

# BWNotZ

## Zeitschrift für das Notariat in Baden-Württemberg

### Herausgeber

Württembergischer Notarverein e.V.  
in Verbindung mit dem  
Badischen Notarverein e.V.

Kronenstraße 34  
70174 Stuttgart

### Schriftleitung

Notarvertreter im Landesdienst  
Stefan Mattes, Vaihingen/Enz

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Notariatsdirektor, Lörrach

[www.notare-wuerttemberg.de](http://www.notare-wuerttemberg.de)  
[www.badischer-notarverein.de](http://www.badischer-notarverein.de)  
ISSN-Nummer 1434-2979

## 2/2012

April

Seiten 25-60

## Inhalt

### Abhandlungen

#### *Böhringer*

Besonderheiten bei Beteiligten eines  
Grundstücksveräußerungsvertrags

.....26

#### *Schmidt*

Die Bruchteilsgemeinschaft als  
Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft.

.....35

Rechtsprechung.....38

Buchbesprechungen.....52

Aktuelles aus dem Steuerrecht  
(Mensch).....55



**Auch Sie können  
den Kindern helfen!**

## **Ein Vermächtnis für das Leben**

Der Kampf gegen Krebserkrankungen im Kindes- und Jugendalter und die Unterstützung der Betroffenen sind wichtige Aufgaben moderner Medizinforschung und klinischer Therapie. Diesen Zielen hat sich die „Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen“ seit über 10 Jahren verschrieben.

- **Wir unterstützen die Krebsforschung.**
- **Wir verbessern die personelle und sachliche Ausstattung der Uni-Kinderklinik Tübingen.**
- **Wir vermindern die psychischen und sozialen Belastungen der Kinder und ihrer Familien.**

### **Die erzielten Erfolge geben uns Recht – und vielen jungen Menschen Hoffnung!**

Die Stiftung des Fördervereins für krebskranke Kinder Tübingen trägt wesentlich dazu bei, dass die Kinderklinik Tübingen auf dem Gebiet der Kinderonkologie und der Knochenmarkstransplantation international eine führende Rolle einnimmt und viele neue Behandlungsansätze von Tübingen Ihren Ausgang nehmen.

Prof. Dr. med. Rupert Handgretinger,  
Direktor Universitätsklinik Tübingen

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

### **Hilfe gibt Hoffnung – Hoffnung ist Hilfe!**

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

# Inhaltsverzeichnis

## Abhandlungen

**Prof. Walter Böhringer, Notar a.D., Heidenheim/Brenz**

Besonderheiten bei Beteiligten eines Grundstücksveräußerungsvertrags **26**

**Christian Schmidt, Rechtspfleger, Bad Saulgau**

Die Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft **35**

## Rechtsprechung

### 1. Grundstücksrecht

**Anmerkung zum Urteil des LG Karlsruhe vom 26.06.2011, 11 S 7/10 von Timo Lutz, Filderstadt**

Bestellung einer Unternehmergeellschaft (haftungsbeschränkt) zum Verwalter einer Wohnungseigentumsgemeinschaft **38**

**OLG Stuttgart, 19.12.11, 10 U 63/11**

Zu den Voraussetzungen eines Überbaus und daraus resultierenden Folgeansprüchen im Bauträgervertrag **39**

### 2. Erbrecht

**OLG München, 01.12.2012, 31 WX 249/11**

Fristbeginn der Selbstanfechtung bei einem gemeinschaftlichen Testament;  
Unbeachtlichkeit des Irrtums über eine Bindungswirkung **46**

### 3. Verfahrensrecht

**OLG München, 20.02.2012, 31 Wx 565/11**

Zu den Voraussetzungen der Zugangsfiktion bei Aufgabe zur Post gem. § 15 FamFG **50**

