BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

1 | 2020

April 2020

ABHANDLUNGEN

Die Auswirkungen von SARS-CoV-2 auf die notarielle Tätigkeit
von Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor / Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart 2

Neues zur Praxis des grenzüberschreitenden Formwechsels im Übergangszeitraum – zugleich Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020 – 5 W 79/19
von Notarassessor Dr. Theo Luy, Stuttgart 11

Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung (zugleich Besprechung von BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17)
von Dr. iur. Annette Späth-Weinreich, Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart 16

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.01.2019 – V ZR 72/18
Herabsetzung der Stimmkraft von sog. "Geisterwohnungen" 19

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 08.01.2020 – 34 Wx 420/19
Grundbuchberichtigung nach Tod eines BGB-Gesellschafters 31

ERBRECHT

OLG Köln, Frankfurt a. M. (8. Zivilsenat), Urteil vom 13.08.2019 – 8 U 99/18
Zulässigkeit und Auslegung eines notariellen, mit "Erbauseinandersetzungsvertrag" bezeichneten Vertrags zwischen Vor- und Nacherben 41

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

OLG Köln (18. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2019 – 18 Wx 18/19
Handelsregistereintragung eines Nießbrauchs an Kommanditanteil 59

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17
Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung 62

STEUERRECHT

BFH (X. Senat), Urteil vom 10.07.2019 – X R 21-22/17
Gestaltungsmissbrauch bei Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten 74

HERAUSGEBER
Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.
Friedrichstraße 9A
70174 Stuttgart

SCHRIFTLEITUNG
Notar Dr. Gabriel Ludwig Schmidt, Stuttgart
Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

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

86. BAND

BWNotZ

AUSGABE 1|2020

INHALTSVERZEICHNIS

ABHANDLUNGEN

Seite

Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor /
Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart
Die Auswirkungen von SARS-CoV-2 auf die notarielle Tätigkeit 2

Notarassessor Dr. Theo Luy, Stuttgart
Neues zur Praxis des grenzüberschreitenden Formwechsels im Übergangszeitraum – zugleich Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020 – 5 W 79/19 11

Dr. iur. Annette Späth-Weinreich, Rechtsanwältin und Notarvertreterin, Stuttgart
Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung (zugleich Besprechung von BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17) 16

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.01.2019 – V ZR 72/18 19
OLG Hamburg (5. Zivilsenat), Urteil vom 11.09.2019 – 5 U 128/16 23
OLG Köln, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 Wx 327/19 29
OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 08.01.2020 – 34 Wx 420/19 31
OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 16.01.2020 – 34 Wx 534/19 34

ERBRECHT

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 12.03.2019 – I-3 Wx 166/17 37
OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 25.10.2019 – I-3 Wx 182/19 39
OLG Köln, Frankfurt a. M. (8. Zivilsenat), Urteil vom 13.08.2019 – 8 U 99/18 41
OLG Köln, Beschl. v. 18.11.2019 – 2 Wx 337/19 47
OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 20.12.2019 – 34 Wx 468/19 50
OLG Rostock (3. Zivilsenat), Teil- und Schlussurteil vom 20.06.2019 – 3 U 32/17 52

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

OLG Brandenburg (6. Zivilsenat), Beschluss vom 09.07.2019 – 6 W 26/19 56
OLG Köln (18. Zivilsenat), Beschluss vom 07.10.2019 – 18 Wx 18/19 59
OLG Oldenburg (12. Zivilsenat), Beschluss vom 19.12.2019 – 12 W 133/19 (HR) 60
BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17 62
OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat), Beschluss vom 07.01.2020 – 5 W 79/19 70

STEUERRECHT

BFH (X. Senat), Urteil vom 10.07.2019 – X R 21-22/17 74

BUCHBESPRECHUNGEN

1. **Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I. 8. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, Würzburg) 81
2. **Baumbach/Hopt (Hrsg.) Handelsgesetzbuch 39. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Dr. Wendelin Mayer LL.M., Friedrichshafen) 82
3. **Zimmer/Kersten/Szalai, Handbuch für Notarfachnagestellte, 6. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 84
4. **Ulricher (Hrsg.) Erbrecht**
(Besprechung von Andreas Panz, Württ. Notariatsassessor / Zertifizierter Testamentsvollstrecker (AGT), Stuttgart) 86
5. **Gierl/Köhler/Kroiß/Wilsch, Internationales Erbrecht, 3. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 87
6. **Krafka, Registerrecht 11. Auflage**
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon LL.M, Sindelfingen) 88

HERAUSGEBER
Württembergischer Notarverein e.V.
in Verbindung mit dem
Badischen Notarverein e.V.
Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTLEITUNG
Notar Dr. Gabriel Ludwig Schmidt, Stuttgart
Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen
ISSN-Nummer 1434-2979
Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN
Geschäftsstelle des
Württembergischen Notarvereins e. V.
Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,
Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956
E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt.Einzelhefte 8,- 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

Die Auswirkungen von SARS-CoV-2 auf die notarielle Tätigkeit

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

„Wir sind im Krieg. Wir kämpfen weder gegen Armeen noch gegen eine andere Nation. Aber der Feind ist da, unsichtbar – und er rückt vor".[1] Mit diesen martialischen Worten hat Frankreichs Präsident Maßnahmen gegen die Corona-Pandemie begründet.

A. Die jüngsten Entwicklungen

Im Alltag eines jeden von uns haben mitunter bereits Ereignisse wie Kriege (wie im Irak) oder Naturkatastrophen (wie Wirbelstürme oder Überflutungen) eine Rolle gespielt, wenn es darum ging, ob man sich als Reisender von bereits gebuchten Reiseverträgen stornofrei lösen kann. Doch im notariellen Alltag haben solche Naturereignisse bislang keine Rolle gespielt.

Jedoch zeigen die jüngsten Entwicklungen zur Ausbreitung des SARS CoV-2, dass, so die Bundeskanzlerin am 16.03.2020 in ihrer Pressekonferenz, „Maßnahmen (erforderlich sind), die es so noch nicht gegeben hat."

Wie sich dies auf die notarielle Tätigkeit auswirkt, möchte dieser Beitrag darstellen, und dabei neben den standesrechtlichen Auswirkungen (Abschn. 1.) auch solche im Schuldrecht, insb. im Hinblick auf die Abwicklung von Immobilienkaufverträgen (Abschn. 2.) sowie im Bauträgerrecht (Abschn. 3.) beleuchten, wie auch die bislang im notariellen Alltag kaum praxisrelevanten erbrechtlichen Grundlagen betreffend die Errichtung eines Nottestaments (Abschn. 4.) rekapitulieren.

B. Auswirkungen

1. Standesrecht

1.1 Allgemein

Die Zivilprozessordnung sieht in § 245 ZPO Regelungen für den Fall vor, dass es zu seinem Stillstand der Rechtspflege kommt. Diese Vorschrift korrespondiert mit § 203 BGB a.F. (nun § 206 BGB) und umfasst insb. Naturkatastrophen, Epidemien, Revolutionen, terroristische Großanschläge oder dergleichen, wenn sie die Organisation des Gerichts auf einen nicht absehbaren Zeitraum lahm legen.[2]

Eine vergleichbare Bestimmung sieht jedoch die Bundesnotarordnung de lege lata nicht vor. Eine analoge Anwendung der Bestimmungen der ZPO scheidet aufgrund einer Regelungslücke aus.

Vielmehr geht die Bundesnotarordnung vom Grundsatz der Urkundengewährpflicht aus, weswegen der Notar seine Amtstätigkeit nicht ohne ausreichenden Grund verweigern darf (§ 15 Abs. 1 S. 1 BNotO) und begründet in § 10 Abs. 3 BNotO die „Verpflichtung" des Notars, seine Geschäftsstelle während der üblichen Geschäftsstunden *offenzuhalten.*

Modalitäten zur konkreten Ausgestaltung des Beurkundungsverfahrens, insb. für den Fall, dass rechtliche oder tatsächliche Zweifel aufgrund der Dringlichkeit, insb. wegen schwerer Krankheit eines Beteiligten, nicht (mehr) ausgeräumt werden können, enthält dabei insb. § 17 Abs. 2 BeurkG.

Die Ablehnung einer solchen dringlichen Beurkundung durch den Notar sieht das geltende Recht jedoch nicht vor. Vielmehr hat der Notar zu beurkunden und muss hinnehmen, dass nachträglich u.U. über die Wirksamkeit und rechtliche Tragweite des Geschäfts entschieden wird, auch wenn dies zu Schwierigkeiten führen kann.[3]

Fraglich ist jedoch, ob sich der Notar dabei selbst Gefahren aussetzen muss, um seiner unabdingbaren Amtspflicht, den Urkundengewähranspruch zu erfüllen, nachzukommen oder ob nicht ein „ausreichender Grund" i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO vorliegt.

1 Handelsblatt online v. 17.03.2020, Quelle: dpa

2 Musielak/Voit/*Stadler,* 16. Aufl. 2019, ZPO § 245 Rn. 1

3 BeckOK BNotO/*Sander,* 1. Ed. 1.10.2019, BNotO § 15 Rn. 83, 84

Die Literatur[4] geht davon aus, dass sofern nicht eine hochgradig ansteckende Krankheit ohne Schutzmöglichkeiten für den Notar gegeben ist, eine Ablehnung der Urkundstätigkeit i.S.d. § 15 Abs. 1 S. 1 BNotO aufgrund Ansteckungsgefahr i.d.R. nicht in Betracht kommen wird. Schwerwiegenden Ansteckungsgefahren oder einer offenbaren Lebensgefahr, etwa bei Seuchen oder Einsturzgefahr in einem Gebäude, muss sich der Notar jedoch nicht aussetzen.[5]

Es obliegt daher den jeweiligen Landesregierungen in Ausübung der ihnen gem. § 32 Infektionsschutzgesetz eingeräumten Ermächtigung, entsprechende Rechtsverordnungen zu erlassen[6], durch die auch die Grundrechte eines jeden Einzelnen betreffend die Freiheit der Person (Art. 2 Abs. 2 S. 2 GG), die Freizügigkeit (Art. 11 Abs. 1 GG), die Versammlungsfreiheit (Art. 8 GG), die Unverletzlichkeit der Wohnung (Art. 13 Abs. 1 GG) und das Brief- und Postgeheimnis (Art. 10 GG) insoweit eingeschränkt werden können (§ 32 S. 2 InfSG).

1.2 Ausweichgestaltungen

Sollte sich daher der Notar, ggf. auch in Erfüllung der ihm als Arbeitgeber obliegenden Fürsorgepflicht, (vorsorglich) für eine vorübergehende Schließung seiner Geschäftsstelle entscheiden, mitunter eingeschränkt dahingehend, dass kein Mandantenverkehr mehr stattfindet, stellt sich die Frage, wie die Versorgung, insb. seiner konkreten Mandanten, mit unaufschiebbaren notariellen Leistungen weiterhin sichergestellt werden kann. Dies nicht zuletzt im Hinblick auf bereits ggf. seit längerer Zeit anberaumte und feststehende Beurkundungstermine.

Hier könnte überlegt werden, die Beurkundungen, soweit eine Vertretung hierbei gesetzlich zulässig ist, durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht vorzunehmen, wobei Mitarbeiter des Notars als Vertreter agieren.

Beurkundungsrechtlich ist eine Beurkundung mit Vertretern grundsätzlich unproblematisch[7], muss allerdings durch sachliche Gründe gerechtfertigt sein[8]. Ein solcher sachlicher Grund liegt z.B. dann vor, wenn der Wunsch der Beteiligten vorgetragen wird, sich im Beurkundungstermin vertreten zu lassen, z.B. aufgrund Wohnsitzes im Ausland, Auslandsaufenthalt oder aber auch aus persönlichen Gründen, wie einem Krankenhausaufenthalt oder auch Zeitknappheit[9]. Schlussendlich muss nämlich festgehalten werden, dass niemand gezwungen werden kann, sich Zeit für die Beurkundung zu nehmen. Soweit gesetzlich eine Vertretungsmöglichkeit gegeben ist, ist es allenfalls eine Frage der beurkundungs-/standesrechtlichen Umsetzung, wie damit im Einzelfall bzw. im Allgemeinen verfahren wird.

So soll der Notar gerade bei Verbraucherverträgen, mithin bei einem Vertrag, bei dem auf einer Seite ein Unternehmer i.S.d. § 14 BGB und auf der anderen Seite ein Verbraucher i.S.d. § 13 BGB beteiligt ist, wobei unerheblich ist, auf welcher „Seite“ die entsprechende Qualifikation vorzufinden ist, darauf hinwirken, dass Erklärungen des Verbrauchers von diesem persönlich oder einer Vertrauensperson abgegeben werden. Hierbei handelt es sich um eine unbedingte Amtspflicht des Notars.[10]

Als Vertrauenspersonen in diesem Sinne sind dabei dem Verbraucher persönlich oder kraft Beauftragung besonders nahestehende Personen, wie z.B. Familienangehörige, Freunde, Rechtsanwalt, Steuerberater etc. anerkannt.

Insbesondere bei wirtschaftlich bedeutsameren und inhaltlich komplexeren Rechtsgeschäften ist darauf zu achten, dass der Vertreter eine Vertrauensperson des Verbrauchers ist. Zwar ist dies in § 17 Abs. 2a S. 2 Nr. 1 BeurkG nur für die o.g. „Verbraucherverträge“ vorgesehen, ist jedoch nach Sinn und Zweck der Norm auch auf andere Verträge anwendbar[11].

Unbeschadet dieser Qualifikation soll der Notar jedenfalls das Beurkundungsverfahren auch außerhalb von Verbraucherverträgen gemäß § 17 Abs. 2a Satz 1 BeurkG generell so gestalten, dass die Einhaltung der Pflichten nach § 17 Abs. 1 und Abs. 2 BeurkG gewährleistet ist. Auch soll dadurch unter anderem verhindert werden, dass der Notar planmäßig und systematisch die Beteiligten von der Beurkundung und damit auch der Belehrung durch die Heranziehung vollmachtloser Vertreter ausschließt.[12]

Sofern jedoch der Vertretene nicht systematisch von der notarielle Belehrung ausgeschlossen wird, sondern die Belehrung auch auf andere Weise, so z.B. bei Beurkundung im Rahmen der Vollmachtserteilung bzw. im

4 *Sander,* a.a.O.
5 Schreiben des Justizministerium Baden-Württemberg vom 16.03.2020.
6 so bereits die Verordnung der Regierung des Landes Baden-Württemberg v. 16.03.2020 betreffend die Einstellung des Betriebs an Schulen etc.
7 Grziwotz/*Heinemann,* BeurkG, §17 Rn. 63
8 Armbrüster, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, § 17 Rn. 170
9 Winkler, BeurkG, § 17 Rn. 36
10 Grziwotz/*Heinemann,* BeurkG, §17 Rn. 72; OLG Celle, Beschluss vom 18. März 2010, Az. Not 1/10, veröffentlich in juris Rn. 60
11 Armbrüster, in: Armbrüster/Preuß/Renner, BeurkG, § 17 Rn. 173; a.A. OLG Celle, Urt. v. 1.12.2017 – Not 13/17
12 Winkler, a.a.O.

Rahmen der Einholung der Zustimmungserklärung, sichergestellt werden kann, so können auf ausdrücklichen Wunsch dieses Beteiligten im Einzelfall auch Personen in Betracht kommen, die keine Vertrauenspersonen im vorstehenden Sinne sind.

Zwar darf der Notar ein solches atypisches Verfahren nicht systematisch vorschlagen, doch kann es gerade in Krisenzeiten dem ausdrücklichen Wunsch der Beteiligten entsprechen, auf eine persönliche Anwesenheit bzw. auf die Anwesenheit einer Vertrauensperson zu verzichten um insb. nicht mit (vermeidbaren) Mehrkosten belastet zu sein und einen diesbezüglichen Schaden zu vermeiden, z.B. weil der geplante Vertragsabschluss nicht bzw. erst verspätet zustande kommt.

Der Notar ist dabei verpflichtetet, den Parteien eine faire und ausgewogene Vertragsgestaltung vorzuschlagen[13], weswegen eine geeignete Maßnahme darin bestehen könnte, dass der Notar ausdrücklich und in schriftlicher Form mit der Beurkundung zum jetzigen Zeitpunkt und durch die Notarmitarbeiter beauftragt wird.

Eine entsprechende Ermächtigung an den Notar könnte dabei wie folgt gefasst werden:

Beurkundungsauftrag

Da wir, Frau A und Herr B, aufgrund der derzeitigen Situation keine Gelegenheit haben werden, an der für ....., den ..... 2020 terminierten Beurkundungsverhandlung persönlich teilzunehmen und auch keine Vertrauensperson hiermit beauftragen können, der Vertragsabschluss jedoch zur Vermeidung von Mehrkosten und einem damit einhergehenden Schaden zwingende Voraussetzung ist, ***beauftragen*** *wir*

Frau Notarin ..... / Herrn Notar ..... mit dem Amtssitz in .....

die Beurkundung mit einer Notarmitarbeiterin / einem Notarmitarbeiter in unserem Namen vorzunehmen.

(ggf. ergänzen) *Wir wurden am ..... durch die Notarin / den Notar telefonisch über die wesentlichen Vertragspunkte, insbesondere betreffend die Gestaltung und Absicherung von Zahlungen und Finanzierungen, das Mängelgewährleistungsrecht sowie andere wesentliche Vertragselemente aufgeklärt.*

Eine Zustimmungserklärung werden wir sodann in grundbuchtauglicher Form sobald als möglich erteilen.

....., den .....

....

(Frau A) (Herr B)

Ein entsprechender Hinweis in der notariellen Urkunde könnte dabei ferner wie folgt gefasst werden:

Die Beteiligten erklären, dass ein jeder von Ihnen bei Abschluss dieses Rechtsgeschäfts (als Verbraucher im Sinne von § 13 BGB / Unternehmen im Sinne von § 14 BGB) handelt und sie einen Entwurf des heutigen Kaufvertrags ..... Tage vor der Beurkundung erhalten haben. Ein jeder von Ihnen bestätigt, dass er ausreichend Zeit und Gelegenheit hatte, sich über die rechtliche Tragweite des Kaufvertrags umfassend zu informieren und ihn in vollem Umfang zu verstehen.

Vor diesem Hintergrund erläuterte der Notar die Vorschrift des § 17 Absatz 2a BeurkG und dass der für eine jede Vertragspartei auftretende Vertreter eine Vertrauensperson des Vertretenen sein sollte.

Die Vertragsparteien erklären, dass sie trotz der ausführlichen Belehrung des Notars über die Vorschrift des § 17 Absatz 2a BeurkG die Beurkundung durch die vorstehend näher bezeichneten Notarmitarbeiter ausdrücklich wünschen.

Hierzu wird noch Folgendes vorgebracht:
Die Beteiligten erklären, dass sie im Hinblick auf die derzeitige Krisensituation, insbesondere die Risikoeinschätzung durch die Bundes- und Landesregierung sowie Gesundheitsbehörden unbedingt darauf bestehen, den Kaufvertrag jetzt abzuschließen und damit nicht bis zu einer Beruhigung der Lage abzuwarten, ungeachtet der Vorschrift des § 17 Absatz 2a BeurkG, die sie schützen, aber nicht behindern oder gar schädigen soll.

(ggf. ergänzen) *Sie erklären, dass der Veräußerer/der Erwerber im Falle des Nichtabschlusses des Kaufvertrags zum jetzigen Zeitpunkt mit Mehrkosten von ca. ..... Euro belastet ist. Hierdurch entstehe ihm in Höhe von ..... Euro ein Schaden, den er unbedingt vermeiden wolle. Dieser Schaden stehe in keinem Verhältnis zu der für nur theoretischen Mehrzeit, die bei Zuwarten bis zu einer ohne gesundheitliche Risiken möglichen Beurkundung durch Veräußerer und Erwerber selbst bzw. eine jeweilige Vertrauensperson verbliebe. Dieser Schaden würde sodann ggf. im Wege des*

13 so auch Bauträgermerkblatt der LNotK Bayern mit Stand Mai 2008, abgedr. bei *Basty,* Bauträgervertrag, S. 633 f.

Schadensersatzes gegenüber der Notarin/dem Notar geltend gemacht wird.

Ungeachtet des Vorgesagten wurde den Beteiligten bereits mit der Übersendung des Vertragsentwurfs ausdrücklich von der beurkundenden Notarin/ von dem beurkundenden Notar anheimgestellt, sie/ihn bei etwaigen Rückfragen vor der Beurkundung noch einmal zu konsultieren. Unabhängig davon war das Beurkundungsverfahren, insbesondere auch vor dem Hintergrund der vorliegenden Besonderheit, zeitlich und inhaltlich so gestaltet, dass die Beteiligten ausreichend Gelegenheit hatten, sich von der beurkundenden Notarin/ von dem beurkundenden Notar die wesentlichen Vertragspunkte, insbesondere betreffend die Gestaltung und Absicherung von Zahlungen und Finanzierungen, das Mängelgewährleistungsrecht sowie andere wesentliche Vertragselemente, noch einmal erklären zu lassen.

Im Hinblick darauf, dass die Zustimmungserklärung materiell-rechtlich auch formfrei erteilt werden kann (§ 182 Abs. 2 BGB), könnte sich ferner die ausdrückliche Vereinbarung der notariellen Form[14] hierfür empfehlen, um sich jedenfalls insoweit der (dokumentierten) Möglichkeit der nachträglichen Belehrung durch den Notar nicht zu berauben und dem Beteiligten die Möglichkeit zu geben, die rechtliche Tragweite der Gestaltung des Rechtsgeschäfts zu erkennen.

In die Zustimmungserklärung könnte sodann folgender ergänzender Hinweis aufgenommen werden:

Die Unterzeichnenden bestätigen, dass ihnen heute von der beurkundenden Notarin/ von dem beurkundenden Notar der wesentliche Vertragsinhalt, insbesondere betreffend die Gestaltung und Absicherung von Zahlungen und Finanzierungen, das Mängelgewährleistungsrecht sowie andere wesentliche Vertragselemente, erklärt wurde, die Notarin/der Notar ferner die nach dem Beurkundungsgesetz vorgeschriebenen Belehrungen erteilt hat und ihnen insbesondere auch im Vorfeld der Beurkundung die Möglichkeit eingeräumt wurde, Änderungswünsche einfließen zu lassen.

2. Schuldrecht

2.1 Allgemein

In der derzeitigen Situation wird daher an den Notar durch die Rechtssuchenden vermehrt die Frage herangetragen, wie sich denn solch drastische Maßnahmen wie Ausgangssperren etc. auf die konkrete Vertragsabwicklung, insbesondere betreffend die Fälligkeit von Kaufpreisen sowie den Umstand auswirken, dass ggf. nicht mehr (rechtzeitig) ein Finanzierungsgrundpfandrecht bestellt bzw. eingetragen werden kann und sich daher die Darlehensauszahlung und in der Folge auch die Kaufpreiszahlung verzögert.

Hierbei ist nochmals kurz aufzuarbeiten, welche Rolle denn der Notar bei der Mitteilung von Fälligkeitsvoraussetzungen einnehmen kann und will.

2.2 Rolle des Notars

In der Praxis des Nurnotariats übernimmt der Notar üblicherweise im Rahmen einer sonstigen Betreuungstätigkeit i.S.d. § 24 Abs. 1 BNotO, mithin außerhalb seiner sonstigen Amtstätigkeit und ohne entsprechende Amtsgewährungspflicht, die Aufgabe, den Beteiligten den Eintritt der von ihm herbeizuführenden bzw. zu bescheinigenden Fälligkeitsvoraussetzungen mitzuteilen (sog. Fälligkeitsmitteilung).

Von der konkreten Vertragsgestaltung hängt es sodann ab, welche „Qualität“ diese Fälligkeitsmitteilung haben soll, also ob

- die Mitteilung des Notars per se der einzige Weg ist, um die Fälligkeit des Kaufpreises binnen bestimmter Frist auszulösen *(konstitutive Mitteilung),* oder

- die Zahlungsfrist mit dem Erhalt der Mitteilung des Notars beginnt („Normalweg“), aber nicht der einzige Weg ist, also nur sofern der Käufer nicht zuvor anderweitig Kenntnis von den Fälligkeitsumständen erlangt hat *(deklaratorische Mitteilung).*

§ 3 MaBV schreibt eine konstitutive Mitteilung von Gesetzes wegen vor.

2.3 Verzug

Seit der Schuldrechtsreform ist die Fälligkeitsmitteilung des Notars – gleichgültig, ob konstitutiv oder deklaratorisch – dabei ein verzugsbegründendes Ereignis i.S.d. § 286 Abs. 2 Nr. 2 BGB.

Verzug begründen kann dabei wegen § 286 Abs. 4 BGB jedoch allein der Zugang, nicht Fiktionen, die ihn ersetzen oder vorverlagern (z.B. die Frist ab Datum des Schreibens des Notars); solche sind als AGB und im Verbraucherver-

14 unbeschadet der sonstigen Formvorschriften, insb. §§ 29 GBO, 12 HGB

trag ohnehin unwirksam (§§ 308 Nr. 6, 309 Nr. 12a, 310 Abs. 3 BGB).

Zu untersuchen ist daher, wie sich ein „Stillstand der Rechtspflege“ auswirkt.

Es ist allgemein anerkannt, dass ein Schuldner dann nicht in Verzug gerät, wenn die Leistung ohne sein Verschulden aus allgemeinen oder aus in seiner Person liegenden Gründen oder aus Gründen, die auf den Gläubiger zurückgehen, zur Leistungszeit nicht erbracht werden kann. Für die Beurteilung der Frage, ob Leistungshindernisse vorliegen, welche der Schuldner nicht zu vertreten hat, kommt es ausschließlich auf Umstände an, die in dem Zeitpunkt vorlagen, zu dem die (= alle) objektiven Verzugsvoraussetzungen vorliegen.

So ist der Schuldner, wenn er aufgrund vorübergehender Hindernisse nicht leisten kann und das Hindernis i.S.d. § 275 BGB rechtserheblich ist, vorübergehend von der Leistungspflicht frei. Das Vertretenmüssen ist dabei keine Verzugsvoraussetzung, sondern vielmehr ihr Fehlen ein Einwendungstatbestand, weswegen die Behauptungs- und Beweislast auch den Schuldner trifft.

Die Literatur hat als anerkannte Einwendungen z.B. die totale Sperre eines Verkehrswegs oder die zeitweilige Stilllegung des Betriebs infolge Kriegshandlungen[15], ferner Betriebsstörungen durch Naturereignisse oder sonstige höhere Gewalt[16] entwickelt.

Für den Anspruch auf Schadensersatz wegen Verzögerung der Leistung (§§ 280 Abs. 1, 2 286 BGB) ergibt sich das Vertretenmüssen bereits aus § 280 Abs. 1. Da § 286 BGB aber auch die Voraussetzungen für die anderen Verzugsfolgen (Haftungsverschärfung, Verzugszinsen, §§ 287, 288 BGB) regelt, bedarf es dieser nochmaligen Regelung.[17]

2.4 Verzug nur vorübergehender Natur?

Der Gesetzgeber hat jedoch de lege lata keine besondere Regelung für den Fall getroffen, dass die geschuldete Leistung unmöglich oder ihre Erbringung mit grob unverhältnismäßigem Aufwand verbunden wäre, dieser Zustand aber nicht endgültig erscheint, sondern vorübergehender Natur ist. Eine Klarstellung im Regierungsentwurf[18], wonach § 275 BGB auch in diesem Fall gelten sollte, wurde nach Kritik seitens des Bundesrats[19] auf Empfehlung des Rechtsausschusses des Bundestages[20] gestrichen.

Dogmatisch nimmt die vorübergehende Unmöglichkeit eine Zwischenstellung zwischen Unmöglichkeit (im eigentlichen Sinne) und Leistungsverzögerung ein und kann daher nicht direkt und ausschließlich einer Leistungsstörungskategorie zugeordnet werden. Solche vorübergehenden Leistungshindernisse führen daher dazu, dass der Schuldner für die Dauer des Hindernisses von seiner Leistungspflicht befreit ist (ggf. nach Einredeerhebung)[21]. Eine auf die Primärleistung gerichtete Klage ist als (materiell) „zur Zeit unbegründet“ abzuweisen[22].

Hinsichtlich der sonstigen Gläubigerrechte geht die Literatur davon aus, dass sofern der Schuldner den Eintritt der Unmöglichkeit nicht zu vertreten also, es an einer fälligen Forderung fehlt. Der Gläubiger hat also keine Rechte wegen Verzugs, was sich auch aus (in diesem Fall für die Leistungsverzögerung anwendbaren) § 286 Abs. 4 BGB ergibt. Der Gläubiger kann also auch nicht nach § 281 BGB vorgehen.

Dabei muss man allerdings – trotz Anwendung des § 275 BGB auf die Leistungspflicht – dennoch von einer „fälligen Leistungspflicht“ im Sinne der §§ 281, 286, 320, 321, 323 BGB ausgehen.

2.5 Vorsorge in der notariellen Kaufvertragsurkunde

Nachdem die Schadensersatzpflicht jedoch ferner voraussetzt, dass das Hindernis bei Vertragsschluss vorhersehbar war, empfiehlt sich es sich bei einem Vertragsabschluss in Krisenzeiten einen entsprechenden notariellen Hinweis sowie eine Vereinbarung der Parteien aufzunehmen, die wie folgt lauten könnte:

„Die Notarin/Der Notar hat darauf hingewiesen, dass die Vordrucke für die Bestellung von Grundpfandrechten für die Kaufpreisfinanzierung der Notarin/dem Notar rechtzeitig vorzulegen sind, wenn eine fristgerechte Kaufpreiszahlung ermöglicht werden soll und Zinsverpflichtungen des Erwerbers gegenüber dem Veräußerer vermieden werden sollen. Dies und die Eintragung der Grundpfandrechte in das Grundbuch kann nicht zuletzt aufgrund der derzeitigen Entwicklungen geraume Zeit

15 MüKo BGB, 8. Aufl. 2019, Ernst, § 28 Rn. 114
16 Palandt/*Grüneberg*, 78. Auflage 2019, § 286 Rn. 33
17 BT-Drucks. 14/6040, S. 148
18 § 275 Abs. 1 RegE: „soweit oder solange“
19 Stellungnahme BR, BT-Drs. 14/6857, 11 f.
20 Beschlussempfehlung Rechtsausschuss, BT-Drs. 14/7052, 271 f.
21 so bereits zum alten Recht RGZ 117, 127, 129 f.
22 BGHZ 197, 21 = NJW 2013, 3437

in Anspruch nehmen. Finanzierungsgläubiger zahlen jedoch regelmäßig erst nach erfolgter Grundbucheintragung aus. Dieser Umstand ist den Beteiligten bekannt. Sie vereinbaren hierzu, dass jede Vertragspartei die ihrerseits geschuldeten Rechtshandlungen unverzüglich, jedoch unter Berücksichtigung der behördlich angeordneten infektionsschützenden Maßnahmen gegen die Ausbreitung des Virus SARS CoV-2, vornehmen wird und verzichten bereits heute insoweit vorsorglich auf die Geltendmachung diesbezüglicher Schadensersatzansprüche, insb. aufgrund von ggf. verspäteter Leistung und nehmen diesen Verzicht hiermit wechselseitig entgegen und an."

2.6 Zusammenfassung

Für die Vertragsabwicklung von Verträgen aus „Vorkrisenzeiten" gelten die obigen Ausführungen uneingeschränkt. Das Hindernis war insoweit bei Vertragsabschluss nicht vorhersehbar, weswegen insoweit kein Verzug, insb. des Erwerbers wegen der Kaufpreiszahlung, eintritt.

Ist der Notar dabei dem Ersuchen um Übernahme des gesamten Urkundenvollzugs nachgekommen, so soll nach der obergerichtliche Rechtsprechung aufgrund des engen Zusammenhangs der übernommenen Vollzugstätigkeit mit der Urkundstätigkeit auch für die freiwillig übernommenen Vollzugsaufgaben § 15 Abs. 2 BNotO gelten[23].

Der Notar ist somit verpflichtet, die übernommene Vollzugstätigkeit sorgfältig durchzuführen und ordnungsgemäß zu Ende zu bringen[24], nachdem der Notar die weitere Durchführung der übernommenen selbstständigen Vollzugstätigkeit auch ablehnen könnte.

Diese Vollzugstätigkeiten sind dabei in Anlehnung an den auch gem. § 53 BeurkG einzuhaltenden Fristen zu erledigen, weswegen bei einer vorübergehenden Schließung der Geschäftsstelle diese Tätigkeiten sodann unverzüglich nach Wiedereröffnung vorzunehmen sind.

3. Auswirkungen im Bauträgerrecht

Für Bauträgerverträge, die nach dem 31.12.2007 abgeschlossen werden, gilt § 651k Abs. 3 BGB, wonach der Vertrag einen verbindlichen Fertigstellungszeitpunkt enthalten, hilfsweise die Dauer der Bauausführung angeben muss (vgl. Art. 249 § 2 Abs. 2 EGBGB).

Fehlen solche Angaben im Vertrag, werden etwaige vorvertragliche Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt bzw. zur Ausführungsdauer Vertragsinhalt (§ 650k Abs. 3 S. 2 BGB). Sind jedoch weder vertragliche noch vorvertragliche Angaben zum Fertigstellungszeitpunkt bzw. zur Ausführungsdauer vorhanden, gilt auch für das neue Bauvertragsrecht § 271 BGB.

In der Praxis haben sich dabei Vertragsbestimmungen als praktikabel erwiesen, die in Anlehnung an § 6 Abs. 2 VOB/B „wegen Streiks, höherer Gewalt oder der Ausführung von Sonderwünschen eine Verlängerung der Herstellungsfrist um die Dauer der Behinderung" vorsehen[25].

Nachdem aufgrund der aktuellen Entwicklungen immer mehr Baustellen eingestellt werden, ist zu untersuchen, ob die derzeitige Pandemie[26] einen solchen Fall „höherer Gewalt" darstellt.

Hierzu darf festgestellt werden, dass es eine international einheitliche Defintion des Begriffs der höheren Gewalt (auch: „Force Majeure" oder „Acts of God") soweit ersichtlich nicht gibt.

Eine Legaldefinition haben ferner weder der europäische Gesetzgeber im Rahmen der ersten Pauschalreise-RL, noch der nationalen Gesetzgeber in § 651j BGB a.F. festgelegt.

Gemeinhin wird damit jedoch ein „von außen kommendes, keinen betrieblichen Zusammenhang aufweisendes und auch durch die äußerste vernünftigerweise zu erwartende Sorgfalt nicht abwendbares Ereignis" verstanden[27].

Die Rechtsordnungen der kontinentaleuropäischen Länder und der angelsächsisch geprägten Länder haben dabei ein ähnliches Verständnis des Begriffs – typischerweise als höhere Gewalt gelten dabei Ereignisse wie Naturkatastrophen (Wirbelstürme, Erdbeben oder Überschwemmungen), Epidemien[28], Kriege und politische Unruhen. Ein starkes Indiz für das Vorliegen höherer Gewalt sind dabei behördliche Maßnahmen und Warnungen.

23 BeckOK BNotO/Sander, 1. Ed. 1.10.2019, BNotO § 24 Rn. 25-27

24 Diehn/*Kilian* Rn. 10; a.M. Eylmann/Vaasen/*Hertel* Rn. 10

25 Formulierungsvorschlag in *Basty,* Bauträgervertrag, Rn. 1207

26 Der WHO-Generaldirektor hat am 11. März 2020 das Infektionsgeschehen durch SARS-CoV-2 (COVID-19) zu einer Pandemie erklärt (https://www.who.int/dg/speeches/detail/who-director-general-s-opening-remarks-at-the-media-briefing-on-covid-19---11-march-2020).

27 BGHZ 100, 185; RGZ 101, 95; Palandt/*Sprau,* 62. Auflage, § 651 j Rn. 3

28 Epidemien beschränken sich örtlich nur auf bestimmte Landstriche oder Länder

Bei Vertragsstörungen in Verbindung mit dem Coronavirus kann man daher derzeit wohl davon ausgehen, dass hier in vielen Fällen höhere Gewalt vorliegt. Zum einen gibt es eine Vielzahl von behördlichen Maßnahmen (Ausgangssperren, amtliche Reisewarnungen der Bundesregierung, Einstufung der WHO als gesundheitliche Notlage mit internationaler Tragweite). Zum anderen wurde historisch auch im Zusammenhang mit der SARS-Epidemie 2003 oft höhere Gewalt bejaht[29].

Sollte daher ein Fall höherer Gewalt vorliegen, so werden in der Regel als Rechtsfolge die Parteien von ihren Hauptleistungspflichten befreit und jede Seite wird verpflichtet, etwaige schädliche Wirkungen des Ereignisses jeweils selbst zu tragen.

Kraft der regelmäßig vertraglichen Vereinbarung verlängert sich daher die Herstellungsfrist um die Dauer der Behinderung, mithin um denjenigen Zeitraum, bis der Baustellenbetrieb wieder seinen normalen Gang gehen kann.

Bei Bauträgervertragsabschlüssen in Krisenzeiten wäre daher ggf. an einen entsprechenden Hinweis / eine entsprechende Vereinbarung in Anlehnung an den Formulierungsvorschlag in Ziff. 2.5 zu denken.

4. Erbrecht

4.1 Allgemein

Im Sinne eines „letzten Dienstes“ am Patienten erhalten Krankenschwestern- und pfleger bei ihrer Ausbildung eingehende Hinweise für die Errichtung von Nottestamenten[30].

Das BGB geht in seiner derzeitigen Gestaltung davon aus, dass ein Bedürfnis für entsprechende Regelungen besteht. Außerhalb von entsprechenden Krisenzeiten wie derzeit mag man jedoch dazu geneigt sein, zu hinterfragen, ob denn noch eine zwingende Notwendigkeit – jedenfalls in Krankenhäusern – für ein Nottestament besteht, weil Notare nicht immer verfügbar sind?

Wohl kaum, sind doch Notare im gesamten Bundesgebiet flächendeckend und angesichts der modernen Kommunikations- und Verkehrstechnik beinahe rund um die Uhr erreichbar.

Doch beschäftigen Nottestamente, betrachtet man die hierzu veröffentlichen Beschlüsse der vergangenen Jahre, auffallend oft die Justiz[31].

Daher soll gerade der derzeitige „Krisenmodus“ Anlass dafür sein, die erbrechtlichen Grundlagen der im BGB vorgesehenen Nottestamente nochmals zu rekapitulieren, stellen diese doch oftmals die „letzte Hilfe” für die Vornahme einer Verfügung von Todes wegen dar.

4.2 Formen der außerordentlichen Testamente

Das BGB kennt in Summe drei Formen des außerordentlichen Testaments:

- Das sog. *Bürgermeistertestament* (§ 2249 BGB),
- das sog. *Dreizeugentestament* (§ 2250 BGB) und
- das sog. *Seetestament* (§ 2251 BGB),

die sich alle durch die befristete Geltungsdauer (§ 2252 BGB) auszeichnen.

Sie setzen nicht immer eine echte Notlage voraus, wie sich gerade beim Seetestament zeigt, bei welchem das Bestehen einer Seenot nicht erforderlich ist[32].

4.3 Drei-Zeugen-Testament

Beim Drei-Zeugen-Testament handelt es sich dagegen um ein echtes Nottestament, das in zwei Sonderformen vorkommt:

- als sog. *„Absperrungstestament“*, wenn der Erblasser sich an einem **Ort** aufhält, der infolge **außerordentlicher Umstände** derart abgesperrt ist, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Notar nicht möglich oder erheblich erschwert ist (§ 2250 Abs. 1 BGB).

  Ort ist dabei jedoch nicht gleichzusetzen mit Gemeinde; Ort kann z.B. auch ein einzelnes Haus, ein Bergwerkstollen oder ein stehengebliebener Schwebelift[33] sein.

  Ein außerordentlicher Umstand kann dabei z.B. vor allem eine Überschwemmung, ein Lawinenabgang, eine Unruhe oder aber auch eine Quarantäne sein.

29 AG Augsburg (Abt. 14), Endurteil vom 09.11.2004 - 14 C 4608/03

30 vgl. dazu etwa *Behrens,* Die Testamentserrichtung im Krankenhaus, KH 1997, 500

31 zuletzt OLG Köln, Beschl. v. 5.7.2017 – 2 Wx 86/17 = ZEV 2017, 595

32 Soergel/*Harder,* BGB, 12. Aufl. 1992, § 2251 Rn. 1

33 Lange/*Kuchinke,* Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 21 IV 3; Erblasser bleibt mit dem Bürgermeister und zwei anderen Honoratioren im Schwebelift über einem Abgrund stecken

Die Absperrung und die Besorgnis, einen Notar nicht rechtzeitig zu erreichen, muss objektiv oder auch nur subjektiv nach der Überzeugung der drei Zeugen gegeben sein; auch wenn die Voraussetzungen tatsächlich nicht gegeben waren, genügt die subjektive Überzeugung der drei Zeugen für die Wirksamkeit des Nottestaments[34]. Nur wenn die Notlage weder subjektiv, noch objektiv gegeben war, ist das Nottestament nichtig[35]. Auch ein nur subjektiv allein vom Erblasser angenommener Notstand genügt nicht[36].

- als *„Notlagentestament"* bei naher Todesgefahr (§ 2250 Abs. 2 BGB), das allein durch mündliche Erklärung vor **drei Zeugen** errichtet werden kann.

Der Grund für eine solche nahe Todesgefahr kann z.B. eine schwere Erkrankung, aber auch die Panik bei einem drohenden Absturz eines Flugzeugs sein. Der Todesgefahr steht die Gefahr des Eintritts der dauernden Testierunfähigkeit gleich[37].

Auch hier muss die Voraussetzung entweder objektiv oder subjektiv (nach übereinstimmender Meinung der drei Zeugen) gegeben sein. Es genügt jedenfalls die irrige Annahme der Todesgefahr, wie die Verweisung in § 2250 Abs. 3 auf 2249 Abs. 2 HS 2 zeigt. „Nahe Todesgefahr" liegt dabei nach Einschätzung des LG München[38] dann vor, wenn der Erblasser zwei Tage nach Errichtung der letztwilligen Verfügung stirbt.

„Nahe Todesgefahr" liegt jedoch nicht vor, wenn sich weder objektiv noch aus der sbjektiven Sicht der Testamentszeugen hinreichende Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Einschaltung eines Notars nicht mehr möglich ist, was nach Ansicht des OLG Bremen dann nicht der Fall sein soll, wenn „in einer Großstadt mit über 160 Notaren ein halber Tag abgewartet werden kann, bis es zur Errichtung des sog. Drei-Zeugen-Testaments kommt"[39].

4.3.1 Einrichtung

Die Errichtung des Nottestaments geschieht durch mündliche Erklärung des Erblassers vor drei Zeugen, wobei die Zeugen an die Stelle der amtlichen Urkundsperson (Notar bzw. Bürgermeister im Falle des § 2249 BGB) treten und dessen Beurkundungsfunktion übernehmen[40].

34 BGHZ 3, 372, 376
35 BGH a.a.O.
36 z.B. Furcht eines Schwerkranken vor Strafverfolgung, KG RPfleger 1968, 391
37 BGH a.a.O.
38 LG München I, FamRZ 2000, 855 ff.
39 OLG Bremen FamRZ 2016, 1968
40 BGHZ 54, 89

Sie tragen daher gemeinsam die Verantwortung dafür, dass der vom Erblasser erklärte Wille fehlerfrei abgefasst und zutreffend niedergelegt ist, wobei das Mitwirken eines dritten Zeugen zum Errichtungsakt gehört und unerlässlich für die Formwirksamkeit ist.

4.3.1.1 Anforderungen an die Zeugen

Die drei Zeugen müssen daher

- zur Mitwirkung unter Übernahme entsprechender Verantwortung bereit sein, weswegen zufällige Anwesenheit nicht genügt;
- während des ganzen Errichtungsakts anwesend sein, mithin bei Erklärung bis zu Verlesung und Genehmigung sowie Unterzeichnung durch den Erblasser;
- taugliche Zeugen sein, weswegen Ausschließungsgründe gem. § 6 Nr. 1 – 3 und § 26 Abs. 2 Nr. 2 – 5 BeurkG nicht vorliegen dürfen.

4.3.1.2 Errichtung nur durch mündliche Erklärung

Die Errichtung eines Drei-Zeugen-Testaments kann dabei nur durch mündliche Erklärung des Erblassers erfolgen, nicht durch Übergabe einer offenen oder verschlossenen Schrift, wie dies beim Bürgermeistertestament möglich ist (§2249 Abs. 1 S. 4 i.V.m. 2232 BGB).

Umstritten in Rechtsprechung und Literatur ist der Fall, dass ein Sprechunfähiger ein Drei-Zeugen-Testament errichten möchte. Nachdem § 2250 BGB ausdrücklich nicht auf § 2232 BGB verweist, ist ein Verzicht auf die Mündlichkeit der Erklärung de lege lata nicht vorgesehen. Teilweise wird jedoch vorgebracht, dass damit ein stummer Erblasser faktisch seiner Testierfähigkeit beraubt wird, weswegen eine analoge Anwendung des § 2232 S. 1 Alt. 2 BGB angenommen wird[41].

Ob diese Auffassung auch Eingang in die Rechtsprechung finden wird, bleibt offen. Festzuhalten ist wohl jedenfalls, dass der für die Errichtung eines öffentlichen Testaments durch Übergabe einer Schrift an den fachkundigen Notar geltende Normzweck bei der Errichtung eines Testaments durch den Laien nicht ohne weiteres herangezogen werden kann und ein Drei-Zeugen-Testament nicht wie ein Bürgermeistertestament einem öffentlichen Testament gleichsteht. Doch erfordern besondere Situationen, besondere Maßnahmen, weswegen sich mitunter in der nächsten Zeit Gerichte mit dieser Frage zu befassen haben.

41 Bamberger/Roth/*Litzenburger,* § 2250 Rn. 16; Reimann/Bengel/J. Mayer/*Voit,* § 2250 Rn. 7

4.3.1.3 Niederschrift

Die Niederschrift als zwingende Voraussetzung für die Gültigkeit des Drei-Zeugen-Testaments hat sich dabei an den allgemeinen beurkundungsrechtlichen Vorschriften zu orientieren, weswegen

- das Erfordernis der Aufnahme einer Niederschrift (§ 8 BeurkG),
- die Aufnahme der Erklärungen des Erblassers in dieser Niederschrift (§ 9 Abs. 1 Nr. 2 BeurkG),
- das Vorlesen der Niederschrift, ihre Genehmigung und Unterzeichnung (§ 13 Abs. 1 S. 1 BeurkG)

somit zwingende Bestandteile sind und ein Verstoß dagegen zur Nichtigkeit des Nottestaments führt.

Bei Schreibunfähigkeit des Erblassers wird dessen Unterschrift gem. §§ 2250 Abs. 3 S. 2 i.V.m. 2249 Abs. 1 S. 6 BGB durch die Feststellung seiner Schreibunfähigkeit und fungieren eines Zeugen als Schreibzeuge gem. § 25 S. 3 BeurkG ersetzt.

Unterschreiben müssen ferner neben dem Erblasser auch die drei Zeugen (§ 2250 Abs. 3 S. 2 i.V.m. 2249 Abs. 1 S. 5 BGB und § 13 Abs. 3 BeurkG), wobei das Fehlen der Unterschrift der drei Zeugen beim Tod des Erblassers, der noch selbst unterschreiben konnte, lediglich ein Formfehler ist, da die Unterschriften der Zeugen nach dem Tod des Erblassers bis vor Eröffnung des Testaments nachgeholt werden können[42]. Die Unterschriften der drei Zeugen sind aber Voraussetzung für die Wirksamkeit des Nottestaments[43].

Eine Abfassung in einer anderen Sprache als der deutschen ist nur zulässig, wenn der Erblasser und die drei Zeugen der fremden Sprache hinreichend kundig sind, widrigenfalls das Testament unwirksam ist. Die Zuziehung eines Dolmetscher ist aufgrund fehlenden Verweises in § 2250 Abs. 3 S. 2 auf §§ 16, 32 BeurkG ausgeschlossen.

Ferner sind im Testament weitere Feststellungen über

- Angaben zur Person des Erblassers und den Zeugen,
- Tag und Ort der Errichtung,
- zur Testierfähigkeit,
- ggf. Schreibunfähigkeit des Erblassers,
- Absperrung bzw. nahe Todesgefahr

in Anwendung der §§ 9, 10, 11 Abs. 1 S. 2 BeurkG aufzunehmen.

42 MüKo/*Hagena,* § 2250 Rn. 16
43 BayObLG ZEV 2005, 626, 628

4.3.2 Verwahrung

Da es sich bei dem Drei-Zeugen-Testament jedoch um eine Privaturkunde handelt, muss es nicht zwingend besonders amtlich verwahrt werden, wie dies für öffentliche Testament gem. § 34 Abs. 1 S. 4 BeurkG vorgesehen ist, es sei denn, es ist in der Form des § 2249 BGB vor dem Bürgermeister (§ 2250 Abs.1 BGB) errichtet worden. Auf Verlangen des Erblassers und der Zeugen ist aber eine besondere amtliche Verwahrung gem. § 2248 BGB möglich.

4.3.3 Feststellungs- und Beweislast

Schlussendlich bleibt festzuhalten, dass es sich bei dem Drei-Zeugen-Testament um eine Privaturkunde, mithin keine öffentliche Urkunde i.S.v. § 415 ZPO, handelt, der die volle Beweiskraft fehlt, weswegen im Erbscheinsverfahren bzw. im Zivilprozess über die Frage der Gültigkeit nach den allgemeinen Regeln über die Feststellungs- bzw. Beweislast zu entscheiden ist, die derjenige trägt, der sich auf die Gültigkeit des Nottestaments beruft.

C. Resümee

Corona bringt das Leben auf den Punkt.

Es wird uns verändern, jeden Einzelnen und unsere Gesellschaft. Doch wird es mannigfaltige Sachverhalte geben, auf die das geltende Recht nicht ausgelegt ist und die dort nicht geregelt sind. Aber irgendwann wird es heißen „wir haben den Krieg gewonnen, der Feind ist besiegt".

Doch bis dahin und auch im Rahmen der Abarbeitung der in der Krisenzeit angefallenen Sachverhalte müssen wir uns gerade bei solchen Themen, die nicht im Korsett der gesetzlichen Normen abgebildet sind, solidarisch verhalten, miteinander sprechen und aufeinander zugehen.

Eine Aufgabe, die jedem einzelnen Vertragspartner wie auch der Justiz und Rechtsordnung als großem Ganzen obliegt.

Neues zur Praxis des grenzüberschreitenden Formwechsels im Übergangszeitraum – zugleich Anmerkung zu OLG Saarbrücken, Beschluss vom 07.01.2020 – 5 W 79/19[1]

Notarassessor Dr. Theo Luy, Stuttgart

Leitsatz:

Zur Notwendigkeit, auf den gesetzlich (noch) nicht geregelten, aus Gründen der Freizügigkeit anzuerkennenden grenzüberschreitenden „Herausformwechsel" einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch gläubigerschützende Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend anzuwenden.

1. Sachverhalt (gekürzt)

Eine GmbH will Ihren Satzungssitz von Deutschland nach Frankreich verlegen. Unter Vorlage eines entsprechenden Gesellschafterbeschlusses wird zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet:

„(1) Die außerordentliche Gesellschafterversammlung vom 1. August 2019 hat die formwechselnde Umwandlung und grenzüberschreitende Sitzverlegung der … pp. GmbH mit dem Sitz in L. in die Rechtsform einer französischen Societé par actions simplifiée (Aktiengesellschaft) unter Annahme französischen Rechtsstatus beschlossen.

Die Firma der Zielrechtsträgerin lautet: … pp. SARL.

Sie wird ihren Sitz in Frankreich haben.

Im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern bzw. zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft soll der Formwechsel zum 31.12.2018, 24.00 Uhr/ 1.1.2019, 0.00 Uhr als erfolgt gelten.

(2) Die neue Geschäftsanschrift lautet sodann: … pp., Frankreich.

(3) Es wird beantragt, die Sitzverlegung vorbehaltlich der Eintragung im französischen Register T. vorzunehmen.

(4) Der Unterzeichner erklärt,

a) dass sämtliche Gesellschafter der formwechselnden GmbH auf Klageerhebung gegen die Wirksamkeit des Sitzverlegungsbeschlusses nach deutschem GmbHR verzichtet haben und daher eine Klageerhebung nicht mehr statthaft ist (§§ 198 Abs. (3), 16 Abs. (2) UmwG);

b) die … pp. GmbH keine Arbeitnehmer zum Umwandlungsstichtag und auch heute keine Arbeitnehmer hat und dass keine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung geschlossen wurde sowie auch kein Betriebsrat besteht;

c) am Satzungssitz in T., Frankreich eine wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit tatsächlich ausgeübt werden wird;
d) dass gegen die … pp. GmbH bis zum Sitzverlegungsstichtag und auch heute kein Verfahren wegen Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit oder vorläufiger Zahlungseinstellung, Insolvenz oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist."

Das Registergericht verweigerte die Eintragung, da der Formwechsel mangels Bekanntmachung analog § 122d UmwG nichtig sei. Darüber hinaus sei analog § 122e UmwG der Verzicht auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichtes nicht möglich.

Die Antragstellerin trug unter anderem vor, eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG auf den vorliegenden Fall des Herausformwechsels werde in der Literatur abgelehnt, weil die in den vorgenannten Normen getroffenen Regelungen große Unterschiede zum Formwechsel aufwiesen. Da nur ein Rechtsträger beteiligt sei, der auch den Gläubigern nach dem Formwechsel weiter zur Verfügung stehe, gehe die Schutzvorschrift des § 122d UmwG ins Leere.

1 in diesem Heft Seite 11

Das Registergericht blieb bei seiner Auffassung, da in Ermangelung derzeit existierender nationaler Vorschriften zur Behandlung des grenzüberschreitenden Formwechsels eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG i.V.m. den §§ 190 ff. UmwG angezeigt sei, um die Regelungslücke bezüglich des Schutzes von Arbeitnehmern, Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern zu schließen. Gestützt werde diese Auffassung auch dadurch, dass der Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen für Fälle wie den vorliegenden die Einführung einer dem § 122d UmwG vergleichbaren Regelung vorsehe.

2. Entscheidung

Das OLG bestätigt im Ergebnis die Auffassung des Registergerichts.

Dieses habe die Eintragung zu Recht abgelehnt, weil „wesentliche, bei zutreffender europarechtskonformer Auslegung anwendbare nationale Schutzvorschriften unbeachtet geblieben sind".

Zunächst hält das Gericht fest, dass für den grenzüberschreitenden Formwechsel – bislang – keine Regelungen vorhanden sind; die zwischenzeitlich beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27. November 2019 (Abl. EU L 321/1 vom 12. Dezember 2019) werden vom deutschen Gesetzgeber bis zum 31. Januar 2023 in das nationale Recht umzusetzen sein. Es entspreche aber mittlerweile allgemeiner Ansicht, dass ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland auch schon gegenwärtig aus Gründen der Freizügigkeit möglich sein müsse. Dies ergebe sich aus der Rechtsprechung des EuGH zur Niederlassungsfreiheit.

Dazu seien zunächst die für den inländischen Formwechsel geltenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG heranzuziehen, die insoweit richtlinienkonform ausgelegt werden müssen. Ergänzend seien die Bestimmungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen (§§ 122a ff. UmwG) entsprechend heranzuziehen, soweit dies zum Schutze Außenstehender, insbesondere von Gläubigern und Arbeitnehmern, erforderlich sei. Dies betreffe für den vorliegenden Fall des „Herausformwechsels" insbesondere die drittschützenden Bestimmungen der §§ 122d, 122e UmwG analog. Der alternativ diskutierte Rückgriff auf die Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel bei der Europäischen Aktiengesellschaft sei für den Fall des Formwechsels einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung abzulehnen, da die Vorschriften der SE-VO auf Großunternehmen zugeschnitten seien.

Die analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG sei auch deshalb gerechtfertigt, da – de lege ferenda – auch für das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels vergleichbare Regelungen vorgesehen werden müssten, weil die mittlerweile beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 dies in den Artikeln 86a ff. ausdrücklich vorschreiben. Auch darin zeige sich, dass diese auf allgemeinen Grundgedanken des Unionsrechts beruhen und deshalb für Altfälle „durch analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall des Herausformwandels analog [sic] herangezogen werden müssen".

Im vorliegenden Fall fehle es an der Bekanntmachung entsprechend § 122d UmwG, die sich nach dem Gesetzeswortlaut auf den „Verschmelzungsplan" bezieht und bei der hier gebotenen entsprechenden Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel den Entwurf des Umwandlungsbeschlusses meine. Die Bekanntmachung bezwecke den Schutz von Gesellschaftern und Dritten durch eine möglichst frühe Information. Ein Informationsbedürfnis der geschützten Personen sei trotz der nach dem Formwechsel fortbestehenden Existenz des Rechtsträgers schon wegen des grenzüberschreitenden Bezuges und des damit verbundenen Wechsels der Rechtsordnung anzuerkennen. Soweit dadurch die Voraussetzungen gegenüber reinen Inlandssachverhalten (§§ 190 ff. UmwG) – geringfügig – erschwert werden, sei dies aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt, weil „nur auf diese Weise mittels eines moderaten formalen Erfordernisses die mit grenzüberschreitenden Sachverhalten verbundene Gefährdung von Interessen besonders schützenswerter Betroffener" ausreichend berücksichtigt werden könnten.

Inwieweit darüber hinaus auch dem in § 122e UmwG geregelten Berichtserfordernis zu genügen gewesen wäre, das in grenzüberschreitenden Sachverhalten auch dem Schutze der Arbeitnehmer diene und das sich bei entsprechender Anwendung der Bestimmung auf den Herausformwechsel auf den Umwandlungsbericht beziehe, lässt das Gericht im Hinblick auf die jedenfalls fehlende Bekanntmachung dahinstehen.

3. Einordnung

Der derzeitige Stand des Umwandlungsgesetzes gibt die tatsächliche Rechtslage grenzüberschreitender Umwandlungen bekanntlich nur zu geringem Teil wieder. Während § 1 Abs. 1 UmwG sich ohnehin nur auf „Rechtsträger mit Sitz im Inland" bezieht, finden sich nur für die Verschmelzung in §§ 122a ff. UmwG auch Regelungen über deren grenzüberschreitende Durchführung.

Diese Diskrepanz liegt im Wesentlichen in der Rechtsprechung des EuGH begründet, welcher die Niederlassungsfreiheit tendenziell immer extensiver interpretiert. So hat der EuGH in der Rechtssache *Polbud*[2] zum Fall einer polnischen Gesellschaft, die ihren Satzungssitz unter gleichzeitigem Wechsel in eine Gesellschaft luxemburgischen Rechts (S. à r. l.) nach Luxemburg verlegen wollte, entschieden, dass der Wegzugsstaat einen grenzüberschreitenden Formwechsel akzeptieren muss, auch wenn im Zuzugsstaat keine tatsächliche Niederlassung erfolgt. In der Praxis stellt sich freilich regelmäßig die auch im vorliegenden Fall relevante Frage, welche Verfahrensvorschriften bei einer grenzüberschreitenden Umwandlung konkret berücksichtigt werden müssen.

Exkurs:

Besserung ist jedoch in Sicht: Grenzüberschreitende Umwandlungen werden nun durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 des Europäischen Parlamentes und des Rates vom 27. November 2019 zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen (im Folgenden: Umwandlungsrichtlinie[3]) geregelt.[4] Freilich sind auch insofern noch viele Fragen offen,[5] dennoch stellt die Richtlinie insgesamt eine erhebliche Verbesserung für die Rechtssicherheit dar. Die Entscheidung des OLG Saarbrücken ist aber durchaus noch eine Weile relevant: Die Umsetzungsfrist läuft nach Art. 3 der Umwandlungsrichtlinie erst zum 31. Januar 2023 ab und angesichts der Komplexität der Materie[6] dürfte auch nicht mit einer Umsetzung vor dem Jahr 2022 zu rechnen sein. Insofern ist es für die Praxis bedauerlich, wenn auch durchaus verständlich, dass das OLG Saarbrücken im Hinblick auf die Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie die Rechtsbeschwerde im vorliegenden Fall nicht zuließ. Wie die vorliegende Entscheidung zeigt, entfaltet die Richtlinie auch vor Umsetzung schon gewisse Vorwirkungen, als sie von der Rechtsprechung zumindest als Argumentationsstütze herangezogen wird.

Das OLG Saarbrücken geht mithin zu Recht davon aus, dass grenzüberschreitende Umwandlungen zwar schon aus primärrechtlichen Gründen zulässig sein müssen, das Primärrecht jedoch keinen Freifahrtschein ausstellt, grenzüberschreitende Umwandlungen in „Wildwest"–Manier ohne jegliche Verfahrensschritte zum Schutze Dritter durchführen zu können.[7] Vielmehr müssen selbstverständlich auch Belange der Allgemeinheit, sowie insbesondere der Minderheitsgesellschafter, Gläubiger und Arbeitnehmer berücksichtigt werden.

