BW NotZ

Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

5|2019

Oktober 2019

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

SCHRIFTLEITUNG
Notarassessor Dr. Gabriel Ludwig Schmidt, Reutlingen
Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen

ISSN-Nummer 1434-2979

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

ABHANDLUNGEN

Zum Fortbestand der in den württembergischen Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten
Dipl. Rpfleger (FH) Christoph Ilg, Ravensburg 318

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 14.06.2019 - V ZR 254/17
Kostentragung bei Maßnahme zur Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums durch den Eigentümer 332

OLG Rostock (3. Zivilsenat), Urteil vom 19.12.2019 - 3 U 62/18l
Beschaffenheitsvereinbarung bei Angaben vor notariellem Kaufvertrag über ein Grundstück 342

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 13.11.2019 - IV ZR 317/17
Feststellung der Vaterschaft – Kreis der pflichteilsberchtigter Abkömmlinge 349

FAMILIENRECHT

BGH (BGH), Urteil vom 18.06.2019 - X ZR 107/16
Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages 361

ÖFFENTLICHES RECHT

VG Berlin (19. Kammer), Beschluss vom 13.12.2019 - VG 19 L 566.19
Sachverhalt, Erforschung im Rahmen des gemeindlichen Vorkaufsrechts 372

STEUERRECHT

BFH (II. Senat), Urteil vom 28.05.2019 - II R 37/16
Steuerbefreiung für ein Familienheim im Fall der Renovierung 377

Stiftung
des Fördervereins
für krebskranke Kinder
Tübingen

Auch Sie können
den Kindern helfen!

KAMPF DEM KREBS BEI KINDERN

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

Ihr Testament für krebskranke Kinder

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

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

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

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

85. BAND
BWNotZ

AUSGABE 5|2019

INHALTSVERZEICHNIS

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

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

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

Der Bezugspreis beträgt jährlich 50,- Euro einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt.Einzelhefte 8,- Euro einschließlich USt zuzüglich Versandkosten. Einzelhefte können nur von den letzten 5 Jahrgängen einschließlich des laufenden Jahrgangs bezogen werden. Abbestellungen müssen 6 Wochen vor Ende eines Kalenderjahres erfolgen.

HERSTELLUNG
Erich Schretzmann Siebdruck GmbH
siebdruck-schretzmann.de.
Huber Werbung, 73547 Lorch
www.huber-werbung-lorch.de

ABHANDLUNGEN

Seite

Dipl. Rpfleger (FH) Christoph Ilg, Ravensburg
Zum Fortbestand der in den württembergischen Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten 318

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 14.06.2019 – V ZR 254/17 332
KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 10.09.2019 – 1 W 127/19 336
OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat), Beschluss vom 07.01.2020 – 14 W 126/19 338
OLG Köln, Beschl. v. 14.11.2019 – 2 Wx 331/19 340
OLG Rostock (3. Zivilsenat), Urteil vom 19.12.2019 – 3 U 62/18l 342
OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.10.2019 – 8 W 27219 344

ERBRECHT

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 19.06.2019 – IV ZB 30/18 346
BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 13.11.2019 – IV ZR 317/17 349
LG Bremen (2. Zivilkammer), Urteil vom 19.08.2019 – 2 O 179/19 355
OLG Bamberg (3. Zivilsenat), Beschluss vom 06.05.2019 – 3 W 16/19 359

FAMILIENRECHT

BGH (BGH), Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 107/16 361

INTERNATIONALES RECHT

OLG Köln, Beschl. v. 11.12.2019 – 2 Wx 332/19 367
OLG Köln, Beschl. v. 11.12.2019 – 2 Wx 342/19 369

ÖFFENTLICHES RECHT

VG Berlin (19. Kammer), Beschluss vom 13.12.2019 – VG 19 L 566.19 372

STEUERRECHT

BFH (II. Senat), Urteil vom 28.05.2019 - II R 37/16 377

BUCHBESPRECHUNGEN

1. Grundbuchordnung von Stefan Hügel (Hrsg.) 4. Auflage
(Besprechung von Notar a.D. Professor Walter Böhringer Heidenheim/Brenz) ... 380

2. Umwandlungsgesetz von Marcus Lutter (Begr.) 6. Auflage
(Besprechung von Notar a.D. Professor Walter Böhringer Heidenheim/Brenz) ... 382

3. Beck'sches Formularbuch (Bürgerliches, Handels und Wirtschaftsrecht) von Michael Hoffmann-Becking und Alexander Gebele (Hrsg.) 13. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen) 383

4. Münchner Anwaltshandbuch Erbrecht von Stephan Scherer (Hrsg.) 5. Auflage
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen) 384

5. Das notarielle Nachlassverzeichnis von Ulf Schönenberg-Wessel
(Besprechung von Notarassessor Anton Gordon, Sindelfingen) 385

ABHANDLUNGEN

Zum Fortbestand der in den württembergischen Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten

Dipl. Rpfleger (FH) Christoph Ilg, Ravensburg

1. Einleitung

Die in den württembergischen[1] Grundbüchern enthaltenen Vermerke über die in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten verbreiten in der Grundbuch- und Notarpraxis oftmals einen gewissen Schrecken: Nicht umsonst wurde das Servitutenbuch bereits in den Fünfzigerjahren des vergangenen Jahrhunderts als „das Schmerzkind des Praktikers" bezeichnet.[2] Oftmals dürfte der Schrecken im Zusammenhang mit der Lastenfreistellung indes geringer sein als gemeinhin angenommen. Die Lastenfreistellung ist wegen § 10 Abs. 1 S. 1 ErbbauRG bei der Bestellung von Erbbaurechten[3], bei der Beleihung des Grundstücks oder der Regelung nachbarrechtlicher Beziehungen nötig: Aufgrund der zwischenzeitlich vergangenen Zeitspanne seit der Begründung der Dienstbarkeiten werden die Beteiligten oftmals vor große Schwierigkeiten gestellt.

Die Servituten haben Ihren Ursprung im römischen Recht.[4] Im früheren Königreich Württemberg und seinen Rechtsvorgängern, dem Kurfürstentum Württemberg bzw. dem Herzogtum Württemberg[5], wurde das auf dem römischen Recht basierende Recht der Servituten modifiziert.

Eine reichhaltige Sammlung zum württembergischen Privat- und Sachenrecht und seiner Anwendung bieten die Veröffentlichungen von *Lang*[6], *Mandry*[7], *Reyscher*[8], *Hegler*[9] und *Wächter*[10].

Den in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten kommt weiterhin eine hohe Bedeutung im Grundstücksverkehr zu, da sie grundsätzlich gem. Art. 184 EGBGB mit dem sich aus den bisherigen Gesetzen ergebendem Inhalt und Rang weiterbestehen und sich hieraus grundsätzlich Ansprüche des jeweiligen Berechtigten ableiten lassen.[11] [12]

Konkret blieben die in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten auch nach dem 01.01.1900 bestehen, sofern im Grundbuch ein Verweis auf die entsprechende Eintragung im Servitutenbuch eingetragen war, wobei dieser Verweis die konkrete Art der Belastung zunächst nicht zu verlautbaren brauchte.[13] Es genügte daher ein schlichter Verweis auf die Fundstelle im Servitutenbuch. Dieser Umstand beruht auf § 87 S. 1 der Grundbuchordnung vom 24.03.1897 in der Fassung der Bekanntmachung vom 20.05.1898 (RGBl. 1898, S. 754)[14] in Verbindung mit der für das Königreich Württemberg erlassenen Verordnung betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899 (RegBl. S. 540)[15], dort insbesondere

1 Die folgenden Ausführungen gehen nicht auf die Situation in den ehemals badischen bzw. hohenzollerischen Landesteilen ein, sondern beschäftigen sich ausschließlich mit der Situation in ehemals württembergischen Gebieten.

2 *Planck-Kettnaker*, Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.

3 Grundsätzlich besteht die Möglichkeit ein Erbbaurecht aufgrund § 10 Abs. 2 ErbbauRG i. V. m. § 1 der Verordnung der Landesregierung über den Rang von Erbbaurechten vom 17.01.1994 (GBl. 1994, 49) nicht an erster Rangstelle einzutragen. Das Verfahren ist allerdings langwierig und von ungewissem Ausgang. Oftmals wird es jedoch entbehrlich sein, da die Servituten in vielen Fällen bereits inhaltlich unzulässig sein dürften bzw. bereits ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des Grundstücks erfolgt ist.

4 Zu den Servituten und dem römischen Recht im Allgemeinen: *Luden, Karl,* Die Lehre von den Servituten, Gotha 1837.

5 Das Königreich Württemberg existierte vom 01.01.1806 bis zu seiner Überleitung in den Volksstaat Württemberg im Zuge der Novemberrevolution 1918.

6 Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876 (Band I) und 1880 (Band II).

7 *Mandry,* Das württembergische Privatrecht Tübingen [u. a.] 1901 (Band 1), 1902 (Band II.1) und 1903 (Band II.2 und II.3).

8 *Reyscher,* Das gesammte württembergische Privatrecht, Tübingen 1837 (Band I) und 1843 (Band II + III).

9 *Hegler,* Das Württembergische Privatrecht: Allgemeine Lehren und Sachenrecht, Stuttgart 1890.

10 Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1839 (Band I.1) und 1842 (Band I.2 und Band II).

11 BeckOGK/*Kazele,* 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 558 f.

12 Zu beachten sind die Einschränkungen des Art. 184 S. 2 EGBGB für Grunddienstbarkeiten.

13 BGH, WM 2012, 1004, 1005; *Mandry,* Das württembergische Privatrecht Bd. 1, Das württembergische Privatrecht auf Grund des Ausführungsgesetzes vom 28.7.1899 und der neben dem Ausführungsgesetz für die Zukunft geltenden Rechtsquellen, Tübingen [u. a.] 1901, S. 33.

14 Vgl. auch *Güthe/Triebel,* Grundbuchordnung für das Deutsche Reich und die preußischen Ausführungsbestimmungen, 4. Auflage 1925 S. 1278 ff.

15 Abgedruckt bei: *Mandry,* Das württembergische Privatrecht Bd. 2, Die Quellen des württembergischen Privatrechts; 1, Tübingen [u. a.] 1902, S. 68 ff.

§ 8 Abs. 3. Heute gilt das bisherige Servitutenbuch gem. § 3 Abs. 2 EGB-VO[16] i. V. m. § 21 GBVO[17] unter Vorbehalt[18] grundsätzlich als Teil des Grundbuchs. Unterblieb allerdings seinerzeit die Eintragung eines derartigen Hinweisvermerks, galt dies, unbeschadet des materiellrechtlichen Weiterbestands des Rechts, als Löschung nach § 46 Abs. 2 GBO, so dass ein gutgläubig lastenfreier Erwerb möglich wurde.[19] Weiterhin kommt ein gutgläubig lastenfreier Erwerb aufgrund einer zwischenzeitlich inhaltlich unzulässigen Eintragung in Betracht.

Zu dieser Thematik sind, nachdem sich bereits im Jahre 1967 das Oberlandesgericht Stuttgart[20] damit befasst hatte, in neuerer Zeit zwei wegweisende Entscheidungen des Bundesgerichtshofs[21] sowie des Oberlandesgerichts Stuttgart[22] ergangen, die zwischenzeitlich in der einschlägigen Kommentierung[23] und auch in der Rechtsprechung[24] Einzug gehalten haben und daher als allgemein bekannt gelten dürfen.

2. Die verschiedenen öffentlichen Bücher in Württemberg aus der Zeit vor Einführung des Grundbuchs

2.1 Die Gerichtsbücher

Die Gerichtsbücher gliederten sich in drei Teile (Unterpfandsbuch, Güterbuch, Vertragsbuch). Ihre Funktion bestand hauptsächlich in der Sicherung von Rechten. Es handelt sich grundsätzlich um öffentliche Bücher.[25] Weiterhin dienten die Gerichtsbücher bspw. der Erfassung von Testamenten oder Bürgschaften.[26]

2.1.1 Die Pfandbücher (Unterpfandsbuch)

Hauptzweck der Unterpfandsbücher war die Eintragung der Pfandrechte[27] oder dinglicher Rechtern an Liegenschaften.[28] Weiterhin konnten in den Pfandbüchern bestimmte dingliche bzw. persönliche Rechte an Liegenschaften durch Vormerkung gesichert werden.[29] Der rechtsgeschäftliche, gutgläubige Erwerb der eingetragenen Pfandrechte war möglich.[30] Beschlüsse der Unterpfandsbehörde über die Bestellung von Pfandrechten wurden darüber hinaus inhaltsgleich in den Unterpfandsprotokollen vermerkt.[31] Die Unterpfandbücher bildeten ab dem 01.01.1900 zusammen mit den Güter- und Servitutenbücher bis zu deren Umschreibung das Grundbuch.[32]

2.1.2 Die Güter- und Servitutenbücher

Ursprünglich dienten die Güterbücher – auch Steuerbücher genannt – der Bestimmung der Steuerverhältnisse. Sie gehen zurück bis ins Jahr 1628, als Ihre Einführung für allgemeine Steuerzwecke angeordnet wurde.[33] In den Güterbüchern wurden für das jeweilige Gemeindegebiet das Grundeigentum und die Gefälle[34] unter dem Namen der einzelnen Berechtigten eingetragen.[35]

Im Zuge der Pfandgesetzgebung kam den Güterbüchern allerdings eine zunehmende Wichtigkeit für die Privatrechte zu, da sie zur Grundlage der Berechtigung zur Verpfändung dieser Rechte wurden.[36]

16 Verordnung des Justizministeriums über das maschinell geführte Grundbuch (EGB-VO) vom 23.02.2000 (GBl. 2000, 182).
17 Verordnung des Justizministeriums zur Ausführung des Landesgesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit im Bereich des Grundbuchwesens (GBVO) vom 21.05.1975 (Gbl. 1975, 398).
18 Ausführlich zur Thematik und mit weiteren Nachweisen: BGH, WM 2012, 1004, 1005. Das Servitutenbuch gilt nur noch unter engen Voraussetzungen als Teil des Grundbuchs. Erforderlich ist, dass vor dem 01.04.1936 ordnungsgemäß auf das Servitutenbuch Bezug genommen wurde und zwischenzeitlich keine schädlichen Umschreibungen bzw. Eintragungen erfolgt sind.
19 BGH, WM 2012, 1004, 1005; OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140; *Richter/Hammel,* Baden-Württembergisches Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Vorschriften des Landesrechts, 4. Auflage 1995, § 31 AGBGB Rn. 3.
20 OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140.
21 BGH WM 2012, 1004-1007.
22 OLG Stuttgart, FGPrax 2018, 15.
23 BeckOK GBO/*Reetz,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 46 Rn. 54; BeckOK GBO/*Otto,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 142 Rn. 9, § 143 Rn. 8, § 145 Rn. 8; § 154 Rn. 8; *Keller* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht - Kommentar, 8. Aufl. 2019, § 142 Rn. 11; *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 18; MüKoBGB/*Mohr,* 7. Aufl. 2017, BGB Vor § 1018, Rn. 3; *Otto* in: Ring/Grziwotz/Keukenschrijver, BGB, 4. Aufl. 2016 § 1018 Rn. 22.
24 OLG Nürnberg, BeckRS 2017, 150523; OLG Zweibrücken, NotBZ 2015, 158-159; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht).
25 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 367 f.
26 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 4.
27 Zur Unterpfandrechtslehre und zur Entstehung der Pfandrechte vgl. bspw. *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1880 (Band II), § 166 S. 149 ff.
28 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 368.
29 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 367 f.
30 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 4.
31 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 4.
32 § 1 der Königl. Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899, Abgedruckt bei: *Mandry,* Das württembergische Privatrecht Bd. 2, Die Quellen des württembergischen Privatrechts; 1, Tübingen [u. a.] 1902, S. 68.
33 General-Rescript vom 26.10.1628, abgedruckt bei: *Hoffmann,* Sammlung der württembergischen Finanzgeseze, Tübingen 1839, Bd. 17 S. 125.
34 Die Gefälle sind dasjenige, was von einem Grundstück fällt, dessen Ertrag, die Einkünfte desselben. Im engeren und gewöhnlicher Bedeutung handelt es sich um die Abgaben, die dem Grundherrn zu entrichten sind (vgl. Adelung: Grammatisch-kritisches Wörterbuch der hochdeutschen Mundart, Erster Teil, von A – E, B. Ph. Bauer, Wien, 1811, S. 471).
35 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 369.
36 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 369.

Es existierten hierbei zwei Klassen von Güterbüchern: Einerseits die Güterbücher der Gemeinden, andererseits die Güterbücher für die exemten, also die steuerfreien oder unmittelbar zur Amtskorporation steuerpflichtigen Grundstücke. Letztere wurden grundsätzlich bei den Zivilsenaten der Kreisgerichtshöfe geführt.[37]

Die Güterbücher umfassten alle Grundstücke der Gemarkung unter Nennung aller öffentlicher- und Privatrechtsverhältnisse eines jeden Grundstücks und unter Angabe der jeweiligen Quellen hierzu.[38] Neben dem Primärkataster stellen unter anderem die Kontrakt-, Lager-, Saal- und Haischbücher Quellen für die Eintragungen in den Güterbüchern dar.[39]

Die Güterbücher wurden in der Regel nach den Eigentümern als Personalfolium angelegt, wobei ausnahmsweise auch die Führung als Realfolium in Betracht kam.[40]

Ihre Führung erfolgte gem. § 9 der Verordnung vom 24.05.1826[41] bzw. gem. § 59 der Verfügung vom 03.12.1832[42] durch die Gerichts- und Amtsnotare.[43]

Der Eintrag in das Güterbuch führte dabei weder zum Eigentumserwerb, noch existierte eine rechtliche Vermutung für den Bestand des eingetragenen Rechts.[44]

Andererseits war der Eintrag im Güterbuch für die Sicherung Dritter, die aus der Eintragung im Güterbuch dingliche Recht herleiteten von Bedeutung, da diese durch die Eintragung zumindest teilweise gegen Rechtsnachfolger wirkten.[45]

Es wurden sowohl Real- als auch Personaldienstbarkeiten eingetragen, wobei die Personaldienstbarkeiten als vorübergehende Rechte nur kurz unter Angabe der Quelle angedeutet wurden.[46] Die Gattung der Dienstbarkeit, deren Berechtigter und etwaige Beschränkungen hinsichtlich der Dauer waren bei der Eintragung anzugeben.[47]

Zur besseren Übersicht war die Anlage spezieller Servitutenbücher erlaubt, deren Inhalt durch Bezugnahme im Güterbuch zum Inhalt des Güterbuchs wurden: Die Servitutenbücher wurden daher als Beilage zum Güterbuch geführt.[48] Das Servitutenbuch stellt also einen Bestandteil des Güterbuchs dar.[49]

Das Lesen des Servitutenbuchs ist mit gewissen Schwierigkeiten verbunden, da das dienende und das herrschende Grundstück in der Regel in einem Eintrag zusammengefasst sind und dienendes bzw. herrschendes Grundstück daher grundsätzlich aus der Eintragung selbst herauszulesen sind.[50] In heutiger Zeit kommt erschwerend die handschriftliche Abfassung der dortigen Eintragungen in oftmals nur schwer lesbarer deutscher Kurrentschrift hinzu.

Im Güterbuch finden sich außerdem Verweise auf die zugehörigen Eintragungen im Unterpfandsbuch.[51]

2.1.3 Die Vertragsbücher (Kauf- oder Kontraktsbuch)

In die Vertragsbücher wurden Veräußerungsverträge und Belastungen von Liegenschaften eingetragen, soweit diese gerichtlich geltend gemacht werden sollten.[52]

Die Kaufbücher wurden flächendeckend durch das württembergische Landrecht vom 01.06.1610 eingeführt[53], existierten aber teilweise bereits schon früher.[54] Das Kaufbuch, welches durch den Ratschreiber unter Aufsicht des Gemeinderats geführt wurde, stellte die wich-

37 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 372.

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

39 §§ 12, 50 der Verfügung, betreffend die Anlegung und Führung der Gemeinde-Güterbücher vom 03.12.1832 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1832 Nr. 60, S. 471, 481).

40 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 369 ff.

41 § 11 der königl. Verordnung vom 24.05.1826, die Vollziehung des Gerichts-Notariats-Edikts vom 29.08.1819 betreffend (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1826 Nr. 28, S. 275, 281).

42 § 59 des Gesetzes, betreffend die Führung der Güterbücher durch Gemeindebeamte vom 13.04.1873 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1873 Nr. 11, S. 101).

43 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 371.

44 OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140; Wächter, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 373; *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 2.

45 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 373; *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.

46 §§ 22, 24 der Verfügung, betreffend die Anlegung und Führung der Gemeinde-Güterbücher vom 03.12.1832 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1832 Nr. 60, S. 471, 481.

47 § 27 der Verfügung, betreffend die Anlegung und Führung der Gemeinde-Güterbücher vom 03.12.1832 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1832 Nr. 60, S. 471, 476.

48 Nr. 6 zu § 22 der Verfügung, betreffend die Vollziehung der für die Anlegung und Führung der Gemeindegüterbücher erteilten Vorschriften vom 06.12.1836 (Regierungsblatt für das Königreich Württemberg 1836 Nr. 65, S. 670-672).

49 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.

50 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.

51 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.

52 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 56 S. 374.

53 Vgl. bspw. *Riecke,* Das württembergische Landrecht vom 01.06.1610, Stuttgart 1842, S. 17, § 77 ff.

54 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.

tigste Grundlage für die Führung des Güterbuchs dar.[55] Zu den Kaufbüchern existieren teilweise gesondert aufbewahrte Beilagen (bspw. zugehörige Vollmachten).[56]

2.4 Weitere Bücher

Neben den Unterpfands-, Servituten- und Güterbüchern existierten weitere Bücher. Die Lager- oder Saalbücher stellten Verzeichnisse der einer bestimmten natürlichen oder juristischen Person in einem bestimmten Bezirk an Liegenschaften oder aus einem Gutsverband oder gegen die Bewohner eines Bezirks zustehenden Rechte und Bezüge und der mit diesen Verbundenen Lasten dar.[57] Die Lager- oder Saalbücher wurden in der Regel von den Gemeinden für ihre Besitzungen und Rechte sowie die damit verbundenen Lasten, von den Staatsfinanzstellen für die Rechte und Bezüge der königlichen Herrschaft und von den größeren Grundherren geführt.[58]

Der Hauptzweck der Lagerbücher, welche unabhängig ihrer Errichtung vor bspw. einem Gemeindebeamten Privaturkunden darstellten, war die Beweissicherung in Bezug auf Rechte und Bezüge.[59] Trotzdem sind die Lagerbücher zu den öffentlichen Büchern zu zählen.[60]

Ebenfalls existierten die sogenannten Protokolle. Die Protokolle wurden durch öffentliche Notare aufgenommen. Es handelte sich um fortlaufend zu führende Urkunden, die unter Angabe des genauen Errichtungszeitpunkts und –ortes und bei Anwesenheit und unter Nennung der Parteien und Zeugen errichtet wurden. Ebenfalls waren Unterschriften und das Notarsiegel beizufügen.[61]

Diesen formgerecht errichteten Protokollen kam dieselbe Beweiskraft wie einer notariellen Urkunde selbst zu. Bei wesentlichen Abweichungen zwischen einer entsprechenden notariellen Urkunde und einem über den Beurkundungsgegenstand errichteten Protokoll, genoss das Protokoll den Vorrang.[62]

Ergänzend sind noch die Beilagen- und die Heischbücher zu erwähnen. In den Beilagenbüchern wurden die Veränderungen der in den Lagerbüchern enthaltenen Eintragungen vermerkt.[63] Diese wurden solange fortgeführt, bis aufgrund der Fülle der Änderung die Anlage eines neuen Lagerbuchs nötig wurde.[64]

Die Heischbücher (auch Haischbücher), teilweise auch als Zinsbücher bezeichnet, dienten nicht der Sicherung der Rechte an sich. Vielmehr stellen sie eine Aufstellung über die Berechtigten und Verpflichteten anfallender Einkünfte (=Gefälle) dar.[65] Heischen steht hier für etwas gebieterisch verlangen, fordern,[66] so dass die Heischbücher ein Hilfsmittel bei der Einziehung und Verwaltung der Abgaben darstellten.

3. Die verschiedenen in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten und deren Entstehung

Die Dienstbarkeiten (Servituten) sind dingliche Rechte an einer fremden Sache, die den Eigentümer dieser Sache zu einem Dulden oder Unterlassen verpflichten.[67] Grundsätzlich kann die Dienstbarkeit nicht zu einer positiven Handlung verpflichten.[68] Sie wirkt gegen jeden Besitzer der dienenden Sache, auch gegen Einzelrechtsnachfolger[69] und ist mit Ausnahme des Nießbrauchs stets ein unteilbares Recht[70]. In Zweifelsfällen griff eine Vermutung gegen das Vorhandensein und einen weitergehenden Inhalt der Dienstbarkeit.[71]

3.1 Unterscheidung nach dem Inhalt

Es wurde unterschieden in positive, negative, ständige und unständige Dienstbarkeiten. Positive Dienstbarkeiten sind solche, bei denen der Eigentümer des dienen-

55 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 3.
56 *Planck-Kettnaker,* Die Führung des Grundbuchs, 3. Auflage 1951, S. 5.
57 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 362.
58 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 362 f.
59 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 363.
60 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 363 f.
61 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 365.
62 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 366.
63 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 364.
64 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 364.
65 *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842, Zweiter Band, § 55 S. 364 f.
66 „Heischen", bereitgestellt durch das Digitale Wörterbuch der deutschen Sprache, <https://www.dwds.de/wb/heischen>, abgerufen am 15.10.2019.
67 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 373.
68 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 375.
69 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 374.
70 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 375.
71 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 376.

den Grundstücks eine positive Handlung des Dienstbarkeitsberechtigten dulden muss.[72] Die negativen Dienstbarkeiten verpflichten den Eigentümer des dienenden Grundstücks zur Unterlassung bestimmter Handlungen.[73]

Ständige Dienstbarkeiten sind solche, bei welchen die Ausübung in der Herbeiführung und ununterbrochenen Dauer eines bestimmten Zustandes des dienenden, des herrschenden oder beider Grundstücke besteht.[74]

Unständige Dienstbarkeiten werden lediglich von Zeit zu Zeit durch einzelne Handlungen ausgeübt.[75] Negative Dienstbarkeiten sind stets ständig, positive können sowohl ständig (Wasserleitungsrecht) als auch unständig sein (bspw. Wegerecht).[76]

3.2 Unterscheidung nach dem berechtigten Subjekt

Neben dem Inhalt wurden die Dienstbarkeiten auch nach dem berechtigten Subjekt unterschieden. Hierbei wurde zwischen Grunddienstbarkeiten (Realservituten) und persönlichen Dienstbarkeiten (Personalservituten) unterschieden. Die Realservitut ist, wie heute die Grunddienstbarkeit (§ 1018 BGB), Bestandteil des herrschenden Grundstücks (§§ 96, 93 BGB). Sie wird zum Vorteil desselben errichtet und geht zusammen mit dem Grundstück auch im Wege der Einzelrechtsnachfolge auf den jeweiligen Einzelrechtsnachfolger des Eigentümers des herrschenden Grundstück über.[77]

Das württembergische Sachenrecht kannte dabei zwei Hauptklassen von Grunddienstbarkeiten: Einerseits die Gebäudedienstbarkeiten, welche in der Regel positive oder negative Dienstbarkeiten waren, die zum Vorteil einzelner Gebäude erstellt wurden. Andererseits die Felddienstbarkeiten, welche zum Vorteil von einzelnen Äckern, Wiesen usw. oder ganzer Gutskomplexe, bestellt wurden und überwiegend unständig waren.[78]

Die persönlichen Dienstbarkeiten standen, wie heute die beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten (§ 1090 BGB), ohne Verknüpfung mit einem herrschenden Grundstück einer Person zu.[79]

Personalservituten sind grundsätzlich unveräußerlich und unvererblich.[80] Allerdings war eine Vererbung des Nießbrauchs an die unmittelbar nächste Generation als zulässig anerkannt.[81]

3.3 Die Entstehung der Dienstbarkeiten

Die Dienstbarkeiten konnten durch Rechtsgeschäft unter Lebenden, durch letztwillige Verfügung, durch Gesetz, durch Richterspruch oder durch unvordenkliche Verjährung entstehen.[82] Die Eintragungen im Güterbuch hatten keine rechtsbegründende Wirkung.[83]

4. Der Fortbestand der in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten nach dem 01.01.1900

Die im Servitutenbuch eingetragenen Dienstbarkeiten bestanden grundsätzlich auch nach dem 01.01.1900 fort, sofern entsprechende Verweise auf das Servitutenbuch im Grundbuch eingetragen wurden. Dies galt auch in den Fällen, in denen sich der Verweis auf die Angabe der Fundstelle im Servitutenbuch unter Angabe der dortigen Seitenzahl ohne Nennung des Berechtigten und ohne schlagwortartige Angabe des Inhalts der Servitut beschränkte.[84] Grundlage hierfür war § 8 Abs. 3 der Königl. Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899 (Reg.Blatt S. 540)[85] i. V. m. § 41 Abs. 3 der Verfügung des Justizministeriums vom 02.09.1899, betreffend das Grundbuchwesen (Amtsbl. S. 101).[86] [87] Die Schlagwortartige Bezeichnung der Dienstbarkeit sollte

72 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 376.
73 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 376.
74 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 376.
75 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 378.
76 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 377.
77 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 377.
78 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 377/378.
79 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 378.
80 *Lang,* 87 des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 70 S. 453.
81 Amtsgericht Biberach an der Riß, BWNotZ 1998, 94-95.
82 *Lang,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876, Erster Band, § 72 S. 378, 382, § 73 S. 383/384; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Auflage 2012 Rn. 1172.
83 OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140.
84 BGH, WM 2012, 1004, 1005, 1006.
85 Abgedruckt bei: *Mandry:* Das württembergische Privatrecht Bd. 2, Die Quellen des württembergischen Privatrechts; 1, Tübingen [u. a.] 1902, S. 68 ff.
86 Abgedruckt bei: *Mandry:* Das württembergische Privatrecht Bd. 2, Die Quellen des württembergischen Privatrechts; 1, Tübingen [u. a.] 1902, S. 134 ff.
87 OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140.

zwar auch bei diesem Verweis vermerkt werden, war jedoch kein Wirksamkeitserfordernis.[88] [89]

Der Verweis galt als Zulässig, da das Servitutenbuch nicht die Grundakte sondern einen Teil des Grundbuchs darstellte.[90] Im württembergischen Rechtsgebiet sind daher Eintragungen wie „Siehe Servitutenbuch XII Blatt 12a“ oder „Fahrrecht siehe, S.B. Bd. I S. 28“ keine Seltenheit.

Ohne einen entsprechenden Verweis auf das Servitutenbuch gilt die Dienstbarkeit in Abweichung von Art. 187 Abs. 1 S. 1 EGBGB aufgrund von § 31 AGBGB[91] bzw. § 1 GrDienstbG WH[92] in jedem Fall gem. § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht.[93] Materiellrechtlich besteht das Recht vorbehaltlich eines anderweitigen Erlöschens allerdings grundsätzlich weiter,[94] das Grundstück kann jedoch gutgläubig lastenfrei erworben werden.[95] Der gutgläubig lastenfreie Erwerb tritt aber nicht bereits bei Löschung der Eintragung gem. § 46 Abs. 2 GBO ein, sondern erst bei einem nachfolgenden Verkehrsgeschäft,[96] also einem Rechtsgeschäft zwischen dem Eingetragenen und einem Dritten.[97] Die Löschung durch Nichtübertragung und der zum gutgläubig lastenfreien Erwerb führende Eigentumswechsel im Rahmen eines Verkehrsgeschäfts können aber zeitlich zusammenfallen.[98] Maßgeblich ist der Grundbuchinhalt zum Zeitpunkt der Vollendung des Rechtserwerbs, welcher regelmäßig mit der Eintragung im Grundbuch abgeschlossen ist (§ 873 Abs. 1 BGB).[99] Solange also kein gutgläubig lastenfreier Erwerb eingetreten ist, kommt grundsätzlich noch eine Grundbuchberichtigung gem. § 894 BGB, § 22 GBO bzw. ein Verfahren nach § 53 Abs. 1 S. 1 GBO in Betracht, solange das Grundbuch noch unrichtig ist und sofern die Dienstbarkeit nicht aus anderen Gründen erloschen ist.[100] Ist zwischenzeitlich allerdings ein gutgläubig lastenfreier Erwerb erfolgt, ist die Eintragung eines Amtswiderspruchs wegen der fehlenden Grundbuchunrichtigkeit unzulässig.[101] Die Löschungsfiktion trat unabhängig vom Grund für die Nichtübertragung ein. Eine Nachholung der Übertragung war schon immer unzulässig, da bereits auf Grundlage von § 110 Abs. 2 der Verfügung des Justizministeriums vom 02.09.1899[102], abgesehen von offensichtlichen Unrichtigkeiten und Unvollständigkeiten, lediglich ein Grundbuchberichtigungsverfahren bzw. ein Amtswiderspruch in Betracht kam.[103]

Auch in den Fällen, in denen lediglich ein Hinweisvermerk im Bestandsverzeichnis des herrschenden Grundstücks eingetragen ist, eine entsprechende Eintragung in Abteilung II des dienenden Grundstücks jedoch fehlt, ist die Servitut gem. § 46 Abs. 2 GBO erloschen.[104]

Dies bedeutet, dass zwischenzeitlich alle Servituten, die bei Anlegung des Grundbuchs nicht zumindest durch die Eintragung eines Verweises auf das Servitutenbuch im Grundbuch gesichert wurden, als gelöscht gelten (§ 46 Abs. 2 GBO). Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb dürfte aufgrund der langen Zeitspanne in nahezu allen Fällen erfolgt sein.

Gleiches gilt für die in den Güterbüchern enthaltenen Eintragungen: Nach § 41 Abs. 3 der Verfügung vom 02.09.1899[105] waren die in den Güterbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten vollständig in das Grundbuch umzuschreiben. Sofern dies unterblieben ist, gelten die entsprechenden Eintragungen unabhängig von dem Grund für die unterbliebene Umschreibung gem. § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht,[106] da auf Grundlage von § 8 Abs. 2 der Königl. Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899 nur von der Umschreibung

88 § 41 Abs. 3 der Verfügung vom 02.09.1899.

89 Zur Führung des Grundbuchs in Württemberg im Allgemeinen: *Mandry:* Das württembergische Privatrecht Bd. 1, Das württembergische Privatrecht auf Grund des Ausführungsgesetzes vom 28.7.1899 und der neben dem Ausführungsgesetz für die Zukunft geltenden Rechtsquellen, Tübingen [u. a.] 1901, S. 15 ff.

90 BGH, WM 2012, 1004, 1005, 1006; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht).

91 Baden-Württembergisches Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch (AGBGB) vom 26.11.1974 (GBl. 1974, 498).

92 Württemberg-hohenzollerisches Gesetz über die Eintragung altrechtlicher Grunddienstbarkeiten im Grundbuch vom 09.01.1951 (Württ.-hohenz. RegBl. 1951, 11).

93 BGH, WM 2012, 1004, 1005; OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140; AG Waiblingen, BeckRS 2011, 29283; Richter/Hammel, Baden-Württembergisches Landesgesetz über die freiwillige Gerichtsbarkeit und andere Vorschriften des Landesrechts, 4. Auflage 1995, § 31 AGBGB Rn. 3.

94 OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140; Meikel/*Böhringer,* § 46 Rn. 53ff, 13ff; BeckOK GBO/*Reetz,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 46 Rn. 53, 82; *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 29; § 46 Rn. 18; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 46 Rn. 15, 20.

95 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12-; OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140 f; LG Ellwangen, BWNotZ 1968, 163.

96 OLGR Hamm 1997, 193-195; Brandenburgisches OLG, Urteil v. 27.11.2008 -5 U 165/07-, juris; BayObLG, Rpfleger 2004, 37.

97 MüKoBGB/*Kohler,* § 892 Rn. 33; Staudinger/*Gursky* BGB, § 892 Rn. 28, 76ff, 96ff.

98 Brandenburgisches OLG, Urteil v. 27.11.2008 -5 U 165/07-, juris; BayObLG, Rpfleger 2004, 37; Staudinger/*Gursky,* BGB § 892 Rn. 184; MüKoBGB/*Kohler,* § 892 Rn. 44-45; *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 29.

99 RGZ 123, 19, 22 f.

100 Zu möglichen Erlöschensgründen vgl. Staudinger/*J. Hönle/U. Hönle* (2017) BGB § 1018 Rn. 169ff.

101 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 29.

102 Abgedruckt bei: *Mandry,* Das württembergische Privatrecht Bd. 2, Die Quellen des württembergischen Privatrechts; 1, Tübingen [u. a.] 1902, S. 159.

103 Vgl. auch OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140.

104 OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht). Eine zwingende Buchung in Abteilung II des für das dienende Grundstück angelegt Grundbuch ist nicht erforderlich. Ausreichend wäre dort auch eine ordnungswidrige Buchung im Bestandsverzeichnis oder in jeder anderen Abteilung (BGH, WM 2012, 1004, 1006), da die ordnungswidrige Eintragung dennoch wirksam ist (BayObLGZ 1995, 413, 420).

105 Abgedruckt bei: *Mandry,* Das württembergische Privatrecht Bd. 2, Die Quellen des württembergischen Privatrechts; 1, Tübingen [u. a.] 1902, S. 145.

106 OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140.

der Servitutenbücher abgesehen werden konnte. Wurden die Dienstbarkeiten aus den Güterbüchern nicht vollständig übertragen, beispielsweise, weil nur eine teilweise Bezugnahme erfolgte und dadurch nunmehr wesentliche Inhalte einer Grunddienstbarkeit fehlen, sind diese Dienstbarkeiten im Umkehrschluss, unabhängig vom Vorhandensein eines Verweisvermerks nach § 46 Abs. 2 GBO gelöscht bzw. inhaltlich unzulässig. Gleiches muss wegen der fehlenden Bezugnahmemöglichkeit daher auch für die unter Bezugnahme auf die Kauf- oder Lagerbücher bzw. die sonstigen Bücher eingetragenen Dienstbarkeiten und Berechtigungen gelten.

Von dem Zeitpunkt der Umschreibung eines Grundstücks in das Grundbuch bildete dieses, gegebenenfalls zusammen mit den nicht übertragenen Eintragungen im Unterpfands- und dem Servitutenbuch das Grundbuch im Sinne des Bürgerlichen Gesetzbuches.[107] In der Zeit vom 01.01.1900 bis zur Umschreibung bildeten Güter-, Servituten- und Unterpfandsbücher das Grundbuch, wobei das Güterbuch das Hauptbuch darstellte.[108]

Aufgrund der Aufhebung des bisherigen Landesrechts, insbesondere der Königl. Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899 und der Verfügung des Justizministeriums vom 02.09.1899, betreffend das Grundbuchwesen durch die Verordnung zur Änderung des Verfahrens in Grundbuchsachen vom 05.08.1935 (RGBl. I S. 1035) haben sich bezüglich der Eintragung der Servituten im Grundbuch zum Stichtag 01.04.1936 neue Anforderungen ergeben.[109] Eintragungen in Grundbüchern, die seit dem 01.04.1936 unter Verwendung des neuen Vordrucks (vgl. § 104 GBV) angelegt wurden und werden, sind ausschließlich nach Maßgabe der Grundbuchordnung bzw. der Grundbuchverfügung vorzunehmen.[110] Werden Eintragungen, die bislang zulässig waren, es nach Maßgabe der nunmehr geltenden gesetzlichen Regelungen aber in dieser Form bei Neueintragung nicht mehr wären, unverändert auf den neuen Vordruck übertragen, entstehen in der Regel Eintragungen, die inhaltlich unzulässig sind.[111] Von diesen inhaltlich unzulässigen Eintragungen gehen keinerlei Rechtswirkungen aus, so dass auch hier ein gutgläubig lastenfreier Erwerb des Grundstücks möglich ist.[112] Vertreten wird auch, dass diese Übertragung die Löschungsfiktion des § 46 Abs. 2 GBO auslösen würde.[113] Die hierzu bekannt gewordenen Entscheidungen beantworten diese Frage nicht abschließend, da bei den zugrunde liegenden Sachverhalten i. d. R. jeweils keine Eintragung im Grundbuch des dienenden Grundstücks vorhanden war.[114] Ob die Übertragung des auf das Servitutenbuch verweisenden Vermerks auf ein neues Grundbuchblatt die Löschungsfiktion des § 46 Abs. 2 GBO auslöst oder nicht zu einer Löschung, sondern zu einer inhaltlich unzulässigen Eintragung führt, bedarf indes hier keiner abschließenden Klärung. In beiden Fällen ist der gutgläubig lastenfreie Erwerb des Grundstücks im Rahmen eines nachfolgenden Verkehrsgeschäfts möglich.

Etwas anderes soll nur bei der Anlage des maschinell geführten Grundbuchs im Wege der Neufassung (§ 69 GBV) gelten: Wurde eine Dienstbarkeit bei Anlage des maschinell geführten Grundbuchs im Wege der Neufassung (§ 69 GBV) in ihrem bisherigen Eintragungsumfang nur durch einen Verweis auf die Eintragung im Servitutenbuch übernommen, soll dies nicht die Löschungsfiktion des § 46 Abs. 2 GBO auslösen, sofern dieser Verweis schon vor dem 01.04.1936 in dem neuzufassenden Papiergrundbuch eingetragen war und seitdem keine Änderungen vorgenommen wurden, die ein Erlöschen nach § 46 Abs. 2 GBO herbeigeführt haben.[115] Ist die Dienstbarkeit allerdings schon durch vorherige Übertragung in das neugefasste Papiergrundbuch gem. § 46 Abs. 2 GBO erloschen bzw. inhaltlich unzulässig geworden, ändert sich hieran durch die Neufassung nach § 69 GBV nichts. Die Neufassung vermag die Löschung also nicht zu heilen. Dieser Grundsatz soll auch auf die

107 § 9 der Königl. Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899.
108 § 1 der Königl. Verordnung, betreffend das Grundbuchwesen vom 30.07.1899.
109 BGH, WM 2012, 1004, 1006.
110 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Nürnberg, BeckRS 2017, 150523; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 *(unveröffentlicht);* BayObLGZ 1987, 121, 132; BayObLG, DNotZ 1980, 103, 105; *Bauer* in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl.1 § 145 Rn. 3 f.
111 Demharter, GBO, 30. Aufl., § 145 Rn. 6.
112 Staudinger/*Picker* (2019) BGB § 891 Rn. 21, § 892 Rn. 18; *Toussaint* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 891 BGB Rn. 19, § 892 Rn. 17
113 Vgl. OLG Stuttgart, FGPRax 2018, 15.
114 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, Die Justiz 1968, 140.
115 OLG Stuttgart, FGPRax 2018, 15. Die Entscheidung stützt sich wesentlich auf den Verzicht der Bekanntmachung der Neufassung und die damit fehlende Möglichkeit zur unmittelbaren Kenntnisnahme und auf die unmittelbare Werteentscheidung des § 19 Abs. 4 GG. Hierzu muss zu Bedenken gegeben werden, dass auch im vergleichbaren Falle der teilweisen Neufassung einzelner Teile eines Grundbuchblattes gem. § 33 GBV grundsätzlich keine Benachrichtigung vorgesehen ist, gleichwohl diese regelmäßig aus Zweckmäßigkeitsgründen analog § 39 S. 3 GBV durchgeführt wird (Meikel/*Schneider,* GBV, § 33 Rn. 5; *Keller* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl. 2019 § 33 GBV Rn. 2). Im Fall einer Neufassung nach § 33 GBV ist § 46 Abs. 2 GBO nach allgemeiner Ansicht aber anwendbar (vgl. FN. 140) Soweit die Unanwendbarkeit von § 46 Abs. 2 GBO bei der Neufassung gem. § 69 GBV insgesamt ausgeschlossen wird *(Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 18) ist dieser Auffassung nicht zuzustimmen, da in diesen Fällen, im Gegensatz zur Bezugnahme auf das Servitutenbuch, überhaupt kein Hinweis mehr auf das nicht übertragene Recht besteht und die Ausdehnung der Unanwendbarkeit des § 46 Abs. 2 GBO in diesem Fall § 892 BGB vollständig zuwiderlaufen würde: § 892 BGB gewährleistet nämlich unter anderem, dass ein Recht, welches nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist, grundsätzlich nicht besteht („Vollständigkeitsfiktion", Staudinger/*Picker* (2019) BGB § 892 Rn. 4).