## Buchbesprechungen

Notarhandbuch Gesellschafts- und Unternehmensrecht (Uricher) **52**

Notarkosten im Grundstücksrecht (Böhringer) **53**

Kreditsicherung durch Grundschulden (Dieckmann) **54**

**Aktuelles aus dem Steuerrecht (Mensch) **55****

## Besonderheiten bei Beteiligten eines Grundstücksveräußerungsvertrags

Von Notar a.D. Professor Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

*Am Grundstücksverkehr nehmen verschiedenartige Rechts-subjekte teil. Für diese gelten oftmals Besonderheiten, die sich aus dem Familien- und Erbrecht, dem Insolvenz- und Vollstreckungsrecht sowie aus dem Gesellschafts-/Genossenschafts- und Vereinsrecht ergeben können. Die Abhandlung befasst sich mit den Besonderheiten.*

### 1. Natürliche Personen

Stirbt der Erblasser in der Interimszeit (zwischen Auflassung und Grundbucheintragung), so bedarf es zur Eintragung des Eigentumswechsels auf Grund einer vom Erblasser erklärten Auflassung nicht der Zustimmung des Erben<sup>1</sup> oder Erbes-erben oder eines Erbteils-erwerbers.<sup>2</sup> Der Tod des Grundstücksveräußerers ist nicht dem Verlust der Verfügungsbe-fugnis gleichzustellen. Entscheidend kommt es lediglich auf den Zeitpunkt der Abgabe der Auflassungserklärung an. Ob diese Erklärung dem Grundbuchamt bereits vor dem Tod des Veräußerers eingereicht worden ist oder nicht, ist ohne Be-deutung. Der Umstand, dass die Auflassungserklärung beim Grundbuchamt erst eingeht, wenn Grundbuchberichtigung durch Eintragung der Erben bereits erfolgt ist, berührt die Wirksamkeit der noch vom Veräußerer selbst abgegebenen Auflassungserklärung nicht.<sup>3</sup> Um die vom Erblasser abgege-bene Auflassungserklärung durch Eigentumsumschreibung auf den Erwerber in das Grundbuch vollziehen zu können, bedarf es weder der vorherigen Eintragung der Erben des Veräußerers noch deren Eintragungsbewilligung oder Zu-stimmung (§ 40 Abs. 1 GBO).

Das Grundbuchamt hat keine Nachforschungen anzustel-len, ob der Erwerber noch lebt, ob er verheiratet ist und in welchem Güterstand er lebt. Nur wenn das Grundbuchamt weiß, dass die Angaben in der Bewilligung unrichtig sind, hat es den Eintragungsantrag zu beanstanden oder zurück-zuweisen. Hat das Grundbuchamt in Unkenntnis des Todes des verstorbenen Erwerbers diesen eingetragen, ist die Ein-tragung weder inhaltlich unzulässig noch unwirksam. Das Ei-gentum ist vielmehr auf den Erben übergegangen, der nach § 1922 BGB in die Rechtsstellung des Erblassers eingetreten ist, mit der Folge, dass das Grundbuch durch Eintragung des Erben auf dessen – umgestellten – Antrag und mit Erbnach-weis nach dem verstorbenen Erwerber berichtigt werden kann.<sup>4</sup>

### 2. Noch nicht Geborene

Noch **nicht Geborene** können das Eigentum an einem Grundstück wegen der Bedingungsfeindlichkeit der Auflassung (§ 925 Abs. 2 BGB) nicht erwerben.<sup>5</sup>

### 3. Handeln durch Dritte/Vorsorgevollmacht

#### a. Vollmachtausübung, Vollmachtsbestätigung

Im Grundstücksvertrag muss stets klar zum Ausdruck kommen, ob jemand als Vertreter oder als Vertreter ohne Vertretungsmacht für eine andere Person handelt. Vor Vertragsschluss erteilte Spezialvollmachten werden meist formularmäßig erteilt und nicht beurkundet, sondern nur beglaubigt. Wegen Verstoßes gegen das Gebot der voll-ständigen Beurkundung (§ 311b Abs. 1 BGB) sind in Son-derfällen aber die Vollmacht und das ihr zugrunde liegende Rechtsgeschäft (Auftrag oder Geschäftsbesorgungsver-trag) zu beurkunden (z. B. unwiderrufliche Vollmacht).<sup>6</sup> Tritt jemand ohne formgerechte Vollmacht auf, hat der Voll-machtgeber die Vollmacht nachträglich in der Form des § 29 GBO zu bestätigen.<sup>7</sup>