Darüber, welche Verfahrensschritte im Wege der analogen Anwendung verschiedener in Betracht kommender Vorschriften nun genau zu beachten sind, lässt sich jedoch trefflich streiten. In Betracht kommen grundsätzlich vor allem die Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG über den nationalen Formwechsel, die §§ 122a ff. UmwG über die grenzüberschreitende Verschmelzung, Art. 8 SE-VO über die grenzüberschreitende Sitzverlegung der SE sowie neuerdings[8] auch die Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie (alle analog).

Aus diesem Instrumentarium schließt das OLG Saarbrücken im Anschluss an eine Entscheidung des Kammergerichts[9] nur die entsprechende Anwendung der SE-VO eindeutig aus.[10] Dem ist klar zuzustimmen. Die weiteren in Betracht kommenden, grundsätzlich für alle Kapitalgesellschaften geltenden, Regelungen sind insofern sachnäher

2 EuGH, Urt. v. 25.10.2017 – C-106/16. Siehe dazu näher etwa *Schollmeyer,* ZGR 2018, 186 ff.

3 Soweit im Folgenden Artikel der UmwRL genannt werden, sind damit solche der GesRRL (RL 2017/1132) in der durch die UmwRL geänderten Fassung gemeint.

4 Überblick über die neuen Verfahrensregeln bei *Stelmaszczyk,* GmbHR 2020, 61 ff. (zu materiellen Bestimmungen *ders.* ZIP 2019, 2437 ff.), sowie (noch vor Inkrafttreten der RL) *Bungert/Becker,* DB 2019, 1609 ff.; *Luy,* NJW 2019, 1905 ff. Zum ursprünglichen Kommissionsentwurf s. statt aller etwa *J. Schmidt,* Der Konzern 2018, 273 ff.

5 S. zu Fragen des Minderheitsgesellschafterschutzes insbesondere *M. Noack,* AG 2018, 780; *ders.* AG 2019, 665; *ders.* ZGR 2020, 90 sowie *M. Noack/Habrich,* AG 2019, 908 und *Luy* GmbHR 2019, 1105. S. zum Umwandlungsbericht insbesondere *Schollmeyer,* AG 2019, 541 sowie zum Gläubigerschutz *ders.* ZGR 2020, 62.

6 Das BMJV hielt insofern die Einsetzung einer Expertenkommission *(Prof. Dr. J. Schmidt; Prof. Dr. Teichmann; Prof. Dr. Heckschen; Dr. Zwirlein)* für angezeigt: https://www.bmjv.de/DE/Ministerium/ForschungUndWissenschaft/KommissionUmwandlungsrecht/KommissionUmwandlungsrecht_node.html (zuletzt abgerufen am 5.3.2020).

7 Bedenklich in dieser Hinsicht die Entscheidung des OLG Frankfurt a. M. v. 3.1.2017 – 20 W 88/15, DNotZ 2017, 381 mit zu Recht krit. Anm. *Knaier,* DNotZ 2017, 390, in welcher aufgrund der Eintragung in Italien die unumkehrbare Wirksamkeit des Formwechsels angenommen wurde, ohne dass die Verfahrensvoraussetzungen nach deutschem Recht eingehalten waren.

8 Das Datum der Entscheidung kurz nach Inkrafttreten der Umwandlungsrichtlinie könnte Anlass zu der Vermutung geben, dass das OLG Saarbrücken dieses Inkrafttreten noch abwarten wollte, um seine Entscheidung auch auf die Vorgaben der Richtlinie stützen zu können. Aus Sicht der Praxis ist es natürlich sehr erfreulich, nach so kurzer Zeit bereits erste obergerichtliche Äußerungen an der Hand zu haben.

9 KG, Beschluss v. 21.3.2016 – 22 W 64/15, NZG 2016, 834.

10 Entgegen einer jedenfalls bislang starken Literaturauffassung (vgl. die entsprechenden Nachweise in der Entscheidung).

als die speziell auf die Europäische Aktiengesellschaft zugeschnittenen Vorgaben der SE-VO.

Das OLG Saarbrücken möchte den grenzüberschreitenden Herausformwechsel im Ausgangspunkt nach den §§ 190 ff. UmwG beurteilen und ergänzend die §§ 122a ff. UmwG heranziehen. Es argumentiert darüber hinaus aber auch maßgeblich mit den Vorgaben der Umwandlungsrichtlinie. Diesem Vorgehen ist grundsätzlich zuzustimmen. Ob es nach Inkrafttreten der Umwandlungsrichtlinie vorzugswürdig sein könnte, genau andersherum die gerade auf den grenzüberschreitenden Formwechsel passenden Vorschriften der Art. 86a ff. UmwRL als Ausgangspunkt zu nehmen und ergänzend die §§ 190 ff. UmwG heranzuziehen, dürfte wohl eher von akademischen Interesse sein,[11] da im Ergebnis jedenfalls beide Normenkomplexe Berücksichtigung finden. Letztlich nimmt das Gericht eine Art wertende Gesamtwürdigung unter Berücksichtigung des jeweiligen Schutzzwecks der Normen (vorliegend vor allem Gläubigerschutz und Arbeitnehmerschutz) vor.

Das Ergebnis dieser Wertung überzeugt im vorliegenden Fall. Dies liegt vor allem daran, dass sowohl eine entsprechende Anwendung von § 122d UmwG als auch von Art. 86g UmwRL zu dem Erfordernis einer Bekanntmachung bzw. Offenlegung führen. Da es schon hieran fehlte, konnte die Beschwerde keinen Erfolg haben. Einen grenzüberschreitenden Formwechsel alleine nach den Vorgaben der §§ 190 ff. UmwG analog lehnt das OLG Saarbrücken mit überzeugender Argumentation ab. Ein solches Vorgehen wird soweit ersichtlich auch in der Literatur letztlich von niemandem ernsthaft vertreten.

Dem Tenor des OLG Saarbrücken (Zurückweisung der Beschwerde) ist mithin klar zuzustimmen. M.E. nach dürfte sich ein anderes Ergebnis im vorliegenden Fall sogar kaum vertreten lassen. Die eigentlich spannende Frage wäre aber, wie denn zu verfahren ist, wenn sich aus einer entsprechenden Anwendung der §§ 122a ff. UmwG und Art. 86a ff. UmwRL unterschiedliche Resultate ergeben. Mit dieser Frage musste sich das OLG Saarbrücken leider im vorliegenden Fall mangels Entscheidungserheblichkeit nicht auseinandersetzen, so dass insofern vieles offen ist.

Ein Beispiel:

Ein Umwandlungsplan erscheint grundsätzlich sowohl entsprechend § 122c UmwG als auch entsprechend Art. 86d UmwRL erforderlich. Im Hinblick auf die Entscheidung des OLG Saarbrücken, welches davon ausgeht, dass „bei der hier gebotenen entsprechenden Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel" der „Entwurf des Umwandlungsbeschlusses" gemeint ist, könnte für die Übergangszeit bis zur Umsetzung der Umwandlungsrichtlinie dennoch fraglich sein, ob über den Beschluss(-entwurf) hinaus überhaupt ein eigenständiger Umwandlungsplan erforderlich ist. Für die Praxis ist davon abzuraten, sich hierauf zu verlassen, da jedenfalls die Richtlinie nicht nur für Verschmelzungen und Spaltungen, sondern auch für Formwechsel klar zwischen Umwandlungsplan und Gesellschafterbeschluss trennt.

Das OLG Saarbrücken stützt sich insofern ohne nähere Auseinandersetzung auf zwei Literaturfundstellen.[12] Zu diesen ist zunächst festzustellen, dass sie notwendigerweise die Umwandlungsrichtlinie noch nicht berücksichtigen konnten. Vor allem aber äußert sich *Hushahn* nicht in der vom OLG Saarbrücken behaupteten Weise; im Gegenteil differenziert der genannte Beitrag klar zwischen dem Umwandlungsplan in Anlehnung an Art. 8 Abs. 2 SE-VO und dem Umwandlungsbeschluss in Anlehnung an Art. 8 Abs. 6 SE-VO. *Winter/Marx/de Decker* gehen demgegenüber zwar tatsächlich davon aus, dass ein separater Umwandlungsplan nicht erforderlich ist, die hierfür genannten Gründe können aber nicht (mehr) überzeugen: Eine „ungerechtfertigte Schlechterstellung eines grenzüberschreitenden Hinausformwechsels" liegt nach der Wertung des europäischen Gesetzgebers durch das Erfordernis eines Umwandlungsplans gerade nicht vor. Unabhängig davon konnte das Argument, das Beschlusserfordernis müsse „gemäß §§ 193, 194 Abs. 1 UmwG analog" genügen, schon bislang nicht überzeugen. Die genannten Vorschriften beziehen sich auf den innerstaatlichen Formwechsel, bei dem ein entsprechendes, auch durch die Offenlegung des Umwandlungsplans zu befriedigendes, Schutzbedürfnis der betroffenen Interessengruppen (hier insbesondere Gläubiger) gerade nicht besteht. Dementsprechend lassen sich aus diesen Vorschriften auch keine Rückschlüsse auf die Entbehrlichkeit eines Umwandlungsplans für den *grenzüberschreitenden* Formwechsel ziehen.

Die praktische Bedeutung der vorstehend angerissenen Diskussion sollte aber nicht überbewertet werden; auch wer einen Umwandlungsplan für entbehrlich hält wird nicht umhinkommen, die meisten der an sich für den Umwandlungsplan vorgesehenen Angaben dann im Gesellschafterbeschluss zu ergänzen. Das vorstehende Beispiel soll aber zeigen, dass die Entscheidung des OLG Saarbü-

11 Das OLG Saarbrücken beruft sich für seinen Ausgangspunkt auf „gewichtige Stimmen in der Literatur", die jedoch naturgemäß sämtlich vor Inkrafttreten der Umwandlungsrichtlinie erschienen sind.

12 *Hushahn*, RNotZ 2014, 137, 144; *Winter/Marx/de Decker*, DStR 2017, 1664, 1668.

cken zwar Rechtssicherheit dafür gibt, was jedenfalls *nicht* genügt um einen grenzüberschreitenden Formwechsel durchzuführen, damit aber noch lange nicht die für die Praxis wichtigere Frage beantwortet ist, welche Voraussetzungen derzeit erfüllt sein müssen, um einen grenzüberschreitenden Formwechsel sicher durchzuführen.

4. Praxisfolgen

Neben der praktischen Binsenweisheit, dass eine Abstimmung mit den zuständigen Behörden (in Deutschland: Registergericht) natürlich immer zu empfehlen ist, kann vor dem Hintergrund der vorstehenden Überlegungen die Empfehlung für die Praxis nur lauten, im Zweifel etwaige Verfahrensvoraussetzungen lieber überobligatorisch zu erfüllen. Dies dürfte auch bei den meisten Punkten keine größeren Schwierigkeiten aufwerfen: Beispielsweise sieht Art. 86d der UmwRL weitergehende Vorgaben zum Inhalt des Plans vor, etwa zum „vorgesehenen indikativen Zeitplan für die grenzüberschreitende Umwandlung" (lit. d). Diese zusätzlichen Angaben können ohne weiteres in den Umwandlungsplan mitaufgenommen werden. Die vorsorgliche Aufnahme der zusätzlichen Angaben in den Plan stellt den sichersten Weg dar und ist daher schon derzeit (also vor Umsetzung der Richtlinie) dringend zu empfehlen. Entsprechendes gilt auch für unterschiedliche Fristen bei der Anwendung der §§ 122a ff. UmwG und der Art. 86a ff. UmwRL; insofern sollte vorsorglich lieber von der für die Gesellschaft ungünstigeren Variante ausgegangen werden (beispielsweise wäre nach § 122j UmwG analog die Frist für Gläubiger wegen des Rechts auf Sicherheitsleistung zwei Monate nach Bekanntmachung, während Art. 86j Abs. 1 UmwRL analog drei Monate nach Offenlegung vorsieht[13]).

Aus praktischer Sicht interessant ist auch die Anmeldung im vorliegenden Fall (s.o. 1.): Dass diese keinen Erfolg haben konnte war durchaus absehbar. So bemerkt das Gericht in seiner Entscheidung zu Recht, dass schon die genaue Rechtsform nach französischem Recht klärungsbedürftig erscheint, „weil im Antrag einerseits von einer „Société par actions simplifiée" (SAS = vereinfachte Aktiengesellschaft) und andererseits von einer „SARL" (Société à responsabilité limitée = Gesellschaft mit beschränkter Haftung) die Rede ist".

Hervorhebung verdient auch die Erklärung in der Anmeldung, dass am neuen Satzungssitz in Frankreich eine wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit tatsächlich ausgeübt werde. Im Hinblick auf die Rechtsprechung des EuGH,[14] dass eine solche gerade nicht erforderlich ist, könnte diese Erklärung als überflüssig angesehen werden. Materiellrechtlich ist dies auch der Fall. Vor dem Hintergrund der nach der Umwandlungsrichtlinie durch das Registergericht gemäß Art. 86m durchzuführenden Missbrauchskontrolle kann sich m.E. nach eine solche Erklärung aber zur Beschleunigung des Prüfungsverfahrens dennoch anbieten, insbesondere wenn der Satzungssitz an den tatsächlichen Verwaltungssitz verlegt wird. Denn dies kann nach Erwägungsgrund 36 der Umwandlungsrichtlinie als Kontraindikation für einen Missbrauch angesehen werden kann („Falls das grenzüberschreitende Vorhaben dazu führen würde, dass die Gesellschaft den Ort ihrer tatsächlichen Verwaltung oder den Ort ihrer wirtschaftlichen Tätigkeit in dem Mitgliedstaat hat, in dem die Gesellschaft bzw. die Gesellschaften nach dem grenzüberschreitenden Vorhaben registriert werden soll/sollen, so kann die zuständige Behörde dies als Anzeichen dafür ansehen, dass keine Umstände vorliegen, die zu einem Missbrauch oder Betrug führen."[15]).

Insgesamt kann festgehalten werden, dass grenzüberschreitende Formwechsel zwischenzeitlich kein „terra incognita" mehr sind, sondern eine in der Praxis durchaus gangbare Möglichkeit für Gesellschaften darstellen, von der Niederlassungsfreiheit Gebrauch zu machen. Dies setzt allerdings, wie der vorliegende Fall wieder einmal zeigt, eine sorgfältige Planung und Durchführung aller erforderlichen Verfahrensschritte voraus. Das stellt bislang zwar noch einen erhöhten Aufwand dar, es gibt aber mitunter durchaus handfeste Gründe, diesen in Kauf zu nehmen. Solche Gründe können beispielsweise in für das Unternehmen besonders wichtigen, langfristig abgeschlossenen (Liefer-)Verträgen liegen, die mittels des Formwechsels über die Grenze transportiert werden sollen. Freilich muss insofern vorher gründlich geprüft werden, ob den Vertragspartnern für diesen Fall ein Sonderkündigungsrecht zusteht. Im Vergleich zu den verbreiteteren Change-of-Control-Klauseln dürfte die ausdrückliche Vereinbarung eines Kündigungsrechts für diesen Fall bislang die Ausnahme darstellen. Im Hinblick auf die steigende Anzahl grenzüberschreitender Formwechsel[16] sollte ein solches bei der Gestaltung langfristiger Verträge aber künftig vermehrt in Erwägung gezogen werden.

13 Umgekehrt wäre § 122j UmwG analog für die Gläubiger wieder insofern besser, als dieser auch Forderungen erfasst, die bis zu 15 Tage nach Bekanntmachung entstanden sind. Vgl. zum Gläubigerschutz im Einzelnen *Schollmeyer,* a.a.O (Fn. 5).

14 S.o. Fn. 2.

15 Wie allenthalben zu Recht bemerkt wird, kann hieraus nicht der Umkehrschluss gezogen werden, dass im umgekehrten Fall ein Missbrauch vorliegen würde (so zuletzt bspw. *Stelmaszczyk,* GmbHR 2020, 61, 73; idS u.a. auch *Luy,* NJW 2019, 1905, 1907; *Teichmann,* NZG 2019, 241, 248: kein „Generalverdacht einer missbräuchlichen Gestaltung"; allgemein kritisch zu „hohlen" Kategorien wie „künstliche Gestaltung" oder „Missbrauch" *Schollmeyer,* NZG 2018, 977, 978).

16 Vgl. hierzu bereits *Bayer/Hoffmann,* AG 2019, R40 ff.

Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung (zugleich Anmerkung zu BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17)

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

Leitsatz des Gerichts:

Der Insolvenzverwalter ist auch im Fall der Verwertung der Firma einer Aktiengesellschaft nicht befugt, die Satzung hinsichtlich der Firma zu ändern. Er kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen.

Sachverhalt

In einer notariell beglaubigten Erklärung meldete der Insolvenzverwalter über das Vermögen einer Aktiengesellschaft eine Firmenänderung der Insolvenzschuldnerin zur Eintragung im Handelsregister an und führte dabei unter anderem aus:

„Kraft der mir eingeräumten Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis ändere ich die Firma der Gesellschaft ab in: ‚A. Abwicklungs AG' und beantrage die Eintragung dieser Firmenänderung (…). Der Insolvenzverwalter ist zur Firmenänderung berechtigt, ohne dass ein satzungsändernder Beschluss bezüglich der Firma oder des Unternehmensgegenstandes erforderlich ist. Das Satzungsänderungsrecht der Gesellschafter wird in diesen Fällen vom Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters vollständig verdrängt (…). Die Satzungsänderung erfolgt also quasi unter Ausnutzung der dem Insolvenzverwalter eingeräumten Sonderkompetenz außerhalb des Gesellschaftsrechts. (…)."

Der Erklärung war eine vom Insolvenzverwalter unterzeichnete neue Satzung der Insolvenzschuldnerin beigefügt, die eine entsprechend geänderte Firma enthielt.

Das Registergericht hat die Anmeldung zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten war erfolglos geblieben. Dagegen wandte sich ihre vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde. Diese blieb jedoch ohne Erfolg.

Die wesentlichen Aussagen des Gerichts

Nach den Ausführungen des BGH verbleibt die Befugnis zur Änderung der Firma und damit die die Befugnis zur Änderung der Satzung der Insolvenzschuldnerin vollständig bei den Gesellschaftern.

Im Einzelnen:

Die Firma einer Aktiengesellschaft kann auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung gem. § 181 Abs. 1 Satz 1, § 179 Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG geändert werden, wenn nicht ein Insolvenzplan gem. § 225a Abs. 3 InsO eine entsprechende Satzungsänderung vorsieht. (Rn. 24)

Die Befugnis zur Änderung der Satzung in Bezug auf die Firma der Aktiengesellschaft geht für den Fall der Verwertung der Firma im Insolvenzverfahren nicht gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Dieser kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen. (Rn. 26)

Aus § 80 Abs. 1 InsO kann weder eine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Änderung der Firma außerhalb der Satzung noch eine Befugnis zur Änderung der Satzung abgeleitet werden. Die Vorschrift verschafft dem Insolvenzverwalter die Rechtsmacht, Massegegenstände unabhängig vom Schuldner bzw. seinen Organen zu verwalten und über diese zu verfügen. Sie ebnet ihm aber weder einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Weg zur Änderung der Firma noch tritt der Insolvenzverwalter mit seinen Befugnissen aus § 80 Abs. 1 InsO an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der Aktiengesellschaft. (Rn. 35)

Die Befugnisse des Insolvenzverwalters erstrecken sich nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich, zu dem Satzungsänderungen gehören. Das gilt auch dann, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenstän-

den hat; in diesem sog. Überschneidungs- oder Kooperationsbereich kann der angestrebte Erfolg nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit dem jeweiligen Organ der Gesellschaft erreicht werden. (Rn. 38)

Analyse und praktische Konsequenzen

Diese aktuelle Entscheidung des BGH klärt ein seit Jahrzehnten erörtertes Rechts- und Praxisproblem. Es geht um die Befugnis des Insolvenzverwalters, das Unternehmen einer Insolvenzschuldnerin mit der Firma zu veräußern und in diesem Zuge für eine Ersatzfirma der Insolvenzschuldnerin zu sorgen.

Die nachstehenden Ausführungen beschäftigen sich insbesondere mit der Rechtslage und den praktischen Konsequenzen bei der insolventen GmbH, die in der notariellen Praxis häufiger betroffen sein dürfte als die Aktiengesellschaft.

Bisheriger Rechts- und Meinungsstand

Seit einer grundlegenden Entscheidung des BGH aus dem Jahre 1982 ist anerkannt, dass der Insolvenzverwalter einer GmbH deren Firma mit dem Handelsgeschäft rechtswirksam veräußern kann (BGH v. 27.09.1982 – II ZR 51/82, BGHZ 85, 221 = NJW 1983, 755 = ZIP 1983, 193).

Macht der Insolvenzverwalter von dieser Befugnis Gebrauch und veräußert er das Unternehmen mit der Firma, soll die bisherige Firma der Insolvenzschuldnerin in aller Regel geändert werden, insbesondere auch mit Blick auf § 30 HGB.

Nicht abschließend geklärt war bislang die Frage, inwieweit der Insolvenzverwalter im Zuge der Verwertung der Firma ohne Mitwirkung der Gesellschafter zur Firmenänderung bei der Insolvenzschuldnerin befugt ist.

Teilweise wurde die Auffassung vertreten, der Insolvenzverwalter könne ohne einen weiteren zugrundeliegenden satzungsändernden Beschluss die Ersatzfirma der Insolvenzschuldnerin zum Handelsregister anmelden.

Eine schlichte Handelsregisteranmeldung der Ersatzfirma durch den Insolvenzverwalter wurde allerdings bereits vom OLG München in einer Entscheidung aus dem Jahr 2016 (OLG München v. 30. 5. 2016 – 31 Wx 38/16 (rk), DNotZ 2016, 948 = ZIP 2016, 1222 = GmbHR 2016, 928 mit Anm. *Wachter* = AG 2016, 634 = NZG 2016, 837) ausdrücklich für unzureichend erklärt und eine Satzungsänderung verlangt. Das tragende Argument dieser Entscheidung war, dass die Firma sich aus der Satzung ergeben müsse, die beim Handelsregister einsehbar ist. Jede GmbH brauche eine aktuell geltende Satzung (§ 3 GmbHG). Ohne sie werde das Handelsregister „zwingend unrichtig". Mangels Entscheidungserheblichkeit allerdings offen gelassen wurde die Frage, ob der Insolvenzverwalter selbst, ohne Mitwirkung der Gesellschafter, zur Satzungsänderung befugt sei.

Im Anschluss an die Entscheidung des OLG München sprachen sich viele Stimmen in der Literatur für eine Verwalterkompetenz zur Satzungsänderung aus. So führte beispielsweise *Hans-Joachim Priester* in DNotZ 2016, 893, 895 aus: „Schließt man sich dem OLG München an und macht ernst mit seinem Verlangen nach Satzungsänderung, muss der Insolvenzverwalter für die Bildung der Ersatzfirma zuständig sein. Seine Befugnis müsste auch eine originäre und nicht lediglich subsidiäre beinhalten. Die vielfach mitgeteilte Erfahrung lehrt nämlich, dass sich die Gesellschafter häufig weigern, die Firma zu ändern oder eine solche Änderung jedenfalls verzögern." Dogmatisch erkläre sich die Befugnis des Insolvenzverwalters zur Änderung der Firma als Annexkompetenz seiner heute allgemein anerkannten Zuständigkeit zur Veräußerung der Firma mit dem Unternehmen.

Weiter nicht geklärt war die Frage, in welcher Form der Insolvenzverwalter – eine Verwalterkompetenz vorausgesetzt – die Satzung wirksam ändern könne. *Priester* (a.a.O.) verwies in diesem Zusammenhang zu Recht darauf, dass die dem Handelsregister einzureichende notarielle Satzungsbescheinigung gemäß § 54 Abs. 1 Satz 2 GmbHG eine Beurkundung voraussetze. Die Bescheinigung sorge dafür, dass die im Handelsregister einsehbare Fassung des Gesellschaftsvertrages mit seinem gültigen Stand übereinstimme.

Priester (a.a.O.) führte weiter aus, dass die Satzungsänderung zur Eintragung in das Handelsregister anzumelden sei (§ 54 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) und dass man dazu den Insolvenzverwalter als befugt ansehen müsse. Dieser dürfe nicht auf die Geschäftsführer angewiesen sein. Seine Anmeldung sei in der Form des § 12 Abs. 1 Satz 1 HGB, also elektronisch in öffentlich beglaubigter Form, einzureichen.

Konsequenz der besprochenen BGH-Entscheidung

Auf der Grundlage der zitierten Entscheidung des OLG München aus 2016 und dessen Rezeption in der Literatur wurde bis Anfang dieses Jahres regelmäßig die Bil-

dung der Ersatzfirma der Insolvenzschuldnerin durch den Insolvenzverwalter in notariell beurkundeter Form als Satzungsänderung beschlossen und anschließend vom Insolvenzverwalter beim Handelsregister angemeldet.

Mit der Veröffentlichung der hier besprochenen Entscheidung des BGH vom November 2019 (a.a.O.) ist dieses Vorgehen nunmehr hinfällig geworden. Der BGH hat ausdrücklich entschieden, dass auch in der Insolvenz die Satzungsänderungskompetenz bei den Gesellschaftern verbleibt.

Inwieweit die Ausübung dieser Satzungsänderungskompetenz wiederum von der Zustimmung des Insolvenzverwalters abhängig ist, wurde allerdings nicht thematisiert. Die Zustimmung des Insolvenzverwalters dürfte jedenfalls konkludent mit der Anmeldung der Satzungsänderung beim Handelsregister erteilt werden.

Zur möglichen Heilung von „Altfällen"

Fraglich ist auch, ob beim Registergericht anhängige „Altfälle" geheilt werden können, bei denen noch der Insolvenzverwalter in beurkundeter Form einen Satzungsänderungsbeschluss gefasst hat.

Für die Möglichkeit einer Heilung spricht folgende Überlegung:

Auch wenn der Insolvenzverwalter bei der Fassung des Satzungsänderungsbeschlusses nicht ausdrücklich als Vertreter ohne Vertretungsmacht für die Gesellschafter gehandelt hat, so dürfte es doch vertretbar sein, ein solches konkludentes Handeln als Vertreter ohne Vertretungsmacht zu unterstellen. Dann wäre der Beschluss nur schwebend unwirksam und nicht nichtig wegen fehlender Beschlusskompetenz des Insolvenzverwalters. Eine privatschriftliche Nachgenehmigung der Gesellschafter würde im Fall der schwebenden Unwirksamkeit ausreichen, um den Satzungsänderungsbeschluss wirksam werden zu lassen.

Die jüngste registerrechtliche Praxis zeigt, dass der skizzierte Weg zur Heilung von anhängigen Altfällen durchaus mitgegangen wird – ob in jedem Einzelfall, mag dahingestellt bleiben.

Künftiges Vorgehen

In allen zukünftigen Fällen ist darauf zu achten, dass die Bildung der Ersatzfirma bei Verkauf des Unternehmens der Insolvenzschuldnerin durch beurkundeten Gesellschafterbeschluss erfolgt.

Bei der Beschlussfassung kann der Insolvenzverwalter die Gesellschafter grundsätzlich auch als Bevollmächtigter vertreten; hierfür ist dann zumindest eine privatschriftliche Vollmacht der Gesellschafter vorzulegen.

Die Anmeldung der Satzungsänderung mit Ersatzfirma erfolgt im Anschluss durch den Insolvenzverwalter, der insoweit anmeldungsbefugt ist. Jedenfalls mit der Anmeldung der Satzungsänderung dürfte auch die Zustimmung des Insolvenzverwalters vorliegen.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT

Herabsetzung der Stimmkraft von sog. „Geisterwohnungen“

WEG § 10 Abs. 2 S. 3, § 16 Abs. 4, § 21 Abs. 8

Amtlicher Leitsatz:
Zur Herabsetzung der Stimmkraft des Eigentümers von sog. „Geisterwohnungen“.
Redaktionelle Leitsätze:
1. Eine Vereinbarung kann durch eine gerichtliche Entscheidung nach § 21 Abs. 8 WEG ersetzt werden, wenn hierauf ein Anspruch besteht und bei der inhaltlichen Ausgestaltung Spielraum besteht (Anschluss an BGH BeckRS 2016, 16916 Rn. 26). (Rn. 11)
2. Besteht ein erhebliches Übergewicht eines Eigentümers an Stimmen dadurch, dass diesem in der Teilungserklärung ein Stimmanteil für – hier seit 20 Jahren – nicht errichtete Wohnungen zusteht, kann ausnahmsweise eine Herabsetzung der Stimmkraft erfolgen. (Rn. 17 – 25)
3. Auf Rechtsfolgenseite ist dem Umstand, dass das Stimmrecht der Wohnungseigentümer zu dem Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte gehört, dadurch Rechnung zu tragen, dass die Beschränkung des Stimmrechts nur solange erfolgt, wie die verbleibenden Einheiten noch nicht fertiggestellt sind. (Rn. 31)

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 18.01.2019 – V ZR 72/18

I. Sachverhalt:

1 Die Parteien bilden eine Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Beklagte zu 1 ist Bauträgerin. Sie teilte das ursprünglich in ihrem Eigentum stehende Grundstück 1994 in Wohnungs- und Teileigentum auf. Nach der Teilungserklärung (nachfolgend TE) sollten in vier Bauabschnitten auf dem Grundstück vier Häuser und eine in vier Unterabschnitte aufgeteilte Tiefgarage errichtet und hieran acht Untergemeinschaften gebildet werden, davon jeweils eine Untergemeinschaft für jedes Haus und jeden Tiefgaragenabschnitt. Die Beklagte zu 1 errichtete zwei Häuser mit 122 Wohneinheiten (Bauabschnitte I und II), die im Eigentum der Kläger und der Beklagten zu 2 stehen und denen jeweils Sondernutzungsrechte an Tiefgaragenstellplätzen oder Parkboxen in Doppelparkern zugeordnet sind. Die Beklagte zu 1 ist Eigentümerin von 120 Wohnungs- und Teileigentumseinheiten in den beiden bislang nicht errichteten Häusern (Bauabschnitte III und IV). Neun dieser Einheiten sind Sondernutzungsrechte an in den Bauabschnitten I und II gelegenen Tiefgaragenstellplätzen zugeordnet. Auf die Bauabschnitte I und II entfallen 5.150,88/10.000 (so die Kläger) bzw. 5.130,60/10.000 (so die Beklagten) Miteigentumsanteile, auf die Bauabschnitte III und IV insgesamt 4.849,12/10.000 bzw. 4.869,40/10.000 Miteigentumsanteile.
2 Nach § 9 Abs. 4 TE werden die Kosten und Lasten, soweit sie von Eigentümern gemeinschaftlich zu tragen sind, ausdrücklich nicht nach Miteigentumsanteilen, sondern im Verhältnis der Wohnflächen verteilt, die nach der II. Berechnungsverordnung in der zum Zeitpunkt der Teilung geltenden Fassung ermittelt werden. In den Tiefgaragen werden die Kosten nach einem gesonderten Schlüssel verteilt. Nach § 12 Abs. 1 TE richtet sich das Stimmrecht in der Eigentümerversammlung nach dem Anteilsverhältnis, nach dem die Eigentümer gemeinschaftliche Kosten gemäß der Regelung in § 9 Abs. 4 TE zu tragen haben. Die Gemeinschaftsordnung kann nach § 18 TE mit einer Mehrheit von drei Viertel der abgegebenen Stimmen geändert werden, wenn sachliche Gründe vorliegen. In einer Anlage II zu der Teilungserklärung sind alle – auch die bis heute nicht errichteten – Wohnungen aufgeführt unter Angabe des jeweiligen Miteigentumsanteils und der ungefähren Größe der (geplanten) Wohnung. Daraus ergibt sich eine Wohnfläche für die errichteten Wohnungen von 8.547,98 m² und für die nicht errichteten Wohnungen von 7.787,52 m². Dies entspricht einem Stimmkraftanteil der Beklagten zu 1 von rund 48%.
3 In der Eigentümerversammlung vom 14. Januar 2017 wurde der Antrag abgelehnt, § 12 Abs. 1 TE dahingehend abzuändern, dass sich das Stimmrecht der Beklagten zu 1 nach dem jeweiligen Miteigentumsanteil für die nicht errichteten Wohnungen berechnet, bis diese bezugsfertig errichtet werden.
4 Das Amtsgericht hat die gegen diesen Negativbeschluss gerichtete Anfechtungsklage abgewiesen und § 12 Abs. 1 TE auf Antrag der Kläger gemäß § 21 Abs. 8 WEG durch folgende Regelung ersetzt:

„Solange eine Sondereigentumseinheit nicht bezugsfertig errichtet ist, errechnet sich die Stimmkraft des betreffenden Miteigentumsanteils aus dem Wert in der Spalte ‚Eigentumsanteil 10.000stel' der oben genannten Anlage II multipliziert mit dem Faktor 1,0. Für die Nutzungsrechte an der Tiefgarage sind die Werte für fiktive Flächen hinzuzurechnen und zwar für jeden Einzelstellplatz der Wert von drei und für jede Box der Wert von zwei (ein Doppel-Parker zusammen also ein Wert von vier). Ab dem Zeitpunkt der bezugsfertigen Errichtung des Sondereigentums ist die Stimmkraft des damit verbundenen Miteigentumsanteils mit dem Wert zu berücksichtigen, der sich aus der anteiligen Wohnfläche ergibt. Die Wohnfläche wird dabei nach den Regelungen der II. Berechnungsverordnung in der am 2.11.1994 geltenden Fassung ermittelt".

5 Die Regelung führt im Ergebnis zu einer Herabsetzung des Stimmkraftanteils der Beklagten zu 1 auf zur Zeit etwa 36%.

6 Das Landgericht hat die hiergegen gerichtete Berufung der Beklagten zu 1 zurückgewiesen. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Kläger beantragen, verfolgt die Beklagte zu 1 ihren Antrag auf Klageabweisung weiter.

II. Aus den Gründen:

7 Das Berufungsgericht bejaht einen Anspruch der Kläger auf Änderung der Gemeinschaftsordnung aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG; diese Änderung könne nach § 21 Abs. 8 WEG durch das Gericht vorgenommen werden. Die Auslegung der Teilungserklärung ergebe zweifelsfrei, dass sich das Stimmrecht der Beklagten zu 1 nach den in der Anlage zur Teilungserklärung angegebenen Wohnflächen errechne. Diese Regelung erscheine unbillig, weil die Beklagte zu 1 damit 48% der Stimmrechte erhalte, ohne dass sie Eigentümerin einer errichteten Wohnung sei. Zwar stehe nach allgemeiner Meinung selbst einem sondereigentumslosen Miteigentümer ein Stimmrecht zu. Wenn aber die Gemeinschaftsordnung ausdrücklich das Stimmrecht nach der Wohnfläche berechne und der geplante Bau seit über 20 Jahren nicht errichtet worden sei, sei eine solche Regelung als unbillig anzusehen. Ihr Stimmrechtsanteil verschaffe der Beklagten zu 1 eine faktische Mehrheit, weil die Anwesenheit aller Wohnungseigentümer bei einer Gemeinschaft dieser Größe auch mit Vollmachten nicht erzielt werden könne. Dabei sei die Beklagte zu 1 mangels Wohnungen von den wesentlichen Entscheidungen der täglichen Verwaltung praktisch nicht betroffen. Ein solcher Zustand sei von allen Wohnungseigentümern einige Jahre hinzunehmen, weil die verschiedenen Bauabschnitte nicht in unmittelbarem Zusammenhang fertiggestellt werden könnten. Der Teilungserklärung liege aber ersichtlich zugrunde, dass alle Wohnungen alsbald geschaffen würden und damit die Verteilung der Stimmrechte gerechtfertigt sei; an eine Bauunterbrechung von über 20 Jahren sei erkennbar nicht gedacht worden.

8 Die von dem Amtsgericht getroffene Regelung schränke die Belange der Beklagten zu 1 nicht unbillig ein. Ihr verbleibe ein Stimmenanteil, mit dem sie weiterhin eine Änderung der Teilungserklärung nach deren § 18 verhindern könne. Zudem sei die Regelung nur für eine Übergangszeit geschaffen, da das Stimmrecht der Beklagten zu 1 mit der Fertigstellung der Wohnungen wieder auf den in der Gemeinschaftsordnung vorgesehenen Anteil anwachse.

9 Dies hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

10 1. Rechtsfehlerfrei geht das Berufungsgericht von der Zulässigkeit der Klage aus.

11 a) Dabei kann offen bleiben, ob die Beschlussersetzungsklage nach § 21 Abs. 8 WEG schon deshalb die richtige Klageart ist, weil die Gemeinschaftsordnung, deren Anpassung die Kläger erstreben, eine Öffnungsklausel enthält, also durch Beschluss geändert werden könnte (vgl. zu § 16 Abs. 4 WEG Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 144/09, BGHZ 184, 88 Rn. 21). Eine Vereinbarung kann jedenfalls dann durch eine gerichtliche Entscheidung nach § 21 Abs. 8 WEG ersetzt werden, wenn ein Wohnungseigentümer auf ihren Abschluss nach § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG einen Anspruch hat, den die übrigen Wohnungseigentümer nicht erfüllen, und wenn – wie hier – bei der inhaltlichen Ausgestaltung Spielraum besteht (vgl. Senat, Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 191/15, ZWE 2016, 453 Rn. 26).

12 Ob die von den Klägern begehrte Herabsetzung der Stimmkraft auf der Grundlage der in § 18 TE enthaltenen Öffnungsklausel hätte beschlossen werden können oder ob sie zwingend einer Vereinbarung der Wohnungseigentümer bedurfte (vgl. zu den Grenzen der durch Öffnungsklauseln legitimierten Mehrheitsmacht Senat, Urteil vom 10. Oktober 2014 – V ZR 315/13, BGHZ 202, 346 Rn. 12), bedarf hier keiner Klärung, da ein Anspruch auf die begehrte Änderung in beiden Fällen nur unter den Voraussetzungen des § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG besteht (vgl. Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rn. 27).

13 b) Das Rechtsschutzbedürfnis ist ebenfalls in beiden Fällen gegeben. Bestünde die Beschlusskompetenz aufgrund der Öffnungsklausel, wäre dem Vorbefassungsgebot (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rn. 14 f.; Urteil vom 24. Mai 2013 – V ZR 182/12, ZWE 2013, 360 Rn. 23) genüge getan,

da der Beschlussantrag der Kläger mehrheitlich abgelehnt wurde. Bestünde sie nicht, so wäre die Vorbefassung der Wohnungseigentümergemeinschaft mit dem Ziel des Abschlusses einer entsprechenden Vereinbarung ohnehin entbehrlich (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 15. Januar 2010 – V ZR 114/09, BGHZ 184, 88 Rn. 17).

14 2. Das Berufungsgericht bejaht den Anspruch der Kläger aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG auf Abänderung der Stimmkraftregelung in der Gemeinschaftsordnung in revisionsrechtlich nicht zu beanstandender Weise.

15 a) Diese Vorschrift begründet einen (Individual-)Anspruch jedes Wohnungs- oder Teileigentümers gegen die anderen Miteigentümer auf Abschluss einer Vereinbarung, wenn ein Festhalten an der geltenden Regelung aus schwerwiegenden Gründen unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der Rechte und Interessen der anderen Wohnungseigentümer, unbillig erscheint (vgl. Senat, Urteil vom 17. Dezember 2010 – V ZR 131/10, ZWE 2011, 170, 171; Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 191/15, ZWE 2016, 453 Rn. 27; Urteil vom 23. März 2018 – V ZR 65/17, ZfIR 2018, 521 Rn. 16). Die danach vorzunehmende Würdigung der Umstände des Einzelfalls ist in erster Linie Sache des Tatrichters und revi-sionsrechtlich nur darauf zu überprüfen, ob die in § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG bestimmten Rechtsbegriffe zutreffend erfasst und ausgelegt, alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt sowie die Denkgesetze und Erfahrungssätze beachtet wurden (vgl. Senat, Urteil vom 11. Juni 2010 – V ZR 174/09, BGHZ 186, 34 Rn. 22; Urteil vom 23. März 2018 – V ZR 307/16, NJW-RR 2018, 1227 Rn. 12).

16 b) Einer Prüfung nach diesem Maßstab hält das Berufungsurteil stand, insbesondere hat das Berufungsgericht alle für die Beurteilung wesentlichen Umstände berücksichtigt.

17 aa) Es erkennt zutreffend, dass das Stimmrecht der Wohnungseigentümer nach ständiger Rechtsprechung des Senats zu dem Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte gehört (vgl. Senat, Beschluss vom 19. September 2002 – V ZB 30/02, BGHZ 152, 46, 57 f.; Urteil vom 10. Dezember 2010 – V ZR 60/10, NJW 2011, 679 Rn. 8; Urteil vom 6. Dezember 2013 – V ZR 85/13, ZfIR 2014, 332 Rn. 10; Urteil vom 13. Januar 2017 – V ZR 138/16, ZfIR 2017, 397 Rn. 17; Urteil vom 14. Juli 2017 – V ZR 290/16, ZfIR 2017, 709 Rn. 9). Dies schließt Einschränkungen des Stimmrechts zwar nicht prinzipiell aus, führt aber dazu, wovon das Berufungsgericht ebenfalls zutreffend ausgeht, dass eine solche nur ausnahmsweise und lediglich unter eng begrenzten Voraussetzungen in Betracht kommt (vgl. Senat, Urteil vom 14. Juli 2017 – V ZR 290/16, ZfIR 2017, 709 Rn. 9).

18 bb) Auch bei Berücksichtigung der Bedeutung des Stimmrechts ist es revisionsrechtlich nicht zu beanstanden, dass das Berufungsgericht schwerwiegende Gründe i.S.v. § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG darin erblickt, dass der Beklagten zu 1 aufgrund der Stimmrechtsregelung der Teilungserklärung, die ersichtlich von der zeitnahen Fertigstellung aller Wohnungen der Wohnanlage ausgeht, fast die Hälfte aller Stimmen zukommt, obwohl sie die Bauabschnitte III und IV seit mehr als 20 Jahren nicht errichtet und folglich kein Sondereigentum an einer tatsächlich vorhandenen Wohnung hat.

19 (1) Die Stimmrechtsregelung der Teilungserklärung führt zu einem Stimmanteil der Beklagten zu 1 von 48%, obwohl ihre Miteigentumsanteile nicht mit dem Sondereigentum an tatsächlich vorhandenen Wohnungen verbunden sind. Nach den in § 9 Abs. 4 und § 12 Abs. 1 TE getroffenen Regelungen, die der Senat in vollem Umfang ohne Bindung an die Auslegung durch das Berufungsgericht selbst auslegen kann, wobei die Auslegung „aus sich heraus“ objektiv und normativ zu erfolgen hat (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juli 2015 – V ZR 169/14, NJW 2016, 53 Rn. 19 mwN; Urteil vom 15. Dezember 2017 – V ZR 275/16, WuM 2018, 236 Rn. 11), sind für die Verteilung der gemeinschaftlich zu tragenden Kosten und für die Berechnung der Stimmenanteile der Miteigentümer in der Eigentümerversammlung die Wohnflächen zu Grunde zu legen. Die Regelung enthält keine Anhaltspunkte dafür, dass hierbei nur die Flächen der bereits errichteten Wohnungen und Gewerbeeinheiten berücksichtigt werden sollten. Ein solches Verständnis hätte, da die Teilung vor Beginn der Errichtung der Anlage erfolgt ist, die interessenwidrige Konsequenz gehabt, dass zunächst überhaupt kein Stimmrecht bestanden und kein Verteilungsmaßstab für die Kosten und Lasten des Gemeinschaftseigentums zur Verfügung gestanden hätte. Somit spricht alles dafür, dass die in der Anlage II zur Teilungserklärung aufgeführten Flächenangaben zu Grunde gelegt werden sollten, gleich ob die betreffende Einheit bereits errichtet ist oder nicht. Dass die Wohnflächen nach der II. Berechnungsverordnung ermittelt werden sollten, steht diesem Verständnis nicht entgegen, denn hiermit wird lediglich die Möglichkeit bzw. die Pflicht geregelt, die für die Stimmkraft zunächst zu Grunde zu legenden geplanten Wohnflächen nach Errichtung der Gebäude anhand des tatsächlich Gebauten neu zu ermitteln.

20 (2) Das Berufungsgericht geht ohne Rechtsfehler davon aus, dass dieser Regelung ersichtlich die Annahme einer zeitnahen Fertigstellung aller geplanten Wohnungen zu Grunde liegt. Dies zeigt sich auch daran, dass sich nach der Darstellung in Abschnitt II.4 der Teilungserklärung die Stadt L. in dem mit der Beklagten zu 1 geschlossenen Kaufvertrag das durch eine Vormerkung gesicherte Recht vorbehalten hat, die Rückübertragung

des Grundstücks zu verlangen, falls die Investitionsmaßnahmen nicht durchgeführt werden. An eine Bauunterbrechung von mehreren Jahren war offenbar nicht gedacht, und hierauf sind die Stimmrechtsregelungen der Teilungserklärung, die bei der Bemessung der Stimmkraft allein auf die (geplanten) Wohnflächen abstellen und nicht zwischen bereits fertiggestellten und noch in Planung bzw. im Bau befindlichen Wohnungen differenzieren, erkennbar nicht zugeschnitten.

21 cc) Die Annahme des Berufungsgerichts, es wäre unbillig, an der Stimmrechtsregelung der Teilungserklärung festzuhalten, ist revisionsrechtlich ebenfalls nicht zu beanstanden.

22 (1) Die Regelung in § 9 Abs. 4 und § 12 Abs. 1 TE führt aufgrund der eingetretenen Bauunterbrechung im Ergebnis dazu, dass der Beklagten zu 1 in der Eigentümerversammlung seit mittlerweile über 20 Jahren ein Stimmanteil von rund 48% zusteht, obwohl sie keine tatsächlich vorhandenen Sondereigentumseinheiten hält. Das Wohnungseigentum bleibt nämlich – der Substanz nach als Miteigentumsanteil – auf Dauer wirksam, wenn das geplante Gebäude – gleich aus welchen Gründen – nicht errichtet wird und das Sondereigentum daher nicht entsteht (vgl. Senat, Urteil vom 22. Dezember 1989 – V ZR 339/87, BGHZ 110, 36, 39). Die Beklagte zu 1 hat damit in der Eigentümerversammlung eine faktische Mehrheit, weil bei einer Wohnungseigentümergemeinschaft mit gut 120 Mitgliedern die Anwesenheit sämtlicher Wohnungseigentümer auch mit Stimmvollmachten regelmäßig nicht zu erreichen sein wird.

23 Zwar bestehen nach der Teilungserklärung für die einzelnen Häusergruppen Untergemeinschaften, die, soweit wie rechtlich möglich, als selbständige Eigentümergemeinschaften behandelt werden sollen. Dies führt dazu, dass die Mitglieder der Untergemeinschaften über Maßnahmen, die ein zu dieser Untergemeinschaft gehörendes Gebäude betreffen, weitestgehend allein und unter Ausschluss der übrigen Miteigentümer entscheiden können (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 21 ff.). Das ändert aber nichts daran, dass die Verwaltung des Grundstücks als Ganzes den Wohnungseigentümern gemeinsam zusteht (§ 21 Abs. 1 WEG), so dass die Beklagte zu 1 etwa bei der Beschlussfassung über die Verwalterbestellung, über den (Gesamt-)Wirtschaftsplan und die (Gesamt-) Jahresabrechnung zu beteiligen ist. Die Wohnungseigentümer werden folglich in diesen besonders wichtigen Angelegenheiten „fremdbestimmt“ durch eine Miteigentümerin mit faktischer Mehrheitsmacht, die keine Wohnungen hält und daher von der Verwaltung des Gemeinschaftseigentums allenfalls in Randbereichen betroffen ist. Nachdem eine baldige Errichtung der weiteren Sondereigentumseinheiten auch 20 Jahre nach dem Entstehen der Wohnungseigentümergemeinschaft nicht absehbar ist, kann es als unbillig angesehen werden, die übrigen Wohnungseigentümer an einer Stimmrechtsregelung festzuhalten, nach der die nicht errichteten Einheiten bei der Bemessung der Stimmkraft voll zu berücksichtigen sind (vgl. auch OLGR Braunschweig 1994, 257 [Ls.]: „Geisterwohnungen“).

24 (2) Dabei kommt es, wie das Berufungsgericht richtig sieht, nicht darauf an, ob die Beklagte zu 1 ihre faktische Mehrheitsmacht in rechtsmissbräuchlicher Weise ausübt, indem sie erforderliche Beschlüsse blockiert oder Beschlüsse fasst, die nicht ordnungsmäßiger Verwaltung entsprechen. Einer solchen Majorisierung der faktischen Minderheit durch einen Wohnungseigentümer wäre jeweils mit den hierfür zur Verfügung stehenden Rechtsbehelfen, namentlich der Beschlussanfechtungs- und der Beschlussersetzungsklage zu begegnen, die den Minderheitenschutz im Einzelfall gewährleisten (vgl. Senat, Urteil vom 14. Juli 2017 – V ZR 290/16, ZfIR 2017, 709 Rn. 12 f. mwN). Entscheidend ist vielmehr, dass die Verwaltung des gemeinschaftlichen Eigentums – soweit sie nicht von den Untergemeinschaften wahrgenommen wird – den Wohnungseigentümern nach § 21 Abs. 1 WEG gemeinschaftlich zusteht, faktisch aber durch einen Miteigentümer beherrscht wird, der selbst nicht Eigentümer einer tatsächlich vorhandenen Wohnung ist.

25 (3) Entgegen der Ansicht der Revision ist die von dem Berufungsgericht vorgenommene Würdigung nicht deshalb zu beanstanden, weil es nicht berücksichtigt, dass die Beklagte zu 1 gemäß § 10 Abs. 8 Satz 1 WEG nach dem Verhältnis ihres Miteigentumsanteils im Außenverhältnis für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft haftet. Zwar trifft es zu, dass die Beklagte zu 1 nach dieser Vorschrift für Verbindlichkeiten der Gemeinschaft im Außenverhältnis zu etwa 48% haftet, während ihre Stimmkraft auf der Eigentümerversammlung auf insgesamt etwa 36% reduziert werden soll. Dies führt aber nicht dazu, dass die Anpassung der Stimmkraftregelung unbillig ist. Da für die bereits errichteten Häusergruppen Untergemeinschaften bestehen, fallen kostenträchtige Maßnahmen, namentlich Instandsetzungs- und Sanierungsmaßnahmen, vornehmlich in diesen an und sind daher im Innenverhältnis allein von den Mitgliedern der jeweiligen Untergemeinschaft zu tragen. Zudem muss in den Beschlüssen der Untergemeinschaften über die Durchführung solcher Maßnahmen eine Finanzierung vorgesehen werden, die die übrigen Wohnungseigentümer nicht mit einbezieht, so dass das mit der Außenhaftung verbundene wirtschaftliche Risiko für die nicht an der Untergemeinschaft beteiligten Eigentümer gering

ist (vgl. Senat, Urteil vom 10. November 2017 – V ZR 184/16, NJW 2018, 1309 Rn. 27).

26 3. Auch die von dem Berufungsgericht bestimmte Rechtsfolge des Anspruchs der Kläger aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG auf Änderung der Teilungserklärung ist nicht zu beanstanden.

27 a) Die Ausübung des tatrichterlichen Ermessens im Rahmen von § 21 Abs. 8 WEG ist von dem Revisionsgericht nur darauf zu überprüfen, ob alle wesentlichen Umstände Beachtung gefunden haben, die Grenzen der Ermessensausübung eingehalten sind und in einer dem Zweck der Ermächtigung entsprechenden Weise von dieser Gebrauch gemacht wurde (vgl. Senat, Urteil vom 24. Mai 2013 – V ZR 182/12, NJW 2013, 2271 Rn. 24; Urteil vom 8. April 2016 – V ZR 191/15, NJW 2017, 64 Rn. 23).

28 b) Einer solchen Überprüfung hält die getroffene Regelung stand.

29 aa) Wenig überzeugend ist allerdings, dass sich die Stimmkraft der Wohnungseigentümer für die nicht bezugsfertig errichteten Sondereigentumseinheiten nach dem betreffenden Miteigentumsanteil, für bereits errichtete Einheiten aber nach der Wohnfläche bemessen soll. Dass sich unter Zugrundelegung der von dem Berufungsgericht gewählten Berechnungsmethode ein Stimmanteil der Beklagten zu 1 von etwa 36% ergibt, ist nur dem Zufall geschuldet, dass die Miteigentumsanteile vorliegend in Einheiten zu 1/10.000-stel angegeben und daher in der Größenordnung in etwa mit der Gesamtwohnfläche von 16.335,50 m² vergleichbar sind. Die Herabsetzung der Stimmkraft für die noch nicht errichteten Sondereigentumseinheiten hätte auch innerhalb eines Berechnungsprinzips erreicht werden können, in dem die Flächen der nicht fertig gestellten Einheiten bis zu ihrer Errichtung mit einem Faktor kleiner als 1,0 multipliziert würden.

30 bb) Für die Frage, ob die Grenzen des tatrichterlichen Ermessens bei der Herabsetzung der Stimmkraft des Eigentümers von „Geisterwohnungen" eingehalten sind, kommt es aber nicht auf die Überzeugungskraft der Berechnungsmethode, sondern allein auf das Ergebnis der Berechnung an, wenn und soweit sich dieses Ergebnis – wie hier – mit der gewählten Methode zweifelsfrei ermitteln lässt. Das Ergebnis der Herabsetzung der Stimmkraft ist hier nicht zu beanstanden.

31 (1) Dem Umstand, dass das Stimmrecht der Wohnungseigentümer zu dem Kernbereich elementarer Mitgliedschaftsrechte gehört und nur ausnahmsweise und lediglich unter eng begrenzten Voraussetzungen eingeschränkt werden kann (siehe oben Rn. 17), ist auf der Rechtsfolgenseite des Anspruchs aus § 10 Abs. 2 Satz 3 WEG dadurch Rechnung zu tragen, dass die Stimmkraft des Eigentümers von „Geisterwohnungen" nur maßvoll und nur vorübergehend bis zur Fertigstellung der verbleibenden Sondereigentumseinheiten beschränkt wird.

32 (2) Diese Vorgaben hat das Berufungsgericht beachtet. Die Herabsetzung der Stimmkraft für die nicht errichteten Einheiten um etwa 25% bzw. der Gesamtstimmkraft um 12 Prozentpunkte von etwa 48% auf etwa 36% für die Zeit bis zur Fertigstellung der weiteren Bauabschnitte überschreitet nicht die der tatrichterlichen Ermessenausübung revisionsrechtlich gezogenen Grenzen. Insbesondere droht der Beklagten zu 1 keine Majorisierung durch die übrigen Wohnungseigentümer. Ihr verbleibt insgesamt eine Stimmkraft, mit der sie eine Änderung der Teilungserklärung auf der Grundlage der Öffnungsklausel in § 18 TE verhindern kann. Die Beklagte zu 1 hat es zudem in der Hand, ihre volle Stimmkraft – auch schrittweise – wiederzuerlangen, indem sie die weiteren Bauabschnitte fertigstellt.

AGB-Prüfung: Abnahmeklausel im Bauträgervertrag

BGB § 307 Abs. 1 Abs. 2 Nr. 1, § 631 Abs. 1;
BGB aF § 633, 638

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Wohnungseigentümergemeinschaft kann im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen (Rn. 29)

2. Eine vorformulierte Vertragsklausel in einem Bauträgervertrag, nach der die Abnahme des Gemeinschaftseigentums durch den Verwalter zusammen mit dem in der ersten Eigentümerversammlung zu wählenden Abnahmeausschuss erfolgt, ist wegen unangemessener Benachteiligung der Ersterwerber unwirksam. (Rn. 34 – 35)

3. Die Erwerber von Wohungseigentum dürfen trotz der Unwirksamkeit der Abnahmeklausel in den jeweiligen Erwerbsverträgen davon ausgegangen, dass aufgrund der Klausel eine wirksame Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt ist. Daher kann in ihrem Verhalten nach Bezug der Wohnung keine konkludente Abnahme gesehen werden. (Rn. 38)

4. Auch wenn der Besteller, der Anspruch auf eine neue und mangelfreie Werkleistung hat, das mangelhafte

Werk längere Zeit genutzt hat, ist ein Abzug „Neu für Alt“ nicht vorzunehmen, da ihm zu einem vertragsgemäßen Werk zu verhelfen ist, ohne dass ihm zusätzliche Kosten entstehen. (Rn. 52 – 53)

OLG Hamburg (5. Zivilsenat), Urteil vom 11.09.2019 – 5 U 128/16

I. Sachverhalt:

1 Die klagende Wohnungseigentümergemeinschaft nimmt die Beklagte auf Vorschuss für Mängelbeseitigungskosten wegen Mängeln am Gemeinschaftseigentum (Dachunterstände) der im Jahr 2000 von der Beklagten als Bauträgerin errichteten Wohnanlage K.weg 51 a-55e in R.-N. in Anspruch.

2 Im Jahr 2000 schloss die Beklagte Bauträgerverträge mit den jeweiligen Erwerbern. Auf den von der Klägerin exemplarisch vorgelegten Vertrag für die Ersterwerber (Anlage K 2) wird Bezug genommen. § 9 Ziffer 9 des Bauträgervertrags lautet wie folgt: *„Die Abnahme des Gemeinschaftseigentums erfolgt durch den Verwalter zusammen mit dem in der ersten Eigentümerversammlung zu wählenden Abnahmeausschuß. Zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Eigentümergemeinschaft ist insoweit lediglich der Abnahmeausschuß berechtigt. Wahl und Zusammensetzung des Abnahmeausschusses obliegen ausschließlich der Eigentümergemeinschaft. Bei der Wahl des Abnahmeausschusses hat die Verkäuferin, auch wenn sie Eigentümer einer oder mehrerer Wohnungseigentumseinheiten ist, kein Stimmrecht.“* Über die Wirksamkeit dieser Klausel und die weiteren Folgen streiten die Parteien.

3 Am 18.07.2001 fand eine Abnahmebegehung zwischen Vertretern der Beklagten, dem Verwalter und den Mitgliedern des Abnahmeausschusses hinsichtlich aller Teile des Gemeinschaftseigentums statt; am 11.10.2001 erfolgte eine Nachabnahme.

4 Im Jahr 2002 zeigten sich erste Farbabplatzungen sowie Feuchtigkeit an den Dachunterständen der Häuser. Daraufhin erstellte der Sachverständige S. im Auftrag der Beklagten ein Gutachten (Anlage K 6). Im Anschluss wurden von Seiten der Beklagten Sanierungsarbeiten ausgeführt.

5 Wohnungseigentum, das zunächst im Eigentum der Beklagten verblieben war, wurde in der Folgezeit ebenfalls noch verkauft. § 7 dieser sogenannten „Nachzüglerverträge“ (Anlage K 3, datierend aus 2004) lautet auszugsweise wie folgt: „Die Parteien stellen fest, dass der Kaufgegenstand im Jahr 2000 fertiggestellt ist, keine Bauleistungen mehr geschuldet werden und zwischenzeitlich bewohnt war. Der Kaufgegenstand wird mit der Beschaffenheit verkauft, wie er dem Käufer nach der Besichtigung bekannt ist. Rechte des Käufers wegen Sachmängeln etwa des baulichen Zustands, der Größe oder versteckter Mängel werden ausgeschlossen, es sei denn, der Verkäufer handelt arglistig oder vorsätzlich.“

6 Mit Schreiben vom 14.10.2008 (Anlage K 7) teilte die Beklagte dem Prozessbevollmächtigten der Klägerin mit, dass die geplanten Sanierungsmaßnahmen an Dach und Fassade der Wohnanlage freigegeben worden seien.

7 Die Arbeiten wurden seitens der Beklagten ausgeführt und mit Datum vom 30.06.2009 durch die Eigentümergemeinschaft abgenommen (Anlage K 8). Ziffer 7 des Abnahmeprotokolls lautet wie folgt: „Die Gewährleistungspflicht für diese Leistungen des Verkäufers mit Ausnahme der unter Ziffer 3 erwähnten Restarbeiten und Mängel beginnt heute und endet, sofern keine Hemmung oder Unterbrechung eintritt, entsprechend der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist.“

8 Im Jahr 2010 traten wiederum Durchfeuchtungen des Dachunterschlages im Dachrandbereich der Häuser 53 a und b mit entsprechenden Verfärbungen auf. Der Prozessbevollmächtigte der Klägerin forderte die Beklagte mit Schreiben vom 16.08.2010 (Anlage K 9) unter Fristsetzung zur Mängelbeseitigung auf. Die Beklagte berief sich mit Schreiben vom 24.08.2010 (Anlage K 10) auf die „evident“ eingetretene Verjährung und bot Gespräche lediglich im Kulanzwege an.