Anlage des Datenbankgrundbuchs durch Neufassung Anwendung finden.[116]

Werden noch wirksam durch einen Verweis auf das Servitutenbuch eingetragene Dienstbarkeiten zusammen mit dem belasteten Grundstück auf ein neues Blatt übertragen, hierzu zählt bspw. auch die Aufteilung nach § 3 WEG bzw. § 8 WEG, sind diese daher nach Maßgabe der heute gültigen Vorschriften auf dem neuen Grundbuchblatt einzutragen. Die schlichte Übernahme des bisherigen Verweises ist nicht mehr ausreichend[117] und kann zu einem gutgläubig lastenfreien Erwerb führen,[118] da die Dienstbarkeit in diesem Fall gem. § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht gilt bzw. inhaltlich unzulässig wird:[119] Auf dem neuen Blatt stellt sich der Verweis auf das Servitutenbuch unabhängig von einer etwaigen Löschung gem. § 46 Abs. 2 GBO in jedem Fall zumindest als inhaltlich unzulässig dar, da er die wesentlichen Anforderungen an die Eintragung einer Dienstbarkeit nicht erfüllt. Die Dienstbarkeit kann aufgrund eines solchen Verweises in keinem Fall gutgläubig zusammen mit dem herrschenden Grundstück (vgl. § 96 BGB) erworben werden, auch wenn sie grundsätzlich mit der Veräußerung des herrschenden Grundstücks mit auf den Erwerber übergeht[120] und grundsätzlich gutgläubig erworben werden kann, auch wenn sie gar nicht mehr besteht.[121] Als inhaltlich unzulässige Eintragung[122] nimmt sie nicht mehr am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil.[123] Die inhaltliche Unzulässigkeit ergibt sich regelmäßig dadurch, dass die Eintragung nicht mehr die gesetzlichen Anforderungen erfüllt, da beispielsweise ihr Berechtigter oder ihr Inhalt nicht aus dem Grundbuch ersichtlich ist.[124] Grundsätzlich ist die Frage, ob ein eingetragenes Recht inhaltlich unzulässig ist, auf Grundlage des Rechts zu beurteilen, welches zum Zeitpunkt der Vornahme der Eintragung galt.[125] Maßgeblicher Zeitpunkt ist allerdings nicht die Vornahme der Eintragung im Servitutenbuch bzw. deren Übertragung ins Grundbuch vor dem 01.04.1936, sondern die Übertragung auf ein neues Blatt, so dass ab 01.04.1936 nicht mehr die bisherigen landesrechtlichen Vorschriften der Prüfungsmaßstab sind und ihre weitere Anwendung zu inhaltlich unzulässigen Eintragungen bzw. zu einer Löschung gem. § 46 Abs. 2 GBO führen. Inhaltlich unzulässige Eintragungen sind von Amtswegen nach Maßgabe des § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu löschen.[126] In Bezug auf eine inhaltlich unzulässige Eintragung ist eine Berufung auf §§ 891, 892 BGB ausgeschlossen.[127]

Ein Amtswiderspruch gegen eine inhaltlich unzulässige Eintragung wäre selbst unzulässig.[128] Das Amtslöschungsverfahren darf nur eröffnet werden, wenn sich aus der Eintragung selbst ergibt – zulässig in Bezug genommene Unterlagen existieren nicht –, dass diese inhaltlich unzulässig ist.[129] Zu beachten ist, dass eine lediglich ungenaue oder unzutreffende Bezeichnung des Berechtigten nicht zwangsläufig zur inhaltlichen Unzulässigkeit führt: Ist der Berechtigte zweifelsfrei aus der Eintragung im Grundbuch identifizierbar, kann in engen Grenzen eine Richtigstellung der Eintragung erfolgen.[130] Ergibt die gebotene Auslegung, dass das materielle Recht nur unvollkommen wiedergegeben und damit inhaltlich zulässig ist, was im Falle der Übernahme einer Dienstbarkeit lediglich unter Verweis auf das Servitutenbuch regelmäßig nicht der Fall ist, kann im Einzelfall eine Klar- bzw. Richtigstellung[131] der Eintragung erfolgen.[132] Die Eintragung des entsprechenden Vermerks erfolgt im Hinblick auf die bessere Verständlichkeit des Inhalts der ursprünglichen Eintragung.[133] Die spätere Übernahme auf den neuen Grundbuchvordruck entgegen den nun geltenden Vorschriften führt allerdings – unabhängig von einem etwaigen Erlöschen gem. § 46 Abs. 2 GBO- regelmäßig zur inhaltlichen Unzulässigkeit der Eintragung,[134] so dass Ergänzungen und Umdeutungen ausgeschlossen sind.[135]

Grundsätzlich ist ein Eintragungsantrag nach Vollzug der Amtslöschung erneut zu verbescheiden, sofern zwi-

116 *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 18.
117 *Bauer* in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl.1 § 145 Rn. 5.
118 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, FGPrax 2018, 15.
119 Demharter, GBO, 30. Aufl., § 145 Rn. 6; *Bauer* in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl.1 § 145 Rn. 6.
120 Staudinger/*Stieper* (2017) BGB § 96 Rn. 9.
121 Staudinger/*Stieper* (2017) BGB § 96 Rn. 9.
122 Eine entsprechende Eintragung könnte beispielsweise wie folgt aussehen: Fahrrecht, siehe Servitutenbuch Bd. 1 S. 26b. Hierher mitübertragen aus Heft 83 Abt. II Nr. 16a".
123 Staudinger/*Picker* (2019) BGB § 891 Rn. 21, § 892 Rn. 18; *Toussaint* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 891 BGB Rn. 19, § 892 Rn. 17.
124 OLG Nürnberg, BeckRS 2017, 150523; OLG München v. 31.07.2014, NJOZ 2015, 12, 13; BayObLGZ 1953, 80, 83; Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 155 ff.
125 *Bauer* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 53 Rn. 68.
126 AG Waiblingen, BeckRS 2016, 126898.
127 Staudinger/*Picker* (2019) BGB § 891 Rn. 21, § 892 Rn. 18; *Toussaint* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 891 BGB Rn. 19, § 892 Rn. 17.
128 Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 46.
129 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 79.
130 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 74.
131 Zum Verfahren: *Holzer,* Die Richtigstellung des Grundbuchs, S. 271 ff.
132 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 83.
133 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 92.
134 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 94 ff; Dies gilt allerdings nicht, soweit die Eintragung entgegen §§ 9, 10 GBV räumlich in einer falschen Abteilung eingetragen werden, da diese ordnungswidrige Eintragung für sich allein genommen die Wirksamkeit bzw. die inhaltliche Zulässigkeit der Eintragung nicht berührt (BayObLGZ 1995, 413, 420).
135 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 93 ff.

schenzeitlich kein gutgläubig lastenfreier Erwerb stattgefunden hat.[136]

Im Falle der fehlerhaft übertragenen Dienstbarkeiten wurde der Eintragungsantrag allerdings regelmäßig mit der Eintragung im Servituten- bzw. Güterbuch ordnungsgemäß vollzogen. Im Falle der Übertragung zusammen mit dem belasteten Grundstück auf ein neues Blatt liegt kein extra zu vollziehender Antrag vor, die Übertragung erfolgt von Amts wegen, so dass nach der Amtslöschung auch kein Antrag mehr zu bescheiden wäre. Weiterhin dürfte in der überwiegenden Zahl der Fälle ohnehin bereits ein gutgläubig lastenfreier Erwerb stattgefunden haben.

§ 21 GBVO i. V. m. § 3 EGB-VO, welcher die Eintragungen in den Servitutenbüchern zum Teil der Eintragung im Grundbuch erklärt, findet wegen des fehlenden Vorbehalts für eine entsprechende landesrechtliche Regelung nur noch eingeschränkt auf die vor dem 01.04.1936 angelegten und seitdem unveränderten Grundbücher Anwendung.[137]

Im Fall der Übertragung auf ein neues Grundbuchblatt nach dem 01.04.1936 sind die Eintragungen aus dem Servitutenbuch daher grundsätzlich wörtlich unter Angabe ihres Inhalts und des Berechtigten in das Grundbuch zu übernehmen. Die übernommene Eintragung muss alle Anforderungen an die Eintragung einer Grunddienstbarkeit erfüllen. Mindestens muss die Eintragung also die Art des Rechts, das herrschende Grundstück, Inhalt und Umfang des Rechts und ggf. Bedingungen oder Befristungen enthalten.[138] Die Bezugnahme auf das Servitutenbuch ist in diesem Falle weder ausreichend noch zulässig, da die entsprechenden landesrechtlichen Vorschriften insgesamt aufgehoben sind.

Zu beachten ist, dass § 46 Abs. 2 GBO keine Anwendung findet, wenn Grundstücke bzw. Grundstücksteile beispielsweise beim Vollzug von Fortführungsnachweisen unter neuer laufender Nummer auf demselben Blatt erneut eingetragen werden.[139] Dementsprechend kann in diesem Fall weder eine Löschungsfiktion noch eine inhaltliche Unzulässigkeit in Bezug auf die lediglich durch einen Verweis auf das Servitutenbuch eingetragenen Dienstbarkeiten angenommen werden, sofern der Verweis nach den oben genannten Grundsätzen noch eine zulässige Eintragung darstellt. Der Neuvortrag von Grundstücken nach Vereinigung, Zuschreibung oder katastermäßiger Verschmelzung auf demselben Grundbuchblatt ist für noch wirksam unter Bezugnahme auf das Servitutenbuch eingetragene Dienstbarkeiten also unschädlich. Durch die teilweise Neufassung einer einzelnen Abteilung gem. § 33 GBV wird die Löschungsfiktion des § 46 Abs. 2 GBO allerdings ausgelöst.[140] Auch in diesem Fall müssen die Dienstbarkeiten aus dem Servitutenbuch daher als gelöscht bzw. als inhaltlich unzulässig gelten, da die teilweise Neufassung gem. § 33 GBV der Übertragung auf ein neues Blatt gleichgestellt wird.[141]

Das Erfordernis der vollumfänglichen Übernahme von Dienstbarkeiten, die bislang noch durch einen Verweis auf das Servitutenbuch im Grundbuch eingetragen sind, führt in der Grundbuchpraxis nicht nur wegen der im Regelfall kaum lesbaren Handschriften in den alten Büchern, die im Einzelfall den Einsatz von Sachverständigen für alte deutsche Handschriften notwendig machen können,[142] zu nicht unerheblichen Problemen und Verfahrensverzögerungen. Bei der Übertragung von Grundstücken, die unter Hinweis auf die Servitutenbücher mit Dienstbarkeiten belastet sind, ist grundsätzlich in jedem Fall eine umfangreiche Prüfung nötig, ob noch ein Fall des zulässigen Verweises vorliegt oder nicht. Weiterhin ist zu prüfen ob die heutigen Anforderungen an die Eintragung einer Dienstbarkeit ganz oder teilweise erfüllt sind,[143] weil beispielsweise der vollständige Inhalt der Dienstbarkeit unter Angabe des Berechtigten im Grundbuch erfolgt und nur ergänzend, bspw. wegen der genauen Ausübungsstelle, auf das Servitutenbuch verwiesen wird. In diesem Fall wäre der über die Grundbucheintragung hinausgehende Inhalt aus dem Servitutenbuch allerdings wegen der fehlenden Bezugnahmemöglichkeit nicht mehr Inhalt der Dienstbarkeit. Im Wesentlichen sind dabei folgende Konstellationen denkbar:

1. Die Dienstbarkeit wurde vor dem 01.04.1936 ordnungsgemäß durch einen Verweis auf das Servitu-

136 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 59; Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 358.
137 BGH, WM 2012, 1004, 1006; *Bauer* in: *Bauer*/Schaub, GBO, 4. Aufl.1 § 145 Rn. 5.
138 BeckOGK/*Kazele,* 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 214ff.
139 BayObLG, BayObLGZ 1995, 413, 418; BayObLG, Beschluss vom 14.12.1995 -2Z BR 127/95-, juris; Meikel/*Böhringer,* § 46 Rn. 75; BeckOK GBO/*Reetz,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 46 Rn. 57, Rn. 62; *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 18; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., 2012, Rn. 283.
140 Meikel/*Böhringer,* § 46 Rn. 73; BeckOK GBO/Reetz, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 46 Rn. 61; *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 18; *Keller* in: Keller/Munzig, KEHE Grundbuchrecht – Kommentar, 8. Aufl. 2019 § 46 Rn. 7; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 283.
141 BeckOK GBO/*Reetz,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 46 Rn. 61.
142 Diese Auslagen können im Amtsverfahren in Ermangelung eines Kostenschuldners niemandem zum Soll gestellt werden.
143 Vgl. zu den Anforderungen: BeckOGK/*Kazele,* 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 214-239.

tenbuch vermerkt, ist seither unverändert an derselben Stelle gebucht und nur im Wege der Neufassung (§ 69 GBV) in das elektronische Grundbuch übertragen worden.[144] In diesem Fall wäre die Eintragung auf einem neuen Blatt durch Übernahme des vollen Wortlautes der Eintragung im Servitutenbuch vorzunehmen.

2 Die Dienstbarkeit wurde vor dem 01.04.1936 ordnungsgemäß durch einen Verweis auf das Servitutenbuch vermerkt und wurde zwischenzeitlich nach diesem Stichtag – vor oder nach Neufassung gem. § 69 GBV – lediglich unter Verweis auf das Servituten buch auf ein neues Blatt übertragen. In diesem Fall gilt die Dienstbarkeit nach § 46 Abs. 2 GBO als gelöscht bzw. ist sie inhaltlich unzulässig geworden.[145] Der inhaltlich unzulässige Vermerk wäre gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO von Amts wegen zu löschen.

3. Die Dienstbarkeit wurde vor dem 01.04.1936 ordnungsgemäß durch einen Verweis auf das Servitutenbuch eingetragen und wurde zwischenzeitlich nach diesem Stichtag – vor oder nach Neufassung gem. § 69 GBV – lediglich unter Verweis auf das das Servitutenbuch auf ein neues Blatt übertragen und soll von dort wiederum auf ein neues Blatt übertragen werden. In diesem Fall galt die Dienstbarkeit bereits bei der erstmaligen Übertragung als gelöscht bzw. als inhaltlich unzulässig. Die weitere Übertragung kann diese Rechtsfolgen daher nicht erneut bewirken. Der inhaltlich unzulässige Vermerk wäre gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO vor der Übertragung von Amts wegen zu löschen.

4. Die Dienstbarkeit wurde vor dem 01.04.1936 ordnungsgemäß durch einen Verweis auf das Servitutenbuch eingetragen. Bei der Übertragung auf ein neues Blatt wurde der im Servitutenbuch enthalte nen Wortlaut ganz oder teilweise übernommen. In diesem Fall ist zu prüfen, ob der wesentliche Inhalt der Dienstbarkeit aus dem Grundbuch ersichtlich ist. Gegebenenfalls liegt bei der nicht vollständigen Wie dergabe des Wortlauts aus dem Servitutenbuch eine teilweise Löschung vor, so dass die Dienstbarkeit von der ursprünglich bestellten Dienstbarkeit in ihrem Umfang und nach ihrem Inhalt abweicht.

5. Die Dienstbarkeit wurde bei Anlage des Grundbuchs vollumfänglich bzw. unter Beachtung der Mindestanforderungen aus dem Servitutenbuch übertragen. In diesem Fall besteht die Dienstbarkeit mit dem sich aus dem Grundbuch ergebenden Inhalt fort. Eine etwaige zusätzliche Bezugnahme auf das Servituten buch wäre aber in Ermangelung einer Bezugnahme möglichkeit unbeachtlich.

	Verweis zulässig	Neueintragung nach Maßgabe des heute geltenden Rechts nötig	Gutgläubig lastenfreier Erwerb bei lediglich eingetragenem Verweis möglich bzw. i.d.R. bereits erfolgt
Neufassung (§ 69 GBV)	Wohl Ja[146,147]	Wohl nicht	Wohl nicht
Teilweise Neufassung (§ 33 GBV)[148]	Nein	Ja	Ja
Umschreibung (§ 68, GBV)	Nein	Ja[149]	Ja[150]
Umschreibung (§§ 28 ff GBV, bzw. Übernahme auf neuen Vordruck gem. § 104ff GBV)	Nein	Ja[151]	Ja[152]
Übertragung auf ein neues Blatt	Nein	Ja[153]	Ja[154]
Zu- und Abschreibungen unter Neuvortrag auf demselben Blatt	Ja	Nein	Nein

144 Vgl. den Fall zu OLG Stuttgart, FGPrax 2018, 15.
145 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, FGPRax 2018, 15.
146 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, FGPRax 2018, 15. Beachte aber die Ausführungen in Fn. 115.
147 Gilt nur, sofern die Dienstbarkeit in dem neuzufassenden Grundbuch vor dem 01.04.1936 durch einen Verweis auf das Servitutenbuch eingetragen wurde (OLG Stuttgart, FGPRax 2018, 15).
148 Vgl. FN 115, 140 u. 141.
149 Wohl ja: OLG Stuttgart, FGPrax 2018, 15. Das OLG Stuttgart grenzt die Umschreibung, bei der gem. § 68 Abs. 2 S. 1 GBV eine Bekanntmachung an den Eigentümer erfolgt, ausdrücklich von der Neufassung nach § 69 GBV ab.
150 BGH, WM 2012, 1004, 1006; BayObLGZ 1987, 121, 132; BayObLG, DNotZ 1980, 103, 105.
151 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht); BayObLGZ 1987, 121, 132; BayObLG, DNotZ 1980, 103, 105.
152 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht); BayObLGZ 1987, 121, 132; BayObLG, DNotZ 1980, 103, 105.
153 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht); BayObLGZ 1987, 121, 132; BayObLG, DNotZ 1980, 103, 105.
154 BGH, WM 2012, 1004, 1006; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht); BayObLGZ 1987, 121, 132; BayObLG, DNotZ 1980, 103, 105.

Je nach Ergebnis dieser Prüfung wäre dann eine mit der heutigen Rechtslage konforme Eintragung vorzunehmen oder aber ein Verfahren gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO durchzuführen.[155] In jedem Fall wäre den Beteiligten, insbesondere den aus dem Eintrag im Servitutenbuch ersichtlichen Berechtigten, rechtliches Gehör[156] zu gewähren. Gegebenenfalls sind die derzeitigen Berechtigten mit Hilfe der Vermessungsämter zu ermitteln. Sind nur Teile der Eintragung inhaltlich unzulässig, lässt dies die restliche Eintragung unberührt, sofern dieser Rest die wesentlichen Anforderungen an eine Grunddienstbarkeit erfüllt und nicht wesensmäßig der ursprünglichen Eintragung widerspricht.[157]

Sofern man der Ansicht folgt, dass der unzulässige Verweis zu einer Löschung gem. § 46 Abs. 2 GBO führt, ist, solange noch kein gutgläubig lastenfreier Erwerb stattgefunden hat, ein Amtswiderspruch gegen die Löschung gem. § 46 Abs. 2 GBO einzutragen, um einen gutgläubig lastenfreien Erwerb zu verhindern (§ 53 Abs. 1 S. 1 GBO).[158] Die Verletzung gesetzlicher Vorschriften liegt in der Vornahme der Löschung der Dienstbarkeit trotz der fehlenden Aufgabeerklärung (§ 875 BGB i. V. m. Art. 189 Abs. 3 EGBGB). Eine Nachholung der Übertragung des vergessenen Rechts ist nicht möglich. Einerseits ist die Löschungswirkung bereits eingetreten,[159] andererseits würde dies eine unzulässige Berichtigung des Grundbuchs von Amts wegen darstellen.[160] Somit ist auch die „Wiedereintragung" von Amts wegen infolge „Übertragungsfehler" eines nicht mit übertragenen Rechts außerhalb der Grundbuchberichtigung nach §§ 894 BGB, 22 GBO ein Verstoß gegen gesetzliche Vorschriften, welcher die Eintragung eines Amtswiderspruchs gegen die erfolgte Wiedereintragung zur Folge haben müsste.[161] In der überwiegenden Zahl der Fälle dürfte allerdings bereits ein gutgläubig lastenfreier Erwerb stattgefunden haben, so dass in der Regel kein Raum für einen Amtswiderspruch bleibt.

Sofern nicht von einer Löschung nach § 46 Abs. 2 GBO ausgegangen wird, wäre ein Verfahren nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO durchzuführen.

Von der gelöschten bzw. der inhaltlich unzulässigen Eintragung gehen keinerlei Rechtswirkungen aus: Sie bringt kein Recht zur Entstehung, sichert keinen Rang, kann nicht Grundlage von Folgeeintragungen sein und nimmt nicht an der Vermutung der §§ 891, 892 BGB teil, so dass diese auch nicht gutgläubig erworben werden können.[162]

Eine Verpflichtung des Grundbuchamts, vorhandene Eintragungen ohne besonderen Anlass auf ihre inhaltliche Zulässigkeit und Richtigkeit zu prüfen besteht allerdings nicht.[163] Ebenfalls besteht grundsätzlich kein Anlass, ohne konkreten Hinweis zu prüfen, ob zu einem vorhandenen Aktivvermerk (§ 9 GBO) eine entsprechende Dienstbarkeit in Abteilung II des Grundbuchs des dienenden Grundstücks vorhanden ist.

Falls eine Umschreibung einer Dienstbarkeit aus dem Servitutenbuch auf ein neues Grundbuchblatt noch möglich ist, ist im Grundbuch auf diese Umschreibung hinzuweisen.[164]

Erloschene bzw. inhaltlich unzulässige Eintragungen im Sinne der obigen Ausführungen wären beispielsweise Vermerke, die nach dem 01.04.1936 auf ein neues Blatt übertragen wurden, wie „Siehe Servitutenbuch XVI Bl. 296a", „Trepprecht[165] siehe Servitutenbuch Bd. 1 Bl. 15" oder „Deuchelfahrlast[166] siehe Servitutenbuch I Bl. 15". Noch zulässig, weil sämtliche notwendigen Merkmale einer Grunddienstbarkeit enthaltend wären hingegen Eintragungen wie „Deuchelfahrlast für Geb.Nr. 15, siehe Seritutenbuch Bl. 12".[167] Nicht mehr zulässig wäre andererseits eine gleichlautende Eintragung bezgl. einer Bebauungsbeschränkung, da in diesem Fall der Verbotsbereich bzw. der Inhalt und Umfang der Baubeschränkung wesentlicher Inhalt der Dienstbarkeit ist.[168]

155 Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 129, 352.
156 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 86; Meikel/Schneider, GBO, § 53 Rn. 39, 353.
157 Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 33, 352.
158 BayObLGZ 1988, 124, 127, 128.
159 Vgl. Zum Wirksamwerden von Eintragungen: BeckOK GBO/*Kral,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 44 Rn. 115 ff., § 129 Rn. 1 ff und § 130 Rn. 4, sowie OLG Karlsruhe BeckRS 2018, 9718.
160 BGH, DNotZ 1995, 47, 50, 51; BeckOK GBO/*Reetz,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 46 Rn. 82; *Weber* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 46 Rn. 30; *Schäfer* in Bauer/von Oefele, GBO, 4. Aufl., 2018, § 22 Rn. 3; Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 24; Staudinger/*Picker* (2019) BGB § 894 Rn. 3; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 288; Brandenburgisches OLG, Urteil v. 15.04.2010 -5 U 40/08-, juris.
161 Brandenburgisches OLG, Beschluss vom 06.06.2002 -8 Wx 63/01-, juris.
162 Staudinger/*Picker* (2019) BGB § 892 Rn. 18 ff; BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 57-58; BeckOGK/*Hertel,* 1.10.2019, BGB § 891 Rn. 18 ff; BeckOGK/*Hertel,* 1.10.2019, BGB § 892 Rn. 49 ff; Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 5.
163 Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 35.
164 Ein entsprechender Vermerk könnte etwa lauten: Aus dem Servitutenbuch Bd. 2 Blatt 120 hierher übertragen am 01.08.2019.
165 Ein Trepprecht, auch Anwende-, Umwende-, Tret- oder Kehrrecht, ist das Recht, bei der Bestellung landwirtschaftlicher Grundstücke die Grenze des Nachbargrundstücks zu überschreiten (vgl. Meyers Großes Konversations-Lexikon, Band 15, Leipzig 1908, S. 748).
166 Eine Deuchel (auch: Teuchel, Deichel oder ähnlich) stellt eine Röhre oder Rinne dar, durch die in der Regel (Frisch)Wasser durchgeleitet wird. Es handelt sich also um Leitungsrechte. Im Falle von Abwässern würde man eher von einer Dole sprechen (vgl. Deutsches Wörterbuch von J. und W. Grimm. 16 Bde. In 32 Teilbänden, Leipzig 1854-1961, Quellenverzeichnis Leipzig 1971, Online Version vom 10.07.2019, Bd. 2 Sp. 1037 bzw. Bd. 2 Sp. 1227).
167 Es sind alle wesentlichen Merkmale einer Grunddienstbarkeit in der Eintragung enthalten: Die Art des Tuns, Duldens oder Unterlassens betreffend das dienende Grundstück (Wasserleitungsrecht) ist, genau wie der Berechtigte angegeben. Der aktuelle Berechtigte ist mit Hilfe der entsprechenden Messurkunden und Fortführungsmitteilungen ermittelbar. Der Verweis auf das Servitutenbuch ist insoweit unerheblich, weil unzulässig. Als überflüssige Eintragung ist er zu entfernen.
168 KG, NJW 1973, 1128, 1130; OLG Hamm, OLGZ 1981, 272, 273 und OLGZ 1967, 456, 460.

5. Inhalt und Umfang der in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten

Entstehung und Inhalt der Servituten bestimmen sich zunächst gem. Art. 184 S. 1 EGBGB grundsätzlich nach dem im Königreich Württemberg geltenden Zivilrecht.[169] [170] [171]

Bei der Auslegung der Servituten und der Feststellung ihres Umfangs ist grundsätzlich auf den Zeitpunkt ihrer Bestellung sowie auf den seinerzeit üblichen Sprachgebrauch und die allgemeine damalige Verkehrsübung und –auffassung abzustellen.[172] Etwaige altrechtliche Auslegungsregeln sind zu beachten.[173] Allerdings sind die wirtschaftliche und technische Entwicklung, Treu- und Glauben sowie die derzeitige Verkehrssitte zu berücksichtigen.[174] Dies kann infolge einer die Dienstbarkeit überflüssig machender technischen Entwicklung allerdings auch zum Erlöschen der Dienstbarkeit führen.[175] Bleibt die Eintragung nach der Auslegung in einem wesentlichen Punkt so unklar oder widersprüchlich, dass ihr Inhalt auch nach der gebotenen Auslegung nicht erkennbar ist, ist sie inhaltlich unzulässig.[176]

Der Inhalt einer Dienstbarkeit „Deuchelfahrlast für Geb. Nr. 15, siehe Servitutenbuch Bd. I Bl. 296“ bestimmt sich in Ermangelung einer Bezugnahmemöglichkeit auf das Servitutenbuch ausdrücklich nach Wortlaut und Sinn der Eintragung, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eingetragenen ergibt.[177] In engen Grenzen können allerdings im Einzelfall auch Umstände außerhalb der Grundbucheintragung herangezogen werden, sofern diese nach den Verhältnissen des jeweiligen Einzelfalls für jedermann ohne weiteres erkennbar sind.[178] Berücksichtigung können beispielsweise die tatsächlichen Verhältnisse der Grundstücke und hier insbesondere Lage und Verwendungszweck des herrschenden Grundstücks, sowie die wirtschaftliche und technische Entwicklung seit Bestellung der Dienstbarkeit finden.[179] Das Maß der Benutzung bestimmt sich daher nach neuem Recht.[180] Im Zweifel wird dieser Umfang durch das Prozessgericht festzustellen sein, da das Verfahren vor dem Grundbuchamt hierfür regelmäßig nicht geeignet ist.

6. Löschung der noch wirksam in den Servitutenbüchern eingetragenen Dienstbarkeiten

Zunächst bleibt festzuhalten, dass im Bereich der Dienstbarkeiten aus den Güter-, Kauf-, Saal-oder Kontraktbüchern bei deren Umschreibung in das Grundbuch zu keinem Zeitpunkt eine Bezugnahme auf diese Bücher zulässig war.[181] Diese Dienstbarkeiten sind daher regelmäßig gem. § 46 Abs. 2 GBO gelöscht bzw. inhaltlich unzulässig, sofern sie nicht vollumfänglich in das Grundbuch übertragen wurden. Sie sind im Verfahren nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu entfernen. Ein gutgläubig lastenfreier Erwerb dürfte in der Mehrzahl der Fälle erfolgt sein. Ein die Anregung auf Eröffnung des Amtslöschungsverfahrens ablehnender Beschluss des Grundbuchamts ist mit der unbeschränkten Beschwerde (§ 71 Abs. 1 GBO) mit dem Ziel der Löschung der Eintragung anfechtbar.[182]

Bei den Servituten ist die Lage ähnlich: Bei nach dem 01.04.1936 unvollständig übertragenen Servituten wird ebenfalls nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu verfahren sein, sofern die Eintragung die wesentlichen Anforderungen an die Eintragung einer Dienstbarkeit nicht erfüllt. Bei der Prüfung, ob ein Recht gem. § 53 Abs. 1 S. 2 GBO zu löschen ist, ist das Grundbuchamt an die Beurteilung zivilrechtlicher Vorfragen durch ein rechtskräftiges Urteil des Prozessgerichts gebunden, sofern sich dessen Rechtskraft auf das Recht, dessen Löschung begehrt wird erstreckt und gegenüber allen Beteiligten des Grundbuchverfahrens wirkt.[183, 184]

169 BGH, WM 2012, 1004, 1005; BGHZ 42, 63, 64; OLG Stuttgart, Urteil vom 13.12.2012 -2 U 103/12 (unveröffentlicht); Staudinger/*J. Hönle/U. Hönle* (2018) EGBGB Art. 184 Rn. 10 ff.

170 Zum im Königreich Württemberg geltenden Privat- und Sachenrecht vgl: *Wächter,* Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Privatrechts, Stuttgart 1842; Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts, Ellwangen 1876.

171 Zur Einführung und Geltung des württembergischen Rechts in den durch den Reichsdeputationshauptschluss und nachfolgend in der Zeit bis zur Unterzeichnung der Rheinbundakte neu erworbenen Landesteilen: *Reyscher,* Über die Einführung der Württembergischen Gesetze in die neuen Lande, und die hilfsweise Anwendbarkeit der dortigen besonderen Rechtsquellen, Tübingen 1838.

172 OLG Nürnberg, BeckRS 2017, 150523; Meikel/*Schneider,* § 53 Rn. 136; BeckOGK/*Kazele,* 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 568 ff.

173 BeckOGK/*Kazele,* 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 570.

174 BGHZ 42, 63-70; Staudinger/*J. Hönle/U. Hönle* (2018) EGBGB Art. 184 Rn. 14.

175 BayObLG BayObLGZ 2003, 278, 280.

176 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 69.

177 BeckOK BGB/*Wegmann/Reischl,* 52. Ed. 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 35.

178 BGH, DNotZ 2003, 704, 705.

179 BGH, DNotZ 2003, 704, 705-707.

180 OLG Karlsruhe, Die Justiz 1977, 375, 376; Staudinger/*J. Hönle/U. Hönle* (2018) EGBGB Art. 184 Rn. 19.

181 § 41 Abs. 3 der Verfügung vom 02.09.1899.

182 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 53 Rn. 88; Demharter, GBO, 30. Aufl. 2016, § 53 Rn. 61.

183 BGH, DNotZ 2019, 41, 43; Meikel/*Schneider,* GBO, § 53 Rn. 139.

184 Zu den hierzu erforderlichen Klageanträgen vgl. BGH, DNotZ 2019, 41, 43; BGH, WM 2018, 1753, 1756.

Ist eine Dienstbarkeit wirksam unter Verweis auf das Servitutenbuch oder ausdrücklich und vollumfänglich im Grundbuch eingetragen, wird gleichwohl oftmals aufgrund der Umstände des Einzelfalls eine Löschung möglich sein. Die Aufhebung richtet sich gem. Art. 189 Abs. 3 EGBGB in diesen Fällen grundsätzlich nach den Vorschriften des BGB, insbesondere also nach den §§ 875, 876, 1020-1028 BGB.[185]

Eine Löschung dürfte in einer Vielzahl von Fällen oftmals auf Grundlage von § 22 GBO oder § 84 GBO möglich sein. Das Antragsverfahren nach § 13 GBO bzw. § 22 GBO ist dabei allerdings stets vorrangig zu dem Amtsverfahren nach § 84 GBO, da es primär Aufgabe der Beteiligten ist, die Berichtigung des Grundbuchs zu betreiben.[186]

6.1 Verfahren nach §§ 13, 19 GBO

Bezüglich der noch bestehenden Grunddienstbarkeiten können regelmäßig Löschungsbewilligungen der Berechtigten beigebracht werden. Die berechtigten Grundstücke können aus dem Grundbuch selbst ersehen werden. Auf entsprechende Anfrage bescheinigt das Vermessungsamt die historischen Grundstücksveränderungen seit dem Zeitpunkt der Bestellung der Grunddienstbarkeit, so dass die heute aus der Grunddienstbarkeit berechtigten Grundstücke feststehen. Löschungsbewilligungen der entsprechenden Eigentümer können dann grundsätzlich beigebracht werden. Im Gegenzug können zweckmäßigerweise gegebenenfalls neue, an die heutigen Gegebenheiten angepasste Dienstbarkeiten bestellt werden.

6.2 Verfahren nach §§ 13, 22 GBO

Seit der Begründung der Grunddienstbarkeiten im Servitutenbuch haben sich die belasteten Grundstücke in der überwiegenden Zahl der Fälle verändert. Teile dieser Grundstücke wurden abgeschrieben oder ihnen wurden wiederum Teilflächen zugeschrieben.

Im Falle der Zuschreibung von Teilflächen erstreckt sich die auf dem Stammgrundstück lastende Grunddienstbarkeit seit Anlage des Grundbuchs nicht auf diese Teilflächen, da seit diesem Zeitpunkt gem. Art. 189 EGBGB die Vorschriften des BGB anwendbar sind.[187] Dies bedeutet, dass die Grunddienstbarkeit an diesen Teilflächen bei einer weiteren Übertragung dieser Fläche im Ganzen oder in Teilen gelöscht werden kann, da diese Fläche nicht von der Dienstbarkeit betroffen ist. Die nicht betroffenen Teilflächen können ohne Weiteres durch Vorlage von amtlichen, überlagernder Karten, durch die Bezugnahme auf Fortführungsnachweise nebst Karten[188] oder Bescheinigungen der Vermessungsbehörden gelöscht werden. Eine Bescheinigung des Vermessungsamts ersetzt allerdings nicht die eigenständige Prüfung des Grundbuchamts zum Inhalt/Ausübungsbereich der Dienstbarkeit.[189] Den Buchberechtigten ist rechtliches Gehör zu gewähren.[190] Die §§ 1025, 1026 BGB finden ebenfalls Anwendung.[191]

6.3 Verfahren nach § 84 GBO[192]

Ziel des Verfahrens ist es, überholte Eintragungen völlig zu beseitigen.[193] Die Anpassung des Inhalts von Rechten an zwischenzeitlich geänderte Verhältnisse oder die Entscheidung eines Streits über den Bestand eines Rechts zu entscheiden ist nicht Zweck des Verfahrens.[194] Die Gegenstandslosigkeit kann sich entweder aus rechtlichen oder tatsächlichen Gründen ergeben oder daraus, dass das Recht nie entstanden oder bereits erloschen ist.[195] Weiterhin muss eine Anpassung des Rechts an die veränderten, heutigen Verhältnisse unmöglich sein.[196] Ein nach Maßgabe des § 53 Abs. 1 S. 2 GBO inhaltlich unzulässiges Recht kann dem Verfahren nach § 84 ff GBO nicht zugeführt werden.[197] Die Löschung eines Rechts im Verfahren nach § 84 GBO kann zur Unrichtigkeit des Grundbuchs führen, sofern es materiellrechtlich bestehen geblieben ist. In diesem Fall ist das Grundbuch unrichtig (§§ 892, 894 BGB), so dass grundsätzlich gem. §§ 22, 53 GBO zu verfahren ist.[198]

Das Erlöschen aus tatsächlichen Gründen setzt konkrete, totale Ausübungshindernisse voraus, die objektiv und dauerhaft vorliegen müssen.[199]

185 BGH, NJW 1988, 2037, 2038; BeckOGK/*Kazele,* 1.11.2019, BGB § 1018 Rn. 563 ff.
186 Meikel/*Schneider,* GBO, § 84 Rn. 2.
187 Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl. 2012, Rn. 1122.
188 BayObLG, NJOZ 2004, 942, 944.
189 Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, FGPrax 2018, 160, 161; OLG München, NJOZ 2017, 363, 364; OLG München, NJOZ 2012, 2105, 2106.
190 BeckOK GBO/*Holzer,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 1 Rn. 118 ff.
191 Staudinger/*J. Hönle/U. Hönle* (2018) EGBGB Art. 184 Rn. 28 f.
192 Ausführlich zum Verfahren: *Böhringer,* Rpfleger 2019, 1; *Holzer,* ZNotP 2017, 262; *Peter,* BWNotZ 1983, 49.
193 BeckOK GBO/Zeiser, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 84 Rn. 5; Meikel/*Schneider,* § 84 Rn. 6.
194 BeckOK GBO/Zeiser, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 84 Rn. 5; Meikel/*Schneider,* § 84 Rn. 6.
195 BeckOK GBO/Zeiser, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 84 Rn. 10; Meikel/*Schneider,* § 84 Rn. 7 ff.
196 *Böhringer,* Rpfleger 2019, 1, 3.
197 Meikel/*Schneider,* § 84 Rn. 13.
198 BeckOK GBO/*Zeiser,* 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 84 Rn. 7.
199 Meikel/*Schneider,* § 84 Rn. 15.

Demnach wäre ein Trepprecht, also das Recht, das dienende Grundstück bspw. zum Wenden des Pflugs zu betreten, aus tatsächlichen Gründen erloschen, wenn das belastete, zwischenzeitlich innerstädtische Grundstück nunmehr vollständig mit Wohngebäuden überbaut ist.[200] Ob eine Dienstbarkeit nach §§ 84 ff GBO gelöscht werden kann, muss dabei im jeweiligen Einzelfall sorgfältig geprüft werden.

Da das Verfahren subsidiär zum Antragsverfahren durchgeführt wird, ist die Einleitung des Amtslöschungsverfahrens insbesondere dann zu prüfen, wenn ein Löschungsantrag im vorrangigen Verfahren nach § 22 GBO zurückgewiesen wurde, weil die Beteiligten ohne vorwerfbares Verhalten den formgerechten Unrichtigkeitsnachweis nicht erbringen konnten.[201] Die Entscheidung über die Einleitung des subsidiären Verfahrens erfolgt nach pflichtgemäßem Ermessen unter Berücksichtigung der Löschungswahrscheinlichkeit, des Ermittlungsaufwands und der faktischen Möglichkeiten der Eigentümer selbst für eine Löschung zu sorgen.[202] Wird das Amtslöschungsverfahren auf Anregung eines Beteiligten nicht eröffnet, ist gegen diese in Beschlussform zu erlassende Entscheidung[203] der Rechtsbehelf der befristeten Erinnerung nach § 11 Abs. 2 S. 1 RPflG statthaft, über den der Grundbuchrichter entscheidet.[204] Die Entscheidung des Grundbuchrichters ist abschließend und nicht weiter anfechtbar.[205]

7. Fazit

Die in den Servitutenbüchern enthaltenen Dienstbarkeiten sind zu Recht als das Schmerzkind des Praktikers bekannt. Allerdings sind diese, entgegen den Erwartungen der Rechtspraxis in einer Vielzahl von Fällen bereits erloschen bzw. inhaltlich unzulässig und damit einfacher, nämlich in der Regel im Verfahren nach § 53 Abs. 1 S. 2 GBO, aus dem Grundbuch zu entfernen als gemeinhin angenommen.

200 Vgl. für ein Weide- oder Geh- und Fahrrecht an einem mittlerweile vollständig überbauten Grundstück: BeckOK GBO/Zeiser, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 84 Rn. 10.
201 OLG München v. 15.02.2012, NJOZ 2012, 1535, 1536.
202 BeckOK GBO/*Zeiser*, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 85 Rn. 6.
203 BeckOK GBO/*Zeiser*, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 86 Rn. 5.
204 BeckOK GBO/*Zeiser*, 37. Ed. 15.12.2019, GBO § 85 Rn. .13, § 86 Rn. 6.
205 OLG München, Rpfleger 2017, 258.

RECHTSPRECHUNG

BÜRGERLICHES RECHT

Kostentragung bei Maßnahme zur Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums durch den Eigentümer

BGB § 687 I, § 812, § 951; WEG § 21 IV

1. Dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, steht kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zu. Das gilt auch dann, wenn die von dem Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen (insoweit Aufgabe von Senat, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 12 f.). (Rn. 10 – 17)
2. Auch wenn der Wohnungseigentümer eine Maßnahme zur Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums in der irrigen Annahme durchführt, er habe diese als Sondereigentümer auf eigene Kosten vorzunehmen (hier: Fenstererneuerung), besteht ein solcher Anspruch nicht. (Rn. 18 – 22)

BGH (V. Zivilsenat), Urteil vom 14.06.2019 – V ZR 254/17

I. Sachverhalt:

1 Der Kläger ist Mitglied der beklagten Wohnungseigentümergemeinschaft. Die Wohnanlage besteht aus 212 Wohnungen. § 4 Abs. 1 der Teilungserklärung lautet auszugsweise:
„Jeder Wohnungseigentümer ist zur ordnungsgemäßen Instandhaltung und Instandsetzung seiner Wohnung sowie der dem Sondereigentum zugeordneten Sondernutzungsbereiche und der darin befindlichen Anlagen und Ausstattung, auch soweit sich diese im gemeinschaftlichen Eigentum befinden und unbeschadet eines eventuellen Mitbenutzungsrechts der anderen Wohnungseigentümer bzw. Bewohner verpflichtet. (…) Er hat hierfür die Kosten einschließlich etwaiger Betriebskosten zu tragen. Die Verpflichtung umfasst insbesondere: (…) b) die Fenster einschließlich der Rahmen, der Verglasung und der Beschläge, jedoch ausschließlich des Farbanstrichs der Außenseite der Fenster und Wohnungsabschlusstüren."

2 Der Kläger ließ 2005 im Bereich seines Sondereigentums die einfach verglasten Holzfenster aus dem Jahr 1972 für 5.524,78 € durch Kunststofffenster mit Dreifachisolierglas ersetzen. Bereits zuvor hatten viele Wohnungseigentümer ihre Wohnungen mit modernen Kunststofffenstern ausgestattet. Die Wohnungseigentümer gingen bis zur Veröffentlichung der Entscheidung des Bundesgerichtshofs vom 2. März 2012 (V ZR 174/11, NZM 2012, 419) zu einer vergleichbaren Regelung in einer Teilungserklärung übereinstimmend davon aus, dass auch eine notwendige Erneuerung der Fenster Sache der jeweiligen Sondereigentümer sei.
3 Das Amtsgericht hat die gegen die Wohnungseigentümergemeinschaft auf Wertersatz in Höhe von 5.500 € gerichtete Klage abgewiesen. Die Berufung ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Landgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seinen Zahlungsantrag weiter. Die Beklagte beantragt die Zurückweisung des Rechtsmittels.

II. Aus den Gründen:

4 Das Berufungsgericht meint, die beklagte Wohnungseigentümergemeinschaft sei für den auf Bereicherungsrecht gestützten Zahlungsanspruch nicht passiv legitimiert. Zwar komme nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs bei einer eigenmächtigen Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums ein Bereicherungsanspruch des Wohnungseigentümers in Betracht, wenn die Maßnahme ohnehin hätte beschlossen oder vorgenommen werden müssen. Das gelte auch, wenn die Wohnungseigentümer, wie hier, die Teilungserklärung falsch ausgelegt hätten. Ob das Ermessen der Wohnungseigentümer im Jahr 2005 bei einer Entscheidung über die Erneuerung der Fenster auf null reduziert gewesen wäre, könne aber dahinstehen. Die beklagte Wohnungseigentümergemeinschaft schulde den Bereicherungsausgleich nur, wenn die Maßnahme wegen eines entsprechenden Beschlusses der Wohnungseigentümer oder wegen der Dringlichkeit durchzuführen gewesen wäre. Daran fehle es. Daher hätte der Kläger die übrigen Wohnungseigentümer in Anspruch nehmen müssen.

5 Die Revision hat keinen Erfolg. Das Berufungsgericht verneint im Ergebnis zu Recht einen Ersatzanspruch des Klägers aus allgemeinen Vorschriften des Bürgerlichen Gesetzbuchs.

6 1. Im Ausgangspunkt zutreffend und von der Revision als ihr günstig nicht angegriffen geht das Berufungsgericht davon aus, dass die vollständige Erneuerung der Fenster im räumlichen Bereich des Sondereigentums des Klägers gemeinschaftliche Aufgabe der Wohnungseigentümer war.

7 a) Die Fenster nebst Rahmen stehen gemäß § 5 Abs. 2 WEG zwingend im Gemeinschaftseigentum (Senat, Urteil vom 2. März 2012 – V ZR 174/11, NZM 2012, 419 Rn. 7). Dies hat nach der gesetzlichen Kompetenzzuweisung zur Folge, dass die Gemeinschaft der Wohnungseigentümer für ihren Austausch zuständig ist (§ 21 Abs. 1, Abs. 5 Nr. 2 WEG bzw. § 22 WEG) und die damit verbundenen Kosten zu tragen hat (§ 16 Abs. 2 WEG). Durch Vereinbarung können die Wohnungseigentümer hiervon zwar abweichen, sofern sie eine klare und eindeutige Regelung treffen. Im Zweifel bleibt es aber bei der gesetzlichen Zuständigkeit (vgl. Senat, Urteil vom 2. März 2012 – V ZR 174/11, aaO Rn. 7).

8 b) Eine abweichende Regelung der Erneuerung der Fenster und der damit verbundenen Kosten enthält die Teilungserklärung nicht. Die uneingeschränkt nachprüfbare Auslegung durch das Berufungsgericht, dass nach § 4 Abs. 1 der Teilungserklärung der Austausch der Fenster nicht dem Sondereigentümer obliegt, sondern gemeinschaftliche Aufgabe der Wohnungseigentümer ist, ist nicht zu beanstanden. Weist die Teilungserklärung die Pflicht zur Instandhaltung und Instandsetzung der Fenster nebst Rahmen in dem räumlichen Bereich des Sondereigentums den einzelnen Wohnungseigentümern zu und nimmt dabei den Außenanstrich aus, ist eine vollständige Erneuerung der Fenster im Zweifel, und so auch hier, Sache der Gemeinschaft (vgl. Senat, Urteil vom 2. März 2012 – V ZR 174/11, NZM 2012, 419 Rn. 9).

9 2. Dennoch kann der Kläger von der Beklagten keine Erstattung der Kosten verlangen. Ein solcher Erstattungsanspruch käme nur aus allgemeinen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 687 Abs. 1 BGB) oder des Bereicherungsrechts (§ 812 Abs. 1 Satz 1 BGB) in Betracht. Diese Vorschriften können aber als Anspruchsgrundlage für den Zahlungsanspruch nicht herangezogen werden.

10 a) Wie der Senat bereits entschieden hat, steht dem Wohnungseigentümer, der eigenmächtig Instandsetzungs- und Instandhaltungsarbeiten am Gemeinschaftseigentum durchführt, grundsätzlich kein Ersatzanspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag oder Bereicherungsrecht zu (Senat, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 13). Nach § 21 Abs. 4 WEG kann jeder Wohnungseigentümer eine Verwaltung verlangen, die den Vereinbarungen und Beschlüssen und, soweit solche nicht bestehen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen – mit anderen Worten ordnungsmäßiger Verwaltung – entspricht. Zu der ordnungsmäßigen, dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer entsprechenden Verwaltung gehört gemäß § 21 Abs. 5 Nr. 2 WEG insbesondere die ordnungsmäßige Instandhaltung und Instandsetzung des gemeinschaftlichen Eigentums. Insoweit haben die Wohnungseigentümer einen Gestaltungsspielraum; sie müssen das Gebot der Wirtschaftlichkeit beachten und im Grundsatz auf die Leistungsfähigkeit der Wohnungseigentümer Rücksicht nehmen. Deshalb sind sie berechtigt, Kosten und Nutzen einer Maßnahme gegeneinander abzuwägen und nicht zwingend erforderliche Maßnahmen ggf. zurückzustellen (vgl. Senat, Urteil vom 8. Juli 2011 – V ZR 176/10, NJW 2011, 2958 Rn. 8; Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 94/11, NJW 2012, 2955 Rn. 8; Urteil vom 17. Oktober 2014 – V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rn. 10; Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rn. 9). Diese Grundsätze finden in den Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts keinen Niederschlag. Ihre Anwendung schließt § 21 Abs. 4 WEG aus; die Vorschrift geht als speziellere Norm vor (Senat, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 13).

11 b) Das gilt auch dann, wenn die von dem Wohnungseigentümer durchgeführte Maßnahme ohnehin hätte vorgenommen werden müssen.

12 aa) Allerdings kam nach der bisherigen Rechtsprechung des Senats ein Bereicherungsausgleich für eine eigenmächtige Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums ausnahmsweise dann in Betracht, wenn die Maßnahme des Wohnungseigentümers ohnehin hätte beschlossen oder vorgenommen werden müssen, sich das den Wohnungseigentümern zustehende Ermessen bei der Entscheidung über die Instandsetzung oder Instandhaltung also auf null reduziert hatte (vgl. Senat, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 12 f.). Dem lag die Erwägung zu Grunde, dass in einem solchen Fall der einzelne Wohnungseigentümer einen Anspruch auf Durchführung der Maßnahme gemäß § 21 Abs. 4 WEG hat (vgl. dazu Urteil vom 17. Oktober 2014 – V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rn. 10; siehe auch Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rn. 10).

13 bb) Diese Ausnahme hält der Senat jedoch nicht weiter aufrecht. Der Vorrang des § 21 Abs. 4 WEG schließt

einen Ausgleich des Wohnungseigentümers für eigenmächtige Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum nach allgemeinen Vorschriften auch dann aus, wenn diese zwingend vorgenommen werden mussten.

14 (1) Gegen eine Ausnahme von dem Grundsatz, dass der eigenmächtig handelnde Wohnungseigentümer keinen Ersatz seiner Kosten von den übrigen Wohnungseigentümern verlangen kann, sprechen bereits die dadurch entstehenden Abgrenzungs- und Beweisschwierigkeiten. Ein Anspruch auf Durchführung einer Instandsetzungsmaßnahme setzt nämlich voraus, dass nur ein ganz bestimmtes und sofortiges Vorgehen ordnungsmäßiger Verwaltung entspricht (Senat, Urteil vom 9. März 2012 – V ZR 161/11, NJW 2012, 1724 Rn. 4; Urteil vom 13. Juli 2012 – V ZR 94/11, NJW 2012, 2955 Rn. 8). Das ist nicht schon dann der Fall, wenn der Zustand des Gemeinschaftseigentums überhaupt ein sofortiges Tätigwerden erfordert; das Ermessen der Wohnungseigentümer muss vielmehr derart reduziert sein, dass zwingend eine bestimmte Art der Instandsetzung zu ergreifen ist. Diese Voraussetzungen werden nur selten vorliegen und im Nachhinein, d.h. nach der eigenmächtig vorgenommenen Reparatur, nur schwer bzw. nur mit großem Aufwand festzustellen sein.