#### b. Nachgenehmigung

Der von einem vollmachtslosen Stellvertreter vorgenomme-ne Grundstücksvertrag ist schwebend unwirksam und kann nachgenehmigt werden. Im Grundbuchverfahren bedarf die Genehmigung auf Grund von § 29 GBO zumindest der öf-fentlichen Beglaubigung.<sup>8</sup>

Der Nachweis des Zugangs der Genehmigungserklärung bei Vertreter oder Vertragspartner wird im Grundbuchverfahren ausreichend dargetan, wenn die Auflassungsurkunde oder die Bewilligung samt Genehmigung von den Beteiligten selbst oder für diese vom Notar dem Grundbuchamt ein-gereicht werden. Die Urkundsperson ist nämlich nach h. M. ermächtigt, eine etwa erforderliche Genehmigung eines Ver-tragsteils entgegenzunehmen. Während die Erteilung einer Vollmacht bei bestimmter Falllage beurkundungspflichtig ist, gelten diese Einschränkungen im Falle einer nachträglichen Genehmigung des Rechtsgeschäfts durch einen zunächst vollmachtlos vertretenen Vertragspartner nicht.

1 BGHZ 48, 356 = DNotZ 1968, 414 = Rpfleger 1968, 49 = WM 1967, 1171; BayObLGZ 1990, 306 = NJW-RR 1991, 361 = Rpfleger 1991, 58.

2 OLG Zweibrücken MittBayNot 1975, 177; BayObLGZ 1986, 493 = DNotZ 1987, 365 = Rpfleger 1987, 110.

3 Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3345.

4 Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3347.

5 Meikel/Böttcher, GBO, Rn. 160 vor GBV und § 15 Rn. 21 GBV; KEHE/Munzig, GBR, § 20 Rn. 57.

6 BayObLGZ 27, 298; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3537.

7 Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3304.

8 BGH DNotZ 1999, 40; Meikel/Hertel, GBO, § 29 Rn. 69.

### c. Vorsorgevollmachten

Seit dem 1.9.2009 ist klargestellt, dass die von den Betreuungsbehörden unterschrittsbeglaubigten Vorsorgevollmachten der Grundbuchverfahrensrechtlichen Form des § 29 GBO genügt. Von der Form der Urkunde ist aber der Inhalt der Vollmacht zu unterscheiden und dann zu fragen, ob die Vollmacht nicht im Außenverhältnis bedingt ist. Üblicherweise enthalten Formulierungsvorschläge zu Vorsorgevollmachten Beschränkungen (in der Regel nur für das Innenverhältnis), wonach von der Vollmacht nur Gebrauch gemacht werden darf, wenn der Vollmachtgeber zur Regelung seiner Angelegenheiten selbst nicht mehr in der Lage ist. Für das Grundbuchverfahren wären solche auf das Innenverhältnis beschränkte Vollmachten unproblematisch. Das Grundbuchamt müsste Vollmachten zurückweisen, aus denen nicht (etwa aufgrund einer Beschränkung im Innenverhältnis) hervorgeht, dass sie für den Fall der Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers erteilt wurden. § 29 GBO erfordert nämlich, dass sich die Eigenschaft als Vorsorgevollmacht und damit die Beglaubigungszuständigkeit der Urkundsperson der Betreuungsbehörde aus der vorgelegten Vollmachtsurkunde selbst ergibt (oder jedenfalls aus anderen, der Form des § 29 GBO genügenden Nachweisen). Vollmachten, die in Vermögensangelegenheiten unabhängig von einer möglichen Betreuungsbedürftigkeit des Vollmachtgebers erteilt werden, unterfallen nicht der Beglaubigungsbefugnis der Betreuungsbehörden und genügen schon daher nicht der Form des § 29 Abs. 1 GBO.<sup>9</sup> Ist die Vorsorgevollmacht auch im Außenverhältnis beschränkt (etwa auf den Fall, dass der Vollmachtgeber seine eigenen Angelegenheiten nicht mehr selbst wahrnehmen kann), so ist dem Grundbuchamt der Bedingungseintritt in der Form des § 29 GBO (d.h. durch öffentliche Urkunden wie z. B. amtsärztliches Zeugnis) nachzuweisen, was wohl selten gelingen wird.

