

BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

2 | 2022

Mai 2022

HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

SCHRIFTLEITUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

- Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG -
Notarkostenrechtliche Betrachtung
von Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Notar Alexander Schier 78
- Zum Stockwerkseigentum
von Gerhard Schmidberger 83
- Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung
von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit 92

RECHTSPRECHUNG

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

- BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 10.02.2022 - V ZB 87/20
Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar, die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags. 106

GESELLSCHAFTSRECHT

- BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 15.02.2022 - II ZR 235/20
Keine Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft 119

ERBRECHT

- KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 11. Januar 2022 - 1 W 252/21
mit Anmerkung Becker
Testamentsvollstreckung bei Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft 126

FAMILIENRECHT

- BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 12.01.2022 - XII ZB 562/20
Anerkennung der Vaterschaft im internationalen Kontext 141

STEUERRECHT

- BFH (II. Senat), Urteil vom 06.05.2021 - II R 24/19
Abzugsfähigkeit von Zahlungen des Beschenkten zur
Abwendung von Ansprüchen des beeinträchtigten Vertragserben
bzw. Nacherben 147

BWNotZ - Inhaltsverzeichnis und Einbanddecke 2021

Das Inhaltsverzeichnis für den BWNotZ-Jahrgang 2021 liegt diesem Heft bei.

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



KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN

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

Ihr Testament für krebskranke Kinder

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

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

Rechtsfähige Stiftung des bürgerlichen Rechts
www.stiftung-krebskranke-kinder.de . info@stiftung-krebskranke-kinder.de
Geschäftsstelle: Frondsbergstraße 51 . 72070 Tübingen . Tel. 07071/946820 . Fax 07071/946813
Vorsitzender: Prof. Dr. Hans-Werner Stahl
Im Beirat: Prof. Dr. Michael Bamberg . Prof. Dr. Rupert Handgretinger . Universitätsklinik Tübingen

Spendenkonto: Volksbank Herrenberg-Nagold-Rottenburg eG
IBAN: DE83 6039 1310 0415 9000 00 . BIC: GENODES1VBH

88. BAND

BWNotZ**AUSGABE 2|2022 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

SCHRIFTFLEITUNG

Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

Erscheinungsweise: 6x pro Jahr

BESTELLUNGEN | ANZEIGEN

Geschäftsstelle des

Württembergischen Notarvereins e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart,

Tel. 0711 2237951, Fax 0711 2237956

E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de

Der Bezugspreis beträgt jährlich 60,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt. Einzelhefte 10,50 Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNG

Erich Schretzmann Siebdruck GmbH

siebdruck-schretzmann.de.

Huber Werbung, 73547 Lorch

www.huber-werbung-lorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Von Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Notar Alexander Schier Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG - Notarkostenrechtliche Betrachtung	78
Von Gerhard Schmidberger Zum Stockwerkseigentum	83
Von Andreas Panz, Markus Schenk und Martina Weisheit Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung	92

RECHTSPRECHUNG**BERUFS- UND KOSTENRECHT**

AG Karlsruhe, Beschluss vom 04.02.2022 - 5 M 224/22	99
LG Offenburg (4. Zivilkammer), Beschluss vom 20.01.2022 - 4 OH 15/21	99
OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 12.1.2022 - 2 Wx 2/22	103

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

AG Künzelsau, Urteil vom 16.06.2021 - 1 C 87/21	105
BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 10.02.2022 - V ZB 87/20	106
OLG Brandenburg (5. Zivilsenat), Beschluss vom 27.05.2021 - 5 W 70/21	112
OLG Frankfurt a. M. (20. Zivilsenat), Beschluss vom 25.10.2021 - 20 W 191/21 ...	114
OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat), Beschluss vom 13.12.2021 - 5 W 70/21	117

GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Urteil vom 15.02.2022 - II ZR 235/20	119
--	-----

ERBRECHT

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 11. Januar 2022 - 1 W 252/21 mit Anmerkung Becker	126
KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 15. März 2022 - 1 AR 9/22	130
OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat), Beschluss vom 06.01.2022 - 3 Wx 216/21	131
OLG Köln (2. Zivilsenat), Beschluss vom 2.3.2022 - 2 Wx 13/22	133
OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 16.02.2022 - 31 Wx 66/21 Kost....	134
OLG München (31. Zivilsenat), Beschluss vom 26.01.2022 - 31 Wx 441/21	137
OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat), Urteil vom 17.12.2021 - 5 U 42/21	138

FAMILIENRECHT

BGH (XII. Zivilsenat), Beschluss vom 12.01.2022 - XII ZB 562/20	141
---	-----

STEUERRECHT

BFH (II. Senat), Urteil vom 06.05.2021 - II R 24/19	147
---	-----

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Baumann/Sikora, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 3. Auflage (Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a. D., Heidenheim/Brenz)	151
2. Bochmann/Scheller/Prütting, Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts (Band 9 - Recht der Familienunternehmen), 6. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	152
3. Noack/Servatius/Haas, Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: (GmbHG), 23. Auflage (Besprechung von Notar Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg)	153
4. Bruns, Nachbarrechtsgesetz Baden-Württemberg, 5. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	153
5. Viskorf, Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung, 1. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	154
6. Haase/Dorn, Vermögensverwaltende Personengesellschaften, 4. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	155
7. Renner/Otto/Heinze, Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar (GNotKG), 3. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	155
8. Kinzl, Gesellschaftervereinbarungen, 1. Auflage (Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst)	156

ABHANDLUNGEN

Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG – Notarkostenrechtliche Betrachtung

Von Notarassessorin Dr. Julia Bochis, Notar Alexander Schier

I. Einführung

Zusammenschlüsse mehrerer privater Baupersonen zur Errichtung von Mehrfamilienhäusern unter Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG haben sich als fester Bestandteil des Wohnungsmarkts etabliert. Bekanntlich ist § 3 WEG – und nicht § 8 WEG – anzuwenden, wenn sich die ursprünglichen Eigentumsverhältnisse nicht an den Sondereigentumseinheiten fortsetzen, sondern einzelnen Miteigentümer:innen unter Ausschluss der anderen bestimmtes Sondereigentum zugeordnet wird¹. Diese Zuordnung geht häufig auch mit der Änderung der Beteiligungsquote der Eigentümer:innen einher, weil die Miteigentumsanteile der Sondereigentumseinheiten dem Verhältnis der Wohnungsflächen entsprechen sollen. Zum Zeitpunkt des Erwerbs des Grundbesitzes liegen Wohnflächenberechnung und Abgeschlossenheitsbescheinigung mangels ausreichender Planung aber häufig noch nicht vor. Die Baupersonen erwerben dann zu gleichen Teilen. Mit der Begründung des Sondereigentums wird zugleich die Auflassung von Bruchteilen erforderlich.

Die Verschiebung von Miteigentumsanteilen im Zuge der Begründung von Wohnungs- und Teileigentum wirft die kostenrechtliche Frage auf, ob sie sich gebührenerhöhend auswirkt. Diese Frage lag auch dem Beschluss des LG Offenburgs vom 20.1.2022 – 4 OH 15/21² zugrunde. Im Falle des LG Offenburgs waren zwei Ehepaare Miteigentümer:innen eines Grundstücks zu je ¼. Die Beteiligten wollten drei Sondereigentumseinheiten dergestalt begründen, dass ein Ehepaar eine Einheit und das andere Ehepaar zwei Einheiten erwarb – letztlich im Verhältnis zu ca. 40,4 % und 59,6 %. Die Kostenberechnung des Notars brachte nur die Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG zum Ansatz. Die dem Notar vorgesetzte Dienstbehörde beanstandete dies, forderte zusätzlich die

gebührenermäßige Berücksichtigung der Übertragung von ca. 9,6 % und wies den Notar nach § 130 Abs. 2 GNotKG an, eine gerichtliche Entscheidung herbeizuführen. Das LG Offenburg bestätigte die Kostenberechnung des Notars. Die Übertragung der Miteigentumsanteile führe nicht zu einer Erhöhung der notariellen Gebühren.

Die Lösung der kostenrechtlichen Frage ist in den §§ 86, 109 ff. GNotKG begründet. Liegen mehrere Beurkundungsgegenstände vor und wenn ja, sind diese als gegenstandsgleich zu bewerten?

II. Vorliegen eines Rechtsverhältnisses im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG

§ 86 Abs. 1 GNotKG definiert den Beurkundungsgegenstand wie folgt:

„Beurkundungsgegenstand ist das Rechtsverhältnis, auf das sich die Erklärungen beziehen, bei Tatsachenbeurkundungen die beurkundete Tatsache oder der beurkundete Vorgang.“

Ausweislich der Gesetzesbegründung wird durch die Definition eine trennscharfe Abgrenzung bezweckt³. Unter Geltung der KostO wurde der ähnliche Begriff des „Gegenstandes“ verwendet, ohne dass die KostO eine eigene Definition enthielt⁴. Mit der Definition ist für die Rechtspraxis aber nicht viel gewonnen. Der Rechtsanwendende muss sich für die weiterhin schwierige Subsumtion, ob eine eigenständige Rechtsbeziehung der Beteiligten vorliegt, weiterer Auslegungskriterien bedienen.

1. Systematische Auslegung

Aus einem Rückschluss zu den §§ 109 ff. GNotKG wird von der Rechtsprechung und der Literatur gefolgert, dass

¹ Weber/Hupka, Kölner Formularbuch Wohnungseigentumsrecht, 1. Aufl. 2020, Kapitel 1, Rn. 68 f.; MüKo BGB/Krafka, 8. Aufl. 2021, § 3 WEG Rn. 4; BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed. 1.1.2022, § 3 Rn. 8; Bauer/Schaub/Schneider, GBO, 4. Aufl. 2018, Kapitel E, Rn. 25 ff.

² Der Beschluss ist in diesem Heft ab S. 99 veröffentlicht.

³ BT-Drs. 17/11471 (neu), S. 178 re. Sp.

⁴ BeckOK Kostenrecht/Bachmayer, 35. Ed. 1.10.2021, § 86 GNotKG Rn. 1 f.

das kostenrechtliche Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG eng auszulegen sei⁵. § 109 GNotKG legt fest, wann mehrere Beurkundungsgegenstände als ein Gegenstand zu behandeln sind. Die jeweiligen zur Gegenstandsgleichheit verknüpften Regelbeispielpaare des § 109 Abs. 1 S. 4 GNotKG kommen sehr häufig in einem Beurkundungsvorgang vor. Gerade eines der in Nr. 1 lit. a)-c) genannten Beispiele findet sich praktisch in fast jedem Kaufvertrag. Wenn bei ständig verknüpften Vorgängen von Gesetzes wegen von verschiedenen Rechtsverhältnissen ausgegangen wird und diese durch das Gesetz „nur“ als gegenstandsgleich betrachtet werden, bliebe für das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses wenig Spielraum.

2. Anzahl der Erklärungen

In der Rechtsprechung wurde bislang vor allem in zwei Fällen das Vorliegen eines einzigen Rechtsverhältnisses bejaht: bei unselbstständigen Regelungen und bei gesetzlichen Regelfolgen. Eine unselbstständige Regelung liege bei Vollzugs- und Reparaturvollmachten an Notar:innen zu von ihnen entworfenen Vorgängen vor⁶. Die Vollmacht an Notar:innen bzw. deren Mitarbeitende kann nicht eigenständig gedacht werden, da anderenfalls ein Mitwirkungsverbot nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 1 BeurkG bzw. ein Ausschließungsgrund nach § 6 Abs. 1 Nr. 1 BeurkG vorliege. Eine gesetzliche Regelfolge (und zwar diejenige gem. § 66 Abs. 1 GmbHG) liege vor, wenn im Zuge der Auflösung einer GmbH bisherige Geschäftsführer:innen als geborene Liquidator:innen dem Handelsregister angemeldet werden⁷.

Die beiden Fallgruppen lassen sich als notwendige Erklärungseinheit und Nebenerklärung zusammenfassen⁸. Würde man den Versuch wagen, das Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG entsprechend mathematisch darzustellen, so würden mehrere Rechtsverhältnisse bei der Zahl Zwei beginnen. Nebenerklärungen lägen unterhalb der Zahl Zwei und notwendige Erklärungseinheiten nahe oder gleich Eins.

Das LG Offenburg sah bei der Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG unter gleichzeitiger Verschiebung

von Miteigentumsanteilen die Schwelle zur Zwei überschritten⁹. Begründet wird dies damit, dass die Änderung der Miteigentumsanteile durchaus eigenständig gedacht und vorab separat erfolgen könne. Eine anderweitige materiell-rechtliche Umsetzung dürfe keine Auswirkungen für die kostenrechtliche Frage haben.

Das LG Offenburg verstößt durch diese Prämisse in unnötiger Weise gegen seinen aus der Aufzählung der notwendigen Erklärungseinheit und der Nebenerklärung konkludent selbst hergeleiteten Grundsatz, dass Kostenrecht Folgerecht des materiellen Rechts¹⁰ ist. Bei einer kostenrechtlich vollkommen eigenständigen Auslegung des § 86 Abs. 1 GNotKG würde über den Hebel des Kostenrechts ein unzulässiger Eingriff in die Gestaltung des jeweiligen Beurkundungsvorgangs generiert werden. Dass sich das Kostenrecht der materiell-rechtlichen Gestaltung zu beugen hat, und nicht umgekehrt, hat der BGH übrigens jüngst bestätigt, wenn die getrennte Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung zu einer Gebührenerhöhung führt und keine anderweitige Beurteilung rechtfertigt, weil dies auch in einer Urkunde hätte erfolgen können¹¹. Die beurkundungstechnische Umsetzung steht in diesem Fall im Ermessen der Notar:innen und kann – je nachdem – die eine oder die andere Gebührenfolge auslösen.

Nur weil die Begründung von Sondereigentum und die Übertragung von Miteigentumsanteilen separat und selbstständig möglich ist, muss dies nicht bedeuten, dass sie im konkreten Fall materiell-rechtlich selbstständig ausgestaltet wurde. Entsprechendes gilt, wenn die Teilungserklärung gem. § 3 WEG auch ohne Verschiebung von Miteigentumsanteilen erfolgt¹²: Nur weil dies möglich ist, bedeutet es nicht, dass die Beurkundung tatsächlich derart ausgestaltet wurde und nicht auch materiell-rechtlich als unselbstständige Erklärung(-seinheit) ausgestaltet werden kann. Das Kostenrecht hat sich der materiell-rechtlichen Ausgestaltung zu beugen.

Es kommt daher auf die materiellrechtliche Einordnung der Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG unter gleichzeitiger Verschiebung von Miteigentumsanteilen an. Der BGH hat bereits 1983 entschieden, dass Miteigentümer:innen eines Grundstücks *uno actu* und

5 *LG Offenburg*, Beschl. v. 20.1.2022 – 4 OH 15/21, in diesem Heft, S. 100; *Diehn*, Anmerkung zu BGH, Beschl. v. 18.10.2016 – II ZB 18/15, DNotZ 2017, 229 (235); *derselbe* in Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl. 2021, § 86 Rn. 3.

6 *LG Offenburg*, Beschl. v. 27.4.2018 – 4 OH 14/16, BWNotZ 2018, 139; *LG Offenburg*, Beschl. v. 16.5.2018 – 4 OH 21/16, NJOZ 2019, 428 (für die Vollzugsvollmacht an den Notar zu einer von ihm entworfenen Gesellschafterversammlung und Handelsregisteranmeldung).

7 *BGH*, Beschl. v. 18.10.2016 – II ZB 18/15, DNotZ 2017, 229 (230).

8 Kategorien angelehnt an Renner/Otto/Heinze/Otto, Leipziger Gerichts- & Notarkosten-Kommentar, 3. Aufl. 2021, § 86 GNotKG Rn 7.

9 *LG Offenburg*, Beschl. v. 20.1.2022 – 4 OH 15/21, in diesem Heft, S. 100 f.

10 *LG Frankenthal*, Beschl. v. 1.9.2016 – 2 OH 5/16, BeckRS 2016, 110 203 Rn. 10; *Schmidt*, Kostenrecht ist Folgerecht des materiellen Rechts, Festschrift für Hans-Joachim Priester, 2007, S. 679 ff.

11 *BGH*, Beschl. v. 1.10.2020 – V ZB 67/19, BWNotZ 2021, 17 (18) Rn. 9.

12 Ein Beispiel hierfür wäre es, wenn im aktuellen Fall des LG Offenburgs die vier Miteigentümer:innen vier Wohnungen zu je 250/1000 gebildet hätten, jede Wohnung aber nur einer einzigen Person zugewiesen wird.

ohne nähere Darlegung der Zwischenschritte ihre Miteigentumsanteile zusammenlegen und verändern, Sondereigentum begründen und den neuen Miteigentumsanteilen Sondereigentum zuordnen können¹³. Dies folge aus der Auslegung des § 3 WEG selbst¹⁴.

Auch die Kommentarliteratur schließt sich dieser Bestimmung der Rechtsnatur des Teilungsvertrages gem. § 3 WEG an¹⁵. Damit setzt schon der Teilungsvertrag die Maßgabe für die Höhe der Miteigentumsanteile des jeweiligen Sondereigentums und für die Zuweisung zu einem Rechtsinhabenden. Die Zwischenschritte, um diese Maßgabe und den Endzustand zu erreichen, stehen nicht mehr zur Disposition. Sie sind notwendige Folge, dass sich die Beteiligten bereits im Teilungsvertrag auf einen gewissen Endzustand geeinigt haben. Wenn schon der Teilungsvertrag an sich von Gesetzes wegen mehraktig ausgestaltet ist, die Veränderung der Miteigentumsanteile aber kein eigenständiger Teilakt ist, da er schon aus dem Wesen des Teilungsvertrages folgt, die Höhe der Miteigentumsanteile und die Zuweisung zu den jeweiligen Rechtsinhabenden selbst verbindlich festzulegen, handelt es sich um eine notwendige Erklärungseinheit¹⁶. Es liegt dann kein eigenständiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG vor.

3. Beteiligtenidentität und Vertragstypus

Für die Beurteilung, ob ein eigenständiges Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG vorliegt, soll weiterhin die Beteiligtenidentität¹⁷ und der Vertragstypus¹⁸ Indizwirkung entfalten. Das Kriterium der Beteiligtenidentität mag das Vorliegen eines Rechtsverhältnisses in Frage stellen, wenn die Beteiligten im Zeitpunkt der Begründung von Sondereigentum noch nicht Miteigentümer:innen sind¹⁹. Im aktuellen Fall des LG Offenburgs waren die Beteiligten allerdings Miteigentümer:innen.

Bei den Vertragstypen legen zum einen die typischen Arten wie Kauf-, Miet-, Werk- und Maklervertrag das Vor-

liegen mehrerer Rechtsverhältnisse nahe. Andererseits liegen auch bei scheinbar nur einer Vertragsart mehrere Rechtsverhältnisse vor, wenn sich die Beteiligten beispielsweise bei einem Kaufvertrag zugleich über Eigentumswechsel am Kaufgegenstand einig sind. Hier wirkt sich das materiell-rechtliche Trennungs- und Abstraktionsprinzip aus, welches es gebietet, schuldrechtliche und dingliche Verträge als eigene Rechtsverhältnisse zu behandeln²⁰ und nur im Rahmen der kostenrechtlichen Korrektur über § 109 Abs. 1 S. 1, 2 GNotKG (gesetzliche Fiktion eines Beurkundungsgegenstandes) eine unverhältnismäßige Gebührenerhebung zu vermeiden.

Der Teilungsvertrag gem. § 3 WEG ist ein dinglicher Vertrag²¹. Zwar kann die schuldrechtliche Verpflichtung zur Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG ausdrücklich mitbeurkundet werden, im Falle des LG Offenburgs erfolgte dies jedoch nicht. Das schuldrechtliche Grundgeschäft wird nur in seltenen Fällen mitbeurkundet werden. Ebenso wie der Teilungsvertrag stellt die Übertragung von Miteigentumsanteilen einen dinglichen Vertrag dar. Das Trennungs- und Abstraktionsprinzip setzt hier also keine zwingenden Grenzen.

Die Einordnung als dinglicher Vertrag hat für das Kostenrecht weitere Auswirkungen: Während für die Beurkundung einer Teilungserklärung gem. § 8 WEG eine 0,5-Gebühr nach KV-Nr. 21201 Ziff. 4 bzw. eine 1,0-Gebühr nach KV-Nr. 21200 GNotKG erhoben wird (je nachdem ob nur Grundbucheklärungen oder auch einseitige Erklärungen wie die Gemeinschaftsordnung enthalten sind), ist bei einer Teilungserklärung gem. § 3 WEG eine 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG einschlägig²². Die Erklärung, auf welche Räume sich der Miteigentumsanteil beziehen soll und welche Höhe der jeweilige Miteigentumsanteil haben soll, kann bei einer Teilungserklärung nach § 3 WEG und § 8 WEG identisch sein und nur deswegen zu doppelten (bzw. zu vierfachen) Gebühren führen, weil eine wechselseitige Zuweisung zum jeweiligen Rechtsinhabenden erfolgt. Die Eigentumszuweisung ist, selbst wenn damit Verschiebungen von Miteigentumsanteilen verbunden ist, auch aus Gründen der Verhältnismäßigkeit mit der 2,0-Gebühr nach KV-Nr. 21100 GNotKG ausreichend abgegolten.

Aufschlussreich ist es dennoch, das schuldrechtliche Grundgeschäft des dinglichen Teilungsvertrages gem. § 3

13 BGH, Beschl. v. 10.2.1983 – V ZB 18/82, NJW 1983, 1672 (1673 f.).

14 BGH, Beschl. v. 10.2.1983 – V ZB 18/82, NJW 1983, 1672 (1674).

15 Weber/Hupka (o. Fn. 1), Kapitel 2, Rn. 158; MüKo BGB/Krafka (o. Fn. 1), § 3 WEG Rn. 4; BeckOK WEG/Leidner (o. Fn. 1), § 3 Rn. 8; Heinemann/Stöhr, Kölner Formularbuch Grundstücksrecht, 3. Aufl. 2021, Kapitel 2, Rn. 163; Limmer/Hertel/Frenz/Weber, Würzburger Notarhandbuch, 6. Aufl. 2022, Teil 2, Kapitel 4, Rn. 47.

16 Im Ergebnis hinsichtlich der rechtstechnischen Umsetzung der Miteigentumsanteilsveränderung im Rahmen des Teilungsvertrages ebenso: Ott, BWNNotZ 2015, 73 (76).

17 BeckOK Kostenrecht/Bachmayer (o. Fn. 4), § 86 GNotKG Rn. 12 ff.; Renner/Otto/Heinze/Otto (o. Fn. 8), § 86 GNotKG Rn. 11.

18 BeckOK Kostenrecht/Bachmayer (o. Fn. 4), § 86 GNotKG Rn. 12 ff.; Korintenberg/Bormann, Gerichts- und Notarkostengesetz: GNotKG, 22. Aufl. 2022, § 86 Rn. 10; Renner/Otto/Heinze/Otto (o. Fn. 8), § 86 GNotKG Rn. 8.

19 Hier liegen wohl mehrere Rechtsverhältnisse vor, da der Teilungsvertrag gem. § 3 WEG von Gesetzes wegen ein Vertrag der Miteigentümer ist.

20 Renner/Otto/Heinze/Otto (o. Fn. 8), § 86 GNotKG Rn. 9.

21 Weber/Hupka (o. Fn. 1), Kapitel 1, Rn. 72; Limmer/Hertel/Frenz/Weber (o. Fn. 15), Teil 2, Kapitel 4, Rn. 48.

22 BeckOK Kostenrecht/Diehn (o. Fn. 4), § 42 GNotKG Rn. 39; Beck'sches Notar-Handbuch/Rapp, 7. Aufl. 2019, § 3 Rn. 15; ebenda/Waldner, § 30 Rn. 61W; Korintenberg/Sikora (o. Fn. 18), § 42 Rn. 29.

WEG zu betrachten. Die Miteigentumsanteile werden im Zuge der Zuweisung des Sondereigentums wechselseitig vertauscht. Grundgeschäft ist ein tauschähnliches Geschäft²³. Bei einem Tauschvertrag müssen die Tauschgegenstände nicht denselben Wert haben; Wertverschiebungen stehen der Annahme eines Tauschvertrages (und damit eines Rechtsverhältnisses) nicht entgegen. Ein eigenständiger Kaufvertrag wird durch eine Tauschaufgabe nicht begründet, wenn die Hingabe der Sachleistung weiter im Vordergrund steht²⁴. Gleiches muss gelten, wenn der Wertunterschied nicht ausgeglichen wird und eine unentgeltliche Übertragung vorliegt. Für die notariellen Kosten ist gem. § 97 Abs. 3 GNotKG nur der höchstwertigste Tauschgegenstand maßgeblich. Die tauschähnliche Einräumung von Sondereigentum wird aber durch den Wert sämtlicher Miteigentumsanteile, mithin also durch den Wert des Grundbesitzes selbst, begrenzt. Mehr Miteigentumsanteile als am gesamten Grundbesitz können wechselseitig nicht vertauscht werden.

4. Zwischenergebnis

Bei der Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG unter gleichzeitiger Verschiebung von Miteigentumsanteilen liegt bereits kein eigenständiges Rechtsverhältnis gem. § 86 Abs. 1 GNotKG vor. Ein eigenständiges Rechtsverhältnis zu sehen, würde den Ausgestaltungen der Beurkundung und dem Willen der Beteiligten widersprechen, die bereits in dem Teilungsvertrag die Grundlagen für den Endzustand der Miteigentumsanteile setzen. Die Übertragung der Miteigentumsanteile wäre in einem solchen Fall nie unabhängig von der Teilungserklärung erfolgt.

▶ III. Gegenstandsgleichheit der Rechtsverhältnisse im Sinne von § 109 Abs. 1 S. 1, 2 GNotKG

Nimmt man dennoch an, dass mehrere Beurkundungsgegenstände vorliegen, könnten diese nach § 109 Abs. 1 S. 1, 2 GNotKG als gegenstandsgleich zu betrachten sein. Dies wäre der Fall, wenn die Verschiebung der Miteigentumsanteile der Erfüllung und Durchführung des Teilungsvertrages gem. § 3 WEG dient. Ein solches Abhängigkeitsverhältnis gilt für den mit dem schuldrechtlichen korrespondierenden dinglichen Vertrag als Selbstver-

ständlichkeit²⁵; hier liegen aber zwei dingliche Verträge vor²⁶. Nach der Kommentarliteratur liegen bei dinglichen Erklärungen im Regelfall verschiedene Gegenstände vor²⁷, da Erfüllung die Erbringung geschuldeter Leistungen bedeute und der Erfüllungscharakter wenigstens in der Urkunde verdeutlicht werden müsse. Dingliche Rechtsgeschäfte seien abstrakte Geschäfte, bei denen ohne ausdrückliche anderweitige Regelung nicht von der Erbringung einer „geschuldeten“ Leistung ausgegangen werden kann.

Zieht man zum Vergleich das Regelbeispiel des § 109 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG heran, fragt sich, warum die Bestellung eines Grundpfandrechts und die gleichzeitige Erklärung eines Schuldanerkenntnisses kraft Gesetzes als gegenstandsgleich angeordnet werden. Die Anordnung der Gegenstandsgleichheit ist gem. § 109 Abs. 2 GNotKG nur einschlägig, wenn kein oder nicht mit ausreichender Bestimmtheit ein Abhängigkeitsverhältnis (Erfüllung, Sicherung, sonstige Durchführung) im Sinne von § 109 Abs. 1 GNotKG vorliegt. Grundpfandrecht und Schuldanerkenntnis dienen der Sicherung des Darlehensvertrages, der im Regelfall nicht mitbeurkundet wird²⁸. Der Vergleich zu § 109 Abs. 2 Nr. 3 GNotKG spricht daher dafür, dass der Erfüllungscharakter sich nicht außerhalb der Urkunde ergeben darf, sondern ausdrücklich in der Urkunde geregelt werden muss. Ansonsten würde sich das Regelbeispiel bereits in § 109 Abs. 1 GNotKG finden.

Es ist materiell-rechtlich kein Grund erkennbar, wieso der Erfüllungscharakter der Miteigentumsanteilsverschiebung in der Urkunde nicht ausdrücklich hervorgehoben oder gar das schuldrechtliche Grundgeschäft mitbeurkundet werden soll²⁹. Wenn dies nicht geschieht, droht die unnötige Gefahr, dass die Verschiebung der Miteigentumsanteile abstrakt und unabhängig von der Begründung von Sondereigentum und damit kostenrechtlich als eigener Beurkundungsgegenstand verstanden wird. Bejaht man das Vorliegen mehrerer Rechtsverhältnisse im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG, müsste man sich daher zwingend auch Gedanken zum schuldrechtlichen Grundgeschäft machen, um über § 109 Abs. 1 GNotKG noch zur Gegenstandsgleichheit zu gelangen. Wer in der Gestal-

23 Weber/Grotheer (o. Fn. 1), Kapitel 6, Rn. 13; BeckOK WEG/Leidner (o. Fn. 1), § 4 Rn. 30; Bauer/Schaub/Schneider (o. Fn. 1), Kapitel E, Rn. 167.

24 BGH, Urteil v. 11.12.1963 – V ZR 41/62, NJW 1964, 540 (541); BeckOK BGB/Gehrlein, 60. Ed. 1.11.2021, § 480 Rn. 2.

25 Beispielweise für Kaufvertrag und Auflassung: BGH, Beschl. v. 1.10.2020 – V ZB 67/19, BWNotZ 2021, 17 (18) Rn. 9; Bormann/Diehn/Sommerfeldt/Bormann (o. Fn. 5), § 109 Rn. 38; Korintenberg/Diehn (o. Fn. 18), § 109 Rn. 167; Beck'sches Notar-Handbuch/Waldner (o. Fn. 22), § 1 Rn. 540.

26 Diesen Unterschied übersieht das LG Offenburg, wenn es eine Parallele zum Regelbeispiel des § 109 Abs. 1 S. 4 Nr. 2 GNotKG zieht, in diesem Heft S 102.

27 Korintenberg/Diehn (o. Fn. 18), § 109 Rn. 19.

28 Renner/Otto/Heinze/Otto (o. Fn. 8), § 109 GNotKG Rn 41.

29 Teilweise wird dies sogar ausdrücklich empfohlen: BeckOK WEG/Leidner (o. Fn. 1), § 4 Rn. 30.

tung von Teilungserklärungen nicht standardmäßig Ausführungen zum schuldrechtlichen Grundgeschäft macht, wählt unter Umständen nicht den kostengünstigsten, materiell-rechtlich aber gleich sicheren oder gar höherwertigen Weg.

IV. Fazit

Die Begründung von Sondereigentum gem. § 3 WEG, bei der die Ausgangsverhältnisse nicht den Anteilsverhältnissen nach der Teilungserklärung entsprechen, ist vielfach noch mit der zwingenden Bereinigung der Anteilsverhältnisse vor Begründung des Sondereigentums

verhaftet. Die uno-actu-Rechtsprechung des BGH zum Teilungsvertrag gem. § 3 WEG ist weitestgehend unbekannt. Durch sie ist die eingangs gestellte kostenrechtliche Frage der Gebührenerhöhung durch die Verschiebung von Miteigentumsanteilen aber zu verneinen. Es liegt kein eigenständiges Rechtsverhältnis gem. § 86 Abs. 1 GNotKG vor, da bereits im Teilungsvertrag, und nicht in einer gesonderten Auflassungserklärung, die Maßgabe für den Endzustand der Anteilsverhältnisse gesetzt wird. Wenn allein der Endzustand des Teilungsvertrag maßgebend ist, entlastet dies auch von der mitunter komplizierten Berechnung, wie viele Miteigentumsanteile genau verschoben werden und von der vorsorglichen Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts.

an einer Grundbuchstelle. Es war erforderlich, soweit als möglich, die Historie des Grundstücks aufzuschließen. Dazu wurde das Güterbuch, das Primärkataster sowie Kaufbücher ausgewertet. Die Eintragungen werden nachstehend nur insoweit wiedergegeben, als sie zum Verständnis des Falles beitragen.

1. Auswertung des Grundbuchs

Güterbuch der Gemeinde OrtX I, 181

*Beschreibung des Gebäudes und der darauf ruhenden Ablösungslasten und Dienstbarkeiten:*³

Wohnhaus von Holz zwischenstockigt mit gebähntem und gewölbten Keller, Hofraum

Besizer: Rtig. excl. gew. Keller, F.W.⁴

Nutznießungsrechte und Ansprüche Dritter: ein als gelöscht gekennzeichnetes lebenslangliches Wohnrecht

Güterbuch der Gemeinde OrtX I, 182

Beschreibung des Gebäudes und der darauf ruhenden Ablösungslasten und Dienstbarkeiten:

Wie zuvor Bl. 181

Besizer: M.K. sowie gelöschter Eintrag Rtig. excl. gew. Keller, J.W.

Nutznießungsrechte und Ansprüche Dritter: Wohnungsrecht gelöscht, für E. M.

Güterbuch der Gemeinde OrtX I, 183

Beschreibung des Gebäudes und der darauf ruhenden Ablösungslasten und Dienstbarkeiten:

Wie zuvor Bl. 181

Besizer: Gew. Keller; J.W und F.W. je zur Hälfte

Nutznießungsrechte und Ansprüche Dritter: Ein erloschenes Mitbenutzungsrecht

Das Grundbuch wurde nach Einführung des BGB am 24.4.1900 als Personalfolium angelegt.

GB Heft Nr. 18

Titelblatt (Eigentümer):

1. J.W1. und K. je zur Hälfte
an der Hälfte auf Grund landrechtlicher Errungenschafts-Gesellschaft
2. F.W2. und F je zur Hälfte
an der Hälfte auf Grund landrechtlicher Errungenschafts-Gesellschaft

Zu 1): F. G. am 9.7.1907

Zur ungeteilten Hälfte, von amtswegen berichtigt 8.1.1913

Zu 2): J.W. die Hälfte an Geb. N. (eingetragen am 1.4.1905)
K. M. (eingetragen am 23.10.1934)

Abt. II: Wohnungsrecht der E.M. an der W1'schen Wohnungshälfte

Dieses Grundbuch wird am 16.9.1983 geschlossen und als Heft Nr. 000 weitergeführt

d) Heft Nr. 000 (als Loseblattgrundbuch)

Umgeschrieben auf Realfolium

Bestandverzeichnis Nr 1

Spalte 3:

Straße X Gebäude- und Freifläche Wohnen, Stockwerkseigentum, vgl. Sp. 6

Spalte 6:

Bei dem Grundstück handelt es sich schon immer um Stockwerkseigentum.

Zur Hälfte des A. B. (*00.00.1912) gehören der obere Stock und zwei Dachböden.

zur Hälfte des M. M. (*00.00.1945) gehört der unter Stock.

Der gewölbte Keller gehört beiden je zur Hälfte.

Abt. I Nr. 3:

a – A. B., Rentner

b – M. M., Berufsbezeichnung

Dieses Grundbuch wurde am 30.10.2007 geschlossen, als EDV-Grundbuch weitergeführt, wie oben zu I (EDV-Grundbuch)

2. Auswertung der Grundakten

Erst im Loseblattgrundbuch erscheint der Vermerk: „Bei dem Grundstück handelt es sich schon immer um Stockwerkseigentum“. Dieser Vermerk findet sich im BV, s. oben bei der Darstellung des Grundbuchs. Offenbar war die Frage, ob das Grundstück in Stockwerkseigentum aufgeteilt ist und zu welchen Anteilen, bereits beim Grundbuchamt (GBA) virulent.

Mit Verfügung vom 3.8.1990 wurde der Antrag des damaligen Beteiligten A. B. auf Berichtigung des Grundbuches abgelehnt. Das GBA erkannte, es verbleibe dabei, der Beteiligte sei Miteigentümer zu 1/2. Er könne nicht nachweisen, dass er zu 5/8 am Grundstück beteiligt sei. Außerdem sei keine Benutzungsregelung nach § 1010 BGB im Grundbuch eingetragen.

Das GBA beschäftigte sich später nochmals mit der Sache und erlässt einen Beschluss am 19.2.1998. Es erkennt,

³ Kursiv bedeutet: Überschrift der jeweiligen Spalte

⁴ Initialen der Beteiligten.

beim Grundstück handelt es sich um aufgeteiltes Eigentum nach Stockwerken.

► III. Grundsätzliche Überlegungen

Stockwerkseigentum hat bei der Schaffung des BGB ab 1900 landesrechtlich überlebt.⁵ Reale Teilungen waren im Württ. Rechtsraum bereits seit langem möglich und üblich.⁶ Der historische Gesetzgeber hat dies anerkannt und Regelungen getroffen:

Art. 182 EGBGB Das zur Zeit des Inkrafttretens des Bürgerlichen Gesetzbuchs bestehende Stockwerkseigentum bleibt bestehen. Das Rechtsverhältnis der Beteiligten untereinander bestimmt sich nach den bisherigen Gesetzen.

Art. 182 EGBGB regelt das sogenannte "echte" Stockwerkseigentum.⁷ Das wesentliche Merkmal ist: An den Stockwerken oder einzelnen Räumen besteht Sondereigentum, an der Bodenfläche und den gemeinschaftlichen Teilen (tragende Wände, Dach) Miteigentum, dem heutigen WEG⁸ nicht unähnlich.⁹ Es ist keine Gemeinschaft nach 741 ff BGB.¹⁰

Art. 131 EGBGB Unberührt bleiben die landesgesetzlichen Vorschriften, welche für den Fall, dass jedem der Miteigentümer eines mit einem Gebäude versehenen Grundstücks die ausschließliche Benutzung eines Teiles des Gebäudes eingeräumt ist, das Gemeinschaftsverhältnis näher bestimmen, die Anwendung der §§ 749 bis 751 des Bürgerlichen Gesetzbuchs ausschließen und für den Fall des Insolvenzverfahrens über das Vermögen eines Miteigentümers das Recht, für die Insolvenzmasse die Aufhebung der Gemeinschaft zu verlangen, versagen.

Art. 131 EGBGB regelt das sogenannte "unechte" Stockwerkseigentum.¹¹ Wesentliches Merkmal dieser Bestimmung ist, dass das Grundstück und das Gebäude sich im Miteigentum befinden und daneben Nutzungsbestimmungen bestehen.¹² Nachdem der Gesetzgeber zwingend das Akzessionsprinzip einführen wollte, wollte er den Ländern als Zugeständnis ein Stockwerkseigentum „light“ für die Zeit ab 1.1.1900 an die Hand geben,¹³ sofern die Länder den Vorbehalt ausüben. Eine Sicht nach Bayern führt zur Erkenntnis, dass der Landesgesetzgeber Art. 182 EGBGB für bestehendes Stockwerkseigentum über Art. 218 BGB in uneigentliches Stockwerkseigentum überführen kann.¹⁴

Der Unterschied zwischen den beiden Bestimmungen des Art. 131 und Art. 182 EGBGB ist marginal und vernachlässigbar.¹⁵ Das Versteigerungsverbot gilt für beide Arten der rechtlichen Ausgestaltung. Das Württ. AGBGB lässt jedoch eine Versteigerung zum Zwecke der Aufhebung der Stockwerk-Gemeinschaft dem Grunde nach zu.

Für die Beurteilung des heutigen Rechtszustandes ist der Zustand maßgebend, wie er vor dem Inkrafttreten des BGB war.¹⁶

Für Württemberg gilt, dass mit der Einführung des Pfandgesetzes Güterbücher anzulegen waren.¹⁷ Daneben wurden als öffentliche Bücher geführt, das Kaufbuch sowie das Unterpfandbuch.¹⁸ Die Servitutbücher, sofern welche bestanden, sind als Teil der Güterbücher anzusehen.¹⁹ Die Güterbücher waren in der Regel nach der Personalordnung geführt.²⁰ Der Eigentumserwerb erfolgte außerhalb des Buches unabhängig der Eintragung.²¹ Für die Begründung von Stockwerkseigentum war keine besondere Form notwendig.²² Stockwerkseigentum ist mit Volleigentum identisch.²³ Im Güterbuch wurde lediglich

11 Thümmel, JZ 1980, 125 (126).

12 Staudinger/Hönle, BGB-OK (Stand 2021), Art. 131 EGBGB.

13 Kohl, Stockwerkseigentum. Geschichte, Theorie Praxis der materiellen Gebäudeteilung unter besonderer Berücksichtigung von Rechtstatsachen aus Österreich, 2007, S. 246; Möller, Die Problematik des Raum- und Stockwerkseigentum, Diss. 1937, S. 54ff; Schott, S. 43, 44 (Fn. 6).

14 Dölker, Das Herbergsrecht in der Münchner Au, 1669. S. 118; Staudinger/Hönle, BGB-OK (Stand 2018), Art. 131 EGBGB.

15 Hornig, DNotZ 1951, 197 (200); Steiner, ZVG, 7. Aufl. 1956, Einleitung S. 63, 64.

16 Mot. III, 14; OLG Stuttgart v. 27.3.1907, OLG 15, 292.

17 Pfandgesetz v. 15.4.1825; Gesetz v. 21.5.1828 die vollständige Entwicklung des neuen Pfandgesetzes betreffen, Handausgabe, S. 29ff bzw. S. 229ff; einen guten Überblick gewährt: <https://www.leobw.de/themenmodul/sudwestdeutsche-archivalienkunde/archivalienkategorien/amtsbuecher/guterbuecher>.

18 Ausführlich Lang, S. 85f (Fn. 6).

19 Lang, S. 86 (Fn. 6).

20 Lang, S. 86 /Fn. 6).

21 Mot. III, 14, Fn. 1; Lang, S. 86 (Fn. 6); Schühle Württ.Z 44(1904), 71(72).

22 Schott, S. 37 (Fn. 6).

23 Schott, S. 37 (Fn. 6).

5 Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, amtl. Ausgabe 1888 Verlag Guttentag Bd. I-V; Begründung Mot. III. 43 (nachstehend Mot. III).

6 Bierer, Württembergisches Rechtsbuch, Haussecretär für jeden Württemberg, 1880, S. 281 (Gewohnheitsrecht); Lang, Die Veränderungen unseres Privatrechts durch das BGB, 1899, S. 101, 102; Siegle, Gesetze und Verordnungen über das in Württemberg geltende Pfandrecht die dazu gehörige Führung der öffentlichen Bücher und die Vollstreckung in unbewegliches Vermögen, 1885, S. 256 mit Bezug auf das Württ. Landrecht II, XVI, § 6 und die JMVfg v. 4.6.1852, Reg.Bl. 147 (Teilungen sind unerwünscht, aber nicht verboten); Schott, Das Stockwerkseigentum des württembergischen Rechts unter der Einwirkung des Reichsrechts, Diss. 1907, S. 19; Zoeppritz, Über das Stockwerkseigentum mit besonderer Berücksichtigung der württembergischen und badischen Rechtsverhältnisse, Diss. 1912, S. 11.

7 Ausführlich hierzu Thümmel, JZ 1980, 125, 126, 130.

8 G.v. 15.1.1951, BGBl. I, 175 neu verkündet am 12.1.2021, BGBl. I, 34.

9 Beispiele bei Zoeppritz, S. 1-3 (Fn. 6).

10 OLG Stuttgart v. 27.3.1907, OLG 15, 292.

der Grund des Rechtserwerbs vermerkt. Grundlegende Kritik an der Führung der Güterbücher äußert Wächter:²⁴ „...in vielen Gemeinden wurden die Güterbücher an sich sehr ungenau, und von Nichtjuristen, die den Eintrag besorgten, nicht selten unrichtig geführt...“ Die tatsächliche Rechtslage lässt sich teils erst durch Auswertung historischer Unterlagen ermitteln.²⁵ Die Einführung der Pfandgesetze erfolgte in erster Linie zur Sicherung der Gläubiger, weniger zur Sicherstellung der Eigentümereigenschaft.

Der Rechtsstreit, ob nur vertikal geteilte Gebäude oder auch horizontale geteilte Gebäude in Stockwerkseigentum aufgeteilt werden können, ist entschieden. In Württemberg war die Teilung horizontal üblich.²⁶ Das OT Stuttgart hatte hierüber 1869 zu befinden.²⁷ Das OT stellte fest, dass auch an horizontal geteilten Gebäuden Sondereigentum erworben werden konnte. Die Frage der Möglichkeit nach horizontal geteiltem Gebäudeeigentum ist eindeutig: Sondereigentum an horizontal aufgeteilten Stockwerken ist zulässig. Sogar das Eigentum an einzelnen Gelassen war möglich.²⁸

Zunächst waren die Güterbücher anzulegen. Als Quellen für die Anlage der Güterbücher dienten u.a. die Brandversicherungsakten.²⁹ Die Rechtsbeziehung zum Grundstück war einzutragen (Eigentum wurde als vorübergehendes Recht bezeichnet).³⁰ Besteht Eigentum an dem Grundstück bestimmt:

§ 26 Abs. 2 der Vfg. v. 3.12.1832: Befindet sich ein Grundstück im Eigentum mehrerer Personen, so ist das bei jeder von diesen, wenn dasselbe ungeteilt ist, ihr quotativer, wenn aber derselbe geteilt ist, ihr ausgeschiedener Anteil genau zu bezeichnen.

In die Güterbücher sollten die Anteile eines Jeden unter genauer Beschreibung der ihm zur ausschließlichen Nutzung überlassenen Räume eingetragen werden.³¹ Die einzutragenden Quoten bei geteiltem Eigentum sollten aber nur das quantitative Verhältnis des Hausanteils zum anderen ungefähr bestimmen.³² Die Quoten besagen demnach nicht, dass

nur Miteigentumsanteile am Ganzen mit schuldrechtlichen Vereinbarungen bestimmt sind.³³ Anders gesagt, eingetragene Quoten schließen das Vorhandensein von Stockwerkseigentum nicht aus.³⁴ Es bestimmt sich danach, ob dem Inhaber eines solchen Rechts bestimmte Gebäudeteile zum alleinigen Eigentum übertragen sind.

Zum 1.1.1900 war das Grundbuch anzulegen. Für Württemberg galt die königl. VO 30.7.1899.³⁵ § 1 dieser VO bestimmt, dass die Güterbücher, Servitutenbücher und Unterpfandbücher als Grundbuch gelten, wobei das Güterbuch das Hauptbuch darstellt. Das Grundbuch konnte sowohl nach dem Personalfolium als auch nach der Realordnung geführt werden.³⁶ Nach Lang sei die Anlage nach dem Realfolium die Regel gewesen.³⁷ Für Stockwerkseigentum war je in ein eigenes Grundbuchblatt einzulegen,³⁸ auf die anderen Stockwerkseigentümer war zu verweisen, Beispiel: bei Schneider.³⁹ Besteht Miteigentum ist nur ein Blatt anzulegen,⁴⁰ das Gemeinschaftsverhältnis ist zu benennen.⁴¹

Bei der Anlage der Grundbücher war somit zu prüfen, handelt es sich um Stockwerkseigentum oder um Miteigentum nach § 1008 BGB. Die Unterscheidung zeigte sich oftmals als schwierig.⁴² Anhaltspunkte waren etwa Eintragungen z.B. je $\frac{1}{2}$, die regelmäßig Quoteneigentum vermuten ließen.⁴³ Der Grundbuchbeamte war gehalten, in Zweifelsfällen, die Güter/Kaufbücher auszuwerten.⁴⁴ Es lag also in Zweifelsfällen im Ermessen des jeweiligen Grundbuchbeamten, wie er das Grundbuch angelegen wollte.⁴⁵

► IV. Zur Frage besteht Stockwerkseigentum am zu begutachtenden Fall

1) Auswertung der Urkunden

a) Güterbuch I, 181-184

I, 181-183 Das Gebäude war bereits vor dem 1.1.1900 errichtet. Der Eintrag im Güterbuch beschreibt das Gebäude

24 *Wächter*, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, 1839, S. 491.

25 *Thümmel*, JZ 1980, 125.

26 So auch bei der elterlichen Wohnung des Verfassers. Der Dachstock war dagegen vertikal geteilt.

27 OT Stuttgart v. 22. und 27.1.1869, Seuff.Arch. 24, 361 (1871 - Nr. 239) = *Kuntze*, Die Kojengenossenschaften und das Geschoßeigentum, Zwei Abhandlungen aus dem Rechtsleben des Deutschen Volkes, 1888, S. 88; ausführlich hierzu *Zoeppritz*, S 12ff (Fn. 6).

28 *Bierer*, S. 281 (Fn. 6); *Thümmel*, JZ 1980 125 (126).

29 § 12 der Vfg des Minst. der Justiz u. des Innern betreffend die Anlegung und Führung der Gemeinde-Güterbücher v. 3.12.1832, Reg.Bl. 471 (abgedruckt bei Siegle S. 284 ff.).

30 § 23 der VO v. 3.12.1832

31 *Bierer*. S. 281 (Fn. 6).

32 *Bierer*. S. 281 (Fn. 6).

33 *Schott*, S. 25 (Fn. 6).

34 OT Stuttgart v. 22. und 27.1.1869, Seuff.Arch. 24, 361 (1871 - Nr. 239).

35 RGBl. S. 540.

36 § 18 VO v. 2.9.1899, Amtsblatt des Württ. kgl. JM, S. 101.

37 *Lang*, S. 87 (Fn. 6), a.A. *Mandry*, Das Grundbuchwesen in Württemberg, 1901, in FS für Schäffle, S. 307.

38 § 20 Abs. 2, § 29 VO v. 2.9.1899 (Fn. 36).

39 *Schneider*, Wohnungseigentumsrecht für Anfänger, 2017, S. 4.

40 § 20 Abs. 1 VO v. 2.9.1899 (Fn. 36); *Thümmel*, BWNNotZ 1980. 97 (99).

41 § 29 VO v. 2.9.1899 (Fn. 36).

42 Ohne Autor, „Ueber die Behandlung gemeinschaftlicher Häuser bei der Umschreibung des Grundbuchs“, WürttZ 42, 172; *Schühle*, WürttZ. 44, 71 Sondereigentum an Stockwerken ist aus den Güterbüchern nicht immer zu erkennen.

43 Ohne Autor, WürttZ 42, 172 (173).

44 Ohne Autor, WürttZ 42, 172 (174).

45 *Schühle*, Württ.Z 44, 71 (72).

de als zweistöckig. Eine Aufteilung nach Stockwerken war damit grundsätzlich gegeben. Der gewölbte Keller wurde eigens erwähnt, ebenso ein Hofraum. Zum Gebäudebeschrieb gibt es drei Seiten, die gleichzeitig verschiedene „Besizer“ aufwiesen. Wobei „Besizer“ regelmäßig den Eigentümer meint.

Das Grundstück, vermerkt auf der Markierungskarte XI mit der Parzellennummer 100, war bzw. vielmehr das darauf aufstehende Gebäude Gegenstand zahlreicher Kaufverträge. Die damaligen Kaufverträge waren gegenüber heutigen nur sehr rudimentär ausgestaltet. Es findet sich eine knappe Beschreibung des Kaufgegenstandes, eine Zahlungsbestimmung, sowie ab und an Listen von sogenannten Dreingaben. Die mitverkauften Mobilien scheinen im 19. JH fast wichtiger gewesen zu sein, wie das Grundstück resp. Gebäude selbst.

b) Diverse Kaufbücher

Kaufvertrag v. 26.1.1870, Kaufbuch XV, XXX: Ein G.K. erwirbt zusammen mit seiner Verlobten K., geb. S. von C. W. die Hälfte an 15,8 Rth. zweistöckigem Wohnhaus ohne Keller, und Hofraum im XXX zw. G.R. 99, 101. Dieser Kauf ist vermerkt im **Güterbuch I 181**, wobei die Miterwerberin (K. geb. S) nicht mehr aufgeführt ist. § 7 des Vertrages umfasst nahezu 1/3 des Textes und behandelt die Dreingaben (wie Wasserkeller, Mistgabel, Mangholz, Bettvorhang samt Stängle, uvm.). In § 8 wird der Verkäuferin das lebenslange Wohnungsrecht eingeräumt. Dieses wird im Güterbuch eingetragen.

Kaufvertrag v. 20.12.1871 Kaufbuch XV, XXX: Beurkundung des gewölbten Kellers.

Kaufvertrag v. 17.8.1872 Kaufbuch XV, XXX: Der vorgenannte G.K. verkauft ohne (!) seine damalige Verlobte (K. geb. S.) J.U. Der Beschrieb ist identisch, also ohne Keller und ohne Hofraum, wiederum ist vermerkt die Hälfte an 15,8 R. an einem 2stock. Wohnhaus. Auf das Wohnrecht der C. W. hingewiesen.

Kaufvertrag v. 23.4.1881 Kaufbuch XIX, XXX: In diesem Vertrag wird verkauft: Geb. Nr. 100 ½ an 1 a 30 qm eines 2 Stock. Wohnhaus mit Geb. Keller, samt Hofraum. Der Kaufvertrag läßt offen, ob es sich um Stockwerkseigentum handelt. Die Hälfte ist auch wie in anderen Verträgen nicht definiert aus was die Hälfte genau besteht.

Kaufvertrag v. 8.7.1888 Kaufbuch XX, XXX: Kaufvertrag über Geb. No. 100 1/2te an 98 qm 2stock Wohnhaus (ohne Keller), 32 qm Hofraum.

Zwischenfazit 1

Die ausgewerteten Kaufurkunden lassen offen, ob es sich um Stockwerkseigentum handelt. Es ist zwar jeweils eine Quote von ½ ausgeworfen. Hofraum und Keller wurden teilweise nicht mit verkauft, bzw. waren Gegenstand von anderen Verkäufen. Die Urkunden lassen darauf schließen, dass ohne weiteres die Beteiligten davon ausgingen, es wird ein halbes Haus als real geteiltes Eigentum veräußert. Ob es der untere oder obere Stock war, wussten die Beteiligten offenbar auch ohne Erwähnung im Kaufvertrag.

Bei den Eintragungen im Güterbuch I, 181 und I, 182 findet sich keine Quote, lediglich in den Kaufurkunden. Bemerkenswert ist: im Güterbuch I; 183 (Keller) ist ausdrücklich erwähnt, je zur Hälfte.

Zum Zeitpunkt der Umschreibung des Güterbuches in das Grundbuch waren drei separate Rechte vorhanden:

ein Kellerrecht

gehörend W1. und W2. zu je 1/2

Stockwerkseigentum im I. Stock

gehörend W1 zum Alleineigentum

Stockwerkseigentum im II. Stock

gehörend W2 zum Alleineigentum

Diese Erkenntnis deckt sich insoweit mit dem Beschluß des Grundbuchamtes v. 19.2.1998, dass Stockwerkseigentum besteht. Aufschlussreich ist die in diesem Beschluss erwähnte Feststellung, dass im Gebäudebrandversicherungsbuch das Haus als geteilt angesehen wurde.

c. Das Grundbuch

GB-Heft 18

Die Güterbucheintragungen wurden im Jahre 1900 zusammengefasst. Die zuletzt eingetragenen Eigentümer W1 und W2 wurden nicht als Alleineigentümer der jeweiligen Stockwerksrechte eingetragen, sondern zusammen mit ihren jeweiligen Ehefrauen. Wie oben aufgeführt zeigt sich vorliegend, dass die Güterbücher keineswegs genau nach der materiellen Rechtslage geführt wurden. Die weiblichen Eigentümer wurden, wie die Kaufverträge zeigen, in den Güterbüchern unterschlagen.

Der damalige Grundbuchbeamte übernahm am 24.4.1900 die Eintragungen aus dem Güterbuch als Personalfolium. Das Titelblatt (die Abt. I bei Realfolium) wurde so gestaltet als seien die beiden Eigentumsparteien (Eheleute W1 und W2 je in Errungenschaftsgemeinschaft) je zur Hälfte

an dem Grundstück beteiligt. Der ehemals separat gebuchte Keller taucht im Grundbuch nicht mehr auf. Das im Güterbuch I, 182 eingetragene Wohnungsrecht der E. M. wurde übertragen. In Abt. II ist vermerkt, dieses laste nur an der W1'schen Wohnhaushälfte.

Als Aktennachweisung wird nur die Eintragung im Güterbuch I, 181 aufgeführt. Als Eigentumsnachweis sind die Kaufverträge XIX, 44b und XX, 347 genannt. Der Eintrag I, 182 wurde zwar berücksichtigt, aber als Quelle nicht vermerkt. Der Eintrag I, 183 wurden übergegangen.

Zwischenfazit 2

Das Grundstück Parz. Nr. 100 wurde so gebucht, als sei es nicht in Stockwerkseigentum aufgeteilt, sondern es bestünden Miteigentumsanteile nach § 1008 BGB. Das Grundbuchamt hat entgegen § 20 Abs. 2 VO v. 2.9.1899⁴⁶ die drei Teilrechte nicht in separaten Grundbuchheften gebucht, sondern gem. § 29 VO v. 2.9.1899 in einem Heft. Dies war nicht richtig. Wie oben aufgeführt, hatte der Grundbuchbeamte ein Ermessen, das in diesem Fall allerdings falsch ausgeübt wurde.

GB-Heft 000 (Loseblatt)

Das Grundbuch wurde auf Realfolium umgestellt. Dabei wurde das Grundstück so dargestellt, es sei nicht nach Stockwerken real geteilt worden, sondern, wie in Heft 18, handele es sich um zwei ideelle Miteigentumshälften. Ende der 90-iger Jahre war die Frage virulent, ob denn Stockwerkseigentum vorliege. Das GBA bejahte die Frage, da ein Wohnrecht an einer Hälfte nur dann hätte eingetragen werden können, wenn Stockwerkseigentum vorliegt.