9 Die Klägerin beauftragte daraufhin den Sachverständigen P., der ein Gutachten (Anlage K 11) erstellte. Für seine Tätigkeit stellte der Sachverständige P. der Klägerin mit Datum vom 11.05.2011 und 09.08.2011 insgesamt 3.683,53 € in Rechnung (Anlage K 14).

10 Mit Beschluss vom 11.01.2012 (Anlage K 15) zog die Klägerin die Ansprüche wegen Mängeln an den Dachunterständen an sich. Der Verwalter wurde von der Eigentümergemeinschaft bevollmächtigt, den klägerischen Prozessbevollmächtigten mit der Erhebung einer Vorschussklage zu beauftragen und die Sachverständigenkosten P. ebenfalls geltend zu machen.

11 Die Klägerin hat vorgetragen:

12 Die vertragliche Regelung zur Abnahme des Gemeinschaftseigentums gemäß § 9 Ziffer 9 des Bauträgervertrages sei als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam gemäß § 307 BGB. Die Bauträgerverträge mit den Ersterwerbern seien inhaltsgleich geschlossen worden. Durch die Klausel werde dem jeweiligen Erwerber das nach dem Gesetz zustehende Recht auf eigene Abnahme des Gemeinschaftseigentums entzogen. Eine Abnahme durch den Abnahmeausschuss sei mangels

wirksamer Bevollmächtigung nicht erfolgt. Die fehlende Abnahme sei auch nicht konkludent durch die einzelnen Erwerber mittels schlüssigen Verhaltens erfolgt, da den Erwerbern das nötige Erklärungsbewusstsein gefehlt habe, nachdem sie von einer bereits erfolgten Abnahme durch die in den Verträgen bestimmten Personen ausgegangen seien.

13 Auch sei der Gewährleistungsausschluss in den sogenannten Nachzüglerverträgen als Allgemeine Geschäftsbedingung unwirksam gemäß § 309 Nr. 8 b BGB. Bei den im Jahr 2008 durchgeführten Arbeiten habe es sich um Mängelbeseitigungsarbeiten der Beklagten gehandelt, die den zugrunde liegenden Mangel damit anerkannt habe. Die vom Sachverständigen P. aufgeführten Arbeiten seien zur Mängelbeseitigung erforderlich; die in Ansatz gebrachten Kosten in Höhe von ca. 15.000,00 € angemessen. Dasselbe gelte für die Tätigkeit des Sachverständigen und die hierfür abgerechneten Kosten, die sie als Schadensersatz geltend gemacht hat.

14 Die Klägerin hat zuletzt beantragt,

1. die Beklagte zu verurteilen, an sie 18.683,53 € nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2011 zu zahlen,

2. die Beklagte zu verurteilen, an sie 492,54 € an vorgerichtlichen Rechtsverfolgungskosten nebst Zinsen in Höhe von 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz seit dem 01.11.2011 zu zahlen.

15 Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

16 Die Beklagte hat vorgetragen:

17 Die Klägerin sei nicht aktivlegitimiert, denn es fehle an einer wirksamen Beschlussfassung. Es sei zu bestreiten, dass die Verträge mit den Erwerbern gleichlautend geschlossen worden seien. Dass dies nicht der Fall sei, ergebe sich bereits aus dem unterschiedlichen Wortlaut der als Anlage K 2 bzw. K 3 vorgelegten Verträge. Jedenfalls im Jahr 2004 sei Kaufgegenstand eine gebrauchte Wohneinheit gewesen, bei der der Haftungsausschluss wirksam habe vereinbart werden können. Es liege zudem kein von ihr zu vertretender Mangel vor. Sie habe auch zu keinem Zeitpunkt einen Mangel anerkannt. Die Arbeiten im Jahr 2008 seien lediglich aus Kulanz ausgeführt worden und hätten andere Bereiche als die jetzt streitgegenständlichen betroffen. Die Beklagte hat zudem die Einrede der Verjährung erhoben. Eine (wirksame) Abnahme der Dachflächen sei im Jahr 2001 erfolgt; die im Jahr 2008/2009 durchgeführten Kulanzarbeiten hätten zu keinem Neubeginn der Verjährung geführt.

18 Das Landgericht hat Beweis erhoben gemäß Beweisbeschluss vom 22.11.2012 (Bl. 62 d.A.) ergänzt durch Beschluss vom 06.05.2014 (Bl. 120 d.A.) durch Einholung eines Sachverständigengutachtens. Hinsichtlich des Ergebnisses der Beweisaufnahme wird auf das schriftliche Gutachten des Sachverständigen E. vom 03.08.2015 (Bl. 177 f. d.A.) und die mündliche Erläuterung des Sachverständigen in der Sitzung vom 25.01.2016 sowie das entsprechende Sitzungsprotokoll (Bl. 302 f. d.A.) verwiesen.

19 Das Landgericht hat der Klage fast vollumfänglich stattgegeben und hinsichtlich der beantragten Zinsen teilweise abgewiesen. Dabei hat es die Prozessführungsbefugnis der Klägerin bejaht und begründet, weshalb die Werkleistung der Beklagten mangelhaft sei. Verjährung sei nicht eingetreten. Der vom Sachverständigen E. festgestellte Mangel sei bereits Gegenstand der Mangelrüge und Begutachtung durch den von der Beklagten eingesetzten Gutachter Schüler gewesen. Die mit der Abnahme der Gewährleistungsarbeiten im Jahr 2008 in Gang gesetzte Gewährleistungsfrist von fünf Jahren sei im Zeitpunkt der Klageerhebung 2012 noch nicht abgelaufen gewesen. Zudem verstoße die Abnahmeklausel in den Nachzüglerverträgen gegen §§ 307 ff. BGB.

20 Gegen dieses Urteil, das der Beklagten am 01.07.2016 zugestellt worden ist, hat die Beklagte mit Schriftsatz vom 21.07.2016 Berufung eingelegt, die sie mit Berufungsbegründungsschriftsatz vom 04.10.2016, eingegangen per Fax an 04.10.2016, begründet hat, nachdem die Berufungsbegründungsfrist auf Antrag der Beklagten durch Verfügung des Vorsitzenden bis zum 01.10.2016 (Samstag) verlängert worden war.

21 Mit der Berufung verfolgt die Beklagte weiterhin ihren Klagabweisungsantrag.

22 Sie wiederholt ihre erstinstanzliche Rechtsansicht, dass die Klägerin nicht aktivlegitimiert sei. Die Beauftragung des klägerischen Prozessbevollmächtigten sei bereits zum 16.08.2010 erfolgt; der eingereichte Beschluss datiere vom 11.01.2012 (Anlage K 15). Eine nachträgliche Heilung scheitere an der geltend gemachten Verjährungseinrede, die sie weiterhin erhebe. Im Übrigen sei das Ergebnis der Beweisaufnahme gerade nicht dazu geeignet, einen Mangel anzunehmen, der in ihrem Verantwortungsbereich liege. Ferner sei eine Ausgleichspflicht für die Kosten des Privatgutachters zu verneinen.

23 Die Beklagte beantragt,

in Abänderung des Urteils des Landgerichts Hamburg vom 21.06.2016, Az. 321 O 35/12, die Klage abzuweisen.

24 Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

25 Die Klägerin verteidigt das Urteil.

26 Sie ist der Ansicht, das Landgericht habe zutreffend gewürdigt, dass sie aktivlegitimiert sei. Richtigerweise habe das Landgericht auch keine Verjährung angenom-

men. Mit zutreffenden Erwägungen gehe das Landgericht auch von einem durch die Beklagte verursachten Mangel aus und lehne einen Eintritt der Verjährung ab.

27 Hinsichtlich des übrigen Sach- und Streitstandes wird auf die wechselseitigen Schriftsätze der Parteien samt Anlagen Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

28 Die Berufung ist zulässig, Insbesondere ist sie form- und fristgerecht eingelegt worden. In der Sache führt sie aber nicht zum Erfolg. Im Ergebnis zu Recht hat das Landgericht die Beklagte im stattgegebenen Umfang verurteilt. Das Berufungsvorbringen gibt dem Senat keinen Anlass, von dieser Entscheidung abzuweichen. Vielmehr beruht die angefochtene Entscheidung weder auf einer Rechtsverletzung (§§ 513 Abs. 1 1. Alt., 546 ZPO) noch rechtfertigen die nach § 529 ZPO zugrunde zu legenden Tatsachen eine andere Entscheidung (§ 513 Abs. 1 2. Alt. ZPO).

29 1. Die Klägerin ist prozessführungsbefugt. Es entspricht allgemeiner Ansicht in der Rechtsprechung, dass die Wohnungseigentümergemeinschaft im Rahmen der ordnungsgemäßen Verwaltung des Gemeinschaftseigentums die Ausübung der auf die ordnungsgemäße Herstellung des Gemeinschaftseigentums gerichteten Rechte der einzelnen Erwerber aus den Verträgen mit dem Veräußerer durch Mehrheitsbeschluss an sich ziehen kann (vgl. BGH, Urteil vom 12.04.2007, Az.: VII ZR 236/05, zitiert nach juris; OLG Stuttgart, Urteil vom 03.07.2012, Az.: 10 U 33/12, zitiert nach juris; OLG München, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 28 U 2050/16Bau, zitiert nach juris; OLG Frankfurt, Urteil vom 10.12.2018, Az.: 29 U 123/17, zitiert nach juris). Unschädlich ist, dass der Beschluss am 11.01.2012 gefasst worden ist. Die Klage ist erst nach diesem Zeitpunkt eingereicht worden. Aufgrund des Verhaltens der Klägerin wird deutlich, dass auch die vor diesem Zeitpunkt liegenden Handlungen des klägerischen Prozessbevollmächtigten von ihr genehmigt worden sind (vgl. auch OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, Az.: 8 U 106/10, zitiert nach juris).

30 2. Da die Klägerin Ansprüche der Wohnungseigentümer als Prozessstandschafterin verfolgt, setzt die Begründetheit der Klage voraus, dass mindestens ein Wohnungseigentümer noch Inhaber von durchsetzbaren, d.h. nicht verjährten Ansprüchen ist. Soweit die Ansprüche aus Erwerbsverträgen hergeleitet werden, die bis zum 31.12.2001 geschlossen wurden (vgl. Anlage K 2), sind das BGB und das AGBG in der bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung (a.F.) anzuwenden gemäß Art. 229 § 5 Satz 1 EGBGB. Soweit die Ansprüche aus Nachzüglerverträgen (Anlage K 3) hergeleitet werden, ist das Recht anzuwenden, das seit dem 01.01.2002 gegolten hat.

31 a) Diesbezüglich stellt sich die Frage, ob die Klausel in § 7, bei der es sich um eine Allgemeine Geschäftsbedingung handelt, wirksam ist. Die Annahme einer Unwirksamkeit gemäß § 309 Nr. 8 b BGB ist vor dem Hintergrund der Urteile des BGH vom 25.02.2016 (Az.: VII ZR 156/13, zu finden in juris) und 12.05.2016 (Az.: VII ZR 171/15, zu finden in juris) zweifelhaft. Denn danach richtet sich bei Eigentumswohnungen, die ein Bauträger ungefähr drei Jahre nach Errichtung veräußert und die zuvor vermietet gewesen sind, die Sachmängelhaftung nach Kaufrecht, wohingegen bei neu errichteten Häusern oder Eigentumswohnungen von der Anwendbarkeit von Werkvertragsrecht auszugehen ist. Diese Rechtsfrage kann vorliegend dahinstehen, denn es ist von einer Unwirksamkeit gemäß § 307 BGB Abs. 1, 2 Nr. 1 BGB auszugehen. Grundsätzlich soll bei Bauwerken sowohl beim Kauf- als auch beim Werkvertragsrecht eine fünfjährige Verjährungsfrist gelten. Bei dem hier vorliegenden Nachzüglervertrag aus 2004 wird die Gewährleistung vor Ablauf der Verjährungsfrist der Ersterwerberverträge hinsichtlich des Gemeinschaftseigentums ausgeschlossen selbst bei Annahme einer Abnahme im Jahr 2001. Dies erscheint unbillig (so auch Dr. C. in: „Die Verjährungsverkürzung im Nachzüglerbauträgervertrag – taugliches Instrument zur Synchronisierung der Verjährung der Gewährleistungsansprüche wegen Mängeln des Gemeinschaftseigentums“, MittBayNot 2017, 547 f.).

32 b) Letztlich kann diese Frage, ob auch die Nachzüglererwerber Ansprüche gegenüber der Beklagten haben, oder ob diesbezüglich wirksam die Gewährleistung wirksam abbedungen werden konnte, offen bleiben. Denn jedenfalls den Erstwerbern steht nach Ansicht des Senats ein Anspruch auf den Kostenvorschuss in der geltend gemachten Höhe gemäß § 633 BGB a.F. zu.

33 3. Sowohl für die Ersterwerber als auch für die Nachzüglererwerber beträgt die Gewährleistungsfrist fünf Jahre und beginnt mit der Abnahme (§ 638 BGB a.F. bzw. § 634a BGB). Für das Vorliegen der Voraussetzungen der Verjährung trägt die Beklagte die Darlegungslast (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, Az.: 8 U 106/10, zitiert nach juris).

34 a) Jedenfalls hinsichtlich der Ersterwerberverträge hat keine wirksame Abnahme stattgefunden. Zwar gibt es ein Abnahmeprotokoll. Dieses fußt auf der Regelung des § 9 Ziffer 9 der Bauträgerverträge. Die entsprechende Abnahmeklausel ist jedoch unwirksam gemäß § 9 Abs. 1 AGBG. Die Regelung sieht nämlich vor, dass eine Abnahme durch den Verwalter zusammen mit dem in der ersten Eigentümerversammlung zu wählenden

Abnahmeausschuss erfolgt. Bei der streitgegenständlichen Vertragsklausel handelt es sich – wie das Landgericht zutreffend angenommen hat – um eine Allgemeine Geschäftsbedingung. Das Bestreiten der Beklagten, dass diese Bedingung in einer Vielzahl von Verträgen vorformuliert war, ist unerheblich. Sie als Verkäuferin hätte hierzu dezidiert Stellung nehmen können und müssen. Ihr Einwand hinsichtlich der Unterschiedlichkeit der Anlagen K 2 und K 3 bleibt ohne Erfolg, weil es sich hierbei gerade um die verschiedenen Varianten der Erwerberverträge (einmal Ersterwerber und einmal Nachzügler) handelt. Dass die Verträge notariell beurkundet worden sind, steht dem Formalcharakter nicht entgegen (vgl. OLG Karlsruhe, Urteil vom 27.09.2011, a.a.O.; BGH, Urteil vom 14.05.1992, Az.: VII ZR 204/90, zitiert nach juris).

35 b) Durch die Regelung wird den Ersterwerbern jedoch die Möglichkeit genommen, über die Ordnungsgemäßheit der Werkleistung des Bauträgers selbst zu befinden. Eine vom Bauträger geschuldete Leistung entgegenzunehmen und über ihre Ordnungsgemäßheit zu entscheiden, ist aber alleine Sache des Erwerbers. Dies gilt auch für das Gemeinschaftseigentum (vgl. Brandenburgisches OLG, Urteil vom 13.06.2013, Az.: 12 U 162/12, zitiert nach juris; vgl. OLG München, Urteil vom 09.04.2018, Az.: 13 U 4710/16Bau, zitiert nach juris). Zwar sieht die streitgegenständliche Klausel vor, dass zur rechtsgeschäftlichen Vertretung der Eigentümergemeinschaft nur der Abnahmeausschuss befugt ist. Dennoch wird dem Erwerber sein originäres Abnahmerecht genommen, weil die Klausel zumindest so verstanden werden kann, dass der Erwerber nicht mehr zur individuellen Abnahme berechtigt ist (vgl. OLG Nürnberg, Urteil vom 26.04.2018, Az.: 13 U 1908/16, zitiert nach juris).

36 c) Zudem liegt ein Verstoß gegen § 9 Abs. 2 AGBG vor. Es ist für den jeweiligen Erwerber nicht erkennbar, dass die Vollmacht widerruflich ist und er jederzeit selbst die Abnahme erklären kann (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 31.03.2015, Az.: 10 U 46/14, zitiert nach juris).

37 d) Folge der unwirksamen Klausel ist, dass im Juli bzw. Oktober 2001 (Anlagen K 4 und 5) nicht wirksam die Abnahme erklärt worden ist. Dies wiederum hat zur Folge, dass die Verjährungsfrist nicht zu laufen begonnen hat.

38 e) Eine konkludente Abnahme seitens der Erwerber ist nicht anzunehmen. Eine solche setzt voraus, dass nach den Umständen des Einzelfalls das nach außen hervortretende Verhalten des Bestellers den Schluss rechtfertigt, er billige das Werk als im Wesentlichen vertragsgerecht. Die Erwerber sind aufgrund der jeweiligen vertraglichen Regelung davon ausgegangen, dass eine Abnahme des Gemeinschaftseigentums bereits erfolgt ist. Dann kann in ihrem Verhalten nicht eine entsprechende Erklärung gesehen werden (vgl. BGH, Urteil vom 12.05.2016, Az.: VII ZR 171/15, zitiert nach juris).

39 f) Unerheblich ist dann, dass die Beklagte im Jahr 2008 unstreitig Arbeiten am Dach durchgeführt hat, die im Jahr 2009 abgenommen worden sind. Ausweislich des Schreibens vom 14.10.2008 (Anlage K 7) und Ziffer 7 des Abnahmeprotokolls aus 2009 (Anlage K 8) hat die Beklagte zwar nach dem objektiven Empfängerhorizont zu erkennen gegeben, dass hinsichtlich dieser durchgeführten Arbeiten die Verjährungsfrist mit der Abnahme beginnen und entsprechend der vertraglich festgelegten Gewährleistungsfrist enden solle. Dies kann nur so verstanden werden, dass ab diesem Zeitpunkt (mindestens) eine Frist von fünf Jahren zu laufen beginnt. Fraglich erscheint aber, ob dadurch auch für die Errichtung der Gebäude bzw. des Gemeinschaftseigentums an sich die Abnahme erklärt werden sollte. Letztlich braucht dies nicht entschieden zu werden. In jedem Fall wäre die Verjährungsfrist bei Klagerhebung 2012 noch nicht abgelaufen gewesen.

40 4. Zutreffend ist das Landgericht nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme aufgrund der nachvollziehbaren und überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen E. zu der Annahme gelangt, dass ein Mangel im Sinne des § 633 BGB a.F. vorliegt.

41 a) Der Sachverständige E. hat plausibel erläutert, dass die streitgegenständliche Dachkonstruktion nicht dem vertraglich vorausgesetzten Zweck entspricht. Dabei ist zu beachten, dass der Besteller im Allgemeinen seiner Darlegungslast genügt, wenn er einen Mangel, aus dem er Rechte herleitet, in seinem äußeren Erscheinungsbild behauptet und belegt (Symptomtheorie). Erforderlich ist somit nur eine hinreichend genaue Bezeichnung von Mangelerscheinungen, die einer fehlerhaften Leistung eines Baubeteiligten zugeordnet werden (vgl. OLG München, Urteil vom 09.05.2017, Az.: 28 U 2050/16Bau, zitiert nach juris; Pastor in: *Werner/Pastor,* Der Bauprozess, 16. Auflage 2018, Rn. 1980).

42 aa) Wie das Landgericht zutreffend angenommen hat, steht nach den überzeugenden Ausführungen des Sachverständigen E. fest, dass die Dampfbremsfolie nicht überall vollständig an das aufgehende Mauerwerk angeschlossen war. So konnte an jedenfalls der einen im Rahmen der Öffnung des Daches festgestellten Stelle (Bereich des östlich angrenzenden Sparrens) Wasserdampf in den Dachquerschnitt eindringen und im Winter dort kondensieren.

43 bb) Auch im Rahmen des BlowerDoor-Tests sind – wenn auch geringe – Temperaturabsenkungen festgestellt worden, die ein Indiz dafür sein können, dass Fehlstellen an der Andichtung der Dampf- und Wind-

dichtigkeitsebene vorliegen können. Zudem hat der Sachverständige E. nachvollziehbar dargelegt, dass im Rahmen der weiteren Untersuchungen festgestellt worden sei, dass die als Dampfbremse fungierende, transparente Folie teilweise an dem zwischen den Dachsparren hochgeführten Mauerwerk angeschlossen worden ist, jedoch auf einem nicht verputzten Untergrund. Bei diesem Untergrund sei eine ausreichende Haftung zwischen Folie und Untergrund auf Dauer nicht gewährleistet. Zum Teil sei die Dampfbremse ehemals gar nicht am Mauerwerk angeschlossen gewesen.

44 cc) Die Einwände der Beklagten tragen nicht. Der Sachverständige hat das Dach an zwei Stellen geöffnet und dabei zum einen eine Fehlstelle und zum anderen festgestellt, dass die Klimamembran überhaupt nicht angeklebt war. Das von ihm gefundene Klebeband ist seiner Einschätzung nach nachträglich angebracht worden.

45 dd) Eine Beschädigung durch den klägerischen Gutachter P. ist nach der Ansicht des Senats nicht anzunehmen. Der Sachverständige E. hat zudem ausgeführt, dass er an einer anderen Stelle das Dach geöffnet hat als dieser. Auch zu Alternativursachen hat sich der Sachverständige E. überzeugend geäußert. Allein der Umstand, dass an den abgehängten Decken Leuchtkörper angebracht sind, besagt nichts darüber aus, dass dadurch die Klimamembran beschädigt worden ist. Zwar hat der Sachverständige dies auch nicht auszuschließen vermocht, als Ursache hat er es nach seinen gründlichen Untersuchungen aber gerade nicht ausmachen können. Auch bei dem von der Beklagten eingeholten Gutachten hat der Gutachter Schüler bereits 2002 die Vermutung geäußert, dass die Wind- und Dampfsperren nicht ausreichenden Schutz gegen Feuchtigkeitseintritt aus den darunter liegenden Räumen bieten. Im Übrigen liegt die Beweislast für die Mangelfreiheit mangels wirksamer Abnahme bei der Beklagten.

46 b) Die Klägerin hat die Beklagte in Verzug gesetzt (vgl. Schreiben Anlage K 9). Hierbei ist auch von einer wirksamen Bevollmächtigung des klägerischen Prozessbevollmächtigten bzw. jedenfalls von einer nachträglichen Genehmigung seines Handelns auszugehen. Im Übrigen wäre eine Fristsetzung nicht erforderlich, weil die Beklagte die geforderte Mängelbeseitigung ernsthaft und endgültig verweigert hat. Dies genügt auch für ein Inverzugsetzen (vgl. Palandt-*Sprau,* 60. Auflage 2001, § 633, Rn. 8 m.w.N.).

47 5. Der von der Klägerin für die Wohnungseigentümergemeinschaft geltend gemachte Vorschuss für die Mängelbeseitigung ist auch der Höhe nach berechtigt.

48 a) Der Sachverständige E. hat die Kosten für die Mängelbeseitigung deutlich höher als 15.000,00 € beziffert. Dabei hat dieser auch die Art der Mängelbeseitigung plausibel dargelegt. So hat er ausgeführt, warum es aus Sachverständigensicht notwendig sei, eine neue Dachkonstruktion zu planen und auszuführen. Die ursprünglich gewählte Ausführungsart eines unbelüfteten Pultdaches sei eine sehr sensible Konstruktion. Er hat nachvollziehbar dargetan, dass eine Sanierung am jeweiligen Dachrand nicht ausreichend ist, sondern eine andere Dachkonstruktion gewählt werden müsse.

49 b) Unerheblich ist, ob hinsichtlich der genauen Ausführungsart etwas anderes vereinbart war. Der das Werkvertragsrecht prägende Grundsatz der Haftung für einen bestimmten Erfolg besagt, dass die vereinbarte oder als üblich zu erwartende Funktion des Werks gegenüber einer in einer Leistungsbeschreibung festgelegten Ausführungsart vorrangig ist. Der vertraglich geschuldete Erfolg besteht deshalb auch dann in der Funktionstauglichkeit des Werks, wenn die beabsichtigte bzw. vereinbarte Ausführungsart nicht geeignet ist, den vereinbarten Erfolg zu erreichen (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.07.2010, Az.: 7 U 76/09, zitiert nach juris, m.w.N.). Wenn Bautechniken unerwartete Folgen nach sich ziehen, die insgesamt zu einem Mangel führen, haftet der Werkunternehmer hierfür auch im Rahmen der Gewährleistung (vgl. OLG Frankfurt, Beschluss vom 07.07.2010, a.a.O.).

50 c) Nennenswerte Sowieso-Kosten stehen der erfolgten Verurteilung der Beklagten nicht entgegen. Der Sachverständige hat plausibel dargetan, dass der Kostenunterschied zwischen der vorgenommenen Bauausführung zu derjenigen Bauausführung, wenn das streitgegenständliche Dach bereits bei der ersten Erstellung als belüftetes Dach gebaut worden wäre, nicht sehr groß gewesen wäre. Zwar hat er die Höhe in seiner Anhörung letztlich offen gelassen, allerdings ist nicht davon auszugehen und von der Beklagten auch nicht behauptet worden, dass die Sowieso-Kosten derartig hoch sind, dass die Klägerin nicht einmal die geltend gemachten 15.000,00 € erhalten würde. Zudem stellt sich die Frage, ob vorliegend überhaupt Sowieso-Kosten anzunehmen wären. Kein Fall von „Sowieso"-Kosten liegt vor, wenn der Unternehmer von vornherein zu einem bestimmten Preis einen bestimmten Erfolg versprochen hat, ohne dass daraus die Verpflichtung nur zu ganz bestimmten Leistungen resultiert. Dann hat der Unternehmer diesen Erfolg herbeizuführen, auch wenn sich die beabsichtigte Ausführungsart nachträglich als unzureichend erweist und aufwändigere als die kalkulierten Maßnahmen erforderlich werden (vgl. HansOLG Hamburg, Urteil vom 19.02.2015, Az.: 4 U 111/13, zitiert nach juris).

51 d) Nicht auf die Höhe der geschätzten Vorschusskosten wirkt sich im Übrigen aus, dass der Sachverständige E. ausgeführt hat, er habe in seiner Kostenschätzung eine dickere Dämmung zu Grunde gelegt, die sich nach den heutigen Anforderungen der ENEV richte und die es

zum damaligen Zeitpunkt noch nicht gegeben habe. Da eine Sanierung zum jetzigen Zeitpunkt den heutigen Vorgaben an die Bauausführung gerecht werden muss, ist nicht auf die Kosten zum Zeitpunkt der Herstellung des Werks abzustellen, sondern auf die jetzt geltenden Vorgaben. Auch wenn das Werk grundsätzlich den zur Zeit der Abnahme anerkannten Regeln der Technik als vertraglichen Mindeststandard entsprechen muss, muss eine Mangelbeseitigung die zum Zeitpunkt ihrer Vornahme geltenden anerkannten Regeln der Technik und gesetzlichen Vorschriften einhalten (vgl. OLG Stuttgart, Urteil vom 03.07.2012, Az.: 10 U 33/12, zitiert nach juris).

52 e) Ein Abzug „Neu für Alt" ist nicht vorzunehmen (vgl. OLG Hamm, NJW-RR 1996, 272 f.). Nach dem Zweck der Gewährleistungsvorschrift soll dem Besteller zumindest nachträglich zu einem vertragsgemäßen Werk verholfen werden und zwar ohne zusätzliche Kosten und grundsätzlich ohne Rücksicht auf die inzwischen ohne sein Zutun vergangene Zeit. Mit diesem Gesetzeszweck ist die Anrechnung ersparter Instandhaltungsaufwendungen oder einer längeren Lebensdauer nachgebesserter Leistungen nicht zu vereinbaren. Insoweit unterscheidet sich die Interessenlage der Beteiligten grundlegend von den Schadenersatzfällen aus unerlaubter Handlung, bei denen eine entsprechende Vorteilsausgleichung unter dem Gesichtspunkt „Neu für Alt" anerkannt ist.

53 Der Anspruch des Auftraggebers auf eine neue und mangelfreie Werkleistung darf nicht dadurch geschmälert werden, dass der Auftragnehmer trotz ständiger Mängelrügen seiner Vertragspflicht nicht nachkommt. Ebenso wenig braucht sich der Auftraggeber darauf verweisen lassen, er habe das – wenn auch fehlerhafte – Werk immerhin längere Zeit nutzen können. Dabei handelt es sich um eine unvermeidliche Nutzung, die gerade nicht den vertraglich geschuldeten unbeeinträchtigten Gebrauch ermöglicht und deshalb keinen Abzug rechtfertigt (vgl. OLG Dresden, Urteil vom 16.07.2014, Az.: 1 U 600/12, zitiert nach juris; OLG Koblenz, Urteil vom 08.01.2009, Az.: 5 U 1597/07, zitiert nach juris).

54 6. Die Kosten für das eingeholte Privatgutachten kann die Klägerin gemäß §§ 635 BGB a.F./pW als erstattungsfähigen Schaden verlangen, da sie sich auf das Auftreten des streitgegenständlichen Mangels bezogen (vgl. OLG München, Urteil vom 06.12.2016, Az.: 28 U 2388/16Bau, zitiert nach juris). Denn wenn der Sachverständige zur Feststellung bereits aufgetretener bzw. in ihrer Symptomatik erkennbarer Mängel beauftragt wird, kommt ein Erstattungsanspruch in Betracht (vgl. OLG München, Urteil vom 06.12.2016, a.a.O.; OLG Köln, Beschluss vom 09.10.2012, Az.: 22 U 58/12, zitiert nach juris).

55 7. Auch der vom Landgericht ausgeurteilte Zinsanspruch steht der Klägerin aus Verzug bzw. aufgrund Rechtshängigkeit zu. Zwar war das Schreiben Anlage K 13 nicht dazu geeignet, die Beklagte auch hinsichtlich der Zahlung des Kostenvorschusses in Verzug zu setzen (vgl. BGH, Urteil vom 27.03.1980, Az.: VII ZR 214/79, zitiert nach juris). Allerdings ist die Verurteilung zur Zahlung ab dem 01.11.2011 nicht zu beanstanden, weil auch nach altem Recht Verzug unabhängig von den Voraussetzungen des § 284 BGB a.F. eintreten konnte, wenn der Schuldner (hier: die Beklagte) vor oder nach Fälligkeit die Leistung ernsthaft und endgültig verweigert hat (vgl. Palandt-*Heinrichs,* BGB, 60. Auflage 2001, § 284, Rn. 35). Im Übrigen ergibt sich der Zinsanspruch aus §§ 291, 288 Abs. 1 BGB.

Wirksamkeit einer durch die Betreuungsbehörde beglaubigten Vorsorgevollmacht

GBO § 29; BtBG § 6 Abs. 2 S. 1

Gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG ist die Betreuungsbehörde befugt, Unterschriften oder Handzeichen auf Vorsorgevollmachten öffentlich zu beglaubigen. Eine solche gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG öffentlich beglaubigte Vorsorgevollmacht genügt indes den nicht Anforderungen des § 29 GBO.

OLG Köln, Beschl. v. 30.10.2019 – 2 Wx 327/19

I. Sachverhalt:

1 Der im Grundbuch des im Rubrum aufgeführten Grundbesitzes als Eigentümer eingetragene Herr K. ist am 12.9.2016 verstorben. Herr K. errichtete am 8.4.2011 eine „Vorsorgevollmacht", in der er die Bet. zu 1 und 2 zu seinen allgemeinen Bevollmächtigten mit jeweils alleiniger Vertretungsbefugnis einsetzte. Zu den Befugnissen der Bevollmächtigten gehörten neben der Vertretung im Bereich der Gesundheitsfürsorge und im Bereich von Verträgen, Anträgen und Rechtsstreitigkeiten auch die Vertretung des Vollmachtgebers im Bereich der Vermögenssorge, dh in allen Vermögensangelegenheiten einschließlich der Verwaltung des Vermögens, des Erwerbs und der Veräußerung von Vermögen. Weiterhin ist in der Vorsorgevollmacht geregelt worden, dass diese durch den Tod des Vollmachtgebers nicht erlöschen soll. Die Betreuungsbehörde des Rhein-Sieg-Kreises

hat die Echtheit der Unterschrift von Herrn K. unter der Vollmachtsurkunde beglaubigt. Mit notariellem Vertrag vom 18.9.2019 hat die Bet. zu 2 handelnd als Bevollmächtigte für den Nachlass von Herrn K. den im Rubrum aufgeführten Grundbesitz unentgeltlich an den Bet. zu 1 übertragen. Der Urkundsnotar stellte mit Schreiben vom 20.9.2019 den Antrag auf Eigentumsumschreibung auf den Erwerber.

2 Mit Zwischenverfügung vom 8.10.2019 hat die Grundbuchrechtspflegerin den Antrag mit der Begründung beanstandet, dass zur Eigentumsumschreibung die Mitwirkung der Erben sowie der Erbnachweis erforderlich seien. Die gemäß § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG öffentlich beglaubigte Vorsorgevollmacht genüge den Anforderungen des § 29 GBO nicht, da es an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde für die sog. Nachlass- oder Generalvollmacht gefehlt habe. Das Grundbuchamt hat zur Behebung der Eintragungshindernisse eine Frist bis zum 1.12.2019 gesetzt. Hiergegen hat der Bf. Beschwerde eingelegt.

II. Aus den Gründen:

3 Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. § 29 GBO bestimmt, dass die Eintragungsunterlagen dem Grundbuchamt in besonderer Form nachzuweisen sind. Eine Eintragung soll demnach nur vorgenommen werden, wenn die Eintragungsbewilligung oder die sonstigen zur Eintragung erforderlichen Erklärungen durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden nachgewiesen werden. Für derartige Urkunden ist erforderlich, dass die Behörde oder Urkundsperson zur Ausstellung der Urkunde sachlich zuständig ist, dh die Grenzen ihrer Amtsbefugnisse nicht überschreitet (vgl. *Demharter* GBO, 31. Aufl., § 29 Rn. 1, 33).

4 Die von der Betreuungsbehörde nach § 6 BtBG beglaubigte Vorsorgevollmacht vom 8.4.2011 genügt den Anforderungen des § 29 GBO jedoch nicht.

5 Durch Art. 11 des Gesetzes zur Änderung des Zugewinnausgleichs und Vormundschaftsrechts vom 6.7.2009 (BGBl. I, 1696) wurde seitens des Gesetzgebers zwar klargestellt, dass es sich bei § 6 Abs. 2 BtBG um einen Beglaubigungstatbestand handelt, der mit den Rechtswirkungen einer öffentlichen Beglaubigung ausgestattet ist (BT-Drs. 16/13027, 8). Dabei ist der Gesetzgeber aber nicht ausdrücklich auf die Frage einer transmortalen Vollmacht eingegangen.

6 Hierzu wird in der Literatur teilweise die Auffassung vertreten, dass sich die Beglaubigungszuständigkeit der Betreuungsbehörde nur auf Vollmachten erstrecken könne, die für den Betreuungsfall gedacht seien und diesen ausschließen sollen. Vorsorgevollmachten über den Tod hinaus würden dagegen nicht von der Zuständigkeit der Betreuungsbehörde erfasst, so dass die Beglaubigung gegebenenfalls außerhalb des gesetzlichen Aufgabenkreises vorgenommen sei (vgl. hierzu BeckOK GBO/ *Hügel,* § 29 Rn. 203a; *Demharter* GBO, 31. Aufl., § 29 Rn. 42; *Zimmer* ZfIR 2016, 769).

7 Anderer Auffassung ist insbesondere das OLG Karlsruhe, wonach diese Auslegung des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG den Begriff der Vorsorgevollmacht verkennen würde (vgl. OLG Karlsruhe FGPrax 2016, 10; *Roglmeier* jurisPR FamR 2/2016 Anm. 8). Der Gesetzgeber verwende diesen Begriff in der Überschrift des § 1901c BGB. In § 1901c S. 2 BGB seien Vorsorgevollmachten als „Schriftstücke, in denen der Betroffene eine andere Person mit der Wahrnehmung seiner Angelegenheiten bevollmächtigt hat“ beschrieben. Diese weite Formulierung zeige, dass die Vorsorgevollmacht eine gewöhnliche Vollmacht im Sinne von §§ 164ff. BGB sei. Ihren besonderen Charakter erhalte sie durch die Motivlage des Vollmachtgebers, der mit ihrer Errichtung eine gesetzliche Betreuung im so genannten Vorsorgefall vermeiden will. Der besondere Errichtungsanlass würde in rechtlicher Hinsicht allerdings nicht automatisch die inhaltliche oder zeitliche Reichweite der Vorsorgevollmacht begrenzen. Es liege vielmehr in der freien Entscheidungsgewalt des Vollmachtgebers, ob er die Geltungsdauer auf seine Lebenszeit begrenzen oder aber die Wirkung über den Tod hinaus (transmortal) erteilen möchte. Wenn – wie vorliegend geschehen – der Vollmachtgeber ausdrücklich die Geltung der Vollmacht bis über den Tod hinaus festlegen würde, so wolle er gerade verhindern, dass aus dem Vorsorgecharakter der Vollmacht der Schluss gezogen wird, dass die Vollmacht nur für die Dauer einer Betreuungsbedürftigkeit gelten soll (vgl. OLG Karlsruhe FGPrax 2016, 10).

8 Bei der verfahrensgegenständlichen Vollmacht könnte es sich insofern um eine Vorsorgevollmacht im Sinne des § 6 Abs. 2 BtBG handeln, als der Vorsorgecharakter der Vermeidung einer rechtlichen Betreuung durch die umfassenden Regelungen unter Einschluss der Befugnis der Vollmachtnehmer, für den Vollmachtgeber in eine ärztliche Untersuchung, eine Heilbehandlung oder einen ärztlichen Eingriff einzuwilligen sowie die Aufenthaltsbestimmung und Unterbringung vorzunehmen, dokumentiert wird. Die transmortale Ausgestaltung der Vollmacht steht nicht von vornherein zwingend im Widerspruch zum Charakter der vorliegenden Vollmacht als Vorsorgevollmacht.

9 Nach Auffassung des OLG Karlsruhe (FGPrax 2016, 10) besteht auch kein Grund, die Befugnis der Betreuungsbehörde zur Unterschriftsbeglaubigung auf den-

jenigen Teil der Vollmacht zu beschränken, der zwingend erforderlich ist, um eine gerichtlich angeordnete Betreuung zu vermeiden. Da die Betreuungsbehörden eine Vollmacht nicht beurkunden, sondern nur die darunter gesetzte Unterschrift beglaubigen dürfen, sind sie nur zur Prüfung der Identität des Unterzeichnenden verpflichtet, nicht aber zu einer inhaltlichen Überprüfung. Für eine einheitliche Beglaubigungszuständigkeit der Betreuung könnte nicht zuletzt auch sprechen, dass in den behördlichen Vordrucken für die Erteilung einer Vorsorgevollmacht, wie sie beispielsweise im vorliegenden Fall vom Rhein-Sieg-Kreis oder auch vom BMJV zur Verfügung gestellt werden, regelmäßig die Möglichkeit eröffnet wird, die Geltung der Vollmacht über den Tod hinaus zu bestimmen.

10 Demgegenüber vertritt allerdings Jörg Heinemann in seiner Anmerkung zu der vorgenannten Entscheidung des OLG Karlsruhe die Ansicht (vgl. FGPrax 2016, 11):

„1. Für die Entscheidung der Frage, ob die von der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde beglaubigte Unterschrift dem Formerfordernis des § GBO § 29 Abs. 1 S. 1 GBO entspricht, begnügt sich die obergerichtliche Rechtsprechung mit der Feststellung, der Gesetzgeber habe durch die Neufassung des § 6 Abs. 2 S. 1 BtBG klargestellt, dass es sich hierbei um eine öffentliche Beglaubigung iSd § 129 BGB und nicht etwa um eine amtliche Beglaubigung oder um einen Zwitter aus öffentlicher und amtlicher Beglaubigung handelt. Aus den Gesetzgebungsmaterialien mag sich diese Intention von Bundesrat und Bundesregierung ergeben (BT-Drs. 16/10798, 31 (33)), in der vom Rechtsausschuss des Bundestags vorgeschlagenen Endfassung findet sich indes die lapidare Behauptung, das „berechtigte (sic!) Ziel des Bundesrates" lasse sich durch bloße Einfügung des Wortes „öffentlich" vor dem Passus „zu beglaubigen" erreichen (BT-Drs. 16/13027, 8). Bezieht man allerdings § 11 Abs. 7 MRRG in die Auslegung der Norm mit ein, stellt man fest, dass das Gesetz weiterhin zwischen der öffentlichen Beglaubigung iSd § 129 BGB und der Beglaubigung durch die Urkundsperson der Betreuungsbehörde unterscheidet und von einer Gleichwertigkeit der betreuungsbehördlichen Beglaubigung nur bei ausdrücklicher gesetzlicher Gleichstellung mit der öffentlichen Beglaubigung ausgeht. Dass diese Streitfrage durch die Gesetzesneufassung „entschieden" (OLG Dresden NotBZ 2010, 409 = BeckRS 2010, 26768; OLG Naumburg FGPrax 2014, 109 (110)) sei oder sich „erledigt" (OLG Jena NotBZ 2014, 341 = BeckRS 2014, 13726) habe, kann daher nicht kurzerhand unterstellt werden, sondern hätte sorgfältig unter Auseinandersetzung mit der systematischen Stellung der Norm erörtert werden müssen.

11 *Einen leicht zu entlarvenden logischen Denkfehler begeht das OLG Karlsruhe bei dem Versuch, eine transmortale Vollmacht als Vorsorgevollmacht auszugeben. Eine Vorsorgevollmacht kann selbstverständlich, wie jede andere Vollmacht auch, über den Tod des Vollmachtgebers hinaus erteilt worden sein. Daraus folgt aber nicht der Umkehrschluss, dass es sich nach dem Tod des Vollmachtgebers noch um eine Vorsorgevollmacht handelt. Die Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde dient allein der Vermeidung einer Betreuung, deshalb wurde diese auf die Beglaubigung von Vorsorgevollmachten und Betreuungsverfügungen begrenzt. Nach dem Tod des Vollmachtgebers gibt es kein Bedürfnis mehr für ein Betreuungsverfahren, die Vorsorgevollmacht wandelt – sofern sie transmortal erteilt wurde – ihren Charakter und bleibt ggf. als Nachlassvollmacht bestehen. Diesbezüglich fehlt es aber an einer Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörde.*

12 *Die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson bei der Betreuungsbehörde begegnet schließlich durchgreifenden verfassungsrechtlichen Bedenken, insbesondere wegen eines Verstoßes gegen das Rechtsstaatsprinzip (Heinemann in Grziwotz/Heinemann BeurkG, 2. Aufl., § 65 Rn. 9; vgl. diesbezüglich auch die Einschätzung des Bundesrats gegen die Beurkundungszuständigkeit des Jugendamts nach § 59 SGB VIII, BT-Drucks. V/3282, 56)."*

13 Dieser überzeugenden Ansicht schließt sich der Senat an.

Grundbuchberichtigung nach Tod eines BGB-Gesellschafters

GBO § 18 Abs. 1, § 22 Abs. 2, § 29, § 47 Abs. 2 S. 2

Amtlicher Leitsatz:

Die Berichtigung des durch den Tod eines Gesellschafters bürgerlichen Rechts unrichtig gewordenen Grundbuchs setzt neben dem Nachweis des Versterbens eines bisherigen Gesellschafters und des Nachweises der Erbfolge einen Nachweis des Inhalts des Gesellschaftsvertrags voraus. Wurde dieser privatschriftlich errichtet, kann die Vorlage dieses nicht in der grundbuchrechtlichen Form entsprechenden Gesellschaftsvertrags genügen.

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 08.01.2020 – 34 Wx 420/19

I. Sachverhalt:

1 Im Grundbuch ist eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) bestehend aus fünf Personen, darunter auch Herrn X.X, als Eigentümerin von Grundbesitz eingetragen.
2 Im privatschriftlich verfassten, in beglaubigter Kopie vorgelegten Gesellschaftsvertrag vom 17.12.2007 ist in § 8 für den Fall des Todes eines Gesellschafters geregelt:
3 *(1) Im Falle des Todes eines Gesellschafters wird die Gesellschaft nicht aufgelöst, sondern mit den Erben oder Vermächtnisnehmern des Verstorbenen fortgesetzt. Die Erben oder Vermächtnisnehmer haben einen gemeinsamen Vertreter zu bestellen, der in der Gesellschaft alle Rechte und Pflichten des verstorbenen Gesellschafters wahrzunehmen hat.*
4 *Die Erben eines Gesellschafters haben innerhalb einer Frist von drei Monaten nach dem Ableben des verstorbenen Gesellschafters das Recht, den Eintritt in die Gesellschaft durch Mitteilung an die übrigen Gesellschafter abzulehnen. Treten keine Eben oder Vermächtnisnehmer als Rechtsnachfolger eines verstorbenen Gesellschafters ein, so setzten die übrigen Gesellschafter die Gesellschaft fort. In diesem Fall sind die Erben oder Vermächtnisnehmer gemäß Abs. 3 abzufinden. Ist nur noch ein Gesellschafter vorhanden, so wächst diesem das Vermögen der Gesellschaft zu.*
5 Herr X.X ist am 23.8.2017 verstorben. Er wurde gemäß Erbschein vom 7.11.2017, der dem Grundbuchamt in Ausfertigung vorgelegt wurde, von X.X., X.X. (Beteiligter), X.X. und X.X. beerbt.
6 Am 18.7.2019 beantragte der Beteiligte die Berichtigung des Grundbuchs dahingehend, dass der Erblasser aus der GbR ausgeschieden und die Erben an seiner Stelle Gesellschafter geworden sind.
7 Mit fristsetzender Zwischenverfügung vom 1.8.2019 hat das Grundbuchamt – soweit hier von Belang – darauf hingewiesen, dass der Eintragung das Fehlen von Berichtigungsbewilligungen aller verbliebenen Gesellschafter und aller Erben entgegenstehe. Für einen Unrichtigkeitsnachweis nach § 22 GBO wäre nämlich der Gesellschaftsvertrag in der Form des § 29 GBO vorzulegen, was mangels notarieller Errichtung jedoch ausscheide.
8 Dagegen wendet sich der Beteiligte mit der Beschwerde vom 20.8.2019. Da der Gesellschaftsvertrag nicht in notarieller Form geschlossen sei, genüge nach der herrschenden Meinung die schriftliche Form.
9 Das Amtsgericht – Grundbuchamt – hat der Beschwerde nicht abgeholfen.
10 Der Senat hat darauf hingewiesen, dass aufgrund der Möglichkeit, einen Gesellschaftsvertrag formfrei zu ändern, der Nachweis erforderlich sein könnte, dass der Gesellschaftsvertrag aus dem Jahr 2007 hinsichtlich des § 8 (1) unverändert geblieben ist. Daraufhin legte der Beteiligte Erklärungen aller verbliebener Gesellschafter der GbR sowie aller Erben nach X.X. vor, wonach § 8 (1) des Gesellschaftsvertrags vom 17.11.2007 unverändert sei und kein Erbe die Ablehnung seines Eintritts in die GbR erklärt habe.

II. Aus den Gründen:

11 Die nach § 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige (§ 73 GBO) Beschwerde gegen die nach § 18 Abs. 1 GBO ergangene Zwischenverfügung hat in der Sache – zumindest vorläufig – Erfolg.
12 1. In formeller Hinsicht lagen die Voraussetzungen für den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO nicht vor. Verlangt wird die Vorlage von Berichtigungsbewilligungen (§§ 22, 19 GBO) sämtlicher neben dem Erblasser eingetragenen Gesellschafter und zudem nach § 22 Abs. 2 GBO die Zustimmung des oder der neu hinzukommenden Gesellschafter (vgl. Senat vom 6.4.2016, 34 Wx 426/15 = FamRZ 2016, 1887/1889; Hügel/*Kral* GBO 3. Aufl. GesR Rn. 76). Mit diesem Inhalt hätte das Grundbuchamt, ausgehend von seiner Rechtsauffassung, eine Zwischenverfügung nicht erlassen dürfen. Diese soll dem Antragsteller den Rang und die sonstigen Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten, erhalten. Das ist nur gerechtfertigt, wenn der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Eine später erklärte Berichtigungsbewilligung wirkt jedoch nicht zurück. Deshalb kann es nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein, dem Antragsteller die Vorlage einer Eintragungsbewilligung aufzugeben, die erst Grundlage für die vorzunehmende Eintragung sein soll (ständige Rechtspr.; BGH NJW 2014, 1002 Rn. 6; Senat vom 26.10.2015, 34 Wx 233/15 = FamRZ 2016, 580/581; *Demharter* GBO 31. Aufl. § 18 Rn. 12 m. w. N.). Für den Fall der Berichtigungsbewilligung gilt nichts Abweichendes (Senat vom 6.4.2016, 34 Wx 426/15 = FamRZ 2016, 1887/1888; BayObLG MittBayNot 1995, 42; *Demharter* a. a. O.). Ausgehend von der Rechtsauffassung des Grundbuchamts hätte der Berichtigungsantrag daher sofort zurückgewiesen werden müssen.
13 2. Der Senat weist für das weitere Verfahren – nicht bindend – auf folgendes hin:
14 a) Soll das Grundbuch hinsichtlich der Eigentümerstellung berichtigt werden, so kann dies auf der Basis von Berichtigungsbewilligungen bei lediglich schlüs-

siger Darlegung der Grundbuchunrichtigkeit (§§ 19, 22 Abs. 2, § 29 Abs. 1 GBO) oder aufgrund grundsätzlich lückenlosen, besonders formalisierten Nachweises der die Unrichtigkeit des Grundbuchs bedingenden Tatsachen (§ 22 Abs. 1 GBO) erfolgen (Hügel/*Holzer* § 22 Rn. 71 f.; Demharter § 22 Rn. 28, 31).

15 An die Erbringung des Unrichtigkeitsnachweises sind strenge Anforderungen zu stellen (BayObLGZ 1986, 317/320; Demharter § 22 Rn. 37). Als ausreichende Grundlage für eine Berichtigung ohne Bewilligung der Betroffenen genügt eine bloße gewisse Wahrscheinlichkeit der vorgetragenen Umstände nicht (BayObLGZ 1985, 225/228; Hügel/*Holzer* § 22 Rn. 59 m. w. N.). Es ist grundsätzlich in der Form des § 29 GBO, somit durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden, lückenlos jede Möglichkeit auszuräumen, die der Richtigkeit der vorhandenen Eintragung entgegenstehen könnte (Senat vom 12.12.2007, 34 Wx 118/07 = FGPrax 2008, 52/53). Nur ganz entfernte Möglichkeiten, welche die Richtigkeit der begehrten Eintragung in Frage stellen könnten, brauchen nicht widerlegt zu werden (BayObLGZ 1995, 413/416; *Schäfer* in Bauer/Schaub GBO 4. Aufl. § 22 Rn. 171).

16 b) Diese Grundsätze gelten gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO ebenfalls für die Berichtigung der Gesellschafterzusammensetzung der als Eigentümer von Grundbesitz eingetragenen GbR. Dazu bedarf es im Fall der Fortsetzung der Gesellschaft mit den Erben neben dem Nachweis des Versterbens eines bisherigen Gesellschafters entweder der Vorlage eines Gesellschaftsvertrags, aus dem sich eine Nachfolgevereinbarung ergibt, sowie des Nachweises der Erbfolge (Hügel/*Kral* GesR Rn. 75 ff.), oder die bestehenden Gesellschafter legen eine Fortsetzungsvereinbarung vor, wonach die Gesellschaft mit den übrigen mindestens zwei Gesellschaftern fortgesetzt wird (Hügel/*Kral* GesR Rn. 71).

17 c) Ein Abweichen von dem strengen Formerfordernis wird allerdings dann für möglich gehalten, wenn sich die Beteiligten andernfalls in einer unüberwindbaren Beweisnot befinden würden. Trotz der Formvorschrift des § 29 GBO kann daher auch ein nur in privatschriftlicher Form geschlossener Gesellschaftsvertrag der GbR als Unrichtigkeitsnachweis gemäß § 22 GBO genügen (Senat vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15 = FGPrax 2015, 250, vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14 = FGPrax 2015, 57/58; BayObLGZ 1992, 259/261 ff.; 1997, 307/308; OLG Schleswig FGPrax 2012, 62/63 f.; OLG Brandenburg ZEV 2012, 116/117; Demharter § 22 Rn. 41 f.; Hügel/*Kral* GesR Rn. 66 f.; Hügel/*Holzer* § 22 Rn. 67; *Bayer/Lieder* in Bauer/Schaub J 41; Schöner/Stöber Grundbuchrecht 15. Aufl. Rn. 4274 ff. und FN 288; nach a. A. ist die Vorlage eines Gesellschaftsvertrags nicht erforderlich, es müssen jedoch alle Erben in der Form des § 29 GBO zustimmen, vgl. KG RNotZ 2016, 328/330; Meikel/*Hertel* GBO 11. Aufl. § 29 Rn. 198; *Reymann* FGPrax 2017, 252; *Ertl* MittBayNot 1992, 11/17).

18 Dies ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung und in Teilen der Literatur bei einem Antrag auf Berichtigung eines aufgrund des Todes eines BGB-Gesellschafters unrichtig gewordenen Grundbuchs anerkannt, wenn andernfalls die Grundbuchunrichtigkeit auch aufgrund einer Berichtigungsbewilligung (§§ 19, 22 GBO) nicht beseitigt werden könnte (s. etwa BayObLGZ 1991, 301, 306; Senat vom 27.11.2012, 34 Wx 303/12 = Rpfleger 2013, 320/321 zum mündlich geschlossenen Gesellschaftsvertrag; OLG Zweibrücken Rpfleger 1996, 192; offen BGH DNotZ 2018, 312/318). Insofern werden Nachweiserleichterungen befürwortet und die Vorlage eines nicht der grundbuchrechtlichen Form des § 29 GBO entsprechenden Gesellschaftsvertrages als ausreichend angesehen (OLG Schleswig Rpfleger 2012, 433). Grund dafür ist vor allem, dass es keine Vorschriften gibt, nach denen der Gesellschaftsvertrag einer GbR in einer bestimmten Form geschlossen werden müsste (vgl. Hügel/Holzer § 22 Rn. 67). Es besteht daher für Gesellschafter oftmals keine Notwendigkeit bei Errichtung des Gesellschaftsvertrags einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts, dies beurkunden zu lassen.

19 Die Berichtigung der Gesellschafter einer GbR nach dem Tod eines Gesellschafters im Grundbuch ist allerdings auch über eine Berichtigungsbewilligung nach §§ 22, 19 GBO nicht ohne weiteres möglich, wenn der Nachweis der Bewilligungsberechtigung ebenfalls nur anhand des nicht formgerechten Gesellschaftsvertrages geführt werden könnte (vgl. BayObLGZ 1991, 301/306; OLG Dresden ZEV 2012, 339/340; *Demharter* § 22 Rn. 41 f.; a. A. *Weber* ZEV 2015, 200/201; *Reymann* FGPrax 2017, 252; *Ertl* MittBayNot 1992, 11/17; vgl. zum Meinungsstand Hügel/*Kral* GesR Rn. 68 mwN). Denn bewilligen müssen außer den eingetragenen Gesellschaftern noch diejenigen, die aufgrund der Nachfolgeklausel neue Gesellschafter sind (§ 22 Abs. 2 GBO; Senat vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15 = FGPrax 2015, 250). Deren Person ist jedoch wiederum nur aus dem Gesellschaftsvertrag, gegebenenfalls in Verbindung mit einem Erbschein festzustellen.

20 In einem solchen Fall zwar die Führung eines Unrichtigkeitsnachweises für unmöglich zu halten, da der Gesellschaftsvertrag nicht die Form des § 29 GBO wahrt, andererseits aber an den Nachweis der Bewilligungsbefugnis reduzierte Anforderungen zu stellen und dafür die Vorlage eines bloße privatschriftlichen Gesellschaftsvertrags ausreichen zu lassen, ist in sich widersprüchlich, ohne dass es dafür einen hinreichenden Grund gibt (vgl. Senat vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14 = FGPrax 2015, 57/58; BayObLGZ 1991, 301/306).

21 d) Für eine Reduzierung der Anforderungen auch beim Unrichtigkeitsnachweis spricht im Übrigen, dass die Beteiligten, die gesellschaftsrechtlich keinen Anlass zur Wahrung einer bestimmten Form haben, auch einen notariell errichteten Gesellschaftsvertrag ohne weiteres im Nachhinein formlos ändern können. Ein notarieller Vertrag birgt daher nicht die Gewissheit in sich, dass diese Regelungen noch fortbestehen. Der Gesetzgeber, der diese Probleme auch bei Normierung von § 899a BGB gekannt hat, hat aber dennoch keinerlei Formvorschriften für den Gesellschaftsvertrag der GbR geregelt.
22 Soweit es bei Gesellschaftsverträgen Zweifel geben kann, ob diese ohne Änderungen weiterhin bestehen, sind ebenfalls die Anforderungen an den Nachweis reduziert. Insoweit wird vertreten, dass Gesellschaftsverträge wegen eines fortlaufenden Anpassungsbedarfs an die aktuellen personellen und finanziellen Verhältnisse einem häufigeren Wandel unterworfen sind und nach allgemeiner Lebenserfahrung ein unverändertes Fortbestehen des Gesellschaftsvertrags nach Ablauf von „mehreren Jahren" nicht mehr anzunehmen ist (so Meikel/ *Böttcher* § 22 Rn. 124; *Kohler* im Bauer/Schaub § 22 Rn. 212; zweifelnd Hügel/*Wilsch* § 35 Rn. 155; zum Meinungsstand DNotI-Report 2001, 80/81; vgl. auch Senat vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14 = Rpfleger 2014, 198/199; BayObLGZ 1997, 307/310 m. w. N., jeweils für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung). Um insofern Zweifel auszuräumen, wird jedoch eine privatschriftliche Erklärung aller eingetragenen ursprünglichen Gesellschafter sowie der Erben und Erbeserben (vgl. OLG Schleswig FGPrax 2012, 62/63) über den aktuellen Inhalt des Gesellschaftsvertrags als ausreichender Nachweis angesehen (Senat vom 28.7.2015, 34 Wx 106/15 = FGPrax 2015, 250 und Senat vom 24.10.2014, 34 Wx 176/14 = FGPrax 2015, 57/58).
23 Im Übrigen wird auch dann, wenn es im Grundbuchverfahren auf die gesellschaftsrechtlichen Verhältnisse als solche ankommt, die Vorlage des privatschriftlichen Gesellschaftsvertrags als ausreichend angesehen (Senat vom 15.6.2015, 34 Wx 513/13 = ZEV 2015, 651/654).
24 e) Aus diesen Gründen erscheint es sachgerecht, an den Unrichtigkeitsnachweis keine anderen Anforderungen zu stellen als an den Nachweis der Berichtigungsbewilligungsbefugnis und einen Nachweis der Nachfolgeklausel durch einen nur privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag für zulässig zu erachten (BayObLGZ 1991, 301/306; 1992, 259).
25 f) Soweit neben dem Nachweis der fehlenden Änderung des Gesellschaftsvertrags auch der Nachweis der fehlenden Ablehnung des Eintritts in die GbR durch die Erben erforderlich ist, wurden dazu privatschriftliche Erklärungen aller Gesellschafter und aller Erben vorgelegt.

Beschwerde bei Grundbuchberichtigung – Fehlende Feststellungen über die Eigenschaft eines Testamentsvollstreckers

GBO § 71 Abs. 1, § 82 S. 1; FamFG § 26, § 35; BGB § 2205 S. 1

Amtliche Leitsätze:
1. Die Verpflichtung zur Stellung eines Berichtigungsantrags gemäß § 82 GBO kann mit der Beschwerde nach § 71 Abs. 1 GBO angefochten werden (Abgrenzung zu Senat FGPrax 2013, 109 und FGPrax 2010, 122).
2. Das Grundbuchamt hat im Wege der ihm gemäß § 26 FamFG obliegenden Amtsermittlung zum einen die Eigenschaft des Verpflichteten als Eigentümer bzw. Testamentsvollstrecker und zum anderen die Erbfolge für das betroffene Grundstück festzustellen.