## 4. Ehegatten

### a. Zugewinnngemeinschaft

Wenn Ehegatten heiraten, leben sie gesetzlich im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Dies ist eine Art Gütertrennung ohne gemeinschaftliches Vermögen. Gleichwohl können die Ehegatten gemeinsam Vermögen erwerben, dann aber in Bruchteilsgemeinschaft oder als Gesellschafter einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts. Als Wahlgüterstände können durch notariellen Ehevertrag vereinbart werden: Gütertrennung, Gütergemeinschaft, den Güterstand nach dem deutsch-französischen Abkommen.<sup>10</sup>

Im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft bedarf ein Ehegatte zur Verfügung über sein Vermögen im ganzen der Zustimmung des anderen Ehegatten (§ 1365 Abs. 1 Satz 2, § 1366 Abs. 1 BGB). Das gilt nach einhelliger Meinung auch bei der Verfügung über einen einzelnen Gegenstand, der das Vermögen voll oder nahezu repräsentiert,

wenn der Erwerber dies weiß.<sup>11</sup> Durch Ehevertrag können Zustimmungserfordernisse aus § 1365 BGB ausgeschlossen oder eingeschränkt, aber nicht erweitert werden.<sup>12</sup> Die Eintragung einer Vormerkung ist nicht nach § 1365 BGB zustimmungspflichtig, da sie akzessorisch zum zu sichernden schuldrechtlichen Anspruch ist. Die Verfügungsbeschränkung aus § 1365 BGB ist nicht eintragungsfähig, hindert die Wirksamkeit der Verfügung und sperrt das Grundbuch. Der gute Glaube daran, dass der Verfügende unverheiratet sei oder in Gütertrennung lebe, wird nicht geschützt.<sup>13</sup>

Verfügt nur ein Ehegatte über Grundbesitz, so ist das Grundbuchamt nur dann berechtigt und verpflichtet, den Nachweis der Zustimmung des anderen Ehegatten oder aber den Nachweis weiteren Vermögens zu verlangen, wenn sich im Zeitpunkt der Eigentumseintragung aus den Eintragungunterlagen oder sonst bekannten Umständen konkrete Anhaltspunkte dafür ergeben, dass die Tatbestandsvoraussetzungen eines Veräußerungsverbots nach § 1365 BGB gegeben sind.<sup>14</sup> Das Pfälz. OLG Zweibrücken<sup>15</sup> hat diese nunmehr gefestigte Meinung bestätigt. Konkrete Anhaltspunkte für eine solche Sachlage lassen sich nicht lediglich aus dem (hohen) Wert des übertragenen Grundbesitzes ableiten.<sup>16</sup> Bei größerem Vermögen liegt eine Zustimmungsbedürftigkeit nur vor, wenn dem Veräußerer weniger als 10% verbleiben, wobei Grundstücksbelastungen den Vermögenswert mindern. Im Hinblick auf das subjektive Tatbestandsmerkmal (Kenntnis des Vertragspartners von der Gesamtvermögensverfügung) hat das Grundbuchamt die Regeln der Beweislast bei nicht weiter aufklärbaren Zweifeln zu beachten: Da die Beweislast auch für das Vorliegen dieser subjektiven Tatbestandsvoraussetzungen des § 1365 BGB beim anderen Ehegatten liegt, hat das Grundbuchamt bei einem non liquet einzutragen.<sup>18</sup>

Jeder Ehegatte kann in sein Alleineigentum erwerben oder aber in Bruchteilsgemeinschaft mit seinem Ehegatten oder mit einem Dritten. Beim Erwerb unterliegt kein Ehegatte güterständlichen Beschränkungen.