Das Grundbuch wird um den Vermerk ergänzt, es handle sich um Stockwerkseigentum. Der Keller wurde erstmals im Grundbuch aufgenommen. Der Inhalt des Stockwerkseigentums wird textlich knapp umrissen.

Zwischenfazit 3

Das GBA machte die Tatsache, es handele sich um Stockwerkseigentum, daran fest, dass ein Wohnrecht an einer Hälfte eingetragen werden konnte. Weiter wurde gesehen, dass unter den Eigentümern die Stockwerke im Gebäudebrandverzeichnis mit der konkreten Bezeichnung der Räume verteilt sind.

Allerdings bleibt ungeklärt, warum der Grundbuchbeamte den Fehler aus dem Jahre 1900 nicht behob und

die verworrene Situation durch die Anlegung neuer Grundbücher bereinigte. Weiter ist ungeklärt, warum das Grundbuchamt den Klarstellungsvermerk auf wessen Anlass gefertigt hat.⁴⁷ Das aus den Grundakten erhaltene Dokument zeigt nur handschriftliche Notizen, die offenbar den Beschluss v. 19.2.1998 vorbereiteten.

GB-Heft 000 (EDV-Grundbuch)

Die heutige Eintragung weist auf die Tatsache der Begründung von Stockwerkseigentum hin. Wobei den Stockwerkseigentümer wiederum je hälftig die Stockwerke zu gewiesen werden, und die dazu gehörenden Räume. Der Keller wird als im Miteigentum der beiden Eigentümer dargestellt.

Zwischenfazit 4

Das EDV-Grundbuch stellt den Rechtszustand ebenso wie das Loseblattgrundbuch dar, nur in der Form, dass der Vermerk „Stockwerkseigentum“ als Überschrift gehalten ist. Diese Eintragung spiegelt den tatsächlichen Rechtszustand, nämlich dass es sich um drei Stockwerksrechte handelt nicht eindeutig.

► V. Einschätzung

1. Zur Frage der Aufhebung der Gemeinschaft am Grundstück

Wie aufgezeigt war Stockwerkseigentum in Württemberg rechtlich gegeben, so auch am zu begutachtenden Gebäude. Horizontale wie vertikale Aufteilungen waren zulässig. An einzelnen Gelassen⁴⁸ konnte (Voll)Eigentum erworben werden.

Bei den am Besprechungsfall festgestellten Verhältnissen bestanden zumindest bei Anlegung des Grundbuchs insgesamt drei Rechte

Ein **Kellerrecht** (vormals eingetragen Güterbuch I, 183)

im Miteigentum der Streitparteien zu je ½

dem **Stockwerkseigentum im I. Stock** (vormals eingetragene Güterbuch I, 182)

im Alleineigentum der Antragstellerin

dem **Stockwerkseigentum im II. Stock** (vormals eingetragene Güterbuch I, 181)

im Alleineigentum der Antragsgegner

47 S. hierzu OLG Stuttgart v. 7.4.1981 – 8 W 585/80, Rpfleger 1981, 355 (Keine Verpflichtung des GBA zum Eintrag eines Klarstellungsvermerks)

48 Zum Kellerrecht: LG Stuttgart v. 12.7.1984 – 16 S 357/83, BWNotZ 1985, 63 (jedoch offengelassen, ob im Fall Sondereigentum oder eine Art Dienstbarkeit bestand).

46 Fn. 36.

Es besteht „echtes“ Stockwerkseigentum. Die vorgefundenen Unterlagen lassen nur diesen Schluss zu. Die Stockwerke sind real geteilt worden, wobei Quoten in den Kaufverträgen zu je 1/2 ausgeworfen wurden, allerdings den Keller vernachlässigend. Der Inhalt der Stockwerke ist bestimmt. Die verkaufte Hälfte in den Kaufverträgen ist so zu lesen, als werde ein „halbes“ Haus verkauft, nicht 50/100 Miteigentumsanteile. Der Keller konnte (und wurde auch) an Dritte veräußert werden und war zu dem mit einem Mitbenutzungsrecht belegt.⁴⁹

Der Frage ob es um „unechtes“ Stockwerkseigentum handelt, bedarf keiner Klärung mehr. Die heutige Eintragung auf einem Grundbuchblatt ändert hieran nichts. Richtigerweise hätte das GBA OrtX für die drei Teilrechte drei separate Grundbücher anlegen müssen. Es hätte sich schon dann allein an der Grundbuchlage erhellt, dass eine Versteigerung zum Zwecke der Aufhebung ohne Titel unzulässig ist.⁵⁰ Ein Grundstück, aufgeteilt in Stockwerkseigentum, kann ohne Titel nicht nach § 180 ZVG versteigert werden.⁵¹

Inwieweit eine selbstständige Versteigerung nach § 180 ZVG des Kellerrechtes zur Aufhebung der Untergemeinschaft möglich ist, kann nicht abschließend beurteilt werden.⁵² Zunächst müsste dieses Recht im Grundbuch gesondert gebucht werden.⁵³

2. Zur Frage: Ist ein Titel zur Beendigung der Stockwerksgemeinschaft möglich

Württemberg hat im Wege des AGBGB das Stockwerkseigentum geregelt. Ziel war das aus dem Particularrecht stammende Recht zurückzudrängen. Maßgebende Vorschriften sind:

- ▶ **§ 36 Weitergeltung des bisherigen Rechts** (1) Das bisher für das Stockwerkseigentum in Württemberg geltende Landesrecht bleibt in der Fassung der Anlage zu diesem Gesetz in Kraft und gilt künftig auch für das nach badischem Landesrecht begründete Stockwerkseigentum
- ▶ **Artikel 229 Untergang des Gebäudes** Beim Untergang des Gebäudes verwandelt sich das bisherige Sondereigentum an den einzelnen Gebäudeteilen in

Miteigentum an der Grundfläche. Dasselbe gilt bei teilweisem Untergang, sofern eine Wiederherstellung des früheren Zustandes untunlich ist.

- ▶ **Artikel 230 Voraussetzung der Aufhebung** Ein Stockwerkseigentümer kann die Aufhebung des Stockwerkseigentums verlangen, wenn die Verhältnisse in dem Gebäude so unhaltbar geworden sind, daß ihm die Weiterführung des Stockwerkseigentums nicht mehr zugemutet werden kann
- ▶ **Artikel 231 Durchführung der Aufhebung** (1) Die Aufhebung des Stockwerkseigentums erfolgt durch Verkauf des ganzen Gebäudes im Wege der Zwangsversteigerung und durch Teilung des Erlöses im Verhältnis des Werts der Stockwerksrechte. ...

Das Gutachten kam zum Ergebnis, dass eine Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Stockwerksgemeinschaft im Ganzen grundsätzlich zulässig ist.

Der die Aufhebung begehrende Stockwerkseigentümer hat jedoch gegen den anderen die besonderen Voraussetzungen der Aufhebung im Wege einer Feststellungsklage geltend zu machen.⁵⁴ Hätte das Vollstreckungsgericht sofort entschieden, es liege Stockwerkseigentum vor, hätte der Antrag der Gemeinde kostenpflichtig zurückgewiesen werden müssen.

Nachdem aber das Verfahren bereits lief und dem Vollstreckungsgericht Erkenntnisse vorlagen, dass ein Versteigerungsanspruch in Form der desolaten Gebäudesubstanz vorlag, konnte der Antragstellerin aufgegeben werden, innerhalb einer angemessenen Frist, gegen die Antragsgegner einen geeigneten Titel vorzulegen, was auch geschah.⁵⁵ Das einstweilen eingestellte Verfahren konnte gegen die Antragsgegner nach deren Verurteilung zur Duldung der Vollstreckung fortgeführt werden.

▶ VI. Besonderheiten beim Stockwerkseigentum

1. Vorkaufsrecht

Art. 228 Anlage zum AGBGB BW räumt beim Verkauf oder bei der Zwangsversteigerung den anderen Stockwerkseigentümern in bestimmten Fällen ein Vorkaufsrecht ein. Dieses ist bei der notariellen Beurkundungspraxis, als auch bei der Versteigerung⁵⁶ eines Stockwerkseigentums beachtlich.

⁵⁴ Zur Aufhebung nach Württ. Recht: Mayer, WürttZ 74 (1932), 65.

⁵⁵ AG Künzelsau v. 16.6.2021 – 1 C 87/91 in diesem Heft 105, rechtskräftig.

⁵⁶ Sei es wegen einer Forderungsversteigerung oder zur Auflösung an einem Stockwerkseigentum, das im Eigentum mehrerer Personen steht.

⁴⁹ Dieses Konstrukt findet sich heute wieder bei Eigentumswohnanlagen, wo separate Keller- oder Hobbyräume, wenn separat gebucht, sonderrechtsfähig sind.

⁵⁰ OLG Stuttgart v. 27.3.1907, OLG 15, 292.

⁵¹ Für alle: Steiner/Eickmann/Hagemann/Storz, *Teufel*, ZVG, 9. Aufl. Bd. I 1984, Bd. II 1986, § 181, Rz. 68, 69; Stöber/*Kiderlen*, ZVG, 22. Aufl., § 180 Rz. 135.

⁵² Ist grundsätzlich möglich, wenn ein Stockwerkseigentum im Miteigentum stehend: Stöber/*Kiderlen*, § 180 Rz. 136.

⁵³ Zu Bayern s. LG Amberg v. 13.10.1993 – 23 S 222/93, MittBayNot 1994, 45.

Das Vorkaufsrecht bestimmt sich nach den Vorschriften der §§ 1096-1098, und § 1102 BGB entsprechend (Art. 228 Abs. 2 AGBGB BW). Im Falle der Zwangsversteigerung hat der andere (bzw. die weiteren) Stockwerkseigentümer ein Zugriffsrecht vor dem Meistbietenden:

► **Art. 228 Abs. 3 AGBGB BW** Das Vorkaufsrecht erstreckt sich auch auf einen Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung oder durch den Konkursverwalter. Im Falle der Zwangsversteigerung darf der Zuschlag nicht vor Ablauf der für die Ausübung des Vorkaufsrechts geltenden Frist erteilt werden, es sei denn, daß der Vorkaufsberechtigte sein Recht vorher ausgeübt oder dem Vollstreckungsgericht gegenüber erklärt hat, es nicht ausüben zu wollen.

Der Gesetzgeber verwendet mit wenig Verständnis für das ZVG das Wort Verkauf im Wege der Zwangsversteigerung,⁵⁷ gemeint hat er wohl die *Veräußerung* im Wege der Zwangsversteigerung.⁵⁸ Bei Aufruf zur Abgabe von Geboten ist auf das gesetzliche Vorkaufsrecht nach Art. 228 AGBGB BW hinzuweisen. Wie dem Berechtigten das Ergebnis der Versteigerung angezeigt werden soll, findet sich in der einschlägigen Kommentarliteratur soweit ersichtlich nicht.

Wie der Ersteher das Vorkaufsrecht in der Zwangsversteigerung ausübt, ist ebenfalls wenig behandelt. Ist der Berechtigte im Versteigerungstermin anwesend, kann in analoger Anwendung von § 81 Abs. 2 ZVG eine sofortige Erklärung im Versteigerungstermin zu Protokoll möglich sein. Erklärt sich der Berechtigte nicht, ist ihm mündlich zu eröffnen und zu protokollieren, dass er mit seinem Recht ausgeschlossen wird, wenn er nicht innerhalb von drei Wochen, das Vorkaufsrecht (besser: das Recht auf Eintritt in den Zuschlagsbeschluss) ausübt.

Der Verfasser regt an, dem/den im Termin nicht anwesenden Berechtigten mit Zustellungsurkunde einen Entwurf des Zuschlagsbeschlusses zu übersenden. Hieraus erkennt der Berechtigte das Meistgebot sowie die Versteigerungsbedingungen (bestehende bleibende Rechte etwa) und an wen der Zuschlag erteilt werden würde. Weiter ist der Berechtigte darüber zu informieren, dass er sein Recht des Zugriffs auf das Stockwerkseigentum verliert, wenn er nicht innerhalb von drei Wochen ab Zustellung das Vorkaufsrecht ausübt.

57 Dies offensichtlich wohl deshalb, weil in Württemberg die Versteigerung sehr stark an einem Verkauf orientiert war. Einen tiefen Einblick ins damalige Subhastationsrecht gibt OLG Stuttgart v. 21.12.1893 i.S. Hettinger c. Beitinger, JWürrtR 1894, 251 (statt des AZ wurden die Parteien genannt).

58 S. heutiges Pendant zum Stockwerkseigentum: § 17 Abs. 4 WEG.

Sofern der Berechtigte die Ausübung des Vorkaufrechtes nicht im Termin erklärt, sollte die Erklärung analog § 81 Abs. 2 und 3 ZVG mittels einer öffentlich beglaubigten Beurkundung erfolgen. Im Falle der Ausübung des Vorkaufsrechts dürfte der Meistbietende im Gegensatz zu § 81 Abs. 4 ZVG von einer Haftung aus dem Zuschlag an den Berechtigten frei werden.

Verkaufen sämtliche Stockwerkseigentümer ihre Rechte in einer Verkaufsurkunde an einen Dritten, kann darin ein Verzicht auf das gegenseitige Vorkaufsrecht gesehen werden.⁵⁹ Ergänzend kann aufgenommen werden, dass die Veräußerer in der Vertragsurkunde auf das bestehende Vorkaufsrecht hinsichtlich des anderen Stockwerkseigentum widerrufslos verzichten.

Offenbar hatte die Gemeinde das Stockwerkseigentum vom vormaligen Stockwerkseigentümer M.M. als Schenkung mit Abrissaufgabe erhalten, wie sich aus den Gründen des AG Künzelsau ergibt.⁶⁰ Quasi als obiter dictum befindet das AG, leider ohne Begründung, dass das eine Schenkung mit Abrissaufgabe, keine Umgehung und somit Aushebelung des Vorkaufsrechts des anderen Stockwerkseigentümer auslöst.

2. Aufhebung durch Vereinigung

Vereinigen sich ein oder mehrere Stockwerkseigentumsrechte in einer Person, geht dieses als solches unter.⁶¹ Wie in der rechtsgeschäftlichen Beurkundung,⁶² hat das Vollstreckungsgericht allgemein auf die Folgen des Zusammentreffens hinzuweisen, falls ein bereits eingetragener Stockwerkseigentümer per Zuschlag ein weiteres erwirbt. Einen Berichtigungsantrag seitens des Erstehers, analog zum Fall des rechtsgeschäftlichen Erwerbers, wie ihn Ott sieht,⁶³ vermag der Verfasser nicht erkennen. Es ist Aufgabe des Vollstreckungsgerichts das Grundbuchsachen entsprechend zu formulieren.

Wird die Auflösung der Gesamtgemeinschaft aus einem Titel im Wege der Zwangsversteigerung betrieben, kommen zur Versteigerung nicht mehr die getrennt gebuchten Stockwerkseigentumsrechte, sondern das unaufgeteilte Grundstück, wie bei „Normaleigentum“. Das Vollstreckungsgericht darf nur ein Gesamtausgebot auswerfen.⁶⁴

59 So im eigenen Fall des Verfassers. Die Notarin verband die beiden Kaufverträge (Stockwerkseigentum des Verfassers sowie des weiteren Stockwerkseigentümers) zu einer zusammenhängenden Angelegenheit.

60 AG Künzelsau v. 16.6.2021 – 1 C 87/91 in diesem Heft 105, rechtskräftig.

61 Instrukтив Ott, BWNotZ 2021, 10.

62 Ott, BWNotZ 2021, 10 (11).

63 Ott, BWNotZ 2021, 10 (11).

64 BGH v. 7.5.2009 – V ZB 12/09, NotBZ 2009, 279; für viele Schneider/Becker, ZVG 2020, § 180 Rz. 207.

Einzelangebote auf die noch bestehenden Stockwerkseigentumsrechte würde das Begehren auf Auflösung der Gemeinschaft am Grundstück konterkarieren. Mit dem Zuschlag, der gemäß § 90 ZVG dem Ersteher außerhalb des Grundbuchs sofortiges Eigentum verschafft, gehen die vormaligen Stockwerkseigentumsrechte kraft Gesetzes sofort unter, im Gegensatz zum rechtsgeschäftlichen Erwerb, hier erst mit Eintragung des Erwerbers.⁶⁵ Das Vollstreckungsgericht hat beim Grundbuchersuchen nach § 130 ZVG die Schließung der Stockwerkseigentumsbücher zu ersuchen. Ob der Ersteher zuerst als Eigentümer in die vormaligen Stockwerkgrundbücher, unter Hinweis, dass das Stockwerkseigentum erloschen ist, einzutragen ist und das GBA diese Bücher dann schließt, oder ob sofort ein neues Grundbuch anzulegen ist, vermag der Verfasser nicht zu beantworten.

Im Besprechungsfall, wo beide Stockwerkseigentumsrechte bereits an einer Grundbuchstelle eingetragen sind, dürfte die Eintragung des Erstehers mit gleichzeitiger Löschung des Vermerks über das Stockwerkseigentum problemlos sein.

3. Untergang des Gebäudes

Auch beim Untergang des Gebäudes geht das jeweilige Eigentum an den zugewiesenen Gebäudeteilen unter. Die bisherigen Stockwerkseigentümer werden zu „normalen“ Bruchteilern degradiert. Jedoch so klar wie das Gesetz definiert ist die Sache nicht. Ob das Gebäude teilweise oder im Ganzen oder doch nicht untergegangen ist, darüber kann trefflich gestritten werden. Letztlich kann erst vor dem Prozessgericht die Frage geklärt werden, ob

wegen des Untergangs des Gebäudes, die Stockwerkseigentumsrechte erloschen sind und damit eine Versteigerung des Gesamtgrundstückes möglich ist.⁶⁶

In der notariellen Praxis sollte Art. 229 AGBGB BW im Auge behalten werden. Stockwerkseigentum zeigt sich baualtersbedingt nicht immer auf dem laufenden Stand der Gebäudeerfordernisse. Die Vertragsschließenden sollten darauf hingewiesen werden, dass je nach Gebäudezustand kein Stockwerkseigentum, sondern Bruchteilseigentum erworben wird. Interessant wäre die Frage, wenn das GBA von der völligen Zerstörung des Gebäudes Kenntnis erlangt, ob die Stockwerkseigentümer zur Grundbuchberichtigung angehalten werden können.

► VII. Fazit

Der Fall eröffnete einen Einblick in die Rechtsgeschichte des Württ. Particularrechts. Besonders wertvoll waren die historischen Unterlagen zum einen zur Verfügung gestellt vom zuständigen Kreisarchiv, zum anderen vom zentralen Grundbucharchiv, Kornwestheim, das die Unterlagen der gut über 700 aufgelösten regionalen Grundbuchämter verwahrt.

Stockwerkeigentum ist gerade in Städten mit historischem Stadtkern noch ordentlich vorhanden.⁶⁷ Die Befassung damit seitens der Notare, der Vollstreckungs- sowie der Prozessgerichte und auch der Grundbuchämter wird noch längere Zeit fortauern.

⁶⁵ Ott, BWNotZ 2021, 10.

⁶⁶ So wie im Fall hier, AG Künzelsau v. 16.6.2021 – 1 C 87/91 in diesem Heft 105, rechtskräftig.

⁶⁷ S. Jung, Altrechtliches Stockwerkseigentum und Datenbankgrundbuch, Rpfleger 2020, 425-428.

Schwerpunktreihe Nachfolgeplanung

Von Andreas Panz¹, Markus Schenk² und Martina Weisheit³

Das aktuelle Thema unserer in regelmäßigen Abständen erscheinenden Übersicht einer natürlich subjektiv geprägten Auswahl für den Bereich der Nachfolgeplanung interessanter Themen aus dem Zivil- und Steuerrecht sind Versorgungsleistungen. Die Autoren sind allesamt schwerpunktmäßig im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge tätig.

Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen

Für viele ist die Versorgung naher Angehöriger ein wichtiges Anliegen. Dabei steht heutzutage nicht mehr die Versorgung mit Naturalien im Vordergrund, sondern vielmehr die Entrichtung wiederkehrender finanzieller Leistungen bis zum Eintritt anderer Existenzsicherungsbeträge (z.B. Regelaltersrente) oder auf Lebenszeit der Übergeber. Ein Instrument, mit dem dies verwirklicht werden und der Leistende dabei auch noch mit abzugsfähigen Sonderausgaben Steuern sparen kann, sind Versorgungsleistungen. Es handelt sich dabei um eine Schenkung bestimmter privilegierter Gegenstände gegen lebenslange und wiederkehrende Zahlungen. Sie bewirken (wenn die weiteren Voraussetzungen gegeben sind) beim Empfänger und Schenker (häufig den Eltern) keinen Veräußerungserlös, sondern steuerpflichtige laufende Einkünfte (aus sonstigen Bezügen) i. S. d. § 22 Nr. 1a EStG und beim Leistenden und Beschenkten (häufig dem/den Kind(ern)) abziehbare Sonderausgaben in derselben Höhe. Bei der Schenkungsteuer erfolgt ein Abzug wie bei einem Nießbrauch, d. h. der Jahreswert wird kapitalisiert.⁴ Allerdings ist die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen erbschaftsteuerlich dem Vorbehaltsnießbrauch insoweit überlegen, als sowohl die Versorgungslast als auch mit dem

Gegenstand der Vermögensübergabe verbundene Verbindlichkeiten bereicherungsmindernd abgezogen werden können.⁵

Die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen bietet sich insbesondere an, wenn das übertragene Vermögen ausreichend hohe Erträge abwirft und der Übergeber sich bewusst ist und akzeptiert, dass er - anders als beim Nießbrauch - keinen direkten Einfluss mehr auf den übergebenen Betrieb ausüben kann.

1. Rechtliche Rahmenbedingungen

1.1 Rechtliche Vereinbarung der Leistung

Aufgrund der dispositiven Natur des zivilrechtlichen Leibrentenbegriffs gem. §§ 759 ff. BGB ist es möglich, die zivilrechtliche Gestaltung an den steuerrechtlichen Anforderungen auszurichten, wobei folgende Aspekte zu berücksichtigen sind:

1. Regelmäßig wird in Abweichung von § 759 Absatz 2 BGB eine monatlich vorschüssige Zahlungsweise vereinbart. Dies ist zulässig, allerdings ist insoweit Vorsicht geboten, wenn die Bezugsdauer von der Lebensdauer des Begünstigten abweichen soll, da dies u.U. die Anerkennung als steuerliche Versorgungsrente gefährdet.⁶
2. Sofern die Leistung an mehrere Berechtigte (z.B. die Eltern) erfolgen soll, ist danach zu differenzieren, ob der Anspruch
 - a) diesen als Gesamtgläubiger zustehen soll⁷, sodass die Leistung an beide Berechtigten zusammen oder auch an einen der beiden Berechtigten erfüllt werden kann, wobei bei Ableben eines Berechtigten dem überlebenden Teil die Versorgungsrente ungeschmälert allein zusteht,

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

2 Markus Schenk ist Rechtsanwalt und Steuerberater und als Partner bei Seibert Link, Stuttgart, im Bereich Vermögens-/Unternehmensnachfolge tätig.

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

4 Zu Kapitalisieren nach der jährlich neu bekanntgegebenen Tabelle gem. § 14 Absatz 1 Satz 4 BewG, wobei der dort angegebene rel. hohe Abzinsungszinssatz von 5,5 % für das Zivilrecht nicht bindend ist; so auch *Gehse*, RNotZ 2009, 361, 375.

5 Seit dem 29.12.2020 gelten allerdings die Abzugsbeschränkungen des § 10 Abs. 6 S. 5 - 10 ErbStG bei dem Erwerb (teilweise) steuerbefreiten Vermögens im Zusammenhang mit dem Abzug von Zugewinnausgleichs-, Pfichtteils- und allgemeinen Nachlassverbindlichkeiten.

6 BFH, 31. August 1994, BStBl. 1996 II, S. 676.

7 Steuerlich vorzugswürdige Gestaltung, da in diesem Fall beide Berechtigte steuerbare Einkünfte nach § 22 EStG erzielen, die im Innenverhältnis beiden je zur Hälfte zugerechnet werden, sodass der Altersentlastungsfreibetrag und die Grundfreibeträge bei beiden Empfängern ausgenutzt werden können.

b) oder zunächst einem Empfänger allein zugutekommen und erst nach dessen Ableben beim überlebenden Teil originär neu entstehen soll. In diesem Fall ist mit aufschiebend bedingten weiteren Rechten zu arbeiten.

3. Hinsichtlich der Höhe der wiederkehrenden Leistungen besteht die Möglichkeit, diese an die Geldentwertung anzupassen. Neben Leistungsbestimmungsvorbehalten⁸ und Spannungsklauseln⁹ werden in der Praxis Wertsicherungsklauseln (sog. „Gleitklausel“ bzw. „Preisklausel“) verwendet. Dabei erfolgt eine automatische Anpassung an vertragsfremde Bezugsgrößen (Lohn-/Gehaltsklauseln¹⁰) bzw. Lebenshaltungskostenindizes. Solche sind seit dem Inkrafttreten des Preisklauselgesetzes am 14. September 2007 ohne weitere Genehmigung zulässig, wobei die Beteiligten selbst prüfen müssen, ob die gesetzlichen Voraussetzungen vorliegen, weswegen ein Verstoß erst ab dessen rechtskräftiger Feststellung (und für die Zukunft) zur Unwirksamkeit führt.¹¹ Zulässig sind dabei hinreichend bestimmte, in beide Richtungen dynamische und proportional zur Bezugsgröße wirkende Preisklauseln unter den weiteren Voraussetzungen des § 3 PreisklauselG.

Regelungsbedarf besteht daher

- a) hinsichtlich des maßgeblichen Preisindex¹²,
- b) ob die Anpassung automatisch oder erst nach (schriftlicher) Geltendmachung erfolgt,
- c) ob eine solche Geltendmachung als Fälligkeits- oder aber als Entstehensvoraussetzung vereinbart ist,
- d) wie mit etwaigen Rückständen bei Versterben umgegangen wird¹³,
- e) ob erst ab einer bestimmten Mindestveränderung („Toleranzschwelle“) eine Anpassung verlangt werden kann,
- f) ob die Anpassung dann jeweils unmittelbar oder aber nur in bestimmten Zeitabständen¹⁴ verlangt werden kann.

8 Leistungsbestimmungsvorbehalte führen bei einer Änderung bestimmter Vergleichsgrößen zu einer Verhandlungspflicht, nicht zu einer automatischen Betragsanpassung, unterliegen jedoch keinem Preisklauselverbot.

9 Danach steht die Höhe der Zahlungsverpflichtung in einem bestimmten festen Verhältnis zur gewählten Bezugsgröße, wobei die Bezugsgröße mit der wertgesicherten Gegenleistung gleichartig oder zumindest vergleichbar sein muss (z.B. bei Strompreisveränderung, Koppelung zw. Miet-/Pachthöhe und Grundstücksertrag).

10 Wegen der vielfältigen Zu-/Abschläge relativ schwierig zu fassen.

11 § 8 PreisklauselG.

12 In Betracht kommt dabei der „Verbraucherpreisindex für Deutschland (VPI)“ auf der jeweils aktuellen Originalbasis.

13 Vererblich oder aufschiebend bedingter und befristeter Erlass?

14 z.B. Anlehnung an § 9a ErbbauRG jeweils alle drei Jahre.

Darüber hinaus musste jedenfalls zur Erfüllung der steuerlichen Mindestvoraussetzungen einer dauernden Last für Rechtsvorgänge vor dem 31. Dezember 2007 die materielle Abänderbarkeit analog § 323 ZPO (nun: § 239 FamFG bzw. § 323a ZPO (analog)) vereinbart werden. Dabei wird regelmäßig eine mind. 10%-ige Veränderung des Kriteriums Voraussetzung sein, ferner bedarf es der ausdrücklichen Einigung¹⁵ über den neuen Zahlbetrag (Anpassung erfolgt nicht automatisch i.S.e. Änderung des Schuldinhalts).

1.2 Absicherung der Zahlungsverpflichtung

Gesichert werden kann die Zahlungsverpflichtung neben der sogleich dargestellten dinglichen Sicherung mittels Reallast oder Grundschuld durch Vollstreckungsunterwerfung (§ 794 Absatz 1 Nr. 5 ZPO) hinsichtlich des einzelnen, aus dem Stammrecht fließenden Zahlungsanspruchs oder aber betreffend die jeweilige Zahlungsverpflichtung in ihrer abänderlichen Höhe. Dabei muss der erfasste Anspruch in der Vollstreckungsunterwerfung ausreichend bezeichnet sein und aus der Urkunde i.V.m. allgemein zugänglichen öffentlichen Daten ermittelt werden können.

Alternativ besteht die Möglichkeit, ein abstraktes Schuldanerkenntnis in einer ziffernmäßig bestimmten Höhe aufzunehmen, weswegen die Vollstreckungsunterwerfung erklärt werden kann.

Sofern sich im übergebenen Vermögen Grundbesitz befindet, wird zur dinglichen Absicherung üblicherweise eine Reallast bestellt, wobei Reallast und die schuldrechtliche Zahlungsverpflichtung durch eine Sicherungsabrede miteinander verknüpft sind, die auch verdinglicht werden kann, sodass die gegenseitige Anrechnung der Zahlung aus der schuldrechtlichen Rentenverpflichtung und den dinglichen Ansprüchen aus der Reallast als Leistungsverweigerungsrecht im Wege einer Einrede bei der grundbuchlichen Reallast eingetragen wird.

Für die wiederkehrenden Leistungen i.S.d. § 1105 BGB ist zwar nicht Voraussetzung, dass diese in regelmäßigen Abständen wiederkehren, allerdings muss es sich um mehrere Leistungen handeln¹⁶. Reallastfähig sind hierbei aufgrund der gesetzlichen Normierung in § 1105 Absatz 1 Satz 2 BGB auch Wertsicherungsvereinbarungen, sofern die „Bestimmbarkeit“ gewährleistet ist. Werden diese Voraussetzungen nicht eingehalten, besteht die Möglich-

15 Zur steuerlichen Anerkennung (BMF, 2. August 2011 - IV C 3 - S. 2221/09/10031, ErbStB 2011, 338) bedarf es ferner der gemeinsamen schriftlichen Niederlegung (Dokumentationspflicht).

16 Einmalige Leistungen sind allenfalls dann reallastfähig wenn sie wiederkehrende Leistungen ergänzen.

keit, die dingliche Sicherung lediglich auf den jeweils vereinbarten Ausgangsbetrag zu beschränken und die Anpassungsverpflichtung ergänzend durch Vormerkung zu sichern, oder aber die dingliche Sicherung über eine Grundschuld, deren Höhe der kapitalisierten voraussichtlichen Gesamtzahlungssumme entsprechen sollte, zu suchen.

2. Steuerliche Voraussetzungen

Geregelt sind Versorgungsleistungen in § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG. Aufgrund der gesetzlichen Regelung durch das JStG 2008 geht die bisherige Unterscheidung zwischen *Renten* und *dauernden* Lasten verloren, sodass, soweit die sonstigen Voraussetzungen erfüllt sind, stets in voller Höhe eine sonderausgabenabzugsfähige Zahlung vorliegt. Die Auffassung der Finanzverwaltung zu den Regelungen findet sich gebündelt im sog. Rentenerlass.¹⁷

Das Gesetz regelt in § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG, dass Sonderausgaben auf besonderen Verpflichtungsgründen beruhende, lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen sind, die nicht mit Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen, die bei der Veranlagung außer Betracht bleiben, wenn der Empfänger unbeschränkt einkommensteuerpflichtig ist. Erfolgt die Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen i.S.d. § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG, erfolgt die Übertragung unentgeltlich. Damit entsteht in der Person des Schenkers kein einkommensteuerlich zu erfassender Veräußerungsgewinn und der Beschenkte führt die Anschaffungs- und Herstellungskosten des Schenkers fort (§ 6 Absatz 3 EstG, § 11d EStDV).

2.1 Anforderungen an den Versorgungsvertrag

Auf besonderen Verpflichtungsgründen beruht die Zahlungsverpflichtung dabei, wenn sie durch einen privaten Vertrag oder eine letztwillige Verfügung begründet ist. Es muss sich um eine wirksame, klare, eindeutige und ernsthafte Vereinbarung handeln, die vertragsgemäß auch tatsächlich durchgeführt wird. Der Umfang des übertragenen Vermögens, die Höhe der Versorgungsleistungen und die Zahlungsmodalitäten müssen darin festgelegt sein.¹⁸

2.2 Lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen

Lebenslange und wiederkehrende Versorgungsleistungen laufen dabei ab Vermögensübergabe bis zum Tod

des Empfängers; die Leistung muss weder zeitlich regelmäßig, noch der Höhe nach gleichmäßig, aber auf einem einheitlichen Rechtsgrund beruhend laufend erbracht werden.¹⁹ Zeitlich begrenzte Leistungen sind keine Versorgungsleistungen.

2.3 Empfänger des übertragenen Vermögens

Das übertragene Vermögen muss an Abkömmlinge, gesetzlich erbberechtigte entferntere Verwandte des Übergebers²⁰ und kann ausnahmsweise auch an familienfremde Dritte²¹ gehen.²²

2.4 Empfänger der Versorgungsleistungen

Als Empfänger kommen der Übergeber, dessen Ehegatte bzw. eingetragener Lebenspartner und die gesetzlichen erb- und pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge des Übergebers in Betracht. Sie müssen zum Generationennachfolgeverbund gehören. Eltern des Übergebers können Empfänger der Versorgungsleistungen sein, wenn der Übergeber das übergebene Vermögen seinerseits von den Eltern im Wege der Vermögensübertragung im Zusammenhang mit Versorgungsleistungen erhalten hat.²³ Nicht dazu zählen familienfremde Dritte, wie die langjährige Haushälterin, der Lebensgefährte/die Lebensgefährtin oder Mitarbeiter im Betrieb.²⁴

2.5 Keine steuerfreien Einkünfte

Die Leistungen dürfen nicht mit steuerfreien Einkünften in wirtschaftlichem Zusammenhang stehen und der Empfänger muss unbeschränkt einkommensteuerpflichtig sein. Eine EU/EWR-Steuerpflicht genügt auch.²⁵

2.6 Privilegiertes Übertragungsobjekt

§ 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG gilt nur für Versorgungsleistungen im Zusammenhang mit der Übertragung

a) eines Mitunternehmeranteils an einer Personengesellschaft, die eine Tätigkeit im Sinne der §§ 13, 15 Absatz 1 Satz 1 Nummer 1 oder des § 18 Absatz 1 ausübt. Gewerblich geprägte Personengesellschaften i. S. d. § 15 Absatz 3 Nr. 2 EStG ohne Tätigkeit nach § 15 Absatz 1 Satz 1 Nr. 1 sind ausgeschlossen.

b) eines Betriebs oder Teilbetriebs. Teilbetrieb muss dabei ein einheitlicher, organischer und selbständig lebens-

¹⁷ BMF, Schreiben betr. einkommensteuerrechtliche Behandlung von wiederkehrenden Leistungen im Zusammenhang mit einer Vermögensübertragung vom 11. März 2010, IV C 3 – S 2221/09/10004, BStBl. I 2010 S. 227.

¹⁸ vgl. RentenerlassTz. 59 bis 64.

¹⁹ vgl. RentenerlassTz. 56.

²⁰ BFH, Urteil vom 16. Dezember 1993, X R 67/92, BStBl. 1996 II S. 669.

²¹ BFH, Urteil vom 16. Dezember 1997, IX R 11-94, BStBl. 1998 II S. 718.

²² vgl. RentenerlassTz. 4.

²³ BFH, Urteil vom 23. Januar 1997, IV R 54/96, BStBl. II S. 458

²⁴ vgl. RentenerlassTz. 50.

²⁵ vgl. RentenerlassTz. 53.

fähiger Organismus in Abgrenzung zu einzelnen Wirtschaftsgütern sein.²⁶

- c) eines mindestens 50 Prozent betragenden Anteils an einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung, wenn der Übergeber als Geschäftsführer tätig war und der Übernehmer diese Tätigkeit nach der Übertragung übernimmt.

Das konkrete Übertragungsobjekt muss ausreichend ertragbringend sein. Die Versorgungsleistungen dürfen nicht höher sein, als der langfristig erzielbare, künftige Durchschnittsertrag des übergebenen Vermögens. Aus Vereinfachungsgründen kann zur Ermittlung des durchschnittlichen Ertrags auf die Gewinne des Jahres der Vermögensübertragung und der beiden vorangegangenen Jahre abgestellt werden. Ergibt sich aus dieser Vergangenheitsbetrachtung kein ausreichender Ertrag, kann der Übernehmer ausreichende Erträge für die Zukunft durch Steuererklärung nachweisen. Für diesen Fall sind vorläufige Steuerfestsetzungen gemäß § 165 AO durchzuführen.²⁷

Wird ein Unternehmen i. S. d. §§ 13, 15 oder 18 EStG, ein Teilbetrieb oder ein Mitunternehmeranteil übertragen, besteht die widerlegbare Vermutung, dass die Erträge ausreichen, um die wiederkehrenden Leistungen in der vereinbarten Höhe zu erbringen. Dasselbe gilt bei Übertragung qualifizierter GmbH-Anteile.²⁸

Außerhalb dieser vorstehenden Beweiserleichterung sind zur Ermittlung der maßgebenden Erträge die auf der Grundlage des steuerlichen Gewinns ermittelten Erträge zuzüglich Absetzungen für Abnutzung, erhöhte Absetzungen und Sonderabschreibungen sowie außerordentliche Aufwendungen heranzuziehen.²⁹

Die folgenden aktuellen Urteile des IX. und X. Senats beschäftigen sich mit den o.g. Tatbestandsmerkmalen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen.

3. Aktuelle Rechtsprechung zu Versorgungsleistungen

3.1 BFH, Urteil vom 29.09.2021: Übertragung eines Vermietungsobjekts des Privatvermögens gegen Versorgungsleistungen³⁰

Eine vermietete Immobilie zählt nicht zu den privilegierten Übertragungsobjekten, die für den Ansatz von Versor-

gungsleistungen in Betracht kommen. Die Finanzverwaltung geht bei der Übertragung von nicht nach § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG (bzw. vorgehend § 10 Absatz 1 Nr. 1a EStG a. F.) begünstigtem Vermögen gegen Versorgungsleistungen von einer (teil)entgeltlichen Übertragung aus.³¹ Der BFH stimmt nun - anders als die Vorinstanz - der Finanzverwaltung zu.

Wird Vermögen, das nicht in den Anwendungsbereich des § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG fällt, gegen Versorgungsleistungen übertragen, geht der BFH wie die Finanzverwaltung von einer (teil)entgeltlichen Übertragung aus mit der Folge, dass die Versorgungsleistungen in Höhe des Barwerts als Anschaffungskosten und in Höhe des Zinsanteils als Werbungskosten zu berücksichtigen sind.

Die Übertragung von Vermögen gegen Versorgungsleistungen ist laut BFH nur dann als unentgeltlich zu werten, wenn das Vermögen in den Anwendungsbereich der Sonderregelung nach § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG fällt. Die Übertragung von nach dieser Vorschrift nicht begünstigtem Vermögen gegen Versorgungsleistungen ist demnach ertragsteuerlich eine (teil)entgeltliche Leistung. Damit bestätigt der BFH die durch die Finanzverwaltung vertretene Auffassung. Erfolgt die Übertragung (teil)entgeltlich, kann in der Person des Schenkers ein steuerpflichtiger Veräußerungstatbestand i.S.d. §§ 17, 20, 23 EStG erfüllt sein. Dabei wird bei Teilentgeltlichkeit bei der Gewinnermittlung das Rechtsgeschäft in einen entgeltlichen und unentgeltlichen Teil aufgeteilt und in diesem Verhältnis die den Veräußerungsgewinn mindernden Anschaffungskosten ins Verhältnis gesetzt (sog. Trennungstheorie). Der Beschenkte hat bzgl. des entgeltlichen Teils erhöhte Anschaffungskosten, welche sich über Abschreibungen auf abnutzbare Wirtschaftsgüter oder ansonsten bei einer Veräußerung steuermindernd auswirken. Er führt hinsichtlich des unentgeltlichen Teils die AfA-Bemessungsgrundlage und die Veräußerungsfrist des Rechtsvorgängers fort.

Im Streitfall wurde ein vermietetes Mehrfamilienhaus gegen Zahlung einer Leibrente übertragen. Nach Auffassung des BFH sind die Zahlungen in Höhe des Barwerts als Anschaffungskosten und in Höhe des nach § 22 Absatz 1 Satz 3 Buchst. a Doppelbuchst. bb EStG ermittelten Zinsanteils als Werbungskosten (§ 9 Absatz 1 Satz 3 Nr. 1 Satz 2 EStG) bei den Vermietungseinkünften zu berücksichtigen. Verfassungsrechtliche Bedenken gegen den nur anteiligen Sofortabzug als Werbungskosten gegenüber dem vollen Sonderausgabenabzug bei einer

²⁶ Vgl. R 16 Abs. 3 EStR.

²⁷ vgl. Rentenerlass Tz. 27, 34 und 35.

²⁸ vgl. Rentenerlass Tz. 29.

²⁹ vgl. Rentenerlass Tz. 32.

³⁰ BFH, Urteil vom 29.09.2021, IX R 11/19, DStR 2022, 28.

³¹ Vgl. Rentenerlass Tz. 21, 57 und 65.

Vermögensübertragung nach § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG weist der BFH zurück, da im Steuerrecht zur Bewältigung unzähliger Fälle eine Typisierung und Vereinfachung zulässig sei. Zivilrechtlich handele es sich zwar um eine Schenkung unter Auflage. Allerdings sei diese Einordnung einkommensteuerlich nicht vollständig nachzuvollziehen, da in der Systematik des Einkommensteuerrechts der Beschenkte aus seinem Vermögen Aufwendungen zu tätigen habe, um die Rentenverpflichtung zu erfüllen und den Gegenstand zu erwerben.

Die Entscheidung bestätigt die Auffassung der Finanzverwaltung und schafft Rechtssicherheit für die Praxis.

3.2 BFH, Urteil vom 16.06.2021: Wiederkehrende Zahlungen durch letztwillige Verfügungen³²

Die Rechtsprechung³³ ist der Auffassung, dass eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen auch dann vorliegen könne, wenn eine begünstigte Wirtschaftseinheit i.S.d. § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG durch letztwillige Verfügung auf den Erwerber übergehe und dieser mit einer Versorgungsverpflichtung auf die Dauer des Lebens des Berechtigten belastet werde:

Dies gelte aber nur unter bestimmten Einschränkungen. Wie bei lebzeitigen Vermögensübergaben gegen Versorgungsleistungen sei ein persönliches Näheverhältnis gerade auch bei erbrechtlichen Erwerben zu fordern, die mit Versorgungsverpflichtungen gegenüber Dritten belastet sind.

Daher setzen BFH und ihm folgend die Finanzverwaltung³⁴ voraus, dass der Vermögensübergeber (Erblasser) Versorgungsleistungen für solche Personen vorbehält, die ihm gegenüber erb- und pflichtteilsberechtigt sind. Dies sind in erster Linie der überlebende Ehepartner und Kinder (sog. Generationennachfolgeverbund).

Bislang ungeklärt jedoch die Rechtslage, wenn bei Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft der eine begünstigte Wirtschaftseinheit erwerbende Vorerbe für die Dauer der Vorerbschaft mit einer Versorgungsverpflichtung zugunsten des dem Generationennachfolgeverbund zugehörigen Nacherben belastet ist.

Hierüber hat der BFH nun mit aktuellem Urteil entschieden. In dem Urteil ging es um die Streitjahre 2014–2016. Der Kläger war zunächst mit seinem Vater Miteigentü-

mer eines vermieteten Mehrfamilienhauses und an der Grundstücksgemeinschaft mit 25 % beteiligt. Der Vater verstarb 1989. Testamentarische Alleinerbin wurde die Stiefmutter des Klägers als nicht befreite Vorerbin. Zum Nacherben nach dem Tode der Stiefmutter bestimmte der Vater seinen Sohn. Die Stiefmutter wurde mit dem Vermächtnis belastet, dem Sohn während der Vorerbschaft 25 % der Einnahmen aus dem vererbten Grundvermögen zukommen zu lassen. Der Kläger setzte die Grundstücksgemeinschaft nach dem Tode des Vaters mit der Stiefmutter fort. Die ihm zuzurechnenden Einnahmen aus der Vermietung des Grundbesitzes ordnete er insgesamt den Einkünften aus Vermietung und Verpachtung zu.

Das Finanzamt war hingegen der Auffassung, dass die Zahlungen der Stiefmutter für die Streitjahre als sonstige Einkünfte des Klägers zu besteuern seien.

Nach Ansicht des Klägers seien jedoch die Voraussetzungen einer Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen nicht gegeben, da er als Nacherbe eine nicht entziehbare gesicherte Rechtsposition in Gestalt eines Anwartschaftsrechts an den Nachlassgegenständen erworben habe. Diese Rechtsposition verwalte die Vorerbin für ihn nur wie eine Verwaltungstreuhänderin. Ihm seien daher Einkünfte aus Vermietung und Verpachtung zuzurechnen.

Der BFH hat die nach erfolgloser Klage eingelegte Revision als unbegründet zurückgewiesen und schließt sich damit der Auffassung der Finanzverwaltung an.

Der BFH begründet seine Entscheidung damit, dass der Kläger die Einkünfte nicht als Inhaber dieser Einkunftsquelle (Vermietung und Verpachtung) bezogen habe, sondern aufgrund eines schuldrechtlichen, auf der letztwilligen Verfügung beruhenden Rechtsanspruchs gegen die Stiefmutter als Inhaberin der Einkunftsquelle. Der Kläger habe wirtschaftlich nur die Stellung eines Ertragsnießbrauchers gehabt, was für die Zurechnung der Einkünfte nicht genüge. Der Kläger habe dagegen Einkünfte aus wiederkehrenden Leistungen nach § 22 Nr. 1a EStG erzielt, da Grundlage der Einnahmen eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sei. Damit kann dann die Stiefmutter die Zahlungen als Sonderausgaben gem. § 10 Absatz 1a Nr. 2 EStG geltend machen.

Nach Meinung des BFH handelt es sich somit um eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen aufgrund einer letztwilligen Verfügung des Vaters, obwohl der Kläger als Nacherbe das Vermögen erst mit Eintritt des Nacherbfalls erworben hatte. Auch der Vorerbe sei

32 BFH, Urteil vom 16.06.2021, X R 30/20, BFH/NV 2022,257.

33 BFH, Urteil vom 30.07.2003 - X R 12/01, BStBl. II 2004, 211.

34 vgl. Rentenerlass Tz. 2, 83.

vollwertiger Erbe i.S.d. Zivilrechts und Eigentümer des Nachlasses. Der Kläger habe zudem dem Generationenachfolgeverbund als pflichtteilsberechtigter Abkömmling des Erblassers angehört.

Der BFH vertritt nun in seinem Urteil erstmalig ausdrücklich die Auffassung, dass es der Einordnung als wiederkehrende Leistungen beim Empfänger nicht entgegenstehe, dass dieser die Leistungen in seiner Eigenschaft als Nacherbe des Erblassers erhält und nicht als Abgeltung für seine erbrechtlichen Ansprüche als gesetzlicher Erbe oder Pflichtteilsberechtigter. Argument des BFH ist es, dass der mit einer Vorerbschaft belastete Nacherbe die Erbschaft nach § 2306 Absatz 2 BGB unter Verlangen seines Pflichtteils auch ausschlagen kann. Daher will der BFH den Nacherben, welcher den Pflichtteil nicht geltend macht, wie einen Erwerber behandeln, welcher die ihm erbrechtlich zustehenden Pflichtteilsrechte in Anbetracht der ihm zugewandten Versorgungsansprüche nicht geltend macht. Entgegen der o.g. Voraussetzungen der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen sieht der BFH in diesem Sonderfall darüber hinweg, dass die Versorgungsleistungen nicht auf die Dauer des Lebens des Klägers an diesen fließen, sondern nur bis Eintritt des Nacherbfalls.

Für die Praxis ist diese Entscheidung von Bedeutung, da die Fallgruppe der Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen aufgrund letztwilliger Verfügungen entgegen dem Gesetzeswortlaut um den Fall erweitert ist, in welchem ein Nacherbe zugleich ein Vermächtnis in Form eines Anspruchs auf Versorgungsleistungen hat.

3.3 BFH, Urteil vom 16.06.2021: Tatsächliche Durchführung des Versorgungsvertrags³⁵

Der BFH hatte sich in einem aktuellen Urteil auch mit der Frage zu befassen, ob es der steuerlichen Anerkennung von Versorgungsleistungen entgegensteht, wenn eine vertraglich vereinbarte Erhöhung der in bar zu erbringenden Altenteilleistungen unterblieben ist.

Vereinbarungen unter nahen Angehörigen müssen nicht zwingend fremdüblich sein, um steuerlich anerkannt zu werden. Jedoch müssen die vertraglichen Bedingungen klar und deutlich sein und tatsächlich durchgeführt werden. Dies gilt insbesondere auch für Dauerschuldverhältnisse wie eine Vermögensübergabe gegen Versorgungsleistungen.

Allerdings schließt nicht jede Abweichung des vereinbarten vom gelebten Sachverhalt die steuerliche Anerken-

nung des Versorgungsvertrags aus. Es kommt nach der Rechtsprechung vielmehr auf eine Gesamtwürdigung der Verhältnisse an.

Dem Urteil lag der folgende Sachverhalt zu Grunde: Die Kläger sind Eheleute, die in den Streitjahren 2009, 2011 und 2012 zusammen zur Einkommensteuer veranlagt wurden. Der Ehemann war ursprünglich persönlich haftender Gesellschafter einer KG. Einzige Kommanditistin war seine Mutter. Die von der KG im Rahmen eines landwirtschaftlichen Betriebs genutzten Flächen befanden sich im Sonderbetriebsvermögen der Mutter. Diese übertrug 2009 ihren Kommanditanteil und zugleich die Flächen des Sonderbetriebsvermögens auf den Ehemann, der sich gegenüber seinen Eltern zu monatlichen Geldleistungen i.H.v. 200 EUR verpflichtete. Ab dem 65. Lebensjahr des Vaters sollte sich der Barbetrag auf 300 EUR pro Monat erhöhen. Der Kläger verpflichtete sich darüber hinaus noch zu anderen Leistungen (Wohnrecht der Eltern, Telefon- und Gartenbenutzung, Übernahme der Pflege, begrenzt auf die Kosten der Pflegestufe I, Übernahme der Kosten für eine standesgemäße Beerdigung, Grabpflege etc.).

In Folge unterließ es der Kläger, ab dem 65. Lebensjahr des Vaters den erhöhten Barbetrag von monatlich 300 EUR zu zahlen. Das FA vertritt in Folge die Auffassung, der Kläger habe die Altenteilerverpflichtung in den Streitjahren nicht erfüllt.

Nach erfolglosem Klageverfahren hat der BFH in der Revision das angefochtene Urteil aufgehoben und die Sache zur anderweitigen Verhandlung und Entscheidung an das erstinstanzliche FG³⁶ zurückverwiesen.

In Bestätigung seiner bisherigen Rechtsprechung ist der Senat der Auffassung, dass für die Frage, ob Verträge zwischen nahen Angehörigen ertragsteuerlich anzuerkennen seien, die Gesamtheit der objektiven Gegebenheiten maßgebend sei. Zu unterscheiden sei im Einzelnen zwischen vertraglichen Hauptpflichten, die klar und eindeutig vereinbart und entsprechend dem Vereinbarten durchgeführt werden müssen und weiteren Verpflichtungen, die dem Bereich der Nebenverpflichtungen zuzuordnen seien.

Die Missachtung von Nebenpflichten gebe nur Veranlassung zur Prüfung, ob es den Parteien am erforderlichen Rechtsbindungswillen gefehlt habe. Dabei sei nicht allein das Vorliegen des Rechtsbindungswillens im Zeitpunkt des Abschlusses der Vereinbarung zu prüfen, sondern

³⁵ BFH, Urteil vom 16.06.2021, X R 3/20, BFH/NV 2022, 252.

³⁶ FG Niedersachsen, Urteil v. 27.06.2019 - 11 K 291/18; EFG 2020, 996.

auch in den Folgejahren. Der Rechtsbindungswille fehle regelmäßig dann, wenn der Vollzug der Vereinbarungen willkürlich ausgesetzt sei, auch wenn anschließend die Zahlungen erneut aufgenommen würden, oder dann, wenn es zu Schwankungen in der Höhe des Zahlbetrags kommt, die nicht durch veränderte wirtschaftliche Verhältnisse gerechtfertigt seien.

Nach der Rechtsprechung des BFH ist es für die Annahme des Rechtsbindungswillens jedoch unschädlich, wenn die Folgen aus einer vereinbarten Wertsicherungsklausel nicht gezogen werden oder aber Zahlungen zwar ständig verspätet, jedoch mit einer gewissen Regelmäßigkeit geleistet werden.

Nur wenn von Anfang an die Vereinbarung von den Beteiligten nicht erfüllt werde, sei dies ein nicht widerlegbares Indiz dafür, dass die Vereinbarung ohne Rechtsbindungs-

willen geschlossen ist. Für einen Rechtsbindungswillen spreche hingegen, wenn neben Barzahlungen weitere den Vertrag prägende Verpflichtungen begründet würden, die auch tatsächlich erfüllt wurden. Bedeutsam sei daher auch ein vertraglich vereinbartes Wohnungsrecht, das – wie im vorliegenden Fall – den Eltern dauerhaft gewährt wurde. Dagegen kann als Indiz gegen eine ernsthafte Durchführung des Vertrags aber gewertet werden, wenn der vom Ehemann seinen Eltern gezahlte Barbetrag zeitnah an seine Ehefrau zurückgezahlt wurde.

Der Rechtsstreit wurde daher an das FG zur weiteren Prüfung zurückverwiesen.

In der Praxis sollte daher stets darauf geachtet werden, dass die vertraglichen Hauptpflichten von den Vertragsparteien erfüllt und entsprechend der vertraglichen Vereinbarung eingehalten und „gelebt“ (umgesetzt) werden.

RECHTSPRECHUNG

BERUFS- UND KOSTENRECHT

Keine Verpflichtung zur Anwendung des § 130d ZPO für Notare

ZPO § 130d;

Amtlicher Leitsatz:

Auf die Erinnerung des Gläubigers wird die Gerichtsvollzieherin angewiesen, die Vollstreckung gemäß Vollstreckungsauftrag vom X.X.2022 nicht mit der Begründung zu verweigern, der Auftrag sei wegen eines Verstoßes gegen § 130d ZPO nicht formgerecht eingereicht worden.

Amtsgericht Karlsruhe,

Beschluss vom 04.02.2022 – 5 M 224 / 22

► Aus den Gründen:

Die Erinnerung ist gem. § 766 Abs. 2 ZPO der statthafte Rechtsbehelf, gegen die Weigerung der Gerichtsvollzieherin, den Vollstreckungsauftrag vom X.X.2022 durchzuführen. Die Erinnerung ist zulässig und begründet.

Aus § 130d ZPO ergibt sich keine Verpflichtung für Notare, vorbereitende Schriftsätze und deren Anlagen sowie schriftlich einzureichende Anträge und Erklärungen als elektronisches Dokument zu übermitteln. Die Vorschrift sieht diese Verpflichtung ausdrücklich nur für Rechtsanwälte, Behörden und juristische Personen des öffentlichen Rechts einschließlich der von ihnen zur Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgaben gebildeten Zusammenschlüsse vor.

Notare sind weder Rechtsanwälte im Sinne dieser Norm, noch juristische Personen des öffentlichen Rechts. Notare sind von dieser Vorschrift nicht ausdrücklich erfasst und es ist auch in keiner Weise eine Auslegung geboten, nach der Notare erfasst wären. Dies ergibt sich insbesondere nicht daraus, dass Notare ggf. in Erfüllung ihrer öffentlichen Aufgabe tätig werden. Das Gesetz unterscheidet ausdrücklich zwischen Notaren und Rechtsanwälten. So ist in dem weitgehend inhaltlich identischen § 14b FamFG ausdrücklich geregelt, dass eine „Nutzungspflicht für Rechtsanwälte, Notare und Behörden“ besteht, während § 130d ZPO ausdrücklich lediglich die „Nutzungspflicht für Rechtsan-

wälte und Behörden“ regelt (so auch Fritzsche: Die Pflicht zum elektronischen Rechtsverkehr – Chancen und Risiken NZFam 2022, 1). Auch in § 173 Abs. 2 ZPO (Zustellung von elektronischen Dokumenten) werden Notare neben Rechtsanwälten und Behörden ausdrücklich benannt, während dies in § 130d ZPO nicht der Fall ist.