15 Vor allem bleibt den Wohnungseigentümern auch in den Fällen der Ermessensreduzierung auf null regelmäßig ein Gestaltungsspielraum. Es ist insbesondere ihre Sache zu entscheiden, ob sie die Maßnahme isoliert oder zusammen mit anderen Arbeiten durchführen und welche Handwerker sie beauftragen. Deshalb müssen die Wohnungseigentümer auch über eine zwingend gebotene und keinen Aufschub duldende Instandsetzungs- oder Instandhaltungsmaßnahme einen Beschluss fassen.

16 (2) Dem betroffenen Wohnungseigentümer ist es auch zumutbar, in jedem Fall das durch das Wohnungseigentumsgesetz vorgegebene Verfahren einzuhalten. Er kann einen Beschluss der Wohnungseigentümer über die Durchführung der erforderlichen Maßnahme herbeiführen. Findet der Antrag in der Wohnungseigentümerversammlung nicht die erforderliche Mehrheit, kann er die Beschlussersetzungsklage nach § 21 Abs. 8 WEG erheben (vgl. dazu Senat, Urteil vom 25. September 2015 - V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 18; Urteil vom 4. Mai 2018 – V ZR 203/17, NZM 2018, 611 Rn. 6). Bei Bedarf kommt der Erlass einer einstweiligen Verfügung in Betracht (vgl. Senat, Urteil vom 10. Juni 2011 – V ZR 146/10, NJW 2011, 3025 Rn. 11; Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, BGHZ 207, 40 Rn. 18). Den Vollzug des von den Wohnungseigentümern gefassten bzw. nach § 21 Abs. 8 WEG durch gerichtliches Gestaltungsurteil herbeigeführten Beschlusses kann der einzelne Wohnungseigentümer von dem Verwalter als dem gemäß § 27 Abs. 1 Nr. 1 WEG zuständige Vollzugsorgan verlangen (vgl. dazu Senat, Urteil vom 8. Juni 2018 – V ZR 125/17, NJW 2018, 3305 Rn. 24). Ein eigenmächtiges Vorgehen lässt das Gesetz dagegen nur ausnahmsweise unter den engen Grenzen der Notgeschäftsführung zu (§ 21 Abs. 2 WEG; vgl. dazu Senat, Urteil vom 25. September 2015 – V ZR 246/14, aaO Rn. 7).

17 (3) Dass ein Rückgriff auf die allgemeinen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag und des Bereicherungsrechts ausgeschlossen ist, wenn das Gesetz dem Verpflichteten vorrangig die Möglichkeit gibt, selbst den Erfolg herbeizuführen, ist dem Zivilrecht nicht fremd. So schützen im Kaufrecht die Regelungen über die Sachmängelhaftung, vor allem das sogenannte „Recht zur zweiten Andienung“ (die Nacherfüllung), den Verkäufer. Beseitigt der Käufer den Mangel selbst, ohne dem Verkäufer zuvor eine erforderliche Frist zur Nacherfüllung gesetzt zu haben, kann er nicht gemäß § 326 Abs. 2 Satz 2, Abs. 4 BGB (analog) die Anrechnung der vom Verkäufer ersparten Aufwendungen für die Mangelbeseitigung auf den Kaufpreis verlangen oder den bereits gezahlten Kaufpreis in dieser Höhe zurückfordern. Anderenfalls würde dem Käufer im Ergebnis ein Selbstvornahmerecht auf Kosten des Verkäufers zugebilligt, auf das der Gesetzgeber bewusst verzichtet hat; zudem würde der Vorrang des Nacherfüllungsanspruchs unterlaufen, der den §§ 437 ff. BGB zugrunde liegt (vgl. BGH, Urteil vom 23. Februar 2005 – VIII ZR 100/04, BGHZ 162, 219, 225; Urteil vom 7. Dezember 2005 – VIII ZR 126/05, NJW 2006, 988, 989). Ebenso ist für das Mietrecht anerkannt, dass der Mieter, der einen Mangel der Mietsache selbst beseitigt, Ersatz der erforderlichen Aufwendungen nur verlangen kann, wenn der Vermieter mit der Beseitigung des Mangels in Verzug ist. Beseitigt der Wohnraummieter einen Mangel der Mietsache selbst, ohne den Vermieter zuvor in Verzug gesetzt zu haben (§ 536a Abs. 2 Nr. 1 BGB), und liegt auch keine Notmaßnahme im Sinne von § 536a Abs. 2 Nr. 2 BGB vor, so kann er die Aufwendungen zur Mangelbeseitigung weder nach § 539 Abs. 1 BGB in Verbindung mit den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag noch als Schadensersatz gemäß § 536a Abs. 1 BGB vom Vermieter ersetzt verlangen; andernfalls würde der Vorrang des Vermieters bei der Mängelbeseitigung unterlaufen (vgl. BGH, Urteil vom 16. Januar 2008 – VIII ZR 222/06, NJW 2008, 1216 Rn. 19, 22). Der Vorrang der spezialgesetzlichen Regelungen soll den Verpflichteten davor schützen, vor vollendete Tatsachen gestellt zu werden. Entsprechendes gilt für die Vorschriften des Wohnungseigentumsgesetzes über die Instandsetzung des Gemeinschaftseigentums.

18 c) Im vorliegenden Fall ist die Situation besonders gelagert, weil der Kläger und die anderen Wohnungseigentümer aufgrund fehlerhafter Auslegung der Teilungserklärung davon ausgegangen waren, die Erneuerung der Fenster sei Aufgabe der jeweiligen Sondereigentümer. Dass dem Wohnungseigentümer bei einer solchen Sachlage kein Ersatzanspruch nach den allgemeinen Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag oder die aufgedrängte Bereicherung zusteht, liegt nicht auf der Hand. Geht der Wohnungseigentümer irrtümlich davon aus, er müsse eine Maßnahme am Gemeinschaftseigentum auf eigene Kosten durchführen, besteht für ihn regelmäßig nämlich keine Veranlassung, die übrigen Wohnungseigentümer damit zu befassen. Das gilt umso mehr, wenn – wie hier von dem Kläger vorgetragen – die Maßnahme mit dem Verwalter abgestimmt wird.

19 aa) In der Instanzrechtsprechung und im Schrifttum wird angenommen, der Wohnungseigentümer, der irrtümlich anstelle der Gemeinschaft seine erneuerungsbedürftigen Fenster austausche, könne Wertersatz unter dem Gesichtspunkt der unberechtigten Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 684 BGB i. V.m. § 818 Abs. 2 BGB) verlangen (OLG Hamburg, NZM 2002, 872, 873; AG Hannover, ZMR 2003, 147, 148; so wohl auch LG Berlin, Grundeigentum 2019, 467). Habe der Wohnungseigentümer die Fenster aufgrund eines nichtigen Beschlusses auf eigene Kosten durchgeführt, stehe ihm ein Anspruch auf Ersatz seiner Aufwendungen aus berechtigter Geschäftsführung ohne Auftrag (§ 683 BGB) zu (OLG Düsseldorf, NJW 2008, 3227, 3228; BeckOK/*Gehrlein,* BGB [1.5.2019], § 683 Rn. 4; *Niedenführ* in Niedenführ/Vandenhouten, WEG, 12. Aufl., § 16 Rn. 100; *Wenzel,* ZWE 2001, 226, 235; vgl. auch *Rampp,* NZM 2017, 625, 626). Ein Beschluss, ihm die Instandsetzungskosten aus der Instandhaltungsrücklage zu erstatten, entspreche ordnungsmäßiger Verwaltung (LG Düsseldorf, ZMR 2015, 478, 479; AG Neuss, NZM 2002, 31, 32; *Niedenführ,* aaO).

20 bb) Die besseren Argumente sprechen aber auch in dieser Fallkonstellation gegen einen Ersatzanspruch. Auch wenn der Wohnungseigentümer eine Maßnahme zur Instandsetzung oder Instandhaltung des Gemeinschaftseigentums in der irrigen Annahme durchführt, er habe diese als Sondereigentümer auf eigene Kosten vorzunehmen, besteht ein solcher Anspruch nicht.

21 (1) Ein Ausgleich nach den allgemeinen Vorschriften der Geschäftsführung ohne Auftrag oder des Bereicherungsrechts liefe den schutzwürdigen Interessen der anderen Wohnungseigentümer zuwider. Zwar müssen Wohnungseigentümer stets damit rechnen, dass es durch Mängel des Gemeinschaftseigentums zu unvorhersehbaren Ausgaben kommt, für die sie einzustehen haben (vgl. dazu Senat, Urteil vom 17. Oktober 2014 – V ZR 9/14, BGHZ 202, 375 Rn. 12 ff.). Sie müssen ihre private Finanzplanung aber nicht darauf einrichten, dass sie im Nachhinein für abgeschlossene Maßnahmen aus der Vergangenheit, auf die sie keinen Einfluss nehmen konnten, herangezogen werden. Eine solche Ausgleichspflicht kann die Wohnungseigentümer auch zur Unzeit treffen, etwa weil sie eine andere kostenintensive Maßnahme beschlossen oder durchgeführt haben, die sie bei Kenntnis eines bestehenden Erstattungsanspruchs zurückgestellt hätten. Schwierigkeiten entstünden auch bei einem zwischenzeitlichen Verkauf von Wohnungen. Könnte ein Wohnungseigentümer nachträglich Ausgleich für von ihm durchgeführte Maßnahmen am Gemeinschaftseigentum verlangen, wäre für Käufer und Verkäufer nicht sicher bestimmbar, welche finanziellen Verpflichtungen aus einer bereits abgeschlossenen Maßnahme noch offen und ggf. von dem Käufer zu übernehmen sind.

22 (2) Hinzu kommt, dass es in tatsächlicher Hinsicht häufig schwierig ist, irrtümliches Handeln von eigenmächtigem Vorgehen abzugrenzen; regelmäßig wird kaum feststellbar sein, ob der Wohnungseigentümer tatsächlich irrtümlich davon ausgegangen war, ein eigenes Geschäft zu führen. Hier liegt der zu beurteilende Sachverhalt zwar anders; eine Ausnahme für „eindeutige" Irrtumsfälle würde aber wiederum zu Abgrenzungsschwierigkeiten und damit zu Rechtsunsicherheit führen. Wurde eine Teilungserklärung, wie hier, jahrelang unzutreffend ausgelegt, werden zudem häufig viele Wohnungseigentümer einen Erstattungsanspruch haben; der dann erforderliche „Hin-und-Her-Ausgleich" zwischen allen Betroffenen führte zu einem hohen Ermittlungs- und Berechnungsaufwand, ohne dass sich zwangsläufig ein von allen als „gerecht" empfundenes Ergebnis einstellte.

Teilung benachbarter Grundstücke

WEG § 1, § 3, § 8; BGB § 93, § 94, § 912, § 946; GBO § 29, § 71 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:
Teilt der Eigentümer benachbarter Grundstücke diese jeweils nach § 8 WEG, steht der Begründung von Teileigentum an Tiefgaragenplätzen nicht entgegen, dass sich die Tiefgarage unter allen Grundstücken erstreckt, wenn sich die einzelnen Stellplätze jeweils unter dem konkret zur Teilung vorgesehenen Grundstück befinden.

KG (1. Zivilsenat), Beschluss vom 10.09.2019 – 1 W 127/19

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte ist als Eigentümerin im Grundbuch des im Beschlusseingang bezeichneten Grundstücks – Blatt 1... – sowie des hierzu benachbarten, auf Blatt 9... gebuchten Grundstücks eingetragen. Beide Grundbücher sind in der zweiten Abteilung lastenfrei. Auf den Grundstücken befindet sich eine einheitliche Tiefgarage, die durch eine Ein- und Ausfahrt auf dem Grundstück Blatt 1... erschlossen wird.
2 Am 17. Oktober 2017 erklärte die Beteiligte zur UR-Nr. ... 7... /2... des Notars J... B... in Berlin unter Bezugnahme auf die Abgeschlossenheitsbescheinigungen des Bezirksamts S... -Z... von Berlin Nr. 2... /1... und 2... /2... die Teilung des Grundstücks in 47 Wohnungs- und 18 Teileigentumsrechte. Die Teileigentumsrechte sollten an einzelnen Stellplätzen in dem Teil der Tiefgarage begründet werden, der sich unter dem Grundstück Blatt 1539 befindet. Auf den Vollzugsantrag des Urkundsnotars vom 18. Oktober 2017 wies das Grundbuchamt mit Zwischenverfügung vom 12. Januar 2018 u.a. darauf hin, dass es sich bei der Tiefgarage um einen Überbau handele und nicht ersichtlich sei, dass das aufzuteilende Grundstück das Stammgrundstück sei, von dem aus der Überbau erfolgt sei. Es sei der grundbuchtaugliche Nachweis erforderlich, dass die Tiefgarage Bestandteil des aufzuteilenden Grundstücks sei.
3 Darauf erklärte die Beteiligte am 14. November 2018 zur UR-Nr. ... 8... /2... des Notars J... B... in B... unter Bezugnahme auf die UR-Nr. ... 7... /2... sowie die Ergänzungsbescheinigung Nr. 2... /2... des Bezirksamts S... -Z... mit gestempelten Plänen, Ansichten und Schnitten die Aufteilung des Grundstücks in Wohnungsund Teileigentumsrechte, darunter 17 Teileigentumsrechte an Stellplätzen in der Tiefgarage.
4 Der Urkundsnotar hat den Vollzug der Teilung mit Schriftsatz vom 18. Oktober 2017 bei dem Grundbuchamt beantragt. Dieses hat mit Zwischenverfügung vom 11. Februar 2019 unter Punkt a erneut auf das Erfordernis eines grundbuchtauglichen Nachweises hingewiesen, dass die Tiefgarage "Bestandteil des Gebäudes/Grundstücks in L... Blatt 1... " sei. Hiergegen richtet sich die Beschwerde vom 15. Februar 2019, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 14. März 2019 nicht abgeholfen hat.
5 Einen entsprechenden Antrag vom 31. Mai 2018 auf Aufteilung des Nachbargrundstücks Blatt 9... in Wohnungs- und Teileigentum hat das Grundbuchamt mit Beschluss vom 27. Februar 2019 zurückgewiesen. Die dagegen gerichtete Beschwerde vom 5. März 2019 ist bei dem Senat zum Geschäftszeichen 1 W 128/19 anhängig.

II. Aus den Gründen:

6 Die Beschwerde ist zulässig, § 71 Abs. 1 GBO, und hat auch in der Sache Erfolg. Das zu Punkt a der angefochtenen Zwischenverfügung aufgezeigte Eintragungshindernis besteht nicht, so dass insoweit kein Anlass für ihren Erlass gegeben war, § 18 Abs. 1 S. 1 Alt. 2 GBO.
7 Allerdings setzt die Begründung von Teileigentum voraus, dass Grundstück und Gebäude eigentumsrechtlich eine Einheit bilden (*Schneider,* in: Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl. AT E, Rdn. 29). Der Senat hat bereits entschieden, dass dies dem Grundbuchamt gesondert nachzuweisen ist, wenn das Gebäude zum Teil auf einem anderen als dem aufzuteilenden Grundstück steht. Denn im Falle eines solchen Überbaus kollidieren die Regelungen der §§ 94 Abs. 1, 946 BGB – Akzession – mit denen der §§ 93, 94 Abs. 2 BGB – Gebäudeeinheit – (Senat, Beschluss vom 19. August 2015 – 1 W 765/15 – MittBayNot 2016, 145, 146). Der von der Beteiligten angestrebte Vollzug der Teilungserklärung vom 14. November 2018, § 7 WEG, käme nicht in Betracht, wenn die auf beiden Grundstücken errichtete Tiefgarage als wesentlicher Bestandteil allein dem Nachbargrundstück zuzuordnen wäre. Für eine solche Annahme fehlt hier jedoch jeder Anhalt.
8 Zwar soll nach dem Zweckgedanken der Überbauvorschriften, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, im Fall des entschuldigten Überbaus der in das Grundstück des Nachbarn hineinragende Überbau nicht im Eigentum des Nachbarn stehen, sondern vielmehr wesentlicher Bestandteil des Grundstücks bleiben, von dem aus übergebaut worden ist. Und dieser Gedanke soll auch im Fall des Eigengrenzüberbaus gelten, also dann, wenn beide Grundstücke demselben Eigentümer gehören (BGHZ 102, 311, 314; *Tersteegen,* RNotZ 2006, 433, 446). Vorausset-

zung für eine einheitliche Zuordnung des Gebäudes zu einem der beiden Grundstücke ist hingegen, wie stets, das eines der Grundstücke als Stammgrundstück anzusehen ist, von dem das Gebäude also auf das Nachbargrundstück hinüber gebaut worden ist (BGHZ 110, 298, 302). Hierfür kommt es in erster Linie auf die Absichten und wirtschaftlichen Interessen des Erbauers an (BGHZ 62, 141, 146). Auf sie kann ggf. aus objektiven Gegebenheiten geschlossen werden (BGHZ 110, 298, 303).

9 Nach diesen Grundsätzen kann hier nicht auf ein Stammgrundstück geschlossen werden. Vielmehr folgt aus den Teilungserklärungen der Beteiligten zum hiesigen Grundstück und dem Nachbargrundstück der Wille zu einer vertikalen Teilung des Gebäudes an der Grundstücksgrenze, §§ 94 Abs. 1, 946 BGB. So befinden sich sämtliche Stellplätze jeweils in dem Teil der Tiefgarage, der auf dem aufzuteilenden Grundstück belegen ist. Nach der das Grundstück Blatt 1... betreffenden Teilungserklärung sollen 17 jeweils in dem dort belegenen Teil befindliche Stellplätze in Teileigentum aufgeteilt werden, während die übrigen, von der zum Grundbuchblatt 9... abgegebenen Teilungserklärung erfassten Stellplätze auf dem dortigen Grundstück belegen sind und ebenfalls in Teileigentum – verbunden mit Miteigentumsanteilen nur an dem Grundstück Blatt 9... – aufgeteilt werden sollen. Das entspricht jeweils den Anforderungen des § 1 Abs. 4 WEG, wonach Teileigentum nicht in der Weise begründet werden kann, dass das Sondereigentum mit Miteigentum an mehreren Grundstücken verbunden wird.

10 In diesem Zusammenhang kommt es nicht darauf an, ob die Beteiligte die Tiefgarage errichtet hat, also ihre "Erbauerin" ist. Auch wenn die Tiefgarage von einem früheren Eigentümer der Grundstücke mit anderen Absichten errichtet worden wäre, schließt dies eine spätere vertikale Teilung des Gebäudes an der Grundstücksgrenze nicht aus (vgl. BGH, DNotZ 2004, 373, 375). Nach sachenrechtlichen Grundsätzen wäre hierfür eine Einigung der Grundstückseigentümer und ein nach außen tretender Akt erforderlich (BGH, a.a.O.). Da die Beteiligte hier Eigentümerin beider Grundstücke ist, tritt an Stelle der Einigung deren nach außen erkennbarer Wille zur Teilung der Tiefgarage entlang der Grundstücksgrenze. Diesen Willen hat sie durch die jeweiligen Teilungserklärungen zum Ausdruck gebracht.

11 Die objektiven Gegebenheiten, soweit sie aus den eingereichten Eintragungsunterlagen ersichtlich sind, vgl. §§ 29 GBO, 7 WEG, stehen diesem Verständnis der Erklärungen der Beteiligten nicht entgegen. Sie lassen keine Rückschlüsse auf ein Stammgrundstück zu, da die Unterschiede hinsichtlich Lage, Umfang und wirtschaftlicher Bedeutung (vgl. BGH, DNotZ 2002, 290, 292) der mit der Tiefgarage bebauten Grundstücksflächen nur geringfügig sind. Es ist nicht ersichtlich, dass die Tiefgarage für eines der Grundstücke eine größere wirtschaftliche Bedeutung haben könnte. Auf beiden Grundstücken befinden sich Gebäude, die in Wohn- und Teileigentumsrechte aufgeteilt werden sollen. Der auf dem Grundstück Blatt 9085 belegene Teil der Tiefgarage ist etwas größer (21 Stellplätze) als der andere Teil (17 Stellplätze), hingegen befindet sich die Zu- und Ausfahrt auf dem Grundstück Blatt 1....

12 Der Annahme einer vertikalen Teilung der Tiefgarage steht schließlich nicht das Erfordernis der Abgeschlossenheit des Sondereigentums entgegen, § 3 Abs. 2 S. 1 WEG. Abgeschlossen müssen die Sondereigentumsrechte lediglich innerhalb der Wohnungseigentumsanlage sein, d.h. gegenüber den anderen Sondereigentumsrechten. Das ist grundsätzlich auch bei Stellplätzen in einer Tiefgarage möglich, § 3 Abs. 2 S. 2 WEG. Das Bezirksamt S... -Z... von Berlin hat die Abgeschlossenheit – auch – der Stellplätze bescheinigt, § 7 Abs. 4 S. 1 WEG. Auf eine Abgeschlossenheit gegenüber dem Nachbargrundstück kommt es hingegen nicht an, hier ist allein die Grundstücksgrenze maßgeblich (*Schneider,* a.a.O., Rdn. 42; *Tersteegen,* a.a.O., 457; *Oppermann,* DNotZ 2015, 662, 667), die ausweislich der beigefügten Pläne von keinem der Stellplätze auf beiden Grundstücken tangiert wird (vgl. Berg, RNotZ 2018, 505, 533f.).

Eintragung, Amtswiderspruch, Unrichtigkeit, Grundbuch, positive Kenntnis, gutgläubiger lastenfreier Erwerb, Dienstbarkeit, Duldung

BGB § 892 Abs. 1 S. 1; GBO § 53 Abs. 1 S. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Für die Eintragung eines Amtswiderspruchs genügt es, dass eine Unrichtigkeit des Grundbuchs zum Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruchs glaubhaft gemacht ist.

2. Wenn ein auf einem Grundstück lastendes Recht versehentlich gelöscht wurde, ist ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb des Grundstücks nur bei positiver Kenntnis des Erwerbers von der Unrichtigkeit des Grundbuchs ausgeschlossen. Wenn dem Erwerber bekannt ist, dass auf dem Grundstück Masten stehen, über die eine Stromleitung geführt wird, genügt dies ohne das Vorliegen weiterer Indizien nicht, um die positive Kenntnis des Erwerbers bezüglich einer diesbezüglichen, auf dem Grundstück lastenden Dienstbarkeit als überwiegend wahrscheinlich anzusehen.

OLG Karlsruhe (14. Zivilsenat), Beschluss vom 07.01.2020 – 14 W 126/19

I. Sachverhalt:

1 Der Beteiligte Ziffer 1 wendet sich mit der Beschwerde gegen von Amts wegen eingetragene Widersprüche im Grundbuch.

2 Der Beschwerdeführer ist Eigentümer der etwa 1 Hektar großen Landwirtschaftsfläche W in H, Flst. Nr. ..., die im Grundbuch Nr. ... von H eingetragen ist. Das Grundstück war zunächst im Grundbuch von H Nr. ... unter lfd. Nr. 20 als Eigentum der Erbengemeinschaft A eingetragen. In der zweiten Abteilung des Grundbuchs waren zu Lasten des Grundstücks im Jahr 1959 eine Dienstbarkeit wegen Duldung eines Hochspannungsleitungsmasts und im Jahr 1973 ein Stromleitungs- und Mastenrecht eingetragen worden. Begünstigt war die K AG, aus der nach einem Zusammenschluss die Beteiligte Ziffer 2 hervorgegangen ist. Durch einen Auseinandersetzungsvertrag vom 17.03.2014 wurde das Eigentum an dem Grundstück – neben anderen – dem Miterben H A übertragen. Am 17.09.2014 wurde das Grundstück nach Grundbuchblatt Nr. ... – dort als lfd. Nr. 2 – übertragen. Dabei wurden die eingetragenen Belastungen versehentlich nicht übernommen bzw. lediglich für eine andere Fläche eingetragen.

3 Der Beschwerdeführer kaufte mit Vertrag vom 13.10.2015 das oben bezeichnete Grundstück, wobei als Belastung lediglich der mittlerweile eingetragene Zwangsversteigerungsvermerk genannt wurde; auf die Urkunde des Notariats S (Nr. ...) wird Bezug genommen. Am 27.01.2016 wurde der Beteiligte Ziffer 1 als Eigentümer, jetzt im Grundbuch Nr. ..., eingetragen.

4 Auf die beigezogenen Grundakten der o. g. Grundbücher wird verwiesen.

5 Das Grundbuchamt hat die Beteiligte Ziffer 2 mit Schreiben vom 06.06.2019 darauf hingewiesen, dass nach seiner Auffassung ein gutgläubiger lastenfreier Erwerb erfolgt sei und eine erneute Eintragung nicht von Amts wegen erfolgen könne. Die Beteiligte Ziffer 2 verwies darauf, dass die Leitung nach wie vor bestehe und regte die Eintragung eines Widerspruchs an; auf ihre Schreiben vom 27.06. und 04.07.2019 wird verwiesen. Das Grundbuchamt kam dem nach und trug am 11.07.2019 im Grundbuch Nr. ... in der zweiten Abteilung unter Nrn. 1 und 2 zugunsten der Beteiligten Ziffer 2 Widersprüche gem. § 892 BGB gegen die am 17.09.2014 erfolgte Löschung der oben beschriebenen Dienstbarkeiten ein.

6 Der Beteiligte Ziffer 1 hat gegen die Eintragung Beschwerde eingelegt und beantragt, die Widersprüche zu löschen. Er trägt vor, das Grundbuch sei nicht unrichtig, da er das Grundstück gutgläubig lastenfrei erworben habe; wegen der Einzelheiten wird auf die Beschwerdeschrift vom 06.08.2019 und den Schriftsatz vom 14.08.2019 verwiesen. Das Grundbuchamt hat der Beschwerde mit Beschluss vom 25.09.2019 nicht abgeholfen und dies damit begründet, dass ein gutgläubiger Erwerb nicht erfolgt sei. Der Beschwerdeführer wohne nämlich vor Ort und habe den Grundbesitz vor dem Erwerb bewirtschaftet; es sei davon auszugehen, dass er aufgrund der weithin sichtbaren Masten die Tatsachen gekannt habe.

II. Aus den Gründen:

7 Die Beschwerde ist zulässig und begründet.

8 Die Voraussetzungen für die Eintragung eines Amtswiderspruchs gemäß § 53 Abs. 1 S. 1 GBO lagen nicht vor.

9 1. Das Grundbuchamt geht zu Recht davon aus, dass eine Verletzung gesetzlicher Vorschriften vorliegt. Auch eine nicht beabsichtigte Löschung durch die versehentlich unterbliebene Übertragung eines Rechts stellt eine Eintragung im Sinne des § 53 Abs. 1 S. 1 GBO dar, die Grundlage für einen Amtswiderspruch sein kann (vgl. *Reetz* in BeckOK GBO, § 46 Rn 81ff; *Holzer* in BeckOK GBO § 53 Rn 9).

10 2. Durch die fehlerhafte Übertragung wurde das Grundbuch – in Form des Grundbuchblatts Nr. ... – zunächst unrichtig, weil die Dienstbarkeiten mangels eines dinglichen

Rechtsgeschäfts, dass sich auf die Wirksamkeit auswirken konnte, materiell fortbestanden.

11 3. Die Unrichtigkeit des Grundbuchs muss jedoch auch noch zum Zeitpunkt der Eintragung des Amtswiderspruchs bestehen (vgl. *Holzer* in BeckOK GBO, § 53 Rn 29 m. w. N.). Da der Amtswiderspruch nur ein vorläufiges Sicherungsmittel zur Verhinderung eines gutgläubigen (hier: lastenfreien) Erwerbs darstellt, genügt es insofern, dass die Unrichtigkeit des Grundbuchs glaubhaft gemacht ist (vgl. *Holzer* aaO, § 53 Rn 32; BayObLG NJW-RR 1986, 380; KG, B. v. 08.08.1972 – 1 W 1270/71, juris). Aus den nach den Ermittlungen des Grundbuchamts zu Grunde zu legenden Tatsachen ergibt sich aber keine hinreichende Wahrscheinlichkeit dafür, dass die gelöschten Dienstbarkeiten bei Eintragung der Widersprüche materiellrechtlich weiterhin bestanden.

12 a) Das Grundbuchamt hat zutreffend erkannt, dass es darauf ankommt, ob die Rechte der Beteiligten Ziffer 2 durch den Erwerb des Grundstücks durch den Beteiligten Ziffer 1 gemäß § 892 Abs. 1 S. 1 BGB erloschen sind; da der gutgläubige Erwerber das Grundstück so erwirbt, als entspräche die Eintragung der wahren Rechtslage, wird dadurch nämlich das Grundbuch richtig (vgl. *Herrler* in Palandt, 79. Aufl., § 892 BGB Rn 19).

13 b) Nach dem Wortlaut des § 892 BGB ist von der Gutgläubigkeit des Erwerbers auszugehen. Das Fehlen des guten Glaubens hat der Gegner des Erwerbers zu beweisen, wobei nur die positive Kenntnis der Unrichtigkeit der Eintragung den gutgläubigen Erwerb verhindert; dabei muss sich die Kenntnis auf die wirkliche dingliche Rechtslage am Grundstück beziehen (vgl. *Picker* in: Staudinger, § 892 BGB Rn 145). Eine fahrlässige Unkenntnis genügt nicht, es kommt also nicht darauf an, ob der Erwerber aufgrund bestimmter Tatsachen bei gebotener Sorgfalt einen Schluss auf das Bestehen oder Nichtbestehen von Rechten ziehen musste.

14 c) Auf eine positive Kenntnis – als innere Tatsache – kann regelmäßig nur aufgrund von Indizien geschlossen werden (vgl. *Picker* aaO Rn 172; *Kohler* in Münchener Kommentar zum BGB § 892 Rn 49f). Wenn feststeht, dass der Erwerber die maßgeblichen Tatsachen kennt und sich die Unrichtigkeit des Grundbuchs geradezu aufdrängt (so OLG Brandenburg BeckRS 2008, 26216), kann ein Schluss auf die positive Kenntnis gerechtfertigt sein.

15 aa) Im vorliegenden Fall ist zunächst davon auszugehen, dass der Inhalt des Kaufvertrags, der die vorhandene Eintragung des Zwangsversteigerungsvermerks aufführt, aus Sicht des Erwerbers gegen das Vorhandensein weiterer Belastungen spricht. Sonstige Anhaltspunkte dafür, dass die Rechte der Beteiligten Ziffer 2 im Rahmen der Vertragsverhandlungen eine Rolle gespielt hätten, gibt es nicht.

16 bb) Auch der zwischen den Beteiligten nicht streitige Umstand, dass dem Beteiligten Ziffer 1 der tatsächliche Bestand der Masten und Leitungen bekannt war, lässt entgegen der Auffassung des Grundbuchamts nicht den Schluss zu, dass diesem das Vorhandensein einer entsprechenden dinglichen Belastung – entgegen des Schweigens des Grundbuchs – bekannt war. Da es um die tatsächliche Kenntnis des Erwerbers geht, kommt es nicht auf eine objektivierte Betrachtungsweise an, sondern darauf, wie sich die tatsächlichen Umstände dem Beschwerdeführer zum Zeitpunkt des Eintragungsantrags darstellten und welche Schlüsse er auf dieser Grundlage im Hinblick auf die dingliche Rechtslage tatsächlich gezogen hat. Danach kann es aber nicht – im Sinne der notwendigen Glaubhaftmachung – als überwiegend wahrscheinlich angesehen werden, dass der Beteiligte Ziffer 1 aufgrund der Tatsache, dass ihm das Vorhandensein von Masten und Stromleitung bekannt sind, den Schluss zog, dass zugunsten des Stromversorgungsunternehmens eine – nun nicht mehr eingetragene – Dienstbarkeit begründet worden war. Dabei ist zunächst zu sehen, dass es zwar zweckmäßig ist, eine Grundstücksnutzung, wie sie das Aufstellen von Masten bzw. das Überspannen mit Leitungen darstellt, in Form einer dinglichen Belastung zu regeln; rechtlich zwingend ist dies jedoch nicht. So gibt es neben der Möglichkeit einer schuldrechtlichen Vereinbarung der Nutzung auch gesetzliche Nutzungsbeschränkungen, wie z.B. (für den Anschlussnehmer, der Grundstückseigentümer ist) durch §§ 18 Abs. 3 ENWG, 12 Abs. 1 NAV (vgl. *Kazele* in Beckonline Großkommentar BGB § 1018 Rn 105). Für einen rechtlichen Laien drängt es sich nicht ohne Weiteres auf, dass dort, wo Stromleitungen mit Masten über ein Grundstück geführt werden, entsprechende Grunddienstbarkeiten bestehen. Im konkreten Fall liegt es nahe, dass sich der Beschwerdeführer in Bezug auf die dingliche Rechtslage, soweit sie Dienstbarkeiten betrifft, gar keine bewusste Vorstellung gemacht hat. Bei einem Erwerber, der ein landwirtschaftliches Grundstück bewirtschaften will, spricht viel dafür, dass er das Vorhandensein einer solchen Leitung bzw. der Masten als Eigenschaft der Kaufsache hinnimmt, ohne Erwägungen darüber anzustellen, aus welchen Gründen er zu deren Duldung verpflichtet ist. Nicht zuletzt wird diese Annahme dadurch gestützt, dass der Beteiligte Ziffer 1 nach dem Erwerb des Grundstücks gegenüber der Beteiligten Ziffer 2 das Bestehen des Masts und der Leitung nicht beanstandet hat, sondern erst im Rahmen der Eintragung des Widerspruchs Einwendungen erhoben hat.

17 Daher liegen hinreichende Indizien, die eine positive Kenntnis des Beteiligten zu 1 vom Bestehen der Belastungen glaubhaft machen, nicht vor. Es ist von einem gutgläubigen lastenfreien Erwerb auszugehen.

18 Das Grundbuchamt war daher zur Löschung der Amtswidersprüche anzuweisen.

Zusammenschreibung zu einem Hof desselben Eigentümers gehörender Grundstücke

GBO §§ 4, 71; HöfeVfG §§ 3, 7

1. Die zu einem Hof desselben Eigentümers gehörenden Grundstücke sind auf Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts auf einem besonderen Grundbuchblatt zusammenzuschreiben, sofern bei einer Zusammenschreibung keine Verwirrung nach § 4 GBO zu besorgen ist.
2. § 7 Abs. 1 HöfeVfO muss im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 GBO gesehen werden.

OLG Köln, Beschl. v. 14.11.2019 – 2 Wx 331/19

I. Sachverhalt:

1 Das Amtsgericht – Landwirtschaftsgericht – Siegburg hat unter dem 02.07.2019 das Grundbuchamt des Amtsgerichts Königswinter darum ersucht, sämtliche im Rubrum aufgeführten Grundstücke auf einem besonderen Grundbuchblatt (Hofstelle O. Blatt ….) zusammen zu führen und dort sodann den Vermerk „Hof gemäß der Höfeordnung“ einzutragen (Bl. 1 d. A.).
2 Der Beteiligte zu 1) ist der Eigentümer des im Rubrum aufgeführten Grundbesitzes. Die Grundstücke sind ausweislich der Eintragungen in Abteilungen II und III unterschiedlich belastet. Während es sich bei dem in S. eingetragenen Grundbesitz lediglich um ein einzelnes Grundstück handelte, welches in Abt. II lediglich mit einer Reallast und einer Vormerkung für die Beteiligten zu 2) und 3) belastet war, handelt es sich bei dem in R. belegenen Grundbesitz um 12 Grundstücke, die in Abteilung II mit insgesamt 15 unterschiedlichen Rechten zu Gunsten unterschiedlicher Berechtigter belastet sind. Der in O. belegene Grundbesitz besteht aus 26 Grundstücken, die in Abteilung II mit 18 Rechten zu Gunsten verschiedener Berechtigter belastet sind; außerdem ist in Abteilung III eine Grundschuld eingetragen. Bei dem im H. belegenen Grundbesitz handelt es sich um zwei Grundstücke, die in Abteilung II mit 4 Rechten zu Gunsten verschiedener Berechtigter belastet sind.
3 Das Grundbuchamt hat den in S. eingetragenen Grundbesitz, da es sich lediglich um ein einzelnes Grundstück gehandelt hat, am 02.08.2019 auf den Antrag des Beteiligten zu 4) in das Grundbuch von O., Bl. 2745 übernommen. Weiter hat das Grundbuchamt einen korrespondierenden Hofvermerk auf sämtlichen im Rubrum aufgeführten Grundbuchblättern eingetragen. Mit Verfügung vom 22.10.2019 ist außerdem nach § 10 HöfeVfO eine Höfeakte für den im Rubrum aufgeführten Grundbesitzes angelegt worden (Bl. 28 d.A.). Im Übrigen hat das Grundbuchamt das Ersuchen des Amtsgerichts Siegburg vom 02.07.2019 mit dem angegriffenen Beschluss zurückgewiesen. Zur Begründung ist ausgeführt, dass angesichts der Vielzahl der Grundstücke, sowie der eingetragenen Rechte das Erfordernis zahlreicher Rangvermerke in Abt. II bestünde, was in erheblichem Maß zu Unübersichtlichkeit führen würde. Daher sei eine weitere Zusammenschreibung unter dem Aspekt der „Verwirrung“ abzulehnen (Bl. 18 ff. d.A.).
4 Gegen diesen Beschluss richtet sich die Beschwerde des Landwirtschaftsgerichts Siegburg vom 02.07.2019, mit der geltend gemacht wird, bei der Vorschrift des § 7 HöfeVfG, nach der die zum Hof gehörenden Grundstücke desselben Eigentümers auf Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts auf einem besonderen Grundbuchblatt einzutragen seien, würde es sich um zwingendes Recht handeln. Nur ausnahmsweise könne bei Verwirrung von der Zusammenlegung abgesehen werden. Hieran seien aber strenge Anforderungen zu stellen, die vorliegend nicht erfüllt seien (Bl. 20 ff. d.A.).
5 Mit Beschluss vom 28.10.2019 hat das Amtsgericht Königswinter der Beschwerde nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem Oberlandesgericht Köln vorgelegt (Bl. 26 f. d.A.).

II. Aus den Gründen:

6 Die Grundbuchbeschwerde des Landwirtschaftsgerichts Siegburg ist nach § 71 Abs. 1 GBO statthaft und auch im Übrigen zulässig. Die Führung eines gemeinschaftlichen Grundbuchblattes stellt keine Eintragung im Sinne des § 71 Abs. 2 S. 1 GBO dar, so dass die Ablehnung der Zusammenschreibung mit der Beschwerde unbeschränkt anfechtbar ist. Das Landwirtschaftsgericht ist auch beschwerdebefugt, da es nach § 3 Abs. 1 Nr. 2 bzw. § 7 Abs. 1 HöfeVfO grundsätzlich zur Antragstellung über Hofvermerke und die Zusammenschreibung auf einem Grundbuchblatt befugt ist und mit einer solchen Antragsbefugnis auch eine Beschwerdebefugnis korrespondiert, wenn das Grundbuchamt dem Ersuchen nicht nachkommt (vgl. OLG Celle, Beschluss v. 10.04.2012, 7 W 18/12).
7 In der Sache hat die Beschwerde indes keinen Erfolg.
8 Soweit die betroffenen Grundstücke zu einem Hof desselben Eigentümers gehören, sind sie zwar grundsätzlich auf Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts auf einem besonderen Grundbuchblatt einzutragen (§ 7 Abs. 1 HöfeVfO); scheitert dies jedoch daran, dass bei einer solchen Zusammenschreibung Verwirrung nach § 4 Abs. 2

Satz 1 i.V.m. Abs. 1 GBO zu besorgen wäre, ist die Hofzugehörigkeit entsprechend § 6 Abs. 4 HöfeVfO jedoch ausnahmsweise durch Eintragung wechselseitiger Hofzugehörigkeitsvermerke kenntlich zu machen (vgl. BGH, Beschluss v. 20.12.2012 – V ZB 95/12, FGPrax 2013, 54). So liegt der Fall hier.

9 Es besteht zwar eine Bindungswirkung bei der Beurteilung der hier bejahten Frage, ob ein Hof im Sinne der Höfeordnung vorliegt und ob der im Grundbuchbezirk liegende Grundbesitz dem Hof zuzuordnen ist; darüber zu befinden, liegt allein in der Sachkompetenz des Landwirtschaftsgerichts. Nicht hierzu gehört jedoch, ob die grundbuchrechtlichen Voraussetzungen für die nur subsidiär mögliche Eintragung von Hofzugehörigkeitsvermerken vorliegen, ob also bei einer Zusammenschreibung Verwirrung zu besorgen wäre (§ 4 Abs. 2 GBO). Hüter des Grundsatzes der Grundbuchklarheit ist zuvörderst das jeweils zuständige Grundbuchamt. Ihm obliegt es insbesondere, eine Verwirrung im Grundbuch zu verhindern (§§ 4 ff. GBO). Eine Bindung an ein Ersuchen des Landwirtschaftsgerichts besteht daher insoweit nicht (vgl. BGH a.a.O.).

10 Nach § 4 Abs. 1 GBO kann über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers, deren Grundbücher von demselben Grundbuchamt geführt werden, ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden, wenn hiervon Verwirrung nicht zu besorgen ist. Das gilt nach dem klaren und eindeutigen Wortlaut des § 4 Abs. 2 GBO auch dann, wenn die zu einem Hof im Sinne der Höfeordnung gehörenden Grundstücke in verschiedenen Grundbuchbezirken liegen. Auch in diesen Fällen darf danach keine Verwirrung zu besorgen sein (BGH a.a.O.).

11 Aus § 7 Abs. 1 HöfeVfO, wonach das Landwirtschaftsgericht das Grundbuchamt von Amts wegen zu ersuchen hat, die zu einem Hof gehörenden Grundstücke auf einem besonderen Grundbuchblatt einzutragen, ergibt sich nichts anderes. Die Vorschrift muss im Zusammenhang mit § 4 Abs. 2 GBO gesehen werden, dessen Entstehungsgeschichte belegt, dass der Gesetzgeber eine Zusammenschreibungspflicht nur unter den in dieser Norm genannten Voraussetzungen statuieren wollte. Der in der Vorschrift enthaltene Verweis auf einen „Hof im Sinne der Höfeordnung“ wurde durch Art. 1 Nr. 4 des Registerverfahrensbeschleunigungsgesetzes vom 20. Dezember 1993 (BGBl. I, S. 2182) mit der Begründung eingeführt, § 7 HöfeVfO enthalte keine besondere Regelung für die Fälle, in denen der Hof in den Bezirken mehrerer Grundbuchämter liege (BT-Drucks. 12/5553, S. 56). Um eine gemeinsame Buchung „zuzulassen“, bedürfe es der Ergänzung des § 7 HöfeVfO durch § 4 Abs. 2 GBO (BT-Drucks. 12/5553, S. 57). Teleologische Erwägungen untermauern diesen Befund. Das Grundbuchrecht wird von dem Grundsatz der Grundbuchklarheit beherrscht. Dem trägt das Gesetz u.a. dadurch Rechnung, dass nach § 3 Abs. 1 Satz 1 GBO jedes Grundstück ein eigenes Grundbuchblatt erhält. Über mehrere Grundstücke desselben Eigentümers, deren Grundbücher von demselben Grundbuchamt geführt werden, kann zwar ein gemeinschaftliches Grundbuchblatt geführt werden. Jedoch ist diese Ausnahme im Interesse der Grundbuchklarheit an die Voraussetzung geknüpft, dass keine Verwirrung zu besorgen ist (§ 4 Abs. 1 GBO). Dass vor diesem Hintergrund eine Zusammenschreibung von Hofgrundstücken trotz zu besorgender Verwirrung sachwidrig wäre, liegt auf der Hand. Dies gilt umso mehr, wenn Grundstücke – wie in den Fällen des § 4 Abs. 2 GBO – in verschiedenen Grundbuchbezirken liegen (vgl. BGH a.a.O.).

12 Grundsätzlich besteht die Besorgnis der Verwirrung zwar nicht, solange aus dem Grundbuch auch nach Eintragung der Vereinigung zu ersehen ist, auf welchem Teil des nunmehr einheitlichen Grundstücks welches Recht mit welchem Rang lastet. Die unterschiedliche Belastung der zu verbindenden Grundstücke allein begründet – wie § 1131 BGB, der die Verschiedenheit der Belastung voraussetzt, zeigt – regelmäßig nicht die Gefahr der Verwirrung. Solange nämlich aus dem Grundbuch ersichtlich ist, an welchem Teil eines nunmehr einheitlichen Grundstücks welches Recht mit welchem Rang lastet, also die einzelnen Teile nicht katastermäßig verschmolzen sind, ist Verwirrung nicht zu befürchten (vgl. OLG Düsseldorf, Rpfleger 2000, 211 m. w. N.). Ob eine Zusammenschreibung Verwirrung befürchten lässt, ist letztlich eine Frage des Einzelfalls. Insbesondere eine große Anzahl von Grundstücken kann aber hier zu führen (vgl. BeckOK GBO, 36. Edition 2019, *Hügel* § 4 Rn. 17).

13 Insofern hat das Grundbuchamt vorliegend zu Recht darauf abgestellt, dass es sich nicht nur um eine Vielzahl von Grundstücken handelt, sondern auch jeweils in Abteilung II des Grundbuchs zahlreiche Rechte – zugunsten unterschiedlicher Berechtigter – eingetragen sind, so dass das Erfordernis entsprechender Rangvermerke entstünde, welches zu erheblicher Unübersichtlichkeit führen würde. Dies gilt insbesondere für die in allen 3 Grundbuchblättern eingetragene (Gesamt-) Reallast, die in einem einheitlichen Grundbuchblatt nur einmal eingetragen werden könnte mit der Folge, dass sich die Rangverhältnisse zu den (meisten) übrigen Dienstbarkeiten jeweils unterscheiden würden, was im Grundbuch jeweils durch die Eintragung von Rangvermerken klargestellt werden müsste. Insofern hat das Grundbuchamt im Rahmen seiner Zuständigkeit zutreffend die Voraussetzungen für die Zusammenschreibung in einem Grundbuch unter Verweis auf den Grundsatz der Grundbuchklarheit verneint.

Beschaffenheitsvereinbarung bei Angaben vor notariellem Kaufvertrag über ein Grundstück

BGB § 125 S 1, § 311b Abs. 1 S. 2, § 434 Abs. 1

Amtlicher Leitsatz:
Angaben zur Beschreibung eines Grundstücks in Vorfeld des Vertragsschlusses, die im notariellen Vertrag keinen Niederschlag mehr finden, stellen in aller Regel keine Beschaffenheitsvereinbarung dar. (Rn. 15)

OLG Rostock (3. Zivilsenat), Urteil vom 19.12.2019 – 3 U 62/18l.