### b. Gütergemeinschaft

Die Verfügungsmacht der veräußernden Ehegatten ist durch §§ 1423 - 1425 BGB eingeschränkt. Der Verwalter kann über das Gesamtgut im Ganzen, über ein zum Gesamtgut gehö-

9 Meikel/Hertel, GBO, § 29 Rn. 306; Böhringer BWNNotZ 2006, 118, 124; Gutachten DNotI-Report 2005, 121, 125.

10 Dazu Schaal ZNotP 2010, 162; Jäger ZNotP 2010, 804, 821; ders. DNotZ 2010, 804; Steer notar 2010, 119; Süß ZErB 2010, 281; Krause ZFE 2010, 247; Meyer FamRZ 2010, 612; Süß ZNotP 2011, 282; Stürner JZ 2011, 545; Sengl Rpfleger 2011, 125; Martiny ZEuP 2011, 577; Braun MittBayNot 2012, 89.

11 BGHZ 35, 135 = Rpfleger 1961, 233 = NJW 1961, 1301 = WM 1961, 672; BGHZ 43, 174 = Rpfleger 1965, 107 = DNotZ 1966, 44; BGHZ 64, 246 = DNotZ 1975, 628; KEHE/Munzig, GBR, § 19 Rn. 142; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3354.

12 BGHZ 41, 370 = DNotZ 1964, 689 = WM 1964, 786; OLG Hamburg DNotZ 1964, 229.

13 BGHZ 40, 218 = NJW 1964, 347 = WM 1963, 1340; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3352, 3365.

14 BGHZ 35, 135 = FamRZ 1961, 202 (m. Anm. Meyer-Stolte FamRZ 1961, 363) = NJW 1961, 1301 = Rpfleger 1961, 233 m. Anm. Haegeler; BayObLGZ 1967, 87 = DNotZ 1968, 38 = Rpfleger 1967, 213; BayObLG MittBayNot 1978, 11 = MittRhNotK 1978, 100; LG Koblenz MittRhNotK 1988, 68; LG Landshut MittBayNot 1988, 184; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3394; OLG Zweibrücken DNotZ 1989, 577 = Rpfleger 1989, 95.

15 DNotZ 2004, 151 = Rpfleger 2004, 38 = NotBZ 2004, 73. Zuletzt auch BayObLG Rpfleger 2000, 265 = MittBayNot 2000, 439 = MittRhNotK 2000, 71 = NotBZ 2000, 127; ThürOLG Rpfleger 2001, 298 = FamRZ 2001, 1614 = NJ 2001, 432; OLG München DNotI-Report 2009, 169; OLG Jena FamRZ 2010, 1733.

16 OLG München Rpfleger 2007, 259 = DNotZ 2007, 381 = MittBayNot 2008, 119 m. zust. Anm. Bauer = NJW-RR 2007, 810.

17 OLG München OLGR München 2004, 288 = FamRZ 2005, 272.

18 Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3394.

rendes Grundstück oder schenkweise nur mit Zustimmung des anderen Ehegatten verfügen. Ohne Zustimmung ist die Verfügung absolut unwirksam. Die Beschränkungen gelten ohne Eintragung im Grundbuch. Ob eine Verfügung über das Gesamtgut im Ganzen vorliegt, ist ebenso zu beurteilen wie bei § 1365 BGB, so dass auch die Verfügung über einen einzelnen Gegenstand in Betracht kommt.<sup>19</sup> Soweit sich die Gütergemeinschaft nicht aus dem Grundbuch ergibt, kann der Erwerber gemäß § 892 BGB davon ausgehen, dass es sich um Vorbehaltsgut handelt, über welches frei verfügt werden kann. Unabdingbare Voraussetzung für den Schutz des guten Glaubens ist aber, dass der verfügende Ehegatte im Grundbuch selbst eingetragen ist. Ein Vermerk über die Vorbehaltsgutseigenschaft kann im Grundbuch nicht eingetragen werden.