OLG München (34. Zivilsenat), Beschluss vom 16.01.2020 - 34 Wx 534/19

I. Sachverhalt:

1 In Abteilung I des Wohnungseigentumsgrundbuchs ist unter Nr. 3b und 3c jeweils W.Th. als Inhaberin eines Hälfte-Bruchteils am Miteigentumsanteil, verbunden mit dem Sondereigentum an einem Hotelappartement mit Tiefgaragenstellplatz, eingetragen. Die Eintragung unter Nr. 3b beruht auf dem rechtsgeschäftlichen Erwerb eines Hälfte-Anteils vom vormaligen Alleineigentümer. Die Eintragung unter Nr. 3c beruht auf Erbfolge gemäß Erbvertrag vom 2.8.1988 sowie Nachtrag vom 13.4.2005, eingetragen im Grundbuch am 28.7.2008. Im Erbvertrag, geschlossen zwischen dem Voreigentümer des zweiten Hälfte-Bruchteils und W.Th., hatten sich die Vertragsparteien gegenseitig zu alleinigen Erben eingesetzt. Im Nachtrag wurde ergänzend bestimmt, dass Schlusserben des Längstlebenden vier namentlich bezeichnete Personen sein sollen, darunter der Beteiligte zu 2. Außerdem wurde Testamentsvollstreckung angeordnet, und zwar sowohl nach dem Erstversterbenden als auch nach dem Längerlebenden. Zum Testamentsvollstrecker ernannt wurde der Beteiligte zu 2. W.Th. verstarb am 1.2.2018 in einem Pflegeheim in der Slowakei. Der Erbvertrag mit Nachtrag wurde am 5.6.2018 durch das Nachlassgericht B.K. als Verwahrgericht eröffnet.

2 Mit Schriftsatz ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 30.8.2019 erklärte die Beteiligte zu 1, eine Gläubigerin der W.Th., das Grundbuchamt solle gemäß § 82 GBO dem Testamentsvollstrecker die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Berichtigung des Grundbuchs zu stellen und die hierzu notwendigen Unterlagen zu beschaffen.

3 Daraufhin hat das Grundbuchamt am 3.9.2019 gegenüber dem Beteiligten zu 2 eine Verfügung nach § 82 GBO erlassen, wonach dieser insbesondere nach dem Erbvertrag vom 13.4.2005 nebst weiteren Personen als Miterbe und Testamentsvollstrecker in Betracht komme, und erlegte ihm folgende Verpflichtungen auf:

„1. Von Ihnen oder den weiteren Miterben ist bis spätestens 22.10.2019 ein Antrag auf Berichtigung des genannten Grundbuchs durch Eintragung der Erbfolge zu stellen.

2. Die (...) erforderlichen Unterlagen sind von Ihnen bzw. den Antragstellern ebenfalls in der für das Grundbuchverfahren geltenden Form vorzulegen (...). Zu Ziffer 2. wird noch auf folgendes hingewiesen: Zunächst ist zu ermitteln, welches das zuständige Nachlassgericht für den Erbfall der W.Th. ist. (...) Die Zuständigkeit ist zuerst von den betroffenen Nachlassgerichten festzustellen. Dabei wird auch noch zu klären sein, ob neben dem genannten Erbvertrag vom 13.4.2005 noch weitere letztwillige Verfügungen von Todes wegen der Erblasserin vorliegen."

4 Hiergegen hat der Beteiligte zu 2 mit Telefax seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 8.10.2019 „Beschwerde, hilfsweise jedmögliche Rechtsmittel" eingelegt. Er sei mangels Testamentsvollstreckerzeugnis nicht Testamentsvollstrecker. Eine Anfrage bzgl. der Annahme der Erbschaft sei bisher nicht erfolgt. Das zuständige Nachlassgericht sei das des letzten Aufenthaltsorts der Erblasserin in der Slowakei.

5 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 20.11.2019 nicht abgeholfen. Gründe für eine Zurückstellung der Verpflichtung habe der Beteiligte zu 2 nicht angeführt. Vielmehr bestehe im Hinblick auf laufende Zwangsvollstreckungsmaßnahmen ein öffentliches Interesse an der Berichtigung. Mittlerweile gehe das Nachlassgericht B.K. von seiner eigenen Zuständigkeit aus.

6 Der Beteiligte zu 2 hat in weiteren Schriftsätzen seiner Verfahrensbevollmächtigten vom 28.11. und 10.12.2019 ergänzend Stellung genommen. Er habe das Amt des Testamentsvollstreckers unter dem Druck des Nachlassgerichts angenommen, dies aber inzwischen widerrufen. Die Zuständigkeit des Nachlassgerichts B.K. werde weiterhin bestritten.

II. Aus den Gründen:

7 Die zulässige Beschwerde ist begründet.

8 1. Die Beschwerde ist zulässig. Gemäß § 71 Abs. 1 GBO findet sie gegen die Entscheidungen des Grundbuchamts statt. Zu diesen zählen auch Verfügungen nach § 82 Satz 1 GBO (OLG Köln FGPrax 2017, 61; OLG Hamm FGPrax 2011, 322; *Budde* in Bauer/Schaub GBO 4. Aufl. § 82 Rn. 21; *Demharter* GBO 31. Aufl. § 83 Rn. 23; ders. FGPrax 2013, 110; Hügel/*Holzer* GBO 3. Aufl. § 82 Rn. 34). Aus der bisherigen Rechtsprechung des Senats folgt nichts anderes. Gegenstand der Entscheidungen vom 5.2.2013 (34 Wx 50/13 = FGPrax 2013, 109) und 11.3.2010 (34 Wx 23/10 = FGPrax 2010, 122) waren nicht Verfügungen nach § 82 Satz 1 GBO, sondern auf § 35 Abs. 1 bzw. 2 FamFG gestützte Vorlageanordnungen und Zwangsgeldandrohungen. Soweit sie gleichwohl dahingehend verstanden werden konnten, dass auch auf § 82 Satz 1 GBO beruhende Verfügungen unanfechtbar sein sollten, hält der Senat hieran nicht fest.

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

10 Ist das Grundbuch im Hinblick auf die Eintragung des Eigentümers durch Rechtsübergang außerhalb des Grundbuchs unrichtig geworden, so soll gemäß § 82 Satz 1 GBO das Grundbuchamt dem Eigentümer oder dem Testamentsvollstrecker, dem die Verwaltung des Grundstücks zusteht, die Verpflichtung auferlegen, den Antrag auf Grundbuchberichtigung zu stellen und die dazu erforderlichen Unterlagen zu beschaffen. Voraussetzung hierfür ist, dass das Grundbuchamt im Wege der ihm gemäß § 26 FamFG obliegenden Amtsermittlung zum einen die Eigenschaft des Verpflichteten als Eigentümer bzw. Testamentsvollstrecker (OLG Hamm ZEV 2012, 117/118; Hügel/*Holzer* § 82 Rn. 14) und zum anderen die Erbfolge für das betroffene Grundstück feststellt, dem in Anspruch genommenen Beteiligten also ein inhaltlich bestimmter Berichtigungsantrag vorgegeben werden kann (OLG Frankfurt a.M. ZEV 2015, 366; OLG Hamm FGPrax 2013, 197/198; ZEV 2012, 117/118). Dabei ist es unzulässig, durch das Grundbuchamt von Amts wegen durchzuführende Ermittlungen auf den Beteiligten zu verlagern (OLG Hamm FGPrax 2013, 197/198; *Budde* in Bauer/Schaub § 82 Rn. 10; Hügel/*Holzer* § 82 Rn. 15).

11 Diesen Vorgaben genügt die angefochtene Verfügung nicht. Zwar ist durch den Tod der W.Th. das Eigentum gemäß § 1922 BGB auf einen oder mehrere Erben übergegangen und das Grundbuch somit unrichtig geworden. Das Grundbuchamt hat jedoch weder die Eigenschaft des Beteiligten zu 2 als Eigentümer bzw. Testamentsvollstrecker noch die Erbfolge in der Weise festgestellt, dass der Beteiligte zu 2 einen inhaltlich

bestimmten, insbesondere den oder die nun einzutragenden Erben namentlich bezeichnenden Antrag stellen könnte. Die Annahme, dass der Beteiligte zu 2 entweder Miterbe und damit Miteigentümer oder Testamentsvollstrecker ist, beruht offensichtlich auf dem Erbvertrag mit Nachtrag. Dass das Grundbuchamt indes selbst an dessen Gültigkeit Zweifel hat, zeigt sein Hinweis, wonach auch zu klären sein werde, ob daneben noch weitere letztwillige Verfügungen von Todes wegen der Erblasserin existieren. Damit überbürdet das Grundbuchamt zudem unzulässigerweise die ihm obliegende Ermittlung des oder der Erben dem Beteiligten zu 2.

12 3. Für das weitere Verfahren weist der Senat - ohne Bindung für das Grundbuchamt - auf Folgendes hin:

13 Das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers, das sich auf das betroffene Grundstück erstreckt, schließt gemäß § 2205 Satz 1 BGB die Verfügungsbefugnis des Erben und damit dessen Antragsbefugnis aus (Budde in Bauer/Schaub § 82 Rn. 11; *Demharter* § 83 Rn. 15; Hügel/*Holzer* § 82 Rn. 23). Wenn das Grundbuchamt davon ausgeht, dass der Beteiligte zu 2 selbst unter Berücksichtigung seines diesbezüglichen Vorbringens das Amt des Testamentsvollstreckers innehat, ist die Formulierung, der Berichtigungsantrag sei von ihm „oder den weiteren Miterben“ zu stellen, also zumindest missverständlich.

14 Außerdem darf nur die Verpflichtung zu einer solchen Handlung auferlegt werden, deren Vornahme ausschließlich vom Willen des Betroffenen abhängt (OLG Naumburg FGPrax 2013, 158/159; OLG Hamm ZEV 2012, 117/118; *Budde* in Bauer/Schaub § 82 Rn. 14; *Demharter* § 83 Rn. 15). Auch insoweit begegnet oben genannte Formulierung Bedenken, da die Stellung eines Berichtigungsantrags wie auch die Vorlage eines Nachweises durch einen Miterben nicht in der Macht des Beteiligten zu 2 steht.

ERBRECHT

Anfechtung einer Erbausschlagung wegen Inhaltsirrtum

BGB § 119 Abs. 1, 1. Fall, § 1945 Abs. 1, § 1953 Abs. 1, Abs. 2, § 1954 Abs. 1, Abs. 2 S. 1, § 1955, § 1957, § 1643 Abs. 2 S. 2; FamFG § 69 Abs. 1 S. 2, § 70 Abs. 2 S. 1, § 345 Abs. 1 S. 2 Nr. 1, S. 2; GNotKG § 36 Abs. 1, § 40 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, S. 2, § 61 Abs. 1 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Ein zur Anfechtung berechtigender Inhaltsirrtum im Sinne des § 119 BGB kann darin liegen, dass der (auch rechtskundig beratene) Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen, sondern wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. (Rn. 15 – 19)

2. Bei einer „lenkenden" Ausschlagung kann der Erklärende wegen Inhaltsirrtums anfechten, wenn das Verfehlen des Lenkungsziels (hier: Konzentration der Erbenstellung bei der Ehefrau des Erblassers, um über den Wegfall der ausschlagenden Personen als Erben die wirtschaftliche Lage eines Berliner Testaments herstellen, das zu errichten zu Lebzeiten der Eheleute unterblieben war) darauf beruht, dass die Erbschaft bei einer anderen Person, als beabsichtigt (hier: Bruder des Erblassers), eintritt. (Rn. 20 – 22)

3. Zur Notwendigkeit einer Zurückverweisung an das Ausgangsgericht gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG wegen unterbliebener Hinzuziehung eines nach Auffassung des Beschwerdegerichts möglichen gesetzlichen Miterben zum Erbscheinsverfahren. (Rn. 24 – 26)

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 12.03.2019 – I-3 Wx 166/17

I. Sachverhalt:

1 Der Erblasser, der nicht letztwillig verfügt hatte, hinterließ seine Ehefrau, die Mutter der Beteiligten, sowie zwei Kinder, die Beteiligte und deren Bruder, ferner als Geschwister einen Bruder.

2 Mit notariell beglaubigter Erklärung vom 9. August 2016 schlugen die Beteiligte und ihr Bruder – für sich selbst sowie jeweils, gemeinsam mit ihrem Ehepartner, für ihren Sohn – die Erbschaft nach dem Erblasser aus. Der Erklärungstext als solcher beschränkte sich je auf die Formulierung: „Wir schlagen aus allen erdenklichen Gründen die Erbschaft hiermit aus."

3 Am selben Tage wurde durch denselben Notar ein Erbscheinsantrag beurkundet, mit dem die Ehefrau der Erblassers die Erteilung eines sie als Alleinerbin nach dem Erblasser ausweisenden Erbscheins begehrte. Der Antrag wurde beim Nachlassgericht eingereicht. Daraufhin wandte sich dieses mit Schreiben vom 15. August 2016 wie folgt an den beurkundenden Notar:

„in … kommen nach der Ausschlagung der Erben der ersten Ordnung die Erben der 2. Ordnung in Betracht (Eltern und Geschwister des Verstorbenen). Deren möglicher Wegfall kann nicht durch die eidesstattliche Versicherung nachgewiesen werden, sondern ist durch Urkunden zu belegen."

4 Am 19. September August 2016 ging die nachfolgende notariell beglaubigte Erklärung beim Nachlassgericht ein:

„Anlässlich der Nachlassregelung nach dem Tod meines Vaters haben wir uns an den Notar … in Oberhausen gewandt.

Ziel unserer Beratung war zu erreichen, dass unsere Mutter zunächst alleinige Erbin wird, mein Bruder und ich selbst die Möglichkeit der Geltendmachung von Pflichtteilsansprüchen erhalten, und uns jedenfalls der gesamte Nachlass zufällt nach dem Tod unserer Mutter.

Der Notar empfahl den Weg der Erbausschlagung durch die Kinder und Enkelkinder als Lösung, die unseren Vorstellungen genau Rechnung tragen würde. Das Vorhandensein eines Bruders des Erblassers sowie seiner Söhne stelle kein Problem dar.

Durch das Schreiben des Amtsgerichts Duisburg-Hamborn vom 15.08.2016, welches durch den Notar … mit Schreiben vom 19.08.2016 an unsere Mutter übermittelt wurde, haben wir Kenntnis davon erhalten, dass durch die von uns gewählte Lösung keineswegs der gesamte Nachlass unserer Mutter zufällt, sondern durch die Ausschlagung auch der Bruder unseres Vaters zu einem Viertel erbberechtigt wurde. Damit kann mir und meinem Bruder nach dem Tode unserer Mutter nicht mehr der gesamte Nachlass unseres Vaters zufallen.

Im Rahmen der daraufhin eingeholten Beratung musste ich feststellen, dass ich durch die Ausschlagung des gesetzlichen Erbrechts zudem selbst von Pflichtteilsansprüchen ausgeschlossen bin.

Ich erkläre daher sowohl für die in meinem Namen als auch für die namens meines minderjährigen Kindes … abgegebene Erklärung die Anfechtung der Ausschlagung der Erbschaft wegen Irrtum."

5 Gestützt auf diese Anfechtung, hat die Beteiligte einen (gemeinschaftlichen) Erbschein beantragt, der ihre Mutter und sie als gesetzliche Miterbinnen zu je ½ Anteil ausweist.

6 Diesen Antrag hat das Nachlassgericht durch die angefochtene Entscheidung zurückgewiesen, weil die Beteiligte ihre Erbausschlagung nicht wirksam angefochten habe, da sie sich in einem unbeachtlichen Motivirrtum befunden habe.

7 Gegen diesen ihren Verfahrensbevollmächtigten am 6. Juni 2017 zugestellten Beschluss wendet sich die Beteiligte mit ihrem am 14. Juni 2017 bei Gericht eingegangenen Rechtsmittel.

8 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Erbscheinsantragsakte sowie der beigezogenen Akte 5 VI 507/16 AG Duisburg-Hamborn (Ausschlagung und Anfechtung) Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

9 Die Sache ist infolge der mit weiterem Beschluss des Nachlassgerichts vom 17. Juli 2017 ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. FamFG).

10 Das Rechtsmittel der Beteiligten ist gemäß §§ 58 Abs. 1, 59 Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG als befristete Beschwerde statthaft und insgesamt zulässig.

11 Es hat auch in der Sache in dem aus der hiesigen Beschlussformel ersichtlichen Umfang Erfolg. Der Erbscheinsantrag der Beteiligten kann nicht mit der vom Nachlassgericht gegebenen Begründung zurückgewiesen werden, was die Zurückverweisung zur Folge hat.

12 1. Nach bisheriger, insoweit allein Erklärungen der Beteiligten enthaltender Aktenlage ist die Wirksamkeit der Anfechtung ihrer Erklärung der Erbausschlagung zu bejahen. Schon deshalb kann ihrem Erbscheinsantrag zu entsprechen sein; ob auch die für ihren Sohn erklärte Anfechtung durchgreift, ist dafür ohne Belang.

13 a) Das Nachlassgericht selbst geht davon aus, die Anfechtungserklärung sei form- (§§ 1955, 1945 Abs. 1 BGB) und fristgerecht (§ 1954 Abs. 1 und Abs. 2 Satz 1 BGB) erfolgt. Diese Einschätzung teilt der Senat.

14 b) Die – sozusagen auf das rechtliche Minimum beschränkte – Ausschlagungserklärung lässt auch nicht ansatzweise erkennen, welche Erwägungen ihr zugrunde liegen, noch weniger, dass sie unter einer Bedingung hätte stehen sollen. Angesichts dessen mag auf sich beruhen, ob die Ausschlagung hätte mit der Bedingung versehen werden können, sie solle nur erklärt sein, falls durch sie die Ehefrau des Erblassers (gesetzliche) Alleinerbin werde.

15 c) Nach alledem kommt es entscheidend auf das Vorliegen eines Anfechtungsgrundes an. Entgegen der Ansicht des Nachlassgerichts liegt nach dem Vorbringen der Beteiligten in ihrer Anfechtungserklärung ein Inhaltsirrtum nach § 119 Abs. 1, 1. Fall BGB vor.

16 Dabei kann dahingestellt bleiben, ob ein danach gegebener Irrtum über das Bestehen eines Pflichtteilsrechts einen beachtlichen Anfechtungsgrund bildet. Jedenfalls befand sich die Beteiligte, ihrem Vorbringen zufolge, in dem Irrtum, dass die am 9. August 2016 beglaubigten Ausschlagungserklärungen bewirken würden, dass ihre Mutter gesetzliche Alleinerbin nach dem Erblasser werde; dies war nach dem Vortrag der Beteiligten notwendiger Zwischenschritt dafür, letztlich eine dem Berliner Testament gleichkommende Lage herzustellen.

17 Das Verfehlen der Alleinerbenstellung der Mutter ist Inhaltsirrtum.

18 aa) Ist ein Rechtsirrtum beachtlich, ändert sich daran nicht dadurch etwas, dass er von einem Rechtskundigen verursacht wurde (BeckOGK BGB – *Heinemann,* Stand: 01.04.2018, § 1954 Rdnr. 20 m.w.Nachw.).

19 bb) Die Sonderregeln der §§ 1954, 1955 und 1957 BGB für Frist, Form und Wirkung der Anfechtung ändern oder erweitern die Anfechtungsgründe des § 119 BGB nicht. Ein Inhaltsirrtum im Sinne dieser Norm kann auch darin gesehen werden, dass der Erklärende über Rechtsfolgen seiner Willenserklärung irrt, weil das Rechtsgeschäft nicht nur die von ihm erstrebten Rechtswirkungen erzeugt, sondern solche, die sich davon unterscheiden. Ein derartiger Rechtsirrtum berechtigt nach ständiger Rechtsprechung nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern unbeachtlicher Motivirrtum (BGH NJW 2016, 2954 ff; BGHZ 168, 210 ff).

20 Gemäß § 1953 Abs. 1 BGB bewirkt die Ausschlagung, dass der Ausschlagende rückwirkend als Erbe „wegfällt"; gemäß § 1953 Abs. 2 BGB fällt die Erbschaft mit Rückwirkung dem Nächstberufenen an. Nach Auffassung des Senats erschließt sich bereits nicht, weshalb die zweitgenannte Wirkung lediglich eine zusätzliche oder gar mittelbare sein sollte: Da es keinen erbenlosen Nachlass geben kann, stehen Wegfall und Anfall als solche in einem unlösbaren Zusammenhang – bildlich gesprochen, stellen beide Wirkungen zwei Seiten derselben Medaille dar –, und allein die Bestimmung im bezeichneten zweiten Absatz der Norm, an wen der Anfall erfolgt, macht weder den Anfall selbst, noch die Begünstigung einer bestimmten Person zu einer nachrangigen Folge. Zumindest aber kann bei der Bestimmung des Vorliegens eines Irrtums als einer subjektiven Gegebenheit und daher bei der Bestimmung der Wesentlichkeit einer Rechtswirkung nicht unbeachtet bleiben, auf welche Rechtswirkung es dem Erklärenden ankam.

Diesem steht es frei, bei seiner Ausschlagung den Anfall, und zwar an eine bestimmte Person – die er sich eben als Berufene vorstellt –, als das Primäre und seinen Wegfall als bloßes Mittel zu diesem Zweck zu erachten. Das mag nicht der Regelfall und je nach Sachverhalt mag es auch für das Nachlassgericht nicht einfach sein, einen derartigen Willen hinreichend verlässlich festzustellen. Dies rechtfertigt es aber nicht, zum Ersten die in § 1953 BGB angeordneten Wirkungen als gestuft zu verstehen und es zum Zweiten dem Ausschlagenden zu versagen, an dieser Reihenfolge für seine Person etwas zu ändern (so aber, zumindest im Ergebnis: SchlHOLG ZEV 2005, 526 f; OLG Hamm FGPrax 2011, 236 f; wohingegen OLG München FamRZ 2009, 2119 einen Sonderfall betraf), letzteres etwa mit der Überlegung, ihm verbleibe statt der Ausschlagung die rechtssichere Möglichkeit einer Erbschafts- oder Erbteilsübertragung (so *Heinemann* a.a.O., Rdnr. 23).

21 Hier indes unterliegt es, geht man von der Darstellung der Beteiligten in ihrer Anfechtungserklärung aus, keinem durchgreifenden Zweifel, dass allen Ausschlagenden und somit auch ihr in erster Linie an der Anfallswirkung gelegen war und sie sich den Wegfall ihrer Personen als bloßen Weg dorthin vorstellten, wobei sie auch einen anderen beschritten hätten, hätte er zum Ziel der Konzentration der Erbenstellung bei der Ehefrau des Erblassers geführt; denn bei wirtschaftlicher Betrachtung wollten alle im Ergebnis die Lage eines Berliner Testaments herstellen, das zu errichten zu Lebzeiten der Eheleute ersichtlich unterblieben war.

22 Die hier vertretene Sichtweise führt im Ergebnis dazu, dass bei einer „lenkenden" Ausschlagung – die im Übrigen auch im Anwendungsbereich des § 1643 Abs. 2 BGB erörtert wird und dort einzig hinsichtlich der Genehmigungsfreiheit nach § 1643 Abs. 2 Satz 2 BGB umstritten ist – der Erklärende wegen Inhaltsirrtums anfechten kann, wenn das Verfehlen des Lenkungsziels darauf beruht, dass die Erbschaft bei einer anderen Person, als beabsichtigt, eintritt. Bereits der Entscheidung des Senats vom 21. September 2017 (I-3 Wx 173/17) lag als Ausgangspunkt die hier vertretene Ansicht zugrunde, doch ist es trotz der dort zugelassenen Rechtsbeschwerde zu einer Entscheidung des Bundesgerichtshofs nicht gekommen.

23 cc) Ebenfalls gelangt man im vorliegenden Fall zur Annahme eines Inhaltsirrtums, wenn man davon ausginge, die Beteiligte habe die Rechtswirkung des § 1953 Abs. 2 BGB überhaupt nicht gekannt und sich die Anwachsung ihres Erbteils bei ihrer Mutter vorgestellt, worin ein beachtlicher Rechtsirrtum liege (vgl. OLG Frankfurt FamRZ 2017, 1879 f); oder wenn man generell den Anfall bei einer anderen als der vom Ausschlagenden vorgestellten Person als Inhaltsirrtum ansieht (vgl. MK-*Leipold,* BGB, 7. Aufl. 2017, § 1954 Rdnr. 7; wohl auch Staudinger-*Otte*, BGB, Neubearb. 2017, § 1954 Rdnr. 6).

24 2. Auf diesen Grundlagen ist die Sache gemäß § 69 Abs. 1 Satz 2 FamFG an das Ausgangsgericht zurückzuverweisen.

25 Dem dort genannten Fall, dass das Gericht des ersten Rechtszuges in der Sache noch nicht entschieden hat, ist es gleichzustellen, falls eine Hinzuziehung als Beteiligter fehlerhaft unterlassen wurde (vgl. Keidel-*Sternal,* FamFG, 19. Aufl. 2017, § 69 Rdnr. 14 m.w.Nachw.). So liegt es hier.

26 Das Nachlassgericht hat bisher (außer den Sohn des Erblassers auch) den Bruder des Erblassers nicht zum Verfahren hinzugezogen. Dies ist zwar nach dem Standpunkt des Erstgerichts, das den Erbscheinsantrag von vornherein für erfolglos gehalten hat, vertretbar gewesen, steht indes – wie unter 1. gezeigt – mit der tatsächlichen Rechtslage nicht in Übereinstimmung. Denn der Bruder des Erblassers ist möglicher gesetzlicher Miterbe und jedenfalls auf seinen Antrag als Beteiligter zum Erbscheinsverfahren hinzuzuziehen, § 345 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 und Satz 2 FamFG. Der Antrag ist zu erfragen, im Übrigen spricht aus Sicht des Senats unabhängig davon alles dafür, dass ihm Gelegenheit gegeben werden muss, insbesondere zum Inhalt der Anfechtungserklärung der Beteiligten Stellung zu nehmen. Gegebenenfalls werden sich erforderliche gerichtliche Ermittlungen anzuschließen haben.

Erbrecht des überlebenden Ehegatten gemäß § 1933 BGB (hier: fehlende Voraussetzungen der Scheidung)

BGB § 1565, § 1566, § 1933

Amtlicher Leitsatz:

Das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ist nicht gemäß § 1933 BGB ausgeschlossen, wenn im Zeitpunkt des Todes des Erblassers, der die Scheidung beantragt hatte, nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten war, er und seine Ehefrau würden die eheliche Lebensgemeinschaft endgültig nicht wiederherstellen (hier: fehlende endgültige Distanzierung von der Ehe mit Blick auf die Pflege von Seiten der Ehefrau und deren Annahme durch den Erblasser). (Rn. 14)

Redaktioneller Leitsatz:

Das Erbrecht ist nach § 1933 BGB nur ausgeschlossen, wenn die Prognose gerechtfertigt ist, dass die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft nicht zu erwarten gewesen ist (Rn. 15 – 17).

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 25.10.2019 – I-3 Wx 182/19

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte zu 1 ist die Ehefrau des Erblassers, die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die gemeinsamen Kinder.
2 Der Erblasser hat nicht testiert.
3 Er und die Beteiligte zu 1 trennten sich im Mai 2016, Ende 2017 beantragte der Erblasser die Scheidung.
4 Im Februar 2018 ließ die Beteiligte zu 1 über ihre Rechtsanwältin dem Rechtsanwalt des Erblassers folgendes mitteilen:
„Es ist in den letzten 22 Monaten fast alles zerstört worden, was eine Familie ausmacht. Unsere Kinder leiden sehr, sie sind enttäuscht und vieles erscheint aussichtslos.
Unsere Familie hat in der Vergangenheit schon sehr oft schwierige Situationen gemeistert. Gründe für eine Scheidung gab es schon vor genau 20 Jahren und später immer wieder, aber wir haben es geschafft und sind zusammen geblieben.
Vielleicht können wir uns noch einmal eine Chance geben, indem wir trotz räumlicher Trennung in Kontakt bleiben und uns bei Bedarf gegenseitig unterstützen.
Ein Zusammenleben – auch in getrennten Wohnungen innerhalb des Hauses – kommt für mich aufgrund der Vorfälle in der Vergangenheit zur Zeit nicht in Betracht.
Für meinen Ehemann fühle ich mich weiterhin verantwortlich, speziell im Hinblick auf seine Krankheit. Es ist mir auch sehr wichtig zu betonen, dass ich mich nicht scheiden lassen wollte, weil ich aus tiefster Überzeugung unsere Ehe eingegangen war – bis der Tod sie scheidet.
Ich wünsche mir, dass uns die Krankheit meines Ehemannes nicht zu Fremden machen wird.“
5 Als der Erblasser – kurz vor seinem Tod – einen Schlaganfall erlitt, kehrte die Beteiligte zu 1 von ihrer pflegebedürftigen Mutter in P. zurück und kümmerte sich um dessen Pflege. Sie verbrachte nach dem Vortrag der Beteiligten zu 2 und 3, dem die Beteiligte zu 4 nicht entgegengetreten ist, die letzten beiden Wochen seines Lebens mit dem Erblasser.
6 Die Beteiligte zu 1 hat mit notarieller Urkunde vom 31. Jan. 2019 einen Erbschein nach dem Erblasser gestützt auf gesetzliche Erbfolge beantragt, wonach sie selbst zu ½ und die drei gemeinsamen Kinder zu je 1/6 den Erblasser beerbt haben.
7 Das Nachlassgericht hat diesen Antrag zunächst mit Beschluss vom 22. Febr. 2019 zurückgewiesen. Das Ehegattenerbrecht der Beteiligten zu 1 sei gem. § 1933 BGB ausgeschlossen, weil im Zeitpunkt des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für eine Scheidung der Ehe mit der Beteiligten zu 1 gegeben gewesen seien.
8 Auf die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Nachlassgericht den Prozessbevollmächtigten des Erblassers im Scheidungsverfahren um eine schriftliche Zeugenaussage gebeten, in der er u.a. bekundet hat, es sei schließlich am 21. Nov. 2018 zu einem persönlichen Gespräch zwischen den Prozessbevollmächtigten und dem Erblasser aber ohne die Beteiligte zu 1 gekommen. Man sei letztlich so verblieben, dass nur kleine Schritte aufeinander zu möglich waren. Man habe zunächst vereinbart, dass eine Hausbegehung der Ehefrau des Erblassers in Begleitung der Bevollmächtigten nach vorheriger Terminabsprache erfolgen solle. Dazu sei es dann aber nicht mehr gekommen.
9 Mit dem angefochtenen Beschluss vom 4. Juli 2019 hat das Nachlassgericht sodann der Beschwerde der Beteiligten zu 1 abgeholfen und die zur Begründung des Antrages der Beteiligten zu 1 erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet.
10 Gegen diesen Beschluss wendet sich die Beteiligte zu 4 mit ihrer Beschwerde. Sie macht geltend, es habe nach Zustellung des Scheidungsantrages zwar Verhandlungen gegeben. Diese hätten jedoch nur eine mögliche wirtschaftliche Gesamtauseinandersetzung zum Gegenstand gehabt. Nur unter dieser Voraussetzung und wenn man zu einer für ihn angepassten Pflegesituation gelangen könne, habe der Erblasser über die Rücknahme des Scheidungsantrages nachdenken wollen. In Ermangelung jeglicher Einigung auch nur über kleinste Streitpunkte seien die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe am Todestag des Erblassers gegeben gewesen.
11 Mit weiterem Beschluss vom 9. Sept. 2019 hat das Amtsgericht der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf zur Entscheidung vorgelegt.
12 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Verfahrensakten verwiesen.

II. Aus den Gründen:

13 Das Rechtsmittel der Beteiligten zu 4 ist gemäß §§ 58 Abs. 1 i.V.m. 352 Abs. 1 Satz 1, 59 Abs. 1 und Abs. 2, 61 Abs. 1, 63 Abs. 1 und Abs. 3 Satz 1, 64 Abs. 1 und 2 FamFG als befristete Beschwerde zulässig und nach der vom Nachlassgericht ordnungsgemäß erklärten Nichtabhilfe dem Senat zur Entscheidung angefallen (§ 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbs. FamFG). In der Sache jedoch bleibt es ohne Erfolg.
14 Die Beschwerde wäre nur dann begründet, wenn das Ehegattenerbrecht der Beteiligten zu 1 ausgeschlossen wäre. Denkbar ist hier lediglich ein Ausschluss des Ehegattenerbrechts gem. § 1933 BGB. Danach ist das Erbrecht des überlebenden Ehegatten ausgeschlossen, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für

die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt hatte. Zwar hatte der Erblasser die Scheidung beantragt, allerdings kann nicht festgestellt werden, dass bei seinem Tod die Voraussetzungen der Scheidung gegeben waren.

15 Das beurteilt sich nach § 1565 BGB. Nach dessen Absatz 1 Satz 1 kann eine Ehe geschieden werden, wenn sie gescheitert ist. Nach Satz 2 der Vorschrift ist die Ehe dann gescheitert, wenn die Lebensgemeinschaft der Ehegatten nicht mehr besteht und nicht erwartet werden kann, dass die Ehegatten sie wiederherstellen.

16 Zwar bestand die Lebensgemeinschaft zwischen dem Erblasser und der Beteiligten zu 1 seit deren Trennung im Jahre 2016 nicht mehr. Jedoch ist nach der Überzeugung des Senates die Prognose nicht gerechtfertigt, die Wiederherstellung der ehelichen Lebensgemeinschaft sei nicht zu erwarten gewesen.

17 Da die Vermutungen des § 1566 BGB – einjährige Trennung und beiderseitiger Scheidungsantrag bzw. Zustimmung des Antragsgegners; dreijährige Trennung – nicht eingreifen, hat der Tatrichter die Frage (es könne nicht erwartet werden, dass die Ehegatten ihre eheliche Lebensgemeinschaft wiederherstellen) prognostisch unter Würdigung aller Umstände des Einzelfalls zu entscheiden (*Unger/Hartmann/Franzius,* in Gsell/Krüger/Lorens/Reymann, Beck-Online, Grosskommentar, Stand 1. Aug. 2019, § 1565 BGB, Rdnr. 74).

18 Hier war nach Überzeugung des Senates im Zeitpunkt des Todes des Erblassers nicht mit hinreichender Sicherheit zu erwarten, er und die Beteiligte zu 1 würden die eheliche Lebensgemeinschaft endgültig nicht wiederherstellen.

19 Die Beteiligte zu 1 hatte schon in ihrem Schreiben vom Februar 2018 ausdrücklich darum gebeten, die Eheleute sollten sich noch einmal eine Chance geben, indem sie trotz räumlicher Trennung in Kontakt blieben und sich bei Bedarf gegenseitig unterstützten. Nach dem Schlaganfall des Erblassers ist sie sofort von ihrer pflegebedürftigen Mutter in P. zurückgekehrt, um sich um den Erblasser zu kümmern, was sie – unwiderlegt – in den letzten Wochen seines Lebens bis zu seinem Tode getan hat. Damit haben beide Ehepartner durch ihr Verhalten, die Beteiligte zu 1 durch ihre Pflege, der Erblasser durch deren Annahme, zu erkennen gegeben, dass sie sich nicht endgültig von ihrer Ehe distanziert hatten.

Zulässigkeit und Auslegung eines notariellen, mit „Erbauseinandersetzungsvertrag" bezeichneten Vertrags zwischen Vor- und Nacherben

BGB § 133, § 157, § 273 Abs. 1, § 397, § § 2128, § 2113, § 2120; ZPO § 322 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:

Vor- und Nacherben können das zwischen ihnen bestehende Verhältnis vertraglich auflösen. (Rn. 45 – 47)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Ob mit einem als „Erbauseinandersetzungsvertrag" bezeichneter notarieller Vertrag eine vollständige Auseinandersetzung geregelt werden soll, ist durch Auslegung zu ermitteln (Rn. 37 – 40).

2. Bei der Auslegung eines Vertrages ist bei Begriffen, die unter Fachleuten einen besonderen Sinn haben, regelmäßig jene Bedeutung zugrunde zu legen, wenn die Umstände erkennen lassen, dass sich die Beteiligten als Angehörige entsprechender Sondergruppen erklärt und verstanden haben (Rn. 41).

3. Auch der Nacherbe ist Erbe des Erblassers, weswegen sich auch Vor- und Nacherbe als Erben auseinandersetzen können (Rn. 42).

4. Der Schutz des Nacherbens unterliegt seiner rechtsgeschäftlichen Disposition (Rn. 45 – 48)

OLG Frankfurt a. M. (8. Zivilsenat),
Urteil vom 13.08.2019 – 8 U 99/18

I. Sachverhalt:

1 Der Kläger macht Ansprüche auf Sicherheitsleistung nach § 2128 Abs. 1 BGB gegen die Beklagte geltend. Die Beklagte ist die Mutter des Klägers.

2 Am XX.XX.1971 verstarb Frau Vorname1 A (im Folgenden: die Erblasserin). In dem am 18. April 1969 errichteten notariellen Testaments der Erblasserin hieß es u. a. wie folgt:

„Ich habe zwei Töchter, nämlich Vorname2 B, geb. A und Vorname3 C, geb. A [= die Beklagte]. Beide sind verheiratet und haben Nachkommen. Mein Nachlass soll je zur Hälfte diesen beiden Töchtern bzw. ihren Nachkommen als Erben zufallen und zwar nach folgender Maßgabe: Falls meine Tochter Vorname2 B, die zur Hälfte meine Erbin wird, den Erbfall nicht erlebt, tritt ihre Tochter Vorname6 B verehelichte H an ihre Stelle. Ersatzerben für Frau H sind deren Kinder zu gleichen Teilen.

Meine Tochter Vorname3 C [= die Beklagte] erhält als Vorerbin 30% meines Nachlasses. Die restlichen 20% meines Nachlasses erben deren beide Kinder Vorname4 [= der Kläger] und Vorname5, und zwar zu gleichen Teilen untereinander. Diese beiden Kinder sind auch Nacherben ihrer Mutter und gegebenenfalls auch deren Ersatzerben. Die Nacherbfolge tritt mit dem Tod der Vorerbin ein. Das Vermögen, das meine beiden Enkelkinder, Vorname4 und Vorname5, Geschwister C, von mir erben, soll der Verwaltung ihres Vaters entzogen sein. Fordert meine Tochter Vorname3 C den Pflichtteil, soll auch ihr die Verwaltung am Erbe ihrer Kinder entzogen werden. Es ist mein Wunsch, dass die beiden mir gehörigen Grundstücke Stadt1, D-Straße … und E-Straße …, der Nachkommenschaft erhalten bleiben. Deshalb ordne ich Testamentsvollstreckung an, die bis zum 31. Dezember 1980 dauern soll".

3 Wegen der weiteren Einzelheiten des notariellen Testaments wird auf die als Anlage SNP 1 (Bl. 9 ff. d. A.) zu den Akten gereichte Kopie Bezug genommen.

4 Der am 10. März 1971 ausgestellte gemeinschaftliche Erbschein des Amtsgerichts Stadt1 (Aktenzeichen …) wies als Erben Frau Vorname2 B zu 5/10 (Ziff. 1), die Beklagte zu 3/10 (Ziff. 2), den Kläger zu 1/10 (Ziff. 3a) und Frau Vorname5 C (Ziff. 3b) ebenfalls zu 1/10 aus. Weiter hieß es in dem gemeinschaftlichen Erbschein u. a.: „Bezüglich des 3/10 Erbanteils der [Beklagten] ist Nacherbfolge angeordnet, die mit dem Tode dieser Vorerbin eintritt. Nacherben sind zu gleichen Teilen die unter Ziff. 3a und b genannten Miterben". Für die weiteren Einzelheiten des gemeinschaftlichen Erbscheins wird auf die als Anlage SNP 2 (Bl. 12 d. A.) zu den Akten gereichte Kopie verwiesen.

5 In dem Nachlassverzeichnis vom 10. September 1971, das die Unterschrift der Schwester der Beklagten und die der Beklagten trägt, sind für die beiden Grundstücke in Stadt1 Einheitswerte in Höhe von DM 52.600,00 (D-Straße …) sowie in Höhe von DM 31.900,00 (E-Straße …) angegeben. Unter Ziff. 6 („Guthaben bei Banken, Sparkassen und Postscheckamt, Bargeld") ist ein Betrag von „rd. DM 247.000,00" eingetragen. Bei Ziff. 7 („Wertpapiere") findet sich ein Eintrag in Höhe von „rd. DM 42.980,00". Für die weiteren Einzelheiten des Nachlassverzeichnisses wird auf die als Anlage SNP 5 (Bl. 21 f. d. A.) zu den Akten gereichte Kopie verwiesen.

6 In der Erbschaftssteuererklärung der Schwester der Beklagten vom 30. Oktober 1971 ist ein Reinwert des Nachlasses in Höhe von DM 348.316,00 angegeben. Wegen der weiteren Einzelheiten der Erbschaftssteuererklärung wird auf die als Anlage SNP 3 (Bl. 13 f. d. A.) zu den Akten gereichte Kopie Bezug genommen.

7 Am 9. Juli 1982 schlossen die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits sowie Frau Vorname2 B (die Schwester der Beklagten) und Frau Vorname5 C (die Schwester des Klägers) einen notariellen Vertrag, der mit „Erbauseinandersetzungsvertrag" überschrieben ist. Ziff. 4 dieses notariellen Vertrages lautet: „Die vorgenannten beiden Grundstücke sind die einzigen noch vorhandenen Nachlasswerte der Erblasserin […]. In Ziff. 5 heißt es: „Hinsichtlich der Erbengemeinschaft nach [der Erblasserin] setzen sich die Erschienenen wie folgt auseinander". Ziff. 5.1 regelte sodann, dass das Eigentum an dem Grundstück in der E-Straße … in Stadt1 zu 6/10 an die Beklagte, zu 2/10 an den Kläger und zu weiteren 2/10 an dessen Schwester fiel. Unmittelbar danach heißt es: *„Der Nacherbenvermerk bleibt bestehen".*

8 Nach Ziff. 5.2 fiel das Eigentum an dem zweiten Grundstück an die Schwester der Beklagten. Wegen der weiteren Einzelheiten des notariellen Vertrages vom 9. Juli 1982 wird auf die zu den Akten gereichte Kopie Bezug genommen (Bl. 263 ff. d. A.).

9 Das Grundstück in der E-Straße … in Stadt1 wurde am 1. April 2016 an einen Dritten veräußert, wobei sich die Parteien dieses Rechtsstreits hinsichtlich der Verteilung des Verkaufserlöses verständigen konnten.

10 Mit rechtskräftigem Urteil der … Zivilkammer des Landgerichts Stadt1 vom 31. August 2017 ist die Beklagte verurteilt worden, dem Kläger „ein von einem Notar und unter Zuziehung des Klägers aufgenommenes Verzeichnis vorzulegen, das alle zum Zeitpunkt der Aufnahme des Verzeichnisses zum Nachlass der Erblasserin gehörenden Gegenstände beinhaltet, wobei auch sämtliche Gegenstände anzugeben sind, die nach dem Erbfall im Wege der Surrogation in den Nachlass gefallen sind". Mit Schreiben vom 2. November 2017 forderte der Kläger die Beklagte unter Fristsetzung zum 9. November 2017 auf, den titulierten Auskunftsanspruch zu erfüllen.

11 Der Kläger hat behauptet, der Nachlass habe neben den zwei Immobilien auch ein erhebliches Wertpapier- und Barvermögen umfasst. Es sei ein Wertpapiervermögen mit einem Bestand von DM 42.983,00 vorhanden gewesen. Darüber hinaus sei ein Bank- und Sparguthaben in Höhe von DM 246.768,00 vorhanden gewesen. Die auf den Kläger entfallene Vorerbmasse habe heute einen Wert von mehr als € 100.000,00. Für die Wertpapiere sei ein Wertsteigerungsfaktor von 25,83 anzusetzen.

12 Der Kläger hat erstinstanzlich beantragt,

1. den Beklagten zu verurteilen, zugunsten der dem Kläger zustehenden Nacherbschaft an dem Nachlass der am XX.XX.1971 im letzten Wohnsitz in Stadt1 verstorbenen Vorname1 A, geb. F, eine Sicherheitsleistung in Höhe von € 100.000,00 zu erbringen,
2. der Beklagten zur Erbringung der Sicherheitsleistung nach dem Antrag zu 1 eine Frist von zwei Wochen ab dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils zu setzen.

13 Die Beklagte hat erstinstanzlich beantragt,
die Klage abzuweisen.
14 Die Beklagte hat die Auffassung vertreten, der Kläger könne Sicherheitsleistung nicht an sich alleine fordern, sondern gegebenenfalls nur gemeinsam mit seiner Schwester, Frau Vorname5 G.
15 Im Übrigen sei sie als befreite Vorerbin berufen worden. Aus der Formulierung „es ist mein Wunsch, dass die beiden mir gehörigen Grundstücke […] der Nachkommenschaft erhalten bleiben" folge, dass hinsichtlich anderer Vermögensgegenstände befreite Vorerbschaft bestehe. Darüber hinaus habe sie aus dem Nachlass lediglich bescheidenen Schmuck und Hausrat erhalten, der schon im Jahre 1971 gespendet worden sei.
16 Der Kläger weigere sich überdies, Zahlungen auf eine übernommene monatliche Rentenverpflichtung von € 500,00 zu leisten. Der Kläger wolle die Beklagte wirtschaftlich ruinieren.
17 Im Übrigen habe das Nachlassverzeichnis im Zeitpunkt der Unterschriftsleistung der Beklagten auf Seite 1 lediglich die Einträge zum Immobilienbesitz, nicht indes zu Guthaben, Wertpapieren etc. enthalten. Das unterschiedliche Schriftbild und die verschobenen Schreibmaschineneinträge zeigten, dass die Einträge auf Seite 1 zeitlich gestaffelt erfolgt seien.
18 Selbst auf Grundlage des klägerischen Vortrags sei dessen Rechnung jedoch falsch. Die Erklärung vom 10. September 1971 enthalte Nachlassverbindlichkeiten, die aus der Vorerbschaft zu begleichen gewesen seien.
19 Auf die tatsächlichen Feststellungen im angefochtenen Urteil wird ergänzend Bezug genommen (§ 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO).
20 Mit dem angegriffenen Urteil hat das Landgericht die Beklagte verurteilt, zugunsten der dem Kläger zustehenden Nacherbschaft an dem Nachlass der am XX.XX.1971 im letzten Wohnsitz in Stadt1 verstorbenen Vorname1 A, geb. F, eine Sicherheitsleistung in Höhe von € 100.000,00 zu erbringen. Zur Erbringung der Sicherheitsleistung hat das Landgericht der Beklagten eine Frist von zwei Wochen ab dem Eintritt der Rechtskraft des Urteils gesetzt.
21 Zur Begründung hat das Landgericht u. a. ausgeführt, die Beklagte habe trotz ihrer rechtskräftigen Verurteilung (Urteil der … Zivilkammer vom 31. August 2017) ihre Verpflichtung auf Auskunftserteilung nicht erfüllt.
22 Die Beklagte sei auch nicht als Vorerbin befreit. Eine Befreiung ergebe sich nicht aus dem letzten Absatz der Seite 2 des Testaments und ebenso wenig aus außerhalb des Testaments liegenden Umständen, soweit diese vorgetragen seien. Denn insoweit sei ein Wille der Erblasserin nicht ersichtlich, die Vorerben von deren Beschränkungen zu befreien.
23 Der Anspruch bestehe gemäß der klägerischen Berechnung in Höhe von zumindest € 100.000,00. Zwar habe die Beklagte den Steigerungsfaktor von 25,83 bestreiten lassen. Einen ihrer Auffassung nach zutreffenden Wert habe die Beklagte jedoch nicht vorgetragen.
24 Hinsichtlich der näheren Einzelheiten der Entscheidungsgründe wird auf das Urteil des Landgerichts vom 9. Juli 2018 (Bl. 106 ff. d. A.) Bezug genommen.
25 Gegen dieses ihrem Prozessbevollmächtigten am 11. Juli 2018 (Bl. 115 d. A.) zugestellte Urteil hat die Beklagte mit einem hier am 13. August 2018 – einem Montag – eingegangenen Schriftsatz vom selben Tage Berufung eingelegt (Bl. 131 f. d. A.). Nach Verlängerung der Berufungsbegründungsfrist bis zum 11. Oktober 2018 (Bl. 141 d. A.) hat die Beklagte sodann mit Anwaltsschriftsatz vom 10. Oktober 2018, der hier am 11. Oktober 2018 eingegangen ist (Bl. 144 ff. d. A.), die Berufung begründet.
26 Mit der Berufung verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.
27 Zur Begründung führt die Beklagte u. a. an, mit Ausnahme des zum Nachlass gehörenden Immobilienbesitzes sei sie als befreite Vorerbin berufen worden. Sie habe aus dem Nachlass A jedenfalls keine Wertpapiere, keine Bank-, keine Sparkassen- und keine Postbankguthaben erhalten. Es treffe auch nicht zu, dass die Beklagte die Erfüllung des Urteils des Landgerichts Stadt1 vom 31. August 2017 verweigert habe.
28 Wegen der weiteren Einzelheiten der Berufungsbegründung wird auf den Schriftsatz der Prozessbevollmächtigten der Beklagten vom 10. Oktober 2018 (Bl. 144 ff. d. A.) verwiesen.
29 Die Beklagte beantragt,
unter Abänderung des Urteils des Landgerichts Frankfurt am Main vom 9. Juli 2018, Aktenzeichen 2-21 O 75/18, die Klage abzuweisen.
30 Der Kläger beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.
31 Er verteidigt das angegriffene Urteil. Wegen der weiteren Einzelheiten der Berufungserwiderung des Klägers wird auf den Anwaltsschriftsatz vom 28. November 2018 (Bl. 184 ff. d. A.) verwiesen.
32 Die Akten des Landgerichts Stadt1 mit dem Aktenzeichen … sowie die Akten des Amtsgerichts Stadt1 mit dem Aktenzeichen … waren Gegenstand der mündlichen Verhandlung.

II. Aus den Gründen:

33 Die Berufung der Beklagten ist zulässig. Sie ist insbesondere form- und fristgerecht erhoben und begründet worden.

34 Die Berufung der Beklagten hat auch in der Sache Erfolg.

35 1. Die zulässige Klage ist unbegründet.

36 a. Der Begründetheit der Klage steht bereits entgegen, dass die Parteien nicht mehr als Vor- und Nacherbe miteinander verbunden sind, so dass der Anwendungsbereich des § 2128 BGB nicht eröffnet ist.

37 Mit dem notariellen Erbauseinandersetzungsvertrag vom 9. Juli 1982 haben die Parteien des vorliegenden Rechtsstreits sowie Frau Vorname2 B (die Schwester der Beklagten) und Frau Vorname5 C (die Schwester des Klägers) ihre erbrechtlichen Beziehungen grundlegend umgestaltet. Eine Vorerben-Nacherben-Stellung bestand nach Abschluss dieses notariellen Vertrages (zunächst) allein noch in Bezug auf das Grundstück in der E-Straße … (vgl. Ziff. 5.1 des Vertrages vom 9. Juli 1982: „Der Nacherbenvermerk bleibt bestehen").

38 Für ein derartiges Verständnis des Erbauseinandersetzungsvertrages spricht zunächst der unmissverständliche Wortlaut des notariellen Vertrages. Bereits die Überschrift des notariellen Vertrages kennzeichnet diesen als „Erbauseinandersetzungsvertrag" – und nicht etwa als Teilerbauseinandersetzungsvertrag o. ä.

39 Zudem heißt es in Ziff. 5 des notariellen Vertrages: „Hinsichtlich der Erbengemeinschaft nach Vorname1 A geb. F setzen sich die Erschienenen wie folgt auseinander". Auch insofern fehlt im Wortlaut jeglicher Anhaltspunkt, dass lediglich eine teilweise – auf die Grundstücke beschränkte -Erbauseinandersetzung beabsichtigt gewesen sein könnte.

40 Dementsprechend heißt es auch in der unmittelbar zuvor aufgeführten Vertragsklausel (Ziff. 4), dass die „beiden Grundstücke […] die einzigen noch vorhandenen Nachlasswerte [sind]". Wenn die Parteien also ausweislich des Wortlautes davon ausgegangen sind, dass die beiden Grundstücke die einzigen noch vorhandenen Nachlasswerte darstellten, handelt es sich bei einem Erbauseinandersetzungsvertrag, der diese Grundstücke zwischen den Erben (zum Teil verbunden mit Ausgleichszahlungen) verteilt, offensichtlich um einen Vertrag, der eine vollständige Erbauseinandersetzung beabsichtigte. Davon ausgenommen war allein das Grundstück in der E-Straße … Dem eindeutig in die Richtung einer vollständigen Erbauseinandersetzung der vier Vertragsparteien weisenden Wortlaut kommt im Streitfall eine besondere Bedeutung zu. Zum einen handelt es sich um einen notariellen Vertrag, dessen Inhalt üblicherweise mit besonderer Sorgfalt und Sachkunde formuliert wird (vgl. etwa BGH, Urteil vom 17.04.2002 – VIII ZR 297/01 –, NJW 2002, 2310, 2311).

41 Zum anderen war auch der Kläger bereits zum damaligen Zeitpunkt Volljurist (vgl. die Bezeichnung „Assessor" auf S. 1 des notariellen Vertrages), dem auch damals der Unterschied zwischen einem Erbauseinandersetzungsvertrag und einem Teilerbauseinandersetzungsvertrag bekannt gewesen sein dürfte. Bei Begriffen, die etwa unter Fachleuten, in einer bestimmten Gegend oder einem bestimmten Verkehrskreis einen besonderen Sinn haben, ist regelmäßig jene Bedeutung zugrunde zu legen, wenn die Umstände erkennen lassen, dass sich die Beteiligten als Angehörige der entsprechenden Sondergruppe erklärt und verstanden haben (vgl. *Wendtland,* in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BGB, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 133, Rdnr. 23 f.). Daher sind juristische Fachausdrücke in aller Regel im Sinne des einschlägigen, von Wissenschaft und Praxis geprägten Sprachgebrauchs auszulegen, wenn die fragliche Erklärung von einem Volljuristen abgegeben wurde (vgl. etwa Senat, Urteil vom 26.02.2016 – 8 U 218/14 –, juris; LG Berlin, Urteil vom 17.11.2004 – 28 O 59/04, NJW 2005, 993, 994; Singer, in: Staudinger, BGB, 2017, § 133, Rdnr. 46; *Längsfeld/Lürken,* WM 2019, 999, 1004).

42 Der in diesem Zusammenhang erhobene Einwand des Klägers, der Begriff der Erbauseinandersetzung erfasse „das vorliegend allein maßgebliche Vor- und Nacherbverhältnis nicht", „da der Nacherbe […] gerade kein Erbe" sei, „bis der Nacherbfall" eintrete (s. S. 2 des Anwaltsschriftsatzes vom 19. Juni 2019, Bl. 294 d. A.), ist nicht stichhaltig. Der Kläger verkennt, dass Vorerbe und Nacherbe beide Erben desselben Erblassers und derselben Erbschaft sind und einander nur zeitlich nachfolgen. Der Nacherbe leitet sein Recht daher in gleicher Weise wie der Vorerbe unmittelbar vom Erblasser als dessen Erbe und Rechtsnachfolger ab und nicht vom Vorerben. Folglich haben beide nacheinander ein ungeteiltes Erbrecht (vgl. etwa BGH, Urteil vom 10.11.1965 – IV ZR 235/64 –, juris; Brox/Walker, Erbrecht, 23. Aufl. 2009, Rdnr. 343). Daher können sich auch Vor- und Nacherben auseinandersetzen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 13.10.2000 – V ZR 451/98 –, NJW-RR 2001, 217, 218).

43 Auch die Entstehungsgeschichte des notariellen Vertrages aus dem Jahre 1982 spricht dafür, dass damit eine vollständige Erbauseinandersetzung beabsichtigt war, die allein in Bezug auf das Grundstück in der E-Straße … eine Sonderregelung vorsah. So ist in dem notariellen Vertrag durchweg von Erbauseinandersetzung o. ä. und nicht etwa von einer Teilerbauseinandersetzung die Rede, etwa in den Schreiben der Beklagten vom 23. November 1980 (Anlage SNP 14, Bl. 241 d. A.: „Vorschlag einer Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft"; „anstehende Erbauseinandersetzung"; „Auseinandersetzungsverhandlungen") und vom 14. Oktober 1980 (Anlage SNP 15, Bl. 242 d. A.: „eine Erbauseinandersetzung"; „Deine Wünsche bzw. Vorschläge bezügl. der Erbauseinandersetzung"), in dem Schreiben des Rechtsanwalts von Frau Vorname2 B – der Schwester der Beklagten – vom 5. Mai 1981 (Anlage SNP 16, Bl. 243 d. A.: „Meine Mandantin

möchte daher die Erbengemeinschaft nicht fortsetzen und ist daran interessiert, daß die Erbengemeinschaft auseinandergesetzt wird"; „[…] wenn die Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft im Wege der Realteilung erfolgt"), in ihrer Vollmacht vom 5. Mai 1981 (Bl. 245 d. A.: „[…] meine Ansprüche wegen/aus Erbauseinandersetzung gegen C […]"), in dem Schreiben des Klägers vom 18. Mai 1981, das er „in eigener Sache und namens und in Vollmacht" seiner Schwester sowie der Beklagten formulierte (Anlage SNP 17, Bl. 246 f. d. A.: „Ich stimme grundsätzlich einer Erbauseinandersetzung zu"; „[…] auf der Grundlage des auf diese Weise festgestellten Wertes die Erbauseinandersetzung zu betreiben […]", „[…] im Interesse eines zügigen Auseinandersetzungsverfahrens […]"), in der durch die Beklagte und die Schwester des Klägers diesem am 18. Mai 1981 ausgestellten Vollmacht (Bl. 249 d. A.: „[Dem Kläger] wird hiermit Vollmacht erteilt, unsere Rechte bei der Auseinandersetzung der Erbengemeinschaft C/B umfassend wahrzunehmen"), in dem Schreiben des Klägers vom 31. Dezember 1981 (Anlage SNP 18, Bl. 250 f. d. A.: „die Verhandlungen über die Erbauseinandersetzung", „als Stichtag der Erbauseinandersetzung") sowie in dem Schreiben des Klägers vom 13. Februar 1982 (Anlage SNP 19, Bl. 252 f. d. A.: „[…] als Grundlage einer Erbauseinandersetzung"; „den Erbauseinandersetzungsvertrag").

44 Der Wortlaut des notariellen Vertrages vom 9. Juli 1982 und dessen Entstehungsgeschichte machen somit deutlich, dass damals offenkundig alle Vertragsparteien davon ausgingen, dass der Nachlass nur noch aus den beiden Grundstücken in Stadt1 bestand (vgl. wiederum Ziff. 4 des Vertrages). Dass auch der Kläger davon ausging, ergibt sich nicht nur aus dem unmissverständlichen Wortlaut des notariellen Vertrages, sondern ist von diesem auch im vorliegenden Rechtsstreit eingeräumt worden (s. S. 9 des Anwaltsschriftsatzes vom 22. März 2019, Bl. 232 d. A.). Wenn aber der Kläger ebenso wie ausweislich des Wortlauts des notariellen Vertrages vom 9. Juli 1982 alle anderen Vertragsparteien damals davon ausgingen, dass es keine weiteren Nachlasswerte gibt, bestand für eine lediglich auf die Grundstücke bezogene Regelung kein Anlass.

45 Einer umfassenden Regelung der Vertragsparteien des notariellen Vertrages vom 9. Juli 1982 in dem erläuterten Sinne standen auch keine rechtlichen Hindernisse entgegen. Es ist von Rechts wegen insbesondere nicht zu beanstanden, dass die Vertragsparteien die in dem Testament der Erblasserin vom 18. April 1969 getroffenen Anordnungen massiv umgestalteten. Vor- und Nacherben können die Bindungen des Vorerben regelmäßig beseitigen, etwa indem sie sich endgültig über die Nacherbschaft auseinandersetzen, also das zwischen ihnen bestehende Verhältnis vertraglich auflösen (s. etwa Weidlich, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 2100, Rdnr. 18; vgl. auch BGH, Urteil vom 13.10.2000 – V ZR 451/98 –, NJW-RR 2001, 217, 218; BayObLG, Beschluss vom 01.03.2005 – 2Z BR 231/04 –, NJW-RR 2005, 956).

46 Aus § 2113 BGB und § 2120 BGB ergibt sich, dass der Schutz des Nacherben uneingeschränkt seiner rechtsgeschäftlichen Disposition unterliegt. Denn § 2120 BGB begründet nicht erst eine (auf Verfügungen des Vorerben beschränkte) Rechtsmacht des Nacherben, sie setzt diese vielmehr voraus. Auch ein sachlicher Grund, diese Dispositionsbefugnis auf die Zustimmung zu Verfügungen des Vorerben zugunsten eines Dritten zu beschränken, ist nicht erkennbar (vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom 13.05.2016 – I-15 W 594/15 –, MittBayNot 2017, 166).

