

# BWNotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

## 3 | 2022

Juli 2022

### HERAUSGEBER

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A

70174 Stuttgart

### SCHRIFTLÉITUNG

Notarassessor Anton Gordon,

Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)

## ABHANDLUNGEN

Nochmals: Kostenrechtliche (und sachgerechte)

Behandlung der Aufteilung gem. § 3 WEG - Anmerkung zu Bochis/Schier,  
BWNotZ 2022, 78

von Notar Christian Bachmayer, Eppingen ..... 161

§ 3 und § 5 WEG neue Fassung - Gestaltungsüberlegungen

von Notar Dr. Daniel Schäuble, Waldshut-Tiengen ..... 167

Zum Fortbestand der durch Verweis auf das  
Servitutenbuch eingetragenen Dienstbarkeiten im  
württembergischen Grundbuch

von Bezirksnotarin Andrea Baginski und Bezirksnotar a.D.

Gregor Schäfer, Ravensburg ..... 176

## RECHTSPRECHUNG

### GESELLSCHAFTSRECHT

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 05.10.2021 - II ZB 7/21

Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer  
virtuellen Versammlung ..... 200

### ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 16.03.2022 - IV ZB 27/21

Zur Berechtigung des Nachlasspflegers eine weitere, in den  
Nachlass fallende Erbschaft auszuslagern. .... 203

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 23.02.2022 - IV ZB 24/21

Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker ..... 206

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 17.02.2022 - V ZB 14/21

Zur Auslegung einer Scheidungsklausel in einer gemeinsamen  
letztwilligen Verfügung. .... 209

### STEUER- UND SOZIALRECHT

FG Niedersachsen (3. Senat), Urteil vom 28.02.2022 - 3 K 210/21

Erbschaftsteuer-Freibetrag für Urenkel, wenn die vorangegangenen  
Generationen bereits verstorben sind ..... 224

## Datenschutz speziell für Notare



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

### Ich biete

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

### Ihre Vorteile:

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

**Datenschutz zum fairen Preis !**

### **Hubert Rommel**

*Externer Datenschutzbeauftragter*



Mitglied im Berufsverband  
der Datenschutzbeauftragten  
Deutschlands e.V.

Kapellenstraße 56  
88471 Laupheim

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

## **Notarkanzlei Dr. Dr. Matthias Damm, Ludwigsburg**

Pflugfelder Straße 22, 71636 Ludwigsburg, Tel: 07141-258770, Fax: 07141-2587790  
www.notar-damm-ludwigsburg.de



Zur Verstärkung meines Teams suche ich ab sofort eine(n):

**Rechtsassessor(in) (m/w/d)**

**Württ. Notariatsassessor(in) (m/w/d)**

in Vollzeit.

Ich biete einen sicheren und unbefristeten Arbeitsplatz und natürlich eine leistungsgerechte Bezahlung. Sie erwarten eine moderne Büroinfrastruktur, umfassende Möglichkeiten zur Fort- und Weiterbildung, eine interessante und abwechslungsreiche Tätigkeit. Berufsanfänger erhalten eine Einlernphase. Das notwendige Wissen eignen Sie sich „on the job“ an; neben mir steht Ihnen unser Team aus erfahrenen Assessoren und Fachangestellten zur Seite.

Die Kanzlei liegt in zentraler Lage direkt gegenüber vom Bahnhof Ludwigsburg.

**Ihr Profil:** Sie arbeiten gerne selbstständig, wollen aber trotzdem Teil eines Teams sein. Sie kommunizieren gerne mit Menschen, können aber auch ein Geheimnis für sich behalten.

Sie sind bereit, Führungsverantwortung für die nachgeordneten Sachbearbeiter zu übernehmen. In Zusammenarbeit mit den Mandanten und deren Rechts- und Steuerberatern erstellen Sie selbstständig die notariellen Urkunden.

Sie haben sich wiedererkannt? Dann bewerben Sie sich!

Wenn Sie noch Fragen haben – ich stehe Ihnen jederzeit gerne zur Verfügung!

**Ihre aussagekräftige Bewerbung**, die selbstverständlich streng vertraulich behandelt wird, schicken Sie bitte elektronisch direkt (gerne auch bereits mit Gehaltsvorstellung) an: [notar@notar-damm.de](mailto:notar@notar-damm.de).

88. BAND

**BWNotZ****AUSGABE 3|2022 INHALTSVERZEICHNIS****HERAUSGEBER**

Württembergischer Notarverein e.V.

in Verbindung mit dem

Badischen Notarverein e.V.

Friedrichstraße 9A, 70174 Stuttgart

**SCHRIFTLÉITUNG**

Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen (Jagst)

ISSN-Nummer 1434-2979

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 Notar Christian Bachmayer, Eppingen

**Nochmals: Kostenrechtliche (und sachgerechte)****Behandlung der Aufteilung gem. § 3 WEG - Anmerkung zu****Bochis/Schier, BWNotZ 2022, 78** ..... 161

Von Notar Dr. Daniel Schäuble, Waldshut-Tiengen

**§ 3 und § 5 WEG neue Fassung - Gestaltungsüberlegungen** ..... 167

Von Bezirksnotarin Andrea Baginski und Bezirksnotar

a.D. Gregor Schäfer, Ravensburg

**Zum Fortbestand der durch Verweis auf das Servitutenebuch****eingetragenen Dienstbarkeiten im württembergischen Grundbuch** ..... 176**RECHTSPRECHUNG****LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT**

Kammergericht, Beschluss vom 12. Juli 2022 - 1 W 258/22 ..... 184

Kammergericht, Beschluss vom 24. März 2022 - 1 W 2/22 ..... 186

OLG Karlsruhe (12. Zivilsenat), Urteil vom 12.11.2021 - 12 U 124/21 ..... 188

OLG Nürnberg (15. Zivilsenat), Beschluss vom 03.11.2021 - 15 W 3774/21 ..... 195

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 12.04.2022 - 8 W 288/20 ..... 197

**GESELLSCHAFTSRECHT**

BGH (II. Zivilsenat), Beschluss vom 05.10.2021 - II ZB 7/21 ..... 200

**ERBRECHT**

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 16.03.2022 - IV ZB 27/21 ..... 203

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 23.02.2022 - IV ZB 24/21 ..... 206

BGH (V. Zivilsenat), Beschluss vom 17.02.2022 - V ZB 14/21 ..... 209

OLG Frankfurt a. M. (21. Zivilsenat), Beschluss vom 01.02.2022 - 21 W 182/21 ..... 212

OLG Hamm (15. Zivilsenat), Beschluss vom 21.04.2022 - 15 W 51/19 ..... 215

OLG Stuttgart (7. Zivilsenat), Urteil vom 27.01.2022 - 7 U 172/21 ..... 219

OLG Stuttgart (8. Zivilsenat), Beschluss vom 27.07.2021 - 8 W 64/21 ..... 221

**STEUER- UND SOZIALRECHT**

FG Niedersachsen (3. Senat), Urteil vom 28.02.2022 - 3 K 210/21 ..... 224

LSG Baden-Württemberg (8. Senat), Urteil vom 01.12.2021 - L 8 R 1212/21 ..... 228

**BUCHBESPRECHUNGEN****1. Toussaint, Kostenrecht, 52. Auflage**

(Besprechung von Notarassessor Alkan Atak, Bad Waldsee) ..... 234

**2. Limmer/Hertel/Frenz, Würzburger Notarhandbuch, 6. Auflage**

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst) ..... 234

**3. Fleischer, Personengesellschaften im Rechtsvergleich, 1. Auflage**

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst) ..... 235

**4. Schulze, Bürgerliches Gesetzbuch, 11. Auflage**

(Besprechung von Notar Andreas Lämmle, Calw) ..... 236

**5. Gehrlein/Born/Simon, GmbHG, 5. Auflage**

(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Ellwangen/Jagst) ..... 237

# Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V.

am

**Samstag, den 24. September 2022,  
10.00 Uhr**

im Kurhaus in Baden-Baden,  
Werderstraße 4, 76530 Baden-Baden.

**Die Tagesordnung für die Mitgliederversammlung sieht folgendes vor:**

- 1. Begrüßung und Grußworte**
- 2. Festvortrag:**  
Notar Dr. Christian Rupp, Ulm,  
Präsident des Deutschen Notarverein e.V.:  
„Blick aus Berlin – aktuelle Fragen aus der notariellen Tätigkeit  
unter dem berufspolitischen Brennglas“
- 3. a) Bericht des Vorstandes  
b) Bericht Kassenprüfer**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 6. Wahlen: Kassenprüfer/-in**
- 7. Weitere Zusammenarbeit mit dem Badischen Notarverein e.V.:**  
Diskussion über einen gemeinsamen Verein und einen  
Satzungsentwurf, Auftrag an den Vorstand
- 8. Verschiedenes**

Die ersten beiden Tagesordnungspunkte werden gemeinsam mit dem Badischen Notarverein e.V. durchgeführt, der anschließend zeitgleich seine Mitgliederversammlung veranstalten wird.

Der Vorstand:  
Arnold, Jockisch, Käß, Gierner, Dr. Luy

# ABHANDLUNGEN

## Nochmals: Kostenrechtliche (und sachgerechte) Behandlung der Aufteilung gem. § 3 WEG

Anmerkung zu *Bochis/Schier*, *BWNotZ* 2022, 78

Von Notar Christian Bachmayer, Eppingen

In Ihrer Abhandlung in *BWNotZ* 2022,78 beschäftigen sich *Bochis* und *Schier* mit der notarkostenrechtlichen Behandlung der Begründung von Sondereigentum durch Wohnungseigentumsvertrag gem. § 3 WEG; die Abhandlung dient zugleich der Besprechung einer entsprechenden Entscheidung des Landgerichts Offenburg<sup>1</sup>. Die Entscheidung und der Aufsatz können aus meiner Sicht nicht unkommentiert bleiben. Den Ausführungen von *Bochis* und *Schier* ist m.E. sogar zu widersprechen, wenn diese so zu verstehen sein sollten, dass sich die Regelungen in einem Wohnungseigentumsvertrag auf die dingliche Aufteilung auch dann beschränken können bzw. sollten, wenn in diesem Zusammenhang zugleich auch die (Ausgangs-)Miteigentumsanteile unter den Beteiligten verschoben werden<sup>2</sup>.

1. Bei der Entscheidung des Landgerichts Offenburg sowie bei den Ausführungen von *Bochis/Schier* geht es vordergründig um die kostenrechtlichen Folgen der Aufteilung einer Immobilie durch Wohnungseigentumsvertrag gem. § 3 WEG, wenn hierbei zugleich die Anteile unter den Beteiligten verschoben werden.

Im entschiedenen Sachverhalt war ein Wohnungseigentumsvertrag gem. § 3 WEG zwischen zwei Ehepaaren beurkundet worden, wobei die vier Ehepartner am Ausgangsgrundstück jeweils zu 1/4 Bruchteil Miteigentümer waren. Nach Aufteilung waren das eine Ehepaar zu 4.037/10.000 Miteigentumsanteil und das andere (insgesamt) zu 5.963/10.000 Miteigentumsanteil Eigentümer, jeweils verbunden mit Sondereigentum an verschiedenen Raumeigentumseinheiten. Diese Anteilsverschiebung erfolgte rein durch die Zuordnung der Sondereigentumseinheiten<sup>3</sup> im Rahmen der dinglichen Aufteilung gem. § 3 WEG, ohne weiter-

gehende diesbezügliche Regelungen<sup>4</sup> unter den Ehegatten.

Sowohl das Landgericht Offenburg als auch *Bochis/Schier* gehen – mit unterschiedlicher Begründung – davon aus, dass sich die Verschiebung der Miteigentumsanteile unter den Beteiligten kostenmäßig nicht auswirkt, es also bei einer 2,0-Gebühr gem. KV 21100 GNotKG aus dem Wert der Immobilie (§ 42 Abs. 1 GNotKG) verbleibt, ohne Addition des Werts der Anteilsverschiebung. Dies halte ich, wie nachfolgend darzulegen sein wird, für falsch.

Darüber hinaus geht es im Aufsatz von *Bochis/Schier* aber auch um materiell-rechtliche Fragen und die sich hieraus ergebenden Folgerungen für die sachgerechte Gestaltung der Urkunde. Diese Folgerungen von *Bochis/Schier* teile ich ebenfalls nicht.

2. Bereits der Entscheidung des Landgerichts Offenburg kann aus meiner Sicht nicht gefolgt werden.

Das Landgericht erkennt m.E. zunächst noch richtig, dass allein der Umstand, dass die Eigentumsverhältnisse an der Immobilie unter gleichzeitiger Anteilsverschiebung und Begründung von Sondereigentum quasi „*uno actu*“ neu geregelt wurden, nicht zwangsläufig dazu führt, dass aus kostenrechtlicher Sicht nur ein Rechtsverhältnis und damit nur ein Beurkundungsgegenstand i.S.d. § 86 Abs. 1 BeurkG vorliegt<sup>5</sup>. Ein – zugegebenermaßen etwas unscharfes – weiteres Beispiel für solche Konstellationen mögen die Entscheidungen zum Vorliegen einer kostenrechtlich relevanten

1 LG Offenburg, Beschl. v. 20.01.2022, 4 OH 15/21, *BWNotZ* 2022, 99.

2 So jedenfalls verstehe ich das Fazit der Autoren in Teil IV ihrer Abhandlung (S. 82).

3 Präziser: durch die Beschränkung des Miteigentums in der Weise, dass jedem Miteigentümer das Sondereigentum an einer bestimmten Wohnung bzw. an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eingeräumt wird, § 3 Abs. 1 S. 1 WEG.

4 Also gleichsam „*uno actu*“, um den in der Entscheidung des Landgerichts Offenburg und in der Abhandlung von *Bochis* und *Schier* häufig verwendeten Begriff aufzugreifen, welcher auf eine entsprechende Entscheidung des Bundesgerichtshofs zur Zulässigkeit der Aufteilung gem. § 3 WEG unter gleichzeitiger Anteilszusammenlegung(!) zurückgeht (BGH, Beschl. v. 10.02.1983, V ZB 18/82, NJW 1983, 1672 = DNotZ 1983, 487).

5 So LG Offenburg a.a.O. (Fn. 1), Tz. 15.

Erbauseinandersetzung sein, wenn im Rahmen eines Immobilienverkaufs durch die Erbengemeinschaft sogleich die Aufteilung des Kaufpreises auf die einzelnen Erben entsprechend ihrer Teilungsquoten auf unterschiedliche Empfängerkonten geregelt wird<sup>6</sup>.

Von seiner Prämisse ausgehend, nimmt das Landgericht sodann an, dass in der Begründung von Wohnungseigentum gem. § 3 WEG und der damit im konkreten Fall verbundenen Übertragung von Miteigentumsanteilen unter den Beteiligten grundsätzlich zwei verschiedene Rechtsverhältnisse (= Beurkundungsgegenstände) zu sehen sind<sup>7</sup>, welche aber zueinander gegenstandsidentisch i.S.d. § 109 Abs. 1 GNotKG seien. Begründet wird letzteres damit, dass es sich bei der Übertragung der Anteile um eine Auflassung<sup>8</sup> handele, welche aber zur Durchführung der Begründung von Wohnungseigentum „zwingend geboten“<sup>9</sup> sei. Damit sei der Sachverhalt vergleichbar mit der Auflassung eines Grundstücks in Erfüllung eines Kaufvertrags oder mit der Auflassung eines aufgrund eines Gesellschaftsvertrags in die Gesellschaft einzulegenden Grundstücks zur „Durchführung“ eben dieses Gesellschaftsvertrags<sup>10</sup>.

Diese Auffassung wird von *Bochis* und *Schier* zu Recht abgelehnt<sup>11</sup>. Während es sich bei den vom Landgericht zur Begründung herangezogenen Beispielfällen der Auflassung zu einem Grundstückskaufvertrag, zu einem Gesellschaftsvertrag oder zu einer Erbauseinandersetzung jeweils um Fälle eines (dinglichen) Erfüllungsgeschäfts zu einem (schuldrechtlichen) Kausalgeschäft handelt, in welchen selbstverständlich Gegenstandsidentität gem. § 109 Abs. 1 GNotKG gegeben ist, liegen bei der Aufteilung gem. § 3 WEG und einer damit ggf. verbundenen Auflassung zwei dingliche Rechtsgeschäfte vor, zwischen denen – weil für sich betrachtet jeweils „abstrakte“ Geschäfte – keine Gegenstandsidentität vorliegen kann<sup>12</sup>. § 109 Abs. 1 GNotKG behandelt ausschließlich Sachverhalte, in welchen sich ein „Hauptgeschäft“ und ein hierzu abhängiges „Nebengeschäft“ (Erfüllungs-, Sicherungs- oder sonstiges

Durchführungsgeschäft) gegenüberstehen, wobei Gegenstandsidentität weiter auch nur dann gegeben ist, wenn das Nebengeschäft unmittelbar<sup>13</sup> dem Zweck des Hauptgeschäfts dient<sup>14</sup>. Diese erforderliche unmittelbare Zweckdienlichkeit ist jedenfalls bei zwei abstrakten, dinglichen Erklärungen niemals gegeben.

Es wäre – hiervon abgesehen – auch nicht ausreichend, dass das eine Rechtsgeschäft (Aufteilung in Wohnungseigentum) ein anderes Rechtsgeschäft (Auflassung) rein tatsächlich (aber nicht auf der Ebene einer rechtslogischen Verknüpfung) voraussetzt. So hat z.B. das Landgericht München II<sup>15</sup> zutreffend entschieden, dass die Aufhebung von Wohnungseigentum (an zwei Doppelhaushälften) mit anschließender Realteilung des Grundstücks selbstverständlich zwei gegenstandsverschiedene Rechtsverhältnisse sind, auch wenn die Realteilung nur möglich ist, wenn zuvor oder zugleich das Wohnungseigentum aufgehoben wird. Die Aufhebung des Wohnungseigentums bereitet die Realteilung vor, dient aber nicht in einem (kosten-)rechtlichen Sinne unmittelbar der Realteilung, weil die Aufhebung auch ohne anschließende Realteilung möglich gewesen wäre, und somit auch eine eigenständige Bedeutung hat, also kein reines „Nebengeschäft“ ist.

Daher ist auch die Annahme des Landgerichts Offenburg im entschiedenen Fall unzutreffend, die „Auflassung“ zur Verschiebung der Miteigentumsanteile sei für die Durchführung der Aufteilung gem. § 3 WEG „zwingend geboten“. Zwar war dies das gewünschte Ergebnis der Beteiligten und die Auflassung in tatsächlicher Hinsicht für die Herstellung der „richtigen“ Miteigentumsanteile vor Aufteilung erforderlich; bei abstrakter Betrachtung war freilich die Quotenverschiebung für die Aufteilung in Sondereigentum gerade keine Voraussetzung, weil eine solche ohne Weiteres auch bei gleichbleibenden quotalen Verhältnissen möglich gewesen wäre<sup>16</sup>. In einem (kosten-)rechtlichen Sinne dient die Auflassung daher nicht unmittelbar dem Zweck der Bildung von Wohnungseigentum.

3. *Bochis/Schier* gehen demgegenüber davon aus, dass in der Aufteilung gem. § 3 WEG mit gleichzeitiger Quotenverschiebung schon gar keine „mehreren Rechtsverhältnisse“ i.S.d. § 86 Abs. 2 GNotKG vorlä-

6 LG Mönchengladbach, Beschl. v. 30.11.2016, 5T 184/16, RNotZ 2017, 331 m. Anm. *Gehse*; LG Bremen, Beschl. v. 30.01.2019, 4T 238/18, NJW-Spezial 2019, 456 = ZEV 2019, 305. Ausführung zu dieser Thematik u.a. *Wudy*, notar 2019, 247 /252f.) sowie *Bachmayer*, DAI-Skript „Kostenrecht 2021“, S. 40ff.

7 LG Offenburg a.a.O. (Fn. 1), Tz. 15.

8 Oder um einen „auflassungsähnlichen Vorgang“. Die Unterscheidung war freilich nicht entscheidungserheblich, weshalb das Landgericht diesen Punkt bewusst offenließ; LG Offenburg a.a.O. (Fn. 1), Tz. 30.

9 LG Offenburg a.a.O. (Fn. 1), Tz. 25 a.E..

10 LG Offenburg a.a.O. (Fn. 1), Tz. 27.

11 Teil III der Ausführungen von *Bochis* und *Schier*.

12 So absolut zutreffend *Korintenberg/Diehn*, GNotKG, 22. A. 2022, § 109 Rn. 19.

13 Dies der ausdrückliche Wortlaut des § 109 Abs. 1 S. 1 GNotKG.

14 Vgl. *BeckOK KostR/Bachmayer*, 37. E d., § 109 GNo tKG Rn. 13ff., sowie *Korintenberg/Diehn* a.a.O. (Fn. 12), Rn. 16f. sowie Rn. 31.

15 Beschl. v. 11.09.2017, 8T 5246/163; hierzu ausführlich *Sikora/Tiedtke*, DNotZ 2018, 576.

16 Was von § 3 WEG vermutlich sogar vorausgesetzt wird, dazu sogleich.

gen, so dass es auf die Frage der Gegenstandsidentität gem. § 109 GNotKG gar nicht ankomme. Begründet wird diese Auffassung, neben einem aus meiner Sicht fehl gehenden Hinweis auf die Rechtsfigur der sog. „notwendigen Erklärungseinheit“<sup>17</sup>, im Wesentlichen mit der sog. „uno actu“-Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs<sup>18</sup> und der darauf aufbauenden Literatur.

Dabei wird m.E. aber Folgendes verkannt:

die Entscheidung des Bundesgerichtshofs betraf gar keinen Fall einer Quotenverschiebung. Ähnlich dem Fall des LG Offenburg, lag der Entscheidung des BGH der Sachverhalt zugrunde, dass zwei Ehepaare (jeder Ehegatte 1/4 Miteigentum) ein Objekt gem. § 3 WEG aufteilen wollten, im Fall des BGH allerdings (nur) mit der Folge, dass anschließend jedes Ehepaar „1/2 Miteigentum am Grundstück, verbunden mit Sondereigentum an einer Wohnung“ besaß, und jedes Ehepaar an seiner Immobilie wiederum zur Hälfte Miteigentümer war. Bei „transparenter“ bzw. formaler Betrachtung fand also keine Quotenverschiebung statt. Der Bundesgerichtshof entschied insoweit zutreffend, dass die „Zusammenlegung“ der Miteigentumsanteile eines jeden Ehepaars von 1/4 zu einem „gemeinsamen“ Miteigentumsanteil von 1/2, und dessen Verbindung mit Sondereigentum, allein im Rahmen von § 3 WEG möglich ist, ohne separate „Überkreuz-Auffassung“ oder ähnliche Konstrukte.

Diese, heute ganz selbstverständliche, Rechtsauffassung lässt sich ggf. nur vor dem historischen Hintergrund der Entwicklung zum WEG verstehen. Nach In-Kraft-Treten des WEG war die „Rechtsnatur des Sondereigentums“ noch ungeklärt; vielfach wurde dies in erster Linie als besondere Form des reinen Bruchteilseigentums gem. § 741 BGB angesehen. Da es an einem Miteigentumsanteil keine „Unterbruchteilsgemeinschaft“ geben kann<sup>19</sup>, stellte sich vielfach die Frage, wie (in welchem Berechtigungsverhältnis)

eine Mehrheit von Personen Eigentümer von Sondereigentum werden kann<sup>20</sup>. Erst im Laufe der Zeit hat sich die Auffassung eines „Bruchteilseigentums neuer Rechtsform“<sup>21</sup> herausgebildet; genau dies ist auch der Kernpunkt der Ausführungen des BGH in seinem zitierten Beschluss. Dem Bundesgerichtshof ging es also allein darum klarzustellen, dass eine Zusammenlegung von Ausgangs-Anteilen der Miteigentümer und ggf. die Neuaufteilung, je mit Zuordnung von Sondereigentum, (allein) durch § 3 WEG und ohne Hilfskonstrukte, wie sie die Vorinstanz noch verlangte, ermöglicht wird. Mit der Frage einer hierbei zugleich stattfindenden Quotenverschiebung musste sich der Bundesgerichtshof in seiner Entscheidung nicht beschäftigen; sie ist durch die Entscheidung daher auch nicht beantwortet.

Auch die von Bochis/Schier angeführte Literaturmeinung trägt die Auffassung der Autoren m.E. nicht. *Krafka*<sup>22</sup> etwa führt zwar aus, dass „eine Veränderung der Miteigentumsanteile {...} im Teilungsvertrag möglich ist“, wobei sich dies ausweislich der weiteren Ausführungen und namentlich des gegebenen Beispiels aber auch wieder nur auf die Zusammenlegung oder Unterteilung von Miteigentumsanteilen, nicht auch auf eine Quotenverschiebung bezieht. Gleiches gilt z.B. für die Ausführungen von *Leidner*<sup>23</sup>, welcher sich diesbezüglich auch kritisch mit der Rechtsprechung des OLG München zu einer (von Leidner nicht für notwendig gehaltenen) Kombination von § 3 WEG und § 8 WEG auseinandersetzt. In dem in diesem Rahmen aufgeführten Beispielsfall Leidners liegt allerdings wieder eine quotenidentische Aufteilung vor, und gerade keine Quotenverschiebung.

Ebenso sprechen *Hügel/Elzer*<sup>24</sup> zwar davon, dass im Teilungsvertrag „die vorhandenen Miteigentumsanteile so verändert werden {können}, dass die rechtstechnische Voraussetzung der Bindung des Sondereigentums an einen Miteigentumsanteil ermöglicht wird.“ Hierbei geht es aber ausweislich der nachfolgenden Ausführungen auch wiederum nur um die „Veränderung der Zahl“<sup>25</sup> der Miteigentumsanteile, nicht aber um die Veränderung der Bruchteilsgröße eines Miteigentümers insgesamt. Auch der im Gutachten des

17 Dieses Rückgriffs hätte es nach der Argumentation von *Bochis/Schier* gar nicht bedurft, wenn diese sich darauf berufen, dass bereits materiell-rechtlich nur eine Erklärung vorliegt, und nicht mehrere. Im Übrigen handelt es sich bei der Rechtsfigur der „notwendigen Erklärungseinheit“ bzw. der „unselbständigen Nebenerklärung“ jeweils um einen gerade nicht verallgemeinerungsfähigen Ausnahmestatbestand vor dem Hintergrund der Regelungen in § 111 Nr. 3 GNotKG (Mehrheit von Registeranmeldungen) bzw. § 11 0 Nr. 1 GNotKG (Gegenstandsverschiedenheit von Beschlüssen und rechtsgeschäftlichen Erklärungen). Zu ersterem ausführlich *Korintenberg/Diehn* a.a.O. (Fn. 12), § 111 Rn. 28ff sowie vor allem Rn. 34ff. Zu den Vollzugsvollmachten im Rahmen von Beschlüssen und Anmeldungen ausführlich *Fackelmann*, ZNotP 2018, 197 (202), sowie *Bachmayer*, NotBZ 2018, 394 (399).

18 BGH a.a.O. (Fn. 4).

19 Vgl. nur *MüKo BGB/Karsten Schmidt*, 8. Aufl. 2020, § 741 Rn. 16.

20 Dies erklärt z.B., weshalb in vielen Fällen aus der Anfangszeit des WEG Ehegatten „als Gesellschaft bürgerlichen Rechts“ als Eigentümer auftraten und in das Grundbuch eingetragen wurden.

21 Vgl. nur BGH a.a.O. (Fn. 4).

22 *Krafka* in: *MüKo BGB*, 8. Aufl. 2021, § 3 WEG Rn. 5.

23 *Leidner* in: *BeckOK WEG*, 48. Ed. 01.03.2022, § 3 Rn. 8ff.

24 *Hügel/Elzer*, *WEG*, 3. Aufl. 2021, § 3 Rn. 6.

25 Hervorhebung durch den Verfasser.

DNotl<sup>26</sup> besprochene Sachverhalt drehte sich allein um die Zusammenlegung und Unterteilung bestehender Miteigentumsanteile, und nicht um eine Quotenverschiebung zwischen den Miteigentümern.

4. § 3 WEG ermöglicht ausweislich seines Wortlauts die „Beschränkung des {bestehenden, Anm.d.Verf.} Miteigentums in der Weise, dass jedem der Eigentümer abweichend von § 93 BGB das (Sonder-)Eigentum an einer Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen eingeräumt wird“. Die Funktion des § 3 WEG besteht daher darin, das schlichte Bruchteils-eigentum am Grundstück in das besondere Eigentum des WEG zu überführen<sup>27</sup> und dabei die sachenrechtliche Zuordnung des gesamten Gebäudes als Bestandteil des Grundstücks (§ 93 BGB) „zu durchbrechen“, nicht weniger, aber eben auch nicht mehr<sup>28</sup>. Eine darüber hinausgehende Veränderung des Miteigentums, namentlich eine Quotenverschiebung, ist von der Vorschrift und dem Normzweck nicht mehr gedeckt.

Besonders deutlich wird dies, wenn bei einer Personenmehrheit, welche aber keine Bruchteils-gemeinschaft ist, eine Aufteilung gem. § 3 WEG stattfinden soll. Es ist unstreitig, dass z.B. eine Gesamthands-gemeinschaft wie eine Erbengemeinschaft zunächst in eine Bruchteils-gemeinschaft überführt werden muss, damit die Aufteilung gem. § 3 WEG stattfinden kann<sup>29</sup>. Leidner<sup>30</sup> führt insoweit sogar zutreffend aus, dass es in diesem Fall kostengünstiger ist, wenn zunächst die Erbengemeinschaft das Eigentum gem. § 8 WEG (also ohne Zuordnung von Eigentum zu den einzelnen Miterben) aufteilt und erst dann eine Erbaueinandersetzung vornimmt. Bei dieser Vorgehensweise entsteht für die Aufteilung gem. § 8 WEG nur eine 0,5-Gebühr gem. KV 21201 Nr. 4 GNotKG (bei bloßer dinglicher Aufteilung) bzw. eine 1,0-Gebühr gem. KV 21200 GNotKG (bei Mitbeurkundung der Gemeinschaftsordnung) neben der 2,0-Gebühr für die Erbteilung. Würde „uno actu“ geteilt, müsste dennoch richtigerweise die 2,0-Gebühr sowohl für die Aufteilung gem. § 3 WEG als auch für die darin zugleich mit erfolgte Erbaueinandersetzung (Umwandlung der Gesamthand in Miteigentum als Voraussetzung für die Aufteilung in WEG) erhoben werden, also insgesamt zwei Mal. Gleiches

gilt natürlich, wenn Ausgangseigentümer eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts ist, insbesondere dann, wenn man diese mit der neueren Rechtsprechung und vor allem mit der ab 01. Januar 2024 geltenden Rechtslage nicht mehr als Gesamthandsgemeinschaft ansieht. Diese Überführung von Gesamthandseigentum in Bruchteils-eigentum kann beurkundungs- und grundbuchtechnisch selbstverständlich unmittelbar im Rahmen der „Aufteilung durch Wohnungseigentumsvertrag gem. § 3 WEG“, also gleichsam „uno actu“ und ohne Zwischeneintragung im Grundbuch erfolgen, stellt aber sachenrechtlich (und damit auch kostenrechtlich) dennoch ein eigenes Rechtsverhältnis dar.

Dies alles muss nach dem Vorgesagten m.E. auch dann gelten, wenn Ausgangsgemeinschaft zwar eine Bruchteils-gemeinschaft ist, im Rahmen der Aufteilung in Wohnungseigentum aber Quotenverschiebung stattfinden. Diese Änderung der Rechtsträgerschaft (Mehr- bzw. Mindererwerb gegenüber dem Ausgangs-bruchteil) ist nicht mehr vom Anwendungsbereich des § 3 WEG gedeckt, sondern bedarf, wie das Landgericht Offenburg zu Recht festgestellt hat, einer Auflassung, welche demzufolge ein von der Aufteilung zu unterscheidendes, eigenes Rechtsverhältnis auch i.S.d. § 86 Abs. 2 GNotKG ist. Dieses Rechtsverhältnis „Auflassung“ ist aber, wie vorstehend in Ziff. 2 ausgeführt und anders als das LG Offenburg meint, gegenstands-verschieden zur Aufteilung gem. § 3 WEG und daher gesondert zu bewerten. So hatte es in dem entschiedenen Fall zu Recht auch die Kostenrevision gesehen.

Für sich betrachtet, löst diese Auflassung, da es an einem beurkundeten schuldrechtlichen Grundgeschäft fehlt, eine 2,0-Gebühr gem. KV 21100 GNotKG aus dem Wert des übergehenden Anteils (§ 46 GNotKG) aus. Im Zusammenhang mit der Aufteilung gem. § 3 WEG kommt es gem. § 93 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 GNotKG zur einmaligen Gebührenerhebung aus dem addierten Wert. Eine Gebührenersparnis ist mit der „schlanken“ Lösung daher nicht verbunden, weil bei Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundverhältnisses für die Anteilsverschiebung dieses eine 2,0-Gebühr aus dem entsprechenden Wert auslösen würde und die Auflassung hierzu gem. § 109 Abs. 1 GNotKG gegenstands-identisch wäre. Oder anders herum gesprochen: die Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundverhältnisses für die Anteilsverschiebung macht die Urkunde nicht teurer.

5. Aber auch wenn die dargestellten Auffassungen des Landgerichts Offenburg zur Gegenstandsidentität der

26 DNotl-Gutachten, DNot-Report 2015, 169.

27 Vgl. *Krafka* a.a.O. (Fn. 21), § 3 WEG Rn. 1.

28 Im Rahmen der Podiumsdiskussion während einer Fachveranstaltung zum Immobilienrecht am 25. Juni 2022 unter Teilnahme von Prof.Dr. Hügel wurde auf meine Frage die hier vertretene Auffassung bestätigt.

29 Vgl. nur *Krafka* a.a.O. (Fn. 21), § 3 WEG Rn. 6; *Leidner* a.a.O. (Fn. 22), § 3 Rn. 8.

30 A.a.O. (vorherige Fußnote).

Quotenverschiebung bzw. von *Bochis/Schier* zur „Erklärungseinheit“ zutreffend wären, und es demnach, wie vom Landgericht entschieden, nicht zu einer Gebührenerhöhung käme, kann dem hieraus von Boris/Schier offenbar hergeleiteten Fazit, die schuldrechtlichen Vereinbarungen der Beteiligten, welche der Quotenverschiebung zugrunde liegen, brauchten oder sollten dann (aus Kostengründen) nicht beurkundet werden, nicht gefolgt werden.

Die Quotenverschiebung führt zu bzw. resultiert ja in der Regel auch aus einer Wertverschiebung und damit zu einer Verschiebung der Vermögensverhältnisse. Zwar müssen sich die mit Sondereigentum verbundenen Miteigentumsanteile weder an der Größe noch am Wert der neu zu bildenden Einheiten orientieren, sondern können im Grunde frei gewählt werden<sup>31</sup>, dennoch ist es in der Praxis wegen der sich aus der Bemessung der Miteigentumsanteile ergebenden Folgen (z.B. hinsichtlich der Kostenverteilung, § 16 WEG, der Außenhaftung gem. § 9a Abs. 4 WEG, der Bemessung der Grundsteuer für die einzelnen Einheiten sowie ggf. des Stimmrechts in der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer) regelmäßig so, dass die Miteigentumsanteile das Verhältnis der Wohn- und Nutzflächen oder auch das Wertverhältnis<sup>32</sup> der einzelnen, neu gebildeten Sondereigentumseinheiten zueinander widerspiegeln. Auch in dem der Entscheidung des Landgerichts Offenburg zugrunde liegenden Sachverhalt hat es vermutlich „einen Grund dafür“ gegeben, dass die Anteile am fertigen Wohnungseigentum abweichend von denen gewählt wurden, wie sie vor Aufteilung bestanden, und dieser Grund wird in der konkreten Bauerrichtung liegen, welche in anderen Wertigkeiten der neuen Einheiten resultierte, als dies den reinen Miteigentumsanteilen am Grundstück entsprach.

Diese Änderung der rechtlichen Zuordnung des Eigentums zu einer Person und damit ggf. der Vermögensverhältnisse bedarf allerdings schon aus zivilrechtlichen Gründen einer rechtlichen causa; sie hat in aller Regelung auch weitergehende, namentlich steuerliche<sup>33</sup>, Konsequenzen: erfolgt die Vermögensverschiebung entgeltlich, kann diesem Vorgang z.B. ein

tauschähnlicher Vorgang mit Ausgleichszahlung<sup>34</sup> oder ein Kauf<sup>35</sup> zugrunde liegen, welcher Grunderwerbsteuer auslöst; erfolgt die Vermögensverschiebung ohne Ausgleichszahlung, kann z.B. eine Erbauseinsetzung unter Berücksichtigung lebzeitiger Empfänge (§§ 2050ff. BGB), eine Schenkung<sup>36</sup> oder, unter Ehegatten, eine „ehebedingte Zuwendung“ der Rechtsgrund sein, welche, je nach Sachverhalt, Schenkungsteuer auslösen können. Der Wohnungseigentumsvertrag selbst kann, anders als dies *Bochis/Schier* offenbar annehmen<sup>37</sup>, m.E. allerdings nicht die causa sein, denn hierbei handelt es sich, wie auch die Autoren selbst ausführen<sup>38</sup>, um einen dinglichen, und nicht um einen schuldrechtlichen Vertrag.

Drei kleine Beispiele aus der Praxis sollen die Notwendigkeit der Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundverhältnisses nochmals verdeutlichen:

a) die drei Kinder des Erblassers A, B und C haben kraft gesetzlicher Erbfolge ein Drei-Familien-Haus zu je 1/3 Erbquote geerbt. Dieses soll nunmehr in Wohnungseigentum aufgeteilt und jedem Miterben eine Wohnung zugewiesen werden. Da C sich gem. § 2050 BGB lebzeitige Vorempfänge anrechnen lassen muss, soll dieser die etwas kleinere Dachgeschoss-Wohnung erhalten, welche mit 25/100 Miteigentumsanteil verbunden wird, während die beiden anderen Wohnungen jeweils ein 37,5/100 Miteigentumsanteil zugewiesen wird.

Würde im Rahmen der Beurkundung nicht dokumentiert werden, dass diese Quotenverschiebung den, aufgrund des Vorempfangs, tatsächlichen Teilungsquoten der Erben entspricht, würde das Finanzamt ggf. einen unentgeltlichen Übererwerb im Rahmen der Erbteilung annehmen und dies als steuerpflichtige freigiebige Zuwendung werten.

b) Eigentümer E verkauft einen 900/1.000 Miteigentumsanteil an seinem Grundstück an den Bauträger B. Mit dem dem E verbliebenen Anteil von 100/1.000

31 Vgl. statt aller nur *Leidner* a.a.O. (Fn. 22), § 3 Rn. 11.

32 Dies kommt z.B. dann vor, wenn große, als Sondernutzungsrecht zugewiesene Gartenflächen oder die Lage der Einheit innerhalb der Immobilie (Dachgeschosswohnung mit Fernblick) bei der Bemessung der Miteigentumsanteile mit berücksichtigt werden.

33 Dies ist mit ein Grund dafür, weshalb für die Eintragung der Aufteilung gem. § 3 WEG in das Grundbuch die Vorlage der steuerlichen Unbedenklichkeitsbescheinigung des Grunderwerbsteuerfinanzamts erforderlich ist, während dies bei einer Aufteilung gem. § 8 WEG gerade nicht der Fall ist.

34 So ausdrücklich auch *Bochis/Schier*, S. 80f..

35 Welcher wiederum statt einer Kaufpreiszahlung einen Erlass des einen Miteigentümers für einen Erstattungsanspruch wegen dessen Mehraufwendungen im Zuge der Bauerrichtung vorsehen kann.

36 Ggf. nicht im zivilrechtlichen, aber jedenfalls im steuerrechtlichen Sinne gem. § 7 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG. Eine solche freigiebige Zuwendung zieht wiederum eine Anzeigepflicht nach § 34 ErbStG nach sich, welche ggf. übersehen wird, wenn man sich auf die Beurkundung der dinglichen Aufteilung gem. § 3 WEG beschränkt, ohne sich über das schuldrechtliche Grundverhältnis Gedanken zu machen.

37 Ziff. II Nr. 4 der Abhandlung („Zwischenergebnis“), S. 81.

38 S. 80 rechte Spalte mitte.

soll später Sondereigentum an einer neu zu errichtenden Wohnung verbunden werden<sup>39</sup>. Bei der folgenden Detailplanung des Bauvorhabens ergibt sich, dass für die Wohnung des E 95/1.000 Miteigentumsanteil angemessen wären.

Es liegt auf der Hand, dass E dem B weitere 5/1.000 Miteigentumsanteil verkaufen (und nicht etwa schenken) wird.

- c) Ehegatten sind Miteigentümer je zur Hälfte eines Einfamilienhauses mit Einliegerwohnung, welche von der Ehefrau als Büro im Rahmen ihrer freiberuflichen Tätigkeit genutzt wird. Der Steuerberater rät an, Wohnungseigentum zu bilden und die Einheit „Einliegerwohnung“ allein auf den Ehemann zu übertragen. Die Beteiligten möchten aber, dass die eigentliche Hauptwohnung weiterhin beiden Ehegatten zu gleichen Teilen gehören soll.

Bei einer entsprechenden Aufteilung gem. § 3 WEG kommt es demzufolge zu einer Quotenverschiebung (der Ehemann hat anschließend mehr Eigentum als bisher). Diese Quotenverschiebung hat ihren Rechtsgrund nicht im Wohnungseigentumsvertrag, denn dieser ist ein dinglicher Vertrag und regelt nur die sachenrechtliche Verbindung des Miteigentums mit dem Eigentum an einer Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen, abweichend von § 93 BGB.

Um Klarheit etwa über die Rechtsfolgen dieser Quotenverschiebung im Falle einer Scheidung der Ehegatten (soll eine Anrechnung auf einen etwaigen Zugewinnausgleich erfolgen oder nicht?; liegt eine endgültige ehebedingte Zuwendung vor oder ist ein Rückforderungsrecht zu vereinbaren?) und über die steuerlichen Auswirkungen zu haben, kann von einer Beurkundung des Grundverhältnisses m.E. nicht abgesehen werden.

Oft liegt das eigentliche Problem, wie besonders am letzten Beispielfall und ggf. auch am Fall des LG Offenburg deutlich wird, bereits im Ausgangsverhältnis, nämlich wenn die spätere Aufteilung in Wohnungseigentum beim Erwerb des Grundstücks bzw.

der Bemessung jeweiligen Miteigentumsanteile hieran nicht ausreichend berücksichtigt, wurde bzw., mangels fortgeschrittener Bauplanung, nicht abschließend berücksichtigt werden konnte. Dies führt dann fast zwangsläufig dazu, dass die späteren Flächenverhältnisse oder Wertigkeiten der neu zu bildenden Sondereigentumseinheiten von den bestehenden Miteigentumsanteilen am Grundstück abweichen. Die Lösung des Problems kann aber nicht darin liegen, dies bei der späteren Aufteilung in Wohnungseigentum zu ignorieren, und nur die dingliche Aufteilung einschließlich der dinglichen Anteils- und Vermögensverschiebung zu beurkunden, ohne sich über das schuldrechtliche Grundverhältnis auszulassen. Im Gegenteil: das schuldrechtliche Grundverhältnis beinhaltet ja die Verpflichtung, einen Miteigentumsanteil am Grundstück zu übertragen bzw. zu erwerben, und bedarf daher gem. § 311b Abs. 1 S. 1 BGB der notariellen Beurkundung. Dies wird vermutlich auch bei dem dem Landgericht Offenburg vorgelegenen Sachverhalt so gewesen sein.

5. Zusammenfassend lässt sich daher m.E. festhalten:

- a) entgegen der Auffassung des Landgerichts Offenburg sowie von Bochis/Schier löst die im Rahmen einer Aufteilung gem. § 3 WEG mit erfolgte Anteilsverschiebung Mehrkosten aus. Zu erheben ist – isoliert betrachtet – eine 2,0-Gebühr aus dem Wert der Anteilsverschiebung. Wegen §§ 93 Abs. 1 i.V.m. § 35 Abs. 1 GNotKG kommt es im Ergebnis zur einmaligen Gebührenerhebung aus den addierten Geschäftswerten. Das ist nicht teurer oder billiger als bei Mitbeurkundung des schuldrechtlichen Grundverhältnisses.
- b) von der Beurkundung des der Anteilsverschiebung zugrunde liegenden Rechtsverhältnisses (Kauf, Tausch, Schenkung, Erbauseinandersetzung, Auflösung einer GbR usw...) kann nicht abgesehen werden. Zum einen gebietet es aus meiner Sicht das Pflichtenprogramm des Notars, das Grundgeschäft wegen der damit ggf. über die reine Aufteilung in WEG hinaus verbundenen Folgen nicht unbeachtet zu lassen. Zum anderen wird das Grundgeschäft regelmäßig ohnehin ein beurkundungsbedürftiges Rechtsgeschäft gem. § 311b BGB darstellen.

---

<sup>39</sup> Die Sinnhaftigkeit einer solchen Gestaltung soll hier nicht diskutiert werden. Fakt ist aber, dass solche Gestaltungen praktiziert werden.

# § 3 und § 5 WEG neue Fassung – Gestaltungsüberlegungen

Von Notar Dr. Daniel Schäuble\*

## ▶ I. Einleitung

Die für die notarielle Praxis bedeutsamen Normen des § 3 WEG und § 5 WEG erhielten durch das WEMoG vom 16. Oktober 2020 (BGBl I, S. 2187) mit Wirkung zum 1. Dezember 2020 gewichtige Neuerungen. Der nachfolgende Beitrag bezweckt insoweit einige Gestaltungsüberlegungen zu erörtern und Zweifelsfragen aufzuzeigen.

## ▶ II. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG: Stellplätze

### 1. Neuregelung des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG und deren Gehalt

Die durch das WEMoG neu kodifizierte Vorschrift des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG ordnet an, dass Stellplätze als Räume in einem Gebäude<sup>1</sup> gelten. Diese Fiktion tritt inhaltlich an die Stelle der bisherigen Regelung des § 3 Abs. 2 S. 2 WEG aF, jedoch bezieht sie sich nur auf die Raumeigenschaft und nicht mehr auf die Abgeschlossenheit.<sup>2</sup> Dies liegt darin begründet, dass es nach der seit dem 1. Dezember 2020 geltenden Rechtslage bei Stellplätzen gemäß der Regelung des § 3 Abs. 3 WEG nicht mehr auf eine Abgeschlossenheit ankommt. Anstelle dieser stellt die Vorschrift bei Stellplätzen auf die Maßangaben im Aufteilungsplan ab. § 3 Abs. 1 S. 2 WEG verdeutlicht, dass Sondereigentum auch nach aktuellem Recht nur an Räumen gebildet werden kann. Auch wenn die systematische Stellung eine andere Interpretation erlauben würde,<sup>3</sup> findet die Fiktion des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG für alle Arten von Stellplätzen Anwendung. Dies ist unabhängig davon, ob es sich hierbei um Stellplätze in einem Gebäude oder um solche im Freien handelt oder ob diese beispielsweise mit einem Carport überbaut sind. Daher sind auch Stellplätze

auf oder unter einem Gebäude sowie einzelne Stellplätze in einer Mehrfachparkanlage, sogenannte Duplexparker für zwei Stellplätze oder Quadruplexparker für vier Stellplätze, erfasst,<sup>4</sup> ebenso wie Parkpaletten.<sup>5</sup> Aufgrund ihrer besonderen wirtschaftlichen Bedeutung können Außenstellplätze anders als andere Freiflächen, für die die Regelung des § 3 Abs. 2 WEG gilt, alleiniger Gegenstand des Sondereigentums sein.

### 2. Nutzung der neuen Gestaltungsoption für Außenstellplätze

#### Fall 1:

*Ein Mandant möchte im Rahmen eines Bauträgerprojekts wissen, ob er Außenstellplätze als selbstständiges Teileigentum oder, gemäß bisheriger Praxis, als Sondernutzungsrecht zuweisen soll.*

Insbesondere in Innenstadtlagen stellen Stellplätze jeder Art, auch Außenstellplätze, einen wirtschaftlichen Wert dar. Der Vorteil der Begründung eines Teileigentums an Stellplätzen ist deren isolierte Übertragung auch an eine Person, die nicht Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist. Hieraus entsteht ein Mehrwert. Ein Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz kann hingegen nur an ein anderes Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden. Entsprechend ist der Kreis der möglichen Erwerber kleiner. Vor Inkrafttreten des WEMoG war eine Übertragung an einen Außenstehenden nur über eine Übertragung eines Miteigentumsanteils, etwa 1/100, an einem (idealerweise wirtschaftlich unbedeutendem) Teileigentum (etwa Tiefgaragenstellplatz), zusammen mit der Verbindung dieses Miteigentumsanteils mit dem Sondernutzungsrecht an einem Außenstellplatz denkbar. Diese Konstruktion wurde ergänzt durch eine Regelung nach § 1010 BGB über den Ausschluss der Aufhebung der Miteigentümergeinschaft am Teileigentum (im Beispiel: Tiefgaragenstellplatz und die Nutzung des Tiefgaragenstellplatzes – Nutzungsbefugnis beim Miteigentümer, der die 99/100 Miteigentumsanteile innehat).<sup>6</sup> Freilich war die-

\* Der Autor ist Notar in Waldshut-Tiengen. Der Beitrag beruht auf einem im Rahmen der Notarfortbildung des Badischen Notarvereins am 11.03.2022 in Ettlingen gehaltenen Vortrags.

1 BT-Drucks 19/18791, S. 38 (Regierungsentwurf). Ob die Fiktionsreichweite lediglich die Raumeigenschaft oder darüber hinaus auch die Eigenschaft des Raumes in einem Gebäude erfasst, überlegt: MünchKomm/Krafka § 3 WEG Rz. 44.

2 BT-Drucks 19/18791, S. 38 (Regierungsentwurf); ob § 3 Abs. 2 S. 2 WEG aF nur die Abgeschlossenheit (so etwa OLG Jena BWNotZ 2006, 43; OLG Celle, NJW-RR 1991, 1489) oder auch die Raumeigenschaft fingierte (so etwa OLG Frankfurt aM DNotZ 1977, 635; OLG Frankfurt aM OLGZ 1984, 32, 33), wurde unterschiedlich beurteilt.

3 Hügel/Elzer, § 3 WEG Rz. 60.

4 BT-Drucks 19/18791, S. 39 (Regierungsentwurf).

5 MünchKomm/Krafka § 3 WEG Rz. 48; Palandt/Wicke § 3 WEG Rz. 9.

6 Siehe zum sog. „Kellermodell“ etwa DNotl-Report 2018, 137, 139 f.

ses Konstrukt nicht zu empfehlen, insbesondere nicht mit Blick auf die Schwächen der Miteigentümergeinschaft<sup>7</sup> und die Komplikationen, dass mehrere Personen Eigentümer des betroffenen Teileigentums sind.

Umgekehrt kann auch für Außenstellplätze der Zweck des nachfolgend dargestellten Annex-Erfordernisses in § 3 Abs. 2 WEG berücksichtigt werden. Dieser ist darin zu sehen, dass die Gemeinschaft möglichst von solchen Personen freigehalten werden soll, denen lediglich ein Freiflächen-Sondereigentum zusteht, da die Interessen solcher Personen typischerweise anders gelagert sind als diejenigen von Raumeigentümern.<sup>8</sup> Der Gedanke lässt sich auch auf einen Teileigentümer übertragen, der nur Eigentum an einem Außenstellplatz hat. Hierbei sind jedoch die Grenzen zu einem Teileigentümer, dessen Mitgliedschaft in der Wohnungseigentümergeinschaft lediglich durch einen Tiefgaragenstellplatz vermittelt wird, als fließend aufzufassen.

Daneben gewähren Sondernutzungsrechte bei ihrer Bildung und Zuweisung eine größere Flexibilität. Auf Sondernutzungsrechte ist § 3 Abs. 3 WEG nicht anwendbar. Soll ein Stellplatz nachträglich gebildet werden und liegen für diesen daher keine Einzeichnung im Aufteilungsplan sowie keine Abgeschlossenheitsbescheinigung vor, so kann ein verdinglichtes Nutzungsrecht durch Einräumung eines Sondernutzungsrechts ohne das Erfordernis eines neuen ergänzten Aufteilungsplans mit neuer ergänzter Abgeschlossenheitsbescheinigung ermöglicht werden. Sofern der teilende Eigentümer (Bauträger) in der Gemeinschaftsordnung insoweit ermächtigt wurde, bedarf es hierzu nicht der Mitwirkung der anderen Wohnungseigentümer oder dinglich Berechtigter.<sup>9</sup> Umgekehrt erfordert die nachträgliche Begründung von Sondereigentum die Mitwirkung ebendieser. Dogmatisch stellt sie eine Umwandlung von gemeinschaftlichem Eigentum in Sondereigentum dar. Ein Vorbehalt im Teilungsvertrag oder in der Teilungserklärung, dass eine solche Umwandlung nachträglich einseitig vorgenommen werden kann, ist nicht möglich. Insoweit kann lediglich mit Vollmachten gearbeitet werden, die, bzw. die Verpflichtung zur Vollmachtserteilung, einer AGB-Kontrolle unterliegen.<sup>10</sup> Hierbei ist zu beachten, dass eine Vollmacht nur betreffend den jeweiligen Vollmachtgeber wirkt, sprich, dass sie die Bewilligung dinglich Berechtigter am Wohnungseigentum, die eine solche

Vollmacht regelmäßig nicht erteilt haben, nicht entbehrlich macht.<sup>11</sup>

Fällt die Entscheidung zugunsten von Sondereigentum an dem Außenstellplatz, so findet hinsichtlich der sachenrechtlichen Zuordnung § 5 Abs. 1 S. 2 WEG Anwendung (siehe hierzu nachfolgend II.5). In Bezug auf die Rechte und Pflichten gelten wiederum die Regeln des WEG zum Sondereigentum, insbesondere §§ 13, 14 WEG, sowie jene des BGB zum Eigentum. Wird hingegen die Bildung eines Sondernutzungsrechts präferiert, dann verbleibt der Stellplatz im Gemeinschaftseigentum. Daraus resultiert ein unterschiedlicher Gestaltungsbedarf in einer Teilungserklärung bzw. einem Teilungsvertrag.

### 3. Nutzungsmöglichkeiten des Stellplatzes

#### Fall 2:

*Ein Mandant möchte ein Grundstück in Wohnungseigentum aufteilen. Auf dem Grundstück, das sich in Innenstadtlage befindet, existiert eine Fläche mit Sicht auf den Bodensee, die sich sowohl als KFZ-Stellplatz als auch als Freizeitfläche nutzen lassen würde. Der Mandant möchte nun wissen, ob er an dieser Freifläche ein selbstständiges Teileigentum bilden kann und dieses auch als Freizeitfläche genutzt werden könnte.*

Der Begriff des „Stellplatzes“ wird – trotz der an diesen Begriff geknüpften Rechtswirkungen – weder im Gesetz noch in der Gesetzesbegründung näher definiert. In tatsächlicher Hinsicht sind bauliche Befestigungen oder Abgrenzungen in der Natur nicht erforderlich.<sup>12</sup> Die Lokalisierung erfolgt gemäß § 3 Abs. 3 WEG stattdessen durch Maßangaben im Aufteilungsplan. Dennoch bedarf der Begriff des Stellplatzes in mehrfacher Hinsicht einer Klärung. Zum einen gilt dies hinsichtlich der Gegenstände, für die diese Fläche als Stellplatz dienen soll. In einem engen Verständnis sind ausschließlich Fahrzeuge aller Art gemeint, die für die Fortbewegung geeignet sind.<sup>13</sup> Einer Abstellfläche für Gegenstände, die keine Fortbewegungsmittel darstellen, z. B. Müllcontainer, kommt entsprechend dieser Sichtweise keine Stellplatzqualität zu.<sup>14</sup> In einem weiten Verständnis dürfen Gegenstände aller Art abgestellt werden.<sup>15</sup> Richtig erscheint auf Grundlage historisch-teleologischer Auslegung die enge Sichtweise, denn nur insoweit scheint die von der Regierungsbegrün-

7 Siehe etwa: WürzNotar-HdB/Weber Teil 2 Kap. 4 Rz 5.

8 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 148.

9 Zu den verschiedenen dogmatischen Ansätzen siehe etwa Bauer/Schaub/Schneider, GBO, E. Wohnungseigentum und Dauerwohnrecht, Rn. 145 ff.

10 Siehe etwa DNotI-Report 2020, 37, 38.

11 BayObLG DNotZ 1996, 297.

12 MünchKomm/Krafka § 3 WEG Rz. 44.

13 Schon nach altem Recht zu eng: LG Hamburg, NZM 2016, 58: Tiefgaragenstellplatz ist nur für das Abstellen von Kfz, nicht für das Abstellen von E-Bikes bestimmt.

14 Hügel/Elzer, § 3 WEG Rz. 61; M. Müller ZWE 2020, 445 (446).

15 Becker/Schneider ZfIR 2020, 281 (284); MünchKomm/Krafka § 3 WEG Rz. 44.

derung genannte besondere wirtschaftliche Bedeutung gegeben zu sein, die die Raumfiktion rechtfertigen soll.<sup>16</sup>

*Für Fall 2 bedeutet dies, dass ein Stellplatz für die Platzierung etwa von Liegestühlen, eines Grills oder einer Tischtennisplatte nicht in Betracht kommt.*

Darüber hinaus ist zu beachten, dass zumindest für Außenstellplätze eine gesetzlich zwingend vorgegebene Zweckbestimmung vorliegt. Eine Einschränkung der Nutzung des Sondereigentums an dem Stellplatz, etwa, dass der Stellplatz nur zur Abstellung von PKW oder Fahrrädern genutzt werden darf, kann durch eine Zweckbestimmung im engeren Sinne im Rahmen der Gemeinschaftsordnung erfolgen. Hierdurch wird das nach § 13 Abs. 1 WEG umfassende Recht eingeschränkt, mit seinem Sondereigentum nach Belieben zu verfahren.

Eine Erweiterung der gesetzlich vorgegebenen Zweckbestimmung „Stellplatz“ durch eine Vereinbarung unter den Wohnungseigentümern, etwa dahingehend, dass der Stellplatz auch als Lagerplatz oder zu anderen Nichtwohnzwecken, z. B. als Sport- und Freizeitfläche, genutzt werden darf, scheidet aufgrund der an die Stellplatzeigenschaft in § 3 Abs. 1 S. 2 WEG geknüpften Raumfiktion sowie infolge des damit einhergehenden sachenrechtlichen Typenzwangs aus.<sup>17</sup> Im Falle der Zulässigkeit wäre es ausreichend, dass der Stellplatz für eine Stellplatznutzung als solche geeignet ist, wobei dies faktisch immer gegeben wäre, da auch beispielsweise eine Fahrradstellplatzeignung genügen würde.