Inhaltliche Richtigkeit der Kostenrechnung des Notars betreffend die Übertragung von Miteigentumsanteilen im Rahmen einer Aufteilung in Wohnungseigentum nach § 3 WEG

WEG § 3, § 4 Abs. 2 S. 1; GNotKG § 42 Abs. 1, § 86, § 97 Abs. 1, § 109, § 130 Abs. 2 S. 1; FamFG § 7 Abs. 2

Redaktioneller Leitsatz:

Ein einheitliches Rechtsverhältnis liegt vor, wenn es sich um Erklärungen handelt, die der unselbstständigen Gestaltung eines Rechtsverhältnisses dienen oder sich auf die gesetzlichen Regelfolgen einer Gestaltung beschränken und deshalb zu einem einheitlichen Gegenstand zusammengefasst werden. (Rn. 13)

LG Offenburg (4. Zivilkammer),

Beschluss vom 20.01.2022 – 4 OH 15/21

► I. Tatbestand:

1 Am 01.10.2020 beurkundete Notar S. mit dem Amtssitz in ... die Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG. Urkundsbeteiligte waren die vier weiteren Beteiligten im Sinne von § 7 Abs. 2 FamFG, die im vorliegenden Verfahren der Einfachheit halber als „Antragsgegner“ bezeichnet wurden. Die Antragsgegner waren im Grundbuch von ... Blatt ... als Miteigentümer zu je einem Viertel für das Grundeigentum an dem Grundstück Flst. Nr. X eingetragen. Gemäß der Urkunde des Antragstellers vom 01.10.2020 (UR 2017/2020) wurden die folgenden drei Wohnungseigentumseinheiten begründet:

1. 4...7/10.000 MEA, verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 1 bezeichneten Räum-

lichkeiten, welche J. S. und F. F. zu Miteigentum zu je ein Halb zugewiesen wurden;

2. 3...3/10.000 MEA, verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 2 bezeichneten Räumlichkeiten, welche H. und S. S. zu Miteigentum zu je ein Halb zugewiesen wurden;

3. 2...0/10.000 MEA, verbunden mit dem Sondereigentum an den im Aufteilungsplan mit Nr. 3 bezeichneten Räumlichkeiten, welche H. und S. S. zu Miteigentum zu je ein Halb zugewiesen wurden.

2 Der Notar stellte die Kosten seiner Beurkundung den Antragsgegnern am 02.10.2020 unter den Rechnungsnummern 26X1, 26X12, 26X3 und 26X4 in Rechnung. Dabei ging der Notar für die Beurkundung von einer 2,0-Gebühr aus den §§ 97 Abs. 1, 42 Abs. 1 GNotKG für die Beurkundung einer Teilungserklärung nach § 3 WEG aus. Er legte hierbei einen Geschäftswert von Euro 700.000,00 und eine Gebühr in Höhe von netto Euro 2.510,00 zugrunde, die quotal auf die Beurkundungsbeteiligten verteilt wurde.

3 Im Zuge der Begründung des Wohnungseigentums und der Zuweisung der Miteigentumsanteile an die Urkundsbeteiligten kam es bei einem Vergleich der Ausgangslage der Miteigentumsanteile mit der Situation nach der Begründung von Wohnungseigentum zu einer Übertragung von 963/10.000 MEA.

4 Wegen der Einzelheiten der vorgenannten Urkunde und der Rechnungen wird auf diese Bezug genommen.

5 Der Notar wurde mit Verfügung des Präsidenten des Landgerichts Offenburg vom 24.06.2021 (Aktenzeichen E 565 – 4/2021) angewiesen, hinsichtlich der Richtigkeit seiner Kostenrechnungen eine gerichtliche Entscheidung des Landgerichts herbeizuführen. Nach Auffassung des Präsidenten des Landgerichts handelt es sich bei der Begründung von Wohnungseigentum einerseits und der Übertragung der Miteigentumsanteile andererseits um gegenstandsverschiedene Beurkundungsinhalte, was sich in Bezug auf die übertragenen Miteigentumsanteile werterhöhend auswirke. Der Beurkundungswert, den der Antragsteller in seinen Kostenrechnungen mit Euro 700.000,00 angenommen hatte, müsse somit um einen Wert von Euro 67.410,00 erhöht werden.

6 Im Übrigen wird wegen der Anweisung vom 24.06.2021 auf diese Bezug genommen.

7 Der entsprechende Antrag wurde durch den Notar am 09.07.2021 gestellt.

8 In seinem Antrag führte der Notar im Wesentlichen aus, dass eine Beurkundung der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG und die damit verbundene Übertragung von Miteigentumsanteilen rechtlich in einem Akt erfolgen könne („uno actu“). In diesem Fall sei gemäß § 4 Abs. 2 Satz 1 WEG lediglich von einem auflassungsähnlichen Vorgang auszugehen, da das Gesetz für die Begründung von Wohnungseigentum im Rahmen des § 3 WEG die Form der Auflassung vorsehe. Eine separate Bewertung käme nur infrage, wenn Miteigentumsanteile vor der Begründung von Wohnungseigentum übertragen würden. Wenn jedoch – wie im vorliegenden Fall – eine separate Auflassung nicht erforderlich sei, liege schon kein eigenständiges Rechtsverhältnis im Sinne der §§ 86, 109 GNotKG vor. Ein eigenständiges Rechtsverhältnis bedürfe einer eigenständigen Erklärung. Die Bildung von Wohnungseigentum unter gleichzeitiger Veränderung der Miteigentumsanteile sei demnach kostenrechtlich gegenstandsgleich.

9 Der Präsident des Landgerichts hat am 24.08.2021 zum Antrag auf gerichtliche Entscheidung Stellung genommen. Im Wesentlichen wiederholte er darin die Position aus der Anweisungsverfügung vom 24.06.2021. Darüber hinaus führte er aus, dass zwar nicht bestritten werde, dass die Begründung von Wohnungseigentum und die Übertragung von Miteigentumsanteilen uno actu erfolgen könne, dass jedoch die Frage der Beurkundungstechnik losgelöst sei von der Frage der kostenrechtlichen Bewertung der Beurkundung. Kostenrechtlich sei von zwei getrennten Rechtsverhältnissen im Sinne der §§ 86, 109 GNotKG auszugehen. Da die Begründung von Wohnungseigentum auch ohne die Anpassung der Miteigentumsanteile möglich wäre, könne die Übertragung der Miteigentumsanteile auch nicht als der Durchführung dienendes Rechtsverhältnis angesehen werden.

10 Wegen der weiteren Einzelheiten der Stellungnahme des Antragstellers und des Präsidenten des Landgerichts wird auf das diesbezügliche Schreiben bzw. die Verfügung vom 09.07.2021 und vom 24.08.2021 Bezug genommen.

11 Die Antragsgegner hatten Gelegenheit zur Stellungnahme, gaben eine solche aber nicht ab.

12 Der Antrag ist als Anweisungsbeschwerde gemäß § 130 Abs. 2 Satz 1 GNotKG zulässig. Entgegen der Auffassung des Präsidenten des Landgerichts sind die Einwendungen gegen die Kostenberechnung des Antragstellers jedoch nicht begründet.

13 Die Kammer teilt nicht die Auffassung des Antragstellers, dass bei der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG und der damit verbundenen Übertragung von Miteigentumsanteilen ein einheitliches Rechtsverhältnis im Sinne von § 86 Abs. 1 GNotKG vorliege. Grundsätzlich ist die Frage, ob ein einheitliches Rechtsverhältnis vorliegt, eng auszulegen. Dabei wird ein solches grundsätzlich nur dann bejaht, wenn es sich um Erklärungs-

angewandte Rechtsprechung

angewandte Rechtsprechung

gen handelt, die der unselbstständigen Gestaltung eines Rechtsverhältnisses dienen oder sich auf die gesetzlichen Regelfolgen einer Gestaltung beschränken und deshalb zu einem einheitlichen Gegenstand zusammengefasst werden (vergleiche Bormann/Diehn/Sommerfeldt, GNotKG, 4. Aufl. 2021, Rn. 3, 4 zu § 86). In allen anderen Fällen ist davon auszugehen, dass es sich um mehrere Rechtsverhältnisse im Sinne von § 86 Abs. 2 GNotKG handelt, die vorbehaltlich der Regelung in § 109 GNotKG grundsätzlich als verschiedene Beurkundungsgegenstände anzusehen sind (vergleiche Bormann/Diehn/Sommerfeldt, aaO., Rn. 9 zu § 86).

14 Aus der vorstehenden Definition des einheitlichen Rechtsverhältnisses folgt zwanglos, dass von einem solchen im vorliegenden Fall nicht ausgegangen werden kann. Sowohl die Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG als auch die Übertragung von Miteigentumsanteilen ist grundsätzlich jederzeit separat möglich, sodass das eine nicht dem anderen gegenüber als unselbstständig aufgefasst werden kann und schon gar nicht einer unselbstständigen Gestaltung des anderen dient. Auch gibt es keinerlei gesetzliche Regelung, wonach es sich bei dem einen Beurkundungsgegenstand um eine gesetzliche Regelfolge des anderen handeln sollte.

15 Ein einheitliches Rechtsverhältnis kann entgegen der Auffassung des Antragstellers auch nicht daraus abgeleitet werden, dass bei § 3 WEG die Begründung des Wohnungseigentums und die Übertragung von Miteigentumsanteilen *uno actu* erfolgen können. Die entsprechende Beurkundung und grundbuchliche Umsetzung *uno actu* ist inzwischen wohnungseigentumsrechtlich anerkannt (vergleiche BGH, Beschluss vom 10.02.1983 – V ZB 18/82 – Juris, Rn. 12, 13; KG, Beschluss vom 07.06.1994 – 1 W 6026/93 – Juris, Rn. 12; Bärmann/Pick, WEG, 20. Aufl. 2020, Rn. 9, 10 zu § 3 WEG; Grüneberg-Wicke, BGB, 81. Aufl. 2022, Rn. 2 zu § 3 WEG). Dies wird auch vom Präsidenten des Landgerichts nicht bestritten. Die Frage der beurkundungstechnischen Praxis und der grundbuchrechtlichen bzw. materiellrechtlichen Umsetzung ist jedoch etwas anderes als die kostenrechtliche Behandlung und die Einordnung im Rahmen des § 86 GNotKG.

16 Somit sind in der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG und der damit verbundenen Übertragung von Miteigentumsanteilen grundsätzlich zwei verschiedene Rechtsverhältnisse zu sehen. Dies sagt jedoch noch nichts Abschließendes darüber aus, ob es sich auch um verschiedene Beurkundungsgegenstände oder um denselben Beurkundungsgegenstand handelt.

17 Nach Auffassung der Kammer ist entgegen der Auffassung des Präsidenten des Landgerichts Offenburg davon auszugehen, dass es sich bei den beiden streitgegenständlichen Rechtsverhältnissen in Abweichung von § 86

Abs. 2 GNotKG um denselben Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 109 Abs. 1 Satz 1 und 2 GNotKG handelt.

18 Von demselben Beurkundungsgegenstand ist nach dem Gesetz auszugehen, wenn Rechtsverhältnisse zueinander in einem Abhängigkeitsverhältnis stehen und das eine Rechtsverhältnis unmittelbar dem Zweck des anderen Rechtsverhältnisses dient, wobei ein solches Abhängigkeitsverhältnis nur dann vorliegen soll, wenn das andere Rechtsverhältnis der Erfüllung, Sicherung oder sonstigen Durchführung des einen Rechtsverhältnisses dient.

19 Dabei greift § 109 GNotKG gerade dann ein, wenn in einer Urkunde Erklärungen zu mehreren selbstständigen Rechtsverhältnissen niedergelegt sind (vergleiche Bormann/Diehn/Sommerfeldt, aaO., Rn. 10 zu § 109). Teilweise wird über den Wortlaut der Norm hinaus zusätzlich vertreten, dass die Abhängigkeit im Sinne von § 109 GNotKG vorliegen könne, wenn ein untergeordnetes Rechtsverhältnis einem übergeordneten Rechtsverhältnis dient (vergleiche Bachmayer, in: BeckOK-Kostenrecht, 35. Edition, Stand 01.10.2021, Rn. 14 zu § 109 GNotKG). Dabei genügt es jedoch, wenn das sogenannte Nebengeschäft als Erfüllungsgeschäft oder sonstiges Durchführungsgeschäft unmittelbar dem Zweck des in derselben Urkunde enthaltenen Hauptgeschäfts dient (vergleiche Bachmayer, in: BeckOK-Kostenrecht, aaO., Rn. 22 zu § 109 GNotKG).

20 Es besteht in der Kommentarliteratur Einigkeit, dass jedenfalls dann von verschiedenen Beurkundungsgegenständen auszugehen ist, wenn eine Immobilie, deren Auflassung im Rahmen eines anderen Geschäfts erforderlich ist, vorab – zumal in separater Urkunde – zuerst erworben werden muss.

21 In diesem Sinn ist im vorliegenden Fall von demselben Beurkundungsgegenstand auszugehen.

22 Geht man davon aus, dass im Zuge der Beurkundung vom 01.10.2020 bei der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG drei verschiedene Miteigentumseinheiten mit den unterschiedlichen, in der Urkunde genannten Miteigentumsanteilen entstehen sollten, so bedarf es nach § 3 WEG zwingend der Zuweisung der Personen, die Eigentümer der Miteigentumsanteile werden sollen, zu den jeweiligen Wohnungseigentumseinheiten. Wenn – wie im vorliegenden Fall – die Urkundsbeteiligten zuvor an dem aufzuteilenden Grundstück Miteigentum zu gleichen Teilen hatten, ist es die zwingende Folge der Begründung von Wohnungseigentum mit den beurkundeten abweichenden Miteigentumsanteilen, dass es zu einer Anpassung der Miteigentumsanteile kommen muss.

23 Diese Anpassung kann auf zweierlei Art geschehen. Zum einen kann eine Übertragung der Miteigentumsanteile der Begründung von Wohnungseigentum in separa-

ter Urkunde vorausgehen. Dabei ist unstreitig, dass eine derartige Eigentumsübertragung mit Auflassung einen kostenrechtlich relevanten eigenen Beurkundungsgegenstand darstellt. Wenn man aber mit der h. M. davon ausgeht, dass die Begründung von Wohnungseigentum und die Übertragung von Miteigentumsanteilen zum anderen *uno actu* erfolgen kann, dann ergibt sich aus der vorstehend genannten zwingenden Zuweisung von Miteigentumsanteilen zu den neu zu begründenden Wohnungseigentumseinheiten, dass hier die Übertragung der Miteigentumsanteile in einem Abhängigkeitsverhältnis zu der Begründung des Wohnungseigentums steht. Ohne deren Anpassung wäre die Begründung des Wohnungseigentums mit den aufgeführten Einheiten und den dort ausgewiesenen Miteigentumsanteilen nicht möglich. Aus dem gleichen Gesichtspunkt ergibt sich damit zwangsläufig, dass die Übertragung der Miteigentumsanteile für die Durchführung und Erfüllung der Beurkundung über die Begründung des Wohnungseigentums unabweislich notwendig ist.

24 Dem Präsidenten des Landgerichts ist grundsätzlich zuzustimmen, dass eine isolierte Begründung von Wohnungseigentum in *abstracto* auch ohne Anpassung der Miteigentumsanteile an die Größe des zugeordneten Wohnungseigentums möglich wäre. Dies gilt völlig unproblematisch bei einer Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 8 WEG, wenn alle bisherigen Miteigentümer an dem ungeteilten Grundstück im gleichen Verhältnis ihrer Miteigentumsanteile auch Eigentümer an sämtlichen neu zu bildenden Wohnungseigentumseinheiten werden. Das gilt ebenso, wenn vor einer Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG, die Miteigentumsverhältnisse schon so angepasst worden waren, dass sie zwanglos mit identischen Anteilen den jeweils neu begründeten Wohnungseigentumseinheiten zugewiesen werden können.

25 Die Auffassung des Präsidenten des Landgerichts geht jedoch in den Fällen wie dem vorliegenden fehl, wenn Miteigentumsanteile bei Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG in einem anderen Verhältnis bestanden als sie im Rahmen der Zuweisung zu den neu zu begründenden Wohnungseigentumseinheiten nach Begründung des Wohnungseigentums stehen sollen. Um Wohnungseigentum im Sinne von § 3 WEG begründen zu können und um die derartige Begründung grundbuchrechtlich umsetzen zu können, müssen zwingend die teilenden Miteigentümer den neu gebildeten Wohnungseigentumseinheiten mit den dort ausgewiesenen Miteigentumsanteilen zugewiesen werden. Dies ergibt sich aus den §§ 3 und 4 WEG. Wenn die ausgangs bestehende Miteigentumslage mit der nach der Begründung von Wohnungseigentum entstehenden Miteigen-

tumslage nicht identisch ist, ist somit eine Anpassung der Miteigentumsanteile und damit eine Übertragung von solchen Anteilen zur Durchführung der Begründung von Wohnungseigentum zwingend geboten, weshalb die Voraussetzungen des § 109 GNotKG gegeben sind.

26 Dies ergibt sich zur Überzeugung des Gerichts bereits aus der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 10.02.1983, wo der BGH selbst davon ausging, dass die Zusammenlegung der Anteile im dort zu entscheidenden Fall die Bildung von Wohnungseigentum nur ermöglichen und vorbereiten soll (vergleiche BGH, aaO., Juris, Rn. 12). Danach geht der Bundesgerichtshof selbst davon aus, dass die Übertragung von Miteigentumsanteilen eine Vorbereitungs- und Durchführungsmaßnahme für die Begründung von Wohnungseigentum darstellt.

27 Nichts anderes ergibt sich, wenn man den Rechtsgedanken des § 109 Abs. 1 Satz 4 Nr. 2 GNotKG heranzieht. Bei diesem Regelbeispiel bejaht der Gesetzgeber denselben Beurkundungsgegenstand, wenn die Beurkundung eines Gesellschaftsvertrages mit der Auflassung eines in die Gesellschaft einzubringenden Grundstücks zusammentrifft. Auch hier ließe sich argumentieren, dass eine Grundstücksübertragung jederzeit isoliert neben der Beurkundung des Gesellschaftsvertrages möglich wäre, worin dann verschiedene, kostenrechtlich getrennt zu betrachtende Beurkundungsgegenstände lägen. Der Gesetzgeber statuiert aber gerade durch dieses Regelbeispiel, dass von einem einheitlichen Beurkundungsgegenstand auszugehen sein soll, wenn die Auflassung einer Immobilie der Durchführung eines anderen Vertrages, hier des Gesellschaftsvertrages, dient. In diesem Fall wird davon ausgegangen, dass die Auflassung bei der Einbringung eines Grundstücks aufgrund eines Gesellschaftsvertrages eine Erfüllungsleistung darstellt, wodurch die Bejahung desselben Beurkundungsgegenstandes gerechtfertigt wird (vergleiche *Bachmayer*, in: BeckOK-Kostenrecht, aaO., Rn. 49 zu § 109 GNotKG). Ähnlich stellt sich die Sache auch dar, wenn im Zuge eines Erbauseinsetzungsvertrages das Grundstück, das Gegenstand der Auseinandersetzung ist, in derselben Urkunde aufgelassen wird. Auch hier wird derselbe Beurkundungsgegenstand im Sinne von § 109 GNotKG bejaht (vergleiche *Bormann/Diehn/Sommerfeldt*, aaO., Rn. 31 zu § 109).

28 Die Situation bei der Auflassung von Miteigentumsanteilen im Zuge der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG ist nicht anders als in den beiden genannten Fällen, in denen ein einheitlicher Beurkundungsgegenstand – in einem Fall sogar durch das Gesetz selbst – bejaht wird. Auch hier stellt sich die Auflassung von Miteigentumsanteilen als Erfüllungs- und Durchführungsleistung zur Ermöglichung der Begründung von Wohnungseigentum bei ursprünglich abweichenden Mit-

eigentumsanteilen dar, wenn – wie ebenfalls im vorliegenden Fall – die Beurkundung *uno actu* in ein und derselben Urkunde erfolgt.

29 Es sind keine Gesichtspunkte erkennbar, die dafür sprächen, die Auflassung im Rahmen der Übertragung von Miteigentumsanteilen bei der Begründung von Wohnungseigentum nach § 3 WEG anders zu behandeln als die Auflassung eines Grundstücks im Zuge der Einbringung im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages oder als Gegenstand eines Erbauseinandersetzungsvertrages.

30 Dabei kann es dahingestellt bleiben, ob bei der Auflassung nach § 4 Abs. 1 und 2 WEG von einer echten Auflassung oder – so der Antragsteller – von einem auflassungsähnlichen Vorgang auszugehen ist. Die rechtlichen Konsequenzen sind nach Auffassung der Kammer identisch.

31 Entgegen der Auffassung der Bezirksrevisorin beim Landgericht Offenburg ist auch nicht unter Zugrundelegung der Kommentierung bei Korintenberg im vorliegenden Fall von Beurkundungsverschiedenheit auszugehen. Insoweit geht die Kammer davon aus, dass die zitierte Textstelle anders zu verstehen ist, als dies durch die Bezirksrevisorin geschah. Im Kommentar von Korintenberg wird Beurkundungsverschiedenheit angenommen, wenn die Miteigentumsanteile unter den Miteigentümern verändert werden, um zu den für die Begründung von Wohnungseigentum erforderlichen Bruchteilsverhältnissen zu gelangen bei anschließender Wohnungseigentumsbegründung (vergleiche Korintenberg, GNotKG, 22. Aufl. 2022, Rn. 370 zu § 109). Allein schon aus dem Wortlaut der Formulierung in der Kommentierung bei Korintenberg ergibt sich, dass dort lediglich der Fall ins Auge gefasst wird, der auch nach Auffassung der Kammer als beurkundungsverschieden und kostenrechtlich getrennt zu betrachten wäre (§ 86 Abs. 2 GNotKG), nämlich der Fall der vor der Begründung von Wohnungseigentum liegenden separaten Übertragung von Miteigentumsanteilen nebst deren Auflassung. Dies ergibt sich für das Gericht allein schon aus der Bezugnahme in der Fundstelle auf eine Veränderung der Miteigentumsanteile mit „anschließender“ Begründung von Wohnungseigentum (so auch *Wudy* in: Rohs/Wedewer, GNotKG, 126. Aktualisierung, Stand: Dezember 2019, Rn. 524 zu § 109). Die vorweggenommene Veränderung von Miteigentumsanteilen vor der Begründung von Wohnungseigentum steht im vorliegenden Fall aber nicht zur Debatte, da es um eine Beurkundung von zwei Rechtsverhältnissen *uno actu* geht.

32 Nach alledem ergibt sich für die Kammer, dass bei einer Übertragung von Miteigentumsanteilen *uno actu* im Zuge der Begründung von Wohnungseigentum gemäß § 3 WEG von Beurkundungsgleichheit im Sinne von § 109 Absatz 1 Satz 1 und 2 GNotKG auszugehen ist mit der Konsequenz, dass die Übertragung der Miteigentumsan-

teile gebührenrechtlich nicht im Sinne einer Werterhöhung zu Buche schlägt. Damit steht aus Sicht der Kammer fest, dass die Kostenrechnung des Antragstellers zutreffend war.

Beglaubigung einer Unterschrift eines nicht deutschen Staatsangehörigen durch das Generalkonsulat in Russland

GBO § 29; Deutsch-Sowjetischer Konsularvertrag v. 25.4.1958 Art. 19

Amtlicher Leitsatz:

Die Beglaubigung der Unterschriften eines nicht deutschen Staatsangehörigen als Verkäufer eines in Deutschland abgeschlossenen Kaufvertrages durch ein deutsches Generalkonsulat in der Russischen Föderation verstößt nicht gegen Art. 19 des deutsch-sowjetischen Konsularvertrages v. 26.4.1958.

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 12.1.2022 – 2 Wx 2/22

I. Tatbestand:

1 Am 21.10.2021 beurkundete der verfahrensbevollmächtigte Notar einen Kaufvertrag betreffend den im o.g. Grundbuchblatt verzeichneten Grundbesitz (UR Nr./2021, Bl. 111 ff.). Als Verkäufer sind die Beteiligten zu 1. und 2., beide vertreten durch einen Vertreter ohne Vertretungsmacht, angegeben, als Käufer sind die Beteiligten zu 3. und 4. bezeichnet. Von den Vertragsbeteiligten wurde die Eintragung einer Auflassungsvollmacht bewilligt und beantragt (VI.2. des Vertrages). Ferner wurde den Käufern Belastungsvollmacht erteilt (VII. des Vertrages). In der weiteren Urkunde UR Nr./2021 vom selben Tage haben die Beteiligten zu 3. und 4. eine Grundschild zu Gunsten der Beteiligten zu 5. bestellt (Bl. 102 ff.). Mit zwei Schriftsätzen vom 19.11.2021 hat der Urkundsnotar die Eintragung der Auflassungsvormerkung (Bl. 110) sowie „im Namen von Eigentümer und Gläubiger“ die Eintragung der Grundschild nebst Zwangsvollstreckungsunterwerfung beantragt (Bl. 101). Beigefügt ist eine Genehmigungserklärung der Beteiligten zu 1. und 2. in Bezug auf die Urkunde UR Nr./2021 nebst Unterschriftenbeglaubigung durch das deutsche Generalkonsulat in Sankt Petersburg vom 12.11.2021 (Bl. 119).

2 Mit Beschluss vom 06.12.2021 (Bl. 125 f.) hat die Grundbuchrechtspflegerin eine Zwischenverfügung er-

lassen und ausgeführt, der Erledigung der Anträge vom 19.11.2021 ständen Hindernisse entgegen. Die Beglaubigung der Unterschriften der Verkäufer seitens des Generalkonsulats sei außerhalb der im deutsch-sowjetischen Konsularvertrag vom 25.04.1958 eingeräumten Geschäftskreise erfolgt, sodass § 29 GBO nicht erfüllt sei. Erforderlich sei eine Beglaubigung durch einen russischen Notar nebst Übersetzung und Apostille oder durch einen deutschen Notar. Zur Behebung der Hindernisse hat sie eine Frist gesetzt.

3 Gegen die Zwischenverfügung wendet sich die mit Schriftsatz des Notars vom 17.12.2021 eingelegte Beschwerde. Es wird im Wesentlichen geltend gemacht, es sei fraglich, ob die vorgenommene Beglaubigung nicht schon durch Art. 19 Nr. 4 des deutsch-sowjetischen Konsularvertrags gedeckt sei. Jedenfalls aber führe eine Überschreitung der Kompetenzen des Konsularbeamten nicht zur Unwirksamkeit der Beglaubigung (Bl. 129 f.).

4 Das Grundbuchamt hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

► II. Aus den Gründen:

5 Es liegt eine Beschwerde der Beteiligten zu 1. – 5. vor. Eine nähere Bezeichnung enthält der Beschwerdeschriftsatz vom 17.12.2021 zwar nicht; indes ist als Beschwerdeführer derjenige anzusehen, dessen Antrag mit der angegriffenen Zwischenverfügung beanstandet ist. In Bezug auf Auflassungsvormerkung und Grundschuld (insoweit auch die Beteiligte zu 5.) sind Antragssteller ausweislich der Schriftsätze vom 19.11.2021 in Verbindung mit den in den beiden Notarurkunden enthaltenen Antragstellungen die Beteiligten zu 1. bis 5. Der Urkundsnotar ist – entgegen der Fassung des Rubrums des Nichtabhilfebeschlusses – nicht selbst Beteiligter, sondern in aller Regel, und so auch hier, Verfahrensbevollmächtigter der vertretenen Beteiligten (vgl. § 15 Abs. 2 GBO).

6 Die zulässige Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung der angegriffenen Zwischenverfügung. Denn das vom Grundbuchamt angenommene Eintragungshindernis besteht nicht. Aus dem im Verhältnis zur Russischen Föderation geltenden (vgl. Staudinger/Dörner, BGB, Neubearbeitung 2007, Vorbem zu Art 25 und 26 EGBGB, Rz. 194) deutsch-sowjetischen Konsularvertrag vom 25.04.1958 ergibt sich nicht, dass die Unterschriftenbeglaubigung vom 12.11.2021 seitens des Generalkonsulats außerhalb seiner Befugnisse erfolgt ist.

7 Gemäß Art. 19 Nr. 4 dieses Vertrages ist der Konsul befugt, „Rechtsgeschäfte zwischen Staatsangehörigen des Entsendestaates und anderen Personen zu beurkunden

oder die Unterschriften der am Abschluss des Rechtsgeschäftes Beteiligten zu beglaubigen, soweit diese Rechtsgeschäfte sich ausschließlich auf Gegenstände oder Rechte im Gebiet des Entsendestaates beziehen und dort auszuführen sind und nicht gegen die Gesetze des Empfangsstaates verstoßen.“ Vorliegend greift die Befugnis zur Beglaubigung gemäß der 2. Alternative ein. Diese erstreckt sich in personaler Hinsicht auf Unterschriften „der am Abschluss des Rechtsgeschäftes Beteiligten.“ Hinsichtlich des Rechtsgeschäftes knüpft diese Alternative an die Beurkundungsbefugnis der 1. Alternative an, so dass auch hier Rechtsgeschäfte „zwischen Staatsangehörigen des Entsendestaates und anderen Personen“ erfasst sind. „Andere Personen“ sind danach Personen, die nicht Staatsangehörige des Entsendestaates sind, insbesondere also auch Staatsangehörige des Empfangsstaates. Damit aber erstreckt sich die Befugnis zur Beglaubigung auch auf einen Staatsangehörigen des Empfangsstaates, sofern dieser am Abschluss des Rechtsgeschäftes mit dem Staatsangehörigen des Entsendestaates beteiligt ist.

8 Dieses ist hier der Fall. Denn an dem Abschluss des Rechtsgeschäftes mit den Angehörigen des Entsendestaates – hier dem Kaufvertrag mit den Beteiligten zu 3. und 4. als Käufern – sind die Beteiligten zu 1. und 2. als Verkäufer beteiligt. An dieser Vertragsbeteiligung ändert nichts der Umstand, dass die Verkäufer bei Abschluss des Kaufvertrages im Wege einer Vertretung ohne Vertretungsmacht vertreten worden sind und sich die Konsularbeglaubigung auf ihre Genehmigung des Vertrages (§ 184 BGB) bezieht. Darauf, dass es sich bei der Genehmigung rechtstechnisch um eine einseitige Willenserklärung handelt, kommt es mangels einer entsprechenden sich aus dem Konsularvertrag ergebenden Einschränkung nicht an, sondern vielmehr ausschließlich auf die Beteiligung der Person an dem Rechtsgeschäft mit einem deutschen Staatsangehörigen. Mangels entsprechender Differenzierung in der Regelung ist auch unmaßgeblich, wo der genehmigte Vertrag abgeschlossen und von wem er beurkundet worden ist. Denn eine „Beteiligung“ am Abschluss eines Rechtsgeschäftes setzt begrifflich nicht voraus, dass die Person bei dem Vorgang des Abschlusses persönlich anwesend ist.

9 Auch unter dem Gesichtspunkt des Regelungszweckes ist nichts dafür ersichtlich, dass der Konsul, der befugt ist, eine Willenserklärung einer nicht dem Entsendestaats angehörenden Vertragspartei in Anwesenheit der anderen Vertragspartei, eines Angehörigen des Entsendestaates, zu beurkunden (1. Alternative), gehindert sein soll, die Unterschrift der erstgenannten Vertragspartei separat zu beglaubigen.

10 Die vom Grundbuchamt im Schreiben vom 24.11.2021 (Bl. 122) geäußerte Überlegung, eine Beglaubigung von Unterschriften von nicht deutschen Staatsangehörigen sei den deutschen Auslandsvertretungen in der Russischen Föderation nicht möglich, steht in dieser Allgemeinheit nicht im Einklang mit der Regelung der 2. Alternative des Art. 19 Nr. 4 des Konsularvertrages: Denn – wie ausgeführt – können mit dem für beide Alternativen (Beurkundung und Beglaubigung) geltenden Merkmal „andere Personen“ nur Personen gemeint sein, die eben nicht deutsche Staatsangehörige sind, dies allerdings unter der Voraussetzung, dass diese Personen an dem Rechtsgeschäft mit einem deutschen Staatsangehörigen beteiligt sind.

11 Etwas anderes ergibt sich auch nicht auf der Grundlage eines Umkehrschlusses aus der Regelung des Art. 19 Nr. 5 des Konsularvertrages, wonach der Konsul befugt ist, Unterschriften von Staatsangehörigen des Entsendestaates auf Urkunden jeder Art zu beglaubigen. Denn für diese Regelung verbleibt insoweit ein eigener Anwendungsbereich, als sie jegliche Unterschriften von Angehörigen des Entsendestaates erfasst, die nicht an einem Rechtsgeschäft im Sinne des Art. Nr. 4 beteiligt sind.

12 Bedenken auf der Grundlage des letztes Halbsatzes der Regelung „soweit diese Rechtsgeschäfte sich ausschließlich auf Gegenstände oder Rechte im Gebiet des Entsendestaates beziehen und dort auszuführen sind und nicht gegen die Gesetze des Empfangsstaates verstoßen“, sind weder Gegenstand der Zwischenverfügung noch sonst ersichtlich; insbesondere ist der Kaufgegenstand in Deutschland als Entsendestaat belegen.

LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

Zustimmung zur Aufhebung einer Stockwerksgemeinschaft oder Duldung einer solchen.

Art. 230 Württ. AGBGB.

Amtlicher Leitsatz:

Ein Stockwerkseigentümer kann von einem anderen die Duldung der Zwangsversteigerung und die Aufhebung des Stockwerkseigentums verlangen, wenn die Verhältnisse in dem Gebäude so unhaltbar geworden sind, dass ihm die Weiterführung des Stockwerkseigentums nicht mehr zugemutet werden kann.

AG Künzelsau,

Urteil vom 16.06.2021 – 1 C 87/21

► I. Tatbestand:

1 Die Parteien streiten um die Frage, ob die Beklagten der Aufhebung einer Stockwerksgemeinschaft zustimmen bzw. diese zu dulden haben.

2 Die Klägerin ist Stockwerkseigentümerin an dem Gebäude X Flurstück Y der Gemeinde S. Die Beklagten sind ebenfalls Stockwerkseigentümer an dem betreffenden Gebäude.

3 Die Klägerin betreibt die Teilungsversteigerung. Der Klägerin wurde durch Beschluss des Amtsgerichts -Vollstreckungsgericht- vom 11.11.2020 (Az.: xx.xx.) aufgegeben, einen vollstreckbaren Titel vorzulegen, wonach die Beklagten die Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Gemeinschaft zu dulden haben, oder Zustimmungserklärungen der Beklagten zur Durchführung des Zwangsversteigerungsverfahrens zur Aufhebung der Gemeinschaft vorzulegen.

4 Die Parteien streiten über die Frage, ob die Klägerin berechtigt ist, die Aufhebung der Stockwerksgemeinschaft von der Beklagten zu verlangen. Die Beklagten sind der Auffassung, die Klägerin habe ein Vorkaufsrecht umgangen. Weiterhin habe die Klägerin „zu keiner Zeit das Stockwerkseigentum zwecks Besitz und Weiternutzung im Sinne des Gesetzes erwerben wollen, sondern deliktische und übergreifende Zerstörung fremden Eigentums mittels Substanzvernichtung mit Total-Sachbeschädigung beabsichtigt und in deliktischer Bereicherungsabsicht erwerben wollen.“ Dies sei von den Regelungen zum Stockwerkseigentum nicht gedeckt, sondern laufe dem Gesetzeszweck zuwider.

5 Die Klägerin beantragt wie folgt:

- (1) Die Beklagten werden verurteilt, der Aufhebung der Stockwerksgemeinschaft an Flurstück X, Gemarkung Y, eingetragen im Grundbuch von S, Blatt x, BV. 1 zuzustimmen.
- (2) Hilfsweise wird beantragt, die Beklagten zu verurteilen, die Zwangsversteigerung zur Aufhebung der Stockwerksgemeinschaft an dem Flurstück X, Gemarkung Y, eingetragen im Grundbuch von S, Blatt x zu dulden.

Die Beklagten beantragen demgegenüber, die Klage abzuweisen.

6 Wegen der Einzelheiten des Vortrags der Parteien wird auf die gewechselten Schriftsätze sowie das Protokoll der mündlichen Verhandlung verwiesen.

► II. Aus den Gründen:

7 Dem Hauptantrag fehlt es am Rechtsschutzbedürfnis.

8 Um die Teilungsversteigerung betreiben zu können, bedarf es – falls die weiteren Beteiligten nicht freiwillig zustimmen – eines Duldungstitels.

9 Der zulässige Hilfsantrag ist jedoch begründet.

10 Die Klägerin kann von den Beklagten die Duldung der Zwangsversteigerung nach Artikel 230 des Württembergischen AGBGB verlangen. Danach kann ein Stockwerkseigentümer die Aufhebung des Stockwerkseigentums verlangen, wenn die Verhältnisse in dem Gebäude so unhaltbar geworden sind, dass ihm die Weiterführung des Stockwerkseigentums nicht mehr zugemutet werden kann.

11 Dies ergibt sich zwangslos aus dem von der Klägerin vorgelegten und auch von der Beklagten in Bezug genommenen Gutachten des A vom 03.08.2020 (Anlage A). Darin wird – hierauf haben sich die Beklagten ausdrücklich berufen – der Verkehrswert des Stockwerkseigentums zum Stichtag 01.07.2020 mit rund 3.600,00 Euro ermittelt. Der Gutachter führt u.a. – es handelt sich insofern um qualifizierten Parteivortrag – wie folgt aus:

„Insgesamt verwahrloster, erheblich beschädigter Zustand. Derzeit nicht bewohnbar. Sofern wirtschaftlich, ist eine umfassende Kernsanierung vorzunehmen.“

(...)

Gesamtbeurteilung

Eine mögliche Sanierung müsste eine umfassende Kernsanierung sein. Die Bewertung ergibt, dass das Gebäude nicht mehr rentierlich sanierungsfähig ist. Durch die Förderung der Abbruchkosten zu 100%, maximal 25.000,00 Euro (Deckelung) innerhalb des Sanierungsgebiets, ist ein Abbruch wirtschaftlich vernünftig, da der Bodenwert größer ist als die kalkulierten Freilegungskosten unter Berücksichtigung der Förderung.“

12 Von der Richtigkeit dieser Einschätzung konnte sich das Gericht anhand der beigefügten Lichtbilder einen eigenen Eindruck verschaffen.

13 Ein Vorkaufsrecht stand den Beklagten im Übrigen nicht zu. Eine Schenkung mit Abrissaufgabe stellt keine Umgehung dar.

14 Weiterhin durfte die klagende Gemeinde das Stockwerkseigentum erwerben, um den Abriss des Gebäudes zu betreiben. Es kann dahinstehen, ob ein Erwerb zum Zwecke der Beseitigung grundsätzlich rechtsmissbräuchlich ist, da die klagende Gemeinde jedenfalls städtebauliche Motive ins Feld führen kann. Aus dem Gutachten A ergibt sich, dass sich das Gebäude innerhalb eines Sanierungsgebietes befindet. (...)

Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar, die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags.

GBO § 19, § 47 Abs. 2 Satz 2; BGB § 1922 Abs. 1; GBO § 27 Satz 1, § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2

Amtliche Leitsätze:

1. Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar; die Rechtsnachfolge in die Gesellschafterstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags.

2. Soll eine auf dem Grundstück einer GbR lastende Grundschuld nach dem Tod eines Gesellschafters mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers und der verbliebenen Gesellschafter gelöscht werden, ohne zuvor das Grundbuch zu berichtigen, muss die Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden (Abgrenzung zu Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 - V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 16 a.E.)

3. Der Nachweis der Zustimmungsbefugnis ist jedenfalls dann erbracht, wenn sich aus der in der Form des § 29 GBO eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere gesellschaftsvertragliche Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen; eidesstattlicher Versicherungen bedarf es nicht.

BGH (V. Zivilsenat),
Beschluss vom 10.02.2022 - V ZB 87/20

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), ist als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen. Als Gesellschafter sind der Be-

teiligte zu 2 und der inzwischen verstorbene Dr. F. Z. eingetragen. Der Beteiligte zu 3 ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Dr. F. Z. Die Beteiligte zu 4, eine Bank, bewilligte mit notarieller Urkunde die Löschung einer zu ihren Gunsten in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen brieflosen Grundschuld. Für die Beteiligte zu 1 stimmten mit notarieller Urkunde der Beteiligte zu 2 als Mitgesellschafter und der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker der Löschung zu.

2 Den Antrag der Beteiligten zu 1 auf Löschung der Grundschuld hat das Grundbuchamt zurückgewiesen. Die hiergegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde verfolgt die Beteiligte zu 1 den Löschantrag weiter.

► II. Aus den Gründen:

3 Nach Ansicht des Beschwerdegerichts, dessen Entscheidung u.a. in ZfIR 2020, 864 veröffentlicht ist, ist die Löschung der Grundschuld zu Recht abgelehnt worden. Die gemäß § 27 Satz 1 GBO für die Löschung erforderliche Zustimmung der GbR als der Wohnungseigentümerin sei neben dem Beteiligten zu 2 von den Rechtsnachfolgern des verstorbenen Mitgeschafters abzugeben. Vor der Löschung müssten diese gemäß § 39 Abs. 1 GBO in das unrichtig gewordene Grundbuch eingetragen werden. Die Voreintragung sei nicht gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbehrlich. Es fehle an dem dafür erforderlichen Nachweis, dass die Bewilligung des Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen Mitgeschafters gegen dessen Erben wirksam sei. Nach dem Tod des Geschafters einer GbR sei der Testamentsvollstrecker zwar dann unter Ausschluss der Erben verfügungsbefugt, wenn die Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB aufgelöst werde. Von diesem gesetzlichen Regelfall könne aber nicht ohne weiteres ausgegangen werden. Vorliegend bestünden zudem besondere Anhaltspunkte dafür, dass die Geschafters die Auflösung der Gesellschaft nicht gewollt und die Fortführung mit den Erben des verstorbenen Geschafters vereinbart hätten. Das Hindernis in Gestalt der fehlenden Voreintragung lasse sich nicht rückwirkend beseitigen. Zwar sei die Eintragung der Erben bzw. der aus mehreren Miterben bestehenden Erbengemeinschaft allein durch den Beteiligten zu 3 zu bewilligen, weil die Buchposition immer nach erbrechtlichen und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen übergehe. Diese Bewilligung wirke aber nicht zurück und könne deshalb nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

4 I. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG). Im

Rahmen der Zulässigkeit ist zugunsten der GbR zu unterstellen, dass sie durch die Beteiligten zu 2 und 3 wirksam vertreten wird. Denn die Rechtsbeschwerde legt schlüssig dar, dass die GbR lediglich als Liquidationsgesellschaft fortbesteht und der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen Mitgeschafters die Geschafterbefugnisse des Verstorbenen ausübt. Dies ist für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ausreichend (vgl. Senat, Beschluss vom 6. Mai 1999 – V ZB 15/99, NJW 1999, 2369, 2370; allgemein BGH, Beschluss vom 30. November 1988 – IVa ZB 12/88, BGHZ 106, 96, 99 mwN).

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

6 1. Mit der von dem Beschwerdegericht gegebenen Begründung kann ein rückwirkend nicht behebbares Eintragungshindernis im Sinne des § 18 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 GBO nicht angenommen werden.

7 a) Im Ausgangspunkt darf eine Grundschuld gemäß § 27 Satz 1 GBO nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks – hier also der GbR – gelöscht werden. Das Zustimmungserfordernis ist neben der – hier vorliegenden – Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers notwendig, um den Eigentümer davor zu bewahren, ein durch Zahlungen auf das Grundpfandrecht entstandenes, aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Eigentümergrundpfandrecht bzw. seine Anwartschaft auf Erwerb des Eigentümergrundpfandrechts gegen seinen Willen zu verlieren (Senat, Beschluss vom 12. Oktober 2017 – V ZB 131/16, NJW 2018, 710 Rn. 7). Die von einer GbR als Eigentümerin zu erteilende Zustimmung ist grundsätzlich von allen gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragenen Geschaftern abzugeben; denn gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO werden die im Grundbuch eingetragenen Geschafters einer GbR verfahrensrechtlich wie Berechtigte behandelt.

8 b) Keinen Bestand haben kann aber die Begründung, mit der das Beschwerdegericht im Hinblick auf den verstorbenen Geschafters die Voreintragung der Erben verlangt. Zu Unrecht unterscheidet es insoweit zwischen dem Erfordernis der Voreintragung einerseits und der Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers andererseits.

9 aa) Das Beschwerdegericht nimmt – seiner ständigen Rechtsprechung folgend (zuvor bereits KG, ZEV 2016, 338 Rn. 3; ZEV 2020, 707 Rn. 14) – an, dass die Buchposition des verstorbenen Geschafters einer GbR stets nach erb- und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen auf den Erben oder die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit übergeht (im Anschluss an *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16 f.; nur im Ergebnis zustimmend *Staudinger/Kunz*, BGB [30.4.2021], § 1922 Rn. 190b). Wegen der Testamentsvollstreckung sei hier

allein der Beteiligte zu 3 befugt, die Eintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu bewilligen, was jedoch nicht rückwirkend geschehen könne. Anders beurteilt das Beschwerdegericht hingegen das Erfordernis der Voreintragung; (nur) hinsichtlich der Frage, ob die Bewilligung des Testamentsvollstreckers gegen die Erben wirksam und die Voreintragung deshalb gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbehrlich ist, hält es die Vorgaben des Gesellschaftsvertrags für maßgeblich. Da nicht feststehe, dass der Testamentsvollstrecker die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse ausüben dürfe, sei die Voreintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erforderlich.

10 bb) Diese Differenzierung findet im Gesetz keine Stütze.

11 (1) Nach dem Tod des Gesellschafters einer im Grundbuch als Eigentümerin eines Grundstücks eingetragenen GbR stellt die Buchposition des Gesellschafters keine gesondert vererbliche Rechtsposition dar; die Rechtsnachfolge in die Gesellschaftstellung vollzieht sich insgesamt nach Maßgabe des Gesellschaftsvertrags (so bereits BayObLGZ 1992, 259, 263 f. in Ablehnung von *Ertl*, MittBayNot 1992, 11, 16 f.; ebenso OLG München, FGPrax 2017, 250, 251; OLG Zweibrücken, MittBayNot 1995, 210, 211; *Weber*, ZEV 2020, 710, 711). Wegen der Vermutung des § 891 BGB ist für die Bewilligungsberechtigung zwar grundsätzlich die Grundbuchposition maßgeblich. Die Buchposition ist aber kein selbständig vererblicher Vermögenswert, sondern sie beruht grundsätzlich auf der materiellen Berechtigung, die durch sie verlautbart wird (vgl. nur BayObLGZ 1992, 259, 263). Ist das Grundbuch unrichtig und die Vermutung des § 891 BGB widerlegt, muss der wahre Berechtigte, also der Inhaber des betroffenen Rechts, die Eintragung gemäß § 19 GBO bewilligen (Senat, Urteil vom 20. Januar 2006 – V ZR 214/04, NJW-RR 2006, 888 Rn. 14) bzw. gemäß § 27 Satz 1 GBO der Löschung zustimmen (vgl. BayObLGZ 1992, 341, 342; BeckOK GBO/*Holzer* 1.11.2021, § 27 Rn. 7); die Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO stellt nämlich einen Unterfall der Bewilligung gemäß § 19 GBO dar (vgl. *Bauer/Schaub/Schäfer*, GBO, 4. Aufl., § 27 Rn. 27; *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 27 Rn. 20). Für die Gesellschafter einer GbR und die Vermutung des § 899a Satz 1 BGB gilt das gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO entsprechend. Steht fest, dass ein im Grundbuch eingetragener Gesellschafter einer GbR verstorben ist, ist die Vermutung des § 891 BGB widerlegt. Infolgedessen müssen an Stelle des verstorbenen Gesellschafters nunmehr dessen Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil die Zustimmung erklären; eine von dem Gesellschaftsvertrag losgelöste Vererbung der Buchposition findet nicht statt. Nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags beurteilt sich auch, wer bei An-

ordnung der Testamentsvollstreckung bewilligungsbefugt ist (näher dazu unten Rn. 15 ff.).

12 (2) Nichts anderes gilt im Hinblick auf das gemäß § 39 Abs. 1 GBO grundsätzlich bestehende Erfordernis der Voreintragung der Rechtsnachfolger. Richtig ist zwar, dass gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO von einer Voreintragung nur abgesehen werden kann, wenn die Bewilligung eines Testamentsvollstreckers gegenüber den Erben wirksam ist. Über die Zustimmungs- oder Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers hinaus, die von Amts wegen zu prüfen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 28. April 1961 – V ZB 17/60, BGHZ 35, 135, 139), stellt dies jedoch kein eigenständiges materielles Prüfungskriterium dar (vgl. *Bauer/Schaub/Bauer*, GBO, 4. Aufl., § 40 Rn. 27; BeckOK GBO/*Zeiser* [1.11.2021], § 40 Rn. 29). Sollte die Bewilligungsbefugnis des Beteiligten zu 3 nachgewiesen sein, wäre seine Zustimmung also ausreichend, und zugleich stünde fest, dass es gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO nicht der Voreintragung der Erben bedürfte. Der Beschwerdeentscheidung lässt sich im Übrigen, wie die Rechtsbeschwerde zu Recht rügt, nicht entnehmen, wer aus Sicht des Beschwerdegerichts nach erfolgter Eintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit (§ 47 Abs. 1 GBO) die Zustimmung erteilen müsste, und welche Voraussetzungen die Beteiligten insoweit erfüllen müssten.

13 2. Die Entscheidung erweist sich nicht aus anderen Gründen als richtig (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 74 Abs. 2 FamFG).

14 a) Nach den obigen Ausführungen kommt es zunächst entscheidend darauf an, wer bei der Erteilung der Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO befugt ist, die Gesellschafterbefugnisse des verstorbenen Mitgesellschafters auszuüben.

15 aa) Im Ausgangspunkt führt die von dem verstorbenen Mitgesellschafter einer GbR angeordnete Testamentsvollstreckung über seinen Nachlass nicht in jedem Fall dazu, dass die Verfügungsbefugnis der Rechtsnachfolger ausgeschlossen ist und die Gesellschafterbefugnisse von dem Testamentsvollstrecker wahrzunehmen sind. Insofern sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.

16 (1) Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 13. Juli 2017 (V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 16 mwN) zu einem Nachlassinsolvenzverwalter ausgeführt hat, vollzieht sich die Vererbung von Anteilen im Fall der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB an der nach dem Erbfall fortbestehenden Liquidationsgesellschaft nach rein erbrechtlichen Regeln. Die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht, sondern Gesellschafter ist der Erbe bzw. sind die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft. Mit

der Annahme des Amts durch den Testamentsvollstrecker gemäß § 2202 Abs. 1 BGB nimmt dieser entsprechend § 146 Abs. 1 HGB unter Ausschluss der Erben die Befugnisse des Abwicklers wahr (vgl. MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl., § 2205 Rn. 31). Sollte es sich bei der Beteiligten zu 1 um eine Liquidationsgesellschaft handeln, übte also der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker die Gesellschafterbefugnisse des verstorbenen Mitgesellschafters aus und wäre zustimmungsbefugt.

17 (2) Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen eine Regelung gemäß § 736 Abs. 1 BGB, wonach die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (sog. Fortsetzungsklausel), wächst der Anteil des verstorbenen Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB den übrigen Gesellschaftern zu. In den von dem Testamentsvollstrecker verwalteten Nachlass fällt lediglich der schuldrechtliche Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. *Pauli* in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung, 7. Aufl., § 5 Rn. 151). Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft führt zur Übernahme der Aktiva und Passiva durch den verbleibenden Gesellschafter, der Gesamtrechtsnachfolger der beendeten Gesellschaft wurde (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999 – VII ZR 53/97, NJW 2000, 1119 f. zur Kommanditgesellschaft). Im Ergebnis geht die Zustimmungsberechtigung des Verstorbenen also auf den oder die Mitgesellschafter über. Das wäre hier der Beteiligte zu 2, der bereits zugestimmt hat.

18 (3) Anders ist es jedoch, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthält, wonach die Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit allen oder einzelnen Erben fortgesetzt wird (sog. einfache bzw. qualifizierte Nachfolgeklausel). Dann gehört der im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf den oder die Gesellschafter-Erben übergehende Anteil der Personengesellschaft zwar zum Nachlass. Der Testamentsvollstrecker kann über die mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Vermögensrechte – insbesondere den Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben – verfügen. Wegen der Besonderheiten der zwischen den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft stehen ihm aber nicht solche Befugnisse zu, die unmittelbar die Mitgliedschaftsrechte der Erben berühren (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 1998 – II ZR 23/97, MDR 1998, 423 mwN). Dazu gehört die Wahrnehmung der Rechte des Gesellschafter-Erben bei der Geschäftsführung (§ 709 BGB) und damit auch bei der Verfügung über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 19). In diesem Fall üben der oder die Gesellschafter-Erben je für sich (und nicht der

Testamentsvollstrecker) die Gesellschafterbefugnisse des Verstorbenen aus, zu denen auch die Erteilung der Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO gehört. Infolgedessen müssten also der oder die Gesellschafter-Erben (je für sich und nicht als Erbengemeinschaft) zustimmen.

19 bb) Die bislang erteilte Zustimmung der Beteiligten zu 2 und 3 reicht – wie das Beschwerdegericht im Hinblick auf die Voreintragung zutreffend erkennt – für sich genommen nicht aus, weil es an dem Nachweis der Zustimmungsbefugnis des Beteiligten zu 3 fehlt. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde hat das Grundbuchamt bei Eintragungen in das Grundbuch nicht grundsätzlich die Auflösung der Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB – was hier die Zustimmungsbefugnis des Beteiligten zu 3 als Testamentsvollstrecker zur Folge hätte (vgl. oben Rn. 16) – zugrunde zulegen.

20 (1) Allerdings hat der Senat für die Eintragung eines Insolvenzvermerks in das Grundbuch entschieden, dass mangels anderer Anhaltspunkte von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB auszugehen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 16 a.E.). Diese Aussage lässt sich aber nicht verallgemeinern, sondern sie beschränkt sich ihrem Kontext entsprechend auf die Eintragung eines Insolvenzvermerks. Insoweit ist § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO entsprechend anzuwenden, wenn über den Nachlass eines verstorbenen Mitgesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde; das Insolvenzgericht hat daher, soweit ihm aus dem Grundbuch hervorgehende Gesellschaftsanteile bekannt werden, das Grundbuchamt von Amts wegen um die Eintragung des Vermerks zu ersuchen (§ 32 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder der Insolvenzverwalter hat sie beim Grundbuchamt zu beantragen (§ 32 Abs. 2 Satz 2 InsO). Zweck der Vorschrift ist es, die Insolvenzmasse vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb zu schützen, indem die Verfügungsbeschränkungen, denen der Insolvenzschuldner unterliegt (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO), im Grundbuch verlautbart werden (Senat, Beschluss vom 19. Mai 2011 – V ZB 197/10, NJW-RR 2011, 1030 Rn. 10). Durch die Eintragung wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs beseitigt, soweit dieser gemäß § 899a BGB das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) der eingetragenen Gesellschafter umfasst. Es ist deshalb im Interesse der gesamten Gläubigerschaft erforderlich, zur Sicherung der Masse den Insolvenzbeschluss umgehend im Grundbuch offenkundig zu machen (vgl. MüKoInsO/Busch, 4. Aufl., §§ 32, 33 Rn. 1 mwN). Dieses gesetzgeberische Ziel würde verfehlt, wenn das Insolvenzgericht vor dem Ersuchen die gesellschaftsvertraglichen Regelungen prüfen bzw. der Insolvenzverwalter deren Inhalt in seinem Antrag nachweisen müsste. Sind allerdings abweichende gesell-

schaftsvertragliche Abreden positiv bekannt, die dazu führen, dass ein Insolvenzvermerk nicht einzutragen ist, dürfen – selbstverständlich – weder das Insolvenzgericht das Grundbuchamt um die Eintragung ersuchen noch der Insolvenzverwalter diese beantragen. Andernfalls darf zum Schutz der Insolvenzmasse insoweit von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB ausgegangen werden; das gilt auch für das Grundbuchamt, das die Eintragung vorzunehmen hat.

21 (2) Anders verhält es sich aber bei dem Nachweis der Bewilligungsbefugnis zur Berichtigung des Grundbuchs nach dem Tod eines Gesellschafters der GbR. Denn der (eilbedürftige) Insolvenzvermerk führt weder Rechtsänderungen herbei noch ermöglicht er deren Vornahme; er beseitigt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, während die Berichtigung diesen herbeiführt. Für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung entspricht es daher im Ansatz einhelliger und zutreffender Auffassung, dass nicht ohne Weiteres die Rechtsfolge des § 727 Abs. 1 BGB anzunehmen ist, sondern dass regelmäßig neben der Bewilligung die gesellschaftsvertraglichen Folgen des Versterbens des Mitgesellschafters mindestens schlüssig dargelegt werden müssen (vgl. KG, ZEV 2020, 707 Rn. 17; ZEV 2016, 338 Rn. 4; OLG München, NZG 2020, 191 Rn. 14; FGPrax 2017, 250, 252; OLGR Jena 2001, 282, 283; BeckOK BGB/Eckert [1.11.2021], § 899a Rn. 9; BeckOGK/Hertel, BGB [15.4.2021], § 899a Rn. 51; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 22 Rn. 41 und § 47 Rn. 31.1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 4274; Reymann, DNotZ 2021, 103, 130 f.; Schöner, DNotZ 1998, 815, 818).