Hat ein Ehegatte sein Grundstück verkauft und aufgelassen, dann Gütergemeinschaft vereinbart und danach die Eigentumsumschreibung auf den Käufer beantragt, so ist fraglich, ob zur Wirksamkeit der Auflassung noch die Zustimmung des anderen Ehegatten nötig ist, weil eine zwischenzeitliche Umwandlung des Alleineigentums in Gesamthandseigentum eingetreten ist und er diese aufgrund der Universalsukzession gegen sich gelten lassen muss.<sup>20</sup> Liegt die Falllage des § 878 BGB vor, so ist – jedenfalls – einzutragen.<sup>21</sup> Eine noch weiter gehende Ansicht<sup>22</sup> beurteilt das Problem als Vorgang der Gesamtrechtsnachfolge und hält die Zustimmung des anderen Ehegatten nicht für erforderlich; sie geht wie bei der Erbfolge vom Wirksambleiben der Einigung auch gegenüber dem Gesamtrechtsnachfolger aus.

Erwerben Ehegatten, so ist das Grundbuchamt nicht verpflichtet, von Amts wegen Ermittlungen nach der Ehegatteneigenschaft und einem vom Gesetz abweichenden Güterstand des Antragstellers anzustellen. Allein die Lebenserfahrung, dass viele Menschen verheiratet sind, rechtfertigt dies nicht. Es hat z.B. ein erwerbender Ehegatte nicht zu versichern, dass für ihn (wegen seiner Kaufpreiszahlung und etwaiger Kaufpreishypotheken) § 1365 BGB nicht in Betracht kommt. Ebenso hat ein erwerbender Ehegatte nicht zu versichern, dass er nicht im Güterstand der Gütergemeinschaft lebt. In den neuen Ländern ist auch nicht zu versichern, dass keine Option in den Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft nach dem Familiengesetzbuch der ehem. DDR erfolgt ist.

Der Antragsteller hat in seinem Antrag keinerlei Angaben zu machen, ob er verheiratet ist oder in Gütergemeinschaft lebt. Schließlich hat er auch keine entsprechenden Nachweise vorzulegen. Das Grundbuchamt kann solche Erklärungen und Nachweise nur verlangen, wenn für das Grundbuchamt auf Grund von Tatsachen mit Sicherheit feststeht, das

Grundbuch werde durch die Eintragung des Alleineigentums des Antragstellers unrichtig. Vermutet das Grundbuchamt, dass der Antragsteller verheiratet ist und in Gütergemeinschaft lebt, so genügt dies nicht zum Erlass einer Zwischenverfügung. Eine solche würde nämlich darauf hinauslaufen, dem Antragsteller einen Negativbeweis aufzuerlegen. Es wäre unzulässig, dem Antragsteller durch Zwischenverfügung den Nachweis seiner Nichtverheiratung bzw. Nichtvereinbarung von Gütergemeinschaft aufzugeben. Beanstandungen sind nur möglich, wenn das Grundbuchamt positive Anhaltspunkte für das Vorliegen eines Eintragungshindernisses hat. Bloße Zweifel und Vermutungen genügen insoweit nicht.