*Für Fall 2 bedeutet dies, dass eine Erweiterung der Zweckbestimmung nicht möglich ist. Zulässig ist allein die Bildung von Teileigentum mit der Zweckbestimmung „Stellplatz“*

Eine Erweiterung der Zweckbestimmung kommt für solche „Stellplätze“ in Betracht, die zur Begründung von Sondereigentum nicht der Fiktion des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG bedürfen,<sup>18</sup> spricht, denen entsprechend allgemeinen Grundsätzen plangemäß eine Raumqualität zukommt, wobei der Raumbegriff keine feste allseitige Umschlossenheit voraussetzt. Vielmehr genügt eine eindeutige Abgrenzbarkeit gegen sonstiges Sondereigentum ebenso wie gegen das Gemeinschaftseigentum. Zu diesem Zweck kann auch eine sog „Luftschranke“ genügen.<sup>19</sup> Diese „Luftschranken“ müssen etwa durch planmäßige

Wandteile, auch wenn diese über größere Öffnungen verfügen, oder planmäßig durch optisch wahrnehmbare Begrenzungen vermittelt werden.<sup>20</sup> Darüber hinaus haben die Begrenzungen planmäßig eine gewisse Dauerhaftigkeit sowie Stabilität vorzuweisen.<sup>21</sup>

Auch im Rahmen der engen Sichtweise bestehen im Einzelfall sicherlich Abgrenzungsschwierigkeiten, da die Stellplatzeigenschaft in der Natur nicht durch entsprechende typische Abgrenzungen und Befestigungen ersichtlich sein muss.

#### **Fall 3:**

*Im Fall 2 überlegt der Mandant was passieren würde, wenn die Eigentümer des Teileigentums „Stellplatz“ auf diesem Stellplatz doch einmal Federball spielen, grillen oder für ihren Schwedenofen Holz lagern.*

Wird die konkrete Nutzung eines Stellplatzes entgegen der Zweckbestimmung faktisch geändert, so führt dies in jedem Fall nicht zu einer nachträglichen Unwirksamkeit der Sondereigentumsbegründung. Dennoch verstößt eine solche Nutzung gegen die Zweckbestimmung des Teileigentums „Stellplatz“. Die Wohnungseigentümergeinschaft kann von dem Delinquenten grundsätzlich nach § 1004 Abs. 1 BGB Unterlassung verlangen (§ 14 Abs. 1 Nr. 1 WEG i. V. m. § 5 Abs. 4 S. 1, § 10 Abs. 3 S. 1 WEG). Allerdings wird in diesem Zusammenhang angenommen, dass eine andere als die zweckentsprechende Nutzung (Stellplatz) dann nicht untersagt werden kann, falls diese bei typisierender Betrachtungsweise nicht in höherem Maße stört als die nach der Gemeinschaftsordnung konkret zulässige Nutzung als Stellplatz.<sup>22</sup> In die Betrachtung einbezogen werden die üblicherweise zu erwartenden Lärm- und Geruchsimmissionen, die Besucherfrequenz und Nutzungszeiten sowie etwaige höhere Kosten für die Wohnungseigentümergeinschaft. Die Meinungen, ob bei abstrakt genereller Sichtweise die Nutzung des Stellplatzes als Freizeitfläche für die anderen Wohnungseigentümer störender ist als die zweckentsprechende Nutzung etwa für einen V8-SUV-Boliden, dürften auseinandergehen.

## **4. Mehrfachparker**

#### **Fall 4:**

*Ein Mandant möchte für sein neues Baurägerprojekt in der Tiefgarage Quadruplexparker errichten. Er hat bereits*

<sup>16</sup> BT-Drucks 19/18791, S. 38 (Regierungsentwurf).

<sup>17</sup> Wohl dagegen H<sup>ügel</sup>/E<sup>lzer</sup>, § 3 WEG Rz. 62.

<sup>18</sup> D<sup>ötsch</sup>/S<sup>chultzky</sup>/Z<sup>schieschack</sup>WEG-Recht 2021 Kap. 1 Rz. 9.

<sup>19</sup> BGH NJW 2008, 2982; OLG Celle OLGZ 1981, 106 (108).

<sup>20</sup> BeckOKG/S<sup>chultzky</sup> § 5 WEG Rz. 14.

<sup>21</sup> OLG Hamm FGPrax 2016, 109.

<sup>22</sup> BGH RN<sup>otZ</sup> 2022, 82 (87 f); NJW 2020, 921 (924); MittBayNot 2020, 617 (619) mwN.

einen Kunden, dessen Steuerberater ihm geraten habe, er solle nicht vier Stellplatzeinheiten, sondern nur ein Teileigentum bestehend aus vier Stellplätzen erwerben. Insoweit möchte der Mandant einen Ratschlag erhalten.

Jeder Stellplatz eines Mehrfachparkers ist nunmehr sondereigentumsfähig (§ 3 Abs. 1 S. 2 WEG). Zu beachten ist allerdings, dass aus konstruktiven Gründen und da sie von mehreren Parkplätzen (Teileigentumseinheiten) benötigt werden bei Mehrfachparkern tragende Bauteile (etwa Hebevorrichtung, Antriebs- und Steuerungsanlagen) gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum stehen.<sup>23</sup> Insoweit sollten regelmäßig zweckentsprechende Regelungen zur Tragung von Betriebs- sowie Instandhaltungskosten in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden, wonach diese nur die betreffenden Teileigentümer tragen.<sup>24</sup> Möglich ist jedoch weiterhin, dass an einem Mehrfachparker insgesamt, sprich an allen Stellplätzen eines Mehrfachparkers, ein Teileigentum gebildet wird.<sup>25</sup> Demgemäß wird es in der Rechtsprechung für zulässig erachtet, einen Miteigentumsanteil mit mehreren Sondereigentumseinheiten zu verbinden.<sup>26</sup> Da und sofern die Hebevorrichtung allein diesem Mehrfachparker dient, ist sie sondereigentumsfähig.<sup>27</sup> In einem solchen Fall eines einheitlichen Teileigentums kann weiterhin, wie vor Inkrafttreten des WEMoG praktiziert, den einzelnen Personen ein Miteigentumsanteil an dem Teileigentum übertragen und klassisch über eine Miteigentümerversammlung nach § 1010 BGB oder auch progressiver über eine Benutzungsregelung gemäß § 10 Abs. 3 WEG (Sondernutzungsrecht an einem Stellplatz unter Zuweisung zu einem Miteigentumsanteil<sup>28</sup>) vorgegangen werden.

Im Falle einer späteren Unterteilung ist allerdings zu berücksichtigen, dass die vorstehend genannten tragenden sowie der gemeinschaftlichen Nutzung dienenden Bauteile gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend Gemeinschaftseigentum darstellen und dass diese Bauteile daher infolge der Unterteilung in mehrere selbständige Einheiten zwingend ihre Sondereigentumsfähigkeit verlieren. Dementsprechend muss gemeinschaftliches Eigentum begründet und damit zugunsten ebenso wie zulasten aller Miteigentümer

der Gegenstand des gemeinschaftlichen Eigentums verändert werden. Aus diesem Grund ist zur Rechtswirksamkeit der Unterteilung in einem solchen Fall die Mitwirkung aller Wohnungseigentümer in Form einer Auflassung (§ 4 WEG) notwendig, damit kein aufgedrängtes Gemeinschaftseigentum entsteht.<sup>29</sup> Auch sollte bereits eine geeignete Regelung zum Stimmrecht in die Gemeinschaftsordnung aufgenommen werden.<sup>30</sup>

## 5. Eigentumsverhältnisse an Baukörpern auf dem Sondereigentum

In § 5 Abs. 1 S. 1 WEG ist als Sondervorschrift zu § 94 BGB geregelt, welche Bestandteile zum Sondereigentum gehören. Da § 5 Abs. 1 S. 1 WEG nur auf § 3 Abs. 1 S. 1 WEG verweist, gilt diese Spezialvorschrift nur, sofern das Sondereigentum an Räumen in einem Gebäude betroffen ist. Für die außerhalb des Gebäudes liegenden Teile des Grundstücks wiederum findet gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WEG die allgemeine Vorschrift des § 94 BGB entsprechende Anwendung. Unwesentliche Bestandteile sowie Scheinbestandteile (§§ 95 f. BGB) sind nach den allgemeinen Regeln des BGB nicht sonderrechtsfähig.<sup>31</sup> Die Anwendbarkeit dieser Vorschriften wird durch § 5 WEG nicht berührt. In Ausübung einer Dienstbarkeit kann folglich, vorbehaltlich § 13 Abs. 2 WEG, etwa ein Gartenhaus errichtet werden, wobei der Raumeigentümer laut § 95 Abs. 1 S. 2 BGB nicht Eigentümer wird.

In jedem Fall findet § 5 Abs. 1 S. 2 WEG gemäß seinem Wortlaut Anwendung für außerhalb des Gebäudes befindliche Teile des Grundstücks, auf die sich das Sondereigentum nach § 3 Abs. 2 WEG erstreckt. Gemäß der Begründung des Regierungsentwurfs gilt diese Regelung jedoch „auch für außerhalb des Gebäudes liegende Stellplätze, für die nach § 3 Abs. 1 S. 2 WEG die Raumeigenschaft gesetzlich fingiert wird“<sup>32</sup>. Interpretiert man diese Fiktion des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG, wonach Stellplätze als Räume in einem Gebäude gelten, in einem absoluten Sinn, so können sie nicht gleichzeitig außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks darstellen. Mithin müsste nach seinem Wortlaut eine Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 WEG i. V. m. § 94 BGB ausscheiden.<sup>33</sup> Umgekehrt verweist § 5 Abs. 1 S. 1 WEG nicht allgemein auf § 3 Abs. 1 WEG, sondern

23 BGH ZWE 2019, 322; Becker/Schneider ZfIR 2020, 281, 285; Palandt/Wicke § 3 WEG Rz. 9.

24 MünchKomm/Krafka § 3 Rz. 49; Hügel/Elzer, § 3 WEG Rz. 64.

25 MünchKomm/Krafka § 5 Rz. 19.

26 OLG Düsseldorf ZWE 2016, 165 Rz. 17; BayObLG BayObLGZ 1971, 102 (108); aus der Lit. BeckOGK WEG/M. Müller, Stand 1.3.2020, § 2 WEG Rz. 108–110.

27 Dötsch/Schultzky/Zscheschack WEG-Recht 2021 Kap. 1 Rz. 16.

28 Hierzu BGH DNotZ 2012, 769; Nach der Rspr. des BGH ist die Einräumung eines Sondernutzungsrechts für einen Miteigentumsanteil aufgrund der Gleichartigkeit des Miteigentumsanteils mit dem Alleineigentum zulässig.

29 BGH NJW 1998, 3711; Rapp in Beck'sches Notar-Handbuch 7. Auflage 2019, Rz. 83.

30 Zum Stimmrecht bei Unterteilungen siehe Soergel/Schäuble § 1 WEG Rz. 48.

31 BGH NJW 1975, 688; Düsseldorf NJW-RR 1995, 206; Staudinger/Rapp § 5 WEG Rz. 19.

32 BT-Drucks 19/18791, S. 40 (Regierungsentwurf).

33 Vor diesem Hintergrund plädieren für eine analoge Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auf Außenstellplätze beispielsweise Hügel/Elzer, § 5 WEG Rz. 19; Müller ZWE 2020, 445 ff.

lediglich auf § 3 Abs. 1 S. 1 WEG. Die Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auf Außenstellplätze entspricht gemäß der Regierungsbegründung dem Willen des Gesetzgebers sowie bei einschränkender Interpretation der Fiktion des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG (siehe nachfolgend II.6) auch dem Gesetzeswortlaut. Sie ist daher zu befürworten.

Im Anwendungsbereich von § 5 Abs. 1 S. 2 WEG i. V. m. § 94 BGB sind kraft gesetzlicher Anordnung auch solche Sachen Gegenstand des Sondereigentums, die mit dem im Sondereigentum stehenden Teil des Grundstücks fest verbunden sind. Insbesondere gilt dies für Bauten und Gebäude, die auf diesen Flächen errichtet werden. Hingegen findet § 5 Abs. 2 WEG für diese Gebäude keine Anwendung.<sup>34</sup> Solche Bauten und Gebäude befinden sich insgesamt, d. h. auch hinsichtlich ihrer konstruktiven Teile, im Eigentum des betreffenden Sondereigentümers. Demgemäß können auf demselben Grundstück zwei unterschiedliche Rechtsformen von „Gebäudeeigentum“ entstehen.<sup>35</sup> § 5 Abs. 1 S. 2 WEG regelt lediglich die sachenrechtliche Zuordnung. Ob ein Wohnungseigentümer auf einem im Sondereigentum stehenden Außenstellplatz oder einer Freifläche zu baulichen Veränderungen berechtigt ist, richtet sich wiederum nach § 13 Abs. 2 WEG.

## 6. Reines Außenstellplatzgrundstück

### Fall 5:

*Ein Mandant möchte ein Grundstück, das ausschließlich aus Außenstellplätzen besteht und als solches genutzt werden soll, in Raumeigentum aufteilen.*

Vor dem 1. Dezember 2020 konnte ein solches Grundstück nicht in Wohnungseigentum aufgeteilt werden, da es hierbei an Räumen in einem Gebäude fehlt. Selbst für Carports wurde angenommen, dass keine für die Raumeigenschaft hinreichende Umschlossenheit vorliegt, obwohl hier konstruktive Elemente wie Eckpfosten und eine Überdachung vorhanden sind.<sup>36</sup> Möglich waren bis dahin nur Miteigentümergeinschaften nach § 1010 BGB inklusive der bekannten Schwächen<sup>37</sup> und dem Ärgernis unübersichtlicher Grundbücher.

Nunmehr ordnet § 3 Abs. 1 S. 2 WEG im Wege der Gesetzesfiktion an, dass Stellplätze als Räume gelten (siehe hierzu auch Teil II.5). Auf Grundlage dieser Fiktion könnte ein Grundstück mithin in Teileigentum aufgeteilt werden,

das lediglich aus Stellplätzen besteht. Aus rechtspraktischer Sicht wäre dies ein äußerst wünschenswertes Ergebnis, allerdings darf nicht nur von diesem Ergebnis ausgehend gedacht werden. Zunächst sollte man sich dessen bewusst sein, dass die Fiktion ein gesetzgeberisches Mittel darstellt, um die für einen Tatbestand 1 (hier: Raum in einem Gebäude (§ 3 Abs. 1 S. 1 WEG)) bestehenden Regeln auf einen Tatbestand 2 (Außenstellplatz) anzuwenden. Im Ergebnis stellt die Fiktion eine versteckte Verweisung dar.<sup>38</sup> Sie birgt im Rahmen der Gesetzesanwendung „vermöge der suggestiven Wirkung der Formulierung die Gefahr“, dass die tatsächlich bestehende Verschiedenheit von Tatbestand 2 und Tatbestand 1 „ignoriert“ und „die Gleichsetzung daher über das sachlich vertretbare Maß hinaus ausgedehnt wird.“<sup>39</sup> Diese Feststellung gibt jedoch keinen Aufschluss über dieses „sachlich vertretbare Maß“. Sie meint allerdings, dass man sich vor Augen halten muss, dass die Fiktion des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG auch dergestalt verstanden sowie ausgelegt werden kann, dass sich der Zweck dieser gesetzgeberischen Technik darin erschöpft, Außenstellplätzen eine Sonderrechtsfähigkeit zu verleihen. Im Übrigen stellen bei diesem einschränkenden Verständnis von § 3 Abs. 1 S. 2 WEG Außenstellplatz sonderrechtsfähige Außenflächen dar. Für diese Interpretation lässt sich § 5 Abs. 1 WEG heranziehen, der gemäß der Regierungsbegründung davon ausgeht, dass sich der Stellplatz nicht im Gebäude befindet (siehe auch II.5).<sup>40</sup> Dieses einschränkende Verständnis der Fiktion in § 3 Abs. 1 S. 2 WEG führt dazu, dass der Wortlaut von § 5 Abs. 1 S. 1 WEG und § 5 Abs. 1 S. 2 WEG den Aussagen der Regierungsbegründung entspricht und keine analoge Anwendung von § 5 Abs. 1 S. 2 WEG auf Außenstellplätze geprüft werden muss (siehe hierzu II.5). Im Falle einer solchen restriktiven Interpretation des § 3 Abs. 1 S. 2 WEG besteht bei einem reinen Stellplatzgrundstück kein in Raumeigentum aufzuteilendes Gebäude, auch nicht kraft gesetzlicher Fiktion.

Gegen die Zulässigkeit von Raumeigentum an einem reinen Außenstellplatzgrundstück lässt sich weiter anführen, dass bei reinen Stellplatzgrundstücken Fälle denkbar sind, in denen nur Sondereigentum und mithin kein gemeinschaftliches Eigentum besteht. Dies wäre etwa in dem Fall vorstellbar, wenn sich auf dem Grundstück nur Stellplätze befinden, die alle von einer öffentlichen Straße aus zugänglich sind. Auf einem Stellplatz errichtete Bauten, etwa ein Carport, stehen gemäß § 5 Abs. 1 S. 2 WEG im Sondereigentum (siehe hierzu II.5). Der Grund

<sup>34</sup> BT-Drucks 19/18791, S. 40 (Regierungsentwurf).

<sup>35</sup> Hügel/Elzer, § 5 WEG Rz. 18; Becker/Schneider ZfIR 2020, 285.

<sup>36</sup> BayObLGZ 1986, 29, 32; OLG Celle, NJW-RR 1991, 1489; OLG Köln MittRhNotK 1996, 61.

<sup>37</sup> Siehe etwa WürzNotar-HdB/Weber Teil 2 Kap. 4 Rz. 5.

<sup>38</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 83.

<sup>39</sup> Larenz/Canaris, Methodenlehre der Rechtswissenschaft, 3. Aufl., S. 84.

<sup>40</sup> BT-Drucks 19/18791, S. 40 (Regierungsentwurf).

und Boden des Stellplatzes befindet sich mithin ebenfalls im Sondereigentum.<sup>41</sup> Allerdings gerät das Fehlen von Gemeinschaftseigentum – unabhängig von den verschiedenen Wohnungseigentumstheorien – in Konflikt mit der gesetzlichen Definition des Wohnungs- und Teileigentums gemäß § 1 Abs. 2 und Abs. 3 WEG, wonach zum Raumeigentum stets auch die Verbindung „mit dem Miteigentumsanteil an dem gemeinschaftlichen Eigentum“ gehört. So spricht die Regierungsbegründung zum WEMoG davon, dass das Grundstück nicht mehr zwingend „vollständig gemeinschaftliches Eigentum“ ist.<sup>42</sup> Als Gegenschluss lässt sich behaupten: Ein Teil des Grundstücks muss im gemeinschaftlichen Eigentum stehen.

### ► III. Erstreckung des Sondereigentums auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks

#### Fall 6:

*Ein Mandant möchte wissen, ob er auf seinen Freiflächen Annex-Sondereigentum oder Sondernutzungsrechte begründen soll.*

#### 1. Allgemein

Gemäß der vor dem 1. Dezember 2020 geltenden Rechtslage war es nicht möglich, das Sondereigentum rechtsgeschäftlich auf außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks zu erstrecken, insbesondere nicht im Falle ebenerdiger Terrassen, von Gartenflächen oder Carports. Stattdessen ließ sich Sondereigentum durch Rechtsgeschäft nur an „Räumen“ begründen.

In der Praxis wurden an solchen Flächen regelmäßig Sondernutzungsrechte begründet, die allerdings gesetzlich nicht geregelt waren und daher gemäß der Begründung zum Regierungsentwurf vom Gesetzgeber des WEMoG als streitanfällig angesehen wurden.<sup>43</sup> Zwar ist dieser Befund einer gewissen Streitanfälligkeit zutreffend, jedoch liegt dies weniger in der Natur des Sondernutzungsrechts begründet als vielmehr darin, dass die mit einem Sondernutzungsrecht verbundenen Rechte und Pflichten in manchen Gemeinschaftsordnungen nicht hinreichend geregelt sind. Dies ist aber zunächst eine Frage der Urkundengestaltung.<sup>44</sup> Ob im Falle der Begründung von Sondereigentum an Freiflächen weniger Streit in der Ge-

meinschaft entstehen wird, bleibt abzuwarten. Technische und gesellschaftliche Neuerungen bedingen stets Diskussionen und dort, wo Menschen auf engem Raum zusammenleben, liegt eine gewisse Kollision von Vorstellungen in der Natur der Dinge. Aus diesem Grund erscheint die Aussage der Regierungsbegründung womöglich etwas zu optimistisch, dass durch § 3 Abs. 2 WEG nunmehr Sondereigentum an Freiflächen rechtsgeschäftlich begründet werden und diese Freiflächen einzelnen Raumeigentümern wirtschaftlich zugeordnet werden können, ohne dass die mit dieser Zuweisung von Sondernutzungsrechten verbundene Rechtsunsicherheit in Kauf genommen werden müsste.<sup>45</sup>

#### 2. Erstreckung

Die Erstreckung des Sondereigentums auf außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks erfolgt durch dingliches Rechtsgeschäft, nämlich als Teil des Teilungsvertrages nach § 3 WEG oder als Teil der Teilungserklärung nach § 8 WEG. Demnach gelten die allgemeinen Grundsätze. Insbesondere muss der Teil des Grundstücks, auf den das Sondereigentum erstreckt wird, im textlichen Abschnitt der Urkunde eindeutig bestimmt bezeichnet werden. Des Weiteren ist die Freifläche gemäß § 7 Abs. 4 S. 1 Nr. 1 WEG im Aufteilungsplan mit derselben Nummer wie die zugehörigen Einzelräume zu kennzeichnen. Hierbei muss die Freifläche nicht zwingend an die Raumeinheit angrenzen, von der aus das Sondereigentum erstreckt wird. So ist es insbesondere zulässig, das Sondereigentum einer Dachgeschosswohnung auf einen Gartenteil zu erstrecken.<sup>46</sup>

#### 3. Zulässigkeitsbeschränkungen

Die Möglichkeit, Sondereigentum an einer Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen auf Freiflächen zu erstrecken, wird zunächst in Anlehnung an die Vorschriften für das Erbbaurecht (vgl. § 1 Abs. 2 ErbbauRG) sowie das Dauerwohnrecht (vgl. § 31 Abs. 1 S. 2 WEG) durch § 3 Abs. 2 WEG beschränkt:

##### a)

Außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks können nicht den alleinigen Gegenstand des Sondereigentums bilden. Zulässig ist lediglich die Zuweisung von unselbstständigem Sondereigentum (Annex-Sondereigentum) durch Erstreckung. Demgemäß kann ein Mit-

41 Müller, ZWE 2020, 445 (448).

42 BT-Drucks 19/18791, S. 38 (Regierungsentwurf).

43 BT-Drucks 19/18791, S. 39 (Regierungsentwurf).

44 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 146.

45 BT-Drucks 19/18791, S. 39 (Regierungsentwurf).

46 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 150; Hügel/Elzer, § 3 WEG Rz. 66.

eigentumsanteil nicht allein mit dem Sondereigentum an einem außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks verbunden werden. Im Übrigen liegt auch keine „Erstreckung“ vor.

b)

Der Raum bzw. die Räume müssen wirtschaftlich die Hauptsache des Sondereigentums bleiben. Der Begriff der „wirtschaftlichen Hauptsache“ ist nach dem Willen des Gesetzgebers (Regierungsbegründung) gemäß § 1 Abs. 2 ErbbauRG und § 31 Abs. 1 S. 2 WEG zu verstehen.<sup>47</sup> Dementsprechend muss die Freifläche an wirtschaftlicher Bedeutung hinter dem Bauwerk (vorliegend den Räumen, an denen das Hauptsondereigentum besteht) zurückstehen.<sup>48</sup> Hierbei ist wie in § 1 Abs. 2 ErbbauRG auf die Verkehrsanschauung abzustellen.<sup>49</sup> Maßgeblich sind allein objektive Maßstäbe, sodass diese Frage keiner Vereinbarung im Rahmen des Teilungsvertrags zugänglich ist und mithin nicht der Parteidisposition untersteht.<sup>50</sup>

Im Rahmen von § 1 Abs. 2 ErbbauRG wird der Nutzungsschwerpunkt ganz überwiegend als ausschlaggebendes Kriterium erachtet,<sup>51</sup> wodurch jedoch mit Blick auf die enger ausgelegte Vorgängernorm des § 1013 BGB aF für die Freifläche auch andersartige Nutzungen als für das Bauwerk zugelassen sind.<sup>52</sup> Insgesamt wird im Rahmen des § 1 Abs. 2 ErbbauRG davon ausgegangen, dass kein zu enger Maßstab anzulegen ist und die Interessen des Erbbauberechtigten darüber hinaus im Vordergrund stehen sollen.<sup>53</sup> Insbesondere sind die Größenverhältnisse nicht allein entscheidend. Nur dann, wenn ein faktischer Nutzungsschwerpunkt nicht ermittelbar ist, soll es auf einen Wertvergleich ankommen.<sup>54</sup>

So wird für § 1 Abs. 2 ErbbauRG angenommen, dass beispielsweise bei einem Landhaus mit Zufahrt, See, Zier- und Obstgarten, Park das Gebäude die wirtschaftliche Hauptsache bleibe.<sup>55</sup> Gleiches gilt für ein Hotel mit Waldflächen.<sup>56</sup> Auch bei einer Pferdehaltung mit große-

ren Koppeln<sup>57</sup> oder bei einer Schweinezucht im größeren Stil<sup>58</sup> sollen die Stallungen wirtschaftlich als Hauptsache anzusehen sein, während die Freifläche lediglich dem Auslauf der Pferde oder Schweine diene. Anders soll dies bei einem Landgut mit den darauf befindlichen Wohn- und Wirtschaftsgebäuden oder bei einer Gärtnerei mit Betriebsgebäuden sein, da hier jeweils die Landflächen von überwiegender Bedeutung sind und die Bauwerke in der Regel der Nutzung der Landflächen dienen. Auch im Falle einer (nicht gewerblich genutzten) Einzelgarage und einer dazugehörenden Gartenfläche mit 1.700 qm kann nicht angenommen werden, dass die Nutzung einer einzelnen Garage wirtschaftlich wertvoller ist als die gärtnerische Nutzung eines Grundstücks von fast 1.700 qm.<sup>59</sup>

Insgesamt zeigt sich bei der Anwendung des § 1 Abs. 2 ErbbauRG eine großzügige Linie, die auch im Rahmen des § 3 Abs. 2 WEG zu gelten scheint. Dies liegt darin begründet, dass der Gesetzgeber für § 3 Abs. 2 WEG statt an die Formulierung des § 1 Abs. 2 ErbbauRG auch an jene der Vorgängernorm des § 1013 BGB aF hätte anknüpfen können. Letztere Norm ließ eine Erstreckung auf Freiflächen nur zu dann, wenn diese für die Benutzung des Bauwerks selbst Vorteile boten, also nur eine Annexnutzung zuließen.<sup>60</sup> Des Weiteren wird durch die negative Formulierung über § 1 Abs. 2 ErbbauRG und § 31 Abs. 2 WEG hinausgehend vermutet, dass die Räume wirtschaftlich die Hauptsache bilden.<sup>61</sup>

Wie auch im Rahmen von § 1 Abs. 2 ErbbauRG kann im Falle einer Annexnutzung die Hauptsacheeigenschaft der Räume des Hauptsondereigentums angenommen werden. Ergibt sich demgemäß die Nebenflächennutzung aus der Bauwerksnutzung und ist sie dieser untergeordnet, so bedarf es keiner weiteren Bewertung oder Wertvergleiche.<sup>62</sup> In diesem Rahmen kann auf das Kriterium der gemäß der Verkehrsanschauung „dienenden Funktion der Freifläche“ gegenüber dem Hauptsondereigentum an den Räumen abgestellt werden.<sup>63</sup>

Wenn im Falle einer einheitlichen Nutzung kein Nutzungsschwerpunkt der Räume ermittelt werden kann, ist zunächst ergänzend auf eine Gesamtbetrachtung abzustellen, in die auch die Flächengröße sowie die

47 BT-Drucks 19/18791, S. 39 (Regierungsentwurf).

48 Begründung der ErbbauVO, Erste Beilage zum Deutschen Reichsanzeiger und Preußischen Staatsanzeiger Nr. 26 v. 31.1.1919.

49 BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed., Stand: 01.01.2022, § 3 WEG Rz. 47.

50 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 163.

51 v. Oefele/Winkler/Schlögel, Hdb. Erbaurecht, § 2 Rz. 70; OLG Brandenburg, Urteil vom 14.03.2013 – 5 U 136/09; BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed., Stand: 01.01.2022, § 3 WEG Rz. 47.

52 v. Oefele MittBayNot 1992, 29 (30).

53 OLG München, Beschl. vom 09.07.2012 – 34 Wx 434/11; BayObLG MittBayNot 1992, 45 (47); MünchKomm/Heinemann § 1 ErbbauRG Rz. 23.

54 v. Oefele MittBayNot 1992, 29 (30); v. Oefele/Winkler/Schlögel, Hdb. Erbaurecht, § 2 Rz. 70.

55 v. Oefele MittBayNot 1992, 29 unter Berufung auf die amtliche Begründung zu § 1 ErbbauRG.

56 OLG Brandenburg BeckRS 2013, 06411.

57 OLG München BeckRS 2012, 17466.

58 BayObLGZ 20, 139.

59 BayObLG MittBayNot 1992, 45 (47).

60 Siehe hierzu v. Oefele MittBayNot 1992, 29 (30).

61 BT-Drucks 19/18791, S. 39 (Regierungsentwurf).

62 Für § 1 ErbbauRG siehe v. Oefele MittBayNot 1992, 29 (30).

63 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 163.

Wertverhältnisse einbezogen werden.<sup>64</sup> Erst dann, wenn auch diesbezüglich kein Schwerpunkt ermittelbar ist, ist auf die Vermutung zugunsten der Hauptsacheeigenschaft der Räume abzustellen. Allerdings stellt sich die Folgefrage, wie der Wert der beiden zu vergleichenden Elemente konkret zu berechnen ist. Im Rahmen des § 1 Abs. 2 ErbbauRG wird auch eine verschiedenartige Nutzung der Räume und Freifläche als zulässig erachtet.<sup>65</sup> Somit kann sich die Hauptsacheeigenschaft der Räume auch insoweit zunächst daraus ergeben, dass der faktische Nutzungsschwerpunkt auf diesen liegt. Hilfsweise ist sodann wiederum wie vorstehend auf eine Gesamtbetrachtung abzustellen. Auch wenn die Zwecke von § 1 Abs. 2 ErbbauRG und von § 3 Abs. 2 WEG nicht vollständig kongruent sind,<sup>66</sup> ist wie auch im Rahmen des erstgenannten Paragraphen wie beschrieben auf den Nutzungsschwerpunkt abzustellen. Trotz der Raumfiktion sind Außenstellplätze nicht auf Seiten der Wohnung oder der nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume in die Abwägung einzubeziehen, da sie tatsächlich nicht Teil des Gebäudes sind. Terrassen und Gartenflächen wiederum sind nach der Begründung zum Regierungsentwurf des WEMoG in aller Regel nicht als wirtschaftliche Hauptsache anzusehen.<sup>67</sup>

Der entscheidende Zeitpunkt für die Beurteilung, ob die Wohnung oder die nicht zu Wohnzwecken dienenden Räume wirtschaftlich die Hauptsache bilden, ist der Zeitpunkt der Eintragung des Sondereigentums. Spätere bauliche Änderungen sind hingegen nicht zu berücksichtigen.<sup>68</sup>

#### c)

§ 3 Abs. 2 WEG erlaubt eine Erstreckung des Sondereigentums an den Räumen nur auf außerhalb des Gebäudes liegende Teile des Grundstücks. Damit kann das Sondereigentum nicht auf den Teil des Grundstücks erstreckt werden, auf dem das Gebäude errichtet wurde oder gemäß Plan errichtet werden wird.<sup>69</sup> Der Grundstücksteil, auf dem sich das aufgeteilte Gebäude befindet, steht zwingend im gemeinschaftlichen Eigentum aller Wohnungseigentümer (§ 1 Abs. 5 WEG). Plangemäße Gebäudeteile, insbesondere Balkone, Dachterrassen oder auch Dachflächen, stellen keine außerhalb des Gebäudes lie-

genden Grundstücksteile dar. Mithin scheidet eine Erstreckung über § 3 Abs. 2 WEG aus.<sup>70</sup>

## 4. Argumente für die Bildung von Annex-Sondereigentum an Freiflächen oder für die Bildung eines Sondernutzungsrechts

Im Rahmen des Teilungsvertrags nach § 3 WEG oder der Teilungserklärung gemäß § 8 WEG stellt sich die Frage, ob sich Sondereigentum an einer Wohnung oder an nicht zu Wohnzwecken dienenden Räumen auf Freiflächen erstreckt oder ob an diesen Flächen ein Sondernutzungsrecht gebildet wird.

### a) Flexibilität

Das Sondernutzungsrecht gewährt wie bereits unter Teil II.2 ausgeführt bezüglich der Zuweisung, Übertragung, nachträglichen Unterteilung und nachträglichen Bildung eine größere Flexibilität als Annex-Sondereigentum. Zur Vermeidung von Wiederholungen wird auf Teil II.2 des Beitrags verwiesen.

### b) Gemeinschaftliches Sondernutzungsrecht

Das Sondereigentum an einer Freifläche kann gemäß § 3 Abs. 2 WEG nur auf eine Einheit, nicht jedoch auf mehrere Wohnungseigentumseinheiten erstreckt werden.<sup>71</sup> Falls gewünscht ist, dass etwa eine Gartenfläche von mehreren Wohnungseigentümern genutzt werden kann, bietet sich der Weg eines gemeinschaftlichen Sondernutzungsrechts an.<sup>72</sup> Im Falle der Begründung von Sondereigentum an der Freifläche müsste zur Schaffung einer dinglichen Mitbenutzungsbefugnis – regelmäßig unpraktikablerweise – mit einer (Grund-)Dienstbarkeit gearbeitet werden.

### c) Wohnungserbbaurechte

Die Einräumung von „Annex-Sondereigentum“ ist bei Wohnungserbbaurechten (§ 30 WEG) nicht zulässig.<sup>73</sup>

### d) Rechtliche Zweifelsfälle

Wie in den vorherigen Ausführungen dargelegt wurde, muss sich jede Erstreckung von Sondereigentum an den gesetzlichen Vorschriften messen lassen. Ist etwa zweifelhaft, ob diese erfüllt sind, so kann mit einem Sondernutzungsrecht gearbeitet werden. In jedem Fall ist in einer solchen Situation eine bedingte Begründung von Sonder-

64 BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed., Stand: 01.01.2022, § 3 WEG Rz. 47; Schneider ZWE 2021, 237 (240).

65 Bsp. Fall des BayObLG MittBayNot 1992, 45.

66 Zum Normzweck von § 1 Abs. 2 ErbbauRG: v. Oefele MittBayNot 1992, 29 (30); MünchKommHeinemann § 1 ErbbauRG Rz. 23.

67 BT-Drucks 19/18791, S. 39 (Regierungsentwurf).

68 BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed., Stand: 01.01.2022, § 3 Rz. 47; Becker/Schneider ZfIR 2020, 281 (285).

69 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 157.

70 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 Rz. WEG 157; Elzer ZNotP 2021, 97 (103); MünchKomm/Krafka § 3 WEG Rz. 50; vgl. auch Dötsch/Schultzky/Zschieschack WEG-Recht 2021 Kap. 1 Rz. 23.

71 Zimmer ZWE 2021, 436.

72 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 149; vgl. Becker/Schneider ZfIR 2020, 281 (285).

73 Becker/Schneider ZfIR 2020, 281 (286).

nutzungsrechten angezeigt. Eine unzulässige Zuweisung von Freiflächen-Sondereigentum aufgrund eines Verstoßes gegen sachenrechtlich zwingende Vorschriften führt zu dessen Unwirksamkeit. Regelmäßig wird jedoch über § 139 BGB nur eine Unwirksamkeit der Begründung des Annex-Sondereigentums und nicht des Hauptsache-Sondereigentums anzunehmen sein.<sup>74</sup> Gleiches wird überwiegend im Falle eines Verstoßes gegen die Norm § 1 Abs. 2 ErbbauRG angenommen,<sup>75</sup> die das Vorbild des § 3 Abs. 2 WEG darstellt. Unwirksam begründetes Annex-Sondereigentum wird man darüber hinaus regelmäßig nach § 140 BGB in ein Sondernutzungsrecht umdeuten können.<sup>76</sup> Zur Schaffung von Rechtsklarheit kann es im Einzelfall erforderlich sein, eine Regelung in die Gemeinschaftsordnung aufzunehmen, wonach bei einer fehlerhaften Begründung von Sondereigentum nebst Erhaltungs- und Kostentragungspflichten zumindest ein Sondernutzungsrecht entstehen soll.<sup>77</sup>

Fällt die Entscheidung zugunsten von Sondereigentum an der Freifläche, so findet hinsichtlich der sachenrechtlichen Zuordnung § 5 Abs. 1 S. 2 WEG Anwendung. Hinsichtlich der Rechte und Pflichten gelten die Regeln des WEG zum Sondereigentum, insbesondere §§ 13, 14 WEG, sowie die Regeln des BGB zum Eigentum. Wird hingegen die Bildung eines Sondernutzungsrechts präferiert, dann verbleibt der Stellplatz im Gemeinschaftseigentum. Dies hat einen unterschiedlichen Gestaltungsbedarf in einer Teilungserklärung bzw. einem Teilungsvertrag zur Folge.

## 5. Übertragung von Annex-Sondereigentum

### a) Übertragung auf eine Person, die nicht Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft ist

Annex-Sondereigentum kann als solches nicht auf ein Nichtmitglied der Wohnungseigentümergeinschaft übertragen werden, auch nicht unter Abspaltung eines Miteigentumsanteils am Grundstück. Dies liegt darin begründet, dass es nicht möglich ist, einen Miteigentumsanteil ausschließlich mit dem Sondereigentum an einem außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks zu verbinden. Darüber hinaus folgt dies aus dem Annexcharakter des gemäß § 3 Abs. 2 WEG erstreckten Sondereigentums. Denkbar wären jedoch eine Unterteilung des Raumeigentums nach den allgemeinen Regeln, eine Zuweisung des Annex-Sondereigentums zu den unterteilten Räumen und im Anschluss daran eine Veräußerung einer neu gebildeten Einheit an den Dritten. Allerdings

74 BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed., Stand: 01.01.2022, § 3 Rz. 48.

75 v. Oefele MittBayNot 1992, 29 (31); v. Oefele/Winkler/Schlögel, Hdb. Erbbaurecht, § 2 Rz. 71.

76 BeckOK WEG/Leidner, 47. Ed., Stand: 01.01.2022, § 3 WEG Rz. 48.

77 Zum Formulierungsvorschlag siehe etwa WürzNotar-HdB/Weber Teil 2 Kap. 4 Rz. 4.

gilt es zu berücksichtigen, dass das Sondereigentum an den Räumen nach der Unterteilung jeweils wirtschaftlich die Hauptsache bleiben muss.<sup>78</sup> Eine hiergegen verstößende Neuzuweisung zu einer anderen Einheit resultiert in deren Unwirksamkeit.<sup>79</sup>

### b) Übertragung auf ein Mitglied der Wohnungseigentümergeinschaft

Die Übertragung von Annex-Sondereigentum auf einen anderen Wohnungseigentümer ist gemäß allgemeinen Regeln der Übertragung von Sondereigentum auf einen anderen Sondereigentümer möglich. Allerdings ist auch hierbei zu berücksichtigen, dass nach der Übertragung des Annex-Sondereigentums das Sondereigentum an den (nunmehr neu verbundenen) Räumen weiterhin wirtschaftlich die Hauptsache darstellen muss.<sup>80</sup> Eine hiermit im Konflikt stehende Neuzuweisung zu einer anderen Einheit führt zu deren Unwirksamkeit.<sup>81</sup> Soll jedoch lediglich ein Teil des Annex-Sondereigentums übertragen werden, so bedarf es gemäß allgemeinen Regeln zur Unterteilung grundsätzlich eines neuen Nachtragsaufteilungsplans sowie einer Nachtragsabgeschlossenheitsbescheinigung.

## 6. Erstreckungsfähigkeit von Außenstellplätzen (Außenstellplätze als Hauptsondereigentum)

Stellplätze im Freien gelten gemäß § 3 Abs. 1 S. 2 WEG als Räume in einem Gebäude. Interpretiert man diese Fiktion in einem absoluten Sinn (siehe hierzu II.6), ist eine Erstreckung auf einen außerhalb des Gebäudes liegenden Teil des Grundstücks möglich.<sup>82</sup> Interpretiert man die Fiktion, wie hier favorisiert (siehe hierzu II.6), in einem teleologisch reduzierten Sinn, scheidet mangels Raumeigenschaft des Außenstellplatzes eine Erstreckung aus. Möglich ist jedoch die Erstreckung von einem Stellplatz, der nicht außerhalb des Gebäudes liegt. Auch soweit man die Erstreckung des Sondereigentums von einem Stellplatz auf eine Freifläche bejaht, ist stets die weitere Einschränkung zu beachten, dass das Sondereigentum an dem Stellplatz wirtschaftlich die Hauptsache sein muss.<sup>83</sup>

78 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 Rz. 169; ebenso Hügel/Elzer DNotZ 2021, 3 (6); aA Becker/Schneider ZfR 2020, 281 (285).

79 Hügel/Elzer, § 3 WEG Rz. 70.

80 BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz. 169; ebenso Hügel/Elzer DNotZ 2021, 3 (6); aA Becker/Schneider ZfR 2020, 281 (285), die bei sachenrechtlichen Änderungen ebenfalls allein auf den Zeitpunkt der Begr. des „Annexeigentums“ abstellen.

81 Hügel/Elzer, § 3 WEG Rz. 70.

82 Etwa BeckOGK/M. Müller, Stand: 01.12.2021, § 3 WEG Rz 151; MünchKomm/Krafka § 3 WEG Rz 50.

83 Dazu Wilsch FGPrax 2020, 1 (5).

# Zum Fortbestand der durch Verweis auf das Servitutenbuch eingetragenen Dienstbarkeiten im württembergischen Grundbuch

Andrea Baginski, Bezirksnotarin, Ravensburg und Gregor Schäfer, Bezirksnotar a.D., Riedlingen

Immer öfter werden derzeit bei Grundbuchämtern Anträge auf Löschung von im Grundbuch eingetragenen Rechten, welche auf das Servitutenbuch verweisen, gestellt. Dabei wird meist kurz und knapp auf die inhaltliche Unzulässigkeit der Eintragung wegen nicht im Grundbuch genanntem Berechtigten hingewiesen und die Löschung von Amts wegen nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO angeregt.

Diese Rechtsansicht stützt sich auf eine Entscheidung des Bundesgerichtshofs<sup>1</sup> und entsprechende grundbuchrechtliche Interpretationen hierzu in der Literatur<sup>2</sup>.

Die Sachbearbeiter der baden-württembergischen Grundbuchämter stehen vor der Frage, ob die Rechtsprechung des BGH in den genannten Verfahren anzuwenden ist. Denn dies betrifft die in den Grundbüchern nach bisherigen Bestimmungen eingetragenen Servitutenrechte, die nach bis dahin herrschender Meinung in Literatur<sup>3</sup>, Rechtsprechung und vor allem Gesetzeslage weiterhin immer unverändert mitübertragen wurden.

Die aktuelle Praxis der Eintragungen in den württembergischen Grundbüchern erklärt sich aus deren historischer Entwicklung.

## Historie des württembergischen Grundbuchwesens

### ● Jahr 1832 Güterbücher und Servitutenbücher:

Ab dem Jahr 1832 wurden Güterbücher<sup>4</sup> in den württembergischen Gemeinden angelegt. Die Grundstücke einer Gemarkung wurden verzeichnet, sowie die öffentlichen und privaten Rechtsverhältnisse eines jeden Grundstücks mit den entsprechenden Quellen. Es wurden sowohl Real-, als auch Personaldienstbarkeiten eingetragen<sup>5</sup>. Diese Güterbücher wurden meist

im Personalfolium geführt. D.h. alle Grundstücke eines Eigentümers wurden an dieser Stelle zusammengefasst verzeichnet, mit etwaigen Lasten. Um eine ständige Umschreibung zu vermeiden, konnten Servituten (dingliche Rechte) auch in einem gesonderten Servitutenbuch vermerkt werden<sup>6</sup>. Dies stellte dann einen Teil des Güterbuchs dar<sup>7</sup>. Nicht in jeder Gemeinde sind Servitutenbücher angelegt worden. In diesem Fall war weiterhin das Güterbuch (mit dem Kaufbuch) für etwaige Servituten maßgeblich.

### ● Jahr 1899 Grundbuchordnung; für Württemberg – königliche Verordnung:

Am 24.03.1899 wurde die Grundbuchordnung für das Deutsche Reich verabschiedet. Die Ausgestaltung der Grundbücher blieb jedoch den Ländern überlassen. Dies führte zu unterschiedlichen Systemen. Es gab mehr als 20 verschiedene Grundbuchvordrucke<sup>8</sup>. Für Württemberg wurde bestimmt, dass ab dem 01.01.1900 die bis dahin geführten Güterbücher, Servitutenbücher und Unterpfandbücher zusammen als Grundbuch<sup>9</sup> gelten. Mittels Umschreibung mussten durch die Grundbuchämter neue Grundbücher hergestellt werden<sup>10</sup>. Bzgl. der dinglichen Rechte wurde ausdrücklich keine Umschreibung des Servitutenbuchs (falls ein solches bestand) verlangt. Ein Verweis auf das Servitutenbuch, der seinerseits jedoch kurz sein durfte<sup>11</sup> war ausreichend. Die Nennung eines Schlagworts lediglich Soll-Vorschrift. Das Servitutenbuch bildete weiterhin zusammen mit dem neuen Grundbuchblatt das Grundbuch im Sinne des § 3 GBO<sup>12</sup>.

Die Eigentümer waren nach Anlegung des Grundbuchs zur Einsichtnahme zu laden<sup>13</sup>, wenn Unsicherheiten be-

1 BGH vom 21.10.2011-V ZR 10/11

2 z.B. //g in BWNNotZ 5/2019

3 z.B. *Plank-Kettner*, 3.Auflage aus dem Jahr 1951 S. 247, 370

4 Verfügung betreffend die Anlegung und Führung der Gemeinde-Güterbücher vom 03.12.1832 (Reg.bl. für das Königreich Württemberg 1832 Nr. 60 S. 471, 476)

5 § 27 Verfügung betreffend die Anlegung und Führung der Gemeinde-Güterbücher vom 03.12.1832

6 königl. Dekret vom 30.12.1836 (Reg.Blatt S. 669)

7 *Plank-Kettner* 3. Auflage 1951 S. 3, königl. Dekret vom 30.12.1836 (Reg.Blatt S. 669)

8 *Meikel/Schneider* GBV 11.Auflage Vorbem. zu §§ 4 bis 12 GBV, RN 2

9 § 1 königliche Verordnung über das Grundbuchwesen vom 30.07.1899 (Reg.Blatt S. 540)

10 § 6 königliche Verordnung über das Grundbuchwesen vom 30.07.1899

11 vgl. § 41 Abs. 4 der Verfügung des JuMi vom 02.09.1899 (Amtsblatt des Königlich Württembergischen Justizministeriums, S. 101).

12 § 8 königliche Verordnung über das Grundbuchwesen vom 30.07.1899

13 § 109 der Verf.betr. das GB-Wesen vom 02.09.1899, Amtsbl. S. 101

standen, bereits im Vorfeld vor einer Umschreibung<sup>14</sup>. Über diesen Vorgang war ein Nachweis (meist ein Protokoll) aufzunehmen. Die Beteiligten hatten somit Gelegenheit, eine falsche Eintragung zu rügen und die Verhältnisse klarzustellen. In Württemberg wurde das Grundbuch mit dem Vordruck des Personalformulars<sup>15</sup> geführt, nach dem Grundsatz des Personalfolios<sup>16</sup> (alle Grundstücke eines Eigentümers werden zusammen in einem Grundbuchheft sog. Foliant vermerkt).

● **Jahre 1933-1936 Gleichschaltung 1933; Grundbuchverfügung; Änderung der Grundbuchordnung 1935/36:**

Die durch das NS-Regime im Jahr 1933 eingeleitete Gleichschaltung der Länder beseitigte im Jahr 1934 deren Justizhoheit durch die Überleitung der Rechtspflege auf das Deutsche Reich<sup>17</sup>. Damit verloren die Landesgesetzgeber grundsätzlich auch die Befugnisse, das Grundbuchsystem zu regeln. Ziel war u.a. die Vereinheitlichung des Grundbuchwesens und vor allem, die Einführung eines einheitlichen Vordrucks für alle Grundbücher<sup>18</sup>.

a. Die **Grundbuchverfügung des Reiches** trat am 01.04.1936 in Kraft. Mit dieser wurde der Vordruck des sogenannten „Reichsmusters“ eingeführt. Es wurde indes kein Stichtag für die Geltung der neuen Vorschriften bestimmt<sup>19</sup>. Erst bei Neuanlage und Umschreibung eines Grundbuchs musste das „Reichsmuster“ beachtet werden<sup>20</sup>. Bis zur Umschreibung auf den neuen Vordruck des „Reichsmusters“ blieben die Vorschriften für die alten Grundbücher maßgeblich<sup>21</sup>. Für diese Vorgänge galten feste Regelungen. Die Verfügung ist zwar nach §§ 63 ff. am 01.04.1936 auch in Württemberg in Kraft getreten. Nach § 66 wurde indes Württemberg von der Verpflichtung, die bestehenden Grundbuchhefte in festen, mehrere Blätter umfassenden Grundbuchheften zusammenzufassen, entbunden<sup>22</sup>.

b. Nach **Art. 8 der Verordnung zur Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen vom 05.08.1935**

blieben für Baden und Württemberg auch nach Inkrafttreten der neuen Grundbuchordnung und Grundbuchverfügung, die bisherigen Vorschriften des Landesrechts größtenteils in Kraft.

c. Mit **Verfügung des Reichsministers der Justiz**<sup>23</sup> zur Einführung des neuen Grundbuchvordrucks wurde auch nach dem 01.04.1936 die Weiterverwendung der bisher in Baden und Württemberg geführten Vordrucke zugelassen.

**Fazit:** Das „Reichsmuster“ wurde im Jahr 1936 in Württemberg nicht eingeführt. Das bisherige Personalformular mit landesrechtlichen Bestimmungen hierzu galt weiterhin, da nicht auf den neuen Vordruck umgeschrieben wurde<sup>24</sup>. Auch die Buchung aller Grundstücke eines Eigentümers in einem Grundbuch (Personalfolio) war damit weiterhin zulässig, entgegen § 3 GBO, welcher das sogenannten Realfolio (ein Grundbuchblatt pro Grundstück) als Grundfall vorsieht. Die bisherigen Bestimmungen zum Verweis auf das Servitutenbuch blieben damit ebenfalls zulässig. Ergänzungen waren nicht vorzunehmen.

● Nach Gründung der Bundesrepublik wurde **1964** der baden-württembergischen Landesjustizverwaltung die **Möglichkeit**<sup>25</sup> zur Einführung des „Reichsmusters“ gemäß der Grundbuchverfügung vom 08.08.1936 eingeräumt. Hiervon wurde jedoch kein Gebrauch gemacht.

● **Jahr 1969: Baden-württembergisches Loseblattgrundbuch (eigene Vorschriften), Einführung nur gemarkungsweise:**

Mit Einführung des Loseblattgrundbuchs<sup>26</sup> in Baden-Württemberg waren für das Eintragungsverfahren ab dem 01.07.1969 bundesrechtliche Vorschriften zu beachten, sofern sich aus der württembergischen Grundbuch- und Notariatsverfassung keine Besonderheiten ergaben. Aufgrund dieser württembergischen Besonderheit war der Verweis auf das Servitutenbuch zulässig. Das „Reichsmuster“ wurde nicht in der Form von 1936 übernommen<sup>27</sup>. Das Lose-

14 § 110 der Verf.betr. das GB-Wesen vom 02.09.1899

15 § 23 Verf.betr. das GB-Wesen vom 02.09.1899

16 § 21 Verf.betr. das GB-Wesen vom 02.09.1899, später auch § 29 Verord. d. Justizmin. über das GB-Wesen vom 08.02.1932 (abgedruckt in Meikel/Imhof/Riedel Grundbuchrecht Band I Gesetzestexte)

17 05.12.1934 Gesetz zur Überleitung der Rechtspflege auf das Reich

18 Meikel/Schneider GBV 11.Auflage Vorbem. zu den §§ 4 bis 12 GBV, RN 2

19 § 116 GBO a.F neu § 142 GBO; Hügel/Otto GBO 3. Auflage § 142 GBO RN 3; §§ 67, 68 GBV a.F, jetzt § 105 GBV und § 138 GBO a.F, jetzt § 145 GBO, Hügel/Otto GBO 3. Auflage § 145 GBO RN 1

20 § 68 GBV a.F;

21 § 119 GBO a.F, später § 138 GBO, jetzt § 145 GBO

22 Plank-Kettner, 3.Auflage, Anm.9 S.7

23 § 39 Abs 2 Allgemeinverfügung des Reichsjustizministers vom 25.02.1936 (GBGeschO) DJ, 350, Bauer/Schaub GBO 4. Auflage § 145 GBO RN 4 (mit Anmerkung 2), Hügel/Otto GBO 3. Auflage § 145 GBO RN 1, BeckOK § 145 Hintergrund RN 1

24 § 68 GBV a.F; jetzt § 105 GBV und § 138 GBO a.F, jetzt § 145 GBO, Bauer/Schaub Grundbuchordnung 4. Auflage § 145 GBO RN 3, 4 (mit Anmerkung 2), 5

25 Allgemeinverfügung vom 03.03.1964

26 Allgemeinverfügung des Justizministeriums vom 14.04.1969

27 siehe Unterschiede zwischen „Reichsmuster“ und bad.-württ. Loseblatt:

Tröster-Bühler-Kehrer, Notar und Grundbuch Band II Grundbuchführung Muster

blattgrundbuch wurde nur gemarkungsweise durch jeweils eigens erlassene Anordnung eingeführt. Es wurden eigene Anlegungsregeln definiert. Als Beispiel musste für ein neues Grundbuch die nächste jeweilige Tausender-Ziffer gewählt werden. Eine Neufassung mit gleicher Nummer (wie nun für das elektronische Grundbuch zugelassen) gab es nicht, da die alten Grundbücher weiterhin bestanden. Auch das Personalfolium (Buchung von mehreren Grundstücken in einem Blatt) wurde weiter ausdrücklich festgelegt.

**Fazit:** Ein Verweis auf das Servitutenbuch blieb auch nach Übertragung auf den in einigen Gemarkungen eingeführten Vordruck des Loseblattgrundbuchs zulässig. Ergänzungen waren nicht vorzunehmen.

● **Jahr 1974:** Das Land Baden-Württemberg wurde im **Rechtsbereinigungsermächtigungsgesetz**<sup>28</sup> vom Bund ausdrücklich ermächtigt, bundesrechtliche Vorschriften des Grundbuchrechts zu ändern oder zu ersetzen. Dies galt auch für Vorschriften des Landesrechts, welche durch Art. 8 der ÄnderungsVO aufrechterhalten wurden.

● **Jahr 1975: Flächendeckende Einführung neuer baden-württembergischer Vordrucke:**

**a. § 35 LFGG 1975:**

Am 23.01.1975 wurde vom Landesgesetzgeber das Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit<sup>29</sup> beschlossen. In § 35 Abs. 3 LFGG wird das Justizministerium u.a. ermächtigt, Vorschriften über die Führung des Grundbuchs zu erlassen, soweit dies im Hinblick auf die Verwendung der bisher geführten Vordrucke oder Besonderheiten des Landesgrundbuchrechts zweckmäßig ist. Diese Rechtsverordnungsermächtigung gilt auch heute noch. Aufgrund dieser erließ das Justizministerium die nachfolgend genannte GBVO und 2.VVLFGG (und in der Folge u.a. auch § 3 EGB-VO für das Elektronische Grundbuch).

**b. 2.VVLFGG 1975:**

In § 3 der 2. VVLFGG<sup>30</sup> wurde der vorher eingeführte Vordruck des baden-württembergischen Loseblattgrundbuchs vom 14.04.1969 als maßgeblich festgelegt. In § 2 wird die Anwendung bundesrechtlicher Vorschriften normiert, aber nur soweit nicht landesrechtliche Besonderheiten entgegenstehen.

**c. GBVO 1975:**

Gleichzeitig wurde die zentrale Vorschrift der GBVO<sup>31</sup> erlassen, welche bis heute Bestand hat. Für die Folianten wurde ein neuer Vordruck, welcher an das Personalformular angelehnt war festgelegt, soweit nicht das Loseblatt-Grundbuch eingeführt worden ist. Auch dieser Vordruck („Personalformular der GBVO“) sollte nach den Vorschriften der Grundbuchverfügung geführt werden, soweit nichts anderes bestimmt wurde (was für die Servituten in § 21 GBVO jedoch der Fall ist). Eine Umschreibung der Grundbücher wurde nicht verlangt. Je nach verbleibendem Platz in einem Grundbuchheft war es folglich möglich, dass in ein und demselben Foliantenheft verschiedene Vordrucke des Personalformulars verwendet wurden. Es wurden z.B. Eintragungen des Grundstücks auf dem ursprünglichen Personalformular vorgenommen und später mit Nachheftung neuer Bögen, die Eintragung eines neuen Eigentümers für dieses Heft und Grundstück auf dem Vordruck des „Personalformulars der GBVO“ vermerkt oder umgekehrt.

Diese Verordnung sollte für alle neuen Grundbuchvordrucke gelten. Für die alten Grundbücher galten die früheren Vorschriften ohnehin, da nicht auf das „Reichsmuster“ umgeschrieben worden ist<sup>32</sup>. Eine Regelung für die alten Grundbücher würde daher keinen Sinn ergeben. In § 5 GBVO wird die Weiterführung des Personalfoliums als Grundfall normiert. Es durften weiterhin mehrere Grundstücke für einen Eigentümer in einem Grundbuch gebucht sein. Für alle Grundbücher im württembergischen Rechtsgebiet<sup>33</sup> wurde in § 21 GBVO festgelegt, dass soweit im Grundbuch auf Eintragungen im Servitutenbuch verwiesen ist, diese als Teil des Grundbuchs gelten.

**Fazit:** Der Vordruck des „Reichsmusters“ wurde nicht in der Form von 1936 eingeführt. Die eingeführten Vorgaben der Vordrucke wichen in wesentlichen Merkmalen vom „Reichsmuster“ ab. Es bestehen Abweichungen bzgl. landesrechtlicher Besonderheiten und ebenfalls gesonderte Erfassungsregeln (beim baden-württembergischen Loseblatt). Das Personalfolium (§ 5 GBVO) blieb erhalten. Der Verweis auf das Servitutenbuch blieb für alle Grundbücher im württembergischen Rechtsgebiet ohne Ergänzungen weiterhin zulässig. Durch § 21 GBVO

28 Art. 1 BWRBerEmG vom 17.12.1974

29 LFGG vom 12.02.1975, GBl. S. 116

30 2. VVLFGG<sup>30</sup> vom 26.05.1975 (3800a-III/11- Die Justiz S. 209)

31 Verordnung des Justizministeriums zur Ausführung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit im Bereich des Grundbuchwesens (GBVO) vom 21.05.1975

32 § 68 GBV a.F., jetzt § 105 GBV

33 Siehe Überschrift des dritten Abschnitts der GBVO für die §§ 14-21 GBVO „Vorschriften für das württembergische Rechtsgebiet“

wurde das Servitutenbuch ein Teil des neuen Grundbuchs.

● **Jahr 1993:** der Erhalt der landesrechtlichen Vorschriften und auch die Ermächtigung des Landes Baden-Württemberg wird in § 143 GBO normiert (später § 149 GBO)<sup>34</sup>.

