, juris, Rn. 15).

14 Der Gegenmeinung, wonach die fehlende Einzahlung des Kostenvorschusses lediglich zum Ruhen des Verfahrens führt (vgl. jüngst OLG Hamm, Beschluss vom 24. März 2021 – I-27 W 11/21 –, juris, Rn. 11), ist kein Vorzug zu geben. Die Begründung, wonach nur bei vorhandener gesetzlicher Grundlage ein Antrag wegen unterbliebener Zahlung des eingeforderten Kostenvorschusses zurückgewiesen werden könne (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 05. August 2010 – 2 Wx 116/10 –, juris, Rn. 6; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 06. Dezember 2000 – ZZ BR 103/00 –, juris, Rn. 15 bzgl. Beschlussanfechtung im WEG-Verfahren), überzeugt nicht. Aus Gründen der Rechtssicherheit muss – insbesondere im Hinblick auf die Folgen für Gläubiger und Gesellschafter – alsbald erkennbar sein, ob die gegründete Gesellschaft mit der Folge der Haftungsbeschränkung eingetragen wird oder nicht (vgl. Senat, Beschluss vom 15. Juni 2017 – 22 W 42/17 –, juris, Rn. 5; OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. Dezember 2019 – I-3 Wx 177/19 –, juris, Rn. 7). Die Regelung des § 9c GmbHG steht dem nicht entgegen, da diese Vorschrift nicht abschließend ist.

15 2. Die gegen die Nichtabhilfe gerichtete Beschwerde ist unstatthaft und insoweit nach § 68 Abs. 2 Satz 2 FamFG als unzulässig zu verwerfen (Ziffer 2 des Tenors). Wie der Senat den einreichenden Notar bereits darauf hingewiesen hat, ist ein Rechtsmittel gegen die Nichtabhilfeentscheidung des Amtsgerichts nicht gegeben und zwar selbst dann nicht, wenn der Beschluss gegenüber der Erstentscheidung mit neuen Gründen versehen ist (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 06. Mai 2010 – I-3 Wx 35/10 –, juris, Rn. 11; *Sternal* in Keidel, 20. Aufl. 2020, § 68 FamFG, Rn. 12 b).

16 3. Eine Kostenentscheidung ist nicht zu treffen. Die Verpflichtung zur Tragung der Gerichtskosten ergibt sich aus dem Gesetz.

17 Auch wenn der Senat mit seiner Auffassung über die Rechtsfolge der Nichteinzahlung des Kostenvorschusses von der Rechtsprechung des OLG Köln und des OLG Hamm abweicht (vgl. OLG Köln, Beschluss vom 5. August 2010 – 2 Wx 116/10 –, juris, Rn. 6; OLG Hamm, Beschluss vom 24. März 2021 – I-27 W 11/21 –, juris, Rn. 11), war die Rechtsbeschwerde nicht zuzulassen. Denn die Zurückweisung beruht auch auf dem Fehlen der inländischen Geschäftsanschrift, so dass eine Rechtsbeschwerde ohne Erfolg bliebe.

FAMILIENRECHT

Gemeinschaftliche Volljährigenadoption durch ein Ehepaar.

Normenkette:

BGB §§ 1741 Abs. 2 S. 2, 1753 Abs. 2, 1767 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

Auch im Fall der Volljährigenadoption kann ein Ehepaar den Anzunehmenden – abgesehen von den Ausnahmen des § 1741 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB sowie des § 1766 a Abs. 3 BGB – nur gemeinschaftlich annehmen, was verfassungsrechtlich nicht zu beanstanden ist.

BGH (XII. Zivilsenat),

Beschluss vom 11.08.2021 – XII ZB 18/21

I. Tatbestand:

1 Der Anzunehmende wendet sich mit seiner Rechtsbeschwerde gegen die Versagung der von ihm begehrten Volljährigenadoption.

2 Der Anzunehmende, geboren im Jahr 1966, ist das eheliche Kind von Herrn So. und Frau So.-Sa. Die Ehe der Eltern wurde 1976 geschieden. Von 1976 bis 1996 war die Mutter des Anzunehmenden mit dem Annehmenden, Herrn Sa., verheiratet. Die Ehe wurde am 7. Februar 1996 geschieden. Der Annehmende war deutscher und griechischer Staatsangehöriger. Am 23. November 1996 heiratete der Annehmende Frau G. Die Mutter des Anzunehmenden ist am 19. November 2017 und der Annehmende ist nach Antragstellung am 23. Oktober 2019 verstorben.

3 Der Anzunehmende trägt vor, dass sich zwischen ihm und dem Annehmenden während dessen Ehe mit seiner leiblichen Mutter eine feste Vater-Sohn-Beziehung entwickelt habe. Ab seinem sechsten Lebensjahr habe er im gemeinsamen Haushalt mit dem Annehmenden zusammengelebt und seine Kindheit und die Zeit als Heranwachsender mit ihm erlebt. Der Annehmende habe ihn in der Schule unterstützt. Auch nach Abschluss der Ausbildung und nach Scheidung der Ehe seiner Mutter mit dem Annehmenden habe die Beziehung Bestand gehabt. Beide hätten zusammen eine Vielzahl von Reisen unternommen und sich mehrfach besucht, zuletzt in Brüssel, als dem Annehmenden aus gesundheitlichen Gründen gemeinsame Reisen nicht mehr möglich gewesen seien.

4 Der Anzunehmende hat gemäß § 1770 BGB durch notarielle Urkunde vom 23. Juli 2019 beantragt, das Amts-

gericht möge aussprechen, dass er als Kind von Herrn Sa. angenommen werde. Die Annahme durch beide Ehegatten gemeinschaftlich, Herrn Sa. und Frau G., hat der Anzunehmende nicht beantragt.

5 Der Annehmende hat ebenfalls durch notarielle Urkunde beantragt, das Amtsgericht möge aussprechen, dass der Anzunehmende als sein Kind angenommen werde. Auch er hat keinen Antrag gestellt, dass der Anzunehmende als gemeinschaftliches Kind der Ehegatten angenommen werde. Die Ehefrau des Annehmenden hat die Zustimmung zur Adoption in derselben Urkunde erklärt. Nach wiederholtem Hinweis des Amtsgerichts darauf, dass durch die Ehegatten ein Kind nur gemeinschaftlich angenommen werden könne, hat das Amtsgericht den Antrag auf Adoption mit Beschluss vom 26. Mai 2020 zurückgewiesen. Das Oberlandesgericht hat die Beschwerde des Anzunehmenden zurückgewiesen. Hiergegen wendet sich der Anzunehmende mit seiner zugelassenen Rechtsbeschwerde.

II. Aus den Gründen:

6 Die Rechtsbeschwerde ist unbegründet.

7 Das Oberlandesgericht hat seine in FamRZ 2021, 1210 veröffentlichte Entscheidung wie folgt begründet:

8 Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte sei gegeben, weil der Anzunehmende sowie der Annehmende bei Antragstellung zumindest auch deutsche Staatsangehörige gewesen seien und der Anzunehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Inland habe. Dementsprechend sei deutsches Verfahrensrecht als *lex fori* anzuwenden.

9 Dem Antrag sei aber nicht stattzugeben.

10 Die Adoption richte sich gemäß Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nach deutschem Recht, sofern das Verfahren – wie hier – im Inland geführt werde. Die Bestimmung gelte auch für Adoptionsverfahren, die am 31. März 2020 anhängig gewesen, jedoch noch nicht abgeschlossen seien.

11 Weil der Annehmende bei Antragstellung verheiratet gewesen sei, könne gemäß §§ 1767 Abs. 2, 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB durch das Familiengericht nur ausgesprochen werden, dass der Anzunehmende als gemeinschaftliches Kind des Annehmenden und seiner Ehefrau angenommen werde. § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB gelte auch für die Annahme eines Volljährigen. Eine Annahme sei zudem möglich, wenn der Annehmende nach Antragstellung versterbe (§§ 1753 Abs. 2, 1767 BGB). Der – verheiratete – Annehmende sowie der Anzunehmende hätten aber nicht den Ausspruch der Annahme des Anzunehmenden als gemeinschaftliches Kind von Herrn

Sa. und Frau G. beantragt, sondern lediglich den Ausspruch der Annahme des Anzunehmenden als Kind von Herrn Sa.

12 § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB sei verfassungskonform und auch auf die Annahme Erwachsener anzuwenden. Zweck der Vorschrift sei es zu vermeiden, dass durch den Ausspruch der Adoption Stiefkindverhältnisse entstünden. Dies sei von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gedeckt. Auch aus der Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts vom 26. März 2019 (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061) ergebe sich kein anderes Ergebnis. Die hier zu treffende Entscheidung betreffe nicht die Frage, inwieweit eine nicht mit dem leiblichen Elternteil verheiratete Person berechtigt sei, ein Abstammungsverhältnis durch Adoption zu begründen. Der Gesetzgeber habe den durch das Verfassungsgericht aufgestellten Anforderungen durch Einführung von § 1766 a BGB Rechnung getragen. Im Ergebnis führe die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nunmehr dazu, dass auch für Kinder, die in verfestigten nichtehelichen Lebensgemeinschaften aufwüchsen, die Entstehung faktischer Stiefkindverhältnisse vermieden werden könne. Abgesehen von dem Fall der Stiefkindadoption sei der Gesetzgeber aber nicht so weit gegangen, auch von dem Erfordernis, dass Ehegatten ein Kind nur gemeinschaftlich annehmen können, abzurücken. Schließlich liege hierin auch keine nicht gerechtfertigte Schlechterstellung eines verheirateten Ehegatten, der ein Kind annehmen wolle, gegenüber einem nicht Verheirateten. Aufgrund der Ehe seien die Ehegatten grundsätzlich ein Leben lang zur Herstellung einer umfassenden Lebensgemeinschaft verpflichtet. Es sei von der Gestaltungsfreiheit des Gesetzgebers gedeckt, hieraus abzuleiten, dass mit der Eheschließung Ehegatten nur noch gemeinschaftlich Verantwortung für ein zu adoptierendes Kind übernehmen könnten. Auch der Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte vom 13. Dezember 2007 (FamRZ 2008, 37) lasse sich kein anderes Ergebnis entnehmen.

13 Es bestehe schließlich auch keine Veranlassung, § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB im vorliegenden Fall verfassungskonform einschränkend auszulegen. Daher könne die Frage offenbleiben, ob diese Norm angesichts der abschließenden Ausnahmeregelungen in § 1741 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB überhaupt einer solchen Auslegung zugänglich sei. Denn es wäre dem Anzunehmenden und dem Annehmenden vor Eheschließung des Annehmenden mit Frau G. möglich gewesen, den Ausspruch der Annahme durch den Annehmenden alleine zu erwirken. Der Annehmende hätte während des Bestehens seiner Ehe mit Frau So.-Sa. von 1976 bis 1996, aber auch danach bis zur Eheschließung mit Frau G., mit Aussicht auf Erfolg einen Antrag auf

Annahme des Kindes stellen können, da dem Antrag des Anzunehmenden zu entnehmen sei, dass bereits lange vor dem 23. November 1996, dem Datum der Eheschließung des Annehmenden mit Frau G., zwischen diesem und dem Anzunehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis entstanden sei.

14 Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

15 1. Zu Recht hat das Oberlandesgericht deutsches Verfahrensrecht und materielles Recht angewandt.

16 a) Die internationale Zuständigkeit der deutschen Gerichte ergibt sich aus § 101 Nr. 1 und 2 FamFG. Beide Anknüpfungsmerkmale dieser Norm liegen vor. Denn der Annehmende besaß die deutsche Staatsbürgerschaft; ebenso ist der Anzunehmende deutscher Staatsbürger. Zudem hat der Anzunehmende seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Deutschland. Für die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit des Annehmenden ist unerheblich, dass er auch griechischer Staatsbürger war, weil insoweit bei Mehrstaaten der Besitz auch der deutschen Staatsangehörigkeit nach Art. 5 Abs. 1 Satz 2 EGBGB genügt (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2017, 976, 977 mwN).

17 b) Die Adoption richtet sich auch in der Sache nach deutschem Recht.

18 Gemäß dem – in der aktuellen Fassung seit dem 31. März 2020 geltenden (vgl. BGBl. I S. 541 f.) – Art. 22 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unterliegt die Annahme als Kind im Inland dem deutschen Recht. Nach der Übergangsvorschrift des Art. 229 § 47 Abs. 4 Alt. 2 EGBGB ist Art. 22 Abs. 1 Satz 2 EGBGB in seiner bis einschließlich 28. Januar 2019 geltenden Fassung nur anwendbar, wenn die Annahme als Kind vor dem 29. Januar 2019 stattgefunden hat; auf vor dem 31. März 2020 abgeschlossene Vorgänge bleibt das bisherige Internationale Privatrecht gemäß Art. 229 § 52 EGBGB anwendbar. In intertemporaler Hinsicht ist der neue Art. 22 EGBGB damit auf alle inländischen Adoptionsverfahren anwendbar, die am 31. März 2020 noch nicht abgeschlossen waren. Stichtag ist mithin nicht die Einreichung des Adoptionsantrags beim Familiengericht, sondern der Zeitpunkt des Erlasses der Adoptionsentscheidung i.S.v. § 38 Abs. 3 Satz 3 FamFG (*Helms* FamRZ 2020, 645, 649 mwN).

19 2. Das hiernach anzuwendende deutsche Gesetz sieht auch im Fall der Volljährigenadoption die Annahme eines Kindes durch einen verheirateten Annehmenden – abgesehen von den Ausnahmen des § 1741 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB sowie des § 1766 a Abs. 3 BGB – nur gemeinschaftlich mit seinem Ehegatten vor.

20 a) Gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB kann im Falle der Minderjährigenadoption ein Ehepaar ein Kind nur gemeinschaftlich annehmen. Demgegenüber kann gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB ein Ehegatte ein Kind seines

Ehegatten allein annehmen. Außerdem kann ein Kind nach § 1741 Abs. 2 Satz 4 BGB auch dann allein angenommen werden, wenn der andere Ehegatte das Kind nicht annehmen kann, weil er geschäftsunfähig ist oder das 21. Lebensjahr noch nicht vollendet hat.

21 Nach § 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB gelten die Vorschriften über die Annahme Minderjähriger für die Annahme Volljähriger sinngemäß, soweit sich aus den folgenden Vorschriften nichts anderes ergibt. Dies ist für § 1741 BGB nicht der Fall, da gemäß § 1768 Abs. 1 Satz 2 BGB lediglich die §§ 1742, 1744, 1745, 1746 Abs. 1 und 2, 1747 BGB nicht anzuwenden sind. Demgemäß kann auch bei der Volljährigenadoption ein Ehepaar den Anzunehmenden nur gemeinschaftlich annehmen.

22 Wenn die annahmewillige Person nach Antragstellung und bereits vor der möglichen Annahme verstorben ist, kann der Ausspruch der gemeinschaftlichen Annahme gemäß § 1753 Abs. 2 BGB auch noch nach dem Tod des Annehmenden erfolgen. Nach § 1753 Abs. 2 BGB ist dieser Ausspruch nur zulässig, wenn der Annehmende den Antrag beim Familiengericht – wie hier – eingereicht hat. Wird die Annahme nach dem Tode des Annehmenden ausgesprochen, so hat sie nach § 1753 Abs. 3 BGB die gleiche Wirkung, wie wenn sie vor dem Tode erfolgt wäre. Eine gemeinschaftliche Adoption kann auch dann noch ausgesprochen werden, wenn einer der beiden Annehmenden verstorben ist. Der überlebende Ehegatte muss hierzu keinen neuen Antrag stellen. Der Adoptionsbeschluss begründet die Rechtsstellung des Kindes als gemeinschaftliches Kind (BeckOK BGB/Pöcker [Stand: 1. Mai 2021] § 1753 Rn. 4; vgl. auch BeckOGK/Löhnig [Stand: 1. April 2021] § 1753 Rn. 5). Im Falle einer Volljährigenadoption muss auch beim Tod des Annehmenden die Annahme sittlich gerechtfertigt sein. Das ist nach § 1767 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB insbesondere dann der Fall, wenn – wie der Anzunehmende hier vorgetragen hat – zwischen ihm und dem Annehmenden ein Eltern-Kind-Verhältnis bereits entstanden ist (Staudinger/Helms BGB [2019] § 1753 Rn. 10; BeckOGK/Löhnig [Stand: 1. April 2021] § 1753 Rn. 15; MünchKommBGB/Maurer 8. Aufl. § 1753 Rn. 19).

23 b) Zutreffend wird in Rechtsprechung und Literatur – soweit ersichtlich – einhellig vertreten, dass auch im Fall der Volljährigenadoption ein Ehepaar das Kind nur gemeinschaftlich annehmen kann (OLG Schleswig FamRZ 2014, 1039; OLG Koblenz MDR 2014, 545 f.; OLG Hamm FamRZ 2003, 1039, 1040 f. und FamRZ 2000, 257, 258 f.; Staudinger/Helms BGB [2019] § 1767 Rn. 19; MünchKommBGB/Maurer 8. Aufl. vor § 1741 Rn. 27 und § 1767 Rn. 13 f.; jurisPK-BGB/Heiderhoff [Stand: 15. Oktober 2019] § 1767 Rn. 15; NK-BGB/Dahm 4. Aufl. § 1767 Rn. 16; BeckOGK/Löhnig [Stand: 1. April 2021] § 1767

Rn. 7; BeckOK BGB/Pöcker [Stand: 1. Mai 2021] § 1767 Rn. 10.1; Kroiß/Horn/Solomon/Schwackenberg BGB 2. Aufl. § 1767 Rn. 15; Schulz/Hauß/Kemper Familienrecht 3. Aufl. § 1767 BGB Rn. 6; Schulze/Kemper BGB 10. Aufl. § 1767 Rn. 3; Müller-Engels in Münch Familienrecht in der Notar- und Gestaltungspraxis 3. Aufl. § 14 Rn. 68). Dies steht nicht nur im Einklang mit dem klaren Gesetzeswortlaut, sondern entspricht auch dem im Gesetzgebungsverfahren ausdrücklich erklärten Willen des Gesetzgebers und der Gesetzessystematik.

24 aa) In der Gesetzesbegründung zu § 1741 BGB heißt es, das anzunehmende Kind solle in eine harmonische und lebensstüchtige Familie aufgenommen werden. Diese Familie gruppieren sich in der Regel um ein Ehepaar, so dass die Annahme des Kindes durch ein Ehepaar die besten Voraussetzungen für seine Entwicklung biete. Der Entwurf stelle in Absatz 1 die Annahme des Kindes durch ein Ehepaar in den Vordergrund und bestimme, abweichend vom geltenden Recht, dass ein Ehepaar ein Kind grundsätzlich nur gemeinsam annehmen könne. Die wünschenswerte Eingliederung des Kindes in den Familienverband der Annehmenden und die Gleichstellung des angenommenen Kindes mit anderen Kindern erforderten es, ein Verwandtschaftsverhältnis des Kindes zu allen Familienangehörigen herzustellen. Das angenommene Kind solle nicht das Kind des einen Ehegatten und das Stiefkind des anderen werden, zumal das geltende bürgerliche Recht kein besonderes Recht der Stiefkinder kenne, das geeignet wäre, Konflikte zwischen Stiefelternteil und Stiefkind zu lösen. Dem Wohl des Kindes entspreche es, wenn die Ehegatten die gleiche Bereitschaft hätten, für das Kind als eigenes Kind zu sorgen. Wenn die Annahme durch beide Ehegatten daran scheitere, dass ein Ehegatte die Elternpflicht nicht übernehmen wolle, solle die Annahme besser unterbleiben, zumal der Entwurf das Erfordernis der Kinderlosigkeit beseitige und das Mindestalter für einen Elternteil auf 21 Jahre herabsetze, so dass rechtliche Hindernisse für die Annahme durch beide Ehegatten kaum mehr bestünden. Eine Möglichkeit, über die Fälle des Absatzes 2 des Entwurfs hinaus die Annahme durch einen Ehegatten allein zuzulassen, sehe der Entwurf deshalb nicht vor (BT-Drucks. 7/3061 S. 28).

25 Weiter hat der Gesetzgeber in seiner Begründung ausgeführt, die Annahme eines Volljährigen solle ebenfalls zu einem Eltern-Kind-Verhältnis führen. Wie bei der Annahme eines Minderjährigen sollten möglichst keine Stiefkindverhältnisse entstehen. Deshalb sollten die Vorschriften des § 1741 Abs. 1 und 2 des Entwurfs auch insoweit anwendbar sein, als sie die Annahme durch einen Ehegatten allein nur in Ausnahmefällen zuließen (BT-Drucks. 7/3061 S. 53).

26 bb) Dieses Regelungsziel hat der Gesetzgeber mit den §§ 1741 Abs. 2 Satz 2, 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB umgesetzt. Die von der Regel, dass ein Ehepaar ein Kind nur gemeinschaftlich annehmen kann, bestehenden Ausnahmen sind in § 1741 Abs. 2 Satz 3 und 4 BGB – sowie mittlerweile in § 1766 a Abs. 3 BGB – im Gesetz abschließend aufgeführt. Dies belegt zusätzlich, dass eine von §§ 1741 Abs. 2 Satz 2, 1767 Abs. 2 Satz 1 BGB abweichende Handhabung in allen anderen Fällen ausgeschlossen ist.

27 c) Eine verfassungskonforme Auslegung in dem von der Rechtsbeschwerde begehrten Sinne kommt daher vorliegend nicht in Betracht. Eine solche stünde nämlich nicht in Einklang mit dem Gesetzeswortlaut und mit dem Willen des Gesetzgebers. Die verfassungskonforme Auslegung findet ihre Grenze dort, wo sie zum Wortlaut und dem klar erkennbaren Willen des Gesetzgebers in Widerspruch treten würde. Der Respekt vor dem demokratisch legitimierten Gesetzgeber verbietet es, im Wege der Auslegung einem nach Sinn und Wortlaut eindeutigen Gesetz einen entgegengesetzten Sinn beizulegen oder den normativen Gehalt einer Vorschrift grundlegend neu zu bestimmen (Senatsbeschluss vom 24. März 2021 – XII ZB 364/19 – FamRZ 2021, 1127 Rn. 51 mwN).

28 d) An einem Antrag der Ehegatten auf gemeinschaftliche Annahme des Anzunehmenden fehlt es hier. Im Falle einer alleinigen Annahme durch den Verstorbenen bliebe also der überlebende Elternteil ein Stiefelternteil, was der Gesetzgeber gerade nicht gewollt hat.

29 3. Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde ist es auch nicht aus verfassungsrechtlicher Sicht geboten, einem Ehegatten allein eine Adoption zu ermöglichen. Zu Recht verweist das Oberlandesgericht darauf, dass die Adoption kein vorgegebenes Recht der annahmewilligen Personen ist, das durch den Gesetzgeber nur in engen Grenzen beschränkt werden könnte. Vielmehr handelt es sich um eine durch den Gesetzgeber zusätzlich gewährte Möglichkeit, ein der Abstammung entsprechendes Rechtsverhältnis zu begründen. Dem Gesetzgeber steht daher auch die Befugnis zu, die Voraussetzungen und Grenzen, die bei der Begründung eines solchen Rechtsverhältnisses zu beachten sind, näher auszugestalten und hierbei seine Zielvorstellungen zu verwirklichen.

30 a) Das den Kindern nach Art. 2 Abs. 1 iVm Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG zustehende Recht auf staatliche Gewährleistung elterlicher Pflege und Erziehung ist durch die gesetzliche Begrenzung der Adoption nicht verletzt.

31 aa) Es ist schon zweifelhaft, ob dieses den Kindern zustehende Recht hier berührt ist. Der Schutzbereich umfasst das Recht des adoptionswilligen, also faktischen Elternteils, in die rechtliche Elternposition einzurücken und damit zum Wohle und zum Schutz des Kin-

des als weiterer Elternteil Elternverantwortung im rechtlichen Sinne zu übernehmen (vgl. BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 53 mwN). Dieses Recht dürfte allerdings für die hier in Rede stehende Volljährigenadoption nicht einschlägig sein. Im Übrigen wollte der Gesetzgeber auch für die Volljährigen Stiefkindverhältnisse vermeiden. Dabei kommt ihm bei der Frage, wie er die Wahrnehmung der Pflege- und Erziehungsverantwortung durch die Eltern effektiv sichert, ein Spielraum zu. Die Grenzen dieses Spielraums wären aber jedenfalls nicht überschritten. Denn aus dem Gewährleistungsrecht des Kindes ergibt sich kein Anspruch darauf, dass der Gesetzgeber in dieser Situation die Erlangung eines zweiten rechtlichen Elternteils ermöglicht, der tatsächlich Elternverantwortung zu tragen bereit ist (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 54 mwN).

32 bb) Die Rechtsbeschwerde meint, die Annahme, regelmäßig biete nur die Adoption durch ein Ehepaar die besten Voraussetzungen für die Entwicklung des Kindes, sei verfassungsrechtlich nicht mehr haltbar. Diese Auffassung geht indes fehl. Der Gesetzgeber hat sich bei der gemeinschaftlichen Annahme durch Ehegatten maßgeblich durch die tragfähige Erwägung leiten lassen, dass Stiefkindverhältnisse zu vermeiden sind, die auch hinter der von der Rechtsbeschwerde in diesem Zusammenhang zitierten Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061) steht.

33 b) Ebenso wenig ist das Familiengrundrecht aus Art. 6 Abs. 1 GG verletzt.

34 Der Schutzbereich des Familiengrundrechts ist zwar berührt. Auch wenn der Annehmende verstorben ist, kommt der gemäß § 1753 Abs. 2 und 3 BGB gleichwohl noch möglichen Annahme grundsätzlich im Zusammenhang mit Art. 6 Abs. 1 GG Bedeutung zu.

35 Die tatsächliche Lebens- und Erziehungsgemeinschaft von Eltern mit Kindern ist als Familie durch Art. 6 Abs. 1 GG geschützt. Der Schutz der Familie nach Art. 6 Abs. 1 GG reicht insofern über das Elternrecht des Art. 6 Abs. 2 Satz 1 GG hinaus, als er auch Familiengemeinschaften im weiteren Sinne einbezieht, die als soziale Familien von einer rechtlichen Elternschaft unabhängig sind. Für den Schutz durch das Familiengrundrecht kommt es nicht darauf an, ob die Eltern miteinander verheiratet sind. Das Familiengrundrecht garantiert insbesondere das Zusammenleben der Familienmitglieder und die Freiheit, über die Art und Weise der Gestaltung des familiären Zusammenlebens selbst zu entscheiden. Die angegriffenen Regelungen berühren das familiäre Zusammenleben, weil dem Anzunehmenden gegenüber dem Anzunehmenden elterntypische rechtliche Befugnisse verwehrt bleiben (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 56 mwN).

36 Die Verneinung der Adoptionsmöglichkeit ist aber von der Befugnis des Gesetzgebers zur rechtlichen Ausgestaltung der Familie gedeckt. Wie das Bundesverfassungsgericht zutreffend ausgeführt hat, nehmen Regelungen über Adoptionsmöglichkeiten keine familiäre Freiheit. Art. 6 Abs. 1 GG schützt vor Eingriffen in die Familie, also vornehmlich davor, dass die Familie nicht mehr in ihrem konkreten Bestand zusammenleben kann. Entsprechendes gilt, soweit Art. 6 Abs. 1 GG als wertentscheidende Grundsatznorm begriffen wird. Ehe und Familie werden nicht beeinträchtigt, sondern eher geschützt, soweit sie als „umfassende Gemeinschaft von Eltern und Kindern“ begriffen werden. Dass Nichtverheiratete ein Kind nur alleine annehmen können, während das bei einem Ehepaar nur gemeinschaftlich möglich ist, unterstützt die grundgesetzliche Wertentscheidung für Ehe und Familie. Verheiratete und Nichtverheiratete werden um der Ehe und Familie willen ungleich behandelt. Ließe der Gesetzgeber unbeschränkt die Möglichkeit zu, dass ein Ehepartner ohne Weiteres ein Kind alleine annehmen könnte, stellte das Ehe und Familie in ihrem Wesensgehalt durchaus in Frage. Denn in den Familienverband aufgenommen wären dann auch Kinder, die – wie hier – erklärtermaßen zu einem der Ehegatten kein Eltern-Kind-Verhältnis haben und es auch in Zukunft nicht haben werden. Von einer umfassenden Gemeinschaft von Eltern und Kindern kann dann nicht gesprochen werden (vgl. OLG Koblenz MDR 2014, 545).

37 Im Übrigen enthält Art. 6 Abs. 1 GG als Grundrecht ein Abwehrrecht gegen staatliche Eingriffe, soweit diese sich gegen den geschlossenen, gegen den Staat abgeschirmten Autonomie- und Lebensbereich richten (vgl. Jarass/Pieroth GG 16. Aufl. Art. 6 Rn. 13). § 1747 Abs. 2 Satz 2 iVm § 1767 Abs. 2 BGB kann demgegenüber als eine dem Schutz der Strukturprinzipien der Ehe und Familie dienende Regelung begriffen werden. Die Normen dienen dem Kindeswohl, indem sie Stiefkindverhältnisse vermeiden wollen.

38 c) Die Regelung des § 1741 iVm § 1767 Abs. 2 BGB verstößt auch nicht gegen Art. 3 Abs. 1 GG.

39 aa) Allerdings werden Kinder und verheiratete Annehmende, deren Ehegatte das Kind selbst nicht annehmen will, gegenüber Kindern, die von einer alleinstehenden Person angenommen werden sollen, und Unverheirateten ungleich behandelt. Ihnen ist die Adoption allein durch die annahmewillige Person grundsätzlich verwehrt.

40 bb) Diese Ungleichbehandlung muss dem Verhältnismäßigkeitsgrundsatz entsprechen.

41 Art. 3 Abs. 1 GG verwehrt dem Gesetzgeber nicht jede Differenzierung. Differenzierungen bedürfen jedoch stets der Rechtfertigung durch Sachgründe, die

dem Ziel und dem Ausmaß der Ungleichbehandlung angemessen sind. Dabei gilt ein stufenloser, am Grundsatz der Verhältnismäßigkeit orientierter verfassungsrechtlicher Prüfungsmaßstab, dessen Inhalt und Grenzen sich nicht abstrakt, sondern nur nach den jeweils betroffenen unterschiedlichen Sach- und Regelungsbereichen bestimmen lassen. Hinsichtlich der verfassungsrechtlichen Anforderungen an den die Ungleichbehandlung tragenden Sachgrund ergeben sich aus dem allgemeinen Gleichheitssatz je nach Regelungsgegenstand und Differenzierungsmerkmalen unterschiedliche Grenzen für den Gesetzgeber, die von gelockerten, auf das Willkürverbot beschränkten Bindungen bis hin zu strengen Verhältnismäßigkeitserfordernissen reichen können. Eine strengere Bindung des Gesetzgebers kann sich aus den jeweils betroffenen Freiheitsrechten ergeben. Zudem verschärfen sich die verfassungsrechtlichen Anforderungen, je weniger die Merkmale, an die die gesetzliche Differenzierung anknüpft, für den Einzelnen verfügbar sind oder je mehr sie sich denen des Art. 3 Abs. 3 GG annähern (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 64 mwN).

42 Das Bundesverfassungsgericht hat es beanstandet, dass nach früherer Rechtslage eine zur gemeinsamen Elternschaft führende Stiefkindadoption nur möglich war, wenn der Stiefelternteil mit dem rechtlichen Elternteil verheiratet ist, wohingegen der Stiefelternteil in nichtehelichen Stiefkindfamilien die Kinder des rechtlichen Elternteils nicht adoptieren konnte, ohne dass die Verwandtschaft der Kinder zu diesem erlischt. Zwischen dem nicht verheirateten Stiefelternteil und dem Kind bestehen ohne Adoption keine besonderen gesetzlichen Rechtsbeziehungen. Hierin sieht das Bundesverfassungsgericht eine nicht gerechtfertigte Ungleichbehandlung von Kindern eines mit einer anderen Person verheirateten Elternteils gegenüber Kindern eines Elternteils, der mit einem anderen Partner in einer nichtehelichen Lebensgemeinschaft zusammenlebt (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 102 ff. mwN).

43 cc) Hier geht es allerdings um die Adoption eines Volljährigen, bei dem regelmäßig der Persönlichkeitsentfaltung nicht mehr eine hervorgehobene Bedeutung zukommt (vgl. auch *Kroppenberg* NJW 2013, 2161, 2163). Auch wenn die verfassungsrechtlichen Anforderungen über das bloße Willkürverbot deutlich hinausgehen, weil die Adoption für die Persönlichkeitsentfaltung wesentliche Grundrechte des Kindes betrifft und das nach derzeitiger Rechtslage maßgebliche Differenzierungskriterium, die Ehe des Annehmenden, durch die Kinder weder beeinflussbar ist noch den Kindern die Einflussmöglichkeiten der Eltern zuzurechnen sind (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 65), sind die Anforder-

rungen an die Verhältnismäßigkeit nicht so streng wie bei der Minderjährigenadoption. Eine Ungleichbehandlung ist jedenfalls gerechtfertigt.

44 1) Die differenzierende Regelung beruht auf einer an den Vorgaben des Art. 6 Abs. 1 GG ausgerichteten Wertentscheidung des Gesetzgebers. Wenn die Regeln für die Annahme als Kind an den Maßstäben des Art. 6 GG ausgerichtet sind und hierbei der Schutz von Ehe und Familie im Vordergrund steht, so sind unterschiedliche Regelungen für Nichtverheiratete und Eheleute nicht nur naheliegend, sondern auch geboten. Dass hierbei – ausgehend von der Grundprämisse in § 1741 Abs. 1 BGB, also der Erwartung des Entstehens eines Eltern-Kind-Verhältnisses – fehlerhafte Maßstäbe gewählt worden wären, ist nicht ersichtlich (vgl. OLG Koblenz MDR 2014, 545, 546; vgl. auch NK-BGB/Dahm 4. Aufl. § 1741 Rn. 40). Der Gesetzgeber hat die nur gemeinschaftlich mögliche Annahme von Kindern durch verheiratete Personen damit begründet, dass er Stiefkindverhältnisse vermeiden wolle (BT-Drucks. 7/3061 S. 28 und 53; vgl. auch BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 86 ff.).

45 Das ist ein rechtfertigender Grund für die Ungleichbehandlung. Das Oberlandesgericht hat zu Recht hierauf abgestellt. Die Begründung des Gesetzesentwurfs stellt in § 1741 Abs. 1 BGB die Annahme des Kindes durch ein Ehepaar in den Vordergrund und bestimmt, dass ein Ehepaar ein Kind grundsätzlich nur gemeinsam annehmen könne. Dem Wohl des Kindes entspreche es, wenn die Ehegatten die gleiche Bereitschaft hätten, für das Kind als eigenes Kind zu sorgen. Eine Möglichkeit, über die Fälle des Absatzes 2 des Entwurfs hinaus die Annahme durch einen Ehegatten allein zuzulassen, sei deshalb nicht vorgesehen (BT-Drucks. 7/3061 S. 28). Zur Volljährigenadoption hat der Gesetzgeber in seiner Begründung ausgeführt, wie bei der Annahme eines Minderjährigen sollten möglichst keine Stiefkindverhältnisse entstehen. Deshalb sollten die Vorschriften des § 1741 Abs. 1 und 2 des Entwurfs auch insoweit anwendbar sein, als sie die Annahme durch einen Ehegatten allein nur in Ausnahmefällen zuließen (BT-Drucks. 7/3061 S. 53).

46 (2) Damit hat der Gesetzgeber dem Anliegen, dem Kind zu ermöglichen, gemeinschaftliches Kind beider Elternteile zu werden (vgl. BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061 Rn. 62), hinreichend Rechnung getragen. Zwar hat dieses Kriterium für ein minderjähriges Kind mehr Bedeutung als für ein volljähriges Kind. Das ändert aber nichts daran, dass der Gesetzgeber diesen Umstand auch für die Volljährigenadoption als maßgeblich erachtet hat. Dementsprechend kann es bei der Volljährigenadoption nicht mehr nur darum gehen, das angenommene Kind in den Familienverband des Annehmenden unter Gleichstellung

mit weiteren Kindern uneingeschränkt einzugliedern. Denn die durch Adoption eines Erwachsenen entstandene Familie kommt regelmäßig als Erziehungsgemeinschaft nicht mehr in Betracht; sie ist in der Regel nicht als Lebensgemeinschaft, sondern nur als Begegnungs- und möglicherweise als Hausgemeinschaft angelegt. § 1770 Abs. 1 BGB trägt diesem Gesichtspunkt Rechnung, indem die Wirkungen der Annahme eines Volljährigen nicht auf die Verwandten des Annehmenden erstreckt werden. Mithin ist bei der Volljährigenadoption das angenommene Kind nicht in den Familienverband des Annehmenden unter Gleichstellung mit weiteren Kindern uneingeschränkt einzugliedern. Gleichwohl ist die Erwägung des Gesetzgebers, auch bei der Volljährigenadoption unerwünschte Stiefkindverhältnisse zu vermeiden und bei dieser Adoptionsform ebenso an dem Grundsatz der ausschließlich gemeinsamen Kindesannahme durch Ehegatten auch im Falle des Getrenntlebens festzuhalten, von sachlichen Erwägungen getragen, die sich im Rahmen des dem Gesetzgeber bei der Neuregelung des familienrechtlichen Rechtsinstituts der Adoption einzuräumenden Gestaltungsspielraums halten (OLG Hamm FamRZ 2000, 257, 259 mwN; FamRZ 2003, 1039, 1041). Diese Überlegung des Gesetzgebers ist ein legitimer Grund, dem – gerade auch im Lichte des Schutzes der Ehe gemäß Art. 6 Abs. 1 GG – besondere Bedeutung zukommt.

47 (3) Der Einwand der Rechtsbeschwerde, es läge eine Ungleichbehandlung deshalb vor, weil das Oberlandesgericht darauf abgestellt habe, dass der Annehmende vor seiner erneuten Eheschließung im Jahr 1996 den Rechtsbeschwerdeführer hätte annehmen können, verfängt nicht. Der Gesetzgeber wollte mit der Regelung die Begründung von Stiefkindverhältnissen bei bestehender Ehe vermeiden. Solange der Annehmende mit der Mutter des Anzunehmenden verheiratet war, wäre in dem Zeitraum vor der erneuten Eheschließung auch kein solches Verhältnis entstanden. Die Frage, wie sich die familiäre Situation nach einer etwaigen späteren Eheschließung darstellt, erfassen die §§ 1767 Abs. 2, 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht.

48 (4) Soweit die Rechtsbeschwerde meint, hinsichtlich § 9 Abs. 6 Satz 1 LPartG läge eine Ungleichbehandlung vor, weil danach ein Lebenspartner bei Einwilligung des anderen Lebenspartners ein Kind allein annehmen kann, fehlt es an einem Gleichheitsverstoß. Die Lebenspartner gelten nach dem Lebenspartnerschaftsgesetz als nicht verheiratete Personen, weshalb § 1741 Abs. 2 Satz 1 BGB Anwendung findet. Deshalb können Lebenspartner ein Kind zwar allein, aber nicht gemeinschaftlich annehmen (BVerfGE 133, 59 = FamRZ 2013, 521 Rn. 2; MünchKommBGB/Duden 8. Aufl. § 9 LPartG

Rn. 9; Staudinger/*Voppel* BGB [2010] § 9 LPartG Rn. 102, 104; BeckOGK/*Löhnig* [Stand: 1. März 2021] LPartG § 9 Rn. 21 f.). Im Übrigen handelt es sich bei dem Lebenspartnerschaftsgesetz um auslaufendes Recht. Gemäß § 1 Satz 1 LPartG können nach dem 30. September 2017 Lebenspartnerschaften zwischen zwei Personen gleichen Geschlechts nicht mehr begründet werden. Hier wurde das Verfahren im Jahr 2019 eingeleitet. Zu diesem Zeitpunkt konnte eine Lebenspartnerschaft nicht mehr begründet werden. Vielmehr galt seit dem 1. Oktober 2017 die „Ehe für alle“, die bezogen auf eine gemeinschaftliche Adoption die gleichen Wirkungen hat (vgl. Staudinger/*Helms* BGB [2019] § 1741 Rn. 53; MünchKommBGB/*Maurer* 8. Aufl. § 1767 Rn. 13).