Erfolgt eine Auflassung an Ehegatten zu Bruchteilseigentum beim Bestehen deutscher Gütergemeinschaft oder Errungenschaftsgemeinschaft ausländischen Rechts, so erfolgt ein automatischer Anfall in das Gesamtgut kraft Gesetzes; die Auflassung ist wirksam. Nach den Maßstäben des BGH<sup>23</sup> ist eine unmittelbare Eintragung der Ehegatten als Erwerber in Gütergemeinschaft daher aufgrund der an die Ehegatten zu Bruchteilen erklärten Auflassung und einer entsprechenden Berichtigungsbewilligung bzw. eines Unrichtigkeitsnachweises in der Form des § 29 GBO möglich. Ebenso hätten die Ehegatten wirksam erworben, falls Auflassung und Grundbucheintragung auf sie zu gleichen Bruchteilen erfolgt wären, obwohl das Grundstück tatsächlich kraft Gesetzes in eine güterrechtliche Gesamthand fiel. Dann wäre eine Grundbuchberichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises oder Berichtigungsbewilligung der eingetragenen Ehegatten möglich (§§ 19, 29 GBO). Im umgekehrten Fall, dass die Auflassung an die Ehegatten in Gütergemeinschaft (oder Errungenschaftsgemeinschaft) erfolgt und sich danach herausstellt, dass die Erwerber tatsächlich in Gütertrennung oder Zugewinnngemeinschaft leben, kann in der Regel die Auflassung in einen Erwerb zu gleichen Bruchteilen umgedeutet werden (ebenso die Grundbucheintragung), sofern nicht ein anderer Wille der Beteiligten erkennbar ist. Ist die Umdeutung zweifelhaft, so können die Erwerber allein das Erwerbsverhältnis einseitig abändern (ohne Mitwirkung des Veräußerers).<sup>24</sup>

Waren am 3.10.1990 in der ehemaligen DDR wohnhafte Personen verheiratet, so wurde ihr bisheriger Güterstand beendet und übergeleitet in den Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Solche Ehegatten konnten aber die Überleitung durch eine Rückoptionserklärung ausschließen, wenn einer von ihnen bis zum Ablauf des 2.10.1992 die Erklärung nach Art. 234 § 4 Abs. 2 EGBGB gegenüber einem Kreisgericht abgegeben hat.<sup>25</sup> Dies erfolgte in etwa 3000 Fällen. Solche Ehegatten behielten dann ihren bisherigen Güterstand der Eigentums- und Vermögensgemeinschaft nach §§ 13 ff. des Familiengesetzbuches der ehemaligen Deutschen Demokratischen Republik. Auf diesen Güterstand finden heute die Vorschriften über die Gütergemeinschaft entsprechende Anwendung (Art. 234 § 4a Abs. 2 EGBGB), vgl. deshalb für Veräußerung und Erwerb die obigen Ausführungen zur Gütergemeinschaft.

19 Ripfel Justiz 1966, 49.

20 Für neue Auflassung BayObLG DNotZ 1976, 607 = Rpfleger 1975, 348 = MittBayNot 1975, 228; LG Ellwangen BWNNotZ 1982, 150; verneinend (Einigung und Bewilligung bleiben wirksam) Staudinger/Gursky, BGB, § 878 Rn.18; Soergel/Gaul, BGB, § 1424 Rn. 5; Tiedtke, FamRZ 1976, 510; Böhringer, BWNNotZ 1983, 133; ders. BWNNotZ 1985, 102; ders. Rpfleger 1990, 337; vermittelnd für Anwendung von § 878 BGB KEHE/Munzig, GBR, § 19 Rn. 150; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3377. Dazu auch Böttcher Rpfleger 1984, 377, 384.

21 KEHE/Munzig, GBR, § 19 Rn. 150.

22 Tiedtke FamRZ 1976, 510; Böhringer BWNNotZ 1983, 133; ders. Rpfleger 1990, 337; MünchKomm/Kanzleiter, BGB, § 1416 Rn. 7; MünchKomm/Wacke, BGB, § 873 Rn. 33; KEHE/Munzig, GBR, § 19 Rn. 150.

23 BGHZ 82, 346 = DNotZ 1982, 692 = Rpfleger 1982, 135 = NJW 1982, 1097.

24 Meikel/Böhringer, GBO, § 47 Rn. 69; DNotl-Gutachten DNotl-Report 2007, 91; Böhringer BWNNotZ 1985, 102.

25 Zur Problematik Böhringer DNotZ 1991, 223.

### c. Fortgesetzte Gütergemeinschaft

Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft ist der überlebende Ehegatte in der Verfügung ebenso beschränkt wie der verwaltende Ehegatte bei bestehender Gütergemeinschaft und bedarf insoweit der Zustimmung der Abkömmlinge in der Form des § 29 GBO. Die Zustimmung des Ehegatten eines verheirateten Abkömmlings ist nur im Fall des § 1365 BGB erforderlich; lebt der Abkömmling in Gütergemeinschaft, gehört seine Beteiligung an der fortgesetzten Gütergemeinschaft zum Sondergut (§ 1417 BGB, worüber er ohne Zustimmung des anderen Ehegatten verfügen kann).