I. Sachverhalt:

1 Die Parteien streiten in der Berufungsinstanz um die Nichtigkeit eines notariellen Grundstückskaufvertrages.
2 Mit Urteil vom 25.06.2018 hat das Landgericht Neubrandenburg festgestellt, dass der zwischen den Parteien am 04.03.2013 vor dem Notar M. P. mit dem Amtssitz in M. zur Urkundenrolle Nr. 175/2013 geschlossene Grundstückskaufvertrag nichtig ist. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen.
3 Wegen der erstinstanzlichen Tatsachenfeststellungen, Anträge sowie Entscheidungsgründe nimmt der Senat gemäß § 540 Abs. 1 ZPO auf das angefochtene Urteil Bezug.
4 Mit seiner Berufung verfolgt der Beklagte sein Begehren auf Abweisung der Klage weiter.
5 Das Landgericht habe dem Hilfsantrag zu Unrecht stattgegeben. Mit der Stattgabe des auf Feststellung der Nichtigkeit gerichteten Hilfsantrages beruhe das landgerichtliche Urteil auf einer Verletzung des Rechts sowie fehlerhaften und unvollständigen Sachverhaltsfeststellungen.
6 Rechtsirrig gehe das Landgericht davon aus, dass die Parteien eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung hinsichtlich der Bebaubarkeit des von der Klägerin erworbenen Grundstücks getroffen hätten. Resultierend hieraus stelle es die Nichtigkeit des Kaufvertrages fest, weil dies trotz Beurkundungserfordernis des § 311b Abs. 1 BGB nicht mitbeurkundet worden sei.
7 Das Landgericht habe zwar noch zutreffend erkannt, dass es eine ausdrückliche Zusicherung seitens des Beklagten für eine Bebaubarkeit des Grundstücks nicht gegeben habe. Es habe aber fehlerhaft eine rechtserhebliche, bestehende, konkludente Vereinbarung angenommen. Hierfür habe es zunächst zwar noch festgestellt, dass für eine konkludente Beschaffenheitsvereinbarung die kommentarlose Hinnahme einer einseitigen Preisgabe der Vorstellungen von einer Kaufsache durch den Käufer noch keine Beschaffenheitsvereinbarung begründe, sondern hierzu eine zustimmende Reaktion des Verkäufers notwendig sei. Rechtsirrig habe das Gericht eine solche Reaktion des Beklagten angenommen. Dabei habe das Gericht die strengen Anforderungen an die Feststellung einer Beschaffenheitsvereinbarung gemäß § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB verkannt.
8 Die Vereinbarung einer konkreten Beschaffenheit erfolge durch eine konkret-individuelle Festlegung der geschuldeten Eigenschaften der Kaufsache in positiver oder negativer Hinsicht, die von einem entsprechenden Rechtsbindungswillen der Beteiligten getragen wird. Ob eine Beschaffenheitsvereinbarung vorliegt, sei unter Berücksichtigung sämtlicher Umstände des Einzelfalls im Wege der Auslegung zu ermitteln. Dabei sei die rechtlich verbindliche Beschaffenheitsvereinbarung von einer reinen Wissenserklärung, bei der der Verkäufer für die Richtigkeit und Vollständigkeit der Wiedergabe hafte, und einer unverbindlichen Information zur Beschaffenheit der Kaufsache abzugrenzen. Entscheidend für die Abgrenzung sei die Frage, ob die Beteiligten – insbesondere der Verkäufer – mit der Beschaffenheitsangabe die geschuldete Qualität des Kaufobjekts rechtsverbindlich habe festlegen wollen.
9 Eine Beschaffenheitsvereinbarung könne sich zwar grundsätzlich auch konkludent aus den Umständen des Vertragsschlusses – wie etwa dem Kontext der dabei geführten Gespräche oder dem bei dieser Gelegenheit abgegebenen Beschreibungen – ergeben. Allerdings unterlägen Beschaffenheitsvereinbarungen bei Formbedürftigkeit des Vertrages ebenfalls dem Formzwang. Daher führe bei Grundstückskaufverträgen eine Beschreibung von Eigenschaften des Grundstücks oder Gebäudes vor Vertragsschluss, die in der notariellen Urkunde keinen Niederschlag finde, nach einer jüngeren Entscheidung des BGH aus dem Jahr 2016 in aller Regel gerade nicht zu einer Beschaffenheitsvereinbarung (BGH, NJW 2016, 1815). Vorvertragliche Angaben des Verkäufers zu Eigenschaften des Kaufobjekts, die in der Urkunde nicht berücksichtigt worden seien, stellten daher grundsätzlich lediglich Beschaffenheitsinformationen dar, die vom Verkäufer ohne Rechtsbindungswillen abgegeben würden.
10 Rechtsirrig sei das Landgericht auch von einer konkludenten Beschaffenheitsvereinbarung ausgegangen, weil die Klägerin in ihrem Kaufantrag eine Ratenzahlungsvereinbarung begehrt und die Parteien sodann eine solche in den Kaufvertrag aufgenommen hätten. Inwieweit sich aus der vereinbarten Ratenzahlung der Schluss ziehen lasse, dass beide Parteien von einer Bebaubarkeit des

Grundstückes ausgegangen seien, sei nicht im Urteil dargelegt. Eine Ratenzahlung entspreche gängiger Praxis. Dass sie nur erfolgt sei, um die Errichtung einer Kindertagesstätte zu ermöglichen, sei bei Abgleich der Texte von Angebot und Vertrag fernliegend. Eine Belastungsvollmacht und einen Rangvorbehalt, wie ihn die Klägerin in ihrem Kaufantrag gewünscht habe, enthielten weder der Vorlagebeschluss noch der Kaufvertrag.

11 Die Klägerin begehrt die Zurückweisung der Berufung und verteidigt das angefochtene Urteil.

12 Wegen des weitergehenden Vorbringens der Parteien wird auf die zur Gerichtsakte gereichten Schriftsätze nebst Anlagen sowie das Sitzungsprotokoll Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

13 Die Berufung ist zulässig und hat in dem Umfang, in dem das erstinstanzliche Urteil mit dieser angegriffen wird, auch Erfolg.

14 Der zwischen den Parteien geschlossene notarielle Grundstückskaufvertrag ist nicht gemäß § 125 BGB nichtig. Eine Nichtigkeit kommt gemäß § 125 BGB nur in Betracht, wenn die Parteien eine beurkundungsbedürftige Vereinbarung nicht in die Vertragsurkunde aufgenommen haben, von deren Zustandekommen aber auszugehen ist. Da die Bestimmung der Sollbeschaffenheit nach § 434 Abs. 1 Sätze 2 und 3 BGB nicht ausdrücklich Niederschlag in der Vertragsurkunde finden muss (BGH, Urt. v. 09.02.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954), bedarf es einer Beschaffenheitsvereinbarung nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB. Es kommt also bereits nicht darauf an, ob bei einem Grundstück eine Bebaubarkeit stets vorausgesetzt werden kann.

15 Der notariellen Beurkundung kommt nach der Rechtsprechung des BGH für Vereinbarungen über die Beschaffenheit der Kaufsache nach § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Zäsurwirkung zu. Dies folgt aus einer interessengerechten Auslegung des Kaufvertrages. Vor dem Hintergrund des den Vertragsparteien bekannten Beurkundungserfordernisses kann der Käufer nicht davon ausgehen, dass der Verkäufer mit ihm eine bestimmte Beschaffenheit des Grundstücks oder Gebäudes – mit der Folge einer nicht ausschließbaren Haftung – vereinbaren will, wenn die geschuldete Beschaffenheit im Kaufvertrag nicht erwähnt wird. Zudem kann nicht davon ausgegangen werden, dass die Parteien einen nach § 125 Satz 1 BGB formnichtigen Vertrag schließen und sich auf die Möglichkeit der Heilung nach § 311b Abs. 1 Satz 2 BGB verlassen wollen. Hierzu würde aber eine Auslegung führen, die vorvertraglichen Äußerungen des Verkäufers über Eigenschaften des Kaufgegenstands eine (nicht beurkundete) Beschaffenheitsvereinbarung entnimmt. Angaben zur Beschreibung eines Grundstücks in Vorfeld des Vertragsschlusses, die im notariellen Vertrag keinen Niederschlag mehr finden, stellen daher in aller Regel keine Beschaffenheitsvereinbarung dar (BGH, Urt. v. 09.02.2018, V ZR 274/16, NJW 2018, 1954; BGH, Urt. v. 06.11.2015, V ZR 78/14, MDR 2016, 323 = NJW 2016, 1815 m.w.N.; vgl. auch *Herrler,* NJW 2016, 1767).

16 Die Bebaubarkeit des Grundstückes mit einer Kindertagesstätte findet im notariellen Kaufvertrag vom 04.03.2013 keinerlei Erwähnung. Ebenso enthält der Vertrag keine Angaben dazu, dass das Grundstück im Innenbereich belegen sei. Schließlich nimmt der Vertrag auf das von dem Beklagten der Klägerin vorvertraglich vorgelegte Sachverständigengutachten keinen Bezug. Aus den vorstehend ausgeführten Grundsätzen folgt, dass dem von dem Beklagten an die Klägerin übersandten Gutachten vom 23.05.2012, in dem der Gutachter das Grundstück dem Innenbereich nach § 34 BauGB zugeordnet, gleichzeitig aber auf eine fehlende Überplanung hingewiesen und bei der Bewertung nur Bauerwartungsland in Ansatz gebracht hat, keine Bedeutung für eine Beschaffenheitsvereinbarung im Sinne des § 434 Abs. 1 Satz 1 BGB zukommt. Gleiches gilt für die von der Klägerin und dem Landgericht in Bezug genommene Beschlussvorlage (Anlage K3). Auch diese findet im Vertrag keine Erwähnung. Daher braucht sich der Senat nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob ein internes Vorlagepapier der Beklagten überhaupt geeignet sein könnte, einen Sachmangel oder gar die Vereinbarung einer Beschaffenheit zu begründen.

17 Die Klägerin kann eine Nichtigkeit des Vertrages auch nicht auf eine Anfechtung wegen arglistiger Täuschung stützen, denn eine solche hat sie nicht erklärt.

18 Ebenso kann der Senat es offenlassen, ob die Vorlage des Sachverständigengutachtens durch die Beklagte geeignet ist, einen Sachmangel zu begründen, der die Klägerin hätte zum Rücktritt berechtigen können. Zum einen ist dies nicht Gegenstand des Berufungsverfahrens. Zum anderen hat der Senat bereits mit Urteil vom 24.09.2015 zum Aktenzeichen 3 U 46/14 ausgeführt, dass ein Rücktritt nicht zur Nichtigkeit eines Vertrages führt.

Wirksamkeit der Eintragung eines Vermerks über die Abtretung eines durch Vormerkung gesicherten Anspruchs auf den Tod des Berechtigten

GBO §§ 44, 47

Zur Verlautbarung der sukzessiven Berechtigung im Grundbuch ist die Eintragung eines Vermerks über die aufschiebend bedingte Abtretung des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs zumindest zulässig.

OLG Stuttgart, Beschl. v. 28.10.2019 – 8 W 272/19

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligte zu 1, Ehefrau des Beteiligten zu 2 und Mutter des Beteiligten zu 3, ist Eigentümerin des im Grundbuch von … Nr. …, BV Nr. 5 eingetragenen Grundstücks. Die Beteiligten zu 1 und 2 leben im gesetzlichen Güterstand der Zugewinngemeinschaft. Mit Urkunde des Notars … in Ditzingen (UR …) vom 11.02.2019 ließ die Beteiligte zu 1 einen hälftigen Miteigentumsanteil an dem genannten Grundbesitz im Wege der vorweggenommenen Erbfolge an den Beteiligten zu 3 auf. Die Eintragung der Eigentumsänderung im Grundbuch wurde vom Veräußerer bewilligt und vom Erwerber beantragt. Gemäß § 7 der Urkunde verpflichtete sich der Beteiligte zu 3 zur Rückübereignung des Vertragsgegenstands unter bestimmt bezeichneten Bedingungen, wenn die Beteiligte zu 1 das Rückübereignungsverlangen stellt. Zur Sicherung des bedingten Anspruchs auf Rückübertragung bewilligte der Beteiligte zu 3 die Eintragung einer Eigentumsvormerkung gem. § 883 BGB zugunsten der Beteiligten zu 1 und beantragte die Eintragung der Vormerkung im Grundbuch. Gleichzeitig trat die Beteiligte zu 1 den bedingten Rückübertragungsanspruch an den Beteiligten zu 2 ab unter der Bedingung, dass die Beteiligte zu 1 vor dem Beteiligten zu 2 stirbt und die Voraussetzungen für den Entfall des Ehegattenerbrechts nach § 1933 BGB am Todestag nicht gegeben sind. Die Eintragung des Vermerks über die Abtretung, bei der für die Beteiligte zu 1 bewilligten Vormerkung im Grundbuch wurde, gleichfalls bewilligt und beantragt.

2 Mit Schriftsatz vom 18.02.2019 stellte der Urkundsnotar bei dem Grundbuchamt Waiblingen die in der Urkunde enthaltenen Eintragungsanträge.

3 Mit Zwischenverfügung vom 08.08.2009 vertrat das Grundbuchamt die Auffassung, der Abtretungsvermerk sei nicht eintragungsfähig, die aufschiebend bedingte Abtretung habe zur Folge, dass die Forderung und damit auch die Vormerkung (§ 401 BGB) erst mit Bedingungseintritt übergehe und das Grundbuch erst dann wegen Unrichtigkeit zu berichtigen sei. Eine künftige Grundbuchunrichtigkeit könne nicht vermerkt werden, würde der Zessionar vor Bedingungseintritt als Berechtigter der Vormerkung eingetragen werden, würde gerade dadurch das Grundbuch unrichtig werden. Zur Prüfung, ob der Antrag auf Eintragung eines Abtretungsvermerks zurückgenommen werde, um den Vollzug der weiteren in der Urkunde gestellten Anträge zu ermöglichen, setzte das Grundbuchamt Frist bis zum 13.09.2019 unter Androhung der Antragszurückweisung.

4 Gegen diese Entscheidung hat der Urkundsnotar namens der Beteiligten mit Schriftsatz vom 06.08.2019 Beschwerde eingelegt, der das Grundbuchamt mit Beschluss vom 29.08.2019 nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

5 Das Rechtsmittel ist als unbeschränkte Beschwerde statthaft (§ 11 Abs. 1 RPflG, § 71 Abs. 1 GBO) und auch im Übrigen zulässig, §§ 73, 15 Abs. 2 GBO.

6 Es hat auch in der Sache Erfolg.

7 Obgleich das Grundbuchamt mit dem angegriffenen Beschluss eine Frist zur Rücknahme des Antrags auf Eintragung eines Abtretungsvermerks binnen gesetzter Frist aufgegeben hat, war die Entscheidung durch Zwischenverfügung (§ 18 GBO) zulässig. Zwar lag aus Sicht des Grundbuchrechtspflegers für den Antrag auf Eintragung des Abtretungsvermerks kein behebbares Eintragungshindernis vor. Eine Zwischenverfügung kann aber auch dann erlassen werden, wenn einer von mehreren im Sinne von § 16 Abs. 2 GBO verbundenen Anträgen zurückzuweisen wäre und dem Antragsteller aufgegeben wird, den beanstandeten Antrag oder den Vorbehalt zurückzunehmen (*Demharter,* GBO, 31. Aufl., § 16, Rn. 12). Zwar wurde vorliegend ein Vorbehalt im Sinne des § 16 Abs. 2 GBO antragstellerseits nicht ausdrücklich erklärt. Jedoch ist auch eine stillschweigende Bestimmung möglich. Von einer solchen ist regelmäßig auszugehen, wenn – wie hier – zwischen den Anträgen ein innerer Zusammenhang rechtlicher oder wirtschaftlicher Natur besteht, der die Einheitlichkeit der Erledigung als gewollt vermuten lässt (*Demharter* a.a.O., § 16, Rn. 11; *Böttcher* in GBO, 16. Aufl., § 16 Rn. 15).

8 Der Auffassung des Grundbuchamtes, der Abtretungsvermerk sei nicht eintragungsfähig, vermag der Senat indes nicht zu folgen. Der aufschiebend bedingte Rückübertragungsanspruch der Beteiligten zu 1 gegen den Beteiligten zu 3, der unter bestimmten Voraussetzungen

an den Beteiligten zu 2 abgetreten wurde, kann durch *eine* Vormerkung gesichert werden. In Fällen, in denen ein im Grundbuch zu verlautbarendem Recht mehreren Berechtigten im zeitlichen Nacheinander zustehen soll, wird zwischen Sukzessivberechtigung und Alternativberechtigung differenziert. Eine Sukzessivberechtigung liegt vor, wenn von vornherein für den Eintritt bestimmter Ereignisse ein Wechsel auf der Gläubigerseite vereinbart ist, jedoch die Identität des einen und einzigen Rechtsverhältnisses nicht beeinträchtigt wird. Unter einer Alternativberechtigung wird der Fall verstanden, dass ein Recht verschiedenen Personen jeweils allein zusteht mit der Maßgabe, dass das Recht nur entweder für den einen oder für den anderen bestehen kann (*Böhringer* in Meikel, GBO, 11. Aufl., § 47, Rn. 301 f.). Im Fall der Alternativberechtigung liegen also zwei selbständige Rechte vor, sodass auch im Grundbuch je selbständige Rechte einzutragen bzw. vorzumerken sind (OLG Köln MittRhNotK 1997, 84; BayObLGZ 1984, 252; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 15. Aufl., Rn. 261a). Für den vorliegenden Fall der Vorausabtretung des Rückauflassungsanspruchs an einen Dritten, bedingt durch den Tod des zunächst Berechtigten und unabhängig von einer Geltendmachung des Anspruchs durch diesen liegt eine Sukzessivberechtigung vor. Hier entsteht nur ein Recht, das bei Eintritt der Bedingung bestehen bleibt und lediglich von dem Zessionar statt von dem Zedenten ausgeübt wird. Zur Sicherung dieses einheitlichen, wechselnden Gläubigern zustehenden Anspruchs ist demzufolge auch nur eine Vormerkung einzutragen (OLG München, Beschluss vom 28.06.2017 – 34 Wx 42/16 – FGPrax 2017, 248; Thüringer Oberlandesgericht, Beschluss vom 31. März 2014 – 3 W 82/14; *Demharter* a.a.O., § 44, Rn. 11; Anh. zu § 44, Rn. 108). Zur Verlautbarung der sukzessiven Berechtigung im Grundbuch ist die Eintragung eines Vermerks über die aufschiebend bedingte Abtretung des durch eine Vormerkung gesicherten Anspruchs zumindest zulässig, wenn nicht gar geboten (geboten: OLG München a.a.O.; *Demharter* a.a.O., § 44, Rn. 11; *Reymann,* MittBayNot 2018, 146; *jedenfalls zulässig:* Thüringer Oberlandesgericht a.a.O.; OLG Hamm, Beschluss vom 01. Juli 2016 – 15 W 112/16; BayObLG,Rpfleger 1986, 217). Der von dem Grundbuchamt vertretenen Gegenauffassung (Schöner/Stöber a.a.O., Rn. 1516), wonach die aufschiebend bedingte Abtretung des Eigentumsverschaffungsanspruch zur Folge habe, dass erst mit Bedingungseintritt die Forderung und damit die Vormerkung übergehe (§ 401 BGB), weshalb erst zu diesem Zeitpunkt eine zu berichtigende Grundbuchunrichtigkeit eintrete, vermag nicht zu überzeugen. Zu Recht weist das Oberlandesgericht München im Beschluss vom 28.06.2017 (a.a.O.) darauf hin, dass nur die Tatsache der bedingten Abtretung und nicht ein bereits erfolgter Übergang des Anspruchs infolge der Abtretung eingetragen werden soll.

9 Demnach war der Beschwerde der Beteiligten stattzugeben.

ERBRECHT

Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments

BGB § 2247, § 2267

Amtlicher Leitsatz:
Zur Auslegung eines gemeinschaftlichen Testaments, in dem Schlusserben „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens" eingesetzt wurden.

Redaktionelle Leitsätze:
1. Zur Erforschung des wirklichen Willens eines Erblassers muss der Wortsinn der benutzten Ausdrücke hinterfragt werden. (Rn. 15)
2. Ist der mögliche Erblasserwille in einem Testament nicht wenigstens andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen, ist er unbeachtlich. (Rn. 17)
3. Sind in einem gemeinschaftlichen Testament Erben „für den Fall des gleichzeitigen Ablebens" der Testierenden eingesetzt, so kann dem – auch bei Bestehen eines Näheverhältnisses – keine generelle Schlusserbeneinsetzung entnommen werden. (Rn. 23)

BGH (IV. Zivilsenat), Beschluss vom 19.06.2019 – IV ZB 30/18

I. Sachverhalt:

1 Die kinderlose Erblasserin starb am 5. Juli 2016; ihr Ehemann war am 10. März 2015 vorverstorben. Die Beteiligte zu 1 ist die Cousine der Erblasserin, die Beteiligten zu 2 bis 5 sind Nichte und Neffen des Ehemannes der Erblasserin.
2 Die Erblasserin und ihr Ehemann hatten am 1. Dezember 2002 handschriftlich ein gemeinschaftliches Testament errichtet, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben eingesetzt hatten. Am 7. März 2012 hatten sie folgenden Text angefügt:
„Für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens ergänzen wir unser Testament wie folgt:
„Das Erbteil soll gleichmäßig unter unseren Neffen bzw. Nichte [es folgen die Namen der Beteiligten zu 2 bis 5] aufgeteilt werden."
3 Auf Antrag des Beteiligten zu 2 erteilte das Nachlassgericht einen Erbschein, der die Beteiligten zu 2 bis 5 als Erben der Erblasserin zu je 1/4 auswies.
4 Die Beteiligte zu 1 hat daraufhin gegenüber dem Nachlassgericht die Einziehung des Erbscheins angeregt und die Ansicht vertreten, die Testamentsergänzung sei keine allgemeine Schlusserbenregelung, sondern betreffe lediglich den Fall des gleichzeitigen Versterbens der Eheleute.
5 Mit Beschluss vom 14. September 2017 hat das Amtsgericht den Erbschein eingezogen. Das Oberlandesgericht hat die dagegen gerichtete Beschwerde der Beteiligten zu 2 bis 5 zurückgewiesen. Dagegen richtet sich die vom Oberlandesgericht zugelassene Rechtsbeschwerde der Beteiligten zu 2 bis 5, mit der sie eine Zurückverweisung der Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Beschwerdegericht begehren.

II. Aus den Gründen:

6 Die zulässige Rechtsbeschwerde hat in der Sache keinen Erfolg.
7 1. Das Beschwerdegericht hat in seiner Entscheidung (ErbR 2019, 183) ausgeführt, die Beteiligten zu 2 bis 5 seien nicht Erben geworden.
8 Die Testamentsergänzung vom 7. März 2012 bestimme eine Erbeinsetzung lediglich für den Fall des gleichzeitigen Ablebens. Im Hinblick auf die Frage, ob die Eheleute mit ihren letztwilligen Verfügungen auch eine Regelung für den Fall hätten treffen wollen, dass sie im zeitlichen Abstand versterben, seien die Testamente daher auslegungsbedürftig.
9 Die obergerichtliche Rechtsprechung, der sich der Senat anschließe, lege die Formulierung „bei gleichzeitigem Ableben" oder „bei gleichzeitigem Versterben" dahingehend aus, dass hiervon auch die Fälle erfasst werden sollten, in welchen die Ehegatten innerhalb eines kurzen Zeitraums nacheinander verstürben und der Überlebende in dieser Zeitspanne daran gehindert sei, ein neues Testament zu errichten. Eine für den Fall des gleichzeitigen Versterbens getroffene Erbeinsetzung gelte aber grundsätzlich nicht für den hier vorliegenden Fall, dass die Ehegatten nacheinander in erheblichem zeitlichen Abstand verstürben.
10 Eine Ausnahme von den oben ausgeführten Grundsätzen könne nur angenommen werden, wenn aufgrund besonderer Umstände des Einzelfalls festgestellt werden könne, dass die Testierenden den Begriff des „gleichzeitigen Ablebens" entgegen dem Wortsinn dahingehend verstanden hätten, dass er auch das Versterben in erheblichem zeitlichen Abstand umfassen solle, und wenn sich darüber hinaus eine Grundlage in der vorliegenden Verfügung von Todes wegen finde. Das sei hier nicht der Fall.

11 Auch wenn man die in einer E–Mail des Beteiligten zu 5 geschilderten Äußerungen der Erblasserin und ihres Ehemannes ihm gegenüber als wahr unterstelle und infolgedessen von einem entsprechenden Erblasserwillen ausgehe, dass die Erbeinsetzung auch das Versterben in erheblichem zeitlichen Abstand umfassen solle, so sei dieser Wille den– noch nicht formgerecht im Sinne der §§ 2247, 2267 BGB erklärt. Denn es fehle an der für die Erfüllung der Form erforderlichen Grundlage oder auch nur Andeutung im Testament. Entsprechende Motive, Erläuterungen oder zusätzliche Bestimmungen enthalte das Testament nicht. Die Formulierung „unseren Neffen bzw. Nichte" sowie die namentliche Nennung böten keinen Hinweis auf eine Schlusserbeneinsetzung. Sie gäben Auskunft über das Näheverhältnis der Eheleute zu den Beteiligten zu 2 bis 5 und darüber, dass auch die Erblasserin diese als „ihre" Neffen und Nichte angesehen habe. Sie enthielten aber kein zeitliches Moment, das Rückschlüsse auf eine Erbeinsetzung für ein Versterben auch bei zeitlich erheblichem Abstand zulasse. Ein solches könne auch nicht in der fast zehnjährigen Zeitspanne zwischen Testamentsergänzung und ursprünglicher Testamentserrichtung gesehen werden. Der Auffassung des Oberlandesgerichts Hamm (ZEV 2011, 427), wonach es im Rahmen der sogenannten Andeutungstheorie ausreichen solle, wenn sich die Auslegungsnotwendigkeit und die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lasse, folge der Senat nicht.

12 2. Das hält rechtlicher Überprüfung stand.

13 Rechtsfehlerfrei hat das Beschwerdegericht festgestellt, dass die Beteiligten zu 2 bis 5 in der Testamentsergänzung vom 7. März 2012 nicht generell als Schlusserben eingesetzt worden sind.

14 a) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde ist das Beschwerdegericht zutreffend davon ausgegangen, dass der wirkliche Wille des Erblassers, der als Ergebnis der Testamentsauslegung zu ermitteln ist,
in der letztwilligen Verfügung angedeutet sein muss, um formwirksam erklärt zu sein.

15 aa) Bei der Testamentsauslegung ist vor allem der wirkliche Wille des Erblassers zu erforschen und nicht an dem buchstäblichen Sinn des Ausdrucks zu haften (vgl. Senatsbeschluss vom 10. Dezember 2014 – IV ZR 31/14, ZEV 2015, 343 Rn. 16; Senatsurteil vom 24. Juni 2009 – IV ZR 202/07, FamRZ 2009, 1486 Rn. 25). Dieser Aufgabe kann der Richter nur dann voll gerecht werden, wenn er sich nicht auf eine Analyse des Wortlauts beschränkt (Senatsurteile vom 24. Juni 2009 aaO; vom 27. Februar 1985 – IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 unter II 1 [juris Rn. 11]; vom 8. Dezember 1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 unter II 1 [juris Rn. 16]). Der Wortsinn der benutzten Ausdrücke muss gewissermaßen „hinterfragt" werden, wenn dem wirklichen Willen des Erblassers Rechnung getragen werden soll (Senatsurteile vom 24. Juni 2009 aaO; vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter 5 [juris Rn. 17]). Dafür muss der Richter auch alle ihm aus dem Inbegriff der mündlichen Verhandlung zugänglichen Umstände außerhalb der Testamentsurkunde heranziehen (vgl. Senatsurteile vom 16. Juli 1997 – IV ZR 356/96, ZEV 1997, 376 unter 3 [juris Rn. 12]; vom 7. Oktober 1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2 [juris Rn. 10]).

16 bb) Der Erblasserwille geht jedoch nur dann jeder anderen Interpretation, die der Wortlaut zulassen würde, vor, falls er formgerecht erklärt ist (vgl. Senatsurteile vom 24. Juni 2009 – IV ZR 202/07, FamRZ 2009, 1486 Rn. 25; vom 7. Oktober 1992 – IV ZR 160/91, NJW 1993, 256 unter 2 [juris Rn. 11]). Die Vorschriften über die Formen, in denen Verfügungen von Todes wegen getroffen werden können, dienen insbesondere dem Zweck, den wirklichen Willen des Erblassers zur Geltung kommen zu lassen, nach Möglichkeit die Selbständigkeit dieses Willens zu verbürgen und die Echtheit seiner Erklärungen sicherzustellen. Die vorgeschriebenen Formen sollen mit dazu beitragen, verantwortliches Testieren zu fördern und Streitigkeiten über den Inhalt letztwilliger Verfügungen hintanzuhalten (vgl. Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246 unter III [juris Rn. 17]).

17 Wenn der (mögliche) Wille des Erblassers in dem Testament auch nicht andeutungsweise oder versteckt zum Ausdruck gekommen ist, ist der unterstellte, aber nicht formgerecht erklärte Wille des Erblassers daher unbeachtlich (vgl. Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 6/80, BGHZ 80, 246 unter III [juris Rn. 13]). Eine Erbeinsetzung, die in dem Testament nicht enthalten und nicht einmal angedeutet ist, kann den aufgeführten Formzwecken nicht gerecht werden. Sie ermangelt der gesetzlich vorgeschriebenen Form und ist daher gemäß § 125 Satz 1 BGB nichtig (Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 unter III [juris Rn. 16]). Ausgehend von dem allgemeinen für die Auslegung letztwilliger Verfügungen geltenden Grundsatz, dass nur dem Willen Geltung verschafft werden kann, der im Testament zum Ausdruck gelangt, dort also eine, wenn auch noch so geringe, Grundlage findet, muss daher im Hinblick auf eine in Frage stehende Anordnung des Erblassers verlangt werden, dass für sie wenigstens gewisse Anhaltspunkte in der letztwilligen Verfügung enthalten sind, die im Zusammenhang mit den sonstigen heranzuziehenden Umständen außerhalb des Testaments den entsprechenden Willen des Erblassers erkennen lassen (vgl. Senatsurteil vom 24. Oktober 1979 – IV ZR 31/78, NJW 1980, 1276 unter I 4 [juris Rn. 27]).

18 Ein bestimmter Erblasserwille ist nicht bereits dadurch im Testament angedeutet, dass dessen Wortlaut überhaupt auslegungsbedürftig ist und sich die generelle Willensrichtung aus dem Wortlaut herleiten lässt (a.A. OLG Hamm ZEV 2011, 427, 428 [juris Rn. 18]). Die Auslegungsbedürftigkeit eines Begriffes zeigt nicht, wie dieser Begriff nach dem Willen des Erblassers auszulegen sein soll.

19 b) Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde konnte das Beschwerdegericht bei seiner Auslegung den von den Beteiligten zu 2 bis 5 behaupteten Erblasserwillen, sie generell als Schlusserben einzusetzen, als wahr unterstellen, statt zunächst im Wege der Beweisaufnahme zu ermitteln, ob ein entsprechender Wille der Erblasserin und ihres Ehegatten zur Zeit der Testamentserrichtung bestand. Wenn der Tatrichter bei Wahrunterstellung von Parteivortrag zu den für die Auslegung maßgeblichen Umständen zu dem Ergebnis kommt, dass ein entsprechender Erblasserwille im Testament nicht zum Ausdruck komme, bedarf es keiner Aufklärung des unterstellten Vortrages (vgl. Senatsurteil vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter I 6 [juris Rn. 22]). Die vom Senat für richtig gehaltene Prüfungsreihenfolge (vgl. Senatsurteile vom 27. Februar 1985 – IVa ZR 136/83, BGHZ 94, 36 unter II 1 [juris Rn. 10]; vom 8. Dezember 1982 – IVa ZR 94/81, BGHZ 86, 41 unter II 1 [juris Rn. 18]) steht dem nicht entgegen (Senatsurteil vom 28. Januar 1987 – IVa ZR 191/85, FamRZ 1987, 475 unter I 6 [juris Rn. 22]). Auch für das vom Amtsermittlungsgrundsatz (§ 26 FamFG) beherrschte Erbscheinsverfahren entspricht es der Rechtsprechung des Senats, dass der Tatrichter einen bestimmten Willen des Erblassers unterstellt, aber mangels formgerechter Erklärung dieses Willens für unbeachtlich erklärt (vgl. Senatsbeschluss vom 9. April 1981 – IVa ZB 4/80, BGHZ 80, 242 unter III [juris Rn. 13]).

20 c) Ohne Erfolg macht die Rechtsbeschwerde schließlich geltend, die Testamentsurkunde müsse dahingehend ausgelegt werden, dass darin eine generelle Schlusserbeneinsetzung der Beteiligten zu 2 bis 5 angeordnet worden sei.

21 aa) Die Aufgabe der Testamentsauslegung ist grundsätzlich dem Tatrichter vorbehalten. Seine Auslegung kann aber mit der Rechtsbeschwerde angegriffen werden, wenn sie gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk– und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt (vgl. Senatsbeschluss vom 12. Juli 2017– IV ZB 15/16, FamRZ 2017, 1716 Rn. 12 m.w.N.; st. Rspr.).

22 bb) Nach diesem Prüfungsmaßstab ist die Auslegung des Beschwerdegerichts nicht zu beanstanden, dass auch bei Unterstellung eines Erblasserwillens, die Beteiligten zu 2 bis 5 generell als Schlusserben einzusetzen, der Testamentsurkunde keine Andeutung dieses Willens entnommen werden kann.

23 Die Bestimmungen des Testaments ergeben weder einzeln noch in ihrem Zusammenhang einen entsprechenden Anhaltspunkt. Entgegen der Ansicht der Rechtsbeschwerde musste das Beschwerdegericht der Bezeichnung der Beteiligten zu 2 bis 5 als „unsere“ Neffen und Nichte keine Andeutung einer generellen Schlusserbeneinsetzung entnehmen. Aus dem darin auch nach Ansicht des Beschwerdegerichts zum Ausdruck kommenden Näheverhältnis lässt sich nicht ableiten, unter welchen Bedingungen der nahestehenden Person etwas zugewendet werden soll. Die Bezeichnung deutet daher nicht an, dass entgegen dem Wortsinn von „für den Fall eines gleichzeitigen Ablebens“ eine generelle Schlusserbeneinsetzung angeordnet wird. Ein besonderes Näheverhältnis deutet nichts dazu an, unter welchen Bedingungen der nahestehenden Person etwas zugewendet werden soll.

24 Soweit die Rechtsbeschwerde darüber hinaus geltend macht, dass Umstände wie das Fehlen einer generellen Schlusserbeneinsetzung oder die zehnjährige Zeitspanne zwischen der gegenseitigen Erbeinsetzung der Eheleute und der Testamentsergänzung nach allgemeiner Lebenserfahrung allein den Schluss zuließen, dass die Erblasserin und ihr Ehemann die Beteiligten zu 2 bis 5 generell als Schlusserben hätten einsetzen wollen, vermag dies dem Rechtsmittel nicht zum Erfolg zu verhelfen, da das Beschwerdegericht einen entsprechenden Erblasserwillen bereits unterstellt hat. Es hat lediglich die genannten Umstände in rechtlich nicht zu beanstandender Weise als nicht ausreichend im Sinne eines im Testament angedeuteten Erblasserwillens erachtet.

Feststellung der Vaterschaft – Kreis der pflichteilsberechtigter Abkömmlinge

BGB § 1924 Abs. 1, § 2303 Abs. 1, § 2329 Abs. 1, Abs. 3

Amtlicher Leitsatz:
Auch im Falle einer postmortalen Vaterschaftsfeststellung verjährt der einem pflichtteilsberechtigten Abkömmling gemäß § 2329 BGB gegen den Beschenkten zustehende Pflichtteilsergänzungsanspruch nach § 2332 Abs. 2 BGB a.F. in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalles an. (Rn. 23 – 27)

BGH (IV. Zivilsenat), Urteil vom 13.11.2019 – IV ZR 317/17

I. Sachverhalt:

1 Der im Jahre 1964 geborene Kläger nimmt die Beklagten im Wege der Stufenklage auf Auskunft, Wertermittlung und Duldung der Zwangsvollstreckung wegen ergänzungspflichtiger Schenkungen nach dem am x.x. 2007 verstorbenen und von den Parteien gesetzlich beerbten Erblasser in Anspruch.
2 Die Mutter des Klägers war zum Zeitpunkt seiner Geburt in erster Ehe verheiratet. Nach Scheidung dieser Ehe heiratete sie den Erblasser, aus dessen erster Ehe die beiden Beklagten hervorgegangen waren. Auch diese zweite Ehe wurde durch Scheidung aufgelöst.
3 In den Jahren 1995 und 2002 übertrug der Erblasser den Beklagten mehrere Grundstücke schenkungsweise unter Nießbrauchvorbehalt.
4 Auf den Vaterschaftsanfechtungsantrag des Klägers vom 29. März 2012 und seinen weiteren Feststellungsantrag wurde mit Beschluss vom 18. Februar 2015 festgestellt, dass Vater des Klägers nicht der bereits im Jahre 2001 verstorbene erste Ehemann seiner Mutter, sondern der Erblasser war.
5 Nach Rechtskraft dieses Beschlusses forderte der Kläger die Beklagten unter anderem zur Auskunft über den Bestand des Nachlasses auf. Die Beklagten überließen ihm ein Verzeichnis, das einen negativen Nettonachlasswert zum Zeitpunkt des Erbfalles auswies. Sie erheben im Übrigen die Einrede der Verjährung.
6 Das Landgericht hat die im November 2015 erhobene Stufenklage abgewiesen. Die hiergegen gerichtete Berufung des Klägers hat das Oberlandesgericht zurückgewiesen. Mit der vom Oberlandesgericht zugelassenen Revision verfolgt der Kläger seine Klageanträge weiter.

II. Aus den Gründen:

7 Das Rechtsmittel hat keinen Erfolg.
8 Nach Auffassung des Berufungsgerichts, dessen Urteil unter anderem in ZEV 2018, 143 veröffentlicht ist, waren Pflichtteilsergänzungsansprüche des Klägers aus § 2329 BGB bereits bei Eingang der Klageschrift verjährt. Daher seien auch die mit der Stufenklage vorbereitend geltend gemachten Ansprüche auf Auskunft und Wertermittlung aus § 242 BGB nicht begründet.
9 Nach dem Wortlaut des maßgeblichen § 2332 Abs. 2 BGB a.F. habe die dreijährige Verjährungsfrist mit dem Tod des Erblassers begonnen und sei daher bereits am x.x 2010 abgelaufen. Von dieser Verjährungsregelung sei nicht aufgrund der sogenannten Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB abzuweichen. Diese führe nicht dazu, dass der Beginn der Verjährungsfrist in objektiver Hinsicht zeitlich bis zur rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft des Erblassers hinauszuschieben sei. Auf das Entstehen des Anspruchs stelle § 2332 BGB nach seinem ausdrücklichen Wortlaut hinsichtlich des Beginns der Verjährungsfrist nicht ab, sondern allein auf den objektiven Umstand des Erbfalles. Eine entsprechende Anwendung des § 205 BGB auf andere als die dort geregelten Fälle scheide aus. Es liege kein Fall der höheren Gewalt des § 206 BGB vor. Diese Vorschrift solle keine Korrektur von Wertentscheidungen des Gesetzgebers ermöglichen.
10 Das Verfahren sei auch nicht gemäß Art. 100 Abs. 1 GG auszusetzen. Zwar seien die Schutzbereiche der Art. 6 Abs. 1 und Art. 14 Abs. 1 GG durch die Verjährungsregelung des § 2332 BGB betroffen. Der Eingriff in den Schutzbereich sei aber nicht verfassungswidrig. Die Regelung des § 2332 BGB verstoße auch nicht gegen das in Art. 6 Abs. 5 GG normierte Gebot, nichteheliche Kinder den ehelichen gleichzustellen. Ein eheliches Kind, das erst vier Jahre nach dem Erbfall vom Tode des Vaters erfahren habe, könnte seine Ansprüche aus § 2329 BGB ebenfalls nicht mehr durchsetzen.
11 Die Beklagten seien ferner nicht aus § 242 BGB gehindert, sich auf die Verjährungseinrede zu berufen. Der Kläger habe bereits nicht im Einzelnen dargelegt, dass und wie die Beklagten ihn durch ihr Verhalten von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten hätten. Soweit er dazu eher pauschal ausführe, dass sowohl der Erblasser als auch seine Mutter ihm gemeinschaftlich bewusst und gewollt Informationen über seine wahre Abstammung vorenthalten hätten und dieses arglistige Verhalten von den Beklagten fortgeführt worden sei, sei dieser zweitinstanzliche neue Vortrag zudem bestritten und habe gemäß § 531 Abs. 2 Nr. 3 ZPO unberücksichtigt zu bleiben.
12 Dies hält rechtlicher Nachprüfung stand.

13 1. Das Berufungsgericht hat zu Recht angenommen, dass die vom Kläger gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB geltend gemachten Pflichtteilsergänzungsansprüche nicht durchsetzbar sind, weil die von den Beklagten erhobene Einrede der Verjährung durchgreift (§ 214 Abs. 1 BGB).

14 a) Zutreffend ist das Berufungsgericht davon ausgegangen, dass der Kläger nach rechtskräftiger und rückwirkender Feststellung der Vaterschaft des Erblassers zum Kreis der pflichtteilsberechtigten Abkömmlinge im Sinne der §§ 1924 Abs. 1, 2303 Abs. 1 Satz 1 BGB zählt und als Miterbe Ansprüche auf Pflichtteilsergänzung gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB gegen die Beklagten als beschenkte Miterben haben kann. Ebenso wie der in seinem Pflichtteilsrecht beeinträchtigte Alleinerbe können auch die insoweit zu kurz gekommenen Miterben in entsprechender Anwendung von § 2329 Abs. 1 Satz 2 BGB direkt gegen den Beschenkten vorgehen. Weiterhin kann auch der beschenkte Miterbe nach § 2329 BGB haften (Senatsurteile vom 9. Oktober 1985 – IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610 unter 1 [juris Rn. 6 f.]; vom 19. März 1981 – IVa ZR 30/80, BGHZ 80, 205, 207 ff. [juris Rn. 10 ff.]).

15 b) Etwaige Ansprüche des Klägers aus § 2329 BGB sind allerdings gemäß § 2332 Abs. 2 BGB in der bis zum 31. Dezember 2009 geltenden Fassung (im Folgenden: § 2332 Abs. 2 BGB a.F.) i.V.m. Art. 229 § 23 Abs. 2 Satz 2 EGBGB verjährt.

16 aa) Nach § 2332 Abs. 2 BGB a.F. verjährt ein solcher dem Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten zustehender Anspruch in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalles an. Diese kurze kenntnisunabhängige Verjährungsfrist ist ohne Rücksicht auf die Miterbenstellung der beschenkten Beklagten einschlägig (vgl. Senatsurteil vom 9. Oktober 1985 – IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610 unter 2 [juris Rn. 9 ff.]) und war hier am 5. Juli 2010 – drei Jahre nach dem Tod des Erblassers – und somit lange vor Klageerhebung im November 2015 abgelaufen.

17 bb) Dem Eintritt der Verjährung steht nicht entgegen, dass der Kläger erst seit Rechtskraft des Beschlusses vom 18. Februar 2015, mit dem die Vaterschaft des Erblassers festgestellt wurde, die damit verbundenen Rechtswirkungen und auch mögliche Ansprüche im Sinne von § 2329 BGB geltend machen konnte.

18 (1) Nach § 1600d Abs. 4 BGB in der bis zum 30. Juni 2018 geltenden Fassung (im Folgenden: § 1600d Abs. 4 BGB a.F.; seitdem: § 1600d Abs. 5 BGB) können die Rechtswirkungen der Vaterschaft, soweit sich nicht aus dem Gesetz anderes ergibt, erst vom Zeitpunkt ihrer – dann allerdings rückwirkenden (vgl. BVerfGE 74, 33, 39 [juris Rn. 23]; BSGE 73, 103, 104 [juris Rn. 15]; Palandt/*Brudermüller,* 78. Aufl. § 1600d BGB Rn. 19) – Feststellung an geltend gemacht werden.

19 (2) Ob die sogenannte Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB a.F. den in § 2332 Abs. 2 BGB a.F. bestimmten Beginn der Verjährung bis zur Rechtskraft der postmortalen Vaterschaftsfeststellung hindert, ist umstritten.

20 (a) Nach einer in der Literatur vertretenen Meinung (*Gipp,* ZErb 2001, 169, 171 f.; *Lauck/Lauck,* NZFam 2018, 144; siehe auch *Lakkis* in jurisPK–BGB, 8. Aufl. § 199 Rn. 14.1 [Stand: 27. Juni 2019]; *Wellenhofer,* FamRZ 2017, 903, 904) soll die Verjährung von Ansprüchen aus § 2329 BGB erst mit Rechtskraft der Vaterschaftsfeststellung beginnen. Das entspricht dem im Unterhaltsrecht anerkannten Grundsatz, dass die Verjährungsfrist für den Unterhaltsanspruch des nichtehelichen Kindes nicht vor der rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft in Lauf gesetzt werden kann (vgl. BGH, Beschluss vom 22. März 2017 – XII ZB 56/16, NJW 2017, 1954 Rn. 16 m.w.N.). Zum Teil ist dies aus § 202 BGB in der bis zum 31. Dezember 2001 geltenden Fassung abgeleitet worden (so etwa RGRK–BGB/*Böckermann,* 12. Aufl. § 1600a Rn. 35; siehe bereits RGZ 173, 15, 17; offengelassen im Senatsurteil vom 27. Februar 1980 – IV ZR 125/78, BGHZ 76, 293, 298 [juris Rn. 11] und in BGH, Urteil vom 20. Mai 1981 – IVb ZR 570/80, juris Rn. 14). Andere begründen das damit, dass der Unterhaltsanspruch bis zur rechtskräftigen Vaterschaftsfeststellung noch nicht gemäß § 199 Abs. 1 Nr. 1 BGB entstanden ist (BeckOK BGB/*Piekenbrock,* § 199 Rn. 74 [Stand: 1. August 2019]; MünchKomm–BGB/*Wellenhofer,* 7. Aufl. § 1600d Rn. 100; *Obermann,* NZFam 2017, 458 f.; siehe auch Senatsurteil vom 6. Oktober 1967 – IV ZR 105/66, BGHZ 48, 361, 366 f. [juris Rn. 20 ff.]; BSGE 73, 103, 104 f. [juris Rn. 14 ff.] zu § 45 Abs. 1 SGB I; OLG Celle FamRZ 2018, 98, 102 [juris Rn. 53 f.] m. Anm. *Wache,* NZFam 2017, 917 f.; für entsprechende Anwendung des § 205 BGB aber Rauscher in Staudinger [2011], § 1594 BGB Rn. 16).

21 (b) Nach der – auch vom Berufungsgericht vertretenen – überwiegenden Ansicht soll die Rechtsausübungssperre dem Beginn der Verjährung nicht entgegenstehen, soweit das Gesetz hierfür – wie etwa in § 2332 Abs. 2 BGB a.F. – allein an den „Erbfall" anknüpft (ebenso OLG Düsseldorf ZEV 2017, 717 Rn. 20 f. [juris Rn. 31] zu § 2332 Abs. 1 BGBa. F.; BeckOK BGB/*Schindler,* § 2332 Rn. 10 [Stand: 1. September 2019]; MünchKomm–BGB/Lange, 7. Aufl. § 2332 Rn. 6; Palandt/*Weidlich,* 78. Aufl. § 2332 BGB Rn. 1; *Joachim/Lange,* Pflichtteilsrecht 3. Aufl. Rn. 475; *Schindler,* Pflichtteilsberechtigter Erbe und pflichtteilsberechtigter Beschenkter 2004 Rn. 1047 mit Fn. 1644; *Horn,* NJW 2016, 1559, 1560; ders., ZErb 2016, 232, 233 f.; ähnlich *Stöcker,* AgrarR 1987, 149, 150). Auch eine Hemmung der Verjährung bis zur Rechtskraft der postmortalen Vaterschaftsfeststellung entsprechend

§§ 205, 206 BGB (bzw. §§ 202 Abs. 1, 203 Abs. 2 BGB a.F.) wird grundsätzlich abgelehnt (vgl. OLG Düsseldorf aaO Rn. 23 f. [juris Rn. 34 f.]).

22 (c) Die letztgenannte Auffassung trifft zu.