● **Jahr 2000: Elektronisches Grundbuch:**

Da die Einführung des Elektronischen Grundbuchs nicht bundesweit erfolgte, waren wieder die Länder durch neue Ermächtigungen für die Ausgestaltung des maschinellen Grundbuchs verantwortlich. Für Baden-Württemberg erfolgte aufgrund der neuen Landesermächtigungen in § 126 GBO, § 141 GBO, §§ 67, 93 GBV und schließlich dem weiterhin gültigen § 35 LFGG die Einführung des maschinellen Grundbuchs<sup>35</sup>. In § 3 EGB-VO ist wieder auf § 21 GBVO verwiesen. Eine Einführung des „Reichsmusters“ in der Form von 1936 erfolgte ebenfalls nicht. Es ist nach dem Vordruck des baden-württembergischen Loseblatts angelegt<sup>36</sup>.

**Fazit:** Der Eintrag im Servitutenbuch ist damit weiterhin auch Teil des elektronischen Grundbuchs (§ 3 EGB-VO mit § 21 GBVO). Ergänzungen sind nicht notwendig.

**Zusammenfassung Historie:**

Das „Reichsmuster“ wurde zum Zeitpunkt des Inkrafttretens der Änderung der Grundbuchordnung nach Artikel 8 der ÄnderungsVO vom 05.08.1935 in Württemberg gerade nicht eingeführt. Für die nach dem alten Vordruck des württembergischen Personalformulars geführten Grundbücher galten mangels Umschreibung auf den neuen Vordruck, weiterhin die früheren landesrechtlichen Vorschriften<sup>37</sup>. Dieser Rechtszustand wurde durch §§ 143 bzw. 149 GBO (in Verbindung mit Artikel 1 BWRBerEmG) fortgeführt bis diese teilweise 2018 außer Kraft traten. Das Justizministerium traf aufgrund weitgeltenden Ermächtigungen in § 126 GBO, § 93 GBV und § 35 LFGG Regelungen für das Elektronische Grundbuch. In Württemberg wurde kein Grundbuch unter Verwendung des neuen Vordrucks (sog. Reichsmuster) ohne Berücksichtigung der württembergischen Besonderheiten angelegt. Der Landesgesetzgeber war

ermächtigt Bestimmungen über die Einführung und die Besonderheiten zu treffen. Dies hat er in § 21 GBVO (und Verweis darauf in § 3 EGB-VO) für das neue Papiergrundbuch Loseblatt und das Elektronische Grundbuch getan. Die Eintragung im Servitutenbuch wird mit Verweis im Grundbuch, ein Teil von diesem. Eine Ergänzung war und ist daher nicht notwendig. Die Eintragung ist somit wirksam und zulässig.

**Entscheidung des BGH 21.10.2011- V ZR 10/11**

Die Servitutenrechte wurden regelmäßig unverändert wie sie im ersten für das Grundstück angelegten Grundbuch vermerkt waren, auf das Loseblattgrundbuch und auch auf das elektronische Grundbuch mitübertragen. Es wurden keine Ergänzungen der Berechtigten oder der Schlagwörter vorgenommen.

Der BGH führt aus, dass frühere landesrechtliche Bestimmungen unter bestimmten Voraussetzungen nicht mehr anzuwenden sind. Es ist daher lohnend, sich mit der Entscheidung näher auseinanderzusetzen, da sie Fragen aufwirft, die der BGH wohl mangels Parteivortrag nicht beantworten konnte.

**Was gibt der BGH in seiner Entscheidung vor?**

**Sachverhalt:**

In einer Zivilrechtssache, bei der es um die Benutzung einer gemeinsamen Einfahrt ging, wurde der Fall vom Amtsgericht Waiblingen entschieden und nach Berufung vom Landgericht die Revision zum BGH zugelassen. Gegenstand der Entscheidung war nicht ein Antrag auf Löschung von Servitutenrechten im Grundbuch. Es liegt nahe, dass diese noch unverändert im Grundbuch eingetragen sind. Denn weder vom BGH, noch von den Beteiligten wurde eine Löschung der Rechte in die Wege geleitet oder angeregt. Das Grundbuchamt, welches die rechtlichen Gegebenheiten des Grundbuchrechts überprüft, war nicht am Verfahren beteiligt.

Im Fall des BGH war in Abt. II kein Verweis auf das Servitutenbuch als Belastung des dienenden Grundstücks im Grundbuch eingetragen. Der Verweis auf das Servitutenbuch mit dem Schlagwort „Benützung der gemeinsamen Einfahrt“ war als Herrschvermerk lediglich auf dem Blatt des berechtigten Grundstücks eingetragen. Auf dem Blatt des dienenden Grundstücks war ebenfalls ein Herrschvermerk angebracht. In diesem ist das Schlagwort „gemeinsame Einfahrt“ nicht vorhanden, jedoch ein Verweis auf die entsprechende Stelle im Servitutenbuch. Bei den Servituten musste ein Verweis auf das Servitutenbuch vorhanden sein. Die Angabe eines Schlagworts war le-

34 Bauer/von Oefele GBO 3. Auflage § 149 GBO RN 1-3, Demharter GBO § 149 GBO RN 3, Hügel/Otto GBO 3. Auflage § 149 GBO RN 3

35 Verordnung des Justizministeriums über das maschinell geführte Grundbuch (EGB-VO) vom 23.02.2000 (neueste Fassung gültig ab 01.01.2018 bis heute)

36 siehe Unterschiede zwischen „Reichsmuster“ und bad.-württ. Loseblatt im Bestandsverzeichnis in *Tröster-Bühler-Kehrer*, Notar und Grundbuch Band II Grundbuchführung Muster

37 § 68 GBV a.F, jetzt § 105 GBV

diglich Soll-Vorschrift und damit nicht Wirksamkeitserfordernis<sup>38</sup>. Ohne Verweis auf das Servitutenbuch galt diese Dienstbarkeit gem. § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht. Da es unbeachtlich ist, an welcher Stelle eine Belastung im Grundbuch eingetragen ist, hätte man im Fall des BGH diese Eintragung als wirksame Übertragung aus dem Servitutenbuch ansehen können. Da die „gemeinsame Einfahrt“ im Servitutenbuch vermerkt war und sich beim dienenden Grundstück ein Verweis auf die Seite des Servitutenbuchs im Grundbuch befand, hätte dies das Recht als wirksame Eintragung deklariert, weil das Servitutenbuch zusammen mit dem Grundbuch als Grundbuch i.S. des § 3 GBO gilt<sup>39</sup>.

Hier hat der BGH unter Verweis auf Entscheidungen des BayObLG, die Nichtigkeit von Landesrecht im Eintragungsverfahren angenommen und dass deshalb die Eintragung nicht wirksam sei. Der BGH schreibt (RN.23): „Wenn jedoch Grundbuchblätter nach dem Inkrafttreten der geänderten Grundbuchordnung am 01. April 1936 unter Verwendung des neuen Vordrucks neu angelegt werden, ist das frühere Landesrecht nicht mehr anzuwenden“. Die entsprechende Entscheidung des BayObLG vom 06.04.1987, BayObLGZ 1987, 121, 132 erging in einer Grundbuchsache. In dieser waren Miteigentumsanteile gemäß der bayr. Dienstanweisung für Grundbuchämter von 1905 auf nach dem 01.04.1936 eingeführten neuen Vordruck des sog. „Reichsmusters“ umgeschriebenen Grundbuch nicht ordnungsgemäß nach dem neuen Muster vermerkt worden. Als maßgeblichen Zeitpunkt wird die Umschreibung auf den neuen Vordruck genannt. „Die Vorschriften der Grundbuchverordnung gelten anstelle der früheren Dienstanweisung von dem Zeitpunkt an, in dem das Grundbuch vom alten bayerischen Muster auf das neue Muster umgeschrieben wurde. (...) Maßgebend ist der Zeitpunkt, in dem das Grundbuchblatt des Wegegrundstücks nach dem neuen Muster angelegt war. Abschnitt 132.“ In Bayern wurde 1936 das „Reichsmuster“ eingeführt, deshalb ist die Rechtsprechung für Bayern zutreffend. Für Baden-Württemberg gilt dies jedoch nicht. Die 1935 geänderten Grundbuchvorschriften sollten gerade nicht von vornherein ab dem Stichtag der Einführung gelten, sondern erst nachdem die Grundbücher auf den neuen Vordruck des „Reichsmusters“ umgeschrieben worden waren. In der Entscheidung des BGH heißt es weiter, dass Eintragungen auf nach § 67 GBV a.F. (jetzt § 104 GBV) umgeschriebenen Grundbüchern nur nach Maßgabe der Grundbuchverordnung vorzunehmen

wären (RN 23). Damit legt auch der BGH den maßgeblichen Zeitpunkt auf die Umschreibung des betreffenden Grundbuchs auf das „Reichsmuster“ fest. § 68 GBV a.F. bestimmte damals, dass die Eintragungen im Grundbuch unberührt bleiben, solange die alten Vordrucke weder umgeschrieben, noch ihre Weiterführung nach § 67 Abs. 2 a.F. besonders zugelassen war. Der BGH sagt selbst, dass die §§ 119, 120 GBO a.F. jetzt §§ 145, 146 GBO die Fortführung der bisherigen auch aus mehreren Büchern bestehenden Grundbücher (Anmerkung: wie in Württemberg das Servitutenbuch) gestatten bis zur Umschreibung auf den neuen Vordruck (RN26).

#### Zusammenfassung Vorgaben des BGH:

Drei Momente, welche der BGH selbst vorgibt, müssen daher näher im Hinblick auf die württembergischen Besonderheiten untersucht werden: Zum einen den Umstand der „Umschreibung“, zum anderen der des „neuen Vordrucks“ und letztendlich die Geltung landesrechtlicher Vorschriften.

### „Umschreibung“, „neuer Vordruck“ und landesrechtliche Vorschriften

#### 1. Vorgabe „Umschreibung“

Eine Umschreibung beinhaltet, dass das gesamte Grundbuch in ein neues Blatt mit einer neuen Nummer übertragen wird. Dieser Umstand wird durch einen Umschreibungsvermerk in der Aufschrift des Blattes (§ 30 GBV a.F., Muster 2a) deklariert. Der Umschreibung geht ein festgelegtes Verfahren zur Grundbuchbereinigung mit entsprechenden Benachrichtigungen voraus. Das Grundbuch wird also nicht nur bloß abgeschrieben (i.S. von unverändert übertragen wie bei einer Neufassung oder auch Übertragung/Abschreibung eines Grundstücks)<sup>40</sup>.

#### ● Neufassung

Mit diesem Umstand hat sich bereits das Oberlandesgericht Stuttgart in seiner Entscheidung vom 09.10.2017 -8 W 30/17 auseinandergesetzt. Darin wurde festgestellt, dass der damals vollzogene Umstieg auf ein maschinell geführtes Grundbuch in Form der Neufassung, keine Neuanlegung (Umschreibung) des Grundbuchs i.S. der Rechtsprechung des BGH ist. Vor allem aber fand bei der Neufassung eine Mitteilung des Vorgangs an die Beteiligten nicht statt. In Anbetracht der nach Art. 19 Abs. 4 GG getroffenen Wertentscheidung konnte ein Erlöschen der Rechte bei Neufassung des Grundbuchs, nicht hingenommen werden wegen drohenden massenhaftem Rechtsverlusts.

<sup>38</sup> § 41 Verf. 02.09.1899

<sup>39</sup> § 1 Satz 1 der Verordnung betreffend das Grundbuchwesen vom 01.07.1899 (RegBl. 540)

<sup>40</sup> Meikel/Schneider GBV 11. Auflage Vorbemerkung §§ 28 bis 33 GBV RN 1

Dem ist zuzustimmen. Die Neufassung des Grundbuchs mit der bisherigen Nummer war erst mit der Einführung des elektronischen Grundbuchs möglich (§ 69 GBV n.F.). Es fand also keine Umschreibung i.S. des § 104 GBV mit einem vorgeschalteten Bereinigungs- und Benachrichtigungsverfahren statt.

### ● Abschreibung

Auch die Abschreibung und Übertragung eines Grundstücks in ein neues Grundbuchblatt mit einer neuen Nummer, stellt rechtlich keine Anlegung eines Grundbuchs i.S. des § 104 GBV dar (sowohl Loseblatt als auch maschinelles Grundbuch). Es erfolgt kein Vermerk in der Aufschrift des Grundbuchs wie im Muster 2a vorgesehen. Das Grundstück ist bereits in einem Grundbuch gebucht, hat eine Stelle erhalten<sup>41</sup> und wird nur übertragen (nicht auf einen neuen Vordruck umgeschrieben mit einem vorgeschalteten Bereinigungsverfahren). Rechte daran werden lediglich mitübertragen<sup>42</sup>. Dies gilt auch für die Übertragung in Wohnungseigentumsgrundbücher. Als Neuanlage eines Grundbuchs i.S. von § 104 GBV wurde bei Papiergrundbüchern nur die Einbuchung und spätere Anlage von Grundbüchern für bisher nicht gebuchte Grundstücke gesehen<sup>43</sup>. Hierbei werden neue Blättern angelegt und es geht ein eigenes Prüfungsverfahren voraus.

#### a. Abschreibung im Rahmen der Erstdatenerfassung elektronisches Grundbuch

In Württemberg blieb für das Papiergrundbuch das Personalfolium als Grundfall erhalten<sup>44</sup>. Für das maschinelle Grundbuch gilt nun grundsätzlich das Realfolium. Bei Anlage des maschinellen Grundbuchs im Rahmen der Erstdatenerfassung sollten grundsätzlich Neufassungen vorgenommen werden. Das Personalfolium durfte zwecks Verfahrensbeschleunigung daher beibehalten werden. Bei Anlegung des elektronischen Grundbuchs war es aus technischen Gründen oft geboten, Grundbücher mit umfangreichen Beständen (z.B. Hofgrundbücher, Stadtgrundbücher mit hunderten von Flurstücken) in mehrere Grundbuchblätter aufzuteilen. Wegen der Datenmenge sollten möglichst nicht mehr als zehn Grundstücke vermerkt werden<sup>45</sup>. Da hier vom Personalfolium zum Realfoli-

um gewechselt wurde, sollten Grundstücke in neue Grundbücher abgeschrieben werden. Auf Seite 33 des Leitfadens des Justizministeriums zur Erstdatenerfassung (2005) wird festgestellt, dass es sich bei einer Abschreibung des Grundstücks rechtlich nicht um eine Anlegung eines elektronischen Grundbuchs handelt<sup>46</sup>. Deshalb muss auch kein Umschreibungsvermerk in der Aufschrift angebracht werden. Bemerkenswert sei, dass im hiesigen Bezirk teilweise beispielsweise bei Stadtgrundbüchern mit hunderten Grundstücken, fälschlicherweise die technische Abarbeitung über die im EDV-Programm vorgegebene Bearbeitungsart „Umschreibung“ gewählt wurde. Aus dem Vermerk ergibt sich jedoch, dass es sich rechtlich um die Abschreibung einzelner Grundstücke zur Auflösung des Personalfoliums handelte und aus technischen Gründen erfolgte. Ein Grundbuchblatt kann nur insgesamt in das Elektronische Grundbuch übertragen werden (vgl. § 128 GBO). Laut dem Leitfaden des Justizministeriums wird auf S. 46 von der Möglichkeit in § 69 Abs. 3 GBV, dass ein Teil neugefasst und der andere Teil umgeschrieben wird, nicht Gebrauch gemacht.

#### b. Abschreibungen zum Vollzug des Eigentumswechsels

Bei dem im übrigen Bundesgebiet als Grundfall geltenden Realfolium mit einem Grundstück pro Grundbuchblatt, vollzieht sich ein Eigentumswechsel lediglich mit Eintragung des neuen Eigentümers in diesem Blatt. In Württemberg blieb für das Papiergrundbuch (Foliant und Loseblatt) das Personalfolium als Grundfall erhalten<sup>47</sup>. Zur Verfahrensbeschleunigung auch teilweise beim Elektronischen Grundbuch um Neufassungen zu ermöglichen. § 80 der Verf. des Justizministers über das Grundbuchwesen vom 08.02.1932 (Amtsbl. des Wü JMin 1932, 11) (abgedruckt in Meikel/Imhof/Riedel Grundbuchrecht Band I Gesetzestexte) bestimmt:

#### **§ 80 Übertragung einzelner Grundstücke**

*Ist der Wechsel des Eigentums an einem Grundstück im Personalformular einzutragen, so sind die sämtlichen fortbestehenden, das Grundstück betreffenden Eintragungen der Abteilungen I, II und III unter Mitübertragung des ursprünglichen Eintragungstags der einzelnen Belastungen in das Grundbuchheft des Erwerbers mit neuer fortlaufender Nummer des Grundstücks einzutragen.*

41 § 142 GBO erstmalige Anlegung des Grundbuchs wurde durch landesrechtliche Bestimmungen festgelegt Art 186 EGBGB, Bauer/von Oefele GBO 3. Auflage § 142 GBO RN 3,4, Hügell/Otto GBO 3. Auflage § 142 GBO RN 2, 10

42 § 13 GBV

43 § 116 GBO, § 186 EGBGB; auch Püls in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht 8. Auflage, § 67 GBV RN. 3 und Meikel/Dressler-Berlin GBV 11. Auflage § 67 GBV RN 1,2,6

44 § 5 GBVO

45 „Leitfaden für die Erstdatenerfassung“ Justizministerium, hier vorliegend Jahr 2005 S. 32

46 zum Begriff „Anlegung“ in Papier- und maschinelltem Grundbuch: Püls in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht 8. Auflage, § 67 GBV RN. 3 und Meikel/Dressler-Berlin GBV 11. Auflage § 67 GBV RN 1,2 6

47 § 5 GBVO

Um im Personalfolium eine Eigentumsänderung an einem einzelnen Grundstück überhaupt vornehmen zu können, ist das veräußerte Grundstück zuerst in ein neues oder in ein bereits für den neuen Eigentümer bestehendes Grundbuch abzuschreiben/zu übertragen. Erst dort wird der Eigentumswechsel vorgenommen. Rechtlich stellt dies keine Neuanlage eines Grundbuchs dar<sup>48</sup>. Die Übertragung des Grundstücks in ein anderes Grundbuch (neu oder bestehend) ist zwingend notwendig als Teil des Eigentumswechsels. Es wird keine rechtliche Umschreibung durchgeführt mit festgelegtem Verfahren. Rechte werden (unverändert) mitübertragen<sup>49</sup> ohne ein Bereinigungsverfahren wie in § 29 GBV. Bei einer Abschreibung/Übertragung gilt die Benachrichtigung der Beteiligten nach § 55 GBO. Berechtigte von Dienstbarkeiten werden nach einhelliger Meinung nicht benachrichtigt<sup>50</sup>, da die Abschreibung Teil des Eigentumswechsels ist.

In seiner Entscheidung schreibt der BGH in der Tatbestandsbeschreibung, dass die Eintragung bei den Servituten jeweils lautet: „Mitübertragen am...“ Dies deutet darauf hin, dass die Rechte mit dem Grundstück zusammen mitübertragen wurden und sehr wahrscheinlich wie vorher beschrieben eine Abschreibung zur Auflösung des Personalfoliums, mutmaßlich infolge Eigentumswechsels, erfolgte. Es fand keine Umschreibung i.S des § 104 GBV, § 145 GBO statt.

**Fazit:** Offensichtlich wurden im der BGH-Entscheidung zugrundeliegenden Fall keine Umschreibungen, sondern Abschreibungen und Übertragungen im Rahmen eines Eigentumswechsels aufgrund des Personalfoliums vorgenommen. Dies war keine Umschreibung oder Neuanlage mit einem vorgeschalteten Verfahren zur Grundbuchbereinigung i.S. des § 104 GBV. Die jetzigen Abschreibungen und Übertragungen innerhalb des bereits bestehenden elektronischen Grundbuchs stellen weder eine Neuanlage (wie bei der Einbuchung)<sup>51</sup>, noch eine Umschreibung nach § 69 GBV dar.

## 2. Vorgabe „neuer Vordruck“

Zum konkreten Fall schreibt der BGH (RN 24), dass die Grundstücke nach den vorgelegten Grundbuchauszügen auf neu angelegten Grundbuchblättern gebucht

worden seien und die auf das Servitutenbuch Bezug nehmenden Eintragungen aus dem Jahr 1955 und 1951 stammen würden. Dies wirft die Frage auf, welche Grundbuchauszüge wohl dem BGH vorgelegen haben mögen. In Baden-Württemberg wurde erst im Jahr 1969 bzw. flächendeckend erst im Jahr 1975 ein neuer Vordruck eingeführt. Davor wurde der alte Vordruck des württembergischen Personalfoliums weitergeführt. Es muss davon ausgegangen werden, dass die nach dem BGH unzulässigen Eintragungen in den Jahren 1955 und 1951 gerade in nicht auf den neuen Vordruck umgeschriebenen Grundbüchern vermerkt wurden. Es wäre denkbar, dass die Grundstücke zum Vollzug des Eigentumswechsels auf bereits seit 1900 bestehende für den neuen Eigentümer nach dem alten Vordruck angelegte Grundbücher übertragen wurden und die Servitutenrechte mitübertragen wurden.

**Fazit:** Die vom BGH in Frage gestellten Eintragungen im Jahr 1955 und 1951 fanden nicht unter Umschreibung auf den neuen Vordruck des „Reichsmusters“ statt, mangels Einführung dieses Vordrucks in Württemberg. Der BGH stellt selbst fest (RN 26), dass für nicht auf den neuen Vordruck umgeschriebene Grundbücher nach § 145 GBO die Weiterführung der aus mehreren Büchern bestehenden Grundbüchern (wie in Baden-Württemberg das Servitutenbuch) zulässig ist bis zu deren Umschreibung auf den neuen Vordruck, den des „Reichsmusters“.

## 3. Vorgabe „Außerkräfttreten der landesrechtlichen Vorschriften“

Selbst bei einer angenommenen Umschreibung auf einen neuen Vordruck (baden-württembergisches Loseblatt oder Elektronisches Grundbuch), wäre keine Umschreibung auf den Vordruck des „Reichsmusters“ in der Form von 1936 i.S. von § 104 GBV erfolgt. Die Vordrucke wurden in Württemberg zwar nach bundesrechtlichen Vorschriften, jedoch jeweils mit der Maßgabe der württembergischen Besonderheiten eingeführt. Auch für die neuen Vordrucke wurde festgelegt, dass das Servitutenbuch als Teil des Grundbuchs gilt (§ 21 GBVO, §3 EGB-VO).

Der BGH nimmt zutreffend in seiner Entscheidung an, dass aufgrund Art. 55 EGBGB und § 142 Abs. 2 GBO alle von der Grundbuchordnung abweichenden landesrechtlichen Vorschriften außer Kraft getreten sind, soweit nicht in der Grundbuchordnung oder der Änderungsverordnung etwas anderes bestimmt worden ist. Die landesrechtlichen Vorschriften sind für Baden und Württemberg nach Art. 8 der genannten Änderungsverordnung vom

48 Püls in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht 8. Auflage, § 67 GBV RN. 2, 3

49 § 13 GBV

50 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 16. Auflage RN 301

51 Püls in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht 8. Auflage, § 67 GBV RN. 3

05.08.1935 erhalten geblieben. Der Landesgesetzgeber war auch nach Inkrafttreten der geänderten GBO und GBV ermächtigt Vorschriften zu erlassen<sup>52</sup>.

**Fazit:** § 21 GBVO gilt nicht nur für die alten Grundbücher. Die Bestimmung wurde gerade zusammen mit der flächendeckenden Einführung der neuen Vordrucke<sup>53</sup> getroffen. Er gilt auch für das Elektronische Grundbuch. Für die bisherigen Folianten galten ohnehin die alten württembergischen Vorschriften<sup>54</sup>. Eine Regelung für die alten Grundbücher wäre infolge dessen überflüssig. Die Landesregierung war ermächtigt, diese Vorschriften für die neuen Vordrucke und Grundbücher zu erlassen. Die landesrechtlichen Bestimmungen wurden in Württemberg aufrechterhalten.

## Abschließende Zusammenfassung

In Württemberg bleibt für sämtliche Eintragungen (Umschreibung/ Neufassung/ Abschreibung mit Übertragung) der bisherige Verweis auf das Servitutenbuch mangels Einführung des „Reichsmusters“ und Geltung der landesrechtlichen Vorschriften weiterhin zulässig. Eine Ergänzung des Berechtigten oder des Schlagworts ist nicht vorzunehmen. Das Servitutenbuch ist durch Verweis im Grundbuch Teil des Papiergrundbuchs und auch des Elektronischen Grundbuchs, § 21 GBVO.

Die Entscheidung des BGH beantwortet für Württemberg die eingangs gestellte Frage nicht, sondern eröffnet Spielraum für Interpretationen. Es ist äußerst fraglich, ob eine Interpretation soweit gehen sollte, dass nach fast 90 Jahren nachträglich festgestellt wird, dass die landesrechtlich angeordneten Besonderheiten und Gesetze doch eigentlich bereits seit dieser Zeit hätten nicht mehr beachtet werden dürfen. Dies ist zu weitreichend. Ein massenhafter Rechtsverlust der dinglichen Sicherheit der Berechtigten könnte drohen. Da der BGH keine näheren Vorgaben gemacht hat, von welchem Fall im Hinblick auf das Grundbuch überhaupt ausgegangen werden darf und

wie grundbuchrechtlich weiter verfahren werden soll, ist die unveränderte Übertragung der Servitutenrechte nach der bisherigen Lehre und Gesetzeslage<sup>55</sup> sowie die Ablehnung einer angeregten Löschung nach § 53 GBO geboten.

## Ausblick

Eine Reform und gleichsam Bereinigung des Grundbuchs wäre auch im Hinblick auf ein Datenbankgrundbuch zukunftsorientiert.

Der Bundesgesetzgeber hat in § 48 Abs. 3 WEG eine neue Lösungsmöglichkeit eröffnet. Bisher war bzgl. der Beschlüsse der Wohnungseigentümergeinschaft die Bezugnahme auf die Bewilligung möglich. Eine Verlautbarung im Grundbuch selbst war nicht notwendig. Nunmehr muss der Beschluss, um gegen Rechtsnachfolger zu wirken, ausdrücklich nachträglich im Grundbuch vermerkt werden. Eine Bezugnahme ist nicht mehr möglich. Dies erfolgt auf Antrag der Beteiligten. Für eine längere Übergangsfrist gilt die Bezugnahme noch gegen Sonderrechtsnachfolger. Danach nicht mehr. Dies ist grundbuchrechtlich ein Novum, da bisher nichts, was durch Bezugnahme ja gerade Teil des Grundbuchs wurde (ähnlich wie bei den Servituten), durch ein Gesetz nachträglich „ausgeholt“ wurde.

Bei den Servitutenrechten wäre eine ähnliche Lösung denkbar. Sie sind Teil des Grundbuchs geworden. Damit sie jedoch weiterhin Wirkung gegen Sonderrechtsnachfolger entfalten, müssten sie mit Nennung der Berechtigten und des Schlagworts ergänzt werden. Dies geschieht jedoch nur auf Antrag der Beteiligten, die dies zumindest darzulegen hätten. Rechte, welche überholt sind, können dann gelöscht werden. Das Grundbuch könnte in einem geordneten Verfahren bereinigt werden ohne Rechtsverlust der dinglichen Sicherheit der Berechtigten, welche die Dienstbarkeiten noch tatsächlich benötigen.

---

<sup>52</sup> § 143 bzw. 149 GBO (in Verbindung mit Artikel 1 des Gesetzes über die Ermächtigung des Landes Baden-Württemberg zur Rechtsbereinigung) und § 35 LFGG  
<sup>53</sup> § 3 der 2.VV LFGG, § 1 GBVO, § 21 GBVO  
<sup>54</sup> Hügel/Otto GBO 3. Auflage § 145 GBO RN 1,2, Bauer/Schaub GBO 4. Auflage § 145 GBO RN 1-4

---

<sup>55</sup> So auch Landgericht Stuttgart (14 O 528/20): Die Fortgeltung der landesrechtlichen Bestimmungen wird festgestellt und Bundesrecht verfassungskonform ausgelegt. Eine Bezugnahme nach § 874 BGB ist möglich (ohne Eintragung des Berechtigten, da Landesrecht)

# RECHTSPRECHUNG

## LIEGENSCHAFTS- UND GRUNDBUCHRECHT

### Zum Vollzug und Berichtigung einer fehlerhaften Teilungserklärung im Grundbuch

WEG §§ 8, 7, 6, 1; GBO §§ 18, 19; BGB § 878

#### Amtlicher Leitsatz:

Ergibt die Verteilung der Miteigentumsanteile in einer Teilungserklärung mehr als ein Ganzes, kann die beantragte Eintragung im Grundbuch nicht vollzogen werden. Gleichwohl ist die sofortige Zurückweisung des Antrags allein aus diesem Grund regelmäßig nicht gerechtfertigt. Vielmehr kommt der Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht, um dem Antragsteller die Berichtigung der Verteilung der Miteigentumsanteile zu ermöglichen. Entsprechend ist die Bewilligung zu berichtigen, was aber insoweit rückwirkend auf den Zeitpunkt der Antragstellung möglich ist.

#### Kammergericht,

Beschluss vom 12. Juli 2022 – 1 W 258/22

#### ► Aus den Gründen:

1 Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und führt in der Sache zu einem vorläufigen Erfolg. Die Zurückweisung des Antrags vom 11. März 2021 war nicht geboten. Allerdings ist der Antrag nach wie vor nicht zur Eintragung reif, weil ihm noch Hindernisse entgegenstehen, die aber mit Wirkung auf den Zeitpunkt der Antragstellung behoben werden können. Das Grundbuchamt ist deshalb zum Erlass einer Zwischenverfügung, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO, anzuweisen.

2 Das Grundbuchamt hat einen Antrag auf Eintragung im Grundbuch zurückzuweisen, wenn nach Ablauf der in einer vorherigen Zwischenverfügung bestimmten Frist die Hebung eines dort bezeichneten Hindernisses nicht nachgewiesen worden ist, § 18 Abs. 1 S. 2 GBO. Diese Voraussetzungen lagen im Zeitpunkt des angefochtenen Beschlusses nicht vor.

3 Zwar hat das Grundbuchamt am 19. Mai 2021 eine Verfügung erlassen, die formell und inhaltlich sämtliche Voraussetzungen an eine Zwischenverfügung, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO, erfüllte. Die dort bestimmte Frist war im Zeitpunkt

der angefochtenen Entscheidung auch abgelaufen. Jedoch hat das Grundbuchamt ausdrücklich darauf hingewiesen, dass es sich bei der Verfügung vom 19. Mai 2021 nicht um eine Zwischenverfügung in diesem Sinne handeln sollte. Das Grundbuchamt ging davon aus und hat dies auch wiederholt zum Ausdruck gebracht, dass nicht alle in der Verfügung aufgeführten Eintragungshindernisse mit Rückwirkung auf den Zeitpunkt des Antrags zu beseitigen seien. In einem solchen Fall ist für den Erlass einer Zwischenverfügung kein Raum (BGH, MittBayNot 2021, 239, 240).

4 An dieser Beurteilung ändert sich nichts dadurch, dass der Senat die Auffassung des Grundbuchamts nicht teilt, die unzutreffende Verteilung der Miteigentumsanteile könne nicht rückwirkend berichtigt werden. Das lässt eine Auslegung der Verfügung vom 19. Mai 2021 als Zwischenverfügung im Sinne von § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO gleichwohl nicht zu. Dem steht der ausdrückliche Wille des Grundbuchamts entgegen und letztlich der Umstand, dass eine solche Auslegung zu Lasten der Beteiligten ginge, weil dann die Voraussetzungen für die Zurückweisung gemäß § 18 Abs. 1 S. 2 GBO vorlägen.

5 Die Zurückweisung des Antrags vom 11. März 2021 konnte auch nicht auf der Grundlage von § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 1 GBO erfolgen. Die Entscheidung zwischen der sofortigen Zurückweisung und dem Erlass einer Zwischenverfügung steht im pflichtgemäßen Ermessen des Grundbuchamtes (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 18, Rdn. 21). Jedoch ist der Erlass einer Zwischenverfügung die Regel, die sofortige Zurückweisung die Ausnahme. Gerade bei leicht zu behebbenden Mängeln könnte eine sofortige Zurückweisung empfindliche Härten mit sich bringen. Zudem bedarf die sofortige Zurückweisung auch unter rechtsstaatlichen Grundsätzen besonderer Begründung. Zu beachten ist, dass ein Antragsteller vor einer nachteiligen gerichtlichen Maßnahme grundsätzlich Gelegenheit haben muss, dazu gehört zu werden und Gelegenheit zu erhalten, fehlende Voraussetzungen der beantragten Eintragung in angemessener Frist zu erfüllen (OLG München, DNotZ 2008, 934, 935).

6 Letzteres hat das Grundbuchamt mit dem Erlass seiner „Aufklärungsverfügung“ durchaus berücksichtigt. Die Beteiligte hat Gelegenheit erhalten, die aufgeführten Mängel ihres Antrags zu beseitigen. Gleichwohl war der Beschluss vom 6. Dezember 2021 ermessensfehlerhaft, weil er auf einer unzutreffenden rechtlichen Beurteilung der Art der

Mängel beruhte. Insbesondere die Annahme des Grundbuchamts, die Verteilung der Miteigentumsanteile habe nicht rückwirkend berichtigt werden können, trifft nicht zu. 7 Wohnungs- und Teileigentum bestehen jeweils aus dem Sondereigentum an bestimmten Räumen eines Gebäudes und einem Miteigentumsanteil an dem Grundstück, §§ 1 Abs. 2 und 3, 3 Abs. 1, 6, 8 Abs. 1 WEG. Bei Begründung von Miteigentum an einer Sache wird diese nicht real geteilt. Es erfolgt vielmehr eine ideelle Teilung des Eigentumsrechts an der ganzen Sache (Grüneberg/Herrler, BGB, 81. Aufl., § 1008, Rdn. 1). Folglich kann die Summe der Anteile ein Ganzes nicht übersteigen.

**8** Dem widersprach die nach Maßgabe der UR-Nr. 2xx/2xxx-NÖ des Notars Sxxxx Nxxxxx in Essen erfolgte Verteilung der Miteigentumsanteile. Die dort in § 2 in Bezug genommene Anlage 1 ergab 10.002/10.000 Anteile. Eine solche Aufteilung ist nicht eintragungsfähig bzw. müsste im Nachhinein von Amts wegen wieder gelöscht werden, § 53 Abs. 1 S. 2 GBO. Gleichwohl lässt dies nicht den Schluss zu, damit liege insgesamt keine Erklärung über die bewilligte Eintragung vor. Die Beteiligte hat eindeutig ihren Willen zum Ausdruck gebracht, das Grundstück durch Bildung von 86 Wohnungseigentumsrechten und einem Teileigentumsrecht an den in den beigefügten Plänen mit entsprechenden Nummern bezeichneten Räumen gemäß § 8 WEG aufzuteilen. Inhalt und Zweck der Erklärung sind danach erkennbar. Mängel in der konkreten Ausgestaltung dieser Erklärung, die nicht im Wege der Auslegung eindeutig behebbar sind, können und müssen von der Beteiligten durch ergänzende Erklärungen korrigiert werden (vgl. *Wilke*, in: Baur/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 18, Rdn. 15).

**9** Die Beteiligte hat die in der „Aufklärungsverfügung“ des Grundbuchamts aufgeführten Eintragungshindernisse inzwischen weitgehend beseitigt, was im Beschwerdeverfahren zu berücksichtigen ist, § 74 GBO. Insbesondere hat sie zur UR-Nr. 1xxx/2xxx-NÖ des Notars Sxxxx Nxxxx in Essen die Aufteilung der Miteigentumsanteile auf ein Ganzes beschränkt. Aus der dort in Bezug genommenen Anlage 1 ergeben sich insgesamt 10.000/10.000 Anteile. Diese Anlage soll ausdrücklich die Anlage 1 aus der UR-Nr. 2xx/2xxx-NÖ ersetzen.

**10** Die fehlende Genehmigung nach § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB stellt kein Eintragungshindernis dar.

**11** Allerdings bedarf die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum der Genehmigung, wenn das bereits mit einem Gebäude bebaute betroffene Grundstück in einem Gebiet mit angespanntem Wohnungsmarkt im Sinne von § 201a S. 3 und 4 BauGB belegen ist, das als ein solches Gebiet durch landesrechtliche Rechtsverordnung bestimmt worden ist, § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB. Dementsprechende Eintragungen in

das Grundbuch darf das Grundbuchamt nur vornehmen, wenn ihm die Genehmigung oder das Nichtbestehen der Genehmigungspflicht nachgewiesen ist, § 250 Abs. 5 S. 1 BauGB. Der Senat von Berlin hat mit der Verordnung über einen Genehmigungsvorbehalt gemäß § 250 Abs. 1 S. 1 des Baugesetzbuchs für die Begründung oder Teilung von Wohnungseigentum oder Teileigentum in Gebieten mit angespannten Wohnungsmärkten (Umwandlungsverordnung nach § 250 BauGB) vom 21. September 2021 (GVBl. vom 6. Oktober 2021, 1175) das gesamte Land Berlin als ein Gebiet mit einem angespannten Wohnungsmarkt bestimmt, § 1 Umwandlungsverordnung. Die Verordnung ist am 7. Oktober 2021 in Kraft getreten, § 3 Abs. 1 Umwandlungsverordnung.

**12** Hingegen hat der erkennende Senat entschieden, dass das Genehmigungserfordernis nach § 250 Abs. 1 S. 1 BauGB im Anwendungsbereich des § 878 BGB kein Eintragungshindernis darstellt (Senat, Beschluss vom 2. Dezember 2021 – 1 W 384/21 – NZM 2022, 109, 110). Ist die dingliche Einigung bindend geworden und der Eintragungsantrag bei dem Grundbuchamt gestellt worden, können danach eintretende Verfügungsbeschränkungen einen Rechtserwerb nicht mehr beeinflussen, § 878 BGB. Bei einer Aufteilung nach § 8 WEG gilt dies entsprechend (BGH, NJW 2017, 1546, 1547; MittBayNot 2020, 385, 387).

**13** Hier hat die Beteiligte den Antrag auf Vollzug ihrer Teilungserklärung vor Inkrafttreten der Umwandlungsverordnung gestellt. Damit waren die Voraussetzungen des § 878 BGB erfüllt. Daran ändert auch der hier angefochtene Beschluss des Grundbuchamts vom 6. Dezember 2021 nichts. Die Schutzwirkung des § 878 BGB endet nur bei rechtmäßiger Zurückweisung des Eintragungsantrags (BGHZ 136, 87, 91). Das ist vorliegend nicht der Fall. Im Zeitpunkt des Erlasses des angefochtenen Beschlusses bestand aus den oben dargestellten Gründen – noch – kein Anlass für die Zurückweisung.

**14** Richtet sich die Beschwerde gegen die Zurückweisung eines Eintragungsantrags, fällt dem Beschwerdegericht der gesamte Antrag zur Entscheidung an. Stellt sich dessen Vollzugsreife im Zeitpunkt der Entscheidung über die Beschwerde heraus, ist das Grundbuchamt folglich zur antragsgemäßen Eintragung im Grundbuch anzuweisen (OLG Hamm, OLGZ 1978, 304, 306). Stellt das Beschwerdegericht hingegen weitere Hindernisse fest, kommt nur die Anweisung zum Erlass einer Zwischenverfügung in Betracht. So ist es hier.

**15** Die Aufteilung eines Grundstücks in Wohnungs- und Teileigentumsrechte erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie der Eigentümer des Grundstücks bewilligt, § 19 GBO. Soll die Aufteilung aufgrund einer sogenannten Teilungserklärung des Eigentümers erfolgen, § 8 Abs. 1 WEG, gelten die grundbuchrechtlichen Vorschriften

bei vertraglicher Begründung von Wohnungs- und Teileigentum entsprechend, §§ 8 Abs. 2, 7 WEG. Der Bewilligung sind deshalb als Anlagen ein Aufteilungsplan und eine Abgeschlossenheitsbescheinigung der Baubehörde beizufügen, § 8 Abs. 2, 7 Abs. 4 S. 1 WEG.

16 Bei Anlegung der Wohnungs- und Teileigentumsgrundbücher kann das Grundbuchamt in den Bestandsverzeichnissen zur näheren Bezeichnung des Gegenstands und des Inhalts des Sondereigentums auf die Eintragungsbewilligung Bezug nehmen, §§ 8 Abs. 2, 7 Abs. 3 S. 1 WEG. Hatte der teilende Eigentümer seiner Bewilligung als Anlage einen Aufteilungsplan sowie eine Abgeschlossenheitsbescheinigung beigelegt, werden diese von der Bezugnahme auf die Eintragungsbewilligung erfasst und ebenfalls zum Gegenstand der Grundbucheintragung (BGH, MDR 2005, 83).

17 Die Beteiligte hat in der Teilungserklärung vom 5. März 2021 ausdrücklich auf die beigelegte Abgeschlossenheitsbescheinigung Nr. 2xxx/4xx des Bezirksamts Nxxxx von Bxxx vom 15. Juni 2020 sowie die dazu gehörigen 35 Blatt Aufteilungspläne Bezug genommen. Hingegen hat das Bezirksamt Nxxx von Bxxx am 23. Februar 2022 die Ergänzungsbescheinigung Nr. 2xxx/2xx zur vorgenannten Abgeschlossenheitsbescheinigung erlassen und dabei die Ansichten Nr. 5 und 8 der ursprünglichen Aufteilungspläne ausgetauscht. Weder die Ergänzungsbescheinigung noch die dort in Bezug genommenen Pläne werden in der UR-Nr. 1xxx/2xxx-NÖ erwähnt. Sie werden von der dort erklärten Bewilligung also nicht erfasst. Das zu ergänzen wird der Beteiligten von dem Grundbuchamt in einer Zwischenverfügung aufzugeben sein. Die Inbezugnahme der Ergänzungsbescheinigung Nr. 2xxx/2xx ist schon deshalb erforderlich, weil in der ursprünglichen Abgeschlossenheitsbescheinigung das Flurstück falsch bezeichnet worden war, was das Grundbuchamt zu Recht beanstandet hatte.

18 Für das weitere Verfahren weist der Senat darauf hin, dass das Grundbuchamt nicht gehindert sein wird, die zu erlassende Zwischenverfügung über die vorliegenden Ausführungen hinaus zu erweitern, sollte es noch zusätzliche Eintragungshindernisse erkennen.

### **Eintragung einer Grundschuld nach Verschmelzung des Gläubigers auf einen anderen Rechtsträger.**

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

#### **Amtlicher Leitsatz:**

**Bewilligt der Erwerber eines Grundstücks bzw. Woh-**

**nungseigentums in Vollmacht des Veräußerers die Eintragung einer Grundschuld und wird die dort benannte Gläubigerin in der Folgezeit auf einen anderen Rechtsträger verschmolzen, kann die Bewilligung dahin ausgelegt werden, dass der aufnehmende Rechtsträger als Gläubiger der Grundschuld im Grundbuch einzutragen ist (Anschluss an OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2021 - 3 W 233/20 - juris; Abgrenzung zu OLG Düsseldorf, Beschluss vom 12. August 2020 - I-3 Wx 125/20 - ZIP 2020, 1915 = FGPrax 2021, 7 = MittBayNot 2021, 153).**

**Kammergericht,**

**Beschluss vom 24. März 2022 - 1 W 2/22**

#### **► Aus den Gründen:**

1 Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO. Gegenstand der Beschwerde ist nur Punkt 2 der Zwischenverfügung vom 25. November 2021, nachdem das Grundbuchamt die zu den Punkten 1 und 3 aufgeführten Hindernisse in seiner Verfügung vom 9. Dezember 2021 als erledigt angesehen hat.

2 Die Beschwerde hat in der Sache Erfolg. Das von dem Grundbuchamt aufgeführte Eintragungshindernis besteht nicht, so dass insoweit kein Anlass zum Erlass der Zwischenverfügung bestand, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO.

3 Die Eintragung einer Grundschuld im Grundbuch erfolgt auf Antrag, § 13 Abs. 1 S. 1 GBO, wenn sie der Grundstückseigentümer bewilligt, § 19 GBO. Dabei erfordert der Zweck des Grundbuchs, auf sicherer Grundlage bestimmte und sichere Rechtsverhältnisse für unbewegliche Sachen zu schaffen, klare und eindeutige Erklärungen. Im Rahmen der Bewilligung einer Grundschuld ist deshalb der Gläubiger so zu bezeichnen, wie er im Grundbuch einzutragen ist (*Demharter*, GBO, 32. Aufl., § 19, Rdn. 35). Soll ein Recht für eine Aktiengesellschaft eingetragen werden, bedarf es in der Bewilligung mindestens der Angabe ihrer Firma und ihres Sitzes, vgl. § 15 Abs. 1 Buchst. b) GBV (*Demharter*, a.a.O., § 44, Rdn. 53.1).

4 Die danach erforderlichen Angaben zur Gläubigerin der einzutragenden Grundschuld sind in der Bewilligung vom 27. Februar 2020 – UR-Nr. Fx 1xx/2xxx dem Grunde nach enthalten.

5 Hingegen ist die dort als Gläubigerin bezeichnete Aktiengesellschaft im Wege der Aufnahme durch Übertragung ihres Vermögens als Ganzes auf die Beteiligte zu 4 verschmolzen worden, § 2 Nr. 1 UmwG. Mit der Eintragung der Verschmelzung in das Handelsregister des Sitzes der Beteiligten zu 4 am 15. Mai 2020 ist die übertragende Aktiengesellschaft erloschen, § 20 Abs. 1 Nr. 2

S. 1 UmwG. Mangels fortbestehender Rechtsfähigkeit kann sie nicht als Gläubigerin der Grundschuld im Grundbuch eingetragen werden (Böttcher, in: Meikel, GBO, 12. Aufl., § 19, Rdn. 165).

**6** Die Eintragung eines Verstorbenen im Grundbuch ist nicht zulässig, weil auch er keine Rechtsfähigkeit mehr besitzt (Senat, Beschluss vom 29. Oktober 1974 – 1 W 1186-1187/74 – Rpfleger 1975, 133). Daran ändert es nichts, wenn der Begünstigte im Zeitpunkt der Bewilligung noch gelebt hat.

**7** Es ist jedoch anerkannt, dass an seiner Stelle die Erben eingetragen werden können, wenn die Rechtsnachfolge in grundbuchmäßiger Form, § 35 Abs. 1 GBO, nachgewiesen wird. Einer an die Rechtslage angepassten neuen oder geänderten Bewilligung bedarf es dann nicht (Kössinger, in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 19, Rdn., 70; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rdn. 229, Fn. 699; Böhringer, ZfIR 2021, 201, 207).

**8** Erlischt eine juristische Person, nachdem die Eintragung eines Rechts für sie im Grundbuch bewilligt worden ist, vor der Eintragung in Folge einer Verschmelzung, soll Entsprechendes hinsichtlich des Gesamtrechtsnachfolgers gelten (Kössinger, a.a.O.; DNotl-Report 1998, 177, 179). Die zu Gunsten des übertragenden Rechtsträgers erteilte Bewilligung gehe auf den übernehmenden Rechtsträger über (Vossius, in: Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, 2002, § 20, Rdn. 191). Andere erachten eine entsprechende Auslegung der Bewilligung für geboten (OLG Düsseldorf, Beschluss vom 3. März 2021 – 3 W 233/20 – juris).

**9** Ob die Bewilligung mit der Verschmelzung ohne weiteres auf den übernehmenden Rechtsträger im Rahmen der damit verbundenen Gesamtrechtsnachfolge übergeht, erscheint im Hinblick auf den rein verfahrensrechtlichen Charakter der Bewilligung (BGH, DNotZ 2013, 369, 372) fraglich. Auch ein vor der Umwandlung noch nicht beendeter Zivilprozess des übertragenen Unternehmens soll nicht ohne weiteres mit dem aufnehmenden Unternehmen fortgeführt werden, sondern zunächst in entsprechender Anwendung des § 239 Abs. 1 ZPO unterbrochen sein (Schulte, in: Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 20, Rdn. 18).

**10** Der verfahrensrechtliche Charakter von Grundbucheklärungen schließt hingegen ihre Auslegung nicht aus. Im Hinblick auf den Bestimmtheitsgrundsatz und das Erfordernis urkundlich belegter Eintragungsgrundlagen kann im Grundbuchverfahren eine Auslegung aber nur erfolgen, wenn sie zu einem zweifelsfreien und eindeutigen Ergebnis führt. Dabei ist auf Wortlaut und Sinn der Erklärung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung ergibt. Außerhalb der Urkunde liegende Umstände dürfen nur insoweit herangezogen werden, als sie für jedermann ohne weite-

res erkennbar sind (BGH, ZMR 2015, 390, 393; NJW 1995, 1081, 1082; Schöner/Stöber, a.a.O., Rdn. 172; Demharter, a.a.O., § 19, Rdn. 28).

**11** Danach kann die Bewilligung hier zweifellos dahin ausgelegt werden, dass sie nicht unter der Bedingung der Fortexistenz der dort bezeichneten Gläubigerin bis zur Eintragung der Grundschuld abhängig gemacht werden sollte, sondern auch die – unmittelbare – Eintragung der Beteiligten zu 4 als ihrer Gesamtrechtsnachfolgerin umfasste.

**12** Betroffen von der zur Eintragung beantragten Belastung des Wohnungseigentums ist die Beteiligte zu 1. Sie ist als Eigentümerin in Abt. I lfd. Nr. 1 des Wohnungsgrundbuchs eingetragen. Die Beteiligte zu 1 hat danach die Eintragung der Grundschuld zu bewilligen, § 19 GBO.

**13** Die Bewilligung musste sie jedoch nicht persönlich erklären, sondern konnte sich hierbei vertreten lassen. Das ist auch so geschehen. In der notariellen Verhandlung vom 27. Februar 2020 trat für sie – und zugleich die Beteiligten zu 2 und 3 – ein (Unter-)Bevollmächtigter auf, dessen Vertretungsmacht letztlich auf den zwischen den Beteiligten zu 1 bis 3 in § 4 des Kaufvertrags über das Wohnungseigentum vom 24. Februar 2020 – UR-Nr. Fx 1xx/2xxx des Notars Jxxx Fxxx in Bxxxx – getroffenen Regelungen beruhte.

**14** Darin hatte die Beteiligte zu 1 den Beteiligten zu 2 und 3 eine Finanzierungsvollmacht erteilt, wie sie regelmäßig in entsprechenden notariellen Kaufverträgen enthalten ist. Bestimmungen zu einer bestimmten Gläubigerin enthält § 4 der UR-Nr. Fx 1xx/2xxx nicht. Lediglich nach § 4 Abs. 7 waren die Beteiligten zu 2 und 3 verpflichtet, bis zur Beurkundung des Vertrags „die bankübliche Zusage eines in der Europäischen Union zu allgemeinen Bankgeschäften berechtigten Kreditinstituts über die Gesamtfinanzierung des Kaufpreises bzw. entsprechende Kapitalnachweise zu erbringen“. Selbst wenn damit eine Beschränkung der Beteiligten zu 2 und 3 bei der Auswahl möglicher Gläubiger verbunden sein sollte, handelte es sich sowohl bei der in der Bewilligung bezeichneten Aktiengesellschaft als auch ihrer Gesamtrechtsnachfolgerin um solche Kreditinstitute.

**15** Weitere auf die Person der Gläubigerin bezogene Einschränkungen enthält § 4 der UR-Nr. Fx 1xx/2xxx nicht. Der Beteiligten zu 1 kam es danach nicht darauf an, welches Kreditinstitut die Beteiligten zu 2 und 3 letztlich konkret auswählen würden. Ohnehin war die Beteiligte zu 1 verpflichtet, das Wohnungseigentum auf die Beteiligten zu 2 und 3 zu übertragen.

**16** Für die Beteiligten zu 2 und 3 führt die Verschmelzung des von ihnen ausgewählten Kreditinstituts mit der Beteiligten zu 4 ebenfalls zu keinen – weiteren – Beschränkungen ihrer Rechte bzw. Pflichten.

**17** Mit dem Vollzug der Verschmelzung im Handelsregister geht das Vermögen des übertragenden Rechtsträgers einschließlich der Verbindlichkeiten auf den übernehmenden Rechtsträger über, §§ 2, 20 Abs. 1 Nr. 1 UmwG. Die Beteiligte zu 4 ist danach an die der Bewilligung der Grundschuld zugrundeliegenden schuldrechtlichen Vereinbarungen gebunden, wie sie zwischen den Beteiligten zu 2 und 3 und der in der UR-Nr. Fx 1xx/2xxx als Gläubigerin der Grundschuld bezeichneten Aktiengesellschaft getroffen worden waren (vgl. *Marsch-Barner/Oppenhoff*, in: Kallmeyer, UmwG, 7. Aufl., § 20, Rdn. 8).

**18** Welche Vereinbarungen dies konkret sind, muss und kann wegen des hier geltenden formellen Konsensprinzips nicht geklärt werden. Das ist aber auch nicht erforderlich, weil nach der allgemeinen Lebenserfahrung der Bestellung von Grundschulden im Zusammenhang mit dem Erwerb von Wohnungseigentum regelmäßig schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen dem Erwerber und Gläubiger zugrunde liegen.

**19** Etwas Anderes ergibt sich aus der von dem Grundbuchamt herangezogenen Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. August 2020 (I-3 Wx 125/20 – ZIP 2020, 1915) nicht, auch wenn es sich bei den dort beteiligten Kreditinstituten um dieselben wie vorliegend gehandelt haben dürfte.

**20** Dort war die Grundschuld für das übertragende Kreditinstitut erst nach der Eintragung seiner Verschmelzung mit dem übernehmenden Kreditinstitut im Handelsregister bewilligt worden. Eine Auslegung der Bewilligung, wie sie hier voranstehend erfolgt ist, erachtete das Oberlandesgericht dort nicht für möglich, weil das aufnehmende Kreditinstitut noch über drei Zweigniederlassungen verfügte, die ebenfalls Immobilienkredite vergaben. Es sei nicht auszuschließen und nicht einmal fernliegend, dass die Kaufvertragsparteien oder der übernehmende Rechtsträger bei zutreffender Beurteilung der Rechtslage die Bestellung und Eintragung der Grundschuld für eines der vorbezeichneten Kreditinstitute gewünscht hätten (OLG Düsseldorf, a.a.O., 1916; dies anzweifelnd *Brock*, EWIR 2021, 73, 74).

**21** Vorliegend erfolgte die Bewilligung hingegen vor dem Vollzug der Verschmelzung durch Eintragung im Handelsregister, also zu einem Zeitpunkt, in dem das als Gläubigerin bezeichnete Kreditinstitut noch als juristische Person existierte. Sein Vermögen ist erst danach auf die Beteiligte zu 4 übergegangen. Ob sie dieses Vermögen dann intern einer ihrer Zweigniederlassungen zugeordnet hat, ist für die Frage der zutreffenden, hier durch Auslegung zu ermittelnden Bezeichnung der Gläubigerin in der Bewilligung vom 27. Februar 2020 nicht von Relevanz (vgl. *Schöner/Stöber*, a.a.O., Rdn. 243).

**22** Auf der entsprechenden tatsächlichen Abweichung von der Entscheidung des Oberlandesgerichts Düsseldorf vom 12. August 2020 beruhten die – allerdings nicht tragenden – Ausführungen desselben Senats in seinem bereits benannten Beschluss vom 3. März 2021 (OLG Düsseldorf – 3 W 233/20 – juris), denen sich der Senat im Ergebnis anschließt.

## Zur Begründung und Auslegung einer altrechtlichen Dienstbarkeit

BGB §§ 873, 925, 133, 157, EGBGB Art. 186, 189

**Amtliche Leitsätze:**

- 1. Begründung einer Grunddienstbarkeit im Jahr 1900 vor Anlegung der Grundbücher.**
- 2. Art. 189 Abs. 1 EGBGB steht der Begründung einer Grunddienstbarkeit nach §§ 873, 925 BGB in der Zwischenzeit bis zur Anlegung der Grundbücher nicht entgegen, sofern das dingliche Rechtsgeschäft mit dem hergebrachten System der öffentlichen Bücher zu vereinbaren war.**
- 3. Zur Auslegung einer Grunddienstbarkeit, die „für uns und unsere Rechtsnachfolger im Besitz“ bewilligt wurde, als Grunddienstbarkeit.**

OLG Karlsruhe (12. Zivilsenat),

Urteil vom 12.11.2021 – 12 U 124/21

### I. Tatbestand:

- Die Parteien sind Eigentümer benachbarter Grundstücke. Sie streiten über ein Überfahrtsrecht über das Grundstück des Beklagten.
- Der Kläger ist Eigentümer der Grundstücke Flst. Nr. 244, 242/1 und 241 in W., von denen das letztgenannte mit der Immobilie L.-Gasse 5 bebaut ist und die übrigen (Innen-)Hofflächen darstellen, auf denen sich teilweise Pkw-Stellplätze befinden. Das Grundstück Flst. Nr. 243, bei dem es sich ebenfalls um einen Teil der (Innen-)Hoffläche handelt, steht im gemeinsamen Eigentum der Parteien. Der Beklagte ist Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 240, auf welchem sich das Anwesen L.-Gasse 3 sowie eine überdachte Durchfahrt von der L.-Gasse zu dem vorgenannten Innenhof befindet. Der Grundstücksteil, auf welchem sich die Durchfahrt befindet, wurde in den Grundbucheintragungen aus dem 19. Jahrhundert als „Hofraum 1“ bezeichnet. Die überdachte Durchfahrt, die seitlich durch Mauern begrenzt wird, hat eine Breite zwischen 3,77 m bis

4,38 m. In der Durchfahrt befindet sich eine Nebentür des Anwesens L.-Gasse 3 welche nach außen zur Durchfahrt hin geöffnet wird. Die Durchfahrt erschließt den hinter den Häusern liegenden Hof mit den Grundstücken Flst. Nr. 244, 243 und 242/1. Einen weiteren Zugang zu diesen Flurstücken gibt es nicht. Auf dem Grundstück Flst. Nr. 244 befand sich ursprünglich eine Garage, die abgebrochen und durch Stellplätze ersetzt wurde. Hierfür wurde dem Kläger eine Baugenehmigung der Stadt W. erteilt. Die Stellplätze werden durch die Mieter der Immobilie L.-Gasse 5 genutzt.

**3** Die Flurstücke liegen an der L.-Gasse und dem Q.-Gässchen im sogenannten „G.-Viertel“ in W., einem historischen Stadtteil, der beengte bauliche Verhältnisse aufweist. Die einzige Eingangstür der L.-Gasse 5 befindet sich im Innenhof. Lediglich der Teil des Wohnhauses, der an der Straße Q.-Gässchen liegt, hat über eine schmale Kellertür einen Zugang zum Q.-Gässchen. Der Beklagte sicherte seinen Mietern mietvertraglich einen Stellplatz in der Durchfahrt zum Innenhof zu. Eine Genehmigung für einen Stellplatz wurde dem Beklagten nicht erteilt. Die Mieter des Beklagten parken in der Durchfahrt abwechselnd eines ihrer Fahrzeuge. Gelegentlich parkt auch der Beklagte selbst sein Fahrzeug in der Durchfahrt, etwa um Reparaturmaßnahmen durchzuführen.

**4** Wegen der genauen örtlichen Verhältnisse wird auf die Anlage K 1 Bezug genommen. Frühere Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 244 waren (unter anderem) zunächst Michael B. (von 1851 bis jedenfalls 1882), später Adam B. (jedenfalls ab 1900). Früherer Eigentümer des Grundstücks Nr. 240 war (jedenfalls) in dem Zeitraum 1881 bis 1900 Konrad K.