49 (5) Entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde lässt sich die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts (BVerfGE 151, 101 = FamRZ 2019, 1061) und die damit einhergehende Neuregelung des § 1766 a BGB für das vorliegende Begehren nicht mit Erfolg anführen. Während es dem Bundesverfassungsgericht unter anderem darum ging, auch im Falle einer nichtehelichen Partnerschaft durch die Adoption Stiefkindverhältnisse zu vermeiden, soll vorliegend gerade ein solches geschaffen werden.

50 Mit Recht hat das Oberlandesgericht unter Bezugnahme auf die Gesetzesbegründung zu § 1766 a BGB ausgeführt, durch die Neuregelung solle verhindert werden, dass ein Kind in eine instabile familiäre Situation adoptiert werde, in der die Paarbeziehung der Annehmenden keine Aussicht auf Bestand habe. Zwar wurde § 1766 a Abs. 3 BGB im Gesetzgebungsverfahren dahin erweitert, dass auch ein verheirateter Partner einer verfestigten nichtehelichen Lebensgemeinschaft das Kind seiner Partnerin/seines Partners nur alleine annehmen könne. Hierdurch sollte auch einem verheirateten Partner die Adoption eines Kindes ermöglicht werden, wenn diese aus Gründen des Kindeswohls geboten erscheine, der verheiratete Partner jedoch aus religiösen oder schwerwiegenden persönlichen Gründen an dem formalen Band der Ehe festhalten wolle. Durch die Neuregelung sollte die Entstehung faktischer Stiefkindverhältnisse vermieden werden, die sich dadurch auszeichneten, dass ein Kind in Lebensgemeinschaft mit zwei Personen lebe, die faktisch die Elternrolle ausfüllten, das Kind jedoch statusrechtlich nur einer dieser Person zugeordnet sei. Dieses Regelungsziel war dem Gesetzgeber so wichtig, dass er sogar einer verheirateten Person unter besonderen Umständen die – alleinige – Adoption eines Kindes ihres mit ihr nicht verheirateten Partners gestattet und zu diesem Zweck eine weitere Ausnahme von dem Grundsatz, dass Ehegatten ein Kind nur gemeinsam annehmen könnten, vorgesehen hat.

Daraus kann aber nicht geschlossen werden, dass die Adoption auch für eine Person geöffnet werden soll, wenn diese nicht mit einem Elternteil des Anzunehmenden, sondern mit einem Dritten verheiratet und in ehelicher Lebensgemeinschaft verbunden ist. Denn in diesem Fall würde die Annahme des Kindes gerade dazu führen, dass ein faktisches Stiefkindverhältnis des anzunehmenden Kindes zu dem Ehegatten des Annehmenden entsteht. Das legitime Ziel, die Entstehung von Stiefkindverhältnissen aufgrund Adoption zu vermeiden, hat der Gesetzgeber also nicht aufgegeben, sondern durch die Einführung von § 1766 a Abs. 3 Satz 1 BGB vielmehr sogar bestätigt (vgl. BT-Drucks. 19/15618 S. 8).

51 (6) Für die rechtlich andere Beurteilung der hier einschlägigen Vergleichsgruppe, nämlich der alleinigen Annahme durch eine nicht verheiratete Person, gilt etwas Anderes. Denn eine solche Person kann das Kind nicht gemeinschaftlich – mit einem nicht vorhandenen Ehegatten – annehmen. Will der Annehmende demgegenüber gemäß § 1741 Abs. 2 Satz 3 BGB ein Kind seines Ehegatten annehmen, scheidet eine gemeinschaftliche Annahme aus, weil der andere Ehegatte bereits rechtlicher Elternteil ist. Auch diese Ungleichbehandlung wird aus den bereits genannten Sachgründen hinreichend gerechtfertigt.

52 Hinzu kommt für die vorliegende Fallgestaltung, dass es dem Anzunehmenden wegen des Todes des Anzunehmenden nicht mehr möglich ist, die gewünschte Vater-Sohn-Beziehung überhaupt noch zu leben (vgl. Staudinger/*Helms* BGB [2019] § 1753 Rn. 9).

53 4. Schließlich führen auch die Berücksichtigung der als Auslegungshilfe für die Bestimmung von Inhalt und Reichweite von Grundrechten heranzuziehenden Europäische Menschenrechtskonvention und die Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte zu keinem anderen Ergebnis.

54 In der von der Rechtsbeschwerde angeführten Entscheidung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte hat dieser zwar eine der früheren deutschen Rechtslage ähnelnde schweizerische Regelung zur Stiefkindadoption wegen Unvereinbarkeit mit dem durch Art. 8 EMRK geschützten Recht auf Achtung des Familienlebens für konventionswidrig gehalten (vgl. EGMR FamRZ 2008, S. 377). Dort war eine erwachsene Frau mit Behinderung durch den langjährigen Lebenspartner ihrer Mutter adoptiert worden, mit dem diese nicht verheiratet war. Durch die Adoption ist nach schweizerischem Recht die verwandtschaftliche Beziehung zur Mutter erloschen. Hierum geht es in dem vorliegenden Verfahren indes nicht. Durch § 1766 a BGB ist mittlerweile geregelt, dass der andere Elternteil im Falle

der Stiefkindadoption bei nicht verheirateten Eltern unter bestimmten Voraussetzungen seine Elternstellung behalten kann. Demgegenüber soll hier gerade vermieden werden, dass der überlebende Ehegatte durch die alleinige Adoption des Verstorbenen ein Stiefelternteil wird.

55 Soweit die Rechtsbeschwerde darauf abstellt, dass Art. 8 Abs. 1 EMRK auch die persönliche Identität innerhalb und die nach außen dokumentierte Zugehörigkeit zu einer Familie schütze (vgl. Senatsbeschluss vom 13. Mai 2020 – XII ZB 427/19 – FamRZ 2020, 1275 Rn. 43 mwN), greift die angegriffene Regelung der §§ 1767 Abs. 2, 1741 Abs. 2 Satz 2 BGB nicht in diese Rechtsphäre ein. Denn es bleibt der auch nur tatsächlich zusammengefundene Familie unbenommen, als solche auch in ihrer Außenwirkung weiterhin zusammenzuleben.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Kaufentscheidung aufgrund einer öffentlichen Äußerung des Verkäufers

BGB § 434 Abs. 1 S. 3

Amtliche Leitsätze:

1. Der Ausnahmefall des § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB, wonach der Verkäufer für seine unzutreffende öffentliche Äußerung über Eigenschaften der Kaufsache dann nicht haftet, wenn die Äußerung die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, liegt nur vor, wenn ein Einfluss der öffentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung nachweislich ausgeschlossen ist. (Rn. 9 – 16)

2. Mit der „Kaufentscheidung“ im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB ist der Abschluss des Kaufvertrags gemeint. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über die Eigenschaft eines Grundstücks die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist deshalb nicht der Zeitpunkt, zu dem der Käufer sich entschlossen hat, das Grundstück zu erwerben, sondern der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags. (Rn. 13)

Redaktioneller Leitsatz:

Nach § 434 Abs. 1 S. 3 gehören zu der Sollbeschaffenheit auch die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf, wozu auch Angaben in einem Exposé zählen (Bestätigung BGH BeckRS 2019, 29651). (Rn. 8)

BGH (V. Zivilsenat),

Urteil vom 16.07.2021 – V ZR 119/20

I. Tatbestand:

1 Mit notariellem Kaufvertrag vom 23. Oktober 2015 erwarb die Drittwiderbeklagte (nachfolgend: Käuferin) von der Beklagten zu 1, deren Gesellschafter der Beklagte zu 2 ist, zwei jeweils mit einem Mehrfamilienhaus bebaute Grundstücke zu einem Preis von 1,5 Mio. € unter Ausschluss der Haftung für Sachmängel. In dem Kaufvertrag heißt es, dem Käufer sei bekannt, dass das Kaufobjekt seit ca. drei Jahren entmietet und ohne Heizung sei und dass pro Gebäude nur vier Wohneinheiten genehmigungsfähig seien.

2 Über das Objekt war ein Exposé erstellt worden, in dem es als „solide (...) Wohnanlage zum Sanieren oder Neuentwickeln“, bestehend aus zwei Mehrfamilienhäusern, die über acht bezugsfreie Wohneinheiten zuzüglich Ausbaureserve im Dachgeschoss verfügten, bezeichnet wurde. Mit E-Mail vom 11. Oktober 2015 erklärte die Käuferin nach Besichtigung der Grundstücke gegenüber dem Nebenintervenienten, der Makler ist, das Objekt erwerben zu wollen. Am 14. Oktober 2015 teilte der Nebenintervenient der Käuferin mit, die Eigentümerin habe das Kaufangebot angenommen. Anschließend übersandte er ihr das Exposé und die Visualisierung einer ursprünglich von der Beklagten zu 1 geplanten Umbaumaßnahme (Neubau eines Doppelhauses, Sanierung von zwei Mehrfamilienhäusern mit je vier Wohnungen und Ausbau des Dachgeschosses). Die dafür im August 2012 befristet auf drei Jahre erteilte Baugenehmigung war inzwischen abgelaufen, wovon die Käuferin Kenntnis hatte.

3 Gestützt auf die Behauptung, die Angaben in dem Exposé und der Visualisierung seien bewusst wahrheitswidrig erfolgt, dem Beklagten zu 2 sei durch eine Mitarbeiterin des Bauamts bereits Anfang 2015 mitgeteilt worden, dass ein Ausbau des Dachgeschosses und ein Umbau gemäß der Visualisierung nicht genehmigungsfähig seien, verlangt die Klägerin aus abgetretenem Recht der Käuferin von den Beklagten Schadensersatz in Höhe von 600.000 €. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Klageantrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

II. Aus den Gründen:

4 Das Berufungsgericht verneint eine Haftung der Beklagten zu 1 aus §§ 437, 441, 434 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 u. Satz 3

BGB. Auf das Exposé könne ein Schadensersatzanspruch nicht gestützt werden, weil das Grundstück den darin gemachten Angaben entsprochen habe. Ob die Visualisierung eine öffentliche Äußerung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB darstelle, könne dahinstehen. Sie begründe jedenfalls deshalb keinen Sachmangel, weil sie den Kaufentschluss nicht habe beeinflussen können. Die Käuferin sei im Zeitpunkt, zu dem ihr die Visualisierung übersandt worden sei, bereits entschlossen gewesen, das Grundstück zu erwerben. Das ergebe sich aus ihrer E-Mail vom 11. Oktober 2015. Ein Schadensersatzanspruch aus Verschulden bei Vertragsschluss bestehe ebenfalls nicht. Es könne offenbleiben, ob die Beklagte zu 1 bzw. Dritte in ihrem Namen und Auftrag in dem Zeitraum vom 14. bis 23. Oktober 2015 bewusst wahrheitswidrige Angaben über das Grundstück gemacht hätten. Eine Täuschung wäre für den Vertragsschluss nicht kausal geworden, weil die Kaufentscheidung bereits am 11. Oktober 2015 gefallen gewesen sei. Aus demselben Grund sei ein Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 aus § 826 BGB oder § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB nicht gegeben.

5 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand.

6 1. Zutreffend und von der Revision nicht angegriffen nimmt das Berufungsgericht allerdings an, dass sich aus der Regelung in dem Kaufvertrag, wonach der Käuferin bekannt sei, dass pro Gebäude (nur) vier Wohneinheiten genehmigungsfähig seien, keine Beschaffenheitsvereinbarung ergibt.

7 2. Mit der gegebenen Begründung kann der Anspruch der Klägerin auf Schadensersatz gemäß § 434 Abs. 1 Satz 3, § 437 Nr. 3, § 281 Abs. 1 Satz 1, § 280 Abs. 1 und 3 BGB i.V.m. § 398 BGB gegen die Beklagte zu 1 jedoch nicht verneint werden.

8 a) Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 gehören zu der Sollbeschaffenheit auch die Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers erwarten darf, wozu auch Angaben in einem Exposé zählen (vgl. Senat, Urteil vom 9. Februar 2018 – V ZR 274/16, NJW 2018, 1954 Rn. 17 mwN; Beschluss vom 10. Oktober 2019 – V ZR 4/19, NJW-RR 2020, 121 Rn. 14). Ob die sog. Visualisierung, bei der es sich um eine bildliche Darstellung der Bebauungsmöglichkeit für das gekaufte Grundstück handeln dürfte, ebenfalls eine öffentliche Äußerung der Beklagten zu 1 im Sinne dieser Vorschrift darstellt, weil sie für einen nicht von vorneherein fest bestimmten Personenkreis bestimmt war (vgl. BeckOK BGB/*Faust* [1.5.2021], § 434 Rn. 84; MüKoBGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 434 Rn. 28; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB [2013], § 434 Rn. 99), hat das Berufungsgericht offengelassen und ist zugunsten der Klägerin zu unterstellen. Die Käuferin konnte deshalb aus objektiver Sicht erwarten, dass sie das Kaufobjekt entsprechend der Visualisierung sanieren konnte.

9 b) Rechtsfehlerhaft nimmt das Berufungsgericht an, die Haftung der Beklagten zu 1 wegen des Inhalts der Visualisierung sei nach § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB deshalb ausgeschlossen, weil sie die Kaufentscheidung der Käuferin nicht habe beeinflussen können.

10 aa) Nach § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB gehören Eigenschaften, die der Käufer nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers über bestimmte Eigenschaften der Sache erwarten kann, allerdings nicht zu der Beschaffenheit nach § 434 Abs. 2 Nr. 2 BGB, wenn sie die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte.

11 (1) Dieser Ausnahmefall liegt vor, wenn die Äußerung für die Willensbildung des Käufers nicht maßgeblich sein konnte; die Beweislast hierfür liegt bei dem Verkäufer (vgl. BT-Drucks. 14/6040 S. 215; BGH, Urteil vom 17. März 2010 – VIII ZR 253/08, NJW-RR 2010, 1329 Rn. 17). Der dem Verkäufer obliegende Beweis ist schwieriger zu führen als derjenige bloß fehlender Kausalität (vgl. MüKoBGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 434 Rn. 35; NK-BGB/*Büdenbender*, 4. Aufl., § 434 Rn. 53; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 239; so auch *Erman/Grunewald*, BGB, 16. Aufl., § 434 Rn. 29: „abgeschwächte Kausalität genügt“). Denn der Käufer, der eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über eine bestimmte Eigenschaft des Kaufgegenstands, über die eine Beschaffenheitsvereinbarung nicht zustande gekommen ist, seiner Kaufentscheidung zugrunde legt, muss – den Vorgaben der Verbrauchsgüterkaufrichtlinie entsprechend (Art. 2 Abs. 2 Buchstabe d der RL 1999/44/EG) – auf die inhaltliche Richtigkeit der öffentlichen Äußerung vertrauen können (BT-Drucks. 14/6040 S. 214). Des Vertrauensschutzes bedarf der Käufer nur dann nicht, wenn seine Kaufentscheidung nicht beeinflusst wurde. Das bedeutet, dass ein Einfluss der öffentlichen Äußerung des Verkäufers auf die Kaufentscheidung ausgeschlossen sein muss (OLG Saarbrücken, OLG 2007, 645, 646; jurisPK-BGB/*Pammler*, 9. Aufl., § 434 Rn. 137; Palandt/*Weidenkaff*, BGB, 80. Aufl., § 434 Rn. 39). Der Ausnahmefall des § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB, wonach der Verkäufer für seine unzutreffende öffentliche Äußerung über Eigenschaften der Kaufsache dann nicht haftet, wenn diese die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, liegt deshalb nur vor, wenn ein Einfluss der öffentlichen Äußerung auf die Kaufentscheidung nachweislich ausgeschlossen ist. Für die Beeinflussung der Kaufentscheidung genügt es, dass der Käufer die öffentliche Äußerung in seine Abwägung für und gegen den Kauf einbezogen hat (vgl. BeckOK BGB/*Faust*, [1.5.2021], § 434 Rn. 90; *Grigoleit/Herresthal* JZ 2003, 233, 239).

12 (2) Ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, unterliegt tatrichterlicher Würdigung und ist etwa dann anzunehmen, wenn die öffentliche Äußerung bei Vertragsschluss

noch nicht vorlag (vgl. BGH, Urteil vom 17. März 2010 – VIII ZR 253/08, NJW-RR 2010, 1329 Rn. 17; OLG Düsseldorf, Urteil vom 18. August 2008 – 1 U 238/07, juris Rn. 24) oder sie zwar vorlag, der Käufer sie aber nicht kannte (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 6. September 2017 – 4 U 105/17, juris Rn. 63; Staudinger/*Matusche-Beckmann*, BGB [2013], § 434 Rn. 112), oder wenn es dem Käufer bei dem Vertragsschluss allein auf eine Beschaffenheit oder einen Verwendungszweck ankam, für den die in der öffentlichen Äußerung behandelten Umstände ohne Bedeutung waren (BeckOK BGB/*Faust* [1.5.2021], § 434 Rn. 90 mwN; Erman/*Grunewald*, BGB, 16. Aufl., § 434 Rn. 29; jurisPK-BGB/*Pammler*, 9. Aufl., § 434 Rn. 137; NK-BGB/*Büdenbender*, 4. Aufl., § 434 Rn. 53; MüKoBGB/*Westermann*, 8. Aufl., § 434 Rn. 35; *Grigoleit/Herresthal*, JZ 2003, 233, 238; Haas, BB 2001, 1313, 1314; aA *Oektker/Maultsch*, Vertragliche Schuldverhältnisse, 4. Aufl., § 2 Rn.73).

13 bb) Dabei ist mit der „Kaufentscheidung“ im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB der Abschluss des Kaufvertrags gemeint. Maßgeblich für die Beurteilung, ob eine öffentliche Äußerung des Verkäufers über eine Eigenschaft des Grundstücks die Kaufentscheidung nicht beeinflussen konnte, ist deshalb entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts nicht der Zeitpunkt, zu dem der Käufer sich entschlossen hat, das Grundstück zu erwerben, sondern der Zeitpunkt der notariellen Beurkundung des Grundstückskaufvertrags. Bei getrennten Urkunden über Angebot und Annahme (§ 128 BGB) kommt es auf die notarielle Beurkundung des bindenden Angebots des Käufers zum Erwerb des Grundbesitzes an.

14 (1) Ist der Käufer zu dem Kauf entschlossen, der Kaufvertrag aber noch nicht geschlossen, ist eine Kaufentscheidung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB noch nicht gegeben. Im Rahmen der Privatautonomie hat nämlich jede Partei bis zum Vertragsabschluss das Recht, von dem in Aussicht genommenen Vertrag Abstand zu nehmen (Senat, Urteil vom 13. Oktober 2017 – V ZR 11/17, ZfIR 2018, 98 Rn. 5; BGH, Urteil vom 22. Februar 1989 – VIII ZR 4/88, ZIP 1989, 514, 515). Bis zum Abschluss des Kaufvertrags ist der Käufer frei, den Vertrag zu schließen oder nicht.

15 (2) Das wird bei einem Grundstückserwerb besonders deutlich. Der Grundstückskaufvertrag kommt erst mit der notariellen Beurkundung zustande (§ 311b Abs. 1 Satz 1 BGB). Bis dahin sind die späteren Vertragsparteien nicht gebunden und können von dem Abschluss des Grundstückskaufvertrags noch im Notartermin Abstand nehmen, ohne sich – von dem Ausnahmefall einer besonders schwerwiegenden Treuepflichtverletzung abgesehen – schadensersatzpflichtig zu machen (Senat, Urteil vom 13. Oktober 2017 – V ZR 11/17, ZfIR 2018, 98 Rn. 5 ff.; Urteil vom 9. November 2012 – V ZR 182/11, NJW 2013, 928

Rn. 8). Das zeigt, dass der Käufer bis zu der notariellen Beurkundung des Vertrags durch öffentliche Äußerungen des Verkäufers über Eigenschaften der Kaufsache bei seiner Entscheidung, den Kaufvertrag zu schließen oder nicht, beeinflusst werden kann. Anders als das Berufungsgericht meint, waren deshalb auch Angaben zur Bebaubarkeit des Grundstücks, die nach der E-Mail der Klägerin vom 11. Oktober 2015 gemacht wurden, geeignet, ihre Kaufentscheidung zu beeinflussen.

16 c) Entgegen der Ansicht des Berufungsgerichts lässt sich auf der Grundlage des Sachvortrags der Klägerin auch nicht ein Sachmangel aufgrund der im Exposé gemachten Angaben verneinen (§ 434 Abs. 1 Satz 3 BGB; zum Maklerexposé vgl. Senat, Urteil vom 19. Januar 2018 – V ZR 256/16, ZfIR 2018, 395 Rn. 10). Nach dem Inhalt des Exposés, wonach es sich um ein sanierungsfähiges Objekt, bestehend aus zwei Mehrfamilienhäusern mit acht bezugsfreien Wohneinheiten handele, konnte die Käuferin erwarten, dass eine Sanierung der Mehrfamilienhäuser mit insgesamt acht Wohnungen möglich war. Sollten stattdessen, wie die Klägerin geltend macht, nur Zweifamilienhäuser, also insgesamt nur vier Wohneinheiten, genehmigungsfähig sein, entspricht die Kaufsache nicht der Sollbeschaffenheit.

17 3. Ebenfalls rechtsfehlerhaft sind die Erwägungen des Berufungsgerichts, mit denen es einen Schadensersatzanspruch gegen die Beklagte zu 1 unter dem Gesichtspunkt des Verschuldens bei Vertragsschluss (§ 280 Abs. 1, § 311 Abs. 2 und 3, § 241 Abs. 2 BGB i.V.m. § 398 BGB) verneint.

18 Richtig ist zwar, dass ein solcher Anspruch – der neben der Haftung für Sachmängel gegeben ist, wenn der Verkäufer den Käufer über die Beschaffenheit der Sache arglistig getäuscht hat (vgl. Senat, Urteil vom 27. März 2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rn. 19 ff.) – voraussetzt, dass die Pflichtverletzung des Verkäufers für den Kaufabschluss kausal war (vgl. Senat, Urteil vom 17. November 1978 – V ZR 210/74, WM 1979, 235, 236; anders im Rahmen von § 444 BGB, vgl. Senat, Urteil vom 15. Juli 2011 – V ZR 171/10, BGHZ 190, 272 Rn. 13). Mit Kaufabschluss unter dem Gesichtspunkt der Kausalität ist aber, anders als das Berufungsgericht meint, ebenfalls der Vertragsschluss gemeint. Die Kausalität muss zwischen der Pflichtverletzung und dem Vertragsschluss bestehen (vgl. Senat, Urteil vom 15. Juli 2016 – V ZR 168/15, BGHZ 211, 216 Rn. 8 f.). Geht es, wie hier, um einen Grundstückskaufvertrag, kann eine Pflichtverletzung des Verkäufers aus den oben genannten Gründen (vgl. Rn. 14 u. 15) bis zu der notariellen Beurkundung des Kaufvertrags in der Weise kausal sein, dass sie den Käufer darin hindert, von seiner (vorläufigen) Kaufentscheidung Abstand zu nehmen und den Kaufvertrag nicht abzuschließen. Das Berufungsge-

richt durfte deshalb nicht offenlassen, ob die Beklagte zu 1 bzw. deren Hilfspersonen vor Vertragsschluss vorsätzlich falsche Angaben zu der Sanierungsmöglichkeit bzw. Bebaubarkeit des Grundstücks gemacht haben.

19 4. Aus denselben Gründen halten die Erwägungen, mit denen das Berufungsgericht den auf § 826, § 823 Abs. 2 BGB i.V.m. § 263 StGB, § 398 BGB gestützten Schadensersatzanspruch gegen den Beklagten zu 2 verneint, rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Die Kausalität eventuell in der Zeit vom 14. bis 23. Oktober 2015 vorsätzlich falsch gemachter Angaben des Beklagten zu 2 über die Möglichkeit, die Gebäude mit je vier Wohnungen zu sanieren, kann nicht deshalb verneint werden, weil der Käufer zu diesem Zeitpunkt bereits den Entschluss getroffen hatte, das Grundstück zu erwerben.

20 5. Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Die bei der Käuferin durch das Exposé und die Visualisierung geweckte Vorstellung, im Rahmen der Sanierung jeweils vier Wohneinheiten schaffen und das Dachgeschoss ausbauen zu können, hat die Beklagte zu 1 nicht dadurch wieder beseitigt, dass sie der Käuferin mitgeteilt hat, das Kaufobjekt sei entmietet und ohne Heizung und die Baugenehmigung sei abgelaufen. Wusste die Beklagte zu 1 – was die Klägerin unter Beweisannahme vorgetragen und wozu das Berufungsgericht keine Feststellungen getroffen hat – aufgrund der Mitteilung des Bezirksamts, dass das Objekt nicht (mehr) entsprechend der Visualisierung bzw. den Angaben im Exposé bebaut werden durfte, war sie verpflichtet, die Käuferin darauf hinzuweisen.

21 Die Revision hat somit Erfolg. Das Berufungsurteil war im tenorierten Umfang aufzuheben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht zur Entscheidung reif, weil weitere Feststellungen zu treffen sind. Sie ist daher zur neuen Verhandlung und Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 ZPO). Für das weitere Verfahren weist der Senat auf folgendes hin:

22 1. Das Berufungsgericht wird dem Vortrag der Klägerin zu der baurechtlichen Unzulässigkeit des Umbaus des Kaufobjekts entsprechend den Angaben in dem Exposé und der Visualisierung sowie zu der Arglist der Beklagten zu 1 und dem Vorsatz des Beklagten zu 2 nachzugehen haben. Eine Kenntnis des Beklagten zu 2 müsste sich die Beklagte zu 1 zurechnen lassen, wenn er deren Verhandlungsführer gewesen ist (§ 166 BGB analog; vgl. Senat, Urteil vom 7. März 2003 – V ZR 437/01, NJW-RR 2003, 989, 990). Auf den in dem Kaufvertrag vereinbarten allgemeinen Haftungsausschluss, der auch die nach den öffentlichen Äußerungen des Verkäufers im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB zu erwartenden Eigenschaften eines Grundstücks erfasst (vgl. Senat, Urteil vom 22. April 2016 – V ZR 23/15, NJW 2017, 150 Rn. 12, 18; Urteil vom 25. Ja-

nuar 2019 – V ZR 38/18, NJW 2019, 2380 Rn. 21 mwN), kann die Beklagte zu 1 sich nur dann mit Erfolg berufen, wenn sie nicht arglistig gehandelt hat (§ 444 BGB). Andernfalls kommt auch ein Schadensersatzanspruch wegen Verschuldens bei Vertragsschluss in Betracht (vgl. Senat, Urteil vom 27. März 2009 – V ZR 30/08, BGHZ 180, 205 Rn. 19 ff.).

23 2. Waren die Angaben über die Sanierungsfähigkeit der Kaufsache in dem Exposé bzw. in der sog. Visualisierung, sollte es sich bei letzterer um eine öffentliche Äußerung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 3 BGB handeln, unzutreffend, haftet die Beklagte zu 1 auch bei Arglist dann nicht, wenn ausgeschlossen ist, dass die Angaben Einfluss auf die Kaufentscheidung der Käuferin haben konnten (§ 434 Abs. 1 Satz 3 Halbsatz 2 BGB). Das hätte die Beklagte zu 1 darzulegen und zu beweisen. Entsprechendes gilt für eine Haftung wegen Verschuldens bei Vertragsschluss aufgrund der nach Darstellung der Klägerin unterbliebenen Aufklärung über die Mitteilungen des Bauamts bzw. vorsätzlich wahrheitswidriger Äußerungen seitens der Verkäuferin.

Zahlung eines Entgelts für die Ausübung der Dienstbarkeit

BGB § 1018, § 874 S. 1

Amtlicher Leitsatz:

Die Befugnis zur Ausübung der Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Eine solche Bedingung muss – anders als eine den Bestand des Rechts betreffende Bedingung – nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden; es genügt die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (Fortführung von Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32). (Rn. 12)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind. Um für jedermann ohne weiteres erkennbare Umstände handelt es sich bei der Handhabung der Dienstbarkeit durch die Beteiligten sowie deren Vorstellung und innerer Willen nicht. (Rn. 13)

2. Die Verwirkung eines Anspruchs aus einem dinglichen Recht, das gem. § 902 Abs. 1 S. 1 BGB der Verjährung nicht unterliegt, kann nur in Ausnahmefällen angenommen werden. Der Rechtsverkehr kann darauf vertrauen, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht fortbesteht. Die Verwirkung einer Grunddienstbarkeit kommt deshalb allenfalls aufgrund des Verhaltens des aktuell dinglich Berechtigten und nur im Verhältnis zu ihm in Betracht. Andernfalls würde der Grundbuchinhalt entwertet. (Rn. 21)

BGH (V. Zivilsenat),
Urteil vom 19.03.2021 – V ZR 44/19

▶ I. Tatbestand:

1 Die Klägerin ist Eigentümerin eines mit einem Hotel bebauten Grundstücks in M. . Die Errichtung des Hotels 1957 durch die damalige Eigentümerin löste einen Stellplatzbedarf von zuletzt 129 Stellplätzen aus, von denen 99 abgelöst wurden; die übrigen Stellplätze sollten auf dem Nachbargrundstück errichtet werden. Die Beklagten sind die Miteigentümer des Nachbargrundstücks. Darauf lastet eine Grunddienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers des Hotelgrundstücks. In der 1981 erfolgten Eintragung in das Grundbuch wird die Grunddienstbarkeit als Kraftfahrzeugeinstellrecht bezeichnet. In der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung vom 22. November 1979 heißt es in Ziffer 6 u.a.:

„a) Der Eigentümer des herrschenden Grundbesitzes ist berechtigt, auf dem dienenden Grundbesitz 30 – dreißig – Kraftfahrzeuge einzustellen und zu diesem Zweck die vorhandenen Zufahrten zu benutzen.

b) ...

Der Käufer bewilligt und beantragt die Eintragung der bestellten Grunddienstbarkeit im Grundbuch Zug um Zug mit der Eintragung der Auflassung.

Für die Einräumung des Rechts zu Buchst. a) hat der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr zu entrichten. Hierfür hat der Verkäufer zu sorgen und einzustehen.“

2 In den Jahren 1982 bis 1984 wurde auf dem dienenden Grundstück ein Bauwerk mit Tiefgarage errichtet. Die früheren Eigentümer des herrschenden Grundstücks nahmen die Dienstbarkeit nicht in Anspruch. Erstmals die Klägerin, die bei dem Erwerb des Grundstücks 2010 keine schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsgebühr übernommen hatte, machte das Kraftfahrzeugeinstellrecht gegenüber den Beklagten geltend. Sie verlangt eine unentgeltliche Nutzung; die Beklagten meinen, die Nutzung nur gegen Zahlung eines Entgelts dulden zu müssen.

3 Das Landgericht hat die Klage auf Duldung der Einstellung von 30 Kraftfahrzeugen und der Benutzung der Zu- und Abfahrten auf dem Grundstück der Beklagten abgewiesen. Die Berufung der Klägerin hat das Oberlandesgericht durch Beschluss nach § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Mit der von dem Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihren Duldungsantrag weiter. Die Beklagten beantragen die Zurückweisung des Rechtsmittels.

▶ II. Aus den Gründen:

4 Das Berufungsgericht verneint eine Duldungspflicht der Beklagten, weil die Ausübung der Grunddienstbarkeit durch die Zahlung einer angemessenen Nutzungsgebühr bedingt und die Bedingung nicht eingetreten sei. Aus dem Grundbuch und der in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung, aber auch aus der Handhabung der Grunddienstbarkeit durch die jeweiligen Grundstückseigentümer ergebe sich für einen unbefangenen Betrachter, dass die Entrichtung einer Nutzungsgebühr nicht Bedingung für die Bestellung der Grunddienstbarkeit, sondern für deren Ausübung sein solle. Dieses Verständnis werde von dem Wortlaut gedeckt. Auch das Verhalten der Beteiligten nach der Bestellung der Grunddienstbarkeit spreche dafür, dass die Entrichtung einer Nutzungsgebühr nur bei einer konkreten Inanspruchnahme der Stellplätze gewollt gewesen sei. Denn eine konkrete Nutzungsvereinbarung sei 1979 und auch später nicht getroffen worden. Alle Beteiligten hätten die wirksame Entstehung der Grunddienstbarkeit und deren Entgeltlichkeit nicht in Zweifel gezogen. Bis 2012 sei weder eine unentgeltliche Einstellung von Kraftfahrzeugen noch eine Nutzungsgebühr verlangt worden. Die in der Ausübung durch die Gewährung eines Entgelts bedingte Grunddienstbarkeit sei wirksam unter Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung in das Grundbuch eingetragen und in dieser Form erworben worden.

5 Das hält rechtlicher Nachprüfung nicht stand. Mit der gegebenen Begründung kann eine Pflicht der Beklagten, infolge der Grunddienstbarkeit das unentgeltliche Einstellen von 30 Kraftfahrzeugen auf ihrem Grundstück durch die Klägerin bzw. durch die von dieser ermächtigten Personen zu dulden (§ 1004 Abs. 2, § 1018 BGB), nicht verneint werden.

6 1. Das Berufungsgericht geht allerdings zutreffend davon aus, dass die Ausübung der Dienstbarkeit von der Zahlung eines Nutzungsentgelts abhängig gemacht werden kann.

7 a) In der Vereinbarung über die Bestellung einer Dienstbarkeit können weitere Regelungen getroffen werden. Das gilt insbesondere für die Abrede über eine Gegen-

leistung des Berechtigten (Senat, Urteil vom 20. September 1974 – V ZR 44/73, NJW 1974, 2123), die auch als ein laufendes, nach bestimmten Zeitabschnitten zu entrichtenden Entgelt vereinbart werden kann (Senat, Urteil vom 10. Mai 1968 – V ZR 221/64, WM 1968, 775; Urteil vom 27. Juni 2014 – V ZR 51/13, NJW-RR 2014, 1423 Rn. 13). Eine Verpflichtung des Dienstbarkeitsberechtigten zur Zahlung eines Entgelts kann aber nicht Inhalt einer Grunddienstbarkeit sein (vgl. Senat, Beschluss vom 7. April 2011 – V ZR 201/10, juris Rn. 4 mwN; BayObLGZ 1979, 278). Eine Möglichkeit zur dinglichen Sicherung einer solchen Gegenleistungspflicht ist die Eintragung einer Reallast (§ 1105 BGB) oder einer Rentenschuld (§ 1199 BGB) auf dem herrschenden Grundstück (vgl. OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432, 433; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rn. 7; kleine *Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 397).

8 b) Ob die Ausübung der Dienstbarkeit auch mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Nutzungsentgeltes gestellt werden kann, ist allerdings umstritten.

9 aa) Die überwiegende Ansicht nimmt an, die Ausübung der Grunddienstbarkeit könne unter die Bedingung gestellt werden, dass der Berechtigte eine Gegenleistung erbringe mit der Folge, dass bei Nichteintritt der Bedingung das dingliche Recht nicht durchsetzbar sei (vgl. OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432, 433 f.; OLG Frankfurt, Rpfleger 1974, 430; Bauer/Schaub/Bayer/Lieder, GBO, 4. Aufl., AT C Rn. 337, 475; Herrler in BeckNotar-Hdb, 7. Aufl., § 7 Rn. 31; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 1160; Dehner, Nachbarrecht [September 2013], B § 30 III 7; BeckOGK/Reymann, BGB [1.11.2020], § 158 Rn. 120; BeckOK BGB/Reischl [1.2.2021], § 1018 Rn. 47; Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., Vor § 1018 Rn. 9, § 1093 Rn. 4; MüKoBGB/Westermann, 8. Aufl., § 158 Rn. 26; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rn. 7, 69; Staudinger/Reymann, BGB [2017], § 1093 Rn. 14; Staudinger/Weber, BGB [2017], § 1018 Rn. 14; Amann, DNotZ 1982, 396, 405; kleine *Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 399; so wohl auch *Dammertz*, MittRhNotK 1970, 73, 88). Davon ist auch der Bundesgerichtshof in einer älteren Entscheidung ausgegangen (Urteil vom 27. April 1970 – III ZR 226/68, BGHZ 54, 10, 18).

10 bb) Ein Teil des Schrifttums lehnt das mit der Begründung ab, die Bedingung für die Ausübung der Dienstbarkeit sei nichts anderes als die Bedingung des Rechts selbst. Die Rechtsausübung sei nicht Inhalt, sondern Auswirkung eines Rechts, und bestimme sich deshalb nach seinem Inhalt. Werde die Rechtsausübung rechtsgeschäftlich mit dinglicher Wirkung beschränkt, bedeute dies eine Beschränkung des Rechts selbst. Damit werde der Inhalt des dinglichen Rechts unzulässig an das Schuldrecht geknüpft (vgl. NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018

Rn. 102 und § 1093 Rn. 14; *Wolff/Raiser*, Sachenrecht, 10. Aufl., § 107 Fn. 3; *Ripfel*, DNotZ 1968, 404, 406; kritisch auch *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rn. 40).

11 cc) Der Senat hält die zuerst genannte Auffassung für zutreffend. Die Befugnis zur Ausübung der Dienstbarkeit kann mit dinglicher Wirkung unter die Bedingung der Zahlung eines Entgelts gestellt werden. Wenn, was allgemein anerkannt ist, die Grunddienstbarkeit in ihrem Bestand von der Erbringung der schuldrechtlichen Gegenleistung abhängig sein kann (vgl. NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 102; Staudinger/Weber, BGB [2017], § 1018 Rn. 14; *Soergel/Stürner*, BGB, 13. Aufl., § 1018 Rn. 40; kleine *Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 398), gilt das erst recht für die geringere Beschränkung der Ausübungsmöglichkeit des Rechts. Das Abstraktionsprinzip verbietet eine solche Verknüpfung zwischen der Ausübung der Dienstbarkeit und der Obliegenheit zur Zahlung eines Entgelts nicht (Umkehrschluss aus § 925 Abs. 2 BGB). Es besteht auch ein anerkanntes praktisches Bedürfnis dafür, eine Dienstbarkeit inhaltlich so beschränken zu können, dass die Zahlung eines Entgelts Bedingung für ihre Ausübung ist. Auf diese Weise wird dem Eigentümer die Möglichkeit eingeräumt, bei Nichtzahlung des Entgelts die Ausübung der Dienstbarkeit zu unterbinden, ohne dass die Dienstbarkeit in ihrem dinglichen Bestand zu Fall kommt. Die Entgeltspflicht selbst wird durch die Vereinbarung einer solchen Bedingung aber nicht verdinglicht. Sie bleibt Obliegenheit zur Ausübung des Rechts.

12 2. Die Bedingung der Zahlung eines Entgelts für die Ausübung der Dienstbarkeit muss nach zutreffender Ansicht des Berufungsgerichts nicht in das Grundbuch selbst eingetragen werden. Es genügt – anders als für eine den Bestand des Rechts betreffende Bedingung (vgl. Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32 Rn. 20) – die Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung (so auch OLG Karlsruhe, DNotZ 1968, 432, 434; Bauer/Schaub/Weber, GBO, 4. Aufl., § 44 Rn. 46; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 1160; Dehner, Nachbarrecht [Oktober 2020], B § 30 III 7; BeckOGK/Reymann, BGB [1.11.2020], § 158 Rn. 120; BeckOGK/Kazele, BGB [1.2.2021], § 1093 Rn. 59.3; Erman/Grziwotz, BGB, 16. Aufl., § 1093 Rn. 4; NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1093 Rn. 13; Palandt/Herrler, BGB, 80. Aufl., § 874 Rn. 5; Staudinger/C. Heinze, BGB [2018], § 874 Rn. 21). Die gegenteilige Ansicht (OLG Frankfurt, Rpfleger 1974, 430 f.; MüKoBGB/Mohr, 8. Aufl., § 1018 Rn. 69; kleine *Holthaus/Keiser*, ZfIR 2009, 396, 399) trifft nicht zu. Aus dem Grundbuch selbst muss nur der wesentliche Inhalt des Rechts ersichtlich sein. Wegen der weiteren inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts kann auf die Eintragungsbewilligung gemäß § 874 Satz 1 BGB Bezug genommen werden (vgl. Senat, Urteil vom 29. September 2006 – V ZR 25/06, WM 2006, 2226

Rn. 13). Um eine solche inhaltliche Ausgestaltung des Rechts handelt es sich bei der Obliegenheit zur Zahlung eines Entgelts für die Ausübung des Rechts.