23 (aa) Bei der Anwendung von Verjährungsvorschriften kommt dem Wortlaut des Gesetzes besondere Bedeutung zu. Dem Verjährungsrecht liegt der Gedanke zugrunde, dass gewisse tatsächliche Zustände, die längere Zeit hindurch unangefochten bestanden haben, im Interesse des Rechtsfriedens und der Rechtssicherheit nicht mehr in Frage gestellt werden sollen. Da der Rechtsverkehr klare Verhältnisse erfordert und die Vorschriften über die Verjährung dementsprechend eine formale Regelung enthalten, ist es grundsätzlich geboten, sich bei der Anwendung solcher Vorschriften eng an deren Wortlaut zu halten (BGH, Urteil vom 30. September 2003 – XI ZR 426/01, BGHZ 156, 232, 243 f. [juris Rn. 53] m.w.N.). Nach dem eindeutigen Wortlaut des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. kommt es für den Beginn der Verjährungsfrist des dem Abkömmling zustehenden Anspruchs allein auf den Zeitpunkt des Erbfalles an und nicht auf die – gegebenenfalls rückwirkende – Entstehung des Pflichtteilsergänzungsanspruchs gegen den Beschenkten.

24 (bb) Die Entstehungsgeschichte des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. lässt ebenfalls nicht darauf schließen, dass der Beginn der Verjährungsfrist ausnahmsweise nicht von dem Erbfall, sondern von anderen Umständen – wie etwa der postmortalen Feststellung der Vaterschaft des Erblassers – abhängen kann. Über die Verjährung des Anspruchs gegen den Beschenkten war in dem „Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs" eine besondere Vorschrift nicht enthalten. In den Motiven (V S. 460) zu diesem Entwurf heißt es zu § 2010, der die entsprechende Anwendung der Vorschriften über den Pflichtteil auf die Erhöhung des Pflichtteils vorsah: „Daß auch die auf die Verjährung sich beziehende Vorschrift des § 1999 entsprechend anwendbar ist, versteht sich hiernach von selbst.

25 ... Aus dieser Anwendbarkeit ergibt sich ohne Weiteres, daß auch der Anspruch gegen den Beschenkten der kurzen Verjährung unterstellt ist, obschon nach dem § 2016 der Beschenkte nur zur Herausgabe verpflichtet ist, und daß die kurze Verjährung nicht beginnt, bevor nicht der Pflichtteilsberechtigte von der Schenkung Kenntnis erlangt hat." Ausweislich der Protokolle (V S. 594) zog die Mehrheit demgegenüber eine vorgeschlagene Regelung vor, „nach welcher der Anspruch gegen den Beschenkten einer selbständigen, in drei Jahren von dem Eintritt des Erbfalls sich vollendenden Verjährung unterliegt. Man hielt es für richtiger, den kondiktionsartigen Anspruch gegen den Beschenkten in Bezug auf die Verjährung von dem Pflichtteilsanspruch gegen den Erben vollständig abzulösen und glaubte umso mehr dem Interesse des Beschenkten durch Festsetzung einer von einem festen Zeitpunkte beginnenden kurzen Verjährungsfrist Rechnung tragen zu sollen, ..." Diese Gesetzgebungsmaterialien belegen nicht, dass der historische Gesetzgeber die Entstehung und Durchsetzbarkeit des Anspruchs aus § 2329 BGB als Voraussetzung für den Lauf der Verjährungsfrist ansah. Vielmehr hat er bewusst ausschließlich den Erbfall als maßgeblichen Zeitpunkt für den Beginn der Verjährung gewählt. An der Sonderverjährung des Anspruchs aus § 2329 BGB hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Änderung des Erb– und Verjährungsrechts vom 24. September 2009 (BGBl. I 2009, 3142) festgehalten und die Regelung des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. ohne inhaltliche Änderung in § 2332 Abs. 1 BGB übernommen. Laut der Gesetzesbegründung (BTDrucks. 16/8954, S. 22) entspricht diese Bestimmung „Absatz 2 der bisher geltenden Fassung und überträgt die Sonderverjährung des Anspruchs des Pflichtteilsberechtigten gegen den Beschenkten gemäß Absatz 2 geltender Fassung in das System der Regelverjährung mit Ausnahme der subjektiven Anknüpfung des Verjährungsbeginns und behält damit den bisherigen Verjährungslauf bei". Einen Anlass zur Einführung einer Ausnahme von dieser Sonderverjährungsregelung hat der Gesetzgeber der Erbrechtsreform auch nicht im Hinblick auf die schon damals gemäß § 1600d Abs. 4 BGB a.F. geltende Rechtsausübungssperre, die erstmals mit dem Gesetz über die rechtliche Stellung der nichtehelichen Kinder vom 19. August 1969 (BGBl. I 1969, 1243, im Folgenden: NEhelG) eingeführt worden war (§ 1600a Satz 2 BGB a.F. i.V.m. Art. 12 § 1 ff. NEhelG), gesehen.

26 (cc) Dem in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gebrachten Sinn und Zweck des § 2332 Abs. 2 BGB a.F., dem Beschenkten bald Klarheit zu verschaffen, ob er das Geschenk behalten kann oder an den Pflichtteilsberechtigten herausgeben muss, entspricht es, nur auf das Datum des Erbfalles und nicht den Zeitpunkt der Rechtskraft der postmortalen Vaterschaftsfeststellung abzustellen. Ein Hinausschieben des Verjährungsbeginns auf möglicherweise unabsehbare Zeit liefe auf eine Umkehr der gesetzlichen Wertung hinaus. Der beschenkte Dritte oder Miterbe hat ein berechtigtes Interesse daran, dass er ohne Rücksicht auf den Kenntnisstand des Pflichtteilsberechtigten, an den der Gesetzgeber erklärtermaßen auch bei der Reform des Erbrechts nicht anknüpfen wollte, nach kurzer Frist sicher sein kann, das Geschenk nicht wieder herausgeben zu müssen (vgl. Senatsurteil vom 9. Oktober 1985 – IVa ZR 1/84, NJW 1986, 1610 unter 2 [juris Rn. 11]). Dieses Interesse besteht unabhängig davon, ob dem Pflichtteilsberechtigten der Erbfall, die

Schenkung oder aber seine leibliche Abstammung vom Erblasser unbekannt geblieben ist, und ist deshalb besonders schutzwürdig, weil der Beschenkte, auch wenn er Miterbe ist, nach § 2329 BGB mit seinem Privatvermögen und nicht aus dem Nachlass haftet.

27 (dd) Die wortlautgetreue Anwendung des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. widerspricht nicht allgemeinen Grundsätzen des Verjährungsrechts. Entgegen der Ansicht der Revision ist die vorherige Entstehung des Anspruchs nicht unabdingbare Voraussetzung für den Lauf einer jeden Verjährungsfrist (vgl. BGH, Urteil vom 8. Januar 2014 – XII ZR 12/13, NJW 2014, 920 Rn. 17 m.w.N.; BSGE 118, 213 Rn. 23). So sind etwa in § 199 Abs. 2 BGB und in § 199 Abs. 3 Satz 1 Nr. 2 BGB Verjährungshöchstfristen für die dort bezeichneten Ansprüche „ohne Rücksicht auf ihre Entstehung" bestimmt. Weiterhin ist, anders als die Revision meint, die Zumutbarkeit der Klageerhebung nicht generell eine übergreifende Voraussetzung für den Verjährungsbeginn, sondern kann nur im Zusammenhang mit der kenntnisabhängigen Verjährung von Bedeutung sein (vgl. Senatsurteil vom 21. Februar 2018 – IV ZR 385/16, NJW 2018, 1469 Rn. 15 m.w.N.).

28 (3) Auch eine Hemmung der Verjährung bis zur rechtskräftigen Feststellung der Vaterschaft des Erblassers entsprechend den §§ 205, 206 BGB hat das Berufungsgericht zu Recht abgelehnt.

29 (a) Nach § 205 BGB ist die Verjährung gehemmt, solange der Schuldner auf Grund einer Vereinbarung mit dem Gläubiger vorübergehend zur Verweigerung der Leistung berechtigt ist. Diese Regelung hat der Gesetzgeber mit dem Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26. November 2001 (BGBl. I 2001, 3138) abweichend von § 202 BGB a.F. einschränkend gefasst. Dem lag die Erwägung zugrunde, die Verjährungshemmung auf vereinbarte vorübergehende Leistungsverweigerungsrechte zu beschränken (BT–Drucks. 14/6040, S. 118). Ausgehend davon kann § 205 BGB nur dann entsprechend angewendet werden, wenn ein Hindernis nicht nur in seinen Wirkungen, sondern auch in Entstehung und Entstehungsvoraussetzungen zumindest einem Stillhalteabkommen (pactum de non petendo) gleichsteht. Entscheidend ist, ob der Parteiwille die Grundlage des Leistungsverweigerungsrechts bildet. Eine entsprechende Anwendung des § 205 BGB auf Fallgestaltungen, in denen diese Wertungsgrundlage nicht gegeben ist, scheidet aus. Dies gilt insbesondere für gesetzliche Leistungsverweigerungsrechte (BGH, Urteil vom 14. Dezember 2017 – IX ZR 118/17, NZI 2018, 154 Rn. 14 f. m.w.N.) und auch für die hier in Rede stehende Rechtsausübungssperre des § 1600d Abs. 4 BGB a.F., die ebenfalls nicht auf dem Parteiwillen beruht.

30 (b) § 206 BGB sieht eine Hemmung der Verjährung vor, solange der Gläubiger innerhalb der letzten sechs Monate der Verjährungsfrist durch höhere Gewalt an der Rechtsverfolgung gehindert ist. Es handelt sich um eine im Interesse des Schuldners eng auszulegende zusätzliche Schutzvorschrift (BGH, Urteil vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 51), deren Anwendung unter anderem bei einer unrichtigen Sachbehandlung durch das Gericht in Betracht kommen kann (vgl. BGH, Urteil vom 8. Dezember 2016 – III ZR 89/15, NJW 2017, 1735 Rn. 14). Allerdings ermöglicht § 206 BGB, wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, keine Korrektur von Wertentscheidungen des Gesetzgebers (vgl. MünchKomm–BGB/*Grothe,* 8. Aufl. § 206 Rn. 6), der – wie dargelegt – für die hier in Rede stehende Konstellation ausdrücklich geregelt hat, dass Pflichtteilsergänzungsansprüche gegen den Beschenkten in drei Jahren nach dem Erbfall verjähren.

31 (4) Wenn die Vaterschaftsfeststellung – wie hier – erst nach Ablauf der in § 2332 Abs. 2 BGB a.F. bezeichneten Frist beantragt werden konnte, ist es entgegen der Ansicht der Revision auch nicht aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten, vom Wortlaut der Vorschrift abzuweichen.

32 (a) Wie das Berufungsgericht richtig gesehen hat, sind zwar die Schutzbereiche des Art. 14 Abs. 1 Satz 1 GG i.V.m. Art. 6 Abs. 1 GG, welche die grundsätzlich unentziehbare und bedarfsunabhängige Mindestbeteiligung der Kinder des Erblassers an dessen Nachlass gewährleisten (vgl. dazu BVerfGE 112, 332, 348 [juris Rn. 60]), durch die Verjährungsregelung des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. betroffen, weil sie die Durchsetzbarkeit des Pflichtteilsergänzungsanspruchs ohne Rücksicht auf seine – gegebenenfalls rückwirkende – Entstehung einschränkt. Dies ist aber aus verfassungsrechtlicher Sicht nicht zu beanstanden. Verjährungsregeln müssen mit Rücksicht auf von Verfassungs wegen geschützte Forderungsrechte stets einen angemessenen Ausgleich zwischen den Interessen des Schuldners und des Gläubigers darstellen (vgl. BGH, Urteile vom 28. Oktober 2014 – XI ZR 348/13, BGHZ 203, 115 Rn. 52; vom 17. Juni 2005 – V ZR 202/04, NJW–RR 2005, 1683 unter III 3 c [juris Rn. 19] m.w.N.). Dazu gehört, dass der Gläubiger eine faire Chance haben muss, seinen Anspruch geltend zu machen. Ein Verjährungsbeginn unabhängig von der Möglichkeit, von den Umständen der Anspruchsentstehung Kenntnis zu nehmen, kann daher nur dann als gerechtfertigt angesehen werden, wenn die Verjährungsfrist so bemessen ist, dass typischerweise mit der Erkennbarkeit innerhalb der Frist zu rechnen ist (vgl. dazu BGH, Urteil vom 17. Juni 2005 aaO m.w.N.). Das ist bei § 2332 Abs. 2 BGB a.F. der Fall, wie das Berufungsgericht zu

Recht ausgeführt hat. In aller Regel weiß ein pflichtteilsberechtigter Abkömmling, dem ein Pflichtteilsergänzungsanspruch gegen einen beschenkten Dritten oder Miterben zusteht, vor Ablauf von drei Jahren nach dem Tod des Erblassers, dass er von diesem abstammt. Nur in vereinzelten Sonderfällen wird einem pflichtteilsberechtigten Miterben erst aufgrund einer postmortalen Vaterschaftsfeststellung mehr als drei Jahre nach dem Erbfall seine Abstammung vom Erblasser bekannt.

33 (b) § 2332 Abs. 2 BGB a.F. ist auch mit Art. 6 Abs. 5 GG vereinbar. Die Regelung des § 2329 BGB zählt zum Pflichtteilsrecht, das seinerseits für das nichteheliche Kind eine einfachrechtliche Ausprägung des durch Art. 6 Abs. 5 GG begründeten Schutzauftrags des Gesetzgebers im Bereich des Erbrechts ist (BVerfGE 112, 332, 354 [juris Rn. 74]; zur Pflichtteilsergänzung vgl. BVerfG ZEV 2016, 578 Rn. 3 f.). Art. 6 Abs. 5 GG hat die Gleichstellung und Gleichbehandlung aller Kinder ungeachtet ihres Familienstandes zum Ziel (vgl. BVerfGE 118, 45, 62 [juris Rn. 40]) und verbietet nicht nur eine unmittelbare oder mittelbare Schlechterstellung nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern (vgl. BVerfG NJW 2014, 1364 Rn. 111 m.w.N.). Vielmehr kann die in Art. 6 Abs. 5 GG enthaltene Wertentscheidung auch dann verfehlt werden, wenn eine gesetzliche Regelung einzelne Gruppen nichtehelicher Kinder im Verhältnis zu anderen Gruppen schlechter stellt (vgl. BVerfG NJW 2013, 2103 Rn. 32 m.w.N.). Dieser in erster Linie an den Gesetzgeber gerichtete Auftrag aus Art. 6 Abs. 5 GG ist auch von der Rechtsprechung bei der Anwendung des geltenden Rechts zu berücksichtigen. Die in der Verfassungsnorm ausgeprägte Wertauffassung ist bei der den Gerichten anvertrauten Interessenabwägung und vor allem bei der Interpretation der einfachen Gesetze zugrunde zu legen (BVerfG NJW 2009, 1065 Rn. 16 m.w.N.; BVerfGE 8, 210, 217 [juris Rn. 20]).

34 Durch die Verjährungsregelung des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. werden nichteheliche Kinder im Verhältnis zu ehelichen Kindern nicht unmittelbar schlechter gestellt. Auch letztere müssen ihnen nach § 2329 BGB gegen Beschenkte zustehende Ansprüche innerhalb von drei Jahren nach dem Erbfall geltend machen. Soweit ein nichteheliches Kind – wie der Kläger – erst nach Ablauf der Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. von den für die Vaterschaft des Erblassers sprechenden Umständen Kenntnis erlangt und sodann die Vaterschaftsfeststellung beantragt hat, ist es allerdings im Verhältnis zu ehelichen Kindern und auch zu nichtehelichen Kindern, deren Abstammung vom Erblasser bis zum Ablauf von drei Jahren nach dem Erbfall rechtskräftig festgestellt wurde, mittelbar benachteiligt. Eine solche – nur in, wie ausgeführt, sehr seltenen Ausnahmefällen gegebene – Ungleichbehandlung ist aber durch sachliche Gründe gerechtfertigt, die nicht an die Ehelichkeit bzw. Nichtehelichkeit anknüpfen, wie das Berufungsgericht zutreffend ausgeführt hat. Der Regelung des § 2332 Abs. 2 BGB a.F. liegt das Interesse des vom Erblasser noch zu dessen Lebzeiten Beschenkten an Rechtssicherheit zugrunde, das unabhängig davon besteht, wann die Abstammung des pflichtteilsberechtigten Abkömmlings vom Erblasser festgestellt wird. Der Beschenkte muss, sofern er sich nicht treuwidrig verhält, nach einem überschaubaren Zeitraum Klarheit darüber haben, ob er das Geschenk an einen Pflichtteilsberechtigten herauszugeben hat oder nicht, zumal seine Haftung nicht auf den Nachlass begrenzt ist. Müsste er auf unabsehbare Zeit damit rechnen, von einem Jahre nach dem Erbfall als Kind des Erblassers festgestellten Pflichtteilsberechtigten in Anspruch genommen zu werden, liefe das dem der Verjährung zugrundeliegenden Prinzip der Rechtssicherheit (vgl. BVerfG NVwZ 2013, 1004 Rn. 54) sowie dem Interesse an der Herstellung von Rechtsfrieden (vgl. dazu BGH, Urteil vom 16. Juni 1972 – I ZR 154/70, BGHZ 59, 72 [juris Rn. 12]) zuwider. Diesen Belangen gebührt bei der erforderlichen Abwägung gegenüber dem Interesse des nichtehelichen Kindes an einem Aufschub des Verjährungsbeginns bis zur Rechtskraft der Vaterschaftsfeststellung der Vorzug. Im Regelfall ist das pflichtteilsberechtigte nichteheliche Kind dadurch hinreichend geschützt, dass es gegen den beschenkten Erben Pflichtteilsergänzungsansprüche gemäß § 2325 BGB geltend machen kann, die der regelmäßigen, kenntnisabhängigen Verjährung (§§ 195, 199 BGB) unterliegen (Palandt/Weidlich, BGB 78. Aufl. § 2325 BGB Rn. 6). Durch diese Ansprüche, deren Verjährung von der Kenntnis des Gläubigers und damit auch von der Vaterschaftsfeststellung abhängt, werden Härten zu Lasten des Pflichtteilsberechtigten weitgehend abgemildert. Nur wenn diese Ansprüche nicht weiterführen, weil der Erbe zur Ergänzung des Pflichtteils nicht verpflichtet ist, kommen Pflichtteilsergänzungsansprüche nach § 2329 BGB in Betracht. Selbst dann wird das nichteheliche Kind in der Regel bis zum Ablauf der dann maßgeblichen dreijährigen Verjährungsfrist (§ 2332 Abs. 2 BGB a.F./ § 2332 Abs. 1 BGB n.F.) nach dem Erbfall Kenntnis von seiner Abstammung erlangt haben. Ist dies ausnahmsweise einmal nicht der Fall, so ist der Verjährungseintritt im generellen Interesse an Rechtssicherheit hinzunehmen. In etwaigen Extremfällen, beispielsweise bei einer treuwidrigen Erhebung der Verjährungseinrede, könnte gegebenenfalls Einzelfallgerechtigkeit über § 242 BGB geschaffen werden.

35 (5) Unbedenklich ist die Verjährungsfrist des § 2332 Abs. 2 BGBa. F. auch mit Blick auf die Verpflichtung,

die Gewährleistungen der Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten (EMRK) zu berücksichtigen und in den betroffenen Teilbereich der nationalen Rechtsordnung einzupassen (vgl. hierzu Senatsbeschluss vom 12. Juli 2017 – IV ZB 6/15, ZEV 2017, 510 Rn. 15; BVerfG FamRZ 2015, 1263 Rn. 47). Im Rahmen der gebotenen Interessenabwägung ist zu Gunsten der Beklagten zu berücksichtigen, dass der Schutz erworbener Rechte – hier des Eigentums an den vom Erblasser lebzeitig geschenkten Grundstücken – der Rechtssicherheit dienen kann, die Teil der Rechtsstaatlichkeit ist und damit der Konvention zugrunde liegt (vgl. EGMR NJW 2017, 1805 [Wolter u.a. ./. Deutschland] Rn. 60 m.w.N.). Demgemäß misst der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte bei der Prüfung, ob ein gerechter Ausgleich zwischen den widerstreitenden Interessen des nichtehelichen Kindes und denen der weiteren Betroffenen stattfindet, auch dem nationalen Verjährungsrecht dahingehende Bedeutung zu, ob Ansprüche auf den Pflichtteil noch nicht verjährt und die berechtigten Erwartungen der Erben daher lediglich „relativ" waren (vgl. EGMR aaO Rn. 75). In diesem Sinne ist die Position der Beklagten als beschenkte Dritte seit Ablauf der in § 2332 Abs. 2 BGB a.F. bezeichneten Frist gerade nicht mehr bloß „relativ" und daher vorrangig gegenüber dem Interesse des Klägers an einer Durchsetzung etwaiger Pflichtteilsergänzungsansprüche.

36 cc) Schließlich hat das Berufungsgericht ohne Rechtsfehler angenommen, dass die Beklagten nicht gemäß § 242 BGB gehindert sind, sich auf Verjährung zu berufen.

37 Der Erhebung der Verjährungseinrede kann der Einwand der unzulässigen Rechtsausübung entgegengesetzt werden, wenn besondere Umstände vorliegen, die die Einrede als groben Verstoß gegen Treu und Glauben erscheinen lassen (vgl. BGH, Urteile vom 21. Juni 2001 – IX ZR 73/00, BGHZ 148, 156 [juris Rn. 22]; vom 1. Oktober 1987 – IX ZR 202/86, NJW 1988, 265 [juris Rn. 16]. Dabei kann es genügen, wenn der Schuldner den Gläubiger nur unabsichtlich von der Wahrung der Verjährungsfrist abgehalten hat (vgl. BGH, Urteil vom 14. November 2013 – IX ZR 215/12, NJW–RR 2014, 1020 Rn. 15 m.w.N.).

38 Dass die Beklagten den Kläger durch ihr Verhalten von der rechtzeitigen Erhebung der Klage abgehalten haben, hat das Berufungsgericht nicht festgestellt. Ohne Erfolg rügt die Revision, das Berufungsgericht habe rechtsfehlerhaft zweitinstanzlich unstreitiges Vorbringen zurückgewiesen, indem es die Aussage des Beklagten zu 1 im Vaterschaftsfeststellungsverfahren, er sei mit dem Verdacht aufgewachsen, dass der Erblasser auch der Vater des Klägers gewesen sein könnte, nicht berücksichtigt habe. Daraus ergibt sich nicht, dass die Beklagten in verlässlicher Weise von der leiblichen Abstammung des Klägers erfahren und ihn von der rechtzeitigen Feststellung der Vaterschaft sowie der Geltendmachung von Pflichtteilsergänzungsansprüchen abgehalten hätten. Soweit die Revision weiter darauf hinweist, der Erblasser habe zumindest ernsthafte Zweifel an seiner fehlenden Vaterschaft haben müssen, kann dies nicht den Beklagten zugerechnet werden.

39 2. Da die geltend gemachten Ansprüche gemäß § 2329 Abs. 1 und 3 BGB nicht durchsetzbar sind, konnte das Berufungsgericht die Stufenklage insgesamt abweisen. Der Grundsatz, dass über mehrere in einer Stufenklage verbundene Ansprüche eine einheitliche Entscheidung ergehen kann, wenn sich schon bei der Prüfung des Auskunftsanspruchs ergibt, dass dem Hauptanspruch die materiell–rechtliche Grundlage fehlt (vgl. BGH, Beschluss vom 1. Februar 2017 – XII ZB 71/16, NJW 2017, 1946 Rn. 19 m.w.N.), gilt hier mit der Maßgabe, dass wegen der durchgreifenden Einrede der Verjährung gemäß § 2332 Abs. 2 BGB a.F. auch das Bedürfnis für die geforderte Auskunft und Wertermittlung entfällt (vgl. zum Auskunftsanspruch Senatsurteil vom 4. Oktober 1989 – IVa ZR 198/88, BGHZ 108, 393, 399 [juris Rn. 16]). Dass der Kläger die Wertermittlung gleichwohl benötigt (vgl. hierzu Senatsurteil vom 3. Oktober 1984 – IVa ZR 56/83, NJW 1985, 384, 385 [juris Rn. 12 f.]), macht auch die Revision nicht geltend.

Bewilligung, Ehe, Erbengemeinschaft, Erblasser, gemeinschaftliches Testament, Grundbuchberichtigung, Grundstück, Kinder, Nacherbenfall, Nachlass, Pflichtteilsanspruch, Testament

BGB § 816 Abs. 1 S. 2, § 892 Abs. 1, § 2069, § 2096, § 2113 Abs. 2, § 2124 Abs. 2, § 2142, § 2306: ZPO § 91, § 522 Abs. 2 S. 1, § 709

Amtlicher Leitsatz:
Die tatsächliche Vermutung gemäß § 2142 Abs. 2 BGB kann widerlegt sein (vgl. § 2069 BGB), wenn die pflichtteilsberechtigten Nacherben eines Stammes ihr Nacherbenrecht ausschlagen, der Nachlass überschuldet ist und der Erblasser Ersatznacherben berufen hat (§ 2096 BGB). Eine ungewollte Doppelberücksichtigung des Stammes, welches die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, kommt dann nicht in Betracht.

LG Bremen (2. Zivilkammer), Urteil vom 19.08.2019 – 2 O 179/19

I. Sachverhalt:

1 Die Kläger machen gegen den Beklagten einen Anspruch auf Grundbuchberichtigung geltend.
2 Die Kläger sind Miterben in der Erbengemeinschaft der Nacherben des Herrn F. P. (nachfolgend der „Erblasser" genannt), ursprünglich bestehend aus der Klägerin zu 1) sowie dem Kläger zu 2), Frau A. B., Frau M. J., Frau M. B. und Frau M. P. (vgl. Bl. 2 der Akte).
3 Der Erblasser errichtete am 20.08.1976 in Bremen gemeinsam mit seiner dritten Ehefrau E. P., geb. S., ein gemeinschaftliches Testament. Darin setzte er seine Ehefrau als seine befreite Vorerbin (nachfolgend die „Vorerbin" genannt) ein und bestimmte zu seinen Nacherben seine Kinder F. P. (aus erster Ehe), S. J. und D. M. (beide aus zweiter Ehe mit E. P., geb. H.). S. J. ist die Mutter der Klägerin zu 1) (Bl. 143 der Akte) und D. M. die des Klägers zu 2) (Bl. 3, 148 der Akte). Zu seinen Ersatznacherben bestimmte der Erblasser die Abkömmlinge seiner Kinder zu gleichen Teilen, darunter die Kläger. Die Vorerbin bestimmte ihrerseits drei ihrer Nichten zu ihren Nacherben.
4 Der Erblasser war bei Errichtung des zuvor genannten Testaments alleiniger Eigentümer an dem Grundstück lfd. Nr. 1 [...] und dem Grundstück lfd. Nr. 2 [...], beide eingetragen im Grundbuch des AG [...], sowie dem Grundstück lfd. Nr. 1 [...], eingetragen im Grundbuch des AG [...] (Bl. 9 ff. der Akte).
5 Kurz nach dem Tode des Erblassers am 05.02.1978 schlugen alle drei Kinder des Erblassers das Nacherbenrecht gegenüber dem Nachlassgericht aus. Der Nachlass war überschuldet, wobei deren Höhe streitig ist. Das zuvor bezeichnete Grundeigentum wurde aufgrund eines Erbscheins vom 14.09.1979 auf die Vorerbin übertragen (Bl. 3, 44 Akte).
6 Am 26.04.2016 übertrug die Vorerbin das Grundeigentum an den streitgegenständlichen Grundstücken mit notariellem Übertragungsvertrag schenkungsweise auf den Beklagten. Bei diesem handelt es sich um einen Sohn einer der Nacherbinnen der Vorerbin.
7 Am 04.10.2016 verstarb die Vorerbin bzw. die letzte Ehefrau des Erblassers, woraufhin das gemeinschaftliche Testament vom 20.08.1976 erneut eröffnet wurde (Bl. 4 der Akte).
8 Mit anwaltlichem Schreiben vom 22.06.2017 forderten die Kläger den Beklagten erfolglos auf, die streitgegenständlichen Grundstücke auf die Erbengemeinschaft zu übertragen (Bl. 6 der Akte).
9 Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 24.09.2018 sowie notariell beglaubigter Genehmigungserklärung erwarben die Kläger den Anteil der Frau M. P. an der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser und mit weiterem notariell beurkundetem Vertrag vom 01.10.2018 erwarb die Klägerin zu 1) von den Miterbinnen A. B., M. J. und M. B. deren Anteile an vorbezeichneter Erbengemeinschaft (Bl. 5, 15 ff. der Akte).
10 Die Kläger sind der Ansicht, den Nacherben stehe aufgrund des Nacherbenfalles ein Rückübertragungsanspruch gegen den Beklagten in Bezug auf die streitgegenständlichen Grundstücke zu. Der Anspruch ergebe sich aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB, da die Vorerbin als befreite Vorerbin gemäß § 2113 Abs. 2 BGB nicht schenkungsweise über den Grundbesitz habe verfügen dürfen (Bl. 6, 107 der Akte). Wegen der Ausschlagung der (Nach-)Erbschaft durch die Kinder des Erblassers seien deren Abkömmlinge – darunter die Kläger – als Nacherben nachgerückt. Dies ergebe sich aus der testamentarischen Ersatznacherbenregelung. Eine Durchsetzung des geltend gemachten Anspruchs habe auch keine vom Erblasser ungewollte Doppelbegünstigung ihres Stammes zur Folge, da die Kinder des Erblassers – was insgesamt streitig ist – weder Pflichtteilsansprüche geltend machten, noch Pflichtteils- oder Pflichtteilersatzzahlungen erhielten (Bl. 107 der Akte).
11 Die Kläger behaupten, sie seien die Enkel und letzten verbleibenden Mitglieder der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser und damit aktivlegitimiert (Bl. 138 f. der Akte).

12 Die Kläger beantragen,
den Beklagten zu verurteilen, hinsichtlich des nachstehenden Grundeigentums:
Grundbuch des AG [...],
Grundstück lfd. Nr. 1 [...] und
Grundstück lfd. Nr. 2 [...]
sowie Grundbuch des AG [...],
Grundstück lfd. Nr. 1 [...]
die Grundbuchberichtigung dahingehend zu bewilligen, dass die beiden Kläger in Erbengemeinschaft Eigentümer sind.
Hilfsweise beantragen die Kläger,
den Beklagten zu verurteilen, hinsichtlich der vorstehenden Grundeigentume Grundbuchberichtigung dahingehend zu bewilligen, dass die Erbengemeinschaft nach F. P. (gest. 05.02.1978), bestehend aus der Klägerin zu 1), Frau A. B., Frau M. J., dem Kläger zu 2), Frau M. B., und Frau M. P., Eigentümer ist.
13 Der Beklagte beantragt,
die Klage abzuweisen.
14 Der Beklagte ist der Ansicht, dass den Klägern kein Anspruch aus der Nacherbschaft zusteht. Die Übertragung des streitgegenständlichen Grundeigentums sei durch den Schenkungsvertrag vom 26.04.2016 wirksam erfolgt (Bl. 44 der Akte). Die Ersatznacherbenfolge u.a. durch die Kläger habe nicht dem tatsächlichen oder hypothetischen Willen des Erblassers entsprochen, weil die Kinder des Erblassers die Nacherbschaft – unstreitig – ausgeschlagen hätten (Bl. 47 f. der Akte).
15 Der Beklagte behauptet, die Kinder des Erblassers hätten vergeblich Pflichtteilsansprüche in Höhe von 60.000,00 DM geltend gemacht. Wegen der Überschuldung des Nachlasses habe die Vorerbin diese aber nicht befriedigen können. Diese Verpflichtung sei aber später kompensiert worden. Die Vorerbin habe eine Verbindlichkeit des Erblassers zur Zahlung von Zins- und Tilgungsleistungen auf eine Hypothek für das Haus seiner zweiten Ehefrau – E. P., geb. H. – erfüllt, wozu sie nicht verpflichtet gewesen sei. Die Nacherben und die Vorerbin hätten eine Einigung dahingehend getroffen, dass nach der erfolgten Tilgung dieser Verbindlichkeit ihre Pflichtteilsansprüche befriedigt seien (Bl. 45 der Akte). Die Vorerbin sei sodann davon ausgegangen, Alleineigentümerin der streitgegenständlichen Grundstücke geworden zu sein und hierüber verfügen zu dürfen (Bl. 46 der Akte).
16 Ferner bestreitet der Beklagte die Aktivlegitimation der Kläger (Bl. 48 der Akte). Jedenfalls müssten die Kläger von ihm getragene Erhaltungskosten gemäß § 2124 Abs. 2 BGB für das streitgegenständliche Grundeigentum im Falle des Eintritts der Nacherbfolge ersetzen (Bl. 49 der Akte).
17 Die Kläger haben am 12.05.2017 zunächst den Erlass der streitgegenständlichen einstweiligen Verfügung erwirkt (Az. 2 O 674/17). Danach hat das Gericht angeordnet, Vormerkungen zur Sicherung des Anspruchs der im Hilfsantrag näher bezeichneten Nacherbengemeinschaft auf Auflassung in Bezug auf die streitgegenständliche Grundstücke einzutragen. Nach Widerspruch des Beklagten hielt das Gericht die einstweilige Verfügung mit Urteil vom 19.11.2018 aufrecht. Die dagegen eingelegte Berufung wies das Hanseatische Oberlandesgericht Bremen mit Beschluss vom 23.01.2019 (Az. 2 U 138/18) gemäß § 522 Abs. 2 S. 1 ZPO zurück (Bl. 116 ff. der Akte).
18 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstands wird auf die eingereichten Schriftsätze nebst Anlagen und auf das Protokoll der mündlichen Verhandlung vom 15.07.2019 (Bl. 152 f. der Akte) Bezug genommen.

II. Aus den Gründen:

19 Die zulässige Klage ist begründet.
20 Die Kläger haben gegen den Beklagten einen Anspruch auf Bewilligung der Grundbuchberichtigung zum Zwecke ihrer Eintragung als Eigentümer der im Hauptantrag bezeichneten Grundstücke in Erbengemeinschaft.
21 Zunächst ist festzustellen, dass die Kläger aktivlegitimiert sind. Aus den mit Schriftsatz vom 17.06.2019 vorgelegten Urkunden ergibt sich, dass die Kläger sowie die originären Miterben A. B., M. J. und M. B. die Enkel und damit letztlich auch (Ersatznach-)Erben des Erblassers geworden sind (Bl. 137 ff. der Akte). Nach der unstreitigen Übertragung der Anteile an dieser Erbengemeinschaft auf die Kläger vom 24.09.2018 und vom 01.10.2018 handelt es sich bei den Klägern um die letzten verbliebenen Mitglieder der Erbengemeinschaft nach dem Erblasser (Bl. 5, 15 ff. der Akte).
22 Als solche habe sie einen Anspruch gegen den Beklagten auf Bewilligung der begehrten Grundbuchberichtigung aus § 816 Abs. 1 S. 2 BGB. Danach ist derjenige, der durch die unentgeltliche Verfügung eines Nichtberechtigten (hier: die Vorerbin) über einen Gegenstand unmittelbar einen rechtlichen Vorteil erlangt (hier: der Beklagte), dem Berechtigten (hier: die Kläger) gegenüber zur Herausgabe des durch die Verfügung Erlangten verpflichtet. Diese Voraussetzungen sind hier erfüllt.
23 1. Unstreitig liegt durch den Abschluss des Übertragungsvertrages vom 26.04.2016 zwischen der Vorerbin und dem Beklagten eine unentgeltliche Verfügung des

streitgegenständlichen Grundeigentums i.S. des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB vor, durch welche der Beklagte unmittelbar einen rechtlichen Vorteil, nämlich das streitgegenständliche Grundeigentum erlangt hat.

24 2. Die Vorerbin handelte bei der Übertragung des Grundeigentums als Nichtberechtigte i.S. des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB.

25 Der Berechtigung zur unentgeltlichen Übertragung des Grundeigentums mit Übertragungsvertrag vom 26.04.2016 steht § 2113 Abs. 2 BGB entgegen, wonach die unentgeltliche Verfügung eines Vorerbens über ein zur Erbschaft gehörendes Grundstück im Falle des Eintritts der Nacherbfolge insoweit unwirksam ist, als eine solche das Recht des Nacherben vereitelt oder beeinträchtigt.

26 a) Eine derartige Beschränkung oder Vereitelung der Nacherbschaft liegt auf Seiten der Kläger vor.

27 Grundsätzlich bestimmt § 2142 Abs. 2 BGB, dass die Erbschaft im Zweifelsfall dem Vorerben oder seinen Erben verbleibt, wenn der Nacherbe diese ausschlägt und der Erblasser nichts anderes bestimmt. Entscheidend ist der ggf. im Wege der Auslegung (§ 2084 BGB) zu ermittelnde Wille des Erblassers (*B. Hamdan/M. Hamdan* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 2142 BGB, Rn. 10). Da die Kinder des Erblassers bzw. seine im Testament vom 20.08.1976 bestimmten Nacherben unstreitig die Erbschaft ausgeschlagen haben, ist auch hier im Zweifel anzunehmen, dass die Vorerbin im Anschluss daran alleinige Erbin, d.h. Vollerbin geworden ist.

28 Die tatsächliche Vermutung des § 2142 Abs. 2 BGB sieht das Gericht hier allerdings als widerlegt an. Es geht im Wege einer Gesamtschau davon aus, dass der Erblasser nach seinem mutmaßlichen Willen „ein anderes“ im Sinne der zuvor genannten Norm bestimmt hat.

29 aa) Eine abweichende Bestimmung kann u.a. dann vorliegen, wenn der Erblasser Ersatznacherben berufen hat (§ 2096 BGB). Ist jedoch unklar, ob ein Ersatznacherbe auch bei Ausschlagung des primär berufenen Nacherben bestellt ist, so muss stets ermittelt werden, ob besondere Umstände ergeben, dass die anstelle eines pflichtteilsberechtigten Nacherben (z.B. Sohn) eingesetzten Ersatznacherben (z.B. Enkel) ausnahmsweise auch dann berufen sein sollen, wenn der Nacherbe das Erbe ausschlägt (*B. Hamdan/M. Hamdan* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 2142 BGB, Rn. 10).

30 Vorliegend hat der Erblasser gemäß § 2096 BGB u.a. die Kläger als Abkömmlinge seiner Kinder in dem Testament vom 20.08.1976 als seine Ersatznacherben bestimmt. Es liegt damit eine andere Situation vor, als in der vom Beklagten zitierten Rechtsprechung des Bayrischen Oberlandesgerichts aus dem Jahr 1962 (Beschluss v. 10.08.1962, BayObLGZ 1962, 239, vgl. Bl. 47 der Akte). In dem dort zugrundeliegenden Fall hat der Erblasser keine Ersatznacherben bestimmt, so dass eine ergänzende Testamentsauslegung i.S. des § 2069 BGB erforderlich war. Wegen der ausdrücklichen Einsetzung der Ersatznacherben in dem hiesigen Rechtsstreit liegt es nach Auffassung des Gerichts näher, dass der Erblasser, anders als im Fall des § 2069 BGB, die Möglichkeit der Ausschlagung durch die zunächst berufenen Nacherben mitsamt ihren Rechtsfolgen erwogen hat. Dafür spricht, dass der Erblasser die Bestimmung der Ersatznacherben durch notarielles Testament hat beurkunden lassen (*Otte* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 2096 Rn. 11; vgl. auch *Otte* in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2013, § 2142 Rn. 9, wonach eine Ersatznacherbenberufung gemäß § 2096 grundsätzlich der Vorschrift des § 2142 Abs. 2 BGB vorgeht).

31 bb) Auch im Übrigen ist das Gericht davon überzeugt, dass es unter den gegebenen Umständen dem mutmaßlichen Willen des Erblassers entsprach, die Kläger auch für den Fall als Ersatznacherben einzusetzen, dass seine Kinder die Einsetzung als Nacherben ausschlagen. Dagegen sprechen nicht die in diesem Zusammenhang in der Rechtsprechung aufgestellten Leitlinien. Danach sollen im Zweifel auch die als Ersatznacherben in Betracht kommenden Abkömmlinge des Ausschlagenden von der Erbfolge ausgeschlossen sein, wenn ein als Nacherbe berufener Abkömmling des Erblassers die Erbschaft gemäß § 2306 BGB ausschlägt, um den Pflichtteil zu verlangen (OLG Düsseldorf v. 12.07.1956 – 3 W 166/56 u. 230/56 – NJW 1956, 1880-1881; BGH v. 29.06.1960 – V ZR 64/59 – BGHZ 33, 60-63; BayObLG München v. 02.03.2000 – 2Z BR 144/99 – NJW-RR 2000, 1391-1392; OLG Bamberg, Urteil vom 23. April 2013 – 5 U 34/12 –, juris).

32 Diese Annahme beruht auf der allgemeinen Lebenserfahrung, dass es in der Regel nicht dem Willen des Erblassers entspricht, den Stamm des Abkömmlings, der die Erbschaft ausschlägt und den Pflichtteil verlangt, doppelt zu berücksichtigen, und ebenso wenig, den überlebenden Ehegatten als (befreiten) Vorerben durch die Auszahlung des Pflichtteils im uneingeschränkten Genuss des Nachlasses zu beeinträchtigen (*B. Hamdan/M. Hamdan* in: Herberger/Martinek/Rüßmann/Weth/Würdinger, jurisPK-BGB, 8. Aufl. 2017, § 2142 BGB, Rn. 10; OLG Bamberg, a.a.O., Rn. 32, juris; OLG Düsseldorf Beschluss v. 12.7.1956 – 3 W 166 u. 230/56, BeckRS 9998, 120796, beckonline).

33 Eine solche Doppelberücksichtigung würde vorliegen, wenn die Kinder des Erblassers nach der Ausschlagung ihren Pflichtteil verlangt und erhalten hätten,

deren Abkömmlinge – u.a. die Kläger – aber gleichwohl das vom Erblasser zunächst seinen Kindern zugedachte Erbe beanspruchen würden. Durch die Einsetzung der (befreiten) Vorerbin hat der Erblasser zum Ausdruck gebracht, dass diese zunächst nach seinem Tode in den alleinigen Genuss des Nachlasses kommen soll, sogar mit der Befugnis, dessen Substanz anzugreifen. Die bedachten Nacherben sollten also zunächst in keiner Weise an dem Nachlass beteiligt sein und beim Eintritt des Nacherbfalles nur das erhalten, was noch vom Nachlass übrig geblieben ist. Gerade das Gegenteil tritt aber ein, wenn die Nacherben die Erbschaft ausschlagen, um von der Vorerbin den Pflichtteil zu verlangen. Denn dann hätten diese Nacherben bereits vorzeitig an dem Nachlass teilgenommen und die Vorerbin in dem uneingeschränkten Genuss des Nachlasses erheblich beeinträchtigt (vgl. OLG Düsseldorf Beschluss v. 12.7.1956 – 3 W 166 u. 230/56, BeckRS 9998, 120796, beckonline).

34 Hier liegt eine solche, die Vorerbin belastende Doppelberücksichtigung des Stammes der Kinder des Erblassers aber faktisch nicht vor, weil eine solche wegen der unstreitigen Überschuldung des Nachlasses ausgeschlossen ist. Dahinstehen kann, ob die Kinder des Erblassers hier überhaupt Pflichtteilsansprüche geltend gemacht haben (was seitens des Beklagten aber auch nicht schlüssig dargelegt und nachgewiesen wurde und sich insbesondere nicht aus der beigezogenen Nachlassakte ergibt), oder in welcher genauen Höhe der Nachlass überschuldet war. Da es keinen positiven Nachlass gab, waren auch die Pflichtteilsansprüche der ausschlagenden Kinder des Erblassers nicht werthaltig, d.h. selbst bei deren Geltendmachung nahmen diese nicht am Nachlass teil und die Vorerbin wurde nicht in ihrem uneingeschränkten Genuss des Nachlasses beeinträchtigt. Aufgrund dieser Umstände fehlt es an den ganz wesentlichen Voraussetzungen für tatsächliche Vermutung, dass der Erblasser die Abkömmlinge seiner Kinder aufgrund der Ausschlagung i.S. des § 2142 BGB nicht mehr bedenken wollte. Der Beklagte kann sich demzufolge nicht auf einen derart vermuteten Willen des Erblassers berufen.

35 Eine Doppelberücksichtigung ergibt sich ebenfalls nicht – was zwischen den Parteien im einstweiligen Verfügungsverfahren diskutiert wurde – aus einer vermeintlichen Befreiung von Verbindlichkeiten bei einer Ausschlagung eines überschuldeten Nachlasses. Zum Zeitpunkt des Todes des Erblassers wären seine grundsätzlich pflichteilberechtigten Kinder aufgrund ihrer Stellung als bloße Nacherben nicht mit Verbindlichkeiten aus dem überschuldeten Nachlass belastet worden, selbst wenn sie das Erbe nicht ausgeschlagen hätten. Entsprechende Verbindlichkeiten hätten sich für sie frühestens mit dem Anfall der Erbschaft nach dem Tod der Vorerbin realisiert. Um sich von ggf. noch bestehenden Verbindlichkeiten aus der Erbschaft zu befreien, hätte es ihnen dann weiterhin freigestanden, dass Erbe auszuschlagen. Im Ergebnis hat die Ausschlagung einer überschuldeten Nacherbschaft keine (ungewollte) Doppelberücksichtigung des Stammes der Kinder des Erblassers zur Folge.

36 cc) Das Gericht folgt ferner nicht dem Vorbringen des Beklagten, die Pflichtteilsansprüche der Kinder des Erblassers seien durch die Vorerbin bereits kompensiert worden. Tatsächlich waren entsprechende Pflichtteilsansprüche – wie bereits festgestellt wurde – nicht werthaltig, so dass etwaige Leistungen der Vorerbin jedenfalls nicht unmittelbar zur Erfüllung von Pflichtteilsansprüchen gedient haben können. Wenn die Vorerbin trotz Überschuldung Verbindlichkeiten des Erblassers bedient, hat dies mit den Pflichtteilsansprüchen seiner Kinder nichts zu tun. Dies gilt auch dann, wenn dies die Ersatznacherben faktisch begünstigt (Hanseatisches Oberlandesgericht, Beschluss vom 23.01.2019, 2 U 138/18, Bl. 117 Rs. der Akte).

37 Die weitere, bestrittene Behauptung, die Vorerbin habe sich mit den Kindern des Erblassers jedenfalls entsprechend geeinigt, dass sie die Verbindlichkeiten betreffend der Immobilie der geschiedenen zweiten Ehefrau zur Abgeltung von Pflichtteilsansprüchen übernehme und im Gegenzug unbeschränkte Eigentümerin des streitgegenständlichen Grundeigentums werden sollte, hat der Beklagte nicht zur Überzeugung des Gerichts dargelegt und nachgewiesen. Es werden keinerlei konkrete Angaben dazu gemacht, unter welchen Umständen und zwischen welchen Parteien genau eine solche Vereinbarung geschlossen worden sein soll. Die als Anlage B5 vorgelegte, von der Vorerbin selbst über diesen Vorgang erstellte und kaum lesbare handschriftliche Notiz ist nicht geeignet, den erforderlichen Beweis hierfür zu erbringen, da sie nur ihre Sichtweise bzw. ihr Verständnis wiedergibt (vgl. Bl. 58 der Akte). Aus der als Anlage B6 vorgelegten eidesstattlichen Versicherung von der Mutter des Beklagten ergeben sich ebenfalls keine objektiven Anhaltspunkte für die seitens des Beklagten behaupteten Vereinbarung (Bl. 59 ff. der Akte).

38 Zudem wäre von einer solchen Vereinbarung der Sohn des Erblassers aus erster Ehe, Herr F. P., nicht mitumfasst, so dass eine vollumfängliche Kompensation von (gar nicht bestehenden) Pflichtteilsansprüchen ohnehin nicht gegeben wäre (Bl. 105 Rs. der Akte).