Das gilt auch für die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (vgl. zu dieser Demharter, GBO, 32. Aufl., § 19 Rn. 56 ff., § 52 Rn. 18 ff.).

22 (3) Diese Anforderungen sind auch hier maßgeblich. Soll eine auf dem Grundstück einer GbR lastende Grundschuld nach dem Tod eines Gesellschafters mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers und der verbliebenen Gesellschafter gelöscht werden, ohne zuvor das Grundbuch zu berichtigen, muss die Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden. Das ist erforderlich, weil die Grundschuld gelöscht werden soll, ohne zuvor das Grundbuch wegen der eingetretenen Veränderungen in dem Gesellschafterbestand zu berichtigen (§ 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO). Die Regelung in § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbindet lediglich von dem Erfordernis der Voreintragung nach § 39 Abs. 1 GBO. Weitere Erleichterungen ergeben sich aus der Vorschrift nicht. Da die mit der Eintragung verbundene erleichterte Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt durch den Verzicht auf die Voreintragung entfällt, muss dem Grundbuchamt die Bewilligungsberechtigung und -befugnis wie bei einer Berichtigungsbewilligung zur Vor-

eintragung nachgewiesen werden (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl., § 40 Rn. 4, 27; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 40 Rn. 2).

23 cc) Dieser Mangel ließe sich jedoch rückwirkend beheben. Da die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers – wie gezeigt (vgl. Rn. 15 ff.) – von den gesellschaftsvertraglichen Abreden abhängt, kommt es darauf an, wie diese dem Grundbuchamt nachzuweisen sind.

24 (1) Wie die Bewilligungsberechtigung bzw. -befugnis nach dem Tod des Gesellschafters der GbR im Grundbuchverfahren nachgewiesen werden soll, ist allerdings in jeder Hinsicht umstritten. Das hängt damit zusammen, dass jeweils die gesellschaftsvertraglichen Regelungen maßgeblich sind, die aber regelmäßig nicht in der Form des § 29 Abs. 1 GBO nachweisbar sind. Nach dem Vortrag der Rechtsbeschwerde, der für das Rechtsbeschwerdeverfahren als richtig zu unterstellen ist, gibt es hier weder einen schriftlichen Gesellschaftsvertrag noch sind besondere Abreden für den Tod getroffen worden. Damit ist entscheidend, welche Anforderungen insoweit an den Nachweis der Bewilligungs- bzw. Zustimmungsbefugnis zu stellen sind; der Senat hat diese Frage bislang offengelassen (vgl. Beschluss vom 13. Juli 2017 – V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 22). Im Ergebnis entspricht es einhelliger Ansicht, dass die schlüssige Darlegung des nachfolgerelevanten Inhalts des Gesellschaftsvertrags jedenfalls dann ausreichen muss, wenn ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht existiert; die Meinungen gehen aber im Hinblick auf die hierfür erforderlichen Nachweise auseinander.

25 (a) Teils werden weitere Beweismittel unter Rückgriff auf die „Mediatisierungsfunktion“ des § 47 Abs. 2 GBO (vgl. dazu auch Senat, Beschluss vom 28. April 2011 – V ZB 194/10, BGHZ 189, 274 Rn. 20 ff.) stets als entbehrlich und die Bewilligung bzw. Zustimmung der Gesellschafter und der Erben als ausreichend angesehen, sofern der nachfolgerelevante Inhalt des Gesellschaftsvertrags in grundbuchmäßiger Form in der Bewilligungserklärung schlüssig dargelegt wird (so Reymann, DNotZ 2021, 103, 130 f.; ders., FGPrax 2017, 252, 253; Weber, ZEV 2015, 200, 201 f.; ähnlich BeckOGK/Hertel, BGB [15.4.2021], § 899a Rn. 51 f.; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 47 Rn. 260; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 4274; jedenfalls für das Fehlen eines schriftlichen Vertrags im Ergebnis ebenso BayObLGZ 1992, 259, 261; OLG Dresden, ZEV 2012, 339, 340; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 622 f.; Kremer, RNotZ 2004, 239, 251).

26 (b) Nach verbreiteter Ansicht soll dagegen im Grundsatz die Vorlage bestätigender Urkunden erforderlich sein, und zwar nicht nur bei der Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 GBO, sondern auch bei der Berichtigung aufgrund Bewilligung gemäß § 19 GBO

(so ausdrücklich Demharter, GBO, 32. Aufl., § 22 Rn. 41 f. mwN). Gibt es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag, könne das Grundbuchamt infolgedessen die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen über den Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrags verlangen (vgl. BayObLG, NotBZ 2001, 33, 34; OLG München, FGPrax 2017, 250, 251; OLG Schleswig, NotBZ 2012, 189, 191; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 22 Rn. 41 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 4275; Bayer/Lieder in Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., Allg. Teil, J Rn. 41; BeckOK GBO/Reetz [1.11.2021], § 47 Rn. 104b; van de Loo, NotBZ 2012, 192, 193 f.).

27 (c) Nach beiden Auffassungen ist bei einer Testamentsvollstreckung allerdings noch nicht beantwortet, ob neben dem verbliebenen Gesellschafter der Testamentsvollstrecker und/oder die Erben die erforderlichen Erklärungen abgeben müssen.

28 (2) Richtigerweise ist der Nachweis der Zustimmungsbefugnis jedenfalls dann erbracht, wenn sich aus der in der Form des § 29 GBO eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere gesellschaftsvertragliche Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen; eidesstattlicher Versicherungen bedarf es nicht.

29 (a) Im Ausgangspunkt hat das Grundbuchamt von Amts wegen zu prüfen, ob sich der Testamentsvollstrecker in den Grenzen seiner Verfügungsbefugnis gehalten hat (vgl. oben Rn. 12; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 52 Rn. 23). Das dargestellte Nachweisproblem lässt sich im Falle der Testamentsvollstreckung jedenfalls nicht dadurch lösen, dass stets alle in Betracht kommenden Personen – hier also sowohl die Beteiligten zu 2 und 3 als auch die Erben des verstorbenen Gesellschafters – zustimmen müssen. Sollte es sich so verhalten, wie die Beteiligten zu 2 und 3 vortragen, ist die Gesellschaft also aufgelöst, verlöre die Testamentsvollstreckung nämlich ihren Sinn, wenn stets auch die Zustimmung der Erben erforderlich wäre; die Testamentsvollstreckung soll ja gerade eine Nachlassabwicklung unter Ausschluss der Erben ermöglichen.

30 (b) Ein vergleichbares Problem stellt sich, wenn nachgewiesen werden muss, dass von dem Testamentsvollstrecker getätigte Verfügungen nicht im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB unentgeltlich und daher von der Verfügungsbefugnis umfasst sind. Insoweit hat der Senat anerkannt, dass einfache Erklärungen des Testamentsvollstreckers genügen können, wenn keine begründeten Zweifel daran bestehen, allerdings nur, soweit es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen (vgl. Senat, Beschluss vom 24. September 1971 – V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 95). Im Ergebnis ist dem Grundbuchamt hier eine freie Beweis-

würdigung gestattet, sofern und soweit ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht möglich ist; dabei hat es jedoch keine eigenen Nachforschungen und Ermittlungen anzustellen und darf nur bei konkreten Zweifeln weitere Nachweise verlangen (vgl. Demharter, GBO, 32. Aufl., § 52 Rn. 24 f.).

31 (c) So ist auch hier zu verfahren. Zum Nachweis der Verfügungsbefugnis reicht es aus, wenn der Testamentsvollstrecker und der oder die Mitgesellschafter in der Form des § 29 GBO Erklärungen beibringen, wonach ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag nicht besteht und besondere Vereinbarungen für den Todesfall nicht getroffen sind. Dabei kann die Erklärung des Testamentsvollstreckers auch dahin gehen, dass ihm der Inhalt des Gesellschaftsvertrags unbekannt ist (vgl. BayObLGZ 1992, 259, 261). Auf diese Weise wird dem Grundbuchamt der aktuelle Stand der in dem Gesellschaftsvertrag enthaltenen Regelung vermittelt; in aller Regel werden über die zuletzt getroffenen mündlichen Abreden ohnehin nur die verbliebenen Gesellschafter verlässlich Auskunft geben können.

32 (d) Einfache Erklärungen sind insoweit ausreichend (vgl. auch Senat, Beschluss vom 24. September 1971 – V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 95). Einer eidesstattlichen Versicherung bedarf es nicht. In Antragsverfahren lässt § 29 GBO im Grundsatz nur den Nachweis durch Urkunden zu (vgl. BayObLG, MittBayNot 1993, 211, 212; Böhringer, NotBZ 2012, 241; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 1 Rn. 71, § 29 Rn. 23). Eine richterrechtlich zugelassene Versicherung an Eides statt könnte nur dann eine (im Vergleich zu einer einfachen Erklärung) höhere Richtigkeitsgewähr bieten, wenn sie strafbewehrt wäre. Die Strafbarkeit gemäß §§ 156, 161 StGB hängt aber davon ab, dass das Grundbuchamt als eine zur Abnahme einer Versicherung an Eides statt zuständige Behörde anzusehen ist. Dazu muss die Behörde, bei der der Beweis zu erbringen ist, befugt sein, die eidesstattliche Versicherung gerade in dem Verfahren abzunehmen, in dem sie abgegeben wurde, und über den Gegenstand, auf den sie sich bezieht (st. Rspr., vgl. BGHSt 7, 1 f.; 17, 303; BGH, Beschluss vom 7. Februar 1989 – 5 StR 26/89, wistra 1989, 181 f.). Zweifel an einer solchen Befugnis bestehen im Hinblick auf Art. 103 Abs. 2 GG. Denn die Abnahme einer eidesstattlichen Versicherung durch das Grundbuchamt ist nur in gesetzlich besonders geregelten Ausnahmefällen vorgesehen (vgl. insbesondere § 35 Abs. 3 Satz 2 GBO; vgl. auch OLG Oldenburg, ZfIR 2010, 726, 728; OLG Saarbrücken, ZfIR 2010, 329, 332). Ob eidesstattliche Versicherungen insoweit ein taugliches Mittel sind, als die Erbfolge nachgewiesen werden soll (§ 35 GBO), insbesondere im Hinblick auf den Ausschluss negativer Tatsachen (vgl. dazu Demharter, GBO, 32. Aufl., § 29 Rn. 63, § 35 Rn. 41; Böhringer, ZEV 2017, 68, 69), bedarf hier keiner Entscheidung.

33 b) Danach kann der Nachweis durch eine Erklärung der Beteiligten zu 2 und 3 zu den gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen über die Folgen des Versterbens eines Gesellschafters in der Form des § 29 Abs. 1 Satz 1 GBO erbracht werden. Insoweit kann eine Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 GBO erfolgen. Das setzt voraus, dass der Mangel des Antrags rückwirkend geheilt werden kann (Senat, Beschluss vom 1. Oktober 2020 – V ZB 51/20, ZfIR 2021, 32 Rn. 7 mwN), wovon hier auszugehen ist.

34 aa) Die von dem Beschwerdegericht geäußerten Zweifel an dem Bestehen einer Liquidationsgesellschaft stehen dem nicht entgegen. Insoweit hat das Beschwerdegericht aus dem Umstand, dass der verstorbene Gesellschafter unter der Anschrift des Wohnungseigentums wohnhaft war, gefolgert, dass er das Wohnungseigentum selbst genutzt habe und die Liquidation der GbR bei Versterben seines Mitgesellschafters infolgedessen nicht gewollt gewesen sein könne. Es ist schon zweifelhaft, ob eine solchermaßen vage Vermutung ausreicht, um konkrete Zweifel zu begründen und das Grundbuchamt zu weiteren Überprüfungen zu veranlassen (hierzu oben Rn. 30). Jedenfalls durfte das Beschwerdegericht seine Vermutung nicht zur Entscheidungsgrundlage machen, ohne den Beteiligten zuvor rechtliches Gehör zu gewähren und ggf. weitere Nachweise anzufordern. Nach dem als richtig zu unterstellenden Vortrag der Rechtsbeschwerde ist die tatsächliche Prämisse des Beschwerdegerichts unzutreffend; danach hat der Verstorbene unter derselben Anschrift eine in seinem Alleineigentum stehende Eigentumswohnung bewohnt.

35 bb) Infolgedessen ist der Beteiligten zu 1 durch Zwischenverfügung gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO aufzugeben, die fehlenden Erklärungen in angemessener Frist beizubringen. Da dem Grundbuchamt (lediglich) die Bewilligungsbefugnis nachzuweisen ist, ist die bereits erklärte Zustimmung nach § 27 Satz 1 GBO wirksam, sofern sich aus den beizubringenden Erklärungen ergeben sollte, dass der Beteiligte zu 3 anstelle des verstorbenen Gesellschafters die Befugnisse des Abwicklers in der Liquidationsgesellschaft wahrnimmt. Eine Berichtigung des Grundbuchs ist in diesem Fall gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO entbehrlich.

36 c) Schließlich scheidet die Beschwerde nicht daran, dass der Beteiligte zu 3 bislang lediglich eine beglaubigte Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beigebracht hat. Allerdings muss das Testamentsvollstreckerzeugnis dem Grundbuchamt grundsätzlich in Urschrift oder Ausfertigung vorliegen (vgl. OLG Hamm, ZEV 2016, 640 f.; BeckOK GBO/Wilsch, [1.11.2021], § 35 Rn. 137 jeweils mwN). Die Rechtsbeschwerde verweist aber zu Recht darauf, dass es ausreicht, wenn in dem Antrag auf die bei demselben Amtsgericht geführten Nachlassakten

und das darin enthaltene Testamentsvollstreckerzeugnis Bezug genommen wird (vgl. BeckOK GBO/Wilsch, [1.11.2021], § 35 Rn. 137; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 35 Rn. 60 a.E.; Schaub, ZEV 2000, 49 f.). So liegt es hier; die notarielle Urkunde, die die Zustimmung der Beteiligten zu 2 und 3 enthält, nimmt auf die bei demselben Amtsgericht geführten Nachlassakten Bezug.

Vereinbarung der alleinigen Nutzung des Gartens im Rahmen eines Wohnungsrechts

BGB §§ 1093, 1021, 1105; GBO § 18

Redaktioneller Leitsatz:

Im Rahmen eines Wohnungsrechts kann auch die alleinige Nutzung des Gartens durch den Berechtigten vereinbart werden, solange das Wohnen der Hauptzweck der Gesamtnutzung bleibt. Zudem kann vereinbart werden, dass der Eigentümer das Gebäude zur Gewährung des Wohnungsrechts instandzuhalten hat.

OLG Brandenburg (5. Zivilsenat),
Beschluss vom 27.05.2021 – 5 W 70/21

I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller wenden sich gegen eine Zwischenverfügung des Grundbuchamts Die Beteiligte zu 1 ist im Grundbuch eingetragene Eigentümerin des unter der laufenden Nummer 1 des Bestandsverzeichnisses des verfahrensgegenständlichen Grundbuchs verzeichneten Grundstücks (Flurstück ...der Flur ...).

2 Mit Schreiben vom 7. Dezember 2020 beantragte der Verfahrensbevollmächtigte unter Bezugnahme auf die von ihm bereits eingereichte Ausfertigung der Urkunde gemäß seiner UR-Nr. .../... unter anderem den Vollzug der Eintragung des Leibgedings gem. § 3 der Urkunde.

3 In der in Bezug genommenen Urkunde vom 11. August 2020 (Bl. 21 ff. d.A.) veräußerte die Beteiligte zu 1 das streitgegenständliche Grundstück an den Beteiligten zu 2 und behielt sich unter § 3 a des Vertrags unter anderem ein Wohnungsrecht auf Lebenszeit „an der im Erdgeschoss gelegenen Wohnung, bestehend aus drei Zimmer, Küche und Bad vor“. Dieses war wie folgt beschrieben:

„Danach ist der Berechtigte befugt, diese Räume unter Ausschluss des Eigentümers auf Lebensdauer zu bewohnen sowie den Garten des Anwesens alleine zu nutzen. Damit verbunden ist das Recht auf Mitbenutzung der zum

gemeinschaftlichen Gebrauch der Hausbewohner bestimmten Einrichtungen und Anlagen, insbesondere des Kellers, des Speichers sowie des Hofes. Der Eigentümer hat das Gebäude zur Gewährung des Wohnungsrechts instandzuhalten.

Mit dem Wohnungsrecht verbunden ist das Recht, den – von der Zufahrt aus – linken Kfz-Stellplatz in dem auf dem Hausgrundstück befindlichen Carport unter Ausschluss des Eigentümers zum Abstellen von Fahrzeugen zu benutzen.

Die Überlassung der Ausübung des Wohnungsrechts an Dritte ist nicht gestattet.“

4 In der Urkunde wurde zudem die Eintragung des Wohnungsrechts als beschränkte persönliche Dienstbarkeit zugunsten des Berechtigten [...] am Flurstück ... der Flur ... von ... bewilligt.

5 Darüber hinaus wurde bewilligt und beantragt, die in § 3 lit. a bis c bestellten Rechte zugunsten des Berechtigten am gesamten Vertragsbesitz als Leibgeding gemäß § 49 GBO in das Grundbuch an nächstfolgender Rangstelle einzutragen, mit dem Vermerk, dass zur Löschung der Todesnachweis genüge.

6 Mit Zwischenverfügung vom 1. März 2021 teilte das Grundbuchamt den Antragstellern mit, dass die beantragte Eintragung nicht erfolgen könne. Unter Absatz 2 der Verfügung führte das Grundbuchamt insoweit aus, dass die Eintragungsbewilligung zum Wohnungsrecht durch Ergänzungsbewilligung zu ändern sei, da die Verpflichtung zur Gewährung des Wohnrechts und Instandhaltung des Gebäudes nicht Inhalt eines Rechts nach § 1093 BGB sein könne. Insofern komme nur eine Reallast nach § 1105 BGB in Betracht. Außerdem könne die Alleinbenutzung des Gartens und der Stellplatzfläche nicht in diesem Rahmen gesichert werden, da nur an der Wohnung selbst der Ausschluss des Eigentümers erfolgen könne. Die beanstandeten Vereinbarungen seien aus der Eintragungsbewilligung zu entfernen. Zur formgerechten Behebung der Mängel setzte das Grundbuchamt den Antragstellern eine Frist von zwei Monaten.

7 Mit Schreiben vom 15. April 2021 wandte der Verfahrensbevollmächtigte ein, die Verpflichtung zur Gewährung des Wohnungsrechts und Instandhaltung könnten Inhalt des Wohnungsrechts sein. Auch könne ein einzelner Carportstellplatz ebenso Inhalt eines Wohnungsrechts sein wie die alleinige Benutzung des Gartens, wenn sich das Wohnungsrecht wie hier auf die Räume der einzigen Erdgeschosswohnung im Anwesen beziehe. Entsprechende Leibgedingsrechte seien bislang vom Grundbuchamt anstandslos eingetragen worden. Soweit der Eingabe nicht abgeholfen werde, sei sie als Beschwerde zu behandeln.

8 Mit Beschluss vom 26. April 2021 hat das Grundbuchamt der Beschwerde nicht abgeholfen, „soweit der Be-

griff „Gewährung“ und die alleinige Befugnis zur Benutzung des Gartens aus dem Inhalt des Rechts nach § 1093 BGB zu entfernen sind“ und dem Brandenburgischen Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Im Übrigen hat es der Beschwerde abgeholfen.

9 Hinsichtlich der Gartenfläche gestatte § 1093 Abs. 3 BGB ausdrücklich nur die Mitbenutzung gemeinschaftlicher Anlagen und Einrichtungen, nicht die alleinige Benutzung unter Ausschluss des Eigentümers. Zudem sei das Wohnungsrecht nach § 1093 BGB eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, weshalb bereits aus dem Wesen des Rechts ausgeschlossen sei, dass der Grundstückseigentümer durch sie zu einem aktiven Tun verpflichtet werden könne. Der Begriff Gewährung spreche aber für ein wiederkehrendes Handeln, zu dem der Grundstückseigentümer verpflichtet werde. Um klarzustellen, dass gerade keine Wohnungsreallast, sondern ein Wohnungsrecht eingetragen werden solle, sei den Beteiligten die Entfernung des missverständlichen Begriffs aus der Bewilligung aufgegeben worden. Aus der Beschwerdebeurteilung trete der Dissens deutlich hervor, gehe doch der Verfahrensbevollmächtigte davon aus, dass die Gewährung des Wohnraums und nicht nur die bloße Duldung der Rechtsausübung wesentlicher Inhalt des Rechts nach § 1093 BGB sei.

► II. Aus den Gründen:

10 Die zulässige Beschwerde (§§ 71, 73 GBO) hat auch in der Sache Erfolg.

11 1. Die angefochtene Zwischenverfügung ist, soweit keine Abhilfe erfolgt ist, aufzuheben, da sie schon aus formellen Gründen keinen Bestand haben kann.

12 Gemäß § 18 Abs. 1 Satz 1 GBO hat das Grundbuchamt, wenn einer beantragten Eintragung ein Hindernis entgegensteht, entweder den Antrag zurückzuweisen oder, durch Zwischenverfügung, dem Antragsteller eine Frist zur Behebung des Hindernisses zu bestimmen. Ergeht eine entsprechende Zwischenverfügung, so ist gemäß § 18 Abs. 1 Satz 2 GBO der Antrag nach Fristablauf zurückzuweisen, wenn nicht inzwischen die Hebung des Hindernisses nachgewiesen ist.

13 Erlässt das Grundbuchamt eine Zwischenverfügung, so bringt es damit zum Ausdruck, dass dem Antrag nach Beseitigung des Hindernisses entsprochen werde und damit der Mangel des Antrags mit rückwirkender Kraft geheilt ist. Denn durch eine Zwischenverfügung sollen dem Antragsteller Rang und sonstige Rechtswirkungen, die sich nach dem Eingang des Antrags richten, erhalten bleiben. Kann das Eintragungshindernis nicht mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung behoben

werden, etwa weil der gestellte Eintragungsantrag inhaltlich nicht vollziehbar ist und daher vorhandene Erklärungen nicht nur nachgereicht sondern ihrem Inhalt nach geändert werden müssten, ist eine Zwischenverfügung unzulässig, der Antrag ist zurückzuweisen. Denn andernfalls erhielte die beantragte Eintragung einen Rang, der ihr nicht gebührt (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rn. 8 m.w.N.). Mit einer Zwischenverfügung kann daher nicht aufgegeben werden, das einzutragende Recht inhaltlich abzuändern (Senat, Beschluss vom 18. Januar 2010 – 5 Wx 3/09, BeckRS 2011, 7069, beck-online; OLG Zweibrücken, Beschluss vom 12. September 1997 – 3 W 176/97 –, Rn. 7, juris; Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 20. Oktober 2004 – 2Z BR 176/04 –, Rn. 9, juris Beschluss vom 11. September 1997 – 2Z BR 120/97 –, Rn. 10 – 12, juris Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 433, beck-online).

14 Vorliegend rügt das Grundbuchamt, dass aus dem Inhalt des Rechts nach § 1093 BGB der Begriff der „Gewährung“ und das formulierte Recht zur alleinigen Befugnis zur Benutzung des Gartens zu entfernen seien. Das Grundbuchamt ist also selbst davon ausgegangen, dass das Recht so, wie beantragt, nicht eintragungsfähig sei und die Bewilligung ihrem Inhalt nach geändert werden müsse. Derartige (neue) Erklärungen hätten aber keine rückwirkende Kraft. Die Zwischenverfügung hätte daher nicht ergehen dürfen.

15 2. Ergänzend – und ohne Bindung für das Grundbuchamt – merkt der Senat Folgendes an:

16 a. Der Senat hat derzeit keine Bedenken, dass sich das Wohnungsrecht auch auf einen Garten erstrecken kann, wenn das Wohnen der Hauptzweck der Gesamtnutzung bleibt. In diesem Rahmen kann auch die alleinige Nutzung des Gartens durch den Berechtigten vereinbart werden (Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 1248a, beck-online Staudinger/*Reymann* (2017) BGB § 1093, Rn. 30 *Herrler*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, § 1093 Rn. 4; LG München MittBayNot 1970, 153). Zum Wohnen gehört nicht nur die Nutzung der eigentlichen Wohnräume, sondern auch die Nutzung des mit der Wohnung verbundenen Gartens (vgl. LG Koblenz, Beschluss vom 19. Dezember 1997 – 2T 784/97, MDR 1998, 275). Die Vorschrift des § 1093 Abs. 3 BGB dürfte nicht gegen die Beurteilung sprechen, da diese sich nur mit der Nutzung von Anlagen und Einrichtungen befasst, die zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmt sind. Ist die Nutzung des zur Wohnung gehörenden Gartens aber allein dem Berechtigten zugewiesen, handelt es sich gerade nicht um eine derartige zum gemeinschaftlichen Gebrauch bestimmte Anlage.

17 b. Auch gegen die von den Antragstellern gewählte Formulierung, dass der Eigentümer das Gebäude zur

Gewährung des Wohnungsrechts instandzuhalten habe, bestehen keine Bedenken. Es besteht nach § 1090 Abs. 2 i.V.m. § 1021 Abs. 1 BGB, wovon wohl nunmehr auch das Grundbuchamt ausgeht, da es insoweit der Beschwerde abgeholfen hat, die Möglichkeit, eine Instandhaltungspflicht des Eigentümers zu vereinbaren und diese zum Inhalt des dinglichen Rechts zu machen (Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 1251, beck-online MüKoBGB/*Mohr*, 8. Aufl. 2020, BGB § 1093 Rn. 10; *Herrler*, in: Palandt, 80. Aufl. 2021, § 1093 Rn. 11). Auf eine solche mit dem Wohnungsrecht als Nebenleistungspflicht verbundene Unterhaltungspflicht finden nach § 1021 Abs. 2 BGB die Vorschriften über die Reallast entsprechend Anwendung, sie wird aber nicht selbständig, sondern mit dem Wohnungsrecht eingetragen (Schöner/Stöber GrundbuchR, 16. Aufl. 2020, Rn. 1251, beck-online). Diese Instandhaltungspflicht führt zu einer Pflicht des Eigentümers zum Handeln, die aber nicht unzulässig ist, sondern deren Vereinbarung in den vorgenannten Vorschriften gerade ermöglicht wird. Die gewählte Formulierung, dass diese Instandhaltungspflicht der „Gewährung“ des Wohnungsrechts dient, impliziert vor diesem Hintergrund keine unzulässige Pflicht zu einem wiederkehrenden Handeln, sondern beschreibt die gerade zulässig vereinbarte Instandhaltungspflicht in unbedenklicher Art und Weise näher.

18 3. Die Folge hinsichtlich der Gerichtskosten ergibt sich aus dem Gesetz (§§ 22 Abs. 1, 25 Abs. 1 GNotKG); eine Entscheidung über die Erstattung außergerichtlicher Kosten ist nicht veranlasst.

Eintragung eines Eigentumswechsels im Grundbuch

GBO §§ 19, 20;

Amtlicher Leitsatz:

Das Grundbuchamt hat im Rahmen des § 20 GBO das der Auflassung zugrunde liegende schuldrechtliche Grundgeschäft nicht zu überprüfen. Von daher darf das Grundbuchamt im Regelfall die Eigentumsumschreibung nicht deshalb ablehnen, weil die Auflassung nicht mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft übereinstimmt. Das Grundbuchamt hat mithin bei dem Vollzug einer Auflassung im Grundbuch auch eine im Rahmen des Kaufvertrags etwa zugesicherte Lastenfreiheit nicht zu prüfen.

OLG Frankfurt a. M. (20. Zivilsenat),
Beschluss vom 25.10.2021 – 20 W 191/21

► I. Tatbestand:

1 Mit Schreiben vom 21.06.2021 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter anderem eine Ausfertigung seiner notariellen Kaufvertragsurkunde vom 22.02.2021, UR-Nr. ..., wegen deren Einzelheiten auf die Grundakte verwiesen wird, beim Grundbuchamt eingereicht und die Löschung des Insolvenzvermerks, die Eintragung des Eigentumswechsels und die Löschung der bereits für den Käufer – die Beschwerdeführerin zu 2.) – eingetragenen Vormerkung beantragt. In Ziffer V. 2. der Urkunde heißt es, dass der Grundbesitz dem Käufer frei von allen nicht übernommenen im Grundbuch eingetragenen und nicht eingetragenen Belastungen oder Beschränkungen zu verschaffen sei. Unter Ziffer IX. 1. haben die Vertragsbeteiligten – die hiesigen Beschwerdeführer – die Auflassung erklärt. Unter Ziffer IX. 2. haben sie unter anderem bewilligt und beantragt, die Eigentumsübertragung im Grundbuch einzutragen.

2 Durch Verfügung vom 24.06.2021 hat das Grundbuchamt unter Bezugnahme auf § 18 GBO und unter Fristsetzung darauf hingewiesen, dass die Erklärung, ob das Recht Abt. II Nr. 1, – eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit (Kanalleitung) – übernommen werde, nicht vorliege und hat den Verfahrensbevollmächtigten aufgefordert, Entsprechendes in der Form des § 29 GBO nachzureichen. Mit Schreiben vom 29.06.2021 hat der Verfahrensbevollmächtigte unter Hinweis auf eine erfolgte Berichtigung gemäß § 44a Abs. 2 Satz 1 und 2 BeurkG eine weitere Ausfertigung der vorgenannten Kaufvertragsurkunde eingereicht. Dort heißt es nun unter Ziffer I. 2. – abweichend zur zuvor eingereichten Ausfertigung –: „Das Recht II/1 bleibt bestehen und wird vom Käufer übernommen.“

3 Durch die angefochtene Verfügung vom 08.07.2021, auf deren Einzelheiten verwiesen wird, hat das Grundbuchamt ausgeführt, dass der beantragten Eintragung ein Hindernis entgegenstehe, zu dessen formgerechter Behebung es gemäß § 18 GBO eine Frist bestimmt hat. Es hat ausgeführt, dass und warum es sich bei der im Schreiben vom 29.06.2021 eingereichten Ausfertigung der Kaufvertragsurkunde nicht um einen Schreibfehlerberichtigung nach § 44a BeurkG handele. Dass mit der Zwischenverfügung vom 24.05.2021 mitgeteilte Eintragungshindernis sei – so das Grundbuchamt weiter – auch nicht durch Schreibfehlerberichtigung zu beheben, sondern durch entsprechende Ergänzungserklärung in der Form des § 29 GBO. Das Grundbuchamt hat nochmals um Vorlage einer entsprechenden Ergänzungserklärung gebeten. Nach weiterem Schriftwechsel, wegen dessen Einzelheiten auf die Grundakte verwiesen wird, hat der Verfahrensbevollmächtigte mit seinem Schriftsatz vom 10.09.2021, auf dessen Begründung ebenfalls verwiesen wird, Beschwerde gegen

die Zwischenverfügung vom 24.06.2021 in der Gestalt eingelegt, die sie durch das letzte Schreiben des Grundbuchamts vom 23.07.2021 erlangt habe.

4 Durch Beschluss vom 15.09.2021 hat das Grundbuchamt der Beschwerde des Verfahrensbevollmächtigten vom 10.09.2021 gegen die Zwischenverfügung vom 08.07.2021 nicht abgeholfen und hat sie dem Senat zur Entscheidung vorgelegt. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, dass der grundbuchliche Bestimmtheitsgrundsatz eindeutige und zweifelsfreie Erklärungen als Eintragungsgrundlage verlange. Der Verfahrensbevollmächtigte habe eine Auflassungsurkunde zur Eintragung vorgelegt, in der vereinbart sei, dass der Grundbesitz frei von allen nicht übernommenen im Grundbuch eingetragenen Rechten übergehe. Eine Übernahmeerklärung oder Löschungsbewilligung oder ein Löschantrag hinsichtlich des Rechts Abt. II Nr. 1 werde nicht vorgelegt. Wenn die Bestimmung des lastenfreien Übergangs nur schuldrechtlich Bedeutung haben solle, wäre es Sache des beurkundenden Notars gewesen, dies zweifelsfrei zum Ausdruck zu bringen. Eine eindeutige Erklärung sei mit Schreiben vom 29.06.2021 durch den Verfahrensbevollmächtigten eingereicht worden. Das gerügte Eintragungshindernis könne jedoch nur durch Ergänzungserklärung in Form des § 29 GBO behoben werden, nicht jedoch als Berichtigung eines Schreibfehlers.

5 Auf Anfrage des Senats hat der Verfahrensbevollmächtigte mit Schreiben vom 07.10.2021 klargestellt, dass die Beschwerde im Namen der oben aufgeführten Beschwerdeführer eingelegt worden sei. Er hat darauf hingewiesen, dass nicht nachvollziehbar sei, inwieweit der grundbuchrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz verletzt sein solle. Die Eintragungsgrundlagen im Sinne der §§ 19, 20 GBO in Abschnitt IX. der Urkunde seien eindeutig und bestimmt.

► II. Aus den Gründen:

6 Die Beschwerde ist gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthaft. Es handelt sich nach Klarstellung des Verfahrensbevollmächtigten um eine solche beider Beschwerdeführer. Sie richtet sich der Sache nach gegen die Zwischenverfügung vom 24.05.2021 in der Fassung der diese konkretisierenden bzw. wiederholenden Zwischenverfügung vom 08.07.2021. Das von der Beschwerde noch in Bezug genommene Schreiben des Grundbuchamts vom 23.07.2021 verweist lediglich auf die letztgenannte Zwischenverfügung.

7 Die Beschwerde hat auch in der Sache Erfolg.

8 Der Senat sieht zwar aus formellen Gründen keinen Anlass zur Beanstandung der Zwischenverfügung (vgl. dazu

auch *Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18 Rz. 26.2). Sie ist jedoch der Sache nach nicht gerechtfertigt. Einer Ergänzungserklärung zur Bewilligung oder Auflassungserklärung – mit welchem Inhalt auch immer – bedarf es nicht.

9 Der Verfahrensbevollmächtigte hat mit seinem Schreiben vom 21.06.2021 an das Grundbuchamt – neben anderen und hier nicht interessierenden Löschungen – die Eintragung des Eigentumswechsels aufgrund der von ihm vorgelegten notariellen Urkunde beantragt. Im Falle der Auflassung eines Grundstücks darf die Eintragung nur erfolgen, wenn die erforderliche Einigung des Berechtigten und des anderen Teils erklärt ist. Diese liegt hier ausweislich Ziffer IX. 1. der notariellen Urkunde mit eindeutigem Inhalt vor; Gleiches gilt für die diesbezügliche Eintragungsbewilligung in Ziffer IX. 2. der notariellen Urkunde.

10 Die vom Grundbuchamt verlangte Ergänzung bezieht sich hingegen auf die in der notariellen Urkunde unter Ziffer V. 2. übernommene Verpflichtung des Beschwerdeführers zu 1.), der Beschwerdeführerin zu 2.) als Käuferin den betroffenen Grundbesitz frei von allen nicht übernommenen Belastungen zu verschaffen. Da die ursprünglich eingereichte Ausfertigung der notariellen Urkunde eine Erklärung zur Übernahme des im Grundbuch noch eingetragenen Rechts in Abt. II, lfd. Nr. 1, nicht enthält und eine Löschung dieses Rechts auch nicht bewilligt und nicht beantragt worden ist, ist es allerdings zutreffend, dass auf dieser Grundlage die Auflassung nicht dem übrigen notariellen Kaufvertrag entspricht. Das Grundbuchamt hat aber im Rahmen des § 20 GBO das der Auflassung zugrundeliegende schuldrechtliche Grundgeschäft nicht zu überprüfen. Von daher darf das Grundbuchamt im Regelfall die Eigentumsumschreibung nicht deshalb ablehnen, weil die Auflassung nicht mit dem schuldrechtlichen Grundgeschäft übereinstimmt. Das Grundbuchamt hat mithin bei dem Vollzug einer Auflassung im Grundbuch auch eine im Rahmen des Kaufvertrags etwa zugesicherte Lastenfreiheit nicht zu prüfen (vgl. OLG Celle Rpfleger 1996, 336; LG Aurich Rpfleger 1986, 469; BeckOK GBO/*Holzer*, Stand 01.08.2021, § 19 Rz. 17; *Demharter*, a.a.O., § 19 Rz. 20; *Meikel/Böttcher*, GBO, 12. Aufl., Einl D Rz. 97; *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rz. 3348; *Eickmann/Böttcher*, Grundbuchverfahrensrecht, 4. Aufl., Rz. 274; *Staudinger/Diehn*, BGB, Neub. 2020, § 925a Rz. 12). Es kommt damit nicht darauf an, ob und inwieweit sich das schuldrechtliche Grundgeschäft aufgrund der mit Schreiben des Verfahrensbevollmächtigten vom 29.06.2021 vorgelegten weiteren Ausfertigung der notariellen Kaufvertragsurkunde anders darstellt. Von daher kann auch dahinstehen, ob und inwieweit diese Änderung der schuldrechtlichen Vereinbarungen des notariellen Kaufvertrags durch eine Berichtigung nach § 44a BeurkG möglich bzw. zulässig war.

11 Das Grundbuchamt ist ausnahmsweise nur dann zur Prüfung des schuldrechtlichen Grundgeschäfts berufen, wenn ein Mangel des schuldrechtlichen Grundgeschäfts auch das dingliche Erfüllungsgeschäft ergreift, wenn das Kausalgeschäft nach dem Willen der Beteiligten für die Wirksamkeit oder den Inhalt verfahrensrechtlicher Eintragungsvoraussetzungen erforderlich ist. Dies ist etwa zu bejahen, wenn das Grundgeschäft oder einzelne schuldrechtliche Vereinbarungen zum Inhalt des einzutragenden Rechts erhoben werden oder nach dem erklärten Willen der Beteiligten zur Voraussetzung des Entstehens oder Erlöschens eines dinglichen Rechts gemacht werden, etwa im Sinne einer Bedingung (vgl. dazu *Keller* in KEHE, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 1 Rz. 44; *Meikel/Böttcher*, a.a.O., Einl D Rz. 98 ff.; *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rz. 3296 ff.). Ein solcher Fall liegt hier ersichtlich nicht vor; Von Letzterem kann schon im Hinblick auf die Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung nicht ausgegangen werden (vgl. dazu auch *Meikel/Böttcher*, a.a.O., Einl D 101). Unter Zugrundelegung des Inhalts der notariellen Vereinbarung entsprechend der ursprünglich dem Grundbuchamt vorgelegten Ausfertigung des Kaufvertrags würde die beantragte Eintragung des Eigentumsübergangs lediglich dazu führen, dass die Erwerberin – die Beschwerdeführerin zu 2.) – nicht sämtliche Rechte erhalten würde, die ihr nach dem schuldrechtlichen Vertrag zustehen würde (vgl. dazu auch OLG Celle Rpfleger 1996, 336).

12 Den vom Grundbuchamt zuletzt noch angenommenen Verstoß gegen den grundbuchrechtlichen Bestimmtheitsgrundsatz vermag der Senat nicht zu erkennen. Zutreffend ist es zwar, dass der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und eindeutige Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen und zu erhalten, klare und eindeutige Eintragungen erfordert; sie sind nur möglich, wenn auch die Eintragungsgrundlagen eindeutig und zweifelsfrei sind (vgl. BayObLG Rpfleger 1994, 58, zitiert nach juris). Hier sind die in Ziffer IX. der notariellen Urkunde abgegebenen Grundbucheklärungen – wie gesagt – eindeutig und lassen insbesondere keinen Zusammenhang mit an anderer Stelle des Vertrags aufgenommenen schuldrechtlichen Vereinbarungen erkennen. Ein ggf. anders zu beurteilender Fall dahingehend, dass die notarielle Urkunde schuldrechtliche, sachenrechtliche und grundbuchverfahrensrechtliche Erklärungen enthält, ohne sie deutlich gegeneinander abzugrenzen (vgl. dazu BayObLG Rpfleger 1994, 58), liegt hier nicht vor. Hier sind die Grundbucheklärungen zusammen mit der Auflassung in einem eigenen Abschnitt, nämlich Ziffer IX. der Urkunde, zusammengefasst. Jedenfalls in einem solchen Fall darf der Antrag auf Eintragung der Auflassung vom Grundbuchamt nicht von der Übernahme von Grundpfandrechten abhängig gemacht werden (vgl. auch

BayObLG Rpfleger 2004, 417, zitiert nach juris, in Abgrenzung zu BayObLG Rpfleger 1994, 58; vgl. auch Senat Rpfleger 1996, 104). Daran ändert Ziffer IX. 4. der notariellen Urkunde nichts. Ein diesbezüglicher Löschantrag ist ausweislich des Schreibens vom 21.06.2021 gegenüber dem Grundbuchamt nicht gestellt; der Verfahrensbevollmächtigte hat dies überdies nochmals ausdrücklich klargestellt.

13 Ist die Beschwerde mithin im Ergebnis erfolgreich, bedarf es weder einer Kostenentscheidung noch Ausführungen zur Zulassung einer Rechtsbeschwerde.

Zur Notwendigkeit eines Erbscheins für die Berichtigung des Grundbuches bei einem auslegungsbedürftigen Erbvertrag

GBO § 29 Abs 1, GBO § 35 Abs 1 S 2

Amtlicher Leitsatz:

Enthält der notarielle Erbvertrag eine Klausel, wonach der zum Schlusserben eingesetzte Abkömmling von der Erbfolge ausgeschlossen ist, falls er nach dem Tode des Erststerbenden „diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen“ sollte, so kann der Nachweis der Erbfolge im Grundbuchverfahren auch nicht unter ergänzender Vorlage einer eidesstattlichen Versicherung eines Miterben geführt werden, wonach keiner der Schlusserben den Erbvertrag angefochten habe.

OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat),

Beschluss vom 13.12.2021 – 5 W 70/21

► I. Tatbestand:

1 Die Antragsteller sind Brüder; sie begehren die Eintragung des Beteiligten zu 1) als neuen Eigentümer des im Grundbuch von Noswendel Blatt ... eingetragenen Grundbesitzes aufgrund eines am 25. Juni 2021 geschlossenen – gegenständlich beschränkten – Erbauseinandersetzungsvertrages (UR Nr. 1556/2021 U BE des Notars Dr. U. D., Trier, Bl. 54 ff. d.A.). Die im Grundbuch eingetragenen Eigentümer, Vater und Mutter der Antragsteller, sind verstorben. Sie hatten am 28. März 1989 einen Erbvertrag abgeschlossen (UR Nr. 417/1989 des Notars R., Wadern = Umschlagmappe Bl. 68 d.A.), der nach dem Tode des jeweiligen Ehegatten zunächst am 17. Oktober 2019 und sodann erneut am 18. Februar 2021 vom Nachlassgericht eröffnet worden war. Darin hatten sich beide

Ehegatten wechselseitig ohne Rücksicht auf das Vorhandensein von Pflichtteilsberechtigten zu alleinigen Erben des Überlebenden eingesetzt, der Überlebende sollte sowohl unter Lebenden wie auch von Todes wegen frei verfügen können, für den Fall des gleichzeitigen Versterbens bzw. falls der Überlebende nicht testiert setzten sie bzw. der Überlebende ihre Kinder, die drei Antragsteller, zu je 1/3-Anteil zu ihren Erben ein. Weiterhin heißt es in § 3 des Erbvertrages:

„Sollte einer unserer Abkömmlinge nach dem Tode des Erststerbenden diesen Erbvertrag anfechten oder seinen Pflichtteil verlangen, so ist er mit seinen Abkömmlingen von der Erbfolge des Überlebenden ausgeschlossen.

Der Längstlebende kann diese Enterbung einseitig wieder aufheben.“

2 Die Antragsteller haben ausweislich Ziff. I ihres Erbauseinandersetzungsvertrages (UR 1556/2021 U BE, Bl. 58 d.A.) jeweils vor dem Notar an Eides statt versichert, „dass keiner von uns nach dem Tode unseres Vaters seinen Pflichtteil geltend gemacht hat“

3 Auf einen Hinweis des Grundbuchamtes (Verfügung vom 26. Juli 2021, Bl. 69 d.A.), dass außerdem an Eides statt zu versichern sei, dass der Erbvertrag der Eltern nicht angefochten wurde, reichte der Verfahrensbevollmächtigte der Antragsteller eine weitere notarielle Urkunde ein (UR 1991/21 U, Bl. 70 ff. d.A.), in der – nur – der Beteiligte zu 1) an Eides statt versicherte,

„dass der Erbvertrag unserer Eltern vom 28. März 1989 (UR Nr. 417/1989, Notar R., Wadern) nach dem Tode unseres Vaters (Erstversterbende) von keinem der Schlusserben, also weder von meinen Brüdern R. und M. noch von mir, angefochten wurde.“

4 Mit der angefochtenen Zwischenverfügung (Bl. 78 GA) hat das Grundbuchamt die Antragsteller darauf hingewiesen, dass zu der beantragten Eintragung der lückenlose Erbnachweis nach § 35 GBO auf Übergeberseite fehle. Nach dem Erbvertrag sei der Überlebende zwar von den drei Übergebern – den Beteiligten zu 1) bis 3) – beerbt worden, dies jedoch nur unter der – einer Pflichtteilsstrafklausel vergleichbaren und demgemäß gleich zu behandelnden – Bedingung, dass jeweils nach dem Tode des Erstversterbenden der Erbvertrag nicht angefochten und ein Pflichtteil nicht verlangt worden sei. Daher sei die Erbfolge zumindest durch Vorlage eidesstattlicher Versicherungen sämtlicher Miterben, sonst durch Erbschein, nachzuweisen.

5 Dagegen richtet sich die von den Antragstellern am 12. November 2021 eingelegte Beschwerde, mit der diese unter Bezugnahme auf den früheren Schriftverkehr an ihrer schon zuvor geäußerten Auffassung (Bl. 74 f. d.A.) festhalten, dass die fehlende Anfechtung des Erbvertrages kein durch eidesstattliche Versicherung nach-

zuweisender Umstand sei und das Grundbuchamt dies auch nicht zu prüfen habe, zumindest aber die Vorlage der eidesstattlichen Versicherung eines Miterben ausreichen müsse, und der das Amtsgericht mit Beschluss vom 22. November 2021 nicht abgeholfen hat.

▶ II. Aus den Gründen:

6 Die gemäß § 71 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen zulässige Beschwerde gegen die Zwischenverfügung des Grundbuchamtes ist unbegründet. Das Grundbuchamt hat die beantragte Eintragung zu Recht von der Beibringung weiterer Nachweise zur Erbenstellung – richtigerweise: eines Erbscheines – abhängig gemacht.

7 1. Die beantragte Eintragung des Beteiligten zu 1) als Eigentümer des Grundstücks in Folge einer Erbauseinandersetzung kann nur vorgenommen werden, wenn eine wirksame Auflassung nach § 925 BGB, §§ 20, 29 GBO erfolgt und in grundbuchmäßiger Form nachgewiesen ist (vgl. OLG München, ErbR 2017, 218; OLG Düsseldorf, FGPrax 2020, 256). Der – ggf. vorab im Wege der Berichtigung nach den §§ 22, 29, 35 GBO vorzunehmenden, hier nicht beantragten – Voreintragung des Erben (bzw. der Erbengemeinschaft, § 2040 BGB) bedarf es nicht (§ 40 Abs. 1 GBO; vgl. OLG Köln, NJW-RR 2018, 392; OKG Hamm, FGPrax 2017, 104; Demharter, GBO 31. Aufl., § 40 Rn. 3); jedoch bleibt dann, zusammen mit der Bewilligung der verfügungsberechtigten Miterben, der Nachweis der Erbfolge zu führen (*Demharter, a.a.O., § 40 Rn. 2*), an dem es hier bislang fehlt:

8 a) Der Nachweis der Erbfolge kann grundsätzlich – vom hiernichtgegebenen Fall der Offenkundigkeit abgesehen – nur durch einen Erbschein (oder ein Europäisches Nachlasszeugnis) geführt werden (§ 35 Abs. 1 Satz 1 GBO). Ergibt sich die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer aus einem notariell beurkundeten Testament, so genügt als Nachweis nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 1 GBO die Vorlage des Testaments und der Niederschrift über dessen Eröffnung durch das Nachlassgericht (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; Senat, Beschluss vom 7. April 2020 – 5 W 12/20, FGPrax 2020, 213). Uneingeschränkt gilt diese Möglichkeit aber nur, wenn die Erbeinsetzung in dem notariell beurkundeten Testament unbedingt erfolgt ist. Enthält das Testament dagegen eine bedingte Erbeinsetzung, so genügt es allein als Nachweis der Erbfolge nicht. Vielmehr ist das Grundbuchamt hier unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Halbs. 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder den Nachweis ausreichender Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen. Anerkannt ist das insbesondere für den Fall

eines notariell beurkundeten Testaments, das eine sogenannte Pflichtteilsstrafklausel enthält, d.h. Klauseln, nach denen der eingesetzte Erbe sein Erbrecht verlieren soll, wenn er nach dem ersten Erbfall den Pflichtteil verlangt. Bei solchen Klauseln muss das Grundbuchamt nach herrschender Meinung entweder die Vorlage eines Erbscheines verlangen oder wenigstens Erklärungen der Erben in der Form des § 29 GBO, dass sie den Pflichtteil nicht geltend gemacht haben (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; Senat, Beschluss vom 3. August 2017 – 5 W 62/17; *Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 39.3; Krause/Weber*, in: Meikel, GBO 12. Aufl., § 35 Rn. 125). Entsprechendes gilt bei allgemein gehaltenen Verwirkungsklauseln und bei speziellen Verwirkungsklauseln mit nicht eindeutigen Verhaltensanforderungen, dort allerdings mit der weiteren Einschränkung, dass sich im Grundbucheintragungsverfahren regelmäßig nicht sicher feststellen lassen wird, welches Verhalten des Bedachten hier zum Verlust des in dem Testament zugedachten Erbrechts führt, so dass es dann bei der Regelung in § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO, wonach das Erbrecht durch einen Erbschein nachzuweisen ist, zu verbleiben hat (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; *Demharter, a.a.O., § 35 Rn. 39.3; Krause/Weber*, in: Meikel, a.a.O., § 35 Rn. 125; *Volmer* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar 8. Aufl., § 35 Rn. 128).

9 b) Hiervon ausgehend, hat das Grundbuchamt den erforderlichen Nachweis der Erbenstellung der Veräußerer bislang zu Recht nicht für geführt erachtet und insbesondere die eidesstattliche Versicherung – nur – des Beteiligten zu 1), wonach der Erbvertrag weder von ihm noch den anderen Miterben „angefochten“ worden sei, dazu nicht ausreichen lassen. Dabei hat es im Ausgangspunkt zutreffend angenommen, dass die Regelung in § 3 des Erbvertrages, die gleichrangig auf das Unterlassen einer „Anfechtung“ der letztwilligen Verfügung und eines Pflichtteilsverlangens abstellt, nach § 2075 BGB dazu führt, dass die an sich vorgesehene Erbeinsetzung durch den Umstand oder das Verhalten auflösend bedingt ist, an welchen oder welches die Klausel anknüpft (vgl. BGH, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006; *Leipold*, in: MünchKomm-BGB 8. Aufl., § 2074 Rn. 31). Die danach notwendige Feststellung, dass keine dieser beiden Alternativen vorliegt, kann mit den vorgelegten Urkunden nicht getroffen werden. Unbeschadet der Tatsache, dass die bloße eidesstattliche Versicherung allein des Beteiligten zu 1) von vornherein untauglich ist, das Unterbleiben einer „Anfechtung“ – d.h. eines komplexen, auch mit einer rechtlichen Würdigung verbundenen Vorganges, vgl. OLG Frankfurt, FamRZ 2021, 1591 – auch durch die anderen Miterben

zu belegen, die in einem entsprechenden Erbscheinsverfahren zwingend zu beteiligen wären (§ 345 Abs. 1 FamFG; vgl. *Volmer* in: Keller/Munzig, a.a.O., § 35 Rn. 128), folgt dies hier auch schon aus der unklaren Fassung der Verwirkungsklausel, die völlig offen lässt, welches konkrete Verhalten dadurch aus Sicht der Erblasser sanktionieren werden sollte. Denn der darin verwendete Begriff der „Anfechtung“ ist nicht eindeutig; er kann rechtstechnisch gemeint sein, aber auch auf alle Handlungen abzielen, die sonst geeignet sind, die Verfügung ganz oder teilweise zu Fall zu bringen (vgl. OLG Dresden, NJW-RR 1999, 1165; OLG Braunschweig OLGZ 1977, 185; BayObLGZ 1962, 47; Staudinger/Otte (2019) BGB § 2074, Rn. 72). Für die Ermittlung, ob ein im Sinne der Verwirkungsklausel sanktionsbewehrtes Verhalten des Bedachten vorliegt, bedürfte es daher zunächst einer Auslegung des Erbvertrages; für diese ist allein der sich aus den Gesamtumständen ergebende Wille des Erblassers maßgeblich, der in der Verfügung einen, wenn auch unvollkommenen Ausdruck gefunden haben muss (BGH, Urteil vom 24. Juni 2009 – IV ZR 202/07, NJW-RR 2009, 1455; Urteil vom 10. Juli 2013 – IV ZR 224/12, BGHZ 198, 32). Die dabei gebotene Berücksichtigung der Gesamtumstände ist jedoch im vorliegenden Grundbucheintragungsverfahren mit der in § 29 Abs. 1 GBO vorgesehenen Beschränkung der zulässigen Beweismittel regelmäßig – und so auch hier – nicht möglich (BGH, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FamRZ 2016, 2006). Denn allein die Eintragungsunterlagen, auf die das Grundbuchamt abstellen darf, ermöglichen keine umfassende Würdigung aller Umstände zum – maßgeblichen – Zeitpunkt der Errichtung des Erbvertrages. Eine zuverlässige Feststellung, welches Verhalten der Bedachten bei der hier gegebenen, nicht eindeutigen Verwirkungsklausel zum Verlust des Erbrechts führen sollte, ist damit nicht möglich. Schon deshalb erweisen sich die Bedenken, die das Amtsgericht in der angefochtenen Zwischenverfügung geäußert hat, als vollumfänglich berechtigt.

10 2. Einer ausdrücklichen Kostenentscheidung bedurfte es im Hinblick auf die gesetzlich geregelte Kostenfolge (§ 22 Abs. 1 GNotKG) nicht. Die Rechtsbeschwerde war mangels Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen (§ 78 Abs. 2 Satz 1 GBO) nicht zuzulassen.

11 Die Entscheidung über die Festsetzung des Geschäftswertes beruht auf den § 46, 47, 61 GNotKG; maßgeblich ist das – durch den im Auseinandersetzungsvertrag mitgeteilten Grundstückswert definierte – wirtschaftliche Interesse der Antragsteller an der begehrten Eintragung (vgl. BGH, Beschluss vom 17. September 2020 – V ZB 8/20, NJW 2021, 858; *Bormann*, in: Korintenberg, GNotKG 21. Aufl., § 36 Rn. 55b).

GESELLSCHAFTSRECHT

Keine Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft

AktG § 179a

Amtlicher Leitsatz:

§ 179a AktG ist auf die Kommanditgesellschaft nicht analog anwendbar (Aufgabe von BGH, Urteil vom 9. Januar 1995 – II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279).

BGH (II. Zivilsenat),

Urteil vom 15.02.2022 – II ZR 235/20

I. Tatbestand:

1 Die Klägerin ist eine Kommanditgesellschaft, die sich seit 27. April 1998 in Liquidation befindet. Kommanditisten der Klägerin waren die Streithelfer der Beklagten Dr. G. B. und Dr. J. B. mit einer Einlage von jeweils 30.000 DM, E. B. mit einer Einlage von 60.000 DM, A. S. mit einer Einlage von 24.000 DM und F. S. mit einer Einlage von 16.000 DM. Komplementärin der Klägerin war die L.-Beteiligungs GmbH, deren Geschäftsführer die Streithelfer der Beklagten waren. Die Beklagte, an der die Klägerin einen Kommanditanteil von 15.600 DM hielt, ist die Herausgeberin der S. Zeitung.

2 Die Parteien schlossen am 10. Februar 1949 einen als solchen bezeichneten „Druckvertrag“, mit dem die Beklagte die Klägerin mit der Herstellung und dem Vertrieb der Lokalausgabe der S. Zeitung für den Bereich S. – beauftragte. Am 26. Januar 1989 wurde die M. GmbH & Co. KG V. (im Folgenden: V.) gegründet. Komplementärin war die M. Verwaltungs-GmbH (im Folgenden: Verwaltungs-GmbH), deren einzige Gesellschafterin mit einem Anteil von 50.000 DM die Klägerin war. Den einzigen Kommanditanteil an der V. - von 500.000 DM hielt ebenfalls die Klägerin. In der Folgezeit bediente sich die Klägerin der V., um ihre Verpflichtungen aus dem Druckvertrag gegenüber der Beklagten zu erfüllen.

3 In der Gesellschafterversammlung der Klägerin vom 23. Februar 1998 wurde gegen die Stimme des A. S. ein Beschluss zur Sanierung der L. -Gruppe gefasst, der auszugsweise wie folgt lautet:

„Eine Sanierung der L. -Gruppe soll dadurch erfolgen, dass die Geschäftsführung der M. GmbH & Co. Klägerin bzw. (...) auf der Basis der vorliegenden Angebote Vermögenswerte insgesamt oder einzeln veräußern:

– (...)