13 3. Die Auslegung der Grunddienstbarkeit durch das Berufungsgericht hält jedoch der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Es stellt maßgeblich auf die Handhabung der Dienstbarkeit durch die Beteiligten sowie auf deren Vorstellung und inneren Willen ab. Diese Umstände sind jedoch für die Auslegung des Inhalts eines im Grundbuch eingetragenen Rechts unbeachtlich. Zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist vielmehr vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt; Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr. vgl. nur Senat, Urteil vom 12. Juli 2019 – V ZR 288/17, NJW-RR 2020, 77 Rn. 6 mwN). Um für jedermann ohne weiteres erkennbare Umstände handelt es sich bei der Handhabung der Dienstbarkeit durch die Beteiligten sowie deren Vorstellung und innerer Willen nicht.

14 4. Der Senat kann die Grundbucheintragung selbst auslegen (vgl. Senat, Beschluss vom 17. Januar 2019 – V ZB 81/18, NJW-RR 2019, 914 Rn. 14 mwN). Bei nächstliegender Betrachtung ergibt sich aus der in der Grundbucheintragung in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung vom 22. November 1979, dass die Ausübung des Kraftfahrzeugeinstellrechts nicht mit dinglicher Wirkung von der Bedingung der Zahlung eines Entgelts abhängig gemacht, sondern die Entgeltspflicht nur schuldrechtlich vereinbart worden ist. Die schuldrechtliche Verpflichtung zur Zahlung eines Nutzungsentgelts hat die Klägerin nicht übernommen.

15 a) Soll die Ausübung der Grunddienstbarkeit von der Zahlung einer Nutzungsgebühr abhängig sein, muss das in der Grundbucheintragung deutlich zum Ausdruck kommen. Die Vereinbarung einer Entgeltzahlung für die Ausübung der Dienstbarkeit ist nämlich auf zwei Wegen möglich. Die Entgeltspflicht kann zum einen als Bedingung für die Ausübung der Dienstbarkeit vereinbart werden, die zu einer inhaltlichen Beschränkung des Rechts führt. Sie kann zum anderen als rein schuldrechtliche Pflicht des Vertragspartners begründet werden.

16 b) Die zuletzt genannte schuldrechtliche Lösung ist hier gewählt worden. Die Eintragungsbewilligung vom 22. November 1979 ist nächstliegend dahin auszulegen, dass die Verpflichtung zur Zahlung einer Nutzungsgebühr nicht als Inhalt der Dienstbarkeit vereinbart worden ist.

17 aa) Der Wortlaut der Eintragungsbewilligung, wonach der Berechtigte eine angemessene und ortsübliche Nutzungsgebühr „[f]ür die Einräumung des Rechts“ zu entrichten hat, ist nicht eindeutig. Ihm kann nur entnommen werden, dass für die Gewährung der Nutzungsmöglichkeit eine Nutzungsgebühr gezahlt werden soll.

18 bb) Die Systematik der Regelung in Ziffer 6 der Eintragungsbewilligung spricht gegen eine Bedingung und für eine nur schuldrechtlich wirkende Vereinbarung. Unter Buchstabe a) wird der Inhalt der Grunddienstbarkeit beschrieben, wonach der Eigentümer des herrschenden Grundstücks berechtigt ist, dreißig Kraftfahrzeuge einzustellen und zu diesem Zweck die vorhandenen Zufahrten zu benutzen. Es folgt – im Anschluss an eine hier nicht interessierende Unterlassungsverpflichtung des Käufers – die Bewilligung und Beantragung der Eintragung der Grunddienstbarkeit in das Grundbuch. Diese den Vollzug der Eintragung betreffenden Erklärungen beziehen sich nach der systematischen Stellung auf das unter Buchstabe a) beschriebene dingliche Recht und beenden die dazu getroffenen dinglichen Regelungen. Erst im Anschluss daran und in einem gesonderten Absatz folgt die Vereinbarung über die Entrichtung einer angemessenen Nutzungsgebühr. Diese kann sich schon wegen ihrer systematischen Stellung nicht auf den unter Buchstabe a) beschriebenen Inhalt der Grunddienstbarkeit beziehen.

19 cc) Auch die weitere Regelung in Ziffer 6 der Eintragungsbewilligung, wonach „der Verkäufer“ für die Entrichtung der Nutzungsgebühr „zu sorgen und einzustehen“ hat, spricht bei nächstliegender Auslegung dagegen, dass der Inhalt der Dienstbarkeit so beschränkt worden ist, dass die Zahlung eines Entgelts Bedingung für ihre Ausübung ist. Die Vereinbarung der Verpflichtung des Verkäufers, für die Entrichtung der Nutzungsgebühr zu sorgen und einzustehen, soll die Zahlung an den Eigentümer des dienenden Grundstücks sicherstellen. Der Regelung hätte es nicht bedurft, wenn bereits der Inhalt der Dienstbarkeit beschränkt worden wäre. „Sorgen“ für die Entrichtung der Nutzungsgebühr kann der Verkäufer im Fall eines Weiterverkaufs des herrschenden Grundstücks nur, indem er die Verpflichtung zur Zahlung eines Nutzungsentgelts schuldrechtlich an den Käufer weitergibt und auch diesem eine Weitergabeverpflichtung auferlegt. Dass, wie die Beklagten meinen, der damalige Verkäufer des dienenden Grundstücks eine Ausfallhaftung übernommen habe, die neben die Obliegenheit des jeweiligen Dienstbarkeitsberechtigten zur Entgeltzahlung treten sollte, ist nicht als nächstliegend anzusehen. Denn es erschließt sich nicht, warum der Verkäufer eine dauerhafte und unbeschränkte Einstandspflicht übernommen haben sollte, wenn schon die Ausübung der Dienstbarkeit von der Zahlung des Entgelts abhängig, dieses also im praktischen Ergebnis gesichert war.

20 Das Berufungsurteil erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 561 ZPO). Das Kraftfahrzeugeinstellrecht ist entgegen der Auffassung der Beklagten nicht verwirkt.

21 1. Die Verwirkung eines Anspruchs aus einem dinglichen Recht, das der Verjährung nicht unterliegt (§ 902 Abs. 1 Satz 1 BGB), kann nur in Ausnahmefällen angenommen werden (vgl. Senat, Urteil vom 16. März 2007 – V ZR 190/06, NJW 2007, 2183 Rn. 9 f. zu § 1004 Abs. 1 BGB; NK-BGB/Otto, 4. Aufl., § 1018 Rn. 117). Der Rechtsverkehr kann darauf vertrauen, dass ein im Grundbuch eingetragenes Recht fortbesteht. Die Verwirkung einer Grunddienstbarkeit kommt deshalb allenfalls aufgrund des Verhaltens des aktuell dinglich Berechtigten und nur im Verhältnis zu ihm in Betracht. Andernfalls würde der Grundbuchinhalt entwertet.

22 2. Danach sind die Voraussetzungen der Verwirkung nicht gegeben. In der Person der Klägerin fehlt es schon an dem erforderlichen Zeitpunkt. Sie ist erst seit 2010 Eigentümerin des herrschenden Grundstücks und hat das Recht aus der Dienstbarkeit bereits 2012 gegenüber den Beklagten geltend gemacht.

23 Das Berufungsurteil kann daher keinen Bestand haben (§ 562 Abs. 1 ZPO). Die Sache ist nicht entscheidungsreif, weil das Berufungsgericht – aus seiner Sicht folgerichtig – keine Feststellungen dazu getroffen hat, ob die Grunddienstbarkeit infolge der Errichtung des Bauwerks mit Tiefgarage auf dem Grundstück der Beklagten gemäß § 1028 Abs. 1 Satz 2 BGB erloschen ist. Die Sache ist deshalb unter Aufhebung des Berufungsurteils zur Verhandlung und erneuten Entscheidung an das Berufungsgericht zurückzuverweisen (§ 563 Abs. 1 Satz 1 ZPO). Hierzu weist der Senat auf Folgendes hin:

24 1. Zunächst ist festzustellen, ob das Kraftfahrzeugeinstellrecht auf dem Grundstück der Beklagten auch außerhalb des vorhandenen Bauwerks ausgeübt werden kann, ohne den Rahmen einer schonenden Rechtsausübung zu überschreiten (§§ 1020, 1090 Abs. 2 BGB; vgl. Senat, Urteil vom 19. September 2008 – V ZR 164/07, NJW 2008, 3703, 3704, Urteil vom 23. Januar 2015 – V ZR 184/14, WM 2015, 1432 Rn. 9 mwN).

25 2. Sollten der Klägerin keine ausreichenden Flächen auf dem Grundstück der Beklagten zum Einstellen von Fahrzeugen zur Verfügung stehen, hätte das nicht zwingend zur Folge, dass das auf dem Grundstück der Beklagten errichtete Bauwerk eine Anlage darstellt, durch die die Dienstbarkeit beeinträchtigt wird (§ 1028 Abs. 1 BGB). In Betracht kommt vielmehr, dass sich das Einstellrecht nunmehr auf die Tiefgarage bezieht.

26 a) Die Tiefgarage als solche ist nach dem objektiven Inhalt der Grunddienstbarkeit keine störende Anlage im Sinne des § 1028 Abs. 1 Satz 1 BGB. Die Dienstbarkeit berechtigt ihrem

Wortlaut nach dazu, 30 Kraftfahrzeuge auf dem dienenden Grundstück einzustellen. Ein Ausübungsbereich des Rechts ist, was möglich gewesen wäre (vgl. dazu Senat, Beschluss vom 16. Februar 1984 – V ZB 8/83, BGHZ 90, 181, 183; Urteil vom 4. Dezember 2015 – V ZR 22/15, WM 2016, 1089 Rn. 36), nicht als Inhalt der Grunddienstbarkeit festgelegt worden. Ihr Ausübungsbereich erstreckt sich deshalb auf das ganze Grundstück und damit auch auf die Tiefgarage. „Eingestellt“ werden können Fahrzeuge bei nächstliegendem Verständnis des Begriffs nämlich sowohl oberirdisch als auch unterirdisch in einer Tiefgarage.

27 b) Allerdings könnte die Ausübung der Dienstbarkeit in der Vergangenheit dadurch beeinträchtigt gewesen sein, dass die Tiefgarage mit einer Zugangsbeschränkung – z.B. einem Tor, einer Schranke oder einer ähnlichen Vorrichtung – versehen ist, wie es üblicherweise der Fall ist. Gibt es ein solches Zugangshindernis, konnte der Dienstbarkeitsberechtigte Kraftfahrzeuge nicht ohne Mitwirkung des Eigentümers des dienenden Grundstücks in die Tiefgarage einstellen. War nicht gewährleistet, dass der Dienstbarkeitsberechtigte die Zugangsbeschränkung überwinden und von seinem Einstellrecht Gebrauch machen konnte, ging und geht von der Tiefgarage eine Beeinträchtigung der Dienstbarkeit aus, die, wenn sie 30 Jahre oder länger andauert haben sollte, zum Erlöschen der Dienstbarkeit geführt hat (§ 1028 Abs. 1 BGB; vgl. zur Frist und zum Tor als störende Anlage Senat, Urteil vom 18. Juli 2014 – V ZR 151/13, NJW 2014, 3780 Rn. 13 und 16).

Zur Behandlung des Wohnungsrechts im Insolvenzverfahren

*BGB §§ 1093, 1092, 925, 889, 891, 874, 873,
InsO §§ 80, 36, 35, GBO §§ 53, 19, 13, ZPO §§ 857, 851*

Amtlicher Leitsatz:

Veräußert der Eigentümer ein Grundstück unter gleichzeitiger Bestellung eines Wohnungsrechts daran zu seinen Gunsten und wird das Eigentum, nachdem das Insolvenzverfahren über sein Vermögen eröffnet worden ist, auf Anfechtung des Insolvenzverwalters auf ihn zurück übertragen, fällt nicht nur das Eigentum, sondern auch das Wohnungsrecht in die Insolvenzmasse und der Insolvenzverwalter ist befugt, gegenüber dem Grundbuchamt die Löschung des Wohnungsrechts im Grundbuch zu bewilligen (Abgrenzung zu OLG München, FG-Prax 2011, 17).

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 07.10.2021 – 1 W 342/21

► I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1 war, soweit hier von Interesse, ursprünglich als Eigentümer des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücks (im Folgenden: Grundstück) im Grundbuch eingetragen.

2 Am 15. Juni 2006 gründete er mit der Beteiligten zu 2 zur UR-Nr. J 2xx/2... des Notars Dr. H...-J... J... in B... eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts“. Die Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarten die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück als Einlage des Beteiligten zu 1 in die Gesellschaft und erklärten dementsprechend die Auflassung auf sich „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes“.

3 Zugleich bewilligte der Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. J 2xx/2... desselben Notars für sich die Eintragung der Belastung des Eigentums an dem Grundstück mit einem Wohnungsrecht in dem Grundbuch. Der Beteiligte zu 1 bestimmte u.a., dass die Ausübung des Wohnungsrechts dritten Personen nicht überlassen werden könne.

4 Am 1. September 2006 wurde die Beteiligte zu 3 unter Bezeichnung der Beteiligten zu 1 und 2 „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ an Stelle des Beteiligten zu 1 in Abt. I lfd. Nr. 2 im Grundbuch eingetragen. Zugleich buchte das Grundbuchamt in Abt. II lfd. Nr. 12 zu Gunsten des Beteiligten zu 1 das von ihm bewilligte Wohnungsrecht.

5 Über das Vermögen des Beteiligten zu 1 wurde am 2. Juni 2009 durch das Amtsgericht Charlottenburg – 36h IN ... – das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 4 als Insolvenzverwalter bestellt. Am 7. April 2011 wurde in Abt. II lfd. Nr. 13 des Grundbuchs hierzu ein Insolvenzvermerk eingetragen.

6 Auf die Klage des Beteiligten zu 4 wurden die „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bR“ vertreten durch die Beteiligte zu 2 sowie die Beteiligte zu 2 am 16. September 2014 von dem Landgericht Berlin – 16 O 356/13 – verurteilt, „die Rückübertragung und Rückauflassung des [Grundstücks] an den Insolvenzschuldner zu erklären und die Berichtigung der Eintragung im Grundbuch zu dulden“. Die Berufung der Beklagten blieb vor dem Kammergericht weitgehend erfolglos – Urteil vom 14. März 2017, 14 U 175/14.

7 Am 21. Juni 2021 erklärte der Beteiligte zu 4 unter Bezugnahme auf die Urteile des Landgerichts Berlin und des Kammergerichts zur UR-Nr. 1xx/2... des Notars K... N... in B... die Auflassung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 1, bewilligte die Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 12 eingetragenen Wohnungsrechts und beantragte die Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch. Der Urkundsnotar beantragte am 22. Juni 2021 unter

Beifügung einer Ausfertigung seiner UR-Nr. 1xx/2... sowie vollstreckbarer Ausfertigungen der Urteile des Landgerichts und des Kammergerichts den Vollzug im Grundbuch. Dem kam das Grundbuchamt am 19. August 2021 durch Eintragung des Beteiligten zu 1 an Stelle der Beteiligten zu 3 in Abt. I lfd. Nummer 3, der Löschung der Belastung Abt. II lfd. Nr. 12 sowie der Eintragung eines weiteren Insolvenzvermerks in Abt. II lfd. Nr. 14 nach. Unter dem 6. September 2021 hat der Beteiligte zu 1 durch seinen Verfahrensbevollmächtigten gegen die Löschung des Wohnungsrechts mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs Beschwerde erhoben. Derselbe Verfahrensbevollmächtigte hat mit Schriftsatz vom 6. September 2021 im Namen der Beteiligten zu 2, 5 und 6 Beschwerde gegen die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs erhoben und auch insofern die Eintragung eines Amtswiderspruchs beantragt. Die Beteiligten zu 5 und 6 seien der zunächst aus den Beteiligten zu 1 und 2 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafter beigetreten.

8 Das Grundbuchamt hat beiden Beschwerden mit Beschlüssen vom 9. September 2021 nicht abgeholfen.

► II. Aus den Gründen:

9 1. Gegenstand des hiesigen Verfahrens – 1 W 342/21 – ist die gegen die Löschung des Wohnungsrechts gerichtete Beschwerde vom 6. September 2021. Das weitere, von den Beteiligten zu 2, 5 und 6 erhobene Rechtsmittel wird gesondert als eigenes Verfahren zum Geschäftszeichen 1 W 343/21 geführt.

10 2. Die mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die Löschung der Belastung in Abt. II lfd. Nr. 12 erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 2 S. 2 GBO.

11 Der Beteiligte zu 1 ist auch beschwerdeberechtigt. Das ist derjenige, der, falls die Eintragung unrichtig wäre, nach § 894 BGB einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches hätte, zu dessen Gunsten also der Widerspruch einzutragen wäre (vgl. BGH, FGPrax 2014, 99; NJW 1989, 1609; OLG München, Beschluss vom 10. März 2011 – 34 Wx 143/10 –, juris; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71, Rdn. 69). Gemäß § 894 BGB kann derjenige, dessen Recht an einem Grundstück nicht oder nicht richtig eingetragen ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Das ist der Beteiligte zu 1, weil das zu seinen Gunsten eingetragene Wohnungsrecht im Grundbuch gelöscht worden ist.

12 Das Rechtsmittel ist durch seine Verfahrensbevollmächtigten auch wirksam erhoben worden. Dabei kann dahinstehen, ob diese an der Vertretung des Beteiligten zu 1 gemäß § 43a Abs. 4 BRAO gehindert waren, weil sie zugleich für die Beteiligten zu 2, 5 und 6 gegen dessen Eintragung als Eigentümer des Grundstücks Beschwerde erhoben haben (1 W 343/21). Ein solcher, möglicherweise bestehender Interessenwiderstreit wirkt sich grundsätzlich nicht auf die den Verfahrensbevollmächtigten erteilte Verfahrensvollmacht aus und führt nicht zur Unwirksamkeit ihrer Verfahrenshandlungen. Das ist höchstrichterlich für die Prozessvollmacht geklärt (BGH, FamRZ 2009, 1319). Materiellrechtliche Bestimmungen des Vertretungsrechts und hierauf gegründete Erwägungen finden auf die prozessuale Vollmacht keine Anwendung; die Vorschriften der §§ 78 ff. ZPO bilden für die Prozessvollmacht ein Sonderrecht. Es gibt keinen Grund, dies bei einer zur Vertretung eines Beteiligten in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erteilten Vollmacht anderes zu sehen. Auf sie sind letztlich die Regelungen der Prozessvollmacht entsprechend anzuwenden, § 11 S. 5 FamFG. Grundbuchsachen sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 23 Abs. 2 Nr. 8 GVG.

13 3. Das Rechtsmittel bleibt in der Sache ohne Erfolg.

14 Ergibt sich, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, so ist von Amts wegen ein Widerspruch einzutragen. Ein Amtswiderspruch kann sich auch gegen die Löschung einer Grundbucheintragung richten (BGH, ZfIR 2011, 537, 539). Hier liegen die Voraussetzungen zur Eintragung eines solchen Amtswiderspruchs aber nicht vor.

15 a) Das Grundbuchamt hat bei der Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 12 eingetragenen Wohnungsrechts keine gesetzlichen Vorschriften verletzt.

16 Die Löschung eines im Grundbuch eingetragenen Rechts erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht von der Löschung betroffen wird, bewilligt, § 19 GBO. Insoweit gilt für die Löschung nichts anderes als für die Eintragung eines Rechts (*Demharter*, a.a.O., § 46, Rdn. 6). Antragsberechtigt ist jeder, dessen Recht von der Eintragung betroffen wird, § 13 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 GBO. Die Antragsberechtigung ist, wie auch die Bewilligungsbefugnis, Ausfluss der sachenrechtlichen Verfügungsbefugnis über das betroffene Recht (*Demharter*, a.a.O., § 13, Rdn. 49, § 19, Rdn. 56). Das Grundbuchamt hat sie von Amts wegen zu prüfen (*Demharter*, a.a.O., Anhang zu § 13, Rdn. 45, § 19, Rdn. 58). Hier war der Beteiligte zu 4 zur Verfügung über das im Grundbuch eingetragene Wohnungsrecht befugt.

17 aa) Ist über das Vermögen des von der Eintragung Betroffenen das Insolvenzverfahren eröffnet worden, so kann nur der Insolvenzverwalter über das Recht verfügen, wenn es zum insolvenzbefangenen Vermögen des Schuldners gehört, § 80 Abs. 1 InsO (*Riewe/Kaubisch*, in: BeckOK Insolvenzrecht, Stand Juli 2021, § 80, Rdn. 10; *Sternal*, in: Karsten Schmidt, Insolvenzordnung, 19. Aufl., § 80, Rdn. 6; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 3138). Das ist nicht der Fall bei Gegenständen, die nicht der Zwangsvollstreckung unterliegen, § 36 Abs. 1 S. 1 InsO.

18 Unveräußerliche Rechte sind in Ermangelung besonderer Vorschriften der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann, §§ 857 Abs. 3, 851 Abs. 1 ZPO. Eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist nicht übertragbar, § 1092 Abs. 1 S. 1 BGB. Ihre Ausübung kann einem anderen nur überlassen werden, wenn die Überlassung gestattet ist, § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB. Ist sie nicht gestattet, unterfällt die beschränkte persönliche Dienstbarkeit nicht dem insolvenzbefangenen Vermögen des Schuldners (BGH, ZIP 2006, 2321; NJW 1962, 1392; *Wilsch*, in: Hügel, GBO, 4. Aufl., InsR, Rdn. 61a; *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdn. 1264; *Hierte/Praß*, in: Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl., § 35, Rdn. 141; *Kirchner*, in: BeckOK, a.a.O., § 35, Rdn. 9).

19 Nichts Anderes gilt, wenn zugunsten des Schuldners im Grundbuch ein Wohnungsrecht nach § 1093 BGB eingetragen ist. Hierbei handelt es sich um eine besondere Form der beschränkten persönlichen Dienstbarkeit, auf die u.a. auch die in §§ 1090 bis 1092 BGB getroffenen Regelungen Anwendung finden (Senat, Beschluss vom 25. April 1968 – 1 W 2093/67 – NJW 1968, 1883; *Grziwotz*, in: Erman, BGB, 16. Aufl., § 1093 BGB, Rdn. 5; *Peters*, in: Münchener Kommentar, InsO, 4. Aufl., § 35, Rdn. 185; *Wimmer*, in: Gottwald/Haas, Insolvenzrechts-Handbuch, 6. Aufl., § 25, Rdn. 50). Nur wenn dem Schuldner als Berechtigtem des Wohnungsrechts die Überlassung der Ausübung an Dritte gestattet ist, kann das Recht gepfändet werden (BGHZ 130, 314, 318; NJW-RR 1986, 991, 992; NJW 1999, 643, 644; Senat, a.a.O., 1883 *Riedel*, in: BeckOK ZPO, Stand Juli 2021, § 857, Rdn. 7.1; *Herget*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 857, Rdn. 12; *Schöner/Stöber*, a.a.O.) und unterfällt dann dem Insolvenzbeschluss (*Kirchner*, a.a.O.; *Peters*, a.a.O. Rdn. 517 unklar *Hierte/Praß*, a.a.O., Rdn. 139).

20 bb) Erwirbt der Berechtigte eines Wohnungsrechts das Eigentum an dem damit belasteten Grundstück, bleibt dies auf den Bestand des Wohnungsrechts ohne Einfluss, § 889 BGB (OLG München, FGPrax 2011, 17; *Picker*, in: Staudinger, BGB, 2019, § 889, Rdn. 4; *Kohler*, in: Münchener Kommentar, BGB, 8. Aufl., § 889, Rdn. 2).

21 cc) Vorliegend ist eine Gestattung zur Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an Dritte im Grund-

buch nicht eingetragen worden. Das ist richtig, denn der Beteiligte zu 1 hatte zur UR-Nr. J 2xx/2... ein solches Recht sogar ausdrücklich ausgeschlossen. Es ist deshalb auch nicht Gegenstand der Eintragungsbewilligung geworden, so dass die Bezugnahme im Grundbuch auf diese Bewilligung kein Recht zur Überlassung an Dritte zur Folge gehabt hat, § 874 S. 1 BGB (vgl. BGH, ZIP 2006, 2321, 2322).

22 Der Beteiligte zu 1 hat das Eigentum an dem mit einem Wohnungsrecht belasteten Grundstück durch Einigung und Eintragung im Grundbuch erworben, §§ 873, 925 BGB. Daran haben die vom Senat im Parallelverfahren 1 W 343/21 festgestellten Verletzungen von Verfahrensvorschriften durch das Grundbuchamt nichts geändert. Anlass für die Eintragung eines Amtswiderspruchs hat der Senat nicht festzustellen vermocht (vgl. Beschluss vom heutigen Tag – 1 W 343/21), so dass insoweit die Vermutung des § 891 Abs. 1 BGB gilt. Der Beteiligte zu 1 war Inhaber des Wohnungsrechts.

23 Bei einem auf den ersten Blick vergleichbaren Sachverhalt ist der Insolvenzverwalter nicht für berechtigt erachtet worden, eine Löschungsbewilligung wirksam zu erteilen (OLG München, a.a.O.; dem zustimmend *Schaefer*, EWiR 2011, 223, 224). Dort war zu Gunsten des Schuldners nach Eröffnung des Insolvenzverfahrens über sein Vermögen im Grundbuch des Grundstücks seiner Ehefrau ein Wohnungsrecht eingetragen worden. Das Wohnungsrecht habe dem Insolvenzbeschluss nicht unterlegen. Daran habe auch der spätere Erwerb des Grundstücks durch den Schuldner nichts geändert.

24 dd) Der vorliegende Sachverhalt unterscheidet sich von jenem aber in einem grundlegenden Punkt. Der Beteiligte zu 1 hat durch seine jetzige Eintragung in Abt. I des Grundbuchs das Eigentum an dem Grundstück nicht erstmalig erworben. Vielmehr war er bereits dessen Eigentümer bevor er es – in anfechtbarer Weise – auf die Beteiligte zu 3 übertrug. Dabei wurde zu seinen Gunsten zugleich das Wohnungsrecht im Grundbuch eingetragen. Jedenfalls für diese Fallgestaltung ist es gerechtfertigt, das Wohnungsrecht als der Insolvenzmasse angehörig zu betrachten.

25 Die in §§ 857, 851 ZPO getroffenen Regelungen dienen nicht dem Schutz des Schuldners, sondern desjenigen, gegen den der Schuldner selbst Forderungen hat. Die Pfändung einer solchen Forderung zielt darauf ab, die Verwertungsbefugnis des Inhabers der Forderung auf den Vollstreckungsgläubiger zu übertragen. Das ist dann nicht gerechtfertigt, wenn das zu pfändende Recht nicht übertragbar ist, also materiell-rechtlich keinem anderen Gläubiger abgetreten werden kann. Die mit einer Pfändung verbundene Übertragung von Gläubigerrechten im Wege staatlicher Zwangsakte soll nur dann erfol-

gen können, wenn dies auch materiell-rechtlich möglich wäre (*Herget*, a.a.O., § 851, Rdn. 1; *Smid*, Münchener Kommentar, ZPO, 6. Aufl., § 851, Rdn. 1).

26 Dies gilt auch für andere Vermögensrechte, die nicht Gegenstand der Zwangsvollstreckung in das unbewegliche Vermögen sind, § 857 Abs. 1 ZPO.

27 Hingegen sind unveräußerliche Rechte der Pfändung insoweit unterworfen, als die Ausübung einem anderen überlassen werden kann, § 857 Abs. 3 ZPO. In einem solchen Fall besteht bereits ohne Pfändung die Möglichkeit der Ausübung des Rechts durch einen anderen als den Inhaber des Rechts. Im Fall eines entsprechend gestalteten Wohnungsrechts kann der Eigentümer des damit belasteten Grundeigentums die Ausübung des Rechts durch einen – nur – von dessen Inhaber bestimmten Dritten nicht verhindern.

28 Allerdings ist die Übertragung der Ausübung eines Wohnungsrechts wie auch einer sonstigen beschränkten persönlichen Dienstbarkeit ohne besondere Vereinbarungen hierzu wiederum ausgeschlossen, § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB. Ein solches Recht ist damit der Pfändung nicht unterworfen.

29 Auch diese Regelungen dienen allein dem Schutz des Drittschuldners (*Lüdtke/Schulz*, ZVI 2019, 291, 296), bei dem es sich im Fall eines Wohnungsrechts um den Eigentümer des belasteten Grundstücks handelt. Er wird davor geschützt, im Vollstreckungsfall einen Wechsel in der Person des Berechtigten hinnehmen zu müssen (*Schaefer*, a.a.O., 224). Ist die Überlassung der Ausübung eines Wohnungsrechts ausgeschlossen, § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB, kann das Recht nur durch seinen Inhaber ausgeübt werden.

30 Das ist jedoch anders, wenn der Eigentümer wie hier zugleich Inhaber des Wohnungsrechts ist. Er ist nicht ebenso schutzwürdig, wie ein Eigentümer, dessen Recht mit dem Wohnungsrecht eines anderen belastet ist. Bei Personenidentität hat der Eigentümer jederzeit Einfluss auf die Zulässigkeit der Ausübung des Wohnungsrechts durch einen anderen. Insoweit unterscheidet er sich nicht von dem Inhaber unbelasteten Eigentums. Dann bedarf er aber auch nicht des Schutzes des § 1092 Abs. 1 S. 2 BGB (*Lüdtke/Schulz*, a.a.O.). So ist der Bundesgerichtshof in einer älteren Entscheidung davon ausgegangen, in einem solchen Fall sei die Gestattung der Übertragung der Ausübung auf einen anderen für die Pfändung, § 857 Abs. 3 ZPO, sogar stets als erteilt zu erachten (BGH, NJW 1964, 1226).

31 Infolgedessen ist das Wohnungsrecht des Beteiligten zu 1 durch die Rückübertragung des Eigentums am Grundstück auf ihn zwar zunächst bestehen geblieben, § 889 BGB. Die Vereinigung beider Rechte in seiner Person hat aber die Pfändbarkeit des Wohnungsrechts zur

Folge und dessen Übergang in die von dem Beteiligten zu 4 zu verwaltenden Insolvenzmasse. Der Beteiligte zu 4 war danach befugt, über das Wohnungsrecht zu verfügen.

32 b) Ist dem Grundbuchamt in Bezug auf die Löschung der Belastung in Abt. II lfd. Nr. 12 des Grundbuchs kein Gesetzesverstoß vorzuwerfen, kommt infolgedessen auch keine Grundbuchunrichtigkeit in Frage, wie sie für die Eintragung eines Amtswiderspruchs erforderlich wäre, § 53 Abs. 1 S. 1 GBO. Vielmehr gilt hier die Vermutung des § 891 Abs. 2 BGB, dass ein im Grundbuch gelöschtes Recht nicht bestehe.

33 4. Die Sache hat grundsätzliche Bedeutung, weswegen die Rechtsbeschwerde zuzulassen ist, § 78 Abs. 2 S. 1 GBO.

Zum Nachweis der Auflassung bei Verurteilung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts

BGB §§ 873, 925, GBO §§ 20, 47, ZPO § 984

Amtlicher Leitsatz:

Ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Eigentümerin im Grundbuch eingetragen und zur Übertragung des Eigentums an dem Grundstück rechtskräftig verurteilt worden, erfordert der Nachweis der Auflassung gegenüber dem Grundbuchamt eine mit den Eintragungen im Grundbuch übereinstimmende Bezeichnung der Gesellschaft im Urteil. Daran fehlt es, wenn in einem Urteilsrubrum nicht alle im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter aufgeführt worden sind.

KG (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 07.10.2021 – 1 W 343/21

I. Tatbestand:

1 Der Beteiligte zu 1 war, soweit hier von Interesse, ursprünglich als Eigentümer des im Beschlusseingang näher bezeichneten Grundstücks (im Folgenden: Grundstück) im Grundbuch eingetragen.

2 Am 15. Juni 2006 gründete er mit seiner Ehefrau, der Beteiligten zu 2 zur UR-Nr. J 2xx/2... des Notars Dr. H.-J... J... in B... eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts – „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bürgerlichen Rechts“. Die Beteiligten zu 1 und 2 vereinbarten die Übertragung des Eigentums an dem Grundstück als Einlage des Beteiligten zu 1 in die Gesellschaft und erklärten dement-

sprechend die Auflassung auf sich „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes“.

3 Zugleich bewilligte der Beteiligte zu 1 zur UR-Nr. J 2xx/2... desselben Notars für sich die Eintragung der Belastung des Eigentums an dem Grundstück mit einem Wohnungsrecht in dem Grundbuch. Der Beteiligte zu 1 bestimmte u.a., dass die Ausübung des Wohnungsrechts dritten Personen nicht überlassen werden könne.

4 Am 1. September 2006 wurde die Beteiligte zu 3 unter Bezeichnung der Beteiligten zu 1 und 2 „als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechtes“ an Stelle des Beteiligten zu 1 in Abt. I lfd. Nr. 2 im Grundbuch eingetragen. Zugleich buchte das Grundbuchamt in Abt. II lfd. Nr. 12 zu Gunsten des Beteiligten zu 1 das von ihm bewilligte Wohnungsrecht.

5 Über das Vermögen des Beteiligten zu 1 wurde am 2. Juni 2009 durch das Amtsgericht Charlottenburg – 36h IN ... – das Insolvenzverfahren eröffnet und der Beteiligte zu 4 als Insolvenzverwalter bestellt. Am 7. April 2011 wurde in Abt. II lfd. Nr. 13 des Grundbuchs hierzu ein Insolvenzvermerk eingetragen.

6 Am 16. September 2014 verurteilte das Landgericht Berlin – 16 O. 356/13 – die „Gxx 9 Verwaltungsgesellschaft bR“ vertreten durch die Beteiligte zu 2 sowie die Beteiligte zu 2 persönlich, „die Rückübertragung und Rückauflassung des [Grundstücks] an den Insolvenzschnuldner zu erklären und die Berichtigung der Eintragung im Grundbuch zu dulden“. Die Berufung der Beklagten blieb vor dem Kammergericht weitgehend erfolglos – Urteil vom 14. März 2017, 14 U 175/14.

7 Der Beteiligte zu 4 erklärte am 21. Juni 2021 unter Bezugnahme auf die Urteile des Landgerichts Berlin und des Kammergerichts zur UR-Nr. 1xx/2...des Notars K... N... in B... die Auflassung des Grundstücks auf den Beteiligten zu 1, bewilligte die Löschung des in Abt. II lfd. Nr. 12 eingetragenen Wohnungsrechts und beantragte die Eintragung eines Insolvenzvermerks im Grundbuch. Der Urkundsnotar beantragte am 22. Juni 2021 unter Beifügung einer Ausfertigung seiner UR-Nr. 1xx/2... sowie vollstreckbarer Ausfertigungen der Urteile des Landgerichts und des Kammergerichts den Vollzug im Grundbuch. Dem kam das Grundbuchamt am 19. August 2021 durch Eintragung des Beteiligten zu 1 an Stelle der Beteiligten zu 3 in Abt. I lfd. Nr. 3, der Löschung der Belastung Abt. II lfd. Nr. 12 sowie der Eintragung eines weiteren Insolvenzvermerks in Abt. II lfd. Nr. 14 nach. Unter dem 6. September 2021 haben die Beteiligten zu 2, 5 und 6 durch ihren Verfahrensbevollmächtigten Beschwerde gegen die Eintragung des Beteiligten zu 1 als Eigentümer in Abt. I des Grundbuchs erhoben und insofern die Eintragung eines Amtswiderspruchs beantragt. Die Beteiligten zu 5 und 6 seien der

zunächst aus den Beteiligten zu 1 und 2 bestehenden Gesellschaft bürgerlichen Rechts als Gesellschafter beigetreten. Derselbe Verfahrensbevollmächtigte hat mit Schriftsatz vom 6. September 2021 im Namen des Beteiligten zu 1 gegen die Löschung des Wohnungsrechts ebenfalls mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs Beschwerde erhoben.

8 Das Grundbuchamt hat beiden Beschwerden mit Beschlüssen vom 9. September 2021 nicht abgeholfen.

► II. Aus den Gründen:

9 1. Gegenstand des hiesigen Verfahrens – 1 W 343/21 – ist die gegen die Eigentumsumschreibung gerichtete Beschwerde vom 6. September 2021. Das weitere, von dem Beteiligten zu 1 erhobene Rechtsmittel wird zum Verfahren 1 W 342/21 geführt.

10 2. Die mit dem Ziel der Eintragung eines Amtswiderspruchs erhobene Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 2 S. 2 GBO.

11 Die Beteiligte zu 2 ist auch beschwerdeberechtigt. Das ist derjenige, der, falls die Eintragung unrichtig wäre, nach § 894 BGB einen Anspruch auf Berichtigung des Grundbuches hätte, zu dessen Gunsten also der Widerspruch einzutragen wäre (vgl. BGH, WM 2014, 1441, 1442; NJW 1989, 1609; OLG München, Beschluss vom 10. März 2011 – 34 Wx 143/10 –, juris; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 71, Rdn. 69). Gemäß § 894 BGB kann derjenige, dessen Recht an einem Grundstück nicht oder nicht richtig eingetragen ist, die Zustimmung zu der Berichtigung des Grundbuchs von demjenigen verlangen, dessen Recht durch die Berichtigung betroffen wird. Das ist die Beteiligte zu 2 in ihrer Eigenschaft als Gesellschafterin der vormals eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts, weil die Gesellschaft als Eigentümerin im Grundbuch gelöscht und statt ihrer der Beteiligte zu 1 eingetragen worden ist.

12 Als – weitere – Gesellschafterinnen der vormals eingetragenen Gesellschaft bürgerlichen Rechts gälte für die Beteiligten zu 5 und 6 nichts Anderes. Auch wenn für deren Rechtsstellung innerhalb der Gesellschaft jeder Nachweis fehlt, muss sie im Rahmen der Zulässigkeit des Rechtsmittels unterstellt werden.

13 Das Rechtsmittel ist durch ihre Verfahrensbevollmächtigten schließlich auch wirksam erhoben worden. Dabei kann dahinstehen, ob diese an der Vertretung der Beteiligten zu 2, 5 und 6 gemäß § 43a Abs. 4 BRAO gehindert waren, weil sie zugleich für den Beteiligten zu 1 gegen die Löschung der Belastung in Abt. II lfd. Nr. 12 Beschwerde erhoben haben. Dessen Rechtsstellung würde durch den hier angestrebten Amtswiderspruch

gegen seine Eintragung als Eigentümer beeinträchtigt. Ein solcher, möglicherweise bestehender Interessenwiderstreit wirkt sich grundsätzlich nicht auf die den Verfahrensbevollmächtigten erteilte Verfahrensvollmacht aus und führt nicht zur Unwirksamkeit ihrer Verfahrenshandlungen. Das ist höchstrichterlich für die Prozessvollmacht geklärt (BGH, FamRZ 2009, 1319). Materiellrechtliche Bestimmungen des Vertretungsrechts und hierauf gegründete Erwägungen finden auf die prozesuale Vollmacht keine Anwendung; die Vorschriften der §§ 78 ff. ZPO bilden für die Prozessvollmacht ein Sonderrecht. Es gibt keinen Grund, dies bei einer zur Vertretung eines Beteiligten in einem Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit erteilten Vollmacht anderes zu sehen. Auf sie sind letztlich die Regelungen der Prozessvollmacht entsprechend anzuwenden, § 11 S. 5 FamFG. Grundbuchsachen sind Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit, § 23 Abs. 2 Nr. 8 GVG.

14 3. Die Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Grundbuchamt hat es im Ergebnis zu Recht abgelehnt, in Bezug auf die Eintragung des Beteiligten zu 1 in Abt. I des Grundbuchs einen Amtswiderspruch einzutragen.

15 Ein Amtswiderspruch ist einzutragen, wenn sich ergibt, dass das Grundbuchamt unter Verletzung gesetzlicher Vorschriften eine Eintragung vorgenommen hat, durch die das Grundbuch unrichtig geworden ist, § 53 Abs. 1 S. 1 GBO. Während die Gesetzesverletzung feststehen muss, ist es ausreichend, wenn die durch die Eintragung eingetretene Grundbuchunrichtigkeit glaubhaft gemacht worden ist (*Demharter*, a.a.O., § 53, Rdn. 28; *Schneider*, in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 53, Rdn. 112f). Zumindest an letzterem fehlt es hier.

16 a) Allerdings sind die Bedenken der Beschwerde hinsichtlich des beim Vollzug der Eigentumsumschreibung im Grundbuch von dem Grundbuchamt durchgeführten Verfahrens nicht unberechtigt.