47 Dem steht auch nicht das angebliche Erfordernis des Schutzes eines etwaigen Ersatznacherbens entgegen. Das Gesetz sieht den Geltungsgrund für die gestufte Erbfolge und die hiermit verbundene Beschränkung des Vorerben allein in der Anordnung des Erblassers. Aus dessen Sicht ist der Ersatznacherbe jedoch kein (künftig) Berechtigter, sondern lediglich ein Ersatz für den primär bestimmten Nacherben. Soweit das Gesetz also im Interesse des Erblasserwillens den Nacherben schützt und ihm aber auch die rechtliche Befugnis zugesteht, sich dieses Schutzes zu begeben, ist hiermit immer nur der aktuelle Nacherbe angesprochen (vgl. etwa OLG Hamm, Beschluss vom 13.05.2016 – I-15 W 594/15 –, MittBayNot 2017, 166 m. w. N.).

48 Auch aus dem Erblasserwillen lässt sich keine Beschränkung der Dispositionsbefugnis des Nacherben herleiten. Zum einen hat es der Erblasser bei seiner Nachlassgestaltung durchaus in der Hand, die Position des Ersatzerben stärker auszugestalten, wenn es ihm denn um mehr als die Vorsorge gegen einen möglichen Wegfall des (ersten) Nacherben geht, z. B. indem er den Ersatznacherben zugleich zum bedingten Nach-Nacherben einsetzt. Zum anderen sieht das Gesetz eine Durchsetzung des Erblasserwillens gegen den übereinstimmenden Willen der Lebenden nicht vor (vgl. etwa im Einzelnen OLG Hamm, Beschluss vom 13.05.2016 – I-15 W 594/15 –, MittBayNot 2017, 166, 166 f.; *Keim,* DNotZ 2003, 822, 830).

49 Ob eine konsensuale Aufhebung von Vor- und Nacherbschaft dann auf rechtliche Grenzen (etwa das Erfordernis der Zustimmung familienfremder Dritter wie Pfleger und Betreuungsgericht) stößt, wenn der Erblasser etwa „die beim Tod des Vorerben vorhandenen Abkömmlinge" als Nacherben einsetzt (vgl. dazu etwa Weidlich, MittBayNot 2017, 167, 168), kann hier offen bleiben. Im Streitfall stellt sich das Problem unbekannter Nacherben nicht, da die Erblasserin nur bestimmte Personen – nämlich den Kläger und dessen Schwester – zu Nacherben ihrer Mutter (der Beklagten) bestimmt hatte.

50 Gegen eine konsensuale Aufhebung von Vor- und Nacherbschaft im Streitfall spricht auch nicht etwa die Rechts-

kraft des Urteils des Landgerichts Stadt1 vom 31. August 2017 in dem Verfahren … Nach § 322 Abs. 1 ZPO reicht die Rechtskraft eines Urteils so weit, als über den erhobenen (prozessualen) Anspruch entschieden ist. Sie beschränkt sich auf den unmittelbaren Gegenstand des Urteils, das heißt auf die Rechtsfolge, die auf eine Klage oder Widerklage aufgrund eines bestimmten Sachverhalts bei Schluss der mündlichen Verhandlung den Entscheidungssatz bildet. Einzelne Urteilselemente, tatsächliche Feststellungen und rechtliche Folgerungen, auf denen die getroffene Entscheidung aufbaut, werden dagegen von der Rechtskraft nicht erfasst (vgl. etwa BGH, Urteil vom 17.02.1983 – III ZR 184/81 –, NJW 1983, 2032). Damit umfasst die Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Stadt1 vom 31. August 2017 lediglich den Ausspruch, dass die Beklagte verpflichtet ist, dem Kläger ein von einem Notar und unter Zuziehung des Klägers aufgenommenes Verzeichnis vorzulegen, das alle zum Zeitpunkt der Aufnahme des Verzeichnisses zum Nachlass der Erblasserin gehörenden Gegenstände beinhaltet, wobei auch sämtliche Gegenstände anzugeben sind, die nach dem Erbfall im Wege der Surrogation in den Nachlass gefallen sind. Die Frage, ob die Vor- und Nacherbschaft fortbesteht, ist hingegen eine bloße Vorfrage, die nicht von der Rechtskraft des Urteils des Landgerichts Stadt1 vom 31. August 2017 erfasst ist.

51 Gegen die Annahme einer vollständigen Erbauseinandersetzung einschließlich einer Auflösung der Vor- und Nacherbschaftsstellung spricht auch nicht der von dem Kläger erhobene Einwand, dass er in dem Vertrag vom 9. Juli 1982 nicht auf ihm damals unbekannte Rechtspositionen habe verzichten wollen (s. etwa S. 8 des Anwaltsschriftsatzes vom 19. Juni 2019, Bl. 300 d. A.). Richtig ist, dass selbst bei einer eindeutig erscheinenden Erklärung des Gläubigers ein Erlass- bzw. Verzichtswille nicht angenommen oder auch nur vermutet werden darf, ohne dass sämtliche Begleitumstände, einschließlich eines einschränkenden Verständnisses des Wortlauts der Erklärung berücksichtigt worden sind (Gebot der interessengerechten Auslegung; vgl. etwa *Dennhardt,* in: Bamberger/Roth/Hau/Poseck (Hrsg.), BGB, Band 1, 4. Aufl. 2019, § 397, Rdnr. 12 m. w. N.). Diese Frage muss hier jedoch nicht weiter vertieft werden, da sie allenfalls dann relevant wäre, wenn im Streitfall feststünde, dass bei Abschluss des notariellen Erbauseinandersetzungsvertrages vom 9. Juli 1982 – entgegen der ausdrücklichen Erklärung in diesem Vertrag – doch noch weitere Nachlassgegenstände vorhanden gewesen wären. Zwar hat der Kläger eine entsprechende Behauptung aufgestellt (vgl. etwa den dritten Absatz auf S. 12 des Anwaltsschriftsatzes vom 22. März 2019, Bl. 235 d. A.; s. dazu die Stellungnahme der Beklagten auf S. 1 des Anwaltsschriftsatzes vom 16. April 2019, Bl. 261 d. A.), jedoch insoweit keinen Beweis angeboten, obwohl dieser Punkt bereits in dem Verfahren … streitig zwischen den Parteien diskutiert worden war (vgl. etwa S. 2 unten des Anwaltsschriftsatzes des Klägers vom 7. Juli 2017, Bl. 55 der Beiakten …, und S. 3 f. des Anwaltsschriftsatzes der Beklagten vom 12. Juni 2017, Bl. 40 f. der Beiakten …) und es keineswegs zwingend ist, dass von etwaigen Bankguthaben oder Wertpapieren aus dem Jahre 1971 im Jahre 1982 noch etwas übrig ist (und sei es auch nur in der Form von Surrogaten). Vor diesem Hintergrund bestand im Streitfall keine Veranlassung, den anwaltlich vertretenen Kläger auf den fehlenden Beweisantritt hinzuweisen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21.04.1954 – VI ZR 43/53 –, Entscheidungsumdruck, S. 8; Urteil vom 28.04.1966 – III ZR 199/63 –, Entscheidungsumdruck, S. 16; BGH, Urteil vom 04.03.2008 – KZR 29/06 –, NJW 2008, 2175, 2176; Urteil vom 18.11.2010 – I ZR 155/09 –, GRUR 2011, 617, 621; BAG, Urteil vom 25.01.2005 – 9 AZR 258/04 –, NZA 2005, 1130, 1131; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 12.05.2015 – 11 U 104/14 –, juris).

52 Auch eine ergänzende Auslegung des notariellen Vertrages vom 9. Juli 1982 kommt nicht in Betracht. Voraussetzung für eine ergänzende Vertragsauslegung ist, dass der Vertrag unter Zugrundelegung des Regelungskonzepts der Parteien eine Lücke aufweist, die geschlossen werden muss, um den Regelungsplan der Parteien zu verwirklichen (vgl. etwa BGH, Urteil vom 18.06.2008 – VIII ZR 154/06 –, NJW-RR 2008, 1371, 1372). Eine derartige Lücke liegt hier aber gerade nicht vor, da nach Wortlaut und Entstehungsgeschichte – mit Ausnahme des Grundstückes in der E-straße … – eine vollständige Auseinandersetzung erfolgen sollte.

53 Doch selbst wenn man hier – zu Unrecht – davon ausginge, dass der Vertrag vom 9. Juli 1982 eine Lücke dahingehend aufweise, dass die Vertragsparteien in Bezug auf das Schicksal von etwaigen weiteren Nachlassgegenständen keine Regelung getroffen hätten, wäre eine ergänzende Vertragsauslegung in Bezug auf diese etwaigen weiteren Nachlassgegenstände ausgeschlossen. Eine ergänzende Vertragsauslegung scheidet nämlich aus, wenn die Regelungslücke in verschiedener Weise geschlossen werden kann und keine hinreichenden Anhaltspunkte für den hypothetischen Parteiwillen vorhanden sind (vgl. etwa BGH, Urteil vom 20.07.2005 – VIII ZR 397/03 –, NJW-RR 2005, 1619, 1621; Ellenberger, in: Palandt, BGB, 78. Aufl. 2019, § 157, Rdnr. 10 m. w. N.). So liegt es hier. Unterstellte man in Bezug auf das Schicksal von etwaigen weiteren Nachlassgegenständen – zu Unrecht – eine Lücke des notariellen Vertrages, so wäre vollkommen offen, ob die Vertragsparteien ihnen im Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht präsente (etwaige) weitere Nachlassgegenstände nach dem Verteilungsmodus aus Ziff. 5. 3 und Ziff. 8, nach dem aus Ziff. 5.2 oder nach einem gänzlich anderen Modus (etwa nach Köpfen) verteilt hätten.

54 Soweit die Vor- und Nacherbschaft nach dem notariellen Erbauseinandersetzungsvertrag vom 9. Juli 1982 in Bezug auf das Grundstück in der E-Straße … zunächst fortbestand, ist diese im Übrigen jedenfalls dadurch konkludent beendet worden, dass dieses Grundstück im April 2016 an einen Dritten veräußert und der Erlös u. a. zwischen den Parteien verteilt worden ist. Selbst wenn man dies – zu Unrecht – anders beurteilen wollte, hätte dies für den vorliegenden Rechtsstreit keine Konsequenzen, da der Kläger aus der Verwaltung dieses Grundstücks in der E-Straße … und dem später erzielten Erlös aus der Veräußerung dieses Grundstücks keine Rechte gegenüber der Beklagten geltend macht.

55 b. Selbst wenn man hier – zu Unrecht – davon ausginge, dass die Parteien einander noch als Vor- und Nacherben verbunden seien, stünde der Beklagten hier jedenfalls ein Zurückbehaltungsrecht (§ 273 Abs. 1 BGB) zu.

56 Der Beklagten steht gegen den Kläger aus der „Rentenvereinbarung" vom 31. März 2016 (Bl. 58 d. A.) ein Anspruch auf Zahlung einer lebenslangen monatlichen Rente in Höhe von € 500,00 zu. Dass diese Vereinbarung gemäß Ziff. 7 in Kraft getreten ist, steht zwischen den Parteien nicht im Streit. Trotz seiner Ankündigung von entsprechenden Zahlungen (s. S. 4 oben des Anwaltsschriftsatzes vom 1. Juni 2018, Bl. 68 d. A.) hat der Kläger diese bislang nicht geleistet. (…)

57 3. Gründe, die Revision zuzulassen (§ 543 Abs. 2 ZPO), liegen nicht vor.

58 Der Sache kommt keine grundsätzliche Bedeutung im Sinne des § 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 1 ZPO zu. Dies ist nur dann der Fall, wenn die Sache eine klärungsbedürftige und klärungsfähige Rechtsfrage aufwirft, die sich in einer unbestimmten Vielzahl weiterer Fälle stellen kann und deshalb das abstrakte Interesse der Allgemeinheit an der einheitlichen Entwicklung und Handhabung des Rechts berührt (vgl. BVerfG, Beschluss vom 04.11.2008 – 1 BvR 2587/06 –, NJW 2009, 572, 573; Beschluss vom 27.05.2010 – 1 BvR 2643/07 –, FamRZ 2010, 1235, 1236; Beschluss vom 29.09.2010 – 1 BvR 2649/06 –, juris; BGH, Beschluss vom 04.07.2002 – V ZB 16/02, NJW 2002, 3029; *Ball,* in: Musielak/Voit (Hrsg.), Kommentar zur ZPO, 16. Aufl. 2019, § 543 ZPO, Rdnr. 5; *Heßler,* in: Zöller, ZPO, 32. Aufl. 2018, § 543, Rdnr. 11; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 01.09.2016, § 543, Rdnr. 19). Klärungsbedürftig sind dabei solche Rechtsfragen, deren Beantwortung zweifelhaft ist oder zu denen unterschiedliche Auffassungen vertreten werden und die noch nicht oder nicht hinreichend höchstrichterlich geklärt sind (vgl. BVerfG, Beschluss vom 19.07.2007 – 1 BvR 650/03, NJW-RR 2008, 26, 29; Beschluss vom 27.05.2010 – 1 BvR 2643/07, FamRZ 2010, 1235, 1236; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 03.09.2013 – 15 U 92/12, ZEV 2013, 674, 677; Heßler, in: Zöller, Zivilprozessordnung, 32. Aufl. 2018, § 543, Rdnr. 11).

59 Nach diesen Maßstäben wirft die vorliegende Sache keine klärungsbedürftigen Rechtsfragen auf. Es handelt sich vielmehr um eine von den tatsächlichen Besonderheiten des Sachverhalts geprägte Einzelfallentscheidung. Die rechtlichen Fragen sind in der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes (vgl. insbesondere BGH, Urteil vom 13.10.2000 – V ZR 451/98 –, NJW-RR 2001, 217, 218) geklärt.

60 Die Zulassung der Revision ist im vorliegenden Fall auch nicht zur „Sicherung einer einheitlichen Rechtsprechung" (§ 543 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 ZPO) erforderlich. Dieser Zulassungsgrund ist insbesondere dann gegeben, wenn das Berufungsgericht von einer Entscheidung eines höherrangigen Gerichts, namentlich des Bundesgerichtshofes, abweicht. Eine Abweichung in diesem Sinne liegt dann vor, wenn das Berufungsgericht ein und dieselbe Rechtsfrage anders beantwortet als die Vergleichsentscheidung, also einen Rechtssatz aufstellt, der sich mit dem in der Vergleichsentscheidung aufgestellten Rechtssatz nicht deckt (vgl. BGH, Beschluss vom 04.07.2002 – V ZR 75/02 –, NJW 2002, 2295; Beschluss vom 27.03.2003 – V ZR 291/02 –, NJW 2003, 1943, 1945; OLG Frankfurt am Main, Urteil vom 31.10.2013 – 15 U 127/13 –, juris; *Reichold,* in: Thomas/Putzo, ZPO, 34. Aufl. 2013, § 543, Rdnr. 4b; *Kessal-Wulf,* in: Vorwerk/Wolf (Hrsg.), Beck'scher Online-Kommentar ZPO, Stand: 01.09.2016, § 543, Rdnr. 26).

61 Eine so verstandene Abweichung von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes findet im vorliegenden Fall nicht statt.

Anwendbarkeit des § 878 BGB bei Wegfall der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers

BGB §§ 873, 878, 2205

§ 878 BGB findet keine analoge Anwendung bei Wegfall der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers.

OLG Köln, Beschl. v. 18.11.2019 – 2 Wx 337/19

I. Sachverhalt:

1 Im Grundbuch des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes sind als Eigentümer die Erben der am 22.10.2017 verstorbenen G. Z.-Z. (Erblasserin) eingetragen, u.a. auch der Beteiligte zu 3). Der Beteiligte zu 1) ist – ehemaliger – Testamentsvollstrecker über den Nachlass der Erblasserin.

2 Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 05.03.2018 – UR.Nr. 524/2018 des Notars Bell in Bonn (Bl. 211 ff. d.A.) – verkaufte der Beteiligte zu 1) in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlass der Erblasserin den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz zu einem Kaufpreis von 225.000,00 € an die Beteiligte zu 2). Zugleich wurde die Auflassung erklärt. Mit Schriftsatz vom 13.07.2018 haben die Beteiligten zu 1) und 2) u.a. die Eintragung des Eigentumswechsels beantragt (Bl. 262 d.A.).
3 Durch am 10.08.2018 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen (Bl. 266 ff. d.A.). Zur Begründung wird ausgeführt, es seien Anhaltspunkte dafür vorhanden, dass es sich nicht um eine (voll) entgeltliche Verfügung handele. Die Beteiligten zu 1) und 2) seien geschäftlich miteinander bekannt. Zudem würden die Angaben zum Verkehrswert des Nachlassgrundstücks nicht überzeugen. Schon im Jahre 1995 sei von der Erblasserin ein Kaufpreis von 465.000,00 DM gezahlt worden. Seit 1995 seien die Preise für Wohnungseigentum allgemein, aber auch im Bonner Süden deutlich gestiegen. Es sei nicht nachvollziehbar, warum dies für den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz nicht gelten solle. Zum Vollzug des Antrags vom 13.07.2018 sei daher die Zustimmung aller Erben und Vermächtnisnehmer erforderlich. Zur Behebung der Eintragungshindernisse hat das Grundbuchamt eine Frist bis zum 08.12.2018 gesetzt.
4 Die gegen diesen Beschluss gerichtete Beschwerde des Beteiligten zu 1) hat der Senat durch Beschluss vom 14.11.2018, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, zurückgewiesen (Bl. 305 ff. d.A.).
5 Mit Schriftsatz vom 21.11.2018 ist der Eintragungsantrag vom 13.07.2011 zurückgenommen worden (Bl. 344 d.A.).
6 Durch notariell beurkundeten Vertrag vom 06.06.2019 – UR.Nr. 1350/2019 des Notars Bell in Bonn (Bl. 367 ff. d.A.) – haben der Beteiligte zu 1) in seiner Eigenschaft als Testamentsvollstrecker über den Nachlass der Erblasserin und die Beteiligte zu 2) als Erwerberin den notariellen Vertrag vom 05.03.2018 geändert und den Kaufpreis um 101.500,00 € auf 326.500,00 € erhöht. Zugleich wurde erneut die Auflassung erklärt.
7 Mit Schriftsatz vom 18.07.2019 hat der beurkundende Notar erneut beantragt, das Eigentum an dem im Rubrum bezeichneten Grundbesitz auf die Beteiligte zu 2) umzuschreiben (Bl. 366 d.A.). Dem Schriftsatz sind eine beglaubigte Abschrift der notariellen Urkunde vom 06.06.2019 und eine Kopie eines Gutachtens des Sachverständigen K. vom 08.05.2019 betreffend den Verkehrswert des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes zu den Stichtagen 22.10.2017 und 05.03.2018 (Bl. 371 ff. d.A.) beigefügt worden.
8 Durch am 03.09.2019 erlassenen Beschluss des Amtsgerichts- Nachlassgerichts – Bonn, 35 VI 922/17, ist der Beteiligte zu 1) aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker entlassen worden (Bl. 446 ff. d.A.).
9 Durch am 10.09.2019 erlassenen Beschluss hat das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung erlassen und ausgeführt, dass eine neue Auflassung durch einen noch zu bestellenden Einzeltestamentsvollstrecker und die Zustimmung aller im Grundbuch als Rechtsnachfolger der Erblasserin eingetragenen Miterben sowie aller Vermächtnisnehmer gemäß dem Feststellungsbeschluss des Nachlassgerichts vom 13.04.2018 (35 VI 245/18) erforderlich seien (Bl. 432 ff. d.A.). Zur Begründung hat es ausgeführt, dass die Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers mit seiner Entlassung vor der Eintragung der Eigentumsumschreibung fortgefallen sei. § 878 BGB sei nicht anwendbar. Das Finanzamt habe einen Wert des Grundbesitzes in Höhe von 419.040,00 € festgestellt.
10 Gegen diesen den Beteiligten zu 1) und 2) am 11.09.2019 zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 2) mit am 28.10.2019 beim Amtsgericht Bonn eingegangenen Schriftsatz vom 25.10.2019 Beschwerde eingelegt (Bl. 451 ff. d.A.). Zur Begründung hat sie ausgeführt, dass der nun angepasste Kaufpreis dem Verkehrswert entsprechen würde. Dies sei durch das Gutachten des öffentlich bestellten und vereidigten Sachverständigen K. nachgewiesen. Auf die Einschätzung des Finanzamtes komme es nicht an, weil sie auf rein statistischen Werten beruhe. Der Sachverständige habe dagegen auf den konkreten Einzelfall abgestellt. Der Zustimmung der Erben bedürfe es nicht, weil ein voll entgeltliches Rechtsgeschäft vorliege. Es sei gem. § 878 BGB unerheblich, dass der Beteiligte zu 1) nach Stellung des Eintragungsantrags aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker entlassen worden sei. § 878 BGB sei nach mittlerweile überwiegender Meinung in Literatur und Rechtsprechung auf Fälle der Amtsenthebung eines Testamentsvollstreckers entsprechend anzuwenden. Die Beschwerdeführerin sei auch schutzwürdig. Sie habe auf die Angaben des Testamentsvollstreckers und der Sachverständigen vertraut.
11 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde der Beteiligten zu 2) durch Beschluss vom 06.11.2019 nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 673 ff. d.A.).

II. Aus den Gründen:

12 Die Beschwerde ist nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen in zulässiger Art und Weise gem. § 73 GBO eingelegt worden.
13 In der Sache hat die Beschwerde einen – vorläufigen – Erfolg, weil das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung mit einem nach § 18 GBO unzulässigen Inhalt erlassen hat.

14 Durch den Erlass einer Zwischenverfügung nach § 18 GBO sollen dem Antragsteller der Rang und die sonstigen Rechtswirkungen erhalten bleiben, die sich nach dem Eingang des Antrags richten und die durch die sofortige Zurückweisung verloren gingen. § 18 GBO bezieht sich daher nur auf die Beseitigung eines der Eintragung entgegenstehenden Hindernisses und ist nicht anwendbar, wenn der Mangel des Antrags nicht mit rückwirkender Kraft geheilt werden kann. Vor diesem Hintergrund ist es nicht zulässig, mit einer Zwischenverfügung auf den Abschluss eines Rechtsgeschäfts hinzuwirken, das Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung sein soll, weil sonst die beantragte Eintragung einen ihr nicht gebührenden Rang erhielte (BGH, Beschluss vom 26.09.2013 – V ZB 152/12, FGPrax 2014, 2-4; *Demharter,* GBO, 31. Aufl. 2018, § 18 Rn. 8 m.w.N.). Gemessen daran ist die Zwischenverfügung unzulässig. Denn hier hat das Grundbuchamt u.a. verlangt, dass ein noch zu bestellender Testamentsvollstrecker erneut die Auflassung des im Rubrum bezeichneten Grundbesitzes erklärt. Bei der Auflassung handelt es sich indes um die Grundlage der einzutragenden Rechtsänderung. Sie kann im Wege der Zwischenverfügung nicht verlangt werden.

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

16 Es ist bereits zweifelhaft, ob im Hinblick auf den Ergänzungsvertrag vom 06.06.2019 und die Erhöhung des Kaufpreises auf 326.500,00 € nunmehr von einer vollen Entgeltlichkeit der Verfügung über den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz auszugehen ist. Hiergegen spricht, dass die maßgeblichen Rechtsgeschäfte, die Erhöhung des Kaufpreises und die erneute Auflassung, Mitte des Jahres 2019 geschlossen wurden, während sich die im Auftrag der Verfahrensbevollmächtigten des Beteiligten zu 1) erstellte Begutachtung durch den Sachverständigen K. auf die Stichtage 22.10.2017 und 05.03.2018 bezieht. Schon in diesem Zeitraum von nicht einmal ca. 4,5 Monaten zwischen den beiden Stichtagen soll sich der Verkehrswert nach den Feststellungen des Sachverständigen um 11.500,00 € erhöht haben. Im Hinblick auf die aktuellen Entwicklungen auf dem Immobilienmarkt ist davon auszugehen, dass sich die Preise im Allgemeinen und auch der konkrete Verkehrswert des streitgegenständlichen Objekts bis zum 06.06.2019 weiter nach oben entwickelt haben. Weitere Zweifel an der Angemessenheit des Kaufpreises von 326.500,00 € ergeben sich aufgrund der Feststellungen des Finanzamtes, das einen Wert von 419.040,00 € angenommen hat. Allein der Vortrag der Beschwerdeführerin, dass das Finanzamt von statistischen Werten ausgehe und nicht den konkreten Einzelfall berücksichtige, erklärt nicht die erhebliche Differenz von rund 100.000,00 € zwischen den Feststellungen des Finanzamtes und des Sachverständigen. Letztlich kann die Frage, ob eine unentgeltliche Verfügung im Sinne von § 2205 S. 3 BGB vorliegt, aber offen bleiben.

17 Denn der Beteiligte zu 1) hat seine Befugnis gem. § 2205 S. 2 BGB, über den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz zu verfügen, mit seiner Entlassung aus dem Amt des Testamentsvollstreckers vor Vollendung der Übertragung des Eigentums auf die Beteiligte zu 2) verloren. Grundsätzlich muss aber der gem. § 873 Abs. 1 BGB über ein Grundstück Verfügende zum Zeitpunkt der (der Einigung nachfolgenden) Eintragung des Eigentumsübergangs im Grundbuch noch verfügungsberechtigt sein (vgl. nur Palandt/*Herrler,* BGB, 78. Aufl. 2019, § 878 Rn. 1). Etwas anderes ergibt sich hier auch nicht gem. § 878 BGB. Eine unmittelbare Anwendung dieser Vorschrift kommt nicht in Betracht, weil der Beteiligte zu 1) nicht als Berechtigter in seiner Verfügungsmacht beschränkt worden ist. Auch eine analoge Anwendung scheidet hier aus.

18 Höchst – oder obergerichtliche Entscheidungen, die eine Analogie des § 878 BGB beim Handeln eines Testamentsvollstreckers bejahen, liegen – soweit ersichtlich – nicht vor. Die von der Beteiligten zu 2) genannte Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Beschluss vom 11.10.2012 – V ZB 2/12, NJW 2013, 299-300) betrifft die Zustimmung eines Verwalters zu der Veräußerung von Wohnungseigentum und befasst sich mit der Anwendbarkeit des § 878 BGB ausdrücklich nicht. Das OLG Brandenburg (VIZ 1995, 365-367) wendet zwar § 878 BGB auf die Verfügungsbefugnis analog an. Die Entscheidung betrifft indes nicht die Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers. Gegen eine entsprechende Anwendung von § 878 BGB auf die Verfügungsbefugnis eines Testamentsvollstreckers hat sich dagegen u.a. der Senat (MittRhNotK 1981, 139, 140) mit der Begründung gewandt, dass der Verlust der Verfügungsbefugnis über das Vermögen eines Dritten aus einer Amtsstellung dem Verlust der Rechtsinhaberschaft, auf den § 878 BGB nicht anwendbar sei, gleichzusetzen sei. Eine analoge Erstreckung der Vorschrift auf jeglichen Verwalter kraft Amtes wird zwar zunehmend im Schrifttum vertreten. Dieses begründet die Analogie im Wesentlichen mit zwei Erwägungen: Zwar sei der Verlust der Verfügungsbefugnis über das Vermögen eines Dritten dogmatisch dem Verlust der Rechtsinhaberschaft, auf den § 878 BGB gerade nicht anwendbar sei, gleichzustellen. Jedoch sei die Interessenlage im Falle der Endigung einer Amtsstellung identisch mit derjenigen bei der Entziehung der Verfügungsbefugnis des berechtigten Rechtsinhabers. Denn die Schutzbedürftigkeit des Begünstigten sei in beiden Fällen die gleiche, weil es nur von der von den Beteiligten nicht zu beeinflussenden Dauer des Grundbucheintragungsverfahrens

abhänge, ob die Verfügung wirksam werde oder nicht. Zudem bestehe ein unabweisbares Bedürfnis für einen Schutz nach § 878 BGB, denn würde man die Analogie ablehnen, wäre der Grundstücksverkehr mit einem amtlichen Verwalter praktisch lahmgelegt, da einem Erwerber vor seiner Eintragung die Entrichtung seiner Gegenleistung, dem Verwalter hingegen vor Erhalt der Gegenleistung die Erklärung der Einigung und die diesbezügliche Grundbuchbewilligung nicht zugemutet werden könnten (Staudinger/Herrler, BGB, Neubearbeitung 2018, § 878 Rn. 58 m.w.N.; BeckOK BGB/H.-W. Eckert, § 878 Rn. 15 m.w.N.; MüKo-BGB/*Kohler,* 7. Aufl. 2017, § 878 Rn. 11; Palandt/*Herrler,* BGB, 78. Aufl. 2019, § 878 Rn. 11; a.A.: *Zimmermann,* Die Testamentsvollstreckung, 5. Aufl. 2019, Rn. 412).

19 Ob dieser Literaturmeinung zu folgen und die bisherige Rechtsprechung des Senats aufzugeben ist, kann hier indes offen bleiben. Denn im vorliegenden Fall besteht kein Schutzbedürfnis des Testamentsvollstreckers oder der Erwerberin. Die Beteiligte zu 2) hat den im Rubrum bezeichneten Grundbesitz vom Testamentsvollstrecker zunächst zu einem Kaufpreis zu erwerben versucht, der (mindestens) 100.000,00 € unter dem Verkehrswert von (mindestens) 326.500,00 € lag. Im Hinblick auf dieses erhebliche Missverhältnis musste den Beteiligten zu 1) und 2) bewusst gewesen sein, dass der Kaufpreis von 225.000,00 € deutlich unter dem Verkehrswert des Grundstücks lag, der Beteiligte zu 1) seine Befugnisse als Testamentsvollstrecker missbraucht hatte und deshalb auch seine Entlassung aus dem Amt drohte. Eine analoge Anwendung des § 878 BGB zum Schutz des Testamentsvollstreckers oder des Erwerbers ist unter diesen Umständen abzulehnen. Vielmehr ist der vorliegende Fall mit einer Entscheidung des OLG Düsseldorf (Beschluss vom 04.02.2010 – 3 Wx 209/09, juris) vergleichbar, in der eine analoge Anwendung von § 878 BGB bei einem – gestatteten – Insichgeschäft (§ 181 BGB) des Testamentsvollstreckers abgelehnt wurde, weil es bei einem solchen Rechtsgeschäft keines Schutzes der Vertragsschließenden bedarf. Soweit sich die Beteiligte zu 2) nunmehr darauf beruft, sich auf die eingeholten Gutachten und die Auskunft des Beteiligten zu 1) verlassen zu haben, greift ihr Vorbringen nicht durch. Im Hinblick auf das krasse Missverhältnis zwischen Leistung und Gegenleistung musste sich ihr die Unwirksamkeit des Kaufvertrages vom 05.03.2018 geradezu aufdrängen.

Löschung eines Nacherbenvermerks

GG Art. 103 Abs. 1; GBO § 18 Abs. 1, § 22 Abs. 1; BGB § 894

Amtliche Leitsätze:

1. Wird in einem Verfahren nach § 22 Abs. 1 GBO geltend gemacht, dass der Nacherbenvermerk infolge Veräußerung des betroffenen Grundstücks durch den befreiten Vorerben gegenstandslos und das Grundbuch damit erwiesenermaßen unrichtig ist, so steht die Beschwerde gegen die den Berichtigungsantrag ablehnende Entscheidung des Grundbuchamts nicht dem Veräußerer, sondern nur dem Erwerber zu.

2. Da es die Aufgabe des Grundbuchamts ist, den Nacherben gemäß Art. 103 Abs. 1 GG rechtliches Gehör zu gewähren, kann es vom Antragsteller nicht zu diesem Zweck durch Zwischenverfügung die Abgabe einer eidesstattlichen Versicherung über das Fehlen oder die Existenz weiterer als Nacherben in Betracht kommender Personen verlangen.

OLG München (34. Zivilsenat),
Beschluss vom 20.12.2019 – 34 Wx 468/19

I. Sachverhalt:

1 Der Beteiligte zu 1 ist Eigentümer von Grundbesitz, den er an den Beteiligten zu 2 verkauft hat.

2 An dem Grundbesitz ist in Abteilung II des Grundbuchs ein Nacherbenvermerk zugunsten der Abkömmlinge des befreiten Vorerben, des Beteiligten zu 1, eingetragen. Mit notariellem Vertrag vom 7.5.2019 verkaufte dieser das Grundstück an den Beteiligten zu 2 und erklärte zugleich die Auflassung. In derselben Urkunde teilte der Beteiligte zu 1 mit, X. sei sein einziges Kind, weitere Kinder, auch nichteheliche oder adoptierte, habe er nicht. Die Beteiligten beantragten die Löschung des Nacherbenvermerks Zug um Zug mit Eigentumsumschreibung und stimmten – wie auch X. – der Lastenfreistellung zu.

3 Mit Schreiben vom 9.8.2019 haben die Beteiligten über ihren Verfahrensbevollmächtigten unter Vorlage einer beglaubigten Abschrift der o.g. notariellen Urkunde deren Vollzug beantragt.

4 Das Grundbuchamt hat mit Schreiben vom 19.9.2019 darauf hingewiesen, dass allen Nacherben rechtliches Gehör zu gewähren sei, weshalb ein Pfleger für noch unbekannte Nacherben zu bestellen sei. Weiter bat es um eine eidesstattliche Versicherung des Beteiligten zu 1 mit dem Inhalt, dass weitere Kinder, weder leibliche noch

adoptierte, nicht vorhanden sind. Für die Vorlage hat das Grundbuchamt eine Frist von vier Wochen gesetzt.

5 Mit Schreiben vom 25.9.2019 hat der Verfahrensbevollmächtigte der Beteiligten „gegen o.g. Zwischenverfügung (…) Beschwerde erhoben, bzgl. des Erfordernisses, eine eidesstattliche Versicherung vorzulegen." Dieses finde keine Stütze im Gesetz. Der Vorerbe begehre die Löschung des Nacherbenvermerks nicht wegen Zustimmung gemäß § 19 GBO, sondern wegen Unrichtigkeit gemäß § 22 GBO. Die Anhörung erfolge aus rein prozessualen Gründen. Der Beteiligte zu 1 habe zudem bereits in der notariellen Urkunde versichert, nur ein Kind zu haben. Dem OLG München solle Gelegenheit gegeben werden, die entgegenstehende Rechtsprechung des OLG Frankfurt a.M. abzumildern.

6 Das Grundbuchamt hat mit Beschluss vom 4.10.2019 erklärt, das Schreiben vom 19.9.2019 sei als Zwischenverfügung anfechtbar, es halte aber an seiner Rechtsauffassung fest. Die eidesstattliche Versicherung sei erforderlich, um den Kreis der gegebenenfalls anzuhörenden Nacherben einzugrenzen. Dass der Vorerbe keine weiteren Kinder habe, könne als negative Tatsache hierdurch in der Form des § 29 GBO nachgewiesen werden.

II. Aus den Gründen:

7 Das Rechtsmittel ist bereits unzulässig.

8 1. Das Rechtsmittel ist als Beschwerde zu behandeln. Der Verfahrensbevollmächtigte des Rechtsmittelführers hat es nicht nur als solche bezeichnet, sondern begehrt ausdrücklich eine Entscheidung durch das OLG München. Dies ist gemäß §§ 71, 72 GBO nur über eine Beschwerde zu erreichen.

9 2. Dabei ist als Beschwerdeführer lediglich der Beteiligte zu 2 anzusehen.

10 Der Beschwerdeführer ist im Schreiben vom 25.9.2019 nicht ausdrücklich benannt. Legt der Notar das Rechtsmittel nicht explizit für einen einzelnen Antragsberechtigten ein, so gilt es als im Namen aller Antragsberechtigten erhoben (BGH NJW 1985, 3070/3071; *Demharter* GBO 31. Aufl. § 15 Rn. 11; Hügel/*Kramer* GBO 3. Aufl. § 15 Rn. 40). Zu diesen zählt im vorliegenden Fall von den formell Beteiligten jedoch nur der Beteiligte zu 2, nicht aber der Beteiligte zu 1. Letzterer ist gemäß § 13 Abs. 1 Satz 2 GBO antragsberechtigt im Hinblick auf die Eigentumsumschreibung. Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist aber eine Grundbuchberichtigung gemäß § 22 Abs. 1 GBO durch Löschung des Nacherbenvermerks. In einem solchen Verfahren ist antragsberechtigt neben demjenigen, der zu Unrecht eingetragen ist, nur derje-nige, dessen Recht nicht oder nicht richtig eingetragen ist, also der unmittelbar gewinnende Teil, dem der Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB zusteht (BGH NJW 2014, 1593; Senat vom 28.2.2019, 34 Wx 318/18 = NJW-RR 2019, 1037/1038; *Budde* in Bauer/Schaub GBO 4. Aufl. § 71 Rn. 74). Dies ist hier nicht der Beteiligte zu 1, obwohl er derzeit als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist. Denn das Nacherbenrecht erlischt mit der gemäß §§ 2136, 2113 Abs. 1 und 2 BGB wirksamen Veräußerung des Grundstücks, das hierdurch aus dem Nachlass ausscheidet; der Nacherbenvermerk wird gegenstandslos (*Schaub* in Bauer/Schaub § 51 Rn. 157; *Demharter* § 51 Rn. 45; Hügel/*Zeiser* § 51 Rn. 140). Somit wird der Berichtigungsanspruch hinsichtlich des Nacherbenvermerks im Grundbuch aus § 894 BGB überhaupt erst mit dem Übergang des Eigentums am Grundstück vom Beteiligten zu 1 auf den Beteiligten zu 2 existent und kann folglich auch nur letzterem zustehen. Solange der Beteiligte zu 1 noch Eigentümer ist, ist eine Grundbuchunrichtigkeit insoweit denklogisch ausgeschlossen (verkannt von OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2018, 1480/1481 und OLG Bamberg BeckRS 2015, 15073 Rn. 5). Der durch die Löschung des Nacherbenvermerks gewinnende Teil kann somit nur der Beteiligte zu 2 sein. Hierfür spricht auch der im Vertrag vom 7.5.2019 vorgesehene Ablauf, nämlich dass die Löschung des Nacherbenvermerks Zug um Zug gegen die Eigentumsumschreibung erfolgt. Danach ist es unmöglich, dass der Beteiligte zu 1 als Eigentümer durch den Wegfall der Verfügungsbeschränkung begünstigt wird. Von der Löschung profitieren kann ausschließlich der neue Eigentümer, der Beteiligte zu 2. Auch eine Verfahrensstandschaft des Beteiligten zu 1 für den Beteiligten zu 2 (vgl. Hügel/*Kramer* § 71 Rn. 182, 212) scheidet aus, da letzterer selbst mit der Beschwerde seine Rechte durchzusetzen versucht.

11 3. Die Beschwerde ist allerdings unzulässig, weil sie in Ermangelung einer beschwerdefähigen Entscheidung schon nicht statthaft ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO.

12 Eine Entscheidung i.S. dieser Vorschrift kann auch eine Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO sein (BGH NJW 1994, 1158; *Budde* in Bauer/Schaub § 71 Rn. 6; *Demharter* § 71 Rn. 1; Hügel/*Kramer* § 71 Rn. 112). Dabei muss diese nicht als solche bezeichnet sein. Ausschlaggebend ist vielmehr, dass sie inhaltlich den Kriterien der genannten Bestimmung genügt, d.h. konkrete Eintragungshindernisse bezeichnet und eine Frist zu deren Behebung setzt (*Budde* in Bauer/Schaub § 71 Rn. 13; Hügel/*Kramer* § 71 Rn. 113). Im Falle einer Mehrheit von Beanstandungen stellt jede einzelne eine für sich anfechtbare Entscheidung dar (BGH NJW 1994, 1158; Hügel/*Kramer* § 71 Rn. 114).

13 Der Beteiligte zu 2 könnte demnach die Beschwerde also wie geschehen auf das Erfordernis einer eidesstattlichen Versicherung begrenzt einlegen.

14 Indes kann das vom Grundbuchamt bereits nicht als Zwischenverfügung bezeichnete Schreiben vom 19.9.2019 in dem angegriffenen Punkt auch nicht als solche angesehen werden, weil es inhaltlich nicht dieser Entscheidungsform entspricht. Denn das Fehlen der geforderten eidesstattlichen Versicherung ist kein Eintragungshindernis i.S. von § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO. Beantragt ist hier eine Grundbuchberichtigung nach § 22 Abs. 1 GBO wegen nachgewiesener Unrichtigkeit. In einer solchen Konstellation dient die eidesstattliche Versicherung bezüglich eventueller sonstiger Abkömmlinge zwar der Ermittlung weiterer potentieller Nacherben, dies allerdings eben nicht im Hinblick auf gegebenenfalls durch diese zu erteilende Löschungsbewilligungen nach § 19 GBO, sondern lediglich um ihnen das gemäß Art. 103 Abs. 1 GG gebotene rechtliche Gehör (BayObLGZ 1994, 177/179; OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2018, 1480/1481 f.; OLG Bamberg BeckRS 2015, 15073 Rn. 6; Senat vom 9.2.2015, 34 Wx 416/14 = NJW-RR 2015, 907; OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 1145/1146) gewähren zu können. Letzteres ist indes Aufgabe des Grundbuchamts, nicht des Antragstellers. Zwar gilt im Antragsverfahren der Amtsermittlungsgrundsatz des § 26 FamFG nicht, vielmehr hat der Antragsteller alle für die Eintragung erforderlichen Erklärungen und Nachweise selbst zu erbringen. Davon zu unterscheiden ist aber die Ermittlung der am Verfahren materiell Beteiligten und deshalb auch formell zu Beteiligenden; diese obliegt dem Grundbuchamt selbst (BayObLG DNotZ 1997, 395/396; *Demharter* § 1 Rn. 41; Hügel/*Zeiser* § 18 Rn. 9; Keidel/*Sternal* FamFG 19. Aufl. § 26 Rn. 4), und zwar auch und gerade wenn sie der Gewährung des rechtlichen Gehörs dient (OLG Düsseldorf NJOZ 2012, 1145/1146; verkannt von OLG Frankfurt a.M. NJW-RR 2018, 1480/1483 und OLG Bamberg BeckRS 2015, 15073 Rn. 5). Dass indes ausschließlich dies das Ziel der Anforderung der eidesstattlichen Versicherung im vorliegenden Fall war, ergibt sich sowohl aus dem Schreiben vom 19.9. als auch aus dem Beschluss vom 4.10.2019. Die Obliegenheit des Antragstellers nach § 27 FamFG, an der Aufklärung des Sachverhalts mitzuwirken, ändert an der Unzulässigkeit einer entsprechenden Zwischenverfügung nichts. Es kann dahingestellt bleiben, ob der Beteiligte zu 2 mit der in der notariellen Urkunde vom 7.5.2019 erteilten Auskunft dieser Obliegenheit nicht schon hinreichend nachgekommen ist. Ein Verstoß gegen die Sollvorschrift des § 27 FamFG mag nämlich den Umfang der Aufklärungspflicht des Gerichts beeinflussen und im Einzelfall zu einer Antragszurückweisung führen (Keidel/*Sternal* § 27 Rn. 5 f.), stellt aber kein Eintragungshindernis i.S.v. § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO dar, das sich durch eine eidesstattliche Versicherung beheben ließe. Das Schreiben vom 19.9.2019 ist somit, selbst wenn darin der Antragsteller zur Mitwirkung aufgefordert und ihm hierzu eine Frist gesetzt wurde, nicht als Zwischenverfügung anzusehen, sondern lediglich als unangreifbare verfahrensleitende Maßnahme (vgl. Senat vom 11.3.2010, 34 Wx 23/10 = FGPrax 2010, 122; *Demharter* § 71 Rn. 20; Hügel/*Kramer* § 71 Rn. 76 f.).

Stundung eines Pflichtteils

BGB § 2331a Abs. 1; ZPO § 97 Abs. 1, § 522 Abs. 2, § 540 Abs. 1, § 708 Nr. 10, § 711, § 713

Amtliche Leitsätze:

1. Gemäß § 2331a Abs. 1 BGB kann der Erbe Stundung des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere, wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, dass für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen. (Rn. 23)

2. Das Familienheim muss dabei nicht schon zum Zeitpunkt des Erbfalls die Lebensgrundlage bilden. (Rn. 24)

3. Bei der Stundung dürfen nicht nur die Interessen des Erben eine Rolle spielen. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen, da sich im Todesfall sein Anspruch auf Teilhabe am Erbe realisiert. (Rn. 25)

4. Eine Stundung kommt nicht in Betracht, wenn absehbar ist, dass der Erbe auch durch Stundung nicht in die Lage versetzt wird, sich jemals die Mittel zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen. (Rn. 26)

OLG Rostock (3. Zivilsenat),
Teil- und Schlussurteil vom 20.06.2019 – 3 U 32/17

I. Sachverhalt:

1 Die Kläger nehmen als Pflichtteilsberechtigte nach ihrem Vater die Beklagte, die dessen Enkelin und Alleinerbin ist, auf Zahlung in Anspruch. Wesentlicher Vermögenswert des Nachlasses ist ein bebautes Grundstück, dass nunmehr durch die Beklagte und ihre Familie zu Wohnzwecken genutzt wird.

2 Mit ihrer Klage haben die Kläger – soweit noch von Interesse – u.a. ihren Pflichtteil aus dem Wert des Grundstücks verlangt.

3 Die Beklagte hat Klageabweisung und hilfsweise Stundung des Pflichtteils beantragt.

4 Das Landgericht Neubrandenburg hat die Beklagte mit Urteil vom 15.03.2017 unter Abweisung der Klage im Übrigen im Wesentlichen dazu verurteilt, an die beiden Kläger jeweils 29.500,00 € als Pflichtteil zu zahlen. Den Antrag der Beklagten auf Stundung des Pflichtteils hat es abgewiesen. Wegen der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen und der Entscheidungsgründe nimmt der Senat gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug.

5 Der Senat hat mit Beschluss vom 20.10.2017 darauf hingewiesen, dass er beabsichtigt, die Berufung gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückzuweisen. Nachdem die Beklagte mit Schriftsatz vom 04.12.2017 zu dem Hinweis des Senates Stellung genommen hat, hat der Senat die Berufung mit Beschluss vom 18.12.2017 gemäß § 522 Abs. 2 ZPO zurückgewiesen. Wegen des Inhalts des Hinweis- und des Zurückweisungsbeschlusses nimmt der Senat auf diese Bezug.

6 Die Beklagte hat gegen den Zurückweisungsbeschluss des Senates vom 18.12.2017, soweit er die abgewiesene Stundung betrifft, Nichtzulassungsbeschwerde zum Bundesgerichtshof erhoben. Mit Beschluss vom 21.11.2018 hat der Bundesgerichtshof den Senatsbeschluss vom 18.12.2017 im Kostenpunkt und insoweit aufgehoben, als die Berufung der Beklagten gegen die Abweisung ihres Antrags auf Stundung des Pflichtteils zurückgewiesen worden war, und die Sache insoweit an den Senat zurückverwiesen. Wegen der Begründung des Beschlusses nimmt der Senat auf diesen Bezug.

7 Betreffend ihr Stundungsbegehren trägt die Beklagte vor, die Erfüllung der Pflichtteilsansprüche beinhalte eine unbillige Härte für sie, die jetzt mit fünf Kindern das Haus bewohne und aus persönlichen Gründen wohl keinen weiteren Kredit erhalten werde.

8 Die Beklagte bestreitet, dass das Kaufangebot der Eheleute Sch., auf welches sich die Kläger berufen, ein ernsthaftes gewesen sei. Sie bestreitet auch, dass die Prozessbevollmächtigte der Kläger der Beklagten am 07.11.2013 das Kaufangebot der Eheleute Sch. übergeben habe. Das Haus sei nicht durch einen Verkauf verwertbar gewesen. Dass das Haus nach dem Erbfall leer gestanden habe, sei darauf zurückzuführen, dass die Klägerin durch Stellung eines eigenen Erbscheinsantrages die Erteilung eines Erbscheins zu Gunsten der Beklagten um fast zwei Jahre verzögert habe. Eine Klärung sei erst im März 2014 gerichtlich erfolgt.

9 Soweit die Kläger die Grundschuldbestellung über 46.000,00 € angesprochen hätten, handele es sich um ein Bauspardarlehen, welches nunmehr angespart werde und nur gegen Vorlage der Baurechnungen ausgezahlt worden sei. Das Haus sei ohne funktionierende Heizungsanlage und Stromkreislauf gewesen. Im ganzen Haus seien auf dem Boden Wasserschäden feststellbar gewesen. Die Beklagte hat in erster Instanz vorgetragen, dass sie mindestens 120.000,00 € investieren müsse, um das Haus überhaupt wieder bewohnbar zu machen.

10 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.05.2019 hat die Beklagte weiter vorgetragen, grundsätzlich bestehe an ihrer Leistungsbereitschaft kein Zweifel. Sie sehe sich allerdings nicht in der Lage, derzeit die Forderungen zu erfüllen und könne auch keinerlei Zeitpunkt nennen, zu welchem eine Leistungsfähigkeit gegeben sein könnte.

11 Die Beklagte hat weiter erklärt, der in der Berufungsinstanz erstmals in der mündlichen Verhandlung vom 16.05.2019 benannte Stundungszeitpunkt stelle darauf ab, dass zu diesem Zeitpunkt nach ihrem Dafürhalten die Kinder aus dem Gröbsten heraus seien und dann erweiterte Arbeitsmöglichkeiten bestünden. Ihr Ehemann sei arbeitslos. Er sei ausgebildeter Kaufmann im Groß- und Außenhandel.

12 Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Landgerichts Neubrandenburg vom 15.03.2017 abzuändern und ihr eine Stundung der Pflichtteilsansprüche einschließlich Zinsen bis zum 30.06.2024 zu gewähren.

13 Die Kläger beantragen,

die Zurückweisung der Berufung auch im Übrigen.

14 Sie halten entgegen, es hätten seriöse Kaufangebote über 150.000,00 € vorgelegen. Im Zeitpunkt des Erbfalls und auch noch drei Jahre danach sei die Beklagte Studentin und in R. wohnhaft gewesen. Sie habe zu dieser Zeit auch keine fünf Kinder gehabt. Die Beklagte habe, statt Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, in der Folgezeit das Objekt erheblich belastet und von dessen Verkauf abgesehen.

15 Den Stundungsantrag habe die Beklagte erst 2014 gestellt und dabei vorgebracht, dass das Haus unbewohnbar sei.

16 Die Kläger berufen sich für eine Abwägung der Interessen darauf, dass sie schon betagten Alters seien und ihnen eine Stundung nicht zuzumuten sei. Die Beklagte hingegen habe sowohl im Zeitpunkt des Erbfalls als auch bei Klagerhebung noch in R. gewohnt und, da sie der Klägerin zu 1) als ihrer Mutter noch entsprechende BAföG-Unterlagen zum Ausfüllen zugesandt habe, offenbar auch noch studiert.

17 In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 16.05.2019 haben die Kläger weiter ergänzend vorgetragen, die Klägerin zu 1. sei arbeitslos und werde im Unterhalt von ihrem Ehemann unterstützt. Es sei schlicht unrichtig, dass die Klägerin über Geld verfüge und in der Lage sei, auf ihren Pflichtteilsanspruch auch weiterhin zu warten. Sie sei 54 Jahre alt.

18 Der Kläger zu 2. verfüge lediglich über sein Entgelt aus Arbeitseinkommen, habe keine Unterhaltsverpflichtungen und sei derzeit 57 Jahre alt.

19 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien nimmt der Senat auf die zu den Akten gereichten Schriftsätze sowie das Sitzungsprotokoll vom 16.05.2019 Bezug.

20 Der Senat hat Beweis durch Vernehmung des Zeugen Sch. erhoben. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahme nimmt der Senat auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 16.05.2019 Bezug.

II. Aus den Gründen:

21 Die Berufung ist zulässig.

22 Nach teilweiser Zurückweisung durch den Bundesgerichtshof hat der Senat nur noch über den Stundungsantrag der Beklagten sowie die Kosten zu befinden. Auch insoweit hat jedoch die Berufung keinen Erfolg.

23 Gemäß § 2331a Abs. 1 BGB kann der Erbe Stundung des Pflichtteils verlangen, wenn die sofortige Erfüllung des gesamten Anspruchs für den Erben wegen der Art der Nachlassgegenstände eine unbillige Härte wäre, insbesondere, wenn sie ihn zur Aufgabe des Familienheims oder zur Veräußerung eines Wirtschaftsguts zwingen würde, dass für den Erben und seine Familie die wirtschaftliche Lebensgrundlage bildet. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen. Zur festen Überzeugung des Senates überwiegt vorliegend das Interesse der Kläger dem Interesse am Behalt des Familienheimes deutlich.

24 Das Familienheim muss dabei nicht schon zum Zeitpunkt des Erbfalls die Lebensgrundlage bilden. Es genügt, wenn dies für die Zukunft der Fall ist (Palandt/Weidlich, BGB, 78. Aufl., § 2331a Rn. 2). Daher ist vorliegend nicht schon allein deshalb die Stundung zu versagen, weil die Beklagte 2014, als ihre Erbenstellung feststand, noch nicht in des Nachlassgrundstück ihr Familienheim genommen hatte, sondern dies lediglich beabsichtigte.

25 Bei der Stundung dürfen nicht nur die Interessen des Erben eine Rolle spielen. Die Interessen des Pflichtteilsberechtigten sind angemessen zu berücksichtigen, da sich im Todesfall sein Anspruch auf Teilhabe am Erbe realisiert (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2331a Rn. 3). Dabei kann zu berücksichtigen sein, dass der Erbe durch einen mit allen Mitteln geführten Rechtstreit bereits eine lange Verzögerung erreicht hat (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2331a Rn. 3). Vorliegend ist somit zu Gunsten der Kläger und zu Lasten der Beklagten zu berücksichtigen, dass die Beklagten bereits 2014 einen unbefristeten Stundungsantrag gestellt hat und im Rahmen dieses Rechtsstreits faktisch auch bereits eine Hinauszögerung ihrer Auszahlungspflicht von ca. fünf Jahren erreicht hat.

26 Eine Stundung kommt auch dann nicht in Betracht, wenn absehbar ist, dass der Erbe – hier die Beklagte – auch durch Stundung nicht in die Lage versetzt wird, sich jemals die Mittel zur Erfüllung des Pflichtteilsanspruchs zu verschaffen (Palandt/Weidlich, a.a.O., § 2331a Rn. 3). Dafür, dass dies vorliegend der Fall ist, spricht bereits wieder der Umstand, dass sie auch im Berufungsverfahren – und damit noch immer nach fünf Jahren – geltend macht, über keine Mittel zu verfügen, die sie für die Befriedigung der Pflichtteilsansprüche einsetzen könne, da sie nur über Elterngeld bzw. nunmehr wohl die Vergütung für eine Teilzeitbeschäftigung und Kindergeld verfüge, ihr Ehemann arbeitslos sei und ein Bauspardarlehen zu bedienen sei. Dies wird durch ihre Einlassung in der mündlichen Verhandlung vom 16.05.2019 gestärkt, wonach sie nicht in der Lage sei, einen Zeitpunkt zu benennen, zu dem sie die Pflichtansprüche der Kläger befriedigen könne. Soweit sie im weiteren Verlauf der mündlichen Verhandlung meinte, dass bis zum 30.06.2024 die Kinder aus dem Gröbsten heraus seien und sie dann eine Leistung für möglich halte, ist dies allein dem Umstand geschuldet, dass der Senat deutlich gemacht hatte, dass es eine unbefristete Stundung der Pflichtteilsansprüche nicht geben werde. Dass der nun in den Stundungsantrag aufgenommenen Terminsbenennung inhaltlich ausgefüllte, tatsächlich berechtigte und vor allem realistische Tatsachen und Erwägungen zu Grunde gelegen haben könnten, ist für den Senat in keiner Weise ersichtlich.

27 Im Rahmen der Interessenabwägung ist auch zu berücksichtigen, dass die Beklagte 2014 und damit zu dem Zeitpunkt, zu dem ihre Erbenstellung feststand, über ein anderes Familienheim verfügte. Es bestand somit keine Notwendigkeit, ein nach dem Vorbringen der Beklagten noch unbewohnbares Haus wieder bewohnbar zu machen, zumal die Beklagte den erforderlichen Aufwand hierfür selbst mit 120.000,00 € einschätzte. Aufgrund ihrer bereits seinerzeit begrenzten finanziellen Mittel hätte ihr bereits seinerzeit klar sein müssen, dass sie Fremdmittel in diesem Umfang kurzfristig nicht würde mobilisieren können. Stattdessen hat sie jedoch einen Bausparkredit von 46.000,00 € aufgenommen und für Arbeiten an dem nunmehrigen Familienheim aufgewendet, ohne auch nur in Betracht zu ziehen, zunächst berechtigte Ansprüche der Kläger zu befriedigen. Vielmehr ist das Haus erst durch diese Aufwendungen zu dem von § 2331a BGB besonderen Schutz genießenden Gegenstand geworden.

28 Bei eben jener Abwägung ist weiter zu berücksichtigen, dass die Beklagte, statt sich freiwillig erheblichen Investitionen zu unterwerfen, das Haus hätte zu einem Preis

veräußern können, der ihr die Befriedigung der Pflichtteilsansprüche der Kläger unter Selbstbehalt eines erheblichen Geldbetrages ermöglicht hätte. Insoweit ist der Senat nach Vernehmung des Zeugen S2. davon überzeugt, dass dieser ein ernsthaftes Kaufangebot von 150.000,00 € unterbreitet hatte und sich hieran ausreichende Zeit gebunden gehalten sah. Der Senat hat keinerlei Zweifel an der Glaubwürdigkeit des Zeugen und der Glaubhaftigkeit seiner Aussage. Schon in Ansehung des Umstandes, dass der Zeuge späterhin ein anderes Objekt erworben hat, um sein noch immer bestehendes Vorhaben umzusetzen, bestehen für den Senat keine ersthaften Zweifel an der Ernsthaftigkeit seiner unternehmerischen Absicht. Auch der Umstand, dass er bereits in sein ersatzweise erworbenes Objekt, welches weitaus sanierungsbedürftiger gewesen sei, etwa eine Summe investiert hat, wie er sie auch als Kaufangebot für das streitgegenständliche Objekt aufgerufen hatte, spricht für die Ernsthaftigkeit seines Angebotes. Allein der Denkmalschutz schließt eine Ernsthaftigkeit nicht – wie dies die Beklagte meint – aus. Insoweit stellt sie ihre Vorstellungen von der Umsetzung des vom Zeugen Sch. geplanten Projektes an die Stelle der Planungen des Zeugen, ohne diese überhaupt zu kennen. Ihre dahingehenden Erwägungen lassen jede Substanz vermissen.

29 Schließlich ist das Alter der Kläger zu berücksichtigen. Zum 30.06.2024 wären diese bereits 59 und 62 Jahre alt. Bis zu einem solchen Alter allerdings seine Ansprüche gegen ein Wohnbedürfnis der Beklagten in einem durchaus übergroßen Haus zurückzustellen, ist den Klägern nicht zuzumuten.

30 In Abwägung der gegenseitigen Interessen vermag der Senat der Beklagten in Ansehung des Vorgesagten eine Stundung der Pflichtteilsansprüche der Kläger nicht zuzusprechen.

HANDELS- UND GESELLSCHAFTSRECHT

Passivlegitimation bei Anspruch auf Berichtigung einer unrichtigen Gesellschafterliste

ZPO § 91a; GmbHG § 40 Abs. 1

Redaktionelle Leitsätze:

1. Der dem materiell-rechtlichen Rechtsinhaber zustehende Anspruch auf Berichtigung der unrichtigen Gesellschafterliste richtet sich nicht gegen den Geschäftsführer, sondern gegen die GmbH, da zwischen ihr und dem (Alt- oder Neu-) Gesellschafter das Rechtsverhältnis besteht, aus dem die Klagebefugnis resultiert. Die Klage ist gegen die Gesellschaft zu richten. (Rn. 21)

2. Die Befugnis und die Verpflichtung des Geschäftsführers gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG zur Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste, auch wenn der eingetragene Betroffene widerspricht, ändert nichts an der Passivlegitimation der Gesellschaft bei einem geltend gemachten Anspruch auf Berichtigung einer unrichtigen Gesellschafterliste, da der Geschäftsführer als Organ der Gesellschaft handelt. (Rn. 22 – 23)

3. Dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wegen angeblich unrichtiger Eintragung in die Gesellschafterliste der Antrag auf Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste stets gegen denjenigen zu richten ist, der nach dem Vortrag des Antragstellers unrichtig in die Liste eingetragen ist, ändert nichts an der Passivlegitimation der Gesellschaft bei einem geltend gemachten Anspruch auf Berichtigung einer unrichtigen Gesellschafterliste. (Rn. 28)

OLG Brandenburg (6. Zivilsenat),
Beschluss vom 09.07.2019 – 6 W 26/19

I. Sachverhalt:

1 Die Klägerin begehrte von der Beklagten die Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste zum Handelsregister, die die Klägerin als Alleingesellschafterin der Beklagten ausweist, anstelle der in der Gesellschafterliste als Alleingesellschafterin geführten … (kurz: …).