– Verkauf der Beteiligungen am S. Verlag, (...)

4 A. S. ging im einstweiligen Verfügungsverfahren hiergegen vor. Am 25. Februar 1998 stimmte er in einem zwischen den Gesellschaftern der Klägerin unter Beitritt der V. geschlossenen gerichtlichen Vergleich dem Gesellschafterbeschluss zu.

5 Am 2. April 1998 schlossen die Parteien einen Kauf- und Übertragungsvertrag mit Entschuldungsvereinbarung. Darin wurden unter anderem der Kommanditanteil der Klägerin an der Beklagten über 15.600 DM an die Beklagte verkauft, der Kommanditanteil der Klägerin an der V. über 500.000 DM an die Beklagte verkauft und abgetreten, der Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH an die Beklagte verkauft, sowie vereinbart, dass die V. anstelle der Klägerin mit Wirkung zum 1. April 1998 in sämtliche Rechte und Pflichten des zwischen der Klägerin und der Beklagten am 10. Februar 1949 abgeschlossenen Druckvertrags eintritt. Als Kaufpreis für die drei Beteiligungen wurden 6.400.000 DM vereinbart. Der Kauf- und Übertragungsvertrag wurde von allen Gesellschaftern der Klägerin mit Ausnahme von A. S. und für die Beklagte von deren einzelvertretungsberechtigten Prokuristen unterschrieben.

6 Mit notarieller Urkunde vom selben Tag wurde der Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH an die Beklagte abgetreten. In einem als „Zustimmungsvereinbarung“ bezeichneten Vertrag zwischen der Klägerin, der Beklagten, der V. – und Rechtsanwalt Dr. F. wurde der Kommanditanteil an der Beklagten, der nach den Vorstellungen der Parteien von Dr. F. treuhänderisch für die Klägerin gehalten wurde, nach Auflösung des Treuhandverhältnisses an die V. abgetreten. Nach dem Vertragstext nahm die V. die Abtretung an.

7 Am 27. April 1998 fasste die Gesellschafterversammlung der Klägerin einen Liquidationsbeschluss. Ein hiergegen von A. S. eingeleitetes einstweiliges Verfügungsverfahren blieb in zweiter Instanz erfolglos. Als Liquidatorin der Klägerin war zunächst die Komplementärin der Klägerin bestellt. Durch Gerichtsbeschluss vom 8. Dezember 2006 wurde diese abberufen. Am 31. Mai 2007 wurde ein neuer Liquidator bestellt.

8 Das Begehren der Klägerin ist im Wesentlichen auf die Feststellung des Fortbestands der übertragenen Beteiligungen bzw. auf Rückübertragung gerichtet. Darüber hinaus macht sie Auskunftsansprüche in Bezug auf gezogene Nutzungen geltend und verlangt die Feststellung des Fortbestands des Druckvertrags. Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung hatte keinen Erfolg. Mit ihrer vom Senat zugelassenen Revision verfolgt die Klägerin ihre zuletzt gestellten Anträge weiter.

▶ II. Aus den Gründen:

9 Die Revision der Klägerin hat keinen Erfolg.

10 I. Das Berufungsgericht hat zur Begründung seiner Entscheidung, soweit für das Revisionsverfahren von Bedeutung, ausgeführt:

11 Die Klägerin sei nicht mehr Kommanditistin der V. und könne auch nicht Rückübertragung des Kommanditanteils und der Anteile an der Verwaltungs-GmbH verlangen, denn der Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2. April 1998 sei wirksam.

12 Der Kauf- und Übertragungsvertrag sei nicht analog § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG nichtig. Es könne offenbleiben, ob beim Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags von einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens im Sinne der Vorschrift ausgegangen werden könne. Auch habe die im Sinne der Vorschrift erforderliche Zustimmung der Gesellschafterversammlung gefehlt, weil diese sich auf den vollständigen schriftlich ausformulierten Vertragsentwurf beziehen müsse, der zum Zeitpunkt der Fassung des Sanierungsbeschlusses am 23. Februar 1998 nicht vorgelegen habe. Hierauf komme es aber nicht an, weil eine analoge Anwendung der Vorschrift auf die Kommanditgesellschaft abzulehnen sei, was sich aus der zur GmbH ergangenen Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 8. Januar 2019 ergebe, mit der dessen frühere zur Kommanditgesellschaft ergangene Rechtsprechung aufgegeben worden sei.

13 Es liege auch kein zur Unwirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags führender erkennbarer Missbrauch der Vertretungsmacht durch die Streithelfer als Vertreter der Klägerin vor. Es könne offenbleiben, ob die Beschlussfassung vom 23. Februar 1998 über den Verkauf der Beteiligungen und Grundstücke als Zustimmung zum späteren Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2. April 1998 genügt habe. Offenbleiben könne auch, ob die Beklagte oder der sie bei den Vertragsverhandlungen vertretende Rechtsanwalt Dr. F. das Erfordernis und das Fehlen einer Beschlussfassung erkannt habe oder habe erkennen müssen. Denn die Klägerin habe das Rechtsgeschäft mit dem Liquidationsbeschluss vom 27. April 1998 genehmigt, dem vier von fünf Gesellschaftern zugestimmt hätten. Den Beteiligten sei bei der Beschlussfassung bekannt gewesen, dass der Liquidationsbeschluss zwingend die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags vorausgesetzt habe, weshalb in dem Beschluss eine konkludente Genehmigung zu sehen sei.

14 Da weder in Bezug auf den Kommanditanteil an der V. noch auf den Geschäftsanteil an der Verwaltungs-GmbH Ansprüche der Klägerin bestünden, seien auch Ansprüche auf Auskunftserteilung über daraus gezogene Nutzungen und daraus folgende Zahlungsansprüche zu verneinen.

15 Der Fortbestand des Druckvertrags zwischen den Parteien könne nicht festgestellt werden, weil mit dem Kauf- und Übertragungsvertrag eine Vertragsübernahme vorliege und die V. an dem Abschluss des Vertrags jedenfalls insoweit beteiligt gewesen sei, auch wenn sie im Rubrum nicht erwähnt werde. Außerdem habe im nachvertraglichen Verhalten der V. eine konkludente Genehmigung der von der Klägerin vorgenommenen Verfügung gelegen.

16 Es könne nicht festgestellt werden, dass die Klägerin den Kommanditanteil an der Beklagten noch halte oder diese zu einer Rückübertragung verpflichtet sei. Die dingliche Übertragung sei wirksam, wobei offenbleiben könne, ob die Sicherungsabtretung der Klägerin vom 25./27. Februar 1998 an Dr. F. als Treuhänder wirksam sei. Denn jedenfalls habe dieser aufgrund der in der Zustimmungsvereinbarung vom 2. April 1998 zu sehenden Anweisung der Klägerin wirksam über die Anteile an der Beklagten verfügt. Die für den Anteilsübergang auf die V. erforderliche Zustimmung der Gesellschafter der Beklagten habe vorgelegen, was sich aus dem Protokoll der Gesellschafterversammlung vom 30. März 1998 ergebe.

17 II. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Prüfung stand.

18 1. Ohne Erfolg macht die Revision geltend, der Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2. April 1998 sei unwirksam, weil es an einer analog § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG erforderlichen Beschlussfassung der Gesellschafterversammlung der Klägerin über den Vertrag fehle, weshalb die Abtretung des Kommanditanteils an der V. unwirksam sei, die Klägerin Rückübertragung der in Umsetzung des Vertrags übertragenen weiteren Gesellschaftsanteile verlangen könne und Partei des Druckvertrags geblieben sei. § 179a Abs. 1 Satz 1 AktG ist auf die Kommanditgesellschaft nicht analog anwendbar.

19 a) Das Berufungsgericht hat offengelassen, ob mit dem Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags von einer Übertragung des gesamten Gesellschaftsvermögens im Sinne von § 179a AktG ausgegangen werden müsse. Für die Revisionsinstanz ist das zu unterstellen.

20 b) Nachdem der Bundesgerichtshof zunächst offengelassen hatte, ob § 361 Abs. 1 AktG aF als Vorgängervorschrift von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft entsprechende Anwendung findet (BGH, Urteil vom 8. Juli 1991 – II ZR 246/90, ZIP 1991, 1066, 1067), hat er den Rechtsgedanken der Norm später auf eine Kommanditgesellschaft, die das von ihr betriebene, ihr gesamtes Vermögen darstellende Unternehmen veräußerte, erstreckt (BGH, Urteil vom 9. Januar 1995 – II ZR 24/94, ZIP 1995, 278, 279). Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts hat der Senat diese Rechtsprechung in seinem Urteil vom 8. Januar 2019 (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354) nicht aufge-

geben, sondern lediglich entschieden, dass § 179a AktG nicht auf die GmbH anwendbar ist. Mit der Frage, was bei der Kommanditgesellschaft gilt, befasst sich die Entscheidung nicht.

21 Die entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft wird in Teilen der oberlandesgerichtlichen Rechtsprechung und des Schrifttums befürwortet (OLG Düsseldorf, ZIP 2018, 72, 75 f.; *Fink/Chilevych*, NZG 2017, 1254; *Goette*, DStR 1995, 425, 426; *Heinze*, NJW 2019, 1995, 1997; *Hüren*, RNotZ 2014, 77, 88 f.; *K. Schmidt*, ZGR 1995, 675, 679 f.; *Stellmann/Stoeckle*, WM 2011, 1983 f.; *Weber*, DNotZ 2018, 96, 122 f.; *Widder/Feigen*, NZG 2018, 972, 973; *Haas* in *Röhrich/Graf von Westphalen/Haas*, HGB, 5. Aufl., § 126 Rn. 4; *Hillmann* in *Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn*, HGB, 4. Aufl., § 126 Rn. 9; *Staub/Habersack*, HGB, 5. Aufl., § 126 Rn. 16; *Heidel/Wagner*, AktG, 5. Aufl., § 179a Rn. 20; aA OLG Stuttgart, ZIP 2010, 131, 133; *Bredol/Natterer*, ZIP 2015, 1419, 1421 f.; *Bredthauer*, NZG 2008, 816, 819; *Eschwey*, MittBayNot 2018, 299, 309 f.; *Hadding*, Festschrift Lutter, 2000, 851, 862 ff.).

22 Nach der Ablehnung der entsprechenden Anwendung des § 179a AktG auf die GmbH durch den Senat mehrten sich die Stimmen, die eine Analogie auch für die Kommanditgesellschaft verneinen (*Bergmann*, Festschrift Vetter, 2019, 79, 86 f.; *Berkefeld*, DNotZ 2020, 85, 94; *Götze*, NZG 2019, 695, 696; *Heckschen*, AG 2019, 420, 422; *Mack*, MittBayNot 2019, 491, 495; *Meier*, DNotZ 2020, 246, 249 f.; *Meyer*, GmbHR 2019, 973, 978 f.; *Wachter*, DB 2019, 1078, 1079; *Hüffer/Koch*, AktG, 15. Aufl., § 179a Rn. 1; BeckOGK AktG/*Holzborn*, Stand: 1. September 2021, § 179a Rn. 14; MünchKommAktG/*Stein*, 5. Aufl., § 179a Rn. 14).

23 c) Der Senat hält an seiner Rechtsprechung nicht fest. § 179a AktG ist auf die Kommanditgesellschaft nicht analog anwendbar.

24 aa) Die Gesetzgebungsgeschichte von § 179a AktG gibt keinen Anhaltspunkt für eine analoge Anwendung der Norm auf die Kommanditgesellschaft. Die aktienrechtliche Gesetzesentwicklung zeigt lediglich einen auf die Aktionäre ausgerichteten Schutzzweck der Vorschrift (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rn. 17 ff.).

25 bb) Eine Analogie setzt voraus, dass das Gesetz eine planwidrige Regelungslücke aufweist und der zu beurteilende Sachverhalt in rechtlicher Hinsicht soweit mit dem Tatbestand, den der Gesetzgeber geregelt hat, vergleichbar ist, dass angenommen werden kann, der Gesetzgeber wäre bei einer Interessenabwägung, bei der er sich von den gleichen Grundsätzen hätte leiten lassen wie bei dem Erlass der herangezogenen Gesetzesvorschrift, zu dem gleichen Abwägungsergebnis gekommen (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rn. 14 mwN). Jedenfalls ein solcher vergleichbarer Sachverhalt liegt nicht vor.

26 (1) Dem Schutzanliegen von § 179a AktG, die gesellschaftsinterne Kontrolle der Geschäftsführung bei Gesamtvermögensgeschäften durch die Beteiligung der Gesellschafter zu gewährleisten, wird bei der Kommanditgesellschaft auch ohne entsprechende Anwendung der Norm durch einen gesetzlich verankerten Beschlussvorbehalt Rechnung getragen. Deshalb fehlt es an einer planwidrigen Regelungslücke und eine systemfremde Beschränkung der Vertretungsmacht des Geschäftsführers mit Außenwirkung und die damit einhergehende Beeinträchtigung des redlichen Rechtsverkehrs, mit der Rechtsunsicherheit hervorgerufen und Haftungsrisiken geschaffen werden, verbietet sich.

27 Zur Vornahme eines über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgehenden Geschäfts muss die Geschäftsleitung gemäß § 116 Abs. 2, § 119 Abs. 1, § 161 Abs. 2, § 164 HGB bei der Kommanditgesellschaft einen zustimmenden Beschluss sämtlicher Gesellschafter unter Einschluss der Kommanditisten einholen, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist (RGZ 158, 305, 307; BGH, Urteil vom 11. Februar 1980 – II ZR 41/79, BGHZ 76, 160, 164; Urteil vom 19. April 2016 – II ZR 123/15, ZIP 2016, 1332 Rn. 29; Urteil vom 11. September 2018 – II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rn. 15, 17, 20). Die rechtzeitige Beteiligung der Gesellschafter wird dadurch sichergestellt, dass die Geschäftsleitung das Geschäft den Kommanditisten gegenüber vor dem Abschluss offenzulegen und deren Stellungnahme abzuwarten hat (BeckOGK HGB/Notz/Zinger, Stand: 15. Januar 2021, § 164 Rn. 24; Eberl in Heidel/Schall, HGB, 3. Aufl., § 164 Rn. 7; Oetker/Oetker, HGB, 7. Aufl., § 164 Rn. 12; Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 164 Rn. 9; MünchKommHGB/Grünwald, 4. Aufl., § 164 Rn. 11; Staub/Casper, HGB, 5. Aufl., § 164 Rn. 12).

28 Außergewöhnlich im Sinne des § 116 Abs. 1 und 2 HGB sind Geschäfte dann, wenn sie nach ihrem Inhalt und Zweck oder nach ihrer Bedeutung und den mit ihnen verbundenen Gefahren über den gewöhnlichen Rahmen des Geschäftsbetriebs der Gesellschaft hinausgehen (vgl. BGH, Urteil vom 13. Januar 1954 – II ZR 6/53, BB 1954, 143; Urteil vom 11. Februar 1980 – II ZR 41/79, BGHZ 76, 160, 162 f.). Die Verpflichtung zur Übertragung des ganzen Gesellschaftsvermögens einer Kommanditgesellschaft erfüllt in aller Regel diese Voraussetzungen (RGZ 162, 370, 372; Bergmann, Festschrift Vetter, 2019, 79, 91; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 311 f.; Götze, NZG 2019, 695, 696; Hadding, Festschrift Lutter, 2000, 851, 861; Mack, MittBayNot 2019, 491, 495; Meier, DNotZ 2020, 246, 255).

29 Nichts anderes würde gelten, wenn man ein Gesamtvermögensgeschäft als Grundlagengeschäft einordnen würde (so Weipert in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn,

HGB, 4. Aufl., § 164 Rn. 10 f.; Staub/Schäfer, HGB, 5. Aufl., § 116 Rn. 8; ablehnend Bergmann, Festschrift Vetter, 2019, 79, 87; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 311 f.; Hadding, Festschrift Lutter, 2000, 851, 861; Meier, DNotZ 2020, 246, 254 f.; BFH, HFR 2009, 129, 130). Auch ein Grundlagengeschäft setzt einen Beschluss aller Gesellschafter voraus, sofern nicht nach dem Gesellschaftsvertrag eine Mehrheitsentscheidung zulässig ist (vgl. BGH, Urteil vom 11. Februar 1980 – II ZR 41/79, BGHZ 76, 160, 164; Eschwey, MittBayNot 2018, 299, 310; Götze, NZG 2019, 695, 696; Mack, MittBayNot 2019, 491, 495; BeckOGK HGB/Scholl/Fischer, Stand: 15. Juli 2021, § 114 Rn. 24, § 116 Rn. 7; Drescher in Ebenroth/Boujong/Joost/Strohn, HGB, 4. Aufl., § 116 Rn. 2).

30 Das Beschlusserfordernis sichert nicht nur das Kontrollrecht der Gesellschafterversammlung in ihrer Gesamtheit, sondern schützt zudem Minderheitsgesellschafter vor einer unangemessenen Vertragsgestaltung oder einer Selbstbedienung des Mehrheitsgesellschafters. Der Minderheitsgesellschafter kann einen vom Mehrheitsgesellschafters gefassten Beschluss durch Klage gerichtlich überprüfen lassen und versuchen, den Vollzug eines nachteiligen Geschäfts zu verhindern.

31 (2) Die Einflussmöglichkeiten der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft auf die Geschäftsleitung sind für die Beantwortung der Frage nach der analogen Anwendung von § 179a AktG nachrangig. Selbst wenn man dies anders sehen wollte, sind die strukturellen Unterschiede zur Aktiengesellschaft derart ausgeprägt, dass dies ebenfalls gegen eine entsprechende Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft spricht. Im Unterschied zu der auf Machtbalance der einzelnen Organe abzielenden und die Aktionäre von der unmittelbaren Einflussnahme auf die Geschäftsführung der Gesellschaft ausschließenden Verfassung der Aktiengesellschaft ist der unmittelbare Einfluss der Kommanditisten auf die Geschäftsführung erheblich. Im Hinblick auf die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft ist eine Analogie abzulehnen.

32 Bei einem Vergleich der Kontroll- und Informationsrechte der Gesellschafter lässt sich allerdings keine geringere Schutzbedürftigkeit der Kommanditisten feststellen. Das Kontroll- und Informationsrecht des Aktionärs beschränkt sich im Wesentlichen auf die Hauptversammlung und die Gegenstände der Tagesordnung (BGH, Beschluss vom 6. März 1997 – II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 54). Das Auskunftsrecht wird unter anderem durch das Kriterium der Erforderlichkeit in § 131 Abs. 1 Satz 1 AktG und durch das Auskunftsverweigerungsrecht des Vorstands aus § 131 Abs. 3 Satz 1 Nr. 1 AktG begrenzt (vgl. BGH, Beschluss vom 14. Januar 2014 – II ZB 5/12, ZIP 2014,

671 Rn. 25 f. – Porsche SE; Beschluss vom 5. November 2013 – II ZB 28/12, BGHZ 198, 354 Rn. 20 f.). In diesen Grenzen ist es aber umfassend und bezieht sich auch auf Angelegenheiten der laufenden Geschäftsführung. Dem Kommanditisten steht neben seinem gegenständlich beschränkten Informationsrecht nach § 166 Abs. 1 HGB ein Kontrollrecht nach § 166 Abs. 3 HGB bei Vorliegen eines wichtigen Grundes zu. Dieses umfasst zwar neben den Auskünften, die der Prüfung des Jahresabschlusses dienen oder zum Verständnis des Jahresabschlusses erforderlich sind, auch Auskünfte über die Geschäftsführung des Komplementärs allgemein und die damit im Zusammenhang stehenden Unterlagen (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2016 – II ZB 10/15, BGHZ 210, 363 Rn. 13). Es handelt sich aber um kein allgemeines Auskunfts- und Einsichtsrecht des Kommanditisten, sondern rechtfertigt von vornherein nur die Zuerkennung solcher Informations- und Aufklärungsrechte, die zur Durchsetzung gesellschaftsvertraglicher Rechte bzw. zur Wahrung berechtigter Interessen des Kommanditisten geeignet und angemessen sind. Das außerordentliche Informationsrecht wird insoweit durch das Informationsbedürfnis des Kommanditisten begrenzt, das sich aus dem wichtigen Grund ergibt (BGH, Beschluss vom 14. Juni 2016 – II ZB 10/15, BGHZ 210, 363 Rn. 23 mwN).

33 Gegen die entsprechende Anwendung von § 179a AktG spricht aber die stärkere Einflussmöglichkeit von Gesellschaftern einer Kommanditgesellschaft auf die Geschäftsführung und die hieraus folgende geringere Schutzbedürftigkeit. Das Aktienrecht enthält in §§ 76 ff. und 111 ff. AktG Kompetenzzuweisungen hinsichtlich der Wahrnehmung der Leitungs- und der Überwachungsaufgaben der Gesellschaft, auf die die Aktionäre in sehr beschränktem Maße Einfluss nehmen können (vgl. BGH, Beschluss vom 6. März 1997 – II ZB 4/96, BGHZ 135, 48, 53 f.; Urteil vom 8. Januar 2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rn. 34). Vor allem über Fragen der Geschäftsführung kann die Hauptversammlung für den Vorstand bindend nach § 119 Abs. 2 AktG nur entscheiden, wenn der Vorstand es verlangt (BGH, Urteil vom 8. Januar 2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rn. 34 mwN). Ob der Vorstand dies verlangt, steht grundsätzlich in seinem Ermessen (BGH, Urteil vom 25. Februar 1982 – II ZR 174/80, BGHZ 83, 122, 131; *Liebscher* in Henssler/Strohn, *GesR*, 5. Aufl., § 119 AktG Rn. 9; BeckOGK AktG/*Hoffmann*, Stand: 1. September 2021, § 119 Rn. 17; Hüffer/*Koch*, AktG, 15. Aufl., § 119 Rn. 13; *Spindler* in K. Schmidt/Lutter, AktG, 4. Aufl., § 119 Rn. 17; MünchKommAktG/*Kubis*, 5. Aufl., § 119 Rn. 22; KK-AktG/*Tröger*, 3. Aufl., § 119 Rn. 62; *Mülbert* in Großkomm. AktG, 5. Aufl., § 119 Rn. 119). Demgegenüber hat die Komplementärin stets nach § 116 Abs. 2 HGB die Zustimmung der Gesellschafter zu Fragen der

Geschäftsführung einzuholen, wenn ein Geschäft über den gewöhnlichen Betrieb des Handelsgewerbes der Gesellschaft hinausgeht. Darüber hinaus kann der Gesellschaftsvertrag der Gesellschafterversammlung die Befugnis einräumen, der Geschäftsführung Weisungen in Angelegenheiten der Geschäftsführung zu erteilen (BGH, Urteil vom 11. September 2018 – II ZR 307/16, ZIP 2018, 2024 Rn. 34).

34 cc) Gegen eine Analogie spricht auch bei der Kommanditgesellschaft zudem, dass diese ohne unmittelbare gesetzliche Grundlage ein tragendes Prinzip des Rechts der Handelsgesellschaften gefährden würde. § 126 Abs. 2 HGB, der die Unbeschränktheit und Unbeschränkbarkeit der Vertretungsbefugnis des Geschäftsführers im Außenverhältnis statuiert, ist wie die parallelen Vorschriften § 37 Abs. 2 GmbHG, § 82 Abs. 1 AktG, § 27 Abs. 2 GenG oder § 50 Abs. 1 HGB Ausdruck des Prinzips, dass der Handelsverkehr auf dem Gebiet der rechtsgeschäftlichen und organschaftlichen Vertretungsbefugnis klare Verhältnisse erfordert. Für den Dritten, der mit einem Vertreter einer Handelsgesellschaft ein Rechtsgeschäft abschließt oder Erklärungen entgegennimmt, ist es, wenn nicht praktisch undurchführbar, so jedenfalls unzumutbar, sich in jedem Einzelfall über den Umfang der Vertretungsbefugnis des anderen Teils zu informieren. Aus diesem Grund hat der Gesetzgeber gerade bei den Handelsgesellschaften den Umfang der organschaftlichen Vertretungsbefugnis zwingend festgelegt (BGH, Urteil vom 20. September 1962 – II ZR 209/61, BGHZ 38, 26, 33; Urteil vom 23. Juni 1997 – II ZR 353/95, ZIP 1997, 1419, 1420; Urteil vom 18. Oktober 2017 – I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rn. 21 – *media control* mwN; Urteil vom 8. Januar 2019 – II ZR 364/18, BGHZ 220, 354 Rn. 31).

35 Dieser Gedanke erlangt bei der Kommanditgesellschaft besonderes Gewicht, weil der jeweilige Vertragspartner der Gesellschaft das Vorliegen eines Gesamtvermögensgeschäfts in der Regel nicht zuverlässig beurteilen kann. Eine quantitative Abgrenzung nach dem Wertverhältnis des zu übertragenden und des verbleibenden Vermögens der Gesellschaft ist erschwert, weil die Vermögenssituation der Personengesellschaft und der Wert ihrer Vermögensgegenstände aufgrund der geringeren Bilanzpublizität nur eingeschränkt offengelegt wird. Hinzu kommt, dass der Rechtsverkehr bei den Personengesellschaften typischerweise von einer engeren internen Abstimmung zwischen Geschäftsführern und Gesellschaftern als bei einer Aktiengesellschaft ausgehen kann, was in die Abwägung mit dem Schutzbedürfnis der Gesellschafter einzustellen ist (*Eschwey*, *MittBayNot* 2018, 299, 311; *Grunewald*, *JZ* 1995, 577, 578).

36 dd) Ob eine entsprechenden Anwendung von § 179a AktG auf die Kommanditgesellschaft auch bei Publi-

kumpersonengesellschaften ausscheidet, bei denen die Struktur einer Aktiengesellschaft angenähert ist und die Einwirkungsmöglichkeiten des Kommanditisten denjenigen eines Aktionärs vergleichbar gering sind, bedarf keiner Entscheidung.

37 2. Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Unwirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags nach den Grundsätzen des Missbrauchs der Vertretungsmacht verneint, weil die Gesellschafter der Klägerin den Vertrag mit dem Liquidationsbeschluss vom 27. April 1998 genehmigt haben.

38 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass ein unter Missbrauch der Vertretungsmacht abgeschlossenes Rechtsgeschäft in entsprechender Anwendung des § 177 Abs. 1 BGB genehmigt werden kann (BGH, Urteil vom 6. Mai 1999 – VII ZR 132/97, BGHZ 141, 357, 364; Beschluss vom 20. Juni 2007 – IV ZR 288/06, MittBayNot 2008, 67 Rn. 5; Urteil vom 18. Oktober 2017 – I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rn. 24 – media control). Dies gilt auch bei organschaftlicher Vertretung (BGH, Beschluss vom 20. Juni 2007 – IV ZR 288/06, MittBayNot 2008, 67 Rn. 4; Urteil vom 18. Oktober 2017 – I ZR 6/16, ZIP 2018, 214 Rn. 24 – media control). Missachtet ein Geschäftsführer einen Zustimmungsvorbehalt, ist die Person bzw. das Gremium zur Erteilung der Genehmigung befugt, in dessen Kompetenz die übergangene Zustimmung fällt (vgl. BGH, Urteil vom 30. März 1953 – IV ZR 176/52, GRUR 1953, 446, 447; Urteil vom 19. Dezember 1988 – II ZR 74/88, ZIP 1989, 294, 295; Urteil vom 29. November 2004 – II ZR 364/02, ZIP 2005, 348 Rn. 16). Die gemäß § 184 Abs. 1 BGB ex tunc wirkende Genehmigung kann auch konkludent erteilt werden (BGH, Urteil vom 2. April 2004 – V ZR 107/03, NJW 2004, 2382, 2383; Urteil vom 17. November 2014 – I ZR 97/13, GRUR 2015, 187 Rn. 22, 34 f.; Urteil vom 25. März 2015 – VIII ZR 125/14, NJW 2015, 2584 Rn. 49; Urteil vom 9. Januar 2018 – XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178 Rn. 53; Urteil vom 15. April 2021 – III ZR 139/20, BGHZ 229, 299 Rn. 25).

39 b) Das Berufungsgericht hat eine konkludente Genehmigung des allen Gesellschaftern bekannten Kauf- und Übertragungsvertrags durch den mit qualifizierter Mehrheit allein gegen die Stimme des A. S. gefassten Liquidationsbeschluss angenommen. Die Auslegung des Berufungsgerichts ist revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. Ob konkludent genehmigt wurde, ist durch eine im Revisionsverfahren nur eingeschränkt überprüfbare Auslegung der Umstände zu ermitteln (BGH, Urteil vom 7. November 2001 – VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, 134; Urteil vom 15. April 2021 – III ZR 139/20, BGHZ 229, 299 Rn. 25).

40 Eine Genehmigung schwebend unwirksamer Geschäfte durch schlüssiges Verhalten setzt allerdings regelmäßig voraus, dass der Genehmigende die Unwirksam-

keit kennt oder zumindest mit ihr rechnet und in seinem Verhalten der Ausdruck des Willens zu sehen ist, das bisher als unverbindlich angesehene Geschäft verbindlich werden zu lassen (BGH, Urteil vom 16. September 2003 – XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944; Urteil vom 29. November 2004 – II ZR 364/02, ZIP 2005, 348 Rn. 14; Urteil vom 22. Februar 2005 – XI ZR 41/04, NJW 2005, 1488, 1490; Urteil vom 17. November 2014 – I ZR 97/13, GRUR 2015, 187 Rn. 36; Urteil vom 14. Januar 2016 – III ZR 107/15, NJW 2016, 3027 Rn. 29; Urteil vom 9. Januar 2018 – XI ZR 17/15, BGHZ 217, 178 Rn. 53; offengelassen BGH, Urteil vom 19. Dezember 1988 – II ZR 74/88, ZIP 1989, 294, 295). Entgegen der Auffassung der Revision weicht das Berufungsgericht von dieser Rechtsprechung nicht ab, wenn es ausführt, der Liquidationsbeschluss habe zwingend die Wirksamkeit des Kauf- und Übertragungsvertrags vorausgesetzt und dies sei den Beteiligten bekannt gewesen. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

41 3. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Feststellung, dass der Druckvertrag vom 10. Februar 1949 zwischen den Parteien fortbestehe, zurückgewiesen, weil die V. durch die Vereinbarung im Kauf- und Übertragungsvertrag wirksam an Stelle der Klägerin in den Vertrag eingetreten ist.

42 Dabei kann dahinstehen, ob, was die Revision in Abrede stellt, die V. – bei Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags wirksam vertreten war. Das Berufungsgericht hat angenommen, dass im nachvertraglichen Verhalten der V. jedenfalls eine konkludente Genehmigung der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Druckvertrag auf die V. lag. Diese Auslegung des Berufungsgerichts darf vom Revisionsgericht nur eingeschränkt daraufhin überprüft werden, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, die Denkgesetze oder allgemeine Erfahrungssätze verletzt sind, wesentlicher Auslegungstoff außer Acht gelassen worden ist oder die Auslegung auf mit der Revision gerügten Verfahrensfehlern beruht (BGH, Urteil vom 13. Januar 2021 – VIII ZR 66/19, NZM 2021, 218 Rn. 29; Urteil vom 3. März 2021 – XII ZR 92/19, NZM 2021, 507 Rn. 8; Beschluss vom 15. Juni 2021 – II ZB 35/20, ZIP 2021, 1514). Solche Fehler sind nicht ersichtlich. Die Revision wendet ohne Erfolg ein, es fehle an Feststellungen zum Genehmigungsbewusstsein der V. –

...

43 Ein Genehmigungsbewusstsein ist indes nicht stets erforderlich. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs liegt eine, auch schlüssige, Willenserklärung trotz fehlenden Erklärungsbewusstseins vor, wenn der

Erklärende bei Anwendung der im Verkehr erforderlichen Sorgfalt hätte erkennen und vermeiden können, dass seine Äußerung oder sein Verhalten nach Treu und Glauben und der Verkehrssitte als Willenserklärung aufgefasst werden durfte, und wenn der Empfänger sie auch tatsächlich so verstanden hat (BGH, Urteil vom 7. Juni 1984 – IX ZR 66/83, BGHZ 91, 324; Urteil vom 2. November 1989 – IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 177; Urteil vom 7. November 2001 – VIII ZR 13/01, BGHZ 149, 129, 136; Urteil vom 14. Mai 2002 – XI ZR 155/01, WM 2002, 1273, 1275; Urteil vom 16. September 2003 – XI ZR 74/02, BKR 2003, 942, 944 f.; Urteil vom 16. Dezember 2009 – XII ZR 146/07, BGHZ 184, 35 Rn. 19; Urteil vom 17. November 2014 – I ZR 97/13, GRUR 2015, 187 Rn. 36). Das gilt auch für eine nach § 185 BGB erforderliche Einwilligung oder Genehmigung (BGH, Urteil vom 2. November 1989 – IX ZR 197/88, BGHZ 109, 171, 178).

44 Dies vorausgesetzt, hat das Berufungsgericht auf der Grundlage seiner Feststellungen ohne Rechtsfehler die Genehmigung der Vertragsübernahme durch die V. angenommen. Es ist anerkannt, dass eine Zustimmung durch schlüssiges Handeln in der Regel dann anzunehmen ist, wenn der Zustimmungsberechtigte das Rechtsgeschäft als gültig behandelt (BGH, Urteil vom 15. Mai 1990 – X ZR 82/88, NJW-RR 1990, 1251, 1252; Grüneberg/Ellenberger, BGB, 81. Aufl., § 182 Rn. 3; Maier-Reimer/Finkenauer in Erman, BGB, 16. Aufl., § 182 Rn. 11; MünchKommBGB/Bayreuther, 9. Aufl., § 182 Rn. 15). In dem Umstand, dass die V. seit Abschluss des Kauf- und Übertragungsvertrags, mithin seit über zwanzig Jahren, den Druckvertrag mit der Beklagten als Vertragspartner durchführt, diesen entsprechend abrechnet und dies in ihren Jahresabschlüssen ausweist, durfte das Berufungsgericht daher jedenfalls eine schlüssige Genehmigung der Übertragung der Rechte und Pflichten aus dem Druckvertrag sehen.

45 4. Das Berufungsgericht hat ohne Rechtsfehler den Antrag auf Feststellung, dass die Klägerin weiterhin den Kommanditanteil im Nennwert von 15.600 DM an der Beklagten halte, einschließlich der Hilfsanträge zurückgewiesen. Entgegen der Auffassung der Revision ist die dingliche Übertragung dieses Kommanditanteils auf die V. wirksam.

46 a) Im Kauf- und Übertragungsvertrag vom 2. April 1998 wurde der Kommanditanteil der Klägerin an der Beklagten an die Beklagte verkauft. Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts wurde der Kommanditanteil parallel zum Abschluss dieses Vertrags mit der Zustimmungsvereinbarung vom selben Tag übertragen. Der Gesellschafter einer Personengesellschaft kann seinen Gesellschaftsanteil mit Zustimmung der übrigen Gesellschafter auf einen Mitgesellschafter oder auf eine dritte Person durch Verfügungsgeschäft (§ 413 BGB) mit der Wirkung über-

tragen, dass der Erwerber, wenn nichts anderes geregelt ist, ohne weiteres in die Rechtsstellung eintritt, die bis dahin der Veräußerer innehatte (BGH, Urteil vom 29. Juni 1981 – II ZR 142/80, BGHZ 81, 82, 84; Urteil vom 21. Oktober 2014 – II ZR 84/13, BGHZ 203, 77 Rn. 18; Urteil vom 15. September 2020 – II ZR 20/19, ZIP 2020, 2236 Rn. 9). Der Kauf- und Übertragungsvertrag wurde jedenfalls mit Wirkung ex tunc genehmigt, so dass die Übertragung des Kommanditanteils mit Rechtsgrund erfolgte.

47 Ausgehend davon, dass Dr. F. den Anteil an der Beklagten nach einer Sicherungsabtretung zum Zeitpunkt der Zustimmungsvereinbarung zunächst als Treuhänder für die Klägerin hielt, wurde in dieser Vereinbarung bestimmt, dass der Kommanditanteil vom Treuhänder auf Weisung der Beklagten als neuer Treugeberin unter Beendigung dieses Treuhandverhältnisses an die V. abgetreten werden soll. Dr. F. trat den Kommanditanteil an die V. ab, diese nahm die Abtretung an.

48 b) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Übertragung des Kommanditanteils auf die V. auch für den Fall als wirksam erachtet, dass die Sicherungsabtretung an Dr. F. unwirksam gewesen sein sollte. In diesem Fall hätte Dr. F. mit Einwilligung der Klägerin über den Anteil verfügt.

49 Das Berufungsgericht ist aufgrund seiner aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstandenden Auslegung der zwischen den Parteien, der V. – und Dr. F. geschlossenen Zustimmungsvereinbarung vom 2. April 1998 zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin für den Fall der Unwirksamkeit der Abtretung an Dr. F. als Inhaberin des Kommanditanteils diesen zum Zweck des Vollzugs des Kauf- und Übertragungsvertrags angewiesen hat, den Anteil zunächst als Treuhänder für die Beklagte zu halten, um dann unter Beendigung des Treuhandverhältnisses die Inhaberschaft der V. – zu begründen. Die Anweisung an Dr. F. hat das Berufungsgericht unmittelbar dem in der Zustimmungsvereinbarung zum Ausdruck kommenden Willen der Beteiligten entnommen, der darauf gerichtet war, den Kommanditanteil unter Aufgabe sämtlicher Berechtigungen der Klägerin auf die V. als künftiger Tochter der Beklagten zu übertragen. Es hat sich dabei erkennbar und zutreffend von dem Gedanken leiten lassen, Erklärungen der Parteien nach Möglichkeit so auszulegen, dass deren Vorstellungen Wirksamkeit erlangen können, sofern sich ein übereinstimmender wirklicher Wille der Parteien mit hinreichender Sicherheit feststellen lässt (vgl. BGH, Urteil vom 4. Juli 1988 – II ZR 370/87, juris Rn. 4).

50 c) Ohne Rechtsfehler hat das Berufungsgericht die Zustimmung der Gesellschafter der Beklagten zur Übertragung des Kommanditanteils auf die V. – festgestellt.

51 Hierzu hat es ausgeführt, auf der Gesellschafterversammlung der Beklagten vom 30. März 1998 habe Ein-

vernehmen bestanden, dass der „Lokalverlag S. übernommen“ werden solle, wozu ausdrücklich auch gehört habe, dass die Beklagte die Beteiligung der Klägerin an der V. übernehmen solle. Die V. habe als neue Tochter der Beklagten den Kommanditanteil an der Beklagten halten sollen. Damit habe eine Einwilligung der Gesellschafter der Beklagten zur Übertragung des Gesellschaftsanteils auf die V. – als neuer Gesellschafterin vorgelegen. Die Beklagte habe durch Vorlage des Protokollauszugs vom 30. März 1998 nachgewiesen, dass es sich dabei um einen einstimmigen Gesellschafterbeschluss gehandelt habe. Die Klägerin habe dies nur pauschal bestritten, aber nicht in erheblicher Weise den detaillierten Vortrag der Beklagten zur Beteiligung und Abstimmung der Gesellschafter in dieser Versammlung in Abrede gestellt. Diese Ausführungen sind aus revisionsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Die von der Revision in diesem Zusammenhang erhobenen Verfahrensrügen hat der Senat geprüft und nicht für durchgreifend erachtet. Von einer Begründung wird abgesehen (§ 564 ZPO).

52 Daneben weist die Beklagte zutreffend darauf hin, dass sich die Klägerin nicht mehr auf einen fehlenden Beschluss der Gesellschafter der Beklagten berufen könnte, weil die Übertragung des Kommanditanteils mit der einstimmigen Feststellung der Jahresabschlüsse der Beklagten zum 31. Dezember 1998 und zum 31. Dezember 1999 bestätigt wurde. Dem ist die Revision nicht entgegengetreten. Die Zustimmung der Mitgesellschafter zur Übertragung eines Kommanditanteils kann durch schlüssiges Verhalten, wie etwa einer entsprechenden Anmeldung zum Handelsregister erfolgen (vgl. BGH, Urteil vom 17. September 1984 – II ZR 208/83, WM 1984, 1605; Urteil vom 22. April 1985 – II ZR 151/84, WM 1985, 1143). Sie kann auch dadurch erteilt werden, dass die Gesellschafter einstimmig den die Übertragung ausweisenden Jahresabschluss der Gesellschaft billigen.

ERBRECHT

Testamentsvollstreckung bei Anordnung einer Vor- und Nacherbschaft

BGB § 2112, § 2113 Abs. 1, § 2205, § 2208 Abs. 1, § 2209, § 2222, § 2365, § 2368; FamFG § 354 Abs. 2

Amtlicher Leitsatz:

1. Der nur für die Vorerbschaft eingesetzte Testamentsvollstrecker ist nicht kraft Gesetzes an die Beschränkungen gebunden, die dem Vorerben gegenüber dem

Nacherben in den §§ 2113, 2114 BGB auferlegt sind (Fortführung von KG, RJA 13, 252; entgegen OLG München, FamRZ 2016, 1302).

2. Der Erblasser kann § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB anordnen, dass der für die Vorerbschaft ernannte Testamentsvollstrecker nur die Rechte des (nicht befreiten) Vorerben ausüben und deshalb der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB unterliegen soll. Eine solche Beschränkung ist gemäß § 354 Abs. 2 FamFG in einem Testamentsvollstreckerzeugnis anzugeben.

Kammergericht (1. Zivilsenat),

Beschluss vom 11. Januar 2022 – 1 W 252/21

I. Tatbestand:

1 Eingetragene Eigentümer sind die Beteiligte zu 1) zu 1/2 sowie die Beteiligte zu 1) und M... in Erbengemeinschaft zu 1/2. Grundlage der letztgenannten Eintragung ist ein (auf einem privatschriftlichen Testament beruhender) Erbschein, ausweislich dessen der 2017 verstorbene J... von der Beteiligte zu 1) zu 2/3 und von M... zu 1/3 beerbt worden ist. Weiter heißt es, M... sei nur Vorerbe. Nacherfolge insoweit sei angeordnet. Der Nacherbfall trete ein mit dem Tod des Vorerben. Nacherben seien seine künftigen Abkömmlinge. Es sei Testamentsvollstreckung angeordnet. Hierzu sind in Abt. II ein Nacherbenvermerk und ein Testamentsvollstreckervermerk gebucht.

2 In notarieller Verhandlung vom 12. Februar 2021 bewilligte die Beteiligte zu 1) – auch in ihrer Eigenschaft als Testamentsvollstreckerin – die Eintragung einer Auflassungsvormerkung nebst Wirksamkeitsvermerk im Grundbuch. Zum Nachweis ihrer Verfügungsbefugnis nahm sie auf ein Testamentsvollstreckerzeugnis Bezug, nach dem sie Testamentsvollstreckerin über den Nachlass des J... wie folgt ist: Der Erblasser habe angeordnet, dass sie den Nachlass hinsichtlich des Erbteils des M... auch nach der Erledigung der ihr sonst übertragenen Aufgaben verwalte. Die Testamentsvollstreckung ende erst mit dem Tod des M... .

3 Das Grundbuchamt hat den Eintragungsantrag nach unerledigter Zwischenverfügung mit dem angefochtenen Beschluss zurückgewiesen, da es für den Wirksamkeitsvermerk an einer Mitwirkung der Nacherben fehle, für die gemäß § 1913 BGB ein Pfleger zu bestellen sei.

II. Aus den Gründen:

4 Die Beschwerde ist zulässig (§§ 71 ff. GBO) und begründet. Die Voraussetzungen für die Eintragung der Vormer-

kung (§ 19 GBO, § 885 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 BGB) und des Wirksamkeitsvermerks liegen vor.

5 Wird eine Vormerkung bestellt, die bei Eintritt des Nacherbfalls wirksam bleibt, kann die Eintragung eines solchen Vermerks verlangt werden, mit dem klargestellt wird, dass der eingetragene Nacherbenvermerk gegenüber diesem Recht keine Unwirksamkeit i.S.v. § 2113 BGB anzeigt (vgl. BGH, NJW 1999, 2275, 2276; BayObLG, DNotZ 1998, 206, 207 f.; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 51 Rn. 119). Das ist hier der Fall. Die durch die Beteiligte zu 1) bewilligte Vormerkung ist dem Nacherben gegenüber auch bei Eintritt des Nacherbfalls voll wirksam. Ihre Verfügungsbefugnis ergibt sich aus § 2205 S. 2 und 3 BGB, die nicht den Beschränkungen des § 2113 Abs. 1 BGB unterliegt.

6 Ist ein Testamentsvollstreckerzeugnis (§ 2368 BGB) erteilt, so kann die Verfügungsbefugnis oder die sonstige Rechtsstellung des Testamentsvollstreckers allein durch das Zeugnis nachgewiesen werden. Zu einer eigenen, ergänzenden oder berichtigenden Auslegung der Verfügung von Todes wegen ist das Grundbuchamt nicht berechtigt (OLG München, FGPrax 2015, 848, 849; OLG Düsseldorf, MittBayNot 2012, 468; BayObLG, FamRZ 1991, 984, 985; Meikel/Krause/Weber, a.a.O., § 35 Rn. 179). Das gilt hier umso mehr, als das Testament, aus dem sich die Erbfolge und Anordnung der Testamentsvollstreckung ergibt, nicht der Form des § 35 Abs. 1 S. 2 Hs. 1, Abs. 2 Hs. 2 GBO genügt.

7 Aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis folgt zum einen, dass die Beteiligte zu 1) nicht (auch) gemäß § 2222 BGB zu dem Zweck ernannt ist, bis zum Eintritt der Nacherbfolge die Rechte des Nacherben auszuüben und dessen Pflichten zu erfüllen (vgl. zur Zulässigkeit der Kumulation BGH, NJW 1995, 456). In dem Zeugnis sind nicht nur die in § 354 Abs. 2 FamFG genannten Sonderfälle, sondern alle Abweichungen gegenüber der gesetzlichen Grundregel (§§ 2203 – 2206 BGB) anzugeben. Die Nacherbenvollstreckung nach § 2222 BGB ist eine solche Sonderaufgabe (vgl. OLG Düsseldorf, a.a.O.; Ermann/Simon, BGB, 16. Aufl., § 2368 Rn. 8), die hier nicht genannt ist.

8 Zum anderen ergibt sich aus dem Testamentsvollstreckerzeugnis, dass die Beteiligte zu 1) gemäß § 2205 S. 2 Alt. 2 BGB befugt ist, (mit voller Wirksamkeit) über die Nachlassgegenstände zu verfügen. Dem Zeugnis ist eine Abweichung von der gesetzlich eingeräumten Verfügungsbefugnis nicht zu entnehmen. Zwar ist es gemäß § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB zulässig, den Testamentsvollstrecker – als Gegenstück zu § 2222 BGB – als reinen Vorerbenvollstrecker einzusetzen, der nur die Rechte des (nicht befreiten) Vorerben ausüben und deshalb der Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB unterliegen soll (so wohl Staudinger/Avenarius, BGB, 2019, § 2113 Rn. 7; a.A.

BeckOGK/Grotheer, Sept. 2021, § 2197 Rn. 99). Die Anordnung einer solchen Beschränkung auf die Verfügungsrechte des Vorerben nach §§ 2112 ff. BGB ist aber gemäß § 354 Abs. 2 FamFG in dem Zeugnis anzugeben, woran es fehlt. Das Grundbuchamt hat nach § 2365 i.V.m. § 2368 S. 2 BGB davon auszugehen, dass im Testamentsvollstreckerzeugnis nicht verlautbarte Verfügungsbeschränkungen nicht bestehen (OLG München, a.a.O.; Meikel/Böhringer, a.a.O., § 52 Rn. 20).

9 Aus dem Umstand, dass nach dem Inhalt des Zeugnisses die für den Erbteil des M... angeordnete Dauervollstreckung (§ 2209 BGB) – ggf. schon (§ 2210 S. 1 BGB) oder erst (§ 2210 S. 2 BGB) – mit seinem Tod enden soll, folgt keine Abweichung von der Regelbefugnis des § 2205 S. 2 und 3 BGB. Der nur für die Vorerbschaft eingesetzte Testamentsvollstrecker ist nicht kraft Gesetzes an die Beschränkungen gebunden, die dem Vorerben gegenüber dem Nacherben in den §§ 2113, 2114 BGB auferlegt sind (KG, RJA 13, 252, 253; OLGE 34, 298; OLG Karlsruhe, MDR 1981, 943; OLG Stuttgart, BWNotZ 1980, 92; BeckOGK/Grotheer, a.a.O., § 2197 Rn. 97.2; a.A. OLG München, FamRZ 2016, 1302, 1304; Grüneberg/Weidlich, BGB, 81. Aufl., § 2205 Rn. 24; Staudinger/Reimann, a.a.O., 2016, § 2205 Rn. 226).

10 Der Testamentsvollstrecker kann im Verhältnis zum Nacherben mehr Rechte haben als der Vorerbe, weil er seine Rechtsstellung nicht von der des Vorerben ableitet. Er übt das ihm zugewiesene Amt aus eigenem Recht gemäß dem letzten Willen des Erblassers und dem Gesetz selbständig aus. Es erscheint nicht sachgerecht, den Erblasser darauf zu verweisen, er müsse den Vorerben von den Beschränkungen der §§ 2113, 2114 BGB befreien, sollte der Testamentsvollstrecker die volle Verfügungsmacht haben. Der Erblasser bringt dem von ihm ernannten Testamentsvollstrecker, der auch nicht in einem Interessenkonflikt wie der Vorerbe steht, häufig besonderes Vertrauen entgegen (vgl. KG, RJA, a.a.O.; Engelmann, MittBayNot 1999, 509, 512). Nimmt der Ernannte das Amt nicht an oder fällt ohne Ersatz (§§ 2197 Abs. 2, 2199 Abs. 1 BGB) weg, endet die Verfügungsbeschränkung des Vorerben nach § 2211 Abs. 1 BGB. Für diesen Fall kann es im berechtigten Interesse des Erblassers liegen, den Vorerben nicht nach § 2136 BGB zu befreien.

11 Auch aus § 2222 BGB ist nichts anderes zu schließen (vgl. KG, a.a.O.). Diese Sonderform dient hauptsächlich der wirksamen Beaufsichtigung des Vorerben im Interesse des Nacherben (vgl. RGZ 77, 177, 178; MünchKomm/Zimmermann, BGB, 8. Aufl., § 2222 Rn. 2). Die Ernennung eines Nacherbenvollstreckers kann u.a. eine Pflegschaft für unbekannte Beteiligte nach § 1913 BGB ersetzen, lässt das Erfordernis einer gerichtlichen Genehmigung (§§ 1821 Abs. 1, 1908 i, 1915 BGB) entfallen (vgl. BGH,

ZEV 2006, 262) und kommt insbesondere in Betracht, wenn der Erblasser im Übrigen keine Testamentsvollstreckung anordnet.

12 Dass sich die Verfügungsbefugnis der Beteiligten zu 1) nur nach § 2205 S. 2 und 3 BGB richtet, steht auch im Einklang mit der allgemeinen Meinung, die Beschränkung des § 2113 Abs. 1 BGB gelte jedenfalls dann nicht, wenn der Testamentsvollstrecker auch für den Nacherben eingesetzt sei (BGHZ 40, 115, 119). Das wird nicht nur für den Fall bejaht, in dem ein Nacherbenvollstrecker gemäß § 2222 BGB während der Zeit der Vorerbschaft mit Wirkung für den Nacherben handeln kann. Vielmehr soll der Vollstrecker auch dann nicht an die Beschränkungen der §§ 2213, 2214 BGB gebunden sein, wenn nur eine „gewöhnliche“ Testamentsvollstreckung angeordnet ist, die für den Nacherben erst mit dem Eintritt der Nacherbfolge beginnt (OLG Düsseldorf, a.a.O.; vgl. auch BayObLG, a.a.O.; BayObLGZ 1986, 208, 213; MittBayNot 1983, 229, 230). Die Zustimmung zu einer Veräußerung (ggf. nach § 2120 BGB) wäre aber während der Vorerbschaft zu erteilen, zu einem Zeitpunkt in dem nicht feststeht, ob auch die Nacherbschaft der Verwaltung des handelnden Testamentsvollstreckers unterliegen wird. Dieser Gesichtspunkt spricht ebenfalls dafür, dass der nur für die Vorerbschaft Ernante gemäß § 2205 S. 2 und 3 BGB unbeschränkt Verfügungsberechtigt ist, wenn nicht der Erblasser nach § 2208 Abs. 1 S. 1 BGB eine – im Testamentsvollstreckerzeugnis anzugebende – Beschränkung auf das dem Vorerben nur zustehende Verfügungsrecht nach §§ 2112 ff. BGB angeordnet hat.

13 Die Entgeltlichkeit der Verfügung ist mit den Angaben vom 12. Februar 2021 hinreichend nachgewiesen (vgl. Meikel/Böhriger, a.a.O., § 52 Rn. 54).

Anmerkung:

I) Bei einer Testamentsvollstreckung im Zusammenhang mit einer Vor- und Nacherbschaft sind mehrere Erscheinungsformen der Testamentsvollstreckung zu unterscheiden. § 2222 BGB stellt nur klar, dass ein Testamentsvollstrecker gerade „...auch...“ zu dem Zweck der Wahrnehmung der Rechte und Pflichten des Nacherben vor dem Eintritt des Nacherbfalls ernannt werden kann:¹

- die Testamentsvollstreckung erfasst die Vor- und Nacherbschaft, sei es als Verwaltungs- oder als Abwicklungsvollstreckung oder auch nur teils-teils,
- die Testamentsvollstreckung erfasst nur die Vorerbschaft, sei es als Abwicklungs- oder als Verwaltungsvollstreckung,

- die Testamentsvollstreckung erfasst nur die Nacherbschaft, sei es als Verwaltungs- oder als Abwicklungsvollstreckung sowie
- die Testamentsvollstreckung hat nur die Ausübung der Rechte des Nacherben während der Dauer der Vorerbschaft zum Gegenstand. Nur dieser Fall ist in § 2222 BGB selbst geregelt.
- Daneben sind natürlich auch Kombinationen der genannten Varianten möglich und z.B. beim Behinderten- und Bedürftigentestament auch üblich.

Wurde die Testamentsvollstreckung in einem (formwirksamen) privatschriftlichen Testament (§§ 2247, 2267 BGB) angeordnet, lassen sich die Art der Testamentsvollstreckung und die Befugnisse des Testamentsvollstreckers für den Rechtsverkehr rechtssicher nur² aus dem (positiven bzw. negativen) Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses (§ 2368 BGB) entnehmen. Dies ist Konsequenz der Vollständigkeits- und Richtigkeitsvermutung des Testamentsvollstreckerzeugnisses gemäß § 2368 S. 2 BGB i.V.m. § 2365 BGB,³ die – wie das KG zu Recht betont – auch für das Grundbuchverfahren gelten. Abweichungen vom gesetzlichen Regelmodell der Abwicklungsvollstreckung sind gemäß § 354 Abs. 2 FamFG im Testamentsvollstreckerzeugnis selbst zu vermerken.⁴ Umgekehrt enthält das Testamentsvollstreckerzeugnis im gesetzlichen Regelfall der Abwicklungsvollstreckung nur wenige Angaben. Hierzu folgendes **Formulierungsbeispiel**:

Testamentsvollstreckerzeugnis

N.N., geb. , geb. am , wohnhaft/geschäftsansässig:

ist unter Anwendung deutschen Rechts zum (alleinigen) Testamentsvollstrecker über den Nachlass der/des am in verstorbenen Erblasserin/Erblassers, Frau/Herrn , geb. am , zuletzt wohnhaft: ernannt worden.

Leider ist der Entscheidung des KG nicht der genaue Wortlaut des Testamentsvollstreckerzeugnisses zu entnehmen. Es enthielt aber keine Angaben zu einer Nacherbenvollstreckung (§ 2222 BGB). Vielmehr war der Testamentsvollstrecker nur für die Dauer der Vorerbschaft

² Bzw. Europäischen Nachlasszeugnisses. Dazu *Ungerer* in: *Becker* (Hrsg.), *Notarformulare Erbscheinsverfahren*, 2021, S. 188 ff.

³ Hierzu: *Becker* in: *Becker* (Hrsg.) *Notarformulare Erbscheinsverfahren*, 2021, S. 134 f. Dort auch zu den Grenzen der Richtigkeitsvermutung und des Gutgläubenschutzes.

⁴ Zum Inhalt des Testamentsvollstreckerzeugnisses auch *Becker* in: *Becker* (Hrsg.) *Notarformulare Erbscheinsverfahren*, 2021, S. 147 f.

¹ Dazu: *Becker* in: *Soergel*, Bd. 33, 14. Aufl., 2020, § 2222 BGB, Rn. 1.

eingesetzt, ohne dass insoweit aber Abweichungen von der gesetzlichen Verfügungsmacht verlautbart wurden. Im Rahmen der Prüfung der Eintragungsfähigkeit des Wirksamkeitsvermerks⁵ musste daher – da weder eine Zustimmung gemäß § 2113 Abs. 1 i.V.m. § 2222 BGB des Nacherbenvollstreckers, der Nacherben selbst, eines General- und Vorsorgebevollmächtigten des Erblassers, der zugleich auch zur Vertretung der Nacherben berechtigt ist,⁶ oder eines Pflegers (§ 1913 BGB) in Betracht kam, durch das KG geklärt werden, welche gesetzlichen Befugnisse der nur für die Dauer der Vorerbschaft eingesetzte Testamentsvollstrecker hat. Unterliegt er den gleichen Beschränkungen wie der Vorerbe (§§ 2113 ff. BGB)?