**5** In Abteilung 2 des Grundbuchs der Gemeinde W. findet sich für das Grundstück Flst. Nr. 240 folgender Eintrag:

„Die Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 240 leidet Übergangs- und Überfahrtsrecht zu Gunsten der Grundstücke Flst. Nr. 241, 242 und 244 nach Maßgabe der Grundbucheinträge Band 54 Nr. 219 Seite 717 vom 15. Mai 1882, Band 76 Nr. 125 Seite 631 vom 25. September 1900 und Band 86 Heft 35.“

**6** Bei den Grundstücken Flst. Nr. 244 und 241 findet sich im Grundbuch der Stadt W. in Abteilung 2 folgender Eintrag:

„Der Eigentümer von Grundstück Flst. Nr. 244 und 241 hat Übergangs- und Überfahrtsrecht über Grundstück Flst. Nr. 240 nach Maßgabe der Grundbucheinträge Band 54 Nr. 219 Seite 717 vom 15. Mai 1882, Band 64 Nr. 112 Seite 573 vom 30. September 1892.“

**7** Grundbuch Band 54, Nr. 219, Seite 717-719 vom 15.05.1882 enthält zunächst verschiedene Erklärungen betreffend die Eigentums- und Übergangsrechte hinsichtlich der Grundstücke Flst. Nr. 242, 243, 244 und 245. Regelungen zu dem Grundstück Flst. Nr. 240 finden sich dort nicht.

**8** Neben diesen Eintragungen ist auf den Seiten 717-719 folgende Randbemerkung verzeichnet:

„W., am neun und zwanzigsten Juli 1882 Vor dem Gemeinderathe erschienen

1. Gerber Johann A. III. Witwe [...]
2. Michael B. Ehefrau Marie [...]
3. Tagelöhner Konrad K. [...]

und erklären: Wir haben uns dahier geeinigt, von nebenstehenden Vereinbahrungen theilweise aufzuheben:

...

Dagegen soll folgender Nachtrag unter uns geltend gemacht werden:

1. Der Hofraum 1 u 2 sowie das Wohn- und Öconomiegebäude 2a ist Eigenthum von Konrad K.

[später hinzugefügt: Lagerbuch Numero 240] ...

Ebenso haben Johann A. Wittwe und Michael B. das Recht über den Hofraum 1 des Konrad K. zu jeder Zeit zu gehen und zu fahren, und muß derselbe von dem Eigenthümer zu allen Zeiten zu diesem Zwecke frei- und rein gehalten werden.

**9** Der Eintrag im Grundbuch Band 76 Nr. 125 S. 631 – 633 vom 25.9.1900 lautet auszugsweise wie folgt:

„Vor mir [...] erscheinen heute

1. Johann A. II. Gerbers Witwe Anna Maria
2. Fabrikarbeiter Adam B.
3. Waldhüter Konrad K. I. [...]

Nach Eintrag im Grundbuche [...] besitzen wir als gemeinschaftliches Eigentum das nachverzeichnete Grundstück: Lagerbuch N[umero] 243

12 qm Hofraum im Stadtetter am Q.-Gässchen, deren Eigentümer die Besitzer der Grundstücke N[umero] 240, 241, 242, 244 und 245 sind.

Dieses Grundstück wurde bei Vornahme der Katastervermessung als gemeinschaftliches Eigentum zwischen uns, den Erschienenen, behandelt, während thatsächlich Johann A. II. Gerbers Witwe Anna Maria, beziehungsweise deren Vorfahren keinerlei Eigentumsrecht an dem fraglichen Grundstück zustand, solches vielmehr nur im Alleineigentum des Adam B. und des Konrad K. I. steht. [...] Die sämtlichen oben aufgeführten Erschienenen erklären:

Wir erkennen die Vermessung wie solche im Katasterplan dargestellt, sowie die gegenseitigen Uebergangs- und Überfahrtsrechte, wie solche bei den Lagerbuchs-Einträgen 240, 241, 242, 244, 245 vorgemerkt, als rechtsverbindlich hiermit an und zwar für uns und unsere Rechtsnachfolger im Besitz.

Wir anerkennen ferner, daß in Folge dieser Vereinbarung etwaige, sonstige früher bestandene Rechte aufhören.“

**10** Weiter lautet der Eintrag im Grundbuch vom 4.4.1955, Band 52, Heft 20, S. 4 – 6 wie folgt:

„Der Eigentümer von Grundstück Lgb. Nr. 244 und 241 hat Übergangs- und Überfahrtsrecht über Grundstück

Lagerbuch Nr. 240 nach Maßgabe der Grundbuchseinträge Band 54 Nr. 219 Seite 717 vom 15. Mai 1882, Band 64 Nr. 112 Seite 573 vom 30. September 1892 und Grundbuch Band 36 Heft 13. Hierher übertragen am 18. August 1905.“

**11** Der Kläger hat vorgetragen, ihm stehe als Eigentümer der Grundstücke Flst. Nrn. 244 und 241 ein ungehindertes Überfahrtsrecht über das Grundstück Flst. Nr. 240 im Bereich der Hofeinfahrt zu. Dieses Zufahrtsrecht werde von dem Beklagten dadurch beeinträchtigt, dass er oder dessen Mieter regelmäßig in der Durchfahrt auf dem Flst. Nr. 240 parkten. Hierdurch werde die Durchfahrt so eng, dass es dem Kläger und dessen Mietern nicht bzw. nur schwer möglich sei, zu dem Stellplatz auf dem Flst. Nr. 244 zu fahren. Auch die Nebentüre werde häufig geöffnet, sodass die Durchfahrt noch schmaler werde. Aufgrund der in der Durchfahrt abgestellten Mülltonnen werde der Weg weiter verengt. Infolgedessen könne der Stellplatz nicht ohne die Gefahr angefahren werden, ein in der Durchfahrt abgestelltes Fahrzeug zu beschädigen. In der Vergangenheit sei es bereits wiederholt zu Beschädigungen gekommen.

**12** Bezüglich des hilfsweise geltend gemachten Notwegerechts hat der Kläger vorgetragen, dass die Verlegung der Eingangstüre durch Erweiterung der Kellertüre aufgrund des Denkmalschutzes nicht möglich sei. Aufgrund der engen örtlichen Verhältnisse sei es unzumutbar, den Kläger und seine Mieter auf Parkmöglichkeiten in der Gr Straße zu verweisen. Jedenfalls bestehe ein Wohnheitsrecht zugunsten der Überfahrt des Klägers und seiner Mieter.

**13** Der Kläger hat beantragt,

1. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, in der L.-Gasse 3 in W. in der Zufahrt / Einfahrt auf dem Flst. Nr. 240 zu parken bzw. es zu unterlassen, seinen jetzigen und künftigen Mietern des Grundstücks Flst. Nr. 240 ein Pkw-Stellrecht in der Zufahrt / Einfahrt auf dem Flst. Nr. 240 einzuräumen.
2. Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 50.000,00 € oder Ordnungshaft von bis zu drei Monaten im Einzelfall angedroht.

Hilfsweise hat der Kläger beantragt, den Beklagten zu verurteilen, die Benutzung seines Grundstücks (Fl.Nr. 240) als Notwegerecht zum Grundstück des Klägers (Fl.Nr. 243) von der öffentlichen Straße L.-Gasse 3 aus zu dulden.

**14** Der Beklagte hat beantragt, die Klage abzuweisen.

**15** Er hat vorgetragen, eine Durchfahrt zum Stellplatz sei angesichts der Breite der Durchfahrt jederzeit möglich. Die Nebentür werde nur selten beim Ausladen des PKW der Mieter des Beklagten geöffnet. Bei dem im Grundbuch eingetragenen Überfahrtsrecht handele es sich zudem um

eine beschränkte persönliche Dienstbarkeit, die mit dem Tod von Michael B. Frau und Johann A. Witwe erloschen sei. Der heutige Grundbucheintrag stelle demnach einen Übertragungsfehler dar.

**16** Das Landgericht hat die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es ausgeführt, ein Unterlassungsanspruch des Klägers nach §§ 1027,1004 Abs. 1 BGB scheidet aus, da eine Grunddienstbarkeit in Form eines Überfahrtsrechts nicht bestehe. Vielmehr seien die entsprechenden Grundbucheinträge unter Berücksichtigung der in Bezug genommenen Einträge aus den Jahren 1882-1900 als Einräumung einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit auszulegen, die mit dem Tod der berechtigten Person erloschen sei. Aus der Eintragung vom 29.7.1882 ergebe sich lediglich, dass den damaligen Eigentümern des Grundstücks Flst. Nr. 244 persönlich das Recht zur Überfahrt über das Grundstück Flst. Nr. 240 eingeräumt worden sei. Die Erklärung vom 25.9.1900 beziehe sich zwar auf die Einräumung einer Grunddienstbarkeit, allerdings lediglich für das Grundstück Flst. Nr. 243. Ein Notwegerecht bestehe zwar mangels anderweitigen Anschlusses des klägerischen Anwesens an eine Zugangsstraße, dieses Recht umfasse aber nicht das Befahren des Grundstücks Flst. Nr. 240 mit einem Pkw, da ein Abstellen von Pkws im öffentlichen Straßenraum – wenn auch unter gewissen Schwierigkeiten – in zumutbarer Entfernung möglich sei. Ein gewohnheitsrechtlich legitimes Überfahrtsrecht komme nicht in Betracht.

**17** Gegen dieses Urteil wendet sich der Kläger mit seiner Berufung, mit der er sein erstinstanzliches Begehren in vollem Umfang weiterverfolgt.

**18** Er begründet seine Berufung wie folgt:

„Das Landgericht habe verkannt, dass sich die Eintragung vom 25.9.1900 nur als Einräumung einer Grunddienstbarkeit auch an dem Grundstück Flst. Nr. 240 verstehen ließe, da eine Beschränkung der Grunddienstbarkeiten auf das ohnehin im Miteigentum stehende Grundstück Flst. Nr. 243 sinnlos gewesen wäre. Die Hofflächen seien zudem seit jeher mit Fuhrwerken und Pkw befahren worden. Dies habe das Landgericht ebenso wenig berücksichtigt, wie die sich aus der örtlichen Lage der Grundstücke zueinander ergebende wechselseitige Abhängigkeit voneinander. Schließlich hätte die öffentlich-rechtliche Genehmigung von Stellplätzen im Hofbereich berücksichtigt werden müssen.“

**19** Der Kläger beantragt, das am 19.3.2021 verkündete Urteil des Landgerichts Mannheim, Az.: 9 O 320/19 wie folgt abzuändern:

- a. Der Beklagte wird verurteilt, es zu unterlassen, in der L.-Gasse 3 in W. in der Zufahrt/Einfahrt auf dem Flurstück 240 mit Pkw zu parken und es zu unterlassen, seinen jetzigen und künftigen Mietern des Grundstücks Flst.Nr. 240 ein

Pkw-Stellrecht in der Zufahrt/Einfahrt auf dem Flurstück 240 einzuräumen.

b. Dem Beklagten wird für jeden Fall der Zuwiderhandlung ein Ordnungsgeld bis zur Höhe von 50.000,00 € oder Ordnungshaft von bis zu drei Monaten im Einzelfall angedroht.

c. Der Beklagte wird hilfsweise für den Fall des Unterliegens verurteilt, die Benutzung seines Grundstücks (Fl.Nr. 240) als Notwegerecht zum Grundstück des Klägers (Fl.Nr. 243) von der öffentlichen Straße L.-Gasse 3 aus zu dulden.

**20** Der Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

**21** Er verteidigt das angegriffene Urteil unter Wiederholung und Vertiefung seines erstinstanzlichen Vortrags. Ergänzend trägt er vor, dass einem gewohnheitsrechtlichen Überfahrtsrecht der fehlende Grundbucheintrag entgegenstehe.

**22** Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird, soweit der Senat keine abweichenden Feststellungen getroffen hat, auf das Urteil des Landgerichts sowie auf die wechselseitigen Schriftsätze nebst Anlagen verwiesen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**23** Die zulässige Berufung des Klägers ist begründet. Entgegen der Auffassung des Landgerichts besteht zugunsten des klägerischen Grundstücks Flst.Nr. 244 und zu Lasten des Grundstücks des Beklagten Flst.Nr. 240 eine Grunddienstbarkeit in Form eines Wegerechts, welches durch das Parken von Fahrzeugen in der Hofzufahrt beeinträchtigt wird.

**24** 1. Die Berufung ist zulässig, insbesondere ist die Berufungsfrist gemäß § 517 ZPO in Bezug auf das der Klägerseite am 25.3.2021 zugestellte landgerichtliche Urteil gewahrt. Zwar enthält die am 23.4.2021 eingegangene Berufungsschrift in der Überschrift ein unzutreffendes Aktenzeichen, bereits hier ist aber das zutreffende Aktenzeichen im Text erwähnt. Im Übrigen wurde das Aktenzeichen durch Übersendung einer korrigierten Berufungsschrift am Montag, den 26. April 2021, der auch eine Abschrift des Urteils beigefügt war, klargestellt. Damit ist eine den Vorgaben des § 519 ZPO genügende Berufungsschrift in jedem Fall fristgerecht eingereicht. Auch die Begründung ging fristgerecht ein (§ 520 Abs. 2 ZPO).

**25** 2. Die Berufung ist auch begründet. Dem Kläger steht gegen den Beklagten ein Unterlassungsanspruch gemäß §§ 1027, 1004 Abs. 1 BGB zu.

**26** a) An dem Grundstück Flst.Nr. 240 des Beklagten besteht zugunsten des Klägers als Eigentümer des herrschenden Grundstücks Flst.Nr. 244 und als Eigentümer des

herrschenden Grundstücks Flst.Nr. 241 eine Grunddienstbarkeit gemäß § 1018 BGB in Form eines Wegerechts.

**27** aa) Dabei kann letztlich dahinstehen, ob die Voreigentümer der vorgenannten Grundstücke bereits nach altem, gemäß Art. 184 EGBGB fortgeltendem Recht ein dingliches Wegerecht zugunsten des klägerischen Grundstücks begründet haben, wobei hierfür auf die Rechtslage nach dem Badischen Landrecht vom 1.1.1810 abzustellen wäre. Denn jedenfalls wurde – unter Geltung des ab 1.1.1900 in Kraft getretenen Bürgerlichen Gesetzbuchs (Art. 1 Abs. 1 EGBGB) – am 25.9.1900 ein solches Recht wirksam bestellt. **28** bb) Unbeachtlich ist dabei, dass in der so genannten Zwischenzeit zwischen Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs und dem Zeitpunkt, zu welchem die Anlegung der Grundbücher nach der Grundbuchordnung erfolgt ist (Art. 186 EGBGB), für die Bestellung von Grundstücksrechten grundsätzlich noch das alte Recht fortgalt, Art. 189 Abs. 1 EGBGB.

**29** (1) Nach Art. 186 Abs. 1 EGBGB konnte durch landesherrliche Verordnung der Zeitpunkt bestimmt werden, in welchem das Grundbuch für einen Bezirk als angelegt anzusehen war. Dies ist für das Großherzogtum Baden mit der Landesherrlichen Verordnung vom 6.12.1901 „Die Inkraftsetzung des reichsgesetzlichen Grundbuchrechts betreffend“ (Gesetzes- und Ordnungsblatt für das Großherzogtum Baden vom 16.12.1901, Seite 565, 569) geschehen. Hiernach galt im Amtsgerichtsbezirk W. im Jahr 1900 das „neue“ Grundbuch als noch nicht angelegt.

**30** (2) Als Ausnahme von der Regelung des § 189 Abs. 1 Satz 1 EGBGB, die getroffen wurde, weil es in zahlreichen Rechtsgebieten des damaligen Deutschen Reiches bei Inkrafttreten des Bürgerlichen Gesetzbuchs entweder überhaupt keine geeigneten öffentlichen Bücher oder nur solche für bestimmte Zwecke (wie etwa Hypothekenbücher) gab und ein Erwerb von Grundstücksrechten nach den §§ 873, 925 BGB mithin faktisch in bestimmten Gebieten nicht möglich gewesen wäre (vgl. *Mugdan*, Materialien Bd. 1, Motive, S. 85), war allerdings anerkannt, dass solchen dinglichen Geschäften die Wirksamkeit nicht versagt werden sollte, die nach dem BGB zulässig und mit dem hergebrachten System der öffentlichen Bücher zu vereinbaren waren (vgl. nur *Dittmann* in *Staudinger*, 10./11. Auflage 1973, Art. 189 EGBGB, Rn. 6 m.w.N.; vgl. auch die Erwägungen der Motive für den Fall der beabsichtigten Begründung eines nach dem BGB zulässigen Rechts, dass nach dem eigentlich fortgeltenden alten Recht nur in milderer – nach dem BGB nicht mehr zulässiger – Form begründet werden konnte, vgl. *Mugdan*, Materialien Bd. 1, Motive, S. 88).

**31** (3) Diese Voraussetzungen sind vorliegend erfüllt, da nach Vermessung der Liegenschaften des Großherzogtums Baden auf Grundlage des entsprechenden Gesetzes

vom 26. März 1852 katastermäßig erfasst Grundbesitz vorlag und die im Jahr 1900 geführten Grundbücher sämtliche erforderlichen Eintragungen für ein Grundstücksgeschäft nach § 873 BGB enthielten. Letzteres wird auch in der auf Grundlage von § 87 S. 1 GBO i. d. F. der Bekanntmachung vom 20.5.1898 (RGBl 1898, 754) erlassenen landesherrlichen Verordnung vom 13.12.1900 „Die Ausführungen der Grundbuchordnung betreffend“ (Gesetzes- und Verordnungsblatt für das Großherzogtum Baden vom 20.12.1900, Seite 1077, 1091) deutlich, nach deren §§ 61, 63 die bisher geführten Bücher als Grundbuch fortgelten sollen, bis die Umschreibung in die neuen Grundbuchhefte gemäß § 64 der vorgenannten Verordnung erfolgt ist. Ausweislich der Grundbucheintragung und angesichts des Zeitpunkts der Eintragung ist zudem davon auszugehen, dass die damaligen Grundstückseigentümer auch eine nach dem BGB zulässige und ohne Zweifel für die Zukunft fortbestehende Grunddienstbarkeit begründen wollten.

**32 cc)** Nach den Feststellungen des Landgerichts, an deren Vollständigkeit und Richtigkeit insoweit keine Zweifel bestehen und die für den Senat damit bindend sind, haben die Voreigentümer der Grundstücke entsprechend der Eintragung im Grundbuch der Stadt W., Band 76, Nr. 125, Seite 631-633 gegenüber dem Grundbuchführer anlässlich der beabsichtigten Klarstellung der Eigentumsrechte an dem Grundstück Flst.Nr. 243 auch erklärt, „die gegenseitigen Übergangs- und Überfahrtsrechte, wie solche bei den Lagerbucheinträgen 240, 241, 242, 244 und 245 vorgemerkt, als rechtsverbindlich“ für sich und ihre „Rechtsnachfolger im Besitz“ anzuerkennen. Diese im Grundbuch eingetragene Erklärung stellt nach Maßgabe der §§ 133, 157 BGB die Begründung einer Grunddienstbarkeit nach neuem Recht mit dem Inhalt der bisherigen altrechtlichen Rechte dar.

**33 (1)** Wie das Landgericht im Ansatz zutreffend annimmt, ist zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit grundsätzlich vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der nach § 874 BGB in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt (st. Rspr. vgl. nur BGH, Urteil vom 12.7.2019 – V ZR 288/17, juris Rn. 6 m.w.N.). Vorliegend besteht die Besonderheit, dass die Eintragung in das Grundbuch aufgrund der Fortführung der bisherigen Bücher nach dem 1.1.1900 auch – nach heutigem Recht nicht vorgesehen – die dinglichen Willenserklärungen selbst beinhaltet. Dies erfordert es, den damit im Grundbuch dokumentierten Wortlaut der Einigung als Auslegungsgrundlage zu nehmen. Hiernach bestehen nach Auffassung des Senats keine Zweifel, dass die Voreigentümer der Grundstücke sämtliche der bisher bestehenden altrechtlichen Übergangs- und Überfahrts-

rechte als Grunddienstbarkeiten bestätigen oder neu begründen wollten.

**34 (a)** Entgegen der Auffassung des Landgerichts ergibt sich aus dem Wortlaut „Wir erkennen [...] die gegenseitigen Übergangs- und Überfahrtsrechte, wie solche bei den Lagerbucheinträgen 240, 241, 242, 244, 245 vorgemerkt, ...“ deutlich, dass sich die Erklärung nicht auf das Grundstück Flst. Nr. 243 bezieht, sondern auf die übrigen ausdrücklich genannten Grundstücke und die dort bereits (altrechtlich) begründeten Dienstbarkeiten. Dem steht auch nicht entgegen, dass zunächst eine Erklärung betreffend das Grundstück Flst.Nr. 243 abgegeben worden ist; denn im Gegensatz zu der seit 1936 über die GBV geltenden reichseinheitlichen Gestaltung des Grundbuchs handelt es sich bei den vorliegenden Grundbüchern bis 1900 erkennbar nicht um allein nach einzelnen Grundstücken geordnete Eintragungen; vielmehr entsprach es ausweislich der mit dem Anlagenkonvolut B 1 vorgelegten Kopien der Üblichkeit, unter einer Eintragung Erklärungen zu verschiedenen Grundstücken zusammenzufassen. Somit kann aus der vorangehenden Erwähnung des Grundstücks Flst. Nr. 243 nicht geschlossen werden, dass sich auch die nachfolgenden Erklärungen – entgegen ihrem Wortlaut – ebenfalls auf dieses Grundstück beziehen sollen. Es erschiene auch sinnwidrig und unverständlich, wenn die damaligen Eigentümer beabsichtigt hätten, eine Vielzahl unterschiedlicher Übergangs- und Überfahrtsrechte in Bezug auf andere Grundstücke entsprechend auf das Grundstück Flst. Nr. 243 anzuwenden, ohne klarzustellen, welchen Umfang diese Rechte konkret haben sollte. Dies gilt zumal, da das Grundstück Flst. Nr. 243 im Unterschied zu den übrigen Grundstücken im Miteigentum der Erklärenden gestanden hat, so dass zum damaligen Zeitpunkt ohnehin eine Mitbenutzung möglich war.

**35 (b)** Aus dem Wortlaut der Vereinbarung geht zudem deutlich hervor, dass die bestehenden Rechte als Grunddienstbarkeiten (§ 1018 ff. BGB) und nicht als beschränkte persönliche Dienstbarkeiten (§§ 1090 ff. BGB) bestätigt bzw. begründet werden sollten.

**36** Maßgeblich für die Auslegung als Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit ist, ob die Berechtigung aus Sicht eines unbefangenen Betrachters an ein bestimmtes Grundstück oder an eine bestimmte Person geknüpft ist (vgl. BGH, Urteil vom 2.12.1964 – V ZR 173/62, juris Rn. 42; BGH, Urteil vom 6.12.1968 – V ZR 76/65, juris Rn. 33). Vorliegend ergibt sich die Grundstücksbezogenheit bereits daraus, dass die Rechte „für uns und unsere Rechtsnachfolger im Besitz“ eingetragen werden sollten. Für einen unbefangenen Betrachter kann dies – unter Berücksichtigung der teilweise parallelen Verwendung der Begriffe „Eigentum“ und „Besitz“ in dem Grundbucheintrag – nur den Schluss zu lassen, dass hiermit nicht eine

(rechtlich unzulässige) persönliche Dienstbarkeit zugunsten auch des (erbrechtlichen) Rechtsnachfolgers gemeint war, sondern eine Grunddienstbarkeit, die einem späteren Eigentümer zugute kommen sollte. Insoweit ist der vorliegende Sachverhalt auch abweichend von der durch die Beklagtenseite zitierten Entscheidung des Bundesgerichtshofs (BGH, Urteil vom 2.12.1964 – V ZR 173/62, juris Rn. 42) zu bewerten, da es in dem dortigen Fall gerade an dem Zusatz „im Besitz“ gefehlt hat (vgl. auch BGH, Urteil vom 6.12.1968 – V ZR 76/65, juris Rn. 32 f.: „persönliche Dienstbarkeit zugunsten des jeweiligen Eigentümers“).

**37 (c)** Die Erklärung ist auch hinreichend bestimmt zur Begründung einer Grunddienstbarkeit.

**38** Voraussetzung für das Entstehen einer Grunddienstbarkeit ist es, dass die Art der Berechtigung und die Ausübungsstelle hinreichend bestimmt sein müssen, wobei allerdings auf Anlagen oder auch über Beschreibungen auf tatsächliche Gegebenheiten verwiesen werden kann (vgl. BGH, Urteil vom 23.10.1981 – V ZR 168/80, juris Rn. 16 m.w.N.). Diesen Vorgaben ist vorliegend dadurch Genüge getan, dass mit dem Verweis auf die bisher im Grundbuch eingetragenen Rechte ein eindeutiger Bezug vorliegt und dass das hinsichtlich des streitgegenständlichen Grundstücks in Bezug genommene altrechtliche Geh- und Überfahrtsrecht in der Eintragung vom 29.7.1882 unter Ziff. 3 (Anlage B 1, S. 24, Grundbuch Band 54, Nr. 219, Seite 718) sich eindeutig auf den „Hofraum 1“, mithin den nicht überbauten Durchfahrtsbereich des Grundstücks Flst. Nr. 240 bezieht (vgl. etwa Handriss Nr. 69, Anlage B 1, Seite 15).

**39** Auch sind die herrschenden Grundstücke, insbesondere das hier relevante Grundstück Flst.Nr. 244, hinreichend bestimmt. In dem Eintrag vom 15.5.1882 (Anlage B 1, S. 21, Grundbuch Band 54, Nr. 219, Seite 717), zu dem der Eintrag vom 29.7.1882 eine Randbemerkung bildet, ist Michael B., welchem am 29.7.1882 das persönliche Recht, über den „Hofraum 1“ jederzeit gehen und fahren zu dürfen, eingeräumt wurde, als Eigentümer des Grundstücks Flst. Nr. 244 bezeichnet. Da sich die Randbemerkung bereits wegen ihrer Beifügung zu dem ursprünglichen Eintrag unzweifelhaft auch auf diesen bezieht, ist die Umwandlung der persönlichen Dienstbarkeit in eine Grunddienstbarkeit so zu verstehen, dass herrschendes Grundstück jedenfalls auch das Grundstück Flst.Nr. 244 sein soll. Dass Michael B. bei Eintragung der Grunddienstbarkeit daneben auch Eigentümer des Grundstücks Flst.Nr. 241 war (Anlage B 1, S. 23, Grundbuch Band 54, Nr. 219, Seite 717) und somit auch dieses Grundstück als herrschendes Grundstück anzusehen ist, ist unbeachtlich, da die Eintragung eines Wegerechts für mehrere herrschende Grundstücke ohne Weiteres möglich ist (vgl. nur BayObLG, Beschluss vom 9.7.1965 – BReg. 2 Z 20/65, NJW 1966, 56).

**40 (2)** Ein besondere Formerfordernis der dinglichen Einigung bestand nicht, § 873 Abs. 1 BGB. Inwieweit die Erklärungen hinsichtlich des Eigentums an dem Grundstück Flst. Nr. 243 der Form des § 925 BGB bedurft hätten, kann dahingestellt bleiben, da in Ermangelung einer erkennbaren Abhängigkeit i.S.d. § 139 BGB der Grunddienstbarkeitsbestellung von der beabsichtigten „Klarstellung“ der Eigentumsverhältnisse selbst eine Unwirksamkeit einer möglicherweise beabsichtigten Eigentumsübertragung keine Auswirkung auf die Wirksamkeit der Bestellung der Grunddienstbarkeit hätte.

**41 (3)** Die erforderliche Eintragung der Grunddienstbarkeitsbestellung in das Grundbuch gemäß § 873 Abs. 1 BGB ist erfolgt. Der Wirksamkeit der Eintragung steht, wie ausgeführt, nicht entgegen, dass diese in das bis vor Inkrafttreten der GBO geführte (altrechtliche) Grundbuch erfolgt ist, da auch dieses sämtliche der erforderlichen Eintragungsinhalte aufwies.

**42 dd)** Aufgrund des Erwerbs der Grunddienstbarkeit im Jahr 1900 kommt es auf die Frage einer Buchersitzung gemäß § 900 Abs. 2 BGB (vgl. hierzu etwa OLG Zweibrücken, Beschluss vom 30.8.1999 – 3 W 125/99, juris Rn. 16) oder eines gutgläubigen Erwerbs gemäß §§ 892 Abs. 1, 96 BGB (vgl. etwa RG Urteil vom 10.5.1922 – V 462/21, BeckRS 1922, 100257 Rn. 7 (RGZ 104, 316); Bayerisches Oberstes Landesgericht, Beschluss vom 12.12.1986 – BReg 2 Z 125/86, juris Rn. 13) in Bezug auf das seit dem 18.8.1905 im Grundbuch eingetragene Übergangs- und Überfahrtsrecht (Anlage K 12) nicht mehr an.

**43 b)** Durch das Parken in der Hofeinfahrt auf dem Grundstück Flst.Nr. 240 werden der Kläger und die Mieter der auf dem herrschenden Grundstück errichteten Stellplätze in der Ausübung der Grunddienstbarkeit beeinträchtigt, § 1027 BGB.

**44 aa)** Da ein dingliches Wegerecht dem Interesse des herrschenden Grundstücks und nicht bloß dem persönlichen Vorteil seines jeweiligen Eigentümers zu dienen bestimmt ist, kann es, sofern der Bestellsakt nichts Gegenteiliges ergibt, auch von dritten Personen ausgeübt werden, die zu dem Eigentümer in besonderen Beziehungen stehen, insbesondere von seinen Hausgenossen, Besuchern und Kunden, von Mietern, Pächtern und dergleichen (BGH, Urteil vom 21.5.1971 – V ZR 8/69, juris Rn. 16). Dementsprechend sind grundsätzlich sowohl der Kläger selbst als auch seine Mieter zur Ausübung des Überfahrtsrechts berechtigt.

**45 bb)** Es liegt durch das Parken in dem Zufahrtsbereich nach den insoweit bindenden Feststellungen des Landgerichts auch eine Beeinträchtigung des Überfahrtsrechts vor.

**46** Eine Beeinträchtigung im Sinne des § 1027 BGB ist jede Störung oder Behinderung der rechtmäßigen Ausübung

der Dienstbarkeit (BGH, Urteil vom 22.10.2010 – V ZR 43/10, BGHZ 187, 185 Rn. 18; BGH, Urteil vom 18.7.2014 – V ZR 151/13, juris Rn. 8). Durch das Abstellen eines Kraftfahrzeugs im Bereich der an ihrer breitesten Stelle 4,38 Meter messenden Durchfahrt wird ein Durchqueren dieser beiderseits durch Stützmauern begrenzten Durchfahrt mit einem Pkw zumindest ganz erheblich erschwert, wenn nicht gar vollständig ausgeschlossen. Ein ungehindertes Überfahren des Grundstücks an der vormals als „Hofraum 1“ bezeichneten Fläche, stellt aber den wesentlichen Inhalt des Grunddienstbarkeit dar.

**47 cc)** Zur Ermittlung des Inhalts einer Dienstbarkeit ist, wie bereits dargelegt, vorrangig auf Wortlaut und Sinn der Grundbucheintragung und der in Bezug genommenen (§ 874 BGB) Eintragungsbewilligung abzustellen, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb dieser Urkunden dürfen insoweit mit herangezogen werden, als sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (st. Rspr., BGH, Urteil vom 8.2.2002 – V ZR 252/00, juris Rn. 10; Senat Urteil vom 21.7.2020 – 12 U 34/20, juris Rn. 34, juris). Dabei liegt der Umfang einer Grunddienstbarkeit nicht von vorneherein für alle Zeiten fest. Er kann sich vielmehr entsprechend dem jeweiligen Bedürfnis des herrschenden Grundstücks unter Berücksichtigung der wirtschaftlichen und technischen Entwicklung ändern und insbesondere mit einer Bedarfssteigerung wachsen. Dies gilt allerdings nur im Rahmen einer der Art nach gleichbleibenden oder zumindest voraussehbaren Nutzung des Grundstücks. Zur Zeit der Bestellung nicht absehbare, willkürliche Benutzungsänderungen werden von der Grunddienstbarkeit nicht gedeckt (st. Rspr., BGH, Urteil vom 5.10.1965 – V ZR 73/63 –, BGHZ 44, 171-178, Rn. 10; OLG Karlsruhe, Urteil vom 15.3.1990 – 4 U 226/88, juris Rn. 23).

**48** Gemessen hieran ist die Nutzung des Grundstücks Flst. Nr. 240 als Durchfahrt für auf dem herrschenden Grundstück regelmäßig abgestellte Pkw vom Inhalt der Dienstbarkeit umfasst.

**49** Dass eine jederzeitige und nicht bloß gelegentliche Durchfahrt ermöglicht werden muss, ist in der bei Dienstbarkeitsbestellung in Bezug genommenen Eintragung vom 29.7.1882 ausdrücklich geregelt („das Recht, über den Hofraum 1 [...] zu jeder Zeit zu gehen und zu fahren“). Anerkannt ist auch, dass Überfahrtsrechte, die sich früher – wie wohl auch hier – typischerweise auf Pferdefuhrwerke oder Ochsespannen bezogen haben dürften, sich heute auch grundsätzlich auf Kraftfahrzeuge beziehen (vgl. nur Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 2.12.1996 – 1Z RR 236/94, juris Rn. 26). Dass das Überfahrtsrecht bei seiner Begründung im Jahr 1900 allein zum Zwecke des Bringens und Entfernens von Holz und Dung bestellt

wurde, wie der Beklagte vorträgt, ist weder aus der Eintragung zu entnehmen, noch ergibt sich dies aus den in Bezug genommenen Unterlagen. Allein, dass auf dem Grundstück Flst. Nr. 243 teilweise Dung und Holz gelagert wurden, lässt keinen Rückschluss darauf zu, dass dies der einzige Zweck für die Begründung eines Überfahrtsrechts gewesen ist.

**50 dd)** Angesichts der Breite der Durchfahrt von maximal 4,38 m stellt das Parken eines Pkws dort auch nicht nur eine Erschwernis in der Ausübung der Dienstbarkeit dar, welche der Berechtigte nach dem Grundsatz der schonenden Ausübung (§ 1020 S. 1 BGB) hinzunehmen hat (vgl. hierzu Senat, Urteil vom 25.7.2014 – 12 U 155/13, juris Rn. 13, 16). Bei der Prüfung, inwieweit der Berechtigte bei der Ausübung der Dienstbarkeit Erschwernisse in Kauf nehmen muss, sind das Interesse des Grundstückseigentümers an der ungehinderten Nutzung seines Grundstücks und das Interesse des Begünstigten an der sachgemäßen Ausübung seines Rechts gegeneinander abzuwägen (BGH, Versäumnisurteil vom 23.1.2015 – V ZR 184/14, juris Rn. 10).

**51** Vorliegend überwiegt das Interesse des Klägers an einer ungehinderten Durchfahrt gegenüber dem Interesse des Beklagten, angesichts der begrenzten Parkmöglichkeiten auf seinem Grundstück einen Parkplatz zu unterhalten, da die Einrichtung eines solchen Parkplatzes die Durchfahrt in erheblichem Umfang erschwert und teilweise sogar unmöglich macht. Selbst ein in der Durchfahrt abgestellter Kleinwagen hat einschließlich seiner Außenspiegel eine Breite von ca. 1,8 Meter bis 1,9 Meter. Berücksichtigt man, dass ein Abstellen des Fahrzeugs unmittelbar an der begrenzenden Mauer nicht möglich ist, verbleibt selbst bei derartigen Kleinfahrzeugen und auch mit eingeklappten Außenspiegeln nur eine Durchfahrtsbreite von allenfalls 2,5 Meter, was etwa die nach § 4 Abs. 3 Garagenverordnung BW vorgeschriebene Mindestbreite von Zufahrten zu Stellplätzen (3 Meter) deutlich unterschreitet. Eine Durchfahrt unter Einhaltung eines Sicherheitsabstands sowohl zu dem parkenden Pkw als auch zu der sich auf der anderen Seite befindlichen Begrenzungsmauer ist damit schon mit Mittelklassefahrzeugen kaum, mit größeren Fahrzeugen praktisch nicht möglich. Dies wird auch durch das Ergebnis der Beweisaufnahme des Landgerichts bestätigt. Sämtliche der dort vernommenen Zeugen gaben an, dass bei Vorhandensein eines in der Durchfahrt geparkten Pkws ein Vorbeifahren lediglich mit großer Mühe – etwa mehrfachem Rangieren oder der Zuhilfenahme Dritter – teilweise aber auch überhaupt nicht möglich sei (Protokoll vom 12.10.2020).

**52** Ob eine Überfahrt nur unter Mitnutzung des Grundstücks Flst. Nr. 243 möglich ist, kann offen bleiben, da der Kläger als Miteigentümer dieses Grundstücks gemäß § 743 Abs. 2 BGB in jedem Fall auch diesbezüglich ein

Überfahrtsrecht besitzt (vgl. nur BGH, Urteil vom 3.12.1990 – II ZR 107/90, juris Rn. 11), ohne dass es auf eine Erlaubnis des Beklagten ankäme.

**53 c)** Der Beklagte ist auch Störer im Sinne des §§ 1004 Abs. 1, 1027 BGB sowohl hinsichtlich des Abstellens des eigenen Fahrzeugs als auch hinsichtlich der durch seine Mieter in der Durchfahrt abgestellten Fahrzeuge.

**54** Für Störungshandlungen seiner Mieters kann der Eigentümer des belasteten Grundstücks nach §§ 1004, 1027 BGB als mittelbarer Handlungsstörer verantwortlich gemacht werden, wenn er dem Mieter die Beeinträchtigung der Ausübung der Dienstbarkeit gestattet hat oder wenn er es unterlässt, den Mieter von einer Beeinträchtigung abzuhalten (allg. Meinung, vgl. nur BGH, Urteil vom 27.1.2006 – V ZR 26/05, juris Rn. 5; Urteil vom 7.4.2000 – V ZR 39/99, juris Rn. 12; Senat, Urteil vom 21.7.2020 – 12 U 34/20, juris Rn. 45 – 46, jeweils zum Fall einer mittelbaren Eigentumsbeeinträchtigung).

**55** Da der Beklagte seinen Mietern die Nutzung des Grundstücks Flst. Nr. 240 als Parkplatz ausdrücklich gestattet hat, ist eine mittelbare Verantwortlichkeit nach diesen Vorgaben zu bejahen.

**56 d)** Da bereits das Abstellen eines Pkws gleich welcher Art zu einer nach § 1027 BGB unerlaubten Beeinträchtigung der Grunddienstbarkeit führt, ist dieses generell zu untersagen, ohne dass es darauf ankommt, ob bei einer weiteren Verengung der Durchfahrt (durch Mülltonnen, etc.) eine zusätzliche Beeinträchtigung eintritt.

**57 e)** Auf Antrag des Klägers ist gemäß § 890 Abs. 2 ZPO die Ordnungsgeldandrohung bis zu der begehrten Höhe mit dem Urteil auszusprechen.

**58 3.** Aufgrund des Obsiegens mit dem Antrag in der Hauptsache ist über den hilfsweise geltend gemachten Duldungsanspruch nicht mehr zu entscheiden.

### **Keine Eintragungsfähigkeit einer Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers auf eigenübliche Sorgfalt**

*BGB § 277, § 1036 Abs. 2, § 1045, § 1047; GBO § 18*

#### **Amtlicher Leitsatz:**

**Einer Vereinbarung, nach der der Berechtigte bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, schuldet, kommt keine dingliche Wirkung zu und sie kann daher nicht in das Grundbuch eingetragen werden. (Rn. 11)**

**OLG Nürnberg (15. Zivilsenat),  
Beschluss vom 03.11.2021 – 15 W 3774/21**

### **I. Tatbestand:**

**1** Die Beteiligten zu 1 und 2 sind als Eigentümer zu je ½ des Grundstücks ... und verschiedener Miteigentumsanteile an den Fl.Nr. ..., ..., ..., ... und ... im Grundbuch des Amtsgerichts Schwabach von ..., Blatt ..., eingetragen. Mit Überlassungsvertrag vom 28.07.2021, URNr. ..., überließen sie diese an die Beteiligte zu 3 und bewilligten und beantragten, die Rechtsänderung in das Grundbuch einzutragen. Als Gegenleistung ist u.a. unter Ziffer III 1. des Vertrages ein Vorbehaltsnießbrauch zugunsten der Übergeber auf Lebensdauer vereinbart:

„Für den Nießbrauch gelten die gesetzlichen Bestimmungen der §§ 1030ff BGB. Hiernach sind die Berechtigten befugt, den Vertragsbesitz voll zu nutzen. Sie haben andererseits alle wiederkehrenden und in Abänderung der gesetzlichen Bestimmungen auch die dem Eigentümer obliegenden außergewöhnlichen privaten und öffentlichen Lasten und Abgaben sowie die außergewöhnlichen Ausbesserungen und Erneuerungen zu bezahlen.

Der Berechtigte schuldet bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt.

Die Vertragsteile bewilligen und beantragen die Eintragung des vorbehaltenen Nießbrauchs in das Grundbuch an nächstoffener Rangstelle, ...“

**2** Mit Schreiben vom 05.08.2021 beantragte der Urkundsnotar den Vollzug aller in der Urkunde gestellten und noch nicht erledigten Anträge.

**3** Die zuständige Rechtspflegerin des Amtsgerichts – Grundbuchamt – Schwabach teilte am 19.08.2021 mit, dass die Regelung hinsichtlich der Sorgfaltspflicht des Nießbrauchers nicht eintragbar sei. Der Urkundsnotar führte mit Schreiben vom 09.09.2021 unter Bezugnahme auf Kommentarliteratur aus, die genannte Vereinbarung sei möglich.

**4** Mit Zwischenverfügung vom 17.09.2021 teilte das Amtsgericht – Grundbuchamt – Schwabach mit, dass der Eintragung ein Hindernis entgegenstehe. Gemäß § 1041 S. 1 BGB habe der Nießbraucher für die Erhaltung der ihm überlassenen Sache in ihrem wirtschaftlichen Bestand zu sorgen. Nach § 1036 Abs. 2 BGB obliege ihm die Pflicht, bei der Ausübung des Nutzungsrechts die bisherige wirtschaftliche Bestimmung der Sache aufrechtzuerhalten und nach den Regeln einer ordnungsgemäßen Wirtschaft zu verfahren. Nach einhelliger Ansicht sei diese Bestimmung nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar. Überdies wäre der genaue Inhalt des dinglichen Nutzungsrechtes nur durch tatsächliche Ermittlungen feststellbar. Die Eintragungsfähigkeit einer Haftungsbeschränkung des Nießbrauchers auf Sorgfalt in eigenen Angelegenheiten sei daher abzulehnen. Zur Behebung des Hindernisses

könne bis 17.10.2021 eine Erklärung der Beteiligten in der Form des § 29 GBO vorgelegt werden, mit der der Bewilligungsinhalt entsprechend geändert werde.

5 Hiergegen legte der Urkundsnotar im Namen der Beteiligten Beschwerde ein. § 1036 Abs. 2 BGB sei zwar nicht mit dinglicher Wirkung abdingbar, aber die Haftung des Nießbrauchers könne auf die Sorgfalt nach § 277 BGB begrenzt werden. Im Hinblick auf die Subjektivität der wirtschaftlichen Zweckbestimmung könnten die Pflichten des Nießbrauchers modifiziert werden. Dadurch werde der Wesenskern des Nießbrauchs nicht berührt. Dies diene auch dem Ziel der Streitvermeidung.

6 Das Amtsgericht – Grundbuchamt – Schwabach half der Beschwerde unter Bezugnahme auf die Gründe in der Entscheidung vom 17.09.2021 mit Beschluss vom 13.10.2021 nicht ab.

## ► II. Aus den Gründen:

7 Das gegen die Zwischenverfügung nach § 18 Abs. 1 GBO gerichtete Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde (§ 11 Abs. 1 RPfIG, § 71 Abs. 1 GBO) statthaft und auch im Übrigen zulässig, § 73 GBO.

8 Die Beschwerde hat aber in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht hat das Grundbuchamt die Vorlage einer Ergänzungserklärung gefordert, mit der der Bewilligungsinhalt im Hinblick auf Ziffer III.1. des notariellen Vertrages vom 28.07.2021 geändert wird. Der Erlass einer Zwischenverfügung zur Einschränkung des Eintragungsantrags hinsichtlich einer nicht eintragungsfähigen Nebenbestimmung war zulässig (*Demharter*, GBO, 32. Auflage, § 18 Rn. 27). In der Sache ist sie auch berechtigt, da die in Ziffer III.1. des Vertrages enthaltene Regelung, dass der Berechtigte bei Ausübung seines Nießbrauchs nur die Sorgfalt, die er in eigenen Dingen anzuwenden pflegt, schuldet, nicht mit dinglicher Wirkung in das Grundbuch eingetragen werden kann.

9 Da die Pflicht zur ordnungsgemäßen Bewirtschaftung neben der Pflicht zur Substanzerhaltung zu den Kernregelungen des Nießbrauchs zählt, kann § 1036 Abs. 2 BGB aufgrund des Typenzwangs des Sachenrechts grundsätzlich nicht vollständig mit dinglicher Wirkung abbedungen werden (KG Berlin, Beschluss vom 11. April 2006 – 1 W 609/03; *Staudinger/Heinze* (2017) BGB § 1036 Rn. 18; *Pohlmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2020, § 1036 Rn. 17; *Reischl* in BeckOK BGB, Hau/Poseck, 59. Edition Stand 01.05.2021, § 1036 Rn. 12; *Servatius* in BeckOGK, Gesamt Hrsg: Gsell/Krüger/Lorenz/Reymann, Hrsg: Reymann, Stand: 01.11.2019, § 1036 Rn. 42).

10 Teile der Literatur räumen dem Nießbraucher aber bestimmte Gestaltungsmöglichkeiten mit dinglicher Wir-

kung ein. So wird es im Hinblick auf die Subjektivität der wirtschaftlichen Zweckbestimmung für zulässig erachtet, dass die Pflichten des Nießbrauchers zumindest präzisiert oder – z.B. durch eine Begrenzung der Haftung des Nießbrauchers auf die eigenübliche Sorgfalt nach § 277 BGB – modifiziert werden können. Eine solche Abrede überschreite die für die Zulässigkeit dinglicher Änderungen maßgebliche Grenze zwischen Eigentum und Nießbrauch noch nicht dahingehend, dass der Wesenskern des Nießbrauchs berührt sei. Wie auch in der Beschwerdebegründung wird überdies das Ziel der Streitvermeidung für die dingliche Wirkung angeführt (*Herrler* in Palandt, BGB, 80. Auflage 2021, § 1036 Rn. 2; *Heinze* a.a.O. Rn. 18; *Reischl* a.a.O.; *Trömer*, RNotZ 2016, 421, 430).

11 Es kann dahinstehen, ob eine Präzisierung der Pflichten des Nießbrauchers mit dinglicher Wirkung möglich ist. Jedenfalls kann einer Vereinbarung, wie hier, dass der Nießbraucher für die Erfüllung seiner Pflichten nur gemäß § 277 BGB einzustehen hat, nicht mit dinglicher Wirkung zu Gunsten und zu Lasten Dritter in das Grundbuch eingetragen werden. Der Senat schließt sich insoweit der Meinung des Oberlandesgerichts Frankfurt (Beschluss vom 14. Januar 2014 – 20 W 349/13) und des Kammergerichts Berlin (Beschluss vom 11. April 2006 – 1 W 609/03) an, dass die Haftung des Nießbrauchers auf Grund des sachenrechtlichen Typenzwangs nicht mit dinglicher Wirkung auf die eigenübliche Sorgfalt beschränkt werden kann.

12 Die Pflicht des Nießbrauchers zur ordnungsmäßigen Wirtschaftsführung nach § 1036 Abs. 2 BGB bildet einen unverzichtbaren Bestandteil des Nießbrauchs (BayObLG, Beschluss vom 29.03.1977 – BReg. 2 Z 25/76). Die Regeln der ordnungsgemäßen Wirtschaft geben dem Nießbraucher den Handlungsrahmen vor, an den er sich bei der Nutzung der Sache im Rahmen ihrer Zweckbestimmung zu halten hat. Die Nutzung und Bewirtschaftung des Nießbrauchers sollen so erfolgen, als wäre er der Eigentümer. Es gilt grundsätzlich ein objektiver Maßstab (*Staudinger/Heinze* a.a.O. Rn. 16). Dem würde aber ein Haftungsmaßstab nach § 277 BGB widersprechen, bei dem nicht der objektive, typisierte, sondern ein subjektiver, auf die persönlichen Gepflogenheiten des Betreffenden abstellender Fahrlässigkeitsmaßstab gilt (*Staudinger/Caspers* (2019) BGB § 277 Rn. 1).

13 Der Haftungsmaßstab des § 277 BGB würde daher dazu führen, dass objektiv gebotene Bewirtschaftungsmaßnahmen je nach der empirisch ermittelten, subjektiven Sorgfalt des Nießbrauchers nicht geschuldet sind, denn § 277 BGB ändert schon den Pflichtenkreis. Entscheidend sind die individuellen, persönlichen Eigenarten des jeweiligen Schuldners, einschließlich eines bei ihm üblichen „Schlendrians“, soweit er nicht schon grob

fahrlässig ist (*Grundmann* in Münchener Kommentar zum BGB, 8. Auflage 2019, § 277 Rn. 3; Caspers a.a.O.). Es ist mit dem sachenrechtlichen Grundsatz der Typenfixierung nicht vereinbar, den dinglichen Pflichtenumfang des Nießbrauchers von seiner – veränderlichen – persönlichen Sorgfalt abhängig zu machen. Der genaue Inhalt des dinglichen Nutzungsrechts wäre dann nur durch tatsächliche Ermittlungen feststellbar (OLG Frankfurt a.a.O. – juris Rn. 15; Pohlmann, a.a.O. § 1036 Rn. 17; Staudinger/*Caspers* a.a.O. Rn. 5; *Grziwotz* in Meikel, GBO, 12. Auflage, Einl B Rn. 551; *Schöner/Stöber* in *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 16. Auflage 2020, Rn. 1375).

14 Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass dem Nießbraucher eine Reihe von Pflichten mit dinglicher Wirkung erlassen werden können, die grundsätzlich zu den Regeln ordnungsgemäßer Wirtschaft gehören, wie die Versicherungspflicht nach § 1045 BGB und die Pflicht zur Lastentragung nach § 1047 BGB (allgemeine Meinung, siehe *Servatius* a.a.O. § 1045 Rn. 7 und § 1047 Rn. 5 m.w.N.). Denn der Umfang dieser Pflichten ist objektiv bestimmbar und richtet sich nicht nach den persönlichen Umständen des Nießbrauchers. Für einen Grundstückserwerber soll sich aber im Fall des Nießbrauchs wie auch bei anderen Belastungen soweit als möglich aus dem Grundbuch und der darin in Bezug genommenen Eintragungsbewilligung der Inhalt des sein Eigentum beschränkenden Rechts direkt ergeben, ohne dass tatsächliche Ermittlungen erforderlich wären wie im Fall eines Haftungsmaßstabs nach § 277 BGB (OLG Frankfurt a.a.O.).

### **Löschung einer Falschbezeichnung von Sondereigentum im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs.**

*GBO § 53 Abs. 1 S. 2*

#### **Amtlicher Leitsatz:**

Wird im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs ein Sondereigentum als Miteigentumsanteil verbunden mit dem Sondereigentum an einer Wohnung bezeichnet, obwohl der Miteigentumsanteil nach der in der Eintragungsbewilligung in Bezug genommenen Teilungserklärung mit dem Sondereigentum an Räumen verbunden und dort als Teileigentum bezeichnet ist, ist die Eintragung inhaltlich unzulässig und daher nach § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO zu löschen. Da eine unzulässige Eintragung nicht Grundlage für weitere Eintragungen sein kann, sind auch alle nachfolgenden Eintragungen als unzulässig zu löschen mit der weiteren Folge, dass das Grundbuchblatt zu schlie-

ßen ist und die folglich noch unerledigten Eintragungsanträge neu zu bescheiden sind.

**OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),  
Beschluss vom 12.04.2022 – 8 W 288/20**

#### **I. Tatbestand:**

1 Unter dem 29.07.1996 wurde beim Grundbuchamt Tübingen – Grundbuchamt – der Vollzug von Anträgen zur Bildung von Wohnungseigentum gemäß der vorläufigen Teilungserklärung vom 18.12.1995 und der endgültigen Teilungserklärung vom 23.07.1996 beantragt.

2 In der vorläufigen Teilungserklärung ist unter § 1 Nr. 6 der vorliegend streitgegenständliche 284/2.000 Miteigentumsanteil „verbunden mit dem Sondereigentum an der im Aufteilungsplan mit Nr. A 3 bezeichneten Wohnung mit Balkon im Erdgeschoss mit Abstellraum im Untergeschoss im Neubau und Garage“. Auch bei den übrigen Eigentumseinheiten wurde der jeweilige Miteigentumsanteil mit dem Sondereigentum an einer Wohnung verbunden.

3 In § 2 „Sondernutzungsrechte, Gebrauchsregelung i.S. § 15 WEG“ ist unter Ziffer 4 diese Einheit ebenfalls als „Wohnungseigentum“ bezeichnet. In dem dazugehörigen Aufteilungsplan sind die Räume hingegen mit „Büro“, „Vorzimmer“, „Besprechung“ bezeichnet. Ein Bad/WC und eine Diele sind vorgesehen, dagegen keine Küche, kein Schlaf- oder Kinderzimmer. Auf Seite 11 findet sich unter § 5 b) eine Regelung zur Nutzungsänderung mit folgendem Inhalt:

„Die bei den einzelnen Nutzungsrechten im Aufteilungsplan angegebene Nutzungsart darf vom jeweiligen Nutzungsberechtigten geändert werden, wenn dadurch das gemeinschaftliche Eigentum nicht erheblich beeinträchtigt oder für den Berechtigten des anderen Sondereigentums sich hieraus nicht ein erheblicher Nachteil ergibt.“

4 In der endgültigen Teilungserklärung vom 23.07.1996 ist ausdrücklich niedergelegt, dass die vorläufige Teilungserklärung in § 1 geändert und neu gefasst wird. Sodann werden unter Ziffer 07 die im Aufteilungsplan mit „A 3“ bezeichneten Räume nicht mehr als „Wohnung“ bezeichnet, sondern als „Räume“. Im ebenfalls neu gefassten § 2 findet sich sodann die Bezeichnung „Teileigentum“. Alle übrigen Sondereigentumseinheiten werden als „Wohnung“ oder „Appartement“ bezeichnet. Die §§ 3-16 der vorläufigen Teilungserklärung wurden auf den beigefügten amtlichen Aufteilungsplan bezogen wiederholt (§ 3 der endgültigen Teilungserklärung). Die Bezeichnung der Räume der Einheit A 3 im ebenfalls neuen Aufteilungsplan ist gleich, mit Ausnahme der früheren Terrasse, die nun als

Besprechungsraum ausgewiesen ist. In der beigefügten Abgeschlossenheitsbescheinigung des Baurechtsamts Tübingen vom 11.07.1996 ist die Einheit A 3 des in Bezug genommenen Aufteilungsplans vom 11.07.1996 als „gewerblich bzw. freiberuflich genutzte Räume“ bezeichnet.

**5** Am 08.08.1996 vollzog das Grundbuchamt die Anträge, indem es u.a. für die Einheit A 3 das Grundbuch Nr. ... anlegte und dort den Miteigentumsanteil als mit der im Aufteilungsplan als A 3 bezeichneten „Wohnung“ verbunden kennzeichnete. Wegen des Gegenstands und Inhalts des Sondereigentums wurde in der Eintragung Bezug genommen auf die vorläufige und die endgültige Teilungserklärung.

**6** Bereits am 18.12.1995 hatte die Beteiligte zu 1) mit notariellem Kaufvertrag auf der Grundlage der vorläufigen Teilungserklärung die Einheit A 3 erworben. Unter dem 14.08.1996 wurde für sie die Eintragung einer Vormerkung und einer Grundschuldbestellung beantragt, am 04.08.2000 die Auflassung erklärt und unter dem 07.08.2000 die Eintragung des Eigentumswechsels beantragt. Eine Anpassung des Kaufvertrages an die endgültige Teilungserklärung erfolgte nicht. Am 09.08.2000 wurde die Beteiligte zu 1) als Eigentümerin im Grundbuch von Tübingen, Blatt ..., eingetragen.

**7** Unter dem 23.06.2020 hat die Beteiligte zu 1) um rechtsmittelfähige Überprüfung der Grundbucheintragung dahingehend gebeten, ob es sich bei der von ihr erworbenen Einheit A 3 tatsächlich um Wohnungs- und Teileigentum, insbesondere ob es sich bei den Räumen im Erdgeschoss um Wohnungseigentum handelt. Für den Fall, dass es sich nicht um Wohnungs- und Teileigentum handelt, erkläre sie aufgrund des Vorbehalts auf Seite 11 der Teilungserklärung vom 18.12.1995, die Änderung der Nutzungsart für die Räume im Erdgeschoss in Wohnungseigentum und beantrage die Eintragung dieser Änderung im Grundbuch. Die Änderung führe zu keiner erheblichen Beeinträchtigung des Gemeinschaftseigentums oder eines anderen Sondereigentums.

**8** Die Beteiligten zu 2 und 3) sind Eigentümer der Einheiten A 1 und A 2 des genannten endgültigen Aufteilungsplans. Sie haben ihrerseits mit Schriftsatz vom 28.07./14.08.2020 geltend gemacht, der Grundbucheintrag entspreche hinsichtlich der Bezeichnung als Wohnung nicht der maßgeblichen endgültigen Teilungserklärung, und haben auf dieser Grundlage Berichtigung des Grundbuchs und hilfsweise Beschwerde eingelegt mit dem Ziel der Anweisung an das Grundbuchamt, die unrichtige Eintragung zu löschen, zumindest aber einen Widerspruch einzutragen. Sie haben zudem darauf hingewiesen, dass eine Änderung der Nutzungsart von Büro in Wohnräume eine erhebliche Beeinträchtigung für ihre Eigentumseinheiten mit sich bringen würde.

**9** Das Grundbuchamt hat sich nicht in der Lage gesehen, dem Berichtigungsantrag zu entsprechen – die Unrichtigkeit des Grundbuchs sei nicht zweifelsfrei nachgewiesen und Bewilligungen aller Wohnungs- und Teileigentümer lägen nicht vor –, hat der hilfsweise erhobenen Beschwerde der Beteiligten zu 2) und 3) nicht abgeholfen und hat die Akte insoweit dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Hinsichtlich der Begründung wird auf die Entscheidung vom 19.08.2020 verwiesen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**10** Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist ausschließlich der seitens der Beteiligten zu 2) und 3) nur hilfsweise gestellte Antrag mit dem Ziel der Anweisung an das Grundbuchamt, gemäß § 53 GBO die unrichtige Eintragung zu löschen, zumindest aber einen Widerspruch einzutragen.

**11** Mit diesem Rechtsschutzziel ist die Grundbuchbeschwerde gemäß § 71 Abs. 2 GBO zulässig.

**12** Sie hat auch in der Sache Erfolg, denn die Eintragung der Eigentumseinheit A 3 mit der Zweckbestimmung „Wohnung im Erdgeschoss“ war unzulässig, damit unwirksam, weshalb die Eintragung zu löschen, folglich das diesbezügliche Grundbuch zu schließen und auf der Grundlage des Eintragungsantrags vom 29.07.1996 ein neues Grundbuchblatt hinsichtlich der Einheit A 3 anzulegen ist.