39 3. Die weiteren Voraussetzungen des § 816 Abs. 1 S. 2 BGB liegen ebenfalls vor. Die schenkungsweise Übertragung des streitgegenständlichen Grundeigentums an den Beklagten war grundsätzlich wirksam. Eine

Beschränkung der Verfügungsbefugnis der Vorerbin lässt sich den vorgelegten Grundbuchauszügen nicht entnehmen (vgl. Bl. 23 ff. der Akte), so dass der Beklagte das Grundeigentum gutgläubig erwerben konnte (§ 892 Abs. 1 BGB).

40 Rechtsfolge ist, dass der Beklagte das Erlangte, d.h. das streitgegenständliche Grundeigentum herauszugeben hat, bzw. die Grundbuchberichtigung bewilligen muss.

41 4. Ohne Erfolg beruft sich der Beklagte im Gegenzug auf den Ersatz von Erhaltungskosten (§ 2124 Abs. 2 BGB), etwa im Wege eines Zurückbehaltungsrechts. Der Vortrag, er persönlich habe seit der Übertragung zur Erhaltung des streitigen Grundeigentums finanzielle Mittel aufgewandt, ist unsubstantiiert. Konkrete Forderungsbeträge nennt der Beklagte nicht.

42 Da der Hauptantrag der begründet ist, bedarf es keiner Entscheidung über den Hilfsantrag. Aus den Ausführungen unter Ziff. I. dieses Urteils ist für das Grundbuchamt hinreichend nachvollziehbar, dass nunmehr nur noch die Kläger als Eigentümer des streitgegenständlichen Grundeigentums einzutragen sind.

Abgrenzung zwischen Erbeinsetzung und einem Auswahl- bzw. Hausratsvermächtnis zugunsten des Ehegatten

BGB § 1932, § 2154, § 2156, § 2258

Amtlicher Leitsatz:
Zur Auslegung einer testamentarischen Verfügung, wonach die bedachte Ehefrau „aus dem Besitz" des Erblassers „nehmen oder behalten kann, was immer sie auch will".

OLG Bamberg (3. Zivilsenat),
Beschluss vom 06.05.2019 – 3 W 16/19

I. Sachverhalt:

1 Die Beteiligten zu 1 bis 3 sind die drei Enkeltöchter, die Beteiligte zu 4 und Antragsgegnerin ist die vierte Ehefrau des Erblassers, die er am xx.xx.2014 geheiratet hatte.

2 Mit notariellem Testament vom 28.05.2013 (Bl. 36 f. d.A.) hatte der Erblasser die Beteiligten zu 1 bis 3 als Miterbinnen zu gleichen Teilen eingesetzt.

3 Mit handschriftlicher Erklärung vom 30.04.2017 (Bl. 38 d.A.) hatte der Erblasser verfügt, „daß nach meinem Tode meine Ehefrau H. (= die Antragsgegnerin) aus meinem Besitz nehmen oder behalten kann, was immer sie auch will."

4 Das Amtsgericht hat mit Beschluss vom 23.01.2019 für festgestellt erachtet, dass die Beteiligten zu 1 – 3 jeweils Miterbinnen zu einem Drittel sind (Bl. 107 ff. d.A.). Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 4, der das Nachlaßgericht nicht abgeholfen hat.

II. Aus den Gründen:

5 Die zulässige Beschwerde bleibt in der Sache ohne Erfolg.

6 Zu Recht und auch mit zutreffender Begründung hat das Amtsgericht die Anordnung des Erblassers vom 30.04.2017 nicht als Widerruf im Sinne des § 2258 BGB, sondern als testamentarisches Vermächtnis zugunsten der Antragsgegnerin eingeordnet. Dagegen wendet sich die Beschwerde vergebens.

7 1. Das Testament vom 30.04.2017 enthält keine Erbeinsetzung der Beteiligten zu 4. Dagegen spricht bereits der Wortlaut der Verfügung. Danach soll die Beteiligte zu 4 „aus" dem Besitz nehmen oder behalten" können, was immer sie auch wolle. Selbst wenn man der Beschwerde folgend „Besitz" mit „Eigentum" gleichsetzen würde, erschließt sich daraus kein fassbarer Anhaltspunkt dafür, dass die Übertragung des gesamten Vermögens oder wenigstens eines substantiellen Teils des Vermögens gewollt gewesen sein könnte. Vielmehr sollte der Beteiligten zu 4 offenkundig nur die Berechtigung eingeräumt werden, einzelne Gegenstände oder auch eine funktionale Sachgesamtheit von Gegenständen ihrer (freien) Wahl aus einer bestimmten bzw. im Wege der weiteren Auslegung noch näher zu konkretisierenden Besitz- bzw. Nutzungssphäre zu „(ent-)nehmen oder (zu) behalten", sprich für sich auszusondern.

8 Auch der sonstige Inhalt der Verfügung gibt nichts für eine Erbeineinsetzung her. Eine solche ist dadurch gekennzeichnet, dass der Erbe in die Stellung des Erblassers in jeder Hinsicht einrücken soll. Wichtiges Indiz hierfür ist, wer nach dem Erblasserwillen den Nachlass zu regeln und hierüber zu verfügen sowie die Nachlassschulden – insbesondere auch die Beerdigungskosten – zu tilgen hat (BayObLG FamRZ 86, 835). Nach der Lebenserfahrung will der Erblasser nämlich regelmäßig, dass auch die Erfüllung von Nachlassverbindlichkeiten vom Erben übernommen wird (vgl. BayObLG NJW-RR 03, 656, OLG Schleswig FamRZ 2016, 406). Im vorliegenden Fall soll die Beteiligte zu 4 jedoch „nur" aus „dem

Besitz“ dasjenige nehmen oder behalten können, „was immer sie auch wolle“. Eine solche – gegenstandsbezogen zudem sehr vage umschriebene – Einräumung einer kombinierten Auswahl- und Aussonderungsbefugnis ist alles andere als die umfassende (insbesondere auch dingliche) Übertragung einer Rechtsposition, wie sie für die Regulierung aller Nachlassverbindlichkeiten unbedingt erforderlich wäre.

9 2. Zu berücksichtigen ist weiter, dass der Erblasser bereits vor dem Testament vom 28.05.2013 zwei notarielle Testamente, nämlich vom 04.03.1997 (Bl. 28 ff. d.A.) und vom 11.06.2003 (Bl. 26 ff d.A.) errichtet hatte, in denen jeweils explizit frühere Verfügungen von Todes wegen widerrufen wurden. Im Testament vom 30.04.2017 findet sich ein solcher Widerruf nicht. Der Senat verkennt nicht, dass es sich hierbei, anders als bei den genannten Verfügungen, um ein privatschriftliches Testament handelt. Die Möglichkeit, einen Widerruf klarstellend in ein Testament aufzunehmen, war dem Erblasser aber offenkundig bewusst. Er hat davon definitiv nicht Gebrauch gemacht.

10 3. Zutreffend weist das Amtsgericht darauf hin, dass der Erblasser den Aspekt der Altersversorgung der Beteiligten zu 4 jedenfalls in seiner späteren Verfügung vom 30.04.2017 nochmals ausdrücklich berücksichtigt hatte, weswegen eine Anhörung der zu diesem Aspekt angeboten Zeugen nicht geboten ist. Ob der Beteiligten zu 4 darüber hinaus eine Rente als Witwe des Erblassers zusteht oder nicht, kann demgegenüber dahingestellt bleiben.

11 4. Ebenso kann auf sich beruhen, ob das Amtsgericht gegen die Hinweispflicht verstoßen hat. Denn die Beschwerdebegründung enthält dazu kein neues Vorbringen, das zu einer anderen Beurteilung führen könnte.

12 Lediglich ergänzend – und ohne dass es hierauf in der Erbscheinsfrage selbst noch ankommt – weist der Senat auf folgendes hin:

13 Das Testament vom 30.04.2017 deutet sowohl nach dem Wortlaut als auch nach seiner Regelungsintention, soweit erkennbar, auf ein sog. Hausratsvermächtnis – in Anlehnung an das Institut des sog. Voraus des Ehegatten (§ 1932 BGB) – hin.

14 Danach hätte die Auswahl der Gegenstände durch die Antragsgegnerin als Vermächtnisnehmerin erfolgen (vgl. § 2154 BGB) – und zwar nach billigem Ermessen (§ 2156 Abs. 2 BGB in entsprechender Anwendung). Das Vermächtnis dürfte sich vorrangig bzw. ausschließlich auf diejenigen Gegenstände erstrecken, die zu Lebzeiten des Erblassers entweder der gemeinsamen Haushaltsführung der Ehegatten gedient hatten (vgl. Palandt, 78. Auflage, Rn. 5 zu § 1932 BGB) oder aber im wesentlichen der alleinigen persönlichen Besitz- bzw. Nutzungssphäre der Beteiligten zu 4 zugeordnet gewesen waren.

FAMILIENRECHT

Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages

BGB § 313, § 516 Abs. 1, § 528, § 529 Abs. 2, § 530, § 812 Abs. 1, § 1579 Nr. 1

Amtliche Leitsätze:

1. Die vom (mit-)beschenkten Partner des eigenen Kindes geteilte oder jedenfalls erkannte Vorstellung des Schenkers, eine zugewendete Immobilie werde vom eigenen Kind und dessen Partner dauerhaft als gemeinschaftliche Wohnung oder Familienwohnung genutzt, kann die Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrages bilden (Bestätigung von BGH, Urteile vom 19. Januar 1999 – X ZR 60/97, NJW 1999, 1623, und vom 3. Februar 2010 – XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190). (Rn. 16)

2. Die Schenkung begründet jedoch kein Dauerschuldverhältnis. Für einen Wegfall der Geschäftsgrundlage reicht es deshalb nicht aus, dass die Lebensgemeinschaft nicht bis zum Tod eines der Partner Bestand hat. Hat jedoch die gemeinsame Nutzung der Immobilie entgegen der mit der Schenkung verbundenen Erwartung nur kurze Zeit angedauert, kommt regelmäßig ein Wegfall der Geschäftsgrundlage in Betracht. (Rn. 17)

3. In diesem Fall ist der Schenker in der Regel berechtigt, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten und das gesamte Geschenk oder dessen Wert zurückzufordern. (Rn. 35 – 37)

BGH (BGH), Urteil vom 18.06.2019 – X ZR 107/16

I. Sachverhalt:

1 Die Klägerin verlangt aus eigenem und dem abgetretenen Recht ihres Ehemanns vom Beklagten die Rückzahlung von Finanzierungsbeiträgen für eine Wohnimmobilie, die der Beklagte gemeinsam mit der Tochter der Klägerin erwarb.

2 Die Klägerin und ihr Ehemann sind die Eltern der ehemaligen Lebensgefährtin des Beklagten; die Beziehung und nichteheliche Lebensgemeinschaft bestand seit 2002. Im Jahr 2011 kauften die Tochter und der Beklagte ein Hausgrundstück zum gemeinsamen Wohnen. Die Klägerin und ihr Ehemann (im Folgenden nur: die Klägerin) wandten ihnen zur Finanzierung Beträge von insgesamt 104.109,10 €zu. Am 28. Februar 2013 trennten sich die Tochter der Klägerin und der Beklagte. Am 13. Januar 2014 begehrte die Klägerin die zugewandten Beträge zurück.

3 Mit der Klage hat sie vom Beklagten, gestützt auf eine behauptete Darlehensabrede, die Hälfte der Beträge zurückverlangt. Der Beklagte, dessen Vortrag sich die Klägerin hilfsweise zu eigen macht, hat behauptet, die Zuwendungen seien mit Ausnahme eines Betrags von 2.000 € unentgeltlich erfolgt. Auf einen Darlehensbetrag von 2.000 € leistete der Beklagte von seinem gemeinsamen Konto mit der Tochter der Klägerin insgesamt 1.400 €; den darüberhinausgehenden Betrag von 600 € hat er anerkannt.

4 Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung des Beklagten ist in Höhe eines Betrages von 47.040,77 € nebst Zinsen erfolglos geblieben; im Übrigen hat die Klägerin die Klage im zweiten Rechtszug zurückgenommen. Mit der vom Senat zugelassenen Revision begehrt der Beklagte weiterhin die Abweisung der Klage, soweit er den Klageanspruch nicht anerkannt hat.

II. Aus den Gründen:

5 Die zulässige Revision bleibt im Wesentlichen ohne Erfolg.

6 Das Berufungsgericht hat seine Entscheidung wie folgt begründet:

7 Der Klägerin stehe der Betrag in Höhe von 47.040,77 € aufgrund des Teilanerkenntnisses in Höhe von 600 € und im Übrigen aufgrund eines Wegfalls der Geschäftsgrundlage des Schenkungsvertrags zu, welcher sich aus dem Vortrag des Beklagten ergebe; ob zwischen den Parteien ein Darlehensvertrag geschlossen worden sei, bedürfe damit keiner Klärung. Die Klägerin könne sich auf einen Wegfall der Geschäftsgrundlage berufen, weil sich mit der Trennung der Partner die der Schenkung zugrundeliegenden Umstände schwerwiegend verändert hätten. Zu diesen Umständen zähle die für den Beklagten erkennbare Vorstellung der Klägerin, die Beziehung zwischen ihrer Tochter und dem Beklagten als deren Lebensgefährten werde von Dauer sein. Bei Abwägung der Interessen der Parteien und ungeachtet des Umstands, dass der Beklagte mit der Tochter der Klägerin nicht verheiratet und eine Eheschließung auch nicht beabsichtigt gewesen sei, brauche die Klägerin sich nicht an einem unveränderten Vertrag festhalten lassen. Die Beziehungsdauer nach der Schenkung sei mit lediglich 1¾ Jahren sehr kurz gewesen.

8 Indessen habe die Tochter der Klägerin das gemeinsame Haus tatsächlich für mindestens vier Jahre bewohnt; insoweit habe sich die mit der Schenkung verbundene

Erwartung, (auch) das eigene Kind werde von dieser profitieren, teilweise verwirklicht. Die Zeit von vier Jahren sei ins Verhältnis zu setzen zu der zu erwartenden Gesamtdauer der Lebensgemeinschaft im Zeitpunkt der Zuwendung. Letztere sei aufgrund der Erwartung der Beteiligten, die Lebensgemeinschaft werde lebenslang Bestand haben, nach der Lebenserwartung des Beklagten zum Zeitpunkt der Schenkung zu berechnen, die mit 47,58 Jahren kürzer gewesen sei als diejenige der Tochter der Klägerin. Demnach sei mit dem gemeinsamen Bewohnen des Hauses über vier Jahre eine Zweckerreichung in Höhe von 8,4% der Zuwendung eingetreten. Da der Beklagte nur hälftiges Miteigentum an der Immobilie erworben habe, sei von den Zuwendungen nur die Hälfte des nach Teilrückzahlung noch offenstehenden Betrags (51.354,55 €) anzusetzen, aus dem sich nach Abzug von 8,4% der zuerkannte Betrag errechne. Die Verjährungseinrede des Beklagten greife nicht durch.

9 Diese Ausführungen halten der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur im Ergebnis stand.

10 1. Rechtsfehlerfrei hat das Berufungsgericht die Zuwendung als Schenkung der Klägerin an ihre Tochter und den Beklagten angesehen.

11 2. Das Berufungsgericht hat ferner im Ausgangspunkt zutreffend und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs (vgl. BGH, Urteile vom 3. Dezember 1971 – V ZR 134/69, NJW 1972, 247 [zu II.]; vom 19. Januar 1999 – X ZR 60/97, NJW 1999, 1623 [zu 4 b]; vom 21. Dezember 2005 – X ZR 108/03, NJW-RR 2006, 699 [zu 2 a]; vom 3. Februar 2010 – XII ZR 189/06, BGHZ 184, 190 Rn. 25) angenommen, dass die Geschäftsgrundlage einer solchen Schenkung nachträglich entfallen und sich hieraus ein Anspruch auf Vertragsanpassung oder ein Recht des Schenkers ergeben kann, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten und den geschenkten Gegenstand zurückzuverlangen (§ 313 Abs. 1 und 3 BGB).

12 a) Wie jedem Vertrag können auch dem Schenkungsvertrag Umstände oder Vorstellungen eines oder beider Vertragspartner vom Bestand oder künftigen Eintritt solcher Umstände zugrunde liegen, die nicht zum Vertragsinhalt erhoben werden, auf denen der Geschäftswille jedoch gleichwohl aufbaut und deren schwerwiegende Veränderung daher eine Anpassung des Vertrages oder gar das Recht eines oder beider Vertragspartner erfordern kann, sich vom Vertrag zu lösen.

13 b) Bei der Prüfung, was im Einzelfall Geschäftsgrundlage eines Schenkungsvertrags ist, ist zu berücksichtigen, dass der Schenkungsvertrag keinen Austauschvertrag darstellt, bei dem Leistung und Gegenleistung in einem synallagmatischen Verhältnis stehen. Der Schenkungsvertrag ist vielmehr durch das Versprechen einer einseitigen unentgeltlichen Zuwendung gekennzeichnet, mit der der Schenker einen Vermögensgegenstand weggibt und dem Beschenkten, soweit die Schenkung nicht unter einem Vorbehalt oder einer Bedingung oder mit einer Auflage erfolgt, diesen Gegenstand zur freien Verfügung überlässt. Der Beschenkte schuldet keine Gegenleistung; er „schuldet" dem Schenker nur Dank für die Zuwendung, und der Schenker kann das Geschenk zurückfordern, wenn der Beschenkte diese Dankbarkeit in besonderem Maße vermissen lässt und sich durch eine schwere Verfehlung gegenüber dem Schenker oder einem nahen Angehörigen als grob undankbar erweist (§ 530 Abs. 1 BGB).

14 Den Schenkungsvertrag kennzeichnet damit in zweifacher Hinsicht eine Asymmetrie. Zum einen steht der Leistung des Schenkers keine Gegenleistung des Beschenkten gegenüber, zum anderen ist die Leistung des Schenkers mit der Übertragung des Schenkungsgegenstands erbracht, während die Dankesschuld des Beschenkten andauert. Zehn Jahre dauert auch dessen Verpflichtung an, das Geschenk nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückzugeben, wenn und soweit der Schenker des Geschenks bedarf, um seinen angemessenen Unterhalt zu bestreiten oder eine gesetzliche Unterhaltspflicht zu erfüllen (§ 528 Abs. 1, § 529 Abs. 1 BGB).

15 Diese Asymmetrie ist typischerweise auch kennzeichnend für die für die Geschäftsgrundlage relevanten Vorstellungen der Vertragsparteien. Je mehr der zugewendete Gegenstand nach seiner Art und seinem Wert geeignet ist, die künftige Lebensgestaltung des Beschenkten zu beeinflussen, desto eher wird der Schenker typischerweise Vorstellungen über diese Lebensgestaltung hegen. Die Zuwendung von Grundeigentum oder von Geldbeträgen, die dem Grunderwerb dienen sollen, ist dafür ein besonders häufiges Beispiel. Der private Grunderwerb ist regelmäßig auf Dauer, zumindest auf eine gewisse Dauer ausgelegt, und es wird regelmäßig angenommen werden können, dass auch der Schenker, der dem Beschenkten ein Grundstück oder einen hierfür zu verwendenden Geldbetrag verspricht, damit die Vorstellung verbindet, dass das Grundstück dem Beschenkten zumindest für einen längeren Zeitraum zur Verfügung stehen wird.

16 Bei der Annahme, dass Vorstellungen dieser Art die Geschäftsgrundlage der Schenkung bilden, ist jedoch Zurückhaltung geboten. Nicht jede bei Vertragsschluss zutage tretende Vorstellung gehört zur Geschäftsgrundlage des Vertrages. Die Vorstellung muss vielmehr nach § 313 Abs. 1 zur Grundlage des Vertrages geworden sein; der Geschäftswille muss, wie es bereits die Rechtsprechung vor der Kodifizierung des Instituts des Weg-

falls der Geschäftsgrundlage formuliert hat, auf dieser Vorstellung aufbauen (BGH, Urteile vom 23. Oktober 1957 – V ZR 219/55, BGHZ 25, 390, 392; vom 14. Oktober 1992 – VIII ZR 91/91, BGHZ 120, 10, 23 [zu II 5 b]; vom 1. Februar 2012 – VIII ZR 307/10, NJW 2012, 1718 Rn. 26; vom 6. Mai 2014 – X ZR 135/11, NJW 2014, 2638 Rn. 12). Vorstellungen zur möglichen Realisierung von Risiken, die in die Sphäre einer Partei fallen, betreffen den Inhalt des Vertrages, nicht seine Grundlage; erweisen sie sich als unzutreffend, geht dies grundsätzlich zu Lasten der Partei, die vertraglich das Risiko übernommen hat.

17 Anders als bei einer ehe- oder gemeinschaftsbezogenen Zuwendung unter Ehegatten oder Partnern einer Lebensgemeinschaft, mit der der Zuwendende etwas zur (ehelichen) Lebensgemeinschaft beiträgt und die Erwartung hegt, an dem Vermögenswert selbst weiterhin partizipieren zu können, ist eine Schenkung darauf gerichtet, den Schenker endgültig zu entreichern und den Beschenkten um den Schenkungsgegenstand zu bereichern, der ihm frei zur Verfügung stehen soll (vgl. BGH, Urteil vom 6. Mai 2014 – X ZR 135/11, NJW 2014, 2638 Rn. 9; Urteil vom 27. Juni 2012 – XII ZR 47/09, NJW 2012, 2718 Rn. 18). Ist nichts anderes vereinbart, soll der Beschenkte – über die gesetzlichen nachwirkenden Verpflichtungen hinaus – gerade keinen rechtlichen Bindungen unterliegen. Insbesondere soll die Schenkung kein Dauerschuldverhältnis begründen, das den Beschenkten dauerhaft an die Vorstellungen bände, die die Bereitschaft des Schenkers zur Abgabe des Schenkungsversprechens bestimmt oder jedenfalls beeinflusst haben. Der Beschenkte muss daher grundsätzlich – auch bei veränderten Umständen – nicht mit einer Pflicht zur Rückgabe des Geschenks rechnen, es sei denn, die Schenkung ist mit Auflagen (§ 525 BGB) oder Zweckabreden (§ 812 Abs. 1 Satz 2 Alt. 2 BGB) verbunden oder die vom Gesetz dem Behaltendürfen des Geschenks gezogenen Grenzen bei Verarmung des Schenkers (§ 528 BGB) oder groben Undanks des Beschenkten (§ 530 BGB) sind überschritten. Innerhalb dieser Grenzen und insbesondere, wenn der Schenker seine Vorstellungen nicht über eine Auflage oder Zweckabrede zum Vertragsinhalt erhebt, ist für die Schenkung der Wille des Schenkers geradezu konstitutiv, es der Handlungsfreiheit des Beschenkten zu überlassen, wie er mit dem geschenkten Vermögenswert umgeht und ob und in welchem Umfang er den – ausgesprochen oder unausgesprochen – mit der Schenkung verbundenen Erwartungen des Schenkers Rechnung trägt.

18 Bis zur Grenze des groben Undanks hat danach der Schenker grundsätzlich das „Risiko" zu tragen, dass die künftige Lebensgestaltung des Beschenkten und sein Umgang mit dem Geschenk nicht den Vorstellungen entsprechen, die er mit dem Schenkungsversprechen verbunden hat. Dies ist gerade die Konsequenz der freigiebigen Zuwendung, der nicht als Gegenleistung die Verpflichtung des Beschenkten gegenübersteht, es dem Beschenkten im Hinblick auf das Geschenk in jeder Hinsicht und auf Dauer „recht zu machen". Die Heranziehung des § 313 BGB darf nicht dazu führen, dem Schenkungsvertrag im Wege der Vertragsanpassung rechtliche Verpflichtungen zu unterlegen, die in Widerspruch zu der vereinbarten und für ihn charakteristischen unentgeltlichen Zuwendung stehen und die unbedingte und unwiderrufliche unentgeltliche Zuwendung in eine bedingte oder widerrufliche Übertragung eines Vermögensgegenstands umwandeln.

19 c) Danach wird der Zuwendung von Grundeigentum, das vom Beschenkten bewohnt werden soll, oder zu einem entsprechenden Grunderwerb bestimmter Geldbeträge regelmäßig die Vorstellung des Schenkers zugrunde liegen, die Wohnnutzung des Grundstücks werde jedenfalls von einiger Dauer sein. Insbesondere wird eine solche Zuwendung an ein Kind des Schenkers und dessen Partner, die anlässlich der Eheschließung oder sonstigen dauerhaften Verbindung oder in deren Erwartung erfolgt, regelmäßig mit der Vorstellung verbunden sein, das Hausgrundstück werde jedenfalls für einige Dauer von den beschenkten Partnern und gegebenenfalls deren Kindern als gemeinsame Familienwohnung genutzt werden. Denn typischerweise ist die beabsichtigte Langfristigkeit der Nutzung ein wesentlicher Beweggrund für die Zuwendung privaten Grundeigentums, und regelmäßig ist ohne weiteres die Annahme gerechtfertigt, der Schenker hätte den Geschäftswillen zur Zuwendung nicht entwickelt, wenn er gewusst hätte, dass die (gemeinsame) Nutzung der Immobilie durch die Beschenkten nur kurzfristig sein werde.

20 Dies darf jedoch nicht mit der Annahme gleichgesetzt werden, die gemeinsame Nutzung werde erst mit dem Tod eines Ehegatten oder Partners der Lebensgemeinschaft enden. Dies mag zwar der Wunsch oder die Hoffnung des Schenkers sein, so wie es regelmäßig der Wunsch oder jedenfalls die Hoffnung der Beschenkten sein wird, soweit sie sich hierüber Gedanken machen. Der Schenker muss aber regelmäßig damit rechnen, dass die Ehe seines Kindes mit dem mitbeschenkten Ehegatten nicht auf Lebenszeit Bestand hat oder dass sie zwar – etwa aus religiösen Gründen – rechtlichen Bestand hat, die Eheleute sich aber gleichwohl auseinanderleben und die gemeinsame Nutzung der Immobilie daher zu irgendeinem Zeitpunkt ihr Ende findet, und erst recht gilt dies für eine nichteheliche Lebensgemeinschaft. Ob und gegebenenfalls wann sich ein solches Risiko verwirklicht, ist für den Schenker wie für

jeden anderen selbst dann nicht vorhersehbar, wenn er besondere Umstände erkennt oder zu erkennen meint, die für oder gegen einen lebenslangen Bestand der Lebensgemeinschaft sprechen. So wird sich regelmäßig schon nicht annehmen lassen, der Schenker hätte den Schenkungswillen nicht oder nicht in gleicher Höhe der Zuwendung entwickelt, wenn er gewusst hätte, dass die Ehe nach 15 Jahren – der durchschnittlichen Ehedauer zum Zeitpunkt der Scheidung in Deutschland im Jahr 2017 (vgl. Statistisches Bundesamt, www.destatis.de/DE/Themen/Gesellschaft-Umwelt/Bevoelkerung/Eheschliessungen-Ehescheidungen-Lebenspartnerschaften/Tabellen/masszahlen-ehescheidungen.html) – würde geschieden werden. Die Annahme, dass der Geschäftswille des Schenkers auf der Vorstellung von einer bestimmten oder gar lebenslangen Dauer der Beziehung aufbaut, entspricht daher nicht der Lebenserfahrung. Umso weniger rechtfertigt sich die Annahme einer solchen Geschäftsgrundlage angesichts des Umstands, dass konkrete Erwartungen des Schenkers hinsichtlich der Dauer des Zusammenlebens der Beschenkten notwendigerweise spekulativ sein müssen.

21 Es kann daher allenfalls aufgrund besonderer, im Einzelfall vom Tatrichter festzustellender Umstände angenommen werden, der Geschäftswille des Schenkers baue auf der Vorstellung einer lebenslang andauernden Beziehung auf. Als Grundlage der gemeinsamen schenkungsweisen Zuwendung von Grundeigentum oder hierfür bestimmter anderer Vermögenswerte an das eigene Kind und dessen Partner kommt vielmehr regelmäßig nur die Vorstellung in Betracht, die Lebensgemeinschaft und damit die gemeinsame Nutzung der Immobilie durch die Beschenkten werde von mehr als kurzer Dauer sein; Anhaltspunkte zur Bemessung dieses Zeitraums könnten sich insoweit aus der – freilich einen anderen rechtlichen Zusammenhang betreffenden – Rechtsprechung zur Bemessung der kurzen Dauer einer Ehe im Sinne von § 1579 Nr. 1 BGB ergeben.

22 3. Hiernach hat das Berufungsgericht rechtsfehlerfrei angenommen, dass die Geschäftsgrundlage der Schenkung der Klägerin an den Beklagten weggefallen ist.

23 a) Die Feststellung des Berufungsgerichts, die Zuwendung sei in der Erwartung erfolgt, die Beziehung zwischen der Tochter der Klägerin und dem Beklagten werde andauern und das zu erwerbende Grundeigentum werde die „räumliche Grundlage" des weiteren, nicht nur kurzfristigen Zusammenlebens der Partner bilden, beruht auf einer rechtlich möglichen und nicht mit einer Verfahrensrüge angegriffenen Würdigung des Sachvortrags der Parteien. Da die Tochter der Klägerin und der Beklagte zum Zeitpunkt der Zuwendung bereits mehrere Jahre zusammenlebten und sich anschickten, dieses Zusammenleben durch den gemeinsamen Erwerb einer Immobilie zu verfestigen, liegt es nahe, dass der Schenkungswille der Klägerin auf der Vorstellung aufbaute, ihre Tochter und der Beklagte setzten ihre Lebensgemeinschaft jedenfalls auf längere Zeit fort. Es entspricht zudem der Lebenserfahrung, dass eine Zuwendung in der in Rede stehenden Höhe an eine Person, welcher der Schenker nicht aus anderen Gründen besonders verbunden ist, regelmäßig nur in der Annahme erfolgt, damit zum dauerhaften Zusammenleben des Beschenkten mit dem eigenen Kind oder einer anderen Person, für die der Schenker in ähnlicher Weise Sorge tragen möchte, beizutragen.

24 Nach den nicht angegriffenen Feststellungen des Berufungsgerichts war dem Beklagten auch bewusst, dass die Zuwendung mit dieser Vorstellung erfolgte. Auf Grundlage der getroffenen Feststellungen konnte der Beklagte auch nur in der Annahme, seine Lebensgemeinschaft mit der Tochter der Klägerin sei – weiterhin und mit dem gemeinsamen Immobilienerwerb erst recht – auf Dauer angelegt, die Motivation der Klägerin für die an ihn erfolgte Schenkung sehen. Daran ändert auch der Verweis der Revision auf das Vorbringen des Beklagten nichts, die Klägerin und ihr Ehemann hätten ihn zur Geldannahme gedrängt, weil es ihnen darum gegangen sei, Geld zu „parken", um nicht für die Kosten der Pflege der Schwiegermutter der Klägerin herangezogen zu werden. Denn der Beklagte hat auch vorgetragen, die Zuwendung sei mit dem Hinweis erfolgt: „Ihr bekommt es doch sowieso". Beide Gesichtspunkte stehen damit der Annahme nicht entgegen, die Zuwendung sei im Hinblick auf ein erkennbar erwartetes weiteres Zusammenleben der Partner der nichtehelichen Lebensgemeinschaft erfolgt.

25 b) Die Geschäftsgrundlage der Schenkung ist weggefallen, da sich die Tochter der Klägerin und der Beklagte weniger als zwei Jahre nach der Schenkung getrennt haben und sich die der Zuwendung zugrunde liegende Annahme, die Partner würden die Lebensgemeinschaft nicht lediglich für kurze Zeit fortsetzen, damit als unzutreffend erwiesen hat.

26 4. Im Hinblick auf den Wegfall der Geschäftsgrundlage ist der Klägerin das Recht zuzubilligen, vom Schenkungsvertrag zurückzutreten.

27 a) Ein Festhalten am unveränderten Vertrag ist der Klägerin nicht zuzumuten.

28 aa) Bei einer Störung oder dem Wegfall der Geschäftsgrundlage kann nach § 313 Abs. 1 BGB Anpassung des Vertrags verlangt werden, soweit einem Teil unter Berücksichtigung aller Umstände des Einzelfalls, insbesondere der vertraglichen oder gesetzlichen Risikoverteilung, das Festhalten am unveränderten Vertrag

nicht zugemutet werden kann. Die Prüfung der Zumutbarkeit muss deshalb insbesondere das vertragstypische Pflichtenprogramm sowie die sich hieraus ergebende Risikoverteilung in den Blick nehmen.

29 Die freigiebige Zuwendung entzieht sich als solche grundsätzlich einer Prüfung am Maßstab einer umfassenden Interessenabwägung. Die Zuwendung ist beiden Vertragsparteien „zumutbar", weil sich der Schenker dem Grunde und der Höhe nach für ein bestimmtes Schenkungsversprechen entschieden hat. Hat der Schenker den Schenkungsvertrag erfüllt und das Geschenk zugewendet, stellt sich auch umgekehrt grundsätzlich nicht die Frage, ob es ihm zuzumuten ist, dem Beschenkten das Geschenk auch zu belassen, oder ob es dem Beschenkten zuzumuten ist, das Geschenk insgesamt oder teilweise zurückzugeben. Daher kann bei einem Wegfall der Geschäftsgrundlage auch der Maßstab der Zumutbarkeit grundsätzlich nur die freie Entscheidung des Schenkers für die Zuwendung sein. Maßgeblich ist, ob und inwieweit die Kenntnis der veränderten Umstände diese Entscheidung beeinflusst hätte.

30 Ist die Schenkung mit der für den Beschenkten erkennbaren Vorstellung erfolgt, damit zur Grundlage eines (weiteren) dauerhaften Zusammenlebens der (Ehe-) Partner beizutragen, und rechtfertigt sich die Annahme, dass das Schenkungsversprechen nicht gemacht worden wäre, wäre für den Schenker das alsbaldige Ende dieses Zusammenlebens erkennbar gewesen, kann dem Schenker daher regelmäßig nicht zugemutet werden, sich unverändert an der Zuwendung festhalten lassen zu müssen.

31 bb) Die weiteren festgestellten Umstände rechtfertigen es nicht, die Zumutbarkeit im Streitfall anders zu beurteilen.

32 Insbesondere ergibt sich aus den festgestellten oder vorgetragenen Einkommens- und Vermögensverhältnissen der Parteien kein Anhalt dafür, dass es der Klägerin zumutbar wäre, (unverändert) am Vertrag festzuhalten, oder umgekehrt dem Beklagten unzumutbar wäre, das Geschenk zurückzugeben. Es bedarf daher keiner Erörterung, ob und gegebenenfalls unter welchen weiteren Voraussetzungen und in welcher Weise der Rechtsgedanke des § 529 Abs. 2 BGB Berücksichtigung finden könnte oder müsste.

33 Das Festhalten am (unveränderten) Vertrag ist der Klägerin auch nicht deshalb zuzumuten, weil ihre Tochter insgesamt mindestens vier Jahre in dem mit den schenkweise zugewandten Beträgen finanzierten Haus gewohnt hat. Denn der Anspruch der Klägerin aus § 313 Abs. 1 BGB ist mit dem Scheitern der nichtehelichen Lebensgemeinschaft und der Trennung der Partner entstanden. Die weitere Nutzung der Immobilie durch die Tochter der Klägerin ist hierfür ohne Bedeutung.

34 b) Die Klägerin ist zum Rücktritt vom Schenkungsvertrag berechtigt. Eine Anpassung des Vertrags im Sinne einer nur teilweisen Rückgabe des Geschenks oder der Erstattung seines Werts ist ihr entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts nicht zuzumuten.

35 aa) Ist die Geschäftsgrundlage eines Vertrages weggefallen, weil sich grundlegende Umstände schwerwiegend verändert haben und die Parteien den Vertrag nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen hätten, hätten sie diese Veränderung vorausgesehen, kann nach § 313 Abs. 1 BGB grundsätzlich nur eine Anpassung des Vertrags verlangt werden. Nur wenn eine Anpassung nicht möglich oder einer Partei nicht zumutbar ist, kann die durch den Wegfall benachteiligte Vertragspartei nach § 313 Abs. 3 BGB vom Vertrag zurücktreten oder ein Dauerschuldverhältnis kündigen.

36 Dieser Vorrang der Anpassung gilt grundsätzlich auch dann, wenn die Parteien in Voraussicht der veränderten Umstände den Vertrag nicht mit anderem Inhalt, sondern gar nicht geschlossen hätten. Auch wenn damit sowohl die Frage, ob der Vertrag gar nicht oder mit anderem Inhalt geschlossen worden wäre, als auch die Frage, welchen anderen Inhalt die Parteien im letzteren Fall dem Vertrag gegeben hätten, die Tatbestandsvoraussetzungen des § 313 Abs. 1 BGB betreffen und für die Rechtsfolge nicht notwendig entscheidend sind, kann doch bei Bestimmung der Rechtsfolge regelmäßig nicht außer Betracht bleiben, wie die Vertragspartner verfahren wären, wenn sie die später veränderten Umstände antizipiert hätten. Denn da § 313 BGB der Diskrepanz Rechnung tragen soll, die zwischen der tatsächlichen Entwicklung und den Geschäftswillen bestimmenden Vorstellungen hierüber entstanden ist, kann deren Beseitigung unter Beibehaltung der vertraglichen Wertungen und der gesetzlichen Wertungen des betroffenen Vertragstyps am besten erfolgen, wenn feststellbaren Anhaltspunkten dafür, wie die Vertragspartner in Kenntnis der geänderten Umstände gehandelt hätten, so weit wie möglich Rechnung getragen wird. Daher ist eine Vertragsanpassung im Allgemeinen dann als unzumutbar anzusehen, wenn sie nur zu einem Vertragsinhalt führen kann, der einer Überprüfung am Maßstab eines hypothetischen Parteiwillens nicht standhält und den zumindest eine Partei in Kenntnis der geänderten Umstände nicht vereinbart hätte (vgl. OLG Saarbrücken, NJW 2012, 3731, 3734 [zu B IV 1 a]; Erman/*Böttcher,* BGB, 15. Aufl., § 313 Rn. 44; MünchKomm.BGB/*Finkenauer,* 8. Aufl., § 313 Rn. 105).

37 bb) Dies hat für den Schenkungsvertrag grundlegende Bedeutung. Denn insbesondere in den hier in Rede

stehenden Fällen der Zuwendung von zum gemeinsamen Wohnen bestimmtem Grund- oder Wohnungseigentum oder von zu deren Erwerb bestimmten erheblichen Geldbeträgen liegt es regelmäßig fern, dass die Entscheidung des Schenkers über das Ob der Zuwendung und die Höhe des zugewendeten Betrages davon abhängt, mit welcher voraussichtlichen Dauer der gemeinsamen Nutzung er rechnet. Bleibt diese Dauer hinter dem vorstellbaren Maximum zurück, kann sich mit Blick auf die Geschäftsgrundlage vielmehr regelmäßig nur die Frage stellen, ob der Schenker in Kenntnis dieses Umstands von der Schenkung abgesehen oder sie gleichwohl – und im Zweifel in gleicher Höhe – versprochen hätte. Eine Anpassung, wie sie das Berufungsgericht mit der Zuerkennung einer Rückzahlungsverpflichtung in Höhe von 91,6% des Wertes des Geschenks vorgenommen hat, verfehlt daher regelmäßig den mutmaßlichen Parteiwillen. Vielmehr ist, hat sich die Vorstellung einer dauerhaften gemeinsamen Nutzung des Grund- oder Wohnungseigentums nicht verwirklicht, im Allgemeinen die Annahme gerechtfertigt, der Schenker hätte in Kenntnis dieses Umstands von der Schenkung abgesehen, und es ist ihm in diesem Fall, sofern nicht besondere Umstände vorliegen, nicht zuzumuten, dem Beschenkten das Geschenk auch nur teilweise zu belassen.

38 cc) Hiernach ist die Abwägung des Berufungsgerichts im Ergebnis nicht zu beanstanden; der Umstand, dass das Berufungsgericht der Klägerin nur eine Rückzahlungsforderung in Höhe von 91,6% des Wertes des Geschenks zugebilligt hat, beschwert den Beklagten nicht.

39 Nach den Feststellungen des Berufungsgerichts hätte die Klägerin dem Beklagten aus ihrem Vermögen nichts zugewendet, wenn dieser nicht in einer Lebensgemeinschaft mit ihrer Tochter zusammengelebt und alle Beteiligten an den Fortbestand dieser Lebensgemeinschaft geglaubt hätten. Demnach hätte die Klägerin in Voraussicht des Umstands, dass die Lebensgemeinschaft kurze Zeit später scheitern würde, die Schenkung unterlassen und folglich auch keinen geringeren Betrag zugewendet. Eine Anpassung des Schenkungsvertrags auf einen geringeren Betrag ist für die Klägerin deshalb nicht zumutbar.

40 Dem Umstand, dass die Immobilie für eine gewisse Zeit von den Partnern genutzt werden konnte, wird dadurch hinreichend Rechnung getragen, dass der Beklagte, anders als bei einem Rückforderungsanspruch des Schenkers wegen Verarmung (BGH, Urteil vom 17. April 2018 – X ZR 65/17, BGHZ 218, 227), die seit der Schenkung gezogenen Nutzungen nicht herauszugeben hat. Der Nutzungsvorteil verbleibt ihm daher bis zum Zeitpunkt des Rücktritts.

41 5. Die Rückzahlungspflicht ist aus den zutreffend ausgeführten Gründen des Berufungsurteils weder verjährt noch verwirkt.

42 6. Zinsen stehen der Klägerin aus einem Anspruch wegen Wegfalls der Geschäftsgrundlage erst ab dem 31. Januar 2015 zu, dem Zeitpunkt, zu welchem dem Beklagten der den Rücktritt enthaltende Schriftsatz der Klägerin vom 26. Januar 2015 zugegangen ist. Vor Zugang der Rücktrittserklärung wird der Rückgewähranspruch gemäß § 346 BGB nicht fällig. Verzugs- und Prozesszinsen gemäß § 288 Abs. 1, § 286 Abs. 1, § 291 BGB entstehen erst ab diesem Zeitpunkt (vgl. Staudinger/*Kaiser,* BGB, Bearb. 2012, § 346 Rn. 292; MünchKomm. BGB/Gaier, 8. Aufl., § 346 Rn. 41).

43 Soweit das Berufungsgericht Zinsen für die Zeit vor dem 31. Januar 2015 zuerkannt hat und sich diese aus einem über den vom Beklagten anerkannten Teilbetrag von 600 € hinausgehenden Betrag errechnen, kann das Berufungsurteil hiernach keinen Bestand haben. Insoweit ist vielmehr das landgerichtliche Urteil abzuändern und die Klage abzuweisen. Der Senat versteht die Verteidigung des Berufungsurteils durch die Klägerin dahin, dass diese den ursprünglich geltend gemachten Darlehensrückzahlungsanspruch nur für den Fall weiterverfolgen will, dass die im Berufungsverfahren durch teilweise Klagerücknahme reduzierte Klagehauptforderung nicht auf der Grundlage eines Rücktritts vom Schenkungsvertrag zuerkannt werden kann.

44 Soweit die Entscheidung des Senats hinsichtlich der Voraussetzungen für die Feststellung einer bestimmten Dauer des Fortbestehens der Lebensgemeinschaft als Geschäftsgrundlage des Schenkungsvertrages oder hinsichtlich der bei der Zumutbarkeitsprüfung zu berücksichtigenden Gesichtspunkte mit Entscheidungen des XII. Zivilsenats nicht im Einklang stehen sollte, bedarf es keiner Vorlage an den Großen Senat für Zivilsachen. Die Entscheidungen des XII. Zivilsenats, die hierzu Anlass geben könnten (s. insbesondere Beschluss vom 26. November 2014 – XII ZB 666/13, NJW 2015, 690 Rn. 21 ff., 28), betreffen anders als der Streitfall Schenkungen an den Ehegatten eines Kindes des Schenkers. Überdies hat der XII. Zivilsenat mitgeteilt, dass die Beurteilung des Streitfalls im Ergebnis auch sachlich nicht in Widerspruch zu einer von ihm getroffenen Entscheidung steht, insbesondere die quotenmäßige Berechnung eines Rückzahlungsbetrages, wie sie vom Berufungsgericht vorgenommen wurde, auch nach seiner Auffassung den Anforderungen des § 313 BGB nicht gerecht wird.

INTERNATIONALES RECHT

Voraussetzungen für eine Unzuständigkeitserklärung gem. Art. 6 lit. a EuErbVO

EuErbVO Art. 4, 6, 7, 22, 83

1. Die formlose Mitteilung eines ausländischen Notars auf die Anwendbarkeit deutschen Erbrechts und der fehlenden eigenen Kenntnis des deutschen Erbrechts stellt keine wirksame Unzuständigkeitserklärung iSd Art. 6 lit. a EuErbVO dar.
2. Eine wirksame und bindende Unzuständigkeitserklärung setzt einen entsprechenden Antrag eines Beteiligten sowie eine Rechtswahl des Erblassers gem. Art. 22 EuErbVO voraus.

OLG Köln, Beschl. v. 11.12.2019 – 2 Wx 332/19

I. Sachverhalt:

1 Der Beteiligte zu 1) begehrt die Erteilung eines ihn als Alleinerben des Erblassers ausweisenden Europäischen Nachlasszeugnisses auf der Grundlage eines handschriftlichen Testaments (Bl. 15 Testamentsakte), worin es heißt:

„Testament *01. Oktober 2007*

Mein letzter Wille

Hiermit gebe ich W. K., geb. am .....1949 in Deutschland – A., wohnhaft in den Niederlande Kerkrade (...) meinen letzten Willen bekannt.
Nach meinem Tod, verfüge ich, das mein Neffe P. K. geb. am ..... 1974 z. Zt. Wohnhaft in Deutschland (...) mein Haus und Grundstück, in den Niederlande Kerkrade Z.-Str... erben soll. Außerdem verfüge ich, das meine Lebensgefährtin S. R., geb. C., (...), ein lebenslanges Wohn und Nutzungsrecht, in meinem Haus (....) hat. Weiterhin verfüge ich, sollte zu diesem Zeitpunkt, Barvermögen vorhanden sein, das dies meine Lebensgefährtin S. R. erhält.

Alle schriftlichen und mündlichen Vereinbarungen, die ich vor dem jetzigen Zeitpunkt 01. Oktober 2007 niedergelegt habe, sind hiermit nichtig.