II) Diese Rechtsfrage ist in der Literatur und Rspr seit jeher umstritten und durch den BGH bislang nicht entschieden.⁷ Gerade in der älteren Literatur⁸ wird hier der Gleichlauf der Befugnisse von Vorerben und Vorerben-Testamentsvollstrecker betont. Die überwiegende Meinung geht davon aus, dass der Erblasser den Testamentsvollstrecker nur dann von §§ 2113 ff. BGB befreien kann, wenn er auch den Vorerben selbst befreit.⁹ Daran übt v.a. *Muscheler* Kritik, der zu Recht darauf hinweist, dass der Testamentsvollstrecker eine eigene und vom Erblasser abgeleitete Rechtsmacht ausübt. § 2208 BGB (Beschränkung der Rechte des Testamentsvollstreckers) sei eine Ausnahmenvorschrift, die durch die hL im Falle der Testamentsvollstreckung nur über die Vorerbschaft in ihr Gegenteil verkehrt werde. Im Übrigen habe die zweite Kommission, die die Dauertestamentsvollstreckung gem. § 2209 BGB einführt, einen Antrag abgelehnt, die Verfügungsbeschränkungen des Vorerben auf den Testamentsvollstrecker zu übertragen.¹⁰ Der letztgenannten Ansicht hat sich auch das KG angeschlossen. Im Rahmen seiner Argumentation verweist das KG zunächst darauf, dass der Testamentsvollstrecker seine Rechte nicht vom Vorerben, sondern vom Erblasser ableite. Auch sei die Notwendigkeit eines Gleichlaufs der Befugnisse des Vorerben und des Vorerben-Testamentsvollstreckers nicht ersichtlich, was insbesondere im Fall der Nichtannahme des Amtes oder ersatzlosen Wegfalls des Testamentsvollstreckers deutlich werde. § 2222 BGB lasse keine abweichenden Schlussfolgerungen zu. Schließlich betont das KG – wie bereits *Muscheler* – den Widerspruch in der hL, die den Testamentsvollstrecker be-

reits dann nicht den Beschränkungen des §§ 2113 f. BGB¹¹ unterwirft, wenn nur eine „gewöhnliche“ Testamentsvollstreckung angeordnet sei, die für den Nacherben mit dem Eintritt der Nacherbfolge beginnt.

III) Die Argumentation des KG überzeugt.¹² Die Rechtsstellung von Vorerben und Testamentsvollstrecker für die Dauer der Vorerbschaft sind nicht zwingend im Gleichlauf. Der Testamentsvollstrecker ist auch hier nicht Vertreter des Vorerben, der – vorbehaltlich § 2136 BGB (Befreiung) – den Beschränkungen der §§ 2113 ff. BGB unterfällt. Er leitet seine Befugnisse unmittelbar vom Erblasser ab und handelt als Partei kraft Amtes im eigenen Namen. Die Kontroll- und Überwachungsrechte liegen im Verhältnis von Vorerben / Nacherben und Testamentsvollstrecker allein beim Vorerben. Nur dieser ist bereits Erbe, der Nacherbe hat nur eine Anwartschaft (§ 2108 Abs. 2 BGB). Damit stellen sich die §§ 2205 ff. BGB als *lex specialis* zu §§ 2113 ff. BGB in diesen Fällen dar.

IV) In der notariellen Praxis wird man es auf diese Streitfrage nicht ankommen lassen, lässt sie sich doch so leicht vermeiden. Als Gestaltungsmöglichkeiten kommen Lösungen in Betracht, die entweder die Möglichkeit des Handelns (Zustimmung) für den Nacherben eröffnen oder diese obsolet machen:

- Anordnung von Testamentsvollstreckung für den Vor- und Nacherbfall (BGH),
- Anordnung von Nacherbenvollstreckung (§ 2222 BGB),
- Erteilung einer General- und Vorsorgevollmacht, die auch zur Vertretung der Nacherben vor Eintritt des Nacherbfalls berechtigt,

Formulierungsbeispiel:

Klargestellt wird, dass diese Vollmacht auch zur Vertretung etwaiger Nacherben, vor und nach dem Nacherbfall, berechtigt. Sie tritt selbständig zu einer etwaigen angeordneten Nacherbenvollstreckung. Zustimmungsvorbehalte zugunsten des Nacherbenvollstreckers werden nicht gewünscht.

oder

- Befreiung des Testamentsvollstreckers und/oder Vorerben von den Beschränkungen der §§ 2113 f. BGB im Rahmen des §§ 2208, 2220 BGB bzw. § 2136 BGB. Inso-

⁵ Dazu: *Becker*, BWNNotZ 2019, 167.

⁶ *Becker*, ZEV 2018, 692 (695).

⁷ Vgl. BGH NJW 1963, 2320 (Testamentsvollstreckung bei Vor- und Nacherbschaft, dort III) c); BGH, ZEV 2017, 155 (mAnm *Muscheler*) = NJW 2016, 2035 = DNotZ 2016, 915 (Testamentsvollstreckung nur für den Vorerben – offen gelassen in Rn. 20).

⁸ Z.B. v. *Lübtow*, Erbrecht, Bd. 2, 1971, S. 892.

⁹ Aus der Rspr z.B. OLG Mü ZEV 2016, 325 (mAnm *Reimann*) = DNotI-Report 2016, 90 = RNotZ 2016, 399. Aus der Lit: MüKo BGB/*Zimmermann*, Rn. 9 f.; *Staudinger/Reimann*, § 2205, Rn. 226.

¹⁰ *Muscheler*, ZEV 2017, 157.

¹¹ Das KG zitiert versehentlich „§§ 2213, 2214 BGB“

¹² Vgl. auch *Becker* in: *Soergel*, Bd. 33, 14. Aufl., 2020, § 2222 BGB, Rn. 23 ff.

weit ist zu beachten, dass weder Testamentsvollstrecker (vgl. §§ 2205 S. 3, 2220 BGB), noch Vorerbe (§§ 2136, 2113 Abs. 2 BGB) vom grds. Verbot unentgeltlicher Verfügungen befreit werden können. Während dies beim Vorerben bereits aus dem Gesetzeswortlaut des § 2136 BGB folgt, wird dies beim Testamentsvollstrecker aus der Erwägung gefolgert, dass dieser andernfalls den Nachlass erheblich schmälern könnte. Die Haftungsnorm des § 2219 BGB würde umgangen, da es an einer Pflichtverletzung fehlen würde.¹³ Rechtsfragen des „superbefreiten“ Vorerben sollen hier außer Acht bleiben.¹⁴

Die vorliegende Streitfrage sollte daher nur bei Laientestamenten relevant werden. Für den Rechtsberater im Erbrecht stehen verschiedenen Alternativgestaltungen zur Wahl. Alle Wege können mE rechtssicher die vom Grundbuchamt geforderte Bestellung eines Pflegers gemäß § 1913 BGB und das gerichtliche Genehmigungsverfahren vermeiden. Eine in der Praxis v.a. zeitraubender Weg, der bei den Beteiligten meistens auf wenig Gegenliebe und Verständnis stößt.

Notar Dr. Peter Becker, Schwäbisch Gmünd

Zuständigkeit eines Gerichts nach dem FamFG in einer Nachlasssache

FamFG, §§ 3, 5, 342, 343; GVG, § 13a, 23d; GBO § 1; Gerichtsorganisationsgesetz BW, § 6; Subdelegationsverordnung Justiz BW § 3, 15; Zuständigkeitsverordnung Justiz BW § 3a, 5b; Gesetz zur Regelung der Zuweisung amtsgerichtlicher Zuständigkeiten Berlin § 1; Zuweisungsverordnung Berlin § 18 S. 2; Justizgesetz Berlin § 3

Amtlicher Leitsatz:

Die Voraussetzungen für ein Verfahren zur Bestimmung des zuständigen Gerichts liegen nicht vor, wenn das in einem Verweisungsbeschluss als zuständig bezeichnete Gericht die Akten lediglich an das verweisende Gericht zurückgibt, ohne seine Entscheidung den Beteiligten bekannt zu geben (Anschluss an OLG Frankfurt/Main, FamRZ 2017, 236; OLG Hamm, FamRZ 2016, 1391, 1392). Zur Bindungswirkung eines in Unkenntnis landesrechtlich geregelter - amtsgerichtlicher - Zuständigkeiten ergangenen Verweisungsbeschlusses.

Kammergericht (1. Zivilsenat),
Beschluss vom 15. März 2022 – 1 AR 9/22

¹³ Becker in: Soergel, Bd. 33, 14. Aufl., 2020, § 2220 BGB, Rn. 2 a.E.

¹⁴ Vgl. J. Mayer, ZEV 2000, 1 ff.

Aus den Gründen:

1 Das zuständige Gericht wird durch das nächsthöhere gemeinsame Gericht bestimmt, wenn verschiedene Gerichte, von denen eines für das Verfahren zuständig ist, sich rechtskräftig für unzuständig erklärt haben, § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG. Ist das nächsthöhere gemeinsame Gericht der Bundesgerichtshof, wird das zuständige Gericht durch das Oberlandesgericht bestimmt, zu dessen Bezirk das zuerst mit der Sache befasste Gericht gehört, § 5 Abs. 2 FamFG. Letzteres ist hier der Fall, weil das zuerst mit der Sache befasste Amtsgericht Schöneberg zum Bezirk des Kammergerichts gehört, das Amtsgericht Villingen-Schwenningen hingegen nicht. Gleichwohl kann der Senat den zwischen den Amtsgerichten bestehenden Streit über die Zuständigkeit nicht entscheiden, weil es an einer rechtskräftigen Entscheidung des Amtsgerichts Villingen-Schwenningen mangelt.

2 Das Amtsgericht Villingen-Schwenningen hat schon nicht durch Beschluss entschieden (hierzu: *Sternal*, in: Keidel, FamFG, 20. Aufl., § 5, Rdn. 25), sondern seine dem (verweisungs-)Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 30. November 2019 entgegenstehende Auffassung lediglich in zwei Schreiben vom 2. Februar 2022 und 24. Februar 2022 zum Ausdruck gebracht.

3 Allerdings wird vertreten, dass der Begriff der Rechtskraft im Sinne von § 5 Abs. 1 Nr. 4 FamFG weit zu verstehen sei, so dass auch sich gegenseitig ausschließende, verbindliche Stellungnahmen der beteiligten Gerichte genügen sollen (*Prütting*, in: Prütting/Helms, FamFG, 5. Aufl., § 5, Rdn. 23). Vorausgesetzt wird in jedem Fall aber wenigstens die Bekanntgabe der Entscheidungen an die Verfahrensbeteiligten (OLG Hamm, FamRZ 2016, 1391, 1392; vgl. auch OLG Hamm, FamRZ 2020, 1912). Nur dann erlangen die Unzuständigkeitserklärungen Außenwirkung, was für die Annahme von Rechtskraft wenigstens zu verlangen ist (OLG Frankfurt/Main, FamRZ 2017, 236). Deutlich wird dies nicht zuletzt auch vor dem Hintergrund der in § 3 Abs. 1 S. 2 FamFG getroffenen Regelung.

4 Das Amtsgericht Villingen-Schwenningen hat es aber unterlassen, seine Auffassung wenigstens der Antragstellerin bekannt zu geben. Seine Tätigkeit beschränkt sich bislang lediglich auf die – interne – Korrespondenz mit dem Amtsgericht Schöneberg.

5 Vorsorglich weist der Senat – noch – ohne Bindungswirkung darauf hin, dass dem Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg vom 30. November 2021 keine Bindungswirkung zukommen dürfte.

6 Die Zuständigkeit des Amtsgerichts Schöneberg beruht auf dem in Baden-Württemberg belegenen und zum Nachlass der Erblasserin gehörenden Grundstück, § 343 Abs. 3 S. 1 Alt. 2 FamFG. Seine Zuständigkeit hat das Amtsge-

richt Schöneberg auch erkannt und sich für örtlich zuständig erklärt. Mit seinem Beschluss vom 30. November 2021 hat es von seiner Befugnis nach § 343 Abs. 3 S. 2 FamFG Gebrauch gemacht und die Sache dem Amtsgericht Villingen-Schwenningen übertragen. Das ist grundsätzlich auch nicht zu beanstanden, weil der Ort der Belegenheit eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks grundsätzlich einen sachlichen Anknüpfungspunkt für eine Verweisung aus wichtigem Grund darstellen kann.

7 Das Amtsgericht Schöneberg hat dabei allerdings ohne weitere Aufklärung der in Baden-Württemberg geregelten amtsgerichtlichen Zuständigkeiten entschieden. Die Rechtspflegerin des Amtsgerichts Villingen-Schwenningen hat – im Ergebnis zutreffend – auf diese hingewiesen, bedauerlicherweise dabei aber keinerlei landesrechtliche Rechtsnormen erwähnt.

8 Tatsächlich ist das Grundstück im Bezirk des Amtsgerichts St. Blasien belegen, Nr. 87.1 der Anlage zu § 6 des Gesetzes über die Organisation der ordentlichen Gerichte in Baden-Württemberg (Gerichtsorganisationsgesetz). Damit hat es aber nicht sein bewenden. Die Zuständigkeit für Nachlasssachen, § 342 Abs. 1 FamFG, im Bezirk des Amtsgerichts St. Blasien ist dem Amtsgericht Waldshut-Tiengen zugewiesen, § 23d S. 1 GVG, § 3 Verordnung der Landesregierung zur Übertragung von Ermächtigungen im Bereich der Rechtspflege (Subdelegationsverordnung Justiz – SubVOJu), § 3a Abs. 1 Nr. 7 Verordnung des Justizministeriums über die Zuständigkeiten in der Justiz (Zuständigkeitsverordnung Justiz – ZuVOJu), während dem Amtsgericht Villingen-Schwenningen die Führung der Grundbücher – auch – für den Bezirk des Amtsgerichts St. Blasien obliegt, §§ 1 Abs. 3 S. 1 GBO, 15 SubVOJu, 5b Abs. 1 Nr. 6 ZuVOJu.

9 Grundsätzlich ist ein Verweisungsbeschluss für das als zuständig bezeichnete Gericht bindend, § 3 Abs. 3 S. 2 FamFG. Dies gilt auch bei einer Verweisung aus wichtigem Grund (vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 277). Eine Bindung tritt nur dann nicht ein, wenn es dem Beschluss an jeder rechtlichen Grundlage fehlt, so dass er objektiv willkürlich erscheint (vgl. BT-Drs. 16/6308, S. 175).

10 Dies ist angenommen worden in Fällen, in denen sich das verweisende Gericht über die Zuordnung des Gerichts, an das es verweist, zu dem für die Zuordnung maßgeblichen Wohnsitz eines Beteiligten offensichtlich geirrt hat (OLG Hamm, FamRZ 2020, 1912, 1913; Beschluss vom 24. Februar 2011 – II-2 SAF 2011 – juris). Andere sehen darin einen offensichtlichen Sachverhaltsirrtum, der aber letztlich ebenfalls keine Bindungswirkung entfalten soll (BAG, NJW 1997, 11091, 1092; BayObLG, NJOZ 2003, 519; Sternal, a.a.O., § 3, Rdn. 55).

11 Danach kommt dem Beschluss des Amtsgerichts Schöneberg nach beiden Auffassungen keine Bindungswirkung zu. Seine Verweisung beruhte offensichtlich auf der

Annahme, dass der Grundbuchbezirk des Amtsgerichts Villingen-Schwenningen mit dem der Abteilung für Nachlasssachen dieses Gerichts identisch sei. Anders kann die Begründung der Verweisung, im Bezirk des Amtsgerichts Villingen-Schwenningen befänden sich Nachlassgegenstände, nicht verstanden werden. Eine Verweisung an das Grundbuchamt konnte selbstverständlich nicht gewollt sein. Im Bezirk des Amtsgerichts Villingen-Schwenningen als Nachlassgericht ist das Grundstück aber nicht belegen.

12 Letztlich sind die o.g. Zuständigkeiten keine landesrechtlichen Besonderheiten. Wäre das Grundstück im Bezirk Reinickendorf von Berlin belegen, würden die Grundakten bei dem Amtsgericht – Grundbuchamt – Mitte geführt, §§ 13a GVG i.d.F.v. 19. April 2006 (BGBl. I 866), 1 Abs. 3 S. 1 GBO, § 1 Gesetz zur Regelung der Zuweisung amtsgerichtlicher Zuständigkeiten vom 16. November 2007 (GVBl. S. 579), § 18 S. 2 Verordnung über die Zuweisung amtsgerichtlicher Zuständigkeiten (Zuweisungsverordnung – ZuWV) vom 8. Mai 2008 (GVBl. S. 116) in der Fassung der Verordnung zur Umsetzung der Neustrukturierung der Amtsgerichte vom 25. Januar 2010 (GVBl. S. 25). Zuständiges Nachlassgericht für den Bezirk Reinickendorf von Berlin ist hingegen das Amtsgericht Wedding, § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 11 Gesetz über die Justiz im Land Berlin (Justizgesetz Berlin – JustG Bln).

13 Das Amtsgericht Schöneberg ist ausweislich seiner Vorlageverfügung vom 2. März 2022 selbst von einem Irrtum über die Zuständigkeiten in Baden-Württemberg ausgegangen, hat den Verweisungsbeschluss vom 30. November 2021 aber für bindend erachtet.

14 Vor diesem Hintergrund dürfte sich eine weitere Übersendung der Akten an das Amtsgericht Villingen-Schwenningen verbieten. Das Amtsgericht Schöneberg wird, sollte es eine Verweisung an das Amtsgericht Waldshut-Tiengen erwägen, zu prüfen haben, ob allein in der Belegenheit des Grundstücks im Bezirk eines Nachlassgerichts ein sachlicher Grund für eine Verweisung nach § 343 Abs. 3 S. 2 FamFG liegt, auch wenn diesem Gericht ein unmittelbarer Zugriff auf die Grundakten nicht möglich ist.

Zur Errichtung eines Nottestaments während einer Pandemie

Amtlicher Leitsatz:

Trotz pandemiebedingter Kontaktbeschränkungen ist ein Nottestament nur dann wirksam, wenn während des gesamten Errichtungsaktes gleichzeitig drei Zeugen anwesend sind, § 2250 Abs. 1 BGB.

OLG Düsseldorf (3. Zivilsenat),

Beschluss vom 06.01.2022 – 3 Wx 216/21

► I. Tatbestand:

1 Mit handschriftlich errichtetem Testament vom 20. Oktober 2019 bestimmte der Erblasser die Beteiligten zu 1 bis 3 zu jeweils gleichen Anteilen zu seinen Erben. Mit weiterem Testament vom 6. März 2021, überschrieben als Nottestament, geschrieben von der Beteiligten zu 3, vom Erblasser sowie von drei Zeugen unterschrieben, setzte der Erblasser die Beteiligte zu 3 zu seiner Alleinerbin ein.

2 Gestützt auf das Testament vom 20. Oktober 2019 hat der Beteiligte zu 1 einen die Beteiligten zu 1 bis 3 als Miterben zu je 1/3-Anteil ausweisenden Erbscheins beantragt.

3 Dem ist die Beteiligte zu 3 unter Berufung auf das Testament vom 6. März 2021 entgegen getreten. Hierzu hat sie vorgebracht, die Voraussetzungen für die Errichtung eines Nottestaments hätten vorliegen. Am 6. März 2021, einem Wochenendtag, habe der Erblasser aufgrund seiner fortgeschrittenen Krebserkrankung befürchtet, alsbald in einen Zustand zu verfallen, in dem er nicht mehr in der Lage sein würde, ein Testament zu errichten, und in der Folge zu versterben. Ein Notar sei nicht erreichbar gewesen. Auf Wunsch des Erblassers sei am 6. März 2021 dann die Behandlung mit Schmerzmitteln ausgesetzt worden, um in der Lage zu sein, seinen letzten Willen wirksam zu äußern.

4 Mit dem angefochtenen Beschluss hat das Nachlassgericht die Tatsachen, die zur Begründung des vom Beteiligten zu 1 gestellten Erbscheinsantrages erforderlich sind, für festgestellt erachtet. Das Nottestament sei nicht wirksam, denn die das Testament mitunterzeichnenden Zeugen seien nicht gleichzeitig anwesend gewesen. Sie hätten die Niederschrift nacheinander und jeweils einzeln dem Erblasser vorgelesen und den Text unterschrieben.

5 Gegen den ihrem Verfahrensbevollmächtigten am 6. Oktober 2021 zugestellten Beschluss vom 28. September 2021 wendet sich die Beteiligte zu 3 mit ihrer Beschwerde vom 3. November 2021. Sie meint, der Gesetzeswortlaut von § 2250 BGB verlange schon nicht die gleichzeitige Anwesenheit von drei Zeugen. Wegen der pandemiebedingten Kontaktbeschränkungen hätten nicht gleichzeitig drei Personen den Erblasser im Krankenhaus besuchen dürfen.

6 Das Nachlassgericht hat der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Düsseldorf mit weiterem Beschluss vom 5. November 2021 zur Entscheidung vorgelegt. Es schließe sich der in Literatur und Rechtsprechung vertretenen Auffassung an, wonach aus dem Gesetzeswortlaut von § 2250 BGB, der die „mündliche Erklärung vor drei Zeugen“ verlange, das Erfordernis der gleichzeitigen Anwesenheit von drei Zeugen folge. Die Anwesenheits- und Mitwirkungspflicht gelte für die mündliche Erklärung des letzten Willens, dessen Aufnahme und Verlesung und deren Genehmigung durch den Erblasser. Das Vorbringen der Beteiligten zu 3, aufgrund

der Pandemie-Situation hätten die drei Zeugen den Erblasser nicht gleichzeitig besuchen dürfen, sei durch nichts belegt.

7 Wegen der weiteren Einzelheiten wird auf den Inhalt der Nachlassakte sowie den der beigezogenen Akte über die Verfügung von Todes wegen (AG Mülheim an der Ruhr, 4 IV 253/21) verwiesen.

► II. Aus den Gründen:

8 Die nach Maßgabe von §§ 58 ff. FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 3 gegen den Feststellungsbeschluss des Nachlassgerichts vom 28. September 2021 ist dem Senat zur Entscheidung angefallen, nachdem das Nachlassgericht mit weiterem Beschluss vom 5. November 2021 ordnungsgemäß die Nichtabhilfe und Vorlage erklärt hat, § 68 Abs. 1 Satz 1, 2. Halbsatz FamFG.

9 In der Sache bleibt das Rechtsmittel ohne Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gekommen, dass das als Nottestament am 6. März 2021 errichtete Testament unwirksam ist. Der vom Nachlassgericht eingenommene Rechtsstandpunkt, wonach § 2250 BGB die gleichzeitige Anwesenheit von drei Zeugen während des gesamten Errichtungsaktes verlangt, entspricht der einhellig in Rechtsprechung und Literatur vertretenen Auffassung. Anlass, hiervon aufgrund pandemiebedingter Einschränkungen abzuweichen, besteht nicht. Ergänzend zu den zutreffenden Ausführungen im angefochtenen Beschluss und im Nichtabhilfebeschluss merkt der Senat folgendes an:

10 Gemäß § 2250 Abs. 3 Satz 1 BGB handelt es sich bei den Vorschriften über den Errichtungsakt um zwingende Vorschriften („muss“). Zwingende Vorschriften sind indes schon grundsätzlich nicht ausnahmefähig. Das gilt auch für § 2250 BGB, der seinerseits schon eine Ausnahmenvorschrift ist und abweichend von den ihrerseits bereits strengen Formvorschriften der §§ 2231, 2247 BGB und der weiteren Ausnahmenvorschrift des § 2249 BGB (Nottestament vor dem Bürgermeister) die Zulässigkeit eines Nottestaments regelt. Die Bedeutung von § 2250 BGB und die dort normierte Errichtung vor drei Zeugen liegt darin, dass durch möglichst klare und unmissverständliche Wiedergabe der Erklärungen des Erblassers dessen letzter Wille sowohl zum Ausdruck als auch zur Geltung gebracht werden soll. Welche Anforderungen aber erfüllt werden müssen, damit die statt vor einem Notar oder einem Bürgermeister vor Laien niedergelegten Erklärungen des Erblassers als rechtsverbindliche Wiedergabe seines in naher Todesgefahr geäußerten Willens gewertet werden können, steht nicht im Ermessen des Gerichts, sondern ist im einzelnen gesetzlich vorgeschrieben (BGH NJW 1970, 1601 ff.).

11 Entscheidend aber ist, dass es sich bei der durch die pandemiebedingten Kontaktbeschränkungen eingetretenen Situation nicht um eine neue, vom Gesetzgeber nicht bereits in abstrakter Hinsicht bedachte Lage ist. Es handelt sich vielmehr um eine Situation der Absperrung im Sinne von § 2250 Abs. 1 BGB. Der Gesetzgeber hat in § 2250 Abs. 1 BGB den Fall geregelt, dass sich der Erblasser 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. Die Absperrung kann verschiedene Ursachen haben, neben Naturereignissen wird beispielsweise auch die Situation einer Quarantäne infolge von Seuchen und ansteckenden Krankheiten unter § 2250 Abs. 1 BGB subsumiert (vgl. MüKo BGB/*Sticherling*, 8. Aufl. 2020, § 2250 Rn. 5; BeckOGK/*Griwotz*, BGB, Stand: 1. Oktober 2021, § 2250 Rn. 3; s. auch *Krätzschel*, Die Errichtung letztwilliger Verfügungen in Corona-Zeiten, ZEV 2020, 268 ff.; *Panz*, Die Auswirkungen von SARS-CoV-2 auf die notarielle Tätigkeit, BWNotZ 2020, 2 ff.). Dass die pandemiebedingten Kontaktbeschränkungen für Patienten in Krankenhäusern zu einer Situation führen, die einer Quarantäne vergleichbar ist, nämlich die Isolation von anderen Personen, bedarf keiner weiteren Erläuterung. Nach den vom Gesetzgeber normierten Voraussetzungen muss aber auch das Absperrungstestament als Dreizeugentestament errichtet werden und ein Verstoß hiergegen führt zur Nichtigkeit des Testaments.

Voraussetzungen für die Erteilung einer Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b EuErbVO

EuErbVO Art. 39 Abs. 3, 43, 46 Abs. 3 lit. b; DV (EU) Nr. 1329/2014; IntErbRVG § 27

Amtlicher Leitsatz:

Eine Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b EuErbVO iVm Anhang 1 der DV (EU) Nr. 1329/2014 kann nicht zum Nachweis der Wirkungen sowie der Bestandskraft eines in Deutschland erteilten Erbscheins ausgestellt werden.

OLG Köln (2. Zivilsenat),

Beschluss vom 2.3.2022 – 2 Wx 13/22

I. Tatbestand:

1 Am 16.09.2020 hat der Rechtspfleger des Nachlassgerichts einen durch am 18.08.2021 erlassenen Beschluss

berichtigten gemeinschaftlichen Erbschein nach dem am 23.06.2020 verstorbenen W. J. S. (im Folgenden: Erblasser) nach gesetzlicher Erbfolge erteilt (Bl. 31a f. d.A.). Danach sind Erben des Erblassers die Beteiligten zu 1) bis 4) und die mit letztem gewöhnlichem Aufenthalt in Polen am 25.09.2020 nachverstorbene Z. S. Nach Z. S. ist im Notariat der Beteiligten zu 5) die Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses beantragt worden.

2 Mit Schriftsatz vom 03.09.2021 hat die Beteiligte zu 5) die Erteilung einer Bescheinigung nach Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 hinsichtlich des Erbscheins vom 16.09.2020 nach dem Erblasser beantragt und sich hierbei auf Art. 66 Abs. 5, 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO, § 27 IntErbRVG gestützt (Bl. 57 d.A.). Sie hat vorgetragen, dass zur Begründung des Antrags auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses nach Z. S. und zu dessen Verwendungsabsicht der Erbschein vom 16.09.2020 in der berichtigten Fassung des Berichtigungsbeschlusses vom 18.08.2021 vorgelegt worden sei, wonach Frau Z. S. Miterbin des Erblassers gewesen sei. Die beantragte Bescheinigung sei zum Nachweis der Wirkungen und der Bestandskraft des vorgelegten Erbscheins im polnischen Rechtskreis erforderlich.

3 Durch am 06.12.2021 erlassenen Beschluss hat der Rechtspfleger des Nachlassgerichts den Antrag der Beteiligten zu 5) auf Erteilung einer Bescheinigung nach Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 hinsichtlich des Erbscheins vom 16.09.2020 zurückgewiesen (Bl. 71 ff. d.A.). Zur Begründung hat er ausgeführt, dass ein Erbschein nicht in Rechtskraft erwachse und keinen vollstreckungsfähigen Inhalt aufweise, so dass dies auch nicht bescheinigt werden könne.

4 Gegen diesen der Beteiligten zu 5) am 14.12.2021 zugegangenen Beschluss hat diese mit am 24.12.2021 beim Amtsgericht Köln eingegangenen Schriftsatz vom 20.12.2021, auf dessen Inhalt Bezug genommen wird, Beschwerde eingelegt und beantragt, den Beschluss vom 06.12.2021 aufzuheben und das Amtsgericht Köln anzuweisen, die Bescheinigung nach Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 antragsgemäß zu erteilen (Bl. 94 ff. d.A.).

5 Durch am 26.01.2022 erlassenen Beschluss hat der Rechtspfleger des Nachlassgerichts der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht Köln zur Entscheidung vorgelegt (Bl. 97 ff. d.A.).

II. Aus den Gründen:

6 Die Beschwerde ist als sofortige Beschwerde zu verstehen, das gegen die Ablehnung der Ausstellung der Bescheinigung nach Anhang 1 der Durchführungsver-

ordnung (EU) Nr. 1329/2014 statthafte Rechtsmittel gem. §§ 27 Abs. 2 S. 3 IntErbRVG, 724, 567 Abs. 1 Nr. 2 ZPO, 11 Abs. 1 RpfLG. Bei der Ablehnung durch den Rechtspfleger findet die sofortige Beschwerde statt (BGH NJW-RR 2020, 934; Zöller/Seibel, ZPO, 34. Aufl. 2022, § 724 Rn. 13), über die der Senat gem. § 568 S. 1 ZPO durch eines seiner Mitglieder als Einzelrichter entscheidet. Es bestehen zwar Zweifel, ob die sofortige Beschwerde zulässig ist, weil nicht ersichtlich ist, dass die Beteiligte zu 5), die ausdrücklich im eigenen Namen handelt, durch die Ablehnung der Erteilung der Bescheinigung in eigenen Rechten verletzt ist. Dies kann indes dahinstehen.

7 Die sofortige Beschwerde hat jedenfalls in der Sache keinen Erfolg.

8 Die Beteiligte zu 5) hat keinen Anspruch auf Vorlage einer Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO in Verbindung mit Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014. Eine unmittelbare Anwendung von Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO scheidet aus. Denn unabhängig davon, dass ein Antrag auf Vollstreckbarerklärung einer in einem Mitgliedsstaat ergangenen und in diesem Mitgliedsstaat vollstreckbaren Entscheidung in einem anderen Mitgliedsstaat gem. Art. 43 EuErbVO – soweit ersichtlich – nicht gestellt worden ist, setzt ein solcher Antrag u.a. voraus, dass die Entscheidung einen vollstreckungsfähigen Inhalt hat und vollstreckbar ist, was durch die Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO in Verbindung mit Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 nachzuweisen ist (Dutta/Weber, IntErbR, 2. Aufl. 2021, Art. 43 EuErbVO, Rn. 5; MüKo-BGB/Dutta, 8. Aufl. 2020, Art. 43 EuErbVO Rn. 2; MüKo-FamFG/Rauscher, 3. Aufl. 2019, Art. 43 EuErbVO Rn. 5). Ein Erbschein (und auch der zugrundeliegende Feststellungsbeschluss gem. § 352e Abs. 1 FamFG) hat indes keinen vollstreckungsfähigen Inhalt. Er ist daher nicht vollstreckbar, so dass auch eine Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO zum Zwecke der Vollstreckbarerklärung nicht auszustellen ist. Ein Erbschein wird auch nicht rechtskräftig. Er kann, sofern seine Unrichtigkeit festgestellt wird, jederzeit von Amts wegen wieder eingezogen werden.

9 Zwar wird die Auffassung vertreten, dass eine Bescheinigung gem. Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO auch dann auszustellen ist, wenn die Inzidenzenerkennung einer Entscheidung eines anderen Mitgliedstaates gem. Art. 39 Abs. 3 EuErbVO beantragt worden ist (Dutta/Weber, IntErbR, 2. Aufl. 2021, Art. 46 EuErbVO Rn. 3 sowie Art. 39 EuErbVO Rn. 36). Dies mag zutreffen, wenn es um die Anerkennung einer vollstreckbaren Entscheidung geht, Es ist indes zweifelhaft, ob eine Bescheinigung nach Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO im Rahmen eines Anerkennungsverfahrens auch dann erforderlich sein kann, wenn es sich – wie hier – um die Anerkennung einer

nicht vollstreckbaren Entscheidung handelt. Hiergegen spricht, dass die Bescheinigung gem. Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO keine Aussagen zu den Entscheidungswirkungen jenseits des vollstreckbaren Inhalts einer Entscheidung enthält. Die EuErbVO sieht letztlich keine auf einem einheitlichen Formblatt beruhende Bescheinigung über die anerkennungsfähigen Entscheidungswirkungen vor (vgl. zum Vorstehenden: MüKo-BGB/Dutta, EuErbVO, Art. 39 Rn. 4). Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Inhalt des Anhangs 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014, insbesondere dem Abschnitt 5. „Vollstreckbarkeit der Entscheidung.“ Denn der Umstand, dass die dort gestellte Frage, ob die Bescheinigung zum Zwecke der Vollstreckung der Entscheidung in einem anderen Mitgliedsstaat beantragt wird, alternativ mit „Nein“ beantwortet werden kann, bedeutet nicht zwingend, dass alle Arten von Entscheidungen in den Anwendungsbereich der Bescheinigung fallen. Diese Frage kann ebenso gut so zu verstehen sein, dass bei Entscheidungen mit vollstreckungsfähigem Inhalt angegeben werden soll, ob eine Vollstreckung in einem anderen Mitgliedsstaat bezweckt wird. Letztlich kann dies jedoch offenbleiben.

10 Denn die Beschwerde bleibt schon deshalb ohne Erfolg, weil es an einem Antrag eines Beteiligten des Anerkennungsverfahrens oder Vollstreckbarerklärungsverfahrens auf Erteilung einer Bescheinigung gem. Art. 46 Abs. 3 lit. b) EuErbVO in Verbindung mit Anhang 1 der Durchführungsverordnung (EU) Nr. 1329/2014 fehlt. Wie Art. 46, 47 EuErbVO und § 27 IntErbRVG zu entnehmen ist, wird die Bescheinigung nur auf Antrag eines Beteiligten des jeweiligen Verfahrens auf Anerkennung der Entscheidung oder Erteilung der Vollstreckbarerklärung erstellt, nicht aber auf einen im eigenen Namen gestellten Antrag der über das Anerkennungsverfahren entscheidenden Stelle, hier der Beteiligten zu 5) als Notarin. Ein solcher Antrag eines Beteiligten ist indes nicht ersichtlich. Ein Antragsrecht der Beteiligten zu 5) ergibt sich auch nicht gem. Art. 66 Abs. 5 EuErbVO.

11 Es kann daher offenbleiben, ob ein Erbschein nach deutschem Recht eine Entscheidung im Sinne von Art. 39 EuErbVO ist. Einer Vorlage an den EuGH bedarf es nicht.

Tenorierung bezüglich der Kosten bei der Zurückweisung eines Erbscheinsantrags

FamFG §§ 80, 81, 85; ZPO §§ 104 Abs. 3, 574 Abs. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Bei Zurückweisung eines Erbscheinsantrags in einem Erbscheinserteilungsverfahren durch das Nachlassge-

richt umfasst die Tenorierung „Der Antragsteller hat die Kosten dieses Antrags zu tragen“ nicht per se die Erstattung der außergerichtlichen Kosten des Antragsgegners.

2. Für eine Auslegung in diesem Sinne bedarf es zumindest Anhaltspunkte in den Gründen der Entscheidung selbst.

OLG München (31. Zivilsenat),

Beschluss vom 16.02.2022 – 31 Wx 66/21 Kost

► I. Tatbestand:

1 Die Beschwerdeführerin erstrebte im Erbscheinerteilungsverfahren die Erteilung eines Erbscheins, der sie neben ihren drei Geschwistern (darunter die Beteiligte zu 2) als gesetzliche Miterbin zu je 1/4, hilfsweise zu dieser Quote aufgrund testamentarischer Erbfolge, ausweist. Für die Beschwerdeführerin und ihren Bruder war ein gemeinsamer Verfahrensbevollmächtigter mandatiert. Die Beteiligte zu 2 wandte sich über ihren Verfahrensbevollmächtigten gegen die ihr von der Beschwerdeführerin angedachte Erbenstellung. Mit Beschluss vom 13.11.2019 wies das Nachlassgericht den Erbscheinsantrag der Beschwerdeführerin zurück (= Ziffer 1 des Tenors) und entschied unter Ziffer 2 des Tenors wie folgt: „Die Antragstellerin hat die Kosten dieses Antrages zu tragen.“ In den Gründen der Entscheidung finden sich unter Ziffer III. folgende Ausführungen: „Die Kosten des erfolglosen Antrages waren der Antragstellerin aufzuerlegen.“

2 Am 12.5.2020 hat die Beteiligte zu 2 einen Kostenfestsetzungsantrag gestellt und die Festsetzung ihrer entstandenen außergerichtlichen Kosten in Höhe von insgesamt 3.006,42 € beantragt. Am 30.6.2020 erging durch das Nachlassgericht ein entsprechender Kostenfestsetzungsbeschluss. Dieser wurde auf Beschwerde durch den Senat – Einzelrichter – aufgehoben, da der Gegenstandswert für die Berechnung der Rechtsanwaltsgebühren streitig, jedoch nicht rechtskräftig festgesetzt war. Nach Rückleitung der Akten wurde der Geschäftswert für die anwaltliche Tätigkeit des Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 2 mittlerweile rechtskräftig festgestellt.

3 Mit Beschluss vom 26.1.2021 erließ das Nachlassgericht den erstrebten Kostenfestsetzungsbeschluss. Als Begründung für die Kostenfestsetzung ist in den Gründen ausgeführt, dass „nach Auskunft des zuständigen Richters die Antragstellerin die Kosten des Antrags und somit die Gerichtskosten und die außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2 zu tragen hat.“ Gegen die angeordnete Kostenerstattung wendet sich die Beteiligte zu 1 mit der – näher ausgeführten – Begründung, dass die

Kostenentscheidung rechtsfehlerhaft und grob unbillig sei; eine Beschwerde der Beteiligten zu 2 nicht vorliege, wie auch der Geschäftswert grob fehlerhaft sei. Der Einzelrichter hat – nach Hinweis, dass im Hinblick auf die Fassung der Kostenentscheidung durch das Nachlassgericht für die erstrebte Kostenfestsetzung der außergerichtlichen Kosten kein Raum ist – das Verfahren dem vollbesetzten Kollegium des Senats übertragen, da die vorliegende Frage, ob die Fassung des Kostenausspruchs bei Zurückweisung des Erbscheinsantrags auch die Anordnung der Erstattung von außergerichtlichen Kosten in der obergerichtlichen Rechtsprechung unterschiedlich rechtlich gewürdigt wird.

► II. Aus den Gründen:

4 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache Erfolg und führt zur Aufhebung des Kostenfestsetzungsbeschlusses des Nachlassgerichts, wengleich die erhobenen Einwände der Beschwerdeführerin betreffend die Kostengrundentscheidung wie auch die Festsetzung gegen den Geschäftswert nicht greifen, da diese im verfahrensgenständlichen Kostenfestsetzungsverfahren keine Berücksichtigung (mehr) finden können.

5 Der Senat teilt nicht die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die Kostenentscheidung in dem Beschluss des Nachlassgerichts vom 13.11.2019 auch die Erstattung der der Beteiligten zu 2 im Erbscheinerteilungsverfahren vor dem Nachlassgericht entstandenen außergerichtlichen Kosten erfasst.

6 1. Ob in einem Fall, in dem sich die Kostenentscheidung im Tenor darin erschöpft, dass der Erbscheinsantrag „kostenpflichtig zurückgewiesen“ wird bzw. – wie hier – die Antragstellerin „die Kosten dieses Antrags zu tragen hat“, der unterlegene Beteiligte neben der Pflicht zur Tragung der Gerichtskosten auch die außergerichtlichen Aufwendungen der übrigen Beteiligten zu erstatten hat, wird in der obergerichtlichen Rechtsprechung nicht einheitlich beantwortet.

7 a) Das Oberlandesgericht Hamm legt den nicht näher begründeten Ausspruch über die kostenpflichtige Zurückweisung eines Erbscheinsantrages dahin aus, dass der unterlegene Antragsteller sowohl die Gerichtskosten als auch die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu tragen hat, wobei es maßgeblich darauf abstellt, dass nach § 80 S. 1 FamFG zu den Kosten sowohl die Gerichtskosten als auch die zur Durchführung des Verfahrens notwendigen Aufwendungen der Beteiligten gehören (OLG Hamm FamRZ 2020, 279 f.).

8 b) Demgegenüber vertreten sowohl das OLG Köln (FGPrax 2012, 282 ff.) als auch das OLG Düsseldorf

(FGPrax 2021, 85) die Auffassung, dass eine solche Tenorierung lediglich eine Kostengrundentscheidung betreffend die Gerichtskosten darstellt, hingegen nicht eine Verpflichtung zur Erstattung notwendiger Aufwendungen der übrigen Beteiligten anordnet, mit der Folge, dass die Entscheidung keine Grundlage für eine beantragte Festsetzung der außergerichtlichen Kosten sein kann.

9 2. Für die hier inmitten stehende Tenorierung teilt der Senat die Auffassung des OLG Düsseldorf und des OLG Köln, wonach sie nicht die Anordnung einer Erstattung der außergerichtlichen Kosten der übrigen Beteiligten umfasst.

10 a) Eine ausdrückliche Anordnung der Erstattung der der Beteiligten zu 2 im Erbscheinserteilungsverfahren erwachsenen außergerichtlichen Kosten findet sich in dem Tenor der Entscheidung nicht.

11 b) Eine solche ergibt sich auch nicht im Wege der Auslegung der Entscheidung. Eine solche ist zwar grundsätzlich möglich. Maßgebend für eine Auslegung der Kostenentscheidung kann aber allein der Wortlaut der Kostengrundentscheidung unter Heranziehung der (Entscheidungs) Gründe sein (vgl. dazu auch BGH NJW-RR 2021, 1003, 1004; OLG Nürnberg NJW-RR 2021, 1005; Zöller/Herget ZPO 34. Auflage 2022 § 104 Rn. 21.16; Hk-ZPO/Gierl 9. Auflage 2021 § 104 Rn. 6 m.w. N. jeweils zur Auslegung von Vergleichen).

12 aa) Anhaltspunkte für eine Auslegung des Kostenausspruchs dahingehend, dass damit auch die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2 umfasst sein soll, finden sich in der Entscheidung nicht. Im Gegenteil: Die Kostenentscheidung nimmt wörtlich auf den Erbscheinsantrag als solchen Bezug ("Kosten dieses Antrags"); außergerichtliche Kosten der Beteiligten zu 2 sind aber nicht per se Gegenstand des von der Beteiligten zu 1 angebrachten Erbscheinsantrags. Für deren Auflegung bedarf es daher einer entsprechenden Anordnung. Auch in den Gründen der hier inmitten stehenden Entscheidung ist in Ziffer III. lediglich die Kostentragungspflicht betreffend den Erbscheinsantrag (!) ausgeführt. Erwägungen für die Anordnung der Kostenerstattung der außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 2 finden sich dort ebenso wenig wie Ansatzpunkte für eine Erstreckung der Kostentragungspflicht auch auf diese Kosten. Die erkennende Rechtspflegerin selbst stützt sich insofern für ihre Entscheidung allein auf die Auskunft des zuständigen Richters über den Inhalt des Kostenausspruchs. Mangels Anhalt in dem Wortlaut der Entscheidung ist aber ein solcher Rückgriff nicht möglich (vgl. auch OLG Koblenz NJW-RR 2016, 448). Eine nachträgliche Anordnung wäre auch nicht möglich (§ 82 FamFG).

13 bb) Soweit das OLG Hamm für seine Auslegung der Kostenentscheidung auf § 80 FamFG zurückgreift, hält

dies der Senat als Begründung einer Anordnung der Erstattungspflicht betreffend die außergerichtlichen Kosten der anderen Beteiligten nicht für tragfähig.

14 (1) § 80 FamFG definiert (lediglich) näher, was Kosten im Sinne der §§ 80 ff. FamFG sind (Keidel/Weber FamFG 20. Auflage 2020 § 80 Rn. 1). Von einer Definition allein lässt sich aber vor dem Hintergrund der Besonderheiten der in Verfahren der freiwilligen Gerichtsbarkeit zu treffenden Kostenentscheidung nicht zwingend der konkrete Wille des Nachlassrichters im Zeitpunkt der Entscheidung ableiten, nämlich, dass er bei der Fassung der Kostenentscheidung auch die Erstattung der außergerichtlichen Kosten der übrigen Beteiligten anordnen wollte.

15 (2) Nach § 82 FamFG hat zwar eine Kostenentscheidung gleichzeitig mit der Endentscheidung zu ergehen. Zu Recht hebt das OLG Düsseldorf jedoch hervor, dass im Gegensatz zum Zivilprozessrecht (§ 308 Abs. 2 ZPO) jedoch keine allgemeine Verpflichtung besteht, über die Kosten zu entscheiden, sofern nicht eine Kostenentscheidung ausdrücklich gesetzlich vorgeschrieben ist (z.B. in Familiensachen, § 81 Abs. 1 Satz 3 FamFG) oder dann, wenn es dem Gericht angemessen erscheint oder wenn eine Kostenentscheidung von einem Beteiligten beantragt wird. Im Gegensatz zu dem im Zivilprozessrecht geltenden starren Erfolgsgrundsatz des § 91 ZPO ermöglicht § 81 Abs. 1 S. 1 FamFG gerade eine flexible Kostenverteilung. Eine generelle Auslegung der hier inmitten stehenden Tenorierung des Kostenausspruchs über die kostenpflichtige Zurückweisung eines Antrages als Kostengrundentscheidung über die außergerichtlichen Kosten der übrigen (und damit gegebenenfalls aller) Beteiligten – und insofern als Anordnung einer Erstattungspflicht gegenüber den übrigen Beteiligten – hätte somit stets (!) die Kostenregelung des § 91 ZPO zur Folge, ohne dass die Besonderheiten des Einzelfalls (z.B. Differenzierung in der Person der übrigen Beteiligten) berücksichtigt werden, obwohl sich für dieses Auslegungsergebnis keine konkreten Anhaltspunkte in der Entscheidung selbst finden.

16 (cc) Ein Kostenausspruch, der sich auf die bereits kraft Gesetzes eintretende Kostentragungslast beschränkt (vgl. § 22 Abs. 1 GNotkG), stellt sich aber nicht von vornherein als sinnlose und überflüssige Kostenentscheidung dar (so N. Schneider in NJW-Spezial 2021, 189), sondern kann neben einem deklaratorischen Ausspruch auch zur Klarstellung für die Beteiligten dienen, damit nicht im nachfolgenden Kostenerhebungsverfahren der Einwand angebracht wird, durch ein Absehen von einem ausdrücklichen Kostenausspruch hätte das Gericht (auch) bewusst von der Kostentragungslast betreffend die Gerichtsgebühren abgesehen.

17 (dd) Lässt sich daher nicht zweifelsfrei aus der Entscheidung selbst feststellen, dass der Kostenausspruch

auch die Erstattung der außergerichtlichen Kosten mitumfasst, geht dies zu Lasten dessen, der sich auf eine Erstattungspflicht beruft. Dies ist dies hier der Antragsteller im Kostenfestsetzungsverfahren, also die Beteiligte zu 2.

Zur Wirksamkeit eines widerrufenen notariellen Testaments

Amtlicher Leitsatz:

Ein durch ein nachfolgendes privatschriftliches Testament widerrufenes notarielles Testament erlangt nicht dadurch (erneute) Wirksamkeit, indem es durch den Erblasser (erneut) mit Datumsangabe unterschrieben wird.

OLG München (31. Zivilsenat),

Beschluss vom 26.01.2022 – 31 Wx 441/21

► Aus den Gründen:

1 Die zulässige Beschwerde des Beteiligten zu 2 gegen den Beschluss des Nachlassgerichts hat in der Sache keinen Erfolg. Zutreffend ist das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass die zur Begründung des Antrags des Beteiligten zu 1 auf Erteilung eines Erbscheins erforderlichen Gründe für festgestellt zu erachten sind, da das handschriftliche Testament vom 26.10.2018 wirksam ist.

2 Zur Vermeidung von Wiederholungen wird zunächst auf die ausführliche Begründung des angefochtenen Beschlusses vom 10.09.2021 und die weiteren Ausführungen im Nichtabhilfebeschluss vom 06.12.2021 Bezug genommen. Diesen schließt sich der Senat vollumfänglich an. Ergänzend ist unter Berücksichtigung des Beschwerdevorbringens auf Folgendes hinzuweisen:

3 1. Dass das handschriftliche Testament vom 26.10.2018 zunächst wirksam errichtet wurde, was gemäß § 2258 Abs. 1 BGB zur Folge hatte, dass das notarielle Testament vom 19.10.2017 wirksam widerrufen wurde, wird grundsätzlich von keinem Beteiligten angezweifelt. Auch der Senat hat keinen Anlass, von der Unwirksamkeit dieses späteren handschriftlichen Testaments auszugehen.

4 2. Auch die nachträgliche Unterschrift vom 09.05.2019 unter der beglaubigten Abschrift des – wirksam widerrufen – notariellen Testaments berührt die Wirksamkeit des handschriftlichen Testaments nicht.

5 a) Dabei kann dahinstehen, ob in materieller Hinsicht durch die neuerliche Unterschrift auf der Abschrift abermals ein späteres Testament errichtet werden sollte, durch

das das handschriftliche Testament aufgehoben wird (§ 2258 Abs. 1 BGB) oder ob hierdurch nur der Widerruf des späteren handschriftlichen Testaments erklärt werden und das ursprüngliche notarielle Testament wieder seine Wirksamkeit entfalten sollte (§ 2258 Abs. 2 BGB). Insbesondere kann offen bleiben, ob allein diese Unterschriftsleistung ohne weitere Zusätze oder Erklärungen den notwendigen Testierwillen für ein neues Testament bzw. jedenfalls den notwendigen Erklärungswillen für den Widerruf des späteren Testaments beinhalten kann.

6 b) Ungeachtet der vorhandenen Auslegungsmöglichkeiten scheitern sämtliche in Betracht kommenden Varianten nämlich bereits daran, dass die gesetzliche vorgeschriebene Form nicht eingehalten ist.

7 aa) Dies gilt zunächst für die Möglichkeit der Errichtung eines weiteren Testaments i.S.d. § 2258 Abs. 1 BGB. Insofern kann nur ein wirksames späteres Testament, bei dem sämtliche gesetzlichen Anforderungen an die Errichtung erfüllt sind, ein früheres Testament aufheben (vgl. BeckOGK/Grziwotz 01.01.2021 BGB § 2258 Rn. 4). Die erneute Unterschrift unter der beglaubigten Abschrift des – wirksam widerrufen – notariellen Testaments stellt aber weder ein formwirksames öffentliches Testament i.S.d. § 2232 BGB noch ein formwirksames eigenhändiges Testament i.S.d. § 2247 BGB dar. Allein die eigenhändige Unterschrift unter einer von einem Notar errichteten Urkunde genügt den Anforderungen des § 2247 BGB nicht. Vielmehr muss das Testament insgesamt eigenhändig verfasst sein (vgl. *Lauck* in: Burandt/Rojahn, 3. Aufl. 2019 BGB § 2247 Rn. 23). Etwas anderes mag gelten, wenn ein widerrufenes handschriftliches Testament erneut unterzeichnet wird (vgl. *Lauck* in: Burandt/Rojahn, a.a.O., § 2257 Rn. 2; BayObLG, Beschluss vom 05.06.1992 – 1Z BR 21/92, NJW-RR 1992, 1225) oder wenn das notarielle Testament auf der Grundlage einer von der Erblasserin übergebenen Schrift errichtet worden ist und diese sodann erneut unterzeichnet wird (vgl. *Lauck* in: Burandt/Rojahn, a.a.O., § 2247 Rn. 24). Beides ist vorliegend aber nicht der Fall. Es liegt allein eine durch den Notar errichtete Urkunde vor, deren Abschrift nunmehr von der Erblasserin erneut lediglich mit einem Datum versehen und unterschrieben wurde. Dies genügt den Anforderungen des § 2247 BGB nicht. Nachdem auch keine erneute Beurkundung durch einen Notar stattgefunden hat, scheidet auch die Errichtung eines neuen öffentlichen Testaments nach § 2232 BGB aus.

8 bb) Aber auch der bloße Widerruf des späteren Testaments muss in einer gesetzlich zulässigen Form erfolgen (vgl. BeckOGK/Grziwotz, a.a.O., § 2258 Rn. 18; Firsching/Graf/Krätzschele, 11. Aufl. 2019 § 14 Rn. 1). Nachdem das spätere Testament nicht vernichtet oder verändert wurde, sondern der Widerruf durch die erneute Unterschriftslei-

tung zum Ausdruck kommen soll, müssen auch die Anforderungen an eine erneute letztwillige Verfügung (in Form eines Widerrufstestaments i.S.d. § 2254 BGB) erfüllt sein. Insofern kommt es wiederum auf die allgemeinen Formerfordernisse an (vgl. *Lauck* in: *Burandt/Rojahn*, a.a.O., § 2254 Rn. 1, 2; 2257 Rn. 2), die nach dem oben Gesagten aber gerade nicht erfüllt sind.

9 cc) Damit liegt weder ein formwirksames neues Testament noch ein sonstiger formwirksamer Widerruf des handschriftlichen Testaments vom 26.10.2018 vor und es verbleibt bei der Wirksamkeit dieses Testaments. Vor diesem Hintergrund hat die Beschwerde des Beteiligten zu 2) keinen Erfolg.

Auskunftsanspruch des Miterben aus GoA

Amtlicher Leitsatz:

Die Verpflichtung gegenüber anderen Miterben zur Auskunft über den Bestand und Verbleib des Nachlasses kann unbeschadet eines etwaigen Erbschaftsbesitzers im Einzelfall auch deshalb bestehen, weil der in Anspruch genommene Miterbe bis zum Tode gesetzlicher Betreuer des Erblassers war, oder weil er nach dem Erbfall die weitere Abwicklung des Nachlasses übernommen hat.

OLG Saarbrücken (5. Zivilsenat),
Urteil vom 17.12.2021 – 5 U 42/21

I. Tatbestand:

1 Der Kläger macht gegen den Beklagten im Wege der Stufenklage Ansprüche auf Herausgabe von Nachlassgegenständen zugunsten einer Erbengemeinschaft und dies vorbereitende Auskunfts- und Rechnungslegungsansprüche geltend. Er und der Beklagte sind Abkömmlinge der am 20. Oktober 2018 verstorbenen K., geborene S. (im Folgenden: Erblasserin), die von den Parteien sowie deren Bruder, dem Zeugen W., zu je 1/3 beerbt wurde. Die Erblasserin hinterließ Geldvermögen, ein Hausanwesen (Bauernhof) in Neunkirchen-Wiebelskirchen und zahlreiche landwirtschaftliche Grundstücke. Der Beklagte wohnte mit seiner Mutter bis zu deren Tod in diesem Anwesen, er pflegte die bettlägerige Erblasserin seit Ende 2009 und besaß Bankvollmacht für deren Konto bei der Bank 1 Saar. Durch Beschluss des Amtsgerichtes Neunkirchen vom 9. April 2010 war er zum Betreuer der Erblasserin mit den Aufgabenkreisen Vertretung gegenüber Ämtern, Behör-

den und Versicherungen, Gesundheitspflege, Aufenthaltsbestimmung und Vermögenssorge bestellt worden (Bl. 5 ff. d.A. 15 XVII (S) 108/10); in dieser Funktion hatte er eine Vermögensübersicht zum Stichtag der Betreuungsübernahme eingereicht (Bl. 11 ff. d.A. 15 XVII (S) 108/10) und in der Folge jährlich Rechenschaft über das Vermögen der Erblasserin und die Ausgaben gelegt, die von Seiten des Gerichts und der Miterben unbeanstandet blieben. Mit Schreiben seines späteren Prozessbevollmächtigten forderte der Kläger den Beklagten unter Hinweis auf § 2027 BGB und Fristsetzung auf den 23. Oktober 2020 u.a. dazu auf, Auskunft über die in seinem Besitz befindliche Erbmasse zu erteilen und ein Bestandsverzeichnis über den Nachlass zum Zeitpunkt des Erbfalls vorzulegen (Bl. 19 ff. GA). In einer SMS vom 13. Oktober 2020 gab der Beklagte an, dass es keine Vermögensübersicht gebe, da ohne Erbschein keine Informationen herausgegeben würden (Bl. 25 GA).