**13** 1. Inhaltlich unzulässig im Sinne von § 53 Abs. 1 Satz 2 GBO ist eine Eintragung, die ihrem – ggf. durch Auslegung zu ermittelnden – Inhalt nach einen Rechtszustand oder -vorgang verlautbart, den es nicht geben kann; dem steht es gleich, wenn Eintragungsvermerke in einem wesentlichen Punkt einander widersprechende Angaben enthalten oder so unklar sind, dass ihre Bedeutung auch bei zulässiger Auslegung nicht ermittelt werden kann, BGH Beschluss vom 04.12.2014 – V ZB 7/13 (JURIS Tz 13), BayObLG Beschluss vom 13.02.1998 – 2Z BR 158/97 (JURISTz 18), OLG München Beschluss vom 22.12.2016 – 34 Wx 306/16 (JURIS Tz 16), vgl. auch *Holzer* in: BeckOK GBO, *Hügel*, 45. Ed. Stand 01.03.2022, § 53 GBO Rn 69 m.w.N.. Ein solcher Fall ist hier – entgegen der Ansicht des Amtsgerichts Böblingen – gegeben.

**14** a) Maßgebend für den Inhalt der Eintragung im Grundbuch Blatt ... ist einerseits die Bezeichnung der Aufteilungseinheit A 3 als „im Aufteilungsplan mit Nr. A 3 bezeichnete[n] Wohnung im Erdgeschoss nebst einem Kellerraum im Untergeschoss und einer Garage“; andererseits der Inhalt der ausdrücklich in Bezug genommenen Teilungserklärungen vom 18.12.1995 und vom 23.07.1996. Denn das zulässigerweise in Bezug Genom-

mene ist als im Grundbuch eingetragen anzusehen. Es bildet mit dem Eintragungsvermerk eine Einheit, die nur einheitlich gelesen und gewürdigt werden kann. Stehen der Eintragungsvermerk und eine dort in zulässiger Weise in Bezug genommene Urkunde, insbesondere die Eintragungsbewilligung, in einem durch Auslegung nicht aufzulösenden Widerspruch zueinander, so liegt eine inhaltlich unzulässige Grundbucheintragung vor, so BayObLG aaO, Demharter, Grundbuchordnung, 32. Auflage 2021, § 44 GBO Rn 15 m.w.N.. Davon zu unterscheiden ist eine Eintragung ohne eine Bezugnahme auf Unterlagen, die lediglich beim Sondereigentum die Zweckbestimmung (rechtlich) nicht zutreffend beschreibt. Eine solche Eintragung ist, da sie für sich allein im Grundbuch eingetragen ist, in ihrem Inhalt jedenfalls nicht in sich widersprüchlich, so dass auch die Zulässigkeit der Eintragung nicht berührt ist.

**15** Hier ist zunächst festzustellen, dass nach der ausdrücklichen Erklärung in § 1 der endgültigen Teilungserklärung die Regelungen in § 1 der vorläufigen Teilungserklärung abgeändert und insgesamt neu gefasst worden sind. Das Gleiche gilt für § 2 der Teilungserklärungen: auch hier wurde die vorläufige Teilungserklärung durch eine Neufassung ersetzt. Dabei wurde im § 1 die Formulierung „Wohnung mit Balkon im Erdgeschoss“ ersetzt durch „Räume mit Balkon im Erdgeschoss“, die Bezeichnung „Wohnungseigentum“ in § 2 Ziffer 4 durch die Formulierung „Teileigentum“ in § 2 Ziffer 07. Bereits der einfache Vergleich der verwendeten Begriffe zeigt eine Diskrepanz zwischen dem Grundbucheintrag und der insoweit allein maßgeblichen endgültigen Teilungserklärung, denn die Wörter „Wohnung“ und „Räume“ sind – auch nach der vom Grundbuchamt selbst vorgenommenen Auslegung – nicht inhaltsgleich: aus der Eintragung „Wohnung“ ergibt sich zugleich, dass eine Nutzung der Räume im Erdgeschoss zu anderen als Wohnzwecken nicht zulässig wäre.

**16 b)** Dem Grundbuchamt kann zudem bereits im Ansatz nicht gefolgt werden, wenn es meint, bei der Auslegung des Begriffs „Räume“ in § 1 Ziffer 07 der endgültigen Teilungserklärung auf die ohne Begründung für nachrangig erklärten Indizien der Bezeichnung in § 2, im Aufteilungsplan sowie in der Abgeschlossenheitsbescheinigung vollständig verzichten und statt dessen auf allgemeine Gesichtspunkte wie die Verwendung des Begriffs in Literatur und Rechtsprechung und eine Auslegungsregel des BGH für den Zweifelsfall abstellen zu können.

**17** Bei der Auslegung einer Grundbucheintragung ist stets auf den Wortlaut und Sinn der Teilungserklärung abzustellen, wie er sich aus unbefangener Sicht als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt. Umstände außerhalb der Eintragung und der dort zulässig in Bezug genommenen Unterlagen, insbesondere also der Teilungserklärung und der Gemeinschaftsordnung, dür-

fen nur herangezogen werden, wenn sie nach den besonderen Verhältnissen des Einzelfalles für jedermann ohne weiteres erkennbar sind, BGH aaO (JURISTz 8). In seiner Entscheidung hat der Bundesgerichtshof dabei sogar ausdrücklich, wenn auch nachrangig, auch die Bezeichnung im Aufteilungsplan für die Auslegung mit herangezogen. **18** Vorliegend lässt die Verwendung des Begriffs „Teileigentum“ in § 2 Ziffer 07 der endgültigen Teilungserklärung erkennen, dass die teilende Eigentümerin den in § 1 Ziffer 07 benutzten Begriff „Räume“ im Sinne von Teileigentum verstanden hat. Dies wird bestärkt dadurch, dass im Gegensatz zu der vorläufigen an keiner einzigen Stelle der späteren endgültigen Teilungserklärung im Zusammenhang mit der Einheit A 3 ein Begriff verwendet wird, der auch nur ansatzweise konkret auf eine Zweckbestimmung als Wohnung hinweisen könnte, während alle anderen Eigentumseinheiten als Wohnung oder Apartment gekennzeichnet sind. Die Teilungserklärung stellt grundsätzlich eine einheitliche Erklärung dar, so dass sie auch im Rahmen der Auslegung als solche zu behandeln ist. Gerade der Bezeichnung in § 2 Nr. 07 kommt daher bei der Auslegung nicht eine nachrangige, sondern eine besondere Bedeutung zu.

**19** Hinzu kommt schließlich, dass die hier vorgenommene Auslegung – anders als diejenige des Grundbuchamts – als einzige im vollständigen Einklang steht mit den Beschreibungen im Aufteilungsplan und in der Abgeschlossenheitsbescheinigung. Eine Auslegung dahingehend, dass sich der endgültigen Teilungserklärung eine Zweckbestimmung der Räume der Einheit A 3 im Erdgeschoss als Wohnung (so wie eingetragen) ergebe, ist hingegen nicht vertretbar, auch nicht im Rahmen eines „gewissen Ermessensspielraums“.

**20 c)** Somit besteht ein nicht auflösbarer Widerspruch hinsichtlich der Beschreibung des Nutzungszwecks zwischen dem Grundbucheintrag und der darin in Bezug genommenen endgültigen Teilungserklärung, der nicht unter dem öffentlichen Glauben steht (BayObLG aaO, JURISTz 21ff). Dies hat zur Folge, dass das mit der unzulässigen Eintragung dokumentierte Recht nicht zur Entstehung gelangt ist. Da eine unzulässige Eintragung keine Grundlage für weitere Eintragungen sein kann, sind auch alle nachfolgenden Eintragungen als unzulässig zu löschen mit der weiteren Folge, dass das Grundbuchblatt ... zu schließen ist. Der ursprüngliche Antrag auf Eintragung ist folglich noch unerledigt und muss nach der Löschung bzw. Schließung des Grundbuchblatts neu beschieden werden, ebenso die nachfolgend die Einheit A 3 betreffend eingereichten Eintragungsanträge, so zutreffend BayObLG aaO. Eine Grundbuchberichtigung nach § 22 GBO kommt demgegenüber mangels wirksamer Eintragung nicht in Betracht.

21 Im weiteren Verlauf wird das Grundbuchamt sodann über den hilfsweise gestellten Antrag der Beteiligten zu 1) auf Eintragung der von ihr einseitig erklärten Änderung der Nutzungsart zu entscheiden haben. Aus gegebenem Anlass wird an dieser Stelle darauf hingewiesen, dass eine Änderung der in der Teilungserklärung festgelegten Zweckbestimmung grundsätzlich einer Vereinbarung sämtlicher Wohnungs- und Teileigentümer bedarf, es sei denn, deren Mitwirkung wäre mit Bindung für die Sondernachfolger abbedungen, OLG München Beschluss vom 11.11.2016 – 34 Wx 264/16. Der Regelung auf Seite 11 der vorläufigen Teilungserklärung lässt sich ein derartiger Verzicht der Miteigentümer auf ihre Rechte nicht entnehmen. Vielmehr beschreibt die Bestimmung lediglich das zulässige Maß der tatsächlichen Nutzung im Rahmen der getroffenen Zweckbestimmung, was sich darin zeigt, dass nach dem Wortlaut des § 5 b) lediglich die im Aufteilungsplan angegebene Nutzungsart geändert werden darf, wohingegen von einer Umwandlung von Wohnungsin Teileigentum und umgekehrt gerade nicht die Rede ist.

## GESELLSCHAFTSRECHT

### Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung

COVMG § 3 Abs. 1; UmwG § 13; GenG § 43; FamFG § 59

#### Amtlicher Leitsatz:

Nach § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG kann auch der Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst werden. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht dem nicht entgegen. (Rn. 12)

#### Redaktionelle Leitsätze:

1. Es kann im Antragsverfahren die Zurückweisung des Antrags zwar grundsätzlich nur vom (ursprünglichen) Antragsteller angefochten werden (§ 59 Abs. 2 FamFG). Bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten wird diese Berechtigung aber aus verfahrensökonomischen Gründen auch auf diejenigen erstreckt, die den verfahrenseinleitenden Antrag zwar nicht gestellt haben, aber zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung noch wirksam stellen könnten. (Rn. 4)

2. Nach § 3 Abs. 1 S. 1 COVMG können Beschlüsse der Mitglieder einer Genossenschaft auch dann schriftlich oder elektronisch gefasst werden, wenn dies in der

Satzung nicht ausdrücklich zugelassen ist oder die Satzung keine Regelungen zu schriftlichen oder elektronischen Beschlussfassungen einschließlich zu virtuellen Versammlungen enthält; die elektronische Beschlussfassung schließt Beschlussfassungen in Gestalt von virtuellen Generalversammlungen ohne physische Präsenz der Mitglieder ein. Gem. § 3 Abs. 1 S. 5 COVMG gilt dies entsprechend für Vertreterversammlungen iSd § 43a GenG. (Rn. 10)

BGH (II. Zivilsenat),

Beschluss vom 05.10.2021 – II ZB 7/21

### I. Tatbestand:

1 Die Beteiligte zu 1 hat am 2. Dezember 2020 beim Amtsgericht – Registergericht – beantragt, die Verschmelzung der Beteiligten zu 2, einer eingetragenen Genossenschaft, auf sie im Genossenschaftsregister einzutragen. Das Registergericht hat den Antrag zurückgewiesen, weil der Verschmelzungsbeschluss der Beteiligten zu 2 am 30. November 2020 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst worden war. Die hiergegen erhobene Beschwerde der Beteiligten zu 2 vom 23. Dezember 2020 ist vom Oberlandesgericht zurückgewiesen worden. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2.

### II. Aus den Gründen:

2 Die zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Sie führt zur Aufhebung der Beschlüsse des Beschwerde- und des Registergerichts und zur Zurückverweisung der Sache an das Registergericht.

3 1. Die Rechtsbeschwerde ist gemäß §§ 70 ff. FamFG statthaft und auch im Übrigen zulässig. Insbesondere ist die Beteiligte zu 2 auch beschwerdeberechtigt.

4 Wie das Beschwerdegericht zutreffend ausgeführt hat, kann im Antragsverfahren die Zurückweisung des Antrags zwar grundsätzlich nur vom (ursprünglichen) Antragsteller angefochten werden (§ 59 Abs. 2 FamFG). Bei einer Mehrheit von Antragsberechtigten wird diese Berechtigung aber aus verfahrensökonomischen Gründen auch auf diejenigen erstreckt, die den verfahrenseinleitenden Antrag zwar nicht gestellt haben, aber zum Zeitpunkt der Beschwerdeeinlegung noch wirksam stellen könnten (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Oktober 1992 – VZB 3/92, BGHZ 120, 396, 398; Keidel/Meyer-Holz, FamFG, 20. Aufl., § 59 Rn. 41; Zöller/Feskorn, ZPO, 33. Aufl., § 59 FamFG Rn. 10). Hier waren gemäß § 16 Abs. 1 Satz 1 und

2 UmwG sowohl die Beteiligte zu 2 (als übertragender Rechtsträger) als auch die Beteiligte zu 1 (als übernehmender Rechtsträger) berechtigt, die Verschmelzung der Beteiligten zu 2 auf die Beteiligte zu 1 zur Eintragung in das Register des Sitzes der Beteiligten zu 2 anzumelden und die Beteiligte zu 2 hätte einen solchen Antrag im Zeitpunkt ihrer Beschwerdeeinlegung noch stellen können. Die auch im Fall des § 59 Abs. 2 FamFG erforderliche (vgl. BGH, Beschluss vom 27. August 2003 – XII ZB 33/00, NJW 2003, 3772, 3773; Beschluss vom 1. März 2011 – II ZB 6/10, ZIP 2011, 765 Rn. 9) materielle Beschwer der Beteiligten zu 2 im Sinne von § 59 Abs. 1 FamFG ist ebenfalls zu bejahen, da sie durch die Ablehnung der Eintragung unmittelbar nachteilig in ihren subjektiven Rechten beeinträchtigt ist.

5 2. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

6 a) Das Beschwerdegericht (OLG Karlsruhe, ZIP 2021, 1323) hat zur Begründung seiner Entscheidung ausgeführt, die Vertreterversammlung der Beteiligten zu 2 habe mangels physischer Anwesenheit der Versammlungsteilnehmer nicht den Anforderungen des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG entsprochen. Die danach vorgeschriebene Versammlung könne zwar auch rein virtuell durchgeführt werden, wenn das Gesetz oder die Satzung das zuließen. Beides sei hier aber nicht der Fall. Auch § 3 Abs. 1 Satz 1 des Gesetzes über Maßnahmen im Gesellschafts-, Genossenschafts-, Vereins-, Stiftungs- und Wohnungseigentumsrecht zur Bekämpfung der Auswirkungen der COVID-19-Pandemie in der Fassung vom 27. März 2020 ermögliche keine Generalversammlung ohne physische Präsenz.

7 b) Diese Entscheidung hält der rechtlichen Nachprüfung nicht stand. Nach dem im Rechtsbeschwerdeverfahren anzuwendenden Recht konnte der Verschmelzungsbeschluss der Beteiligten zu 2 in einer virtuellen Vertreterversammlung gefasst werden.

8 aa) Bei der Entscheidung über die Rechtsbeschwerde ist das zum Zeitpunkt der Rechtsbeschwerdeentscheidung geltende Recht anzuwenden. Das gilt auch, wenn das Gericht der Vorinstanz dieses Recht noch nicht berücksichtigen konnte (st. Rspr.; BGH, Beschluss vom 15. Juni 2021 – II ZB 35/20, ZIP 2021, 1514 Rn. 41).

9 Anzuwenden ist hier daher nicht § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG in der im Zeitpunkt der Entscheidung des Beschwerdegerichts vorliegenden alten Fassung vom 27. März 2020 (BGBl. I 2020 S. 569, 570), sondern in der durch Art. 32 des Gesetzes zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften sowie zur Änderung weiterer Vorschriften im Bereich der rechtsberatenden Berufe geänderten neuen Fassung vom 7. Juli 2021 (BGBl. I 2021 S. 2363, 3328), die nach Art. 36 Abs. 3 des Ände-

rungsgesetzes rückwirkend zum 28. März 2020 in Kraft getreten und damit auch für die Beurteilung des am 30. November 2020 gefassten Verschmelzungsbeschlusses maßgeblich ist.

10 bb) Nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG können Beschlüsse der Mitglieder einer Genossenschaft auch dann schriftlich oder elektronisch gefasst werden, wenn dies in der Satzung nicht ausdrücklich zugelassen ist oder die Satzung keine Regelungen zu schriftlichen oder elektronischen Beschlussfassungen einschließlich zu virtuellen Versammlungen enthält; die elektronische Beschlussfassung schließt Beschlussfassungen in Gestalt von virtuellen Generalversammlungen ohne physische Präsenz der Mitglieder ein. Gemäß § 3 Abs. 1 Satz 5 GesRuaCOVBekG gilt dies entsprechend für Vertreterversammlungen im Sinne des § 43a GenG; insbesondere sind auch virtuelle Vertreterversammlungen ohne physische Präsenz der Vertreter ohne entsprechende Regelungen in der Satzung zulässig.

11 Die im Schrifttum umstrittene Frage, ob die Beschlussfassung in einer virtuellen Generalversammlung auch schon zuvor nach § 43 Abs. 7 GenG (so *Holthaus/Lehnhoff* in *Lang/Weidmüller*, GenG, 39. Aufl., § 43 Rn. 114b; *Keßler* in *Berliner Kommentar zum Genossenschaftsrecht*, 2. Aufl., § 43 Rn. 120; *Althanns* in *Althanns/Buth/Leißl*, *Genossenschafts-Handbuch*, Erg.-Lfg. 4/2020 - XII/2020, § 43 Rn. 233; *Bauer*, *Genossenschafts-Handbuch*, Lfg. 3/13 – VII.13, § 43 Rn. 209; *Beck'sches Handbuch der Genossenschaften/Gätsch*, § 5 Rn. 197; *Geschwandtner/Helios*, *Genossenschaftsrecht*, 2007, S. 126 f.; *DNotI-Gutachten* vom 15. Mai 2020, Abruf-Nr. 177537, S. 2 f.; *Lieder*, *Festschrift Vetter*, 2019, S. 419, 426 ff.; *Beck*, *RNotZ* 2014, 160, 167; *Geschwandtner/Helios*, *NZG* 2006, 691, 693; *Klein*, *ZIP* 2016, 1155, 1156; *Holthaus*, *NZG* 2021, 699, 701 f.; *Scheibner*, *DZWiR* 2020, 274, 275; *Vetter/Thielmann*, *NJW* 2020, 1175, 1179; a.A. *Beuthien/Schöpflin*, *GenG*, 16. Aufl., § 43 Rn. 53; *Fahndrich* in *Pöhlmann/Fahndrich/Bloehs*, *GenG*, 4. Aufl., § 43 Rn. 60; *Thume*, *WM* 2020, 1053, 1054 ff.) oder nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG aF (so *Geibel* in *Henssler/Strohn*, *GesR*, 5. Aufl., § 43 GenG Rn. 6a; *Holthaus*, *NZG* 2021, 699, 700 f.; *Thume*, *WM* 2020, 1053, 1055 f., 1060; *Thume*, *EWiR* 2021, 390, 392) möglich war, bedarf damit keiner Entscheidung.

12 cc) Nach § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG kann auch der Verschmelzungsbeschluss einer Genossenschaft in einer virtuellen Versammlung gefasst werden. Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht dem nicht entgegen.

13 (1) Die Regelung des § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG gilt ihrem Wortlaut nach uneingeschränkt für sämtliche Beschlüsse der Genossenschaftsmitglieder, ohne nach dem Beschlussgegenstand oder dessen Bedeutung

bzw. Gewicht zu unterscheiden. Die Einbeziehung von umwandlungsrechtlichen Beschlüssen in die durch § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG geschaffenen Erleichterungen der Beschlussfassung entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers, während der Versammlungsbeschränkungen aufgrund der COVID-19- Pandemie die Handlungsfähigkeit der Gesellschaften zu erhalten (FraktionsE zum GesRuaCOVBekG, BT-Drucks. 19/18110, S. 5). So hat er nicht nur bereits in der Begründung zu § 4 GesRuaCOVBekG, mit dem die Stichtagsfrist des § 17 Abs. 2 Satz 4 UmwG für die bei Eintragung der Verschmelzung vorzulegenden Schlussbilanz verlängert wurde, zum Ausdruck gebracht, dass er auch Umwandlungsmaßnahmen mittels virtueller Versammlungen erleichtern wollte (FraktionsE des GesRuaCOVBekG, BT-Drucks. 19/18110, S. 29). In der Begründung zur rückwirkenden Änderung von § 3 GesRuaCOVBekG vom 7. Juli 2021 hat er darüber hinaus ausdrücklich klargestellt, dass mit dieser Regelung insbesondere auch die Durchführung virtueller Versammlungen unter Mitwirkung eines Notars zur Beurkundung umwandlungsrechtlicher Beschlüsse gemäß den §§ 13 und 193 UmwG ermöglicht werde und in dieser Form durchgeführte virtuelle Versammlungen dem Versammlungserfordernis der § 13 Abs. 1 Satz 2, § 193 Abs. 1 Satz 2 UmwG genügen können (Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

**14 (2)** Das Versammlungserfordernis des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG steht einer Beschlussfassung in einer virtuellen Versammlung nicht entgegen.

**15** Nach der rechtsformübergreifenden Regelung des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG kann ein Verschmelzungsbeschluss nur in einer Versammlung der Anteilshaber gefasst werden. Damit ist nach bislang allgemeiner Meinung eine Beschlussfassung im schriftlichen Beschlussverfahren ausgeschlossen (vgl. BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand 1.7.2021, § 13 Rn. 41; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn. 15; Heidinger in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 13 UmwG Rn. 11; Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rn. 9; Maulbetsch in Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2. Aufl., § 13 Rn. 39; Winter in Schmitt/Hörtnagel, UmwG, 9. Aufl., § 13 Rn. 14; Gehling in Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rn. 14). Ob dies auch noch nach Inkrafttreten von § 3 Abs. 1 Satz 1 GesRuaCOVBekG gelten soll, wird dabei nicht erörtert, bedarf im vorliegenden Fall aber auch keiner Entscheidung, da hier keine schriftliche Beschlussfassung sondern ein Beschluss in einer – wenn auch virtuellen – Versammlung zu beurteilen ist.

**16** § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG verlangt nicht zwingend, dass die Anteilshaber bei der Versammlung physisch anwesend sind. Die Versammlung kann vielmehr auch

in anderer Form, d.h. auch virtuell durchgeführt werden, wenn dies nach dem Gesetz oder der Satzung für den jeweiligen Rechtsträger zulässig ist und die Möglichkeiten der Anteilshaber zum Meinungsaustausch mit den Gesellschaftsorganen und untereinander einer physischen Versammlung vergleichbar sind (vgl. BeckOGK UmwG/Rieckers/Cloppenburg, Stand 1.7.2021, § 13 Rn. 42; Böttcher in Böttcher/Habighorst/Schulte, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn. 15; KK-UmwG/Simon, § 13 Rn. 11; Lutter/Drygala, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rn. 10, 13; Gehling in Semler/Stengel/Leonhard, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rn. 14; BeckOK BGB/Notz, Stand 15.9.2018, § 32 Rn. 199; Althanns in Althanns/Buth/Leißl, Genossenschafts-Handbuch, Lfg. 4/2020 – XII/2020, § 43 Rn. 237; MünchHdbGesRVIII/Ghassemi-Tabar, 5. Aufl., § 11 Rn. 13; Schöne/Arens, WM 2012, 381, 385; Piper, NZG 2012, 735, 737; Vetter/Tielmann, NJW 2020, 1175, 1179 f.; a.A. Lieder, Festschrift Vetter, 2019, S. 419, 443 f.; Lieder, ZIP 2020, 837, 842 f.; Weiler in Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 18; BeckOK BGB/Schöpflin, Stand 1.5.2021, § 32 Rn. 45; Schuller in Baumann/Sikora, Hand- und Formularbuch des Vereinsrechts, 2. Aufl., § 7 Rn. 23; Reichert, Handbuch des Vereins und Verbandsrechts, 14. Aufl., Kapitel 2 Rn. 1905; Waldner/Neudert, Der eingetragene Verein, 21. Aufl., Teil 1 Rn. 210a; Erdmann, MMR 2000, 526, 529, 531; wohl auch Quass in Maulbetsch/Klumpp/Rose, UmwG, 2. Aufl., § 193 Rn. 4; offen Heidinger in Henssler/Strohn, GesR, 5. Aufl., § 13 UmwG Rn. 11a).

**17** § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG setzt die Beschlussfassung in einer Versammlung, d.h. in einer Zusammenkunft der Anteilshaber voraus, ohne jedoch die Form dieser Zusammenkunft näher zu bestimmen. Nach herkömmlichem Verständnis dürfte mit dem Begriff der Versammlung zwar in erster Linie die körperliche Zusammenkunft der Teilnehmer gemeint sein. Aufgrund der Entwicklung der modernen Kommunikationstechniken können darunter nach allgemeinem Sprachgebrauch aber auch Zusammenkünfte beispielsweise in Telefon- und Videokonferenzen gefasst werden, wenn eine Erörterung des Beschlussgegenstands gewährleistet ist.

**18** Den Materialien zu § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG ist keine Festlegung auf eine physische Präsenzveranstaltung zu entnehmen. Daraus ergibt sich lediglich, dass die Beschlussfassung in einer Versammlung, die bereits dem geltenden Recht entspreche und sich für die meisten Unternehmensformen schon aus den Vorschriften über die Versammlung der Anteilshaber ergebe, nunmehr aus Gründen der Klarstellung als allgemeiner Grundsatz ausdrücklich geregelt werden sollte (FraktionsE eines Gesetzes zur Bereinigung des Umwandlungsrechts [UmwBerG], BT-Drucks. 12/6699, S. 85 f.). Dass der Gesetzgeber sich dabei – in Kenntnis der damaligen Mög-

lichkeiten der Telefon- und Videokonferenz – nicht darauf beschränkt hat, nur die schriftliche Beschlussfassung für Verschmelzungsbeschlüsse auszuschließen und die Art der Beschlussfassung im Übrigen den Anteilseignern zu überlassen, bedeutet nicht, dass er damit andere Versammlungsformen als die einer physischen Zusammenkunft grundsätzlich ausschließen wollte (so aber Erdmann, MMR 2000, 526, 531; a.A. *Lieder*, Festschrift Vetter, 2019, 419, 443). Es ist vielmehr anzunehmen, dass die Vorschrift für technische Entwicklungen im Bereich der Kommunikationstechnik offen sein sollte, was durch die nunmehrige Begründung der rückwirkenden Änderung von § 3 Abs. 1 GesRuaCOVBekG offenbar geworden ist (vgl. Beschlussempfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

**19** Die Beschlussfassung in einer virtuellen Versammlung ist auch mit Sinn und Zweck des § 13 Abs. 1 Satz 2 UmwG vereinbar. Der Versammlungszwang soll den Anteilseignern ermöglichen, die Verschmelzung vor der Beschlussfassung untereinander und mit den Gesellschaftsorganen zu erörtern (vgl. BeckOGK UmwG/*Rieckers/Cloppenburg*, Stand 1.7.2021, § 13 Rn. 40; *Böttcher* in *Böttcher/Habighorst/Schulte*, Umwandlungsrecht, 2. Aufl., § 13 Rn. 15; *Lutter/Drygala*, UmwG, 6. Aufl., § 13 Rn. 10; *Gehling* in *Semler/Stengel/Leonhard*, UmwG, 5. Aufl., § 13 Rn. 14; *MünchHdbGesR VIII/Ghassemi-Tabar*, 5. Aufl., § 11 Rn. 13). Auf diesem Weg soll sowohl die Information der Anteilseigner als auch die Diskussion unter ihnen und damit eine gründliche und gemeinsame Meinungsbildung der Anteilseigner sichergestellt werden (vgl. *Weile* in *Widmann/Mayer*, Umwandlungsrecht, Stand 1.8.2018, § 193 Rn. 17; *Schöne/Arens*, WM 2012, 381, 382; *Priester*, ZGR 1990, 420, 436). Dieser Zweck kann indes mit den heute bestehenden Möglichkeiten der Kommunikation beispielsweise über Telefon oder Video ebenso erreicht werden wie mit einer physischen Zusammenkunft der Anteilseigner, wenn die konkrete Ausgestaltung der Kommunikation eine vergleichbare Teilnahme der Anteilseigner und Durchführung der Versammlung wie bei einer physischen Präsenzveranstaltung ermöglicht.

**20** Schließlich erfordert auch die nach § 13 Abs. 3 Satz 1 UmwG vorgeschriebene notarielle Beurkundung des Verschmelzungsbeschlusses keine physische Versammlung (*Schöne/Arens*, WM 2012, 381, 382; a.A. *Waldner/Neudert*, Der eingetragene Verein, 21. Aufl., Teil 1 Rn. 210a). Das Beurkundungserfordernis kann bei einer rein virtuellen Versammlung dadurch gewahrt werden, dass der Notar für die Beurkundung am Aufenthaltsort des Versammlungsleiters zugegen ist, sich dort von dem ordnungsgemäßen Ablauf des Beschlussverfahrens überzeugt und sodann die Feststellung des Beschlussergebnisses durch das zuständige Gesellschaftsorgan beurkundet (vgl. Beschluss-

empfehlung des Rechtsausschusses, BT-Drucks. 19/30516, S. 73).

**21** Die Beschlüsse des Beschwerdegerichts und des Registergerichts sind danach aufzuheben und die Sache ist an das Registergericht zurückzuverweisen (§ 74 Abs. 5, Abs. 6 Satz 1 und Satz 2 Fall 2 FamFG). Eine abschließende Entscheidung ist dem Senat nicht möglich, da es der weiteren Prüfung bedarf, ob die Durchführung der virtuellen Versammlung der Beteiligten zu 2 am 30. November 2020 den Anforderungen hinsichtlich der Wahrung der Mitgliederrechte, d.h. neben der Ausübung des Stimmrechts insbesondere auch des Teilnahmerechts durch die Möglichkeit zum Austausch mit den zuständigen Organen des Rechtsträgers und anderen Anteilsinhabern bzw. Vertretern, die an der Versammlung teilnehmen, und auch die übrigen formellen und (soweit von der Prüfungskompetenz des Registergerichts umfasst) materiellen Voraussetzungen für die Eintragung der Verschmelzung erfüllt sind.

## ERBRECHT

### Zur Berechtigung des Nachlasspflegers eine weitere, in den Nachlass fallende Erbschaft auszuschlagen.

#### Normenkette:

BGB §§ 1960, 1952

#### Amtlicher Leitsatz:

**Der Nachlasspfleger ist nicht berechtigt, mit Wirkung für die unbekannt Erben eine in den Nachlass des Erblassers gefallene weitere Erbschaft auszuschlagen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft ist ein allein dem Erben bzw. seinen Rechtsnachfolgern, den Erbeserben, persönlich zustehendes Recht.**

#### BGH (IV. Zivilsenat),

Beschluss vom 16.03.2022 – IV ZB 27/21

### I. Tatbestand:

**1 I.** Der Beteiligte zu 2 begehrt als Nachlasspfleger für die unbekannt Erben der am 25. Februar 2021 verstorbenen Erblasserin die nachlassgerichtliche Genehmigung zur Ausschlagung einer der Erblasserin angefallenen Erbschaft. Die unter Betreuung stehende Erblasserin war gesetzliche (Mit-)Erbin ihres am 7. November 2020 vorverstorbenen Ehemannes. Mit notarieller Urkunde vom

4. Februar 2021 erklärte die für die Erblasserin eingesetzte Betreuerin die Ausschlagung der Erbschaft sowie die vorsorgliche Anfechtung der Versäumung der Ausschlagungsfrist gegenüber dem Nachlassgericht und beantragte die Genehmigung der Ausschlagungserklärung durch das Betreuungsgericht. Infolge des Todes der Erblasserin wurde über diesen Antrag nicht mehr entschieden. Das Nachlassgericht bestellte sodann den Beteiligten zu 2 mit Beschluss vom 9. März 2021 zum Nachlasspfleger für die unbekannt Erben der Erblasserin mit den Aufgabenkreisen Ermittlung der Erben sowie Sicherung und Verwaltung des Nachlasses. Mit notarieller Urkunde vom 25. März 2021 schlug der Beteiligte zu 2 für die unbekannt Erben der Erblasserin die Erbschaft nach dem Ehemann aus und focht vorsorglich eine etwaige Versäumung der Ausschlagungsfrist wegen Irrtums an. Ferner beantragte er die nachlassgerichtliche Genehmigung der Ausschlagungserklärung. Der vom Nachlassgericht zur Vertretung der unbekannt Erben in dem Streitgegenständlichen Genehmigungsverfahren zum Verfahrenspfleger bestellte Beteiligte zu 1 trat dem Antrag unter Hinweis auf die Höchstpersönlichkeit des Ausschlagungsrechts entgegen.

2 Mit Beschluss vom 27. Mai 2021 erteilte das Nachlassgericht die beantragte Genehmigung. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 1 hob das Oberlandesgericht diesen Beschluss auf und wies den Antrag des Beteiligten zu 2 auf Genehmigung der Ausschlagungserklärung zurück. Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde des Beteiligten zu 2, mit der er seinen Antrag auf Genehmigung der Ausschlagungserklärung weiterverfolgt.

## ► II. Aus den Gründen:

3 II. Die statthafte und auch im Übrigen zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.

4 1. Das Beschwerdegericht hat ausgeführt, der von dem Beteiligten zu 2 erklärten Ausschlagung der Erbschaft nach dem vorverstorbenen Ehemann der Erblasserin sei die beantragte Genehmigung durch das Nachlassgericht zu versagen. Die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft obliege auch wegen ihres höchstpersönlichen Charakters nicht dem Nachlasspfleger, sondern sei an die Person des (Erbes-)Erben gebunden. Die Ausschlagung einer dem Erblasser kurz vor seinem Tod angefallenen überschuldeten Erbschaft, die dieser selbst weder angenommen noch ausgeschlagen habe, gehöre nicht zu den Befugnissen eines Nachlasspflegers. Sie könne insbesondere nicht aus einem Sicherheitsbedürfnis in Bezug auf den Nachlass abgeleitet werden. Ein Rechtsverlust des unbekannt (Erbes-)

Erben durch Zeitablauf sei mit Blick auf die gesetzliche Bestimmung des § 1952 Abs. 2 BGB nicht zu befürchten. Eine Ausschlagungsbefugnis des Nachlasspflegers sei auch nicht mit dem Schutz des ihm anvertrauten Nachlasses vor dem Zugriff von Gläubigern des überschuldeten Unternachlasses zu rechtfertigen. Dem könne der Nachlasspfleger wirksam dadurch begegnen, dass er die Einrede der Dürftigkeit des Nachlasses gemäß §§ 1990, 1991 BGB erhebe bzw. prozessual auf den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung gemäß § 780 Abs. 1 ZPO hinwirke. Vor allem sei maßgeblich, dass es sich bei der Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft nicht um eine nach rein wirtschaftlichen Kriterien zu treffende Entscheidung handele, sondern um eine an die Person des Erben gebundene Entscheidung höchstpersönlicher Natur.

5 2. Das hält der rechtlichen Überprüfung stand.

6 Das Beschwerdegericht hat zu Recht angenommen, dass der von dem Beteiligten zu 2 als Nachlasspfleger für die unbekannt Erben der Erblasserin erklärten Ausschlagung der Erbschaft nach ihrem vorverstorbenen Ehemann die beantragte Genehmigung durch das Nachlassgericht zu versagen ist.

7 a) Gemäß § 1960 Abs. 1 BGB hat das Nachlassgericht bis zur Annahme der Erbschaft für die Sicherung des Nachlasses zu sorgen, soweit ein Bedürfnis besteht. Das Gleiche gilt, wenn der Erbe unbekannt ist oder wenn ungewiss ist, ob er die Erbschaft angenommen hat. Der von dem Nachlassgericht gemäß § 1960 Abs. 2 BGB zu bestellende Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter des Erben. In dieser Eigenschaft und nicht etwa als Vertreter des Nachlasses bzw. treuhänderische Amtsperson hat er seiner Hauptaufgabe, der Sicherung und Erhaltung des Nachlasses, für den wirklichen Erben nachzukommen mit nach außen grundsätzlich unbeschränkter Vertretungsmacht und Verfügungsbefugnis (Senatsurteil vom 8. Dezember 2004 – IV ZR 199/03, BGHZ 161, 281 [juris Rn. 17]). In diesem Zusammenhang hat der Nachlasspfleger den Nachlass zu erhalten, zu verwalten und die Vermögensinteressen der noch festzustellenden Erben wahrzunehmen. Maßgebend hierfür ist nach objektiven Kriterien vor allem das wirtschaftlich und finanziell Vernünftige (OLG Hamm NLPrax 2019, 33 unter II [juris Rn. 10]). Demgegenüber gehört es nicht zu den Aufgaben des Nachlasspflegers, darüber zu entscheiden, wem der zu sichernde Nachlass endgültig zufällt (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 1960 Rn. 70).

8 Der Nachlasspfleger ist insbesondere nicht berechtigt, die Erbschaft für die unbekannt Erben anzunehmen oder auszuschlagen (vgl. Motive V S. 550 f.; MünchKomm-BGB/Leipold aaO; Grüneberg/Weidlich, BGB 81. Aufl. § 1945 Rn. 2; Staudinger/Mesina, BGB (2017) § 1960 Rn. 48; Ivo in Kroiß/Ann/Mayer, BGB Erbrecht 6. Aufl.

§ 1945 Rn. 12; BeckOGK/Heinemann, BGB, § 1960 BGB Rn. 100 [Stand: 1. Dezember 2021]; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 5. Aufl. Rn. 386). Dass der Nachlasspfleger als Vertreter der unbekanntenen Erben nicht deren Erbenstellung durch Annahme oder Ausschlagung beeinflussen darf, kommt auch unmittelbar im Wortlaut von § 1960 BGB zum Ausdruck, wonach das Nachlassgericht, soweit ein Bedürfnis besteht, „bis zur Annahme der Erbschaft“ die erforderlichen Maßnahmen zur Sicherung des Nachlasses zu treffen hat und für denjenigen, welcher Erbe wird, einen Pfleger (Nachlasspfleger) bestellen kann.

9 b) Unterschiedlich beurteilt wird demgegenüber die hier maßgebliche Frage, ob der Nachlasspfleger berechtigt ist, für die unbekanntenen Erben eine dem Erblasser noch vor seinem Tod angefallene – unter Umständen überschuldete – Erbschaft (sogenannter Unternachlass), die dieser selbst weder angenommen noch ausgeschlagen hat, auszuschlagen.

10 aa) Eine Auffassung hält den Nachlasspfleger für berechtigt, diesen so genannten Unternachlass auszuschlagen (vgl. etwa Staudinger/Mesina, BGB (2017) § 1960 Rn. 48; Krug in Kroiß/Ann/Mayer, BGB 6. Aufl. § 1960 Rn. 80; Muscheler, Erbrecht II Rn. 3097 Fn. 459; Zimmermann, Die Nachlasspflegschaft 5. Aufl. Rn. 387 f.; Jochum/Pohl, Nachlasspflegschaft 5. Aufl. Rn. 556; eine derartige Befugnis des Nachlasspflegers wohl stillschweigend voraussetzend ferner OLG Schleswig ZErB 2012, 187 unter 2 [juris Rn. 30]; unklar Krätzschel in Firsching/Graf, Nachlassrecht 11. Aufl. § 41 Rn. 85). Erforderlich sei in einem derartigen Fall lediglich gemäß § 1915 Abs. 1 Satz 1, § 1822 Nr. 2 BGB eine Genehmigung durch das Nachlassgericht. Die Gegenauffassung lehnt demgegenüber eine Ausschlagungsbefugnis seitens des Nachlasspflegers ab (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 1960 Rn. 70; Soergel/Naczinsky, BGB 14. Aufl. § 1960 Rn. 38; BeckOGK/Heinemann, BGB § 1952 Rn. 10; anders aber ders. § 1960 Rn. 100 [Stand: 1. Dezember 2021]; jurisPK-BGB/Hönniger, 9. Aufl. § 1960 Rn. 34; Kipp/Coing, Erbrecht 14. Aufl. § 89 III 1; Nieder/Kössinger, Handbuch der Testamentsgestaltung 6. Aufl. § 1 Rn. 169).

11 bb) Die letztgenannte Ansicht trifft zu. Der Nachlasspfleger ist nicht berechtigt, mit Wirkung für die unbekanntenen Erben eine in den Nachlass des Erblassers gefallene weitere Erbschaft auszuschlagen. Das Recht zur Ausschlagung der Erbschaft ist ein allein dem Erben bzw. seinen Rechtsnachfolgern, den Erbeserben, persönlich zustehendes Recht. Dies ergibt sich bereits aus § 1952 BGB. Gemäß § 1952 Abs. 1 BGB ist das Recht des Erben, die Erbschaft auszuschlagen, vererblich. Stirbt – wie hier – der Erbe vor dem Ablauf der Ausschlagungsfrist, so endet die Frist nicht vor dem Ablauf der für die Erbschaft

des Erben vorgeschriebenen Ausschlagungsfrist (§ 1952 Abs. 2 BGB). Die Ausschlagungsfrist des Erbeserben für den Unternachlass endet mithin, selbst wenn sie für den verstorbenen Erben – wie hier – bereits zu laufen begonnen hatte, frühestens mit dem Ende der Ausschlagungsfrist hinsichtlich des Hauptnachlasses (vgl. BeckOGK/Heinemann, BGB § 1952 Rn. 25 [Stand: 1. Dezember 2021]). Schon wegen dieses nicht drohenden Rechtsverlustes für den unbekanntenen Erbeserben besteht mithin – wie das Beschwerdegericht zu Recht ausführt – kein Sicherungsbedürfnis, welches es rechtfertigen könnte, dass der Nachlasspfleger die allein dem Erben bzw. dem Erbeserben vorbehaltene Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft an sich ziehen müsste. Vielmehr bestünde im Gegenteil die Gefahr, dass der Nachlasspfleger durch ein von ihm selbst ausgeübtes Ausschlagungsrecht das den Erbeserben in § 1952 Abs. 1 und 2 BGB vorbehaltene persönliche Ausschlagungsrecht unterlaufen könnte.

12 Es ist auch der Sache nach nicht gerechtfertigt, danach zu differenzieren, ob es sich um die Ausschlagung der Erbschaft nach dem Erblasser oder um eine solche einer in den Nachlass des Erblassers gefallenen Erbschaft eines Dritten handelt. In beiden Fällen ist es eine persönliche Entscheidung des Erben bzw. Erbeserben, ob er die Erbschaft annimmt oder ausschlägt. Zu Recht weist das Beschwerdegericht in diesem Zusammenhang darauf hin, dass die Entscheidung über die Annahme oder Ausschlagung einer Erbschaft vom Erben bzw. Erbeserben nicht immer nur nach rein wirtschaftlichen Gesichtspunkten getroffen werden wird, sondern hierfür auch persönliche Überlegungen, etwa ein besonderes Näheverhältnis zum Erblasser oder der Ruf und das Ansehen der Beteiligten, eine Rolle spielen können. Das kann entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde auch in Fallbeispielen wie den hier vorliegenden und bei zunächst unbekanntenen Erben in Betracht kommen.

13 Dem steht auch der Wortlaut des § 1915 Abs. 1 Satz 1 i.V.m. § 1822 Nr. 2 BGB nicht entgegen. Auf die Pflegschaft finden die für die Vormundschaft geltenden Vorschriften nur entsprechende Anwendung, soweit sich nicht aus dem Gesetz ein anderes ergibt. Letzteres ist hier – wie oben gezeigt – der Fall. Entsprechend ist in anderen Fallgestaltungen ebenfalls anerkannt, dass ein Ausschlagungsrecht nur persönlich durch den Erben ausgeübt werden kann. So ist etwa der Testamentsvollstrecker nicht zur Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft befugt (vgl. Senatsurteil vom 5. November 2014 – IV ZR 104/14, ZEV 2015, 107 Rn. 9; Staudinger/Dutta, BGB (2021) § 2205 Rn. 27). Gemäß § 83 Abs. 1 InsO steht die Annahme oder Ausschlagung der Erbschaft wegen ihrer höchstpersönlichen Natur ausschließlich dem Schuldner im In-

solvenzverfahren zu (vgl. BGH, Urteil vom 20. Dezember 2012 – IX ZR 56/12, ErbR 2013, 148 Rn. 11; Beschluss vom 10. März 2011 – IX ZB 168/09, ZEV 2011, 327 Rn. 6). Warum dies beim Nachlasspfleger anders sein sollte, ist nicht ersichtlich.

**14** Auch zum Schutz des Nachlasses vor dem Zugriff durch Gläubiger des (überschuldeten) Unternachlasses ist eine Ausschlagung durch den Nachlasspfleger nicht erforderlich. Zu Recht geht das Beschwerdegericht davon aus, ein Nachlasspfleger könne den Nachlass gegen den Zugriff von Gläubigern dadurch schützen, dass er die Einrede der Dürftigkeit gemäß §§ 1990, 1991 BGB erhebt oder sich auf den Vorbehalt der beschränkten Erbenhaftung gemäß § 780 Abs. 1 ZPO beruft (vgl. Staudinger/Dobler, BGB (2020) § 1990 Rn. 44; MünchKommBGB/Küpper, 8. Aufl. § 1990 Rn. 10; ferner auch BeckOGK/Heinemann, BGB § 1960 Rn. 134 [Stand: 1. Dezember 2021]). Demgegenüber kann es entgegen der Auffassung der Rechtsbeschwerde nicht darauf ankommen, ob der Aufwand für den Nachlasspfleger, sich im Einzelfall gegen Forderungen von Nachlassgläubigern zur Wehr zu setzen, größer ist als eine Ausschlagung der Erbschaft. Sollten durch diese Tätigkeit des Nachlasspflegers höhere Kosten als durch eine Erbschaftsausschlagung entstehen, sind diese vom Nachlass zu tragen. Allein die mögliche Gefahr einer höheren Kostenbelastung vermag eine Befugnis des Nachlasspflegers zur Vornahme einer Ausschlagung anstelle des Erben bzw. Erbeserben nicht zu begründen.

**15** Auch ein Vergleich zwischen der Betreuung und der Nachlasspflegschaft rechtfertigt kein anderes Ergebnis. Ist der Erbe – wie hier die Erblasserin – nicht oder nur beschränkt geschäftsfähig und ist insoweit Betreuung angeordnet, so vertritt der Betreuer gemäß § 1902 BGB den Betreuten gerichtlich und außergerichtlich und ist in diesem Zusammenhang auch zur Ausschlagung berechtigt (vgl. MünchKomm-BGB/Leipold, 8. Aufl. § 1945 Rn. 38). Der Betreuer nimmt insoweit als gesetzlicher Vertreter das höchstpersönliche Recht des Erben auf Erbschaftsausschlagung in Anspruch. Damit ist die Rechtsstellung des Nachlasspflegers, der allein für die unbekanntem Erben tätig wird, denen ihr Recht auf Ausschlagung erhalten bleiben soll, nicht zu vergleichen. Ob – wie die Rechtsbeschwerde ferner geltend macht – der für die unbekanntem Erben bestellte Nachlasspfleger berechtigt ist, einen in den Nachlass gefallenen Pflichtteilsanspruch geltend zu machen (so Scheuing, Der Pflichtteilsanspruch in Zwangsvollstreckung und Insolvenz, S. 26; anders Staudinger/Herzog BGB §§ 2303 – 2345 (2021), § 2317 Rn. 123), kann offenbleiben, da dies eine gänzlich andere Fallkonstellation darstellt als die hier zu beurteilende Ausschlagung einer in den Nachlass gefallenen Erbschaft.

## Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker

BeurkG § 7 Nr. 1, § 27, § 44; BGB § 2197 Abs. 1, § 2232 S. 1, § 2276 Abs. 1 S. 2

### Amtlicher Leitsatz:

Zur Einsetzung des Urkundsnotars als Testamentsvollstrecker in einem eigenhändigen Testament im Anschluss an die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung. (Rn. 9 – 20)

### Redaktioneller Leitsatz:

Beurkundet der Notar einen Erbvertrag und erstellt anschließend der Erblasser einen handschriftlichen „Nachtrag zum Erbvertrag“ in dem er den Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker bestellt, so steht die vorherige Beurkundung des Erbvertrages nicht der Bestellung des Urkundsnotars zum Testamentsvollstrecker entgegen, selbst wenn das privatschriftliche Testament durch den Notar mit dem Erbvertrag verbunden und gemeinsam im Notariat verwahrt wurde. (Rn. 11 – 20)

BGH (IV. Zivilsenat),

Beschluss vom 23.02.2022 – IV ZB 24/21

### I. Tatbestand:

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

2 Der Erblasser und die Beteiligte zu 1 errichteten am 15. Oktober 2001 einen Erbvertrag, der vom Beteiligten zu 4 unter UR-Nr. 5424/2001 beurkundet wurde. Am selben Tag setzten die Eheleute ein von beiden unterzeichnetes handschriftliches Schreiben auf, das wie folgt lautet:

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

Ordnet jeder von uns Testamentsvollstreckung an. Testamentsvollstrecker soll Notar [Beteiligter zu 4] sein.“

3 Nach dem Tod des Erblassers hat der Beteiligte zu 4 die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses beantragt. Das Nachlassgericht hat den Antrag zurückgewiesen. Auf die Beschwerde des Beteiligten zu 4 hat das Oberlandesgericht diese Entscheidung aufgehoben und das Nachlassgericht angewiesen, von den geäußerten Bedenken gegen die Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses abzusehen und über den Antrag auf dessen Erteilung unter Berücksichtigung der Ausführungen im Beschwerdebeschluss erneut zu entscheiden.

4 Hiergegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 1 und 3, mit der sie die Zurückweisung der Beschwerde des Beteiligten zu 4 gegen die Entscheidung des Nachlassgerichts beantragen.

## ► II. Aus den Gründen:

5 II. Das Beschwerdegericht, dessen Entscheidung unter anderem in ZEV 2021, 512 veröffentlicht ist, ist der Ansicht, dass der Beteiligte zu 4 durch die letztwillige Verfügung des Erblassers und der Beteiligten zu 1, den privatschriftlichen „Nachtrag“, wirksam zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Der Wirksamkeit des „Nachtrags“ stünden die §§ 7, 27 BeurkG in Verbindung mit § 125 BGB nicht entgegen. Der Beteiligte zu 4 habe in Bezug darauf keine Beurkundungstätigkeit entfaltet. In der Vorgehensweise sei auch keine Umgehung der §§ 7, 27 BeurkG zu erkennen.

Die handschriftliche Erklärung nehme zwar in ihrer Überschrift auf den notariellen Erbvertrag Bezug, umgekehrt enthalte die notarielle Urkunde jedoch keine Bezugnahme auf eine zu erwartende privatschriftliche Erklärung, so dass der Notar insoweit nicht tätig geworden sei. Es sei auch durch Verbindung des Erbvertrages und des Nachtrages keine Urkundstätigkeit begründet worden. Hingen Urkunden mit anderen Urkunden inhaltlich zusammen, seien sie nicht gemäß § 44 BeurkG zu verbinden, sie könnten allerdings nach § 18 Abs. 2 Dienstordnung für Notarinnen und Notare (im Folgenden: DONot) mit der Haupturkunde verwahrt oder dieser angeheftet werden. Eine solche Verbindung führe nicht dazu, dass sodann eine einheitliche Urkunde vorliege und sich die Urkundstätigkeit des Notars auch auf die der Haupturkunde angeklebte oder angeheftete und mit ihr verwahrte Urkunde erstrecke.

6 III. Das hält rechtlicher Nachprüfung stand.

7 1. Die Rechtsbeschwerde ist statthaft und auch im Übrigen zulässig. Zwar ist sie nicht fristgerecht eingelegt und begründet worden, aber den Beteiligten zu 1 und 3 ist insoweit Wiedereinsetzung in den vorigen Stand zu gewähren. Sie waren ohne eigenes oder diesem gleichgestelltes Verschulden ihrer Verfahrensbevollmächtigten an der Einhaltung der Fristen verhindert.

8 Ein Rechtsanwalt muss Posteingänge selbst vollständig daraufhin durchsehen, ob der Ablauf von Fristen droht, und daher durch eine allgemeine Anweisung an sein Büropersonal sicherstellen, dass ihm Posteingänge gesondert vorgelegt werden (vgl. BGH, Beschluss vom 10. Februar 1994 – VII ZB 25/93, VersR 1994, 1368 unter 2 b [juris Rn. 11]). Nach dem glaubhaft gemachten Vortrag

der Beteiligten zu 1 und 3 entsprach die Kanzleiorganisation ihrer Verfahrensbevollmächtigten zweiter Instanz diesen Anforderungen. Danach bestand die allgemeine Anweisung, eingehende Telefaxe und E-Mails sofort an einen Anwalt weiterzuleiten, damit dieser überprüfen kann, ob Fristen oder Termine zu notieren sind. In diesem Fall hat dem weiteren Vortrag zufolge eine Mitarbeiterin weisungswidrig den per Telefax übersandten und in der Kanzlei über ein E-Mail-Programm eingegangenen Beschwerdebeschluss in einen Ablageordner verschoben, ohne ihn einem Anwalt vorzulegen. Legt eine sonst zuverlässige Büroangestellte des Verfahrensbevollmächtigten entgegen dessen Anweisung Eingänge nicht unmittelbar gesondert zur Weiterbearbeitung vor, trifft den Rechtsanwalt kein Vorwurf, dass er seine Sorgfaltspflicht verletzt hätte.

9 2. Die Rechtsbeschwerde ist jedoch unbegründet. Das Beschwerdegericht hat rechtsfehlerfrei angenommen, dass dem Beteiligten zu 4 das beantragte Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen ist, da er durch letztwillige Verfügung des Erblassers zum Testamentsvollstrecker ernannt worden ist. Der Wirksamkeit seiner Ernennung stehen die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG nicht entgegen.

10 a) Nach §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG ist die Beurkundung einer letztwilligen Verfügung insoweit unwirksam, als darin der Urkundsnotar zum Testamentsvollstrecker ernannt wird. Der Beteiligte zu 4 hat jedoch die Verfügung, durch die der Erblasser ihn zum Testamentsvollstrecker ernannt hat, nicht beurkundet. Wie das Beschwerdegericht zutreffend entschieden hat, ist dieser Teil der letztwilligen Verfügungen des Erblassers nicht gemäß § 2232 BGB zur Niederschrift eines Notars errichtet worden.

11 aa) Der vom Beteiligten zu 4 nach § 2232 Satz 1 Alt. 1 BGB i.V.m. § 2276 Abs. 1 Satz 2 BGB beurkundete Erbvertrag enthält keine Benennung eines Testamentsvollstreckers. Der so bezeichnete „Nachtrag zu dem Erbvertrag“, in dem der Beteiligte zu 4 entsprechend benannt wird, wurde dagegen eigenhändig als Testament errichtet. Wie das Beschwerdegericht zutreffend angenommen hat, ist dieser Nachtrag auch nicht gemäß § 2232 Satz 1 Alt. 2 BGB durch eine Übergabe an den Beteiligten zu 4 zum öffentlichen Testament geworden; es wurde keine notarielle Niederschrift über eine Übergabe erstellt (anders dagegen der Sachverhalt in OLG Bremen ErbR 2016, 100 unter II 2 b [juris Rn. 14]; FamRZ 2015, 533 unter II 2 a [juris Rn. 19]). Es ist daher für die Entscheidung ohne Bedeutung, auf welche Weise der „Nachtrag“ in das Notariat des Beteiligten zu 4 gelangte.

12 bb) Das Beschwerdegericht hat außerdem zutreffend angenommen, dass sich die Urkundstätigkeit des Beteiligten zu 4 auch nicht deswegen auf das eigenhändige Testament erstreckte, weil dieses mit dem Erbvertrag ver-

bunden und zusammen verwahrt wurde. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde wird ein Schriftstück allein durch die feste Verbindung mit einer notariellen Urkunde durch Schnur und Prägiesiegel nicht ein Teil dieser Urkunde, der dann vom Mitwirkungsverbot der §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG erfasst würde. Daher kann offenbleiben, ob der handschriftliche „Nachtrag“, wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf den Vortrag in der Vorinstanz geltend macht, mit dem notariellen Erbvertrag durch Schnur und Prägiesiegel fest verbunden worden ist. Auch nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts, das jedenfalls von einer Verbindung der beiden Schriftstücke ausging, war die genaue Ausgestaltung der Verbindung nicht entscheidungserheblich, so dass die Entscheidung auch nicht, wie die Rechtsbeschwerde rügt, auf einer Gehörverletzung beruht.

**13** Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ergibt sich nicht aus § 44 BeurkG, dass der Beteiligte zu 4 durch die Verbindung der beiden Schriftstücke eine einheitliche Urkunde geschaffen hätte. Nach § 44 Satz 1 BeurkG sollen Urkunden, die aus mehreren Blättern bestehen, mit Schnur und Prägiesiegel miteinander verbunden werden. Der Anwendungsbereich dieser Regelung setzt also voraus, dass es sich bei den Blättern bereits um eine einheitliche Urkunde handelt. Beigefügte Unterlagen gelten nur dann als Teil der notariellen Niederschrift, wenn in der Niederschrift auf sie verwiesen wird, § 9 Abs. 1 Satz 2 und 3, § 37 Abs. 1 Satz 2 und 3 BeurkG; unter diesen Voraussetzungen sind auch sie nach § 44 Satz 2 BeurkG fest mit der Niederschrift zu verbinden. An einer solchen Verweisung des Erbvertrages auf den handschriftlichen Nachtrag fehlt es hier aber. Die Verbindung von Unterlagen durch den Notar hat dagegen als solche keine Folgen für die rechtliche Einordnung der verbundenen Unterlagen. § 44 BeurkG hat keine konstitutive Wirkung; diese Sollvorschrift dient nach der Gesetzesbegründung (BT-Drucks. V/3282 S. 38) nur dem Zweck, einem Verlust einzelner Blätter vorzubeugen, da sich andere Arten der Verbindung als nicht ausreichend zuverlässig erwiesen haben (vgl. BGH, Urteil vom 24. September 1997 – XII ZR 234/95, BGHZ 136, 357 unter II 5 [juris Rn. 34]).

**14** Sind mehrere Schriftstücke durch Schnur und Prägiesiegel miteinander verbunden worden, kann daraus auch nicht geschlossen werden, dass es sich dabei bereits um eine einheitliche Urkunde gehandelt hätte. Ein Notar kann auch andere Unterlagen, die keine einheitliche Urkunde sind, auf diese Weise verbinden. Dieselbe feste Verbindung erlaubte § 18 Abs. 2 DONot (in der bis zum 31. Dezember 2021 geltenden Fassung) in bestimmten Fällen auch zwischen Urkunden und anderen Urkunden oder Unterlagen, so etwa wenn diese die Haupturkun-

de ergänzen (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Spiegelstrich 3 DONot a.F.) oder für die Durchführung des darin beurkundeten Rechtsvorgang von Bedeutung sind (§ 18 Abs. 2 Satz 1 Spiegelstrich 2 DONot a.F.). Auch wenn aufgrund der Regelung in § 44 BeurkG die fehlende feste Verbindung eines formlosen Dokuments mit einer notariellen Urkunde als Indiz dafür gewertet werden kann, dass es sich bei dem Dokument nicht um einen Teil der beurkundeten Niederschrift handelt (vgl. BGH, Beschluss vom 20. März 2019 – XII ZB 310/18, BGHZ 221, 308 Rn. 24), lässt dies daher entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde nicht den Umkehrschluss zu, dass die Verbindung von Schriftstücken mit Schnur und Prägiesiegel das Bestehen einer einheitlichen Urkunde belegt.