2 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom …2016 vereinbarten die Klägerin und die …, dass die Klägerin sämtliche von ihr an der Beklagten gehaltenen Geschäftsanteile an die … verkauft und überträgt (Unternehmenskaufvertrag). Die Regelungen des Vertrages sahen u.a. vor, dass die Abtretung erfolge unter der aufschiebenden Bedingung einer von der … beizubringenden Bankbürgschaft der deutschen Niederlassung der … bis zu einem Betrag von € 3,0 Mio unter Verzicht auf Einreden.

3 Über die sodann vorgelegte Bankbürgschaft entbrannte zwischen der Klägerin und der … Streit darüber, ob die Bedingung des Verzichts auf Einreden erfüllt worden sei.

4 Nach Eintragung der … als Alleingesellschafterin in der Gesellschafterliste der Beklagten erwirkte die Klägerin gegen die … die einstweilige Verfügung vom 12.12.2017 (Landgericht Potsdam – 52 O 133/17), wonach zugunsten der Klägerin gegen die Benennung der … als Gesellschafterin ein Widerspruch im Handelsregister einzutragen sei. Dieser Beschluss wurde vollzogen und der Gesellschafterliste ein Widerspruch zugeordnet.

5 Mit weiterem Beschluss vom 26.02.2018 ordnete das Landgericht Potsdam auf Antrag der Verfügungsbeklagten … die Erhebung der Hauptsacheklage durch die dortige Verfügungsklägerin und hiesige Klägerin an.

6 Mit der im vorliegenden Verfahren erhobenen Klage hat die Klägerin beantragt, die Beklagte zu verurteilen, die Klägerin als Gesellschafterin der Beklagten mit sämtlichen Geschäftsanteilen in deren Gesellschafterliste aufzunehmen und die geänderte Liste unverzüglich zum Handelsregister einzureichen.

7 Sie hat die Ansicht vertreten, die Beklagte sei passivlegitimiert für den Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste, auch wenn sich der Anspruch auf Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste gegen den eingetragenen Gesellschafter zu richten habe. Denn der streitgegenständliche Anspruch betreffe ihre Gesellschafterstellung und damit ein Rechtsverhältnis zur Beklagten. Da die … die Pflichten des Unternehmenskaufvertrages nicht erfüllt habe, sei sie, die Klägerin, materiell-rechtlich nach wie vor Gesellschafterin der Beklagten.

8 Die Beklagte hat Klageabweisung beantragt und geltend gemacht, sie sei nicht passivlegitimiert. Gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG sei vielmehr der Geschäftsführer zuständig für die Einreichung der Gesellschafterliste. Dessen Verpflichtung aus § 40 Abs. 1 GmbHG sei jedoch auf Fälle beschränkt, in denen ihm „Mitteilung und Nachweis“ von einer Korrekturbedürftigkeit gegeben werde. Der Nachweis der Korrekturbedürftigkeit sei nur dann geführt, wenn der durch die Korrektur betroffene Gesellschafter gegenüber dem Geschäftsführer seine Einwilligung betreffend die Änderung erklärt habe. Da die … mit der Änderung nicht einverstanden gewesen sei, wäre die Klägerin gehalten gewesen, den Streit direkt mit der … auszutragen (sog. Prätendentenstreit) und mittels rechtskräftigen Urteils ihre Gesellschafterstellung gegenüber dem Geschäftsführer nachzuweisen.

9 Die Klägerin sei außerdem nicht mehr Gesellschafterin der Beklagten. Da mit Vorlage der Bankbürgschaft alle vertraglichen Verpflichtungen erfüllt worden seien, sei die aufschiebende Bedingung der Anteilsabtretung eingetreten.

10 Die Klägerin hat gegen die … sodann ein Versäumnisurteil des Landgerichts München I vom 03.09.2018 erwirkt, mit welchem die … zur Vorlage einer im Einzelnen bestimmten Bankbürgschaft der … verpflichtet worden ist.

11 Am 15.10.2018 ist durch die … ein Nachtrag zur Bankbürgschaft mit dem geforderten Inhalt erstellt worden. Diesen Nachtrag hatte die … der Klägerin am 15.11.2018 übergeben lassen und die Beklagte angewiesen, den Rechtsstreit in der Hauptsache für erledigt zu erklären bzw. sich einer solchen Erledigungserklärung der Klägerin anzuschließen.

12 Zwischenzeitlich war auf Antrag der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Landgericht Potsdam am 07.11.2018 ein klageabweisendes Versäumnisurteil gegen die Klägerin ergangen. Nach Einspruchseinlegung haben die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt und widerstreitende Kostenanträge gestellt.

13 Das Landgericht Potsdam hat mit Beschluss vom 24.01.2019 die Kosten des Rechtsstreits der Klägerin auferlegt und zur Begründung ausgeführt, die Beklagte sei nicht passivlegitimiert. Da unklar sei, wer tatsächlich Gesellschafter der Beklagten sei, hätten dies die Prätendenten, also die Klägerin und die …, durch einen Rechtsstreit klären lassen müssen. Dies sei sinnvoll, denn die Gesellschaft könne unter Umständen selbst gar nicht klären, wer tatsächlich ihr Gesellschafter sei.

14 Hiergegen richtet sich die fristgemäß eingelegte sofortige Beschwerde der Klägerin, mit der sie die Auferlegung der Kosten auf Beklagtenseite begehrt.

15 Die Klägerin macht geltend, es entspreche der herrschenden Meinung in Rechtsprechung und Literatur, dass der Anspruch auf Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste auch gegen die Gesellschaft durchgesetzt werden könne. Die bloße Möglichkeit eines Prätendentenrechtsstreits schließe nicht die Zulässigkeit der Klage gegen die Gesellschaft aus.

16 Die Beklagte begehrt die Zurückweisung der Beschwerde und macht geltend, die vorliegende Klage sei nicht die der Klägerin mit Beschluss vom 26.02.2018 aufgegebene Hauptsacheklage. Da die Klägerin den Nachweis ihrer (fortdauernden) Gesellschafterstellung nicht habe erbringen können, sei sie auf den Prätendentenrechtsstreit zu verweisen gewesen.

17 Das Landgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und diese dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Aus den Gründen:

18 Die sofortige Beschwerde ist zulässig (§§ 91 a Abs. 2, 567 ff ZPO). Sie hat auch in der Sache Erfolg.

19 Nachdem die Parteien den Rechtsstreit in der Hauptsache übereinstimmend für erledigt erklärt haben, war über die Kostentragung unter Berücksichtigung des bisherigen Sach- und Streitstands nach billigem Ermessen zu entscheiden, § 91 a ZPO. Dies führt zur Auferlegung der Kosten auf die Beklagtenseite, denn ohne die übereinstimmende Erledigungserklärung wäre die Beklagte voraussichtlich unterlegen.

20 1. Die Beklagte ist entgegen der Ansicht des Landgerichts passivlegitimiert.

21 a. Es entspricht der überwiegenden Ansicht in Rechtsprechung und der herrschenden Meinung in der Literatur, dass die Klage eines (Alt- oder Neu-) Gesellschafters auf Eintragung in die Gesellschafterliste und Einreichung derselben zum Handelsregister zulässigerweise gegen die Gesellschaft gerichtet werden kann. Der dem materiell-rechtlichen Rechtsinhaber zustehende Anspruch auf Berichtigung der unrichtigen Gesellschafterliste richtet sich nicht gegen den Geschäftsführer, sondern gegen die GmbH, da zwischen ihr und dem (Alt- oder Neu-) Gesellschafter das Rechtsverhältnis besteht, aus dem die Klagebefugnis resultiert (OLG Hamm, Urteil vom 16.04.2014 – I-8 82/13 Rn 70; Thüringer Oberlandesgericht, Urteil vom 09.10.2013 – 2 U 678/12 Rn 49; OLG München, Urteil vom 29.07.2010 – 23 U 1997/10 Rn 5; sämtl. zit. nach juris; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 8. Aufl., § 40 Rn 12; Ulmer/Habersack/Löbbe, GmbHG, 2. Aufl., § 16 Rn 60; *Bayer* in Lutter/Hommelhof, GmbHG, 19. Aufl., § 40 Rn 36; *Seibt* in Scholz, GmbHG, 11. Aufl. § 16 Rn 34 und § 40 Rn 53; *Haas* in Baumbach/Hueck, GmbHG, 21. Aufl., § 40 Rn 84; *Lieder,* Rechtsschutz gegen die Gesellschafterliste im Hauptsacheverfahren, GmbHR 2016, S. 189 ff).

22 b. Daran ändert die in § 40 Abs. 1 GmbHG vorgesehene Pflicht des Geschäftsführers zur unverzüglichen Einreichung einer aktuellen Gesellschafterliste und deren höchstpersönlichen Charakters nichts. Denn der Geschäftsführer wird bei Erstellung der Liste und Einreichung als Organ der Gesellschaft tätig, gegen die der Anspruch auf Korrektur der Liste gerichtet ist. Bei mitgeteilten, unstreitigen oder nachgewiesenen Veränderungen in den Personen der Gesellschafter oder des Umfangs ihrer Beteiligungen hat der Geschäftsführer gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG tätig zu werden. Sind die Sachverhalte umstritten und fehlt es an dem erforderlichen Nachweis, kann der Streit über den zutreffenden Sachverhalt bzw. die Rechtslage nicht mit dem Geschäftsführer bzw. auf dessen Rücken ausgetragen werden (Noack in Baumbach/Hueck, a.a.O., § 40 Rn 25; a. A. Brandenburgisches Oberlandesgericht, 7. Zivilsenat, Beschluss vom 12.02.2013 – 7 W 72/12).

23 Die Befugnis des Geschäftsführers gemäß § 40 Abs. 1 GmbHG zur Einreichung einer korrigierten Gesellschafterliste, auch wenn der eingetragene Betroffene widerspricht (so BGH, Urteil vom 17.12.2013 – II ZR 21/12) ändert nichts an der Passivlegitimation der Beklagten.

24 Es muss hier nicht entschieden werden, ob im vorliegenden Falle zulässigerweise (auch) eine Klage gegen den Geschäftsführer der GmbH hätte erhoben werden können, weil etwa die Führung des in § 40 Abs. 1 GmbHG geforderten Nachweises unter Umständen durch Vorlage der – seitens der Klägerin als inhaltlich unzureichend erachteter – Bürgschaftsurkunde und Abgleich mit den Klauseln des Kaufvertrags hätte geführt werden können. Diese Möglichkeit führt nicht zu dem Schluss der fehlenden Passivlegitimation der GmbH.

25 c. Die Austragung des hier vorliegenden Streits hatte entgegen der Ansicht des Landgerichts auch nicht zwischen den Prätendenten erfolgen müssen.

26 Die Begehr der Klägerin nach dem Klageantrag, sie als Gesellschafterin der Beklagten in die Gesellschafterliste aufzunehmen und die geänderte Liste unverzüglich bei dem Handelsregister einzureichen, kann nicht durch die … erfüllt werden, ein entsprechender Titel könnte gegen sie im Wege der Zwangsvollstreckung nicht durchgesetzt werden.

27 Die Klägerin war hier auch nicht gehalten, vor Erhebung der vorliegenden Klage die … auf Zustimmung zur Änderung der Gesellschafterliste in Anspruch zu nehmen oder im Wege der Feststellungsklage über die Anerkennung ihrer Gesellschafterstellung entscheiden zu lassen, wie die Beklagte geltend machen will. Der Klägerin geht es primär um die Korrektur der Gesellschafterliste. Die Klärung der Rechtslage, also die Feststellung der materiellen Gesellschafterstellung ist nur eine Voraussetzung – eine rechtliche Vorfrage – für die zu besorgende Listenkorrektur. Im Rahmen der Begründetheit der auf Korrektur der Gesellschafterliste gerichteten Leistungsklage hat das Gericht ohnehin zu prüfen, ob der Kläger materieller Berechtigter ist (so zutreffend Lieder, a.a.O.). Die von der Beklagten vorgeschlagene Vorgehensweise ist zeitraubend und nicht prozessökonomisch.

28 d. Auch der Umstand, dass im einstweiligen Rechtsschutzverfahren wegen angeblich unrichtiger Eintragung in die Gesellschafterliste der Antrag auf Zuordnung eines Widerspruchs zur Gesellschafterliste stets gegen denjenigen zu richten ist, der nach dem Vortrag des Antragstellers unrichtig in die Liste eingetragen ist (§ 19 Abs. 3 S. 4 GmbHG), ändert nichts an der Passivlegitimation der Beklagten im vorliegenden Fall.

29 Der vorliegende Rechtsstreit ist nicht die Hauptsacheklage zu dem auf Eintragung eines Widerspruchs gerichteten einstweiligen Rechtsschutzverfahren (Landgericht Potsdam, 52 O 133/17). Die Hauptsacheklage im Sinne von § 926 ZPO muss denjenigen Anspruch betreffen, den die erlassene einstweilige Verfügung sichern soll. Die Hauptsacheklage muss zur Überprüfung der Rechtmäßigkeit der Eilmaßnahme führen, es ist die Identität der Ansprüche zu fordern (Zöller/*Vollkommer,* ZPO, 32. Aufl., § 926 Rn 30). Dass diese Voraussetzungen hier nicht erfüllt sind, hätte aber wegen § 926 Abs. 2 ZPO rechtliche Konsequenzen nur im einstweiligen Rechtsschutzverfahren.

30 2. Die Beklagte wäre voraussichtlich ohne die übereinstimmende Erledigungserklärung unterlegen. Die Klage war bei Eintritt der Rechtshängigkeit zulässig und begründet.

31 Es muss im Verfahren nach § 91 a ZPO nicht abschließend entschieden werden, ob der Wortlaut der Bürgschaft der … (Anl. K 6, Bl. 88) rechtlich geeignet war, dem Unternehmenskaufvertrag in Ziff. 3.6. und dem dafür vorgesehenen Model (Anl. K 5 Bl. 85) zu genügen. Jedenfalls zeigt ein Vergleich des deutschen und französischen Wortlauts des Models (Anl. K 5), dass dies nicht der Fall war, es fehlen in der französischen Fassung die Worte „en renoncant à tout droit de discussion ou division". Auch die Tatsache der späteren Korrektur der Bürgschaft durch die Bank spricht dafür, dass die … bei Eintritt der Rechtshängigkeit der aufschiebenden Bedingung der Geschäftsanteilsabtretung noch nicht Genüge getan hatte, sondern diese Bedingung erst mit Übergabe des Nachtrags zur Bürgschaft am 15.11.2018 erfüllt worden ist.

32 3. Es entspricht auch der Billigkeit, der Beklagten die Kosten des Rechtsstreits aufzuerlegen. Zwar kann in Fällen, in denen Erfüllung der Klageforderung durch Dritte erfolgt ist, eine Kostenauferlegung abweichend von dem Grundsatz, dass stets der sich Unterwerfende die Kosten zu tragen hat, erfolgen. Im vorliegenden Falle ist das erledigende Ereignis, welches die ursprünglich zulässige und begründete Klage gegenstandslos gemacht hat – durch Eintreten der aufschiebenden Bedingung der Geschäftsanteilsabtretung wurde die Anteilskäuferin … nunmehr zu Recht als Gesellschafterin in der Liste geführt – nicht durch die Beklagte, sondern die Anteilskäuferin herbeigeführt.

33 Unter kostenrechtlichen Gesichtspunkten sind aber die Beklagte und ihre neue Alleingesellschafterin … als wirtschaftliche Einheit zu betrachten, so dass es rechtlich unerheblich ist, dass durch Handlungen eines Dritten das erledigende Ereignis herbeigeführt worden ist. Ferner ist zu berücksichtigen, dass durch das Verhalten der … unnötig Prozesskosten ausgelöst worden sind. Hätte diese den Nachtrag zur Bankbürgschaft vom 15.10.2018 unverzüglich der Klägerin überreicht, wäre es zu der mündlichen Verhandlung vom 07.11.2018 und dem Versäumnisurteil vom selben Tag nicht mehr gekommen, entsprechende Kosten wären nicht angefallen.

Handelsregistereintragung eines Nießbrauchs an Kommanditanteil

BGB § 1030 Abs. 1, 1068 Abs. 2; HGB § 106 Abs. 2, § 161, § 162 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:
Die Bestellung eines Nießbrauchs an einem Kommanditanteil kann nicht in das Handelsregister eingetragen werden (Anschluss an OLG München, Beschluss vom 08.08.2016 – 31 Wx 204/16 –, NZG 2016, 1064). (Rn. 5)

OLG Köln (18. Zivilsenat),
Beschluss vom 07.10.2019 – 18 Wx 18/19

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte zu 3) ist Kommanditistin der Gesellschaft. Durch notariellen Vertrag vom 31.05.2019 hat sie einen Teil ihres Kommanditanteils auf die Beteiligte zu 4) übertragen. Weiter heißt es in dem Vertrag:
„An dem übertragenen Kommanditanteil ist Frau A der lebenslängliche, in der Ausübung unentgeltliche Nießbrauch zu einer Quote von 80% vorbehalten (eintragungsfähig, Staudinger, BGB 2009, §§ 1068, 1069 Rn. 57 ff., Ulmer, MK, § 705 Rn. 99 ff., OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.01.2019, 8 W 25/13)."
2 Den entsprechenden Eintragungsantrag vom 05.06.2019 (Bl. 43 d. A.) hat das Handelsregister durch einen am 25.06.2019 erlassenen Beschluss (Bl. 44f. d. A.) mit der Begründung zurückgewiesen, dass eine solche Eintragung gesetzlich nicht geboten sei und deshalb zu unterbleiben habe. Der hiergegen am 01.07.2019 eingelegten Beschwerde (Bl. 48 d. A.) hat das Handelsregister durch am 09.07.2019 erlassenen Beschluss (Bl. 54f. d. A.) nicht abgeholfen und die Beschwerde dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Aus den Gründen:

3 Die Beschwerde ist zulässig, bleibt in der Sache aber ohne Erfolg Grundsätzlich sind nur solche Tatsachen in das Handelsregister einzutragen, deren Eintragung im Gesetz, für die Kommanditgesellschaft in §§ 106 Abs. 2, 162 Abs. 1 HGB, vorgesehen ist. Hierzu gehört der Nießbrauch an einem Kommanditanteil nicht. Dies allein steht der Eintragung aber nicht zwingend entgegen, denn es ist anerkannt, dass auch nicht eintragungspflichtige Tatsachen eintragungsfähig sind, wenn ein erhebliches Bedürfnis des Rechtsverkehrs an deren Verlautbarung besteht (BGH, Beschluss vom 14.02.2012 – II ZB 15/11 –, NZG 2012, 385 Rn. 16 m. w. N.). Die Frage, ob dies für den Nießbrauch an einem Kommanditanteil gilt, ist in Rechtsprechung und Schrifttum umstritten.
4 Zum Teil wird ein die Eintragungsfähigkeit begründendes Informationsbedürfnis verneint, weil der Nießbraucher im Außenverhältnis nicht hafte (OLG München, Beschluss vom 08.08.2016 – 31 Wx 204/16 –, NZG 2016, 1064 Rn. 23-25; Münchkomm-HGB/K. *Schmidt,* 4. Aufl. 2016, § 106 Rn. 36; *Born* in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 3. Aufl. 2014, § 106 Rn. 11; *Haas* in Röhricht/Graf von Westphalen/Hass, HGB, 5. Aufl. 2019, § 106 Rn. 8). Auch sei die Beteiligung des Nießbrauchers an den Verwaltungsrechten nicht mit denen eines Testamentsvollstreckers, für den der Bundesgerichtshof (a. a. O.) die Eintragungsfähigkeit bejaht hat, vergleichbar. Nach der Gegenauffassung soll dagegen ein Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs bestehen. Dies wird zum einen aus dem Einfluss des Nießbrauchers auf die Verwaltung der Kommanditgesellschaft gefolgert, wobei teilweise angenommen wird, der Nießbraucher habe ein eigenes Stimmrecht bei Beschlüssen über die laufende Verwaltung (OLG Stuttgart, Beschluss vom 28.01.2013 – 8 W 25/13 –, NZG 2013, 432 (433); wohl auch *Lieder* in Oetker, HGB, 6. Aufl. 2019, § 106 Rn. 62), teilweise aber auch darauf abgestellt wird, dass gemäß § 1071 BGB Änderungen des Gesellschaftsvertrages nur mit seiner Zustimmung erfolgen könnten (OLG Oldenburg, Beschluss vom 09.03.2015 – 12 W 51/15 –, NZG 2015, 634 Rn. 8). Zum anderen wird auch eine eigene Haftung des Nießbrauchers bejaht (*Schäfer* in Staub, HGB, 5. Aufl. 2009, § 106 Rn. 16).
5 Der Senat schließt sich der erstgenannten Auffassung an und verneint ein die Eintragung des Nießbrauchs rechtfertigendes Informationsbedürfnis. Haftungsrechtliche Erwägungen vermögen ein Informationsbedürfnis des Rechtsverkehrs nicht zu begründen. Entgegen der oben zitierten Auffassung begründet der Nießbrauch keine Haftung des Nießbrauchers im Außenverhältnis. Der Nießbrauch begründet ein Recht, Nutzungen zu ziehen (§§ 1030 Abs. 1, 1068 Abs. 2 BGB). Hieraus folgt aber keine Verpflichtung gegenüber Dritten. Entgegen der Auffassung des OLG Stuttgart (a. a. O.) steht dem Nießbraucher auch kein Stimmrecht in der Gesellschafterversammlung zu, denn die Bestellung des Nießbrauchs ändert nichts an der Gesellschafterstellung des Kommanditisten. Dies zeigt sich insbesondere auch in dem hier gegebenen Fall, dass der Nießbrauch nur zu einem prozentualen Anteil des Rechts bestellt wird, im Übrigen aber beim Kommanditisten bleibt, denn das Stimmrecht kann für jeden Gesellschaftsanteil nur einheitlich ausgeübt werden (MünchKomm-HGB/*K. Schmidt,* a. a. O., § 105 Rn. 235;

Heinze in Staudinger, BGB, 2017, Anh. §§ 1068, 1069 Rn. 72), was sogar bei Grundlagenbeschlüssen gilt (BGH, Urteil vom 09.11.1998 – II ZR 213/97 –, NJW 1999, 571 (572)). Richtig ist allerdings, dass Grundlagenentscheidungen gemäß § 1071 BGB der Zustimmung des Nießbrauchers bedürfen. Dies bedeutet aber keineswegs, dass die Zustimmung des Nießbrauchers konstitutive Bedeutung für die entsprechende Beschlussfassung innerhalb der Kommanditgesellschaft hätte. Eine solche weitgehende Wirkung ist vielmehr im Hinblick darauf, dass die Bestellung des Nießbrauchs, die ohne Mitwirkung und Kenntnis der Gesellschaft erfolgen kann und nichts an der Gesellschafterstellung des Kommanditisten ändert, abzulehnen (ebenso OLG Düsseldorf, Beschluss vom 14.09.1998 – 3 Wx 209/98 –, NZG 1999, 26; *Pohlmann* in MünchKomm-BGB, 7. Aufl. 2017, § 1071 Rn. 13; aA *Heinze,* a. a. O., Rn. 76).

Gesellschaft, Handelsregister, Eintragung, Beteiligung, Umwandlung, Wirksamkeit

UmwG § 194 Abs. 1 Nr. 3, § 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1, § 226, § 228 Abs. 1; FamFG § 58 Abs. 1; GrEstG § 1 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:
Beim Formwechsel einer GmbH in eine KG ist der Eintritt des persönlich haftenden Gesellschafters mit Wirksamwerden des Formwechsels möglich.

OLG Oldenburg (12. Zivilsenat),
Beschluss vom 19.12.2019 – 12 W 133/19 (HR)

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte zu 1) ist als Gesellschaft mit beschränkter Haftung seit dem 13.10.2011 im Handelsregister des Amtsgerichts Oldenburg eingetragen. Alleinige Gesellschafterin der Beteiligten zu 1) ist die Beteiligte zu 2). Die Beteiligte zu 2) ist ferner alleinige Gesellschafterin der Beteiligten zu 3). Mit Urkunde vom 31.07.2019 (UR-Nr. (…)/2019 des Notars (…), Ort2) vereinbarten die Beteiligte zu 2) und die Beteiligte zu 3), die Beteiligte zu 1) unter Beteiligung der Beteiligten zu 3) als Komplementärin formwechselnd in eine Kommanditgesellschaft umzuwandeln. Hierzu trat die Beteiligte zu 2) in eine Gesellschafterversammlung ein und beschloss mit Zustimmung der Beteiligten zu 3) die formwechselnde Umwandlung der Beteiligten zu 1) in eine Kommanditgesellschaft mit der Firma FF UG (haftungsbeschränkt) & Co.KG. Als Komplementärin soll die Beteiligte zu 3) ohne Kapitaleinlage mit Eintragung des Formwechsels im Handelsregister der Beteiligten zu 1) beitreten. Die Beteiligte zu 2) soll mit einer Kommanditeinlage (zugleich Haftungssumme) von 1.000,- € als Kommanditistin an der Gesellschaft beteiligt bleiben.
2 Mit Erklärung vom 31.07.2019 hat der bisherige Geschäftsführer der Beteiligten zu 1), zugleich in seiner Eigenschaft als Geschäftsführer der gesetzlichen Vertreterin der Beteiligten zu 2) sowie als Geschäftsführer der Beteiligten zu 3) die Eintragung der Umwandlung in das Handelsregister beantragt.
3 Mit Beschluss vom 10.09.2019 hat das Registergericht diesen Eintragungsantrag zurückgewiesen. Der beschlossene Formwechsel widerspreche dem in § 202 Abs. 1 Ziff. 2 UmwG zum Ausdruck kommenden Grundsatz der Kontinuität der Gesellschafter. Hiernach müssten die Gesellschafter des durch den Formwechsel entstehenden Rechtsträgers bereits vor dem Formwechsel Gesellschafter der formwechselnden GmbH geworden sein. Dies sei hier hinsichtlich der beitretenden Beteiligten zu 3) noch nicht einmal für den Zeitraum einer logischen Sekunde der Fall, da diese als persönlich haftende Gesellschafterin erst mit Eintragung des Formwechsels Gesellschafterin werden solle. Eine Analogie zu den für die KGaA geltenden Vorschriften des UmwG, nach denen der Beitritt eines neuen Gesellschafters als Komplementär der entstehenden KGaA möglich sei, müsse mangels planwidriger Regelungslücke ausscheiden. Es sei davon auszugehen, dass der Gesetzgeber auch vor dem Hintergrund steuerlicher Aspekte bewusst die Kontinuität der Mitgliedschaft geregelt habe, da nur durch diese Regelung der in der Finanzgerichtsbarkeit anerkannte Entfall der Grunderwerbsteuerpflicht im Falle des Formwechsels einer mit Grundbesitz ausgestatteten Gesellschaft gerechtfertigt sei.
4 Gegen diesen Beschluss wenden sich die Antragsteller mit ihrer Beschwerde.

II. Aus den Gründen:

5 Die nach § 58 Abs. 1 FamFG statthafte Beschwerde ist zulässig und begründet. Die vom Registergericht in der angefochtenen Entscheidung dargelegten Bedenken gegen die Wirksamkeit des zur Eintragung angemeldeten Formwechsels der Beteiligten zu 1) in eine Kommanditgesellschaft, gebildet aus der Beteiligten zu 3) als Komplementärin ohne eigene Kapitalbeteiligung und der Beteiligten zu 2) als Kommanditistin, bestehen nicht. Namentlich steht der in §§ 194 Abs. Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2

S. 1 UmwG niedergelegte Grundsatz der „Kontinuität der Mitgliedschaft“ einem wirksamen Beitritt der Beteiligten zu 3) zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels nicht entgegen.

6 Richtig ist allerdings, dass der Gesetzgeber mit den genannten Vorschriften ein grundlegendes Prinzip des Formwechsels zum Ausdruck bringen wollte, wonach diese Form der Umwandlung keine Auswirkung auf den Mitgliederbestand des Rechtsträgers haben soll, der an dem Rechtsträger beteiligte Personenkreis vielmehr vor und nach dem Formwechsel identisch bleiben soll (vgl. Baßler, GmbHR, 2007, 1252 (1252)). Hintergrund dieses Prinzips ist eine Abkehr von der bis dahin geltenden Rechtslage, wonach bei einem nur auf Mehrheitsentscheidung beruhenden Formwechsel nur die zustimmenden Gesellschafter an dem neuen Rechtsträger beteiligt blieben, die dissentierenden Gesellschafter hingegen aus der Gesellschaft ausschieden. Diese Rechtsfolge, bei der mittels Umwandlungsbeschluss Minderheitsgesellschafter aus einer Gesellschaft ausgeschlossen werden konnten, sollte im neuen Umwandlungsrecht grundsätzlich nicht mehr eröffnet sein und nur noch in bestimmten, gesetzlich festgelegten Fallkonstellationen möglich bleiben (vgl. Gesetzesbegründung zu § 202 Nr. 2 UmwG, BT-Drs. 12/6699, S. 144). Insoweit ist anerkannt, dass das in §§ 194 Abs. Nr. 3, 202 Abs. 1 Nr. 2 S. 1 UmwG zum Ausdruck kommende Prinzip der „Kontinuität der Mitgliedschaft“ einen Schutz der Gesellschafter bezweckt, mit dem sichergestellt werden soll, dass diejenigen Beteiligten, die zum Zeitpunkt der Eintragung des Formwechsels Anteilsinhaber sind, auch Mitglieder des neuen Rechtsträgers werden (vgl. BGH ZIP 2005, 1318, hier zit. aus juris RN 13).

7 Dieser Schutzzweck wird hingegen nicht tangiert, wenn sich sämtliche Beteiligten einig sind und ein Wechsel im Gesellschafterbestand damit bereits auf Grundlage der nach allgemeinen Gesellschaftsrecht zu Gebote stehenden Änderungsmöglichkeiten, wie Anteilsübertragung, Eintritt und Austritt, bewirkt werden kann. In diesem Falle wird der Wechsel im Gesellschafterbestand nicht durch das Instrumentarium des Formwechsels herbeigeführt. Dieser verhält sich in Bezug auf die beteiligten Anteilseigener neutral und bewirkt im Sinne der „Kontinuität der Mitgliedschaft“ insoweit keine Veränderung. Soll neben dem Formwechsel – mithin einer Veränderung der Verfassung der Gesellschaft bei fortwährender Identität des Rechtsträgers – auch eine Änderung des Gesellschafterbestandes herbeigeführt werden, bedarf es vielmehr zusätzlicher Vereinbarungen, die den allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Voraussetzungen genügen müssen. Für dieses „Mehr“ an Umstrukturierung versagt das Umwandlungsrecht seine Hilfe, was indes nicht bedeutet, dass es dieses „Mehr“ an Umstrukturierung untersagt. Entsprechende Verbote sind in dem Gesetz weder positiv noch negativ geregelt und sind auch nicht mit der im Gesetz vorausgesetzten Kontinuität unvereinbar (grundlegend: *Schmidt,* GmbHR 1995, 693 (695)).

8 Vorliegend haben sich mit der Beteiligten zu 2) und der Beteiligten zu 3) sämtliche gegenwärtigen und zukünftigen Gesellschafter der Beteiligten zu 1) auf den Beitritt der Beteiligten zu 3) geeinigt, wobei diese Einigung notariell beurkundet worden ist. Unter diesen Voraussetzungen ist sowohl nach dem gegenwärtig für die Beteiligte zu 1) geltenden Recht der GmbH, als auch nach dem zukünftig einschlägigen Recht der Kommanditgesellschaft der jederzeitige Beitritt eines neuen Gesellschafters möglich. Es gibt daher keinen Grund, weshalb sich die Beteiligten nicht auch auf einen Beitrittszeitpunkt genau im Moment des Wirksamwerdens des Formwechsels verständigen können. Vielmehr besteht ein praktisches Bedürfnis hierfür. In der typischen GmbH & Co. KG verfolgt die Komplementär-GmbH keine eigenwirtschaftlichen Ziele. Ihre Existenzberechtigung steht und fällt mit der KG (Baßler, GmbHR 2007, 1252 (1252). Eine Kapitalbeteiligung ist typischerweise nicht vorgesehen. Diese wäre aber Voraussetzung, damit die GmbH bereits vor Wirksamwerden des Formwechsels der bisherigen Rechtsträgerin beitreten könnte. Umgekehrt, kann mit diesem Beitritt bei einer eingliedrigen GmbH auch nicht bis zu einem Zeitpunkt nach Wirksamwerden des Formwechsels zugewartet werden. Nach § 228 Abs. 1 UmwG muss die Gesellschaft spätestens zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels den Vorschriften über die Gründung einer Personenhandelsgesellschaft genügen. Damit müssen zu diesem Zeitpunkt an dem Rechtsträger mindestens zwei Gesellschafter beteiligt sein, da andernfalls im Zeitpunkt des Formwechsels das Gesellschaftsvermögen dem einzigen Gesellschafter der Personenhandelsgesellschaft unter Auflösung der Gesellschaft anwachsen würde.

9 Als Alternative zu einem Beitritt im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels bliebe damit nur, die spätere Komplementär-GmbH mit einer zumindest geringfügigen Kapitalbeteiligung auszustatten und diese bereits vor Wirksamwerden der Umwandlung dem formwechselnden Rechtsträger beitreten zu lassen. Eine derartige Konstruktion stünde zwar mit dem Erfordernis einer „Kontinuität der Mitgliedschaft“ im Einklang, widerspräche aber der Zielsetzung, die der Gesetzgeber mit diesem Prinzip verbunden hat. Geschützt werden soll die Mitgliedschaft, die durch den Formwechsel grundsätzlich nicht beeinträchtigt werden soll. Dem widerspräche die vorstehende Konstruktion, bei der durch eine kapitalmäßige Beteiligung der späteren Komplementär-GmbH der Kapitalanteil des bisherigen alleinigen Gesellschafters „verwässert“ würde. Bei einem Beitritt zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels kann dagegen

auf eine Kapitalbeteiligung der Komplementär-GmbH verzichtet werden, mit der Folge, dass der ursprüngliche GmbH-Gesellschafter mit identischer Kapitalbeteiligung nunmehr als Kommanditist an der neuen Personenhandelsgesellschaft beteiligt bleibt. Tatsächlich wird die vom Umwandlungsgesetzgeber vorausgesetzte „Kontinuität der Mitgliedschaft" in dieser Variante nicht durchbrochen, sondern gewahrt (*Schmidt,* GmbHR 1995, 693 (696)).

10 Vorstehende Erwägungen stehen im Einklang mit bisherigen ober- und höchstrichterlicher Entscheidungen, die in diesem Zusammenhang ergangen und veröffentlicht worden sind. So hat es das Bayerische Oberste Landesgericht für zulässig erachtet, dass der Beitritt des zukünftigen Komplementärs eines von einer GmbH in eine KG formwechselnden Rechtsträgers erst nach Fassung des Umwandlungsbeschlusses der Gesellschaft erfolgt, wobei es die Frage, ob der Beitritt auch erst im Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels erfolgen könne, mangels Entscheidungserheblichkeit ausdrücklich offengelassen hat (vgl. BayObLGZ 1999, 345, hier zit. aus juris, RNrn.11ff, 17). Das Kammergericht hatte jüngst den umgekehrten Fall des Austrittes der Komplementär-GmbH im Zuge des Formwechsels einer KG zur GmbH zu entscheiden und auch hierfür die Möglichkeit eines Austrittes zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels bejaht (KG Berlin, ZIP 2019, 176, hier zit. aus juris RN 12). Schließlich hat auch der BGH, der vorliegende Fragestellung weder in jener (Austritt) noch in dieser (Beitritt) Konstellation bislang zu entscheiden hatte, bereits in der Vergangenheit im Rahmen zweier anders gelagerter Fallkonstellationen deutlich zum Ausdruck gebracht, dass Bedenken im Hinblick auf die Wirksamkeit eines Beitritts eines Gesellschafters „im Zuge" eines Formwechsels nicht bestünden (vgl. BGHZ 142, 1, RN 12; BGH ZIP 2005, 1318 RN 13; jw. zit. aus juris). Dies entspricht auch der inzwischen ganz herrschenden Auffassung in der Literatur (vgl. statt aller: *Blasche* in Kallmeyer, UmwG (6. Aufl.) § 228 RN 7; *Ihrig* in Semler/Stengel, UmwG (4. Aufl.) § 228 RN 14 und 23; *Westerburg* in Schmitt u.a., UmwG (8. Aufl.) § 226 RN 3; jw.m.w.N.).

11 Schließlich hindern auch die vom Amtsgericht angeführten steuerlichen Aspekte die Wirksamkeit des Beitritts zum Zeitpunkt des Wirksamwerdens des Formwechsels nicht. Der in der angefochtenen Entscheidung zitierte Beschluss des Bundesfinanzhofes vom 04.12.1996 (Az. II B 116/96) setzt eine Identität des Mitgliederbestandes unmittelbar vor und nach dem Formwechsel nicht voraus. Vielmehr hat dieser für den Formwechsel festgestellt, dass es für eine Grunderwerbssteuerbarkeit dieses Vorganges bereits an den Voraussetzungen des in § 1 Abs. 1 GrEstG normierten Steuertatbestandes fehle, der entweder ein den Anspruch auf Übereignung begründendes Rechtsgeschäft oder eine Auflassung voraussetze (vgl. BFHE 181, 349, RN 8, zit. aus juris). Beides läge im Falle eines Formwechsels, bei dem die Identität des Rechtsträgers gewahrt bliebe, nicht vor (a.a.O., RN 9). Die Vorschriften der §§ 5, 6 und 7 Abs. 2 und 3 GrEstG, die u.a. voraussetzen, dass an den beteiligten Gesamthandsgemeinschaften dieselben Personen beteiligt seien, könnten zur Begründung einer Steuerpflicht nicht herangezogen werden, da es sich nicht um steuerbegründende Tatbestände handele, sondern um Vergünstigungstatbestände, die einen eigentlich steuerbaren Erwerbsvorgang voraussetzten (a.a.O., RN 11). Im Übrigen müsse das Grunderwerbssteuerrecht mangels anderslautender Vorschriften ohnehin den zivilrechtlichen Vorgaben des Umwandlungsrechtes folgen (a.a.O., RN 10).

12 Dieses kann folglich auch nicht zur Klärung der Frage, ob ein beschlossener Formwechsel wirksam und einzutragen ist, herangezogen werden.

Keine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Satzungsänderung

AktG § 23 Abs. 1 S. 1, Abs. 3 Nr. 1, § 37 Abs. 4 Nr. 1, § 179 Abs. 1 S. 1, § 181 Abs. 1 S. 1, § 241 Nr. 2; InsO § 80 Abs. 1; HGB § 18 Abs. 2 S. 1, § 22 Abs. 1, § 23, § 30

Amtlicher Leitsatz:

Der Insolvenzverwalter ist auch im Fall der Verwertung der Firma einer Aktiengesellschaft nicht befugt, die Satzung hinsichtlich der Firma zu ändern. Er kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen. (Rn. 26)

Redaktionelle Leitsätze:

1. Die Befugnisse des Insolvenzverwalters erstrecken sich nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich, zu dem Satzungsänderungen gehören. Das gilt auch dann, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenständen hat; in diesem sog. Überschneidungs- oder Kooperationsbereich kann der angestrebte Erfolg nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit dem jeweiligen Organ der Gesellschaft erreicht werden. (Rn. 38)

2. Eine gleichzeitige Verwendung der Firma durch den Erwerber des Handelsgeschäfts und dessen Veräußerer ist für die Zeit bis zur endgültigen Abwicklung der Veräußerin nicht grundsätzlich unzulässig.

BGH (II. Zivilsenat),
Beschluss vom 26.11.2019 – II ZB 21/17

I. Sachverhalt:

1 Der Beteiligte zu 2 ist Insolvenzverwalter in dem am 1. März 2017 eröffneten Insolvenzverfahren über das Vermögen der Beteiligten zu 1, einer Aktiengesellschaft.
2 In einer notariell beglaubigten Erklärung vom 18. April 2017 meldete der Beteiligte zu 2 beim Registergericht eine Firmenänderung der Beteiligten zu 1 zur Eintragung im Handelsregister an und führte unter anderem aus:
„Kraft der mir eingeräumten Verfügungs- und Verwaltungsbefugnis ändere ich die Firma der Gesellschaft ab in: ‚A. Abwicklungs AG' und beantrage die Eintragung dieser Firmenänderung (…).
(…)
Der Insolvenzverwalter ist zur Firmenänderung berechtigt, ohne dass ein satzungsändernder Beschluss bezüglich der Firma oder des Unternehmensgegenstandes erforderlich ist. Das Satzungsänderungsrecht der Gesellschafter wird in diesen Fällen vom Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters vollständig verdrängt (…). Die Satzungsänderung erfolgt also quasi unter Ausnutzung der dem Insolvenzverwalter eingeräumten Sonderkompetenz außerhalb des Gesellschaftsrechts. (…)."
3 Der Erklärung war eine vom Beteiligten zu 2 unterzeichnete neue Satzung der Beteiligten zu 1 in Textform beigefügt, die eine entsprechend geänderte Firma enthielt.
4 Das Registergericht hat die Anmeldung zurückgewiesen. Die Beschwerde der Beteiligten ist erfolglos geblieben. Dagegen wendet sich ihre vom Beschwerdegericht zugelassene Rechtsbeschwerde.

II. Aus den Gründen:

5 Die aufgrund der Zulassung durch das Beschwerdegericht statthafte und auch im Übrigen gemäß § 70 Abs. 1, § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde der Beteiligten hat keinen Erfolg.
6 Das Beschwerdegericht (KG, ZIP 2017, 1564) hat zur Begründung seiner Entscheidung im Wesentlichen ausgeführt:
7 Die Eintragung der Firmenänderung auf der Grundlage der Anmeldung vom 18. April 2017 komme nicht in Betracht. Erforderlich sei eine den Anforderungen des Aktiengesetzes genügende Satzungsänderung, die der Beteiligte zu 2 als Insolvenzverwalter vornehmen und zur Eintragung im Handelsregister anmelden könne. Ein satzungsändernder Beschluss sei notariell zu beurkunden. Daran fehle es hier, weil der Beteiligte zu 2 lediglich eine von ihm unterschriebene Satzungsneufassung eingereicht habe. Auch wenn mit der Beschwerde angenommen würde, der Insolvenzverwalter habe eine Satzungsänderung beschlossen, sei ein solcher Beschluss nach § 241 Nr. 2 AktG nichtig.
8 Bei einer Handelsgesellschaft werde die Firma vom Insolvenzbeschlag erfasst. Der Veräußerung der Firma könne eine besondere wirtschaftliche Bedeutung zukommen und mache regelmäßig eine Firmenänderung der Schuldnerin erforderlich. Dies rechtfertige es aber gleichwohl nicht, auf eine Satzungsänderung zu verzichten. Es bestehe zwar grundsätzlich eine aus der Treuepflicht abgeleitete Mitwirkungspflicht der Gesellschafter, würde aber den Zwecken des Insolvenzverfahrens zuwiderlaufen, wenn der Insolvenzverwalter diese klageweise durchsetzen müsse. Unter Berücksichtigung der Mitwirkungspflicht der Gesellschafter und der Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters müsse diesem die Befugnis zustehen, die entsprechende Satzungsänderung herbeizuführen. Dem stehe es nicht entgegen, dass die Gesellschafterstellung selbst vom Insolvenzbeschlag nicht erfasst werde. Das Recht der Gesellschafter, ihr Innenverhältnis etwa durch Satzungsänderungen zu ändern, werde durch die Insolvenzeröffnung beschränkt. Da der Insolvenzverwalter einen ordnungsgemäßen Hauptversammlungsbeschluss fassen müsse, würden auch die Rechte der Aktionäre gewahrt, die gegen eine entsprechende Beschlussfassung Klage erheben könnten.
9 Diese Ausführungen halten einer rechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand. Die Eintragung einer Firmenänderung der Beteiligten zu 1 auf die Anmeldung vom 18. April 2017 hin kommt nicht in Betracht. Der Beteiligte zu 2 kann eine Änderung der Firma der Beteiligten zu 1 aufgrund der ihm gem. § 80 Abs. 1 InsO zustehenden Befugnis, das zur Insolvenzmasse gehörende Vermögen zu verwalten und über es zu verfügen, nicht herbeiführen.
10 1. Der Firmenwert der Aktiengesellschaft ist im Insolvenzverfahren Bestandteil der Insolvenzmasse und unterliegt der Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters (vgl. BGH, Urteil vom 27. September 1982 – II ZR 51/82, BGHZ 85, 221, 223 f.; Urteil vom 14. Dezember 1989 – I ZR 17/88, BGHZ 109, 364, 367; Beschluss vom 8. Juli 2004 – IX ZB 589/02, ZIP 2004, 1555, 1556). Will der Insolvenzverwalter die Firma verwerten, kann er das Handelsgeschäft der Aktiengesellschaft mit der Einwilligung veräußern, die bisherige Firma mit oder ohne Beifügung eines das Nachfolgeverhältnis andeutenden Zusatzes fortzuführen (§ 22 Abs. 1, § 23 HGB, § 80 Abs. 1 InsO).
11 2. Das Beschwerdegericht hat zutreffend angenommen, dass nach einer Veräußerung des Handelsgeschäfts und des Rechts zur Fortführung der Firma im Insolvenzverfahren über das Vermögen einer Kapitalgesellschaft die Änderung ihrer Firma notwendig werden kann. Ob und ggf. inwieweit eine solche Notwendigkeit – auch un-

ter dem Gesichtspunkt einer den Gläubigerinteressen entsprechenden Verwertung der Insolvenzmasse durch den Insolvenzverwalter – besteht, hängt von den Umständen des Einzelfalls ab.

12 a) Ob eine Änderung der Firma stets zu erfolgen hat oder nur im Einzelfall notwendig werden kann, ist umstritten.

13 aa) Eine in der älteren Rechtsprechung und im älteren Schrifttum zur Konkursordnung vertretene Auffassung ging davon aus, die bisherige Firma der Gemeinschuldnerin könne bis zur Beendigung des Konkursverfahrens fortgeführt werden und auch der Erwerber sei zur Führung der gleichen Firma berechtigt (KG JW 1937, 2976, 2978; BayObLGZ 1979, 65, 67 f.; *Weber,* KTS 1970, 73, 85; *Heymann/Emmerich,* HGB, 2. Aufl., § 17 Rn. 41; *Meyer-Landrut,* GmbHG, § 63 Rn. 14). § 30 HGB sei auf das Verhältnis der Firma der Konkursgesellschaft zu der vom Geschäftserwerber fortzuführenden Firma nicht anzuwenden (KG JW 1937, 2976, 2978; aA *Bokelmann,* KTS 1982, 27, 45 f.). Wenn die Gesellschaft nach der Übertragung ihres Unternehmens samt Firma auf einen Dritten für die weitere Konkursabwicklung eine neue Firma annehmen müsste, würde dies eine Satzungsänderung notwendig machen, die als Angelegenheit des innergesellschaftlichen Bereichs auch während des Konkurses nur durch die Hauptversammlung bzw. Gesellschafterversammlung beschlossen werden könne. Diese Notwendigkeit würde die Firmenveräußerung erheblich erschweren und für die weitere Konkursabwicklung sei die Annahme einer neuen Gemeinschuldnerfirma nicht geboten (*Weber,* KTS 1970, 73, 85). Dem wurde im Schrifttum – neben einem Hinweis auf § 30 HGB – vorwiegend mit der Begründung widersprochen, dass die insolvente Gesellschaft durch die Übertragung das Recht zur Führung der Firma verliere bzw. die Anerkennung des Übergangs der Firma auf den Erwerber des Handelsgeschäfts und die durch § 23 HGB gewährleistete Verbindung zwischen der Firma und dem durch sie identifizierten Unternehmen die gleichzeitige Weiterverwendung der Firma durch den Veräußerer im Wege der Firmendoppelung ausschließe (*Grüneberg,* Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, 1988, S. 59 ff.; *Ulmer,* NJW 1983, 1697, 1699 f.).

14 bb) Der Bundesgerichtshof hat für die Frage der Verwechslungsgefahr von Firmenkennzeichnungen entschieden, dass die Übertragung eines – wenn auch maßgeblichen – Teils eines Geschäftsbetriebs zusammen mit dessen Bezeichnung grundsätzlich nicht zu einer Aufspaltung oder Vervielfältigung der Bezeichnung führen dürfe, weil diese die Gefahr von Irreführungen begründe, die mit dem Zweck der gesetzlichen Regelung von § 23 HGB nicht zu vereinbaren seien, falls sie zum dinglichen Bestand zweier gleicher Firmenbezeichnungen führten. Dies stehe aber einer nur obligatorischen und vorübergehenden Gestattung der Namensverwendung in eindeutig begrenztem Umfang, im konkreten Fall bei Bestehen einer ernsthaften Liquidationsabsicht und Bereitschaft zur Aufgabe des eigenen, nach Liquidationsabschluss nicht mehr benötigten Namens, nicht entgegen (BGH, Urteil vom 22. November 1990 – I ZR 14/89, WM 1991, 364, 366 f. – Ott International).

15 cc) Anknüpfend an diese Rechtsprechung wird im handels- und gesellschaftsrechtlichen Schrifttum für die Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der bisherigen Firma im Insolvenzverfahren die Möglichkeit einer „Doppelfirmierung" teilweise bejaht, im Anwendungsbereich des § 30 HGB aber auch verlangt, dass die Firma der insolventen Gesellschaft (bzw. die der Erwerberin) mit einem unterscheidenden Zusatz fortgeführt wird (*Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 22 Rn. 24; *Jaeger/Windel,* InsO, § 80 Rn. 73; MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 22 Rn. 90; *Ries* in Röhricht/Graf von Westphalen/Haas, HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 61; *Schlingloff* in Oetker, HGB, 6. Aufl., § 22 Rn. 24; *Leuering,* NJW 2016, 3265, 3267; *Thole/Schädel,* GmbHR 2018, 15, 20), oder auch ein Einverständnis des Erwerbers mit der weiteren Nutzung der Firma für notwendig gehalten (MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 22 Rn. 91; *Wamser* in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 22 HGB Rn. 19; *Priester,* DNotZ 2016, 892, 893). Teilweise wird eine „Doppelfirmierung" unabhängig von § 30 HGB aus namens- bzw. kennzeichnungsrechtlichen Gründen (§ 12 BGB, § 15 Abs. 2 MarkenG), vor dem Hintergrund des Irreführungsverbots (§ 18 Abs. 2 Satz 1 HGB) oder unter Hinweis auf die Untrennbarkeit von Firma und Handelsgeschäft (§ 23 HGB) bzw. in der Praxis übliche Verpflichtungen in den Verträgen über die Veräußerung des Unternehmens stets bzw. in aller Regel für unzulässig gehalten (*Herchen,* ZinsO 2004, 1112, 1115; *Linardartos,* ZIP 2017, 901, 903 f.; *Hacker/Lilien-Waldau,* NZI 2017, 787, 788; *Cziupka/Kraack,* AG 2018, 525, 526; Hüffer/*Koch,* AktG, 13. Aufl., § 264 Rn. 11; *Burgard* in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 69). Neuere Entscheidungen der Oberlandesgerichte und Teile des Schrifttums halten die Bildung einer Ersatzfirma für unverzichtbar, weil die insolvente Gesellschaft durch die Übertragung ihre Firma verliere und eine Kapitalgesellschaft ohne Firma gegen zwingendes Gesellschaftsrecht verstoße (OLG München, GmbHR 2016, 928; OLG Hamm, ZIP 2018, 596, 597; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rn. 36; *Bayer* in Lutter/Hommelhoff, GmbHG, 19. Aufl., § 4 Rn. 43; MünchKommGmbHG/*Harbarth,* 3. Aufl., § 53 Rn. 261; MünchKommGmbHG/*H.-F. Müller,* 3. Aufl., § 64 Rn. 101; MünchKommAktG/*Hüffer,* 3. Aufl., § 264 Rn. 60; *K. Schmidt,* Handelsrecht, 6. Aufl., § 12 Rn. 51).

16 b) Die Weiterführung der bisherigen Firma im Insolvenzverfahren der Aktiengesellschaft für die weitere Abwicklung nach der Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der Firma ist nicht grundsätzlich unzulässig. Die Notwendigkeit einer Firmenänderung ist von den konkreten Umständen des Einzelfalls abhängig.

17 aa) Die Veräußerung des Handelsgeschäfts mit der Befugnis zur Fortführung der bisherigen Firma ändert nichts daran, dass die Aktiengesellschaft zunächst mit ihrer in der Satzung bestimmten und im Handelsregister eingetragenen Firma fortbesteht. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs handelt es sich bei der „ausdrücklichen Willigung" nach § 22 Abs. 1 HGB, anders als es noch das Reichsgericht annahm, nicht um eine Gestattung, das Recht zum weiteren Gebrauch der Firma unter Verzicht auf die eigene Weiterbenutzung einem Dritten einzuräumen (RGZ 107, 31, 33), sondern um eine vertragliche Einigung über die Übertragung der Firma als Teil des Vertrags über die Veräußerung des Handelsgeschäfts (BGH, Urteil vom 27. April 1994 – VIII ZR 34/93, ZIP 1994, 942, 943; aA K. *Schmidt,* Handelsrecht, 6. Aufl., § 122 Rn. 43, 56). Hieraus folgt, dass mit der Veräußerung der Firma das Recht zur Führung derselben auf den Erwerber des Handelsgeschäfts übergeht, § 398 Satz 1, § 413 BGB (*Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 22 Rn. 9; *Burgard* in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 28; MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 22 Rn. 32; *Heymann/Emmerich,* HGB, 2. Aufl., § 22 Rn. 11). Der Übergang des Rechts zur Führung der Firma ändert nichts daran, dass diese weiterhin die der Satzung der veräußernden Aktiengesellschaft entsprechende Firma sein, als solche im Handelsregister eingetragen und im Rechtsverkehr verwendet, mithin tatsächlich genutzt werden kann, möglicherweise unter Verletzung der Rechtsposition des Erwerbers und/oder firmenrechtlicher Vorschriften (*Linardatos,* ZIP 2017, 901, 902; *Hacker/Lilien-Waldau,* NZI 2017, 787, 788; *Cziupka/Kraack,* AG 2018, 525, 526; MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 17 Rn. 56).

18 bb) Der Senat hält an der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs fest, nach der eine sog. Doppelfirmierung für die Zeit bis zur endgültigen Abwicklung der Veräußerin nicht grundsätzlich unzulässig ist (BGH, Urteil vom 22. November 1990 – I ZR 14/89, WM 1991, 364, 367 – Ott International). Die Vorschriften des Firmenrechts – die als verkehrsschützende Bestimmungen nicht zur Disposition der an der Veräußerung des Handelsgeschäfts Beteiligten stehen (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Juli 1966 – II ZB 4/66, BGHZ 46, 7, 10; Urteil vom 10. November 1969 – II ZR 273/67, BGHZ 53, 66, 70; Beschluss vom 9. Dezember 1976 – II ZB 6/76, BGHZ 68, 12, 14; *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 23 Rn. 3) – schließen eine gleichzeitige Verwendung der Firma durch den Erwerber des Handelsgeschäfts und dessen Veräußerer nicht generell aus.

19 (1) Nach § 23 HGB kann die Firma nicht ohne das Handelsgeschäft, für welches sie geführt wird, veräußert werden. Wird das Handelsgeschäft veräußert, kann der Erwerber die Firma unter den Voraussetzungen des § 22 Abs. 1 HGB fortführen. Die Vorschriften schließen, wie sich schon aus deren Wortlaut ergibt, eine Trennung von Handelsgeschäft und Firma nicht grundsätzlich aus, sondern verbieten lediglich die isolierte Veräußerung der Firma („Leerübertragung") und regeln die Voraussetzungen, unter denen ein Dritter die Firma bei Veräußerung des Handelsgeschäfts fortführen kann (BGH, Urteil vom 13. Oktober 1980 – II ZR 116/79, ZIP 1980, 994, 995; *Burgard* in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 23 Rn. 3). Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs enthält § 23 HGB den Grundsatz, dass es nicht zu einer Vervielfältigung oder Aufspaltung von Geschäftsbezeichnungen kommen und der dingliche Bestand zweier gleicher Firmenbezeichnungen verhindert werden soll (BGH, Urteil vom 21. März 1985 – I ZR 190/82, WM 1985, 1242, 1243 – Hydair; Urteil vom 29. April 2004 – I ZR 233/01, WRP 2004, 1032, 1035 – Gegenabmahnung; Urteil vom 22. November 1990 – I ZR 14/89, WM 1991, 364, 367 – Ott International). Die Gestattung des Erwerbers der Firma, den Namen bzw. die Kennzeichnung vorübergehend für den Zweck der endgültigen Abwicklung des Veräußerers zu nutzen, ist indes keine auf eine Vervielfältigung oder Aufspaltung der Firma gerichtete Vereinbarung, sondern enthält lediglich die Erklärung, die erworbene Rechtsposition nicht gegen die Weiternutzung der Firma durch den Veräußerer zu verwenden (BGH, Urteil vom 18. März 1993 – I ZR 178/91, BGHZ 122, 71, 73 – Decker; *Burgard* in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 69; *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 23 Rn. 2; aA *Linardatos,* ZIP 2017, 901, 904 f.; *Grüneberg,* GmbH-Organe und Betriebsrat im Konkurs, 1988, S. 61; *Rödder,* Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 101).

20 (2) Die doppelte Verwendung der Firmenbezeichnung verstößt auch nicht in jedem Fall gegen § 30 Abs. 1 HGB. Der Senat geht allerdings entgegen der oben unter aa) mitgeteilten Ansicht in der älteren Rechtsprechung zur Konkursordnung davon aus, dass § 30 Abs. 1 HGB auch im Falle der Veräußerung der Firma in der Insolvenz der Gesellschaft Anwendung findet. Es kann nicht grundsätzlich davon ausgegangen werden, dass die Veräußerung des Handelsgeschäfts verbunden mit dem Recht an der Firma kurzfristig zur Löschungsreife nach § 394 Abs. 1 Satz 2 FamFG führt, so dass die Anwendung der dem Schutz des Rechtsverkehrs dienenden Vorschrift des § 30 Abs. 1 HGB für die weitere Durchführung des Insolvenzverfahrens geboten ist. Der durch § 30 Abs. 1 HGB be-

wirkte Schutz bezieht sich allerdings nur auf die am selben Ort oder derselben Gemeinde bereits bestehenden und in das Handelsregister eingetragenen Firmen und verlangt die Unterscheidungskraft einer neuen Firma. Die Norm begründet im Übrigen ein Eintragungshindernis für den Erwerber des Handelsgeschäfts, der gehindert ist, die erworbene Firma im selben Bezirk eintragen zu lassen (*Bokelmann,* KTS 1982, 27, 43; MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 30 Rn. 18; vgl. auch *Linardatos,* ZIP 2017, 901, 903).

21 (3) Das Irreführungsverbot gemäß § 18 Abs. 2 Satz 1 HGB ist durch die gleichzeitige Verwendung der Firma durch mehrere Unternehmensträger ebenfalls nicht zwingend berührt. Zwar können sich aus dem Irreführungsverbot Beschränkungen ergeben, wenn die Fortführung der Firma im Rechtsverkehr unzutreffende Vorstellungen über Umfang und Art des Unternehmens sowie über geschäftlich bedeutsame persönliche Verhältnisse und Eigenschaften des neuen Unternehmensträgers hervorruft (MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 22 Rn. 3 ff.; Schlingloff in *Oetker,* HGB, 6. Aufl., § 30 Rn. 2; vgl. für § 24 HGB: BGH, Beschluss vom 8. Mai 2018 – II ZB 27/17, ZIP 2018, 1439 Rn. 11). Ob die Fortführung der bisherigen Firma eine Irreführung über wesentliche geschäftliche Verhältnisse bewirkt, ist eine Frage des Einzelfalls und insbesondere davon abhängig, ob und in welchem Umfang die Insolvenzschuldnerin nach der Veräußerung ihres Handelsgeschäfts für den Zweck der weiteren Abwicklung am Rechtsverkehr teilnehmen muss. Eine relevante Irreführung ergibt sich nicht allein daraus, dass sich hinter der Firmenbezeichnung nicht mehr das ursprüngliche, am Markt tätige Handelsgeschäft, sondern ein Rechtsträger verbirgt, dessen (restliches) Vermögen im Insolvenzverfahren verwertet wird, denn bei einer Veräußerung des Handelsgeschäfts ohne Firma kann die Firma des Insolvenzschuldners im Insolvenzverfahren uneingeschränkt fortgeführt werden. Es bedarf bei der Zeichnung nicht einmal eines die Abwicklung andeutenden Zusatzes, wie er in der Liquidation der Aktiengesellschaft außerhalb des Insolvenzverfahrens gemäß § 269 Abs. 6 AktG vorgesehen ist (vgl. BeckOK GmbHG/C. *Jaeger,* Stand: 1. Februar 2019, § 4 Rn. 30). Maßgeblich ist vielmehr, ob durch das gemeinsame Auftreten von Insolvenzschuldnerin und Erwerber unter gleicher Firma eine Irreführung der angesprochenen Verkehrskreise ausgeht.