17 Die Umschreibung des Eigentums an einem Grundstück durch Löschung des bisherigen und Eintragung des neuen Eigentümers erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie derjenige, dessen Recht betroffen ist, bewilligt, § 19 GBO, und im Fall der Auflassung die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils in der Form des § 29 Abs. 1 S. 1 GBO nachgewiesen ist, § 20 GBO. Die Einigung muss gegenüber dem Grundbuchamt so nachgewiesen werden, wie sie sachenrechtlich zur Herbeiführung der Rechtsänderung notwendig ist (*Demharter*, a.a.O., § 20, Rdn. 13). Fehlt der erforderliche Nachweis, verletzt das Grundbuchamt gesetzliche Vorschriften, wenn es die begehrte Eintragung im Grundbuch dennoch vornimmt (*Böttcher*, in: Meikel, a.a.O., § 20, Rdn. 5).

18 aa) Der Senat hat bereits entschieden, dass der Nachweis der Auflassung dann zu führen ist, wenn der Insolvenzverwalter eine Verfügung des Schuldners wirksam angefochten hat. Die Anfechtung hat keine dingliche Wirkung, sondern löst nur einen schuldrechtlichen Anspruch des Insolvenzverwalters gegen den Anfechtungsgegner aus, das anfechtbar Erworbene zur Insolvenzmasse zurückzugewähren. Hat der Schuldner ein Grundstück anfechtbar übertragen, erfolgt die Rückgewähr durch Einigung mit dem Anfechtungsgegner über den Eigentumsübergang auf den Schuldner und dessen Eintragung im Grundbuch, § 873 Abs. 1 BGB (Senat, Beschluss vom 26. April 2012 – 1 W 96/12 – ZIP 2012, 1722, 1223).

19 bb) Die Auflassung muss bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Teile vor einer zuständigen Stelle, in der Regel einem Notar, § 20 Abs. 2 BNotO, erklärt werden, § 925 Abs. 1 S. 1 BGB. Die Beteiligten müssen die Erklärungen nicht selbst abgeben, sondern können sich dabei auch vertreten lassen, was bei Gesellschaften zwingend ist, da sie selbst nicht handlungsfähig sind. Dann ist gegenüber dem Grundbuchamt aber die Identität der Gesellschaft mit der im Grundbuch eingetragenen und die Vertretungsmacht der für sie handelnden Personen – in einer für das Grundbuchverfahren tauglichen Form – nachzuweisen. Dabei ist zu berücksichtigen, dass das identitätsstiftende Merkmal einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts nicht die gewählte Bezeichnung der Gesellschaft als Verband ist, sondern die Nennung ihrer im Grundbuch aufgeführten Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO (BGHZ 187, 344, 347; DNotZ 2016, 368, 369).

20 cc) Bei der rechtskräftigen Verurteilung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zur Auflassung eines Grundstücks gilt letztlich nichts Anderes. Zwar gilt die zur Auflassung erforderliche Erklärung als abgegeben, sobald das Urteil die Rechtskraft erlangt hat, § 894 S. 1 ZPO. Gleichwohl muss der andere Teil seinerseits die zur Auflassung erforderliche Erklärung vor dem Notar beurkunden lassen (Senat, a.a.O.). Die Anwesenheit des verurteilten Teils wird dann durch die Vorlage des Urteils bei dem Notar fingiert.

21 Gegenüber dem Grundbuchamt bleibt aber der Nachweis der Identität der zur Abgabe der Erklärung rechtskräftig verurteilten Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft erforderlich. Dieser Nachweis ist – nur – geführt, wenn der Titel die Gesellschafter so ausweist, wie sie im Grundbuch gemäß § 47 Abs. 2 S. 1 GBO eingetragen sind.

22 Hier stimmt die Bezeichnungen der im Grundbuch vormals eingetragenen Gesellschaft nicht mit der aus

den Urteilen des Landgerichts Berlin und des Kammergerichts überein. In beiden Urteilen fehlen Angaben zu dem Beteiligten zu 1 als Gesellschafter der zur Abgabe der Auflassungserklärung verurteilten Gesellschaft bürgerlichen Rechts, während er neben der Beteiligten zu 2 im Grundbuch aufgeführt worden war.

23 b) Die Beteiligten zu 2, 5 und 6 haben aber nicht glaubhaft gemacht, dass das Grundbuch durch die Umschreibung des Eigentums von der Beteiligten zu 3 auf den Beteiligten zu 1 unrichtig geworden ist. Hierfür liegen auch ansonsten keine ausreichenden Anhaltspunkte vor. Vielmehr spricht der Inhalt der Grundakten eher für die Richtigkeit des Grundbuchs.

24 § 20 GBO ist lediglich eine Ordnungsvorschrift. Wird sie nicht beachtet oder unrichtig angewandt, führt allein der Verstoß hiergegen noch nicht zur Unrichtigkeit des Grundbuchs, wenn die für die Rechtsänderung erforderlichen materiell-rechtlichen Voraussetzungen, §§ 873, 925 BGB, vorgelegen haben (*Demharter*, a.a.O., § 20, Rdn. 3; *Böttcher*, a.a.O., § 20, Rdn. 5). Die Anforderungen des § 47 Abs. 2 GBO gelten im Erkenntnisverfahren vor den Zivilgerichten nicht (Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 4286). Dort genügt zur ausreichenden Identifizierung der Gesellschaft die Angabe ihres Namens, ihres Sitzes und ihrer vertretungsberechtigten Gesellschafter, §§ 253 Abs. 2 Nr. 1, 130 Nr. 1 ZPO (*Althammer*, in: Zöller, ZPO, 33. Aufl., § 50, Rdn. 17). Dem entspricht die Bezeichnung der Beklagten in den Urteilen des Landgerichts und des Kammergerichts.

25 Dafür, dass es sich bei der dortigen Beklagten um die vormals im Grundbuch eingetragene Gesellschaft bürgerlichen Rechts handelt, spricht die von den Beteiligten zu 1 und 2 in dem Gesellschaftsvertrag vom 15. Juni 2006 – UR-Nr. J 2xx/2xx des Notars Dr. H...-J... J... in B... – bestimmte Bezeichnung, die identisch mit jener aus den beiden Urteilen ist. Daran ändert auch die verwendeten Endungen – „bürgerlichen Rechts“ und „bR“ – nichts. Beide bezeichnen offensichtlich dieselbe Rechtsform. Letztlich haben die Beteiligten zu 2, 5 und 6 die Identität der Beklagten mit der vormals im Grundbuch eingetragenen Gesellschaft auch nicht in Zweifel gezogen.

26 Für die erforderliche Einigung über den Eigentumsübergang an dem Grundstück sprechen dann die Verurteilung der Gesellschaft bürgerlichen Rechts und die darauf beurkundeten Erklärungen des Beteiligten zu 4 vom 21. Juni 2021 zur UR-Nr. 1xx/2... des Notars K... N... in B.... Der Eigentumsübergang wurde schließlich mit den entsprechenden Eintragungen im Grundbuch vollzogen.

Löschung einer Belastung bei Unauffindbarkeit der notariellen Bewilligungsurkunde

BGB §§ 137, 1018, 1090; GBO §§ 53, 148

Amtliche Leitsätze:

1. Anforderungen an die hinreichende Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit einer im Grundbuch eingetragenen Baubeschränkung sowie einer Verfügungsbeschränkung.
2. Der Umstand, dass die im Grundbuch in Bezug genommene Bewilligungsurkunde nicht auffindbar ist, erlaubt jedenfalls im Antragsverfahren nicht die Löschung der Belastung. Vielmehr ist von Amts wegen ein Verfahren zur Urkundenwiederbeschaffung einzuleiten.

OLG Köln,

Beschl. v. 5.7.2021 – 2 Wx 183/21

I. Tatbestand:

1 Das im Rubrum genannte Grundstück war ursprünglich im Grundbuch auf Blatt 1976A gebucht. Am 24.1.1938 erfolgte eine Umschreibung des Grundstücks nach Blatt 5095. Am 29.1.1947 wurde für dieses Grundstück eine Grundakte angelegt, auf dessen Blatt 1 sich folgender am 29.1.1947 verfasster Vermerk befindet: „Grundakten sind in Verlust geraten.“ Am 7.1.2003 erfolgte eine Übertragung des Grundstücks nunmehr auf das Blatt 19461. In Abteilung II Nr. 1 ist das Grundstück wie folgt belastet:

„Eine Bau- und Verfügungsbeschränkung zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers des Grundstücks Flur 55 Nr. 1521/11 nach Maßgabe der Bewilligung vom 21./22.12.1920, eingetragen am 8.1.1921 in Blatt 1976 A, über Blatt 5095 hierher mitübertragen am 7.1.2003.“

2 Bemühungen des Rechtspflegers des Grundbuchamts um die Beiziehung der Ursprungsgrundakten Blatt 1976 A bzw. weiterer Grundstücke, bei denen ebenfalls eine entsprechende Belastung gebucht ist, blieben erfolglos. Weder im Archiv des Grundbuchamtes noch im Landesarchiv NRW konnten die Akten aufgefunden werden. Das ursprünglich an dem Flurstück 1515/11 in südöstlicher Richtung unmittelbar angrenzende Flurstück 1521/11 wurde im Jahre 1923 aufgrund einer Teilvermessung in die Flurstücke 1606/11 bis 1620/11 zerlegt.

3 Mit Schriftsatz ihres damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 13.5.2016 regte die Eigentümerin die Lö-

schung des in Abt. II Nr. 1 eingetragenen Rechts wegen fehlender Bestimmtheit bzw. Bestimmbarkeit an, da sich aus dem Grundbuch kein bestimmbarer Inhalt des Rechts ergebe. Auf die in Bezug genommene Eintragungsbewilligung könne mangels Existenz der Ursprungsgrundakten nicht zurückgegriffen werden. Zudem könne die Verfügungsbefugnis über ein veräußerliches Recht nicht wirksam durch ein Rechtsgeschäft ausgeschlossen werden. Durch den am 1.8.2016 erlassenen Beschluss lehnte der Rechtspfleger eine Löschung des eingetragenen Rechts ab.

4 Mit Schriftsatz ihres jetzigen Verfahrensbevollmächtigten vom 29.6.2020 hat die Bet. beantragt bzw. angefordert, die im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit gem. § 53 GBO zu löschen, hilfsweise das Verfahren gem. § 148 GBO iVm § 1 Abs. 1 S. 2 und § 11 der Verordnung über die Wiederherstellung zerstörter oder abhandengekommener Grundbücher und Urkunden von Amts wegen zu eröffnen. Dabei hat sie erneut die Auffassung vertreten, die eingetragene Verfügungsbeschränkung sei ihrem Inhalt nach gem. § 137 S. 1 BGB und zudem gem. § 1090 Abs. 1 Alt. 2 iVm § 1018 BGB unzulässig. Der Angabe „Bau- und Verfügungsbeschränkung“ fehle die notwendige Kennzeichnungskraft. Soweit die ursprünglichen Grundakten nicht mehr auffindbar bzw. vorhanden seien, sei das Verfahren zur Wiederherstellung zerstörter oder abhandengekommener Grundbücher und Urkunden von Amts wegen zu eröffnen.

5 Mit dem am 26.10.2020 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt unter Bezugnahme auf seine Entscheidung vom 29.7.2016 den Antrag auf Löschung des Rechts in Abt. II Nr. 1 zurückgewiesen. In den Gründen hat das Grundbuchamt weiterhin darauf hingewiesen, dass „zu gegebener Zeit das Verfahren zur Wiederherstellung der wahrscheinliche kriegsvernichteten Bewilligung einleiten werde.“ Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde der Bet.

II. Aus den Gründen:

6 II. 1. Die mit dem Ziel der Löschung des in Abt. II Nr. 1 eingetragenen Rechts eingelegte Beschwerde ist gem. § 71 Abs. 2 S. 2 GBO iVm § 11 Abs. 1 RPfIG statthaft (vgl. OLG Karlsruhe FGPrax 2014, 49; OLG München FGPrax 2018, 12; KEHE/*Sternal* GrundbuchR, 8. Aufl., § 71 GBO Rn. 39 mwN) und auch im Übrigen zulässig (§ 73 GBO). Soweit die Bet. mit der Beschwerde zudem die Wiederherstellung der abhandengekommenen Unterlagen begehrt, ist das Rechtsmittel nicht statthaft. Denn bisher hat das Grundbuchamt die Wie-

derherstellung der abhanden gekommenen Urkunde noch nicht endgültig abgelehnt, sondern die Einleitung des Verfahrens lediglich zurückgestellt. Die bloße Untertätigkeit des Grundbuchamts unterliegt keiner Anfechtung; in Betracht kommt allenfalls eine Dienstaufsichtsbeschwerde (KEHE/*Sternal* GrundbuchR, 8. Aufl., § 71 GBO Rn. 57).

7 2. In der Sache hat das Rechtsmittel, soweit dieses statthaft ist, keinen Erfolg. Die Voraussetzungen für eine Amtslöschung gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO liegen nicht vor, da derzeit nicht davon ausgegangen werden kann, dass die beanstandete Eintragung ihrem Inhalt nach ganz oder teilweise unzulässig ist.

8 a) Eine Eintragung ist von Amts wegen als inhaltlich unzulässig gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu löschen, wenn das Recht mit dem Inhalt oder in der Ausgestaltung der Eintragung aus Rechtsgründen nicht bestehen kann (vgl. nur BGH FGPrax 2015, 5; OLG München FGPrax 2018, 12; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 42). Die Unzulässigkeit muss sich aus dem Eintragungsvermerk selbst oder den in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen ergeben; andere Beweismittel dürfen nicht verwertet werden (BGH FGPrax 2017, 243; BayObLG Rpfleger 1988, 102; OLG Hamm OLGZ 1993, 43; OLG München Rpfleger 2008, 480; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 42).

9 Eine Eintragung kann vor allem dann ein Recht nicht zum Entstehen bringen und daher (von Anfang an) rechtlich unwirksam sein, wenn sie ein nicht eintragungsfähiges Recht, ein Recht mit einem nicht erlaubten Inhalt oder ein Recht ohne den gesetzlich gebotenen Inhalt verlautbart. Letzteres ist unter anderem der Fall, wenn der Eintragungsvermerk den wesentlichen Inhalt des Rechts nicht kennzeichnet oder in einem wesentlichen Punkt so unklar ist, dass die Bedeutung des Eingetragenen auch bei zulässiger Auslegung nicht festgestellt werden kann. Dabei muss sich die inhaltliche Unzulässigkeit aus dem Eintragungsvermerk und den dort in zulässiger Weise in Bezug genommenen Eintragungsunterlagen zur Überzeugung des Grundbuchamts oder des im Beschwerdeverfahren an seine Stelle tretenden BeschwerdeG ergeben (BGH FGPrax 2015, 5; BayObLGZ 1990, 35; OLG München FGPrax 2018, 12; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 45, 49). Maßgebend für die Beurteilung der inhaltlichen (Un-)Zulässigkeit einer Eintragung sind die Verhältnisse im Zeitpunkt der Eintragung und das Rechtsverständnis, wie es in der damaligen Verkehrsübung seinen Niederschlag gefunden hat (BayObLG NJW 1998, 879; KG OLGZ 1977, 6; OLG Hamm NJW-RR 1995, 914; OLG München FGPrax 2018, 12; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 50). Gem. § 1090 BGB kann ein Grundstück

durch eine Nutzungsbefugnis (§ 1090 Abs. 1 Alt. 1 BGB, durch Handlungsverbote oder durch den Ausschluss der Rechtsausübung (§ 1090 Abs. 1 Alt. 2 iVm § 1018 Alt. 2 und Alt. 3 BGB) belastet werden. Der charakteristische Inhalt der jeweiligen Befugnis oder Beschränkung ist durch den Eintragungsvermerk selbst zum Ausdruck zu bringen, der sodann wegen der inhaltlichen Ausgestaltung des Rechts im Einzelnen auf die Bewilligung Bezug nehmen kann (vgl. nur BGHZ 35, 382; OLG München FGPrax 2018, 12; OLG Zweibrücken FGPrax 2017, 18; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 44 Rn. 17 iVm § 53 Rn. 45).

10 b) Unter Heranziehung dieser Kriterien kann nicht von einer Unzulässigkeit der beanstandete Eintragung einer „Baubeschränkung“ in Abt. II Nr. 1 des Grundbuchs ausgegangen werden. Die schlagwortartige Bezeichnung dieses Rechts verfügt nach gefestigter Rechtsprechung bereits über eine ausreichend individualisierende inhaltliche Kennzeichnungskraft; hinsichtlich der näheren Ausgestaltung dieser Beschränkung konnte daher auf die Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden (vgl. nur BGH NJW 1983, 115; OLG Hamm FGPrax 1996, 171; OLG München FGPrax 2008, 196; FGPrax 2018, 12; Staudinger/*Weber* BGB, Bearb. 2017, § 1018 Rn. 106f.; Staudinger/*Heinze* BGB, Bearb. 2018, § 873 Rn. 264). An die inhaltliche Beschreibung der Grunddienstbarkeit im Grundbuch selbst dürfen nämlich keine übertriebenen Anforderungen gestellt werden; Verkürzungen und Ungenauigkeiten lassen sich durch die lediglich schlagwortartige Bezeichnung nicht vermeiden (BayObLG Rpfleger 1989, 230; *Demharter* GBO, 32. Aufl. 2021, § 44 Rn. 18).

11 c) Auch hinsichtlich der eingetragenen „Verfügungsbeschränkung“ liegen derzeit nicht die Voraussetzungen für eine Löschung dieser Belastung vor. Insbesondere kann nicht ohne weitere Nachweise von einer Grundbuchunrichtigkeit ausgegangen werden. Allein aus der schlagwortartigen Bezeichnung „Verfügungsbeschränkung“ ist noch nicht erkennbar, welche Beschränkung hiermit konkret verbunden sein sollte, insbesondere, ob hiermit ein absolutes oder relatives Verfügungsverbot bzw. eine Veränderungssperre gemeint war. Daher bedarf es eines Rückgriffs auf die Bewilligung als Informationsquelle über den Inhalt des Rechts. Nur in Verbindung mit der Eintragungsbewilligung kann unter Berücksichtigung des zum maßgeblichen Zeitpunkt der Eintragung im Jahre 1921 bestehenden Rechtsverständnisses geprüft werden, ob es sich um eine ihrem Inhalt nach unzulässige Eintragung handelt. Insbesondere, ob – wie die Beschwerde geltend macht – ein Recht mit einem gesetzlich nicht erlaubten Inhalt verlautbart wird.

12 Der Umstand, dass die Ursprungsgrundakte möglicherweise durch Kriegseinwirkungen zerstört worden ist und die zulässigerweise in Bezug genommene Bewilligungsurkunde jedenfalls derzeit nicht auffindbar ist, rechtfertigt noch keine Löschung der Belastung aufgrund materiell-rechtlicher Unwirksamkeit des Rechts.

13 Das Fehlen einer Bewilligung als rein verfahrensrechtlicher Erklärung wirkt sich zudem nicht auf die materiell-rechtliche Seite des Geschäfts aus (BayObLGZ 2000, 176 (179); OLG München FGPrax 2015, 159), so dass die Unauffindbarkeit der Bewilligung noch nicht den Bestand des materiellen Rechts in Frage stellt (OLG München FGPrax 2018, 12).

14 Insoweit ist – worauf das Grundbuchamt in seiner Entscheidung bereits hingewiesen hat – das Amtsverfahren zum Zweck der Wiederbeschaffung zerstörter oder abhanden gekommener Eintragungsbewilligungen nach § 148 GBO iVm der fortgeltenden VO über die Wiederherstellung zerstörter oder abhanden gekommener Grundbücher und Urkunden vom 26.7.1940 (RGBl. I 1048) einzuleiten (vgl. Senat Rpfleger 1982, 16 (17); OLG München Beschl. v. 30.6.2014 – 34 Wx 168/14, juris; LG Potsdam Rpfleger 2000, 545; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 148 Rn. 3; KEHE/*Munzig* GrundbuchR, 8. Aufl., § 148 Rn. 6 mit 9). Dies ist bisher nicht geschehen. Ein etwaiger Verstoß des Grundbuchamts gegen die Ordnungsvorschriften gemäß § 148 Abs. 1 GBO hat allerdings keine Folgen für die Wirksamkeit und die inhaltliche Zulässigkeit der Eintragung (OLG München FGPrax 2018, 12).

15 Eine Löschung der beanstandeten Eintragung allein wegen der fehlenden Einleitung des Verfahrens kommt nicht in Betracht. Dabei ist auch das Vertrauen darauf zu berücksichtigen, dass Eintragungen, die jahrzehntelang als inhaltlich zulässig und deshalb rechtlich wirksam angesehen wurden, als bestehend anerkannt bleiben, selbst wenn die Art der Eintragung nach heutigen strengeren Maßstäben nicht mehr in dieser Form vorgenommen würde bzw. in dieser Form als unzulässig angesehen würde (BayObLG Rpfleger 1981, 479 hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1956; BayObLG Rpfleger 1986, 296 hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1932; BayObLGZ 1987, 121 (129) hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1922; KG OLGZ 1975, 301 (305) hinsichtlich einer Eintragung aus dem Jahr 1933; OLG München, FGPrax 2018, 12; *Demharter* GBO, 32. Aufl., § 53 Rn. 50). Dieses Vertrauen ist hier angesichts des nahezu ein Jahrhundert dauernden Zeitraums, in dem die Belastung unbeanstandet geblieben ist, aus Gründen der Rechtssicherheit anzuerkennen und schutzwürdig.

STEUERRECHT / ÖFFENTLICHES RECHT

Festsetzungsverjährung bei Erschließungsbeiträgen

Amtliche Leitsätze:

1. Das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG) erstreckt sich auf alle Abgaben zum Vorteilsausgleich. Daher muss auch die Möglichkeit zur Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage zeitlich begrenzt werden (Fortführung von BVerfGE 133, 143).
2. Das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit verlangt zudem, dass der Zeitpunkt des Eintritts der tatsächlichen Vorteilslage für die Beitragspflichtigen erkennbar ist.

BVerfG, Beschluss des Ersten Senats vom 03. November 2021 – 1 BvL 1/19.

Aus Gründen:

1 Das Normenkontrollverfahren betrifft das Fehlen einer zeitlichen Grenze für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen im Land Rheinland-Pfalz nach dem Eintritt der sogenannten tatsächlichen Vorteilslage. Nach Ansicht des vorlegenden Bundesverwaltungsgerichts verstößt dies gegen das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG), da die Entstehung der sachlichen Erschließungsbeitragspflicht nach dem Baugesetzbuch (BauGB) neben der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage unter anderem deren wirksame Widmung verlangt.

2 Das Recht der Erschließungsbeiträge war ursprünglich in den §§ 127 ff. BauGB bundesrechtlich geregelt. Nach dem Übergang der Gesetzgebungskompetenz für dieses Rechtsgebiet auf die Länder in Art. 74 Abs. 1 Nr. 18 GG im Jahre 1994 haben einzelne Länder von der ihnen damit eröffneten Regelungskompetenz Gebrauch gemacht.

3 Das Land Rheinland-Pfalz hat die bundesrechtlichen Regelungen zu Erschließungsbeiträgen bislang nicht durch Landesrecht ersetzt. Die Erhebung von Beiträgen für die Erschließung von Grundstücken richtet sich hier nach den bundesrechtlichen Vorschriften der §§ 127 ff. BauGB (1.), die hinsichtlich der Frage der Verjährung der Beitragsforderung durch landesgesetzliche Regelungen ergänzt werden (2.).

4 1. Nach § 127 Abs. 1 BauGB erheben die Gemeinden zur Deckung ihres anderweitig nicht gedeckten Aufwands für Erschließungsanlagen (§ 127 Abs. 2 BauGB) Erschließungsbeiträge. Der Erschließungsaufwand umfasst insbesondere die Kosten für den Erwerb und die Freilegung der Flächen sowie für ihre erstmalige Herstellung einschließlich der Einrichtungen für ihre Entwässerung und Beleuchtung (§ 128 Abs. 1 Nr. 1 und 2 BauGB).

5 Die Erschließungsbeitragspflicht entsteht für im Sinne des § 133 Abs. 1 BauGB erschlossene Grundstücke. Anders als § 131 Abs. 1 Satz 1 BauGB meint § 133 Abs. 1 BauGB das Erschlossensein in der Heranziehungsphase (vgl. BVerwGE 126, 378 386 Rn. 27). Zwar ist grundsätzlich von einer Deckungsgleichheit des Erschlossenseins im Sinne beider Vorschriften auszugehen. Allerdings kann sich in bestimmten Konstellationen aus § 133 Abs. 1 BauGB ein Hindernis ergeben, das vorübergehend eine Beitragserhebung für ein nach § 131 Abs. 1 BauGB erschlossenes Grundstück ausschließt. Dies ist dann der Fall, wenn das fragliche Grundstück nach Maßgabe der bauplanungs- und bauordnungsrechtlichen Bestimmungen zwar abstrakt bebaubar ist, eine Benutzung der Erschließungsanlage jedoch noch durch ausräumbare rechtliche oder tatsächliche Hindernisse ausgeschlossen ist. Solange diese nicht ausgeräumt sind, fehlt es am Erschlossensein im Sinne von § 133 Abs. 1 BauGB mit der Folge, dass das betreffende Grundstück noch nicht der Beitragspflicht unterliegt (vgl. BVerwGE 126, 378 386 f. Rn. 27; siehe dazu auch BVerwG, Beschluss vom 18. September 2019 – 9 B 51.18 –, Rn. 4).

6 Das Entstehen der Erschließungsbeitragspflicht richtet sich sachlich nach § 133 Abs. 2 BauGB. Erforderlich ist im Falle des § 133 Abs. 2 Satz 1 Variante 1 BauGB die endgültige Herstellung der konkret abzurechnenden, als selbständig zu bewertenden Erschließungsanlage. Die für die endgültige Herstellung maßgeblichen Merkmale richten sich im Wesentlichen nach der Erschließungsbeitragsatzung der Gemeinde. Die Satzung muss nach § 132 Nr. 4 BauGB auch die Merkmale der endgültigen Herstellung einer Erschließungsanlage regeln. Dem können sogenannte (Teil-)Einrichtungs- und (Aus-)Bauprogramme zugrundeliegen. Nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts ist eine Anbaustraße im Sinne von § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB endgültig erst dann hergestellt, wenn sie erstmals die nach dem satzungsmäßigen Teileinrichtungsprogramm und dem dieses ergänzenden Bauprogramm erforderlichen Teileinrichtungen aufweist und diese dem jeweils für sie aufgestellten technischen Ausbauprogramm entsprechen. Zweck der Anknüpfung an das gemeindliche Satzungsrecht ist es, dass die Bürgerinnen und Bürger sich durch einen Ver-

gleich des satzungsmäßig festgelegten Ausbauprogramms mit dem tatsächlichen Zustand, in dem sich die gebaute Anlage befindet, ein Bild darüber verschaffen können, ob die Anlage endgültig hergestellt ist (vgl. BVerwGE 158, 163 172 f. Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 15. Mai 2013 – 9 C 3.12 –, Rn. 16). Soweit die jeweilige gemeindliche Satzung den Erwerb der für die Erschließungsanlage benötigten Grundstücke als Merkmal der endgültigen Herstellung im Sinne des § 132 Nr. 4 BauGB vorsieht, entsteht die Beitragspflicht zudem erst mit dem Eigentumsübergang auf die Gemeinde (vgl. BVerwG, Urteil vom 13. Mai 1977 – IV C 82.74 –, Rn. 19).

7 Neben dem unmittelbar aus § 133 Abs. 2 Satz 1 Variante 1 BauGB folgenden Erfordernis der endgültigen Herstellung der Erschließungsanlage ergeben sich aus dem Gesetz nach ständiger Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts weitere Anforderungen an das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht. Da der Erschließungsbeitrag der Deckung des anderweitig nicht gedeckten Aufwandes dient, kann die Beitragsforderung – sofern nicht Einheitssätze nach § 130 Abs. 1 Satz 1 Variante 2, Satz 2 BauGB festgesetzt werden – erst entstehen, wenn die erstattungsfähigen gemeindlichen Aufwendungen feststehen, regelmäßig also erst mit dem Eingang der letzten nach Abschluss der Bauarbeiten erteilten Unternehmerrechnung (vgl. BVerwGE 49, 131 134 f.; BVerwG, Urteil vom 22. April 1994 – 8 C 18.92 –, Rn. 18).

8 Zudem ist für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht eine rechtswirksame Erschließungsbeitragsatzung (vgl. BVerwG, Urteil vom 21. September 1973 – IV C 39.72 –, Rn. 10) sowie das Bestehen eines wirksamen Bebauungsplans erforderlich (vgl. BVerwGE 97, 62 64 f.; BVerwG, Urteil vom 30. Mai 1997 – 8 C 6.95 –, Rn. 12).

9 Da Erschließungsbeiträge nach § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB nur für öffentliche, zum Anbau bestimmte Straßen erhoben werden können, ist Voraussetzung für die Entstehung der Erschließungsbeitragspflicht zudem, dass die Anbaustraße nach Maßgabe der einschlägigen landesrechtlichen Vorgaben als öffentliche Straße gewidmet ist. Erst mit der Widmung steht die Erschließungsanlage für die Benutzung durch die Allgemeinheit gesichert zur Verfügung (vgl. BVerwG, Urteil vom 10. Mai 1985 – 8 C 17.84 u.a. –, Rn. 23).

10 Persönlich beitragspflichtig ist nach § 134 Abs. 1 Satz 1 BauGB in der Regel der Eigentümer des Grundstücks im Zeitpunkt der Bekanntgabe des Beitragsbescheids.

11 2. Regelungen zu den zeitlichen Grenzen der Erhebung von Erschließungsbeiträgen enthält das Baugesetzbuch nicht. Das Bundesverwaltungsgericht geht in ständiger Rechtsprechung davon aus, dass sich die Verjährung nach Landesrecht richtet (vgl. nur BVerwG, Urteil vom 22. April 1994 – 8 C 18.92 –, Rn. 18 m.w.N.).

12 Die Länder haben sich überwiegend für Fristlängen von 10 bis 20 Jahren entschieden (für Bayern: Art. 13 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb Spiegelstrich 1 Kommunalabgabengesetz; für Baden-Württemberg: § 20 Abs. 5 Satz 1 Kommunalabgabengesetz; dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 7. April 2021 – 1 BvR 176/15 –, Rn. 33; für Brandenburg: § 19 Abs. 1 Satz 1 und 3 Kommunalabgabengesetz; dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 1. Juli 2020 – 1 BvR 2838/19 –; für Hessen: § 3 Abs. 2 Gesetz über kommunale Abgaben; für Mecklenburg-Vorpommern: § 12 Abs. 2 Nr. 1 Kommunalabgabengesetz; dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2020 – 1 BvR 1866/15 u.a. –; für Niedersachsen: § 11 Abs. 3 Nr. 1 Kommunalabgabengesetz; für Sachsen: § 3a Abs. 3 Kommunalabgabengesetz; für Sachsen-Anhalt: § 13b Satz 1, § 18 Abs. 2 Kommunalabgabengesetz; dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 16. September 2020 – 1 BvR 1185/17 –; für Thüringen: § 15 Abs. 1 Nr. 4 Buchstabe b Doppelbuchstabe bb Spiegelstrich 2, Doppelbuchstabe cc Kommunalabgabengesetz; dazu BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Oktober 2020 – 1 BvL 7/17 –). In anderen Ländern besteht hingegen keine ausdrückliche Regelung (für Verfassungswidrigkeit dieses Zustands OVG Münster, Urteil vom 8. Juni 2021 – 15 A 299/20 –, Rn. 67 ff.; vgl. auch VG Bremen, Urteil vom 18. September 2020 – 2 K 278/18 –, Rn. 76 f.; zur Rechtslage in Schleswig-Holstein vgl. VG Schleswig, Urteil vom 9. März 2017 – 9 A 122/14 –, Rn. 33 ff.).

13 Das Kommunalabgabengesetz Rheinland-Pfalz (KAG RP) sieht zwar keine ausdrücklichen Sonderregelungen für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen vor. Es gilt nach Maßgabe von § 1 Abs. 2 Satz 1 KAG RP allerdings auch für Abgaben, die von den kommunalen Gebietskörperschaften aufgrund anderer Gesetze erhoben werden, soweit diese keine besonderen Bestimmungen enthalten. Damit gelten in Ermangelung entsprechender bundesrechtlicher Regelungen die Vorgaben des Kommunalabgabengesetzes Rheinland-Pfalz über die zeitlichen Grenzen der Abgabenerhebung auch für Erschließungsbeiträge.

14 Im Wesentlichen verweist das Kommunalabgabengesetz Rheinland-Pfalz auf die Vorschriften der Abgabenordnung (AO):

- § 3 KAG RP Anwendung von Bundes- und Landesrecht
- (1) Auf kommunale Abgaben sind die folgenden Bestimmungen der Abgabenordnung entsprechend anzuwenden, soweit nicht dieses Gesetz oder andere Gesetze besondere Regelungen enthalten: 1. (...)
2. die §§ 33 bis 77 (Steuerschuldrecht),

3. (...)

4. die §§ 134 bis 171 und 179 bis 217 (Durchführung der Besteuerung),

5. - 8. (...)

(2) - (5) (...)

15 Damit finden insbesondere die Bestimmungen über die Festsetzungsverjährung in §§ 169 ff. AO auch auf die Erhebung von Erschließungsbeiträgen Anwendung:

§ 169 AO Festsetzungsfrist

(1) 1 Eine Steuerfestsetzung sowie ihre Aufhebung oder Änderung sind nicht mehr zulässig, wenn die Festsetzungsfrist abgelaufen ist. 2 Dies gilt auch für die Berichtigung wegen offenbarer Unrichtigkeit nach § 129. 3 Die Frist ist gewahrt, wenn vor Ablauf der Festsetzungsfrist 1. der Steuerbescheid oder im Fall des § 122a die elektronische Benachrichtigung den Bereich der für die Steuerfestsetzung zuständigen Finanzbehörde verlassen hat oder

2. bei öffentlicher Zustellung nach § 10 des Verwaltungszustellungsgesetzes die Benachrichtigung bekannt gemacht oder veröffentlicht wird.

(2) 1 Die Festsetzungsfrist beträgt:

1. ein Jahr für Verbrauchsteuern und Verbrauchsteuervergütungen,

2. vier Jahre für Steuern und Steuervergütungen, die keine Steuern oder Steuervergütungen im Sinne der Nummer 1 oder Einfuhr- und Ausfuhrabgaben nach Artikel 5 Nummer 20 und 21 des Zollkodex der Union sind.

2 Die Festsetzungsfrist beträgt zehn Jahre, soweit eine Steuer hinterzogen, und fünf Jahre, soweit sie leichtfertig verkürzt worden ist (...).

§ 170 AO Beginn der Festsetzungsfrist

(1) Die Festsetzungsfrist beginnt mit Ablauf des Kalenderjahrs, in dem die Steuer entstanden ist oder eine bedingt entstandene Steuer unbedingt geworden ist. (2) -

(7) (...)

16 Da kommunale Abgaben keine Ähnlichkeiten zu Verbrauchsteuern oder Verbrauchsteuervergütungen aufweisen, beträgt die Festsetzungsfrist für Erschließungsbeiträge danach grundsätzlich vier Jahre (§ 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 AO). Nach Ablauf der Festsetzungsfrist ist eine Beitragsfestsetzung nicht mehr zulässig. Der Eintritt der Festsetzungsverjährung führt nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 KAG RP in Verbindung mit § 47 AO zum Erlöschen der Ansprüche aus dem Beitragsschuldverhältnis.

17 Den Zeitpunkt des Beginns der Festsetzungsfrist regelt das Kommunalabgabengesetz Rheinland-Pfalz nicht ausdrücklich. Durch die in § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP angeordnete entsprechende Anwendung von § 170 Abs. 1 AO beginnt die Festsetzungsfrist mit Ablauf des Kalenderjahres, in dem die sachliche Erschließungsbei-

tragspflicht entstanden ist. Dementsprechend beginnt die Festsetzungsfrist erst mit Ablauf des Jahres, in dem alle – insbesondere auch rechtlichen – Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Erschließungsbeitragspflicht erfüllt sind. Allein die technische Fertigstellung der Erschließungsanlage oder ihre Gebrauchsfertigkeit oder Benutzbarkeit reicht damit nicht, um den Beginn der Festsetzungsfrist auszulösen.

18 Der Kläger des Ausgangsverfahrens wendet sich gegen die Erhebung von Erschließungsbeiträgen für die Herstellung des rund 200 Meter langen östlichen Endes der „(...) -Straße“ in der Stadt (...).

19 1. Der Kläger ist Eigentümer mehrerer Grundstücke in der Gemarkung (...). Ein Grundstück grenzt an eine Straße, die seit 2007 samt der erst später fertiggestellten Verlängerung „(...) -Straße“ heißt. Von den übrigen Grundstücken des Klägers grenzen nur zwei unmittelbar an diese Straße; die anderen liegen dahinter. Alle im Eigentum des Klägers befindlichen Grundstücke liegen im Geltungsbereich eines seit dem Jahre 2000 geltenden Bebauungsplans. In den Jahren 1985/1986 wurde die an die Grundstücke des Klägers grenzende Straße vierspurig mit einer Länge von knapp 200 Metern gebaut, wobei die Stadt im Jahre 1986 das Eigentum an den Straßenparzellen erwarb. Ursprünglich plante die Stadt, die Straße vierspurig weiterzuführen.

20 Mit Bescheiden vom 25. Oktober 1991 zog die Stadt den Kläger zu Vorausleistungen auf den Erschließungsbeitrag heran. Der Kläger zahlte die für eines seiner Grundstücke festgesetzten Vorauszahlungen; im Übrigen wurden die Vorausleistungen mit Schreiben der Stadt vom 12. Dezember 1991 ausgesetzt. Nachdem der Bebauungsplan für den Ausbau für nichtig erklärt worden war, beschloss die Stadt im Jahre 1999 einen weiteren Bebauungsplan, der eine nur noch zweispurige und kürzere Fortführung der Straße vorsah. In diesem Umfang wurde die Straße in den Jahren 2003/2004 weitergebaut. Mit Beschluss vom 5. Juli 2007 wurde sie in ihrer vollen Länge als Gemeindestraße gewidmet. Die öffentliche Bekanntmachung erfolgte am 31. Juli 2007. Eine Anfechtungsklage des Klägers gegen die Widmung wurde vom Verwaltungsgericht mit – nach Zurücknahme des Berufungszulassungsantrags – rechtskräftigem Urteil abgewiesen.

21 Mit Bescheiden vom 4. September 2007 setzte die Stadt für die hier maßgeblichen Flurstücke (01), (02), (03), (04) und (05) Erschließungsbeiträge fest. Dabei brachte sie die vom Kläger gezahlten Vorausleistungen aus dem Jahre 1991 in Abzug. Das Verwaltungsgericht hob zwei Bescheide auf, da darin Flurstücke zu Unrecht als wirtschaftliche Einheit veranlagt worden seien. Lediglich der das Flurstück (05) betreffende Bescheid sei

rechtmäßig. Den Antrag des Klägers auf Zulassung der Berufung lehnte das Oberverwaltungsgericht ab. Mit Bescheiden vom 24. August 2011 setzte die Stadt die vom Verwaltungsgericht beanstandeten Beitragsbescheide für die Flurstücke (01), (02), (03), (04) neu fest und erhob für das Flurstück (05) einen Nacherhebungsbeitrag. Die Widersprüche des Klägers dagegen wies sie zurück. Das Verwaltungsgericht wies die Klage gegen die Neufestsetzung überwiegend ab. Die Beitragspflicht sei erst mit der Widmung der Straße am 31. Juli 2007 entstanden. Sie sei weder verjährt noch nach Treu und Glauben ausgeschlossen.

22 2. Nachdem das Oberverwaltungsgericht auf Antrag des Klägers die Berufung zugelassen hatte, wies es seine Berufung durch Urteil zurück. Die Erschließungsbeitragsbescheide und der Widerspruchsbescheid seien in dem noch anhängigen Umfang rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten.

23 Der vierspurig ausgebaute Teil der Straße stelle eine selbständige beitragsfähige Erschließungsanlage im Sinne von § 133 Abs. 2 Satz 1 BauGB dar. Wegen seines vierspurigen Ausbaus und seiner abweichenden Fahrbahnoberfläche unterscheide dieser Teil der Straße sich von seiner zweispurigen Fortsetzung so erheblich, dass von einer einheitlichen Verkehrsanlage nicht die Rede sein könne.