2 Der Kläger, der den Beklagten auf der ersten Stufe seiner Klage zugunsten der Erbengemeinschaft auf Auskunftserteilung über den Bestand und den Verbleib des Nachlasses in Anspruch genommen hat sowie des Weiteren auch auf Rechenschaftslegung über die vom 1. Januar 2015 bis zum 20. Oktober 2018 für die Erblasserin vorgenommenen rechtsgeschäftlichen Handlungen und die seit dem 20. Oktober 2018 für den Nachlass getätigten Geschäfte, hat sich zur Begründung seines – im zweiten Rechtszug allein noch gegenständlichen – Auskunftsersuchens vorrangig auf den Erbschaftsanspruch nach den §§ 2018, 2027 BGB berufen und hierzu behauptet, der Beklagte habe die zum Nachlass gehörenden Erbschaftsgegenstände, insbesondere das Hausanwesen, in Besitz genommen und über das Vermögen der Erblasserin verfügt: Er habe das Schloss der Hauseingangstür ausgewechselt und dem Kläger dadurch den Zugang verwehrt, außerdem habe er das Hausanwesen im Bestand verändert und beispielsweise zwei neue Fenster eingebaut, Einrichtungsgegenstände entfernt und verkauft und den Kaufpreis für sich vereinnahmt, Verfügungen über Versicherungsverträge getroffen, beispielsweise die Wohngebäudeversicherung auf die Erbengemeinschaft umschreiben lassen, und eine Sterbegeldversicherung sowie die Pacht für die landwirtschaftlichen Grundstücke für sich vereinnahmt. Er sei auch im Besitz sämtlicher Unterlagen und Dokumente, auf die Aufforderungen des Klägers zur Auskunftserteilung und zur Teilung des Nachlasses habe er nicht reagiert. Der Beklagte hat in Abrede gestellt, sich ein ihm nicht zustehendes Erbrecht angemaßt zu haben. Da er seine Wohnung in dem Anwesen unterhalte und der Kläger kein Recht zur Ausübung eines Mitbesitzes an dieser Wohnung habe, sei das Schloss nach Zustel-

lung der vorliegenden Klage ausgewechselt worden. Der Kläger habe auch monatelang Gelegenheit gehabt, Gegenstände aus dem Nachlass nach seinem Belieben an sich zu nehmen, auf entsprechende Aufforderungen habe er nicht reagiert, in der Folge sei die Wohnung der Erblasserin ohne weiteren Erlös entrümpelt worden. Erlangte Pachtzahlungen habe er auf das Konto der Erbengemeinschaft eingezahlt, auch die zunächst erlangte Zahlung der Sterbegeldversicherung habe er dorthin weitergeleitet. Dem Kläger, der von der Erblasserin auch Vorempfänge erhalten habe, sei bereits Ende 2018 Einsicht in sämtliche Unterlagen und Vorgänge gewährt worden.

3 Das Landgericht Saarbrücken hat den Bruder der Parteien zu den Einsichtsmöglichkeiten des Klägers in die Abrechnungsunterlagen und die Geldzahlungen der Mutter an den Kläger als Zeugen vernommen. Mit dem angefochtenen Teil-Urteil (Bl. 163 ff. GA), auf dessen Inhalt auch hinsichtlich der darin enthaltenen Feststellungen gemäß § 540 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 ZPO Bezug genommen wird, hat es den Beklagten dazu verurteilt, der Erbengemeinschaft nach Frau K., bestehend aus dem Kläger, dem Beklagten und Herrn W. Rechnung zu legen über die seit dem 20. Oktober 2018 für den Nachlass getätigten Geschäfte unter Vorlage einer gesonderten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben. Die weitergehende Klage, insbesondere soweit diese auch auf Auskunftserteilung über den Bestand und den Verbleib des Nachlasses gerichtet war, hat es abgewiesen, weil innerhalb der Erbengemeinschaft grundsätzlich keine Auskunftsansprüche bestünden, solche auch aus Treu und Glauben nicht in Betracht kämen, und der Beklagte auch nicht Erbschaftsbesitzer im Sinne des § 2018 BGB sei oder sonst Nachlassgegenstände für sich selbst in Besitz genommen habe.

4 Mit seiner auf die Geltendmachung des Auskunftsanspruchs beschränkten Berufung bekräftigt der Kläger seine Auffassung, wonach der Beklagte als Erbschaftsbesitzer anzusehen und deshalb auch zum Bestand und zum Verbleib des Nachlasses auskunftsverpflichtet sei. Die abweichende Ansicht des Landgerichts lasse zahlreiche Besonderheiten des vorliegenden Falles außer Betracht, insbesondere, dass der Beklagte sich spätestens durch das Auswechseln der Schlösser nicht mehr nur als Miterbe angesehen habe und dass dem Kläger faktisch auch schon vorher der Zugang zu dem Hauswesen verwehrt gewesen sei, sowie dass der Beklagte die vereinnahmten Pachtzahlungen erst wesentlich später, unter dem Eindruck des vorliegenden Verfahrens, auf das Konto der Erbengemeinschaft überwiesen und verschiedene weitere Gegenstände aus dem Nachlass vereinnahmt und veräußert habe.

5 Der Kläger beantragt (Bl. 118 GA):

Unter Abänderung des am 24. April 2021 zugestellten Teilurteils des Landgerichts Saarbrücken, Az. 16 O 149/20, wird der Beklagte verurteilt, der der Erbengemeinschaft nach Frau K., bestehend aus dem Kläger, dem Beklagten und Herrn W., I., schriftlich Auskunft über den gesamten Bestand des Nachlasses der am 20. Oktober 2018 verstorbenen Frau K. durch Vorlage eines schriftlichen Bestandsverzeichnisses zu erteilen einschließlich der Surrogate, gezogenen Nutzungen und Früchte, sowie Auskunft über den Verbleib von Nachlassgegenständen, die nicht mehr vorhanden oder auffindbar sind, zu erteilen.

6 Der Beklagte beantragt (Bl. 125 GA), die Berufung zurückzuweisen.

7 Er verteidigt das angefochtene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines früheren Vorbringens.

8 Wegen des weiteren Sach- und Streitstandes wird auf die zwischen den Parteien gewechselten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Sitzungsniederschriften des Landgerichts vom 12. März 2021 (Bl. 76 ff. GA) sowie des Senats vom 1. Dezember 2021 (Bl. 154 f. GA) verwiesen. Der Senat hat die Betreuungsakte des Amtsgerichts Neunkirchen, 15 Az.: XVII S 108/10, zum Gegenstand der mündlichen Verhandlung gemacht.

► II. Aus den Gründen:

9 Die gemäß §§ 511, 513, 517, 519 und 520 ZPO zulässige Berufung des Klägers, mit der dieser den Auskunftsanspruch zum Bestand und zum Verbleib der Erbschaft berechtigterweise (§ 2039 BGB) zugunsten der Erbengemeinschaft weiterverfolgt, ist begründet. Der Beklagte ist aus Rechtsgründen gehalten, die geforderte Auskunft zu erteilen. Dabei kann offen bleiben, ob er die entsprechenden Auskünfte – auch – als sog. „Erbschaftsbesitzer“ gemäß §§ 2018, 2027 BGB schuldet, was das Landgericht hier verneint hat und wovon der Kläger auch im Berufungsrechtzug weiterhin ausgeht. Denn die Verpflichtung zur umfassenden Auskunft nach Maßgabe des in zweiter Instanz weiterverfolgten Antrages folgt schon daraus, dass der Kläger bis zum Tode der Erblasserin zu deren Betreuer bestellt war, dabei insbesondere die Vermögenssorge innehatte, und dass er auch danach die weitere Abwicklung des Nachlasses besorgte:

10 1. Da der Beklagte vor dem Tode der Erblasserin deren rechtlicher Betreuer war und in dieser Eigenschaft auch über eine Kontovollmacht verfügte, ist er – unbeschadet der Frage eines etwaigen Erbschaftsbesitzes nach den §§ 2018 ff. BGB – auch gemäß den §§ 1890, 1908i Abs. 1, 1922 BGB nach Beendigung der Betreuung gegenüber der Erbengemeinschaft zur Vermögensherausgabe und

Rechnungslegung verpflichtet (OLG Hamm, ErbR 2018, 601; OLG Düsseldorf, FamRZ 2016, 497); diesen Anspruch kann der Kläger für den Nachlass in gesetzlicher Prozessstandschaft geltend machen (§ 2039 BGB; vgl. zum Ganzen auch schon Senat, Beschluss vom 8. Februar 2019 – 5 W 6/19, m.w.N.).

11 a) Der Anspruch auf Herausgabe des Vermögens, der die geforderte Auskunft über den Bestand und den Verbleib des Nachlasses einschließt (§ 260 BGB; vgl. *Götz*, in: Palandt, BGB 80. Aufl., § 1890 Rn. 1 ff.), ist gemäß §§ 1890, 1908i Abs. 1 i.V.m. § 1922 BGB zugunsten der Erben-gemeinschaft begründet. Auf die gesetzliche Betreuung sind gem. § 1908i BGB weitgehend die Regelungen über die Vormundschaft anwendbar. Nach § 1890 BGB, auf den § 1908i Abs. 1 Satz 1 BGB verweist, besteht nach Beendigung der Vormundschaft ein Anspruch des Betreuten auf Vermögensherausgabe und Rechnungslegung über die Verwaltung (*Spickhoff*, in: MünchKomm-BGB 8. Aufl., § 1890 Rn. 15). Nach dem Tod des Betreuten geht dieser Anspruch auf den oder die Rechtsnachfolger als Gläubiger über (*Götz*, in: Palandt, a.a.O., § 1890 Rn. 1); er besteht also nicht lediglich gegenüber dem Betreuungsgericht, sondern auch gegenüber der Erben-gemeinschaft, für die der Kläger hier prozessiert (zum Ganzen: OLG Hamm, ErbR 2018, 601; vgl. auch BGH, Beschluss vom 24. Juli 2018 – 3 StR 132/18, NStZ-RR 2018, 347).

12 b) Dieser Anspruch besteht weiterhin fort; er ist nicht durch die Einreichung der in den Betreuungsakten befindlichen jährlichen „Vermögensübersichten“, letztmals am 19. September 2018, erfüllt worden (§ 362 Abs. 1 BGB). Diese sind schon deshalb nicht aussagekräftig, weil keine von ihnen zum Todestag der Erblasserin als dem maßgeblichen Stichtag abgegeben wurde. Auch inhaltlich erfüllen sie nicht die gesetzlichen Anforderungen, die sich für die aus dem Herausgabeanspruch folgende Auskunftsverpflichtung nach § 260 BGB bestimmen (vgl. *Götz*, in: Palandt, a.a.O., § 1890 Rn. 2; *Spickhoff*, in: MünchKomm-BGB a.a.O., § 1890 Rn. 3). Erforderlich ist danach ein Bestandsverzeichnis (§ 260 Abs. 1 BGB; *Spickhoff*, in: MünchKomm-BGB a.a.O., § 1890 Rn. 3), d.h. eine übersichtliche Gesamtdarstellung aller vorhandenen Gegenstände zu einem bestimmten Zeitpunkt (vgl. BGH, Urteil vom 2. November 1960 – V ZR 124/59, BGHZ 33, 373); dies erfordert eine genaue Zusammenstellung der einzelnen Gegenstände, die zu dem „herauszugebenden Inbegriff“ gehören, und zwar so wie sie der Gläubiger benötigt, um den Herausgabeanspruch zu substantiieren (*Staudinger/Bittner* (2014) BGB § 260, Rn. 35; vgl. BGH, Beschluss vom 22. Oktober 2014 – XII ZB 385/13, FamRZ 2015, 127). Daran fehlt es, und zwar auch unter Berücksichtigung des Umstandes, dass es dem Schuldner im Einzelfall nachgelassen sein kann, die Aus-

kunft in Form einer Mehrheit von Teilauskünften zu erteilen; denn Voraussetzung ist dann, dass diese Teilauskünfte nicht – wie es hier bezüglich der einzelnen jährlichen Übersichten der Fall ist – zusammenhanglos nebeneinander stehen, sondern nach dem erklärten Willen des Auskunfts-schuldners in ihrer Summierung die Auskunft im geschuldeten Gesamtumfang darstellen (BGH, Urteil vom 6. Juni 1962 – V ZR 45/61, BB 1962, 816; Beschluss vom 22. Oktober 2014 – XII ZB 385/13, FamRZ 2015, 127; *Staudinger/Gursky* (2016) BGB § 2027, Rn. 11). Weil es hier daran fehlt, ist auch ohne Belang, dass der Kläger, entsprechend den Feststellungen des Landgerichts, bis heute keine Einsicht in die Betreuungsakten genommen hat; diese hätte ihm die geforderten Informationen nicht in der gebotenen Weise verschafft.

13 c) Die Miterben haben auf den Anspruch auf Herausgabe des Vermögens aus §§ 1890, 1908i Abs. 1 i.V.m. § 1922 BGB auch nicht dadurch verzichtet, dass sie nach Beendigung der Betreuung „Entlastungserklärungen“ gegenüber dem Betreuungsgericht abgegeben haben (Bl. 210, 211 d.A. 15 XVII (S) 108/10). Das folgt aus der Auslegung dieser Erklärungen unter Berücksichtigung der Umstände des Falles nach den §§ 157, 133 BGB, die auch in Rechnung stellen muss, dass ein Verzicht auf Ansprüche grundsätzlich nicht zu vermuten ist und an die Feststellung des Verzichtswillens und die Annahme eines Erlassvertrages strenge Anforderungen zu stellen sind (vgl. BGH, Urteil vom 16. Juni 1999 – IV ZR 22/98, VersR 1999, 1104; Senat, Urteil vom 24. Juli 2019 – 5 U 95/18, ZEV 2020, 423; Urteil vom 30. September 2020 – 5 U 91/19, VersR 2021, 23). Steht fest, dass eine Forderung entstanden ist, verbietet dieser Umstand im Allgemeinen die Annahme, der Gläubiger habe sein Recht einfach wieder aufgegeben (BGH, Urteil vom 15. Januar 2002 – X ZR 91/00, NJW 2002, 1044). Auch würde ein etwaiger Verzicht auf Rechnungslegung nicht ohne weiteres zugleich den Herausgabeanspruch einschließlich des ihn vorbereitenden Auskunftsbegehrens miterfassen (vgl. BGH, Urteil vom 4. Dezember 2000 – II ZR 230/99, NJW 2001, 1131, zu § 666 BGB). Vorliegend streitet bereits der Wortlaut der Entlastungserklärungen gegen die Annahme, die Miterben hätten damit auch auf ihren Herausgabeanspruch einschließlich eines etwaigen, ihn vorbereitenden Auskunftsanspruches verzichten wollen. Beide Erklärungen verhalten sich ausschließlich zur Anerkennung einer etwaigen „Schlussrechnung“ des Betreuers bzw. einem Verzicht auf eine weitere, förmliche „Schlussrechnung“; allein der Bruder der Parteien hat insoweit überhaupt durch Ankreuzen erklärt, auf die förmliche Schlussrechnung zu verzichten, während die Erklärung des Klägers nicht vollständig ausgefüllt und deshalb auch insoweit nicht eindeutig ist. Dafür, dass

damit ein Verzicht auch auf weitergehende Rechnungslegung, vor allem aber auch auf die Vermögensherausgabe und einen damit verbundenen Auskunftsanspruch verbunden sein sollte, spricht auch sonst nichts. Soweit dies unter Umständen anders sein kann, wenn die Entlastungserklärung auch einen ausdrücklichen Verzicht auf Ansprüche gegen den Betreuer aus der Verwaltung enthält (vgl. dazu OLG Düsseldorf, FamRZ 2016, 497), liegt ein solcher Fall hier nicht vor.

14 2. Ein Anspruch der Erbengemeinschaft auf Erteilung der geforderten Auskünfte folgt überdies und unabhängig von dem vorher Gesagten auch daraus, dass der Beklagte nach dem Erbfall unstreitig die weitere Abwicklung des Nachlasses durchgeführt hat, mithin insoweit als Beauftragter bzw. als Geschäftsführer ohne Auftrag für den Nachlass tätig geworden ist, so dass er der Erbengemeinschaft über die im Rahmen der Verwaltung getätigten Verfügungen auch gemäß § 666 BGB umfassend Auskunft zu erteilen hat (vgl. OLG München, FamRZ 2018, 1116; OLG Koblenz, FamRZ 2018, 1952; OLG Düsseldorf, FamRZ 2016, 497). Das Landgericht hat diesem Anspruch bereits dadurch teilweise Rechnung getragen, dass es den Beklagten in dem – insoweit rechtskräftigen – Teil-Urteil dazu verurteilt hat, der Erbengemeinschaft über die seit dem 20. Oktober 2018 für den Nachlass getätigten Geschäfte unter Vorlage einer gesonderten Zusammenstellung der Einnahmen und Ausgaben Rechnung zu legen. Dabei hat es allerdings übersehen, dass sich der Inhalt des – von ihm vollkommen zu Recht bejahten – Rechnungslegungsanspruchs (§ 259 BGB) unter Berücksichtigung der Grundsätze von Treu und Glauben gemäß § 242 BGB danach bestimmt, was nach dem Gegenstand der Besorgung, der Üblichkeit im Geschäftsverkehr und dem Zweck der Information erwartet werden kann (BGH, Urteil vom 1. Dezember 2011 – III ZR 71/11, BGHZ 192, 1), und dass dies im vorliegenden Fall der Abwicklung und Verwaltung des Nachlasses, schon angesichts des damit verfolgten Zieles, der Erbengemeinschaft den erforderlichen Gesamtüberblick zuverlässig zu verschaffen (vgl. OLG Düsseldorf, FamRZ 2016, 497), auch Auskunft zum Verbleib der Nachlassgegenstände einschließt, die durch Vorlage eines Bestandsverzeichnisses (§ 260 BGB) zu erfolgen hat. Denn ordnungsgemäß ist nur eine Rechnungslegung, die nicht lediglich den Ist-Zustand der Verwaltung erkennen, sondern auch die Entwicklung zu diesem Zustand verfolgen lässt (Senat, Beschluss vom 8. Februar 2019 – 5 W 6/19; OLG München, FamRZ 2018, 1116; OLG Köln, NJW-RR 1989, 528; *Grüneberg*, in: Palandt, a.a.O., § 259 Rn. 8). Der dahinter zurückbleibende Anspruch auf Auskunftserteilung kann zwar auch in einem weitergehenden Antrag auf Rech-

nungslegung enthalten sein; doch ist ein Kläger nicht daran gehindert, beide Ansprüche nebeneinander zu verfolgen und titulieren zu lassen (vgl. BGH, Urteil vom 31. Januar 1963 – VII ZR 284/61, BGHZ 39, 87). Deshalb ist der mit der Berufung weiterverfolgte Antrag auf Verurteilung zur Auskunft über den Bestand und den Verbleib des Nachlasses zum Stichtag auch unter diesem rechtlichen Gesichtspunkt begründet.

FAMILIENRECHT

Anerkennung der Vaterschaft im internationalen Kontext

Normenkette:

BGB § 1592; EGBGB Art. 4 Abs. 1, 19 Abs. 1, 20; PStG §§ 21, 36, 49

Amtliche Leitsätze:

1. Führt eine der nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB anwendbaren Rechtsordnungen zur gesetzlichen Vaterschaft eines Mannes, so wird dadurch die Anwendung einer anderen Rechtsordnung auf eine erst später erklärte Anerkennung der Vaterschaft eines anderen Mannes regelmäßig ausgeschlossen (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 215, 271 = FamRZ 2017, 1687). Das gilt auch, wenn das die gesetzliche Vaterschaft ergebende Aufenthaltsstatut gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB aufgrund eines erstmals nach der Geburt begründeten gewöhnlichen Aufenthalts des Kindes anwendbar ist (Fortführung von Senatsbeschluss BGHZ 221, 300 = FamRZ 2019, 892).
2. Verweist eine nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufene Rechtsordnung auf ein anderes ausländisches Recht weiter oder auf das deutsche Recht zurück, so bleibt diese Verweisung unbeachtlich, wenn sie zum Wegfall einer sich aus dem von Art. 19 Abs. 1 EGBGB zunächst berufenen Recht ergebenden Vaterschaft führt (im Anschluss an Senatsbeschluss BGHZ 215, 271 = FamRZ 2017, 1687).
3. Dass dadurch sogenannte hinkende Rechtsverhältnisse entstehen können, ist als Konsequenz der vom Gesetz bewusst vorgesehenen Mehrfachanknüpfung hinzunehmen. Eine nicht der leiblichen Abstammung entsprechende Vater-Kind-Zuordnung kann nur im Wege der Anfechtung nach dem gemäß Art. 20 EGBGB anwendbaren Statut beseitigt werden (im Anschluss an Senatsbeschluss vom 13. September 2017 – XII ZB 403/16 – FamRZ 2017, 1848).

4. Steht die deutsche Staatsangehörigkeit des Kindes fest, ist die Auslandsgeburt nach § 36 PStG auch dann zu beurkunden, wenn der Eintrag gemäß § 21 PStG vom Antrag auf Nachbeurkundung abweicht. Anderes gilt im gerichtlichen Verfahren für den Anweisungsantrag nach § 49 PStG, der für das Gericht bindend ist.

**BGH (XII. Zivilsenat),
Beschluss vom 12.01.2022 – XII ZB 562/20**

I. Tatbestand:

1 Die Beteiligten zu 3 und 4 haben die Nachbeurkundung einer Auslandsgeburt beantragt.

2 Die beteiligten Kinder (Beteiligte zu 1 und 2) wurden als Zwillinge im November 2014 von der Beteiligten zu 4 in der Schweiz geboren. Diese war nach den Feststellungen des Beschwerdegerichts nigerianische Staatsangehörige. Sie war zum Zeitpunkt der Geburt noch mit dem spanischen Staatsangehörigen L. verheiratet, lebt aber jedenfalls seit der Geburt mit dem Beteiligten zu 3 und den Kindern in der Schweiz. Der Beteiligte zu 3 ist deutscher Staatsangehöriger.

3 Die Ehe der Beteiligten zu 4 mit L. wurde im Oktober 2015 in Spanien rechtskräftig geschieden. Im Dezember 2015 erklärte der Beteiligte zu 3 in der Schweiz die Kindesanerkennung, woraufhin im schweizerischen Zivilstandsregister die Geburt der Kinder mit den Beteiligten zu 3 und 4 als Eltern beurkundet wurde. Das Bundesverwaltungsamt stellte für die Kinder im Januar 2018 Ausweise über die deutsche Staatsangehörigkeit aus. Die Beteiligte zu 4 stimmte den Vaterschaftsanerkennungen des Beteiligten zu 3 mit konsularisch beurkundeten Erklärungen vom 12. Juni 2018 zu.

4 Die von den Beteiligten zu 3 und 4 beim Standesamt I in Berlin (Beteiligter zu 5) beantragte Beurkundung der Geburt der Kinder mit ihnen als Eltern ist vom Standesamt abgelehnt worden. Das Amtsgericht hat den Antrag auf Anweisung des Standesamts zur beantragten Beurkundung zurückgewiesen. Das Beschwerdegericht hat die Beschwerden der Beteiligten zu 3 und 4 zurückgewiesen. Dagegen richten sich deren zugelassene Rechtsbeschwerden, mit denen sie ihren Anweisungsantrag weiterverfolgen.

II. Aus den Gründen:

5 Die Rechtsbeschwerden sind unbegründet.

6 1. Das Beschwerdegericht hat seine in FamRZ 2021, 438 veröffentlichte Entscheidung damit begründet, dass der Beteiligte zu 3 nicht der rechtliche Vater der Kinder sei. Er

könne weder im Haupteintrag nach §§ 21 Abs. 1 Nr. 4, 36 Abs. 1 Satz 2 PStG noch im Wege der Folgebeurkundung nach § 27 Abs. 1 und 3 Nr. 1 PStG als Vater im Geburtenregister eingetragen werden.

7 Zwar sei aufgrund der erteilten Staatsangehörigkeitsausweise gemäß § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2, Abs. 3 Satz 1 StAG anzunehmen, dass für die Kinder als Deutsche die Beurkundung nach § 36 Abs. 1 Satz 1 PStG möglich sei. Eine weitergehende Wirkung komme der Feststellung des Bundesverwaltungsamts aber nicht zu. Diese sei für die Frage der Abstammung nicht verbindlich. Das Standesamt habe die rechtliche Abstammung in eigener Zuständigkeit zu prüfen.

8 Wenn zum Zeitpunkt der Geburt eines der gemäß Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufenen Statuten einen Vater zuordne, bestimme dieses Recht die Abstammung, da die Vater-Kind-Zuordnung der rechtlichen Vaterlosigkeit vorzuziehen sei. Das Prioritätsprinzip greife unabhängig von einer biologischen oder sozialen Vaterschaft. Eine rechtliche Vater-Kind-Zuordnung nach den konkreten Umständen des Einzelfalls widerspräche dem Erfordernis der Rechtssicherheit und Rechtsklarheit in Statusfragen. Unter Beachtung dieser Grundsätze sei L. als Vater festzustellen.

9 Eine Vaterschaft des Beteiligten zu 3 aufgrund des insoweit nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB anwendbaren deutschen Rechts scheidet aus, weil die Voraussetzungen nach § 1592 BGB zum Zeitpunkt der Geburt nicht vorgelegen hätten.

10 Gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB sowie Art. 19 Abs. 1 Satz 3, 14 Abs. 2 Nr. 2 EGBGB (Art. 19 Abs. 1 Satz 3, 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB aF) könne die Abstammung im Verhältnis zu L. nach spanischem Recht bestimmt werden. Gemäß Art. 116 des spanischen Zivilgesetzbuchs (sp. CC) werde der Ehemann der Mutter als Vater des Kindes vermutet, das vor Ablauf von 300 Tagen nach Auflösung der Ehe oder nach der gesetzlichen oder faktischen Trennung der Eheleute geboren wurde. Die gesetzliche Trennung sei nicht geltend gemacht. Eine faktische Trennung schon 300 Tage vor Geburt der Kinder hätten die Beteiligten zu 3 und 4 nicht nachvollziehbar dargelegt.

11 Es könne offenbleiben, ob das Internationale Privatrecht Spaniens für die Abstammung der Kinder auf ausländisches Recht verweise. Denn die hierfür in Betracht kommenden Statuten, nigerianisches oder schweizerisches Recht, sähen jeweils den Ehemann der Mutter als rechtlichen Vater an. L. sei auch dann als Vater der Kinder anzusehen, wenn das spanische Recht nicht auf ein anderes ausländisches Recht verweise und – wie bislang nicht – feststünde, dass die Kinder erst 300 Tage nach einer faktischen Trennung der Ehegatten iSv Art. 116 sp. CC geboren worden seien.

12 Denn gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB könne die Abstammung nach dem Recht des Staates bestimmt werden, in dem die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt hätten. Dieser sei zu keinem Zeitpunkt in Spanien gewesen, weil er die körperliche Anwesenheit der Kinder voraussetze. Würden die Kinder in einem Staat geboren, in dem sich die Mutter nur vorübergehend aufhalte, könne dies zur Folge haben, dass sie zunächst keinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne von Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB hätten.

13 Die äußeren Umstände sprächen dafür, dass die Kinder ihren gewöhnlichen Aufenthalt von Beginn an in der Schweiz hätten. Die Angaben der Beteiligten zu 3 und 4 zu einer beabsichtigten Rückreise nach Spanien, wo auch eine eingerichtete Wohnung vorhanden gewesen sei, seien nicht belegt. Ein Aufenthaltswechsel sei bis heute nicht erfolgt. Jedenfalls nachdem die Zwillinge sechs Monate in der Obhut der Beteiligten zu 3 und 4, zumindest letztere als gesicherte Bezugsperson, in der Schweiz verbracht hätten, sei ihre Anwesenheit beständig und spätestens seit Mai 2015 zum gewöhnlichen Aufenthalt erstarkt.

14 Gemäß Art. 252 Abs. 2, 255 Abs. 1 des Schweizerischen Zivilgesetzbuchs (schw. ZGB) gelte für die während der Ehe geborenen Kinder L. als Vater. Eine etwaige Weiterverweisung durch das Internationale Privatrecht der Schweiz auf das spanische Recht sei gemäß Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB nicht anzuerkennen. Es widerspreche dem Sinn der Verweisungen in Art. 19 Abs. 1 EGBGB, die Weiterverweisung auf ein Recht zu beachten, das bereits aufgrund einer anderen Anknüpfungsalternative zur Anwendung komme. Eine Weiterverweisung sei nur anzuerkennen, wenn dadurch die Zahl der berufenen Rechtsordnungen nicht vermindert werde. Das gelte jedenfalls beim Ergebnis der Vaterlosigkeit, die sich zum Zeitpunkt der spätesten Begründung des Aufenthaltsstatuts im Mai 2015 nach spanischem Recht (auf der Grundlage weiterer Ermittlungen zu einer faktischen Trennung) ergeben könnte. Die gänzliche rechtliche Vaterlosigkeit sei ein auch kollisionsrechtlich unerwünschter Zustand, der durch die nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB eröffnete Mehrfachanknüpfung gerade vermieden werden solle.

15 Der Prioritätsgrundsatz gelte auch, falls eine Vater-Kind-Zuordnung erstmals zu einem Zeitpunkt nach der Geburt möglich sei, hier also im Mai 2015. Die erst später erfolgte Anerkennung des Kindes habe keine verdrängende Wirkung, sondern setze voraus, dass das Kind keinen rechtlichen Vater habe.

16 Die rechtliche Vaterschaft des Ehemanns könne nach schweizerischem Recht nur durch Anfechtung beseitigt werden. Falls Gerichte der Schweiz dennoch ein Rechts-

schutzbedürfnis für eine Anfechtungsklage verneinen würden, hätten die Kinder jedenfalls die Möglichkeit, die Vaterschaft des L. vor dem Amtsgericht Schöneberg (§§ 100, 169 ff. FamFG) nach schweizerischem Recht (Art. 256 ff. schw. ZGB) iVm Art. 20 EGBGB anzufechten.

17 2. Das hält rechtlicher Nachprüfung im Ergebnis stand.

18 Nach § 36 Abs. 1 Satz 1 Halbsatz 1 PStG kann, wenn ein Deutscher im Ausland geboren ist, der Personenstandsfall auf Antrag im Geburtenregister beurkundet werden. Antragsberechtigt sind nach § 36 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 PStG bei einer Geburt vor allem die Eltern des Kindes sowie das Kind selbst. Der Inhalt der Eintragung ergibt sich aus § 21 PStG. Nach § 21 Abs. 1 Nr. 4 PStG sind auch die Namen der Eltern einzutragen.

19 a) Das Beschwerdegericht ist zu Recht davon ausgegangen, dass die deutsche Staatsangehörigkeit der Kinder aufgrund der diesen erteilten Staatsangehörigkeitsausweise nach § 30 Abs. 1 Satz 1 und 2 StAG verbindlich festgestellt ist (vgl. HMKH/*Hailbronner* StAG 6. Aufl. § 30 Rn. 3 ff.). Die Feststellung bezieht sich indessen auf die Staatsangehörigkeit als Status. Sie erstreckt sich dagegen nicht auch auf die zugrunde liegende Rechtsanwendung durch die Staatsangehörigkeitsbehörde. Die Feststellung entfaltet daher, abgesehen von der Möglichkeit der Rücknahme eines zu Unrecht ausgestellten Staatsangehörigkeitsausweises durch die zuständige Behörde (vgl. VG Gelsenkirchen Urteil vom 7. Juni 2018 – 17 K 9729/17 – juris Rn. 29 ff.; HMKH/*Hailbronner* StAG 6. Aufl. § 30 Rn. 4 mwN), insbesondere keine Bindungswirkung hinsichtlich der für die Staatsangehörigkeit vorgreiflichen Tatsachen oder Rechtsverhältnisse. Die verbindliche Feststellung der rechtlichen Abstammung fällt dementsprechend in die alleinige Zuständigkeit der Familiengerichte (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rn. 22). Zwar erfordert die Prüfung des Erwerbs der Staatsangehörigkeit kraft Abstammung nach § 4 Abs. 1 StAG die Beurteilung der rechtlichen Abstammung durch die Staatsangehörigkeitsbehörde (vgl. auch Senatsbeschluss BGHZ 210, 59 = FamRZ 2016, 1251 Rn. 18 zur Beurteilung der nicht festgestellten Staatsangehörigkeit durch das Standesamt), wofür die Staatsangehörigkeitsbehörden regelmäßig auf die Personenstandsregister zurückgreifen. Die inzidente Beurteilung der Abstammung nimmt für sich genommen aber nicht an der Bindungswirkung der Feststellung teil und ist daher, wie das Beschwerdegericht zutreffend ausführt, vom Standesamt in eigener Zuständigkeit zu prüfen.

20 b) Die auf die rechtliche Abstammung anwendbare Rechtsordnung bestimmt sich nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB. Das Beschwerdegericht ist auf dieser Grundlage zutreffend von der Anwendbarkeit des schweizerischen Rechts als Aufenthaltsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB

und einer sich aus diesem ergebenden gesetzlichen Vaterschaft des L. ausgegangen.

21 aa) Nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB unterliegt die Abstammung eines Kindes dem Recht des Staates, in dem das Kind seinen gewöhnlichen Aufenthalt hat. Sie kann im Verhältnis zu jedem Elternteil auch nach dem Recht des Staates bestimmt werden, dem dieser Elternteil angehört. Ist die Mutter verheiratet, so kann die Abstammung ferner nach dem Recht bestimmt werden, dem die allgemeinen Wirkungen ihrer Ehe bei der Geburt nach Art. 14 Abs. 2 EGBGB unterliegen; ist die Ehe vorher durch Tod aufgelöst worden, so ist der Zeitpunkt der Auflösung maßgebend.

22 (1) Nach der Rechtsprechung des Senats ist die rechtliche Vater-Kind-Zuordnung bereits zum Zeitpunkt der Geburt des Kindes festzustellen. Sinn und Zweck der mehrfachen Anknüpfung bestehen darin, dem Kind nach Möglichkeit zu einem rechtlichen Vater zu verhelfen (Senatsbeschluss BGHZ 215, 271 = FamRZ 2017, 1687 Rn. 19 mwN).

23 Ergibt sich bezogen auf den Zeitpunkt der Geburt noch keine rechtliche Vater-Kind-Zuordnung, ist die Zielsetzung der gesetzlichen Mehrfachanknüpfung hingegen noch nicht erreicht. Eröffnet sich eine zunächst nicht gegebene Anknüpfungsalternative nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB insbesondere bei erstmaliger Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts durch das Kind erst zu einem späteren Zeitpunkt und wird durch das nunmehr berufene Abstammungsstatut eine rechtliche Vater-Kind-Zuordnung begründet, so greifen die vom Senat angewendeten Rechtsgrundsätze auch in diesem Fall (ebenso *Rieländer* FamRZ 2021, 440, 441).

24 Davon ist der Senat bereits bei der Feststellung der rechtlichen Mutterschaft ausgegangen. Er hat dementsprechend auch das erst mit zeitlichem Abstand zur Geburt eröffnete Aufenthaltsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zur Beurteilung der kraft Gesetzes begründeten rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung herangezogen. Gleichzeitig hat der Senat offengelassen, ob im Fall eines Statutenwechsels die rechtliche Abstammung als wohlerworbenes Recht fortbestehen kann (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 221, 300 = FamRZ 2019, 892 Rn. 19 f., 24), worauf sich die Rechtsbeschwerde hier beruft. Zwar erscheint es auch möglich, dass das zunächst anwendbare Aufenthaltsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ein rechtliches Eltern-Kind-Verhältnis bewusst verneint (wie hier etwa Art. 116 sp. CC im Hinblick auf den Ehemann der Mutter bei mindestens 300 Tage vor Geburt erfolgter faktischer Trennung; vgl. auch Senatsbeschluss vom 13. September 2017 – XII ZB 403/16 – FamRZ 2017, 1848 zur gerichtlich bestätigten Trennung von Tisch und Bett

nach italienischem Recht), was bei späterem Statutenwechsel möglicherweise beibehalten werden muss.

25 Um einen Statutenwechsel handelt es sich indessen nur, wenn die Anknüpfung nach Art. 19 Abs. 1 EGBGB aufgrund geänderter Sach- oder Rechtslage zu einem von der Anknüpfung zum Zeitpunkt der Geburt abweichenden Statut führt. Ist hingegen die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt des Kindes nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB erst mit zeitlichem Abstand zur Geburt erfüllt und führt das demzufolge erstmals anwendbare Aufenthaltsstatut zur Begründung einer bislang nicht gegebenen rechtlichen Eltern-Kind-Beziehung kraft Gesetzes, handelt es sich nach der Art. 19 Abs. 1 EGBGB zugrunde liegenden gesetzlichen Konzeption nicht um einen Statutenwechsel in diesem Sinne. Dementsprechend ist der Senat auch im Fall der sich aus dem erst nachträglich begründeten Aufenthaltsstatut erstmals ergebenden rechtlichen Mutterschaft (einer ausländischen Leihmutter) nicht von einem Statutenwechsel ausgegangen (Senatsbeschluss BGHZ 221, 300 = FamRZ 2019, 892 Rn. 28), auch wenn die Mutterstellung nach dem gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB bei Geburt anwendbaren Personalstatut noch zu verneinen gewesen wäre.

26 Die vom erstmals anwendbaren Aufenthaltsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB – wenn auch erst mit zeitlichem Abstand zur Geburt – kraft Gesetzes begründete rechtliche Vaterschaft kann nicht durch die später aufgrund einer nach anderer Alternative anwendbaren Rechtsordnung erfolgte Anerkennung verdrängt werden (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 215, 271 = FamRZ 2017, 1687 Rn. 22).

27 (2) Die in Art. 19 Abs. 1 EGBGB enthaltenen Anknüpfungsalternativen stellen nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zwar grundsätzlich Gesamtverweisungen dar, die sich sowohl auf das jeweilige Sachrecht des betreffenden Staates als auch auf dessen Internationales Privatrecht beziehen (vgl. Staudinger/*Henrich* BGB [2019] Art. 19 EGBGB Rn. 25 mwN; MünchKommBGB/*Helms* 8. Aufl. Art. 19 EGBGB Rn. 33 mwN). Eine Ausnahme gilt nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB aber dann, wenn die Anwendung des ausländischen Internationalen Privatrechts dem Sinn der Verweisung widerspricht. Das ist nach dem bereits angeführten Sinn und Zweck der Mehrfachanknüpfung der Fall, wenn das von Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufene ausländische Recht zur Feststellung einer rechtlichen Vater-Kind-Beziehung führt, das nach dem ausländischen Internationalen Privatrecht aufgrund Weiter- oder Rückverweisung berufene Statut hingegen nicht (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 215, 271 = FamRZ 2017, 1687 Rn. 27 mwN; MünchKommBGB/*Helms* 8. Aufl. Art. 19 EGBGB Rn. 33). In diesem Fall ist

das von Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufene Statut maßgebend und eine Weiter- oder Rückverweisung durch die berufene Rechtsordnung nicht zu beachten.

28 bb) Nach den genannten Maßstäben ist das Beschwerdegericht zutreffend davon ausgegangen, dass mit der nach seinen Feststellungen spätestens im Mai 2015 erfolgten Begründung eines gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder in der Schweiz das schweizerische Recht Anwendung findet und eine von diesem etwa angeordnete Weiterverweisung unbeachtlich bleibt.

29 (1) Zum Zeitpunkt der Geburt war nach den verfahrensfehlerfrei getroffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts keine Vaterschaft des Beteiligten zu 3 gegeben.

30 Das von Art. 19 Abs. 1 Satz 2 BGB hinsichtlich des Beteiligten zu 3 berufene deutsche Recht führte nach § 1592 BGB nicht zu dessen Vaterschaft. Auch wenn nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB hinsichtlich des L. sowie nach Art. 19 Abs. 1 Satz 3 EGBGB iVm Art. 14 Abs. 1 Nr. 2 EGBGB in der bis 28. Januar 2019 geltenden Fassung (Art. 229 § 47 Abs. 1 EGBGB) das spanische Recht Anwendung findet, kann dies nicht zu einer rechtlichen Vaterschaft des Beteiligten zu 3 führen.

31 Das gilt auch dann, wenn L. nach spanischem Recht nicht Vater des Kindes ist. Die von der Rechtsbeschwerde insoweit erhobene Rüge, das Beschwerdegericht habe im Hinblick auf die Frist der faktischen Trennung nach Art. 116 sp. CC den Sachverhalt nicht vollständig aufgeklärt, den Inhalt des spanischen Scheidungsurteils gehörswidrig außer Betracht gelassen und seiner Hinweispflicht nicht genügt, ist nicht begründet. Denn das Beschwerdegericht hat zwar Zweifel an einer Trennungszeit der Ehegatten von mindestens 300 Tagen vor der Geburt geäußert, welche die Vaterschaft des Ehemanns nach spanischem Recht ausschließen könnte. Es hat die Frage aber, wie dem Gesamtzusammenhang seiner Begründung zu entnehmen ist, letztlich offengelassen und mithin der Sache nach unterstellt, dass nach spanischem Recht eine Vaterschaft des L. zu verneinen ist.

32 Die Rüge der Rechtsbeschwerde, das Beschwerdegericht sei im Hinblick auf eine etwaige Weiterverweisung durch das spanische Internationale Privatrecht zu Unrecht von der nigerianischen Staatsangehörigkeit der Beteiligten zu 4 ausgegangen, stellt das vom angefochtenen Beschluss zur rechtlichen Abstammung erzielte Ergebnis ebenfalls nicht in Frage. Denn die Rechtsbeschwerde zeigt nicht auf, dass anstelle des vom Beschwerdegericht in Betracht gezogenen nigerianischen Rechts ein anderes berufenes Recht zu einer Vaterschaft des Beteiligten zu 3 hätte führen können.

33 Das Beschwerdegericht hat im Hinblick auf Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB offengelassen, ob die Kinder zum Zeitpunkt der Geburt bereits ihren gewöhnlichen Auf-

enthalt in der Schweiz hatten. Die Feststellung, dass die Kinder jedenfalls keinen gewöhnlichen Aufenthalt in Spanien hatten, steht im Einklang mit der Rechtsprechung des Senats (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 221, 300 = FamRZ 2019, 892 Rn. 19 ff.). Dagegen spricht bereits, dass der Aufenthalt der Kinder in der Schweiz und eine Übersiedlung nach Spanien auch nach dem Vorbringen der Beteiligten zu 3 und 4 allenfalls beabsichtigt war. Ob ein gewöhnlicher Aufenthalt ausnahmsweise auch ohne physische Anwesenheit des Kindes in dem betreffenden Staat bestehen kann, kann hier offenbleiben. Denn eine von der Rechtsbeschwerde hierfür angeführte Ausnahmekonstellation, dass der Geburtsort eher zufällig in einem bestimmten Staat liegt, der ansonsten keine (enge) Verbindung mit dem Kind aufweist (etwa bei Geburt auf einer Urlaubsreise) und schon zum Zeitpunkt der Geburt ein eindeutiger Bezug der Kinder zu einem anderen Staat als dem Geburtsstaat besteht (vgl. MünchKommBGB/von Hein 8. Aufl. Art. 5 Rn. 178 mwN), liegt hier offensichtlich nicht vor. Das folgt schon daraus, dass der Beteiligte zu 3 seinen gewöhnlichen Aufenthalt bis zur Geburt durchgehend in der Schweiz hatte und die Beteiligten seitdem dort als Familie zusammenleben.

34 Damit läuft die Anknüpfung an den gewöhnlichen Aufenthalt nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB zum Zeitpunkt der Geburt mangels eines bestehenden gewöhnlichen Aufenthalts der Kinder leer. Für eine mögliche Ersatzanknüpfung an den Aufenthalt (vgl. etwa Art. 5 Abs. 2 EGBGB) besteht schon deshalb kein Raum, weil eine solche nur eingreifen könnte, wenn sich aus keiner der von Art. 19 Abs. 1 EGBGB berufenen Anknüpfungsalternativen überhaupt ein auf die rechtliche Abstammung anwendbares Statut ergäbe. Das ist aber nicht der Fall. Denn anders als die Anknüpfung an das Aufenthaltsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB ergeben die Personalstatute nach Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB und das Ehwirkungsstatut nach Art. 19 Abs. 1 Satz 3 EGBGB jeweils ein anwendbares Abstammungsstatut. Dieses muss nicht zur positiven Feststellung einer Vaterschaft führen, sondern kann auch – wie hier aufgrund des teilweise unterstellten Sachverhalts das spanische Recht – die Vaterschaft verneinen (vgl. *Klinkhammer* in Budzikiewicz/Heiderhoff/Klinkhammer/Niethammer-Jürgens Standards und Abgrenzungen im Internationalen Familienrecht [2019] S. 161, 171).

35 (2) Nach den genannten Maßstäben kommt in diesem Fall Art. 19 Abs. 1 Satz 1 EGBGB auch dann zur Anwendung, wenn das Kind erst mit zeitlichem Abstand zur Geburt einen erstmaligen gewöhnlichen Aufenthalt begründet hat. Das Beschwerdegericht hat insoweit unterstellt, dass die Kinder zum Zeitpunkt der Geburt noch

keinen gewöhnlichen Aufenthalt in der Schweiz hatten. Aus Rechtsgründen nicht zu beanstanden ist die von ihm getroffene Feststellung, dass ein solcher spätestens im Mai 2015 und damit vor Abgabe der Anerkennungserklärung durch den Beteiligten zu 3 begründet worden ist, weil die Schweiz spätestens zu diesem Zeitpunkt zum Daseinsmittelpunkt der Kinder geworden ist. Dies wird für sich genommen von der Rechtsbeschwerde auch nicht in Zweifel gezogen.

36 Aufgrund der insoweit von der Rechtsbeschwerde nicht angegriffenen Feststellungen des Beschwerdegerichts ist L. für die während der Ehe geborenen Kinder gemäß Art. 252 Abs. 2, 255 Abs. 1 schw. ZGB als Ehemann der Mutter rechtlicher Vater der Kinder.

37 (3) Zutreffend hat das Beschwerdegericht eine etwaige (Weiter-)Verweisung durch das schweizerische Recht auf das spanische Recht, wovon die Schweizer Zivilstandsbehörde ausgegangen ist, für unbeachtlich erklärt. Eine solche könnte im Ergebnis entweder zu einer Vaterschaft des L. oder – bei unterstellter Trennung der Ehegatten von mindestens 300 Tagen vor der Geburt – zur Vaterlosigkeit der Kinder führen. Da eine Verweisung durch das schweizerische Recht im letzten Fall nach Art. 4 Abs. 1 Satz 1 EGBGB unbeachtlich bliebe, kann sie auch nicht zur von der Rechtsbeschwerde erstrebten Vaterschaft des Beteiligten zu 3 führen.

38 Die Auffassung der Rechtsbeschwerde, dass eine Verweisung auf das spanische Recht davon abweichend eine Vaterschaft des Beteiligten zu 3 ergäbe, trifft nicht zu. Denn eine solche könnte – ebenso wie eine Vaterschaft nach deutschem Recht gemäß Art. 19 Abs. 1 Satz 2 EGBGB, § 1592 Nr. 2 BGB – frühestens durch die erst im Dezember 2015 erklärte Anerkennung der Vaterschaft begründet worden sein.

39 Damit bleibt es bei der in beiden Fällen schon zuvor kraft Gesetzes begründeten Vaterschaft des L. Dass dadurch im Ergebnis ein sogenanntes hinkendes Verwandtschaftsverhältnis entstehen kann, ist als notwendige Konsequenz der von Art. 19 Abs. 1 EGBGB angeordneten Mehrfachanknüpfung hinzunehmen (vgl. Senatsurteil vom 23. November 2011 – XII ZR 78/11 – FamRZ 2012, 616 Rn. 20). Die aus der maßgeblichen Sicht des deutschen Internationalen Privatrechts begründete Vaterschaft kann mithin allenfalls durch Vaterschaftsanfechtung aufgrund des hierfür nach Art. 20 EGBGB anzuwendenden Statuts beseitigt werden. Die vom Beteiligten zu 3 erklärte Vaterschaftsanerkennung erfüllt diese Voraussetzung nicht, vielmehr sieht das Schweizer Recht, wie das Beschwerdegericht beanstandungsfrei festgestellt hat, bei bereits begründeter gesetzlicher Vaterschaft nach Art. 260 Abs. 1 und 3 schw. ZGB eine Anerkennungssperre vor.

40 3. Das Beschwerdegericht hat auf dieser Grundlage die Beschwerden der Beteiligten zu 3 und 4 im Ergebnis zutreffend zurückgewiesen.

41 a) Da der Beteiligte zu 3 nicht rechtlicher Vater der Kinder ist, ist der von ihm gestellte Eintragungsantrag bereits mangels Antragsberechtigung nach § 36 Abs. 1 Satz 4 Nr. 1 PStG zurückzuweisen. Demzufolge hat das Beschwerdegericht die Beschwerde des Beteiligten zu 3 mit Recht zurückgewiesen und bleibt dessen Rechtsbeschwerde ohne Erfolg.

42 b) Die Beteiligte zu 4 ist zwar als Mutter der Kinder antragsberechtigt, zumal die deutsche Staatsangehörigkeit hierfür nicht erforderlich ist (vgl. Berkl Personenstandsrecht Rn. 619). Ihr Antrag auf Anweisung nach § 49 Abs. 1 PStG richtet sich aber neben ihrer eigenen Eintragung auch auf die Beurkundung des Beteiligten zu 3 und nicht auf die insoweit rechtlich allein zutreffende Eintragung des L. als Vater der Kinder.

43 Da der Gegenstand des Verfahrens durch den von der Beteiligten zu 4 gestellten Antrag begrenzt wird, war das Beschwerdegericht gehindert, eine der Rechtslage entsprechende Eintragung anzuordnen. Eine allein auf die Beteiligte zu 4 beschränkte Eintragung wäre, selbst wenn man einen darauf gerichteten Hilfsantrag unterstellt, als unvollständige Eintragung ebenfalls nicht zulässig.

44 aa) Allerdings ist eine Auslandsgeburt auf einen zulässigen Antrag nach § 36 PStG auch dann zu beurkunden, wenn der Eintrag gemäß § 21 PStG vom Antrag abweicht. Die Beurkundung umfasst nach §§ 36 Abs. 1 Satz 2, 21 Abs. 1 PStG unter anderem Vornamen und Geburtsnamen der Kinder sowie Vornamen und Familiennamen der Eltern. Das ergibt sich aus der Verweisung in § 36 Abs. 1 Satz 2 PStG auf § 21 PStG, die lediglich einen zulässigen Antrag voraussetzt und die Beurkundung sodann denselben Regeln wie bei einer Inlandsgeburt unterwirft. Die gesetzliche Regelung entspricht insoweit der vorausgegangenen Regelung in § 41 PStG in der bis zum 31. Dezember 2008 geltenden Fassung. Nach dieser war die Auslandsgeburt noch auf Anzeige zu beurkunden. Zwar ist anstelle der Anzeige nunmehr der Antrag getreten. Ausweislich der Gesetzesmaterialien war damit aber insoweit keine inhaltliche Änderung verbunden (vgl. BT-Drucks. 16/1831 S. 48 f.).

45 Die Beurkundung hat daher auch dann nach der vom Standesamt festgestellten Rechtslage zu erfolgen, wenn diese vom Inhalt des Beurkundungsantrags nach § 36 PStG und der diesem zugrunde liegenden Rechtsansicht des jeweiligen Antragstellers abweicht. Eine inhaltliche Bindung an den Antrag hat der Senat der Sache nach bereits früher verneint (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 221, 300 = FamRZ 2019, 892 Rn. 28 zur Eintragung der Leihmutter). Dementsprechend ist der Senat auch verfahren, wenn die

Eintragung hinsichtlich einzelner Daten von dem Beurkundungsantrag nach § 36 PStG abweicht oder insoweit Einschränkungen hinsichtlich der Beweiskraft der Eintragung zu vermerken sind (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 221, 1 = FamRZ 2019, 614 Rn. 32).

46 bb) Anderes gilt hingegen für den von der Beteiligten zu 4 gestellten verfahrenseinleitenden Anweisungsantrag nach § 49 Abs. 1 PStG. Da hier ein Haupteintrag bereits vorhanden ist und das Gericht nach § 49 PStG – ebenso wie im Fall des § 48 PStG – nicht von Amts wegen, sondern nur auf Antrag tätig wird, bleibt die gerichtliche Sachentscheidung auf den gestellten Sachantrag beschränkt (vgl. Gaaz/Bornhofen/Lammers Personenstandsgesetz 5. Aufl. § 48 Rn. 11, 20; § 49 Rn. 10). Aus der insoweit bestehenden Bindung an den von der Beteiligten zu 4 gestellten Antrag (vgl. Senatsbeschluss BGHZ 229, 374 = FamRZ 2021, 1387 Rn. 27 ff. und KG Berlin FamRZ 2017, 1693, 1697; *Berkl* Personenstandsrecht Rn. 386 zu § 48 PStG) folgt im vorliegenden Fall, dass das Beschwerdegericht nicht davon abweichend auch die Eintragung des L. anordnen durfte.

47 Ähnliches gilt im Ergebnis auch für eine isolierte Eintragung der Beteiligten zu 4 als Mutter der Kinder. Zwar wäre diese von ihrem Antrag gedeckt. Da die rechtlich zutreffende Eintragung der Beteiligten zu 4 und des L. als Eltern aber nicht zulässig ist, bliebe – auch wenn man einen entsprechend eingeschränkten (hilfsweisen) Antrag der Beteiligten zu 4 unterstellt – nur die Möglichkeit einer unvollständigen Beurkundung trotz vollständig aufgeklärten Sachverhalts. Das widerspräche dem Grundsatz der Registerwahrheit, so dass der Anweisungsantrag von den Vorinstanzen zu Recht insgesamt zurückgewiesen worden ist.

STEUERRECHT

Abzugsfähigkeit von Zahlungen des Beschenkten zur Abwendung von Ansprüchen des beeinträchtigten Vertragserben bzw. Nacherben

BGB § 816 Abs. 1 S. 1, § 1922 Abs. 1, § 1942 Abs. 1, § 2113 Abs. 1 u. 2, § 2287 Abs. 1; ErbStG § 1 Abs. 2, § 10 Abs. 5 Nr. 3 S. 1, § 29 Abs. 1; AO § 175 Abs. 1 S. 1 Nr. 2

Amtliche Leitsätze:

1. Zahlungen des Beschenkten zur Abwendung etwaiger Herausgabeansprüche des Vertragserben bzw. des Nacherben sind als Aufwendung zur Erlangung und

Sicherung des Erwerbs gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 ErbStG bei der Besteuerung der Schenkung erwerbsmindernd zu berücksichtigen. (Rn. 27 – 28)
2. Solche Zahlungen stellen rückwirkende Ereignisse i.S. von § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar. (Rn. 29)

BFH (II. Senat),

Urteil vom 06.05.2021 – II R 24/19

I. Tatbestand:

1 Nach dem Tod des Vaters des Klägers und Revisionsbeklagten (Kläger) im Jahre 1997 war das gemeinsame Ehegattentestament der Eltern des Klägers dahingehend ausgelegt worden, dass die Mutter Alleinerbin nach ihrem verstorbenen Ehemann und der Kläger und seine beiden Brüder nach dem Tod der Mutter Schlusserben seien. Dementsprechend wurde die Mutter als Alleineigentümerin eines zum Nachlass gehörenden Grundstücks eingetragen, das den Eltern des Klägers bis zum Tod des Vaters zu je ½ gehört hatte.

2 Durch notariellen Vertrag vom 17.11.2000 übertrug die Mutter dem Kläger im Wege der Schenkung zunächst ein unbebautes Teilstück aus dem Grundstück. Schenkungsteuer fiel auf diesen Erwerb wegen der Höhe des zu berücksichtigenden Freibetrages nicht an. Mit weiterem notariellem Vertrag vom 25.02.2003 erhielt der Kläger dann den Grundbesitz in Gänze. Die Übertragungen erfolgten jeweils unter Nießbrauchvorbehalt. Einer der beiden Brüder des Klägers erhielt von der Mutter ein anderes Grundstück.

3 Aufgrund der im Jahr 2003 abgegebenen Schenkungsteuererklärung setzte der Beklagte und Revisionskläger (das Finanzamt – FA –) die Schenkungsteuer für die Übertragung vom 25.02.2003 mit Schenkungsteuerbescheid vom 26.01.2004 unter Berücksichtigung der Vorschenkung vom 17.11.2000 und des persönlichen Freibetrags in Höhe von 205.000 € auf 19.052 € fest. Den wegen des Nießbrauchs gemäß § 25 des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes in der im Streitjahr 2003 geltenden Fassung (ErbStG) gestundeten Steuerbetrag löste der Kläger später ab.