**15 b)** Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde liegt in der hier vorgenommenen Gestaltung keine Umgehung des Mitwirkungsverbots aus den §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG. Diese Vorschriften sind daher nicht nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen über Umgehungsgeschäfte entsprechend auf die Ernennung des Testamentsvollstreckers im eigenhändigen Testament anzuwenden und können nicht zur Unwirksamkeit dieser Verfügung führen.

**16** Eine Gesetzesumgehung bildet dann einen Nichtigkeitsgrund, wenn durch die gewählte rechtliche Gestaltung der Zweck einer Rechtsnorm vereitelt wird; dem liegt die Erwägung zugrunde, dass ein vom Gesetz missbilligter Erfolg nicht durch die Umgehung des Gesetzes erreicht werden darf (vgl. BGH, Urteil vom 6. Dezember 1990 – IX ZR 44/90, NJW 1991, 1060 unter II 2 c aa [juris Rn. 25]). Das Geschäft ist daher grundsätzlich nur dann nichtig, wenn das Verbot die Verwirklichung des beabsichtigten praktischen Erfolges überhaupt verhindern, nicht dagegen, wenn es nur eine bestimmte Geschäftsform untersagen will (vgl. BGH, Urteil vom 30. November 1955 – VI ZR 95/54, WM 1956, 25 unter 4 c).

**17** Nach diesem Maßstab liegt hier keine Umgehung vor. Das Gesetz verbietet weder die Ernennung des Urkundensnotars zum Testamentsvollstrecker noch dessen Tätigwerden in diesem Amt, also das vom Erblasser mit seiner letztwilligen Verfügung angestrebte Ziel. Die §§ 27, 7 Nr. 1 BeurkG schließen lediglich einen bestimmten Weg zur Erreichung dieses Zieles aus, nämlich eine Beurkundung der Ernennungserklärung durch den betreffenden Notar (vgl. OLG Köln ZEV 2018, 271 Rn. 19; Reimann in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung 7. Aufl. § 2 Rn. 223). Eine materielle Einschränkung der Testierfreiheit ist diesen Vorschriften nicht zu entnehmen; vielmehr handelt es sich bei den §§ 27, 7 BeurkG (nur) um eine verfahrensrechtliche Regelung über Mitwirkungsverbote bei der Beurkundung (vgl. Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 – IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230 unter II 2 d [juris Rn. 20]).

**18** Dies entspricht dem Zweck der §§ 27, 7 BeurkG, das Beurkundungsverfahren von Interessenkonflikten freizuhalten. Es gilt zu verhindern, dass der Notar durch die Einräumung ihm ansonsten nicht zustehender rechtlicher Vorteile in der Urkunde in die Gefahr eines Konflikts zu seinen sonstigen Pflichten kommt, insbesondere zu den Prüfungs- und Belehrungspflichten nach § 17 BeurkG (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Oktober 2012 – IV ZB 14/12, FamRZ 2013, 32 Rn. 11). Die Gefahr eines Widerspruchs zwischen den Interessen des Erblassers sowie möglichen Eigeninteressen des Notars ist in solchen Fällen nicht von vornherein auszuschließen. Einen derartigen möglichen Interessengegensatz wollte der Gesetzgeber durch § 7 BeurkG von Anfang an verhindern (Senatsbeschluss vom 10. Oktober 2012 aaO Rn. 12). Diesem Rechtsgedanken hat der Gesetzgeber dagegen im materiellen Erbrecht keinen Vorzug vor der Testierfreiheit des Erblassers eingeräumt (vgl. auch OLG Bremen, FamRZ 2016, 1505, 1506 [juris Rn. 13]; Staudinger/Dutta, BGB (2021) § 2197 Rn. 91).

**19** Die §§ 27, 7 BeurkG dienen dagegen nicht dem Zweck, den Erblasser vor einer Beeinflussung durch den als Testamentsvollstrecker vorgesehenen Notar bei der Errichtung eines eigenhändigen Testaments zu schützen. Wenn der Erblasser durch falsche Beratung zu einer überflüssigen Testamentsvollstreckung bewogen worden ist, kann das Testament gemäß § 2078 BGB angefochten werden (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 – IV ZB 9/96, BGHZ 134, 230 unter II 2 d [juris Rn. 21]). Ist eine Testamentsvollstreckung dagegen sachgerecht, ist es erfahrungsgemäß meist ein Anliegen des Erblassers, dass der Notar, dem er zu Lebzeiten seine Angelegenheiten anvertraut hat, auch seinen letzten Willen vollziehen soll (Senatsbeschluss vom 18. Dezember 1996 aaO).

**20** Der Wirksamkeit der Testamentsvollstreckerernennung in einem eigenhändigen Testament steht es daher nicht entgegen, wenn dieses in den Räumen des Notars in unmittelbarem zeitlichen Zusammenhang mit der Beurkundung einer letztwilligen Verfügung vom Erblasser abgefasst wurde (vgl. OLG Köln ZEV 2018, 271 Rn. 18; Sandkühler in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentsvollstreckung 7. Aufl. § 11 Rn. 28a; Reimann aaO § 2 Rn. 223: „in zeitlicher Nähe“; a.A. Zimmermann, Die Testamentsvollstreckung 5. Aufl. Kap. D. Rn. 94a) oder der Notar den Text des eigenhändigen Testaments entworfen hat (vgl. BeckOK-BeurkG/Seebach, § 27 Rn. 45.10 (Stand: 1. November 2021); Fröhler in Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung 5. Aufl. Kap. 3 Rn. 364; a.A. BeckOGK/Grziwotz, BeurkG § 27 Rn. 15 (Stand: 1. Oktober 2021): „ohne Veranlassung des Urkundsnotars“).

**21** Es kann daher offenbleiben, ob – wie die Rechtsbeschwerde unter Verweis auf den Vortrag in der Vorins-

tanz geltend macht – der Erblasser im Anschluss an die Beurkundung des Erbvertrages den handschriftlichen Nachtrag im Notariat des Beteiligten zu 4 mit einem von diesem diktierten Text erstellt hat. Da dies auch nach der Rechtsansicht des Beschwerdegerichts nicht entscheidungserheblich war, ist die diesbezügliche Gehörsrüge unbegründet.

## Zur Auslegung einer Scheidungsklausel in einer gemeinsamen letztwilligen Verfügung.

GBO § 35 Abs. 1 S. 2; BGB § 2077 Abs. 1

### Amtliche Leitsätze:

1. Einem Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO steht nicht entgegen, dass die letztwillige Verfügung eine dem § 2077 Abs. 1 BGB entsprechende Scheidungsklausel enthält, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen erfüllt sind.
2. Das gilt auch, wenn die Scheidungsklausel abweichend von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB vorsieht, dass die letztwillige Verfügung bereits dann unwirksam sein soll, wenn der überlebende Ehegatte einen Scheidungsantrag gestellt hat.

BGH (V. Zivilsenat),

Beschluss vom 17.02.2022 – V ZB 14/21

### I. Tatbestand:

1 Im Grundbuch des im Eingang dieses Beschlusses genannten Grundbesitzes sind die Antragstellerin und ihr Ehemann je zur Hälfte als Miteigentümer eingetragen. Mit notariellem Erbvertrag vom 25. Mai 2005 setzten sie sich gegenseitig zu alleinigen Erben ein. Der Erbvertrag enthält folgende Regelung:

„Im Fall der Scheidung unserer Ehe wird der heutige Erbvertrag seinem gesamten Inhalt nach unwirksam. Das gleiche gilt für den Fall, dass beim Erbfall die Voraussetzungen für die Scheidung vorliegen und entweder der Erblasser oder dessen Ehegatte die Scheidung beantragt hatte.“

2 Nach dem Tod ihres Ehemanns beantragte die Antragstellerin unter Bezugnahme auf den dem Grundbuchamt vorliegenden Erbvertrag sowie die Niederschrift über dessen Eröffnung durch das Nachlassgericht ihre Eintragung als Alleineigentümerin. Das Grundbuchamt hat mit Zwi-

schenverfügung vom 2. März 2020 die Berichtigung des Grundbuchs von der Vorlage eines Erbscheins oder einer notariell beurkundeten eidesstattlichen Versicherung der Antragstellerin darüber abhängig gemacht, dass die Ehe vor dem Tod des Ehemanns nicht geschieden worden sei und bei dem Erbfall die Scheidungsvoraussetzungen nicht vorgelegen hätten und/oder keiner der Eheleute einen Scheidungsantrag gestellt habe. Die dagegen gerichtete Beschwerde ist erfolglos geblieben. Mit der zugelassenen Rechtsbeschwerde möchte die Antragstellerin weiterhin die Aufhebung der Zwischenverfügung erreichen.

## ► II. Aus den Gründen:

**3** Das Beschwerdegericht meint, der Erbvertrag und die Eröffnungsniederschrift seien für den Nachweis der Erbfolge nicht ausreichend. Zwar genüge für den Nachweis der sich aus einer öffentlichen Urkunde enthaltenen Verfügung von Todes wegen ergebenden Erbfolge nach § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO grundsätzlich die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht. Das gelte uneingeschränkt aber nur, wenn die Erbeinsetzung unbedingt erfolgt sei. Bei der Scheidungsklausel des Erbvertrags handle es sich um eine Verwirkungsklausel, die dazu führe, dass die Erbeinsetzung auflösend bedingt sei. Sie gehe über die Regelung in § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB hinaus. Jedenfalls bei Scheidungsklauseln, die nicht lediglich die Auslegungsregel des § 2077 BGB wiederholten, sondern diese erweiterten, müsse das Grundbuchamt auch ohne Vorliegen konkreter Anhaltspunkte für eine Unwirksamkeit der Erbeinsetzung einen Nachweis der Erbfolge in der Form des § 29 GBO verlangen. Es komme nicht darauf an, wie wahrscheinlich der Eintritt der in der Scheidungsklausel genannten Voraussetzungen sei. Entscheidend sei vielmehr, dass es sich nicht um eine abstrakte Möglichkeit der Unwirksamkeit handle. Der Nachweis könne unschwer durch eine eidesstattliche Versicherung des überlebenden Ehegatten geführt werden; die Vorlage eines Erbscheins sei nicht zwingend erforderlich.

**4** Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte und auch im Übrigen gemäß § 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG zulässige Rechtsbeschwerde ist begründet. Die Annahme des Beschwerdegerichts, die Zwischenverfügung des Grundbuchamts sei zu Recht ergangen, hält einer rechtlichen Prüfung nicht stand.

**5** 1. Im Ausgangspunkt zutreffend geht das Beschwerdegericht allerdings davon aus, dass die Eintragung der Antragstellerin als Alleineigentümerin des Grundstücks den Nachweis ihrer Erbfolge voraussetzt. Der Nachweis der Erbfolge kann nach § 35 Abs. 1 Satz 1 GBO im Grundsatz nur durch einen Erbschein geführt werden. Ergibt sich

die Erbfolge nach dem eingetragenen Eigentümer aus einer Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist – wie hier in einem Erbvertrag (§ 2276 BGB) –, so genügt als Nachweis nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 GBO die Vorlage der Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht. In diesem Fall kann das Grundbuchamt die Vorlegung eines Erbscheins nur verlangen, wenn es die Erbfolge durch diese Urkunden nicht für nachgewiesen hält (§ 35 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GBO).

**6** 2. Richtig ist auch, dass der Nachweis der Erbfolge in der Form des § 35 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 1 GBO uneingeschränkt nur dann möglich ist, wenn die Erbeinsetzung in der Verfügung unbedingt erfolgt ist. Enthält die öffentliche Verfügung von Todes wegen dagegen eine bedingte Erbeinsetzung, so genügt die Vorlage der Verfügung und die Niederschrift über deren Eröffnung durch das Nachlassgericht grundsätzlich nicht. Auf der Grundlage der im Grundbucheintragungsverfahren zur Verfügung stehenden Erkenntnisquellen bleiben dann nicht aufklärbare Zweifel an dem Nachweis der Erbfolge. Das Grundbuchamt ist deshalb unter Reduktion seines Ermessens nach § 35 Abs. 1 Satz 2 Halbsatz 2 GBO gehalten, einen Erbschein oder ausreichende Erklärungen der Beteiligten in der Form des § 29 GBO zu verlangen (vgl. zur Pflichtteilstrafklausel sowie zu allgemein gehaltenen und speziellen Verwirkungsklauseln Senat, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FGPrax 2016, 244 Rn. 8 ff.).

**7** 3. Rechtsfehlerhaft ist aber die Auffassung des Beschwerdegerichts, die Vorlage des Erbvertrags und die Niederschrift über dessen Eröffnung durch das Nachlassgericht sei zum Nachweis der Erbfolge der Antragstellerin deshalb nicht ausreichend, weil der Erbvertrag eine Scheidungsklausel enthält, die von der Regelung in § 2077 Abs. 1 BGB abweicht.

**8** a) Nach § 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB ist eine letztwillige Verfügung, durch die der Erblasser seinen Ehegatten bedacht hat, unwirksam, wenn die Ehe vor dem Tod des Erblassers aufgelöst worden ist. Der Auflösung der Ehe steht es gemäß § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB gleich, wenn zur Zeit des Todes des Erblassers die Voraussetzungen für die Scheidung der Ehe gegeben waren und der Erblasser die Scheidung beantragt oder ihr zugestimmt hat. Die Vorschrift findet auch auf den Erbvertrag Anwendung (§ 2279 BGB; zum gemeinschaftlichen Testament vgl. § 2268 BGB). Sie enthält eine dispositive Auslegungsregel entsprechend dem vom Gesetz vermuteten wirklichen Willen des Erblassers, der auf die Hinfälligkeit des Testaments bei Vorliegen der in der Vorschrift genannten Umstände gerichtet ist (vgl. Senat, Urteil vom 6. Mai 1959 – V ZR 97/58, FamRZ 1960, 28, 29; BGH, Beschluss vom 2. April 2003 – IV ZB 28/02, BGHZ 154, 336, 340).

9 b) Richtig ist auch, dass die Scheidungsklausel in dem Erbvertrag vom 25. Mai 2005 von der Vorschrift des § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB abweicht. Anders als in § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB geregelt, sieht sie die Unwirksamkeit des Erbvertrags und damit der letztwilligen Verfügung des Erblassers bei Scheitern der Ehe (§§ 1565, 1566 BGB) nicht nur dann vor, wenn der verstorbene Ehegatte die Scheidung der Ehe beantragt oder ihr zugestimmt hat, sondern auch dann, wenn der überlebende Ehegatte den Scheidungsantrag gestellt hat. Daraus folgt aber nicht, dass der Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten nicht gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO durch den Erbvertrag und die Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts geführt werden kann.

10 aa) Die Frage, ob bei einer von § 2077 Abs. 1 BGB abweichenden Scheidungsklausel der Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten durch den Erbvertrag und die Eröffnungsniederschrift gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO möglich ist, ist allerdings umstritten.

11 (1) Einigkeit besteht darüber, dass bei einer in einer öffentlichen Urkunde enthaltenen letztwilligen Verfügung von Ehegatten, in der keine Scheidungsklausel vereinbart ist, die Vorlage der Verfügung und der Eröffnungsniederschrift grundsätzlich zum Nachweis der Erbfolge ausreichend ist. Das Grundbuchamt darf ohne konkrete Anhaltspunkte für das Vorliegen der Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB keine weiteren Nachweise der Erbfolge des überlebenden Ehegatten verlangen (vgl. KG, FamRZ 2013, 1073 Rn. 10; ZEV 2020, 764 Rn. 8; Meikel/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 119; Staudinger/Otte, BGB [15.2.2021], § 2077 Rn. 15.1, Böhringer, ZEV 2017, 68, 71; Volmer, ZEV 2006, 402, 403; DNotI-Report 2006, 181, 182). Es hat bei der Auslegung einer letztwilligen Verfügung als Grundlage der Eintragung einer Erbfolge (zur Auslegung vgl. Senat, Beschluss vom 2. Juni 2016 – V ZB 3/14, FGPrax 2016, 244 Rn. 15 mwN) zwar gesetzliche Auslegungsregeln zu berücksichtigen, wenn auch das Nachlassgericht voraussichtlich darauf zurückgreifen muss (vgl. OLG Stuttgart, Rpfleger 1992, 154; OLG Schleswig, FGPrax 2006, 248, 249; OLG München, ZEV 2008, 340, 341; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 35 Rn. 42). Dazu gehört auch die Regelung des § 2077 Abs. 1 BGB. Es liegt aber nur die abstrakte Möglichkeit vor, dass die letztwillige Verfügung nach § 2077 Abs. 1 BGB unwirksam wird. Andernfalls wäre verheirateten Personen der Nachweis der Erbfolge gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO nicht möglich und die Vorschrift liefe weitgehend leer. Auf die statistische Häufigkeit von Ehescheidungen kommt es nicht an.

12 (2) Nach einhelliger Ansicht gilt nichts anderes, wenn die letztwillige Verfügung eine Scheidungsklausel enthält, die sich an die Voraussetzungen des § 2077 Abs. 1 BGB anlehnt (vgl. KG, FamRZ 2013, 1073 Rn. 11; ZEV 2020, 764

Rn. 8 u. 11; jurisPK-BGB/Lehrmann, 9. Aufl., § 2077 Rn. 45; Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., § 35 Rn. 145; BeckOK GBO/Wilsch [1.11.2021], § 35 Rn. 105; jurisPK-BGB/Reymann, 9. Aufl., § 2268 Rn. 21; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rn. 121; Meikel/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 119; Bestelmeyer, notar 2013, 147, 151; Böhringer, ZEV 2017, 68, 71; Lange, ZEV 2009, 371, 373; Weber, MittBayNot 2017, 163, 165; DNotI-Report 2006, 191, 183; offen gelassen in OLG München, ZEV 2016, 401 Rn. 15). Diese Ansicht ist zutreffend. Einem Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO steht nicht entgegen, dass die letztwillige Verfügung eine dem § 2077 Abs. 1 BGB entsprechende Scheidungsklausel enthält, sofern nicht konkrete Anhaltspunkte dafür bestehen, dass deren Voraussetzungen erfüllt sind. Die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung tritt dann nämlich unter denselben Voraussetzungen ein, die auch das Gesetz vorsieht. Die Scheidungsklausel stellt lediglich klar, dass die Unwirksamkeit auch dem wirklichen Willen des Erblassers entspricht (vgl. § 2077 Abs. 3 BGB). Ohne konkrete Anhaltspunkte, dass die Voraussetzungen der Scheidungsklausel vorliegen, kann daher keine Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung nach § 2077 Abs. 1 BGB angenommen werden.

13 (3) Ist in der letztwilligen Verfügung eine von § 2077 Abs. 1 BGB abweichende Scheidungsklausel vereinbart, gehen die Meinungen auseinander.

14 (a) Nach einer Auffassung, der sich das Beschwerdegericht angeschlossen hat, ist bei Scheidungsklauseln, die von der gesetzlichen Auslegungsregel abweichen, die Vorlage der letztwilligen Verfügung und der Niederschrift über deren Eröffnung zum Nachweis der Erbfolge nicht ausreichend. Das wird insbesondere angenommen für eine Klausel im Erbvertrag, nach der die Erbeinsetzung im Fall der Einreichung eines Scheidungsantrags durch einen der beiden Ehegatten und – anders als hier – unabhängig von dem Vorliegen der Voraussetzungen für die Ehescheidung unwirksam sein soll. Die Unwirksamkeit der notariellen Verfügung wegen eines Antrags auf Ehescheidung sei keine ganz entfernte, bloß auf theoretischen Überlegungen beruhende Möglichkeit. Es liege eine Nachweislücke vor, die durch Vorlage eines Erbscheins oder einer eidesstattlichen Versicherung darüber, dass ein Scheidungsantrag nicht anhängig sei, geschlossen werden müsse (vgl. OLG München, ZEV 2016, 401 Rn. 15 ff.; OLG Naumburg, FamRZ 2019, 1656 Rn. 12 ff., 17 ff.; BeckOK GBO/Wilsch [1.11.2021], § 35 Rn. 105).

15 (b) Nach überwiegender Ansicht darf das Grundbuchamt bei einer Scheidungsklausel, die eine Unwirksamkeit auch für den Fall des Scheidungsantrags des überlebenden Ehegatten vorsieht, nur dann weitere Nachweise verlangen, wenn es konkrete Anhaltspunkte dafür hat, dass ein Scheidungsantrag beim Tod des Erblassers gestellt

worden war. Allein der Umstand hoher Scheidungsquoten ändere daran nichts. Zwar könne nicht ausgeschlossen werden, dass während einer bestehenden Ehe einmal ein Scheidungsantrag gestellt worden ist. Gleichwohl handele es sich doch immer noch um nicht mehr als eine abstrakte Möglichkeit, die den durch § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO zum Ausdruck kommenden Wert einer notariellen letztwilligen Verfügung nicht zu schmälern vermöge. Das Risiko, dass im Zeitpunkt des Todes des Erblassers ein Scheidungsverfahren anhängig war, sei zu vernachlässigen (vgl. KG, ZEV 2020, 764 Rn. 9 f.; KEHE/Volmer Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rn. 121; Meikel/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 119; Staudinger/Otte, BGB [15.2.2021], § 2077 Rn. 15.1; jurisPK-BGB/Reymann, 9. Aufl., § 2268 Rn. 23; Böhringer, NZFam 2019, 442, 443; Drexler, MittBayNot 2020, 365, 366 f.; Litznerburger, FD-ErbR 2019, 417615; Volmer, ZEV 2016, 402, 403; Weber, MittBayNot 2017, 163, 165; DNotl-Report, 2006, 181, 183; DNotl-Report 2018, 1, 2; Fröhler in Langenfeld/Fröhler, Testamentsgestaltung, 5. Aufl., 5. Kapitel J Rn. 182).

**16 bb)** Die zuletzt genannte Ansicht ist vorzugswürdig. Der Nachweis der Erbfolge des überlebenden Ehegatten kann gemäß § 35 Abs. 1 Satz 2 GBO durch die Vorlage der letztwilligen Verfügung von Todes wegen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten ist, und der Eröffnungsniederschrift des Nachlassgerichts geführt werden, wenn die Scheidungsklausel abweichend von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB vorsieht, dass die letztwillige Verfügung bereits dann unwirksam sein soll, wenn der überlebende Ehegatte einen Scheidungsantrag gestellt hat. Anders ist es nur, wenn konkrete Anhaltspunkte dafür vorliegen, dass ein solcher Scheidungsantrag gestellt worden ist.

**17 (1)** Weil § 35 GBO bei verheirateten Erblassern andernfalls weitgehend leer liefere, hat das Grundbuchamt, sofern keine konkreten anderweitigen Anhaltspunkte vorliegen, davon auszugehen, dass letztwillige Verfügungen, die in einer öffentlichen Urkunde enthalten sind, nicht nach § 2077 Abs. 1 BGB bzw. einer entsprechenden Scheidungsklausel unwirksam geworden sind. Das Grundbuchamt darf daher keine weiteren Nachweise in der Form des § 29 GBO verlangen (vgl. Demharter, GBO, 32. Aufl., § 35 Rn. 39; KEHE/Volmer, Grundbuchrecht, 8. Aufl., § 35 Rn. 108; Meikel/Krause/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 133; Lange, ZEV 2009, 371, 373). Den Beteiligten sollen die damit verbundenen Kosten und Mühen erspart bleiben (vgl. BGH, Urteil vom 8. Oktober 2013 – XI ZR 401/12, NJW 2013, 3716 Rn. 41; Meikel/Krause/Weber, aaO Rn. 2; KEHE/Volmer, aaO Rn. 128).

**18 (2)** Ein sachlicher Grund, davon bei einer Scheidungsklausel abzurücken, die die Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung auch für den Fall des Scheidungsantrags des überlebenden Ehegatten vorsieht, ist nicht erkennbar. Zwar handelt es sich bei dem Scheidungsantrag des überlebenden Ehegatten um eine von dem Erblasser gewollte

auflösende Bedingung für die Wirksamkeit des Erbvertrags. Der Erblasser stellt den Scheidungsantrag des überlebenden Ehegatten dem seinigen aber lediglich gleich. Die Scheidungsklausel knüpft, ebenso wie § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB, an die Stellung eines Scheidungsantrags an. Das gilt auch für eine Klausel, die, anders als hier, weiter abweichend von § 2077 Abs. 1 Satz 2 BGB für den Eintritt der Unwirksamkeit der letztwilligen Verfügung den Scheidungsantrag eines der Ehegatten ausreichen lässt, also nicht zusätzlich davon abhängig macht, dass die Voraussetzungen für die Ehescheidung (§§ 1565, 1566 BGB) vorliegen. Der Unwirksamkeitsgrund des Scheidungsantrags ist vergleichbar mit einem allgemeinen Unwirksamkeitsgrund, der jeder Verfügung von Todes wegen abstrakt anhaften kann, z.B. bei Testierunfähigkeit des Erblassers (vgl. OLG München, RNotZ 2016, 320, 322 f.; OLG Oldenburg, MittBayNot 2017, 500 Rn. 2; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 35 Rn. 39.1), der Bindung des Erblassers durch einen vorherigen Erbvertrag oder ein vorheriges gemeinschaftliches Testament, der späteren Aufhebung (vgl. Meikel/Weber, GBO, 12. Aufl., § 35 Rn. 133; DNotl-Report, 2006, 181, 182) oder der Anfechtung der Verfügung (vgl. Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 788). Solange das Grundbuchamt keinen Anlass zu Zweifeln hat, muss es von der Wirksamkeit der letztwilligen Verfügung ausgehen.

**19** Damit unterscheidet sich die Scheidungsklausel von der Verwirkungsklausel, für die der Senat den Nachweis der Erbfolge in der Form des § 29 GBO als erforderlich angesehen hat (vgl. Rn. 6). Ob der überlebende Ehegatte den Nachweis der Wirksamkeit leicht führen kann, ist unerheblich. Es bedarf deshalb keiner Entscheidung, ob die eidesstattliche Versicherung ein taugliches Mittel zum Nachweis der Erbfolge ist (vgl. Senat, Beschluss vom 10. Februar 2022 – V ZB 87/20, DB 2022, 861 Rn. 32).

**20** Da das Beschwerdegericht hiernach die Beschwerde der Antragstellerin gegen die Zwischenverfügung zu Unrecht zurückgewiesen hat, sind seine Entscheidung und die Zwischenverfügung des Grundbuchamts aufzuheben (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 74 Abs. 5 FamFG). Das Grundbuchamt darf den Vollzug der beantragten Berichtigung des Grundbuchs nicht aus den in der Zwischenverfügung genannten Gründen verweigern.

## **Verwirkung einer Pflichtteilsstrafklausel**

*BGB § 2303, BGB § 2314*

**Amtlicher Leitsatz:**

**Eine Aufforderung zur Nachbesserung des seitens des Pflichtteilsberechtigten vom Erben angeforderten Nachlassverzeichnisses führt in der Regel noch nicht zur Ver-**

wirkung des Erbenspruchs nach dem Längstlebenden, sofern die Pflichtteilsstrafklausel vorsieht, der Pflichtteil müsse hierzu vom Längstlebenden gefordert werden.

OLG Frankfurt a. M. (21. Zivilsenat),  
Beschluss vom 01.02.2022 – 21 W 182/21

## ▶ I. Tatbestand:

1 Die am XX.ECLI:XX:2020 in Stadt1 verstorbene Erblasserin war mit dem vorverstorbenen B Nachname1 verheiratet. Aus der Ehe gingen vier Kinder hervor, nämlich die Beteiligten 2), 3) und 5) sowie der am 7. Dezember 2015 vorverstorbenen C Nachname1. Dessen Kinder sind die Beteiligten zu 1) und 4).

2 Die Eheleute errichteten am 16. März 2007 ein handschriftliches und vom Nachlassgericht eröffnetes Testament (Bl. 7 d. TA). Darin setzten sie sich gegenseitig zu Alleinerben und ihre vier Kinder als Schlusserben ein. Ferner enthält die letztwillige Verfügung eine sogenannte Pflichtteilsverwirkungsklausel. Wörtlich heißt es:

„Sollte eines unser Kinder nach dem Tode des Erstverstorbenen den Pflichtteil fordern, so erhält es beim Tode des Letztverstorbenen ebenfalls nur das Pflichtteil.“

3 Nach dem Tod des Ehemanns hat sich die Beteiligte zu 1) mit Schreiben ihrer damaligen Verfahrensbevollmächtigten vom 20. Juli 2018 an die Erblasserin gewandt und zur Vorbereitung einer Auseinandersetzung des Nachlasses nach dem verstorbenen Ehemann der Erblasserin einen Auskunftsanspruch als gesetzliche Miterbin des Ehemanns geltend gemacht (Bl. 108 d. A.). Diesen Auskunftsanspruch wiederholte sie nach Einsichtnahme in das gemeinschaftliche Testament mit Schreiben vom 29. August 2018 und stützte ihn diesmal auf ihre Stellung als Pflichtteilsberechtigte, wobei sie der Erblasserin eine Frist bis zum 10. September 2018 zur Erstellung eines entsprechenden Nachlassverzeichnisses setzte (Bl. 104 d. A.). Mit Schreiben vom 14. September 2018 übersandten die damaligen Verfahrensbevollmächtigten der Erblasserin der Beteiligten zu 1) ein Nachlassverzeichnis (Bl. 179 f. d. A.), dass diese mit Schreiben vom 2. Oktober 2018 als unzureichend zurückwies und Nachbesserung bis zum 19. Oktober 2018 anmahnte sowie zugleich einen Wertermittlungsanspruch hinsichtlich einer im Nachlass sich befindenden Immobilie geltend machte (Bl. 97 ff. d. A.). Darauf reagierten die Verfahrensbevollmächtigten der Erblasserin mit Schriftsatz vom 11. Oktober 2018, machten ihrerseits Gegenansprüche gegen die Beteiligte zu 1) geltend und schlugen eine gütliche Einigung vor (Bl. 92 ff. d. A.). Mit Schreiben vom 30. November 2018 wies der Verfahrensbevollmächtigte der Erblasserin gegenüber

den Rechtsanwälten der Beteiligten zu 1) darauf hin, dass man längere Zeit nichts mehr gehörte habe und man daher davon ausginge, dass die Beteiligte zu 1) die Sache nicht weiterbetreiben wolle (Bl. 146 d. A.). Weiterer Schriftverkehr erfolgte nicht.

4 Einem Aktenvermerk vom 1. April 2019 zufolge äußerte die Beteiligte zu 1) gegenüber ihren Verfahrensbevollmächtigten sodann am 29. März 2019, dass sie in jedem Fall den Pflichtteil in Höhe von 2.542,52 € gerichtlich geltend machen wolle, aber kurz darauf am 1. April 2019 mitgeteilt habe, dass keine Klage eingereicht werden solle (Bl. 72 f. d. A.). Die Angelegenheit wurde dann von ihr tatsächlich nicht weiterverfolgt. Insbesondere kam es weder zu einer Klageerhebung noch zu einer Auszahlung eines Pflichtteils.

5 Nach dem Tod der Erblasserin hat die Beteiligte zu 5) einen Erbschein beantragt, der sie und die Beteiligten zu 2) bis 4) als Erben zu gleichen Teilen ausweisen soll. Zur Begründung hat sie sich auf die letztwillige Verfügung der Eheleute berufen und vorgebracht, die Beteiligte zu 1) habe ihren Pflichtteil geltend gemacht, weswegen sie aufgrund der Pflichtteilsverwirkungsklausel von der Erbfolge ausgeschlossen sei, so dass nur ihr Bruder, der Beteiligte zu 4) als Ersatzerbe für den vorverstorbenen C Nachname1 zu berücksichtigen sei. Dem Antrag ist die Beteiligte zu 1) mit dem Argument entgegengetreten, der Pflichtteil sei von ihr nicht geltend gemacht worden und der Auskunftsanspruch löse die Sanktion der Klausel noch nicht aus.

6 Das Nachlassgericht hat die Beteiligte zu 1) angehört. Hinsichtlich deren Angaben wird auf Bl. 64 d. A. verwiesen. Sodann hat das Gericht mit dem angefochtenen Beschluss, auf dessen tatsächliche Feststellungen ergänzend Bezug genommen wird, die für die Erteilung des beantragten Erbscheins erforderlichen Tatsachen für festgestellt erachtet (Bl. 119 ff. d. A.). Zur Begründung hat das Amtsgericht ausgeführt, die Erbfolge ergebe sich aus dem gemeinschaftlichen Testament der Eheleute. Aufgrund des Verhaltens der Beteiligten zu 1) nach dem Tod des Erblassers sei von deren Verwirkung ihres Erbrechts als Schlusserbin auszugehen. Zwar habe sie den Pflichtteil nach dem vorverstorbenen Ehemann weder ausgezahlt bekommen noch gerichtlich geltend gemacht. Ein Auskunftsverlangen allein löse die Wirkungen der Pflichtteilsstrafklausel auch nicht aus. Allerdings habe die Beteiligte zu 1) über das schlichte Auskunftsbegehren hinaus Kritikpunkte an dem erstellten Nachlassverzeichnis geäußert und Nachbesserung verlangt. Durch dieses Verhalten habe sie gegenüber der Erblasserin zu verstehen gegeben, dass sie ausdrücklich und ernsthaft den Pflichtteil einfordern wolle.

7 Gegen die ihren Verfahrensbevollmächtigten am 3. August 2021 zugestellte (Bl. 125 d. A.) Entscheidung hat die Beteiligte zu 1) mit am 17. August 2021 (Bl. 126 d. A.) beim

Nachlassgericht eingegangenen Schriftsatz Beschwerde eingelegt und diese mit Schriftsatz vom 6. Oktober 2021 begründet. Hierbei hat sie im Wesentlichen vorgetragen, die Aufforderung zur Nachbesserung des Nachlassverzeichnisses stelle entgegen der Ansicht des Nachlassgerichts weiterhin nur ein Auskunftsverlangen und keine Geltendmachung des Pflichtteilsanspruchs dar.

**8** Der Beschwerde hat das Nachlassgericht nicht abgeholfen, sondern das Verfahren dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt. Daraufhin hat der Berichterstatter den Beteiligten einen Hinweis erteilt, woraufhin die Beteiligte zu 1) weiter vorgetragen hat.

## ► II. Aus den Gründen:

**9** Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist zulässig und hat auch in der Sache Erfolg. Das Nachlassgericht ist zu Unrecht von einem Ausscheiden der Beteiligten zu 1) aus der Erbengemeinschaft ausgegangen.

**10 1.** Die Beschwerde der Beteiligten zu 1) ist gemäß § 58 FamFG statthaft. Sie ist fristgerecht innerhalb eines Monats nach Zustellung des angefochtenen Beschlusses beim Nachlassgericht eingegangen, § 63 FamFG. Zudem ist die Beteiligte zu 1) als Erbprätendentin beschwerdebefugt (vgl. Keidel/Meyer – Holz, FamFG, 2020, § 59 Rn 79). Der Beschwerdewert liegt über 600 € § 61 Abs. 1 FamFG.

**11 2.** In der Sache hat das Rechtsmittel Erfolg. Der Erbscheinsantrag der Beteiligten zu 5) war zurückzuweisen, da entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts die Pflichtteilsstrafklausel nicht erfüllt ist, weswegen die Beteiligte zu 1) weiterhin Miterbin nach der Erblasserin ist.

**12 a)** Noch zutreffend ist das Nachlassgericht davon ausgegangen, dass die Abkömmlinge des vorverstorbenen Sohnes der Erblasserin und ihres Ehemanns als Ersatz-erben anzusehen sind. Dafür, dass die Eheleute die Kinder als Vertreter deren Stämme bedacht haben, spricht bereits der Wortlaut der letztwilligen Verfügung, bei dem die Abkömmlinge ausdrücklich als „Kinder“ benannt werden. Diese Sichtweise wird bestätigt durch den Umstand, dass die Kinder jeweils zu gleichen Teilen als Erben vorgesehen sind. Etwas verbleibende Zweifel an dieser Auslegung kommen nicht zum Tragen, da gemäß § 2069 BGB von einer Ersatzerbenstellung der Abkömmlinge des bedachten Kindes im Regelfall auszugehen ist.

**13 b)** Ferner ist dem Amtsgericht darin zu folgen, dass die Pflichtteils-klausel, die dem Wortlaut zufolge sich nur auf die „Kinder“ bezieht, entsprechende Anwendung auf die Ersatzerben findet. Dieses Verständnis wird vom Wortlaut der letztwilligen Verfügung nahegelegt. Wie bei der Schlusserbenklausel sind bei der Pflichtteilsstrafklausel

die „Kinder“ angesprochen. Zudem steht einer etwaigen unterschiedlichen Behandlung der Zweck der Pflichtteils-klausel, nämlich der Schutz des Längstlebenden, entgegen. Für diesen von den Erblassern beabsichtigten Schutz des Längstlebenden vor einer finanziellen Belastung ist es unerheblich, ob der Pflichtteil an ein Kind oder einen Enkel auszuzahlen ist.

**14 c)** Nicht zu folgen vermag der Senat allerdings der Einschätzung des Nachlassgerichts, die Beteiligte zu 1) habe aufgrund ihres Verhaltens nach dem Tod des Ehemanns der Erblasserin die Pflichtteilsverwirkungsklausel erfüllt.

**15 aa)** Bei der in Rede stehenden Klausel handelt es sich um eine Pflichtteilsverwirkungsklausel üblichen Zuschnitts. Der in der Klausel verwandte Begriff des „Forderns“ des Pflichtteils ist mit den ebenfalls häufig benutzten Begriffen des Verlangens oder Geltendmachens gleichbedeutend (vgl. auch OLG Rostock NJW-RR 2015, 776). Anhaltspunkte für ein abweichendes Verständnis der testierenden Eheleute sind von den Beteiligten nicht vorgetragen worden und auch im Übrigen nicht ersichtlich.

**16 bb)** Gegen diese Klausel üblichen Zuschnitts hat die Beteiligte zu 1) entgegen der Auffassung des Nachlassgerichts nicht verstoßen.

**17 aaa)** Die Pflichtteilsstrafklausel verfolgt allgemein das Ziel, dem überlebenden Ehegatten den Nachlass möglichst ungeschmälert zu erhalten (vgl. BayObLG MDR 1991, 252). Der Erblasser will in der Regel mit der Sanktionsklausel seinen überlebenden Ehegatten nicht nur vor einer vorzeitigen Schmälerung der als Einheit gesehenen Erbmasse oder Gefahr einer solchen schützen, sondern ihm auch und gerade die persönlichen Belastungen ersparen, die mit einer Auseinandersetzung mit dem (angeblich) Pflichtteilsberechtigten regelmäßig verbunden sind (vgl. OLG Düsseldorf FamRZ 2012, 331; OLG München NJW-RR 2008, 1034).

**18** Die Pflichtteilsstrafklausel wird durch das bewusste Geltendmachen des Pflichtteils in Kenntnis der Klausel ausgelöst (vgl. Palandt/Weidlich, BGB, 2021, § 2069 Rn 14). Die Verwirkung der Pflichtteilsstrafklausel erfordert ein Fordern des Pflichtteils gegenüber dem Längstlebenden seitens des Pflichtteilsberechtigten. Dabei wird ein Verlangen bzw. Fordern immer dann angenommen, wenn der Pflichtteilsberechtigte gegenüber dem Überlebenden ausdrücklich und ernsthaft deutlich macht, dass er seinen Pflichtteil geltend machen will (vgl. OLG Rostock NJW-RR 2015, 776).

**19** Hierfür ist es nicht ausreichend, dass der Pflichtteilsberechtigte allein Auskunft begehrt. Zwar wird der Erbe auch durch die Erstellung des Nachlassverzeichnisses im Wege der Auskunft schon durch die Auseinandersetzung mit dem Pflichtteilsberechtigten belastet. Der Pflichtteils-

berechtigte hingegen benötigt zumindest die Auskunft über den Umfang des Nachlasses, um sich entscheiden zu können, ob er seine Schlusserbeneinsetzung bestehen lassen oder lieber seinen Pflichtteil in Anspruch nehmen möchte (vgl. BayObLG MDR 1991, 252; Sarres ZEV 2004, 407; Palandt/Weidlich, BGB, 2021, § 2069 Rn. 14; zurückhaltend OLG Rostock NJW-RR 2015, 776). Diese Differenzierung ergibt sich bereits daraus, dass der Gesetzgeber mit dem Auskunftsanspruch in § 2314 BGB und dem Pflichtteilsanspruch in § 2303 BGB zwei unterschiedliche Ansprüche geregelt hat.

**20** Demgegenüber ist es für ein Verlangen in dem vorgenannten Sinne nicht erforderlich, dass die Pflichtteilsberechtigte diesen bereits gerichtlich eingefordert hat oder der Pflichtteil bereits an sie ausgezahlt ist (vgl. OLG Hamm ZEV 2013, 397; OLG Düsseldorf NJW-RR 2011, 1515, Palandt/Weidlich, BGB, 2021, § 2069 Rn. 14).

**21** Ob der Pflichtteilsberechtigte zu erkennen gibt, den Pflichtteil ernsthaft geltend machen zu wollen, ist dabei aus der Sicht des Erben unter Zugrundelegung des objektiven Empfängerhorizonts zu beurteilen.

**22** bbb) . Unter Zugrundelegung vorstehender Grundsätze lässt sich nicht feststellen, dass die Beteiligte zu 1) gegenüber der Erblasserin ihren Pflichtteil nach dem Ehemann der Erblasserin im Sinne der Pflichtteilsverwirkungsklausel gefordert hat.

**23** Ein Fordern des Pflichtteils bereits mit Schreiben ihrer Anwälte vom 20. Juli 2018 kommt ohnehin nicht in Betracht, da die Beteiligte zu 1) zu diesem Zeitpunkt unstrittig keine Kenntnis von dem Testament hatte, die Kenntnis der Pflichtteilsklausel aber Voraussetzung für die Verwirkung der Klausel ist. Ferner ist trotz der danach seitens der Beteiligten zu 1) erlangten Kenntnis von dem Testament ebenfalls in dem Schreiben vom 29. August 2018 kein Verlangen des Pflichtteils zu sehen, da hiermit lediglich Auskunft über den Nachlass verlangt wurde, das bloße Verlangen der Auskunft jedoch regelmäßig kein Verlangen des Pflichtteils beinhaltet.

**24** Des Weiteren hat die Beteiligte zu 1) auch nicht den Pflichtteil dadurch gefordert, dass sie mit Schreiben vom 2. Oktober 2018 die Richtigkeit des ihr übersandten Nachlassverzeichnisses anzweifelte und zugleich einen Wertermittlungsanspruch hinsichtlich einer zum Nachlass gehörenden Immobilie geltend machte.

**25** Zuzugeben ist dem Nachlassgericht zwar, dass hierdurch eine Beharrlichkeit der Interessenverfolgung zum Ausdruck gekommen ist, die über eine grobe Einschätzung des Nachlasswertes hinausgeht. Gleichwohl wird hierdurch die Grenze zum Verlangen des Pflichtteils noch nicht überschritten, handelt es sich vielmehr weiterhin ausschließlich um die – wenngleich energische – Forderung ggf. anspruchsvorbereitender Informationen. Ob-

gleich eine Belastung für den durch die Klausel zu schützenden Erben hierin unverkennbar ist und insoweit das Ziel der Pflichtteilsverwirkungsklausel nicht in vollem Umfang erreicht wird, ist an der gesetzlichen Trennung zwischen den Ansprüchen aus § 2303 BGB und § 2314 BGB schon aus Gründen der Rechtssicherheit festzuhalten. Finanzielle Nachteile für den Erben sind hiermit nicht verbunden, da ein etwaiger Verzug mit der Zahlung des Pflichtteils durch ein gesteigertes Auskunftsverlangen ebenfalls in Form der Erhebung eines Wertermittlungsanspruchs nach § 2314 Abs. 1 Satz 2 BGB nicht begründet wird. Hinzu kommt, dass andernfalls bereits ein völlig unzureichendes Nachlassverzeichnis den Pflichtteilsberechtigten dazu zwingen würde, eine Entscheidung zwischen Geltendmachung des Pflichtteils und Bewahrung des Erbanspruchs nach dem Längstlebenden zu treffen, obwohl ihm hierzu eine brauchbare Informationsgrundlage fehlt. Sofern die Testierenden hingegen bereits das bloße Auskunftsverlangen als besondere Form der Belastung für den Überlebenden ausschließen wollen, steht es ihnen frei, die Pflichtteilsverwirkungsklausel weiter zu fassen und nicht nur das Verlangen des Pflichtteils, sondern bereits die Auskunft über die Höhe des Nachlasses als entsprechend zu ahndendes Verhalten festzuschreiben.

**26** Schließlich verwirkte die Beteiligte zu 1) ihren Erbteil auch nicht dadurch, dass sie am 29. März 2019 ihre Verfahrensbevollmächtigten anwies, den Pflichtteil geltend zu machen. Denn diese Anweisung widerrief sie bereits am 1. April 2019, einem Sonntag, ohne dass das Verlangen der Erblasserin zur Kenntnis gelangt wäre. Auf deren verobjektivierte Sicht kommt es hingegen an.

**27** Aus den Angaben der Beteiligten zu 1) in der mündlichen Verhandlung vor dem Nachlassgericht, die im Wesentlichen lediglich den vorliegenden Schriftverkehr bestätigen, lässt sich ebenfalls kein Verlangen des Pflichtteils ersehen. Insbesondere bestätigte sie ausdrücklich, von einer gerichtlichen Auseinandersetzung bewusst Abstand genommen zu haben.

**28** d) Mangels Verwirkung der Pflichtteilsstrafklausel ist die Beteiligte zu 1) weiterhin Mitglied der Erbengemeinschaft nach der Erblasserin, weswegen der Erbscheinsantrag der Beteiligte zu 5) zurückzuweisen war.

## Lenkende Ausschlagung

*BGB §§ 119, 1954, 1955, 1957*

### **Amtlicher Leitsatz:**

**Ein Irrtum über die Person desjenigen, dem die Ausschlagung der Erbschaft zugutekommt (hier: Ausschlagung mit dem Ziel, die Alleinerbenstellung der Mutter zu errei-**

chen), ist grundsätzlich nur ein nicht zur Anfechtung berechtigender unbeachtlicher Motivirrtum (Anschluss KG, 19 W 50/19; entgegen OLG Düsseldorf, 3 Wx 173/17, ZEV 2081, 85; OLG Düsseldorf, 3 Wx 166/17, ZEV 2019, 469).

OLG Hamm (15. Zivilsenat),  
Beschluss vom 21.04.2022 – 15 W 51/19

## ► I. Tatbestand:

1 Der Erblasser ist ohne Hinterlassung einer letztwilligen Verfügung am 00.00.2018 verstorben. Die Beteiligte zu 1) ist die Witwe des Erblassers, der Beteiligte zu 2) eines seiner Kinder. Alle Abkömmlinge des Erblassers haben durch notariell beglaubigte Erklärungen gegenüber dem Nachlassgericht die Erbschaft ausgeschlagen, beim Nachlassgericht eingehend am 10.08. und 13.08.2018. Wegen der Einzelheiten wird auf die Beiakte 158 VI 1970/18 AG Essen Bezug genommen.

2 Durch Urkunde ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 21.08.2018 hat die Beteiligte zu 1) zunächst einen Erbschein beantragt, durch den sie als Alleinerbin aufgrund gesetzlicher Erbfolge ausgewiesen werden sollte. Mit Verfügung vom 11.09.2018 hat das Amtsgericht darauf hingewiesen, dass die Beteiligte zu 1) nur dann Alleinerbin sei, wenn weder Erben der ersten oder zweiten Ordnung und keine Großeltern zur Zeit des Erbfalls vorhanden gewesen seien. Der Erbscheinsantrag müsse daher um Angaben zu Kindern der Abkömmlinge, den Eltern und evtl. Geschwistern und Großeltern ergänzt werden.

3 Am 05.10.2018 ging sodann beim Nachlassgericht die notariell beglaubigte Anfechtungserklärung des Beteiligten zu 2) ein, die im Wesentlichen folgenden Wortlaut hat: „In der Nachlasssache ... fechte ich, ..., die Ausschlagungserklärung vom 08.08.2018, ..., wegen Irrtums an.

Ich und meine Geschwister haben die Erbschaft ausgeschlagen, weil wir davon ausgingen, dass somit unsere Mutter, ..., Alleinerbin ist und somit auch als Alleineigentümerin der Eigentumswohnung ... eingetragen wird. Nunmehr erhielt ich Kenntnis darüber, dass durch die Ausschlagungserklärung sämtlicher Kinder unseres Vaters dessen Halbgeschwister erben.

Diese Halbgeschwister sind weder meiner Mutter, meinen Geschwistern oder mir namentlich bekannt. Auch mein Vater hatte zu seinen Halbgeschwistern keinen Kontakt. Erst mit der Mitteilung des Nachlassgerichts Essen vom 11.09.2018 erfuhr ich durch meine Mutter am 02.10.2018, dass die Halbgeschwister meines Vaters durch meine Erbausschlagung erben.

...“

4 Durch weitere Urkunde ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 08.10.2018 hat die Beteiligte zu 1) ihren Erbscheinsantrag dahingehend abgeändert, dass nunmehr ein gemeinschaftlicher Erbschein für sie und den Beteiligten zu 2) als Miterben zu  $\frac{1}{2}$  beantragt wurde. Das Amtsgericht hat diesen Antrag durch den angefochtenen Beschluss zurückgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des Senats ausgeführt, dass der Irrtum darüber, welcher Person das ausgeschlagene Erbe anfallt, ein unbeachtlicher Motivirrtum sei.

5 Gegen diesen Beschluss, dessen genaues Zustellungsdatum sich urkundlich nicht belegen lässt, haben die Beteiligten am 02.01.2019 Beschwerde erhoben. Mit dieser machen sie geltend, dass es sich bei dem Irrtum über die Begünstigten einer Ausschlagungserklärung – entgegen der Auffassung des Amtsgerichts – um einen beachtlichen Rechtsfolgenirrtum handle. Zudem sei dem Beteiligten zu 1) im Zeitpunkt der Ausschlagungserklärung die Existenz von Halbgeschwistern seines Vaters unbekannt gewesen.

6 Der Senat hat sich vor dem Hintergrund einer möglichen Zulassung der Rechtsbeschwerde im Falle einer Zurückweisung der Beschwerde bemüht, die Identität der Erben zweiter Ordnung festzustellen. Hierbei stellte sich heraus, dass der Erblasser nicht nur Halbgeschwister, sondern auch eine Vollschwester hatte. Hierauf sind die Beteiligten durch Verfügung vom 26.11.2019 hingewiesen worden. Hierauf hat der Beteiligte zu 2) durch notariell beglaubigte Erklärung vom 14.02.2020 seine Anfechtungserklärung dahingehend ergänzt, dass ihm auch nicht bekannt gewesen sei, dass sein Vater eine (Voll-)Schwester gehabt habe.

## ► II. Aus den Gründen:

7 Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere ist sie fristgerecht erhoben. Zwar lässt sich das genaue Zustellungsdatum urkundlich nicht feststellen. Angesichts des Abvermerks des Amtsgerichts (03.12.2018) ist jedoch als sicher davon auszugehen, dass die Angabe der Beschwerde, der Beschluss sei am 04.12.2018 zugegangen, zutreffend ist.

8 In der Sache ist die Beschwerde jedoch unbegründet.

9 Der Erbscheinsantrag ist nur dann begründet, wenn der Beteiligte zu 2) neben der Beteiligten zu 1) zur Erbfolge gelangt ist. Dies ist jedoch nicht der Fall, da er die Erbschaft wirksam ausgeschlagen hat. Seine Ausschlagungserklärung vom 08.08.2018 genügt den Anforderungen der §§ 1954, 1955, 1945 BGB, da sie innerhalb von sechs Wochen nach dem Eintritt des Erbfalls (als dem frühest möglichen Zeitpunkt im Sinne von § 1944

BGB) in öffentlich beglaubigter Form beim Nachlassgericht eingegangen ist.

**10** Die Wirkung der Ausschlagung, nämlich der rückwirkende Ausschluss des Beteiligten zu 2) von der Erbfolge (§ 1953 Abs. 1 BGB), ist durch seine Anfechtungserklärung nicht beseitigt worden. Die Anfechtung ist unwirksam, da sich anhand des Vorbringens des Beteiligten zu 2) ein rechtlich beachtlicher Anfechtungsgrund nicht feststellen lässt.

**11** Die Beteiligten machen vorliegend geltend, der Beteiligte zu 2) habe sich in einem Erklärungsirrtum (§ 119 Abs. 1 BGB) befunden, weil er sich über die Rechtsfolgen seiner Erklärung geirrt habe. Er sei irrig davon ausgegangen, dass die Erbschaft infolge der Ausschlagung seitens der Abkömmlinge der Beteiligten zu 1) „anwachse“. Soweit der Beteiligte zu 2) zusätzlich geltend macht, ihm sei (auch) unbekannt gewesen, dass sein Vater (Halb-) Geschwister gehabt habe, also Erben 2. Ordnung vorhanden sind, ist dieser tatsächliche Irrtum für die Ausschlagungserklärung jedenfalls nicht kausal geworden, da er diese infolge seines Rechtsirrtums auch bei Kenntnis von der Existenz der (Halb-) Geschwister abgegeben hätte.

**12** In der ex-post-Sicht ist es offensichtlich, dass sich der Beteiligte zu 2) bei seiner Ausschlagungserklärung in einem Rechtsirrtum befand. Hierfür spricht der gesamte unter I.) dargestellte Ablauf. Indes stellt nicht jeder Rechtsfolgenirrtum einen relevanten Erklärungsirrtum im Sinne des § 119 Abs. 1 BGB dar. Ein derartiger Irrtum berechtigt vielmehr nur dann zur Anfechtung, wenn das vorgenommene Rechtsgeschäft wesentlich andere als die beabsichtigten Wirkungen erzeugt. Dagegen ist der nicht erkannte Eintritt zusätzlicher oder mittelbarer Rechtswirkungen, die zu den gewollten und eingetretenen Rechtsfolgen hinzutreten, kein Irrtum über den Inhalt der Erklärung mehr, sondern ein unbeachtlicher Motivirrtum (BGH, Beschluss vom 05.07.2006, IV ZB 39/05 = BGHZ 168, 210 ff. = NJW 2006, 3353 ff.; Beschluss vom 29.06.2016, IV ZB 387/15 = NJW 2016, 2954).

**13** In der obergerichtlichen Rechtsprechung wird ein solcher, relevanter Irrtum diskutiert, wenn sich im Einzelfall feststellen lässt, dass der ausschlagende Erbe dem Irrtum unterlag, es handele sich bei der Ausschlagung um die gesetzliche Form einer von seinem Willen abhängigen Übertragung seines Erbteils (Senat, Beschl. vom 31.05.2011 – 15 W 176/11, FGPrax 2011, 236f; OLG Düsseldorf, Beschl. vom 08.01.1997 – 3 Wx 575/96, FGPrax 1997, 258f). Für eine solche Feststellung ist hier jedoch keine Grundlage ersichtlich. Eine Erklärung, die sich – wie hier – auf den formelhafte Satz „Ich, ..., schlage die Erbschaft hiermit aus allen in Betracht kommenden Gründen aus.“ beschränkt, bietet aus sich heraus keinen Ansatzpunkt für eine Auslegung dahingehend, es solle sich um einen

rechtsgeschäftlichen Übertragungsakt handeln (Senat a.a.O.). Sonstige tatsächliche Anhaltspunkte in dieser Richtung sind auch nicht ersichtlich.

**14** Ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen der Irrtum darüber, dass die Ausschlagung nicht zum Anfall der gesamten Erbschaft bei einer bestimmten Person (i.d.R. dem Ehepartner des Erblassers) führt, sondern vielmehr nach § 1953 Abs. 2 BGB die Erben der zweiten Ordnung in die Erbfolge eintreten, ist in der obergerichtlichen Rechtsprechung mittlerweile hoch streitig. Nach der (früher) ganz herrschenden Auffassung stellt ein solcher Irrtum in aller Regel lediglich einen unbeachtlichen Motivirrtum dar, weil der Ausschlagende nicht über die primäre Rechtsfolge (Verlust der Erbenstellung), sondern über eine weitere, von Gesetzes wegen eintretende Rechtsfolge, nämlich den Anfall bei einer bestimmten Person geirrt hat (Senat sowie OLG Düsseldorf, jew. a.a.O.; OLG Schleswig, Beschluss vom 11.05.2005 – 3 Wx 70/04, ZEV 2005, 526f; in der Begründung ebenfalls OLG München, Beschl.v. 04.08.2009 – 31 Wx 60/09, NJW 2010, 687 sowie KG, Beschl.v. 11.07.2019 – 19 W 50/19, ZEV 2020, 152f, dort jedoch jeweils mit Besonderheiten im Sachverhalt). Nach einer mittlerweile starken Gegenauffassung soll es sich insoweit jedoch regelmäßig um einen Irrtum betreffend die unmittelbaren Rechtsfolgen der Ausschlagungserklärung handeln (OLG Frankfurt, Beschluss vom 04.05.2017 – 20 W 197/16, ZEV 2017, 515; Beschluss vom 06.02.2021 – 21 W 167/20, FamRZ 20211751; OLG Düsseldorf, Beschl.v. 21.09.2017 – 3 Wx 173/17, ZEV 2018, 85; Beschluss vom 12.03.2019 – 3 Wx 166/17, ZEV 2019, 469).

**15** Der Senat hält aus den nachfolgenden Überlegungen an seiner bisherigen Rechtsprechung fest:

**16** Nach der oben zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs beurteilt sich die Abgrenzung zwischen relevanten Rechtsfolgenirrtum und unbeachtlichen Motivirrtum danach, ob sich der Rechtsirrtum auf unmittelbare Rechtsfolgen oder nur mittelbare bezieht. Diese Grenzziehung bereitet, auch nach Auffassung des Senats, in der Praxis sowohl hinsichtlich der notwendigen Tatsachenfeststellung als auch hinsichtlich der Bewertung nicht unerhebliche Schwierigkeiten. Die Lösung dieser Schwierigkeiten kann aber nicht darin liegen, den Kreis der unmittelbaren Rechtsfolgen einer Erklärung ohne objektiv nachprüfbar Kriterien auszuweiten.

**17** Die Argumentation der Gegenauffassung in der Rechtsprechung überzeugt den Senat vor diesem Hintergrund nicht. Soweit in der Entscheidung des OLG Düsseldorf vom 12.03.2019 (a.a.O. S.87) anklingt, die Willensrichtung des Ausschlagenden habe Bedeutung dafür, was als unmittelbare und was als mittelbare Rechtsfolge angesehen werden könne, hält der Senat dies rechtlich für verfehlt. Die Vorstellungen und die Willensrichtung des Ausschla-

genden sind der tatsächliche Tatbestand, der rechtlich zu bewerten ist. Für den rechtlichen Maßstab, der insoweit Anwendung zu finden hat, sind sie bedeutungslos. Jede andere Sichtweise würde nach Auffassung des Senats darauf hinauslaufen, das Anfechtungsrecht rechtlich jedenfalls ganz vorrangig an dem Vorstellungsbild des Erklärenden auszurichten. Dies wird aber der gesetzlichen Konzeption der §§ 119ff BGB und der §§ 1942ff BGB nicht gerecht. Diese bezwecken nach dem Verständnis des Senats einen Ausgleich zwischen der Privatautonomie des Erklärenden, in Fällen der §§ 1942ff BGB des vorläufigen Erben, und der Sicherheit des Rechtsverkehrs. Letztere mag in erbrechtlichen Fällen ein geringeres Gewicht haben als bei zweiseitigen Rechtsgeschäften. Die verlässliche und überprüfbare Klärung der Erbfolge ist jedoch auch für den Rechtsverkehr, namentlich für die Gläubiger und Vertragspartner des Erblassers, keineswegs bedeutungslos, wie u.a. die Vorschrift des § 1953 Abs. 3 BGB zeigt (im Erg. ebenso KG a.a.O. S.154).