24 Der Beitragsanspruch der Stadt sei weder durch Eintritt der Festsetzungsverjährung noch durch Verwirkung erloschen. Da die Widmung als letzte Voraussetzung der Entstehung des Beitragsanspruchs im Jahre 2007 wirksam geworden sei, sei die sich aus § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO ergebende vierjährige Festsetzungsfrist erst am 31. Dezember 2011 abgelaufen, und damit nach Erlass der angefochtenen Bescheide.

25 Die Beitragserhebung stelle trotz des langen Zeitraums, der seit der technischen Fertigstellung der abgerechneten Verkehrsanlage im Jahre 1986 vergangen sei, keine unzulässige Rechtsausübung dar. Sie verstoße insbesondere nicht gegen das verfassungsrechtliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit. Zwar sei eine Höchstgrenze zu bestimmen. Dafür könne aber auf die 30-jährige Verjährungsfrist des § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG im Wege der Analogie oder vermittelt über den Grundsatz von Treu und Glauben zurückgegriffen werden.

26 Die Erhebung von Erschließungsbeiträgen durch die Bescheide vom 24. August 2011 stelle nach diesen Maßstäben keine unzulässige Rechtsausübung dar. Seit dem Entstehen der tatsächlichen Vorteilslage mit der im Jahre 1999 erfolgten Aufgabe des Plans, die Straße vierspurig weiterzuführen, seien nicht mehr als 30 Jahre

vergangen. Auch wenn man annehme, das Teilstück sei schon im Jahre 1986 als eigenständige Erschließungsanlage fertiggestellt worden, seien bei Erlass der streitigen Erschließungsbeitragsbescheide erst 25 Jahre verstrichen. Anhaltspunkte dafür, dass die Beitragserhebung schon vor Ablauf einer Frist von 30 Jahren seit dem Entstehen der Vorteilslage wegen besonderer Umstände des Einzelfalls treuwidrig wäre, lägen nicht vor.

27 3. Auf die Revision des Klägers setzte das Bundesverwaltungsgericht das Verfahren aus und legte dem Bundesverfassungsgericht die Frage zur Entscheidung vor, ob § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO mit Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit (Art. 20 Abs. 3 GG) vereinbar sei, soweit er die Erhebung von Erschließungsbeiträgen zeitlich unbegrenzt nach dem Eintritt der Vorteilslage erlaubt (vgl. BVerwG, Vorlagebeschluss vom 6. September 2018 – 9 C 5.17 –, BVerwGE 163, 58 ff.).

28 Das Bundesverwaltungsgericht ist der Überzeugung, es verstoße gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Grundsatz der Rechtssicherheit in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit (Art. 20 Abs. 3 GG), dass § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO die unbefristete Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach Eintritt der Vorteilslage ermögliche. Das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit schütze davor, dass lange zurückliegende, in tatsächlicher Hinsicht abgeschlossene Vorgänge unbegrenzt zur Anknüpfung neuer Lasten herangezogen werden könnten. Es verpflichte dazu sicherzustellen, dass Beiträge, die einen einmaligen Ausgleich für die Erlangung eines Vorteils durch Anschluss an eine Einrichtung schaffen sollten, unabhängig von einem Vertrauen des Vorteilsempfängers und ungeachtet der Fortwirkung des Vorteils zeitlich nicht unbegrenzt festgesetzt werden könnten.

29 Diese Grundsätze gälten für alle Fallkonstellationen, in denen eine abzugeltende Vorteilslage eintrete, und folglich auch für das Erschließungsbeitragsrecht. Die in der obergerichtlichen Rechtsprechung vertretene Ansicht überzeuge nicht, derzufolge einer Übertragung auf das Erschließungsbeitragsrecht entgegenstehe, dass hier eine endgültige tatsächliche Vorteilslage nicht schon mit Vornahme des Anschlusses oder bei Bestehen der Anschlussmöglichkeit eintrete, weshalb vor dem Entstehen der sachlichen Beitragspflicht kein schützenswertes Vertrauen des Bürgers begründet werde, nicht mehr zu Beiträgen herangezogen zu werden. Sie verkenne, dass das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit Rechtssicherheit auch dann ge-

währleiste, wenn keine Regelungen bestünden, die Anlass zu spezifischem Vertrauen gäben, oder wenn Umstände einem solchen Vertrauen sogar entgegenstünden; geschützt sei das Interesse der Bürgerinnen und Bürger, irgendwann nicht mehr mit einer Inanspruchnahme rechnen zu müssen und entsprechend disponieren zu können. Die verfassungsrechtliche Grenze der Beitragserhebung setze keinen Vertrauenstatbestand voraus, sondern knüpfe allein an den seit der Entstehung der Vorteilslage verstrichenen Zeitraum an. Zudem könnten sich Unterschiede der abgabenrechtlichen Tatbestände zwar auf den Zeitpunkt auswirken, in dem eine beitragsrelevante Vorteilslage entstehe und die Frist zur Beitragserhebung zu laufen beginne. Maßgeblich sei indes auch insoweit stets der tatsächliche Abschluss der Vorteilserlangung; rechtliche Gesichtspunkte könnten dessen Bestimmung ergänzen, ihn jedoch nicht ersetzen. Insofern gehe die Annahme fehl, im Erschließungsbeitragsrecht falle die tatsächliche Vorteilserlangung erst mit dem Entstehen der sachlichen Beitragspflicht zusammen.

30 Soweit in der fachgerichtlichen Rechtsprechung einer Verallgemeinerung der aus dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit folgenden Grundsätze Besonderheiten des dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. März 2013 (BVerfGE 133, 143 ff.) zugrundeliegenden Landesrechts entgegengehalten würden, bezögen sich diese Einwände auf Umstände, denen das Bundesverfassungsgericht bei seiner Auslegung von Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG entweder von vornherein keine oder eine gegenüber dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit nachrangige Bedeutung beigemessen habe. Zudem erfassten die Erwägungen des Bundesverfassungsgerichts nicht nur die Fälle, in denen sich die Entstehung der Beitragspflicht aufgrund der Nichtigkeit des ihr zugrundeliegenden Satzungsrechts verzögere. Sie gälten vielmehr für alle Fallgestaltungen, in denen die abzugeltende Vorteilslage in der Sache eintrete, die daran anknüpfenden Beitragsansprüche aber wegen des Fehlens einer sonstigen Voraussetzung nicht entstünden und deshalb auch nicht verjähren könnten. Denn auch in solchen Fällen werde der Beitragsschuldner hinsichtlich eines immer weiter in die Vergangenheit rückenden tatsächlichen Vorgangs dauerhaft im Unklaren gelassen, ob er noch mit Belastungen rechnen müsse. Es sei Aufgabe des Gesetzgebers – und damit nicht der Gerichte –, in Wahrnehmung seines weiten Gestaltungsspielraums einen Ausgleich zwischen den berechtigten Interessen der Allgemeinheit am Vorteilsausgleich durch die Beitragserhebung und der Einzelnen an Rechtssicherheit durch eine zeitlich nicht unbegrenzte

Inanspruchnahme zu schaffen. Ihm obliege es, eine gesetzliche Regelung der zeitlichen Obergrenze vorzunehmen.

31 Diesen Anforderungen genügten die Regelungen in § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO nicht. Die Regelungen gewährleisteten keine hinreichende Berücksichtigung des Interesses des Beitragsschuldners an einer zeitlich nicht unbegrenzten Inanspruchnahme. Zwar setzten sie der Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen zeitliche Grenzen, indem die Festsetzungsfrist vier Jahre nach Ablauf des Kalenderjahres ende, in dem die Abgabe entstanden sei. Allerdings sei nach der Gesetzeslage eine unbestimmte Beitragserhebung nach dem Eintritt der Vorteilslage nicht ausgeschlossen, sodass das Interesse des Bürgers, Klarheit hinsichtlich seiner Heranziehung zu Beiträgen zu erlangen, unberücksichtigt bleibe. Es fehle an einer gesetzlichen Regelung, die der Abgabenerhebung eine bestimmte zeitliche Grenze setze. Die Beitragspflicht nach § 133 Abs. 2 BauGB entstehe nicht notwendig bereits mit der tatsächlichen Fertigstellung der Straße entsprechend dem zugrundeliegenden Bauprogramm und den Satzungsbestimmungen, sondern erfordere zudem eine wirksame Widmung. Gehe die Herstellung der Widmung voraus, beginne ungeachtet der Dauer des dazwischenliegenden Zeitraums ohne sie keine Festsetzungsfrist zu laufen. Die Gemeinde habe es dann in der Hand, mit der Widmung auch die Heranziehung der Eigentümer erschlossener Grundstücke zeitlich unbegrenzt hinauszuzögern.

32 Eine dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit Rechnung tragende gesetzliche Regelung lasse sich auch nicht dem übrigen Landesrecht entnehmen. Eine absolute, also (allein) an den Zeitpunkt der Erlangung des Vorteils anknüpfende abgabenrechtliche Ausschlussfrist bestehe in Rheinland-Pfalz nicht. § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 170 Abs. 1 AO könne auch nicht verfassungskonform dahingehend ausgelegt werden, dass der Beginn der Festsetzungsfrist nicht an die Entstehung der Beitragspflicht, sondern an den Eintritt der Vorteilslage, also die technische Herstellung der Straße anknüpfe. Eine solche Auslegung überschreite die Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung. Sie widerspreche dem eindeutigen Wortlaut der Vorschriften als auch § 133 Abs. 2 Satz 1 in Verbindung mit § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB. Zugleich missachte sie den Willen des Gesetzgebers, die Festsetzungsfrist erst ab dem Zeitpunkt in Gang zu setzen, in dem der Beitragsanspruch entstanden und durchsetzbar sei, um den Kommunen einen hinreichenden Zeitraum zur Erhebung von Beiträgen zu gewähren, zu der sie nach § 127 Abs. 1 BauGB verpflichtet seien. Darüber hinaus erfor-

dere das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit, schutzwürdigen Interessen nicht nur der Beitragsschuldner, sondern auch der Allgemeinheit an der Beitragserhebung Rechnung zu tragen. Eine Beschränkung des Zeitraums der Beitragserhebung auf vier Jahre selbst dann, wenn zu dessen Beginn – und möglicherweise zu dessen Ende – noch keine sachliche Beitragspflicht entstanden sei, schütze einseitig die Belange der Beitragsschuldner. Sie bleibe zudem deutlich hinter den Fristen von zehn bis 25 Jahren derjenigen Landesgesetze zurück, die zur Wahrung des Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit eine zeitliche Obergrenze für die Abgabenerhebung festlegten.

33 Eine zeitliche Begrenzung der Erhebung von Erschließungsbeiträgen auf 30 Jahre nach Eintritt der Vorteilslage ergebe sich auch nicht aus der analogen Anwendung von § 1 Abs. 1 VwVfG RP in Verbindung mit § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG. § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG bezwecke – wie auch das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit – einen Ausgleich zwischen den Grundsätzen von Rechtssicherheit und Rechtsfrieden einerseits und dem Grundsatz der Gesetzmäßigkeit andererseits. Die vergleichbare Zielsetzung rechtfertige indes noch keine Analogie. Denn die zugrundeliegenden Sachverhalte unterschieden sich in einem Maße, das ohne eine ausdrückliche Anordnung des Gesetzgebers eine Erstreckung des in § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG gefundenen Interessenausgleichs auf die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen ausschliesse. § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG betreffe – vergleichbar mit § 197 Abs. 1 Nr. 3 BGB für rechtskräftig festgestellte Ansprüche – den Sonderfall eines titulierten und damit endgültig bestimmten Anspruchs. Hiermit sei die Erhebung von Beiträgen, die dem Grunde wie auch der Höhe nach vor ihrer bestandskräftigen Feststellung ungewiss sei, nicht ansatzweise vergleichbar. Vielmehr komme dem Interesse des Abgabenschuldners, jedenfalls durch Zeitablauf Klarheit über seine Inanspruchnahme zu erlangen, deutlich größeres Gewicht zu als demjenigen des Betroffenen in den Fällen des § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG, in denen Grund und Höhe der Belastung bereits aufgrund der Unanfechtbarkeit des Verwaltungsakts feststünden. Dementsprechend finde § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG nach § 1 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG RP in Verfahren nach der Abgabenordnung keine Anwendung; vielmehr gälten dort die besonderen, deutlich kürzeren abgabenrechtlichen Festsetzungs- und Verjährungsfristen. Diese ausdrückliche gesetzgeberische Wertung, die durch die Beschränkung der Anwendbarkeit des Verwaltungsverfahrensgesetzes auf §§ 54 bis 62 VwVfG in § 3 Abs. 4 KAG RP unterstrichen werde, dürfe nicht im Wege einer Analogie umgangen werden.

34 Die Regelung des § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG könne auch nicht mit der Begründung analog angewendet werden, sie sei Ausdruck eines allgemeinen Rechtsgrundsatzes, demzufolge öffentlich-rechtliche Ansprüche regelmäßig erst nach 30 Jahren verjährten. Zwar habe die bisherige Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts angenommen, dass die Verjährungsfrist des § 195 BGB a.F. in Ermangelung einschlägiger spezieller Verjährungsregelungen eine zutreffende Konkretisierung der Grundsätze der Rechtssicherheit und des Rechtsfriedens in Abwägung gegen den Grundsatz der gesetzmäßigen Verwaltung darstellen könne. Gleichwohl gebe es keinen allgemeinen Rechtsgrundsatz einer 30-jährigen Verjährung öffentlich-rechtlicher Ansprüche. Vielmehr sei nach dem Gesamtzusammenhang der für den jeweiligen Anspruch geltenden Rechtsvorschriften und der Interessenlage zu beurteilen, welche Verjährungsregelungen als die „sachnächsten“ entsprechend heranzuziehen seien. Auch aus § 197 Abs. 1 BGB folge kein allgemeiner Rechtsgedanke, der es erlaube, in nicht ausdrücklich geregelten Bereichen die frühere 30-jährige Regelverjährung zu perpetuieren.

35 Zudem sei der schematische Rückgriff auf eine 30-jährige Ausschlussfrist nicht mit der Aufgabe des Gesetzgebers zu vereinbaren, in Wahrnehmung seines weiten Gestaltungsspielraums einen Ausgleich der widerstreitenden Interessen der Allgemeinheit an der Beitragserhebung und der Beitragspflichtigen an einer zeitlich nicht unbegrenzten Inanspruchnahme zu schaffen. Die Unterschiedlichkeit der in acht Bundesländern in Reaktion auf den Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 5. März 2013 (BVerfGE 133, 143 ff.) erlassenen und zudem deutlich kürzeren Ausschlussfristen (10, 12, 15 oder 20 Jahre sowie wiedervereinigungsbedingt oder wegen Mitverschuldens des Beitragspflichtigen 25 Jahre) zeige ebenfalls, dass die pauschale Umdeutung der längstmöglichen Verjährungsfrist in eine frühestmögliche Ausschlussfrist dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit und dem daraus folgenden Gestaltungsauftrag des Gesetzgebers wie auch der Weite seines Gestaltungsauftrags nicht genüge. Übereinstimmend hätten die Landesgesetzgeber dabei eine 30-jährige Frist zwar als Ausgangspunkt ihrer Abwägung genommen, als deren Ergebnis jedoch ausdrücklich abgelehnt. Allenfalls könne § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG der Grundsatz entnommen werden, dass, wenn selbst bestandskräftig festgestellte Ansprüche nach 30 Jahren nicht mehr durchgesetzt werden könnten, spätestens nach Verstreichen dieser Frist auch vor Erlass einer dem Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit genügenden gesetzlichen Regelung die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen ausgeschlossen sei.

36 Der Grundsatz von Treu und Glauben gewährleiste zunächst schon deshalb keine hinreichend bestimmte zeitliche Obergrenze für die Inanspruchnahme der Beitragsschuldner, weil danach eine Beitragserhebung nur ausnahmsweise und einzelfallbezogen unzulässig sei. Der Einwand einer treuwidrigen Rechtsausübung knüpfe nicht allein an den Ablauf einer bestimmten Frist an und verschaffe dem Bürger daher keine Klarheit über den Zeitpunkt, ab dem seine Heranziehung ausgeschlossen sei.

37 Der Senat sei durch die Ausführungen des 4. Senats (des Bundesverwaltungsgerichts) in dessen Urteil vom 20. März 2014 (BVerfGE 149, 211 ff.) nicht gehindert, ohne vorherige Entscheidung des Großen Senats dem Bundesverfassungsgericht die Frage der Verfassungsgemäßheit des § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO vorzulegen. Eine Verpflichtung zur Anrufung des Großen Senats scheidet bereits deshalb aus, weil die Ansicht des 4. Senats für dessen Entscheidung nicht tragend gewesen sei.

38 Die Frage der Verfassungsmäßigkeit des gesetzgeberischen Verzichts auf eine allgemeine Ausschlussfrist für die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen sei auch für die Entscheidung des Verfahrens erheblich. Das Bundesverwaltungsgericht müsse den Rechtsstreit bei Gültigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO anders entscheiden als im Falle der Verfassungswidrigkeit dieser Regelung.

39 Die im Verfahren aufgeworfenen einfachrechtlichen Fragen stünden der Entscheidungserheblichkeit der Vorlage nicht entgegen. Denn ihre Beantwortung könne sich allenfalls auf die Höhe der Beitragsschuld auswirken, sie jedoch nicht bereits dem Grunde nach entfallen lassen. Soweit der Kläger geltend mache, bei dem abgerechneten Teilstück der „(...) -Straße“ handele es sich nicht um eine selbständige Erschließungsanlage, sei die Revision unbegründet. Die Frage, ob die Stadt die Anlage habe vierspurig bauen dürfen, sei lediglich für die Beurteilung der Erforderlichkeit des Erschließungsaufwands maßgeblich; die Einwände richteten sich nicht gegen die Errichtung der Straße als solche, sondern nur gegen den Umfang ihrer Herstellung. Ihre Berechtigung lasse nicht die Beitragspflicht als solche entfallen, sondern verringere sie lediglich um die Mehrkosten des vierspürigen Baus.

40 Es sei auch nicht von vornherein auszuschließen, dass der Gesetzgeber im Falle der Verfassungswidrigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO eine Ausschlussfrist schaffe, die eine Heranziehung des Klägers zu Erschließungsbeiträgen hindere. Aus Sicht des Gebots der Be-

lastungsklarheit und -vorhersehbarkeit müsse der Vorteilsempfänger selbst feststellen können, bis zu welchem Zeitpunkt er mit seiner Heranziehung rechnen müsse. Dies setze die Erkennbarkeit des Zeitpunkts voraus, in dem der beitragsrechtliche Vorteil entstehe und die Frist für eine mögliche Inanspruchnahme zu laufen beginne. Maßgeblich komme es im Erschließungsbeitragsrecht deshalb auf die tatsächliche – bautechnische – Durchführung der jeweiligen Erschließungsmaßnahme an. Beurteilungsmaßstab hierfür sei die konkrete Planung der Gemeinde für die jeweilige Anlage. Entscheidend sei, ob diese dem gemeindlichen Bauprogramm für die flächenmäßigen und sonstigen Teileinrichtungen sowie dem technischen Ausbauprogramm vollständig entspreche. Soweit für die Entstehung der Beitragspflicht nach § 133 Abs. 2 BauGB darüber hinaus die Widmung der Straße oder die Wirksamkeit der Beitragssatzung erforderlich sei, wirke sich dies nicht auf den Eintritt der Vorteilslage aus. Anderenfalls könnte der Beitrag zeitlich unbegrenzt nach Entstehung des tatsächlichen Vorteils erhoben werden; das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit laufe dann leer.

41 Vor diesem Hintergrund sei die Vorteilslage im Ausgangsverfahren nicht erst mit der Widmung der Straße im Jahre 2007, sondern spätestens mit der endgültigen Aufgabe ihrer durchgehend vierspürigen Herstellung im Jahre 1999 eingetreten. Abzustellen sei insofern auf den Erlass der angefochtenen Erschließungsbeitragsbescheide. Dem Kläger könne auch nicht entgegengehalten werden, er habe weder durch den Erlass der Beitragsbescheide im Jahre 2007 noch aufgrund der Erhebung von Vorauszahlungen darauf vertrauen können, dass er nicht mehr zu Erschließungsbeiträgen herangezogen werde. Denn das Rechtsstaatsprinzip gewährleiste Rechtssicherheit sogar dann, wenn Umstände einem dahingehenden Vertrauen des Betroffenen entgegenstünden.

42 Sei die Beitragserhebung danach mehr als zehn Jahre nach Eintritt der Vorteilslage erfolgt, so sei angesichts der in anderen Bundesländern geltenden Höchstfristen nicht von vornherein auszuschließen, dass eine vom rheinland-pfälzischen Gesetzgeber noch zu erlassende Regelung die Heranziehung des Klägers hindere und somit seine Beitragspflicht dem Grunde nach entfallen lasse.

43 Zu dem Verfahren Stellung genommen haben die Beklagte des Ausgangsverfahrens, der Deutsche Städte- und Gemeindebund sowie der Zentralverband der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e.V.

44 1. Die im Ausgangsverfahren beklagte Stadt trägt vor, dass es im Erschließungsbeitragsrecht schwierig bis unmöglich sei, den Zeitpunkt des Eintritts der Vorteilslage für den Bürger genau zu bestimmen. Dass die

Vorteilslage eintreten könne, ohne dass die Gemeinde eine Erschließungsbeitragsatzung erlassen habe, liege auf der Hand. Das Vorliegen einer gültigen Erschließungsbeitragsatzung sei zwar notwendige Voraussetzung für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht; der Eintritt der Vorteilslage für den jeweiligen Abgabepflichtigen werde hiervon jedoch nicht berührt. Anders liege es jedoch hinsichtlich der notwendigen Widmung der Verkehrsanlage. Nach § 127 Abs. 2 Nr. 1 bis 3 BauGB könnten Erschließungsbeiträge nur für die öffentlichen zum Anbau bestimmten Straßen, Wege und Plätze erhoben werden. Die Vorteilslage im Erschließungsbeitragsrecht könne folglich nur dann entstehen, wenn es sich um eine öffentliche Erschließungsanlage handele. Die Öffentlichkeit der Verkehrsflächen werde durch deren Widmung herbeigeführt. Erschließungsanlagen seien – auch nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts – nur dann beitragsfähig, wenn rechtlich gesichert sei, dass sie für die Benutzung durch die Allgemeinheit ohne besondere Zulassung zur Verfügung stünden. Erst durch die Widmung einer Straße erfahre das beitragspflichtige Grundstück die hinreichend gesicherte Anbindung und damit den dauerhaft gesicherten Erschließungsvorteil.

45 Auch aus einer weiteren Perspektive könne die Vorteilslage jedenfalls erst mit der Widmung der Erschließungsanlage eintreten. Der beitragsrelevante Vorteil im Erschließungsbeitragsrecht bestehe in der Erschließung eines Grundstücks. Die Erschließung sei Voraussetzung für die nach dem Bebauungsrecht (§§ 30 ff. BauGB) zulässige Ausnutzbarkeit der Grundstücke. Erschließung in diesem Sinne sei nicht gleichbedeutend mit Zugänglichkeit, sondern bestehe darüber hinaus darin, einem Grundstück die Erreichbarkeit der Erschließungsanlage in einer auf die bauliche oder gewerbliche Nutzbarkeit des Grundstücks gerichteten Funktion zu vermitteln. Der Erschließungsvorteil liege darin, dass das Grundstück gerade mit Blick auf die abzurechnende Erschließungsanlage bebaubar werde, also eine Baugenehmigung nicht mehr unter Hinweis auf die fehlende verkehrsrechtliche Erschließung abgelehnt werden dürfe. Der erschließungsbeitragsrechtliche Vorteil und damit die in diesem Zusammenhang zu betrachtende Vorteilslage, die in der Vermittlung der baulichen Nutzbarkeit des Grundstücks zu sehen sei, trete also nur und erst dann ein, wenn das Grundstück an einer öffentlichen Verkehrsanlage gelegen sei. Eine nicht gewidmete Verkehrsanlage vermittele dem Grundstück nicht die Bebaubarkeit und damit auch nicht den beitragsrelevanten Vorteil.

46 Hinzu komme, dass die endgültige „technische“ Herstellung einer Erschließungsanlage für den hiervon be-

troffenen Bürger nicht ohne weiteres „erkennbar“ sei, das Vorliegen einer Widmung dagegen schon. Besondere Probleme ergäben sich zudem beim Bauen an Wirtschaftswegen oder an unfertigen oder provisorischen Straßen.

47 2. Der Deutsche Städte- und Gemeindebund vertritt die Auffassung, für den Zeitpunkt des Entstehens der Vorteilslage sei auf den Zeitpunkt abzustellen, in dem alle Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht gegeben seien. Der Umstand, dass dazu auch rechtliche Voraussetzungen gehörten, schließe diesen Anknüpfungspunkt nicht aus. Zum Eintritt der beitragsrechtlichen Vorteilslage zähle auch, dass der Vorteil für das betreffende Grundstück dauerhaft gesichert sein müsse. Das sei in den Fällen, in denen noch nicht alle, insbesondere auch die rechtlichen Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht vorlägen, zu verneinen. Insbesondere sei – wie im Ausgangsverfahren – ohne die Widmung der Erschließungsanlage nicht gewährleistet, dass dem Grundstückseigentümer durch die Erschließungsanlage dauerhaft ein Vorteil im Sinne eines Erschlossenseins zuteilwerde. Ohne erfolgte Widmung liege keine öffentliche Straße vor und könne die Nutzung/Befahrung rechtlich jederzeit unterbunden werden. Folgerichtig dürfe bis zum Zeitpunkt der dauerhaften Sicherung und mithin des endgültigen Entstehens der sachlichen Beitragspflicht auch keine Beitragserhebung erfolgen.

48 Bei einer Loslösung des Vorteilsbegriffs vom Eintritt der sachlichen Beitragspflicht stelle sich eine Vielzahl praktischer Probleme. Insbesondere sei nicht bestimmbar, welcher Ausbauzustand für die Auslösung der zeitlichen Begrenzung der Möglichkeit der Beitragserhebung maßgeblich sein solle. Die Bestimmung der Frist für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen sei dann mit erheblichen rechtlichen Unwägbarkeiten verbunden, da bereits tatsächlich nicht eindeutig feststellbar sei, wann der Ausbau einer Erschließungsanlage bereits einen „vorteilhaften“ Zustand erreicht habe.

49 3. Nach Auffassung des Zentralverbands der Deutschen Haus-, Wohnungs- und Grundeigentümer e.V. sind Eintritt der Vorteilslage und Entstehung der Beitragspflicht getrennt voneinander zu betrachten. Für die mit dem Eintritt der Vorteilslage beginnende zeitliche Betrachtung könne es nicht auf weitere, vom Gesetzgeber für den Eintritt der Beitragspflicht vorgesehene Voraussetzungen wie etwa die Widmung oder die Wirksamkeit der Beitragssatzung ankommen.

50 Die Vorlage ist zulässig.

51 Die Vorlage ist statthaft. Zwar folgt aus Art. 100 Abs. 1 GG, dass Gegenstand eines konkreten Normenkontrollverfahrens ein Gesetz und nicht nur ein schlichtes ge-

setzgeberisches Unterlassen sein kann (vgl. BVerfGE 142, 313, 331 Rn. 54). Eine Vorlage ist aber jedenfalls dann zulässig, wenn der Gesetzgeber auf einem Rechtsgebiet bereits tätig geworden ist und ein Gericht die geschaffenen Vorschriften aus verfassungsrechtlichen Gründen für unzureichend hält (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 16. Januar 2013 – 1 BvR 2004/10 –, Rn. 21). In diesem Sinne sind Vorlagen etwa auch dann zulässig, wenn die Vorlage einer bestimmten Norm damit begründet wird, dass die Nicht-einbeziehung bestimmter Sachverhalte oder Personengruppen gegen Gleichheitsrechte verstoße, oder wenn das vorlegende Gericht die unterlassene Einbeziehung weiterer Tatbestände in eine begünstigende Regelung als Verletzung staatlicher Schutzpflichten betrachtet (vgl. BVerfGE 142, 313 332 Rn. 55 m.w.N.).

52 Nach Ansicht des Bundesverwaltungsgerichts folgt die Verfassungswidrigkeit der zur Prüfung gestellten Regelungen daraus, dass der Landesgesetzgeber unter Verstoß gegen das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit davon abgesehen habe, der Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen eine absolute zeitliche Grenze zu setzen. Die Festsetzungsfristen nach § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP in Verbindung mit § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO sollen einer unbefristeten Abgabenerhebung entgegenwirken, ermöglichen aber auch eine zeitlich unbegrenzte Beitragserhebung nach Eintritt der Vorteilslage.

53 Das Vorlagegericht hat sowohl seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP als auch dessen Entscheidungserheblichkeit hinreichend dargelegt (Art. 100 Abs. 1 GG, § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG).

54 1. Nach Art. 100 Abs. 1 Satz 1 Variante 2 GG hat ein Gericht das Verfahren auszusetzen und die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichts einzuholen, wenn es ein Gesetz, auf dessen Gültigkeit es bei der Entscheidung ankommt, für verfassungswidrig hält. Gemäß § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG muss das vorlegende Gericht darlegen, inwiefern seine Entscheidung von der Gültigkeit der Rechtsvorschrift abhängt und mit welcher übergeordneten Rechtsnorm die Vorschrift unvereinbar ist. Die Begründung, die das Bundesverfassungsgericht entlasten soll, muss daher mit hinreichender Deutlichkeit erkennen lassen, dass und weshalb das vorlegende Gericht im Falle der Gültigkeit, der für verfassungswidrig gehaltenen Rechtsvorschrift zu einem anderen Ergebnis käme als im Falle ihrer Ungültigkeit (vgl. BVerfGE 153, 310 333 Rn. 55 m.w.N.; 153, 358 375 f. Rn. 37). Das vorlegende Gericht muss dabei den Sachverhalt darstellen, sich mit der einfachrechtlichen Rechtslage auseinandersetzen, seine insoweit einschlägige Rechtspre-

chung darlegen und die in der Literatur und Rechtsprechung entwickelten Rechtsauffassungen berücksichtigen, die für die Auslegung der vorgelegten Rechtsvorschrift von Bedeutung sind (vgl. BVerfGE 136, 127, 142 Rn. 45; 145 ff. Rn. 53 ff.; 138, 1, 13 f. Rn. 37). § 80 Abs. 2 Satz 1 BVerfGG verpflichtet das vorliegende Gericht jedoch nicht, auf jede denkbare Rechtsauffassung einzugehen. Für die Beurteilung der Entscheidungserheblichkeit der Vorlagefrage ist grundsätzlich die Rechtsauffassung des vorlegenden Gerichts maßgebend, sofern diese nicht offensichtlich unhaltbar ist (vgl. BVerfGE 138, 1, 15 Rn. 41 m.w.N.).

55 Was die verfassungsrechtliche Beurteilung der zur Prüfung gestellten Norm angeht, muss das vorliegende Gericht von ihrer Verfassungswidrigkeit überzeugt sein und die für seine Überzeugung maßgeblichen Erwägungen nachvollziehbar darlegen (vgl. BVerfGE 138, 1, 13 f. Rn. 37 m.w.N.). Der Vorlagebeschluss muss hierzu den verfassungsrechtlichen Prüfungsmaßstab angeben und sich mit der Rechtslage auseinandersetzen, insbesondere auch mit der maßgeblichen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfGE 138, 1, 15 f. Rn. 42 m.w.N.).

56 2. a) Das vorliegende Bundesverwaltungsgericht legt die Entscheidungserheblichkeit der vorgelegten Rechtsfrage hinreichend dar. Dafür genügt, dass eine verfassungsrechtliche Beanstandung der zur Prüfung gestellten Norm dem Kläger die Chance offenhält, eine für ihn günstigere Regelung zu erreichen (vgl. zu Art. 3 Abs. 1 GG BVerfGE 74, 182, 195; 142, 313, 332 Rn. 55 m.w.N.).

57 Der Gesetzgeber hat hier mehrere Möglichkeiten, einen verfassungswidrigen Zustand zu beseitigen. So kann er wie andere Länder eine mit Eintritt der Vorteilslage beginnende Ausschlussfrist schaffen, die einer rechtmäßigen Heranziehung des Klägers zu Erschließungsbeiträgen entgegenstehen könnte. Die Länder haben sich überwiegend für Fristlängen von 10 bis 20 Jahren entschieden (oben Rn. 12).

58 Nach den Feststellungen des Bundesverwaltungsgerichts entstand die Vorteilslage mit Aufgabe der vierspurigen Fortführung der Straße im Jahre 1999. Das Gericht hat auch dargelegt, weshalb der bis zur Beitragserhebung verstrichene Zeitraum von zwölf Jahren die Möglichkeit eröffnet, nach einer landesgesetzlichen Neuregelung beim Kläger keine Erschließungsbeiträge mehr zu erheben. Im Falle der Verfassungswidrigkeit der vorgelegten Regelung besteht daher jedenfalls die Möglichkeit, dass der Klage auf der Grundlage veränderten Landesrechts stattzugeben sein wird.

59 b) Das Bundesverwaltungsgericht legt seine Überzeugung von der Verfassungswidrigkeit des § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP, soweit er die unbefristete Erhebung von

Erschließungsbeiträgen nach dem Eintritt der Vorteilslage ermöglicht, und die dafür maßgeblichen Erwägungen nachvollziehbar dar. Das Gericht setzt sich erschöpfend mit der einfach- und verfassungsrechtlichen Rechtslage sowie der Rechtsprechung dazu auseinander. Es hat insbesondere begründet, warum das vom Bundesverfassungsgericht für das Anschlussbeitragsrecht entwickelte Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit auf alle Fälle übertragbar ist, in denen die abzugeltende Vorteilslage in der Sache eintritt, die daran anknüpfenden Beitragsansprüche aber wegen Fehlens einer sonstigen Voraussetzung nicht entstehen und deshalb auch nicht verjähren können. Zudem setzt es sich erschöpfend mit der in der verwaltungsgerichtlichen Rechtsprechung vertretenen Auffassung auseinander, die vom Bundesverfassungsgericht in seinem Beschluss vom 5. März 2013 (BVerfGE 133, 143 ff.) aufgestellten Grundsätze könnten nicht auf das Erschließungsbeitragsrecht übertragen werden (vgl. VGH Mannheim, Urteil vom 21. Juni 2017 – 2 S 1946/16 –, Rn. 52 m.w.N.) und beruhen auf Besonderheiten des der Entscheidung zugrundeliegenden Landesrechts (vgl. OVG Greifswald, Urteil vom 1. April 2014 – 1 L 142/13 –, Rn. 67 ff.). Unter Verweis auf die parallele Interessenlage und unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. Juli 2016 – 1 BvR 3092/15 –, Rn. 6 ff.; nun auch BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2020 – 1 BvR 1866/15 u.a. –, Rn. 4 ff., vom 1. Juli 2020 – 1 BvR 2838/19 –, Rn. 24 ff., vom 16. September 2020 – 1 BvR 1185/17 –, Rn. 2, und vom 29. Oktober 2020 – 1 BvL 7/17 –, Rn. 10 ff.) und der Fachgerichte (vgl. BayVGH, Urteil vom 14. November 2013 – 6 B 12.704 –, Rn. 21) legt das Bundesverwaltungsgericht auch nachvollziehbar dar, dass das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit nicht nur Fälle erfasst, in denen sich die Entstehung der Beitragspflicht aufgrund der Nichtigkeit des ihr zugrundeliegenden Satzungsrechts verzögert. Auch begründet das Bundesverwaltungsgericht seine Auffassung, weshalb es zwingend eine Regelung der zeitlichen Begrenzung abgabenrechtlicher Belastungen durch den Gesetzgeber bedarf.

60 § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP ist insoweit mit den verfassungsrechtlichen Anforderungen nicht vereinbar, als danach Erschließungsbeiträge nach dem Eintritt der Vorteilslage zeitlich unbegrenzt erhoben werden können. Die Möglichkeit einer zeitlich unbegrenzten Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach dem Eintritt des abzugeltenden Vorteils im rheinland-pfälzischen Landesrecht verstößt gegen Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem verfassungsrechtlichen Grundsatz der Rechts-

sicherheit als wesentlichem Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit. Der Gesetzgeber hat den Ausgleich zwischen der Erwartung der Beitragspflichtigen, dass die Festsetzungsverjährung eintritt, und dem berechtigten öffentlichen Interesse an einem finanziellen Beitrag für die Erlangung individueller Vorteile aus der Erschließung verfehlt, indem er in verfassungsrechtlich nicht mehr hinnehmbarer Weise einseitig zu Lasten der Beitragspflichtigen entschieden hat (vgl. BVerfGE 133, 143, 157 f. Rn. 40 m.w.N.).

61 1. Art. 2 Abs. 1 GG in Verbindung mit dem Gebot der Rechtssicherheit als wesentlichem Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips schützt das Vertrauen in die Verlässlichkeit und Berechenbarkeit der unter der Geltung des Grundgesetzes geschaffenen Rechtsordnung und der auf ihrer Grundlage erworbenen Rechte (vgl. BVerfGE 132, 302 317 Rn. 41; 133, 143 158 Rn. 41). Rechtssicherheit und Vertrauensschutz gewährleisten im Zusammenwirken mit den Grundrechten die Verlässlichkeit der Rechtsordnung als wesentliche Voraussetzung für die Selbstbestimmung über den eigenen Lebensentwurf und seinen Vollzug. Die Bürgerinnen und Bürger sollen die ihnen gegenüber möglichen staatlichen Eingriffe voraussehen und sich dementsprechend einrichten können. Dabei knüpft der Grundsatz des Vertrauensschutzes an ihr berechtigtes Vertrauen in bestimmte Regelungen an. Er besagt, dass sie sich auf die Fortwirkung bestimmter Regelungen in gewissem Umfang verlassen dürfen. Das Rechtsstaatsprinzip gewährleistet darüber hinaus aber unter bestimmten Umständen Rechtssicherheit auch dann, wenn keine Regelungen bestehen, die Anlass zu spezifischem Vertrauen geben, oder wenn Umstände einem solchen Vertrauen sogar entgegenstehen. Es schützt in seiner Ausprägung als Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit davor, dass lange zurückliegende, in tatsächlicher Hinsicht abgeschlossene Vorgänge unbegrenzt zur Anknüpfung neuer Lasten herangezogen werden können. Als Elemente des Rechtsstaatsprinzips sind Rechtssicherheit und Vertrauensschutz eng miteinander verbunden, da sie gleichermaßen die Verlässlichkeit der Rechtsordnung gewährleisten (BVerfGE 133, 143 158 Rn. 41 m.w.N.).

62 Für die Erhebung von Beiträgen, die einen einmaligen Ausgleich für die Erlangung eines Vorteils durch Anschluss an eine Einrichtung schaffen sollen, ist der Gesetzgeber daher verpflichtet, Verjährungsregelungen zu treffen oder jedenfalls im Ergebnis sicherzustellen, dass Beiträge nicht unbegrenzt nach Erlangung des Vorteils festgesetzt werden können. Die Legitimation

von Beiträgen liegt – unabhängig von der gesetzlichen Ausgestaltung ihres Wirksamwerdens – in der Abgeltung eines Vorteils, der den Betroffenen zu einem bestimmten Zeitpunkt zugekommen ist (vgl. BVerfGE 133, 143 159 f. Rn. 45; 137, 1 17 Rn. 38 ff.; 149, 222 249 f. Rn. 54 ff.). Je weiter dieser Zeitpunkt bei der Beitragserhebung zurückliegt, desto mehr verflüchtigt sich die Legitimation zur Erhebung solcher Beiträge. Zwar können dabei die Vorteile auch in der Zukunft weiter fortwirken und tragen nicht zuletzt deshalb eine Beitragserhebung auch noch relativ lange Zeit nach Anschluss an die entsprechende Einrichtung. Jedoch verliert der Zeitpunkt des Anschlusses, zu dem der Vorteil, um dessen einmalige Abgeltung es geht, dem Beitragspflichtigen zugewendet wurde, deshalb nicht völlig an Bedeutung. Beitragspflichtige würden sonst hinsichtlich eines immer weiter in die Vergangenheit rückenden Vorgangs dauerhaft im Unklaren gelassen, ob sie noch mit Belastungen rechnen müssen. Dies ist ihnen im Lauf der Zeit immer weniger zumutbar. Der Grundsatz der Rechtssicherheit gebietet vielmehr, dass Vorteilsempfänger in zumutbarer Zeit Klarheit darüber gewinnen können, ob und in welchem Umfang sie die erlangten Vorteile durch Beiträge ausgleichen müssen (vgl. BVerfGE 133, 143 159 f. Rn. 45).