Kerkrade, den 01. Oktober 2007

W. K. *Zeuge*
(Unterschrift)“

2 Am 22.6.2017 hatte ein Notar in Kerkrade/Niederlande eine Erbrechtsbescheinigung (verklaring van erfrecht) erteilt, welche die Beteiligte zu 2), die Ehefrau des Erblassers, als dessen Alleinerbin ausweist (Bl. 100 f.d.A.).
3 Der Beteiligte zu 1) hat einen Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses mit Schriftsatz vom 27.09.2018 (Bl. 3) bei dem Amtsgericht Schöneberg eingereicht. Beigefügt hat er ein Schreiben des Notars M. in Enschede/Niederlande. vom 26.09.2018, in dem es gemäß der deutschen Übersetzung (Bl. 11) heißt: „ *Aufgrund des Gutachtens von S. H. vom Het Notarieel Bureau und ihrer Stellungnahme vom 21.9.18 komme ich zu dem Ergebnis, dass Herr K. nach deutschem Erbrecht beerbt worden ist. Da ich darauf nicht spezialisiert bin und die deutschen Behörden besser in der Lage sind, die erbrechtlichen Folgen von Herrn Küffers eigenhändigem Testament (ein solches wäre nach niederländischem Recht nicht möglich) zu beurteilen, erkläre ich mich gemäß Art. 6 a EU-Erbrechtsverordnung für unzuständig, ein Nachlasszeugnis auszustellen.“*
4 Mit Beschluss vom 18.10.2018 (Bl. 47) hat sich das Amtsgericht Schöneberg nach § 343 Abs. 1 FamFG für unzuständig erklärt und die Sache an das Amtsgericht Aachen mit der Begründung verwiesen, der Erblasser habe seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in dem Bezirk des Amtsgerichts Aachen gehabt, bevor er diesen in das Ausland verlegt habe. Mit Schriftsatz vom 05.12.2018 (Bl. 53 ff.) hat der Antragsteller Formblatt IV zum Antrag auf Erteilung eines Europäischen Nachlasszeugnisses eingereicht und am 14.03.2019 zur Niederschrift des Amtsgerichts Aachen die Versicherung an Eides statt abgegeben und ergänzende Angaben zum Antrag gemacht (Bl. 75 f.). Am 08.05.2019 ist das Testament vom Amtsgericht Aachen eröffnet worden.
5 Die Beteiligte zu 2) ist dem Antrag mit Schriftsatz vom 12.06.2019 (Bl. 89 ff.) entgegengetreten. Sie macht geltend, am 20.02.2001 in Kerkrade mit dem Erblasser die Ehe geschlossen zu haben. Sie sei aufgrund niederländischen Rechts Alleinerbin geworden und habe die Erbschaft zu notarieller Beurkundung angenommen. Sie stellt die internationale Zuständigkeit des Amtsgerichts Aachen und die Anwendung deutschen Erbrechts in Abrede. Der Erblasser habe spätestens seit dem 01.11.1999 seinen gewöhnlichen Aufenthalt in Kerkrade, Niederlande, gehabt. Das handschriftliche Testament sei (scheinbar) in Kerkrade errichtet worden und enthalte

keine Rechtswahl. Es habe eine Gütergemeinschaft nach niederländischem Recht bestanden. Mit der Eheschließung sei eine hälftige Eigentümergemeinschaft an dem vom Erblasser erworbenen Hausgrundstück entstanden, sodass der Erblasser ohnehin nur über einen hälftigen Anteil an der Eigentümergemeinschaft hätte verfügen können. Sie äußert weiterhin Zweifel an der Echtheit des Testaments. Handschrift und Unterschrift würden nicht vom Erblasser stammen, es werde eine Schriftbegutachtung angeregt.

6 Durch den 13.08.2019 erlassenen Beschluss vom 12.08.2019 (Bl. 121 ff.) hat der Nachlassrichter des Amtsgerichts Aachen den Antrag des Beteiligten zu 1) als unzulässig zurückgewiesen. Zur Begründung hat er im Wesentlichen ausgeführt, eine Zuständigkeit gemäß Art. 6 EuErbVO sei nicht begründbar. Zwar dürfte gemäß Art. 84 Abs. 4 EuErbVO eine konkludente Rechtswahl anzunehmen sein, dies könne aber letztlich dahinstehen, da der Verfahrensbevollmächtigte des Antragstellers bis zuletzt weder konkret dargelegt habe noch aus der Verfahrensakte ersichtlich sei, dass ein Antrag auf Unzuständigkeitserklärung gegenüber dem niederländischen Notar durch den Antragsteller gestellt worden sei. Dementsprechend sei eine Zuständigkeit des Amtsgerichts Aachen nach Art. 7 a EuErbVO nicht gegeben, da weder eine Rechtswahl nach Art. 22 EuErbVO noch eine wirksame Unzuständigkeitserklärung nach Art. 6 EuErbVO gegeben sei. Die Unzuständigkeitserklärung des niederländischen Notars entfalte keine Bindungswirkung. Sie sei willkürlich, da sie mangels eines entsprechenden Antrages weder nach den verfahrensrechtlichen Vorschriften des Art. 6 EuErbVO noch aufgrund der in dieser Vorschrift geforderten Berücksichtigung der konkreten Umstände der Erbsache erfolgt sei. Für letztere genüge insbesondere nicht die Erklärung des Notars, er sei nicht auf das anzuwendende deutsche Erbrecht spezialisiert. Insgesamt verbleibe es daher bei der allgemeinen Zuständigkeitsregel des Art. 4 EuErbVO, wobei der Erblasser seinen letzten gewöhnlichen Aufenthalt in den Niederlanden gehabt habe.

7 Gegen den ihm zu Händen seines Verfahrensbevollmächtigten am 15.08.2019 zugestellten Beschluss hat der Beteiligte zu 1) mit einem am 22.08.2019 bei dem Amtsgericht eingegangenen Schriftsatz vom 20.08.2019 Beschwerde eingelegt (Bl.129 ff.). Er macht geltend, die Unzuständigkeitserklärung des niederländischen Notars sei für die deutschen Gerichts nach Art. 7 lit a EuErbVO bindend. Das Verfahren im Erststaat werde daher im Zweitstatt nicht überprüft, dies gelte insbesondere für das Vorliegen eines Unzuständigkeitsantrages. Ebenso wenig sei Raum für die Annahme von Willkür, was aus dem Vertrauensgrundsatz des Unionsrechts folge. Er beantragt, die Sache dem EuGH zu der Frage vorzulegen, ob die nach Art. 7 lit a EuErbVO angerufene Ausstellungsbehörde an die Unzuständigkeitserklärung der zunächst angerufenen Ausstellungsbehörde eines anderen Mitgliedsstaates gebunden sei. Im Übrigen habe die Beteiligte zu 2) seiner Behauptung, einen Unzuständigkeitsantrag gestellt zu haben, nicht widersprochen. Auch sei die Entscheidung des niederländischen Notars nicht willkürlich. Sein Hinweis, er kenne sich mit dem deutschen Recht nicht aus, stehe mit dem Gedanken des „forum-non-conveniens“ im Einklang, der Art. 6 EuErbVO zugrunde liege. Abgesehen davon sei das Kriteriumsbeispiel „gewöhnlicher Aufenthalt der Parteien“ erfüllt, da er – der Antragsteller – im Bezirk des Amtsgerichts Aachen wohne.

8 Das Amtsgericht hat der Beschwerde unter Vertiefung seines im angefochtenen Beschluss geäußerten Standpunkts nicht abgeholfen und die Sache dem Oberlandesgericht zur Entscheidung vorgelegt.

II. Aus den Gründen:

9 Die Beschwerde ist zulässig, insbesondere form- und fristgerecht eingelegt worden.

10 In der Sache hat das Rechtsmittel keinen Erfolg.

11 Es mangelt im vorliegenden Fall an der internationalen Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte für die Erteilung des Europäischen Nachlasszeugnisses nach dem Erblasser, der seinen gewöhnlichen Aufenthalt im Sinne des Art. 4 EuErbVO in den Niederlanden hatte.

12 Eine solche Zuständigkeit ergibt sich nicht aus Art. 7 lit. a) EuErbVO. Nach dieser Vorschrift sind die Gerichte eines Mitgliedsstaates, dessen Recht nach Art. 22 gewählt hat, für die Entscheidungen in einer Erbsache zuständig, wenn sich ein zuvor angerufenes Gericht nach Artikel 6 in derselben Sache für unzuständig erklärt hat. Die Bestimmung knüpft die Begründung der Zuständigkeit der Gerichte des Mitgliedsstaates, dessen Recht der Erblasser gewählt hat, damit an eine Unzuständigkeitserklärung unter den Voraussetzungen des Art. 6 EuErbVO an. Bei dem Schreiben des niederländischen Notars vom 26.09.2018 handelt es sich danach nicht um eine wirksame und bindende Unzuständigkeitserklärung nach Art. 6 lit. a) EuErbVO, weil die Voraussetzungen, unter denen das Ermessen („kann“) für eine Unzuständigkeitserklärung nach dieser Bestimmung eröffnet ist, aus dem Schreiben des Notars nicht ersichtlich sind. Nach dieser Bestimmung setzt die in das Ermessen gestellte Unzuständigkeitserklärung einen entsprechenden Antrag eines Verfahrensbeteiligten voraus, der we-

der vom Beteiligten zu 1. auf Hinweis des Amtsgerichts vom 07.11.2018 (Bl. 51) hin mitgeteilt worden ist, noch sich aus dem Schreiben des Notars ergibt. Weiterhin setzt die Bestimmung eine Rechtswahl des Erblassers nach Art. 22 EuErbVO voraus, die sich aufgrund des schlichten, nicht konkretisierten Verweises auf ein *„Gutachten von S. H. vom Het Notarieel Bureau und ihre Stellungnahme vom 21.9.18“* nicht nachvollziehen lässt. Mangels Entscheidungserheblichkeit kann hier daher offenbleiben, ob das Verfahren nach Art. 6, 7 EuErbVO auf – wie hier – auf vor Inkrafttreten der EuErbVO errichtete letztwillige Verfügungen Anwendung finden kann, bei denen sich die Rechtswahl – entgegen dem Wortlaut der Vorschrift – nicht aus Art. 22 EuErbVO, sondern allenfalls aus den Übergangsvorschriften (Art. 83 Abs. 2, 4 EuErbVO) ergeben kann.

13 Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde (§ 70 Abs. 2 FamFG) sind nicht erfüllt. Ein Vorabentscheidungsersuchen an den Gerichtshof der Europäischen Union gemäß Art. 267 Abs. 3 AEUV ist im Streitfall nicht veranlasst, da die richtige Auslegung und Anwendung der maßgeblichen Bestimmungen der Europäischen Erbrechtsverordnung derart offenkundig sind, dass für einen vernünftigen Zweifel keinerlei Raum verbleibt.

Anwendbares Erbrecht bei Belegenheit der Nachlassgegenstände in verschiedenen Staaten; Bestellung eines Nachlasspflegers für die Erfüllung eines Vindikationslegats

BGB § 1961; EuErbVO Art. 21, 19

Grundsätzlich findet das vom Erblasser in zulässiger Weise gewählte Erbrecht bzw. das Erbrecht des gewöhnlichen Aufenthaltsortes auf den gesamten Nachlass Anwendung. Eine Aufspaltung des anzuwendenden Erbrechts auf das jeweilige Recht des Staates der Belegenheit der Nachlassgegenstände ist nicht möglich.
Für die Erfüllung eines Vindikationslegats kann in Deutschland kein Nachlasspfleger gem. § 1961 BGB bestellt werden.

OLG Köln, Beschl. v. 11.12.2019 – 2 Wx 342/19

I. Sachverhalt:

1 Durch ein handschriftlich in deutscher Sprache errichtetes Testament vom 17.12.2010 (Bl. 4 der Testamentsakte) ernannte die in Neapel lebende Erblasserin, welche die deutsche Staatsangehörigkeit hatte, Herrn Rechtsanwalt P. in Köln zum Testamentsvollstrecker und wendete ihre Wohnung in Neapel sowie bewegliche Vermögensteile verschiedenen Personen zu. In einem weiteren handschriftlichen Testament vom selben Tage (Bl. 6 der Testamentsakte) wendete sie ihren „gesamten Besitz bei der C.-Bank Köln“ und die Immobilie in Köln, L-Weg 40, dem Zentrum für Kinderheilkunde ..... unter der Bedingung zu, die Immobilie der Beteiligten zu 1. als Mieterin zu verkaufen, falls diese es wünsche, oder ihr Mietrecht zu gewähren, solange sie wolle.
2 Ein weiteres handschriftlich in deutscher Sprache errichtetes Testament vom 01.06.2017 (Bl. 24 der Testamentsakte) hat folgenden Inhalt:

„Hiermit lege ich folgendes testamentarisch fest: Ich vermache meine Wohnung L-Weg 40, 50829 Köln Frau M. K., geb. ..., als Vermächtnis. Mein gesamtes Guthaben auf Konten, im Depot und in sonstigen Anlagen bei der C.-Bank, geht zu gleichen Teilen an die Onkologieabteilung für krebskranke Kinder der Universitätskliniken K. und das Sozialwerk A. für hilfsbedürftige Kinder. Das vorhergehende Testament ist hiermit nicht mehr gültig.“

3 Den zugehörigen Umschlag (Bl. 25 der Testamentsakte) beschriftete die Erblasserin mit „Testamentsvollstrecker: Rechtsanwalt R. P....".
4 Am selben Tag errichtete die Erblasserin ein weiteres Testament in italienischer Sprache (Kopie Bl. 53 der Testamentsakte), welches die Zuwendung in Italien befindlichen unbeweglichen und beweglichen Vermögens, darunter die Wohnung in Neapel, betraf. Auf die deutsche Übersetzung (Bl. 56 f. der Testamentsakte) wird Bezug genommen.
5 Herr Rechtsanwalt P. erklärte mit Schriftsatz vom 20.11.2017, das Amt des Testamentsvollstreckers anzunehmen und beantragte bei dem Amtsgericht Köln die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses (Bl. 1 d.A.). Die Nachlassrichterin legte in einem Vermerk am 21.11.2017 ihre Auffassung nieder, die Frage nach einer wirksamen Testamentsvollstreckungsanordnung könne nicht abschließend beantwortet werden, es dürfe derzeit aber mehr dagegen sprechen (Bl. 29 der Testamentsakte).
6 Die Beteiligte zu 1) hat mit Schriftsatz vom 07.03.2019 (Bl. 122 d.A.) beantragt, eine Nachlasspflegschaft nach § 1961 BGB anzuordnen, und zur Begründung ausgeführt, für sie sei ein Vermächtnis ausgelobt worden, dessen Erfüllung durch Umschreibung im Grundbuch sie erreichen wolle. Diesen Antrag hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 09.04.2019 zurückgewiesen. Zur Begründung hat sie im Wesentlichen ausgeführt, ein Anspruch der Beteiligten zu 1) richte sich unabhängig von seiner Qualifikation nicht – was indes erforderlich wäre – gegen den Nachlass, sondern gegen die Erben. Denn das Vermächtnis sei nach italienischem Recht als Vindikationslegat ausgestaltet und gehe mit dem Erbfall unmittelbar auf den Vermächtnisnehmer über. Auf den Erbfall seien nämlich nach den Bestimmungen der EuErbVO – wie näher ausgeführt ist – italienisches Recht anwendbar. Gegen den ihr zu Händen ihrer Verfahrensbevollmächtigten am 18.04.2019 zugestellten Beschluss hat die Beteiligte zu 1. mit einem bei dem Amtsgericht am 10.05.2019 per Telefax eingegangenen Schriftsatz vom 09.05.2019 (Bl. 152 d.A.) Beschwerde eingelegt, die trotz Ankündigung nicht mehr begründet worden ist. Das Amtsgericht hat der Beschwerde mit Beschluss vom 11.11.2019 nicht abgeholfen und die Sache zur Entscheidung dem Oberlandesgericht vorgelegt.

II. Aus den Gründen:

7 Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Das Amtsgericht hat den Antrag auf Bestellung eines Nachlasspflegers nach § 1961 BGB mit Recht zurückgewiesen.
8 Zwar kann sich die internationale Zuständigkeit der deutschen Nachlassgerichte für die Entscheidung über eine Anordnung einer Nachlasspflegschaft unabhängig von der Frage, die Gerichte welches Mitgliedsstaates für die übrigen Entscheidungen in einer Nachlasssache zuständig sind, für einstweilige Maßnahmen aus Art. 19 EuErbVO ergeben, der eine von der Zuständigkeit in der Hauptsache unabhängige Zuständigkeit begründet (MünchKomm/*Dutta,* 7. Aufl. 2018, Art. 19 EuErbVO, Rz. 3; Dutta/*Weber,* Art. 19 EuErbVO, Rz. 7).
9 Es bedarf keiner Vertiefung, ob und ggf. unter welchen Voraussetzungen es sich bei der Anordnung einer auf § 1961 BGB gestützten Nachlasspflegschaft um eine einstweilige Maßnahme i.S.d. Art. 19 EuErbVO handeln kann, was in Fällen die Erfüllung eines Vermächtnisses begehrt wird, fraglich sein kann. Denn die Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft nach § 1961 BGB liegen im Hinblick auf die Rechtsposition der Beteiligten zu 1. nicht vor.
10 Für den Erfolg eines Antrages nach § 1961 BGB ist zwar nicht Voraussetzung, dass der behauptete Anspruch bewiesen oder glaubhaft gemacht wird, das Rechtsschutzbedürfnis fehlt allerdings, wenn offenkundig keine Forderung existiert oder die Rechtsverfolgung aus sonstigen Gründen offensichtlich unbegründet oder mutwillig ist (BayObLG FamRZ 2003, 562).
11 Nach diesen Maßstäben fehlt es vorliegend an den Voraussetzungen für die Anordnung einer Nachlasspflegschaft auf der Grundlage des § 1961 BGB. Zutreffend hat das Amtsgericht angenommen, dass es sich bei der Zuwendung zugunsten der Antragstellerin im Testament vom 01.06.2017 nicht um einen Anspruch handelt, zu dessen Erfüllung es der Bestellung eines Nachlasspflegers bedarf. Auch dann, wenn – was offenbleiben kann – die Auslegung ergäbe, dass es sich bei der Zuwendung tatsächlich um ein Vermächtnis handelt, so wäre dieses ein Vindikationslegat, das dingliche Wirkung auch in Bezug auf Grundstücke entfaltet, die in einem Mitgliedstaat belegen sind, dessen Rechtsordnung das Institut des Vermächtnisses mit unmittelbarer dinglicher Wirkung im Zeitpunkt des Eintritts des Erbfalls nicht kennt (EuGH NJW 2017, 3767). Denn die Zuwendung an die Beteiligte zu 1. ist nach italienischem Erbrecht zu beurteilen, welches das Vermächtnis als dinglich wirkendes Vindikationslegat kennt (Art. 649 CC). Bei einem Vindikationslegat, das in einem Europäischen Nachlasszeugnis zu verlautbaren ist (Art. 68 lit. m EuErbVO), kann als Nachweis zur Berichtigung des Grundbuchs dieses Zeugnis vorgelegt werden (Saarländisches Oberlandesgericht Saarbrücken, Beschluss vom 23. Mai 2019 – 5 W 25/19 –, juris).
12 Die Anwendung italienischen Rechts auf die Rechts-

nachfolge nach der Erblasserin folgt aus Art. 21 Abs. 1 EuErbVO, da sie ihren letzten gewöhnlichen Aufenthalt in Italien hatte. Eine ausnahmsweise engere Bindung zu Deutschland i.S.d. Art. 21 Abs. 2 EuErbVO kann nicht festgestellt werden.

13 Auch hat die Erblasserin keine Rechtswahl in Richtung auf die Anwendung deutschen Rechts getroffen. Sie lässt sich unter Berücksichtigung der Grundsätze des Art. 22 Abs. 2 EuErbVO den letztwilligen Verfügungen nicht entnehmen. Dass die Erblasserin die deutsche Staatsangehörigkeit besaß, dass ein Teil des Immobilienvermögens in Deutschland belegen und die betreffende letztwillige Verfügung in deutscher Sprache errichtet worden ist, genügt unter den konkreten Umständen des vorliegenden Falles, insbesondere in Anbetracht des im Wesentlichen in Italien gelegenen Vermögens und des dortigen gewöhnlichen Aufenthalts der Erblasserin für eine solche Auslegung nicht. Zudem ist zu berücksichtigen, dass die Erblasserin in Bezug auf ihren in Italien belegenen Nachlass ein Testament in italienischer Sprache verfasst hat, das nach den vorliegenden Angaben bereits umgesetzt sein soll. Das italienische Erbrecht ist auf den gesamten Nachlass anzuwenden; unter der Geltung der EuErbVO ist eine gespaltene Rechtswahl aus den zutreffenden Überlegungen des Amtsgerichts nicht möglich. Nach Erwägungsgrund 37 zur EuErbVO soll aus Gründen der Rechtssicherheit und zur Vermeidung einer Nachlassspaltung der gesamte Nachlass dem sich aus der allgemeinen Kollisionsregelung ergebenden Recht unterliegen, unabhängig von der Art der Vermögenswerte und unabhängig davon, ob diese in einem anderen Mitgliedstaat oder in einem Drittstaat belegen sind.

ÖFFENTLICHES RECHT

Sachverhalt, Erforschung im Rahmen des gemeindlichen Vorkaufsrechts

VwGO § 80 Abs. 2 S. 1 Nr. 3, 4, Abs. 3 S. 1, Abs. 5 S. 1; BauGB § 24, § 172 Abs. 1 S. 1 Nr. 2, § 208

Amtlicher Leitsatz:
Um prüfen zu können, ob der Erwerb von Anteilen an einer Grundstücksgesellschaft im Wege eines sog. Share Deals geeignet ist, als kaufähnliches Umgehungsgeschäft das gemeindliche Vorkaufsrecht nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB im räumlichen Geltungsbereich einer sozialen Erhaltungsverordnung (§ 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB) auszulösen, kommt auf der Grundlage von § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB gegenüber dem Käufer der Gesellschaftsanteile eine Anordnung zur Vorlage der notariellen Unterlagen über die Transaktion in Betracht.

VG Berlin (19. Kammer), Beschluss vom 13.12.2019 – VG 19 L 566.19

I. Sachverhalt:

1 Die Antragstellerin wendet sich im Wege des vorläufigen Rechtsschutzes gegen eine Anordnung zur Erforschung des Sachverhalts nebst Zwangsgeldandrohung.
2 Die Antragstellerin ist aufgrund einer am 30. April 2019 vor dem Notar D in B. verhandelten und beurkundeten gesellschaftsrechtlichen Transaktion zu 89,9% Gesellschafterin der Grundstücksgesellschaften A GmbH (vormals V GmbH & Co KG, sodann V GmbH) und A GmbH (vormals D GmbH & Co KG, sodann D GmbH); die verbleibenden 10,1% der Gesellschaftsanteile erwarb jeweils die zypriotische Gesellschaft G Limited. Die A GmbH ist Eigentümerin des Grundstücks B straße 8 in B.-N.; die A GmbH ist Eigentümerin des Grundstücks W straße 85-86, W straße 164 in B.-N. Die genannten Grundstücke liegen im räumlichen Geltungsbereich der am 14. Juli 2016 festgesetzten „Verordnung zur Erhaltung der Zusammensetzung der Wohnbevölkerung gemäß § 172 Absatz 1 Satz 1 Nummer 2 des Baugesetzbuchs für das Gebiet ‚Flughafen straße/D. straße' im Bezirk N. von ." vom 14. Juli 2016 (GVBl. S. 468), geändert durch Verordnung vom 21. März 2019 (GVBl. S. 224).
3 Nachdem das Bezirksamt N. von B. (im Folgenden: Bezirksamt) Anfang August 2019 von der am 30. April 2019 erfolgten Transaktion Kenntnis erlangt hatte, ordnete es mit Bescheid vom 18. Oktober 2019 gegenüber der Antragstellerin nach vorheriger Anhörung auf der Grundlage von § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB an, „die vollständigen Urkunden UR-Nr. S 143/2019 des Notars D /B. (als Anteilskaufvertrag bezeichnet) und UR-Nr. S 142/2019 des Notars D /B. (als Bezugsurkunde bezeichnet), letztere vom 29./30.04.2019 und erstere vom 30.04.2019 (...) vorzulegen".
4 Die sofortige Vollziehung der Vorlageanordnung wurde angeordnet. Für den Fall, dass die Antragstellerin der Anordnung nicht bis zum 11. November 2019 nachkommen sollte, drohte das Bezirksamt gegenüber dem Geschäftsführer der Antragstellerin, Herrn R , ein Zwangsgeld in Höhe von 500,00 Euro an. Zur Begründung der Vorlageanordnung führte das Bezirksamt im Wesentlichen aus, aus den vorliegenden Unterlagen hätten sich erhebliche Anhaltpunkte dafür ergeben, dass in dem Erwerb der Gesellschaftsanteile der Antragstellerin an der A GmbH und der A GmbH ein nach § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB vorkaufsrechtsfähiger Vorgang zu sehen sei. Diese Anhaltspunkte hätten Anlass gegeben, ein Verwaltungsverfahren zur Erforschung des Sachverhalts zu eröffnen, um prüfen zu können, ob nachfolgend ein Verwaltungsverfahren zur Ausübung des Vorkaufsrechts eröffnet werde. Wegen der weiteren Einzelheiten der Begründung des Bescheides vom 18. Oktober 2019 wird auf diesen Bezug genommen.
5 Gegen den Bescheid vom 18. Oktober 2019 erhoben die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin am 31. Oktober 2019 Widerspruch, über den noch nicht entschieden wurde.
6 Ebenfalls am 31. Oktober 2019 hat die Antragstellerin bei dem Verwaltungsgericht Berlin um Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes nachgesucht.
7 Sie macht im Wesentlichen geltend, die Vorlage der begehrten Unterlagen könne keinerlei Einfluss auf die Prüfung einer Umgehung des Vorkaufsrechts haben. Jedenfalls aber sei die Vorlage nicht erforderlich für diese Prüfung. Der Antragsgegner bleibe jede Erklärung schuldig, woher überhaupt die Vermutung einer Umgehung des Vorkaufsrechts stamme; die vermutete Umgehung entbehre jeder Tatsachengrundlage. Die Übertragung von Grundstücksanteilen löse regelmäßig das Vorkaufsrecht nicht aus. Es sei Aufgabe des Antragsgegners, diejenigen Vermutungen zu substantiieren und gegebenenfalls zu beweisen, die aus seiner Sicht zu einer Ausnahme von dieser Regel führten. Die Antragstellerin habe sich bereits im Rahmen der Anhö-

rung nachvollziehbar zur Motivationslage sowie zu den juristischen und steuerlichen Konsequenzen der Transaktion erklärt. Dem könne der Antragsgegner allenfalls weitere Vermutungen oder offenbares Unwissen entgegenhalten. Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB lägen nicht vor. Zudem sei die Vorlageanordnung ermessensfehlerhaft. Nicht zuletzt erweise sie sich als unverhältnismäßig. Im Übrigen habe der Antragsgegner die Anordnung der sofortigen Vollziehung der Vorlageanordnung mit unzureichenden Argumenten begründet.

8 Die Antragstellerin beantragt wörtlich,

1. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Antragstellerin gegen die Vorlageanordnung des Antragsgegners vom 18. Oktober 2019 wiederherzustellen, hilfsweise die sofortige Vollziehung aufzuheben;
2. die aufschiebende Wirkung des Widerspruchs der Widerspruchsführerin gegen die Androhung eines Zwangsgeldes gegen den Geschäftsführer der Widerspruchsführerin wiederherzustellen, hilfsweise die sofortige Vollziehung aufzuheben.

9 Der Antragsgegner beantragt, die Anträge zurückzuweisen.

10 Er hält an dem Bescheid vom 18. Oktober 2019 unter ausführlicher Darlegung seiner Rechtsauffassung im Einzelnen fest.

11 Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Streitakte sowie die Verwaltungsvorgänge des Antragsgegners Bezug genommen, die der Kammer vorgelegen haben und Gegenstand der Entscheidungsfindung gewesen sind.

II. Aus den Gründen:

12 1. Die Anträge auf Gewährung vorläufigen Rechtsschutzes bleiben ohne Erfolg. Sie sind gemäß § 80 Abs. 5 Satz 1, 2. Var. i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO (Vorlageanordnung) bzw. § 80 Abs. 5 Satz 1, 1. Var. i.V.m. Abs. 2 Satz 1 Nr. 3 VwGO und § 4 Abs. 1 Satz 1 AGVwGO Bln (Zwangsgeldandrohung) zulässig, aber unbegründet.

13 1.1 Die Anordnung der sofortigen Vollziehung der in dem Bescheid des Antragsgegners vom 18. Oktober 2019 gegen die Antragstellerin verfügten Vorlageanordnung begegnet keinen durchgreifenden rechtlichen Bedenken.

14 a. Die Vollziehungsanordnung ist formell rechtmäßig. Insbesondere genügt die Begründung, die der Antragsgegner für die Vollziehungsanordnung in dem Bescheid vom 18. Oktober 2019 (dort S. 12 ff.) gegeben hat, den formellen Anforderungen des § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO. Die Anordnung ist ersichtlich nicht lediglich „formel-“ oder „floskelhaft“, sondern benennt auf den Einzelfall bezogen ein besonderes, über das Erlassinteresse hinausgehendes öffentliches Interesse an der sofortigen Vollziehbarkeit der Vorlageanordnung (vgl. für diese Anforderungen des Begründungserfordernisses aus § 80 Abs. 3 Satz 1 VwGO eingehend nur W.-R. Schenke, in: Kopp/ders., VwGO, 24. Aufl. 2018, § 80 Rn. 84 ff.).

15 b. Die Vollziehungsanordnung ist auch in materiellrechtlicher Hinsicht nicht zu beanstanden.

16 aa. Bei der im vorläufigen Rechtsschutzverfahren nur möglichen, aber auch nur gebotenen summarischen Prüfung stellt sich die Vorlageanordnung aus dem Bescheid vom 18. Oktober 2019 als rechtmäßig dar.

17 (1) Rechtsgrundlage der Vorlageanordnung ist § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB. Danach können die Behörden zur Erforschung des Sachverhalts auch anordnen, dass Urkunden und sonstige Unterlagen vorgelegt werden, auf die sich ein Beteiligter bezogen hat.

18 (2) Die tatbestandlichen Voraussetzungen des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB für ein Vorgehen des Antragsgegners gegenüber der Antragstellerin sind vorliegend erfüllt.

19 § 208 BauGB wendet sich an die Behörden, die das Baugesetzbuch ausführen (vgl. *Kalb/Külpmann,* in: Ernst/Zinkahn/Bielenberg/Krautzberger, BauGB, Stand: 134. Lfg. Aug. 2019, § 208 Rn. 6). Eine solche Ausführung des Baugesetzbuchs liegt hier unzweifelhaft vor. In Rede steht, ob der Erwerb von jeweils 89,9% der Gesellschaftsanteile an der A GmbH und der A GmbH durch die Antragstellerin das gemeindliche Vorkaufsrecht gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB ausgelöst hat, weil die A GmbH Eigentümerin des Grundstücks B straße 8 und die A GmbH Eigentümerin des Grundstücks W straße 85-86, W straße 164 ist.

20 Die Antragstellerin ist auch Beteiligter im Sinne des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB. Beteiligte in diesem Sinne sind alle Personen, die den zuständigen Behörden im Verfahren nach dem Baugesetzbuch gegenübertreten (*Kalb/Külpmann,* a.a.O., § 208 Rn. 8). Vorliegend hat der Antragsgegner gegen die Antragstellerin ein Verfahren eingeleitet, das letztlich in einem Bescheid über die Ausübung des Vorkaufsrechts durch den Antragsgegner gemäß § 28 Abs. 2 Satz 1 BauGB münden könnte. Vorgreiflich für die Entscheidung hierüber ist die bereits zuvor genannte Frage, ob die am 30. April 2019 vor dem Notar D verhandelte und beurkundete gesellschaftsrechtliche Transaktion, im Zuge derer die Antragstellerin ihre Gesellschaftsanteile an der A GmbH und der A GmbH erlangt hat, geeignet gewesen ist, das

gemeindliche Vorkaufsrecht gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB zugunsten des Antragsgegners entstehen zu lassen. Zu diesem Zweck ist der Antragsgegner nach Kenntniserlangung von der Transaktion zunächst in die Prüfung und Erforschung des Sachverhalts eingetreten, was in einem ersten Schritt zu einer Anhörung (§ 28 VwVfG) der Antragstellerin geführt hat (sowie im Übrigen auch der A GmbH, der A GmbH und des Notars D , wie sich aus den Verwaltungsvorgängen des Antragsgegners ergibt). Alles in allem kann bei dieser Sachlage zur Überzeugung der Kammer nicht ernstlich zweifelhaft erscheinen, dass es sich bei der Antragstellerin als (mutmaßlicher) „Erstkäuferin" des in Rede stehenden „Kaufs" der Grundstücke B straße 8 und W straße 85-86, W straße 164 um eine Person handelt, die dem die §§ 24 ff. BauGB prüfenden Bezirksamt hier gegenübertritt, also Beteiligter im Sinne des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB ist.

21 Bei den notariellen Unterlagen, die Gegenstand der Vorlageanordnung des Antragsgegners aus dem Bescheid vom 18. Oktober 2019 sind, handelt es sich unzweifelhaft auch um „Urkunden" oder zumindest um „sonstige Unterlagen" im Sinne des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB (vgl. hierzu nur *Kalb/Külpmann,* a.a.O., § 208 Rn. 10).

22 Schließlich hat sich die Antragstellerin auch im Sinne des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB auf die von dem Antragsgegner herausverlangten Unterlagen bezogen. Angesichts der Pflicht der Behörde, den Sachverhalt zu erforschen (§ 24 Abs. 1 Satz 1 VwVfG), reicht es für die Erfüllung dieses Tatbestandsmerkmals des § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB bereits aus, wenn ein Beteiligter eine bestimmte Unterlage – und sei es nur „im Nebensatz" – anführt, sie also in beliebiger Form von einem Beteiligten im Verfahren jedenfalls der Sache nach erwähnt wird (*Kalb/Külpmann,* a.a.O.). Eine derartige Bezugnahme der Antragstellerin auf die notariellen Unterlagen, deren Vorlage der Antragsgegner mit dem Bescheid vom 18. Oktober 2019 angeordnet hat, ist hier schon deshalb gegeben, weil sich die Antragstellerin mit dem Schreiben ihrer Verfahrensbevollmächtigten vom 3. Oktober 2019 ausführlich auf das mit Datum vom 6. September 2019 ergangene Anhörungsschreiben des Antragsgegners eingelassen hat. Dass es damit zunächst der Antragsgegner selbst gewesen ist, der auf die in Rede stehenden Unterlagen hingewiesen hat, ändert hieran nichts. § 208 Abs. 1 Nr. 2 BauGB verlangt nicht, dass die betreffenden Urkunden oder sonstigen Unterlagen im Verfahren erstmals von dem jeweiligen Beteiligten erwähnt worden sind. Erst Recht setzt die Regelung nicht voraus, dass der Behörde die Unterlagen zuvor unbekannt gewesen sein müssen.

23 (3) Soweit § 208 Satz 1 Nr. 2 BauGB auf der Rechtsfolgenseite Ermessen vorsieht („können"; vgl. nur *Hornmann,* in: BeckOK BauGB, *Spannowsky/Uechtritz,* 46. Ed., Stand: 1. August 2019, § 208 Rn. 24), vermag die Kammer bei summarischer Prüfung einen nach §§ 40 VwVfG, 114 Satz 1 VwGO beachtlichen Ermessensfehler nicht zu erkennen. Insbesondere lässt sich nicht feststellen, dass der Antragsgegner die gesetzlichen Grenzen des Ermessens überschritten hat.

24 Das gilt namentlich zunächst insoweit, als der verfassungsrechtliche Grundsatz der Verhältnismäßigkeit und das Übermaßverbot eine Schranke für die Ermessensausübung darstellen (vgl. nur W.-R. *Schenke/Ruthig,* in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 114 Rn. 40).

25 Die Vorlageanordnung ist durch den Ermittlungs- bzw. Untersuchungszweck gedeckt, der darin besteht, die Tatsachengrundlage für die verfahrensabschließende Entscheidung – hier letztlich einer möglichen Ausübung des gemeindlichen Vorkaufsrechts (s.o.) – zu gewinnen (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 1978 – III ZR 180/75 –, NJW 1978, 1162). Die notariellen Unterlagen, deren Vorlage der Antragsgegner erstrebt, sind auch als Erkenntnismittel zur Erforschung des Sachverhalts geeignet und erforderlich (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 1978, a.a.O.; *Schrödter/Otto,* in: Schrödter, BauGB, 9. Aufl. 2019, § 208 Rn. 6). Die Kammer vermag bei summarischer Prüfung nicht zu erkennen, dass der Antragsgegner mit der Vorlageanordnung unter den konkreten Umständen des vorliegenden Einzelfalls die der behördlichen Ermittlungsbefugnis schon nach den allgemeinen Grundsätzen eines rechtlich geordneten Verfahrens immanente Grenze überschritten hat, unnötige und darum überflüssige Ermittlungen zu vermeiden, also nur insoweit in eine Aufklärung des Sachverhalts einzutreten, als dies für die Entscheidung Bedeutung hat (vgl. BGH, Urteil vom 26. Januar 1978, a.a.O.).

26 Richtig ist zwar, dass der Übergang des Eigentums an einem Grundstück, der nicht im Wege eines Kaufs des Grundstücks als solchem erfolgt (Sachkauf, § 433 Abs. 1 BGB), sondern durch den Erwerb von Anteilen an einer Gesellschaft (Unternehmenskauf bzw. sog. „Share Deal", § 453 Abs. 1 BGB), grundsätzlich nicht geeignet ist, einen Vorkaufsfall zu begründen. Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 463 BGB (bzw. § 504 BGB a.F.) besteht das Vorkaufsrecht jedoch nicht nur dann, wenn der Verpflichtete mit einem Dritten formell einen Kaufvertrag über den mit dem Vorkaufsrecht belasteten Gegenstand geschlossen hat. Vielmehr gebietet dem Bundesgerichtshof zufolge eine interessengerechte Auslegung der Norm, sie auch auf solche Vertragsgestaltungen zwischen

dem Verpflichteten und dem Dritten anzuwenden, die bei materieller Betrachtung einem Kauf im Sinne des Vorkaufsrechts so nahe kommen, dass sie ihm gleichgestellt werden können, und in die der Vorkaufsberechtigte zur Wahrung seines Erwerbs- und Abwehrinteresses „eintreten" kann, ohne die vom Verpflichteten ausgehandelten Konditionen zu beeinträchtigen (BGH, Urteil vom 27. Januar 2012 – V ZR 272/10 –, NJW 2012, 1354 m.w.Nachw.). Für das gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24 ff. BauGB kann Ähnliches angenommen werden; auch bei ihm erscheint es also möglich, dass sog. Umgehungsgeschäfte, die kaufähnlich sind, den Vorkaufsfall auslösen. Das gilt insbesondere in Fällen eines „Share Deals", wie er auch hier vorliegt (vgl. eingehend *Beckmann/Ellner,* Das gemeindliche Vorkaufsrecht nach §§ 24, 25 BauGB beim Verkauf von Gesellschaftsanteilen. Ein Beitrag zur aktuellen Debatte über die Reform des „Share Deals" aus baurechtlicher Sicht, NVwZ 2018, 1187; ferner auch Wissenschaftlicher Dienst des Deutschen Bundestages, Das gemeindliche Vorkaufsrecht beim Share Deal, WD 7 – 3000 – 177/18). Die dem Allgemeinwohl dienenden städtebaulichen Zwecke des gemeindlichen Vorkaufsrechts sind in Gefahr, wenn die Ausübung des Vorkaufsrechts umgangen werden kann (vgl. *Beckmann/Ellner,* a.a.O., 1188). In besonderem Maße trifft das zu, wenn es – wie im vorliegenden Fall – um das Vorkaufsrecht im räumlichen Geltungsbereich einer sozialen Erhaltungsverordnung nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB geht. Ein möglicher Umgehungstatbestand ist der Verkauf von Anteilen an der Gesellschaft, der ein Grundstück gehört, anstelle des Verkaufs des Grundstücks selbst (*Beckmann/Ellner,* ebd.).

27 Die Frage, ob ein Umgehungsgeschäft nach den insoweit als maßgeblich anzusehenden Kriterien (vgl. dazu ausgehend von der Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs zu § 463 BGB nur *Beckmann/Ellner,* a.a.O., 1189) tatsächlich vorliegt, kann dabei selbstredend nicht auf die Ebene der Entscheidung darüber (vor-) verlagert werden, ob eine Anordnung zur Erforschung des Sachverhalts auf der Grundlage von § 208 BauGB ergeht. Denn dann wären weitere Ermittlungen zur Ausklärung des Sachverhalts letztlich gerade entbehrlich. Auch versteht sich von selbst, dass sich die Behörde nur bedingt auf Erklärungen des (mutmaßlichen) „Erstkäufers" dazu stützen kann, welche Motivation genau der gewählten gesellschaftlichen Transaktionsstruktur zugrunde liegt, und warum aus seiner Sicht kein Umgehungstatbestand vorliegen soll. Lässt sich nicht von vornherein und schlechterdings ohne vernünftige Zweifel ausschließen, dass sich die jeweilige Übertragung der Gesellschaftsanteile als ein Umgehungsgeschäft darstellen könnte, das die Befugnis zur Ausübung des Vorkaufsrechts auslöst, kann der Behörde eine Berufung auf die Befugnisnorm des § 208 BauGB zur Erforschung des Sachverhalts regelmäßig nicht verwehrt werden. So liegt der Fall nach Ansicht der Kammer auch hier. Dabei liegt auf der Hand, dass sich die Behörde – zumindest in einem ersten Schritt – anhand der (vollständigen) notariellen Unterlagen über den Unternehmenskauf zunächst einmal einen eigenen, genauen Überblick über die Transaktion verschaffen muss, um beurteilen zu können, ob die Transaktion möglicherweise als eine Umgehung des Vorkaufsrechts einzuordnen ist. Ohne eine vertiefte Kenntnis der Transaktionsstruktur, die sich – zumindest auch – auf den Inhalt der notariellen Unterlagen gründet, dürfte eine verlässliche Einschätzung, ob ein Umgehungstatbestand vorliegt, kaum möglich sein. Dass es sich bei der Vorlageanordnung um eine „reine Ausforschung eines zivilrechtlichen Vorganges" handelt, wie die Verfahrensbevollmächtigten der Antragstellerin im Widerspruchsschreiben vom 31. Oktober 2019 (dort S. 16) ausgeführt haben, kann zur Überzeugung der Kammer somit nicht ernstlich angenommen werden.

28 Schließlich erscheint der Kammer die Vorlageanordnung unter Berücksichtigung der Grundrechte und rechtlich geschützten Belange der Antragstellerin bei Abwägung mit dem öffentlichen Interesse an einer weiteren Aufklärung des Sachverhalts auch angemessen (= verhältnismäßig im engeren Sinne). Insbesondere dringt die Antragstellerin nicht mit ihrem Einwand durch, ihr „Geheimhaltungsinteresse" würde einer Vorlage der notariellen Unterlagen entgegenstehen (so das Widerspruchsschreiben vom 31. Oktober 2019, S. 17). Soweit die Antragstellerin befürchtet, die Unterlagen unterlägen nach ihrer Vorlage den Offenlegungspflichten des Informationsfreiheitsgesetzes Berlin und wären mithin „einer breiten Öffentlichkeit zugänglich, ohne dass es hierfür ein rechtliches Erfordernis gäbe" (ebd.), vollzieht sich der Schutz personenbezogener Daten sowie von Betriebs- und Geschäftsgeheimnissen gegenüber Akteneinsichtsersuchen Dritter auf der Ebene der §§ 6 und 7 IFG Bln. Etwaigen Geheimhaltungsinteressen der Antragstellerin gegenüber der Öffentlichkeit kann damit hinreichend Rechnung getragen werden. Einen Grund, die Vorlage der in Rede stehenden Unterlagen schon gegenüber dem Antragsgegner zu verweigern, stellt das Geheimhaltungsinteresse der Antragstellerin angesichts des öffentlichen Interesses daran, einer möglichen Umgehung des Vorkaufsrechts entgegenzuwirken, nicht dar.

29 Ebenso wenig lässt sich zur Überzeugung der Kammer unter den Gegebenheiten des vorliegenden Falls ein Verstoß gegen den Gleichbehandlungsgrundsatz

bzw. das Willkürverbot gemäß Art. 3 Abs. 1 GG feststellen (vgl. zu dieser Grenze des Ermessensspielraums nur W.-R. *Schenke/Ruthig,* in: Kopp/Schenke, a.a.O., § 114 Rn. 41). Das Vorgehen des Antragsgegners beruht nach dem zuvor Gesagten auf sachlichen Erwägungen, gegen die jedenfalls bei summarischer Prüfung nichts zu erinnern ist. Die strittige Vorlageanordnung liegt im Interesse eines effizienten Verwaltungshandelns und dient der effektiven Durchsetzung der im Allgemeinwohl erlassenen Bestimmungen des § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 und der §§ 24 ff. BauGB.

30 Im Übrigen ist auch nicht zu beanstanden, dass sich der Antragsgegner im Rahmen der Ausübung seines Auswahlermessens gerade an die Antragstellerin gewandt hat. Im Gegenteil, erscheint es der Kammer durchaus naheliegend, die Antragstellerin als (mutmaßliche) „Erstkäuferin" in Anspruch zu nehmen.

31 bb. Es besteht auch ein besonderes öffentliches Interesse im Sinne des § 80 Abs. 2 Satz 1 Nr. 4 VwGO an der sofortigen Vollziehung der Vorlageanordnung, das über das (einfache) öffentliche Interesse an der Entscheidung hinausgeht (vgl. für diese weitere materielle Rechtmäßigkeitsvoraussetzung der Vollziehungsanordnung eingehend nur *W.-R. Schenke,* in: Kopp/ders., a.a.O., § 80 Rn. 90 ff.). Die dem Gericht insoweit eröffnete Abwägung der widerstreitenden Interessen geht zum Nachteil der Antragstellerin aus. Das besondere öffentliche Vollzugsinteresse ergibt sich hier insbesondere auch aus der Art der getroffenen Maßnahme, nämlich einer Anordnung zur Erforschung des Sachverhalts, die vor dem Hintergrund einer möglichen Umgehung des gemeindlichen Vorkaufsrechts gemäß § 24 Abs. 1 Satz 1 Nr. 4, 2. Var. BauGB im Geltungsbereich einer sozialen Erhaltungsverordnung nach § 172 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 BauGB ergangen ist. Nach Ansicht der Kammer kann kein ernstlicher Zweifel daran bestehen, dass die Ziele des sozialen Erhaltungsrechts und des dem Antragsgegner in diesem Zusammenhang gesetzlich eingeräumten Vorkaufsrechts eine zügige Sachverhaltsaufklärung erfordern und die von dem Antragsgegner zu diesem Zweck ergriffene Maßnahme als dringlich bzw. unaufschiebbar erscheinen lassen. Ein Zuwarten, bis über die strittige Vorlageanordnung in der Hauptsache rechtskräftig entschieden worden ist, würde den Zweck der Maßnahme konterkarieren. Weil zumindest mit der Möglichkeit gerechnet werden muss, dass sich im Zuge der Ermittlungen des Antragsgegners das Vorliegen eines Vorkaufsfalls bestätigen könnte, würde sich hierdurch eine etwaige Ausübung des Vorkaufsrechts in einer mit den Zielen des § 172 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 und der §§ 24 ff. BauGB kaum vereinbaren Weise verzögern. Das öffentliche Interesse daran, den Antragsgegner möglichst rasch diejenige Tatsachengrundlage zu verschaffen, die für die Prüfung notwendig ist, ob das Vorkaufsrecht von Rechts wegen ausgeübt werden darf und – falls ja – ob es nach pflichtgemäßem behördlichen Ermessen (vgl. nur *Reidt,* in: Battis/Krautzberger/Löhr, BauGB, 12. Aufl. 2014, § 28 Rn. 4) tatsächlich auch ausgeübt werden soll, überwiegt das private Aufschubinteresse der Antragstellerin deutlich.

32 1.2 Die Zwangsgeldandrohung in dem Bescheid vom 18. Oktober 2019 findet ihre Rechtsgrundlage in § 208 Satz 2 und 3 BauGB. Danach kann für den Fall, dass ein Beteiligter einer auf der Grundlage von § 208 Satz 1 BauGB erlassenen Anordnung nicht nachkommt, ein Zwangsgeld bis zu 500,00 Euro angedroht und festgesetzt werden. Ist Beteiligter eine juristische Person oder eine nichtrechtsfähige Personenvereinigung, so ist das Zwangsgeld dem nach Gesetz oder Satzung Vertretungsberechtigten anzudrohen und gegen ihn festzusetzen. Ausgehend davon sind Rechtsfehler der Zwangsgeldandrohung vorliegend nicht zu erkennen.

STEUERRECHT

Steuerbefreiung für ein Familienheim im Fall der Renovierung

ErbStG § 13 Abs. 1 Nr. 4c S. 1; BGB § 1922, § 2147

Amtliche Leitsätze:

1. Unverzüglich i. S. des § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG bedeutet ohne schuldhaftes Zögern, d.h. innerhalb einer angemessenen Zeit nach dem Erbfall. Angemessen ist regelmäßig ein Zeitraum von sechs Monaten.