**18** Nach Auffassung des Senats lässt sich die Problematik auch nicht über den Inhalt des § 1953 BGB in dem Sinne lösen, es handele sich bei normativer Betrachtung um einen Irrtum über eine primäre Rechtsfolge, weil sich sein Irrtum auf den Inhalt der Vorschrift beziehe. Richtig ist zunächst, dass die primäre Rechtsfolge der Ausschlagung nach § 1953 Abs. 1 BGB der Wegfall des Ausschlagenden – bezogen auf den Zeitpunkt des Erbfalls – ist. Ebenso eindeutig ist, dass dies weitere Rechtsfolgen hervorbringt, nämlich den Anfall der Erbschaft oder des Erbteils bei anderen Personen, weil das BGB einen erbenlose Nachlass nicht kennt. § 1953 Abs. 2 BGB stellt insoweit nicht mehr als eine bereits durch § 1953 Abs. 1 BGB vorgegebene Rechtsfolge klar (Motive Bd.5 S.513f). Wem die Erbschaft/der Erbteil nunmehr anfällt, bestimmt sich nicht nach § 1953 Abs. 2 BGB, sondern vielmehr allein nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge oder den Regeln der gewillkürten Erbfolge betreffend Ersatzerbfolge und Anwachsung (so auch KG a.a.O.). Aus Sicht des Senats ist es daher verfehlt zu postulieren, der Ausschlagende irre in der hier fraglichen Situation über den Inhalt des § 1953 Abs. 2 BGB und damit über eine unmittelbare Rechtsfolge der Ausschlagung. Die Vorschrift besagt nicht mehr, als dass anstelle des Ausschlagenden eine andere Person an seine Stelle tritt. Hierüber irrt der Ausschlagende aber nicht. Er irrt darüber, welche Person dies ist.

**19** In diesem Zusammenhang hält es der Senat auch für verfehlt, jedenfalls im Regelfall danach zu differenzieren, ob der seine Ausschlagung Anfechtende geltend macht, er habe die Vorstellung gehabt, sein Erbe falle seiner Zielperson im Wege der Anwachsung an. Der Senat neigt dazu, auch diesen Vortrag bereits aus den vorgenannten rechtlichen Überlegungen heraus für irrelevant zu halten.

Selbst wenn man dies aber anders sehen wollte, wäre bereits die Annahme, ein vorläufiger Erbe, der eine sog. lenkende Ausschlagung vornehmen will, die insoweit geltenden gesetzlichen Regeln aber nicht überblickt, habe die feste Vorstellung, dass die Regeln der gewillkürten Erbfolge gelten, kaum tragfähig. Denn auch in Fällen der gesetzlichen Erbfolge kann eine aus Laiensicht der Anwachsung vergleichbare Ersatznachfolge eintreten, wenn nämlich bei einer Erbengemeinschaft, die nur aus Erben der ersten Ordnung besteht, ein Miterbe zugunsten des oder der anderen ausschlägt. Gleichwohl mag ein solcher Irrtum in besonders gelagerten Einzelfällen denkbar sein. Im Regelfall erscheint eine solche Annahme eher lebensfremd. Wesentlich naheliegender erscheint dem Senat im Regelfall die tatsächliche Annahme, dass ein vorläufiger Erbe angesichts der gesetzlichen Erbfolge, nach der vorrangig die Abkömmlinge und der Ehegatte, dieser zudem – regelmäßig – mit dem überwiegenden Anteil am Nachlass teilhaben, das Erbrecht des Ehegatten als dem der Abkömmlinge gleichwertig einschätzt, er also über den Inhalt des § 1931 BGB irrt (so auch KG a.a.O.).

**20** Schließlich überzeugt nicht, wenn sich die Gegenauffassung auf die eingangs zitierte Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes zu Irrtumsfällen vor dem Hintergrund des § 2306 BGB beruft und insoweit das vom Bundesgerichtshof geprägte Bild der beiden Seiten einer Medaille bemüht. Der BGH hat insbesondere in seinem Beschluss vom 05.07.2006 (a.a.O.) darauf abgestellt, dass die Annahme der Erbschaft zwingend den Verlust des Pflichtteilsrechts zur Folge habe. Lasse sich feststellen, dass die Annahme der Erbschaft durch den Irrtum bedingt sei, nur hierdurch könne der Pflichtteilsanspruch erhalten bleiben, so liege ein Irrtum über eine Rechtsfolge vor, die das Gesetz zwingend und unmittelbar mit dem Inhalt der Erklärung verknüpfe. Dieser argumentative Ansatz ist zur Überzeugung des Senats auf die vorliegende Fragestellung nicht übertragbar.

**21** Zunächst verknüpft das Gesetz eine Ausschlagungserklärung in § 1953 BGB nur mit den Rechtsfolgen, dass der Ausschlagende als nicht vorhanden behandelt wird und sein Erbteil einer anderen Person anfällt, worüber der Ausschlagende hier aber nicht irrt (vgl. oben). Bezugspunkt des hier relevanten Irrtums ist die Frage, welcher konkreten Person das Erbe/der Erbteil anfällt. Dies beurteilt sich nach den allgemeinen Regeln über die Rechtsnachfolge bei Wegfall eines vormals vorhandenen Erben. Diese gelten jedoch allgemein, und knüpfen nicht zwingend an eine Ausschlagungserklärung an. Wenn man einen Irrtum hierüber, mit der Begründung, dass es sich auch insoweit um die gesetzlichen Rechtsfolgen handle, gleichwohl als rechtlich unmittelbaren Irrtum ansehen wollte, wäre praktisch jeder Irrtum darüber, welche

Rechtsfolgen im konkreten Fall eintreten, ein Inhaltsirrtum i.S.d. § 119 Abs. 1 BGB.

22 In Anwendung dieser Überlegungen ergibt sich für den Senat das folgende Ergebnis:

23 Die allgemeine Begründung der Anfechtung, der Beteiligte zu 2) habe darüber geirrt, dass neben seiner Mutter noch Erben zweiter Ordnung zur Erbfolge gelangen können, ist aus Rechtsgründen unbeachtlich, da es sich um einen bloßen Motivirrtum handelt. Soweit schriftsätzlich vorgetragen wurde, der Beteiligte zu 2) habe die Vorstellung gehabt, sein Erbteil werde seiner Mutter anwachsen bzw. er übertrage hiermit seinen Erbteil, ist dies zunächst – rechtlich – in sich widersprüchlich, insbesondere aber ohne jede tatsächliche Substanz. Wenn man einen Irrtum zu den beiden Rechtsvorgängen überhaupt als möglichen Inhaltsirrtum ansehen kann (vgl. hierzu oben), so bedarf es zum Vorliegen eines solchen Irrtums konkreter Feststellungen im Einzelfall, die sich insbesondere über das Zustandekommen der Ausschlagungserklärung, die Kenntnisse des Ausschlagenden und eine erfolgte rechtliche Beratung verhalten müssen. Für derartige Feststellungen bietet der Vortrag der – rechtlich vertretenen – Beteiligten keinerlei Ansatzpunkte, weshalb auch eine weitere amtswegige Sachaufklärung keine Grundlage hat.

## Auslegung der Erbeinsetzung eines Abkömmlings im Fall dessen Vorversterbens

BGB §§ 133, 157

**Amtlicher Leitsatz:**

Eine Bezugsrechtsbestimmung, welche die vorhandenen Kinder zu gleichen Teilen als Bezugsberechtigte bestimmt, beinhaltet für den Fall des Vorversterbens eines Kindes in der Regel die Bestimmung einer Ersatzbezugsberechtigung zu Gunsten der Abkömmlinge des vorverstorbenen Kindes.

OLG Stuttgart (7. Zivilsenat),

Urteil vom 27.01.2022 – 7 U 172/21

### I. Tatbestand:

1 Die Kläger nehmen die Beklagte auf teilweise Auskehr einer Leistung aus einer Lebensversicherung in Anspruch, weil die Beklagte diese ohne Rechtsgrund erlangt habe.

2 Die Beklagte ist die Tochter der am 23.11.2019 verstorbenen Versicherungsnehmerin. Die Kläger sind die drei Kinder einer weiteren, am 01.03.2017 vorverstorbenen Tochter der Versicherungsnehmerin. Diese hatte zum 01.02.2014 eine Rentenversicherung mit Rentenbeginn zum 01.02.2026 und einem Garantiekapital in Höhe von 306.713 € im Falle des vorherigen Todes abgeschlossen. Der Versicherungsschein enthält folgende Regelung zum Bezugsrecht (Anl. B 1, Bl. 33 d.A.):

*„Für fällig werdende Leistungen haben Sie als Bezugsberechtigte benannt:*

*Solange die versicherte Person lebt: die Versicherungsnehmerin.*

*Bei Tod der versicherten Person: die Kinder der versicherten Person zu gleichen Teilen.*

*Sie können das Bezugsrecht ändern, solange der Versicherungsfall noch nicht eingetreten ist. Hierzu benötigen wir eine schriftliche Erklärung von Ihnen. Sofern Sie die Nutzung des Online Service Meine ... mit uns vereinbart haben, können Sie das Bezugsrecht dort jederzeit online ändern.“*

3 Die Versicherungsnehmerin wurde von den Klägern zu je 1/6 und von der Beklagten zu 1/2 beerbt (Anl. A 1, Bl. 10 d.A.). Mit Schreiben vom 17.02.2020 (Anl. A 3, Bl. 12 d.A.) teilte der Versicherer der Beklagten mit, dass er die auch Überschussanteile enthaltende Versicherungssumme in Höhe von 307.384,84 € an die Beklagte überwiesen habe.

4 Die Kläger sind der Auffassung, die Zahlung sei in Höhe von 76.346,22 € zu Unrecht und ohne Rechtsgrund erfolgt. Denn das Vorversterben ihrer Mutter habe zur Folge gehabt, dass die auf diese entfallene Bezugsrechtsbestimmung ins Leere gegangen sei, weshalb das Bezugsrecht insoweit gem. § 160 Abs. 3 VVG in den Nachlass der Versicherungsnehmerin gefallen sei. Sie haben die Beklagte daher in der Hauptsache auf Zahlung eines Kopfteils in Höhe von 25.448,74 € je Klagepartei, hilfsweise auf Rückzahlung von 76.346,22 € an die aus den Parteien bestehende Erbengemeinschaft und hilfsweise dazu auf die Feststellung der Zustimmungspflicht der Beklagten zur Entnahme eines Betrags in Höhe von 25.448,74 € je Klagepartei aus dem Nachlass der Versicherungsnehmerin in Anspruch genommen.

5 Die Beklagte, die Klageabweisung beantragt hat, hat geltend gemacht, dass den Klägern keinerlei Ansprüche zustünden. Folge des Vorversterbens des zweiten Kindes der Versicherungsnehmerin sei, dass der entsprechende Anteil der Beklagten gemäß § 160 Abs. 1, Satz 2 VVG angewachsen sei, weshalb die Auszahlung der Versicherungssumme an die Beklagte der Rechtslage entsprochen habe.

6 Wegen des weiteren Vorbringens der Parteien in erster Instanz und den dort gestellten Anträgen wird auf den

Tatbestand der angefochtenen Entscheidung sowie die dort gewechselten Schriftsätze verwiesen.

**7** Das Landgericht hat der Klage durch Urteil vom 04.05.2021, auf welches wegen der Einzelheiten Bezug genommen wird, mit dem Hauptantrag stattgegeben. Die Anwachsungsregel des § 160 Abs. 1 Satz 2 VVG komme nur zum Tragen, wenn sich aus der Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung kein anderes Ergebnis ergäbe. Dies sei hier der Fall, weil die Einräumung des Bezugsrechts unter ergänzender Heranziehung des § 2068 BGB dahin gehend auszulegen sei, dass an die Stelle der vorverstorbenen Halbschwester der Beklagten deren Abkömmlinge, also die Kläger treten sollten. Der geltend gemachte Bereicherungsanspruch stehe den Klägern daher zu.

**8** Hiergegen wendet sich die Beklagte mit ihrer Berufung, mit welcher sie geltend macht, dass die Auslegung des Landgerichts rechtsirrig sei. Unabhängig davon stünde den Klägern der geltend gemachte Anspruch schon deshalb nicht zu, weil eine etwaige Rückabwicklung ausschließlich im Verhältnis zum Versicherer zu erfolgen habe.

**9** Wegen des weiteren Vorbringens der Beklagten wird Bezug genommen auf die Berufungsbegründung vom 23.07.2021.

**10** Die Beklagte beantragt, das Urteil des Landgerichts Ulm vom 04.05.2021, Az. 2 O 623/20 abzuändern und die Klage abzuweisen.

**11** Die Kläger beantragen, die Berufung zurückzuweisen.

**12** Die Kläger verteidigen die angefochtene Entscheidung. In der Berufungsverhandlung, welche am 13.01.2022 vor dem Senat stattfand, haben die Kläger die Leistung des Versicherers an die Beklagte ausdrücklich genehmigt. Wegen der Einzelheiten der mündlichen Verhandlung, wird auf die Sitzungsniederschrift verwiesen.

## ► II. Aus den Gründen:

**13** Der zulässigen Berufung der Beklagten bleibt der Erfolg versagt. Die Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung durch das Landgericht trifft zu. Nachdem die Kläger die Leistung an die Beklagte genehmigt haben, können sie von dieser die Auszahlung des geltend gemachten Betrags beanspruchen (§ 816 Abs. 2 BGB).

**14** Zu Recht hat das Landgericht die Bezugsrechtsbestimmung dahin gehend ausgelegt, dass diese die Kläger als Ersatzbezugsberechtigte ausweist.

**15** Soweit die Kläger erstinstanzlich eine Anwendung der Vorschrift des § 160 Abs. 3 VVG geltend gemacht haben und die Beklagte eine Anwendung des § 160 Abs. 1 Satz 2 VVG erreichen will, so ist das Landgericht dem zu Recht nicht gefolgt. Denn es handelt sich insoweit jeweils um gesetzliche

Auslegungsregeln, welche nur zur Anwendung gelangen, sofern nicht die vorrangige Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung zu einem anderen Ergebnis führt (vgl. *Winter* in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., § 160 Rn. 11; *Brambach* in HK-VVG, 4. Aufl., § 160 Rn. 1). So aber liegt es hier.

**16** Die Bestimmung der Bezugsberechtigung durch den Versicherungsnehmer ist eine einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung, die auf den Zeitpunkt ihrer Abgabe abstellend aus Sicht des Versicherers als objektivem Empfänger gemäß §§ 133, 157, 242 BGB auszulegen ist. Maßgeblich ist daher der bei der Festlegung des Bezugsrechts vorhandene und dem Versicherer gegenüber zum Ausdruck gebrachte Wille des Versicherungsnehmers, spätere Umstände sind grundsätzlich unerheblich (vgl. etwa BGH, Urteil vom 22.07.2015 – IV ZR 437/14, VersR 2015, 1148 Rn. 14 mwN; Senatsurteil vom 11.10.2018 – 7 U 109/18, VersR 2019, 22 juris Rn. 22 f.).

**17** Im Rahmen der Auslegung der Bezugsrechtsbestimmung ist gem. § 133 BGB „der wirkliche Wille des Erklärenden zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinne des Ausdrucks zu haften“. Die einseitige, empfangsbedürftige Willenserklärung ist so auszulegen, wie der Versicherer sie nach Treu und Glauben und unter Berücksichtigung der Verkehrssitte von seinem Empfängerhorizont aus verstehen musste. Innerhalb dieses normativen Rahmens kommt es darauf an, was der Erklärende gewollt und inwieweit er seinen Willen für den Erklärungsempfänger erkennbar zum Ausdruck gebracht hat. Der Empfänger darf der Erklärung dabei nicht einfach den für ihn günstigsten Sinn beilegen, sondern muss unter Berücksichtigung aller ihm bekannten Umstände mit gehöriger Aufmerksamkeit prüfen, was der Erklärende gemeint hat (vgl. BGH, Urteil vom 21.05.2008 – IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rn. 30 mwN).

**18** Danach war die Bezugsrechtsbestimmung dahin gehend auszulegen, dass die Versicherungsnehmerin mit ihr die Versicherungssumme im Todesfall ihren beiden Kindern und im Falle des Vorversterbens eines Kindes an die diesen Stamm repräsentierenden Abkömmlinge zuwenden wollte (ebenso: *Winter* in Bruck/Möller, VVG, 9. Aufl., § 160 Rn. 11, 17; aA: *Prölss/Martin-Schneider*, VVG, 31. Aufl., § 160 Rn. 7 und *Ortmann* in Schwintowski/Brömmelmeyer, PK-VVG, 2. Aufl., § 160 Rn. 5 jew. unter Berufung auf die – eine im entscheidenden Punkt nicht vergleichbare Abonnentenversicherung betreffende – Entscheidung des OLG Nürnberg, JR 1931, 44; *Leitzen*, RNotZ, 2009, 129, 139). Dieser Sinngehalt der Bezugsrechtsbestimmung entspricht dem für den Versicherer erkennbaren gewöhnlichen Willen eines Versicherungsnehmers, der seinen Kindern die Todesfalleistung zu gleichen Teilen zuwendet. Denn jedenfalls der Versicherungsnehmer, der sich von dem formalen Kriterium der Gleichbehandlung leiten lässt

und alle seine Kinder zu gleichen Teilen an der Versicherungssumme teilhaben lassen will, bringt damit zum Ausdruck, dass er nicht das – ob namentlich bezeichnete, oder nicht – Kind als Person, sondern als Erstes seines Stammes benennt. Dies entspricht der allgemeinen Lebenserfahrung (vgl. OLG München, Beschluss vom 25.07.2016 – 31 Wx 156/15, FamRZ 2016, 2154 juris Rn. 10, 14; KG Berlin, Beschluss vom 17.01.2020 – 6 W 58/19, ZEV 2020, 485 Rn. 10; vgl. auch BGH, Urteil vom 05.07.1972 – IV ZR 125/70, BGHZ 59, 343, juris Rn. 44). Da diese allgemeine Lebenserfahrung ihren Niederschlag auch in der gesetzlichen Auslegungsregel des § 2069 BGB gefunden hat, welche im Rahmen der Auslegung von Testamenten Anwendung findet, ist nicht zu beanstanden, dass sich das Landgericht zur Gewinnung seines Auslegungsergebnisses ergänzend auch auf die erbrechtliche Auslegungsvorschrift des § 2068 BGB gestützt hat (ebenso: *Winter in Bruck/Möller*, VVG, 9. Aufl., § 160 Rn. 11, 17; BeckOK/*Reich*, VVG, § 160 Rn. 4 [Stand: 30.06.2016]), welche auf den gleichen Erwägungen beruht (vgl. Staudinger/Otte, BGB, 2019, § 2069 Rn. 1), wengleich sie den Fall betrifft, dass das bedachte Kind schon zur Zeit der Errichtung der letztwilligen Verfügung verstorben war. **19** Infolgedessen können die Kläger von der Beklagten die Auskehr des beantragten Betrags beanspruchen (§ 308 ZPO). Entgegen der Auffassung der Kläger ergibt sich dieser Anspruch aber nicht aus § 812 Abs. 1, Satz 1, Alt. 1 BGB, sondern aus § 816 Abs. 2 BGB.

**20** Bei Verfügungen unter Lebenden zugunsten Dritter auf den Todesfall muss zwischen dem Deckungsverhältnis – hier dem im Rahmen des Lebensversicherungsvertrages abgeschlossenen Vertrags (§§ 328, 331 BGB), kraft dessen den Parteien ein anteiliges Bezugsrecht für die Todesfallleistung eingeräumt wurde – und dem Zuwendungsverhältnis (Valutaverhältnis) zwischen dem Verfügenden und den Begünstigten unterschieden werden. Beide Rechtsverhältnisse unterliegen sowohl hinsichtlich der durch sie begründeten Rechtsbeziehungen als auch mit Blick auf die Anfechtung von Willenserklärungen dem allgemeinen Schuldrecht. Erbrechtliche Bestimmungen finden insoweit keine Anwendung. Die von einem Verstorbenen, wie hier, zu Lebzeiten begründete Bezugsberechtigung für die Todesfallleistung aus einer Lebensversicherung verschafft dem Begünstigten im Versicherungsfall eine im Deckungsverhältnis jedenfalls insoweit unentziehbare Rechtsstellung, als die Erben des Versicherungsnehmers die Bezugsberechtigung nicht mehr ändern oder widerrufen können (vgl. etwa BGH, Urteil vom 21.05.2008 – IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rn. 19 mwN).

**21** Vor diesem Hintergrund kann zwar in Betracht kommen, dass die Erben des Versicherungsnehmers den Begünstigten gem. § 812 Abs. 1 Satz 1 Alt. 1 BGB in Anspruch nehmen, weil es für den Erwerb der Versicherungssumme an einem

Rechtsgrund im Valutaverhältnis fehlt (vgl. etwa BGH, Urteile vom 21.05.2008 – IV ZR 238/06, VersR 2008, 1054 Rn. 21ff; vom 01.04.1987 – IVa ZR 26/86, VersR 1987, 659 juris Rn. 13ff jew. mwN). Einen solchen, in einem Mangel des Valutaverhältnisses wurzelnden Anspruch verfolgen die Kläger aber nicht. Sie machen der Sache nach vielmehr geltend, dass die Auszahlung des auf sie entfallenden Anteils der Versicherungssumme an die Beklagte durch die Bezugsrechtsbestimmung nicht gedeckt gewesen sei. Dies trifft zwar nach dem oben Gesagten zu, berechtigt die Kläger im Ausgangspunkt aber nicht zur Inanspruchnahme der Beklagten. Denn eine Auszahlung des Versicherers, die nicht der vertraglichen Vereinbarung entspricht, ist dem Verfügenden, bzw. seinen Erben nicht zurechenbar, da es an einer Anweisung zur Leistung fehlt. Der Bereicherungsausgleich vollzieht sich in diesen Fällen, worauf die Beklagte mit Recht hinweist, grundsätzlich im Wege der Nichtleistungskondition zwischen dem irrtümlich auszahlenden Versicherer und dem Empfänger der Zahlung (vgl. BGH, Urteile vom 29.10.2020 – IX ZR 212/19, WM 2020, 2287 Rn. 25; vom 20.03.2001 – XI ZR 157/00, juris Rn. 21; vom 20.06.1990 – XII ZR 93/89, NJW-RR 1990, 1200 juris Rn. 9; MüKo/*Schwab*, BGB, 8. Aufl., § 812 Rn. 94 jew. mwN; vgl. auch Neuhaus, Berufsunfähigkeitsversicherung, 4. Aufl., Kap. 4 Rn. 136ff, 139).

**22** Die Kläger können die Herausgabe des von der Beklagten als Nichtberechtigten Erlangten aber gem. § 816 Abs. 2 BGB beanspruchen.

**23** Ob sich im Streifall bereits aus der Erhebung der Klage mit der erforderlichen Sicherheit der Schluss hätte ziehen lassen, dass die Kläger damit die bis dahin für sie nicht schuldbeitragende Leistung des Versicherers an die Beklagte schlüssig genehmigen wollten (vgl. dazu etwa BGH, Beschluss vom 12.07.2012 – IX ZR 213/11, NJW-RR 2012, 1129 Rn. 16 f.), kann insoweit dahinstehen. Denn die Kläger haben die Genehmigung nunmehr ausdrücklich erklärt (eAkte, Bl. 47) und können folglich im begehrten Umfang die Herausgabe des wirksam an die Beklagte als Nichtberechtigte geleisteten Betrags beanspruchen (vgl. etwa dazu MüKo/*Schwab*, BGB, 8. Aufl., § 816 Rn. 98 mwN).

## Testamentsanfechtung wegen Übergehung eines Pflichtteilsberechtigten

BGB § 2079 S. 1; BGB § 2078 Abs. 2

**Amtliche Leitsätze:**

**1. Ein Pflichtteilsberechtigter, der mit einem Vermächtnis bedacht wurde, ist auch dann nicht übergangen im Sinne von § 2079 Satz 1 BGB, wenn der Wert der Vermächtniszurwendung hinter dem Pflichtteil zurückbleibt.**

**2. Das Fehlen der Voraussetzungen des § 2079 Satz 1 BGB schließt es nicht aus, eine Anfechtung auf § 2078 Abs. 2 BGB zu stützen.**

**3. Das auf Irrtum beruhende Unterlassen der Errichtung eines (neuen) Testaments ist nicht nach § 2078 BGB anfechtbar.**

**OLG Stuttgart (8. Zivilsenat),**

**Beschluss vom 27.07.2021 – 8 W 64/21**

## ▶ I. Tatbestand:

**1** Der zwischen dem ... und dem ... verstorbene Erblasser war in zweiter Ehe seit dem ... mit der Beteiligten zu 1 verheiratet. Die Beteiligten zu 2 und 3 sind seine Kinder aus erster Ehe.

**2** Auf Antrag des Beteiligten zu 2 hat das Amtsgericht Esslingen als zuständiges Nachlassgericht am 07.11.2018 einen Erbschein erteilt, wonach die Beteiligte zu 1 Erbin zu 1/2 und die Beteiligten zu 2 und 3 Erben zu je 1/4 geworden sind.

**3** Nach Erteilung des Erbscheins hat der Beteiligte zu 2 ein privatschriftliches Testament des Erblassers vom 06.05.2002 aufgefunden, welches am 21.11.2019 vom Amtsgericht Esslingen eröffnet wurde. Mit diesem Testament hatte der Erblasser folgendes verfügt:

„1. Frau ... .. erhält 50.000 aus meinem Aktienbesitz sowie das Auto Smart ... Darüber hinaus erhält Frau ... Wohnrecht im ... für 15 Jahre mietfrei. Wenn Sie die Wohnung nicht nutzen kann, kann sie sie vermieten. Selbstverständlich kann sie das Nutzungsrecht auch an die Kinder ... und ... verkaufen für 100.000.

2. Das übrige Vermögen wird zwischen den Kindern ... und ... aufgeteilt, und zwar je zur Hälfte.“

**4** Daraufhin hat das Amtsgericht Esslingen mit Beschluss vom 21.11.2019 den Erbschein vom 7.11.2018 als unrichtig eingezogen. Gegen diese Entscheidung hat die Beteiligte zu 1 mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 11.12.2019 Beschwerde eingelegt.

**5** Mit Schriftsatz ihres Verfahrensbevollmächtigten vom 15.10.2020, eingegangen bei dem Amtsgericht am gleichen Tag, hat die Beteiligte zu 1 das Testament vom 06.05.2002 wegen ihrer Übergehung nach § 2079 BGB angefochten. Nach dieser Vorschrift werde als Regelfall vermutet, dass der Erblasser bei Kenntnis der Sachlage dem Pflichtteilsberechtigten nicht übergegangen hätte. Auch aus dem Umstand, dass der Erblasser nach Eheschließung sein Testament nicht geändert habe, könne nicht auf eine Übergehung geschlossen werden. Auch habe der Erblasser vor seinem Tode die Absicht gehabt, sein Testament zu ändern, er habe sich intensiv

mit diesem Thema beschäftigt, habe seine Pläne aber durch seinen überraschenden Tod nicht mehr umsetzen können.

**6** Das Amtsgericht Esslingen hat der Beschwerde mit Beschluss vom 10.2.2021 nicht abgeholfen. Zur Begründung wurde ausgeführt, § 2079 BGB sei vorliegend nicht anwendbar, da die Beteiligte zu 1 in dem Testament vom 06.05.2002 nicht übergegangen worden sei.

**7** Die Beteiligte zu 1 trägt im Beschwerdeverfahren vor:

**8** Aufgrund wirksamer Anfechtung des Testaments vom 06.05.2002 sei gesetzliche Erbfolge eingetreten. Der Erblasser hätte dieses Testament niemals so errichtet, wenn er geahnt hätte, dass er zu einem späteren Zeitpunkt die Beteiligte zu 1 heiraten würde. Eine Eheschließung sei seinerzeit nicht beabsichtigt und nicht im Gespräch gewesen. Die Beschwerdeführerin habe zu diesem Zeitpunkt auch nicht gewusst, ob sie nach dem Abschluss Ihres Studiums in Deutschland bleiben oder wieder nach China zurückkehren würde.

**9** Während einer Schiffsreise 2010 habe sich der Erblasser mit dem Thema Testamentserrichtung beschäftigt und sich hierüber auch mit einem Schulfreund unterhalten, ohne diesem gegenüber das bereits gefertigte Testament erwähnt zu haben. Der Schulfreund habe daraufhin dem Erblasser einen Testamentsentwurf überlassen (Anlage K 4, Bl. 49 der e-Akte). Die Beschwerdeführerin nehme an, der Erblasser sei aufgrund seiner Heirat von der Hinfälligkeit des Testaments vom 06.05.2020 ausgegangen oder habe dieses schlicht vergessen. Auch vor seinem Tod im Februar 2018 habe sich der Erblasser wieder mit dem Thema Testament beschäftigt, mit der Beteiligten zu 1 und mit Dritten über dieses Thema gesprochen und geäußert, auch selbst ein Testament errichten zu wollen, wozu er sich von einer befreundeten Frau auch eine Vorlage habe geben lassen. Auch bei dieser Gelegenheit habe der Erblasser nicht erwähnt, ein Testament bereits errichtet zu haben.

**10** Der Wert der Zuwendungen zugunsten der Beteiligten zu 1 im Testament vom 06.05.2002 liege sehr deutlich unter dem gesetzlichen Erbteil oder dem Pflichtteil der Erblasserin. Die Anfechtung werde auf § 2079, hilfsweise auf § 2078 BGB gestützt.

**11** Die Beteiligte zu 1 beantragt, den Einziehungsbeschluss des Amtsgerichts Esslingen vom 21.11.2019 aufzuheben.

**12** Die Beteiligten zu 2 und 3 beantragen, die Beschwerde zurückzuweisen, mit folgendem Vortrag:

**13** Der Erblasser habe das Testament im vollen Bewusstsein errichtet, dass er die Beteiligte zu 1 aus Aufenthaltsrechtlichen Gründen irgendwann ehelichen würde. Der Erblasser habe gegenüber dem Beteiligten zu 2 stets und immer wieder versichert, seinen Nach-

lass testamentarisch geregelt zu haben. Er habe dies explizit auch zum Zeitpunkt seiner Eheschließung getan. Er habe sein Testament vom 06.05.2021 auch nach der Heirat als seinen weiterhin maßgebenden Letzten Willen betrachtet.

14 Zur Sachverhaltsdarstellung im Einzelnen wird auf das schriftliche Vorbringen der Beteiligten und den übrigen Akteninhalt Bezug genommen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

15 Die gemäß §§ 352 ff, 58 ff FamFG zulässige Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat in der Sache keinen Erfolg.

16 Die Voraussetzungen für die Einziehung des Erbscheins gemäß § 2361 BGB liegen vor, da der am 07.11.2018 von dem Amtsgericht Esslingen erteilte Erbschein unrichtig ist (§ 2361 BGB).

17 Die Erbfolge richtet sich nach dem privatschriftlichen Testament des Erblassers vom 06.05.2002, die Voraussetzungen für eine wirksame Anfechtung nach § 2079 BGB oder § 2078 BGB liegen nicht vor.

18 Gemäß § 2079 Satz 1 BGB kann eine letztwillige Verfügung angefochten werden, wenn der Erblasser einen zur Zeit des Erbfalls vorhandenen Pflichtteilsberechtigten übergegangen hat, dessen Vorhandensein ihm bei der Errichtung der Verfügung nicht bekannt war oder der erst nach der Errichtung geboren oder pflichtteilsberechtigt geworden ist. Vorliegend kommt die letzte Alternative der Vorschrift in Betracht. Die Beteiligte zu 1 wurde erst nach Errichtung des Testaments durch die Eheschließung mit dem Erblasser zur Pflichtteilsberechtigten.

19 Ein Anfechtungsgrund nach § 2079 Abs. 1 BGB ist aber deshalb nicht gegeben, weil der Erblasser die Beteiligte zu 1 im Testament vom 06.05.2002 mit Vermächtnissen bedacht und daher nicht übergegangen hat.

20 Die Frage, unter welchen Voraussetzungen eine durch den Erblasser bedachte Person als "übergegangen" anzusehen ist, wenn sie aufgrund nach der Testamentserrichtung eintretender Umstände ein Pflichtteilsrecht erlangt, ist in Rechtsprechung und Literatur umstritten.

21 Die insbesondere in der Rechtsprechung ganz überwiegend vertretene Auffassung bejaht ein Übergehen nur dann, wenn der Pflichtteilsberechtigte weder enterbt noch als Erbe eingesetzt oder mit einem Vermächtnis bedacht ist (RGZ 50, 238, 239; OLG Celle, Beschluss vom 10.09.1968 – 10 Wx 6/68 = NJW 1969, 101; BayObLG, Beschluss vom 21.12.1993 – 1Z BR 49/93 = NJW-RR 1994, 590; OLG Karlsruhe, Urteil vom 5.8.1994 – 15 U 38/94 = ZEV 1995, 454; *Otte* in Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2019, § 2079 Rdnr. 8; *Harke* in BeckOGK Stand 1.4.2021, BGB § 2079 Rn. 11).

22 Nach anderer Auffassung liegt ein Übergehen bereits dann vor, wenn der Bedachte im Zeitpunkt der Errichtung der ihn begünstigenden Verfügung noch nicht zu den Pflichtteilsberechtigten zählte, die Zuwendung also nicht im Hinblick auf seine Stellung als pflichtteilsberechtigter gesetzlicher Erbe getätigt wurde (*Leipold* in Münchener Kommentar, 8. Aufl. 2020, BGB § 2079 Rn. 6; *Damrau* BB 1970, 467, 473; *Lange/Kuchinke*, Erbrecht, 5. Aufl. 2001, § 36 III, S. 850 f.). Die Zuwendung sei in solchen Fällen nicht im Hinblick auf die Stellung als pflichtteilsberechtigter gesetzlicher Erbe gemacht, der Erblasser habe diese Rechtsposition genauso wenig in seine Erwägungen miteinbezogen, als wenn er die betreffende Person überhaupt nicht bedacht hätte. Da also die Motivation in dem von § 2079 BGB gemeinten Sinn unvollständig sei, entspreche es dem Zweck der Vorschrift, auch hier ein Übergehen – nämlich: als Pflichtteilsberechtigter – anzunehmen, solange die Zuwendung unter dem gesetzlichen Erbteil bleibe.

23 Der Senat folgt der erstgenannten Auffassung. Der Sprachgebrauch und der daraus abzuleitende Wortsinne, wonach eine Person nur dann übergegangen ist, wenn sie weder mittelbar noch unmittelbar bei der Verteilung des Nachlasses berücksichtigt worden ist, spricht für eine objektive Auslegung des Begriffs. Für die Annahme einer Übergehung in Fällen, in denen die Zuwendung unter dem gesetzlichen Erbteil bleibt, gibt der Wortlaut der Vorschrift nichts her. Der Umstand, dass eine Anfechtung den Willen des Erblassers vernichtet, gebietet eine enge Auslegung. Die Unterstellung, der Erblasser hätte den Pflichtteilsberechtigten in höherem Maße bedacht, wenn er bei der Testamentserrichtung die Pflichtteilsberechtigung gekannt oder vorhergesehen hätte, ist als allgemeine gesetzliche Vermutung, wie sie § 2079 BGB begründet, nicht gerechtfertigt. Denn die umstrittene Fallgestaltung ergibt sich vielfach daraus, dass der Erblasser in höherem Alter eine Person heiratet, die ihm, wie die Zuwendung im Testament zeigt, schon seit längerer Zeit nahegestanden hat. Oft sind dann – wie auch vorliegend – im Testament Abkömmlinge aus einer früheren Ehe als Erben eingesetzt. In einem solchen Fall kann es keinesfalls als Regel unterstellt werden, dass der Erblasser die oft wohlüberlegte letztwillige Verfügung anders abgefasst hätte, wenn er den Umstand einer späteren Heirat in seine Überlegungen einbezogen hätte (BayObLG a.a.O.).

24 Die teilweise bejahte Frage, ob ein Übergehen im Sinne von § 2079 Satz 1 BGB in Ausnahme zu dem Vorstehenden doch dann anzunehmen ist, wenn der Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser nur mit einer geringwertigen Zuwendung bedacht wurde, (so BayObLG a.a.O.,

*Weidlich* in Palandt, 80. Aufl. 2021, § 2079 BGB Rn. 3; OLG Karlsruhe a.a.O.; ablehnend *Otte* in Staudinger a.a.O.) bedarf im vorliegenden Fall keiner Entscheidung durch den Senat, da die der Beteiligten zu 1 zugeordneten Vermächtnisse – 50.000 € aus dem Aktienbesitz, ein PKW Smart und ein 15-jähriges Wohnrecht, das der Erblasser selbst mit 100.000 € bewertete – auch in Anbetracht des hohen Nachlasswertes keine geringwertige Zuwendung sind.

**25** Das Fehlen der Voraussetzungen des § 2079 Satz 1 BGB schließt es nicht aus, eine Anfechtung auf § 2078 Abs. 2 BGB zu stützen (BayObLG a.a.O.). In diesem Fall obliegt die Feststellungslast für das Vorliegen des Willensmangels und dessen Erheblichkeit, vorliegend also dafür, dass der Erblasser einem Irrtum über seine künftige Rechtsstellung zur Beteiligten zu 1 unterlag und dass dieser Irrtum für die in der letztwilligen Verfügung enthaltene Willensäußerung kausal war, derjenige, der sich auf die Anfechtung beruft (BayObLG a.a.O.; *Otte* in Staudinger (2019) BGB § 2078, Rn. 45 m.w.N.), vorliegend also die Beteiligte zu 1.

**26** Die von den Beteiligten zu 2 und 3 bestrittene Behauptung der Beteiligten zu 1, der Erblasser hätte dieses Testament niemals so errichtet, wenn er geahnt hätte, dass er zu einem späteren Zeitpunkt die Beteiligte zu 1 heiraten würde, ist nicht mit der gebotenen Sicherheit feststellbar. Ob die Eheschließung mit der Beteiligten zu 1 und damit ihre Stellung als Pflichtteilsberechtigte vom Erblasser im Zeitpunkt der Testamentserrichtung am 06.05.2002 schon ins Kalkül gezogen wurde, ist zwischen den Beteiligten streitig. Auch wenn man vom Vortrag der Beteiligten zu 1 ausgeht, wonach eine Heirat seinerzeit noch nicht beabsichtigt gewesen sei, hat die Beteiligte zu 1 keine Tatsachen vorgetragen, die einen sicheren Rückschluss darauf zuließen, dass der Erblasser in Erwägung dessen eine von dem Testament zugunsten der Beteiligten zu 1 abweichende Verfügung getroffen hätte. Das auch von der Beteiligten zu 1 beschriebene spätere Verhalten des Erblassers, der eine – abweichende – Testamentserrichtung über Jahre hinweg immer wieder erwogen, aber doch nie vollzogen hat, spricht eher gegen eine solche Annahme.

**27** Ohne Einfluss auf den Erfolg der Testamentsanfechtung ist der von der Beteiligten zu 1 gemutmaßte Irrtum des Erblassers über das Vorliegen eines – auch nach Eheschließung – wirksam gebliebenen Testaments, weil ein solcher nachträglicher Irrtum für die Errichtung des Testaments vom 06.05.2002 nicht kausal gewesen sein kann (*Weidlich* in Palandt, BGB, 80. Aufl., § 2078, Rn. 9). Das auf Irrtum beruhende Unterlassen der Errichtung eines (neuen) Testaments ist nicht anfechtbar.

## STEUER-UND SOZIALRECHT

### **Erbschaftsteuer-Freibetrag für Urenkel, wenn die vorangegangenen Generationen bereits verstorben sind**

*BErbStG § 16 Abs. 1*

**Redaktioneller Leitsatz:**

**Urenkel haben auch bei Vorversterben beider vorangegangener Generationen keinen Anspruch auf einen höheren als den in § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG vorgesehenen Freibetrag.**

**FG Niedersachsen (3. Senat),**

**Urteil vom 28.02.2022 – 3 K 210/21**

#### **I. Tatbestand:**

**1** Streitig ist die Höhe eines erbschaftsteuerlichen Freibetrags.

**2** Die Klägerin ist die Stief-Urenkelin der am 28. Juni 2020 verstorbenen Erblasserin. Die Erblasserin war mit dem Urgroßvater der Klägerin verheiratet. Dieser hatte eine Tochter aus einer früheren Ehe, welche bereits 2016 verstarb. Die Tochter wiederum hatte einen Sohn, welcher 2018 verstarb. Der verstorbene Sohn war der Vater der Klägerin.

**3** Die Klägerin wurde aufgrund eines Testaments der Erblasserin zu einem Drittel Miterbin. Sie reichte beim Beklagten eine Erbschaftsteuererklärung ein und wurde mit Bescheid vom 16. November 2020 zur Erbschaftsteuer veranlagt. Dieser Bescheid erging unter dem Vorbehalt der Nachprüfung gem. § 164 Abgabenordnung (AO). Bei der Berechnung der Erbschaftsteuer berücksichtigte der Beklagte einen Freibetrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 4 Erbschaftsteuergesetz (ErbStG) i.H.v. 100.000 €.

**4** Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin Einspruch ein. Sie machte einen höheren Freibetrag über 200.000 € nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG geltend, da sowohl ihr Vater als auch ihre Großmutter bereits verstorben seien. Der Freibetrag für Kinder verstorbener Kinder gelte auch für Urenkel.

**5** Am 18. Mai 2021 erließ der Beklagte einen geänderten Erbschaftsteuerbescheid. Er berücksichtigte darin Einkommensteuerschulden der Erblasserin und einen inzwischen festgestellten Grundbesitzwert.

**6** Den Einspruch wies der Beklagte mit Bescheid vom 1. November 2021 als unbegründet zurück. Mit diesem Bescheid hob er auch den Vorbehalt der Nachprüfung

auf. Das Erbschaftsteuergesetz unterscheide zwischen den Begriffen Kindern und Abkömmlingen. Kinder seien jeweils nur die nächste Generation, Abkömmlinge sämtliche nachfolgenden Generationen. § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG gelte nur für Kinder und Kinder verstorbener Kinder. Urenkel zählten dazu nicht. Der unterschiedliche Freibetrag für Enkel sei mit dem Erbschaftsteuerreformgesetz (ErbStRG) eingeführt worden. Der Gesetzesbegründung in BT-Drs. 16/7918, 37 sei zu entnehmen, dass der Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG nur für Enkel gelten solle. Urenkel habe der Gesetzgeber den übrigen Erwerbenden der Steuerklasse I zugeordnet. Es bestehe auch keine zu einer anderweitigen Auslegung führende Regelungslücke des Gesetzgebers, denn er habe für den Fall eines vorverstorbenen Kindes in § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG eine gesonderte Regelung getroffen. Daher sei ihm klar gewesen, dass auch Urenkel Nachfolger bereits verstorbener Generationen sein könnten.

**7** Mit der vorliegenden Klage verfolgt die Klägerin ihr Begehren auf Berücksichtigung eines Freibetrages nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG weiter.

**8** Der Bundesfinanzhof (BFH) habe sich in einem Beschluss vom 27. Juli 2020 II B 39/20 (BFHE 270, 376, BStBl II 2021, 28) mit einer Schenkung einer Urgroßmutter an ihre Urenkelin befasst. In dieser Entscheidung habe der BFH offengelassen, ob aus der Behandlung der Urenkel im Falle vorverstorbenen Eltern und Großeltern die Möglichkeit zu Inanspruchnahme des Freibetrages i.H.v. 400.000 € nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG folge. Der BFH habe darauf verwiesen, dass wegen der verfassungsrechtlichen Garantie des Erbrechts aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 Grundgesetz (GG) auf den Erhalt des Familienvermögens bei der Besteuerung Rücksicht zu nehmen sei.

**9** Sinn und Zweck von § 16 Abs. 1 ErbStG sei, das verfassungsrechtlich geschützte Familienvermögen erbschaftsteuerrechtlich zu begünstigen. Dies spreche dafür, auch Urenkeln einen Freibetrag i.H.v. 400.000 € zu gewähren, wenn die Kinder und Enkel bereits vorverstorben seien. Nur so würden die Freibeträge auf jeder tatsächlich vorhandenen Stufe reduziert. Sei eine Generation vorverstorben, rücke die nächste Generation auf. Dieses in § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG geregelte Prinzip sei über den Wortlaut hinaus auf Urenkel sinngemäß anzuwenden. Dies sei aus verfassungsrechtlichen Erwägungen zwingend geboten. Da das System der Halbierung des Freibetrags auf jeder Stufe ohnehin durchbrochen werde, seien auch die Urenkel zu begünstigen. Für diese Sichtweise spreche zudem, dass die Steuerklassen auf das persönliche Verhältnis abstellten. Es sei besonders naheliegend, dass zwischen Urgroßeltern und Urenkeln gerade dann ein enges persönliches Verhältnis bestünde, wenn nach dem Tod der Eltern und Enkel sonst niemand verbleibe.

**10** Die von dem Beklagten in Bezug genommene Gesetzesbegründung gebe für die hier streitentscheidende Frage nichts her, da sie sich auf § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG beziehe, der sich mit dem Erbfall noch lebender Abkömmlinge befasse. Die tragende Begründung des BFH, die Freibeträge würden sich im Falle von § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG multiplizieren, wenn man sie auf die Urenkelgeneration ausweitete, greife nicht, wenn die Kinder und Enkel – wie hier – überhaupt keinen Freibetrag in Anspruch genommen hätten.

**11** Die Klägerin beantragt, den Erbschaftsteuerbescheid vom 16. November 2020 und den Einspruchsbescheid vom 1. November 2021 aufzuheben.

**12** Der Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen.

**13** Er wiederholt seine Ausführungen aus der Einspruchsentscheidung.

**14** Es sei verfassungsrechtlich nicht zwingend geboten, den Freibetrag i.H.v. 400.000 € für Kinder auch auf andere Verwandtschaftsverhältnisse auszuweiten. Es spiele keine Rolle, aus welchem Grund keine Kinder oder Enkel mehr vorhanden seien. Die Kinder könnten verstorben sein, ohne eigene Abkömmlinge hinterlassen zu haben. Andere Erblasser hätten deutlich mehr als zwei Kinder, ohne dass die Freibeträge für diese reduziert werden müssten.

**15** Die Erbschaftsteuer sei nicht als Nachlasssteuer mit einem festen Freibetrag ausgelegt. Sie werde für jeden Erben entsprechend seiner Verhältnisse einzeln berechnet. Hierbei könne der Gesetzgeber die Freibeträge entsprechend der Verwandtschaftsverhältnisse unterschiedlich gestalten und ein typisiertes Grundmodell wählen.

**16** Der BFH habe in seiner Entscheidung vom 27. Juli 2020 ausgeführt, dass es bereits fraglich sei, ob Urenkel, deren Eltern und Großeltern zum Zeitpunkt des Erbanfalls nicht mehr am Leben waren, tatsächlich den Freibetrag nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG in Anspruch nehmen könnten. Auch wenn der BFH die Entscheidung für Urenkel bei verstorbenen Eltern und Großeltern scheinbar offengelassen habe, habe er doch bereits aufgezeigt, dass durch das typisierte Grundmodell keine Notwendigkeit bestehe, die Freibeträge für Urenkel zu erhöhen. Die Aussage: „Aus der Behandlung der Urenkel im Falle vorverstorbenen Eltern und Großeltern lässt sich nichts herleiten.“ sei dahingehend zu verstehen, dass der BFH keine Begünstigung der Urenkel aus den genannten Begründungen ableiten könne und diese daher nicht vorliege.

**17** Wenn der Gesetzgeber von einer Halbierung der Freibeträge pro Generation ausgehe, um eine Freistellung

zu erreichen, so sei dies zulässig. Es bestehe keine Verpflichtung, die Freibeträge für die nachfolgende Generation zu verdoppeln, wenn eine Generation wegfallt, um dem Erblasser zu ermöglichen, einen bestimmten Betrag steuerfrei zu vererben.

**18** Allein die Tatsache, dass Urenkel am Erbfall beteiligt seien, besage nichts über den Nachlass, der insgesamt steuerfrei übergehen könne. Es könnten noch weitere lebende Kinder vorhanden sein, die dann selbst jeweils 400.000 € steuerfrei hätten. Der Freibetrag für die verstorbenen Kinder und Enkel könnte zudem auch bereits durch Schenkungen ausgeschöpft worden sein.

**19** Es sei nicht belegt, ob ein besonderes Verhältnis zwischen Urgroßeltern und Urenkeln bestehe, wenn Eltern und Enkel bereits verstorben seien. Das Erbschaftsteuergesetz unterscheide bei den Steuerklassen und Freibeträgen nur nach dem Verwandtschaftsverhältnis und nicht nach weiteren Faktoren.

**20** Aus dem Beschluss des Bundesverfassungsgerichts (BVerfG) vom 22. Juni 1995 (2 BvR 552/91, BStBl II 1995, 671) könne keine Verpflichtung des Gesetzgebers abgeleitet werden, Urenkel ebenfalls zu begünstigen.

## ► II. Aus den Gründen:

**21** I. Die Klage hat keinen Erfolg.

**22** Die streitigen Bescheide sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten.

1. Der Beklagte hat zu Recht einen Freibetrag i.H.v. 100.000 € berücksichtigt.

**23** Nach § 16 Abs. 1 ErbStG bleibt in den Fällen der unbeschränkten Steuerpflicht der Erwerb der Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 und der Kinder verstorbener Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 i.H.v. 400.000 € (Nr. 2), der Erwerb der Kinder der Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 i.H.v. 200.000 € (Nr. 3) sowie der übrigen Personen der Steuerklasse I i.H.v. 100.000 € (Nr. 4) steuerfrei. Nach § 15 Abs. 1 ErbStG gilt die Steuerklasse I u.a. für „die Kinder und Stiefkinder“ (Nr. 2) sowie für „die Abkömmlinge der in Nummer 2 genannten Kinder und Stiefkinder“ (Nr. 3).

**24** Nach Wortlaut und Systematik des Gesetzes meint der Begriff „Kinder“ in § 16 Abs. 1 ErbStG nicht Kindeskind oder weitere Abkömmlinge. Das gilt im Falle des § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG auch für die doppelte Verwendung des Wortes „Kinder“, so dass „Kinder der Kinder“ ausschließlich die Enkel, nicht aber die Urenkel sind (vgl. BFH-Beschluss vom 27. Juli 2020 II B 39/20 (AdV), BFHE 270, 376, BStBl II 2021, 28).

**25** Die Klägerin ist Urenkelin der Erblasserin. Als solche unterfällt sie als Abkömmling eines der Steuerklasse I

Nr. 2 unterfallenden Kindes oder Stiefkindes der Steuerklasse I Nr. 3. Gem. § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG steht ihr demnach ein Freibetrag i.H.v. 100.000 € zu. Diesen Freibetrag hat der Beklagte im streitigen Bescheid zutreffend berücksichtigt.

**26** 2. Ein höherer Freibetrag steht der Klägerin nicht zu.

**27** Ihr steht kein Freibetrag gem. § 16 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 ErbStG zu.

**28** Nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG bleibt der Erwerb der Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 und der Kinder verstorbener Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 in Höhe von 400.000 € und nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG der Erwerb der Kinder der Kinder im Sinne der Steuerklasse I Nr. 2 in Höhe von 200.000 € steuerfrei. Zur Steuerklasse I Nr. 2 gehören gem. § 15 Abs. 1 ErbStG die Kinder und Stiefkinder der Erblasserin.

**29** Die Klägerin unterfällt als Urenkelin der Erblasserin nicht dem Wortlaut des Tatbestandes von § 16 Abs. 1 Nr. 2 oder 3 ErbStG. Sie ist insbesondere kein Kind der Erblasserin (vgl. oben unter I. 1.).

§ 16 Abs. 1 Nr. 2 und 3 ErbStG sind auch nicht dahingehend auszulegen, dass die Klägerin als Urenkelin ebenfalls Anspruch auf einen darin ausgewiesenen Freibetrag hat, weil ihr Vater und ihre Großmutter als Abkömmlinge der Erblasserin zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits verstorben waren.

**30** a) Eine entsprechende Diskussion wird in der Literatur für den Fall einer Erbschaft durch Urenkel bei vorverstorbenen Kindern und Enkeln bisher zur Gewährung eines höheren Freibetrages nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG geführt. Die Erwägungen sind gleichlautend mit den Fragen, die sich auch bei der Gewährung eines Freibetrages nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG stellen.

**31** Gemein haben § 16 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ErbStG, dass beide Normen Kinder oder Kinder der Kinder von Erblassern begünstigen und sich jeweils die Frage stellt, ob bei vorverstorbenen Kindern und Kindeskindern auch die Urenkel der Erblasser in den Genuss der höheren Freibeträge kommen sollen.

**32** Hierzu wird in der Literatur zur Begünstigung der Stammeserfolge vereinzelt die Anwendung eines Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG als sachgerecht erachtet (vgl. Meincke/Hannes/Holtz, 18. Aufl. 2021, ErbStG § 16 Rz 11; a.A.: Götz in Wilms/Jochum, ErbStG, 115. EL September 2021, § 16 Rz 89.1, 90.2; Stein in von Oertzen/Loose, ErbStG, 2. Aufl. 2020, § 16 Rz 20; offengelassen: Troll/Gebel/Jülicher/Gottschalk/Jülicher, 62. EL Juli 2021, ErbStG § 16 Rn. 5; Eisele in Kapp/Ebeling, ErbStG, 89. EL September 2021, § 16 Rz 8; Längle in Fischer/Pahlke/Wachter, ErbStG, Stand 13. Februar 2020, § 16 Rz 13, Heckel in Tiedtke, ErbStG, 1. Aufl. 2009, § 16 Rz 12).

**33 b)** Nach Auffassung des Senats ist dieser vereinzelt Ansicht nicht zu folgen. § 16 Abs. 1 Nr. 2 und Nr. 3 ErbStG sind nicht im Sinne einer entsprechenden teleologischen Extension auszulegen.

**34 aa)** Dies scheitert bereits an einer zur Auslegung berechtigenden planwidrigen Regelungslücke.

**35** Der Gesetzgeber hat in § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG ausdrücklich geregelt, dass übrigen Personen der Steuerklasse I ein Freibetrag i.H.v. 100.000 € zusteht. Mit übrigen Personen der Steuerklasse I sind die Personen gemeint, die nicht unter § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ErbStG fallen, mithin nicht Ehegatten, Kinder bzw. Kinder verstorbener Kinder oder Kindeskind (Enkel) sind (s.o. unter I. 1.).

**36** Urenkel fallen nicht unter § 16 Abs. 1 Nr. 1 bis 3 ErbStG. Sie gehören aber gem. § 15 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG zur Steuerklasse I und unterfallen daher § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG.

**37** Dies hat der Gesetzgeber auch genauso beabsichtigt, denn in der Gesetzesbegründung des Erbschaftsteuerreformgesetzes (ErbStRG; BGBl I 2008, 3018) hat er ausdrücklich ausgeführt, dass zu den übrigen Personen der Steuerklasse I im Wesentlichen auch die Urenkel gehören und ihnen ein Freibetrag i.H.v. 100.000 € gewährt wird (vgl. BT-Drs. 16/7918, 37).

**38** Gleiches ergibt sich auch aus der Begründung des Jahressteuergesetzes 1997 (JStG 1997), in welchem der Gesetzgeber als Reaktion auf die Rechtsprechung des BVerfG (BVerfG-Beschlüsse vom 22. Juni 1995 2 BvR 552/91, BStBl II 1995, 671, BVerfGE 93, 165 und 2 BvL 37/91, BStBl II 1995, 655, BVerfGE 93, 121) auch Enkel, Urenkel und weitere Abkömmlinge der Steuerklasse I zuordnete. Einen erhöhten Freibetrag zur Sicherung des Familienvermögens wollte er aber ausdrücklich nicht auf diese Personen erstrecken, da nur bei einem Erwerb vom Ehegatten oder einem Elternteil Familienvermögen im engeren Sinne direkt übergehe (vgl. BT-Drs. 13/4839, 69 f.).

**39 bb)** Es ist auch nicht ersichtlich, dass die von der Klägerin begehrte Auslegung dem Zweck der Freibeträge entspräche. Vielmehr hätte die Gewährung gleicher Freibeträge auch bei Überspringen einer oder mehrerer Generationen eine Vervielfältigung der Freibeträge und damit gemessen an der Konzeption des Gesetzes eine Überbegünstigung zur Folge (vgl. BFH-Beschluss vom 27. Juli 2020 II B 39/20 (AdV), BFHE 270, 376, BStBl II 2021, 28).

**40 cc)** Auch verfassungsrechtlich ist eine Auslegung der Norm im Sinne des Begehrens der Klägerin nicht geboten.

**41** Es liegt keine Verletzung der verfassungsrechtlichen Garantie des Erbrechts aus Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG we-

gen fehlender Rücksicht auf den Erhalt des Familienvermögens bei der Besteuerung vor.

**42 (1)** Der erbschaftsteuerliche Zugriff bei Familienangehörigen im Sinne der Steuerklasse I (§ 15 Abs. 1 ErbStG) ist nach der Rechtsprechung des BVerfG derart zu mäßigen, dass jedem dieser Steuerpflichtigen der jeweils auf ihn überkommene Nachlass – je nach dessen Größe – zumindest zum deutlich überwiegenden Teil oder, bei kleineren Vermögen, völlig steuerfrei zugutekommt (BVerfG-Beschluss vom 22. Juni 1995 2 BvR 552/91, BStBl II 1995, 671, BVerfGE 93, 165, Rz 28). Hierbei ist zu berücksichtigen, dass die Rechtsprechung des BVerfG zu § 15 Abs. 1 ErbStG i.d.F. vom 19. Februar 1991 erging. In dieser Norm unterfielen nur der Ehegatte, die Kinder und Stiefkinder sowie die Kinder verstorbener Kinder und Stiefkinder der Steuerklasse I. Urenkel sind von der Rechtsprechung der BVerfG somit nicht umfasst. Im geltenden Steuerrecht wird die erbschaftsteuerliche Freistellung des Familienvermögens in typisierender Weise durch die Freibeträge des § 16 ErbStG für Ehegatten und Kinder erreicht (vgl. BVerfG-Beschluss vom 22. Juni 1995 2 BvR 552/91, BStBl II 1995, 671, BVerfGE 93, 165, Rz 28). Dabei ist es angemessen, wenn sich der Gesetzgeber an den Werten durchschnittlicher Einfamilienhäuser orientiert (BVerfG-Beschluss vom 22. Juni 1995 2 BvL 37/91, BStBl II 1995, 655, BVerfGE 93, 121).

**43 (2)** Dem genügt die gesetzliche Regelung für den vorliegenden Fall. Der Annahme folgend, dass auf jede Generation zwei weitere Generationen folgen, hat der Gesetzgeber den Freibetrag für Urenkel mit 100.000 € ausreichend bemessen.

**44** Steuerklassen und Freibeträge beruhen auf dem typisierten Grundmodell, dass jede Generation jeweils zwei Kinder hat, was die Verdoppelung der Anzahl der Abkömmlinge in jeweils einer Generation zur Folge hat. Dies erklärt die Halbierung des Freibetrags von § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG (für die Kinder) zu § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG (wenigstens für die Enkelkinder), denn bei zwei Kindern sind nach diesem Modell typischerweise vier Enkelkinder vorhanden. Auf diesem Modell beruht etwa auch die Berechnung des Freibetrags in den Fällen des § 15 Abs. 2 Satz 3 ErbStG (BFH-Beschluss vom 27. Juli 2020 II B 39/20 (AdV), BFHE 270, 376, BStBl II 2021, 28).