63 Es ist Aufgabe des Gesetzgebers, die berechtigten Interessen der Allgemeinheit am Vorteilsausgleich und der Einzelnen an Rechtssicherheit durch entsprechende Gestaltung von Verjährungsbestimmungen zu einem angemessenen Ausgleich zu bringen. Dabei steht ihm ein weiter Gestaltungsspielraum zu. Der Grundsatz der Rechtssicherheit verbietet es dem Gesetzgeber jedoch, die berechtigten Interessen der Beitragspflichtigen völlig unberücksichtigt zu lassen und ganz von einer Regelung abzusehen, die der Erhebung der Abgabe eine bestimmte zeitliche Grenze setzt (vgl. BVerfGE 133, 143 160 Rn. 46).

64 2. Rechtssicherheit und Vertrauensschutz erstrecken sich auf alle Abgaben zum Vorteilsausgleich und damit auch auf Erschließungsbeiträge (a). Zudem erfasst das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit nicht nur Konstellationen, in denen sich der Eintritt der (Festsetzungs-)Verjährung durch die gesetzliche Ausgestaltung des Beginns oder des Endes der Verjährungsfrist auf unbestimmte Zeit verzögert, sondern es bezieht alle Fälle ein, in denen eine tatsächliche Vorteilslage eintritt, die daran anknüpfenden Abgaben aber wegen Fehlens einer sonstigen Voraussetzung nicht verjähren können (b). Dies gilt auch im Erschließungsbeitragsrecht, in dem die Vorteilslage zum Zeitpunkt der zulässigen tatsächlichen Nutzbarkeit der Anlage eintritt, für die Beiträge erhoben werden (c).

65 a) Das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit gilt für alle Abgaben zum Vorteilsausgleich und damit insbesondere für das gesamte Beitragsrecht. Da es aus der Rechtssicherheit als wesentlichem Bestandteil des in Art. 20 Abs. 3 GG verankerten Rechtsstaatsprinzips abgeleitet ist, ist seine Geltung nicht auf die Erhebung von Beiträgen für die Herstellung leitungsgebundener Einrichtungen beschränkt.

66 Das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit findet damit auch im Erschließungsbeitragsrecht Anwendung (so auch BVerwG, Beschluss vom 12. Dezember 2019 – 9 B 53/18 –, Rn. 5; VGH Mannheim, Beschluss vom 9. März 2021 – 2 S 3955/20 –, Rn. 24 m.w.N.). Auch bei Erschließungsbeiträgen nach §§ 127 ff. BauGB handelt es sich um Abgaben zum Vorteilsausgleich; ihre Legitimation liegt – unabhängig von der gesetzlichen Ausgestaltung der Entstehung der Beitragspflicht – in der Abgeltung eines Vorteils, der den Beitragspflichtigen zu einem bestimmten Zeitpunkt erwachsen ist.

67 b) Mit seiner Forderung nach einer zeitlichen Begrenzung der Heranziehung des Bürgers zu Abgaben zum Vorteilsausgleich knüpft das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit an den Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage an. Seine Anwendbarkeit ist damit insbesondere nicht auf Fälle beschränkt, in denen sich der Beginn (oder das Ende) der Festsetzungsfrist verzögert. Vielmehr fordert das Gebot eine zeitliche Begrenzung der Beitragserhebung in allen Fällen, in denen die abzugeltende tatsächliche Vorteilslage in der Sache eintritt, die daran anknüpfenden Beitragsansprüche aber wegen des Fehlens einer sonstigen Voraussetzung nicht entstehen und deshalb auch nicht verjähren können (so auch BVerwGE 149, 211 215 Rn. 17; BayVGH, Urteil vom 14. November 2013 – 6 B 12.704 –, Rn. 21; OVG Magdeburg, Urteil vom 2. Oktober 2018 – 4 L 97/17 –, Rn. 43).

68 Die nähere Bestimmung, wann die Vorteilslage eintritt, richtet sich nach der jeweils mit der Abgabe abzugeltenden Leistung. Dabei knüpft das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit an einen in tatsächlicher Hinsicht abgeschlossenen Vorgang an (vgl. BVerfGE 133, 143 158 Rn. 41). Daher ist der Eintritt der Vorteilslage von der Entstehung der Beitragspflicht unabhängig (vgl. BVerfGE 133, 143 158 Rn. 41) zu beurteilen. Maßgeblich ist damit, wann und unter welchen Umständen der die individuelle Vorteilslage begründende Vorgang in tatsächlicher Hinsicht als abgeschlossen zu betrachten ist, weil sich der durch den Beitrag abzugeltende Vorteil für die jeweiligen Beitragspflichtigen verwirklicht hat (vgl. OVG Münster, Urteil vom 24. November 2017 – 15 A 1812/16 –, Rn. 45).

69 Das verfassungsrechtliche Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit verlangt, dass Betroffene

nicht dauerhaft im Unklaren gelassen werden dürfen, ob sie noch mit Belastungen rechnen müssen (vgl. BVerfGE 133, 143 159 f. Rn. 45). Daher muss der Zeitpunkt, in dem der abzugeltende Vorteil entsteht, für die Betroffenen unter Zugrundelegung eines objektiven Empfängerhorizonts erkennbar sein (vgl. OVG Münster, Urteil vom 24. November 2017 – 15 A 1812/16 –, Rn. 47; Beschluss vom 24. Oktober 2019 – 15 B 1090/19 –, Rn. 25; VGH Mannheim, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 2 S 465/18 –, Rn. 129). Der Begriff der Vorteilslage muss deshalb an rein tatsächliche, für den möglichen Beitragsschuldner erkennbare Gegebenheiten anknüpfen und rechtliche Entstehungsvoraussetzungen für die Beitragsschuld außen vor lassen. In Ansehung dieser Vorgaben obliegt die nähere Bestimmung des maßgeblichen Zeitpunkts des Eintritts der tatsächlichen Vorteilslage im Einzelfall vorrangig den Fachgerichten. Ihnen steht im Rahmen der grundgesetzlichen Bindungen ein Spielraum zu, der in verfassungsrechtlicher Hinsicht nur eingeschränkt überprüfbar ist.

70 c) aa) Der mit dem Erschließungsbeitrag abzugeltende Vorteil ist im Bundesrecht nicht ausdrücklich definiert. Nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung kommt es für die abzugeltende Vorteilslage (allein) auf die tatsächliche bautechnische Durchführung der jeweiligen Erschließungsmaßnahme an. Eine derartige Vorteilslage ist für das Erschließungsbeitragsrecht anzunehmen, wenn eine beitragsfähige Erschließungsanlage den an sie zu stellenden technischen Anforderungen entspricht und dies für den Beitragspflichtigen erkennbar ist. Dies ist jedenfalls dann der Fall, wenn die Erschließungsanlage die nach dem satzungsmäßigen Teileinrichtungsprogramm, also den in der Satzung geregelten Merkmalen der endgültigen Herstellung (vgl. § 132 Nr. 4 BauGB), und dem Bauprogramm erforderlichen Teileinrichtungen aufweist; diese wiederum müssen dem jeweils für sie vorgegebenen technischen Ausbauprogramm entsprechen. Demgegenüber kommt es nicht darauf an, ob weitere rechtliche Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht vorliegen (vgl. BayVGH, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 2 S 465/18 –, Rn. 129; OVG Lüneburg, Urteil vom 30. September 2020 – 9 LC 110/18 –, Rn. 91; OVG Münster, Beschluss vom 24. Oktober 2019 – 15 B 1090/19 –, Rn. 27). Davon geht auch das vorliegende Bundesverwaltungsgericht aus.

71 bb) Diese fachgerichtliche Rechtsprechung konkretisiert die Anforderungen an die Entstehung der erschließungsrechtlichen Vorteilslage aus der Perspektive des Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit in verfassungsrechtlich nicht zu beanstandender Weise.

72 (1) Damit ist hinreichend gewährleistet, dass die Entstehung der tatsächlichen Vorteilslage für die Betroffene

nen erkennbar ist. Denn es kommt hierfür weder auf die wirksame Widmung der Erschließungsanlage noch auf die Wirksamkeit der Beitragssatzung, die planungsrechtliche Rechtmäßigkeit ihrer Herstellung, den Eingang der letzten Unternehmerrechnung, die Mängelfreiheit der technischen Ausführung oder den vollständigen Grunderwerb an (vgl. BayVGh, Beschluss vom 4. Mai 2017 – 6 ZB 17.546 –, Rn. 10 m.w.N.; vgl. auch VGh Mannheim, Urteil vom 29. Oktober 2019 – 2 S 465/18 –, Rn. 129; OVG Münster, Beschluss vom 24. Oktober 2019 – 15 B 1090/19 –, Rn. 27).

73 Gegen die Unbeachtlichkeit der Widmung der Erschließungsanlage für das Entstehen der Vorteilslage kann nicht vorgebracht werden, dass ein „beitragsrelevanter“ Vorteil erst mit einer auch rechtlichen Sicherung der Nutzbarkeit der Anlage durch die Widmung vorliege. Diese rechtliche Sicherung betrifft lediglich die Befugnis des Hoheitsträgers zur Geltendmachung der Beiträge gegenüber den Beitragspflichtigen und damit eine Beitragsentstehungsvoraussetzung; sie wirkt aber nicht schon auf die Bestimmung des Zeitpunkts des erstmaligen Eintritts der tatsächlichen Vorteilslage zurück. Hieran knüpft das Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit aber nicht an. Auch kann der Zeitpunkt der Zulässigkeit der tatsächlichen Nutzbarkeit der Erschließungsanlage unabhängig von deren Widmung nach der Verkehrsfreigabe bestimmt werden. Zwar mag der genaue Zeitpunkt der für den Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage notwendigen Verkehrsfreigabe nicht immer ohne Weiteres ermittelt werden können (so OVG Lüneburg, Urteil vom 30. September 2020 – 9 LC 110/18 –, Rn. 92). Gleichwohl stellt die Verkehrsfreigabe als solche einen für den Betroffenen eindeutig erkennbaren Umstand dar.

74 (2) Der hinreichenden Erkennbarkeit der Vorteilslage für die Betroffenen steht auch nicht entgegen, dass die Vorteilslage nach der fachgerichtlichen Rechtsprechung erst entsteht, wenn die Erschließungsanlage die nach dem satzungsmäßigen Teileinrichtungsprogramm und dem Bauprogramm erforderlichen Teileinrichtungen aufweist und diese dem jeweils für sie vorgegebenen technischen Ausbauprogramm vollständig entsprechen. Denn die – für die Beitragspflichtigen in der Regel nicht erkennbare – Wirksamkeit der Erschließungsbeitragsatzung ist nach der Rechtsprechung keine Voraussetzung für den Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage (vgl. BVerwG, Vorlagebeschluss vom 6. September 2018 – 9 C 5.17 –, Rn. 55). Zudem mag die Feststellung der tatsächlichen bautechnischen Voraussetzungen des Vorteils zwar im Einzelfall anspruchsvoll sein. Jedoch ist die Übereinstimmung der Erschließungsanlage mit dem gemeindlichen Bauprogramm und dem technischen

Ausbauprogramm gerade deshalb maßgeblich, weil dies ein für den Bürger erkennbarer äußerer Umstand ist (vgl. BVerwGE 158, 163 172 f. Rn. 29; BVerwG, Urteil vom 15. Mai 2013 – 9 C 3.12 –, Rn. 16).

75 Der Anknüpfung an die tatsächliche bautechnische Durchführung der Erschließungsmaßnahme kann aus verfassungsrechtlicher Sicht auch nicht entgegengehalten werden, der Abschluss der endgültigen technischen Herstellung der Erschließungsanlage könne sich letztlich unbegrenzt verzögern. Zwar ist für die endgültige Herstellung der Erschließungsanlage auch nach der Vorlage des Bundesverwaltungsgerichts auf die Fertigstellung der Anlage in ihrer gesamten Länge abzustellen. Deshalb genügt das individuelle Erschlossensein eines Grundstücks durch eine auf seiner Höhe technisch fertiggestellte Erschließungsanlage für den Eintritt der Vorteilslage nicht. Wird jedoch eine Erschließungsanlage über längere Zeit nicht weitergebaut oder bleibt der Ausbaustand der Erschließungsanlage hinter den Vorgaben des technischen Ausbauprogramms zurück, kann eine durchgehende Herstellung auch endgültig aufgegeben sein, indem eine teilweise hergestellte Anlage in eine selbständige Erschließungsanlage hineinwächst (vgl. dazu BVerwGE 158, 163 166 f. Rn. 14 m.w.N.; BayVGh, Beschluss vom 4. Mai 2017 – 6 ZB 17.546 –, Rn. 11 m.w.N.). In diesen Fällen ist die Vorteilslage eingetreten, die Heranziehung zu Erschließungsbeiträgen also zeitlich begrenzt.

76 (3) Schließlich begegnet es keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, dass das Bundesverwaltungsgericht in anderen Konstellationen die dauerhafte rechtliche Sicherung des Vorteils als zulässigen Anknüpfungspunkt für die Bestimmung des Zeitpunkts des Eintritts der Vorteilslage angesehen hat (vgl. BVerwG, Beschluss vom 8. März 2017 – 9 B 19.16 –, Rn. 26 m.w.N.). Diese Rechtsprechung bezieht sich auf die Neuorganisation einer kommunalen Abwasserentsorgung in den neuen Ländern im Zuge der Wiedervereinigung. Sie ist daher nicht ohne Weiteres der Verallgemeinerung zugänglich. Ohnehin findet sie nur insoweit Anwendung, als es um neu entstandene Aufwendungen geht, die nach der Wiedervereinigung getätigt wurden (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. April 2015 – 9 C 19.14 –, Rn. 16; vgl. auch BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2020 – 1 BvR 1866/15 u.a. –, Rn. 10).

77 Danach verstößt es gegen das Rechtsstaatsprinzip in seiner Ausprägung als der Rechtssicherheit dienendes Gebot der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit (Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG), dass das rheinland-pfälzische Landesrecht in § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP die zeitlich unbegrenzte Festsetzung von Erschließungsbeiträgen nach Eintritt der zulässigen tat-

sächlichen Nutzbarkeit der Erschließungsanlage ermöglicht. Die Regelung des § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP knüpft mit ihrem allgemeinen Verweis auf § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO nicht an den Eintritt der Vorteilslage an, sondern macht den Beginn der Festsetzungsfrist von zusätzlichen Voraussetzungen abhängig. In der Folge besteht trotz der Regelung zur Festsetzungsverjährung die Möglichkeit, dass nach dem Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage unbefristet Beiträge erhoben werden (1). Auch aus sonstigen Regelungen ergeben sich keine hinreichenden zeitlichen Grenzen der Beitragserhebung (2). Damit lässt der Gesetzgeber die berechtigte Erwartung der Bürgerinnen und Bürger darauf, geraume Zeit nach Entstehen der Vorteilslage nicht mehr mit der Festsetzung des Beitrags rechnen zu müssen, gänzlich unberücksichtigt und löst den Interessenkonflikt einseitig zu Lasten der Beitragspflichtigen (vgl. BVerfGE 133, 143 157 f. Rn. 40; 160 f. Rn. 47). Die vom Gesetzgeber zu regelnde Frist muss jedenfalls unter 30 Jahren liegen (3).

78 1. § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP ermöglicht in Fällen, in denen die mit Erschließungsbeiträgen abzugeltende tatsächliche Vorteilslage eingetreten ist, aber noch nicht alle Voraussetzungen für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht gegeben sind, die Festsetzung von Erschließungsbeiträgen ohne zeitliche Begrenzung. Denn § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP knüpft mit seinem Verweis auf § 169 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2, § 170 Abs. 1 AO, § 133 Abs. 2 Satz 1, § 127 Abs. 2 Nr. 1 BauGB den Beginn der Festsetzungsfrist an das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht, obwohl die im Erschließungsbeitragsrecht maßgebliche tatsächliche Vorteilslage schon im Falle einer zulässigen tatsächlichen Nutzbarkeit der Erschließungsanlage und damit bereits vor dem Vorliegen sämtlicher Beitragsentstehungsvoraussetzungen eintreten kann.

79 Zwar schließt der Landesgesetzgeber damit die Verjährung von Beitragsansprüchen nicht völlig aus. Die Regelung verschiebt aber den Verjährungsbeginn ohne zeitliche Obergrenze nach hinten. Dies wird den Anforderungen des Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit nicht gerecht. Die Regelung zur Festsetzungsverjährung in § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP ist daher insoweit verfassungswidrig.

80 2. Auch aus sonstigen Regelungen ergeben sich keine hinreichenden zeitlichen Grenzen der Erhebung von Erschließungsbeiträgen. Eine über die Regelungsvorgaben von § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP hinausgehende zeitliche Begrenzung der Erhebung von Erschließungsbeiträgen besteht in Rheinland-Pfalz nicht (a); sie folgt auch nicht aus einer analogen Anwendung anderer Vorschriften (b) oder dem Grundsatz von Treu und Glauben (c). Auch eine verfassungskonforme Auslegung beste-

hender Regelungen zur Festsetzungsverjährung kommt nicht in Betracht (d).

81 a) Nach den überzeugenden Darlegungen des vorliegenden Gerichts besteht in Rheinland-Pfalz für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen keine gesetzlich vorgesehene, allein an den Zeitpunkt der Erlangung des Vorteils anknüpfende zeitliche Ausschlussfrist. Eine solche ergibt sich weder aus den Vorschriften des Kommunalabgabengesetzes Rheinland-Pfalz noch aus denen des Baugesetzbuches. Eine absolute Ausschlussfrist für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen ergibt sich auch nicht aus § 1 Abs. 1 VwVfG RP in Verbindung mit § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG.

82 Nach § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG beträgt die Verjährungsfrist für einen Anspruch eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers, der durch unanfechtbaren Verwaltungsakt festgesetzt wurde, 30 Jahre. Die Regelung findet nach Maßgabe von § 1 Abs. 1 VwVfG RP grundsätzlich auch in Rheinland-Pfalz Anwendung. Ein Rückgriff auf § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG kommt hier allerdings bereits deshalb nicht in Betracht, weil diese Vorschrift gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 1 VwVfG RP nicht für Verfahren nach der Abgabenordnung gilt. Diese Ausschlussregelung erfasst ausdrücklich auch die Erhebung von Kommunalabgaben, da der Landesgesetzgeber die Anwendbarkeit der Abgabenordnung in § 3 Abs. 1 bis 3 KAG RP angeordnet und den Rückgriff auf das Verwaltungsverfahrensgesetz in § 3 Abs. 4 KAG RP nur bei öffentlich-rechtlichen Verträgen zugelassen hat (vgl. OVG Koblenz, Urteil vom 16. Februar 2017 – 6 A 10137/14 –, Rn. 49; siehe auch BVerwG, Urteil vom 15. April 2015 – 9 C 19.14 –, Rn. 13; VGH Mannheim, Urteil vom 21. Juni 2017 – 2 S 1946/16 –, Rn. 55 m.w.N.).

83 Daneben scheidet eine unmittelbare Anwendung der Regelung des § 1 Abs. 1 VwVfG RP in Verbindung mit § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG auch in der Sache aus. Denn die Regelung betrifft unanfechtbare Verwaltungsakte, die zur Feststellung oder Durchsetzung eines Anspruchs eines öffentlich-rechtlichen Rechtsträgers erlassen wurden (vgl. § 53 Abs. 1 Satz 1 VwVfG), und setzt damit die unanfechtbare Festsetzung des betreffenden Anspruchs voraus. Eine unanfechtbare Festsetzung von Beitragsansprüchen hat in den hier relevanten Fällen aber regelmäßig noch nicht stattgefunden.

84 b) Eine Höchstfrist für die Erhebung von Erschließungsbeiträgen nach Eintritt der tatsächlichen Vorteilslage lässt sich nach der Rechtsprechung des Bundesverwaltungsgerichts auch nicht aus einer analogen Anwendung von § 1 Abs. 1 VwVfG RP in Verbindung mit § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG (vgl. BVerwG, Urteil vom 15. April 2015 – 9 C 19.14 –, Rn. 13) herleiten (BVerwG, Vorlagebeschluss vom 6. September 2018 – 9 C 5.17 –, Rn. 34 f.).

85 Der Grundsatz der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit schließt eine Bestimmung der zeitlichen Obergrenze für die Heranziehung zu Beiträgen durch die analoge Heranziehung einer nach Normzweck und Interessenlage geeigneten Verjährungsvorschrift auf die genannte Entscheidung des Gesetzgebers zwar nicht grundsätzlich aus (so BVerwG, Urteil vom 27. November 2019 – 9 C 5.18 –, Rn. 16). Allerdings muss die zeitliche Begrenzung der Abgabenerhebung in einem rechtsstaatlich vertretbaren Maße erkennbar sein. Daran fehlt es hier. Denn der Rückgriff auf die genannten Verjährungsregelungen wäre zu unbestimmt, um dem Interesse der Bürgerinnen und Bürger, Klarheit darüber zu erhalten, bis wann sie nach Entstehung der Vorteilslage noch mit einer Heranziehung zu einem Beitrag rechnen müssen, Rechnung zu tragen.

86 c) Der Grundsatz von Treu und Glauben (zum einfachen Recht BVerwG, Beschluss vom 10. September 2019 – 9 B 40.18 –, Rn. 7 m.w.N.; vgl. aber noch BVerwGE 149, 211 221 ff. Rn. 28 ff.; BVerwG, Urteil vom 15. März 2017 – 10 C 1.16 –, Rn. 29) ist als auf die Beurteilung von Einzelfällen bezogenes Rechtsinstitut von vornherein nicht geeignet, um dem Beitragspflichtigen Klarheit über Beginn und Dauer der Festsetzungsverjährung bei Erschließungsbeiträgen zu verschaffen. Seine Anwendung kann damit nicht die Anforderungen des rechtsstaatlichen Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit und die Verfassungsmäßigkeit von § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP sicherstellen.

87 d) Auch eine verfassungskonforme Auslegung der Regelungen zur Festsetzungsverjährung in § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP kommt nicht in Betracht (vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Ersten Senats vom 21. Juli 2016 – 1 BvR 3092/15 –, Rn. 9 ff.).

88 Eine solche Auslegung von § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP überschreite schon den Wortlaut der Regelung, da diese durch ihren Verweis auf die Abgabenordnung an eine bereits entstandene Abgabepflicht anknüpft. Zudem hätte eine solche Auslegung zur Folge, dass beginnend mit dem Ende des Jahres, in dem der Vorteil den Beitragspflichtigen erstmals in relevanter Weise zugewendet worden ist, eine Festsetzungsfrist von vier Jahren zur Anwendung käme. Eine solch kurze Frist unterliefe das gesetzgeberische Anliegen, die Festsetzungsfrist erst ab dem Zeitpunkt in Gang zu setzen, in dem der Beitragsanspruch entstanden und damit durchsetzbar ist, um den Kommunen einen hinreichenden Zeitraum zur Erhebung von Beiträgen zu eröffnen. Sie berücksichtige zudem nicht das für die Abwägung maßgebliche Interesse der Allgemeinheit an der Beitragserhebung und privilegierte einseitig die Beitragspflichtigen.

89 Dementsprechend kommt auch eine verfassungskonforme Auslegung der bundesgesetzlichen Regelungun-

gen zum Zeitpunkt des Entstehens der sachlichen Beitragspflicht im Erschließungsbeitragsrecht nicht in Betracht. Soweit in der fachgerichtlichen Rechtsprechung und Literatur eine verfassungskonforme Auslegung vergleichbarer Regelungen dahingehend erwogen wurde, die Festsetzungsfrist durch eine modifizierende Auslegung der Vorgaben für das Entstehen der sachlichen Beitragspflicht an den Eintritt der Vorteilslage rückzukoppeln (vgl. im Zusammenhang mit sanierungsrechtlichen Ausgleichsbeträgen OVG Münster, Urteil vom 30. April 2013 – 14 A 208/11 –, Rn. 50 ff.), hat das Bundesverwaltungsgericht diese Versuche als Überschreitung der Grenzen richterlicher Rechtsfortbildung verworfen (vgl. BVerwGE 149, 211 216 ff. Rn. 20 ff.).

90 Auch die Wertungen des Gesetzgebers, die den sonstigen Verjährungsvorschriften der Abgabenordnung wie der Festsetzungsfrist von 10 Jahren bei Steuerrückziehung gemäß § 169 Abs. 2 Satz 2 und 3 AO zugrunde liegen, sind auf Konstellationen der vorliegenden Art nicht im Wege der verfassungskonformen Auslegung übertragbar. Sie regeln für Sachverhalte, bei denen eine Forderung entstanden ist, ab welcher zeitlichen Grenze Berechtigte den entstandenen Anspruch nicht mehr durchsetzen beziehungsweise die entstandene Abgabenschuld nicht mehr festsetzen können. Davon unterscheidet sich der vorliegende Fall, in dem zu klären ist, welche zeitlichen Grenzen gelten, wenn die Beitragschuld etwa mangels Widmung der Erschließungsanlage noch nicht entstanden ist (vgl. VG Karlsruhe, Urteil vom 11. September 2014 – 2 K 2326/13 –, Rn. 33).

91 3. Ob die in jedem Fall notwendige zeitliche Obergrenze adäquat bemessen ist, stellt eine primär dem Gesetzgeber überantwortete Frage dar, denn er hat einen weiten Einschätzungsspielraum hinsichtlich des Ausgleichs zwischen allgemeinen Interessen und dem Interesse der in Anspruch zu nehmenden Bürgerinnen und Bürger (vgl. BVerfGE 133, 143 160 Rn. 46; BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 1. Juli 2020 – 1 BvR 2838/19 –, Rn. 33). Je weiter aber der anspruchsbegründende Zeitpunkt bei der Beitragserhebung zurückliegt, desto mehr verflüchtigt sich die Legitimation zur Erhebung solcher Beiträge (vgl. BVerfGE 133, 143 159 f. Rn. 45). Jedenfalls genügt eine 30-jährige Ausschlussfrist losgelöst von den Besonderheiten der Wiedervereinigung den Anforderungen des Gebots der Belastungsklarheit und -vorhersehbarkeit bei vorteilsausgleichenden Abgaben nicht, da anders als im Falle des § 53 Abs. 2 Satz 1 VwVfG kein titulierter Anspruch vorliegt, sodass die Beitragspflichtigen nicht sicher wissen, ob, in welcher Höhe und wann sie zu einem Beitrag herangezogen werden (vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 1. Juli 2020 – 1 BvR 2838/19 –, Rn. 32; vgl.

auch BVerfG, Beschlüsse der 2. Kammer des Ersten Senats vom 29. Juni 2020 – 1 BvR 1866/15 u.a. –, Rn. 8 ff., und vom 16. September 2020 – 1 BvR 1185/17 –, Rn. 2: 25 Jahre noch zulässig).

92 Der Verstoß gegen Art. 2 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 20 Abs. 3 GG führt lediglich zur Feststellung, dass § 3 Abs. 1 Nr. 4 KAG RP verfassungswidrig ist, soweit er keine Regelung der Höchstfrist vorsieht, bis zu der Erschließungsbeiträge nach Eintritt einer Vorteilslage erhoben werden können. Eine Nichtigerklärung kommt nicht in Betracht, da der Gesetzgeber verschiedene Möglichkeiten hat, den Verfassungsverstoß zu beseitigen (vgl. Rn. 57, 63). Folge der Erklärung der Verfassungswidrigkeit ist eine Anwendungssperre. Gerichte und Verwaltungsbehörden dürfen die Norm im Umfang der festgestellten Unvereinbarkeit nicht mehr anwenden, laufende Verfahren sind auszusetzen (BVerfGE 122, 210 246; 133, 143 162 Rn. 51). Der Gesetzgeber ist verpflichtet, bis zum 31. Juli 2022 eine auf den gesamten von der Unvereinbarkeitserklärung betroffenen Zeitraum rückwirkende verfassungsgemäße Rechtslage herzustellen. Diese Regelung muss alle noch nicht bestandskräftigen Entscheidungen, die auf der für verfassungswidrig erklärten Regelung beruhen, erfassen (vgl. dazu BVerfGE 133, 377 423 Rn. 108).

Grunderwerbsteuerpflichtige Anteilsübertragung zwischen Tochter- gesellschaften im Rahmen einer Um- strukturierung nach dem Recht eines Drittstaates und dem Recht eines EU-Mitgliedstaates

*GrEStG § 1 Abs. 3 Nr. 3, § 1 Abs. 3 Nr. 4, § 6a S. 1,
§ 6a S. 2, AEUV Art. 63 Abs. 1, AEUV Art. 107 Abs. 1*

Redaktionelle Leitsätze:

- 1. Ein Grunderwerbsteuerpflichtiger Vorgang gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG ist gegeben, wenn eine Gesellschaft ihre Anteile an einer Tochtergesellschaft, in deren Vermögen sich Grundbesitz befindet, auf eine andere Tochtergesellschaft überträgt. Insoweit ist es ohne Bedeutung, dass die Muttergesellschaft den bestimmenden Einfluss behält und sich der Grundbesitz (nach wie vor) Grunderwerbsteuerlich – auch – in ihrem Vermögen befindet.**
- 2. Eine Anteilsübertragung im Wege der Einzelrechtsnachfolge durch rechtsgeschäftliche Übertragung stellt keinen Umwandlungsvorgang dar, der gemäß § 6a S. 1 und 2 GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit ist.**

3. Eine Steuervergünstigung aufgrund einer „entsprechenden Umwandlung“ i.S.v. § 6a Satz 2 GrEStG scheidet aus, wenn Teil eines dem EU-Recht unterfallenden Umstrukturierungsvorgang die Gründung einer beteiligten Gesellschaft nach dem Recht eines Drittstaats ist. Bei dieser Sachlage scheidet auch eine Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) sowie ein Verstoß das Beihilfeverbot des Unionsrechts (Art. 107 Abs. 1 AEUV) aus.

FG Münster (8. Senat),

Urteil vom 23.09.2021 – 8 K 1125/17 GrE

I. Tatbestand:

1 Streitig ist, ob ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Grunderwerbsteuergesetz (in der für das Jahr 2010 geltenden Fassung – GrEStG) vorliegt und ob – sollte dies der Fall sein – die Steuervergünstigung nach § 6a GrEStG eingreift. Zudem ist streitig, ob der Beklagte einen Verspätungszuschlag rechtmäßig festgesetzt hat.

2 Anfang August 2010 (vor Errichtung der Klägerin) war die in Irland ansässige A Group Unlimited (A) alleinige Gesellschafterin der B Holdings Limited (B), die ihren Sitz ebenfalls in Irland hatte und Alleingesellschafterin weiterer Gesellschaften war, die ihrerseits an (teils inländischen) Gesellschaften beteiligt waren, die über inländischen Grundbesitz verfügten. Andere Gesellschafter waren an diesen grundbesitzenden Gesellschaften nicht beteiligt. Wegen der genauen Gesellschaftsstruktur, die seit über fünf Jahren bestand, wird auf den Schriftsatz der Klägerin vom 19.09.2017 und dessen Anlage K 9 Bezug genommen. Die inländischen Grundstücke der grundbesitzenden Gesellschaften lagen in den Bezirken verschiedener Finanzämter, der wertvollste Bestand an Grundstücken befand sich im Bezirk des Beklagten.

3 Die Klägerin wurde am 11.08.2010 auf der Grundlage des „BVI Business Companies Act 2004“ gegründet. Der Sitz der Klägerin befand sich auf den Britischen Jungferninseln. Sie wurde in das dortige Register eingetragen. Alleinige Gesellschafterin war die A. Die Geschäftsführer der A, der B und der Klägerin (D, E und F) waren alle in Irland ansässig. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die dem Schriftsatz der Klägerin vom 19.09.2017 beigelegten Unterlagen Bezug genommen.

4 Am 27.08.2010 übertrug die A alle Anteile an der B auf die Klägerin. Wörtlich lautet die entsprechende Erklärung: „In the interest of business rationalisation, the following resolution was proposed by and approved: That the company in exchange for a consideration of € 100

will transfer it's [sic] holding of 2,257,100 Ordinary shares of € 1.269738 each in B to A." Auf die die Anteilsübertragung betreffenden Unterlagen, die der Klageschrift und den Schriftsätzen der Klägerin vom 19.09.2017, vom 25.09.2020 und vom 21.10.2020 beigelegt waren, wird ergänzend Bezug genommen.

5 Am 28.08.2010 übertrug die Klägerin einen Anteil an der B auf die G Limited, deren Alleingesellschafterin ebenfalls die A war.

6 Die am 27.08.2010 vorgenommene Übertragung der Anteile an der B auf die Klägerin wurde der deutschen Finanzverwaltung nicht angezeigt.

7 Seit dem 20.10.2010 ist die Klägerin für steuerliche Zwecke in Irland ansässig.

8 Nachdem im Jahr 2015 anlässlich einer Außenprüfung durch das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung J die Frage nach der Grunderwerbsteuerlichen Relevanz der Anteilsübertragung aufgetaucht war, vertrat die Klägerin die Ansicht, dass zwar ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG vorliege, dieser jedoch nach § 6a GrEStG steuerfrei sei (Scheiben vom 04.03.2015, Eingang beim Beklagten am 06.03.2015). Das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung J führte daraufhin im Auftrag des Beklagten Außenprüfungen bei der Klägerin und der A durch, die sich auf die Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer nach § 17 GrEStG und die Grundbesitzwerte bezogen. Die Prüfer gelangten zu dem Ergebnis, dass ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG vorliege und die Voraussetzungen des § 6a GrEStG nicht erfüllt seien. Wegen der Einzelheiten wird auf die beiden Betriebsprüfungsberichte vom 11.08.2016 nebst Anlagen Bezug genommen.

9 Der Beklagte folgte dem und erließ am 29.08.2016 gegenüber der Klägerin einen Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer. In dem Bescheid heißt es, dass die Klägerin und die A Steuerschuldnerinnen (Gesamtschuldnerinnen) seien. „Im Rahmen des Auswahlermessens“ sei „zunächst die Klägerin als Erwerberin in Anspruch zu nehmen“. Darüber hinaus setzte der Beklagte gegenüber der Klägerin durch Bescheid vom 29.08.2016 einen Verspätungszuschlag in Höhe von 25.000 € fest. Gegenüber der A erließ der Beklagte einen gleichlautenden Feststellungsbescheid (einschließlich des Hinweises, dass im Rahmen des Auswahlermessens zunächst die Klägerin als Erwerberin in Anspruch zu nehmen sei). In den Mitteilungen des Beklagten an die Belegenheitsfinanzämter war die Klägerin als Steuerschuldnerin benannt. Der Beklagte selbst hatte der Klägerin gegenüber bereits am 26.02.2016 einen Grunderwerbsteuerbescheid (Folgebescheid) erlassen und ihr

die Erklärungsvordrucke für die Feststellung der Grundbesitzwerte übersandt. Gegenüber der A setzte der Beklagte (dem Betriebsprüfungsberichten folgend) keinen Verspätungszuschlag fest. Die Klägerin und die A wurden durch dieselben Bevollmächtigten vertreten. Auf alle Bescheide nebst Anlagen wird verwiesen.

10 Die Klägerin legte gegen den Feststellungsbescheid und die Festsetzung des Verspätungszuschlags Einspruch ein. Zur Begründung machte sie geltend, dass ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG nicht verwirklicht worden sei. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, sei der Vorgang nach § 6a GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Insbesondere liege eine entsprechende Umwandlung aufgrund des Rechts eines Mitgliedstaats der Europäischen Union (EU) i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG (Vorgang entsprechend § 123 Abs. 3 Nr. 1 oder Nr. 2 Umwandlungsgesetz – UmwG) vor. Bei einem anderen Verständnis der Vorschrift werde die Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 des Vertrags über die Arbeitsweise der Europäischen Union – AEUV) verletzt. Darüber hinaus sei in diesem Fall ein Verstoß gegen das Diskriminierungsverbot nach Art. 24 des Deutsch-Irischen Doppelbesteuerungsabkommens (DBA Irland – BGBl. II 2011, 1043) gegeben. Da der Vorgang von der Grunderwerbsteuer befreit sei, sei die Festsetzung des Verspätungszuschlags aufzuheben.

11 Der Beklagte wies die Einsprüche mit Einspruchsentscheidung vom 16.03.2017 als unbegründet zurück. Er blieb bei seiner Ansicht, dass ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG vorliege; die von der Klägerin zitierte Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs (BFH) ändere hieran nichts, weil sie entweder zu § 1 Abs. 2a GrEStG ergangen oder für die vorliegende Frage nicht von Bedeutung sei. Jedenfalls sei in der Rechtsprechung des BFH geklärt, dass eine steuerpflichtige Anteilsübertragung vorliegen könne, wenn eine Gesellschaft „zwischen geschaltet“ werde. § 6a GrEStG greife nicht ein. Zum einen liege keine entsprechende Umwandlung aufgrund des Rechts eines EU-Mitgliedsstaats oder eines Staats, auf den das Abkommen über den Europäischen Wirtschaftsraum (EWR) Anwendung finde, vor. Eine einer Ausgliederung durch Neugründung nach § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG entsprechende Umwandlung scheidet aus, weil die Klägerin nicht durch die gleichzeitige Übertragung der Anteile an der B gegründet worden sei. Ein mit § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG vergleichbarer Vorgang liege nicht vor, weil die Übertragung der Anteile nicht gegen Gewährung von Anteilen an der Klägerin erfolgt sei. Etwas anderes ergebe sich auch nicht im Lichte des Beihilferechts und unter Berücksichtigung der Kapitalverkehrsfreiheit. Zudem sei das DBA Irland vom 30.03.2011 noch nicht anwendbar

gewesen. Das DBA Irland 1962 (das bis zum 31.12.2012 gegolten habe) habe die Grunderwerbsteuer nicht mit einbezogen.

12 Die Festsetzung des Verspätungszuschlags sei nicht zu beanstanden. Die Klägerin sei ihrer Pflicht, die Anteilsübertragung innerhalb von zwei Wochen anzuzeigen (§ 19 Abs. 3 GrEStG) nicht nachgekommen. Die Anzeige sei erst mit Schreiben vom 04.03.2015 und damit viereinhalb Jahre nach der Anteilsübertragung erfolgt. Das Verschulden der Klägerin sei als erheblich anzusehen; es sei daher ein Verspätungszuschlag festzusetzen (Entschließungs-ermessen), der für die Klägerin einen spürbaren Anstoß darstelle, ihrer Anzeigepflicht in Zukunft nachzukommen. Auch die Höhe des Verspätungszuschlags sei nicht zu beanstanden. Unter Berücksichtigung einer geschätzten Steuer von 8.500.000 € betrage der Verspätungszuschlag weniger als 0,3 % und werde durch den Höchstbetrag von 25.000 € begrenzt. Unter Berücksichtigung aller Gesichtspunkte liege der festgesetzte Verspätungszuschlag im Rahmen fehlerfreien Ermessens. Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf die Einspruchsentscheidung Bezug genommen.