22 (4) Schließlich können dem Erwerber der Firma – sofern dieser die weitere Nutzung der bisherigen Firma durch die insolvente Aktiengesellschaft nicht gestattet – Ansprüche aus materiellem Firmenschutz gem. § 5 Abs. 1, Abs. 2 Satz 1, § 15 Abs. 2 MarkenG bzw. § 12 BGB zustehen, wenn die Firma in einer Verwechselungsgefahr begründenden Weise weiter genutzt wird (*Linardatos,* ZIP 2017, 901, 903).

23 3. Der Rechtsbeschwerde ist zuzugeben, dass das Fortbestehen der bisherigen Firma in den Fällen, in denen sich die Anmeldung einer Ersatzfirma als notwendig erweist, die Verwaltungs- und Verfügungsbefugnis des Insolvenzverwalters berührt. Zwar kann dieser gem. § 80 Abs. 1 InsO über das Handelsgeschäft und mit diesem auch über die Firma der insolventen Aktiengesellschaft verfügen und dem Erwerber auf diese Weise das Recht zur weiteren Nutzung der Firma verschaffen. Gegenüber dem Erwerber der Firma würden aber Pflichten aus dem Vertrag über die Veräußerung des Rechts zur Fortführung der Firma verletzt, wenn dieser gem. § 30 HGB gehindert wäre, die Firma im Hinblick auf die weiter bestehende Eintragung bei der Insolvenzschuldnerin im Handelsregister eintragen zu lassen (*Canaris,* GRUR 1989, 711, 712; *Homann* in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rn. 33). Abgesehen davon kann es im Einzelfall auch einer den Gläubigerinteressen dienenden Verwertung der Insolvenzmasse entsprechen, sich gegenüber dem Erwerber ausdrücklich zu verpflichten, die bisherige Firma nicht mehr zu nutzen (*Grüneberg,* GmbH-Organe und Betriebsrat im Konkurs, 1988, S. 61).

24 4. Die Firma einer Aktiengesellschaft kann ungeachtet dessen auch nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung gem. § 181 Abs. 1 Satz 1, § 179 Abs. 1 Satz 1, § 23 Abs. 1 Satz 1, Abs. 3 Nr. 1 AktG geändert werden, wenn nicht ein Insolvenzplan gem. § 225a Abs. 3 InsO eine entsprechende Satzungsänderung vorsieht.

25 a) Die Firma ist gemäß § 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG zwingender Bestandteil der Satzung der Aktiengesellschaft. Über Änderungen der Satzung, die ihren materiellen Gehalt betreffen, beschließt nach allgemeinen Grundsätzen die Hauptversammlung (§ 179 Abs. 1 Satz 1 AktG). Die Befugnis zur Änderung der Satzung betrifft einen der Hauptversammlung vorbehaltenen, unmittelbar mit dem Mitgliedschaftsrecht der Aktionäre verknüpften Bereich (RGZ 169, 65, 80 f.; *K. Schmidt,* GesR, 4. Aufl., § 21 II 1.). Die geänderte Satzung ist nach § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG Grundlage für die Eintragung der Firmenänderung im Handelsregister.

26 b) Die Befugnis zur Änderung der Satzung in Bezug auf die Firma der Aktiengesellschaft geht für den Fall der Verwertung der Firma im Insolvenzverfahren nicht gemäß § 80 Abs. 1 InsO auf den Insolvenzverwalter über. Dieser kann eine Firmenänderung auch nicht außerhalb der Satzung kraft eigener Rechtsstellung herbeiführen.

27 aa) Angesichts der oben beschriebenen potentiellen Beeinträchtigung des Verwertungsrechts des Insolvenzverwalters wird in Rechtsprechung und Schrifttum

allerdings vertreten, der Insolvenzverwalter könne die Änderung der Firma ohne Satzungsänderung vornehmen und beim Registergericht zur Eintragung anmelden (OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 457, 458; LG Essen, ZIP 2009, 1583, 1584; *Burgard* in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 70; MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 22 Rn. 89 f.; *Bäuerle* in Braun, InsO, 7. Aufl., § 35 Rn. 106 f.; *Kilian* in Wachter, Praxis des Handels- und GesR, 4. Aufl., § 3 Rn. 72; *Böttcher* in Hauschild/Kallrath/Wachter, Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht, 2. Aufl., § 33 Rn. 107; *Bous* in Kölner Handbuch Gesellschaftsrecht, 3. Aufl., Kap. 11 Rn. 109; *H.-F. Müller,* Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 179; *Horstkotte,* ZinsO 2016, 1369, 1370; *Schultze,* EWiR 2016, 553, 554; für das Konkursverfahren: *Emmrich,* Das Firmenrecht im Konkurs, 1992, S. 47; *Raffel,* Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs, 1995, S. 57; *Schulz,* ZIP 1983, 194, 195; *Ulmer,* NJW 1983, 1697, 1702; offenlassend OLG Hamm, ZIP 2018, 596, 597). Zur Begründung wird angeführt, die Verwertungsbefugnis des Insolvenzverwalters an der Firma verdränge die Kompetenz der Gesellschafter zur Änderung der Satzung (OLG Düsseldorf, ZIP 1989, 457, 458; *Burgard* in Großkomm. HGB, 5. Aufl., § 22 Rn. 70; MünchKommHGB/*Heidinger,* 4. Aufl., § 22 Rn. 89; *H.-F. Müller,* Der Verband in der Insolvenz, 2002, S. 179; *Bäuerle* in Braun, InsO, 7. Aufl., § 35 Rn. 106 f.; *Ulmer,* NJW 1983, 1697, 1702; *Schulz,* ZIP 1983, 194, 195). Die Firmenänderung sei trotz abweichender, durch die Firmenverwertung gegenstandslos gewordener Regelung in der Satzung einzutragen, weil ein Auseinanderfallen zwischen eingetragener und satzungsmäßiger Firma für die Dauer des Insolvenzverfahrens hingenommen werden könne (LG Essen, ZIP 2009, 1583, 1584; Ulmer, NJW 1983, 1697, 1702).

28 Teilweise wird anknüpfend an diese Position vertreten, der Insolvenzverwalter sei jedenfalls dann – außerhalb der Satzung – zur Änderung der Firma befugt, wenn die Gesellschafter eine im Zusammenhang mit der Verwertung der bisherigen Firma gebotene Satzungsänderung nicht beschlossen hätten (*Bitter* in Scholz, GmbHG, 12. Aufl., Vor § 64 Rn. 136; *Schmidt-Leithoff/Baumert* in Rowedder/Schmidt-Leithoff, GmbHG, 6. Aufl., Vor § 64 Rn. 260; für das Konkursverfahren: *Grüneberg,* Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, 1988, S. 68 f.).

29 bb) Demgegenüber wird vertreten, eine Ersatzfirma sei auch in der Insolvenz der Kapitalgesellschaft im Wege der Satzungsänderung zu bilden. Unterschiedlich wird dabei die Frage beantwortet, ob – wie es das Beschwerdegericht angenommen hat – die Kompetenz zur Änderung der Satzung dem Insolvenzverwalter zusteht (so *Koch* in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 264 Rn. 11; *Zetzsche* in KK-AktG, 4. Aufl., § 179 Rn. 162, 164; *Hopt* in Baumbach/Hopt, HGB, 38. Aufl., § 17 Rn. 47; *Altmeppen* in Roth/Altmeppen, GmbHG, 9. Aufl., § 4 Rn. 36; BeckOK HGB/*Bömeke,* Stand: 15. Oktober 2018, § 22 Rn. 54; *Heckschen* in Reul/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 4 Rn. 48; Cziupka/Kraack, AG 2018, 525, 527; *Linardatos,* ZIP 2017, 901, 908 f.; *Hacker/Lilien-Waldau,* NZI 2017, 787, 789; *Illert/Hennen,* EWiR 2017, 751, 752; *Podewils,* GmbHStB 2017, 309, 310; *Priester,* DNotZ 2016, 892, 895; *Rödder,* Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 106 f.; *Herchen,* ZinsO 2004, 1112, 1116; *Raffel,* Die Verwertbarkeit der Firma im Konkurs, 1995, S. 59; *Joussen,* GmbHR 1994, 159, 162; *Scholz/Cziupka,* GmbHG, 12. Aufl., § 4 Rn. 77; MünchKommGmbHG/*Harbarth,* 3. Aufl., § 53 Rn. 265; MünchKommGmbHG/*H.-F. Müller,* 3. Aufl., § 64 Rn. 101; *Hirte/Praß* in Uhlenbruck, InsO, 15. Aufl., § 35 Rn. 302; BeckOK GmbHG/*Trolitzsch,* Stand: 1. August 2018, § 54 Rn. 3) oder auch im Insolvenzverfahren ausschließlich durch Hauptversammlungsbeschluss erfolgen kann (so *Kayser* in HK-InsO, 9. Aufl., § 80 Rn. 51; *Homann* in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rn. 33; *Beck/Depré,* Praxis der Insolvenz, 3. Aufl., § 31 Rn. 101; *Wachter,* GmbHR 2016, 930, 931; *Leuering,* NJW 2016, 3265, 3268; MünchKommGmbHG/*Heinze,* 3. Aufl., § 4 Rn. 125a; Michalski/*Hoffmann,* GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rn. 112; für das Konkursverfahren: *Wiedemann* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 179 Rn. 78; *Wiedemann* in Großkomm. AktG, 3. Aufl., § 262 Anm. 26; *Jaeger/Weber,* KO, 8. Aufl., §§ 207, 208 Anm. 33; *Hachenburg/Schilling,* GmbHG, 6. Aufl., § 4 Anm. 17; *Schmidt/Goerdeler* in Hachenburg, GmbHG, 6. Aufl., § 63 Anm. 16; *Meyer-Landrut* in Meyer-Landrut/Miller/Niehus, GmbHG, § 63 Rn. 14; offenlassend: OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223).

30 cc) Der Senat schließt sich der zuletzt genannten Auffassung an, nach der im Insolvenzverfahren – außerhalb eines Insolvenzplans – eine Änderung der Firma der Aktiengesellschaft nur durch einen satzungsändernden Beschluss der Hauptversammlung erfolgen kann.

31 (1) Die Eintragung der Änderung der Firma der Aktiengesellschaft auf eine Entschließung des Insolvenzverwalters hin ist im Gesetz nicht vorgesehen und wäre mit den Grundsätzen des Registerrechts nicht vereinbar.

32 (a) Gründe des Verkehrsschutzes und der auch im Insolvenzverfahren geltende Grundsatz der Registerwahrheit (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014 – II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rn. 15) sprechen gegen die Möglichkeit einer Firmenänderung außerhalb der Satzung. Das Handelsregister hat die Aufgabe, als technisches Medium für die Verlautbarung der für den Rechtsverkehr wesentlichen Tatsachen und Rechtsverhältnisse zu sorgen.

Es ist das Publizitätsmittel, das die offenzulegenden Informationen zu den zentralen Unternehmensdaten für den Rechtsverkehr bereithält und ihm zugänglich macht, sog. Informations- und Publizitätsfunktion. Die einzutragenden Angaben müssen deshalb zuverlässig, vollständig und lückenlos beurkundet werden (BGH, Beschluss vom 3. Februar 2015 – II ZB 12/14, ZIP 2015, 1064 Rn. 18). Die Firma der Aktiengesellschaft ist gem. § 23 Abs. 3 Nr. 1 AktG ein notwendiger Bestandteil der Satzung und gehört zu den Grundinformationen über die Gesellschaft, die deren eindeutige Identifikation im Rechtsverkehr gewährleistet. Die Satzung ist nach § 37 Abs. 4 Nr. 1 AktG der Anmeldung der Aktiengesellschaft beizufügen und auch Grundlage für die Eintragung einer Änderung der Satzung, § 181 Abs. 1 Satz 2 AktG. Die Eintragung der Firma im Handelsregister nach § 43 Nr. 2 a) HRV verlautbart damit lediglich die in der Satzung festgelegte Firma der Aktiengesellschaft. Diese Verlautbarungsfunktion würde in ihr Gegenteil verkehrt, wenn außerhalb einer Satzungsänderung eine von der Satzung abweichende Firma im Handelsregister eingetragen würde. Der Einsichtnahme im Handelsregister nach § 9 Abs. 1 Satz 1 HGB unterlägen sowohl das jeweilige Registerblatt als auch die eingereichte Satzung, die aber eine vom Registerblatt abweichende Firma ausweisen würde. Seinen Informationszweck kann das Handelsregister nur zuverlässig erfüllen, wenn sich die offenzulegenden Informationen aus ihm selbst ergeben. Es ist nicht ausreichend, wenn zur Information Umstände außerhalb des Handelsregisters herangezogen werden müssten, die dem Rechtsverkehr in der Regel nicht zugänglich sind (vgl. BGH, Beschluss vom 28. Februar 1983 – II ZB 8/82, BGHZ 87, 59, 63).

33 (b) Dem kann nicht mit dem Argument begegnet werden, nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens komme der Satzung der insolventen Gesellschaft praktisch keine Bedeutung mehr zu (so *Schultze,* EWiR 2016, 553; *Rödder,* Kompetenzbeschränkungen der Gesellschaftsorgane in der Insolvenz der GmbH, 2007, S. 106 f.; aA *Priester,* DNotZ 2016, 892, 895; *Grüneberg,* Die Rechtsposition der Organe der GmbH und des Betriebsrats im Konkurs, 1988, S. 66 f.). Es ist von den Umständen des Einzelfalls abhängig, wie lange eine auf Änderung der Firma außerhalb der Satzung beruhende Unrichtigkeit des Handelsregisters andauern würde (OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223) und in welchem Umfang die insolvente Aktiengesellschaft auch nach der Veräußerung ihres Handelsgeschäfts am Rechtsverkehr zum Zweck der weiteren Abwicklung teilnehmen muss. Der im Handelsregister eingetragene Insolvenzvermerk gewährleistet ebenfalls keinen hinreichenden Schutz des Rechtsverkehrs, weil ihm kein Hinweis auf ein Auseinanderfallen von satzungsmäßiger und eingetragener Firma entnommen werden kann (OLG München, ZIP 2016, 1222, 1223; *Linardatos,* ZIP 2017, 901, 910).

34 (c) Ein Auseinanderfallen der satzungsgemäßen Firma von der im Handelsregister eingetragenen Firma kann auch nicht mit Blick auf die registerrechtliche Sanktion für einen wesentlichen Mangel der Satzung gerechtfertigt werden. Nach Maßgabe von § 399 Abs. 1 und 2 Satz 1 FamFG, § 262 Abs. 1 Nr. 5 AktG kann das Registergericht zwar einen auf die Firma der Aktiengesellschaft bezogenen Satzungsmangel feststellen und dadurch die Auflösung der Gesellschaft herbeiführen, was für die Zeit der dann gebotenen Liquidation möglicherweise ebenfalls zu einem Widerspruch zwischen Satzung und Handelsregister führt. In diesen Fällen wird nach § 263 Satz 2 und 3 AktG aber nicht nur die Auflösung, sondern auch der Auflösungsgrund von Amts wegen im Handelsregister eingetragen, so dass der Rechtsverkehr über den Satzungsmangel informiert wird. Abgesehen davon wird ein fortbestehender Satzungsmangel durch diese Vorschriften gerade sanktioniert, so dass diese schon aus diesem Grund keine Rechtfertigung für die Eintragung einer von der Satzung abweichenden Firma darstellen können.

35 (2) Aus § 80 Abs. 1 InsO kann weder eine Befugnis des Insolvenzverwalters zur Änderung der Firma außerhalb der Satzung noch eine Befugnis zur Änderung der Satzung abgeleitet werden. Die Vorschrift verschafft dem Insolvenzverwalter die Rechtsmacht, Massegegenstände unabhängig vom Schuldner bzw. seinen Organen zu verwalten und über diese zu verfügen. Sie ebnet ihm aber weder einen vom Gesetz nicht vorgesehenen Weg zur Änderung der Firma noch tritt der Insolvenzverwalter mit seinen Befugnissen aus § 80 Abs. 1 InsO an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der Aktiengesellschaft.

36 (a) Der Rechtsprechung des Senats zur Änderung des Geschäftsjahres nach Insolvenzeröffnung (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014 – II ZB 20/13, ZIP 2015, 88) kann nicht entnommen werden, dass der Insolvenzverwalter zur Ergänzung der Satzung ohne Beteiligung der Gesellschafter berechtigt ist (aA *Horstkotte,* ZinsO 2016, 1369, 1370). Bei der Entscheidung des Insolvenzverwalters, wieder zu dem für die Zeit vor der Eröffnung des Insolvenzverfahrens geltenden Geschäftsjahresrhythmus zurückzukehren, handelt es sich – worauf der Senat ausdrücklich abgestellt hat – nicht um eine Satzungsänderung (BGH, Beschluss vom 14. Oktober 2014 – II ZB 20/13, ZIP 2015, 88 Rn. 12).

37 (b) Die Aktiengesellschaft bleibt trotz der Eröffnung des Insolvenzverfahrens über ihr Vermögen als Rechtsträger bestehen, auch wenn sie aufgelöst und in ein

besonderes insolvenzrechtliches Abwicklungsverfahren überführt wird. Die Eröffnung des Insolvenzverfahrens hat auf die Struktur der betroffenen Gesellschaft keinen Einfluss. Auch die Organe einer juristischen Person behalten ihre Stellung nach der Eröffnung des Insolvenzverfahrens, nehmen aber nur noch solche Aufgaben wahr, die nicht die Insolvenzmasse betreffen. Das Verwertungsrecht des Insolvenzverwalters verdrängt bzw. überlagert insoweit die Befugnisse der Organe (BGH, Urteil vom 26. Januar 2006 – IX ZR 282/03, ZinsO 2006, 260 Rn. 6; Beschluss vom 11. Januar 2007 – IX ZB 271/04, ZIP 2007, 438 Rn. 21; *K. Schmidt* in Großkomm. AktG, 4. Aufl., § 264 Rn. 13; *Drescher* in Henssler/Strohn, GesR, 4. Aufl., § 264 AktG Rn. 8; MünchKommAktG/*Koch,* 4. Aufl., § 264 AktG Rn. 43 f.; *Jaeger/Windel,* InsO, § 80 Rn. 84 f.; für das Konkursverfahren: RGZ 76, 244, 246; BGH, Urteil vom 18. Dezember 1980 – II ZR 140/79, ZIP 1981, 178, 179).

38 (c) Nach ganz überwiegender Meinung erstrecken sich die Befugnisse des Insolvenzverwalters nicht auf den innergesellschaftlichen Bereich, zu dem die Befugnis zur Änderung der Satzung zählt (*Jaeger/Windel,* InsO, § 80 Rn. 78, 81; MünchKommInsO/*Ott/Vuia,* 3. Aufl., § 80 Rn. 112a; *Kayser* in HK-InsO, 9. Aufl., § 80 Rn. 51; zur Konkursordnung: *Weber,* KTS 1970, 73, 81, 85; *Ulmer,* NJW 1983, 1697, 1701 f.; aA *Zetzsche* in KK-AktG, 4. Aufl., § 179 Rn. 162). Der Insolvenzverwalter tritt auch dann nicht an die Stelle der Hauptversammlung als dem zur Änderung der Satzung berufenen Organ der Gesellschaft, wenn eine Satzungsänderung oder deren Unterlassung mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung von Massegegenständen hat, sondern er wird ausschließlich auf Grund des ihm übertragenen Amts im eigenen Namen tätig (vgl. BGH, Urteil vom 7. Januar 2008 – II ZR 283/06, BGHZ 175, 86 Rn. 11; Urteil vom 18. März 2010 – I ZR 158/07, BGHZ 185, 11 Rn. 40 – Modulgerüst II). Ebenso wenig wird eine der Regelung in der Satzung vorbehaltene Angelegenheit aus dieser herausgelöst, denn auch der Insolvenzverwalter kann sich für die Verwaltung und Verwertung der Insolvenzmasse nur der im Gesetz vorgesehenen Wege bedienen. Der innergesellschaftliche Bereich des Insolvenzschuldners bleibt damit vorbehaltlich der Regelungen über das Insolvenzplanverfahren der Einwirkung des Insolvenzverwalters entzogen und eine Maßnahme, die ungeachtet der Zuordnung zum innergesellschaftlichen Bereich mittelbar Auswirkungen auf die Verwertung der Insolvenzmasse hat, ist einem sog. Überschneidungs- oder Kooperationsbereich zuzuordnen, in dem der angestrebte Erfolg nur durch ein Zusammenwirken des Insolvenzverwalters mit dem jeweiligen Organ der Gesellschaft erreicht werden kann (vgl. *Weber,* KTS 1970, 73, 80; MünchKommAktG/*Koch,* 4. Aufl., § 264 Rn. 44). Stehen dem Insolvenzverwalter damit die zur Änderung der Satzung erforderlichen Instrumente schon nicht zur Verfügung, kann dieser sich auch nicht auf eine Annexkompetenz zur Satzungsänderung auf Grundlage seiner Befugnis zur Veräußerung der Firma berufen (MünchKommGmbHG/*Heinze,* 3. Aufl., § 4 Rn. 125a; Michalski/*Hoffmann,* GmbHG, 3. Aufl., § 53 Rn. 112; *Wachter,* GmbHR 2016, 930, 931; *Homann* in Mohrbutter/Ringstmeier, Handbuch Insolvenzverwaltung, 9. Aufl., Kap. 26 Rn. 33; *Beck/Depré,* Praxis der Insolvenz, 3. Aufl., § 31 Rn. 101; aA *Koch* in Hüffer/Koch, AktG, 13. Aufl., § 264 Rn. 11; *Heckschen* in *Reul*/Heckschen/Wienberg, Insolvenzrecht in der Gestaltungspraxis, 2. Aufl., § 4 Rn. 46 ff.; *Cziupka/Kraack,* AG 2018, 525, 527; *Linardatos,* ZIP 2017, 901, 908; *Priester,* DNotZ 2016, 892, 895; *Illert/Hennen,* EWiR 2017, 751, 752).

39 (d) Diese bereits im Schrifttum zur Konkursordnung entwickelte Sicht, die vom Fortbestehen der Anteils- und Mitgliedschaftsrechte ausgeht, hat mit dem Gesetz zur weiteren Erleichterung der Sanierung von Unternehmen vom 7. Dezember 2011 (BGBl. I S. 2582, nachfolgend ESUG) in der Insolvenzordnung ihren Niederschlag gefunden (vgl. *Wachter,* GmbHR 2016, 930, 931). Nach § 225a Abs. 1 und 3 InsO bleiben die Anteils- und Mitgliedschaftsrechte der am Schuldner beteiligten Personen vom Insolvenzverfahren unberührt, es sei denn, ein Insolvenzplan sieht eine gesellschaftsrechtlich zulässige Maßnahme vor (vgl. dazu *Haas* in HK-InsO, 9. Aufl., § 225a Rn. 9). Wird von dieser Möglichkeit Gebrauch gemacht, gelten die in einen Insolvenzplan aufgenommenen Beschlüsse der Anteilsinhaber nach § 254 Abs. 1, § 254a Abs. 2 Satz 1 InsO mit der Rechtskraft der Bestätigung des Insolvenzplans als gefasst. Diese Regelungen machen deutlich, dass gesellschaftsrechtliche und registerrechtliche Vorgaben im Insolvenzverfahren grundsätzlich fortbestehen und nur nach den das Insolvenzplanverfahren betreffenden Vorschriften ersetzt bzw. modifiziert werden (vgl. Gesetzentwurf der Bundesregierung zum ESUG, BT- Drucks. 17/5712, S. 36 – zu Nummer 39). Mit dem Verweis auf praktische Probleme bei der Annahme einer Zuständigkeit der Hauptversammlung und die Gefahr einer Behinderung der Verwertung der Firma zum Zweck einer bestmöglichen Gläubigerbefriedigung kann angesichts dessen ein hiervon abweichendes Ergebnis nicht begründet werden (MünchKommGmbHG/*Heinze,* 3. Aufl., § 4 Rn. 125a).

Grenzüberschreitender „Heraus-Formwechsel" einer GmbH

UmwG § 1 Abs. 1 Nr. 4, § 122d, § 122e, § 190;
RL (EU) 2019/2121 Art. 3 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:
Zur Notwendigkeit, auf den gesetzlich (noch) nicht geregelten, aus Gründen der Freizügigkeit anzuerkennenden grenzüberschreitenden „Herausformwechsel" einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung auch gläubigerschützende Vorschriften über die grenzüberschreitende Verschmelzung entsprechend anzuwenden. (Rn. 8)

Redaktioneller Leitsatz:
Die Niederlassungsfreiheit umfasst den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist (Anschluss an EuGH BeckRS 2017, 128964). (Rn. 5)

OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat),
Beschluss vom 07.01.2020 – 5 W 79/19

I. Sachverhalt:

1 Die Antragstellerin ist im Handelsregister des Amtsgerichts Saarbrücken unter HRB … als Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit Sitz in L. eingetragen. Mit Schreiben vom 2. August 2019 meldete ihr Verfahrensbevollmächtigter als beurkundender Notar gemäß § 378 Abs. 2 FamFG unter Vorlage eines notariellen Protokolls vom 1. August 2019 über einen entsprechenden Gesellschafterbeschluss (UR. Nr. … des Notars … pp. Folgendes zur Eintragung in das Handelsregister an:
„(1) Die außerordentliche Gesellschafterversammlung vom 1. August 2019 hat die formwechselnde Umwandlung und grenzüberschreitende Sitzverlegung der … pp. GmbH mit dem Sitz in L. in die Rechtsform einer französischen Societé par actions simplifiée (Aktiengesellschaft) unter Annahme französischen Rechtsstatus beschlossen.
Die Firma der Zielrechtsträgerin lautet: … pp. SARL.
Sie wird ihren Sitz in Frankreich haben.
Im Innenverhältnis unter den Gesellschaftern bzw. zwischen den Gesellschaftern und der Gesellschaft soll der Formwechsel zum 31.12.2018, 24.00 Uhr/ 1.1.2019, 0.00 Uhr als erfolgt gelten.
(2) Die neue Geschäftsanschrift lautet sodann: … pp., Frankreich.
(3) Es wird beantragt, die Sitzverlegung vorbehaltlich der Eintragung im französischen Register T. vorzunehmen.
(4) Der Unterzeichner erklärt,
a) dass sämtliche Gesellschafter der formwechselnden GmbH auf Klageerhebung gegen die Wirksamkeit des Sitzverlegungsbeschlusses nach deutschem GmbHR verzichtet haben und daher eine Klageerhebung nicht mehr statthaft ist (§§ 198 Abs. (3),16 Abs. (2) UmwG);
b) die … pp. GmbH keine Arbeitnehmer zum Umwandlungsstichtag und auch heute keine Arbeitnehmer hat und dass keine Vereinbarung über die Arbeitnehmermitbestimmung geschlossen wurde sowie auch kein Betriebsrat besteht;
c) am Satzungssitz in T., Frankreich eine wirtschaftliche Tätigkeit mittels einer festen Einrichtung auf unbestimmte Zeit tatsächlich ausgeübt werden wird;
d) dass gegen die … pp. GmbH bis zum Sitzverlegungsstichtag und auch heute kein Verfahren wegen Auflösung, Liquidation, Zahlungsunfähigkeit oder vorläufiger Zahlungseinstellung, Insolvenz oder ein ähnliches Verfahren eröffnet worden ist."
2 Mit Schreiben vom 16. August 2019 teilte das Amtsgericht – Registergericht – dem Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin mit, dass die Eintragung des – mangels Bekanntmachung analog § 122d UmwG nichtigen – Formwechsels nicht vollzogen werden könne. Darüber hinaus sei analog § 122e UmwG der Verzicht auf die Erstellung eines Verschmelzungsberichtes nicht möglich. In seiner hierzu abgegebenen Stellungnahme vom 19. September 2019 wies der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin u.a. darauf hin, dass eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG auf den vorliegenden Fall des Herausformwechsels in der Literatur abgelehnt werde, weil die in den vorgenannten Normen getroffenen Regelungen große Unterschiede zum Formwechsel aufwiesen. Da nur ein Rechtsträger beteiligt sei, der auch den Gläubigern nach dem Formwechsel weiter zur Verfügung stehe, gehe die Schutzvorschrift des § 122d UmwG ins Leere. Da die Gesellschaft kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten aufweise und abgesehen von dem Geschäftsführer hier keine Arbeitnehmer für diese tätig seien, könne auch ein möglicher Umwandlungsbericht im Sinne des § 122e UmwG zur Information der Gläubiger und Arbeitnehmer über die Auswirkungen des grenzüberschreitenden Formwechsels auf sie seine Funktion nicht erfüllen.
3 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Amtsgericht die Handelsregisteranmeldung vom 2. August 2019 zu-

rückgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, dass in Ermangelung derzeit existierender nationaler Vorschriften zur Behandlung des grenzüberschreitenden Formwechsels eine analoge Anwendung der §§ 122a ff. UmwG i.V.m. den §§ 190 ff. UmwG angezeigt sei, um die Regelungslücke bezüglich des Schutzes von Arbeitnehmern, Minderheitsgesellschaftern und Gläubigern zu schließen. Gestützt werde diese Auffassung auch dadurch, dass der Entwurf für eine Richtlinie des Europäischen Parlaments und des Rates zur Änderung der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen für Fälle wie den vorliegenden die Einführung einer dem § 122d UmwG vergleichbaren Regelung vorsehe. Gegen diesen ausweislich des zur Akte gereichten Empfangsbekenntnisses am 16. Oktober 2019 als zugestellt angenommenen Beschluss richtet sich die am 6. November 2019 durch die amtlich bestellte Vertreterin des beurkundenden Notars „namens des Beschwerdeführers zur vorgenannten Registersache" eingelegte Beschwerde, zu deren Begründung im Wesentlichen auf die früheren Rechtsausführungen aus dem Schreiben vom 19. September 2019 verwiesen wurde, und der das Amtsgericht mit Beschluss vom 11. November 2019 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

4 Die gemäß §§ 374 Nr. 1, 382 Abs. 4 Satz 2 FamFG statthafte und auch im Übrigen zulässige (§§ 58 ff. FamFG) Beschwerde der Antragstellerin, die – unbeschadet der missverständlichen Ausführungen in der Beschwerdeschrift – angesichts der Bezugnahme auf § 378 Abs. 2 FamFG in der Anmeldung als im Namen der Antragstellerin eingelegt anzusehen ist (vgl. OLG Bamberg, ZIP 2012, 2058; *Heinemann,* in: Keidel, FamFG 19. Aufl. § 378 Rn. 14), bleibt in der Sache ohne Erfolg. Das Amtsgericht hat die Vornahme des zur Eintragung angemeldeten grenzüberschreitenden Formwechsels zu Recht abgelehnt, weil wesentliche, bei zutreffender europarechtskonformer Auslegung anwendbare nationale Schutzvorschriften unbeachtet geblieben sind und dies einem Vollzug des Eintragungsantrages entgegensteht.

5 1. Der zur Eintragung angemeldete grenzüberschreitende Formwechsel einer in Deutschland ansässigen Gesellschaft mit beschränkter Haftung in eine Kapitalgesellschaft nach französischem Recht – die genaue Rechtsform erscheint klärungsbedürftig, weil im Antrag einerseits von einer „Société par actions simplifiée" (SAS = vereinfachte Aktiengesellschaft) und andererseits von einer „SARL" (Société à responsabilité limitée = Gesellschaft mit beschränkter Haftung) die Rede ist – ist grundsätzlich möglich. Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 4 UmwG können zwar nur Rechtsträger mit Sitz im Inland durch Formwechsel umgewandelt werden. Für den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Formwechsel hält das nationale Recht – bislang – keine Regelungen vor; die zwischenzeitlich beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 in Bezug auf grenzüberschreitende Umwandlungen, Verschmelzungen und Spaltungen durch die Richtlinie (EU) 2019/2121 vom 27. November 2019 (Abl. EU L 321/1 vom 12. Dezember 2019) werden vom deutschen Gesetzgeber bis zum 31. Januar 2023 in das nationale Recht umzusetzen sein (Artikel 3 Abs. 1 der Richtlinie (EU) 2019/2121). Es entspricht aber mittlerweile allgemeiner Ansicht, dass ein Formwechsel aus bzw. in das EU-Ausland auch schon gegenwärtig aus Gründen der Freizügigkeit möglich sein muss (u.a. *Schürnbrand/Forster,* in: Beck-OGK-UmwG Stand: 1. Oktober 2019, § 190 Rn. 6 ff.; *Althoff/Narr,* in: Böttcher/Harbighorst/Schulte, Umwandlungsrecht 2. Aufl., § 190 UmwG Rn. 16 ff.; *Drinhausen/Keinaht,* in: Henssler/Strohn, Gesellschaftsrecht 4. Aufl. § 190 UmwG Rn. 17 f.; *Hoger,* in: Lutter, Umwandlungsgesetz 6. Aufl., Einf. Rn. 38 ff.; aus der obergerichtlichen Rechtsprechung bislang: OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611 – Herausformwechsel; OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2057; KG, ZIP 2016, 1223; OLG Nürnberg, ZIP 2014, 128 – jeweils: Hineinformwechsel). Denn nach der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes verpflichten die Art. 49 AEUV und 54 AEUV, die die Niederlassungsfreiheit regeln, einen Mitgliedstaat, der für inländische Gesellschaften die Möglichkeit der Umwandlung vorsieht, dieselbe Möglichkeit auch Gesellschaften zu geben, die dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegen und sich in Gesellschaften nach dem Recht des erstgenannten Mitgliedstaats umwandeln möchten (EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715; vgl. auch schon EuGH, Urteil vom 16. Dezember 2008 – C-210/06, NJW 2009, 569). Verallgemeinernd gesprochen, umfasst die Niederlassungsfreiheit damit den Anspruch einer nach dem Recht eines Mitgliedstaats gegründeten Gesellschaft auf Umwandlung in eine dem Recht eines anderen Mitgliedstaats unterliegende Gesellschaft, soweit die Voraussetzungen des Rechts jenes anderen Mitgliedstaats eingehalten sind und insbesondere das Kriterium erfüllt ist, das in diesem anderen Mitgliedstaat für die Verbundenheit einer Gesellschaft mit seiner nationalen Rechtsordnung erforderlich ist (EuGH, Urteil vom 25. Oktober 2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639). Dass die Möglichkeit eines grenzüberschreitenden „Herausformwechsels" in unionskonformer Auslegung des geltenden Rechts grundsätzlich auch für die Antragstellerin gegeben sein kann, hat das Amtsgericht seiner Entscheidung dementsprechend auch richtigerweise zugrunde gelegt.

6 2. Die zum Vollzug des grenzüberschreitenden Formwechsels erforderliche Anpassung des geltenden deutschen Sachrechts hat vorrangig anhand der für den inländischen Formwechsel geltenden gesetzlichen Vorschriften der §§ 190 ff. UmwG zu erfolgen, die insoweit richtlinienkonform ausgelegt werden müssen (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; OLG Düsseldorf, ZIP 2017, 2057; KG, ZIP 2016, 1226; OLG Nürnberg, ZIP 2014, 128; *Althoff/Narr,* in: Böttcher/Harbighorst/Schulte a.a.O. § 190 UmwG Rn. 22a; *Hoger,* in: Lutter a.a.O. Einf. Rn. 39); darüber hinausgehend hat das Amtsgericht mit zutreffenden Erwägungen für den vorliegenden Fall eines „Herausformwechsels" auch die unmittelbar für grenzüberschreitende Verschmelzungen geschaffenen drittschützenden Bestimmungen der §§ 122d, 122e UmwG analog zur Anwendung gebracht und insbesondere das Fehlen der dort vorgesehenen Bekanntmachungen mit Recht als Eintragungshindernis angesehen:

7 a) Konkrete Vorgaben dazu, wie die nationalen Vorschriften für den Formwechsel bei grenzüberschreitenden Sachverhalten analog anzuwenden bzw. auszulegen sind, hat der Europäische Gerichtshof in seinen oben erwähnten Urteilen nicht gemacht. Insoweit entspricht es aber allgemeiner Auffassung, dass die bei richtlinienkonformer Auslegung anwendbaren §§ 190 ff. UmwG nicht ausnahmslos auf grenzüberschreitende Sachverhalte passen und daher einer Ergänzung durch andere Rechtsvorschriften bedürfen, soweit es um die besonderen Anforderungen an eine Verbindung unterschiedlicher beteiligter nationaler Rechtsordnungen geht. Für die rechtliche Behandlung des grenzüberschreitenden Herausformwechsels werden vornehmlich zwei Lösungsansätze diskutiert: Soweit aufgrund der Heranziehung der §§ 190 ff. UmwG Schutzlücken verbleiben, sollen diese entweder durch einen Rückgriff auf die in den §§ 122a ff. UmwG oder die in Art. 8 SE-VO, §§ 12 ff. SEAG getroffenen Regelungen gefüllt werden können (vgl. OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; *Althoff/Narr,* in: Böttcher/Harbighorst/Schulte a.a.O. § 190 UmwG Rn. 22a; *Hoger,* in: Lutter a.a.O. Einf. Rn. 40; *Maulbetsch/Klumpp/Rose,* Umwandlungsgesetz 2. Aufl., § 190 Rn. 14; *Winter/Marx/De Decker,* DStR 2017, 1664, 1665 ff.; *Seibold,* ZIP 2017, 456, 458 ff.; *Heckschen/Strnad,* notar 2018, 83, 87; *Heckschen,* ZIP 2015, 2049, 2060; *Hushahn,* RNotZ 2014, 137, 139). Beide Regelungskomplexe betreffen Sachverhalte mit Auslandsbezug und enthalten besondere Regelungen zur Bekanntmachung und Offenlegung, die dem besonderen Schutzbedürfnis Außenstehender, insbesondere Gläubigern und Arbeitnehmern, Rechnung tragen sollen. Die von der Beschwerde offenbar erstrebte Beurteilung der grenzüberschreitenden Sitzverlegung ins EU-Ausland – nur – auf Grundlage der §§ 190 ff. UmwG ließe diese zwingenden Notwendigkeiten vollkommen außer Acht und vermag auch vor diesem Hintergrund nicht zu überzeugen (vgl. *Heckschen/Strnad,* notar 2018, 83, 86). Gerade in Ansehung der hier in Rede stehenden Belange des Gläubiger- und des Arbeitnehmerschutzes wird dies – soweit ersichtlich – auch von niemandem vertreten.

8 b) Der Senat hält es mit gewichtigen Stimmen in der Literatur, denen die bislang zur Thematik ergangene obergerichtliche Rechtsprechung nicht entgegensteht, und im Vorgriff auf die bevorstehende Neuregelung des grenzüberschreitenden Formwechsels nach der mittlerweile geänderten Richtlinie (EU) 2017/1132 für angezeigt, den hier in Rede stehenden grenzüberschreitenden Herausformwechsel im Ausgangspunkt nach den §§ 190 ff. UmwG zu beurteilen und ergänzend die Bestimmungen über grenzüberschreitende Verschmelzungen (§ 122a ff. UmwG) entsprechend heranzuziehen, soweit dies zum Schutze Außenstehender, insbesondere von Gläubigern und Arbeitnehmern, erforderlich ist (so auch *Winter/Marx/de Decker,* DStR 2017, 1664, 1666; *Teichmann,* ZIP 2017, 1190, 1191; *Wicke,* DStR 2012, 1756, 1758; vgl. auch OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; *Heckschen/Strnad,* notar 2018, 83, 87, die dies zumindest für denkbar halten; speziell in Bezug auf § 122d UmwG – entgegen der Darstellung der Antragstellerin – auch *Hushahn,* RNotZ 2014, 137, 140). Einen alternativ diskutierten Rückgriff auf die – auf Großunternehmen zugeschnittenen – Vorschriften über den grenzüberschreitenden Sitzwechsel bei der Europäischen Aktiengesellschaft (so etwa *Seibold,* ZIP 2017, 456, 459; *Bayer/Schmidt,* ZIP 2012, 1481, 1488 und im Grundsatz auch *Hushahn,* RNotZ 2014, 137, 140 ff.) hat das Kammergericht in seinem Beschluss vom 21. März 2016 (ZIP 2016, 1223) für den – hier gegebenen – Fall des Formwechsels einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit überzeugenden, vom Senat geteilten Erwägungen abgelehnt. Die anstelle dessen zur Verfügung stehenden §§ 122a ff. UmwG betreffen demgegenüber alle in § 3 Abs. 1 Nr. 2 UmwG genannten Kapitalgesellschaften; sie regeln die grenzüberschreitende Verschmelzung in Umsetzung der Richtlinie (EU) 2017/1132 und erscheinen von daher geeignet, den besonderen Belangen grenzüberschreitender Sachverhalte angemessen Rechnung zu tragen (vgl. *Winter/Marx/de Decker,* DStR 2017, 1664, 1665 ff.; Teichmann, ZIP 2017, 1190, 1194). Soweit dies zur Anwendung von Regelungen führt, die über das nationale Formwechselregime der §§ 190 ff. UmwG hinausgehen, ist dies unter Berücksichtigung der Rechtsprechung des Europäischen Gerichtshofes (Urteil vom 12. Juli 2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715) jedenfalls insoweit gerechtfertigt, als dadurch zwingenden Gründen des Allgemeinwohls Rechnung getragen wird, wie sie hier in Gestalt des Schutzes von Gläubigern oder Arbeitnehmern in Rede stehen (vgl.

OLG Frankfurt, ZIP 2017, 611; *Winter/Marx/de Decker,* DStR 2017, 1664, 1666; *Wicke,* DStR 2012, 1756, 1758; *Heckschen/Strnad,* notar 2018, 83, 87). Dass dafür ein dringendes Bedürfnis besteht, wird – soweit ersichtlich – von niemandem in Zweifel gezogen. Die vorliegend in Rede stehenden Berichtspflichten (§§ 122d, 122e UmwG analog) zählen grundsätzlich dazu, weil sie geeignet sind, die damit angestrebten Ziele einer frühzeitigen Information und Beteiligung der betroffenen Kreise zu erreichen und angesichts der geringen Eingriffsintensität nicht über das hierzu Erforderliche hinausgehen (vgl. EuGH, Urteil vom 12. Juli 2012 – C-378/10, NJW 2012, 2715; Urteil vom 25. Oktober 2017 – C-106/16, NJW 2017, 3639). Im Übrigen macht das Amtsgericht völlig zu Recht darauf aufmerksam, dass – de lege ferenda – auch für das Verfahren des grenzüberschreitenden Formwechsels vergleichbare Regelungen vorgesehen werden müssen, weil die mittelweile beschlossenen Änderungen der Richtlinie (EU) 2017/1132 dies in den Artikeln 86a ff. ausdrücklich vorschreiben (vgl. Artikel 86g Abs. 1 der Richtlinie, wonach sichergestellt werden muss, dass die Gesellschaft bestimmte Unterlagen, insbes. den Plan für die grenzüberschreitende Umwandlung, spätestens fünf Arbeitstage vor dem Tag der Gesellschafterversammlung offenlegt und im Register des Wegzugsmitgliedstaats öffentlich zugänglich macht). Auch darin sowie dem Umstand, dass diese neuerlichen Änderungen im Rahmen derselben Richtlinie vollzogen wurden, auf deren Grundlage die geltenden Schutzbestimmungen für grenzüberschreitende Verschmelzungen (§§ 122a ff. UmwG) geschaffen wurden, zeigt sich, dass diese auf allgemeinen Grundgedanken des Unionsrechts beruhen und deshalb für Altfälle wie den vorliegenden im Rahmen des Zulässigen und des Gebotenen durch analoge Anwendung auf den vorliegenden Fall des Herausformwandels analog herangezogen werden müssen.

9 c) Dies berücksichtigend, hat das Amtsgericht zu Recht darauf abgestellt, dass zwingende drittschützende Vorgaben, die in entsprechender Anwendung des § 122d UmwG im vorliegenden Fall eines Herausformwechsels zu beachten gewesen wären, bislang nicht erfüllt sind, und dass dies der beantragten Eintragung derzeit entgegensteht. Die Bekanntmachung, die sich nach dem Gesetzeswortlaut auf den „Verschmelzungsplan" bezieht und bei der hier gebotenen entsprechenden Anwendung auf einen grenzüberschreitenden Formwechsel den Entwurf des Umwandlungsbeschlusses meint (*Winter/Marx/de Decker,* DStR 2017, 1664, 1668; *Hushahn,* RNotZ 2014, 137, 144), bezweckt den Schutz von Gesellschaftern und Dritten durch eine möglichst frühe Information. Die grundsätzliche Notwendigkeit einer entsprechenden Anwendung des § 122d UmwG auf den vorliegenden Herausformwechsel folgt aus dem vergleichbaren Informationsbedürfnis der geschützten Personen, das unbeschadet des Hinweises der Antragstellerin auf die auch nach dem Formwechsel fortbestehende Existenz des Rechtsträgers schon wegen des grenzüberschreitenden Bezuges und des damit verbundenen Wechsels der Rechtsordnung anzuerkennen ist. Soweit dadurch die Voraussetzungen gegenüber reinen Inlandssachverhalten (§§ 190 ff. UmwG) – geringfügig – erschwert werden, erscheint dies aus zwingenden Gründen des Allgemeinwohls gerechtfertigt, weil nur auf diese Weise mittels eines moderaten formalen Erfordernisses die mit grenzüberschreitenden Sachverhalten verbundene Gefährdung von Interessen besonders schützenswerter Betroffener eingeschränkt und alle berechtigten Belange der Beteiligten ausreichend berücksichtigt werden können (vgl. *Winter/Marx/de Decker,* DStR 2017, 1664, 1668; *Hushahn,* RNotZ 2014, 137, 144; vgl. auch die Artikel 86g und 86j der Richtlinie (EU) 2017/1132 in der Fassung der Richtlinie (EU) 2019/2121 und den 12. Erwägungsgrund der Änderungsrichtlinie, Abl. (EU) L 321/1, S. 3). Die unterlassene Einreichung des Umwandlungsbeschlusses durch die Antragstellerin stellt deshalb auch nach Auffassung des Senats im vorliegenden Fall ein von Amts wegen zu beachtendes Eintragungshindernis dar (vgl. *Polley,* in: Henssler/Strohn a.a.O. § 122d Rn. 1 f., 14; *Hörtnagl,* in: Schmitt/Hörtnagl/Stratz, Umwandlungsgesetz 8. Aufl., § 122d Rn. 40, § 122i Rn. 14 f.; *Mayer,* in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand: 2019, § 122d Rn. 42). Daran ändert es auch nichts, dass – so der Verfahrensbevollmächtigte der Antragstellerin in seiner Stellungnahme vom 19. September 2019 – die Gesellschaft „kaum Verbindlichkeiten gegenüber Dritten" aufweise. Soweit in der Literatur teilweise angenommen wird, dass die Voraussetzungen des § 122d UmwG entbehrlich sein können, wenn sämtliche Gläubiger bekannt und verzichtsbereit sind (vgl. *Klett,* in: BeckOGK-UmwG, Stand: 1. Oktober 2019, § 122d Rn. 18; a.A. *Drinhausen,* in: Semler/Stengel, Umwandlungsgesetz 4. Aufl., § 122d Rn. 13), ist dafür hier nichts ersichtlich. Inwieweit darüber hinaus auch dem in § 122e UmwG geregelten Berichtserfordernis zu genügen gewesen wäre, das in grenzüberschreitenden Sachverhalten auch dem Schutze der Arbeitnehmer dient und das sich bei entsprechender Anwendung der Bestimmung auf den Herausformwechsel auf den Umwandlungsbericht beziehen soll (so *Winter/Marx/de Decker,* DStR 2017, 1664, 1668; *Hushahn,* RNotZ 2014, 137, 145; zur etwaigen Verzichtbarkeit in Fällen, in denen keine Arbeitnehmerinteressen betroffen sind, *Klett,* in: BeckOGK-UmwG a.a.O. § 122e Rn. 23 m.w.N.), kann hiernach dahinstehen.

STEUERRECHT

Gestaltungsmissbrauch bei Grundstücksübertragungen zwischen Ehegatten

AO § 42 Abs. 1 u. 2; EStG § 2 Abs. 1 S. 1, § 6 Abs. 1 Nr. 5, 6, § 6b, § 6c, § 15 Abs. 1 und 2; GewStG § 2 Abs. 1

Amtliche Leitsätze:

1. NV: Die Zwischenschaltung einer nahe stehenden Person im Rahmen von Grundstücksaktivitäten des Steuerpflichtigen kann im Falle der beabsichtigten Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels nach der Rechtsprechung des BFH einen Missbrauch von rechtlichen Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO begründen.

2. NV: Die von dem erwerbenden Ehegatten selbst durch die Erschließung ins Werk gesetzte Wertsteigerung der Grundstücke steht einer abweichenden steuerrechtlichen Zurechnung der Einkunftsquelle grundsätzlich entgegen.

BFH (X. Senat), Urteil vom 10.07.2019 – X R 21-22/17

I. Sachverhalt:

1 Die Kläger und Revisionskläger (Kläger) sind Eheleute, die für die Streitjahre 2006 bis 2010 zur Einkommensteuer zusammenveranlagt werden. Sie betreiben in Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) in B einen landwirtschaftlichen Betrieb. Der Kläger überließ der GbR mehrere Grundstücke zur Nutzung.

2 Bereits im Jahr 1996 hatte die Gemeinde B für Teile dieser Grundstücke einen Bebauungsplan aufgestellt. Kurze Zeit später schloss der Kläger mit der Gemeinde B einen städtebaulichen Vertrag, der eine Grundstückserschließung auf seine Kosten vorsah. Die Erschließung blieb zunächst aus, so dass die GbR die Grundstücke weiterhin landwirtschaftlich nutzte.

3 Mitte des Jahres 2006 wurden die Kläger nach eigenen Angaben bei der Gemeinde B vorstellig, um den Beginn der Erschließung voranzutreiben. Zum Zwecke der Vermeidung eines gewerblichen Grundstückshandels in eigener Person beabsichtigte der Kläger zunächst, die beiden betroffenen Grundstücke an eine von ihm beherrschte – eigens hierfür gegründete – Personengesellschaft zu veräußern, die dann die Aufgabe übernehmen sollte, die Grundstücke zu erschließen, zu parzellieren und zu verkaufen. Er vertrat die Ansicht, durch die Veräußerung an die Personengesellschaft könne der hieraus im Sonderbetriebsvermögen der GbR entstehende Gewinn durch eine Rücklage nach §§ 6b, 6c des Einkommensteuergesetzes (EStG) kompensiert werden. Seinen hierauf gerichteten Antrag auf Erteilung einer verbindlichen Auskunft beschied der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) am 29.09.2006 negativ. Ein gewerblicher Grundstückshandel einer Personengesellschaft schlage – so das FA – steuerlich auf die Ebene des Gesellschafters durch. Der Grundbesitz sei Umlaufvermögen, so dass eine Reinvestitionsrücklage nicht gebildet werden könne.

4 In Anbetracht dessen änderte der Kläger sein Vorhaben und verkaufte mit notariellem Vertrag vom 06.10.2006 die Grundstücke an die Klägerin, die nunmehr die Grundstücke baureif machen und parzelliert weiterverkaufen sollte. Der Kaufpreis von … € wurde zwar sofort fällig gestellt, allerdings dergestalt gestundet, dass er erst ab dem Verkauf des sechsten Bauplatzes in Höhe des jeweils erzielten Erlöses bis Ende des Jahres 2011 ratierlich zu erbringen war. Verzinsungsabreden bestanden nicht, ebenso wenig sollte eine bei Zahlungsverzug bestehende Verzinsungsmöglichkeit vereinbart werden. Sicherheiten hatte die Klägerin nicht zu stellen.

5 Ende Oktober 2006 schloss die Klägerin mit der Gemeinde B einen Erschließungsvertrag ab. Die Erschließung wurde durch ein Ingenieur- und Architektenbüro koordiniert. Zur Finanzierung der von der Klägerin zu tragenden Erschließungskosten nahm sie im November 2006 zwei Darlehen über … € auf, deren Rückzahlung durch eine Grundschuld auf im Eigentum des Klägers stehenden Grundstücken gesichert wurde. Nach Abschluss der Erschließungsarbeiten veräußerte die Klägerin bis ins Jahr 2012 hinein sukzessive die parzellierten Baugrundstücke. Die Kaufpreiszahlungen an den Kläger nahm die Klägerin – nach Maßgabe der vertraglichen Vereinbarungen – ab August 2007 auf.

6 Für die Streitjahre erklärten die Kläger aus dem der Klägerin zugerechneten Gewerbebetrieb „Baulandvermarktung" folgende Einkünfte:

2006	… €
2007	… €
2008	… €
2009	… €
2010	… €

7 Für die Jahre 2006 und 2007 erließ das FA zunächst erklärungsgemäße Einkommensteuerbescheide.

8 Nach einer für die Jahre 2006 und 2007 durchgeführten Außenprüfung erkannte das FA den Grundstückskaufvertrag steuerrechtlich nicht an, da die Vereinbarungen einem Fremdvergleich nicht standhielten. Die Einkünfte aus der Baulandvermarktung seien dem Kläger zuzurechnen. Die Klägerin sei nach dem Gesamtplan beider

Ehegatten nur zum Zwecke der Inanspruchnahme des Wahlrechts auf Bildung einer Reinvestitionsrücklage „zwischengeschaltet“ worden. Hierdurch seien rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten nach § 42 der Abgabenordnung (AO) missbraucht worden.

9 Demzufolge erließ das FA geänderte Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2006 und 2007 sowie erstmalige Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2008 bis 2010, in denen es dem Kläger Einkünfte aus der Baulandvermarktung wie folgt zurechnete:

2006	… €
2007	… €
2008	… €
2009	… €
2010	… €

10 Ferner setzte das FA gegenüber dem Kläger dementsprechende Gewerbesteuermessbeträge u.a. für die Jahre 2008 bis 2010 fest.

11 Nach jeweils erfolglosem Einspruch wies das Finanzgericht (FG) die gegen die Einkommensteuer- (6 K 11029/14, Entscheidungen der Finanzgerichte – EFG – 2018, 221) und Gewerbesteuermessbetragsfestsetzungen (6 K 11031/14) getrennt geführten Klagen ab. Auch das FG hielt die Gestaltung für rechtsmissbräuchlich i.S. von § 42 AO. Für das von den Klägern erstrebte wirtschaftliche Ziel einer gewinnträchtigen Baulandvermarktung, auf die der Kläger nicht habe verzichten wollen, sei ein ungewöhnlicher Weg gewählt worden, der allein der Steuerminderung habe dienen sollen. Die Klägerin sei hierfür als nahe Angehörige „zwischengeschaltet“ worden.

12 Zur Begründung ihrer Revisionen wenden sich die Kläger gegen die Annahme einer rechtsmissbräuchlichen Gestaltung sowie der hieraus abgeleiteten Zurechnung des Gewerbebetriebs beim Kläger. Es sei die Klägerin gewesen, die den Gewerbebetrieb „Baulandvermarktung“ auf eigene Rechnung und Gefahr geführt habe. Weder habe das FG festgestellt noch das FA behauptet, dass die Klägerin verpflichtet gewesen sei, die Erträge aus dem Gewerbebetrieb an den Kläger abzuführen bzw. dies freiwillig getan habe.

13 Die Gestaltung begründe keine Steuerumgehung, da der Kläger nicht verpflichtet gewesen sei, die Erwerbschance einer Baulandvermarktung selbst wahrzunehmen. Selbst ein familiäres Motiv für die Übertragung dieser Chance sei unschädlich.

14 Die Klägerin sei weder „zwischengeschaltet“ worden noch habe sie sich als „funktionslos“ erwiesen. Erst mit Abschluss des Erschließungsvertrags Ende Oktober 2006 sei der Gewerbebetrieb begründet worden. Diesen Betrieb habe die Klägerin von Anfang bis Ende allein geführt.

15 Selbst wenn – was allerdings nicht zutreffe – der Grundstückskaufvertrag steuerrechtlich nicht anzuerkennen sei, bedeutete dies nicht, dass der Gewerbebetrieb dem Kläger zuzurechnen gewesen sei. Das Grundstück sei zivilrechtlich und wirtschaftlich auf die Klägerin übertragen worden. Eine Steuerumgehung könne allenfalls dann vorliegen, wenn – anders als im Streitfall – die Gestaltung die Existenz eines Gewerbebetriebs hätte verhindern sollen.

16 Auch die Besicherung der Erschließungskosten-Darlehen durch Grundschuldbestellungen des Klägers rechtfertige keine abweichende Zurechnung von Einkünften.

17 Die gewählte Gestaltung führe nicht zu einem ungerechtfertigten Steuervorteil. Vielmehr sei die vom Kläger erstrebte Möglichkeit, seinen im Sonderbetriebsvermögen bei der GbR zu berücksichtigenden Gewinn durch eine Reinvestitionsrücklage zu kompensieren, vom Sinn und Zweck des § 6b EStG erfasst. Die aufgedeckten stillen Reserven seien durch eine jahrzehntelange Zugehörigkeit der Grundstücke zu einem landwirtschaftlichen Betriebsvermögen entstanden.

18 Wenn nach § 42 Abs. 1 Satz 3 AO der Steueranspruch so entstehe, wie er bei einer den wirtschaftlichen Vorgängen angemessenen rechtlichen Gestaltung entstanden wäre, bedeute dies im Streitfall allenfalls, dass der vom FG und FA beanstandete Grundstückskaufvertrag fremdüblich auszugestalten gewesen wäre. Eine Zurechnung der Einkunftsquelle „Baulandvermarktung“ auf den Kläger wäre hiermit hingegen nicht verbunden.

19 Die Kläger beantragen,
das angefochtene Urteil 6 K 11029/14 und die Einspruchsentscheidung vom 10.03.2014 aufzuheben sowie die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2006 und 2007 vom 18. 11.2010 und die Einkommensteuerbescheide für die Jahre 2008 bis 2010 vom 06.09.2013 dahingehend abzuändern, dass die Einkünfte aus gewerblichem Grundstückshandel in erklärter Höhe der Klägerin zugerechnet werden.

20 Der Kläger beantragt zudem,
das angefochtene Urteil 6 K 11031/14, die Einspruchsentscheidung vom 10.03.2014 sowie die Gewerbesteuermessbescheide für die Jahre 2008 bis 2010 vom 06.09.2013 aufzuheben.

21 Das FA beantragt,
die Revisionen zurückzuweisen.

II. Aus den Gründen:

22 Die Revisionen X R 21/17 und X R 22/17 werden gemäß § 121 Satz 1, § 73 Abs. 1 Satz 1 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zur gemeinsamen Entscheidung verbunden.

23 Die Revisionen sind begründet. Die angefochtenen Urteile werden aufgehoben und die Sachen zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das FG zurückverwiesen (§ 126 Abs. 3 Nr. 2 FGO).

24 1. Die Feststellungen des FG reichen nicht aus, um dessen Würdigung zu stützen, die von den Klägern gewählte Gestaltung sei als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten gemäß § 42 AO anzusehen.

25 a) Die persönliche Zurechnung von Einkünften richtet sich danach, welche Person sie i.S. von § 2 Abs. 1 Satz 1 EStG „erzielt" hat. Dies ist diejenige Person, die die Leistung bewirkt, durch die der Tatbestand der Einkünfteerzielung gemäß §§ 13 ff. EStG verwirklicht wird (vgl. ausführlich *Musil* in Herrmann/Heuer/Raupach, § 2 EStG Rz 100 ff., 125 ff., m.w.N.; Schmidt/Weber-Grellet, EStG, 38. Aufl., § 2 Rz 19). Einkünfte sind steuerrechtlich nicht zwangsläufig derjenigen Person zuzurechnen, die im Außenverhältnis diejenigen Rechtsgeschäfte abschließt, an die die Besteuerung anknüpft. Entscheidend ist vielmehr, auf wessen Rechnung und Gefahr die Tatbestandsverwirklichung erfolgt (Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 18.03.2004 – III R 25/02, BFHE 205, 470, BStBl II 2004, 787, unter II.2.b aa, m.w.N.).