**45** Vor diesem Hintergrund ist es folgerichtig und systemgerecht, wenn sich die weitere Halbierung des Freibetrags nach § 16 Abs. 1 Nr. 3 ErbStG in § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG mit einem weiteren Schritt in der Generationenfolge deckt. Mit dem Übergang von der Generation der Enkel zur Generation der Urenkel verdoppelt sich wiederum die Anzahl der potentiell Begünstigten, denn bei vier Enkelkindern sind nach diesem Modell typischerweise acht Urenkel vorhanden (vgl. BFH-Beschluss vom

27. Juli 2020 II B 39/20 (AdV), BFHE 270, 376, BStBl II 2021, 28).

**46** Nach dem typisierten Grundmodell des Gesetzgebers ist auf der Ebene der Urenkel mit insgesamt acht Abkömmlingen zu rechnen. Zusammengerechnet ergibt es Freibeträge im Wert von 800.000 €. Damit hat der Gesetzgeber die Freibeträge auch bei einer Übertragung auf die Urenkel-Generation derart ausreichend bemessen, dass mindestens ein kleineres Vermögen des Erblassers gänzlich steuerfrei übergehen kann.

**47** Zwar nimmt das Gesetz bei § 16 Abs. 1 Nr. 4 ErbStG keine – angesichts angenommener 16 Ururenkel eigentlich systemgerechte – weitere Halbierung des Freibetrages vor. Dies dürfte indes damit zu erklären ist, dass eine Schenkung an Ururenkel sehr selten sein dürfte (vgl. BFH-Beschluss vom 27. Juli 2020 II B 39/20 (AdV), BFHE 270, 376, BStBl II 2021, 28).

**48** (3) Auf den Grad der persönlichen Bindung zwischen dem Erblasser und den Erben kommt es nach der Konzeption des Gesetzes nicht an, sondern nur auf den Verwandtschaftsgrad. Ebenso wenig gibt es ein Freibetrags-Guthaben, welches bei fehlender Ausnutzung durch eine vorangegangene Generation auf die nachfolgende übertragen wird.

**49** (4) Die Rechtsprechung des BVerfG in seinem Beschluss vom 22. Juni 1995 2 BvR 552/91 (a.a.O.) bezieht sich im Übrigen nur auf den zum damaligen Zeitpunkt der Steuerklasse I zugeordneten Personenkreis (vgl. oben unter I. 2. b) cc) (1)) und betrifft nicht die hier im Streit stehende Generation der Urenkel. Der Gesetzgeber war daher nicht gehalten, für Urenkel eine ähnliche Begünstigung vorzunehmen, wie er sie in § 16 Abs. 1 Nr. 2 ErbStG für Kinder verstorbener Kinder geregelt hat.

### **Berechtigung eines Bevollmächtigten, die Zahlung der Versichertenrente für den Sterbemonat des Vollmachtgebers zu fordern**

SGB I § 53, § 56 Abs. 1 S. 1, § 58, § 59 S. 2;

SGG § 54 Abs. 5, § 69 Nr. 1, § 99 Abs. 1;

SGB VI § 102 Abs. 5, § 118 Abs. 1, § 119 Abs. 1

#### **Amtlicher Leitsatz:**

**Auch eine transmortale Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten nach dem Tod des rentenberechtigten Vollmachtgebers nicht dazu, die Zahlung der Versichertenrente für den Sterbemonat zu fordern, so lange der Fiskus als Erbe in Betracht kommt. Die Rechtsprechung des BSG zur entsprechenden Situation eines Nachlass-**

**pflegers (BSG Ur. v. 25.11.1982 – 5b RJ 46/81 = BeckRS 1982, 30407211; BSG Ur. v. 13.9.1994 – 5 RJ 44/93 = BeckRS 1994, 30750884) kann auf diesen Fall übertragen werden. Die Berechtigung des Bevollmächtigten kann damit nicht losgelöst von den rechtlichen Beschränkungen bestehen, die den Fiskus als Erben betreffen (hier: § 58 Satz 2 SGB I). (Rn. 39)**

#### **Redaktioneller Leitsatz:**

**Auch eine transmortale Vollmacht berechtigt den Bevollmächtigten nicht dazu, die Zahlung der Versichertenrente für den Sterbemonat zu fordern, so lange der Fiskus als Erbe in Betracht kommt. Die Berechtigung des Bevollmächtigten kann nicht losgelöst von den rechtlichen Beschränkungen bestehen, die den Fiskus als Erben betreffen (Weiterentwicklung von BSG BeckRS 1994, 30750884). (Rn. 39)**

**LSG Baden-Württemberg (8. Senat),  
Urteil vom 01.12.2021 – L 8 R 1212/21**

#### **I. Tatbestand:**

- 1 Die Beteiligten streiten um eine Auszahlung einer Rente.
- 2 Die 1956 geborene Klägerin ist die Schwester des 1951 geborenen und zu seinen Lebzeiten bei der Beklagten gesetzlich rentenversicherten J (im Folgenden: Versicherter). Dieser war verwitwet und hatte zwei Kinder.
- 3 Mit Bescheid vom 14.11.2014 gewährte die Beklagte dem Versicherten ab dem 01.01.2015 Altersrente für besonders langjährig Versicherte. Diese wurde jeweils zum Monatsende auf das Konto des Versicherten bei der Vbank L gezahlt. Der Zahlungsbetrag belief sich zuletzt auf 1.602,93 € monatlich.
- 4 Der Versicherte erteilte der Klägerin 2017 eine Vorsorgevollmacht, die sie u.a. zur Vertretung auch gegenüber Behörden, Rententrägern und Gerichten berechnigte. Die Vollmacht umfasste dazu u.a. die Befugnis, das Vermögen des Versicherten zu verwalten und Willenserklärungen bezüglich Konten abzugeben. Die Vollmacht sollte auch über den Tod hinaus gelten.
- 5 Der zuletzt inhaftierte Versicherte verstarb am 26.12.2018. Sein Konto hatte am 28.12.2018 einen positiven Saldo von 1.596,85 €.
- 6 Nach einer Mitteilung des Rentenservice der D. P. AG vom 18.01.2019 war die laufende Zahlung bei „Soll-Wegfall“ und „Ist-Wegfall“ jeweils bis „Ende 12.2018“ eingestellt worden. Die am Monatsende ausbezahlte Rente für Dezember 2018 wurde am 21.01.2019 zurückgefordert und sodann zurückgebucht. Der Anspruch auf Rentenzahlung endete aber auch nach Auffassung der Beklagten erst am 31.12.2018.

**7** Die Klägerin wies die Beklagte nach einem Telefonat mit Schreiben vom 16.01.2019 darauf hin, dass die Dezemberrente nicht überwiesen worden sei, und legte die Sterbeurkunde sowie ihre Vollmacht vor. Sie wies die Beklagte in einem weiteren Telefonat und einer E-Mail vom 05.02.2019 darauf hin, dass die Rente für Dezember nicht ausbezahlt worden sei. Das Konto des Versicherten werde von ihr aufgelöst. Sie teilte als neue Bankverbindung ihr eigenes Konto bei der S Bank mit.

**8** Nach Mitteilung des Amtsgerichts Offenburg – Nachlassgericht – vom 20.02.2019 hatten mehrere in Betracht kommende Personen die Erbschaft ausgeschlagen. Die Frist zur Ausschlagung laufe noch.

**9** Ausweislich eines Aktenvermerks über ein Telefonat vom 01.04.2019 bat die Klägerin erneut um Auszahlung der Rente für Dezember. Das Konto des Versicherten sei mittlerweile aufgelöst. Sie sei über den Tod hinaus bevollmächtigt. Einen Erbschein habe sie nicht beantragt und beabsichtige dies auch nicht. Sie sei aufgrund der Vollmacht zum Bezug der Rentenzahlung berechtigt. So seien auch schon Zahlungen seitens der Justizvollzugsanstalt nach einem Schreiben des Rechtsanwaltes an sie geleistet worden. Nach dem Aktenvermerk wurde diese Auffassung von der Beklagten nicht geteilt, da die Rentenzahlung an die Erben zu leisten sei.

**10** Die Klägerin verwies mit Schreiben vom 10.04.2019 auf ihre Vollmacht, laufende Rechtsgeschäfte zu tätigen. Der Versicherte habe ihr zudem in einem Brief mitgeteilt, dass sie seine Rente verbrauchen könne. Sie bitte daher um Entscheidung der Rechtsabteilung der Beklagten.

**11** Mit Schreiben vom 23.05.2019 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass die Auszahlung der fälligen Rentenansprüche an sie trotz über den Tod hinaus geltender Vorsorgevollmacht nicht möglich sei. Bei hier fehlender Sonderrechtsnachfolge würden die Ansprüche nach dem BGB vererbt. Jedoch habe neben der Klägerin keine in Betracht kommende Person das Erbe angetreten. Damit sei der Fiskus gesetzlicher Erbe.

**12** Die Klägerin ließ sich von einem Rechtsanwalt und Fachanwalt für Erbrecht beraten. Mit Schreiben vom 05.06.2019 teilte ihr dieser mit, dass die Ablehnung der Beklagten zutreffend sei, da das Geld dem Erblasser bzw. dem Nachlass zustehe. Falls das Nachlasskonto gelöscht sei, sei dies wieder zu eröffnen. Dann könne sie die Auszahlung auf dieses Konto verlangen. Die Beklagte könne sich dem nicht widersetzen. Im Falle von erbrechtlichen Verfügungen des Verstorbenen, die ihm nicht vorlägen, sei dies aber neu zu bewerten.

**13** Die Klägerin teilte der Beklagten mit Schreiben vom 17.06.2019 mit, dass sie mit dem Rechtsanwalt „nicht komplett einer Auffassung“ sei und daher das alte Konto des Versicherten nicht wiedereröffnen werde. Falls das

Gericht die Meinung des Rechtsanwaltes teile, könne sie dies immer noch tun. Der Versicherte habe ihr mitgeteilt, dass sie über die Dezemberrente verfügen könne. Die Beklagte betätige sich hier zu Unrecht als Erfüllungsgehilfe für das Nachlassgericht. Sie werde ab 30.06.2019 Klage erheben, wenn keine Reaktion erfolge, und werde der Beklagten dann auch die Rechtsanwaltskosten in Rechnung stellen.

**14** Die Klägerin hat am 22.07.2019 Klage zum Sozialgericht Freiburg (SG) erhoben. Sie hat darin unter Verweis auf den bisherigen Schriftwechsel die Herausgabe der Dezemberrente beantragt. Ihr Bruder habe zur Zeit seines Todes noch ca. 1.700 € auf dem Konto gehabt. Sie habe sich um die Beerdigung gekümmert. Hierfür seien Kosten in Höhe von 1.977 € sowie ca. 800 € für ein Urnengrab entstanden. Sie habe zudem zwei kleinere Beträge für das Finanzamt und den Totenschein gezahlt. Sie habe auch die Rechtsanwaltskosten getragen. Ihr Bruder habe keine Schulden mehr gehabt. Ein potenzieller Erbe könne den Vermögensstand bzw. etwaige Außenstände nicht kennen. Die Abwicklung habe daher über ihre Vollmacht zu geschehen. Sie habe Vereinsmitgliedschaften bzw. Spenden, die ihrem Bruder wichtig gewesen seien, von ihm übernommen. Die Rentenzahlung sei zu Unrecht eingestellt worden. Ihr Bruder habe nicht die Möglichkeit gehabt, selbst tätig zu werden. Es sei anfangs auch nicht erwähnt worden, dass gegebenenfalls Kosten entstehen würden. Sie bitte daher auch um Überprüfung der Gerichtskostenforderung von 267 €, da sie nur der verlängerte Arm für die Forderung sei. Die Klägerin hat im Termin zur mündlichen Verhandlung vor dem SG am 29.01.2021 ferner mitgeteilt, dass sie das Erbe ausgeschlagen habe. Die Kinder des Versicherten hätten das Erbe ebenfalls ausgeschlagen. Sie wisse aber nicht, warum dies geschehen sei, da ihr Bruder keine Schulden gehabt habe. Die Auszahlung an sie sei aber von der Vermögensvollmacht über den Tod hinaus umfasst. Die Dezemberrente sei zur Deckung laufender Lebenshaltungskosten gedacht gewesen. Die Beklagte sei daher zur Auszahlung des Betrages von 1.602,93 € an sie zu verurteilen.

**15** Mit Urteil vom 29.01.2021 hat das SG die Klage kostenpflichtig abgewiesen. Die Klage sei als Leistungsklage statthaft. Die Klägerin könne aber keine Auszahlung des Rentenzahlbetrages für Dezember 2018 auf ihr Konto verlangen. Der Anspruch auf die Rente sei nicht mit dem Tod des Versicherten erloschen, da er bereits durch Bescheid festgestellt worden sei. Ein Fall der Sonderrechtsnachfolge nach § 58 SGB I liege hier nicht vor. Der Anspruch sei damit vererbt worden. Das Erbe sei aber von den in Betracht kommenden Personen ausgeschlagen worden. Solange damit der Fiskus als Erbe in Betracht komme, bestehe die Möglichkeit, dass dieser den Anspruch nicht

geltend machen könne. Die Klägerin könne unter diesen Umständen auch dann, wenn sie aufgrund der über den Tod hinaus geltenden Vollmacht zur Vertretung der Erben berechtigt sei, eine Auszahlung des Rentenbetrages nicht verlangen. Das Urteil ist der Klägerin am 04.03.2021 zugestellt worden.

**16** Die Klägerin hat am 01.04.2021 Berufung zum Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg eingelegt. Sie hat erneut darauf hingewiesen, dass die Rente zum Monatsende gezahlt werde, ihr Bruder aber noch Abbuchungen gehabt habe. Die Beklagte sei nicht befugt, die zuletzt erhaltene Rente von dem Verstorbenen zurückzubuchen. Es sei nicht Aufgabe der Beklagten, sich um die Erbfolge zu kümmern. Sie habe eine Vollmacht zur Vertretung ihres Bruders vor Gericht. Da ihr Bruder sein Recht nicht mehr selbst in die Hand nehmen könne und sie sein verlängerter Arm sei, sollten auch keine Gerichtskosten anfallen. Die Beklagte habe diese Kosten zu verantworten. Diese sollten daher mit eingeklagt werden, dazu die Anwaltskosten von 223 €. Der Rechtsanwalt habe die Sachlage bereits eingeschätzt und habe auf gleicher Ebene wie sie gelegen. Als Alternative könnten die Gerichtskosten der 1. Instanz erlassen werden. Gegebenenfalls müsse die Beklagte für die Kosten aufkommen, da sie die Rente schuldhaft einbehalten habe.

**17** Die Klägerin beantragt (sinngemäß), die Beklagte unter Aufhebung des Urteils vom 29.01.2021 zu verurteilen, die Rente des Herrn J für den Monat Dezember 2018 in Höhe von 1.602,93 € an sie auszuzahlen sowie ihre Rechtsanwaltskosten in Höhe von 223 € zu erstatten.

**18** Die Beklagte beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

**19** Die Klägerin hat auf Aufforderung des Berichterstatters noch Nachweise über von ihrem Bruder unterstützte Vereine und deren spätere Übernahme sowie über laufende Kosten im Jahr 2018 vorgelegt (Bl. 21/24 der Senatsakte). Sie hat ferner einen Brief ihres Bruders in Auszügen vorgelegt, in dem er ihr u.a. mitgeteilt hatte: „... meine Rente darfst Du verbrauchen, solange der Euro noch was taugt...“ (Bl. 25 der Senatsakte).

**20** Der Berichterstatter hat den Rechtsstreit am 12.07.2021 mit den Beteiligten erörtert. Die Klägerin hat dort mitgeteilt, dass ihr weiterhin nicht bekannt sei, wer Erbe geworden sei. Sie hat im Übrigen an ihrer Rechtsauffassung festgehalten. Hier seien auch Grundrechte betroffen. Der Fall habe grundsätzliche Bedeutung, so dass die Revision zuzulassen sei.

**21** Die Klägerin hat mit Schriftsätzen vom 13. und 14.07.2021 ferner ausgeführt, dass auch die Bevollmächtigte der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem SG nicht gewusst habe, warum die Rente wieder zurückgebucht

worden sei. Die Kosten des Verfahrens seien nicht von ihr zu tragen, da sie als Bevollmächtigte ihres Bruders tätig sei und daneben auch für sich selbst, da die Beklagte ihr „Geschenk“ (gemeint: ihres Bruders an sie) unterschlagen wolle. Die Rentenzahlung sei für den laufenden Monat gedacht gewesen und könne nicht einfach zurückgebucht werden. Ein Erbe frage nicht nach, ob noch Rentenzahlungen ausstünden. Sie habe auf Aufforderung des Gerichts den Brief ihres Bruders vorgelegt, in dem er ihr aufgetragen habe, „mit der Rente etwas anzufangen“ und ihr mitgeteilt habe „du kannst die Rente verbrauchen“. Sie habe auch Belege vorgelegt, was sie mit dem Geld anfangen. Die Vertreterin der Beklagten habe dies in dem Termin aber für nicht bindend gehalten.

**22** Mit Beschluss vom 11.08.2021 hat der Senat ein wegen der Besorgnis der Befangenheit gestelltes Ablehnungsgesuch der Klägerin gegen den Berichterstatter vom 13.07.2021 zurückgewiesen (Az. L 8 SF 2390/21 AB).

**23** Mit Beschluss vom 02.08.2021 hat der für Kostensachen zuständige 10. Senat des LSG eine Erinnerung der Klägerin gegen den Kostenansatz von 392 € (ausgehend von einem Streitwert von 1.825,93 €) in einem Schreiben der Urkundsbeamtin des Gerichts vom 01.06.2021 zurückgewiesen (Az. L 10 SF 2269/21 E). Die Kosten seien nicht fehlerhaft berechnet. Es sei auch nicht zu beanstanden, dass die Urkundsbeamtin ihrer Entscheidung eine Gerichtskostenpflicht des Verfahrens zu Grunde gelegt habe. Die Klägerin klage im eigenen Namen und gestützt auf eine Vollmacht des Versicherten auf Zahlung an sich. Eine Kostenprivilegierung nach § 183 SGG sei in solchen Fällen nicht vorgesehen.

**24** Die Klägerin hat zuletzt noch sinngemäß ausgeführt, dass die Rückforderung einer Rente bei Tod sittenwidrig sei, dies auch ohne Erbe und auch ohne schriftliche Verfügung des Verstorbenen in Bezug auf die Rentengeldverwendung durch den Vollmachtseinhaber. Anderenfalls würde man dem Verstorbenen nicht nur um die Rente nehmen, sondern auch seine Würde.

**25** Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte dieses Verfahrens sowie des erstinstanzlichen Verfahrens und auf den Inhalt der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

## ▶ II. Aus den Gründen:

**26** Die gemäß § 151 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin ist gemäß §§ 143, 144 SGG zulässig. Der Senat konnte hier trotz des Ausbleibens der Beteiligten zur mündlichen Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten mit der Termin-

bestimmung des Senatsvorsitzenden vom 28.10.2021 ordnungsgemäß geladen worden waren und dort auch auf diese Möglichkeit hingewiesen worden war (§ 110 Abs. 1 Satz 2 SGG).

**27** Auf der Klägerseite ist dabei nur die Klägerin an dem Verfahren beteiligt (§ 69 Nr. 1 SGG). Eine Vertretung des Versicherten ist nicht mehr möglich, da dieser nach seinem Tod nicht mehr rechtsfähig und nach § 70 Nr. 1 SGG beteiligtenfähig sein kann. Eine entsprechende Klage müsste daher als unzulässig abgewiesen werden (MKLS/B. Schmidt SGG § 70 Rn. 1a).

**28** Die Berufung betrifft einen Anspruch auf Auszahlung der Rentenzahlung ihres verstorbenen Bruders in Höhe von 1.602,93 € an die Klägerin selbst. Daneben hat die Klägerin in der Berufungsinstanz erstmals auch einen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung von vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 223 € geltend gemacht. Insoweit liegt eine nach §§ 153 Abs. 1, 99 Abs. 1 SGG zulässige Klageerweiterung vor, da auf diese Weise ein weiterer Rechtsstreit um diese – im Zusammenhang mit dem Rentenanspruch stehenden – Kosten vermieden werden kann. Die darin liegende Klageänderung ist aus Gründen der Prozessökonomie sachdienlich. Die Gerichtskosten der ersten Instanz sind hingegen bei Auslegung des Berufungsantrages nicht Gegenstand des Rechtsstreits in der Hauptsache. Denn über die Tragung der Gerichtskosten als Teil der Kosten des Verfahrens ist von dem Gericht bereits von Amts wegen zu entscheiden (§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG i.V.m. §§ 161 Abs. 1, 162 Abs. 1 Verwaltungsgerichtsordnung VwGO).

**29** Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Denn die Klägerin hat keinen Anspruch auf Auszahlung der Rente ihres verstorbenen Bruders für den Monat Dezember 2018 in Höhe von 1.602,93 € an sich selbst. Das Urteil des SG vom 29.01.2021 ist daher nicht zu beanstanden. Daneben hat die Klägerin auch keinen Anspruch gegen die Beklagte auf Erstattung der mit der Berufung geltend gemachten vorgerichtlichen Rechtsanwaltskosten in Höhe von 223 €.

**30** Die Klage ist als Leistungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG zulässig. Danach kann mit der Klage die Verurteilung zu einer Leistung, auf die ein Rechtsanspruch besteht, auch dann begehrt werden, wenn ein Verwaltungsakt nicht zu ergehen hatte. Diese sogenannte „echte“ Leistungsklage ist u.a. dann zulässig, wenn der Leistungsträger eine durch Verwaltungsakt bewilligte Leistung nicht erbringt oder eingestellt hat (MKLS/Keller SGG § 54 Rn. 41; BSG, Urteil vom 11.07.2017 – B 1 KR 26/16 R –, in juris). Nach der Rechtsprechung des BSG sind nach bindender Feststellung des Rechts auf Rente die daraus resultierenden Auszahlungsansprüche auch gegenüber der klagenden Abtretungsgläubigerin nicht erneut durch Verwal-

tungsakt zu regeln (BSG, Urteil vom 22.02.1990 – 4 RA 19/89 –, in juris). Dasselbe gilt, wenn lediglich über die Auszahlung einer gepfändeten Sozialleistung gestritten wird (BSG, Urteil vom 21.07.1988 – 7 RAr 51/86; vgl. BSG, Urteil vom 12.07.1990 – 4 RA 47/88 –, in juris, und BSG, Urteil vom 29.01.2014 – B 5 R 36/12 R –, in juris, m.w.N.). Das BSG hat auch die echte Leistungsklage eines Nachlasspflegers für statthaft gehalten (vgl. BSG Urteil vom 13.09.1994 – 5 RJ 44/93 –, in juris). Die Klägerin macht hier ein von ihrem Bruder abgeleitetes Recht auf Auszahlung der ihm durch bindenden Verwaltungsakt bewilligten Rente geltend, so dass diese Rechtsprechung auch hier herangezogen werden kann. Das Schreiben vom 23.05.2019 ist unabhängig von einer entsprechenden Befugnis der Beklagten zum Erlass einer solchen Regelung auch nicht als Verwaltungsakt i.S.d. § 31 Satz 1 SGB X anzusehen. Verwaltungsakt ist danach jede Verfügung, Entscheidung oder andere hoheitliche Maßnahme, die eine Behörde zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts trifft und die auf unmittelbare Rechtswirkung nach außen gerichtet ist. Für die Annahme, dass ein Verwaltungsakt vorliegt, reicht es aus, dass der äußeren Erscheinungsform nach eine hoheitliche Maßnahme zur Regelung eines Einzelfalles auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts getroffen worden ist. Entscheidend ist somit, dass das Verwaltungshandeln seinem Inhalt nach die Merkmale des § 31 SGB X erfüllt und erkennbar den Willen der Behörde ausdrückt, auf dem Gebiet des öffentlichen Rechts einen Einzelfall verbindlich zu regeln (BSG, Urteil vom 12.07.1990 – 4 RA 47/88 –, in juris). Das Schreiben der Beklagten an die Klägerin enthielt jedoch keine Regelung der aufgezeigten Art, da in ihm lediglich der Sachstand wiedergegeben bzw. der Rechtsstandpunkt der Beklagten dargestellt wurde (vgl. BSG, Urteil vom 12.07.1990 – a.a.O.). Hiervon geht im Übrigen auch die Beklagte selbst aus, da sie sich hier nicht auf eine entsprechende Regelung durch Verwaltungsakt berufen hat.

**31** Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch auf Auszahlung des Zahlbetrages der Rente des Versicherten für Dezember 2018.

**32** Der Versicherte hatte dabei gemäß dem Bescheid vom 14.11.2014 auch für den Monat Dezember 2018 Anspruch auf eine Altersrente für besonders langjährig Versicherte ab dem 01.01.2015. Mit den nachfolgenden Rentenanpassungen ergab sich der bereits am letzten Bankarbeitstag des Monats ausbezahlte (§§ 118 Abs. 1, 119 Abs. 1 SGB VI), aber im Januar 2019 wieder zurückgebuchte und daher nun geforderte Betrag. Dem Versicherten stand die Rente noch für den Monat Dezember 2018 zu, da die Rente bis zum Ende des Sterbemonats geleistet wird (§ 102 Abs. 5 SGB VI). Der Anspruch ist auch nicht mit dem Tod des

Versicherten erloschen, da er zu diesem Zeitpunkt schon festgestellt worden war (§ 59 Satz 2 SGB I). Hierüber besteht auch kein Streit.

**33** Die Klägerin hat jedoch keinen Anspruch auf (erneute) Auszahlung der Rente an sich selbst.

**34** Der Klägerin steht der Anspruch auf Auszahlung der Rente nicht aus eigenem bzw. von dem Versicherten übergegangenem Recht zu.

**35** Die Klägerin kann hier nicht mit Erfolg geltend machen, dass der Versicherte ihr die Rente bereits zu Lebzeiten zugewendet habe. Eine zur Erfüllung einer entsprechenden Schenkung angebotene Abtretung (§ 53 SGB I, § 398 BGB) des Anspruchs auf den einzelnen Zahlungsanspruch für Dezember 2018 aus dem Rentenstammrecht (vgl. *Ligle*, in: *Lilge/Gutzler*, SGB I, 5. Aufl. 2019, § 53 SGB I Rn. 8) lässt sich dem hierzu angeführten Brief des Versicherten vom 04.08.2018 bereits nicht entnehmen. Denn die darin enthaltene Formulierung „meine Rente darfst du verbrauchen“ bezieht sich bereits sprachlich auf die Verwendung einer schon zur Auszahlung an den Versicherten gelangten Rente. Eine für die Abtretung kennzeichnende Berechtigung, diese Rentenzahlung nunmehr schon an Stelle des Versicherten und unter dessen Ausschluss (vgl. § 398 Satz 2 BGB) von der Beklagten als zuständigem Leistungsträgerin ausbezahlt zu erhalten, kann dem nicht entnommen werden. Im Übrigen erschiene dann auch die erforderliche Bestimmtheit des Gegenstandes der Abtretung fraglich. Denn es ist Wirksamkeitsvoraussetzung einer Vorausabtretung künftiger Ansprüche, dass der Gegenstand der Abtretung bestimmt oder jedenfalls individuell bestimmbar ist (vgl. etwa BSG, Urteil vom 19.03.1992 – 7 RAr 26/91 –, in juris). Abgesehen davon wäre die Abtretung laufender Geldleistungen zur Sicherung des Lebensunterhaltes nach § 53 Abs. 3 SGB I auch nur hinsichtlich ihres pfändbaren Teils möglich.

**36** Die Klägerin hat auch nicht infolge des Todes des Versicherten Anspruch auf die Auszahlung der Rente.

**37** Ein Fall der Sonderrechtsnachfolge nach § 56 Abs. 1 Satz 1 SGB I lag hier schon deshalb nicht vor, weil die Klägerin mit dem Versicherten zur Zeit seines Todes unstrittig nicht in einem gemeinsamen Haushalt gelebt hatte. Auch eine anderweitige Sonderrechtsnachfolge nach dieser Vorschrift ist nicht ersichtlich.

**38** Damit wurde der fällige Anspruch auf Geldleistungen nach den Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) vererbt (§ 58 Satz 1 SGB I). Die davon erfassten Ansprüche fallen in den normalen Nachlass und teilen dessen Schicksal u.a. hinsichtlich Annahme, Ausschlagung; ein „Sondererbrecht“ wird nicht begründet (*BeckOK SozR/Gutzler*, SGB I § 58 Rn. 5). Die Klägerin hat das Erbe nach ihrem Vortrag selbst ausgeschlagen, so dass es jedenfalls nicht bei ihr angefallen ist (§ 1953 Abs. 1 BGB).

Wer Erbe des Versicherten geworden ist, ist der Klägerin nach ihrem Vorbringen auch nicht bekannt. Es ist allerdings auch nicht Aufgabe der Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit, den Erben zu ermitteln, weil dazu das Verfahren nach den §§ 1964 bis 1966 BGB vorgesehen ist (BSG, Urteil vom 25.11.1982 – 5b RJ 46/81 –, in juris). Insbesondere im Hinblick auf die von der Klägerin selbst mitgeteilte Ausschlagung der Erbschaft auch durch die Kinder des Versicherten kommt hier ein gesetzliches Erbrecht des Staates nach § 1936 BGB in Betracht. Der damit gemeinte Fiskus kann als gesetzlicher Erbe die nach § 58 Satz 1 SGB I vererblich gestellten fälligen Ansprüche auf Geldleistungen – hier also auch den Anspruch auf Auszahlung der Rente für Dezember 2018 – jedoch nicht geltend machen (§ 58 Satz 2 SGB I). Damit soll vermieden werden, dass es zu überflüssigen und sachwidrigen Zahlungen zwischen verschiedenen öffentlichen Haushalten kommt (*Groth* in: *Schlegel/Voelzke*, jurisPK-SGB I, § 58 SGB I Rn. 17).

**39** Die auch über den Tod des Versicherten hinaus geltende (transmortale) schriftliche Vorsorgevollmacht berechtigt die Klägerin jetzt nicht mehr dazu, die Auszahlung des Rentenbetrages an sich zu verlangen. Die Vollmacht berechtigte die Klägerin zwar zur Vertretung des Versicherten auch über dessen Tod hinaus. Die Bevollmächtigte soll damit auch in die Lage versetzt werden, bestimmte Rechtshandlungen unabhängig von dem Willen des Erben vornehmen zu können. Bis zum Widerruf der Vollmacht durch den Erben soll daher im Zweifel allein der ausdrückliche oder mutmaßliche Wille des Erblassers und nicht der des Erben für den Bevollmächtigten maßgeblich sein (BGH, Urteil vom 24.03.2009 – XI ZR 191/08 –, in juris). Die Vollmacht umfasst nach dem Tod des Vollmachtgebers aber nur die Befugnis zu einer auf den Nachlass beschränkten Vertretung des bzw. der Erben (BGH, Beschluss vom 03.02.2021 – XII ZB 67/20 –, in juris Rn. 25). Solange der Fiskus als Erbe in Betracht kommt und dieser den Anspruch wiederum nicht geltend machen kann, kann jedoch auch ein Nachlasspfleger die Leistung nicht verlangen (BSG, Urteil vom 25.11.1982 – a.a.O.; BSG, Urteil vom 13.09.1994 – 5 RJ 44/93 –, in juris; ebenso LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 18.09.2019 – L 16 R 74/18 –, juris; *KassKomm/Siefert*, SGB I § 58 Rn. 12). Denn der Nachlasspfleger (§ 1960 Abs. 2 BGB) ist gesetzlicher Vertreter des bzw. der endgültigen Erben und nicht etwa Vertreter des Nachlasses bzw. treuhänderische Amtsperson (BGH, Urteil vom 8.12.2004 – IV ZR 199/03 –, in juris Rn. 17). Die Rechtsstellung der Klägerin unterscheidet sich hiervon insoweit nicht. Denn sie ist aufgrund der ihr erteilten transmortalen Vollmacht ebenfalls nur Vertreterin des bzw. der Erben. Die Berechtigung der Klägerin kann damit nicht losgelöst von

den rechtlichen Beschränkungen bestehen, die den hier als Erben in Betracht kommenden Fiskus betreffen.

**40** Der Senat verkennt nicht, dass dieses Ergebnis für die Klägerin unbefriedigend ist, da die Rente von der Beklagten trotz einer mit Rechtsgrund erfolgten Leistung zurückgebucht wurde und die Klägerin u.a. die Beerdigungskosten ihres Bruders getragen hat. Entgegen der Auffassung der Klägerin ist hier aber nicht über eine Berechtigung der Beklagten zur Rückbuchung des Betrages von dem Konto des Versicherten zu entscheiden, sondern über eine Verpflichtung der Beklagten zur Zahlung des geforderten Betrages an die Klägerin selbst. Die Beerdigungskosten sind nach § 1968 BGB zwar von dem Erben zu tragen. Diese Norm gewährt dem Totenfürsorgeberechtigten, der nicht mit dem Erben identisch sein muss, einen Freistellungs- bzw. Erstattungsanspruch gegen den Erben (*Horn* in: *Erman*, BGB, 16. Aufl. 2020, § 1968 BGB, Rn. 1). Ein Ausgleich zwischen der Klägerin und dem bzw. den Erben (die im Übrigen auch Verpflichtete eines Vermächnisses des Versicherten zugunsten der Klägerin wären, § 2174 BGB) ist jedoch nicht Gegenstand dieses Verfahrens. Das BSG hat im Übrigen darauf hingewiesen, dass das auf § 58 Satz 2 SGB I beruhende Ergebnis eines quasi zufälligen Ausfalls der Nachlassgläubiger mit

ihren Forderungen nicht völlig außergewöhnlich ist. So fallen die Nachlassgläubiger neben den Fällen der Überschuldung des Nachlasses auch bei einer Sonderrechtsnachfolge nach § 56 SGB I hinsichtlich der rückständigen Rentenansprüche mit ihren allein gegen den Erben gerichteten Forderungen aus (BSG, Urteil vom 13.09.1994 – 5 RJ 44/93 –, in juris).

**41** Die Klägerin hat hier auch keinen Anspruch auf Erstattung der von ihr geltend gemachten Rechtsanwaltskosten für die vorgerichtliche Beratung. Ein Anspruch als Verzugsschaden scheidet aus, da im Recht der Sozialversicherung außer in den vom Gesetz selbst genannten Fällen nur der den Gegenstand der eigentlichen Leistung bildende Betrag, nicht aber zusätzliche Leistungen wie ein Verzugsschaden oder andere durch rechtswidriges Handeln der Verwaltung ausgelöste Aufwendungen geschuldet werden (BSG, Urteil vom 31.05.2016 – B 1 KR 38/15 R –, in juris Rn. 39). Abgesehen davon hat die Beklagte die Zahlung auch zu Recht verweigert. Im Übrigen hat der Rechtsanwalt der Klägerin in seinem Schreiben vom 05.06.2019 auch nicht zu dem von ihr gewählten Vorgehen geraten.

**42** Nach alledem war die Berufung zurückzuweisen.



## Kostenrecht

Von Dr. *Guido Toussaint* (Hrsg.),  
52. Aufl. 2022, Verlag C.H. Beck, München, 2847 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
163,- €. ISBN 978-3-406-78142-1.

*Notarassessor Alkan Atak (Bad Waldsee)*

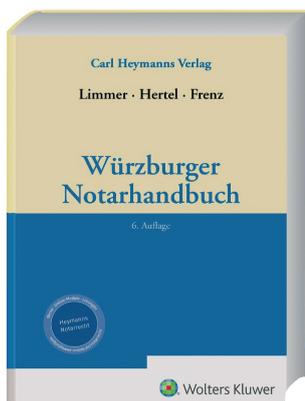
Der Kommentar zum Kostenrecht „Toussaint“ ist mittlerweile in der 52. Auflage erschienen und im Vergleich zur Voraufgabe um mehr als 200 Seiten angewachsen.

Der beinahe jährlich neu aufgelegte „Toussaint“ (bis zur 50. Auflage als „Hartmann/Toussaint“ bekannt) ermöglicht es dem Rechtsanwender, die passende Antwort auf die jeweilige Fragestellung zu finden, wobei sowohl die aktuelle Gesetzeslage als auch die dazugehörige Rechtsprechung im Werk an den jeweiligen Stellen dargestellt wird. Genannt werden kann an dieser Stelle etwa die Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 01.10.2020 (V ZB 67/19) zur Frage, ob die Notarin bzw. der Notar eine fehlerhafte Sachbehandlung begeht, wenn ein Grundstückskaufvertrag und die dazugehörige Auflassung getrennt beurkundet werden, da insoweit die Gebühren für den Grundstückskaufvertrag die dazugehörige Auflassung nach § 109 Abs. 1 S. 2 GNotKG nicht mitumfassen (bei der Beurkundung von Grundstückskaufvertrag und Auflassung beim selben Notar ist daher zusätzlich zur 2,0-fachen Gebühr eine 0,5-fache Gebühr nach Nr. 21101 Nr. 1 KV zu erheben). Die - für die Kautelarpraxis höchst relevante - Entscheidung wird von *Zivier* bei Rn. 6 und 8 zu § 21 GNotKG kommentiert.

Das Werk weist bereits auf die wichtigsten Neuregelungen des vergangenen Jahres hin, wie etwa das Gesetz zur Neuregelung des Berufsrechts der anwaltlichen und steuerberatenden Berufsausübungsgesellschaften vom 07.07.2021 (in Kraft ab: 01.08.2022).

Um es auf den Punkt zu bringen: der „Toussaint“ ist ein gutes Nachschlagewerk für all diejenigen, die sich mit kostenrechtlichen Aspekten des deutschen Rechts beschäftigen. Es bietet als kompaktes Werk einen guten Gesamtüberblick und bringt aufgrund seiner Praxishöhe kurz und bündig Antworten auf die meisten Rechtsfragen im Dunstkreis des Kostenrechts. Mithilfe des zu jedem Paragrafen vorangestellten Inhaltsverzeichnisses und dem ausführlichen Stichwortverzeichnis ist der Benutzer in der Lage, auf höchst effiziente Art und Weise die passende Lösung zur jeweiligen Fragestellung zu finden. Der „Toussaint“ kann als ein „must have“ eines jeden kostenrechtlich interessierten Rechtsanwenders deklariert werden.

Eine klare Kaufempfehlung.



## Würzburger Notarhandbuch

Von Prof. Dr. *Peter Limmer*, *Christian Hertel*, *Dr. Norbert Frenz* (Hrsg.),  
6. Auflage 2022, Carl Heymanns Verlag, 3806 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
259,- €. ISBN 978-3-452-29748-8.

*Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)*

Knapp vier Jahre nach dem Erscheinen der Voraufgabe ist die 6. Auflage des Würzburger Notarhandbuchs erschienen. Seit dem Erscheinen der 1. Auflage in 2005 hat sich dieses Werk zum festen Bestandteil jedes Notarbüros entwickelt und gehört ohne Frage zur Grundausstattung für Notare, Notarassessoren sowie die Mitarbeiter im Notariat. Das Werk überzeugt vor allem durch seine umfassende Darstellung der notariellen Tätigkeit. Es werden nicht nur gängige Abläufe, sondern auch seltene Besonderheiten bearbeitet. Hierbei finden sich Erläuterungen und vor allem Muster, die man in anderen vergleichbaren Wer-

ken vergeblich sucht. Gerade diese Kombination aus einerseits einer umfangreichen Musterbibliothek und andererseits umfassenden Erläuterungen macht das Würzburger Notarhandbuch unverzichtbar. Es liefert fundierte Ergebnisse für jedes Problem der notariellen Praxis.

Sowohl personell als auch inhaltlich bleibt das Handbuch seinem bewährten Konzept treu. Als Autoren neu dazugestoßen sind Notar a.D. Dr. *Sebastian Löffler* sowie Notarassessor *Martin Thelen*, welche die neuen Kapitel zum Elektronischen Urkun-

denarchiv und zum Geldwäschegesetz übernommen haben. Zudem hat Frau *Julia Weber*, Referentin am DNotl, den von Notar Heggen bearbeiteten Teil innerhalb des IPR übernommen. Auch inhaltlich wird das bewährte Konzept beibehalten. Die systematische Aufgliederung nach Rechtsgebieten ist ebenso beibehalten worden, wie die zahlreichen Formulierungsbeispiele, Checklisten, Übersichten und Muster. Positiv ist ferner, dass die Formulierungsbeispiele und Muster nunmehr zum Download zur Verfügung gestellt werden und nicht mehr, wie in den Voraufgaben auf CD-ROM beigefügt sind. Dies erleichtert die Übernahme sowie die Anpassung in die eigene Sammlung enorm.

Die 6. Auflage bringt das Werk auf den Stand vom Mai 2021. Seit der Voraufgabe machten vor allem wichtige Gesetzesänderungen auf nationaler sowie europäischer Ebene eine Überarbeitung des Handbuchs notwendig. Im Immobilienrecht musste vor allem das Kapitel zum WEG aufgrund der Neuerungen durch

das WEMoG angepasst werden. Im Gesellschaftsrecht werden bereits die bevorstehende Online-Beurkundung bei der Gesellschaftsgründung sowie die geplanten Änderungen des Personengesellschaftsrechts insbesondere die Einführung des GbR-Register ausführlich besprochen. Schließlich werden im Kapitel zum Berufs- und Verfahrensrecht die immer wichtiger werdenden Regelungen zum Geldwäscherecht sowie die Neuerungen durch das elektronische Urkundearchiv detailliert dargelegt. Selbstverständlich wurden insgesamt die neuesten Entwicklungen in Literatur und Rechtsprechung umfassend eingearbeitet und kritisch bewertet. Auch die Muster wurden entsprechend angepasst.

Schließlich bleibt es nur eine ganz klare Kaufempfehlung auszusprechen. Das Handbuch ist in seiner Detailfülle und der Kombination aus Qualität und gleichzeitig einer umfassenden Darstellung auf dem Markt für Notarliteratur konkurrenzlos.



## Personengesellschaften im Rechtsvergleich

Von Prof. Dr. *Holger Fleischer* (Hrsg.),  
1. Aufl. 2021, Verlag C.H. Beck, 483 Seiten, Hardcover (in Leinen).  
149,- €. ISBN 978-3-406-76118-8.

*Notarassessor Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)*

Die Lage Deutschlands im Herzen von Europa bietet und seither Chancen, stellt uns aber auch immer wieder vor besondere Herausforderungen. Dies gilt nicht nur auf globaler, wirtschaftlicher oder politischer Ebene, sondern auch regional. Auch die notarielle Tätigkeit verändert sich durch die immer wichtiger werdende Internationalisierung der Wirtschaft. Belgische, niederländische, österreichische oder französische Unternehmen aus dem Grenzgebiet mit der Bundesrepublik sind eben nicht mehr nur in ihrem Land tätig. Sie kaufen Grundstücke in Deutschland, gründen Niederlassungen oder Tochtergesellschaften und erwerben Anteile an deutschen Unternehmen. All das ist ein Grund für den Notar die wesentlichen Eckpunkte des personengesellschaftsrechts dieser und anderer wichtiger Staaten zumindest in Grundzügen zu kennen.

An dieser Stelle setzt das vorliegende Werk an. Nach einem Überblick über das gegenwärtige Personengesellschaftsrecht in Deutschland und in Europa und der Vorstellung der aktuellen Reformpläne werden in elf Länderberichten die wesentlichen Grundlagen des Personengesellschaftsrechts der jeweiligen Länder vorgestellt. Es finden sich Länderberichte für Österreich, Schweiz, Frankreich, Italien, Spanien, Belgien, die Niederlande, Schweden, Russland, das Vereinigte Königreich sowie die Vereinigten Staaten.

Jeder Länderbericht folgt dabei demselben Aufbau. Nach einer kurzen Vorstellung der Grundlagen, werden die rele-

vanten Rechtsformen vorgestellt. Es folgen Abschnitte zum Gesellschaftsvertrag, zur Geschäftsführung und Vertretung, der Vermögensorganisation, zu den Rechten und Pflichten der Gesellschafter. Ferner wird auf das Vorgehen bei Gesellschafterwechsel und bei der Auflösung bzw. Beendigung der Gesellschaft eingegangen. Inhaltlich ist vor allem die einerseits prägnante andererseits auch umfassende Darstellung hervorzuheben. Bei jedem Abschnitt werden nicht nur die relevanten Punkte vorgestellt, es wird auch stets der Vergleich zum deutschen Recht gezogen und die Gemeinsamkeiten, wie die Unterschiede deutlich gemacht. Aus notarieller Sicht sind vor allem die Abschnitte zur Vertretung der Gesellschaft von besonderem Interesse. Vor allem im Fall von Vereinigten Königreich und den Vereinigten Staaten ergeben sich Unterschiede zu den häufig identischen kontinentaleuropäischen Rechtsordnungen. Aber auch bei den letzteren ist auf die Details, vor allem die Wirkungen der Eintragung ins Handelsregister, zu achten, da die Regelungen und das Verständnis zum Rechtsschein in den einzelnen Staaten unterschiedlich sind.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das vorliegende Werk für den notariellen Alltag sicherlich nicht unverzichtbar ist. Es ist aber eine sinnvolle Ergänzung der Handbibliothek eines jeden Notars und bietet in besonderen Konstellationen mit Auslandsbezug eine wertvolle Hilfestellung. Eine Anschaffung ist auf jeden Fall zu empfehlen.



## ■ Bürgerliches Gesetzbuch, Handkommentar

Von Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze (Hrsg.),

11. Aufl. 2022, Nomos Verlag Baden-Baden, 3276 Seiten, gebunden, mit Online-Zugang.  
69,- €. ISBN 978-3-8487-8407-3.

Notar Andreas Lämmle, Calw

Das Bürgerliche Gesetzbuch ist seit nunmehr über 120 Jahren das zentrale Gesetz im materiellen Zivilrecht. Viele Grundkonstruktionen bestehen konstant seit der Bekanntmachung noch zu Bismarck's Zeiten. Gleichzeitig wird das BGB regelmäßig jährlich mehrfach durch den Gesetzgeber geändert und ergehen laufend über den entschiedenen Einzelfall hinaus gerichtliche Entscheidungen. Das Autorenteam rund um Prof. Dr. Dr. h.c. Reiner Schulze, der an der Universität Münster tätig ist, hat sich nicht nur der Herausforderung gestellt, diese Änderungen in die 2019 erschienene Voraufgabe einzuarbeiten, sondern gibt auch bereits hilfreiche Ausblick auf künftige Änderungen. Gegenüber der Voraufgabe hat sich der Seitenumfang um rund 5 % (164 Seiten) erhöht, ohne dass der Verlag den Preis von 69,00 € verändert hat. Unter Berücksichtigung der nunmehr bereits wiederholt eingeschlossenen Online- Nutzungsmöglichkeiten ist das Preis-Leistungsverhältnis unverändert sehr gut.

In der nachfolgenden Besprechung wird vor allem auf für die notarielle Praxis besonders wichtige Normen eingegangen.

In der Kommentierung von § 311b, eine der Kernnormen für Notare, geben Fries/Schulze einen gelungenen Überblick über alle einschlägigen Fragen bezüglich der Beurkundungsbedürftigkeit im Zusammenhang mit Grundstücksgeschäften. Im Rahmen der Kommentierung zu § 312 geben Schulte/Nölke Übersichten zu Informationspflichten, Widerrufsrechten und der Formbedürftigkeit einer Kündigung an die Hand. Diese helfen vor allem dann orientierend weiter, wenn vom Notar ausnahmsweise ein Verbrauchervertrag zu beurkunden ist, bezüglich dem die §§ 312 ff. über § 312a Abs. 1, 3, 4 und 6 hinaus anzuwenden sind.

Zur Prüfung der Frage, ob eine familiengerichtliche Genehmigung erforderlich ist, hilft es, dass in der Vorbemerkung zu §§ 1821-1822 auf weitere Genehmigungserfordernisse außerhalb des 4. Buchs des BGB hingewiesen wird (z.B. §§ 125 II FamFG, 2282 II, 2290 f. BGB, § 181 II ZVG).

Auf die anstehenden Rechtsänderungen im Zusammenhang mit der Reform des Vormundschafts- und Betreuungsrecht zum 1.1.2023 wird in synoptischen Darstellungen des derzeitigen und des künftigen Rechts hingewiesen (vor §§ 1773-1895, Anh. § 1836 – VBVG, vor §§ 1909-1921). Diese Übersichten helfen bis zur Kommentierung der neuen Normen in der nächsten Auflage die Neuregelung im Gesetz zu finden. Erleichtert würde dies, wenn auch bei den jeweiligen Kommentierungen jeweils die künftige Regelung genannt würde.

Bezüglich der Kommentierung zum Erbschein ist eine solche Umstellung Hoeren sehr gut gelungen. An der „alten“ Stelle

(§§ 2354 bis 2359) findet sich eine Tabelle, in der die 2015 vom BGB in das FamFG ausgelagerten Normen genannt werden. Für die Praxis in den Notarkanzleien äußerst hilfreich ist die Kommentierung der §§ 352 ff. FamFG im Anhang. In § 352 FamFG Rdnr. 11 wird die Ansicht vertreten, die Eidesstattliche Versicherung müsse durch den Antragsteller persönlich oder seinen gesetzlichen Vertreter erfolgen. In der nächsten Auflage sollte auch die zunehmende Rechtsprechung eingegangen werden, die zumindest eine Vertretung des geschäftsunfähigen Antragstellers durch einen Generalbevollmächtigten zulässt (so OLG Celle, ZEV 2018, 728, OLG Düsseldorf, ZEV 2019, 422 f.).

In § 2353 Rdnr. 8 wird noch die Zuständigkeit des Notariats als Nachlassgericht in Baden-Württemberg genannt. Entweder sollte dieser Hinweis in der nächsten Auflage entfallen oder mit einem dem Hinweis „bis 31.12.2017“ ergänzt werden.

Für die notarielle Praxis wichtig ist die Frage, gegenüber wem der Erblasser seinen Rücktritt vom Erbvertrag bzw. seinen Widerruf vom gemeinschaftlichen Testament wirksam erklären kann. Während in § 130 Rdnr. 3 zutreffend von Dörner festgestellt wird, dass eine notariell zu beurkundende Willenserklärung nur wirksam wird, wenn dem Erklärungsempfänger eine Ausfertigung zugeht, nennt Hoeren in § 2296 Rdnr. 7 auch die Möglichkeit des Zugangs der Urschrift, obwohl diese in der Urkundensammlung des Notars verbleibt. Auch in der Kommentierung zu § 2296 fehlen zumindest aus notarieller Sicht Hinweise auf die Möglichkeit der Stellvertretung des Erklärungsempfängers durch einen gesetzlichen oder gewillkürten Vertreter. Immerhin weist Hoeren in § 2271 Rdnr. 3 auf den zielführenden Aufsatz von Keim (ZEV 10, 358) hin. Nach dem § 2271 auf § 2296 verweist, sollte dort auch auf die jüngst ergangene Grundsatzentscheidung des BGH vom 27.1.2021 (Az. XII ZB 450/20), die eine Stellvertretung durch Bevollmächtigte bejaht, eingegangen werden.

Die vorgenannten kritischen Anmerkungen ändern nichts an der unverändert hohen Praxistauglichkeit des bereits in 11. Auflage erschienenen Handkommentars. Im Berufsalltag eines Notars braucht es oft einer schnellen Orientierung oder Vergewisserung. Wenn die Recherche im Großkommentar zu lange dauert und der bloße Blick ins Gesetz nicht ausreicht, wird der Griff zum „Schulze BGB“ bei den meisten Fragen zum BGB für den Praktiker zum Glücksgriff. Schnell findet man die gesuchte gesetzliche Norm. Darunter findet man meistens auf ein bis zwei Seiten eine übersichtlich gegliederte Kommentierung, gut lesbar mit maßvollen Abkürzungen. Beim digitalen Gebrauch gilt dies in besonderem Maße: Mit Tastatur und Maus kann man auf dem Bildschirm schnell lesen, was man sucht. Und wenn man fündig geworden ist, geht es dann leicht und zielgerichtet in die

Tiefe: Mittels des eingeschlossenen Online-Zugangs sind jetzt die im Handkommentar zitierten Entscheidungen und Gesetze nur noch einen Mausklick entfernt. Deshalb ist der auch der neue

„Schulze BGB“ uneingeschränkt zur Anschaffung zu empfehlen. Ein handliches Werk für einen raschen Überblick und mit einer niederschweligen Einladung zu juristischen Tiefenbohrungen!



## Gesetz betreffend die Gesellschaften mit beschränkter Haftung (Komentar)

Von Prof. Dr. *Markus Gehrlein*, *Manfred Born* und Prof. Dr. *Stefan Simon* (Hrsg.), 5. Auflage 2021, Carl Heymanns Verlag, 1845 Seiten, Hardcover (in Leinen). 179,- €. ISBN 978-3-452-29642-9.

Notarassessor *Anton Gordon LL.M., Ellwangen (Jagst)*

Die herausragende Bedeutung der Gesellschaft mit beschränkter Haftung für die deutsche Rechtsordnung ist unbestritten. Mit über 1,1 Millionen Gesellschaften ist diese die wichtigste Gesellschaftsform. Folglich mangelt es auf dem Markt nicht an Literatur zur GmbH, weswegen es nicht einfach ist sich von anderen vergleichbaren Werken abzugrenzen. Dem vorliegenden Werk ist dies dennoch gelungen.

Es handelt sich um ein Werk für den Praktiker, denn es enthält neben der umfangreichen Kommentierung des GmbHG umfassende Anhänge zum Konzernrecht, zur Besteuerung der Gesellschaft und der Gesellschafter, zum internationalen Gesellschaftsrecht sowie zur Compliance bei der GmbH. Gerade diese Anhänge runden die vorgehende Kommentierung ab, und vermitteln ein vollständiges Bild des gesamten Rechts der GmbH und der relevanten Nebengebiete.

Natürlich kann an dieser Stelle keine umfassende Würdigung des Inhalts erfolgen, daher soll der Mehrwert des Kommentars nachfolgend anhand einiger ausgewählter Stellen deutlich gemacht werden.

Zu der Frage der Gleichwertigkeit der Auslandsbeurkundung bei der Gründung der GmbH folgt *Schmitz* nicht der jüngsten Rechtsprechung des Kammergerichts, wonach eine solche Beurkundung zulässig wäre, wenn diese der Beurkundung vor einem inländischen Notar gleichwertig ist. Nach Ansicht von *Schmitz* überzeugt dies vor allem mit Hinblick auf die Belehrungsfunktion über das anwendbare materielle Recht nicht. Zwar mag das Verfahren vor einem ausländischen Notar gleichwertig sein, die materielle Prüfung kann durch einen ausländischen Juristen aber nicht in der Tiefe erfolgen wie durch einen inländischen, weswe-

gen die wichtige Filterfunktion des Notars, welche die materielle Richtigkeit der Urkunden gewährleistet, unterbleibt.

Ein weiterer Punkt, welcher in der Praxis immer wieder Schwierigkeiten bereitet ist, die Frage, inwieweit im Rahmen einer Sachgründung Forderungen zur Erfüllung der Einlageverpflichtung eingebracht werden dürfen. *Born* tritt in seiner Kommentierung der herrschenden Meinung entgegen, wonach Forderungen gegen Mitgesellschafter nicht einlagefähig seien. Die herrschende Meinung sei abzulehnen, da diese Forderungen abtretbar, und daher aus dem Vermögen des Einlageschuldners ausgesondert werden können. Dieser Ansicht ist zuzustimmen, denn eine abtretbare Forderung bildet einen eigenständigen, einklagbaren Anspruch der Gesellschaft, wodurch eine solche Forderung durchaus einlagefähig ist.

Besonders hervorzuheben ist schließlich der besondere Schwerpunkt des Kommentars auf steuerrechtliche Fragen im Zusammenhang mit der GmbH. Nicht nur im einschlägigen Anhang, sondern auch im Rahmen der Kommentierung der einschlägigen Normen, wird stets der Bogen zum Steuerrecht gespannt, und die relevanten Fragen nicht nur aus zivilrechtlicher bzw. gesellschaftsrechtlicher Sicht, sondern auch aus der Sicht des Steuerrechts beleuchtet.

Als Fazit ist festzuhalten: Der Kommentar kann uneingeschränkt zur Anschaffung empfohlen werden. Die fundierte Kommentierung der relevanten Vorschriften gepaart mit ausführlichen Anhängen gibt dem Rechtsanwender eine verlässliche Hilfestellung bei verschiedensten Rechtsfragen im Zusammenhang mit der GmbH. Es ist eine lohnende Ergänzung für die Handbibliothek eines im Gesellschaftsrecht tätigen Praktikers.

## Standesnachrichten

### **Ernennungen:**

Mit Wirkung vom 1. Juni 2022 wurde Frau Corinna Simone Blach mit dem Amtssitz in Brackenheim zur Notarin ernannt.

Mit Wirkung vom 1. Juni 2022 wurde Herr Dr. Jan-Christoph F. Stephan mit dem Amtssitz in Reutlingen zum Notar ernannt.

Mit Wirkung vom 18. Juli 2022 wurde Herr Jochen Bigga mit dem Amtssitz in Ulm zum Notar ernannt.





[www.itcollection.de](http://www.itcollection.de)

## Wünschen Sie sich den idealen IT-Partner an Ihrer Seite auf dem Weg zum eigenen Notariat?

Sie wurden gerade zur Notarin bzw. zum Notar bestellt? Dann sind Sie aktuell auf dem spannenden Weg zum Unternehmer mit Ihrem eigenen Notariat. Besonders bei Ihnen als Notarin bzw. Notar und Ihren Mitarbeitern unterliegen viele Ihrer Arbeitsprozesse zahlreichen rechtlichen Vorgaben: IT-Sicherheit, Datenschutz, Rechts- und Notariatskonformität, elektronische Akte, elektronisches Urkundenarchiv und Online-Beurkundung, um nur einige zu nennen.

Die Einhaltung dieser Standards bei Ihrer täglichen Arbeit ist für Ihre Reputation und für das Vertrauen Ihrer Mandantschaft zentral. Dies birgt bei Fehlern jedoch auch hohe rechtliche, finanzielle und damit auch unternehmerische Risiken.

Sie können diese IT-bezogenen Risiken auf ein Minimum reduzieren: indem Sie von Beginn Ihrer Notarlaufbahn mit einem erfahrenen und zuverlässigen IT-Partner zusammen arbeiten, der sich genau auf Ihre Anforderungen an IT-Systeme spezialisiert hat. Mit uns an Ihrer Seite können Sie und Ihre Mitarbeiter sich auf Ihre Arbeit und Ihre Mandanten konzentrieren. Ihre IT die einfach läuft: notariatskonform, rechtssicher und zuverlässig.

Sie wünschen sich für Ihr Notariat genau so einen Partner an Ihrer Seite? Dann wollen wir Sie gerne persönlich kennenlernen, um mit Ihnen zu prüfen, ob unsere IT-Lösungen auch Ihre Anforderungen erfüllen.

**Vereinbaren Sie jetzt Ihren Kennenlern-Termin für eine kostenlose Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!**

### Ihre klaren 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 – weit mehr als nur 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 - schon während des Aufbaus Ihres Notarbüros.
- **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](mailto:zentrale@itcollection.de)**

Sichern Sie sich bis 15. September 2022 eine kostenfreie Erstanalyse mit Ihrem Lösungsberater!