13 Die Klägerin hat Klage erhoben. Sie hält an ihrer im Einspruchsverfahren vertretenen Auffassung fest und vertieft und konkretisiert ihren Vortrag wie folgt: Aus der neueren Rechtsprechung des BFH ergebe sich, dass eine mittelbare Anteilsvereinigung bei einer erstmalig „dazwischengeschalteten“ Gesellschaft nicht anzunehmen sei, wenn die Konzernobergesellschaft nach wie vor alle Anteile der abhängigen Gesellschaften (unmittelbar oder mittelbar) halte. Maßgeblich seien die Einflussmöglichkeiten auf die grundbesitzenden Gesellschaften. Die Zwischengesellschaft werde von der Konzernobergesellschaft beherrscht und könne eigenständig keinen erheblichen Einfluss auf die grundbesitzenden Gesellschaften ausüben. Dies folge aus den Urteilen des BFH vom 24.04.2013 II R 17/10, vom 09.07.2014 II R 49/12, vom 18.09.2013 II R 21/12 und vom 12.03.2014 II R 51/12. Die ältere BFH-Rechtsprechung, auf die der Beklagte in seiner Einspruchsentscheidung verweise (Urteile vom 10.07.2002 II R 87/00, vom 05.11.2002 II R 41/02 und vom 31.03.2004 II R 54/01), sei durch die Urteile vom 18.09.2013 und vom 12.03.2014 überholt; der wirtschaftlichen Betrachtungsweise sei bei der Auslegung des § 1 Abs. 3 GrEStG damals noch keine Bedeutung beigemessen worden. Die wirtschaftliche Auslegung führe zudem dazu, dass vertikale Anteilsübertragungen in einer Beteiligungskette einheitlich beurteilt würden. In der Rechtsprechung des BFH sei seit langem anerkannt, dass eine Verkürzung der Beteiligungskette nicht steuerbar sei. Die Finanzverwaltung sei dem gefolgt. Nach der jüngeren Rechtsprechung des BFH könne für die Verlängerung der

Beteiligungskette nichts anderes gelten. Festzuhalten sei, dass – nach der mit der geänderten Rechtsprechung einhergehenden wirtschaftlichen Betrachtungsweise – durch die Übertragung der Anteile an der B auf sie, die Klägerin, in Bezug auf die grundbesitzenden Tochter- und Enkelgesellschaften kein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 oder Nr. 4 GrEStG verwirklicht worden sei.

14 Selbst wenn man jedoch annehme, dass dies der Fall sei, sei der Vorgang nach § 6a GrEStG von der Steuer befreit. Die Voraussetzungen dieser Vorschrift seien erfüllt. Bei dem Vorgang handele es sich um eine Umwandlung i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG auf Grund des Rechts eines EU-Mitgliedstaats, die mit einer Umwandlung i.S.d. § 6a Satz 1 GrEStG, nämlich mit einer Ausgliederung i.S.d. § 123 UmwG vergleichbar sei. Andernfalls läge ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vor.

15 Die Übertragung der Anteile an der B auf sie, die Klägerin, sei nach dem im Zeitpunkt der Übertragung anwendbaren irischen Gesellschaftsrecht und damit auf Grund des Rechts eines EU-Mitgliedstaats erfolgt. Sie, die Klägerin, sei zudem für steuerliche Zwecke in Irland ansässig. Dass sie selbst nicht nach dem Recht eines Mitgliedstaats der EU oder des EWR gegründet worden sei, sei nach dem eindeutigen Wortlaut des § 6a Satz 2 GrEStG nicht von Bedeutung. Es handele sich auch um eine „entsprechende Umwandlung“ nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaats. Zu berücksichtigen sei, dass das irische Recht ein dem UmwG vergleichbares Gesetz im Jahr 2010 noch nicht gekannt habe. Nach der Rechtsprechung des EuGH seien die Grundsätze der Äquivalenz und der Effektivität zu beachten. Zu fragen sei, welcher Rechtsvorgang nach irischem Recht einem begünstigten Rechtsvorgang entspreche und in seiner Bedeutung gleichkomme. Sie, die Klägerin, meine, dass der Vorgang mit einer Ausgliederung i.S.d. § 123 UmwG vergleichbar sei, wobei dahinstehen könne, ob es sich um einen mit § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG oder mit § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG vergleichbaren Vorgang handele. Bei ihrer, der Klägerin, Errichtung und der Übertragung der Anteile handele es sich um einen Gesamtvorgang, durch den die Konzernstruktur aus außersteuerlichen Gründen geändert worden sei. Zwar sei ihre, der Klägerin, Gründung bereits einige Tage vor der Übertragung der Anteile erfolgt. Ziel sei es jedoch von vornherein gewesen, die Anteile an der irischen B auf ein neu zu gründendes Unternehmen auszugliedern, wofür die ausgliedernde irische A Anteile an der aufnehmenden Gesellschaft (also an ihr, der Klägerin) habe erhalten sollen. Ihre Errichtung zum Zwecke der Aufnahme der Anteile an der B enthalte Elemente einer Ausgliederung zur Neugründung (Errichtung einer Gesellschaft durch die A, welche im Gegenzug sämtliche Anteile an dieser erhalten habe)

und Elemente einer Ausgliederung zur Aufnahme (Übertragung sämtlicher Anteile auf sie, die Klägerin). Diese seien unter Berücksichtigung der Möglichkeiten, die das irische Recht für Konzernumstrukturierungen zur Verfügung gestellt habe, zu würdigen. Dabei sei ausschlaggebend, dass die Rechtsvorgänge in einem einheitlichen zeitlichen und sachlichen Zusammenhang gestanden hätten. Für den Umstand, dass von vornherein, d.h. bereits bei ihrer, der Klägerin, Gründung, beabsichtigt gewesen sei, die Anteile an der B auf sie, die Klägerin, zu übertragen, werde Beweis angeboten durch die Vernehmung des Herrn D. Ergänzend werde Bezug genommen auf die „statutory declaration“, die Herr D als ihr, der Klägerin, Geschäftsführer und als Geschäftsführer der A am 27.08.2010 abgegeben habe und aus der sich ergebe, dass Zweck ihrer, der Klägerin, Gründung der Erwerb der Anteile gewesen sei, mithin ein Gesamtvorgang vorliege.

16 Im Übrigen sei es im Falle einer Ausgliederung auf eine Tochtergesellschaft auch nach deutschem Recht (§ 125 UmwG i.V.m. § 54 UmwG) nicht zwingend erforderlich, dass die Tochtergesellschaft, auf die ausgegliedert werde, im Rahmen einer Kapitalerhöhung neue Anteile an die Muttergesellschaft ausbebe. Soweit der Beklagte darauf verweise, dass § 125 UmwG im Falle einer Ausgliederung eine analoge Anwendung des § 54 UmwG ausschließe, sei anzumerken, dass bei einer Ausgliederung auf eine Tochtergesellschaft auf eine Anteilsgewährung verzichtet werden könne.

17 Komme man zu einem anderen Ergebnis, so habe der deutsche Gesetzgeber mit § 6a GrEStG eine Regelung geschaffen, die Umstrukturierungen nach irischem Recht bzw. nach dem Common Law von ihrem Anwendungsbereich ausschließe, was mit Unionsrecht nicht vereinbar wäre.

18 Darüber hinaus sei das unionsrechtliche Beihilferecht (Art. 107 ff. AEUV) zu berücksichtigen. Lege man § 6a GrEStG so aus, dass lediglich inländische und nur unter engen Voraussetzungen auch ausländische Konzerne profitieren würden, würde es sich um eine (selektive und den Wettbewerb verfälschende) staatliche Beihilfe handeln. Insbesondere ausländische Konzerne, die dem Common Law unterlägen, würden nicht unter die Begünstigung nach § 6a GrEStG fallen. Es würde ein Verstoß gegen das Beihilferecht vorliegen. Dementsprechend müsse § 6a GrEStG auf den vorliegenden Fall Anwendung finden, weil Unternehmen bestimmter EU-Mitgliedstaaten bzw. Erwerbsvorgänge nach Common Law nicht generell ausgeschlossen werden dürften.

19 Bei Nichtanwendung des § 6a GrEStG würde zudem ein Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit vorliegen. Art. 63 Abs. 1 AEUV schütze gegen alle Beschränkungen

des Kapitalverkehrs zwischen Mitgliedstaaten sowie zwischen Mitgliedstaaten und Drittstaaten. Einschlägig seien die Grundsätze für die Anwendung der Kapitalverkehrsfreiheit mit Drittländern, da es um den Kapitalverkehr zwischen einem Mitgliedstaat (Irland) und einem Gebiet gehe, das nicht zum Unionsgebiet gehöre (Britische Jungferninseln). Sollte die vorliegende Veränderung der Konzernstruktur nicht in den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG fallen, wäre die Kapitalverkehrsfreiheit verletzt. Sie, die Klägerin, sei diskriminiert, weil ihr nicht die Möglichkeit offen gestanden habe, wie eine inländische Gesellschaft durch einen von § 6a GrEStG privilegierten Rechtsvorgang die Grunderwerbsteuer zu vermeiden. Der deutsche Gesetzgeber habe durch die Besteuerung von mittelbaren Anteilsübertragungen sowohl gebietsansässiger als auch gebietsfremder Steuerpflichtiger und die Schaffung des § 6a GrEStG die Ursache für die Ungleichbehandlung geschaffen. Er müsse dafür Sorge tragen, dass die Steuerbegünstigung von beiden Gruppen in Anspruch genommen werden könne. Andernfalls würde der innergemeinschaftliche Kapitalverkehr in unzulässiger Weise beeinflusst.

20 Vorsorglich mache sie, die Klägerin, geltend, dass sie (obwohl Drittlandgesellschaft) aufgrund der vorliegenden Besonderheiten den vollen Schutz der EU-Grundfreiheiten, auch der Niederlassungsfreiheit, beanspruchen könne. Denn die A, die mit ihr zusammen – gesamtschuldnerisch – die Grunderwerbsteuer schulde, sei eine EU-Kapitalgesellschaft. Entfalle die Gesamtschuldnerschaft wegen eines Verstoßes gegen die Grundfreiheiten, wäre sie die einzige Schuldnerin, was nicht hinnehmbar sei.

21 Die A sei darüber hinaus entgegen der Auffassung des Beklagten herrschendes Unternehmen i.S.d. § 6a Satz 3 GrEStG. Auch die Vorbesitzzeiten nach § 6a Satz 4 GrEStG seien erfüllt. § 6a Satz 4 GrEStG sei einschränkend auszulegen, wenn die Vor- oder Nachbehaltensfristen aufgrund des an sich steuerpflichtigen Rechtsvorgangs nicht eingehalten werden könnten.

22 Die Festsetzung des Verspätungszuschlags sei rechtswidrig. Ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG hätte gemäß § 19 Abs. 1 Satz 1 Nr. 7, Abs. 3 GrEStG zwar auch dann angezeigt werden müssen, wenn er steuerfrei sei. Ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG liege jedoch nicht vor. Selbst wenn dies der Fall gewesen sein sollte, hätte wegen § 6a GrEStG keine Steuerfestsetzung erfolgen dürfen. Führe eine verspätet abgegebenen Steuererklärung zu einer Steuerfestsetzung von 0 €, sei die Festsetzung eines Verspätungszuschlags unzulässig.

23 Die Klägerin beantragt, den Bescheid über die gesonderte und einheitliche Feststellung der Besteuerungsgrundlagen für die Grunderwerbsteuer vom 29.08.2016 und den Bescheid über die

Festsetzung eines Verspätungszuschlags vom 29.08.2016, beide in Gestalt der Einspruchsentscheidung vom 16.03.2017, aufzuheben, die Zuziehung eines Bevollmächtigten für das Vorverfahren für notwendig zu erklären, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

24 Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

25 Er hält an seiner Ansicht fest, dass ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG vorliege, der nicht nach § 6a GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit sei. Insbesondere liege keine entsprechende Umwandlung aufgrund des Rechts eines EU-Mitgliedstaats i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG vor. Im Übrigen fehle es im Hinblick auf die Klägerin auch an der nach § 6a Satz 4 GrEStG erforderlichen Vorbesitzzeit. Ein Gesamtvorgang liege entgegen der Auffassung der Klägerin nicht vor. Die Festsetzung des Verspätungszuschlags sei nicht zu beanstanden.

26 Der Senat hat die Sache am 23.09.2021 mündlich verhandelt. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.

► II. Aus den Gründen:

27 Die zulässige Klage ist unbegründet. Die angefochtenen Bescheide in Gestalt der Einspruchsentscheidung sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten (§ 100 Abs. 1 Finanzgerichtsordnung – FGO –). Ein Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 GrEStG liegt vor; die Voraussetzungen des § 6a GrEStG sind nicht erfüllt. Die Inanspruchnahme der Klägerin ist im Hinblick auf die Ausübung des Auswahlermessens nicht zu beanstanden. Eine Aussetzung des Verfahrens wegen einer Vorlage an den EuGH kommt nicht in Betracht. Darüber hinaus durfte der Beklagte einen Verspätungszuschlag festsetzen und hat dies ermessensfehlerfrei getan.

28 Nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG unterliegt ein Rechtsgeschäft, das den Anspruch auf Übertragung unmittelbar oder mittelbar von mindestens 95 % der Anteile einer Gesellschaft begründet, der Grunderwerbsteuer, wenn zum Vermögen der Gesellschaft ein inländisches Grundstück gehört und eine Besteuerung nach § 1 Abs. 2a GrEStG nicht in Betracht kommt. Gemäß § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG gilt Entsprechendes bei der Übertragung unmittelbar oder mittelbar von mindestens 95 % der Anteile der Gesellschaft auf einen anderen, wenn kein schuldrechtliches Geschäft im Sinne des § 1 Abs. 3 Nr. 3 GrEStG vorausgegangen ist.

29 Die Voraussetzungen des § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG sind erfüllt. Wie zwischen den Beteiligten zu Recht unstreitig ist, sind die Anteile der A an der grundbesitzenden B am 27.08.2010 auf die Klägerin übergegangen. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist es unerheblich, dass die A alleinige Anteilseignerin der Klägerin war und die Anteilsübertragung daher nichts daran geändert hat, dass sich die Grundstücke (nach wie vor) Grunderwerbsteuerlich – auch – im Vermögen der A befanden. Entscheidend ist vielmehr, dass die Anteile an der B und damit die in deren Vermögen befindlichen Grundstücke mit der Anteilsübertragung – auch – dem Vermögen der Klägerin (erstmalig) zugeordnet wurden. Dass die A als Muttergesellschaft den bestimmenden Einfluss behielt, ist nicht von Bedeutung (vgl. aus der neueren BFH-Rspr. z.B. BFH Urteil vom 25.11.2015 II R 64/08, BFH/NV 2016, 420; s. auch *Meßbacher-Hönsch* in Boruttau, GrEStG, 19. Aufl. 2019, § 1 Rn. 1166 Beispiel 3).

30 Der Erwerbsvorgang ist nicht nach § 6a GrEStG von der Grunderwerbsteuer befreit. Gemäß § 6a Satz 1, 1. Halbsatz GrEStG wird die Steuer für einen nach § 1 Abs. 1 Nr. 3, Abs. 2a oder 3 GrEStG steuerbaren Rechtsgeschäft aufgrund einer Umwandlung im Sinne des § 1 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 UmwG nicht erhoben. Nach § 6a Satz 2 GrEStG gilt Satz 1 auch für entsprechende Umwandlungen aufgrund des Rechts eines Mitgliedstaats der EU oder eines Staats, auf den das Abkommen über den EWR Anwendung findet. Die Voraussetzungen des § 6a Satz 1 und 2 GrEStG liegen nicht vor. Bei dem die Grunderwerbsteuer auslösenden Vorgang handelt es sich nicht um eine „entsprechende Umwandlung“ aufgrund des Rechts eines EU-Mitgliedstaats i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG. Dies folgt bereits daraus, dass der nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. Nr. 4 GrEStG steuerbare Rechtsgeschäft (allein) in der Übertragung der Anteile an der B auf die Klägerin liegt. Diese Anteilsübertragung erfolgte nicht durch eine einem Umwandlungsvorgang entsprechende Umwandlung nach dem Recht eines EU-Mitgliedstaats (Irland), sondern im Wege der Einzelrechtsnachfolge durch rechtsgeschäftliche Übertragung. Die A hat der Klägerin die Anteile an der B am 27.08.2010 für eine – symbolische – Gegenleistung („consideration“) von 100 € übertragen. Aus der Vereinbarung dieser Gegenleistung resultierte eine rechtsgeschäftliche, einklagbare Verpflichtung der A zur Übertragung der Anteile auf die Klägerin. Dieser Vorgang trägt dementsprechend keine Merkmale einer Umwandlung nach dem Umwandlungsgesetz.

31 Etwas anderes ergibt sich auch nicht, wenn man, wie die Klägerin es tut, deren Gründung am 11.08.2010 mit in den Blick nimmt. Der Senat unterstellt dabei zugunsten der Klägerin, dass bereits bei deren Gründung beabsichtigt war, die Anteile an der B auf die Klägerin zu

übertragen, so dass sich die von der Klägerin angebotene Vernehmung des Herrn D erübrigt. Die Klägerin vertritt hierzu die Auffassung, dass ein Gesamtvorgang vorliege: Sie, die Klägerin, sei mit dem alleinigen (und zeitnah verwirklichten) Ziel errichtet worden, dass die Anteile an der B auf sie ausgegliedert würden. Ergebnis sei, dass die A Anteile an ihr, der Klägerin, halte und die Anteile an der B auf sie, die Klägerin, ausgegliedert seien. Der Gesamtvorgang enthalte dementsprechend Elemente einer Ausgliederung zur Neugründung gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 2 UmwG (ihre, der Klägerin, Errichtung durch die A, die „im Gegenzug“ sämtliche Anteile an ihr, der Klägerin, („erhalte“) und Elemente einer Ausgliederung zur Aufnahme gemäß § 123 Abs. 3 Nr. 1 UmwG (Übertragung sämtlicher Anteile an der B auf sie, die Klägerin), die unter Berücksichtigung der Möglichkeiten zu würdigen seien, die das irische Recht im Jahr 2010 für Konzernumstrukturierungen zur Verfügung gestellt habe.

32 Entgegen der Auffassung der Klägerin ergibt sich hieraus nicht, dass eine „entsprechende Umwandlung“ i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG vorliegt. Dies folgt daraus, dass die Gründung der Klägerin, die den ersten Schritt des aus zwei Schritten bestehenden Gesamtvorgangs ausmacht, nicht nach EU-Recht (irischem Recht) erfolgt ist. Die Klägerin wurde vielmehr nach dem Recht der Britischen Jungferninseln errichtet. Zwar trifft es zu, dass die Ansässigkeit einer an dem Vorgang beteiligten Gesellschaft in einem Drittstaat der Annahme einer „entsprechenden Umwandlung“ i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG nicht entgegensteht, wenn das Umwandlungsrecht des EU-/EWR-Mitgliedstaats dies zulässt (z.B. *Lieber* in Behrens/Wachter, GrEStG, 1. Aufl. 2018, § 6a Rn. 24; *Pahlke*, GrEStG, 6. Aufl. 2018, § 6a Rn. 37a.E. m.w.N.). Vorliegend geht es jedoch nicht darum, ob die nach dem Recht eines Drittstaats gegründete Klägerin an einem Umwandlungsvorgang nach EU-Recht beteiligt werden kann, sondern darum, ob ihre Gründung wesentlicher Teil eines dem EU-Recht unterfallenden Gesamtvorgangs ist, der sich als „entsprechende Umwandlung“ qualifizieren lässt. Dies ist nicht der Fall, weil die Klägerin nicht nach irischem Recht errichtet wurde. Unerheblich ist in diesem Zusammenhang auch, ab wann die Klägerin für steuerliche Zwecke in Irland ansässig war und ob sich ihre Geschäftsleitung in Irland befand. Beides hat keinen Einfluss auf ihre Gründung nach dem Recht der Britischen Jungferninseln.

33 Nicht entscheidungserheblich ist, ob eine entsprechende Umwandlung i.S.d. § 6a Satz 2 GrEStG vorläge, wenn die Klägerin nach irischem Recht gegründet worden wäre, oder ob dem nicht möglicherweise entgegenstünde, dass dem zu beurteilenden Gesamtvorgang die

typischen Strukturmerkmale einer Umwandlung nach dem deutschen Umwandlungsrecht fehlen. Auf die Beantwortung der zwischen den Beteiligten streitigen Frage, ob bei der Ausgliederung von einer Muttergesellschaft auf eine Tochtergesellschaft auf eine Anteilsge-währung verzichtet werden kann (bejahend z.B. *Hörtnagel* in Schmitt/Hörtnagel, UmwG, UmwStG, 9. Aufl. 2020, § 126 UmwG Rn. 47 m.w.N.; verneinend *Mayer* in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 125 UmwG Rn. 99) kommt es daher nicht an.

34 Die Inanspruchnahme der Klägerin als Steuerschuldnerin ist frei von Ermessensfehlern. Das Finanzamt muss im Rahmen der gesonderten Feststellung nach § 17 Abs. 2 und Abs. 3 GrEStG eine verbindliche Entscheidung über die als Steuerschuldner in Betracht kommenden Personen treffen. Bei einem Erwerbsvorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 3 bzw. 4 GrEStG sind Steuerschuldner sowohl der bisherige Inhaber als auch der Erwerber der Anteile. Bei der Ausübung des Auswahlermessens hinsichtlich der Inanspruchnahme entspricht es pflichtgemäßem Ermessen zunächst denjenigen Gesamtschuldner in Anspruch zu nehmen, der die Steuer im Innenverhältnis unter den Beteiligten zu tragen hat und den anderen Vertragsteil erst dann heranzuziehen, wenn die Steuer von jenem nicht zu erlangen ist. Einer einheitlichen Feststellung (nach § 179 Abs. 1 Satz 2 Abgabenordnung – AO) bedarf es in diesem Fall nicht, weil dann, wenn nach der Ermessensentscheidung des Finanzamts nur eine Person als Steuerschuldner in Anspruch genommen werden soll, der Gegenstand der Feststellung (Bestimmung des Steuerschuldners) allein dieser Person zuzurechnen ist (BFH Urteil vom 31.03.2004 II R 54/01, BStBl. II 2004, 658). Die – nach § 102 FGO gerichtlich nur eingeschränkt überprüfbare – Entscheidung des Beklagten, (primär) die Klägerin in Anspruch zu nehmen, ist frei von Ermessensfehlern. Zwar haben die Klägerin und die A im Innenverhältnis keine Regelung hinsichtlich der Grunderwerbsteuer getroffen. Der Beklagte hat jedoch erkannt, dass er eine Ermessensentscheidung zu treffen hat und hat sich – wohl vor dem Hintergrund, dass die Grunderwerbsteuer im Innenverhältnis auch beim Anteilskauf regelmäßig vom Erwerber getragen wird – dafür entschieden, die Klägerin in Anspruch zu nehmen. Jedenfalls für den vorliegenden Fall begegnet dies – auch vor dem Hintergrund, dass beide Vertragsparteien demselben Konzern angehörten und daher kein Interessengegensatz bestand – keinen Bedenken: Aufgrund der Betriebsprüfungsberichte, des der Klägerin gegenüber nach § 155 Abs. 2 AO erlassenen Grunderwerbsteuerbescheids und der ihr gegenüber ergangenen Aufforderung, die Erklärung zu den Grundbesitzwerten abzugeben, war sowohl ihr als auch der A vor Erlass des Feststellungsbescheids bekannt, dass der Be-

klagte (jedenfalls in erster Linie) die Klägerin in Anspruch nehmen wollte. Hiergegen wurden keine Einwände erhoben. Ob der gegenüber der A erlassene Feststellungsbescheid, in Anbetracht der Tatsache, dass sie – jedenfalls zunächst – nicht in Anspruch genommen werden sollte – rechtmäßig war, muss der Senat nicht entscheiden.

35 Der Senat sieht sich nicht veranlasst, das Verfahren auszusetzen und den EuGH anzurufen. Die Anwendung des § 6a GrEStG auf den vorliegenden Fall wirft weder die Frage nach einem Verstoß gegen die Kapitalverkehrsfreiheit noch die nach einer gegen EU-Recht verstoßenden Beihilfe auf.

36 Im Hinblick auf die Verletzung der Kapitalverkehrsfreiheit (Art. 63 Abs. 1 AEUV) trägt die Klägerin vor, dass diese verletzt wäre, wenn die Veränderung der Konzernstruktur nicht in den Anwendungsbereich des § 6a GrEStG fallen würde. Sie, die Klägerin, wäre diskriminiert, weil ihr – nach dem im Jahr 2010 geltenden irischen Recht – nicht die Möglichkeit offen gestanden habe, wie eine inländische Gesellschaft die Grunderwerbsteuer zu vermeiden. Der deutsche Gesetzgeber könne sich nicht darauf berufen, dass es Sache des irischen Gesetzgebers sei, mit dem deutschen Umwandlungsgesetz vergleichbare Regelungen zu schaffen. Dies ergebe sich daraus, dass der deutsche Gesetzgeber selbst die Ursache für die Ungleichbehandlung geschaffen habe. Da er gebietsansässige und gebietsfremde Steuerpflichtige gleichermaßen besteuere, habe er dafür Sorge zu tragen, dass Begünstigungsnormen von beiden Gruppen gleichermaßen in Anspruch genommen werden könnten.

37 Diese Argumentation trifft den vorliegenden Sachverhalt bereits deshalb nicht, weil der im Streit stehende Vorgang, nicht – nur – nach irischem Recht verwirklicht wurde. Wie bereits ausgeführt ist die Gründung der Klägerin, die den ersten Teil des Gesamtvorgangs ausmacht, nicht nach irischem Recht, sondern nach dem Recht der Britischen Jungferninseln erfolgt. Der A ging es ersichtlich darum, eine Gesellschaft nach dem Recht der und mit Sitz auf den Britischen Jungferninseln zu gründen und die Anteile an der B im Anschluss auf diese Gesellschaft zu übertragen. Zwischen dieser Vorgehensweise und dem Umstand, dass das irische Recht – wie die Klägerin vorträgt – im maßgeblichen Zeitpunkt keine dem § 123 Abs. 3 UmwG entsprechende Regelung enthielt, bestehen keine Berührungspunkte. Dass der deutsche Gesetzgeber verpflichtet wäre, Vorgänge, die nach dem Recht eines Drittstaats gestaltet werden, wie inländische Vorgänge zu behandeln, trägt die Klägerin selbst nicht vor. Der Senat kann offenlassen, ob Umwandlungsvorgänge, die auf dem Recht eines Drittstaats beruhen, unter den Schutz der Kapitalverkehrs-

freiheit fallen. Denn unabhängig hiervon sieht sich der Senat auch deshalb nicht veranlasst, das Verfahren auszusetzen und den EuGH anzurufen, weil die gewählte Vorgehensweise – auch unter Berücksichtigung des Vorbringens, dass bis 2014 eine Ausgliederung entsprechend § 123 Abs. 3 UmwG nach irischem Recht nicht möglich gewesen sei – von einem Umwandlungsvorgang oder auch nur einem Einbringungsvorgang oder einem Erwerbsvorgang auf gesellschaftsrechtlicher Grundlage (vgl. die ab dem 31.07.2014 geltende Fassung des § 6a Satz 2 GrEStG) denkbar weit entfernt ist. Wie dargelegt ist die Anteilsübertragung im Wege der rechtsgeschäftlichen Veräußerung von der A auf die Klägerin gegen ein (wenn auch symbolisches) Entgelt erfolgt. Dass der deutsche Gesetzgeber solche Vorgänge nicht begünstigt, ist nach Auffassung des Senats aus europarechtlicher Sicht nicht zu beanstanden.

38 Wie die Klägerin selbst zu Recht meint, findet die Niederlassungsfreiheit (Art. 49 AEUV) keine unmittelbare Anwendung, da es sich bei ihr um eine Drittstaaten-gesellschaft handelt. Dass sich die A als in Irland ansässige Gesellschaft auf die Niederlassungsfreiheit berufen kann und die Klägerin und die A die Grunderwerbsteuer als Gesamtschuldnerinnen schulden, führt nicht dazu, dass die Niederlassungsfreiheit – quasi als Reflex – auch für die Klägerin Wirkung entfalten würde. Vielmehr ist die Gesamtschuldnerschaft dadurch gekennzeichnet, dass die Erfüllung der Schuld durch einen Gesamtschuldner auch für den anderen Gesamtschuldner wirkt, andere Tatsachen jedoch nur für den Gesamtschuldner wirken, in dessen Person sie eintreten (§ 44 Abs. 2 AO). Im Übrigen sieht der Senat auch die Niederlassungsfreiheit nicht verletzt. Auf die obigen Ausführungen wird verwiesen.

39 Darüber hinaus besteht kein Anlass, den EuGH zur Klärung der Frage anzurufen, ob § 6a GrEStG gegen das Beihilfeverbot des Unionsrechts (Art. 107 Abs. 1 AEUV) verstößt, weil solche Vorgänge nach europäischem Recht, die einem Umwandlungsvorgang nach dem UmwG zwar ähnlich sind, aber mangels entsprechender gesetzlicher Regelung nach der Rechtsordnung des betreffenden Staates nicht als solche qualifiziert werden, nicht begünstigt sind und deshalb in erster Linie deutsche Vorgänge und in nur ganz begrenztem Umfang Vorgänge nach dem Recht eines EU-/EWR-Mitgliedstaats unter § 6a GrEStG fallen. Wie ausgeführt, unterfällt der zu beurteilende Vorgang zum einen nicht vollständig dem irischen Recht; zum anderen stellt sich der Grunderwerbsteuerlich relevante Sachverhalt als Veräußerungsvorgang dar.

40 Der Bescheid über die Festsetzung des Verspätungszuschlags in Gestalt der Einspruchsentscheidung ist

rechtmäßig. Nach § 152 Abs. 1 AO in der Fassung vom 13.12.2006 (a.F.) kann gegen denjenigen, der seiner Verpflichtung zur Abgabe einer Steuererklärung nicht oder nicht fristgemäß nachkommt, ein Verspätungszuschlag festgesetzt werden. Von der Festsetzung eines Verspätungszuschlags ist abzusehen, wenn die Versäumnis entschuldbar erscheint. Das Verschulden eines gesetzlichen Vertreters oder eines Erfüllungsgehilfen steht dem eigenen Verschulden gleich. Gemäß § 152 Abs. 2 AO a.F. darf der Verspätungszuschlag 10 % der festgesetzten Steuer oder des festgesetzten Messbetrags nicht übersteigen und höchstens 25.000 € betragen (Satz 1). Bei der Bemessung des Verspätungszuschlags sind neben seinem Zweck, den Steuerpflichtigen zur rechtzeitigen Abgabe der Steuererklärung anzuhalten, die Dauer der Fristüberschreitung, die Höhe des sich aus der Steuerfestsetzung ergebenden Zahlungsanspruchs, die aus der verspäteten Abgabe der Steuererklärung gezogenen Vorteile, sowie das Verschulden und die wirtschaftliche Leistungsfähigkeit des Steuerpflichtigen zu berücksichtigen (Satz 2). Der Verspätungszuschlag ist regelmäßig mit der Steuer oder dem Steuermessbetrag festzusetzen (§ 152 Abs. 3 AO a.F.). Gemäß § 152 Abs. 4 AO a.F. gelten diese Regelungen, bei Erklärungen für gesondert festzustellende Besteuerungsgrundlagen mit der Maßgabe, dass bei der Anwendung des Abs. 2 Satz 1 die steuerlichen Auswirkungen zu schätzen sind.

41 Ob die Voraussetzungen des § 152 Abs. 1 AO a.F. vorliegen, ist nach der Rechtsprechung des BFH gerichtlich uneingeschränkt nachprüfbar. Entsprechendes gilt für die in § 152 Abs. 2 Satz 1 AO a.F. aufgeführten Grenzen. Ob und inwieweit – bei Vorliegen dieser Voraussetzungen – hingegen im Einzelfall ein Verspätungszuschlag festgesetzt wird, hat die Finanzbehörde nach ihrem pflichtgemäßen Ermessen zu entscheiden. Diese Entscheidung unterliegt nach § 102 FGO nur der eingeschränkten gerichtlichen Nachprüfung. Hierbei darf das Gericht die für die Ausübung des Ermessens maßgeblichen Erwägungen nicht durch eigene ersetzen. Bei ihrer Ermessensentscheidung muss die Finanzbehörde alle in § 152 Abs. 2 Satz 2 AO a.F. aufgezählten Kriterien beachten und das Für und Wider ihrer Berücksichtigung gegeneinander abwägen. Dies bedeutet nicht, dass die Finanzbehörde gehalten wäre, alle diese Kriterien in jedem Fall in gleicher Weise zu gewichten. Dies ist vielmehr ihrer pflichtgemäßen Ermessensausübung überlassen. Hierbei kann im Ergebnis, je nach den Umständen des Einzelfalles, ein Merkmal stärker als ein anderes hervortreten oder schließlich auch ganz ohne Auswirkungen auf die Bemessung bleiben. Die für die Bemessung des Verspätungszuschlags maßgebenden Erwägungen müssen in dem Festsetzungsbescheid, spätestens aber in der Ent-

scheidung über den außergerichtlichen Rechtsbehelf angestellt werden (BFH Urteil vom 14.06.2000 X R 56/98, BStBl. II 2001, 60). Im Verfahren vor dem Finanzgericht ist nach § 102 Satz 2 FGO – lediglich – eine Ergänzung der bereits angestellten Ermessenserwägungen möglich. Der Behörde ist es gestattet, bereits angestellte Ermessenserwägungen zu vertiefen, zu verbreitern oder zu verdeutlichen, nicht jedoch, Ermessenserwägungen erstmals anzustellen, Ermessensgründe auszuwechseln oder vollständig nachzuholen (BFH Urteil vom 27.11.2019 XI R 56/17, BFH/NV 2020, 775 m.w.N.).

42 Hiernach ist die Festsetzung des Verspätungszuschlags rechtmäßig erfolgt. Die Voraussetzungen des § 152 Abs. 1 AO a.F. lagen vor. Bei der Anzeige nach § 19 Abs. 1 Nr. 6. bzw. Nr. 7., Abs. 3 GrEStG handelt es sich um eine Steuererklärung im Sinne der Abgabenordnung (§ 19 Abs. 5 GrEStG). Die Klägerin hat diese Erklärung nicht innerhalb der dafür vorgesehenen Frist von zwei Wochen (also im September 2010) abgegeben. Vielmehr wurde der Erwerbsvorgang erst im Jahr 2015 anlässlich der Prüfung durch das Finanzamt für Groß- und Konzernbetriebsprüfung J thematisiert und von der Klägerin mit Schreiben vom 04.03.2015 dahin bewertet, dass zwar ein steuerbarer Vorgang nach § 1 Abs. 3 Nr. 4 GrEStG vorliege, dieser jedoch nach § 6a GrEStG steuerfrei sei. Die Klägerin weist zu Recht selbst darauf hin, dass sie den Vorgang auch dann hätte anzeigen müssen, wenn sie der Ansicht war, dass der Vorgang von der Besteuerung ausgenommen ist (§ 19 Abs. 3, 2. Halbsatz GrEStG). Dass hat sie schuldhaft, nämlich jedenfalls fahrlässig, unterlassen.

43 Dass der Beklagte nur gegenüber der Klägerin und nicht (auch) gegenüber der A einen Verspätungszuschlag festgesetzt hat, ist im Ergebnis nicht zu beanstanden. Der Beklagte hat sich zwar mit der Frage, welchem Steuerschuldner gegenüber ein Verspätungszuschlag festgesetzt werden sollte, weder im Bescheid über die Festsetzung des Verspätungszuschlags noch in der Einspruchsentscheidung befasst. Zudem ist sowohl in dem gegenüber der Klägerin als auch in dem gegenüber der A erlassenen Feststellungsbescheid der Hinweis, ein Verspätungszuschlag werde „mit besonderem Bescheid festgesetzt“, angekreuzt. Allerdings ergibt sich aus dem Feststellungsbescheid auch, dass gegenüber der A jedenfalls zunächst keine Grunderwerbsteuerbescheide (Folgebescheide) ergehen sollten. Da – für beide Steuerschuldnerinnen erkennbar – gegenüber der A keine Grunderwerbsteuer festgesetzt werden sollte, war es folgerichtig, ihr gegenüber (wegen der fehlenden steuerlichen Auswirkungen) keinen Verspätungszuschlag festzusetzen.

44 Darüber hinaus hat der Beklagte die durch § 152 Abs. 2 Satz 1 AO a.F. vorgegebenen Grenzen beachtet.

Er hat die absolute Grenze von 25.000 € nicht überschritten, die (bei einer geschätzten Steuer von 8.500.000 €) unter der relativen Grenze von 10 % der festgesetzten Steuer liegt. Darüber hinaus hat der Beklagte sein Entschließungs- und sein Auswahlermessen fehlerfrei ausgeübt. Zwar enthält der Bescheid über die Festsetzung des Verspätungszuschlags keine Begründung hinsichtlich des Erschließungsermessens und – im Wege der Bezugnahme auf Anlage 7 des Betriebsprüfungsberichts – lediglich eine am zeitlichen Ausmaß des „Verspätungszeitraums“ (10.09.2010 bis 06.03.2015) bei Berücksichtigung von 0,5 % der geschätzten Steuer pro angefangenem Verspätungsmonat orientierte Berechnung. In der Einspruchsentscheidung hat der Beklagte jedoch begründet, weshalb er dem Grunde nach (Entschließungsermessen) einen Verspätungszuschlag festgesetzt hat (angesichts des als erheblich anzuse-

henden Verschuldens Anstoß für die Klägerin, ihren Erklärungsspflichten künftig fristgerecht nachzukommen). Zum Auswahlermessen hat er – nachdem er einleitend die in § 152 Abs. 2 Satz 2 AO a.F. genannten Kriterien zutreffend wiedergegeben hat – auf die Höhe der festzusetzenden Steuer und die Dauer der Verspätung abgestellt und insoweit – in Anlehnung an die gesetzlichen Zinsen – 0,5 % pro Monat ins Auge gefasst. Diese Überlegungen orientieren sich an den in § 152 Abs. 2 Satz 2 AO a.F. genannten Kriterien, wobei insoweit zudem zu berücksichtigen ist, dass der Verspätungszuschlag der Höhe nach offenkundig durch den absoluten Höchstbetrag von 25.000 € begrenzt wurde. Der Beklagte führt hierzu zutreffend aus, dass der Verspätungszuschlag weniger als 0,3 % der geschätzten festzusetzenden Steuer betrage.



Wohnungseigentumsgesetz (Kommentar)

Von Georg Jennißen (Hrsg.),
7. neu bearbeitete Auflage 2021, Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 1752 Seiten.
139,- €. ISBN 978-3-504-45083-0.

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

Die Neuauflage ist als Standardwerk zum Wohnungseigentumsrecht ein wichtiger Begleiter in der täglichen wohnungseigentumsrechtlichen Praxis. Durch die WEG-Novelle zum 1.12.2020 sind viele Neuigkeiten entstanden. So hat sich z. B. die Rolle der rechtsfähigen Wohnungseigentümergeinschaft von Grund auf gewandelt, die Stellung des Verwalters wurde neu definiert, neue Sondereigentumstypen wurden geschaffen, Baumaßnahmen am Gemeinschaftseigentum sind in weitaus größerem Maße zulässig als in der Vergangenheit. Der Kommentar bietet dazu eine schlüssige Kommentierung mit richtungsweisendem Anspruch. Auch zu anderen Fragen rund um das WEG werden auf höchstem Niveau umfassende Erläuterungen gegeben, unzählige Detailprobleme vollständig kommentiert, tiefgehend analysiert und innovative Lösungen geboten.

Bei allen Vorschriften des WEG wird stets die herrschende Meinung deutlich gemacht, eine davon abweichende Meinung sachen- und grundbuchrechtlich begründet. So wird z. B. entgegen der überwiegenden Meinung Sondereigentum an den konstruktiven Teilen eines von mehreren selbstständigen Gebäuden (Mehrhäuseranlage) auf dem in Wohnungseigentumsrechte aufgeteilten Grundstück für zulässig gehalten (§ 5 Rn. 7, 24). Seit 1.12.2020 kann Sondereigentum an außerhalb des Gebäudes liegenden Grundstücksflächen begründet werden. Das WEMoG lässt Sondereigentum für Stellplätze (sog. Stellplatz-Sondereigentum) als auch Sondereigentum für Freiflächen des Grundstücks (sog. Annex-Sondereigentum) zu. Zu beachten ist dabei, dass die betroffenen Flächen im Aufteilungsplan durch Maßangaben bestimmt und dies von der Baubehörde bestätigt werden muss sowie beim Annex-Sondereigentum die Teilflächen des Grundstücks mit der jeweils gleichen Nummer wie das zugehörige Wohnungs- und Teileigentum zu kennzeichnen sind (§ 5 Rn. 16a). Stellplatz-Sondereigentum kann vom berechtigten Wohnungs- und Teileigentümer – anders als bei Sondernutzungsrechten – mit beschränkten dinglichen Rechten belastet werden, auch mit einer Baulast (§ 5 Rn. 16c). Der Kommentar bejaht die Frage, ob die Begründung von Wohnungseigentum durch vertragliche Einräumung nach § 3 WEG und auch die einseitige Aufteilung des Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentum nach § 8 WEG bei Mitwirkung eines Minderjährigen der Genehmigung des Familiengerichts bedarf (§ 2 Rn. 14c, § 4 Rn. 34), was das KG Berlin (BWNNotZ 2015, 153) zumindest für die Erklärung nach § 8 WEG verneint. In Übereinstimmung mit dem BGH (DNotZ 2011, 346) wird beim schenkweisen Erwerb von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen die Zustimmung des gesetzlichen Vertreters gefordert (§ 1 Rn. 13). Ab 1.1.2023 ist in der Notarpraxis die Bestimmung in §§ 1643, 1850 Nr. 4 BGB zu beachten, wonach die Eltern der Genehmigung des Familiengerichts zu einem Rechtsgeschäft bedürfen, durch das der Minderjährige unentgeltlich Wohnungs- oder Teileigentum erwirbt.