2. Nach Ablauf von sechs Monaten muss der Erwerber darlegen und glaubhaft machen, zu welchem Zeitpunkt er sich zur Selbstnutzung als Familienheim entschlossen hat, aus welchen Gründen ein Einzug nicht früher möglich war und warum er diese Gründe nicht zu vertreten hat. Umstände in seinem Einflussbereich, wie eine Renovierung der Wohnung, sind ihm nur unter besonderen Voraussetzungen nicht anzulasten.

BFH (II. Senat), Urteil vom 28.05.2019 – II R 37/16

I. Sachverhalt:

1 Der Kläger und Revisionskläger (Kläger) ist neben seinem unter Betreuung stehenden Bruder (B) Miterbe seines am 5. Januar 2014 verstorbenen Vaters (V).

2 Zum Nachlass gehörte ein von V bis zu seinem Ableben vollständig selbst genutztes Zweifamilienhaus mit einer Wohnfläche von ca. 120 qm. Gemäß dem gemeinschaftlichen Testament des V und seiner vorverstorbenen Ehefrau sollte der Kläger Alleineigentümer des Hauses werden. Mit notariell beurkundetem Vermächtniserfüllungsvertrag vom 20. Februar 2015 hoben der Kläger und B die Erbengemeinschaft an dem Grundbesitz in der Weise auf, dass der Kläger Alleineigentum erhielt. Der Vertrag bedurfte der Genehmigung durch die Ergänzungsbetreuerin und das Betreuungsgericht. Die Eintragung des Klägers als Alleineigentümer im Grundbuch erfolgte am 2. September 2015.

3 Angebote von Handwerkern für eine Renovierung des Hauses holte der Kläger ab April 2016 ein. Die Bauarbeiten im Haus begannen im Juni 2016.

4 Der Beklagte und Revisionsbeklagte (das Finanzamt – FA –) setzte mit Bescheid vom 27. Juni 2014 Erbschaftsteuer in Höhe von 77.835 € fest. Der Grundbesitzwert des Zweifamilienhauses wurde geschätzt.

5 Mit seinem – Einspruch beantragte der Kläger die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c des Erbschaftsteuer- und Schenkungsteuergesetzes (ErbStG) für den Erwerb der Immobilie. Er gab an, das Haus renovieren und – zunächst als Zweitwohnsitz, nach Beendigung seines Arbeitsverhältnisses als Hauptwohnsitz – selbst nutzen zu wollen.

6 Nachdem der Grundbesitzwert niedriger festgestellt wurde, änderte das FA die ursprünglich festgesetzte Erbschaftsteuer mit Bescheid vom 17. September 2015 entsprechend ab. Den Einspruch wies es mit der Begründung zurück, der Kläger habe das Haus nicht unverzüglich zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmt.

7 Die Klage blieb erfolglos. Das Finanzgericht (FG) gestand dem Kläger in Hinblick auf die unverzügliche Bestimmung zur Selbstnutzung in zeitlicher Hinsicht zu, zunächst seine Eigentümerposition mit B, dem diesen unterstützenden Sozialamt, der Ergänzungsbetreuerin und dem Betreuungsgericht klären zu müssen. Seit der Eintragung als Alleineigentümer im Grundbuch seien aber mehr als sechs Monate verstrichen, ohne dass der Kläger Maßnahmen ergriffen habe, die auf eine unverzügliche Bestimmung des Hauses zur Selbstnutzung schließen lassen würden. Das Urteil des FG ist in Entscheidungen der Finanzgerichte (EFG) 2016, 2079 veröffentlicht.

8 Mit der Revision rügt der Kläger die Verletzung des § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG.

9 In einem während des Revisionsverfahrens ergangenen Änderungsbescheid vom 10. Januar 2017 setzte das FA die Erbschaftsteuer wegen einer Änderung des Grundbesitzwerts auf 71.745 € herab.

10 Der Kläger beantragt sinngemäß, die Vorentscheidung aufzuheben und den Erbschaftsteuerbescheid vom 10. Januar 2017 dahingehend zu ändern, dass die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG gewährt wird.

11 Das FA beantragt, die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

II. Aus den Gründen:

12 Die Revision führt aus verfahrensrechtlichen Gründen zur Aufhebung der Vorentscheidung, weil sich während des Revisionsverfahrens der Verfahrensgegenstand, über dessen Rechtmäßigkeit das FG zu entscheiden hatte, geändert hat (§ 127 der Finanzgerichtsordnung – FGO –). An die Stelle des im Klageverfahren angefochtenen Erbschaftsteuerbescheids vom 17. September 2015, über den das FG entschieden hat, ist wäh-

rend des Revisionsverfahrens der Bescheid vom 10. Januar 2017 getreten und nach § 121 Satz 1 i.V.m. § 68 Satz 1 FGO Gegenstand des Verfahrens geworden. Das angefochtene Urteil ist daher gegenstandslos und aufzuheben (vgl. Urteil des Bundesfinanzhofs – BFH – vom 14. November 2018 – II R 34/15, BFHE 263, 273, Rz 12, m.w.N.).

13 Einer Zurückverweisung der Sache an das FG nach § 127 FGO bedarf es jedoch nicht, da sich aufgrund des Änderungsbescheids an dem zwischen den Beteiligten streitigen Punkt nichts geändert hat (vgl. BFH-Urteil in BFHE 263, 273, Rz 13). Die vom FG getroffenen tatsächlichen Feststellungen bilden nach wie vor die Grundlage für die Entscheidung des BFH; sie fallen durch die Aufhebung des finanzgerichtlichen Urteils nicht weg, da das finanzgerichtliche Urteil nicht an einem Verfahrensmangel leidet (vgl. BFH-Urteil in BFHE 263, 273, Rz 13, m.w.N.).

14 Die Sache ist spruchreif. Die Klage ist unbegründet und daher abzuweisen. Der angefochtene Erbschaftsteuerbescheid ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Der Erwerb des Zweifamilienhauses ist nicht nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG steuerbefreit.

15 1. Steuerfrei ist nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG u.a. der Erwerb von Todes wegen des Eigentums oder Miteigentums an einem im Inland belegenen bebauten Grundstück i.S. des § 181 Abs. 1 Nr. 1 bis 5 des Bewertungsgesetzes (BewG) in der ab 2009 geltenden Fassung durch Kinder i.S. der Steuerklasse I Nr. 2, soweit der Erblasser darin bis zum Erbfall eine Wohnung zu eigenen Wohnzwecken genutzt hat oder bei der er aus zwingenden Gründen an einer Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken gehindert war, die beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim) und soweit die Wohnfläche der Wohnung 200 qm nicht übersteigt. Als Erwerb von Todes wegen gilt nach § 3 Abs. 1 Nr. 1 ErbStG u.a. der Erwerb durch Erbanfall (§ 1922 des Bürgerlichen Gesetzbuchs – BGB –) oder durch Vermächtnis (§§ 2147 ff. BGB).

16 2. Nach ihrem Wortlaut erfasst die Steuerbefreiung nach § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG eine auf einem bebauten Grundstück i.S. des § 181 Abs. 1 Nr. 1 BewG gelegene Wohnung, wenn die Wohnung beim Erwerber unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt ist (Familienheim).

17 a) Eine Wohnung ist zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt, wenn der Erwerber die Absicht hat, die Wohnung selbst zu eigenen Wohnzwecken zu nutzen, und diese Absicht auch tatsächlich umsetzt. Die Absicht des Erwerbers zur Selbstnutzung der Wohnung lässt sich als eine innere Tatsache nur anhand äußerer Umstände feststellen. Dies erfordert, dass der Erwerber in die Wohnung einzieht und sie als Familienheim für eigene Wohnzwecke nutzt. Die bloße Widmung zur Selbstnutzung – beispielsweise durch Angabe in der Erbschaftsteuererklärung – reicht nicht aus (BFH-Urteil vom 5. Oktober 2016 – II R 32/15, BFHE 256, 359, BStBl II 2017, 130, Rz 10).

18 Der Begriff des Familienheims setzt zudem voraus, dass der Erwerber dort den Mittelpunkt seines Lebensinteresses hat (vgl. BFH-Urteil in BFHE 256, 359, BStBl II 2017, 130, Rz 10). Nicht begünstigt sind deshalb Zweit- oder Ferienwohnungen (vgl. BFH-Urteil vom 18. Juli 2013 – II R 35/11, BFHE 242, 153, BStBl II 2013, 1051, Rz 9). Unschädlich ist es, wenn das Kind, z.B. als Berufspendler, mehrere Wohnsitze hat, solange das Familienheim seinen Lebensmittelpunkt bildet (vgl. BT-Drucks 16/11107, S. 8 f.).

19 b) Der Erwerber muss die Wohnung unverzüglich, d.h. ohne schuldhaftes Zögern (vgl. § 121 Abs. 1 Satz 1 BGB) zur Selbstnutzung für eigene Wohnzwecke bestimmen.

20 aa) Unverzüglich erfolgt eine Handlung nur, wenn sie innerhalb einer nach den Umständen des Einzelfalls zu bemessenden Prüfungs- und Überlegungszeit vorgenommen wird. Dies bedeutet, dass ein Erwerber zur Erlangung der Steuerbefreiung für ein Familienheim innerhalb einer angemessenen Zeit nach dem Erbfall die Absicht zur Selbstnutzung des Hauses fassen und tatsächlich umsetzen muss (BFH-Urteil vom 23. Juni 2015 – II R 39/13, BFHE 250, 207, BStBl II 2016, 225, Rz 24).

21 bb) Angemessen ist regelmäßig ein Zeitraum von sechs Monaten nach dem Erbfall. Zieht der Erwerber innerhalb dieses Zeitraums in die Wohnung ein, kann in der Regel davon ausgegangen werden, dass eine unverzügliche Bestimmung der Wohnung zur Selbstnutzung als Familienheim vorliegt. Den durch § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG begünstigten Erwerbern ist eine gewisse Zeit einzuräumen, damit sie prüfen können, ob sie in die Wohnung einziehen. Hat der Erwerber nach der ihm zuzubilligenden Bedenkzeit den Entschluss zum Einzug gefasst, benötigt er weitere Zeit für eine eventuelle Renovierung bzw. Gestaltung der Wohnung für eigene Wohnzwecke sowie für die notwendige Durchführung des Umzugs. Unter Berücksichtigung dieser gesamten Umstände erscheint ein Zeitraum von bis zu sechs Monaten nach dem Erbfall als erforderlich (BFH-Urteil in BFHE 250, 207, BStBl II 2016, 225, Rz 25).

22 cc) Wird die Selbstnutzung der Wohnung erst nach Ablauf von sechs Monaten aufgenommen, kann ebenfalls eine unverzügliche Bestimmung zur Selbstnut-

zung vorliegen. Allerdings muss der Erwerber in diesem Fall darlegen und glaubhaft machen, zu welchem Zeitpunkt er sich zur Selbstnutzung der Wohnung für eigene Wohnzwecke entschlossen hat, aus welchen Gründen ein tatsächlicher Einzug in die Wohnung nicht früher möglich war und warum er diese Gründe nicht zu vertreten hat. Solche Gründe können z.B. vorliegen, wenn sich der Einzug wegen einer Erbauseinandersetzung zwischen Miterben oder wegen der Klärung von Fragen zum Erbanfall und zu den begünstigten Erwerbern über den Sechsmonatszeitraum hinaus um einige weitere Monate verzögert. Umstände im Einflussbereich des begünstigten Erwerbers, die nach Ablauf des Sechsmonatszeitraums zu einer längeren Verzögerung des Einzugs führen (wie z.B. eine Renovierung der Wohnung), sind nur unter besonderen Voraussetzungen nicht dem Erwerber anzulasten. Das kann beispielsweise der Fall sein, wenn sich die Renovierung deshalb länger hinzieht, weil nach Beginn der Renovierungsarbeiten ein gravierender Mangel der Wohnung entdeckt wird, der vor dem Einzug beseitigt werden muss. Je größer der zeitliche Abstand zwischen dem Erbfall und dem tatsächlichen Einzug des Erwerbers in die Wohnung ist, umso höhere Anforderungen sind an die Darlegung des Erwerbers und seine Gründe für die verzögerte Nutzung der Wohnung für eigene Wohnzwecke zu stellen (BFH-Urteil in BFHE 250, 207, BStBl II 2016, 225, Rz 26).

23 3. Eine eng am Wortlaut vorgenommene Auslegung des § 13 Abs. 1 Nr. 4c Satz 1 ErbStG ist auch aus verfassungsrechtlichen Gründen geboten (vgl. BFH-Urteile in BFHE 256, 359, BStBl II 2017, 130, Rz 17, zu § 13 Abs. 1 Nr. 4c ErbStG, und vom 29. November 2017 – II R 14/16, BFHE 260, 372, BStBl II 2018, 362, Rz 27, zu § 13 Abs. 1 Nr. 4b ErbStG).

24 4. Im Streitfall ist die Würdigung des FG, der Kläger habe das Zweifamilienhaus nicht unverzüglich zur Selbstnutzung zu eigenen Wohnzwecken bestimmt, revisionsrechtlich nicht zu beanstanden. V ist am 5. Januar 2014 verstorben. Es kann dahinstehen, inwieweit das Zuwarten auf das Wirksamwerden des Vermächtniserfüllungsvertrags oder auch auf die Eintragung des Klägers im Grundbuch einer unverzüglichen Bestimmung des Hauses zur Selbstnutzung als Familienheim nicht entgegenstanden. Jedenfalls hat der Kläger auch nach Eintragung im Grundbuch nicht unverzüglich das Haus des V zu eigenen Wohnzwecken bestimmt. Erst im April 2016, mehr als zwei Jahre nach dem Todesfall und mehr als sechs Monate nach der Eintragung im Grundbuch, hat der Kläger Angebote von Handwerkern eingeholt und damit überhaupt erst mit der Renovierung begonnen. Die Arbeiten am Haus haben erst im Juni 2016 begonnen. Der Kläger hat nicht dargelegt und glaubhaft gemacht, dass er diese Verzögerung nicht zu vertreten hat. Schließlich war der Kläger am Tag der mündlichen Verhandlung vor dem FG, dem 28. September 2016, – mithin zwei Jahre und acht Monate nach dem Erbfall – noch immer nicht in das geerbte Haus eingezogen.

BUCHBESPRECHUNGEN

Grundbuchordnung

Herausgegeben von Prof. Dr. Stefan Hügel. Bearbeitet vom Herausgeber und von Dr. Johannes Holzer, Walter Kral, Aksel Kramer, Dr. Hans-Frieder Krauß, Dr. Dirk-Ulrich Otto, Dr. Wolfgang Reetz, Harald Wilsch und Andreas Zeiser. Verlag C. H. Beck, 4. Aufl., 2020, 1843 Seiten, 139 €, ISBN 978-3-406-73839-5

Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

Im Jahre 2006 erschien dieser Kommentar als erster Online-Kommentar zur Grundbuchordnung, 2007 folgte die Print-Ausgabe. Die hier angezeigte 4. Auflage bietet nicht nur eine komplette Erläuterung aller Bestimmungen der Grundbuchordnung, sondern zusätzlich auch in eigenen systematischen Kapiteln die grundbuchrechtlichen Besonderheiten aus Grundbuchverfügung, WEG, Erbbaurecht, Gesellschaftsrecht, Pfändung im Grundbuchverfahren, Zwangssicherungshypothek, Insolvenz im Grundbuchverfahren sowie Verfügungsbeeinträchtigungen und Vertretungsmacht. Eigene Abschnitte enthalten auch Besonderheiten im Grundbuchverfahren, so das Sonderrecht der neuen Bundesländer, internationale Bezüge im Grundstücksverkehr und zu alten Rechtspositionen. Die Neuauflage berücksichtigt zahlreiche gesetzliche Neuerungen wie etwa den geänderten § 133 GBO und den neu eingefügten § 12d GBO. Auch auf die Kostenberechnung von Grundbucheintragungen wird eingegangen. Auf aktuellem Stand findet sich die gesamte Rechtsprechung aufgearbeitet, etwa zu hochaktuellen Themen der Voreintragung der Erben bei Eintragung einer Finanzierungsgrundschuld und Grundbuchberichtigung, bei einem Vindikationslegat nach ausländischen Erbordnungen. Selbstverständlich geht das Werk auch auf das Datenbankgrundbuch als neue Darstellungsform des Grundbuchinhalts ein (§ 134a Rn. 1).

Dem BGH (DNotZ 2017, 463) erschien es zweifelhaft, ob ein auf dem Ersuchen angebrachtes Siegel mit der Umschrift „Bayern Amtsgericht“ den inhaltlichen Anforderungen an die Angabe der ersuchenden Behörde genügt, weil sich aus der Umschrift kein eindeutiger Hinweis auf die Behörde das Gericht/Behörde ergebe (Böhringer Rpfleger 2017, 30). Das Werk setzt voraus, dass das Siegel anhand seiner inhaltlichen Ausgestaltung der ersuchenden oder erklärenden Behörde zugeordnet werden kann, wobei neuerdings die Bezeichnung des Gerichts im Siegelabdruck entbehrlich erscheint (§ 29 Rn. 194c; OLG München NJW-RR 2019, 1100 = RNotZ 2019, 542; OLG Nürnberg BWNotZ 2019, 214 = Rpfleger 2018, 621; ausführlich mit Blick auf Baden-Württemberg *Berchtold* BWNotZ 2019, 162; llg Rpfleger 2019, 61; dazu KG KGJ 28, A 246 und OLGE 5, 6). Es wird bejaht, dass eine Eigentumsvormerkung unter die auflösende Bedingung gestellt werden kann, dass beim Grundbuchamt eine Erklärung des Urkundsnotars eingereicht wird, der gesicherte Anspruch bestehe nicht (§ 44 Rn. 69; ebenso KG Berlin FGPrax 2016, 250 m. Anm. Milzer = MittBayNot 2017, 245 m. Anm. *Weber;* OLG Schleswig DNotI-Report 2016, 121 = notar 2016, 427 m. Anm. *Grüner;* OLG Oldenburg RNotZ 2017, 486). In der Notarpraxis setzt sich zu Recht eine Vertragsgestaltung durch, bei der die materielle Einigungserklärung (§ 925 BGB) bewusst ohne die verfahrensrechtliche Eintragungsbewilligung erklärt wird (§ 20 Rn. 8; BGH BWNotZ 2018, 133 = Rpfleger 2019, 9). In jüngster Zeit wird zudem als Lösung die aufschiebend bedingte Bewilligung der Eigentumsumschreibung diskutiert (*Weber/Wesiack* DNotZ 2019, 164).

Immer wieder taucht bei Rückforderungsrechten die Frage auf, ob eine aufgrund eines Übertragungsvertrages bewilligte und eingetragene Rückauflassungsvormerkung allein durch Vorlage der Sterbeurkunde des Vormerkungsberechtigten oder mit einer Löschungsbewilligung der nach § 35 GBO legitimierten Erben des Berechtigten gelöscht werden kann (§ 23 Rn. 30; dazu OLG Düsseldorf RNotZ 2015, 186; Michael notar 2015, 322). Der durch eine Eigentumsvormerkung zu sichernde Anspruch muss dem Grundbuchamt nicht durch Vorlage des schuldrechtlichen Vertrags nachgewiesen werden; es genügt vielmehr die Angabe in der Bewilligung über die maßgebliche Urkunde (§ 44 Rn. 70; OLG München MDR 2011, 690). Auch bei der Eintragung einer Hypothek kann das Grundbuchamt den Nachweis der Forderung nicht verlangen (Meikel/*Böttcher,* GBO, Einl. B 594).

Derzeit kontrovers diskutiert wird, ob ein neues bzw. verlängertes Europäisches Nachlasszeugnis dem Grundbuchamt vorgelegt werden muss, wenn die Gültigkeitsdauer nach Antragstellung abgelaufen ist (verneinend § 35 Rn. 39; bejahend KG NJW-RR 2019, 1413 = Rpfleger 2019, 699 m. Anm. *Lamberz; Böhringer* NotBZ 2015, 281; *Lange* DNotZ 2016,103, *Schmitz* RNotZ 2017, 269); erstaunt ist man, dass dafür auch § 878 BGB bemüht wird, obwohl die Anwendung dieser Ausnahmeregelung im naheliegenderen Fall des Wegfalls der Verfügungsbefugnis des Testamentsvollstreckers, Nachlassverwalters und Insolvenzverwalters verneint wird (§ 17 Rn. 20; dazu Gutachten DNotI-Report 2017, 66). Umstritten ist auch, ob eine Vollmacht erlischt, sofern der Bevollmächtigte Alleinerbe des Vollmachtgebers wird, was der Kommentar verneint (§ 35 Rn. 78; OLG München NotBZ 2017, 395 = Rpfleger 2017, 382; *Bestelmeyer* FGPrax 2017, 66). Zu Recht bejaht wird, dass subjektiv-dingliche Berechtigungen neben den im BGB vorgesehenen Fällen (§§ 1018, 1094, 1105 BGB) auch bei Vormerkungen zulässig sind (§ 44 Rn. 29, 67; OLG München MittBayNot 2017, 496 m. Anm. Hecht).

Abgelehnt wird vom Kommentar die Meinung, der Notar könne den Nachweis der Erbenstellung gegenüber dem Grundbuchamt auch dadurch führen, dass der Notar in der Kaufvertragsurkunde das Vorliegen einer Ausfertigung des Erbscheins bestätigt und dem Grundbuchamt eine von ihm gefertigte beglaubigte Abschrift des Erbscheins überreicht (§ 35 Rn. 58). Auch bei einem Testamentsvollstreckerzeugnis muss dieses dem Grundbuchamt in Urschrift oder Ausfertigung vorgelegt werden (§ 52 Rn. 62; OLG Hamm FGPrax 2016, 201 = MittBayNot 2017, 249 m. Anm. Berger). Dies gilt auch im elektronischen Rechtsverkehr mit dem Grundbuchamt, weshalb es dann im Grundbuchverfahren zu einem Medienbruch kommt (§ 137 Rn. 6; *Böhringer* NotBZ 2015, 281). An einem dinglichen Vorkaufsrecht kann eine Gesamtberechtigung nach § 428 BGB nicht wirksam entstehen (§ 47 Rn. 45; BGH DNotI-Report 2017, 46 = Rpfleger 2017, 326). Zur Aufhebung eines dinglichen Rechts, für das eine Gesamtberechtigung im Sinne des § 428 BGB besteht, ist, sofern sich aus dem zugrundeliegenden Schuldverhältnis nicht etwas anderes ergibt, die Aufgabeerklärung (§ 875 Abs. 1 BGB) aller Gesamtgläubiger erforderlich (BGH DNotI-Report 2017, 46 = Rpfleger 2017, 326; OLG München ZfIR 2019, 868; a. A. der Kommentar in § 47 Rn. 44).

Die Beteiligung von Gesellschaften bürgerlichen Rechts an Immobilientransaktionen stellt die notarielle und grundbuchamtliche Praxis immer wieder vor Probleme. Es ist nämlich Immer noch manches bei einer am Grundstücksverkehr teilnehmenden GbR ungeklärt; das Werk gibt einen guten Überblick über alle Probleme, die den Notar und das Grundbuchamt dabei beschäftigen (§ 47 Rn. 83 ff.). Ein nicht rechtsfähiger Verein kann mangels Registereintragung nicht (nur) unter seinem Namen, sondern nur mit den einzelnen Mitgliedern im Grundbuch eingetragen werden (§ 44 Rn. 42; BGH NotBZ 2016, 384 m. Anm. *Waldner* = Rpfleger 2016, 470). Um Mitarbeitervollmachten auch bei Personalfluktuationen handhabbar zu machen, werden sie häufig „für die jeweiligen Mitarbeiter" oder „für einen der jeweiligen Mitarbeiter, welchen der Notar zu bezeichnen bevollmächtigt ist" erteilt; bedauerlicherweise wird lediglich die ablehnende Meinung des OLG Frankfurt (DNotI-Report 2008, 135) zitiert (Abschn. V Rn. 21) referiert, nicht jedoch die Meinungen, die eine solche Vollmacht für im Grundbuchverkehr als ausreichend betrachten (so z. B. OLG Jena NotBZ 2015, 343; OLG Brandenburg Rpfleger 2013, 386; OLG Dresden NotBZ 2012, 135; OLG Brandenburg NotBZ 2012, 133). Im Hinblick auf § 29 Abs. 1 S. 2 GBO ist bei der Anwendung von § 15 Abs. 3 GBO streitig, ob der Prüfvermerk der Form einer Vermerkurkunde bedarf (so § 15 Rn. 89; *Weber* RNotZ 2017, 427, 434) oder auch formfrei erstellt werden kann (so OLG Köln BeckRS 2019, 30772). Die Prüfungspflicht gemäß § 15 Abs. 3 S. 1 GBO erfasst auch die Zustimmung des Verwalters einer Wohnungseigentümergemeinschaft gemäß § 12 Abs. 1 WEG (§ 15 Rn. 82; OLG Köln BeckRS 2019, 30772). Das Werk empfiehlt, die Aufhebung einer Veräußerungsbeschränkung nach § 12 WEG im Interesse der Rechtssicherheit in die betroffenen Grundbücher eintragen zu lassen (Abschn. WEG Rn. 80). Fraglich ist geworden, ob für die Änderung eines Sondernutzungsrechts eine Gebühr erhoben werden kann (bejahend Abschn. WEG Rn. 206; verneinend OLG Hamburg notar 2019, 22 m. Anm. *Jeep*). Im Grundbuchverfahren ist nicht zu prüfen, ob der WEG-Verwalter noch zu dem Zeitpunkt bestellt ist, zu dem der Umschreibungsantrag eingeht (§ 29 Rn. 127b; BGH DNotZ 2013, 362 m. Anm. *Commichau* = Rpfleger 2013, 136).

Diese Beispiele zeigen, dass der Kommentar voll auf der Höhe der Zeit ist. Wer sich rasch und kompetent im Grundbuchrecht informieren will, kommt an diesem Klassiker nicht vorbei. Das vorzügliche Werk informiert prägnant und zuverlässig. Es erfüllt die Bedürfnisse der Praxis bei den Notaren und Grundbuchämtern in hohem Maße und ist in jeder Hinsicht eine hervorragende Arbeitshilfe für die Grundstückspraxis.

Lutter. Umwandlungsgesetz.

Kommentar mit systematischer Darstellung des Umwandlungssteuerrechts und der Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan sowie Kommentierung des SpruchG. 6. neu bearbeitete und erweiterte Auflage, 2019, 3281 Seiten, 2 Bände. Verlag Dr. Otto Schmidt KG Köln, 279 €, ISBN 978-3-504-37020-6

Besprechung von Professor Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz

Der „Lutter" ist ein „Klassiker" zum UmwG. Auf 3281 Seiten werden die einzelnen Bestimmungen des Umwandlungsgesetzes zu Vorgängen der Verschmelzung, der Spaltung und dem Formwechsel erläutert, ausgelegt und systematisiert. Eindrucksvoll werden Möglichkeiten und Grenzen der Gestaltung von Gesellschaftsformen und Vermögensbindungen dargestellt. Mit viel Gespür für Problemlagen werden Fragen und Konstellationen von einem hochkarätigen Autorenteam auf hohem Niveau in verlässlichen und richtungweisenden Kommentierungen dargestellt und praxisorientiert Lösungswege angeboten. Neben der Kommentierung des UmwG enthält der „Lutter" Erläuterungen des Umwandlungssteuerrechts und der Umwandlungsmaßnahmen im Insolvenzplan (neuer Anhang I) sowie eine Kommentierung des Spruchverfahrensgesetzes. Auch die Sondervorschrift des neuen § 122m UmwG zur Regelung des Austritts des Vereinigten Königreichs Großbritannien und Nordirland aus der Europäischen Union wird samt Anhang umfassend erläutert (Brexit), was mehrere Tausend Unternehmen (Limited) betrifft, die ihren Verwaltungssitz in der Bundesrepublik Deutschland haben.

Die Möglichkeiten zur Verschmelzung, Spaltung, Vermögensübertragung und zum Formwechsel eines Rechtsträgers sind grundsätzlich beschränkt auf inländische Rechtsträger und auf die im UmwG oder einem anderen Gesetz ausdrücklich zugelassenen Fälle (§ 1 Abs. 2 UmwG); Ausnahmen bilden die SE und die grenzüberschreitenden Verschmelzungen nach §§ 122a ff. UmwG. Umfassend erläutert wurden die teilweise neuen Vorschriften zur grenzüberschreitenden Hinausverschmelzung und Hineinverschmelzung von Gesellschaften. Fraglich ist dabei geworden, ob die Nachricht über die Eintragung der Verschmelzung im Register als Verschmelzungsbescheinigung i. S. v. § 122k Abs. 2 S. 2 UmwG behandelt werden kann und ob eine solche bloße Eintragungsnachricht von den jeweiligen Kontrollstellen im Ausland als ordnungsgemäße Verschmelzungsbescheinigung akzeptiert wird (kritisch § 122k Rn. 21). Gegebenenfalls ist der Verschmelzungsbescheinigung eine Apostille oder Legalisation beizufügen. Weiter wird auf für Notare und Registergerichte relevante Formfragen eingegangen wie z. B., ob ein Umwandlungsvertrag nur durch einen deutschen Notar beurkundet werden kann oder ob auch eine Auslandsbeurkundung zulässig ist, was der Kommentar unterschiedlich beantwortet (vgl. § 6 Rn. 10, § 13 Rn. 18, § 20 Rn. 74, § 126 Rn. 13, § 193 Rn. 10). Angesichts der bestehenden Unsicherheiten in Literatur und Registerpraxis empfiehlt sich eine Beurkundung im Inland. Auch auf die Besonderheiten bei einer Umwandlung mit einer beteiligten Unternehmergesellschaft (UG) wird eingegangen (Einl. I Rn. 53, 55; § 138 Rn. 3). Ebenfalls erläutert sind die Sondervorschriften für die Umwandlung von Partnerschaftsgesellschaften. Da jede Umwandlung zu ihrer Wirksamkeit der Eintragung in das Register des übertragenden und des übernehmenden Rechtsträgers bedarf, sind die Erläuterungen zur Anmeldung und ihr beizufügender Anlagen für die Praxis besonders hilfreich (§§ 16, 17). Ausführlich wird das Prinzip der Gesamtrechtsnachfolge bei Umwandlungen behandelt. Betont wird, dass einzelne Vermögensobjekte eines übertragenden Rechtsträgers von dem Übergang auf den übernehmenden Rechtsträger nicht ausgenommen werden können; sollte das gewünscht sein, muss das Objekt vor Wirksamwerden der Umwandlung mit dinglicher Wirkung aus dem Vermögen des übertragenden Rechtsträgers ausgeschieden sein (§ 20 Rn. 6 ff.). Bei der „partiellen" Gesamtrechtsnachfolge durch einen Spaltungsvorgang hat der Notar zu beachten, dass bei Grundstücken ihre Bezeichnung nach § 28 GBO zu erfolgen hat (§ 126 Rn. 53; BGH DNotZ 2008, 468; OLG Schleswig DNotZ 2010, 66). Auf das Kostenrecht für Notare, Anwälte und Gerichte wird kurz eingegangen (§ 16 Rn. 13, 118).

Viele sonstige weiterführende Hinweise zu Detailfragen geben dem Benutzer das Gefühl, sich mit dem Kommentar auf sicherem Terrain zu befinden. Der „Lutter" zeichnet sich nach wie vor durch eine sehr gute Lesbarkeit und die Orientierung an der Praxis aus. Das Werk ist eine reichhaltige und verlässliche Informationsquelle zum komplexen Bereich des Umwandlungsgesetzes. Jeder wird den Kommentar mit großem Gewinn in die Hand nehmen. Prädikat: „Unverzichtbar".

Beck'sches Formularbuch
(Bürgerliches, Handels- und Wirtschaftsrecht)

von Michael Hoffmann-Becking und Alexander Gebele. (Hrsg.) 13. Auflage (– München, Beck 2019, 2833 S., geb. € 139,–. ISBN: 978-3-406-72235-6

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

Das zu besprechende Werk kann getrost als ein Klassiker der kautelarrechtlichen Literatur bezeichnet werden. Drei Jahre nach der Vorauflage ist das umfassende Formularbuch nunmehr in der 13. Auflage erschienen. Neu im Autorenkreis, und aus baden-württembergischer Sicht sehr zu begrüßen ist die Aufnahme von *Stefan* Ott (Notar in Weinheim) und *Carsten Walter* (nunmehr Notar in Esslingen / Neckar) in den Autorenkreis. Diese verantworten nunmehr die Abschnitte zum Grundstücksrecht und zum Erbbaurecht.

Das Werk überzeugt vor allem durch seine umfassende Darstellung. Ausgehend vom Aufbau des BGB bietet das Werk zu jedem Bereich des Bürgerlichen Rechts und des Wirtschaftsrechts verlässliche und umfassende Formulierungshilfen, welche sofort in die eigene Sammlung übernommen werden können.

Eine umfassende inhaltliche Würdigung kann an dieser Stelle kaum erfolgen, daher soll der praktische Wert dieses Werks anhand nur einiger Beispiele kurz dargestellt werden:

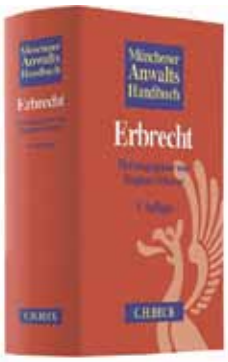
Positiv hervorzuheben ist aus notarieller Sicht vor allem die Fülle an Formularen für die Gesellschaft mit beschränkter Haftung sowie für die Aktiengesellschaft. Gerade die verschiedenen im Formularbuch enthaltenen Satzungsvarianten, geben dem Gestalter diverse Möglichkeiten das Richtige für jeden Einzelfall zu finden. Dabei werden nicht nur die Besonderheiten der Mitbestimmung berücksichtigt, sondern auch die unterschiedlichen möglichen Wünsche der Mandanten entsprechend angerissen.

Eine wahre Fundgrube ist das von *Walter* und *Dieckmann* bearbeitete Kapitel zum Grundstücksrecht. Dabei werden nicht nur übliche Regelungen besprochen, wie die Bestellung eines Nießbrauchs oder die Teilung oder Vereinigung eines Grundstücks. Es finden sich auch eher exotische Fälle, die dem Gestalter in der Praxis eine wertvolle Hilfe bieten.

Ein in der aktuellen Diskussion häufiger auftauchendes Problem ist die Absicherung der Nutzung einer Photovoltaikanlage durch den Verkäufer beim Verkauf des Grundstücks. In diesem Zusammenhang ist vor allem das Urteil des OLG Stuttgart vom 18.06.2018 (BWNotZ 2018, 76) zu beachten. Hier besteht vor allem die Problematik, dass die Vormerkung zu Sicherung des Benennungsrechts eines Dritten erst mit der Eintragung der Eigentumsänderung auf dem Erwerber möglich ist. Andernfalls liegt ein Verstoß gegen das Identitätsgebot vor. Dieser, in der Praxis häufiger vorkommende Fall, wird von *Walter,* nicht dargestellt. Eine Anpassung oder Ergänzung des Musters IV.A.19 ist für die künftige Auflage daher wünschenswert.

Aus notarieller Sicht interessant sind aber nicht nur die Abschnitte zu den klassischen notariellen Themen. Zu erwähnen sind die von *Weidmann* bearbeiteten Kapitel zum Vereins- und Stiftungsrecht. Vor allem Stiftungen erfreuen sich in den letzten Jahren immer größerer Beliebtheit. Daher ist es beruhigend in diesem Werk eine verlässliche Hilfestellung für mögliche künftige Fragestellungen zu haben.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass der *Hoffmann-Becking/Gebele* aus der Handbibliothek eines Notars kaum wegzudenken ist. Die enthaltenen Muster bieten für jeden Gestalter eine wertvolle Hilfe und werden auch in Zukunft eine herausragende Rolle in der Kautelarpraxis übernehmen. Zu erwähnen ist auch der überaus faire Preis des Werks, welcher weit unter den vergleichbaren Konkurrenzwerken liegt. Schließlich ist auch die Bereitstellung sämtlicher Muster zum Download eine wertvolle Ergänzung.



Münchener Anwalts Handbuch Erbrecht

von Prof. Dr. Stephan Scherer (Hrsg.) 5. Auflage (– München, Beck 2018, 2412 S., geb. € 199,–. ISBN: 978-3-406-70864-0

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

Nach der Lektüre dieses Werks gibt es einen Punkt, der zur sofortigen Kritik verführt. Das Werk bietet nämlich vielmehr als der Titel auf den ersten Blick hergibt. Zum einen behandelt es nicht nur rein erbrechtliche Fragestellungen, sondert bietet eine umfassende Hilfestellung für sämtliche Bereiche der Vermögensnachfolge. Ferner ist das Handbuch nicht nur für eine Anwälte eine wertvolle Hilfestellung in der täglichen Arbeit, auch für Notare bietet das Werk eine mehr als wertvolle Ergänzung vor allem an den Schnittstellen zwischen dem klassischen Erbrecht und sonstigen bei der Vermögensnachfolge relevanten Rechtsgebieten wie dem Steuerrecht, dem Stiftungsrecht und dem Gesellschaftsrecht.

Nach einer kurzen Einführung in das erbrechtliche Mandatsverhältnis wird in Teil B des Werks detailliert auf die Beratung zur Vermögensnachfolge eingegangen. Dabei werden sämtliche in der Beratung relevanten Punkte detailliert und eingehend besprochen.

Aus notarieller Sicht besonders interessant ist der zweite Abschnitt betreffend die möglichen Anordnungen des Erblassers. Hier werden die einzelnen Gestaltungsvarianten strukturiert, vertieft und mit einer Genauigkeit dargestellt, die in dieser Tiefe kaum woanders aufzufinden ist. So werden allein auf knapp 50 Seiten verschiedene Vermächtnisarten erörtert. Dabei werden die einzelnen Gestaltungsmöglichkeiten nicht nur kurz vorgestellt, sondern kritisch unter Einbeziehung der einschlägigen Rechtsprechung sowie der relevanten Literatur beleuchtet. Ebenfalls sehr hilfreich sind die zahlreichen Formulierungsbeispiele.

In weiteren Abschnitten werden die Nachlassabwicklung, inklusive der relevanten Verfahren, der Ausschluss der Erbfolge und lebzeitige Übertragungen behandelt. Ferner werden das relevante Steuerrecht, das Stiftungsrecht und Fragen des Auslandsbezugs angesprochen.

Besonders erwähnt soll an dieser Stelle der zehnte Abschnitt des Werkes, welcher sich mit speziellen Themen in der Vermögensnachfolge beschäftigt. Hier ist vor allem des von *Biermann* verfasste Kapitel zum Digitalen Nachlass von besonderem Interesse. Auch ohne das Urteil des BGH vom 12.07.2018 (BWNotZ 2018, 122) berücksichtigen zu können kommt der Bearbeiter zur Anwendung der allgemeinen Vorschriften auf den digitalen Nachlass und kritisiert zurecht die vorinstanzliche Entscheidung des KG (Urteil vom 31.5.2017 – 21 U 9/16), welche sich vor allem auf § 88 Abs. 3 TKG stützt. Dies ist aber abzulehnen, da der Erbe nicht ein „anderer" im Sinne der Vorschrift sein kann (so auch *Biermann* § 50 Rn. 42).

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass das vorliegende Werk auch für die Notare ein empfehlenswertes Werk für die tägliche Erbrechtsberatung darstellt, und daher zur Anschaffung empfohlen werden kann. Einziger Wermutstropfen ist, dass die zahlreichen Formulierungsbeispiele und Muster nicht zum Download verfügbar sind. Dies wäre eine willkommene Ergänzung für die nächsten Auflagen.

Das notarielle Nachlassverzeichnis

von Ulf Schönenberg – Wesel (– München, Beck 2020, 406 S., geb. € 99,–.
ISBN: 978-3-406-73987-3

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

Das notarielle Nachlassverzeichnis gehörte in der Vergangenheit eher an den Rand der notariellen Tätigkeit. In den letzten Jahren allerdings gewinnt dieses immer mehr an Bedeutung, was auch die Zahl, der in den letzten Jahren ergangenen höchstrichterlichen Rechtsprechung zu diesem Thema bestätigt. Die von der Rechtsprechung dabei aufgestellten Anforderungen stellen den mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses befassten Notar immer wieder vor schwierige Einzelfragen, welche schnell und rechtssicher entschieden werden müssen.

Dabei ist Literatur zum notariellen Nachlassverzeichnis rar gesät. Sowohl die vorhandenen Kommentierungen als auch die vorhandenen Handbücher, bleiben in ihrer Tiefe hinter den Anforderungen der Praxis zurück. Umso erfreulicher ist es, dass nunmehr mit dem besprochenen Werk ein Handbuch vorgelegt wird, welches die Ansprüche an die Tätigkeit des Notars sowie die notwendigen Amtshandlungen in allen Einzelheiten beleuchtet.

Das Buch ist in elf Teile aufgegliedert. Nach einer kurzen Einführung stellt der Autor zunächst kurz den materiellrechtlichen Auskunftsanspruch des Pflichtteilberechtigten vor, bevor er die Pflichten und die Haftung des Notars erörtert und kurz auf das zwingend notwendige Zeitmanagement eingeht.

Sodann widmet sich der Autor im sechsten Teil dem Verfahren der Erstellung des Verzeichnisses sowie der Urkunde. Von besonderer praktischer Relevanz ist dabei das Kapitel zum Ermittlungsverfahren. Vom Autor selbst als „Herzstück" der notariellen Tätigkeit im Rahmen der Errichtung des Nachlassverzeichnisses bezeichnet, ist dieses Kapitel sowohl für den erfahrenen Praktiker als auch für den Anfänger eine unverzichtbare Hilfestellung. Neben dem offensichtlichen Auskunftsersuchen bei den öffentlichen Registern und Ämtern, werden zahlreiche Tipps präsentiert, welche die Ermittlung des vorhandenen Nachlasses wesentlich erleichtern. Flankiert wird der Abschnitt durch zahlreiche Anschreiben- und Belehrungsmuster, welche ohne wesentliche Veränderungen in die eigene Sammlung übernommen werden können. In den weiteren Abschnitten geht der Autor sodann auf den Inhalt der Urkunde ein und behandelt kurz die Besonderheiten des Auskunftsanspruchs in der Zwangsvollstreckung sowie die Kosten des notariellen Nachlassverzeichnisses.

Ebenfalls zu positiv zu erwähnen sind die im letzten Abschnitt elf abgedruckten Gesamtmuster. Diese sind in dieser Tiefe kaum irgendwo anders zu finden. Sowohl die Checkliste zu den notariellen Ermittlungen als auch das Gesamtmuster des eigentlichen Verzeichnisses regelt sämtliche Eventualitäten und erlaubt die uneingeschränkte Übernahme in die eigene Sammlung.

Fazit: Das Werk füllt eine Lücke auf dem Markt und bietet eine umfassende, detaillierte und fundierte Darstellung der Aufgaben des Notars im Zusammenhang mit der Erstellung des Nachlassverzeichnisses. Das Werk ist jedem Notar wärmstens zur Anschaffung zu empfehlen und wird jedem Anwender unschätzbare Dienste erweisen.

20. Wissenschaftliches Symposium

des Instituts für Notarrecht an der Julius-Maximilians-Universität Würzburg
Neubaukirche, Domerschulstraße 16, 97070 Würzburg, am Freitag, 19. Juni 2020, zum Thema

Gesellschaftsrecht im Wandel

09.15 Uhr	**Begrüßung und Einführung:** *Prof. Dr. Peter **Limmer**,* Tagungsleiter; Notar, Würzburg; Präsident der NotRV; Vorsitzender des INotR Würzburg
09.30 Uhr	**Die Auslegung von § 179a AktG in der Rechtsprechung des BGH** *Prof. Dr. Ingo **Drescher**,* Vorsitzender Richter am BGH, II. Zivilsenat, Karlsruhe
10.00 Uhr	**Die Vertretung der BGB-Gesellschaft – Status Quo und Perspektiven** *Univ.-Prof. Dr. Johannes **Wertenbruch**,* Universität Marburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
10.30 Uhr	*Diskussion, anschließend Kaffeepause*
11.10 Uhr	**Die Online-Gründung der GmbH** *Univ.-Prof. Dr. Christoph **Teichmann***, Universität Würzburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Deutsches und Europäisches Handels- und Gesellschaftsrecht
11.40 Uhr ***Neuer Beitrag!***	**Die Online-Gründung aus Sicht der notariellen Praxis – Überlegungen der Bundesnotarkammer zur Umsetzung der Digitalisierungsrichtlinie** *Notarassessor Dr. Peter **Stelmaszczyk**,*Geschäftsführer, Bundesnotarkammer, Brüssel; *Notarassessor Dr. Philipp **Kienzle**,* Bundesnotarkammer, Berlin
12.00 Uhr	**Call- und Put-Optionen im Gesellschaftsrecht** *Prof. Dr. Hartmut **Wicke**, LL.M. (Stellenbosch),* Notar, München
12.30 Uhr	*Diskussion, anschließend Mittagessen*
13.30 Uhr	**Das Transparenzregister in der Beratungs- und Gestaltungspraxis** *Dr. Christian **Bochmann**, LL.M. (Cambridge),* Rechtsanwalt, Direktor des Notarrechtlichen Zentrums Familienunternehmen der Bucerius Law School, Hamburg
14.00 Uhr	**Die fehlerhafte Kapitalerhöhung und ihre Heilung** *Univ.-Prof. Dr. Jan **Lieder**, LL.M. (Harvard),* Universität Freiburg, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Handels- und Wirtschaftsrecht
14.30 Uhr	*Diskussion, anschließend Kaffeepause*
15.15 Uhr	**Güterstandsklauseln in Gesellschaftsverträgen** *Univ.-Prof. Dr. Anatol **Dutta***, M. Jur (Oxford), LMU München, Lehrstuhl für Bürgerliches Recht, Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung
15.45 Uhr	**§ 181 BGB im Gesellschaftsrecht – ein Best-of** *Dr. Simon **Blath**,* Stellv. Referatsleiter im Gesellschafts- und Steuerrecht, Deutsches Notarinstitut Würzburg
16.15 Uhr	*Diskussion und Schlusswort*: *Prof. Dr. Peter **Limmer**,* Notar, Würzburg

16.30 Uhr 23. NotRV-Mitgliederversammlung

Organisatorische Hinweise:
Die Veranstaltung richtet sich an alle vertragsgestaltend und forensisch tätigen Praktiker sowie an einschlägig interessierte Wissenschaftler, also nicht nur an Notare bzw. Mitglieder der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. Die Teilnehmer erhalten nach dem Symposium eine Teilnahmebescheinigung sowie einen Tagungsband per Post. Der Tagungsbeitrag ist vor Beginn der Tagung und nach Erhalt der Rechnung auf das Konto der Deutschen Notarrechtlichen Vereinigung e. V. mit Verwendungszweck **„Symposium 2020"** wie folgt zu überweisen: HypoVereinsbank UniCredit AG Würzburg, IBAN: **DE29790200760006671594.** Rückerstattung des Tagungsbeitrages bei Nichtteilnahme erfolgt nur bei Abmeldung bis 7 Tage vor der Veranstaltung. Für zurückzuzahlende Teilnahmegebühren wird eine Stornogebühr in Höhe von 10 € berechnet.
Anmeldungen richten Sie bitte an: Institut für Notarrecht an der Universität Würzburg, Gerberstraße 19, 97070 Würzburg, **Fax:** 0931/35576225; **E-Mail:** notrv@dnoti.de; www.notrv.de. **Teilnahmegebühren: frei** für Notarassessoren mit NotRV-Mitgliedschaft; **60 €** für Notare a. D. mit NotRV-Mitgliedschaft; **105 €** für Notare a. D. und Notarassessoren ohne NotRV-Mitgliedschaft, Rechtsanwälte mit max. 3 J. Zulassung, Notariatsangestellte; **185 €** für NotRV-Mitglieder; **235 €** für Nichtmitglieder.