26 Speziell bei betrieblichen Einkunftsarten sind die Einkünfte dem Unternehmer zuzurechnen, d.h. demjenigen, der Unternehmerinitiative entfaltet und das Unternehmerrisiko trägt. Das ist derjenige, nach dessen Willen und auf dessen Rechnung und Gefahr das Unternehmen in der Weise geführt wird, dass sich der Erfolg oder Misserfolg in seinem Vermögen unmittelbar niederschlägt (BFH-Entscheidungen vom 04.11.2004 – III R 21/02, BFHE 207, 321, BStBl II 2005, 168, unter II.1., sowie vom 10.12.2009 – X B 106/09, BFH/NV 2010, 601; Schmidt/Wacker, EStG, 38. Aufl., § 15 Rz 136). Dieselben Erwägungen gelten für die Gewerbesteuer, da Steuerschuldner derjenige Unternehmer ist, für dessen Rechnung das Gewerbe betrieben wird (§ 2 Abs. 1 Sätze 1 und 2 des Gewerbesteuergesetzes – GewStG –).

27 b) Wird eine Einkunftsquelle auf einen anderen – dem Übertragenden regelmäßig nahe stehenden – Rechtsträger übertragen, kann dies dazu führen, dass die Einkünfte trotz zivilrechtlicher Wirksamkeit der Übertragung unter bestimmten Voraussetzungen weiterhin dem übertragenden Steuerpflichtigen zuzurechnen sind. Dies ist insbesondere der Fall, wenn sich die Übertragung als Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten i.S. von § 42 AO erweist.

28 aa) Ein solcher Missbrauch liegt nach § 42 Abs. 2 Satz 1 AO i.d.F. des Jahressteuergesetzes 2008 vom 20.12.2007 (BGBl I 2007, 3150) – erstmals anwendbar für nach dem 31.12.2007 beginnende Kalenderjahre (Art. 97 § 7 Satz 1 des Einführungsgesetzes zur Abgabenordnung)… vor, wenn eine unangemessene rechtliche Gestaltung gewählt wird, die beim Steuerpflichtigen oder einem Dritten im Vergleich zu einer angemessenen Gestaltung zu einem gesetzlich nicht vorgesehenen Steuervorteil führt; dies ist allerdings nicht der Fall, wenn der Steuerpflichtige für die gewählte Gestaltung außersteuerliche Gründe nachweist, die nach dem Gesamtbild der Verhältnisse beachtlich sind (§ 42 Abs. 2 Satz 2 AO).

29 Für vorherige Besteuerungszeiträume fehlte in § 42 AO a.F. zwar eine gesetzliche Definition des Gestaltungsmissbrauchs. Nach höchstrichterlicher Rechtsprechung wurde …nahezu im Einklang mit der jetzigen Gesetzeslage – ein solcher aber angenommen, wenn eine rechtliche Gestaltung gewählt wird, die mit Blick auf das erstrebte Ziel unangemessen ist, der Steuerminderung dienen soll und durch wirtschaftliche oder sonst beachtliche nichtsteuerliche Gründe nicht zu rechtfertigen ist. Hierbei macht allein das Motiv, Steuern zu sparen, eine steuerliche Gestaltung noch nicht unangemessen. Diese Schwelle wird erst dann überschritten, wenn der Steuerpflichtige die vom Gesetzgeber vorausgesetzte Gestaltung zum Erreichen eines bestimmten wirtschaftlichen Ziels nicht gebraucht, sondern dafür einen ungewöhnlichen Weg wählt, auf dem nach den Wertungen des Gesetzgebers das Ziel nicht erreichbar sein soll (vgl. statt vieler BFH-Urteile vom 08.03.2017 – IX R 5/16, BFHE 257, 211, BStBl II 2017, 930, Rz 17, sowie vom 20.07.2018 – IX R 5/15, BFHE 262, 135, BStBl II 2019, 194, Rz 28).

30 Aus einem Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten folgt grundsätzlich ein Steueranspruch, der eine den wirtschaftlichen Vorgängen angemessene rechtliche Gestaltung abbildet (§ 42 Abs. 1 Satz 3 AO bzw. § 42 Abs. 1 Satz 2 AO a.F.).

31 bb) Wann eine den Gestaltungsmissbrauch kennzeichnende „unangemessene rechtliche Gestaltung" vorliegt, entzieht sich einer allgemeinen Definition und lässt sich nur durch Würdigung der gesamten Umstände im Einzelfall feststellen (BFH-Urteil vom 11.12.2018 – VIII R 21/15, BFH/NV 2019, 542, Rz 19, m.w.N.). Insofern können lediglich bedeutsame Indizien benannt werden, bei deren Vorliegen ein solcher Missbrauch zumindest nahe liegt (BFH-Urteil in BFHE 205, 470, BStBl II 2004, 787, unter II.2.d aa, m.w.N.).

32 cc) Die höchstrichterliche Rechtsprechung hat bei einer Zwischenschaltung Dritter in Grundstücksaktivitäten eines Steuerpflichtigen Fallgruppen aufgezeigt, in denen ein Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten nahe liegt. Sämtliche Fallgruppen sind dadurch gekennzeichnet, dass durch eine – wirtschaftlich sinnlose – Zwischenschaltung steuerpflichtige Einkünfte aus einem gewerblichen Grundstückshandel vermieden werden, d.h. die Gewinne aus der Wertschöpfung des Grundbesitzes in der nicht steuerbaren Vermögenssphäre des Steuerpflichtigen vereinnahmt werden sollen.

33 (1) So hält der BFH bei einer grundsätzlich der Annahme nachhaltiger Betätigung i.S. von § 15 Abs. 2 EStG

entgegenstehenden „en-bloc-Veräußerung“ mehrerer Grundstücke an eine Personengesellschaft, die sodann die Grundstücke einzeln weiter veräußert, einen Gestaltungsmissbrauch für nahe liegend, wenn die Mittel der Gesellschaft für den Kaufpreis ganz oder zu einem erheblichen Teil vom Veräußerer selbst stammen oder wenn die Gesellschaft die Kaufpreiszahlung im Wesentlichen erst aus den Weiterveräußerungserlösen erbringen kann. Gleiches gilt, wenn die Gesellschaft nur zum Zwecke des Kaufs oder Weiterverkaufs gegründet worden ist und einen so hohen Kaufpreis zu zahlen hat, dass von vornherein nur ein Verlust oder ein nur unerheblicher Gewinn aus der Weiterveräußerung zu erwarten war, die Gesellschaft somit keine wirtschaftlich vernünftige Funktion innehat. Besteht die Gesellschaft hierbei ausschließlich aus Personen, die dem Veräußerer nahe stehen, sei – so der BFH – zu vermuten, dass diese ausschließlich zum Zweck der Steuerersparnis zwischengeschaltet wurde (grundlegend Urteil vom 12.07.1991 – III R 47/88, BFHE 165, 498, BStBl II 1992, 143, unter 2.; ebenso BFH-Entscheidungen vom 04.03.1993 – IV R 28/92, BFH/NV 1993, 728, unter 2., sowie vom 07.06.2000 – III B 35/97, BFH/NV 2001, 138, unter 1.b).

34 (2) Aus den nämlichen Gründen soll auch die Zwischenschaltung einer Kapitalgesellschaft, deren Geschäftsanteile der Veräußerer und/oder diesem nahe stehende Personen halten, einen Missbrauch rechtlicher Gestaltungsmöglichkeiten begründen können (BFH-Entscheidungen vom 25.04.1996 – VIII B 50/95, BFH/NV 1996, 746; vom 14.01.1998 – X R 1/96, BFHE 185, 242, BStBl II 1998, 346, unter II.8.; vom 20.05.1998 – III B 9/98, BFHE 186, 236, BStBl II 1998, 721, unter II.4.e bb; in BFHE 205, 470, BStBl II 2004, 787, unter II.2.c sowie II.4.a; ähnlich Senatsurteil vom 17.06.1998 – X R 68/95, BFHE 186, 288, BStBl II 1998, 667, unter II.3.b und c sowie II.5.: „Durchgriff auf die Gesellschaft aufgrund Tatbestandserfüllung durch ‚mittelbare Tatherrschaft‘“). Anderes gilt wiederum, wenn die zwischengeschaltete Gesellschaft nicht funktionslos ist, sondern selbst eine wesentliche – wertschöpfende – Tätigkeit ausübt (BFH-Urteil vom 17.03.2010 – IV R 25/08, BFHE 228, 509, BStBl II 2010, 622, unter II.3.d cc).

35 (3) Wird, wie vorliegend, eine nahe stehende natürliche Person in die Grundstücksaktivitäten des Steuerpflichtigen einbezogen, sollen – wenn für die Gestaltung keine außersteuerlichen Gründe erkennbar sind – die Veräußerungen durch diese nahe stehende Person dem Steuerpflichtigen über § 42 AO zugerechnet werden können, wenn aufgrund einer Würdigung des Gesamtbilds der Verhältnisse der Steuerpflichtige „das Geschehen beherrscht und steuert“ (u.a. Senatsurteil vom 15.03.2005 – X R 39/03, BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B.II.2.c) bzw. die Zwischenschaltung wirtschaftlich sinnlos ist (BFH-Beschluss vom 06.05.1998 – IV B 108/97, BFH/NV 1999, 146, unter 1.b cc [entgeltliche Übertragung von Gesellschaftsanteilen an einer Grundstücks-GbR auf den Ehepartner, wenn zum Zeitpunkt der Anteilsübertragung bereits ein Erwerber des sodann veräußerten Grundbesitzes gefunden war]).

36 (4) Im Ergebnis gleich, allerdings dogmatisch abweichend, hat der erkennende Senat entschieden, dass bei der Zwischenschaltung einer nahe stehenden Person, die keinen eigenen unternehmerischen Erfolgsbeitrag beisteuert, sondern der lediglich eine bereits ausgehandelte („unterschriftsreife“) Geschäftschance übertragen wird, dem Übertragenden auch ohne Rückgriff auf § 42 AO die Einkünfte zugerechnet werden können. Begründet wurde dieser „Durchgriff“ damit, dass der Steuerpflichtige in diesem Teil kraft „mittelbarer Tatherrschaft“ wesentliche Teile des steuerbaren Handlungstatbestands selbst verwirkliche und ihm deshalb auch der steuerliche Handlungserfolg zuzurechnen sei (BFH-Urteil in BFHE 209, 320, BStBl II 2005, 817, unter B.II.2.d bis f).

37 dd) Die Würdigung, ob eine Gestaltung als rechtlich missbräuchlich i.S. von § 42 AO anzusehen ist, obliegt dem FG als Tatsacheninstanz. Verstößt sie weder gegen Erfahrungssätze noch gegen die Denkgesetze, ist sie also zumindest möglich, ist der BFH als Revisionsgericht daran gemäß § 118 Abs. 2 FGO gebunden (vgl. BFH-Urteil vom 22.01.2013 – IX R 18/12, BFH/NV 2013, 1094, Rz 18).

38 c) Nach Maßgabe der aufgezeigten Rechtsgrundsätze tragen die Feststellungen des FG nicht dessen Würdigung, die Übertragung der Grundstücke sowie die hiermit der Klägerin verschaffte Möglichkeit, diese nach Erschließung und Parzellierung gewinnbringend an Dritte zu veräußern, stelle eine missbräuchliche Gestaltung gemäß § 42 AO dar. Die Würdigung ist rechtsfehlerhaft und kann den Senat nicht nach § 118 Abs. 2 FGO binden. Aufgrund dessen ist das Urteil aufzuheben.

39 aa) Die Vorinstanz hat im Ausgangspunkt unberücksichtigt gelassen, dass der Wertschöpfungsprozess im Streitfall – anders als in den aufgezeigten Konstellationen einer Zwischenschaltung – zum Zeitpunkt der Übertragung der Grundstücke auf die Klägerin im Oktober 2006 noch nicht abgeschlossen war. Erst durch deren Erschließung entwickelten sich die Grundstücke vom Rohbauland zu baureifem Land; erst hierdurch wurden Objekte anderer Marktgängigkeit geschaffen, die einen gewerblichen Grundstückshandel begründen könnten (vgl. insoweit BFH-Urteil vom 08.09.2005 – IV R 38/03, BFHE 211, 195, BStBl II 2006, 166, unter 1.a, m.w.N.).

40 bb) Demzufolge ist die Wertung des FG, die Klägerin habe „keine wirtschaftliche Funktion“ erfüllt, auf Grundlage der Feststellungen nicht nachvollziehbar. Denn nach der zivilrechtlichen Vertragslage war es die Klägerin, die mit der Gemeinde B die Erschließung auf eigene Kosten

vereinbarte, ein Ingenieurbüro sowie Bauunternehmen mit den Erschließungsarbeiten beauftragte und sodann die parzellierten Baugrundstücke an Dritte veräußerte. Ebenso war sie es, die nach den Feststellungen des FG die prognostizierten Erschließungskosten zunächst fremdfinanzierte. Jedenfalls nach Maßgabe der Vertragslage wurde der Klägerin somit keine bereits fertig ausgehandelte, sondern erst eine von ihr selbst umzusetzende Erwerbschance übertragen.

41 cc) Wenn das FG anführt, der Kläger habe auf die Wertschöpfung aus der Baulandvermarktung nicht verzichten wollen, ist dies ebenfalls nicht durch hinreichende Feststellungen gedeckt. Insbesondere hat es im Hinblick auf seine Würdigung des Geschehens als Gestaltungsmissbrauch nicht festgestellt, dass trotz der Grundstücksübertragung nur der Kläger den Erschließungs- und Wertsteigerungsprozess beherrscht und gesteuert habe. Hierzu genügt weder, dass auch der Kläger einzelne Termine für Baustellenbesichtigungen und Abnahmen wahrgenommen hat, noch dessen ursprüngliches Vorhaben, die Grundstücke selbst zu erschließen bzw. an eine von ihm beherrschte Personengesellschaft zu veräußern. Eine – wenn auch steuerlich motivierte und kurzfristige – Änderung der Gestaltung lässt eine solche Wertung grundsätzlich nicht zu.

42 Unerheblich ist zudem, dass die Erschließungskosten-Darlehen durch Grundschuldbestellungen des Klägers besichert wurden. Fehlendes Unternehmerrisiko der Klägerin kann hieraus wegen möglicher Rückgriffsansprüche des Klägers (vgl. § 1143 Abs. 1 i.V.m. § 1192 Abs. 1 des Bürgerlichen Gesetzbuchs) jedenfalls nicht abgeleitet werden.

43 dd) Soweit das FG eine Rechtsmissbräuchlichkeit der Gestaltung zudem maßgeblich darauf stützt, dass der Grundstückskaufvertrag vom 06.10.2006 infolge der dort vereinbarten Stundung der Kaufpreiszahlung bis zum Verkauf des sechsten Bauplatzes und der fehlenden Besicherung der Kaufpreiszahlungsverpflichtung nicht fremdüblich ausgestaltet gewesen sei, verkennt es, dass zwischen der Übertragung der Grundstücke und deren anschließender wertsteigernder Nutzung als Einkunftsquelle zu differenzieren ist. Ein – vermeintlich – nicht dem Fremdvergleich standhaltender Kaufvertrag über ein Wirtschaftsgut lässt somit grundsätzlich keine Rückschlüsse darauf zu, ob die Verwendung dieses Wirtschaftsguts zur Einkünfteerzielung über die Grundsätze von § 42 AO weiterhin dem vorherigen Rechtsträger zuzurechnen ist.

44 2. Ob die Gewinne aus der Baulandvermarktung – wie vom FA angenommen – einkommen- und gewerbesteuerlich trotz zivilrechtlich wirksamer Übertragung der Grundstücke dem Kläger zuzurechnen sind, muss daher in einem zweiten Rechtsgang erneut entschieden werden.

45 a) Hierbei ist zunächst durch eine weitere Sachaufklärung – insbesondere durch eine persönliche Anhörung beider Kläger und ggf. durch eine Beweisaufnahme – festzustellen, ob sich die Tätigkeit des Klägers im Wesentlichen in der Übertragung der beiden Grundstücke auf die Klägerin erschöpfte oder ob er darüber hinaus die Entscheidungsprozesse hinsichtlich der Erschließung, Parzellierung und Veräußerung der einzelnen Baugrundstücke sowohl im Außenverhältnis zu den jeweiligen Vertragspartnern als auch im Innenverhältnis zur Klägerin derart intensiv steuerte und verantwortete, dass abweichend von der zivilrechtlichen Vertragslage der Gewerbebetrieb „Baulandvermarktung“ steuerrechtlich nur ihm zugerechnet werden kann. In letztgenanntem Fall wären die angefochtenen Einkommensteuer- und Gewerbesteuermessbescheide rechtmäßig.

46 b) Sollten die vom FG nachzuholenden Feststellungen dagegen ergeben, dass die Klägerin die Baulandvermarktung eigenverantwortlich betrieb, bestünde für eine von der zivilrechtlichen Vertragslage abweichende steuerrechtliche Zuordnung dieser Einkunftsquelle über § 42 AO kein Raum. Insbesondere wäre unerheblich, dass die vorliegende Gestaltung – unstreitig – dadurch motiviert war, den Gewinn aus der Veräußerung der noch unerschlossenen Grundstücke einer Rücklage nach §§ 6b, 6c EStG zuführen zu können. Insofern ergäbe sich hinsichtlich der Zurechnung der Einkunftsquelle vom Grundsatz nichts anderes, als hätte der Kläger sein Rohbauland im Wege eines landwirtschaftlichen Hilfsgeschäfts an einen fremden Investor veräußert, der sodann die werterhöhenden Maßnahmen auf eigene Initiative und eigenes Risiko durchgeführt hätte (vgl. hierzu BFH-Urteil vom 08.11.2007 – IV R 35/06, BFHE 220, 28, BStBl II 2008, 359).

47 c) Hiervon deutlich zu trennen ist die ebenfalls entscheidungserhebliche Frage, ob der am 06.10.2006 geschlossene Grundstückskaufvertrag steuerrechtlich anzuerkennen ist. Insoweit wird das FG – für den Fall der Zurechnung der Einkunftsquelle bei der Klägerin – erneut zu würdigen haben, ob die Vereinbarungen zwischen den Eheleuten einem Fremdvergleich standhalten (vgl. zu den Anforderungen hierzu allgemein Senatsurteil vom 10.10.2018 – X R 44-45/17, BFHE 263, 11, BStBl II 2019, 203, Rz 18 f., m.w.N.). In den Gesamtabwägungsprozess dürften hierbei nicht nur die bereits vom FG angeführte Stundung der Kaufpreisschuld sowie deren fehlende Besicherung (vgl. zur Bedeutung fehlender Besicherung von [Darlehens-]Verbindlichkeiten bei Angehörigenverträgen BFH-Urteil vom 19.08.2008 – IX R 23/07, BFH/NV 2009, 12, unter II.2.a, sowie Senatsurteil vom 22.10.2013 – X R 26/11, BFHE 242, 516, BStBl II 2014, 374, Rz 54), sondern ebenso die fehlende Verzinsung der Kaufpreisverbindlichkeit einzubeziehen sein. Andererseits könnte zu

prüfen sein, inwiefern sich die fehlende Besicherung und Verzinsung in der Höhe des vereinbarten Kaufpreises niedergeschlagen haben könnten.

48 Sollte die Würdigung des FG dazu führen, dass der Kaufvertrag fremdunüblich ausgestaltet wäre, könnte dieser der Besteuerung nicht zugrunde gelegt werden (vgl. BFH-Urteil vom 15.10.2002 – IX R 46/01, BFHE 200, 372, BStBl II 2003, 243, unter II.2.b). Dies wiederum hätte zur Folge, dass die Klägerin mangels Anschaffungsvorgangs keine Anschaffungskosten in Abzug bringen könnte (vgl. für den Fall eines nicht fremdüblichen Kaufvertrags über ein vermietetes Grundstück des Privatvermögens Urteils des FG Baden-Württemberg vom 29.07.2010 – 2 K 2073/09, EFG 2011, 525 [keine Absetzungen für Abnutzung]; vgl. auch Kiesow, Deutsches Steuerrecht 2013, 2252, 2256). Vielmehr wären die Grundstücke zum Teilwert in ihr Betriebsvermögen eingelegt worden (§ 6 Abs. 1 Nr. 6 i.V.m. Nr. 5 Satz 1 EStG), so dass das FG den Teilwert der beiden Grundstücke zum Übertragungsstichtag am 06.10.2006 festzustellen hätte.

49 d) Schließlich hält es der Senat mit Blick auf die Chronologie der Abläufe nicht für gänzlich ausgeschlossen, dass die vom Kläger im Laufe des Jahres 2006 in Gang gesetzten grundstücksbezogenen Aktivitäten für ihn selbst den Beginn eines gewerblichen Grundstückshandels ausgelöst haben könnten. Insofern dürfte – was vom FG festzustellen wäre – insbesondere bedeutsam sein, welche Aktivitäten der Kläger im Jahr 2006 im Hinblick auf die bereits im Jahr 1996 vertraglich vereinbarte Erschließung gegenüber der Gemeinde B entfaltet hat und inwiefern sowohl der Ende Oktober 2006 mit der Gemeinde B geschlossene Erschließungsvertrag als auch die kurze Zeit später erfolgte Vergabe der Erschließungsarbeiten bereits zum Zeitpunkt der Übertragung der Grundstücke durch den Kläger ausgehandelt waren. Sollte ein gewerblicher Grundstückshandel bereits vom Kläger eröffnet worden sein, wären die betroffenen Grundstücke zunächst aus dem Sonderbetriebsvermögen bei der GbR zum Buchwert ins Umlaufvermögen des neu gegründeten Gewerbebetriebs zu überführen gewesen (§ 6 Abs. 5 Satz 2 EStG). Durch den Vertrag vom 06.10.2006 wären sodann die Grundstücke, ggf. sogar der gesamte Gewerbebetrieb auf die Klägerin übertragen worden.

50 e) Unabhängig von Vorgenanntem wird das FG zu prüfen haben, ob die Klage gegen die Einkommensteuerfestsetzung für das Jahr 2006 überhaupt zulässig war. Für den Senat bestehen zumindest Zweifel, ob die Kläger insoweit eine Beschwer i.S. von § 40 Abs. 2 FGO darlegen können. Denn sie begehren keine Herabsetzung der Einkommensteuer, sondern lediglich eine personell abweichende – allerdings betragsidentische – Zurechnung von Einkünften aus Gewerbebetrieb (jeweils … €). Etwaige gewerbesteuerliche Auswirkungen sind hierfür ohne Bedeutung. Insbesondere kann aus der Berichtigungsvorschrift des § 35b GewStG keine Beschwer für die Einkommensteuer abgeleitet werden, da die Vorschrift lediglich im Fall einer Aufhebung oder Änderung des Einkommensteuerbescheids anwendbar ist (BFH-Urteil vom 27.01.1981 – VIII R 20/79, juris, unter 1.).

51 Die Rechtsprechung erkennt in diesen Fällen eine Beschwer – ausnahmsweise – nur dann an, wenn die zutreffende Zurechnung der Einkünfte für eine spätere Aufteilung der Steuerschuld gemäß § 268, § 270 Satz 2 AO bedeutsam sein kann. Voraussetzung hierfür ist allerdings, dass ein Aufteilungsantrag dem Grunde nach noch gestellt werden kann. § 269 Abs. 2 Satz 2 AO schließt dies aus, wenn die zusammenveranlagten Steuerpflichtigen die festgesetzte Einkommensteuer bereits vollständig gezahlt haben (vgl. zu diesen Grundsätzen BFH-Beschluss vom 29.06.2004 – IV B 127/03, juris, unter 1., mit weiteren Rechtsprechungsnachweisen). Letzteres ist für den Senat nach Maßgabe der Bescheid- und Aktenlage nicht abschließend feststellbar.

Standesnachrichten

Ernennungen:

1. Herr Dr. Gabriel Ludwig Schmidt wurde mit Wirkung vom 1. April 2020 zum Notar mit dem Amtssitz in Stuttgart ernannt.
2. Frau Katja Frey wurde mit Wirkung vom 1. April 2020 zur Notarin mit dem Amtssitz in Biberach an der Riß ernannt.

Amtsniederlegungen:

Mit Ablauf des 29. Februar 2020 sind

1. Herr Rechtsanwalt und Notar Dr. Harro Wilde, Stuttgart
2. Herr Rechtsanwalt und Notar Rolf Pratz, Esslingen am Neckar

aus dem Notaramt ausgeschieden.

Amtssitzverlegungen:

1. Der Amtssitz von Herrn Notar Jan Arnold wurde mit Wirkung ab 1. März 2020 von Geislingen an der Steige nach Esslingen am Neckar verlegt.
2. Der Amtssitz von Herrn Notar Timo Lutz wurde mit Wirkung ab 1. März 2020 von Vaihingen an der Enz nach Stuttgart verlegt.

BUCHBESPRECHUNGEN

Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch – Band 2: Schuldrecht – Allgemeiner Teil I

Franz Jürgen Säcker/Roland Rixecker/Hartmut Oetker/Bettina Limperg (Hrsg.). Wolfgang Krüger (Redakteur). 8. Auflage. – München, C.H. Beck 2019. Buch. Hardcover (in Leinen). XXIX, 1828 S. 179,- €. ISBN 978-3-406-72602-6.

Besprechung von Notarassessor Matthias Miller, Nagold

Drei Jahre sind seit der 7. Auflage des zweiten Bandes des Münchener Kommentars zum BGB verstrichen. Der neu aufgelegte Band 2 (Bearbeitungsstand September 2018) überrascht zunächst mit stark reduziertem Kommentierungsumfang. Bisher wurde der gesamte Allgemeine Teil des Schuldrechts (§§ 241-432 BGB) im zweiten Band behandelt und diskutiert. Die 8. Auflage schafft das leider aufgrund der überbordenden, bisweilen maßlos kasuistisch anmutenden und häufig europarechtlich implizierten Gesetzgebung im Schuldrecht und der regen Tätigkeit der nationalen, aber auch europäischen Gerichte, nicht mehr. Der Allgemeine Teil des Schuldrechts ist nunmehr in zwei Bände (Band 2, §§ 241-310 BGB, und Band 3, §§ 311-432 BGB) aufgeteilt.

Die Zweiteilung ändert allerdings nichts am herausragenden, zur Vorauflage unveränderten Autorenkreis und der dadurch gewonnenen Klarheit, Aktualität und Struktur. Mitverfasst wird der vorliegende Band von renommierten Professoren, Lehrstuhlinhabern und einem ehemaligen Bundesrichter. Hervorzuheben sind zunächst die einleitenden Worte des Regius Professor of Civil Law der Oxford University *Wolfgang Ernst.* Er hat als zweiter Deutscher nach dem aus Südbaden stammenden *David Daube* (1955-1970) diese, einen der ältesten Professuren Oxfords inne und besticht mit aktuellen wie grundlegenden Bemerkungen zum Schuldrecht. Seine Einleitung schafft in 81 Randnummern einen beeindruckenden kurzen Überblick über die rechtswissenschaftliche, -historische und -theoretische Diskussion des Schuldrechts (Materialisierung des Schuldrechts?, Europäisierung des Schuldrechts, „Smart Contracts“ etc.) und bietet eine reiche Zusammenstellung wichtiger Literaturverweise.

Bankrechtlich interessant und lohnend sind zudem die interdisziplinären Einlassungen des Berliner Juraprofessors und promovierten Kunsthistorikers *Stephan Grundmann* zu Geldsortenschuld/Fremdwährungsschuld der §§ 244, 245 BGB. Er beleuchtet unter anderem ausführlich die Funktion des Geldes, geht auf Kryptowährungen ein (Rn. 10 f., 33 f.) und stellt die Rechtsquellen zum Währungsrecht des Euro einprägsam und übersichtlich dar (Rn. 35 ff.).

Ferner zeigt sich die Aktualität des Bandes exemplarisch an den ausführlichen Kommentierungen zum neuen § 270a BGB über Entgelte bei bargeldlosen Zahlungsmitteln durch den ehemaligen Vorsitzenden BGH-Richter *Wolfang Krüger* und zum geänderten § 309 Nr. 13 BGB durch den Augsburger Wissenschaftler Wolfgang Wurmnest. Die letztgenannte Änderung des Gesetzgebers ist ein starker Vertrauensbeweis des Gesetzgebers für die Tätigkeit der deutschen Notare. Denn in notariellen Urkunden dürfen Anzeigen oder Erklärungen, die dem Verwender oder einem Dritten gegenüber abzugeben sind, nach wie vor an die schriftliche Form (§ 126 BGB) gebunden werden. Dabei ist es nach *Wurmnest* zu Recht unbeachtlich, ob der Vertrag beurkundungspflichtig ist, oder nur tatsächlich notariell beurkundet wird (§ 309 Nr. 13 Rn. 7). In sonstigen Verträgen dürfen diese Erklärungen dagegen – und das ist neu – an keine strengere Form als die Textform (§ 126b BGB) gebunden werden.

Abschließend bleibt festzuhalten: Der vorliegenden Band des Münchener Kommentars ist zu zahlreichen Detailfragen wertvoller Begleiter. Notare werden besonders auf die AGB-rechtlichen Ausführungen mit Genuss zurückgreifen. Fazit: Er darf – wie so viele Veröffentlichungen – in keiner juristischen Bibliothek fehlen. Ob allerdings die Anschaffung des gedruckten Buches erforderlich ist, oder die digitale Version über beck-online ausreichend ist, mag jeder für sich selbst entscheiden. Zugriff sollte man auf dieses unverzichtbare Standardwerk zum Allgemeinen Schuldrecht allerdings haben.

Handelsgesetzbuch, mit GmbH & Co., Handelsklauseln, Bank- und Kapitalmarktrecht, Transportrecht (ohne Seerecht)

begründet von Dr. Adolf Baumbach, bearbeitet von *Dr. Dr. Dr. h.c. mult. Klaus J. Hopt, Dr. Christoph Kumpan, LL. M., Dr. Hanno Merkt, LL. M., Dr. Markus Roth,* Verlag C.H. Beck 2020, 39. Aufl. 2020, LXXII, 2894 Seiten, geb. 109,- €. ISBN 978-3-406-73894-4.

Besprechung von Notarassessor Dr. Wendelin Mayer, LL.M., Friedrichshafen

Die Neuauflage des *„Baumbach/Hopt"* bietet wenig überraschend wieder einen fundierten Einstieg in das gesamte Handelsrecht samt Nebengesetzen. Der Kommentar deckt dabei trotz des handlichen Umfangs das Handelsrecht ohne Lücken ab und bietet dabei mehr als nur eine erste Einstiegshilfe in alle praktisch relevanten Probleme. Zwei Jahre nach der Vorauflage erschienen ist auch die 39. Auflage wieder gewohnt aktuell – das Manuskript ist grundsätzlich auf dem Stand 31. Juli 2019, teilweise sind Entwicklungen noch bis Herbst 2019 berücksichtigt, gesetzliche Neuregelungen sogar durchgehend bis zum 15. September 2019. Darüber hinaus sind auch manche spätere Regelungen berücksichtigt, etwa die erst am 1. Januar 2020 in Kraft getretenen Änderungen durch das Gesetz zur Umsetzung der zweiten Aktionärsrechterichtlinie (ARUG II) sind in der Kommentierung von *Merkt* zu den Vorschriften über die Rechnungslegung noch in der Fassung des RegE.

Inhaltlich berücksichtigt die Neuauflage dabei einige (eher überschaubare) gesetzliche Neuerungen, etwa die Anpassung des WpPG (Gesetz zur Ausübung von Optionen der EU-Prospektverordnung) und die Incoterms 2020 (abgedruckt ist auch die neue Fassung vom 10. September 2019, die Kommentierung erfolgt noch zu den aus Rechtsprechung und Praxis bekannten Incoterms 2010). Größere inhaltliche Neuerungen ergeben aus Gesetzesänderungen, die bereits in der Vorauflage als Text enthalten waren, zu denen nun aber umfangreiche Literatur sowie erste Rechtsprechung eingearbeitet werden konnte, etwa zur CSR-Richtlinie und zum Kapitalmarktrecht (Marktmissbrauchsverordnung, Finanzmarktnovellierungsgesetze von 2016 und 2017). Die Kommentierung wird der auch hier erfolgten und erfolgenden Verschiebung gesetzgeberischer Tätigkeit auf die europäische Ebene durch die Neugliederung der Kommentierung gerecht, die sich nunmehr vorrangig an den wichtigsten Normen der Marktmissbrauchsverordnung orientiert. An tatsächlichen Entwicklungen waren – neben technischen Neuheiten wie den jetzt durchgehend in die Kommentierung zum Bilanzrecht eingearbeiteten Bitcoins – insbesondere die Fortschritte beim „Brexit" zu verarbeiten, was an mehreren Stellen zu Anpassungen führte. Diese geben den im Herbst 2019 absehbaren Entwicklungsstand wieder.

Die in der Neuauflage neu angegangene Umstellung an den Beck'schen Zitierstandard führt bei Nutzung über beckOnline durch die dadurch in größerem Umfang mögliche Verlinkung zu einem spürbar verbesserten Komfort in der Nutzung. Dass die Umstellung noch nicht vollständig abgeschlossen werden konnte, ist angesichts des nur erahnbaren Umfangs der Aufgabe verständlich.

Ein Beispiel für die Praxistauglichkeit ist etwa die aktualisierte Kommentierung des internationalen und europäischen Gesellschaftsrechts. Das Gewirr von Sitztheorie (von der hM noch favorisiert) und den zahlreichen (für die Praxis weitaus wichtigeren) Ausnahmen wird – an zugegebenermaßen etwas versteckter Stelle (Einl. § 105 HGB, Rn. 29) übersichtlich und mit hilfreichem Fokus auf die Grundzüge dargestellt. Roth selbst befürwortet (durchaus nachvollziehbar) auch gegenüber Drittstaaten die Gründungstheorie, orientiert sich bei der Darstellung aber im Interesse der praktischen Handhabbarkeit an der Rechtsprechung. Praktisch relevant wird der Theorienstreit u.a. bei Scheinsauslands-*limited* mit Registersitz im Vereinigten Königreich und tatsächlichem Verwaltungssitz im Inland (meist gegründet nach der einschlägigen EuGH-Rechtsprechung (EuGH NJW 1999, 2027 – Centros, NJW 2002, 3614 – Überseering, ZIP 2003, 1885 – Inspire Art) und der Reaktion des deutschen Gesetzgebers durch das MoMiG 2008). Bei Anwendbarkeit der Sitztheorie auf Drittstaaten führt das Ausscheiden des Vereinigten Königreichs aus der EU dazu, dass Scheinauslands-*limited* wegen ihres Verwaltungssitzes (nach Ablauf der Übergangszeit) nach deutschem Recht beurteilt und – regelmäßig – als Personengesellschaft (mit den entsprechenden Haftungsfolgen) eingestuft werden. Bei (wie in der Praxis häufig anzutreffen) nur einem Gesellschafter zieht dies ein Anwachsen ohne Liquidation beim Alleingesellschafter nach sich. Als Ausweg wird auf die Umwandlung verwiesen; dort findet sich auch ein – gerade mit Blick auf ***limited***, die sich erst in letzter Minute beim Notar melden – zunächst hilfreicher Hinweis auf die durch Gesetz vom 19.12.2018 eingefügte Norm des § 122m UmwG, die auf dem Papier eine Übergangsfrist von bis zu zwei Jahren für grenzüberschreitende Verschmelzungen aus dem Vereinig-

ten Königreich heraus vorsieht. Hier hätte jedoch auch noch auf die durchaus überschaubare Anwendbarkeit von § 122m UmwG verwiesen werden können (u.a. auf Seiten des Vereinigten Königreichs einerseits die exorbitant hohen Kosten sowie andererseits die Probleme, die dort erforderlichen Unterlagen angesichts der Kooperationsunwilligkeit des Companies House auch in der verlängerten Frist überhaupt beschaffen zu können; vgl. zum Thema u.a. die Stellungnahme des Deutschen Notarvereins zum Vierten Gesetz zur Änderung des Umwandlungsgesetzes (Datum der Stellungnahme 18.09.2018) sowie *Klett*, NZG 2019, 292 ff.). Dies gilt wohl auch nach der neuen, (letztmaligen?) Verschiebung des Endes des Übergangszeitraums auf den 31.12.2020 (vgl. auch die entsprechende Stellungnahme des BMJV zum Thema), die im Manuskript (Stand Juli 2019, Gesetzesvorhaben bis September 2019 berücksichtigt) freilich nicht mehr berücksichtigt werden konnte.

Die gerade in der deutschen Anwaltschaft beliebte Partnerschaftsgesellschaft hätte nicht zuletzt vor dem Hintergrund der durch den „Brexit" gesteigerten praktischen Relevanz auch eine etwas ausführlichere Kommentierung verdient. Hilfreich und für den ersten Zugriff ausreichend ist jedoch die knappe Einführung im Anhang zu § 160 HGB, wo insbesondere auch die Besonderheiten der Haftungsbeschränkung (§ 8 PartGG) ausführlicher erläutert werden. Insbesondere aus notarieller Sicht hätte etwa das Recht des Partnerschaftsregisters breitere Erwähnung finden können. Auch zum PartGG wird die neueste Rechtsprechung bis ins Jahr 2019 berücksichtigt, etwa zur noch nicht ausdiskutierten Frage der Verwendung des Namensbestandteils „Partner" in anderen Gesellschaftsformen.

Von hohem praktischem Wert ist die Kommentierung der GmbH & Co. KG, die sich im Anhang nach § 177a HGB übersichtlich zusammengefasst findet. Tatsächlich ist die GmbH & Co. KG wegen der gesellschaftsrechtlichen und steuerlichen Vorteile die wohl relevanteste Personengesellschaft; die Kommentierung geht hier auf sich speziell bei der GmbH & Co. KG stellende Fragen wie Probleme des § 181 BGB, der Anmeldung von GmbH und KG zum Register sowie Sonderformen wie die Einheits- oder die doppelstöckige GmbH & Co. KG ein. Durch die enge Verzahnung mit dem Vertrags- und Formularbuch zum Handels-, Gesellschafts- und Bankrecht (verwiesen wird noch auf die 4. Aufl. 2013; die 5. Aufl. ist für 2020 angekündigt) erhält der lehrbuchartige Abschnitt zur GmbH & Co. KG auch für den gestaltend tätigen Rechtsanwender besonderen Wert. Auch im Abschnitt zur GmbH & Co. KG wird auf die neueste Rechtsprechung eingegangen, etwa zur Frage der *actio pro socio*. Die Rechtsprechung erlaubt bei einem Fehlverhalten des (Fremd-) Geschäftsführers der Komplementär-GmbH zwar eine *actio pro socio* der Kommanditisten gegen die Komplementär-GmbH, nicht aber gegen den Geschäftsführer selbst. Für diese vom Schrifttum mehrheitlich befürwortete Klage bestehe keine Klagebefugnis, da die Kommanditisten aus dem Titel gegen die GmbH auch in den Anspruch der GmbH gegen ihren Geschäftsführer nach § 43 II GmbHG vollstrecken könne (BGH ZIP 2018, 277). Dagegen verweist Roth (Anh. § 177a HGB, Rn. 28) zutreffend darauf, dass auch der GmbH-Geschäftsführer als Organ des Komplementärs in die *actio pro socio* einzubeziehen sei.

Als Fazit bleibt festzuhalten, dass auch die Neuauflage den Erwartungen an den Klassiker der HGB-Kommentare vollauf gerecht wird. Es ist zu erwarten, dass auch in Zukunft der erste Griff des Praktikers zum „Baumbach/Hopt" gehen wird; das Buch gehört – in gedruckter Form oder über die Einbettung in beckOnline – zum Standardrepertoire jeder handelsrechtlichen Bibliothek.

Handbuch für Notarfachangestellte

von *Prof. Dr. Maximilian Zimmer, Andreas Kersten, Dr. Stephan Szalai LL.M.*
(– Carl Heymanns Verlag Köln, 6. Auflage 2020, 681 S., Softcover. 69,– €.
ISBN 978-3-452-28809-7.

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

Anzuzeigen ist das Erscheinen der sechsten Auflage des bewährten Handbuchs für Notarfachangestellte. Sechs Jahre nach dem Erscheinen der Vorauflage überzeugt das Werk wie gewohnt mit einer kompakten Darstellung der wesentlichen notariellen Tätigkeiten wobei sowohl die Rolle der Mitarbeiter als auch die jeweiligen rechtlichen Grundlagen auf den Punkt genau erörtert werden.

Nach dem Ausscheiden von Notar Thomas Krause aus dem Autorenteam ist Notarassessor *Dr. Stephan Szalai* an dessen Stelle getreten, der vor allem durch seine zahlreichen Veröffentlichungen zum Gesellschaftsrecht bekannt ist, und diesen Teil nunmehr auch in dem zu besprechenden Handbuch übernommen hat.

Das Handbuch gliedert sich in acht Kapitel und behandelt dabei alle für die Ausbildung von Notarfachangestellten relevanten Gebiete.

Im ersten Kapitel wird zunächst die Rolle des Notars als Organ der freiwilligen Gerichtsbarkeit näher beleuchtet und auf die berufsrechtlichen Aspekte der notariellen Tätigkeit eingegangen. Dabei ist vor allem die gelungene Darstellung der notariellen Verzeichnisse und Akten hervorzuheben. Diese werden im Detail erklärt, und die einschlägigen Pflichten des Amtsträgers eingehend vorgestellt, wobei nicht nur angehende Angestellte, sondern auch angehende Notare aus dieser Darstellung einen Mehrwert ziehen können.

Sodann werden im zweiten Kapitel die Aufgaben der Notarmitarbeiter vorgestellt, und im Allgemeinen auf die Kanzleiorganisation eingegangen. Dabei differenzieren die Autoren zwischen den allgemeinen Aufgaben, wie der Erledigung der Post und der allgemeinen Aktenführung, wobei auch hier stets der Bogen zu den notarspezifischen Aspekten gespannt wird, und den spezifischen Aufgaben im Notariat wie der Vorbereitung und der Abwicklung der Urkunden. Dieses Kapitel eignet sich hervorragend für einen ersten Überblick ist im Detail aber mit Vorsicht zu genießen, da gerade die Kanzleiorganisation in jedem Büro sehr individuell sein kann.

In Kapitel wird das Beurkundungsrecht behandelt. Nach einer kurzen Einführung in die gesetzlichen Formerfordernisse, wird sodann insbesondere das Beurkundungsverfahren und dessen Funktionen näher beleuchtet. Sodann werden die beurkundungsrechtlichen Besonderheiten bei der Gestaltung der Urkunde vorgestellt. Dem Leser werden dabei vor allem Probleme vor Augen geführt bei denen besondere Aufmerksamkeit notwendig ist, wie bei der Beteiligung von Verbrauchern und der daraus folgenden besonderen Anforderungen gemäß § 17 BeurkG.

Hiernach wird im Kapitel vier das Grundstücksrecht behandelt. Dabei halten sich die Autoren, didaktisch hervorragend, nicht zu lange mit den rechtlichen Grundlagen der einzelnen relevanten Punkte auf, sondern erklären sofort worauf die Mitarbeiter bei der Ermittlung des Sachverhalts und der Gestaltung der Urkunde zu achten haben. So wird zum Beispiel in Rn. 55 kurz und prägnant darauf eingegangen, welche Besonderheiten sich aus dem Güterstand der Beteiligten ergeben können, und wie die einzelnen Möglichkeiten in der Urkunde umzusetzen sind. Dabei sollte in den kommenden Auflagen allerdings auch ergänzt werden, dass seit der Geltung der EuGüVO ein ausländischer Güterstand auch bei einem deutschen Ehepaar greifen kann, dann nämlich, wenn der erste gemeinsame Wohnsitz der Eheleute im Ausland war. Neben dem Grundkaufvertrag über ein Grundstück geht *Zimmer* auch auf Besonderheiten bei Wohnungseigentum, beim Erbbaurecht und auf den Überlassungsvertrag ein, wobei die wesentlichen Aspekte dieser Vertragstypen erörtert werden.

Im fünften Kapitel wird das Familienrecht behandelt. Dabei wird im ersten Teil das materielle Recht vorgestellt, wobei auf die verschiedenen Güterstände, die Besonderheiten bei gleichgeschlechtlichen Paaren, das Verwandtschaftsrecht und die internationalen Bezüge eingegangen wird. während im zweiten Teil die Umsetzung des Vorgenannten in notariellen Urkunden erörtert wird.

Das sechste Kapitel befasst sich mit den Beurkundungen im Erbrecht. Auch in diesem Kapitel wird zunächst kurz das materielle Recht vorgestellt und sodann die einschlägigen Gestaltungsformen. Hier ist aber auch der, aus Sicht der Angestellten sehr wichtiger, Abschnitt über das Zentrale Testamentsregister hervorzuheben und das Verfahren der Registrierung, welches bei der Abwicklung der Urkunden zu beachten ist.

Sodann folgt das Kapitel zu Handels-, Gesellschafts- und Vereinsrecht. Nach einem kurzen Abschnitt zum allgemeinen Handelsrecht wird zunächst ein Überblick über die wesentlichen Personengesellschaften gegeben, bevor die in der Praxis wichtige GmbH im Detail vorgestellt wird. Lob verdient auch in diesem Abschnitt die gelungene Schwerpunktsetzung der Autoren. So wird das Recht der AG nicht erwähnt, da dieses für Mitarbeiter nicht zu den täglichen Geschäften gehört. Dafür wird im Gegenzug ein Abschnitt der elektronischen Anmeldung gewidmet, welche zu den Hauptaufgaben eines jeden Angestellten gehört.

Schließlich wird im achten Kapitel umfassend das notarielle Kostenrecht behandelt. Dabei spiegelt dieses Kapitel das Gesamtwerk in seinem Aufbau. Nach einem kurzen allgemeinen Teil werden die Kosten im Grundstücksrecht, sodann im Erbrecht, Familienrecht und dem Handels- und Gesellschaftsrecht behandelt, bevor am Ende des Kapitels die übrigen Geschäfte und Gebühren behandelt werden. Dabei bietet dieses Kapitel eine Darstellung des Kostenrechts die so auf dem Markt kaum zu finden ist. Die wesentlichen Aspekte werden dabei einerseits prägnant andererseits unter Berücksichtigung der wesentlichen Schwerpunkte behandelt, wobei der Leser einen umfassenden Überblick über die Materie bekommt.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Handbuch für Notarfachangestellte weitaus mehr bietet als der Titel verspricht. Nicht nur Angestellte, sondern auch Notarassessoren und junge Notare können das Werk zum Nachschlagen der kleinen Probleme aus dem notariellen Alltag zu Hilfe nehmen. Durch die zahlreichen Formulierungsbeispiele wird auch die Umsetzung bei der Gestaltung erleichtert. Das Werk ist somit für jedes Notarbüro eine hervorragende Ergänzung und kann daher wärmstens zur Anschaffung empfohlen werden.

Erbrecht Testamentsgestaltung | Vertragsgestaltung | Prozessführung

von *Elmar Uricher (Hrsg.),* 4. Aufl. 2020, Nomos (NomosFormulare), 1159 S., gebunden, 128,00 €, ISBN 978-3-8487-5011-5

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

Zu viele Änderungen hat es seit Erscheinen der Vorauflage im Jahr 2017 gegeben, man denke dabei etwa an die nun eingearbeiteten Reformen des Erbschaftssteuerrechts im Bereich der Unternehmensnachfolge sowie der Erbschaftssteuererlass, ferner die bereits ergangenen (ersten) Entscheidungen des EuGH zur Europäischen Erbrechtsverordnung, um diese noch guten Gewissens weiterhin in der Praxis nutzen zu können, weswegen eine Neuauflage erforderlich wurde.

Die Liste der Autoren liest sich dabei wie ein Who-is-who der auch über das Notariat hinaus durch ihre einschlägigen Fachpublikationen und Vortragstätigkeiten bekannt gewordenen Spezialisten für das von ihnen bearbeitete Themengebiet. So bearbeiten etwa die in der Neuauflage neu hinzugetretenen Autoren *Lorz* und *Klein-Wiele* das Kapitel zur Testamentsvollstreckung, *Riedel* das Pflichtteilsrecht sowie den Erbverzicht, *Uricher* als Herausgeber selbst die Kapitel zum Erbscheinsverfahren und zur Gestaltung von letztwilligen Verfügungen. Hingewiesen sei ferner auf die von *Janßen,* seines Zeichens auch Notar, verfassten Teile zur vorweggenommenen Erbfolge sowie zur Abwicklung des Mandats in Erbsachen.

Die Verfasser dieses „Formularbuchs für das gesamte Erbrecht" sind dabei mit dem Ziel angetreten, dem Praktiker mit über 800 Muster, Checklisten und Praxishinweisen ein Kompendium zur gestalterischen und prozessualen Lösung erbrechtlicher Sachverhalte, stets unter Berücksichtigung steuerrechtlicher und gebührenrechtlicher Hinweise, an die Hand zu geben.

Dieses selbstgesteckte Ziel haben die Verfasser auf jeden Fall erreicht. Das Handbuch bietet neben einer zwar kompakten, aber dennoch einprägsamen handbuchähnlichen Kommentierung, vorangestellt an das jeweilige Muster, einen sehr übersichtlichen Erstzugriff für schnelle Recherchen zu Fragen des Praktikers, sei es im Vorfeld einer Beratung oder auch, um spezifische Rechtsfragen der Beteiligten durch kurzes Nachschlagen abzuklären. Dies dabei nicht nur in originär notarspezifischen Sachverhalten, sondern als „Blick über den Tellerrand hinaus" auch in Besonderheiten des anwaltlichen Mandats. Hervorzuheben ist an dieser Stelle dabei das gleich auf den ersten Seiten befindliche und stattliche 17 Seiten umfassende, alphabetisch sortierte Musterverzeichnis, das auch in der Hektik des Alltags eine rasche Hilfe bietet.

Das Gesamtwerk wie auch sämtliche Mustertexte sind dabei allesamt in einen bereits bestehenden beck-online-Zugang implementierbar, wie auch ein nur für dieses Werk separater beck-online-Zugang kostenfrei angelegt werden kann, was problemlos möglich ist. Die sehr gelungene Darstellung der steuerlichen Folgen einer Unternehmensnachfolge/Übertragung von Betriebsvermögen zu Lebzeiten und die in diesem Zusammenhang praxistauglich aufbereiteten Formulare zur Schenkung von GmbH-Geschäftsanteilen unter Nießbrauchsvorbehalt sowie Schenkung von Kommanditanteilen gegen Versorgungsleistungen (durchgehend bearbeitet von *Herbst*), geben auch einem in diesem Bereich mitunter nicht alltäglich tätigen Leser eine hilfreiche und ohne weiteres umsetzbare Arbeitsgrundlage an die Hand, nicht zuletzt auch durch die ergänzenden Einzelerläuterungen der einzelnen Vertragsinhalte sowie Praxistipps.

Auch wenn sich manche Themengebiete doppelt behandelt wiederfinden (so z.B. die Ausführungen zum „Supervermächtnis" bzw. „Zweckvermächtnis", aufbereitet durch *Bartsch* im Kapitel zum Vermächtnis sowie von *Uricher* im Kapitel zur Gestaltung von letztwilligen Verfügungen), wird jedoch die doppelte Bearbeitung wenigstens konsequent auch im Muster- sowie Inhaltsverzeichnis umgesetzt. Insoweit könnten sich die Autoren mitunter noch etwas enger verzahnen bzw. mit Querverweisen arbeiten, doch tut dies der Beurteilung des Gesamtwerks keinen Abbruch.

Zusammenfassend kann daher gesagt werden, dass das Formularbuch eine sehr gute Anlaufstelle für jeden Praktiker, sei es Richter, Anwalt oder Notar, ist, der sich häufig mit erbrechtlichen Fragestellungen aller Couleur auseinandersetzen muss. Es enthält einen guten Überblick über die dabei anstehenden Fragestellungen, auch eher exotischer Art. Dank des übersichtlichen Aufbaus und guten Muster- sowie Stichwortverzeichnisses findet man auch in kürzester Zeit Antworten auf seine Fragen. Auch Spezialgebiete (so etwa das „Rückvermächtnis" als Unterfall des Nachvermächtnisses) werden in der für die Ausrichtung des Gesamtwerkes zwar notwendigen Kürze, aber dennoch übersichtlich und mit entsprechenden Hinweisen auf ggf. weiterführende Literatur bearbeitet. In jedem Fall ist das Werk daher eine Bereicherung für jede Praktikerbibliothek, dessen Anschaffung auch in Anbetracht des durchaus gerechtfertigten Preises unbedingt empfohlen werden kann.

Internationales Erbrecht (EuErbVO, IntErbRVG, DurchfVO, Länderberichte)

von *Walter Gierl, Dr. Andreas Köhler, Prof. Dr. Ludwig Kroiß und Harald Wilsch (Hrsg)*
(– Nomos Verlagsgesellschaft Baden-Baden, 3. Auflage 2019, 944 S., Hardcover. 118,– €.
ISBN 978-3-8487-4808-2

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

Sachverhalte mit internationalem Bezug sind in der täglichen Notarpraxis keine Ausnahme mehr. In einer Vielzahl von Fällen ist das anwendbare Güter-, Scheidungs- oder Erbrecht von entscheidender Bedeutung. Gerade in erbrechtlichen Konstellationen muss der Notar oftmals schnell und zuverlässig das anwendbare Recht bestimmen, sowie dessen Auswirkungen auf den konkreten Sachverhalt prüfen. Neben dem nationalen Kollisionsrecht bietet hierbei vor allem das europäische Recht als auch das Völkerrecht die relevanten Rechtsquellen. Mit dem vorliegenden Werk liegt eine kompakte und zuverlässige Darstellung der relevanten Materie, welche in der aktuellen dritten Auflage nicht nur aktualisiert, sondern um hilfreiche und in Zukunft unverzichtbare Kapitel ergänzt wurde. Auch das Autorenteam ist entsprechend gewachsen, was vor allem auf die Tatsache zurückzuführen ist, dass insgesamt 21 Länderberichte aufgenommen, welche größtenteils von lokalen Experten verfasst wurden. Der Hauptkern des Werks wird aber weiterhin von den vier Herausgebern persönlich bearbeitet.

Der Hauptteil der Kommentierung widmet sich der, aus deutscher Sicht wichtigsten, Rechtsquelle, der EuErbVO, sowie deren Durchführungsverordnungen. Dabei folgt das Werk nicht dem klassischen Kommentierungsmuster, sondern baut die einzelnen Abschnitte ähnlich einem Lehrbuch auf, wobei die einzelnen Abschnitte aufeinander aufbauend die Verordnung und alle für die Praxis relevanten Abschnitte beleuchten. So wird zum Beispiel der in der Praxis höchst relevante Aspekt der Rechtswahl nicht bei den jeweiligen Normen besprochen, sondern kompakt an einer Stelle zusammengefasst, wobei die einzelnen Rechtswahlmöglichkeiten erörtert und die Problembereiche näher beleuchtet werden.

Positiv hervorzuheben ist auch der in der 3. Auflage neu eingefügte Teil 4, welcher sich mit Sonderfragen im Zusammenhang mit dem internationalen Erbrecht beschäftigt. So stellt *Wilsch* unter anderem klar, dass das Europäische Nachlasszeugnis auch im Handelsregisterverfahren als Erbnachweis herangezogen werden kann (Teil 4, § 2, Rn. 9). Zwar fehlt in diesem Zusammenhang eine dem § 35 GBO vergleichbare gesetzliche Regelung, die entsprechende Anwendung der Norm auch im Handelsregisterverfahren wird aber überwiegend befürwortet.

In der Praxis ergeben sich auch oft Probleme aus dem Umstand, dass das Europäische Nachlasszeugnis nach Art. 70 Abs. 3 EuErbVO nur sechs Monate gültig ist. Bei der Abwicklung von Grundstückskaufverträge stellt sich daher die Frage, wie mit dem Fristablauf im laufenden Vollzug umzugehen ist. *Wilsch* geht davon aus, dass Grundbuchvollzug aufgrund eines abgelaufenen Europäischen Nachlasszeugnisses noch keine Eintragung eines Widerspruchs rechtfertigt, da eine Unrichtigkeit des Grundbuchs in der Regel nicht vorliegen wird (Teil 4, § 2, Rn. 26). Erfolgt der Fristablauf nach Antragseingang aber noch vor Grundbucheintragung plädieren die Autoren für eine entsprechende Anwendung de § 878 BGB. Dies ist auch konsequent, denn wenn die Norm bereits eine materiell-rechtliche Verfügungsbeschränkung zugunsten des Verkehrsschutzes überwindet, muss dies erst recht für eine formelles Hindernis, wie den Fristablauf des Europäischen Nachlasszeugnisses gelten ((Teil 4, § 2, Rn. 28).

Zu erwähnen sind auch die neu aufgenommenen Länderberichte, welche die wesentlichen Punkte und das Kollisionsrecht der relevanten Rechtsordnungen unter dem Gesichtspunkt der EuErbVO beleuchten. Dabei ist die Darstellung vor allem dort wertvoll, wo das nationale Recht im Hinblick auf die Zulässigkeit von gemeinschaftlichen Verfügungen von Todes wegen dem deutschen Recht oder dem europäischen Recht widerspricht (z.B. Griechenland). Diese Diskrepanz wird von den jeweiligen Autoren deutlich gemacht und mit wertvollen Tipps für die Gestaltung von Urkunden versehen.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das Werk auf eine kompakte und sehr angenehme Weise die wesentlichen Problembereiche des internationalen Erbrechts abdeckt. Einzelne Praxisfragen lassen sich durch einen Griff zu diesem Buch schnell und unproblematisch lösen, und ist daher jedem mit Erbrecht befassten Praktiker wärmstens zu Anschaffung zu empfehlen.

Registerecht

von *Prof. Dr. Alexander Krafka* (– Verlag C.H. Beck oHG, München, 11. Auflage 2020, 993 S., Hardcover. 109,– €. ISBN 978-3-406-73494-6

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

Das Standartwerk zum Registerecht ist aus dem Alltag aller mit dem Registerrecht befassten Praktiker kaum mehr wegzudenken. Umso erfreulicher ist es, dass dieses wichtige Hilfsmittel nunmehr in der 11. Auflage erschienen ist. Seit dieser Auflage hat *Alexander Krafka,* welcher das Werk bereist seit der 6. Auflage begleitet, die Bearbeitung allein übernommen. Das Werk bleibt seinem Anspruch gerecht eine umfassende und detaillierte Darstellung des gesamten Registerrechts zu bieten, was vor allem durch den Austausch zwischen dem Autor (einem Notar) und am Registergericht tätiger Personen möglich war. Dadurch ist ein Werk entstanden, welches in seiner Tiefe und Detailfülle auf dem Markt einmalig ist.

Ein Beispiel dieser Detailfülle findet sich bei dem Abschnitt betreffend die Gesellschafterliste. So werden nicht nur die gängigen Fragen bezüglich die Erstellung und Einreichung der Liste besprochen, stets unter Berücksichtigung aller aktuellen Entwicklungen wie der Gesellschafterlistenverordnung und der aktuellen Rechtsprechung, es werden auch Randbereiche angesprochen, welche zwar nicht in der täglichen Praxis eine Rolle spielen, aber immer mal wieder relevant sind. So geht der Autor in Rn. 1105a auf den Widerspruch zur Gesellschafterliste ein. Dabei werden nicht nur Zweck und Verfahren erörtert, sondern auch erklärt wo ein möglicher Widerspruch im elektronischen Handelsregister einer Gesellschaft zu finden ist.

Vor allem für die im Registerecht noch nicht erfahrene Nutzer bieten zudem auch die umfangreichen Prüfungsschemata eine große Arbeitserleichterung. Exemplarisch herausgegriffen sei hier das Prüfungsschema für die Ausgliederung eines einzelkaufmännischen Unternehmens auf eine GmbH (Rn. 593a). In diesem Schema werden die einzelnen Schritte aufgezeigt und die notwendigen Dokumente aufgeführt, zudem werden die Einzelheiten in den nachfolgenden Randnummern genaustens erörtert.

Schließlich ist darauf hinzuweisen, dass sich das Werk nicht auf das Handelsregisterverfahren beschränkt. Vielmehr werden auch das Vereinsregister, das Genossenschaftsregister sowie das Partnerschaftsregister und das Güterrechtsregister ausführlich behandelt. Entsprechend derer Bedeutung nehmen sie in dem Werk keine dominante Stellung ein, dennoch bleibt auch in diesem Bereich keine Frage unbeantwortet.

Als Fazit kann klar eine uneingeschränkte Kaufempfehlung ausgesprochen werden. Jeder Notar und jeder Mitarbeiter eines Notars, welcher mit dem Gesellschaftsrecht befasst ist, darf auf dieses Werk bei seiner täglichen Arbeit nicht verzichten. Es bietet nicht nur umfassende Hilfestellungen bei der täglichen Arbeit, sondern erlaubt auch den Blick auf den Standpunkt des Registerrichters sodass die eigenen Gestaltungen der Anforderungen der Gerichte angepasst werden können. Es ist zu erwarten, dass das Werk auch in Zukunft eine verlässliche Hilfe im Bereich des Registerrechts sein wird, und die künftigen Rechtsänderungen und Entwicklungen sicher begleitet werden.