Die Stellung des Verwalters ist durch das WEMoG neu geregelt worden, gleichwohl wird der Verwalter weder im Grundbuch noch in einem öffentlichen Register eingetragen. Das Werk bejaht die Bestellung eines Verwalters in der Gemeinschaftsordnung (§ 26 Rn. 46). Unproblematisch kann der Verwalter jedenfalls durch einen Mehrheitsbeschluss in der Eigentümerversammlung bestellt werden, denn durch die Entstehung als Ein-Personen-Gemeinschaft kann der Aufteiler mit sich selbst eine Eigentümerversammlung durchführen und den Verwalter wählen. Unterbleibt die Wahl, entsteht das Problem, dass jetzt niemand das Recht hat, die erste Eigentümerversammlung einzuberufen. Lediglich eine Vollversammlung könnte dann einen gültigen Beschluss fassen (§ 26 Rn. 52).

Die rechtsfähige Wohnungseigentümergeinschaft ist erwerbs- und grundbuchfähig. Sie kann dingliche Rechte jeder Art erwerben und wird dabei grundsätzlich durch den Verwalter vertreten. Er hat nach der Neuregelung grundsätzlich umfassendes Vertretungsrecht. Lediglich zum Abschluss eines Grundstückskaufvertrags und Darlehensvertrags bedarf die Vertretungsbefugnis des Verwalters noch eines Ermächtigungsbeschlusses der Eigentümergeinschaft. Die Beschränkungen des Verwalters sind restriktiv zu handhaben (§ 9b Rn. 17). Für die notarielle Praxis ist von Wichtigkeit, dass die Einschränkung des Vertretungsrechts des Verwalters nicht den dinglichen Vollzug erfasst, also keinesfalls die Auflassung und die Bewilligung zur Eintragung von beschränkten dinglichen Rechten am Grundstück der Eigentümergeinschaft (§ 9b Rn. 20). Richtig ist auch die Ansicht, dass der Verwalter dem Notar den Ermächtigungsbeschluss nicht in der Form des § 29 GBO vorlegen muss (§ 9b Rn. 22). In der Notarpraxis ist zu beachten, dass für den Verwalter die gesetzlichen Einschränkungen der Vertretung durch § 181 BGB gelten. Nicht gefolgt werden kann der Ansicht im Kommentar, von beiden Beschränkungen des § 181 BGB könne Befreiung erteilt werden (§ 9b Rn. 39 ff.). Dem steht das Verbot des Selbstkontrahierens in § 9b Abs. 2 WEG entgegen, es handelt sich um eine zwingende Sondervorschrift wie bei § 112 AktG und § 39 GenG und schließt einen Dispens aus; das Insichgeschäft ist allerdings genehmigungsfähig (BGH DNotZ 2019, 703 zu § 112 AktG); OLG Zweibrücken DNotZ 2010, 152 zu § 39 GenG).

Die Wohnungseigentümer können durch Vereinbarung regeln, dass der Erwerber für Zahlungsrückstände des Veräußerers haftet. Eine solche Haftungsklausel ist nunmehr gemäß § 7 Abs. 3 WEG direkt in das Grundbuch einzutragen, wobei gemäß § 48 Abs. 3 Satz 3 WEG für eine bisher nicht direkt in das Grundbuch eingetragene Haftungsklausel eine Übergangsfrist bis zum 31.12.2025 besteht (§ 28 Rn. 275, § 48 Rn. 13). Für den Vollzug von Kaufverträgen ist wichtig zu wissen, dass eine Auflassungsvormerkung des Erwerbers mit dem Zuschlag der veräußerten

Wohnung in der Zwangsversteigerung untergeht (§ 28 Rn. 328; BGH DNotZ 2014, 769), wenn diese wegen Hausgeldrückständen betrieben wird. Immer wieder taucht in der Praxis die Frage auf, wer die nach § 24 Abs. 6 WEG zu fertigende Niederschrift zu unterzeichnen hat. Zu Recht wird im Kommentar vertreten, dass der Unterschreibende an der Eigentümerversammlung teilgenommen haben muss (§ 24 Rn. 141; Einzelheiten *Böhringer*, DNotZ 2016, 831). Ist der Beiratsvorsitzende zugleich Sitzungsvorsitzender, so soll es genügen, wenn er und ein Wohnungseigentümer die Niederschrift unterschreibt, wobei das Werk zu Recht betont, dass dies nur dann zutreffend ist, wenn an der Versammlung keine andere zur Unterschrift geeignete Personen anwesend waren (§ 24 Rn. 141). Die Eintragung einer unbedingten Sicherungshypothek für rückständiger Hausgelder im Grundbuch ist zulässig; eines Vorbehalts, dass diese nur hinter den Vorrechten gemäß § 10 Abs. 1 Nr. 2 ZVG wirken soll, be-

darf es nicht (§ 28 Rn. 343; BGH ZWE 2011, 802; OLG Frankfurt ZWE 2011, 89, OLG Dresden ZWE 2011, 365; OLG Stuttgart ZWE 2011, 4012). Zu Recht wird ein Aufgebotsverfahren an Teilen des Sondereigentums allein für unzulässig gehalten (§ 6 Rn. 36). Ein einzelner Eigentümer kann sein Wohnungseigentum nicht durch Verzicht aufgeben, sehr wohl aber alle Wohnungseigentümer auf das ganze Grundstück verzichten (§ 6 Rn. 35).

Die wenigen Beispielen sollen genügen, aber auch aufgezeigt haben, dass die Neuauflage auf viele Zweifelsfragen mit innovativen Lösungen eingeht, stets wird wissenschaftlich fundiert argumentiert. Der meinungsbildende Kommentar ist vorzüglich auf die Belange der Praxis ausgerichtet; er gibt jedem eine hervorragende Orientierung bei allen wohnungseigentumsrechtlichen Problemen.



Wohnungseigentum

Herausgegeben von *Notar Prof. Dr. Stefan Hügel*, bearbeitet von *Dr. Oliver Elzer*, *Dr. Christian Grüner*, *Prof. Dr. Stefan Hügel* und *Dr. Maximilian Müller*, 5. überarbeitete und aktualisierte Auflage 2021, Verlag C.H. Beck, 721 Seiten, 119,- €. ISBN 978-3-406-75663-4.

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

Die Attraktivität des Wohnungseigentums hat wegen des Wohnungsmangels der letzten Jahre deutlich zugenommen. Das Informationsbedürfnis ist entsprechend groß. Zusätzlich hat das seit dem 1.12.2020 geltende WEMoG für bedeutende Veränderungen im Wohnungseigentumsrecht gesorgt. Alle einschlägigen Sachprobleme werden in dem Handbuch in ihrem systematischen Zusammenhang dargestellt. Einschlägige Formulierungsvorschläge und Beratungshilfen flankieren die Erläuterungen. Ausführliche Muster sind in einem eigenen Kapitel am Ende des Buches zusammengefasst. Die Vertragsmuster und Formulierungshilfen lassen sich durch einen Download in der täglichen Arbeit einsetzen.

Die Autoren bieten hochaktuelle und praxiserprobte Erläuterungen. Die Kapitel behandeln die sachenrechtlichen Grundlagen des Wohnungseigentums, die Begründung und Veränderung von Wohnungseigentum, den Erwerb von Wohnungseigentum. Breiten Raum nehmen die Ausführungen zur Gemeinschaft der Wohnungseigentümer und deren Regelungen sowie Sondernutzungsrechte ein. Auch auf die Rechte und Pflichten der Wohnungseigentümer als Grundstückseigentümer sowie auf Nutzungen und Kosten des gemeinschaftlichen Eigentums wird eingegangen. Bedeutend sind die Erläuterungen zur Wohnungseigentümerversammlung, zur Stellung des Verwalters und des Verwaltungsbeirats. Behandelt werden auch die baulichen Veränderungen und der Wiederaufbau des Gebäudes. Für den Rechtsverkehr interessant sind die Aussagen zur Zustimmung zur Veräußerung von Wohnungseigentum. Schließlich werden das Wohnungserbbaurecht und das Dauerwohnrecht sowie das Verfahrensrecht und das Finanzwesen dargestellt.

Für die Praxis neu ist das Sondereigentum an Stellplätzen und an sonstigen Freiflächen (Annex-Sondereigentum). Die Erläuterungen dazu greifen alle derzeit existierenden Anwendungsfälle und Praxisprobleme auf (§ 1 Rn. 59, 70; § 2 Rn. 145). Fraglich ist, ob die Begründung von Wohnungseigentum durch einen Minderjährigen durch Teilung nach § 8 WEG eine Verfügung über das Grundstück ist, was das Handbuch verneint (§ 2 Rn. 72; bejahend für die Teilung nach § 3 WEG). Erst die Veräußerung eines Wohnungseigentumsrechts bedarf der Genehmigung nach § 1821 Abs. 1 Nr. 1 BGB (ab 1.1.2023 § 1850 Nr. 1 BGB). Bei der Darstellung der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer wird zu Recht darauf hingewiesen, dass die sachenrechtliche Berechtigung den Wohnungseigentümern in ihrer individuellen Rechtsstellung als Bruchteilseigentümer zugeordnet ist, weshalb eine Veräußerung des gemeinschaftlichen Grundstücks oder eines Teils von diesem nur unter Mitwirkung aller Wohnungseigentümer erfolgen kann (§ 4 Rn. 27; abzulehnen ist die Meinung des OLG Nürnberg FGPrax 2021, 203 = NJW-RR 2021, 138). Die Wohnungseigentümergeinschaft kann als Rechtssubjekt dingliche Rechte erwerben, wobei beim Erwerb einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zu beachten ist, dass diese durch den Untergang der Wohnungseigentümergeinschaft zum Erlöschen kommt (§ 4 Rn. 38). Der Beschluss zum Erwerb einer Immobilie unterliegt nicht der Beurkundungspflicht des § 311b Abs. 1 BGB (§ 4 Rn. 40). Der Personenverband kann mit der postalischen Anschrift oder nach der katastermäßigen Bezeichnung im Bestandsverzeichnis der Wohnungsgrundbücher bezeichnet werden (§ 4 wRn. 15). Die Hinzufügung eines Namens, ja einer Phantasiebezeichnung, ist zulässig. Soll der Verwalter die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer beim Abschluss eines Grundstückskauf-

vertrags vertreten, ist er wegen § 9b WEG gesetzlich nicht zur Vertretung ermächtigt. Die Einschränkung der Vertretungsmacht gilt jedoch nur für den Abschluss des schuldrechtlichen Vertrags, nicht aber für das Vollzugsgeschäft wie etwa die Erklärung der Auflassung (§ 4 Rn. 49). Nicht gefolgt werden kann daher den Ausführungen des Handbuchs (§ 4 Rn. 52), wonach die Vertretungsberechtigung des Verwalters auf Grund eines Ermächtigungsbeschlusses dem Grundbuchamt in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden müsse. Oftmals treten bei einer verwalterlosen Gemeinschaft Vertretungsprobleme auf. Die Bestellung eines Verwalters dürfte noch mehr zum Regelfall für die Verwaltung einer Wohnungseigentumsanlage werden und die Anzahl verwalterloser Anlagen deutlich abnehmen (§ 4 Rn. 61). Für die Notarpraxis wichtig ist der Hinweis, dass keinem der Wohnungseigentümer ein Anteil am Gemeinschaftseigentum zusteht und aus diesem Grund es weder nötig noch möglich ist, bei der Übertragung von Wohnungseigentum auch die für das betreffende Wohnungseigentum gebuchte Instandhaltungsrücklage oder einen sonstigen Anteil am Gemeinschaftsvermögen mit zu übertragen (§ 4 Rn. 68).

Jeder Wohnungseigentümer hat nach § 19 WEG einen Anspruch darauf, dass ein nach § 26a WEG zertifizierter Verwalter bestellt wird. Die Neuregelung wird im Handbuch dargestellt. Ausdrücklich erwähnt wird, dass der erste Verwalter nicht mehr in der Teilungserklärung bestellt werden kann (§ 9 Rn. 46; § 12 Rn. 5). Wurde der Verwalter durch Umlaufbeschluss gemäß § 23 Abs. 3 WEG bestellt, so ist der Nachweis der Verwaltereigenschaft durch Vorlage öffentlich beurkundeter oder beglaubigter Erklärungen sämtlicher Wohnungseigentümer nachzuweisen (§ 29 Abs. 1 Satz 1 GBO), aus denen sich jeweils die Zustimmung zur Verwalterbestellung ergibt (§ 9 Rn. 67; KG Berlin ZWE 2012, 426; missverständlich für das Grundbuchverfahren vgl. § 12 Rn. 193). Haben sich alle WE-Rechte in einer Person vereinigt, so besteht keine Wohnungseigentümergeinschaft mehr und das Verwaltungsvermögen (so auch das Sondereigentum) geht auf den Grundstückseigentümer über (§ 2 Rn. 169). Wird ein Wohnungseigentumsrecht aufgehoben, zu dessen Gunsten ein subjektiv-dingliches Recht bestellt worden war, so ist fraglich, welche Rechtsfolgen sich ergeben (§ 2 Rn. 175). Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass bei der Umwandlung von Teileigentum in Wohnungseigentum dem Grundbuchamt eine Abgeschlossenheitsbescheinigung vorzu-

legen ist (§ 2 Rn. 184). Die dingliche Vereinigung zweier Wohnungseigentumseinheiten erfordert weder einen neuen Aufteilungsplan noch eine neue Abgeschlossenheitsbescheinigung (§ 2 Rn. 139). Bei einer Teilung einer Einheit ist ein sog. Unterteilungsplan und die dazugehörige Bescheinigung i. S. von § 7 WEG dem Grundbuchamt vorzulegen (§ 2 Rn. 122).

Dem Praktiker wird ein vollständiger Verzicht auf das Zustimmungserfordernis gemäß § 12 WEG empfohlen, zumindest sollte immer eine sorgfältige Analyse der individuellen Bedürfnisse erfolgen (§ 15 Rn. 106 ff.). Die Veräußerungsbeschränkung des § 12 WEG ist materiell-rechtlich unmittelbar in das Grundbuch einzutragen, was auf für Veräußerungsbeschränkungen gilt, die vor dem 1.12.2020 vereinbart wurden. Die gebührenfreie nachträgliche Eintragung erfordert keine Eintragungsbewilligung, notwendig ist lediglich ein Antrag, der nicht der Form des § 29 GBO bedarf (§ 15 Rn. 8). Ist als Inhalt des Sondereigentums vereinbart, dass der Wohnungseigentümer zur Veräußerung des Wohnungseigentums der Zustimmung anderer Wohnungseigentümer oder eines Dritten bedarf, wird die erteilte Zustimmung unwiderruflich, sobald die schuldrechtliche Vereinbarung über die Veräußerung wirksam geworden ist (§ 15 Rn. 47; BGH DNotZ 2019, 844 = Rpfleger 2019, 378). Fraglich ist, wie mit Titeln aus der Zeit vor Anerkennung der Rechtsfähigkeit der Wohnungseigentümergeinschaft umzugehen ist, ob eine Titelumschreibung nach §§ 325, 727 ZPO möglich ist, was bejaht wird für den Fall, dass der Titel sich auf einen Gegenstand bezieht, für den heute die Gemeinschaft zuständig ist (§17 Rn. 29, 245). Für die notarielle Praxis ist zu beachten, dass die Eintragung einer Eigentumsvormerkung einer Zwangsversteigerung des Wohnungseigentums nicht entgegensteht; Ansprüche der Wohnungseigentümergeinschaft, die die Zwangsversteigerung aus der Rangklasse 2 des § 10 Abs. 1 ZVG betreibt, sind gegenüber einer Vormerkung (Rangklasse 4 des § 10 Abs. 1 ZVG) stets vorrangig (§ 17 Rn. 243; BGH DNotZ 2014, 769; BGH NJW 2016, 502 = Rpfleger 2016, 238).

Die wenigen Beispielen sollen genügen, aber auch aufgezeigt haben, dass die Neuerscheinung auf viele Fragestellungen eingeht. Das Werk gibt jedem im Rechtsalltag fundierte Hilfestellungen zu allen Fragen der komplexen wohnungseigentumsrechtlichen Materie - bei der Vertragsgestaltung und auch im Streitfall.



Beurkundungsgesetz (BeurkG)

Von Dr. Gabriele Müller-Engels (Hrsg.),
Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover. 809 Seiten.
179,- €. ISBN 978-3-406-73758-9.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Der beck-online GROSSKOMMENTAR hat sich in recht kurzer Zeit zu einer der führenden Kommentierungen des Bürgerlichen Gesetzbuches aufgeschwungen. Um diesem Anspruch gerecht zu werden, muss natürlich auch die Kommentierung der einschlägigen Nebengesetze umfassend und fundiert sein. Eine solche ist bei dem zu besprechenden Werk sicher-

lich gegeben. Die vorliegende Printversion der Kommentierung des Beurkundungsgesetzes, und das bereits an dieser Stelle vorweggenommen werden, überzeugt auf Ganzer Linie.

Das Werk befindet sich auf dem Stand von Mai 2019, allerdings sind sämtliche Änderungen, die durch das Gesetz zur

Neuordnung der Aufbewahrung von Notariatsunterlagen und zur Errichtung des Elektronischen Urkundenarchivs welche spätestens am 01.01.2022 in Kraft treten bereits umfassend eingearbeitet. Überzeugend ist ferner die inhaltliche Tiefe der Kommentierung. Diese erfolgt in drei Ebenen (Überblicks-, Standard-, und Detailebene) und erlaubt dadurch eine umfassende und detailreiche Darstellung zahlreicher, selbst kleinster Nuancen des Beurkundungsrechts. Ferner, und das ist für ein Kommentar nicht selbstverständlich, werden auch an zahlreichen Stellen Formulierungsvorschläge eingefügt, welche die praktische Umsetzung der vorangestellten theoretischen Grundlagen erheblich erleichtern.

Inhaltlich soll im Folgenden nur auf einige wenige Punkte eingegangen werden. Ein Dauerbrenner im Beurkundungsrecht ist die richtige Handhabung des § 17 Abs. 2a Nr. 2 BeurkG. Vor allem die Fälle, in denen die Zwei-Wochen-Frist unterschritten werden darf, sind von der Rechtsprechung und der Literatur noch nicht hinreichend erfasst. Hierzu gibt Regler in den Rnn. 186 ff. einen umfassenden Überblick unter Einbeziehung der relevanten Rechtsprechung. Eine Verkürzung ist danach vor allem dann möglich, wenn der Verbraucher trotz verkürzter Frist

ausreichend Gelegenheit hatte sich mit dem Inhalt der Urkunde auseinanderzusetzen, und dies dem Notar auch erkennbar war. Dies wäre der Fall bei Übersendung von zahlreichen, fundierten Anmerkungen durch den Verbraucher.

Es findet sich ferner bereits eine Kommentierung des § 44b BeurkG, welcher erst am 01.01.2022 in Kraft tritt. Hiernach dürfen Nachtragsurkunden künftig zusammen mit der Hauptniederschrift verwahrt werden. Dies ist eine Durchbrechung des bisher geltenden Grundsatzes, dass Urkunden stets nach fortlaufender Urkundenrollennummer verwahrt werden sollen. Künftig sollen die verwahrten Papierurkunden, den im Elektronischen Urkundenarchiv eingestellten Urkunden entsprechen. Um diesen Gleichlauf sicherzustellen, war eine Anpassung der Verwahrungsvorschriften notwendig, da der Upload der Nachtragsurkunde zur Niederschrift im Elektronischen Urkundenarchiv zwingend ist.

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, ist der vorliegenden Kommentar eine wahre Fundgrube. Es werden nicht nur die bekannten Probleme in gebotener Tiefe erörtert, sondern auch viele kleine Detailfragen umfassend beantwortet. Die Anschaffung ist daher jedem Notar uneingeschränkt zu empfehlen.



Bundesnotarordnung (BNotO)

Von Dr. Stefan Görk (Hrsg.),

10. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover (in Leinen). 1207 Seiten. 159,- €. ISBN 978-3-406-74172-2.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Fast zehn Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist der Standardkommentar zur Bundesnotarordnung nunmehr in 10. Auflage erschienen. Seit der letzten Auflage haben sich wesentliche Änderungen ergeben. Herausgeber ist nicht mehr Dr. Ulrich Bracker sondern nunmehr Dr. Stefan Görk, Notar in München und ehemaliger Hauptgeschäftsführer der Bundesnotarkammer. Ferner sind Prof. Dr. Rainer Kanzleiter, Dr. Christoph Reithmann, Dr. Joachim Püls und Ulrich Schäfer als Autoren ausgeschieden, hinzugekommen sind Dr. Anja Teschner, Dr. Markus Frisch, Dr. Johannes Haushahn, Julian Sander und Dr. Niclot von Stralendorff. Auch inhaltlich sind viele Neuerungen zu verzeichnen. So ist der Kommentar seit 2020 Teil des Beck'schen Online Kommentars und wird daher regelmäßig umfassend überarbeitet. Grundlage der vorliegenden Printausgabe ist die 3. Edition des Online-Kommentars mit dem Bearbeitungsstand vom August 2020. Dennoch werden sämtliche zum 01.01.2022 in Kraft tretenden Regelungen zum Elektronischen Urkundenarchiv und der Referentenentwurf des BMJV zur Modernisierung des notariellen Berufsrechts umfassend dargestellt.

Eine umfassende inhaltliche Darstellung ist an dieser Stelle kaum möglich, daher soll der Mehrwert dieses Klassikers nur anhand einiger Beispiele erörtert werden.

So findet sich eine umfassende Darstellung der neuen Regelungen zum Elektronischen Urkundenarchiv in den §§ 78h ff.

Haushahn erläutert umfassend die Beweggründe der Reform, den rechtlichen Rahmen sowie die zur Umsetzung notwendigen technischen und organisatorischen Maßnahmen. Zu beachten ist, dass gemäß § 78h Abs. 3 BNotO sämtliche Dokumente, die in einem engen sachlichen Zusammenhang zu der Urschrift stehen mit dieser Zusammen verwahrt werden müssen. Die Verbindung hat dabei nicht nur bei der körperlichen Urkunde, sondern ebenso auch bei der elektronischen Fassung zu erfolgen.

Ein weiterer berufsrechtlicher Dauerbrenner der letzten Jahre ist das Zusammenwirken der notariellen Amtsgewährpflicht und den Pflichten nach dem Geldwäschegesetz. Vor allem seit § 10 Abs. 9 GWG explizite Beurkundungsverbote enthält, bewegt sich der Notar in einem Spannungsfeld, sobald die entsprechenden Pflichten von den Beteiligten nicht erfüllt werden. Sander gibt in § 15 Rnn. 78 bis 80a einen umfassenden Überblick über die geltenden Regelungen und geht im Detail auf mögliche Beurkundungsverbote sowie auf die Stillhaltepflicht nach § 46 GwG ein.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass der Schippel/Görk als Klassiker zum notariellen Berufsrecht zwingend in jedes Notarbüro gehört. Ob als Print- oder Onlineausgabe, ist das Werk bestens geeignet, um aktuelle und künftige Probleme des notariellen Berufsrechts zu meistern. Hoffentlich lässt die nächste Auflage nicht wieder fast 10 Jahre auf sich warten.



Bundesnotarordnung (BNotO)

Von Dr. Norbert Frenz und Uwe Miermeister (Hrsg.),
5. Auflage 2020, Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover (in Leinen). 1903 Seiten.
179,- €. ISBN 978-3-406-74651-2.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Neben dem *Schippel/Bracker* hat der Kommentar von *Horst Eylmann* und *Hans-Dieter Vaasen* zur Bundesnotarordnung das notarielle Berufsrecht über zwei Jahrzehnte hinweg geprägt. Nunmehr ist das bewährte Werk in der 5. Auflage erschienen, erstmals unter einem neuen Namen. Die neuen Herausgeber sind Notar *Norbert Frenz* und Rechtsanwalt und Notar a.D. *Uwe Miermeister*. Auch im Kreise der Autoren gab es kleinere Änderungen neu hinzugekommen sind die Notarassessoren *Matthias Frohn*, *Sebastian Löffler* und *Martin Kindler*.

Einmalig ist auch die Bandbreite der Kommentierung. Etwa die Hälfte des Werks nimmt die Kommentierung der Bundesnotarordnung ein, die andere Hälfte widmet sich dem Beurkundungsgesetz den Richtlinienempfehlungen der Bundesnotarkammer und der Dienstordnung der Notare. Somit bietet das Werk eine umfassende Darstellung des gesamten relevanten Berufsrechts in einem Band.

Inhaltlich sind sämtliche Neurungen eingearbeitet, welche die notarielle Praxis in den kommenden Jahren beschäftigen werden. So beschäftigt sich *Limmer* bereits mit der Online-Beurkundung

bei Kapitalgesellschaften und gibt einen Ausblick über die fortschreitende Digitalisierung des Notariats. Auch das elektronische Urkundenarchiv wird in den §§ 78h ff. von *Löffler* dargestellt.

Im Vergleich zu dem ebenfalls in diesem Heft besprochenen Werk von *Schippel/Görk* bietet die vorliegende Kommentierung eine umfassendere Darstellung des notariellen Berufsrechts in seiner Gesamtheit. Der *Schippel/Görk* beschäftigt sich hingegen ausschließlich mit der Bundesnotarordnung dafür aber etwas detaillierter als das vorliegende Werk. Beides kann je nach Fragestellung hilfreich sein, zu beachten ist aber, dass berufsrechtliche Fragestellungen sowohl im Kontext der BNotO als auch des BeurkG relevant sind. Hier bietet das vorliegende Werk, wegen der internen Verweise einen entscheidenden Mehrwert.

Fazit: Der *Frenz/Miermeister* gehört ohne jeden Zweifel in das Büro von jedem Notar. Auch wenn berufsrechtliche Fragestellungen nicht den Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit darstellen, ist deren Kenntnis für die tägliche Arbeit dennoch unerlässlich. Für sämtliche Fragen des notariellen Alltags bietet das vorliegende Werk eine verlässliche Antwort.



NotarFormulare Erbscheinsverfahren

Von Dr. Peter Becker (Hrsg.),
1. Auflage 2021, Deutscher Notarverlag, Bonn. Hardcover. 250 Seiten.
89,- €. ISBN 978-3-95646-170-5.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Die bewährte Buchreihe „Notarformulare“ herausgegeben vom Deutschen Notarverlag ist in diesem Jahr um ein weiteres Mitglied reicher geworden. Das von *Peter Becker*, Notar in Schwäbisch Gmünd herausgegebene Werk bietet dabei weitaus mehr als der Titel verspricht. Neben dem im Titel angesprochenen Erbscheinsverfahren werden auch das Testamentsvollstreckerzeugnis sowie das Europäische Nachlasszeugnis erläutert. Die Autoren sind allesamt erfahrene Praktiker auf dem Gebiet des Erbrechts. Neben dem Herausgeber besteht das Autorenteam aus den Notaren *Bernhard Weiß*, *Timo Lutz* und *Stefan Mattes*, sowie den Notarassessoren *Matthias Miller* und *Dr. Felix Ungeher*. Schließlich stammt die Einleitung von *Dr. Martin Löhnig*, Professor an der Universität Regensburg.

Wie im Vorwort von den Autoren erklärt, war das erklärte Ziel dieses Werks eine Lücke in der erbrechtlichen Literatur zu schließen. Dies ist den Autoren mehr als vortrefflich gelungen. Zwar gibt es in der Tat mehrere erbrechtliche Formularbücher- oder Sammlungen, welche auch eines oder einige wenige Muster für das Erbscheinsverfahren beinhalten. Eine detaillierte Darstellung wie in dem vorliegenden Werk ist auf dem Markt indes einmalig. Die Darstellung folgt in allen Abschnitten demselben Muster. Im Anschluss an ein Muster finden sich ausführliche Erläuterungen unter Darstellung der relevanten Rechtsprechung und Literatur. Teilweise wird am Anfang eines Kapitels eine Einführung in die nachfolgende Thematik vorangestellt.

Nach einer kurzen Einleitung widmet sich das Werk in § 2 Formulierungsvorschlägen für das Erbscheinsverfahren. Hierbei werden nicht nur die Standardfälle des Erbscheins für einen oder mehrere Erben aufgrund gesetzlicher oder gewillkürter Erbfolge dargestellt. Es werden auch besondere Einzelfälle umfassend dargestellt. So finden sich Muster zu Teilerbscheinen, Mindestteilerbscheinen sowie quotenlosen Erbscheinen. Für die tägliche Praxis besonders hilfreich sind die Muster bei der Beteiligung eines Nacherben (Seiten 64 – 94). Auch hier ist die Fülle an erläuterten Einzelfällen begrüßenswert. So finden sich auch Muster für die Fälle das die Nacherbenanwartschaft vom Nacherben auf den Vorerben übertragen wird. Am Ende von § 2 finden sich Ausführungen zum Testamentvollstreckervermerk im Erbschein gemäß § 352b Abs. 2 FamFG, sowie zum gegenständlich beschränkten Erbschein gemäß § 352 c FamFG und zur Nachlassspaltung.

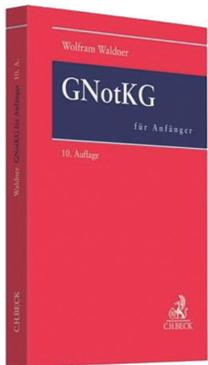
Sodann finden sich in den §§ 3 und 4 zahlreiche Formulierungsvorschläge für das Testamentvollstreckzeugnis und zum europäischen Nachlasszeugnis. Vor allem das von *Ungerer* vorgeschlagene Muster zum Vindikationslegat wird in der Praxis immer bedeutender. Nach der Entscheidung des EuGH in der Sache *Kubicka*, in welcher der Gerichtshof die Zulässigkeit solcher

Vermächnisse auch für in Deutschland belegene Grundstücke anerkannt hat wird die praktische Bedeutung dieses Instruments sicherlich steigen.

Als Extra finden sich sodann in § 5 Ausführungen zur Nachlassabwicklung ohne Erbschein. Besonders das Kapitel zur Abwicklung bei Vorliegen einer post- oder transmortalen Vollmacht ist für die Praxis von erheblicher Bedeutung. Wie von *Weiß* korrekt angemerkt, kann in diesem Fall eine Abwicklung gänzlich ohne Erbschein erfolgen, sofern die Vollmacht korrekt formuliert ist und die richtige Form hat.

Schließlich wird das Werk in § 6 mit einer kurzen Darstellung der Kosten der einzelnen Verfahren abgerundet.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass dieses Werk die Handbibliothek eines jeden Notars bereichern wird. Die zur Verfügung gestellten Muster, vor allem in den selteneren Konstellationen, sind auf dem Markt einmalig, und werden die tägliche Arbeit in diesem Bereich erheblich erleichtern. Diese Muster können ohne weiteres in die eigene Bibliothek übernommen werden. Eine Anschaffung ist daher jedem Praktiker uneingeschränkt zu empfehlen.



■ **GNotKG für Anfänger**

Von *Dr. Wolfram Waldner*,

10. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck oHG, München. Softcover. 195 Seiten.
35,- €. ISBN 978-3-406-75064-9.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Das Kostenrecht ist im Notariat allgegenwärtig, die Kenntnis dieser Materie ist sowohl für den Notar als auch für seine Mitarbeiter unerlässlich. Entsprechend mangelt es auf dem Markt nicht an einschlägiger Literatur. Zahlreiche Kommentare, Lehrbücher, Nachschlagewerke und Berechnungsbeispiele sind im unterschiedlichsten Umfang auf dem Markt erhältlich. Das vorliegende Werk, welches nunmehr in 10. Auflage erschienen ist, erleichtert dem Anwender den Einstieg in diese teilweise unübersichtliche Materie und besticht vor allem durch seine einfache und klare Sprache.

Das Werk ist dabei in drei Abschnitte aufgeteilt. Im ersten Teil werden allgemeine Grundsätze des Kostenrechts sowie die Grundbegriffe erläutert und veranschaulicht. Hier wird vor allem die Systematik des GNotKG, der Aufbau des Kostenverzeichnisses (KV) und die Bewertungsgrundsätze prägnant, aber verständlich erörtert.

Im zweiten Teil werden sodann einzelne Beurkundungsgeschäfte dargestellt und die dabei anfallenden Kosten detailliert erörtert. Hierbei erhebt das Werk in diesem zweiten Teil keinen Anspruch auf Vollständigkeit. Vielmehr werden in diesem Kapitel aus jedem Rechtsgebiet die in der Praxis wichtigsten Geschäfte dargestellt. Aus dem Immobilienrecht werden der Kaufvertrag,

die Bestellung von Grundpfandrechten, sowie die Überlassung von Grundstücken detailliert erörtert. Ferner werden weitere Grundstücksgeschäfte wie Wohnungseigentum, Erbbaurecht und Dienstbarkeiten kurz dargestellt. Es folgen dann Abschnitte zum Familienrecht, dem Erbrecht sowie zum Handels- und Gesellschaftsrecht (wobei die GmbH in einem gesonderten Kapitel behandelt wird). Der zweite Teil schließt mit einem Abschnitt zu den sonstigen Geschäften. Hier werden unter anderem die Annahme als Kind, eidesstaatliche Versicherungen und notarielle Verzeichnisse besprochen.

Im letzten Teil werden schließlich besondere Gebühren (Beurkundung in fremder Sprache, Entwurfsgebühr), Auslagen und die Gebührenermäßigung erläutert, bevor im letzten Abschnitt der Rechtsweg gegen die Kostenrechnung dargestellt wird.

Wie die vorstehende Aufzählung zeigt, liegt der Schwerpunkt der Darstellung auf den Grundfällen der notariellen Tätigkeit. Besonders anschaulich sind in diesem Zusammenhang die Beispielfälle, welche am Ende von jedem Abschnitt angefügt sind. Vor allem für jemanden der die ersten Erfahrungen mit dem notariellen Kostenrecht macht, bietet diese Darstellung eine fundierte Basis, um das frisch erworbene Wissen zu festigen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Werk von *Waldner* eine willkommene Ergänzung der kostenrechtlichen Literatur ist und eine Nische füllt, die noch nicht umfassend besetzt ist. Das Werk kann Auszubildenden zu Notarangestellten

aber auch dem angehenden Notar als Einstieg in das Kostenrecht sowie dem erfahreneren Kollegen als Nachschlagewerk wärmstens empfohlen werden.



Handelsgesetzbuch (HGB)

Von Prof. Dr. Hartmut Oetker (Hrsg.),
7. Auflage 2021, Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover (in Leinen). 2559 Seiten.
199,- €. ISBN 978-3-406-76867-5.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Anzuzeigen ist das Erscheinen der 7. Auflage des mittlerweile auf dem Markt bewährten Kommentar um Handelsgesetzbuch von Dr. Hartmut Oetker. Dieser Kommentar, welcher zuverlässig alle zwei Jahre erscheint schließt auf dem Markt eine nicht unerhebliche Lücke. Deutlich umfassender als der Kurzkomentar von *Baumbach/Hopt* und handlicher als der Münchener Kommentar zum HGB bietet dieser Kommentar gerade dem Praktiker eine ausgewogene Mischung zwischen prägnanter und zugleich genauer Darstellung der relevanten Materie.

Inhaltlich befindet sich das Werk auf dem Stand von Januar 2021, allerdings sind die Referentenentwürfe zum Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts (MoPeG) und zum Gesetz zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie (DiRUG) bereits umfassend eingearbeitet.

Aus notarieller Sicht von Interesse sind die Ausführungen zu Nachfolgeklauseln im Rahmen des § 139 HGB. Nicht selten ist der Notar im Rahmen einer umfassenden Nachfolgeplanung auch mit der Gestaltung des Gesellschaftsvertrages einer KG befasst. *Kamanabrou* gibt in ihrer Kommentierung einen umfassenden Überblick über die möglichen Gestaltungen unter Einbeziehung der einschlägigen Rechtsprechung sowie der erbrechtlichen Kollisionspunkte.

Zusammenfassend ist festzuhalten, dass der *Oetker* in der notariellen Praxis eine hilfreiche Ergänzung darstellt. Gerade für im Handels- und Gesellschaftsrecht tätige Praktiker, ist der Kommentar uneingeschränkt zu empfehlen.



Bürgerliches Gesetzbuch

Von Dr. Christian Grüneberg (Hrsg.),
81. Auflage 2022, Verlag C.H. Beck oHG, München. Hardcover (in Leinen). 3257 Seiten.
119,- €. ISBN 978-3-406-77500-0.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Alle Jahre wieder kommt der Palan..., Nein. Dieses Jahr nicht! Nach langer, kontroverser Diskussion hat sich der Verlag im Juli 2021 entschlossen, die Werke umzubenennen, bei denen die Namensgeber während der nationalsozialistischen Diktatur eine aktive Rolle gespielt haben. Hierunter fällt auch der „*Palandt*“ welcher nunmehr nach dem Mitautor den Titel „*Grüneberg*“ trägt.

Eine weitere Rezension ist bei dem vorliegenden Werk eigentlich kaum notwendig. Der *Grüneberg* ist und bleibt das Standardwerk zum BGB und ist vom Schreibtisch eines Notars nicht wegzudenken. Das gewohnt hohe Niveau wird auch in

der neuen Auflage gehalten, es werden nicht nur sämtliche Gesetzesänderungen topaktuell eingearbeitet, welche am Ende dieser Legislaturperiode besonders zahlreich waren. Aber auch die relevante Rechtsprechung wird minutiös eingearbeitet.

So ist im Rahmen des § 1592 Nr. 1 BGB die kontroverse Diskussion um die Verfassungsmäßigkeit der Norm bereits von *Siede* umfassend eingearbeitet. So haben der OLG Celle und der KG ihre jeweiligen Verfahren gem. Art. 100. GG dem BVerfG vorgelegt. Der BGH lehnt eine Erweiterung der Norm auf gleichgeschlechtliche Ehen derzeit aber zu Recht ab.

Im Rahmen des § 2271 BGB ist die Entscheidung des BGH bereits eingearbeitet, nach der der Zugang des Widerrufs eines Testaments an einen rechtsgeschäftlich bevollmächtigten (zum Beispiel Generalbevollmächtigten) möglich ist. Dies ist nach dem BGH selbst dann zulässig, wenn der Bevollmächtigte zugleich der Widerrufende ist. Zurecht bejaht *Weidlich* die Zulässigkeit der Empfangsvertretung, mahnt aber auch, dass diese dann rechtsmissbräuchlich sein kann, wenn der Widerrufsadressat rechts- und testierfähig ist.

Wie üblich wird in dem Band nicht nur das BGB, sondern auch zahlreiche Nebengesetze erläutert. So wird die Kommentierung des WEG ein Jahr nach der umfassenden Reform durch das WEMoG von *Wicke* vertieft und die ersten praktischen Erfah-

rungen mit dem neuen Recht sowie die ersten hierzu ergangenen Gerichtsentscheidungen eingearbeitet.

Stets beeindruckend ist schließlich der Umstand, dass die gesamte Kommentierung des BGB und zahlreicher Nebengesetze weiterhin in einem Band erfolgt. Viele Fragen des Alltags können daher ohne weitere Recherche nur mit einem Griff zum *Grüneberg* gelöst werden.

Fazit: Der *Grüneberg* (vormals *Palandt*) ist der Inbegriff an Beständigkeit. Er kann ohne Einschränkung zur Anschaffung empfohlen werden. Für Notare ist der jährliche Bezug ohnehin eine inoffizielle Amtspflicht.

Standesnachrichten

Ernennungen:

Mit Wirkung vom 1. Dezember 2021 wurde Frau Johanna Luers mit dem Amtssitz in Weil am Rhein zur Notarin ernannt.

Amtsniederlegungen:

Mit Ablauf des 31. Oktober 2021 ist Herr Rechtsanwalt und Notar Georg Wedig, Stuttgart aus dem Notaramt ausgeschieden.