4 Nach dem Tod der Mutter am 24.04.2011 stellte das Nachlassgericht fest, dass das Testament bisher fehlerhaft ausgelegt worden sei. Die Mutter des Klägers sei nach dem Tod des Vaters Vorerbin und der Kläger und seine zwei Brüder seien mit ihrem Tod Nacherben geworden.

5 In der Folgezeit führten der Kläger und seine Brüder einen Zivilrechtsstreit wegen des weiteren am 25.02.2003 geschenkten Grundstücks. Es ging darum, ob aus §§ 2113,

2287 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) ein Anspruch auf Rückübertragung von Miteigentumsanteilen an dem Grundstück oder auf Wertersatz in Geld bestehen könnte. Die Frage wurde nicht abschließend geklärt. Aufgrund eines Vergleichs vom 13.05.2015 leistete der Kläger wegen des 2000/2003 an ihn übertragenen Grundstücks und zur Abgeltung sämtlicher wechselseitiger Ansprüche eine Zahlung von 150.000 € an einen seiner Brüder.

6 Der Kläger beantragte daraufhin am 17.05.2015 beim FA die Änderung der Schenkungsteuerfestsetzung vom 26.01.2004 und die erwerbsmindernde Berücksichtigung der Vergleichszahlung von 150.000 €.

7 Durch Bescheid vom 19.02.2016 lehnte das FA den Antrag ab. Den dagegen gerichteten Einspruch wies es mit Einspruchsentscheidung vom 23.03.2017 als unbegründet zurück.

8 Die Klage hatte Erfolg. Das Finanzgericht (FG) führte zur Begründung im Wesentlichen aus, die Schenkungsteuer sei zwar nicht gemäß § 29 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG erloschen, da der Übertragungsgegenstand nicht tatsächlich herausgegeben worden sei. Jedoch ergebe sich eine steuermindernde Berücksichtigung der auf dem Vergleich beruhenden Zahlung des Klägers zur Abwendung der zivilrechtlichen Herausgabeansprüche aus § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG. Die Abfindungszahlung stelle ein rückwirkendes Ereignis i.S. des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2, Satz 2 der Abgabenordnung (AO) dar. Das Urteil ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2019, 730 veröffentlicht.

9 Mit der Revision macht das FA eine Verletzung des § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO sowie von § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG geltend. Der bestandkräftige Schenkungsbescheid könne nicht mehr gemäß § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO i.V.m. § 29 Abs. 1 Nr. 1 EStG geändert werden, da nach dem eindeutigen Gesetzeswortlaut der geschenkte Gegenstand wegen eines Rückforderungsrechts zurückgegeben werden müsse, was im Streitfall nicht gegeben sei. Materiellrechtlich könne die 2015 im Vergleichswege vereinbarte und geleistete Zahlung nicht als erwerbsmindernde Kosten zur Erlangung des Erwerbs gemäß § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG berücksichtigt werden, weil der Kläger bereits 2003 Alleineigentümer des Grundstücks geworden sei. Die Kosten seien erst im Zusammenhang mit dem Eintritt des Nach- bzw. Vertragserbfalles entstanden und beträfen nicht die ursprüngliche Schenkung der Mutter.

10 Das FA beantragt, unter Aufhebung der Vorentscheidung die Klage als unbegründet abzuweisen.

11 Der Kläger beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

12 Die Beteiligten haben übereinstimmend auf die Durchführung einer mündlichen Verhandlung verzichtet.

▶ II. Aus den Gründen:

13 Die Revision ist unbegründet und nach § 126 Abs. 2 der Finanzgerichtsordnung (FGO) zurückzuweisen. Das FG hat zu Recht entschieden, dass das FA verpflichtet ist, den Schenkungssteuerbescheid zu ändern und die Zahlung in Höhe von 150.000 € an den Bruder des Klägers steuermindernd zu berücksichtigen.

14 1. Als steuerpflichtiger Erwerb – hier nach § 1 Abs. 1 Nr. 2 i.V.m. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG – gilt bei einer Schenkung die Bereicherung des Erwerbers (§ 10 Abs. 1 Satz 1 ErbStG). Als Bereicherung gilt der Betrag, der sich ergibt, wenn von dem nach § 12 ErbStG zu ermittelnden Wert des gesamten Vermögensanfalls, soweit er der Besteuerung nach diesem Gesetz unterliegt, die nach § 10 Abs. 3 bis 9 ErbStG abzugsfähigen Verbindlichkeiten abgezogen werden (§ 10 Abs. 1 Satz 2 ErbStG).

15 2. Nach § 10 Abs. 5 ErbStG sind die dort aufgeführten Schulden und Lasten vom steuerpflichtigen Erwerb abzuziehen, soweit sich nicht aus § 10 Abs. 6 bis 9 ErbStG etwas anderes ergibt. Die Vorschrift ist über ihren Wortlaut hinaus nicht nur für Erwerbe von Todes wegen und „Nachlassverbindlichkeiten“ im engeren Sinn anwendbar. Sie gilt über den Verweis in § 1 Abs. 2 ErbStG, wonach die Vorschriften über Erwerbe von Todes wegen, soweit nichts anderes bestimmt ist, auch für Schenkungen unter Lebenden gelten, auch für die Ermittlung des steuerpflichtigen Erwerbs bei freigebigen Zuwendungen i.S. des § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 08.10.2003 – II R 46/01, BFHE 204, 299, BStBl II 2004, 234, unter II.1.e).

16 3. Nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG zählen zu den abzugsfähigen Nachlassverbindlichkeiten u.a. die Kosten, die dem Erwerber unmittelbar im Zusammenhang mit der Abwicklung, Regelung oder Verteilung des Nachlasses oder mit der Erlangung des Erwerbs entstehen.

17 a) Der Begriff der Nachlassregelungskosten ist grundsätzlich weit auszulegen (BFH-Urteile vom 19.06.2013 – II R 20/12, BFHE 241, 416, BStBl II 2013, 738, Rz 11, und vom 15.06.2016 – II R 24/15, BFHE 254, 60, BStBl II 2017, 128, Rz 14, jeweils m.w.N.). Er umfasst u.a. die Kosten der tatsächlichen und rechtlichen Feststellung des Nachlasses, sowie alle Kosten, die aufgewendet werden müssen, um die Erben in den Besitz der ihnen aus der Erbschaft zukommenden Güter zu setzen (BFH-Urteil vom 06.11.2019 – II R 29/16, BFHE 267, 433, BStBl II 2020, 505, Rz 17, m.w.N.).

18 b) Ein Abzug von Erwerbskosten als Nachlassverbindlichkeiten setzt einen unmittelbaren Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs voraus. Ein solcher liegt vor, wenn die Kosten – im Sinne einer synallagmatischen Verknüpfung – dafür aufgewendet werden, dass der Erwerber seine Rechtsstellung erlangt. Ausreichend ist dabei ein Entstehen der Kosten nach dem Erbfall, wenn ein enger zeitlicher Zusammenhang mit der Erlangung oder Sicherung der Erbenstellung vorliegt (BFH-Urteile in BFHE 254, 60, BStBl II 2017, 128, Rz 13 f., m.w.N., und vom 11.07.2019 – II R 4/17, BFHE 265, 447, BStBl II 2020, 319, Rz 31).

19 c) Zu den unmittelbar im Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs stehenden Kosten gehören auch Abfindungszahlungen des Erben an den weichenden Erbprätendenten, die der Erbe entrichtet, damit seine (Allein-)Erbenstellung in einem anhängigen Verfahren nicht mehr bestritten wird, denn sie dient dem Zahlenden unmittelbar dazu, die Erbenstellung endgültig und damit zugleich den Erwerb als Erbe zu erlangen (BFH-Urteil in BFHE 254, 60, BStBl II 2017, 128, Rz 15 f., m.w.N.). Entsprechend kann auch ein künftiger gesetzlicher Erbe die Abfindung, die er an einen anderen für den Verzicht auf einen künftigen Pflichtteils(ergänzungs)anspruch zahlt, beim Eintritt des Erbfalls gemäß § 10 Abs. 1 Satz 2 i.V.m. Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG als Nachlassverbindlichkeit vom Erwerb abziehen (BFH-Urteile vom 25.01.2001 – II R 22/98, BFHE 194, 440, BStBl II 2001, 456, unter II.2.d, und vom 16.05.2013 – II R 21/11, BFHE 241, 390, BStBl II 2013, 922, Rz 12).

20 d) Ebenso gehören Zahlungen des Beschenkten an einen Dritten, damit die Schenkung nach Grund und/oder Umfang nicht mehr bestritten wird, zu den unmittelbar im Zusammenhang mit der Erlangung des Erwerbs stehenden Kosten und mindern so die Bereicherung. Auch bei der Schenkung kann so nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 ErbStG abziehbarer Erwerbserwerb entstehen (vgl. BFH-Urteile vom 20.12.2000 – II R 42/99, BFHE 194, 435, BStBl II 2001, 454, unter II.2., am Ende, und in BFHE 204, 299, BStBl II 2004, 234, unter II.1.e).

21 4. Sowohl der Nacherbe als auch der Vertragserbe, diesem gleichgestellt der durch ein Ehegattentestament begünstigte Erbe, können Ansprüche gegen den Beschenkten aus einer beeinträchtigenden Schenkung haben. Zahlungen zur Abwendung derartiger Herausgabeansprüche können Erwerbserlangungskosten sein.

22 a) Die Verfügung des Vorerben über einen Erbschaftsgegenstand, die unentgeltlich oder zum Zwecke der Erfüllung eines von dem Vorerben erteilten Schenkungsversprechens erfolgt, ist im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam, als sie das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde (§ 2113

Abs. 2 i.V.m. Abs. 1 BGB). Trifft ein Nichtberechtigter über einen Gegenstand eine Verfügung, die dem Berechtigten gegenüber wirksam ist, ist er dem Berechtigten zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Erfolgt die Verfügung unentgeltlich, so trifft die gleiche Verpflichtung denjenigen, welcher aufgrund der Verfügung unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt (§ 816 Abs. 1 Sätze 1 und 2 BGB). Da sich erst bei Eintritt der Nacherbfolge herausstellt, inwieweit der Nacherbe beeinträchtigt ist, entsteht der Anspruch nach § 2113 Abs. 1 i.V.m. § 816 Abs. 1 BGB erst „im Falle des Eintritts der Nacherbfolge“, also mit dem Nacherbfall.

23 b) Hat der Erblasser in der Absicht, den Vertragserben zu beeinträchtigen, eine Schenkung gemacht, kann der Vertragserbe, nachdem ihm die Erbschaft angefallen ist, von dem Beschenkten die Herausgabe des Geschenks nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung fordern (§ 2287 Abs. 1 BGB). Die Regelung ist auf wechselbezügliche letztwillige Verfügungen eines gemeinschaftlichen Testaments, das – wie hier – nach dem Tod des erstverstorbenen Ehegatten unwiderruflich geworden ist, entsprechend anzuwenden (Urteil des Bundesgerichtshofs vom 28.09.2016 – IV ZR 513/15, Zeitschrift für das gesamte Familienrecht 2016, 2004, Rz 7, m.w.N.). Der Anspruch entsteht mit dem Anfall der Erbschaft beim Vertragserben gemäß § 1942 Abs. 1 BGB. Grundsätzlich ist dies der Zeitpunkt des Ablebens des Erblassers (vgl. § 1922 Abs. 1 BGB).

24 c) In beiden Fällen dienen Zahlungen, die diese Ansprüche abwehren, dazu, dem Beschenkten das Geschenk zu sichern. Sie können deshalb nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 ErbStG abzugsfähig sein. Das gilt auch dann, wenn Zahlungen aufgrund eines Vergleichs erbracht werden, sofern die Ansprüche ernstlich geltend gemacht wurden. Unter diesen Umständen wird durch den Vergleich eine neue Rechtsgrundlage geschaffen, sodass nicht mehr zu prüfen ist, ob und in welchem Umfang die Ansprüche ursprünglich tatsächlich bestanden haben.

25 5. Eine derartige Zahlung des Beschenkten stellt für seine Schenkungsteuer ein rückwirkendes Ereignis nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO dar. Soweit der Empfänger die Zahlung seinerseits nach § 3 Abs. 2 Nr. 7 ErbStG zu versteuern hat, entsteht zwar die Steuer nach § 9 Abs. 1 Nr. 1 Buchst. j ErbStG erst mit dem Zeitpunkt, zu dem er den Anspruch geltend macht. Für den Beschenkten, der die Zahlung als Nachlassverbindlichkeit abziehen kann, wirkt die Geltendmachung jedoch auf den Zeitpunkt der Schenkung zurück. Es verhält sich insoweit nicht anders als in den Fällen, in denen Pflichtteilsansprüche geltend gemacht werden (vgl. BFH-Urteile jeweils vom 05.02.2020 – II R 17/16, BFHE 267, 506, BStBl II 2020, 584, Rz 11, und II R 1/16, BFHE 267, 500, BStBl II 2020, 581,

Rz 13, jeweils m.w.N.; sowie zur Abfindung für einen künftigen Pflichtteils(ergänzungs) anspruch BFH-Urteil in BFHE 194, 440, BStBl II 2001, 456, unter II.2.d).

26 6. Ausgehend von diesen Grundsätzen hat das FG zu Recht entschieden, dass der vergleichsweise gezahlte Betrag rückwirkend die Bereicherung des Klägers mindert und der Schenkungsteuerbescheid entsprechend zu ändern ist.

27 a) Die Zahlung des Klägers stellt eine Aufwendung zur Erlangung des Erwerbs nach § 10 Abs. 5 Nr. 3 Satz 1 i.V.m. § 1 Abs. 2 ErbStG dar. Der mit dem Bruder abgeschlossene Vergleich diente dazu, etwaige Herausgabeansprüche abzuwenden und damit die erhaltene Schenkung für den Kläger endgültig zu sichern.

28 Die Vergleichszahlung steht im unmittelbaren Zusammenhang mit der Schenkung und nicht mit dem Erbfall nach der Mutter. Zwar trat erst mit deren Tod die aufschiebende Bedingung für die Entstehung etwaiger

zivilrechtlicher Herausgabeansprüche gegen den Kläger ein. Allerdings treffen die Kosten den Kläger als Beschenkten; sie treffen ihn nicht im Zusammenhang mit seiner etwaigen Erbenstellung nach dem Tod seiner Mutter.

29 b) Der Schenkungsteuerbescheid ist nach § 175 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 AO zu ändern. Mit dem Tod der Mutter des Klägers ist die aufschiebende Bedingung für etwaige Herausgabeansprüche gegen den Kläger eingetreten. Diese führt in Höhe des vergleichsweise gezahlten Betrags rückwirkend zu einer Minderung des steuerpflichtigen Erwerbs.

30 c) Dem Ergebnis steht nicht entgegen, dass § 29 Abs. 1 ErbStG gesonderte rückwirkend zu berücksichtigende Erlöschenstatbestände vorsieht, die hier – wie das FG zu Recht ausgeführt hat – jedoch nicht erfüllt sind. § 29 Abs. 1 ErbStG schließt eine Berücksichtigung von Aufwendungen nach § 10 Abs. 5 ErbStG nicht aus.



Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts

Von Dr. Thomas Baumann und Dr. Markus Sikora (Hrsg.),
3. Aufl. 2022, Verlag C. H. Beck, 1111 Seiten, Hardcover (in Leinen).
159,- €. ISBN 978-3-406-77135-4.

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

In Deutschland engagieren sich in annähernd 600.000 Vereinen Menschen, meist juristische Laien. Das Hand- und Formularbuch bietet für diese „Ehrenamtler“ wie auch für Notare, Richter, Rechtspflege, Rechts- und Steuerberater eine umfassende Darstellung des Vereinsrechts. Fundierte Erläuterungen, praktische Tipps, bewährte Muster und weiterführende Hinweise zeichnen das vorzügliche Buch aus. Zahlreiche Formulierungshilfen und Satzungsmuster für unterschiedliche Vereinstypen erleichtern die Arbeit. Von der Vereinsgründung (§ 4) über Satzungen (§ 5), die Vertretung des Vereins (§ 7) bis zur Umwandlung und Auflösung eines Vereins (§ 13) werden alle Bereiche des Vereins umfassend erläutert. Selbstverständlich wird auf registerpraktische Fragestellungen und Kosten beim Notar und Registergericht eingegangen (§ 17).

Die Neuauflage gibt viele Anregungen und Empfehlungen, wie heute bei einem Verein digitale Instrumente eingesetzt werden können, um diese Verfahren im Hinblick auf die Kosten und die Zeit effizienter zu gestalten. Dies gilt für Einladungen per e-mail zu Versammlungen (§ 7 Rn. 67) und zur virtuellen Abhaltung von Versammlungen der Vereinsorgane (§ 7 Rn. 11, 84a, 109a; § 8 Rn. 161). Das Handbuch empfiehlt, dass die vorgesehenen digitalen Instrumente in der Vereinsatzung festgelegt werden. Die Satzung sollte auch Regelungen treffen zu Tonband- und/oder Videoaufnahmen oder audiovisuellen Übertragungen (Live Stream) in Mitgliederversammlungen (§ 7 Rn. 156 - 159), schon wegen des Persönlichkeitsrechts des Mitglieds und den Vorgaben der DS-GVO. Auch an eine Datenschutzklausel sollte gedacht werden. Das Handbuch hält eine digitale Aufzeichnung anstelle eines Protokolls bzw. zur Unterstützung der nachträglichen Protokollerstellung für nicht sinnvoll bzw. nicht ohne weiteres für zulässig (§ 7 Rn. 225). Bisher verlangt § 77 BGB eine schriftlich abgefasste Anmeldungserklärung, bei der die Unterschrift nach § 129 BGB öffentlich beglaubigt wird. Die Zuständigkeit dafür hat grundsätzlich der Notar. Allerdings sind die Länder nach § 68 BeurkG befugt, durch Gesetz die Zuständigkeit für die öffentliche Beglaubigung von Abschriften oder Unterschriften anderen Personen oder Stellen zu übertragen, wovon Baden-Württemberg, Hessen und Rheinland-Pfalz Gebrauch gemacht haben (Einzelheiten bei Böhringer, NotBZ 2019, 241). Insoweit ist der Hinweis auf die Alleinzuständigkeit des Notars in § 4 Rn. 132 unvollständig. Vorgesehen ist mit dem DiREG, dass ab 1.8.2023 für Registeranmeldungen die öffentliche Beglaubigung mittels Videokommunikation gemäß § 40a BeurkG i. V. m. § 77 Abs. 2 BGB n. F. zulässig ist. Dadurch kann die Anmeldung samt Signaturbeglaubigung künftig elektronisch erstellt werden. Durch Einführung der elektronischen Anmeldung geht ein Verzicht auf die Einreichung von Ur-

schriften und original unterschriebener Papierdokumente einher; solche der Anmeldung beizufügende Unterlagen sind als einfache elektronische Aufzeichnungen beim Registergericht einzureichen.

Wird eine Neufassung der Satzung angemeldet, so kann das Registergericht die gesamte Neufassung auf Eintragungsfähigkeit überprüfen (§ 5 Rn. 215c). Eine inhaltliche Wiedergabe des Eintragungsinhalts in der Anmeldung ist dann nicht erforderlich, eine schlagwortartige Bezeichnung der geänderten Satzungsbestimmung in der Anmeldung ist ausreichend (OLG Nürnberg Rpfleger 2015, 150). Enthält die Satzung keine entsprechende Regelung, so sind Beschlüsse der direkt an die erste Zusammenkunft anschließenden Wiederholungsversammlung nach Ansicht des Handbuchs nichtig (§ 7 Rn. 101; dazu auch OLG Düsseldorf Rpfleger 2016, 105). Immer wieder taucht bei Abstimmungen in Mitgliederversammlungen die Frage auf, wie Stimmenthaltungen zu werten sind (Rn. 808; BGH DNotZ 1982, 631; BGH NJW 1987, 2430; KG NotBZ 2020, 347 = Rpfleger 2021, 52; KG NotBZ 2020, 347 = Rpfleger 2021, 52; BGH MittBayNot 2012, 58 zum Gesellschaftsrecht). Immer wieder kommt es vor, dass sich die Betätigung des Vereins als „wirtschaftlicher Geschäftsbetrieb“ darstellt; dann treten meistens in der Praxis Abgrenzungsschwierigkeiten auf (§ 4 Rn. 192; BGH DNotZ 2017, 628 = Rpfleger 2017, 555; BGH DNotZ 2019, 75 = Rpfleger 2019, 38).

Das Hand- und Formularbuch (§ 4 Rn. 109; dazu Gutachten DNotl-Report 2019, 73) befürwortet ein Nebeneinander von Einzelvertretungsbefugnis und Gesamtvertretungsbefugnis ähnlich der gebräuchlichen und anerkannten Regelung bei der GmbH (Bestimmung in der Vereinssatzung: „Der Verein wird gerichtlich und außergerichtlich durch ein Vorstandsmitglied vertreten, sofern nur ein Vorstandsmitglied bestellt ist; in allen übrigen Fällen wird er durch je zwei Vorstandsmitglieder gemeinschaftlich vertreten“). Der Verein kann einen besonderen Vertreter auch für die Wahrnehmung der wirtschaftlichen, verwaltungsmäßigen und personellen Angelegenheiten bestellen; ein Geschäftsführer ist als besonderer Vereinsvertreter auf Anmeldung im Vereinsregister einzutragen (§ 9 Rn. 41; OLG München DNotZ 2013, 222; OLG Zweibrücken NZG 2013, 907; Gutachten DNotl-Report 2019, 113).

Auch seltene Gebiete wie die Rechtsformumwandlung oder die Umwandlung unter Beteiligung eines anderen Vereins werden erläutert (§ 13). In einem eigenen Kapitel (§ 21) werden Formulare für Satzungen und Ordnungen geboten. So u. a. Satzungen eines Fußballvereins mit in eine Kapitalgesellschaft ausgelagertem Profi-Spielbetrieb, die Satzung für einen kir-

chennahen Förderverein und eines Verbands, eine Finanzordnung, Geschäftsordnung, Ehrenordnung und Jugendordnung. Selbstverständlich enthält das Hand- und Formularbuch umfassende Erläuterungen zum Vereinsregister und dessen Vertrauensschutz (dazu BGH NJW 2021, 2360).

Nicht mehr berücksichtigt werden konnten die Änderungen des Kostenrechts in Vereinsregistersachen durch das DiRUG und DiREG. So wird ab 1.8.2022 die bisher in Nr. 1140 KV JVKostG festgelegte Abrufgebühr in Höhe von 4,50 EUR nicht mehr erhoben (§ 17 Rn. 204), dafür aber neu eine Bereitstellungsgebühr von Daten nach Nr. 13102 KV GNotKG bei jeder Regis-

tereintragung in Rechnung gestellt. Durch das KostRÄG 2021 wurden auch die in § 4 Rn. 142 des Hand- und Formularbuchs genannten Parameter verändert; für die Erstellung der XML-Strukturdatei erhält der Notar bei elektronischer Übermittlung der Registeranmeldung gemäß Nr. 22114 KV GNotKG jetzt lediglich eine 0,2-Gebühr bzw. nach Nr. 22115 KV GNotKG eine 0,1-Gebühr, maximal nunmehr 125 EUR.

Das Hand- und Formularbuch informiert souverän auf höchstem Niveau. Jeder, der mit Vereins- und Verbandsrecht zu tun hat, kommt an diesem Werk nicht vorbei und nimmt es mit großem Gewinn in die Hand.



Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts – Band 9: Recht der Familienunternehmen

Von Dr. Christian Bochmann, Dr. Johannes Scheller und Prof. Dr. Jens Prütting (Hrsg.), 6. Auflage 2021, Verlag C. H. Beck, 2231 Seiten, Hardcover (in Leinen). 269,- €. ISBN 978-3-406-73919-4.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Das Münchener Handbuch des Gesellschaftsrechts ist dem Anwender, unabhängig von der Berufsgruppe, seit Jahren bestens bekannt. Die dunkelblauen Handbücher sind aus der Bibliothek der im Gesellschaftsrecht tätigen Berater nicht mehr wegzudenken. Nunmehr ist die Reihe nochmal um ein neuen Band gewachsen. Der hier zu besprechende Band 9 widmet sich dem Recht der Familienunternehmen, welche eine immer größere Rolle spielen. Dieser Band bildet auch inhaltlich ein Novum, da es sich anderes als die anderen Bänder der Reihe nicht einer besonderen Rechtsform (Bände 1 bis 5) oder einer besonderen Rechtsfrage (Bände 6 bis 8) widmet, sondern eine übergreifende Darstellung der Familienunternehmen, deren Stellung in der Rechtsordnung und die relevanten Beziehungen detailliert darstellt. Das Gesellschaftsrecht bildet dabei zwar durchaus einen Schwerpunkt der Darstellung, es wird aber stets im Zusammenhang mit anderen in diesem Kontext relevanten Rechtsgebieten, wie dem Erbrecht, dem Familienrecht und vor allem dem Steuerrecht, dargestellt.

Schon bei den Herausgebern wird klar, dass das Werk das Beste aus allen Bereichen vereint. Rechtsanwalt Dr. Christian Bochmann, Notar Dr. Johannes Scheller und Prof. Dr. Jens Prütting, haben ein Autorenteam mit zahlreichen namhaften Vertretern aus der Anwaltschaft, der Lehre sowie dem Notarwesen zusammengestellt, sodass jeder theoretische und praktische Aspekt der Materie bestens abgedeckt ist.

Inhaltlich ist das Werk in zehn Kapitel gegliedert und begleitet das Familienunternehmen sozusagen von der Wiege (Kapitel 2) bis zur Nachfolgenplanung (Kapitel 6). Daneben werden auch Sonderbereiche wie das Konzernrecht (Kapitel 7), Konfliktlösung (Kapitel 9) oder internationale Bezüge (Kapitel 8) gesondert dargestellt.

Aus notarieller Sicht sind die Besonderheiten von Familienunternehmen vor allem bei der Gestaltung der relevanten Gesellschaftsorganisation von großer Bedeutung. Spätestens, wenn die nächste Generation an das Geschäft herangeführt werden soll, passt der allgemeine Gesellschaftsvertrag aus der Gründungszeit der Gesellschaft nicht mehr. So müssen die Verhältnisse der Generationen untereinander (§ 17), des Nachfolgers zu seinen Geschwistern (§ 19) und das Verhältnis zum jeweiligen Ehepartner (§ 20) geklärt und in den Dokumenten genau adressiert werden. Dabei hat sich bei Familienunternehmen neben den üblichen gesellschaftsrechtlichen Instrumenten in den letzten Jahren die Familiencharta (§ 50) als weiteres Institut etabliert, welche im Fall von Konflikten und außerordentlichen Situationen ein Regelwerk bietet, um diesen gerecht zu werden.

Umfassend dargestellt werden auch klassische unternehmensbezogene Themen, wie der Verkauf des Unternehmens (§ 52) oder Gesellschaftervereinbarungen. Empfehlenswert ist auch das von Holler verfasste Kapitel zur Testamentsvollstreckung in Familienunternehmen (§ 33), welches sehr anschaulich die Besonderheiten der Testamentsvollstreckung im Hinblick auf Familienunternehmen verdeutlicht.

Insgesamt liest sich das Werk sehr flüssig und ist als Gesamtheit in sich stimmig und gut aufgebaut. Die einzelnen Kapitel sind interessant geschrieben und bieten eine willkommene Mischung zwischen notwendiger Theorie und detaillierten Praxisberichten.

Wie die obigen Ausführungen zeigen, umfasst das Werk sämtliche Aspekte, die bei der Beratung von Familienunternehmen zu beachten sind. Da zu erwarten ist, dass die Bedeutung von Familienunternehmen weiter zunimmt, ist die Kenntnis des Zusammenspiels der einzelnen Rechtsgebiete für jeden Berater unerlässlich. Das Werk ist daher auch jeden Notar wärmstens zu empfehlen.



Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung: GmbHG

Kommentar von Prof. Dr. Ulrich Noack, Prof. Dr. Wolfgang Servatius und Prof. Dr. Ulrich Haas (Hrsg.), 23. Auflage 2022, Verlag C. H. Beck, 2351 Seiten, Hardcover (in Leinen). 179,- €. ISBN 978-3-406-77268-9.

Dr. Dr. Matthias Damm, Notar in Ludwigsburg

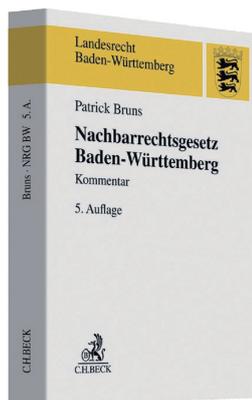
Der Baumbach/Hueck heißt jetzt Noack/Servatius/Haas. Ansonsten hat sich an der Wertigkeit und der Bedeutung des Kommentars für die Praxis nichts geändert. Das Layout ist in der 23. Auflage ebenso unverändert, wie die sonstige Ausrichtung, als Standard-Kommentar dem Praktiker einen schnellen Zugriff auf die grundlegenden Probleme des GmbH-Rechts zu bieten, nach dem Motto: „kompakt, verständlich und praxisnah“. Auch die Autorenschaft ist im Wesentlichen unverändert; der große Wechsel fand hier bereits zur 19./20. Auflage statt, sodass der Namenswechsel auf Initiative des Verlags nur die konsequente Umsetzung des Generationenwechsels darstellen dürfte.

Die Bedeutung der GmbH und ihres Rechts für die Volkswirtschaft bedarf keiner näheren Erläuterung. Für jede Notarin und jeden Notar in Deutschland gehört die Beschäftigung mit der GmbH bzw. ihrer kleinen Schwester der UG (haftungsbeschränkt) zum täglichen Handwerkszeug. Umso erstaunlicher ist es, dass dieses grundlegende Rechtskonstrukt mit einer so schmalen Kodifikation wie dem GmbHG auskommt. Zwar bedarf es in Grenzbereichen einiger Anleihen beim Recht der

Aktiengesellschaft. Aber der Kern des GmbH-Rechts ergibt sich doch aus dem GmbHG. Dem Aufbau des GmbH folgt nach einem kurzen einleitenden Teil auch der Kommentar.

Das Recht der GmbH bleibt dabei einem dauernden Wandel unterworfen, ohne jedoch in den letzten Jahren einer Revolution unterworfen zu werden. Das MoMiG von 2008 hat das GmbHG für die Zukunft festgemacht und sich bewährt. Die 23. Auflage des Kommentars ist auf dem Stand von August 2021. Das bedeutet, dass insbesondere das SanInsFoG eingearbeitet werden konnte mit der damit einhergehenden Streichung des § 64 GmbHG und der Verortung der bearbeiteten Nachfolgevorschrift in § 15b InsO.

Eine Kaufempfehlung kann selbstverständlich ausgesprochen werden, auch wenn sie für die meisten Notare redundant sein sollte. Wer beruflich mit GmbH zu tun hat, dürfte regelmäßig sowieso zu diesem Werk in der jeweils gültigen Auflage greifen – in Papierform oder digital.



Nachbarrechtsgesetz Baden-Württemberg

Kommentar von Dr. Patrick Bruns, 5. Auflage 2021, Verlag C. H. Beck, 293 Seiten, Softcover. 49,- €. ISBN 978-3-406-76117-1.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Es ist keine Übertreibung zu sagen, dass das zu besprechende Werk von Bruns mittlerweile ein landesrechtlicher Klassiker geworden ist und über die Grenzen von Baden-Württemberg hinaus genutzt und geschätzt wird. Nunmehr ist das Werk in der fünften Auflage erschienen was hiermit angezeigt wird.

Aufgebaut ist das Buch in zwei Teilen. Im ersten Teil wird auf circa 50 Seiten das Nachbarrechtsgesetz (NRG) vorgestellt und dessen Geschichte und Stellung in der Rechtsordnung detailliert erörtert. Sodann folgt im zweiten Teil eine ausführliche Kommentierung des NRG. Diese beschränkt sich aber mitnichten nur auf das NRG. Dieses bildet vielmehr nur den Aus-

gangspunkt für eine umfassende Darstellung des deutschen Nachbarschaftsrechts. Es werden das nachbarrechtliche Gemeinschaftsverhältnis sowie die relevanten nachbarrechtlichen Normen des BGB besprochen. Der besondere Mehrwert und auch ein Anschaffungsgrund aus notarieller Perspektive ist die umfassende Einordnung der einzelnen Normen im Gefüge der Rechtsordnung. So wird bei jeder Vorschrift nicht nur dessen Inhalt und Anwendungsbereich besprochen, sondern auch dessen Verhältnis zu anderen relevanten Rechtsgebieten und Gesetzen dargestellt. So wird zum Beispiel im Rahmen der Kommentierung des § 7d NRG, welcher das Hammerschlags- und Leiterrecht regelt, dessen Verhältnis zu den §§ 904 und 905 BGB

sowie zu § 14 Nr. 4 WEG erörtert. Ferner wird dessen Verhältnis zu den korrespondierenden Normen des Straßen-, Wasser-, Wald-, und Naturschutzrechts dargelegt. Schließlich wird auch der Bezug zum AGBGB Baden-Württemberg und darüber das Verhältnis zu den vor der Geltung des BGB bestellten Rechten, wie alten Überfahrts- oder Trepprechten dargestellt.

Ferner beschränkt sich die Kommentierung nur auf den ersten Blick auf die landesrechtlichen Normen. Auch parallel geltende Vorschriften werden dargestellt, weshalb das Werk auch für Anwender außerhalb von Baden-Württemberg hilfreich sein kann.

Zusammenfassend bleibt festzuhalten, dass das Werk eine Lücke schließt von der viele Anwender nicht einmal wissen, dass es diese gibt. Nachbarrechtliche Probleme mögen in der notariellen Praxis nicht täglich sein, wenn diese aber mal auftreten, dann ist die Suche nach den einschlägigen Normen und daraus folgend, einer rechtlichen Lösung, häufig zeitintensiv und aufreibend. An dieser Stelle setzt das besprochene Werk an und gibt dem Anwender eine erste Anlaufstelle und häufig auch schon die Lösung, um jedes nachbarrechtliche Problem schnell und effektiv zu meistern. Das Werk ist daher uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.



Familienunternehmen in der Nachfolgeplanung

Von *Dr. Stephan Viskorf*,

1. Auflage 2020, Verlag C. H. Beck, 528 Seiten, Hardcover (in Leinen).
139,- €. ISBN 978-3-406-70915-9.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Die Unternehmensnachfolge ist eine Kernmaterie der notariellen Beratung. In Familienunternehmen ist diese umso komplexer als zahlreiche Rechtsgebiete beachtet werden müssen. Auch das Zusammenspiel der einzelnen Rechtsgebiete muss vom Berater richtig erkannt, eingeordnet und gelöst werden. An diesem Punkt setzt das vorliegende Werk an. Es bietet eine prägnante, aber fundierte Darstellung sämtlicher zivilrechtlicher, gesellschaftsrechtlicher und steuerrechtlicher Aspekte, welche daneben durch zahlreiche Praxishinweise und – aus notarieller Sicht besonders hilfreich – Formulierungsbeispiele flankiert wird.

Die Autoren sind sämtlich Praktiker, welche täglich in den relevanten Materien tätig sind und kommen aus dem Bereich der Anwaltschaft, Steuerberatung sowie dem Notariat. Wie von den Autoren ausgerufen, handelt es sich um ein Werk von Praktikern für Praktiker. Mit diesem Werk wird gearbeitet, es bietet Antworten auf viele relevante Fragen des Beratungsalltags und einen ersten Einstieg beim Auftreten besonderer rechtlicher Probleme. Für die Lösung letzterer muss dann auf umfangreichere Literatur zurückgegriffen werden.

Inhaltlich bietet das Werk deutlich mehr als der Titel hergibt. Es behandelt nicht nur die klassische Unternehmensnachfolge, sondern widmet sich auch der Sicherung des laufenden Unternehmens zu Lebzeiten des Gründers. Es wird auf die

Sicherung der besonderen Stellung des oder der Gründer durch spezielle Gestaltungen der Unternehmensdokumentation oder durch Einrichtung spezieller Instrumente wie einer Familiencharta oder besonderer Poolverträge.

Im zweiten Teil widmet sich das Werk den klassischen Elementen der Unternehmensnachfolge. Es wird die Unternehmensnachfolge zu Lebzeiten, sowie von Todes wegen behandelt. Es werden die Besonderheiten bei Beteiligung Minderjähriger, sowie besondere Familien- und Erbrechtliche Gestaltungen dargelegt. Auch auf die internationalen Bezüge wird in gebotener Tiefe eingegangen. Dies gewinnt immer mehr an Bedeutung leben doch die Nachfolger immer öfter im Ausland. Bei der Gestaltung der relevanten Dokumente ist diese besonders zu beachten.

Wie die wenigen vorgenannten Beispiele zeigen, ist das Werk eine umfangreiche Fundgrube für alle Fälle der Unternehmensnachfolge bei Familienunternehmen. Jedem, der in der Beratung dieser Gestaltungen tätig ist, bietet das Werk einen umfassenden Mehrwert. Daneben bietet sich das Werk wunderbar als Einstieg in die Materie an. Für junge oder angehende Notare und Notarinnen, welche noch nicht entsprechende praktische Erfahrungen gesammelt haben bietet das Werk eine Übersicht der relevanten Materie sowie der bei der Beratung zu beachtenden Punkte. Es sollte daher in keiner Handbibliothek eines Notariats fehlen.



Vermögensverwaltende Personengesellschaften

Von Prof. Dr. Florian Haase, Dr. Katrin Dorn (Hrsg.),
4. Auflage 2020, Verlag C. H. Beck, 385 Seiten, Hardcover (in Leinen).
145,- €. ISBN 978-3-406-75411-1.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

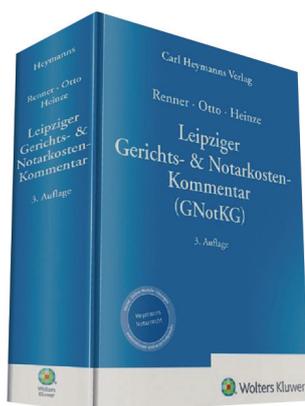
Zwei Jahren nach dem Erscheinen der Voraufgabe erscheint dieses bewährte Werk nunmehr in der vierten Auflage. Die nächste Auflage ist bereits für Mitte dieses Jahres angekündigt.

Auch wenn die Personengesellschaften nicht den Schwerpunkt der notariellen Tätigkeit bilden, so spielen diese doch eine immer größere werdende Rolle. Dies wird künftig umso wichtiger, als die GbR durch das MoPeG nochmal eine Aufwertung bekommt, und vor allem die Verwaltung von Immobilienvermögen die Berater vor neue Herausforderungen stellt.

Inhaltlich gliedert sich das Werk in vier Teile. Nach einer kurzen Einleitung folgt eine kurze, aber prägnante Darstellung der zivilrechtlichen Grundlagen des Personengesellschaftsrechts wobei auch Grundlagen des Erb- und Familienrechts sowie des Arbeitsrechts angerissen werden. Den Schwerpunkt des Werks bildet die Darstellung des nationalen Steuerrechts in welchem die Autoren auf das Ertragssteuerrecht, das Umwandlungssteuerrecht, das Umsatzsteuerrecht und zuletzt auf das Erbschafts- und Schenkungssteuerrecht detailliert eingehen. Somit werden sämtliche relevanten, steu-

errechtlichen Gebiete erfasst. Schließlich wird im vierten und letzten Teil auf das internationale Steuerrecht eingegangen. Dies wird immer wichtiger, dass die vermögensverwaltenden Personengesellschaften immer häufiger für familienunternehmerische Zwecke verwendet werden, und einzelne Familienmitglieder häufig im Ausland leben oder mit Ausländern verheiratet sind, was oftmals die Anwendung eines anderen Steuerrechts zu Folge hat.

Der Schwerpunkt der Darstellung liegt dabei zweifelsfrei im Steuerrecht, und dieses gehört sicherlich nicht zu den Beratungsschwerpunkten in der notariellen Praxis. Dennoch werden Notare im Rahmen der Gestaltung mit relevanten Fragestellungen aus dem Steuerrecht konfrontiert sein. Eine Lösung muss der Notar dabei nicht parat haben, doch das Erkennen von problematischen Sachverhalten und Verweisen an Experten sorgt in diesem Zusammenhang für eine reibungslose Abwicklung. Und vielleicht entdeckt der ein oder andere seine Begeisterung für die sehr spannende Materie des Steuerrechts der Personengesellschaften. Als Ergänzung der notariellen Handbibliothek ist dieses Werk daher jedem Notar zu empfehlen.



Leipziger Gerichts- und Notarkosten-Kommentar (GNotKG)

Von Dr. Thomas Renner, Dr. Dirk-Ulrich Otto und Volker Heinze (Hrsg.),
3. Auflage 2021, Carl Heymanns Verlag, 1675 Seiten, Hardcover (in Leinen).
159,- €. ISBN 978-3-452-29545-3.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Der bewährte Leipziger Kommentar zum GNotKG ist in der dritten Auflage erschienen. Nunmehr kann man ohne Scheu behaupten, dass es sich bei dem vorliegenden Werk um einen Klassiker des notariellen Kostenrechts handelt, welcher sich in der Praxis neben dem Standardwerk Korintenberg etabliert hat.

Bei der 26 Autoren handelt es sich allesamt um erfahrene Praktiker, überwiegend aus dem Bereich der Ländernotarkasse Leipzig, was dem Namen des Werks gerecht wird.

Inhaltlich ist eine umfassende Darstellung kaum möglich, weswegen der Mehrwert des vorliegenden Kommentars anhand von einigen wenigen Stellen beleuchtet werden soll.

Die praktische Anwendung des GNotKG ist dort problematisch, wo das Gesetz keine Anhaltspunkte zur Wertermittlung gibt. In diesen Fällen ist auf die allgemeine Regelung des § 36 GNotKG auszuweichen. Im Einzelfall ist die Anwendung dieser Vorschrift aber nicht immer einfach. *Hüttinger* bietet daher

in seiner Kommentierung eine Liste mit Einzelfällen, um diesen praktischen Schwierigkeiten zu begegnen. In insgesamt 56 Randnummern werden verschiedene Fälle dargestellt. So findet sich ein Absatz zur Umwandlung einer Buch- in eine Briefgrundschuld. Da es sich um eine Rechtsänderung handelt wird die Annahme eines Wertes zwischen 10 und 30 % des Nennbetrages vorgeschlagen. Hier scheint die Annahme eines niedrigeren Wertes angemessen, da die Änderung lediglich das Recht modifiziert, nicht aber den zu vollstreckbaren Nennbetrag. Bei der Adoption eines Volljährigen wird als Wert 50 % des Vermögens des Annehmenden vorgeschlagen. Nicht explizit gesagt wird, dass dieser Wert auch dann gelten soll, wenn die Adoption nach den Grundsätzen der Adoption für Minderjährige beantragt wird. Dieses Ergebnis wird aber dadurch impliziert, dass der Auffangwert nur in seltenen Ausnahmen greifen soll.

Die praktische Anwendung des § 86 GNotKG und das Zusammenspiel mit den §§ 109 bis 111 GNotKG ist im Einzelfall eben-

falls oft mit Schwierigkeiten verbunden (vgl. hierzu auch den Beitrag von *Bochis/Schier* in diesem Heft Seite 78). Hierbei bietet § 86 GNotKG die Grundnorm, welche besagt, dass jedes Rechtsverhältnis einen einzelnen Beurkundungsgegenstand darstellt, welcher gesondert zu bewerten ist. Hiervon statuiert § 109 GNotKG Ausnahmen, wobei die §§ 110 und 111 GNotKG wieder Rückausnahmen normieren. Bei unklaren Fällen sind daher stets alle vier Normen genau zu prüfen. *Otto* stellt diese Systematik in seiner Kommentierung detailliert dar und führt auch in der Praxis relevante Einzelfälle auf, welche nicht unmittelbar durch den Gesetzeswortlaut erfasst sind.

Wie die vorstehenden Beispiele zeigen, bietet das Werk eine umfassende Darstellung des Gerichts- und Notarkostenrechts und ist für jeden Notar ein Muss. Das Kostenrecht bietet in der täglichen Praxis regelmäßig kleinere und größere Herausforderungen, welche mit dem vorliegenden Werk schnell und sicher in den Griff bekommen werden können.



Gesellschaftervereinbarungen - Praxishandbuch mit Mustern

Von Dr. Ulrich-Peter Kinzl,

1. Auflage 2021, Verlag C. H. Beck, 404 Seiten, Hardcover (in Leinen).
129,- €. ISBN 978-3-406-65051-2.

Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)

Sofern ersichtlich, handelt es sich bei dem hier besprochenen Buch um das einzige Werk, welches sich der, in der Praxis sehr wichtigen, Materie der Gesellschaftervereinbarungen widmet. Auch für die notarielle Praxis werden solche Vereinbarungen immer wichtiger, da vor allem aufgrund von § 15 GmbHG, häufig der notariellen Beurkundung bedürfen. Durch die vorgenannte Exklusivität schließt das Werk eine wichtige Marktlücke der gesellschaftsrechtlichen Gestaltungsliteratur. Eine solch umfassende Darstellung, welche neben dem Gesellschaftsrecht auch das Steuerrecht, das Kartellrecht sowie das allgemeine Schuldrecht umfasst, ist auf dem Markt ein Novum, und daher sehr zu begrüßen.

Inhaltlich gliedert sich das Werk in fünf Teile. Im ersten Teil werden die allgemeinen auf die schuldrechtlichen Gesellschaftervereinbarungen anwendbare Rechtsgrundsätze behandelt, wie deren Bindungswirkung, das Verhältnis der Vereinbarung zur Satzung oder Gesellschaftsvertrag, mögliche Unwirksamkeit, Anwendbarkeit der AGB-Regelungen. Hier finden sich auch Ausführungen zur Formbedürftigkeit der Gesellschaftervereinbarungen. Zu Recht wird darauf hingewiesen, dass die solche Vereinbarungen grundsätzlich formfrei sind. Lediglich wenn eine Verpflichtung zur Änderung der Satzung oder des Gesellschaftsvertrages vereinbart wird, oder besondere Formvorschriften wie der § 15 GmbHG greifen, bedarf die Vereinbarung der notariellen Beurkundung.

Im zweiten Teil werden dann werden dann die einzelnen, möglichen Regelungen in Gesellschaftervereinbarungen behandelt. Hier finden sich Abschnitte zu Stimmbindungsvereinbarungen, Veräußerungsverboten- und Pflichten, Vorhand- und Vorkaufsrechten, Vereinbarungen zur Gewinnverteilung, Absprachen über Finanzierung der Gesellschaft, Liquiditätszusagen und Wettbewerbsverbote. Im Einzelnen werden die relevanten Regelungen nicht nur vorgestellt und aus praktischer Sicht bewertet, es folgt auch stets ein Formulierungsvorschlag.

Im dritten Teil werden die steuerlichen Auswirkungen der Vereinbarungen näher beleuchtet. Hier wird sowohl auf erbschaftssteuerliche als auch auf körperschaftssteuerliche Probleme eingegangen.

Der vierte Teil widmet sich nochmal umfassend den kartellrechtlichen Implikationen von Gesellschaftervereinbarungen. Auch wenn dieser Teil für die notarielle Praxis keine unmittelbare Bedeutung hat, so sollte dessen Inhalt dennoch beachtet werden, um einen unerfahrenen Mandanten an den nötigen Experten verweisen zu können.

Aus notarieller Sicht viel interessanter ist der letzte Teil des Werks welcher ein umfassendes Gestaltungsmuster, mit sämtlichen im Vorfeld besprochenen Regelungen enthält.

Dieses kann im Wege des Downloads bequem in die eigene Bibliothek übernommen werden. Für künftige Auflagen wäre es wünschenswert dieses Gesamtmuster, sowie sämtliche Formulierungsvorschläge, auch in der englischen Sprache anzubieten. Da die Vereinbarungen in der Praxis häufig mit ausländischen Investoren geschlossen werden, wäre eine bilinguale Version eine willkommene Ergänzung.

Zusammenfassend lässt sich sagen, dass das Werk für jeden im Gesellschaftsrecht tätigen Praktiker eine ausgezeichnete Ergänzung der Handbibliothek darstellt. Das Werk bietet nicht nur einen umfassenden Einstieg in die Materie, sondern behandelt auch zahlreiche Detailprobleme und ist daher sowohl dem Berufseinsteiger als auch dem erfahrenen Berater uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen.

Standesnachrichten

Ernennungen:

Mit Wirkung vom 1. April 2022 wurde Herr Dr. Tobias Steber mit dem Amtssitz in Baden-Baden zum Notar ernannt.

Mit Wirkung vom 19. April 2022 wurde Herr Dr. Philipp Kienzle mit dem Amtssitz in Stuttgart zum Notar ernannt.

Mit Wirkung vom 19. April 2022 wurde Herr Dr. Felix Ungerer mit dem Amtssitz in Stuttgart zum Notar ernannt.

NOTRV

Deutsche
Notarrechtliche
Vereinigung e.V.

Ausschreibung

des „Helmut-Schippel-Preises“ für das Jahr 2022

Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung e.V. in Würzburg
setzt für eine hervorragende praxisbezogene wissenschaftliche Arbeit
auf dem Gebiet des Notarrechts den

„Helmut-Schippel-Preis“

in Höhe von 5.000 € aus.

Zum Notarrecht zählen alle Fragen des materiellen oder formellen Rechts, die mit der Notariatspraxis im weitesten Sinne oder der Vertragsgestaltung im Zusammenhang stehen (z. B. auch Grundstücksrecht, Erbrecht, Familienrecht, Gesellschafts- und Unternehmensrecht).

Über die Vergabe entscheidet der Gesamtvorstand der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V. unter Ausschluss des Rechtsweges. Bewerber werden gebeten, ihre Forschungsarbeiten bis spätestens

30. Juni 2022

bei der
Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e.V.,
Gerberstraße 19,
97070 Würzburg,

in drei gedruckten Exemplaren (verbleiben bei der Notarrechtlichen Vereinigung) sowie als pdf-Datei an notrv@dnoti.de einzureichen (maßgebend ist der Eingang).

Ein weiteres Exemplar wird im Falle des Preiserhalts zur Archivierung der Helmut-Schippel-Preisträgerarbeiten zur Verfügung gestellt. Die endgültige Vergabeentscheidung wird voraussichtlich Anfang 2023 getroffen. Die Deutsche Notarrechtliche Vereinigung behält sich eine Aufteilung des Preises auf mehrere Bewerberinnen/Bewerber vor. Die Preisverleihung findet im Rahmen einer wissenschaftlichen Vortragsveranstaltung statt.

Nähere Informationen erhalten Sie unter www.notrv.de.

Notarfachangestellter / Rechtsfachwirt (w/m/d) im Bereich Grundstücksrecht (befristet bis 31.07.2024)

Wir setzen Stuttgart unter Strom. Damit der Strom in der Landeshauptstadt dort ankommt, wo er benötigt wird, sorgen wir für die zuverlässige Verteilung. Die Stuttgart Netze betreibt mit rd. 330 Mitarbeitern das 5.600 Kilometer lange Stuttgarter Stromnetz und macht es fit für die Energiewelt von morgen. Perspektivisch werden wir auch den Betrieb des Gasnetzes übernehmen. Wir sind ein Unternehmen der Stadtwerke Stuttgart.

Wir bieten:

- // Flexible Arbeitszeit und Überstundenkonto
- // 36-Stunden-Woche, 30 Tage Urlaub, Urlaubs- und Weihnachtsgeld
- // Gesundheitsvorsorge und -förderung, Jobticket
- // Vielfältige persönliche und fachliche Weiterbildungsangebote

Ihre Aufgaben:

- // Unterstützen bei grundstücks- und entschädigungsrechtlichen Fragestellungen und Erstellen von Handlungsempfehlungen
- // Beschaffen von Rechten an Grundstücken für unsere Netzausbauprojekte
- // Führen von Erstgesprächen und Aufnahme von Verhandlungen mit Grundstückseigentümern (Behörden, Ämtern, Firmen und Privatpersonen) bis zum Abschluss von Verträgen
- // Vorbereitung, Prüfung und Abschluss von notariellen Urkunden (Bestellung, Löschung, Abtretung u.a.)
- // Sie sind kompetenter Ansprechpartner für Behörden und Ämter in allen Fragen der Leitungs- und Anlagensicherung auf Grundstücken Dritter

Ihr Profil:

- // Abschluss als Rechtspfleger*in, Notarfachangestellte*r oder Rechtsfachwirt*in mit mehrjähriger einschlägiger Berufserfahrung bzw. abgeschlossenes Studium der Rechtswissenschaft/Wirtschaftsrecht, Immobilienwirtschaft
- // Umfassende Kenntnisse im Grundstücks-, Grundbuch- und Entschädigungsrecht sind von Vorteil
- // Gute Kenntnisse der Microsoft-Office-Anwendungen
- // Sicheres und verbindliches Auftreten mit hoher Kunden- und Serviceorientierung
- // Strukturierte, sorgfältige und eigenverantwortliche Arbeitsweise

Interessiert?

www.stuttgart-netze.de/karriere oder E-Mail an **Eleonora Ruff, e.ruff@netze-bw.de**
(Referenznummer SN KX 02318497)

Notar Werner Dieterle, Ludwigsburg

Ich suche einen

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

zur Verstärkung unseres motivierten Teams. Unser Aufgabenbereich deckt alle Bereiche und Fragestellungen der Tätigkeiten eines Notars ab.

Ihre Aufgaben sind die Vor- und Nachbereitung von Beurkundungen im Immobilien-, Erb-, Familien-, Handels- und Gesellschaftsrecht sowie die Übernahme von Notarvertretungen.

Ihr Profil ist ein gutes Fachwissen auf vorgenannten Gebieten, Teamfähigkeit und Einsatzbereitschaft.

Ich biete ein kollegiales Team und eine vertrauensvolle Zusammenarbeit, einen sicheren Arbeitsplatz, interessante/abwechslungsreiche Aufgabenstellungen/Mandanten, Förderung und Unterstützung Ihrer Entwicklung, ein modernes Arbeitskonzept, schöne Räume, eine attraktive Vergütung mit guten Karrieremöglichkeiten sowie Benefits.

Für **weitere Informationen** stehe ich Ihnen vorab gerne unter Tel.: 07141/9370-11 zur Verfügung. Diskrete Behandlung wird zugesichert.

Ihre **Bewerbungsunterlagen**, senden Sie bitte per e-mail an: notar.dieterle@web.de oder schriftlich (Persönlich-Vertraulich) an:

Notar Dieterle • Mathildenstraße 12 • 71638 Ludwigsburg



www.itcollection.de

Hätten Sie gerne einen IT-Dienstleister, der Sie und Ihr Notariat wirklich versteht?

Ihre Arbeit im Notariat konfrontiert Sie täglich mit höchsten technischen Anforderungen an Ihre IT. Speziell bei Dokumenten-Verarbeitung, -Versand und -Archivierung sind Sie gezwungen, höchste Sicherheits-, Rechts- und Datenschutzansprüche zu erfüllen.

Die fortschreitende Digitalisierung stellt Ihr Notarbüro vor viele weitere Herausforderungen: revisions-sicheres Scannen, Online-Meetings mit Mandanten, rechtssicheres Arbeiten im Home-Office, Videobeurkundung bei GmbH-Gründung oder Elektronische Akte sind nur einige Beispiele hierfür.

Deshalb müssen Sie sich auf einen kompetenten und erfahrenen IT-Dienstleister verlassen können, der Ihre besonderen Anforderungen kennt und bereits bewährte, notariatskonforme Lösungen bietet.

Nur so können Sie und Ihre Mitarbeiter rechtssicher, effizient und zukunftsfähig in Gänze arbeiten und die steigenden Anforderungen meistern.

Speziell für Ihr Notarbüro bieten und betreuen wir seit 2006 solche betriebsbereite IT-Lösungen und entwickeln sie kontinuierlich weiter.

Vereinbaren Sie jetzt Ihren Kennenlern-Termin für eine kostenlose Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!

Ihre Vorteile mit ITcollection als Partner:

- **Seit 2006 der ideale IT-Partner für Notare:** mit über 1.000 betreuten Arbeitsplätzen bei aktuell über 100 Notariatskunden.
- Sie bekommen von uns funktionierende, rechtssichere und notariatskonforme Arbeitsprozesse für Ihr Notariat – weitaus mehr als Hard- und Software.
- Wir kümmern uns täglich (meist unsichtbar im Hintergrund) um aktuelle Cyber-Security, Datensicherungen, Software-Updates, nötige System-Updates.
- **Ihre IT ist bei uns in sicheren Händen.** Wir garantieren Ihnen sogar im kritischsten Fall, dass Ihre IT innerhalb von maximal 24 Stunden wieder vollumfänglich einsatzfähig ist.
- **Miete statt Kauf reduziert Ihre IT-Kosten und schont Ihre Liquidität.** Ihre IT bleibt auf diese Weise flexibel und immer up-to-date.
- **Erhebliche fachliche und finanzielle Entlastungen für Ihr Notarbüro.**

Wir kümmern uns um Ihre IT.

Sichere IT-Komplettlösungen für Notare seit 2006

Jetzt Termin anfordern!
zentrale@itcollection.de

Sichern Sie sich bis 15. Juni 2022 eine kostenfreie Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!