### d. Gemischt-nationale Ehegatten

Treten Ausländer als Beteiligte im Grundbuchverfahren auf, so können Fragen nach der Geschäftsfähigkeit, dem Ehegüterrecht und dem Gemeinschaftsverhältnis nach § 47 GBO auftreten.<sup>26</sup> Das Grundbuchamt darf eine beantragte Eintragung nur ablehnen, wenn feststeht, dass durch die Eintragung das Grundbuch inhaltlich unrichtig würde. Die bloße Möglichkeit, dass dies geschieht, genügt zur Ablehnung nicht.<sup>27</sup> Die Eintragung von Ehegatten als Bruchteilseigentümer darf nach der Entscheidung des BayObLG<sup>28</sup> das Grundbuchamt nur dann ablehnen, wenn es sichere Kenntnis davon hat, dass das Grundbuch dadurch wegen des maßgeblichen Güterrechts unrichtig würde; die bloße Möglichkeit, dass dies geschieht, genügt nicht. Die Entscheidung ist für die Anwendung des IPR und des ausländischen Rechts im Grundbuchverfahren fundamental und setzt die Rechtsprechung des BayObLG aus den Jahren 1986<sup>29</sup> und 1992<sup>30</sup> konsequent fort.

## 5. Lebenspartner

Nach §§ 6 und 7 LPartG gilt für die eingetragenen Lebenspartner uneingeschränkt das eheliche Güterrecht. Wie im Ehegüterrecht gibt es für die eingetragene Lebenspartnerschaft (eLP) den gesetzlichen Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft. Die Lebenspartner haben nach dem Gesetz die Möglichkeit, durch einen notariellen Lebenspartnerschaftsvertrag einen anderen Güterstand zu vereinbaren (§ 7 LPartG). Das LPartG enthält seit 1.1.2005 eine Regelung über die Publizierung eines Güterstandes der Lebenspartner in einem öffentlichen Register. Eine Eintragung eines Güterstandes in das Güterrechtsregister oder ein entsprechendes Register ist möglich. Bei allen Vermögensständen von eingetragenen Lebenspartnern ist im Rechtsverkehr die Verfügungsbeschränkung des § 8 Abs. 2 LPartG i.V. mit § 1365 BGB zu beachten.<sup>31</sup>

26 Süß Rpfleger 2003, 53.

27 LG Duisburg RNotZ 2003, 396.

28 BayObLG BWNNotZ 2001, 132 m. zust. Anm. Böhringer = DNotI-Report 2001, 51 = DNotZ 2001, 391 = NJW-RR 2001, 879 = Rpfleger 2001, 173.

29 BayObLGZ 1986, 81 = BWNNotZ 1987, 15 m. Anm. Böhringer = DNotZ 1987, 98 = Rpfleger 1986, 389.

30 BayObLGZ 1992, 85 = DNotZ 1992, 575 = NJW-RR 1992, 1235 = Rpfleger 1992, 341.

31 Ausführlich Böhringer Rpfleger 2002, 299 zum Erwerb und zur Veräußerung von Grundbesitz durch eingetragene Lebenspartner.

## 6. Minderjähriger/Betreuer

Genehmigungspflichtig nach § 1821 Abs. 1 Nr. 5, § 1643 Abs. 1, § 1908i, § 1915 BGB sind Verträge, die auf den entgeltlichen Erwerb von Grundstückseigentum durch einen Minderjährigen/Betreuten gerichtet sind. Eine Genehmigung ist auch erforderlich für die Veräußerung von Grundbesitz. Die gerichtliche Genehmigung muss mit einem Rechtskraftzeugnis versehen sein.

## 7. Erbengemeinschaft

Bei einer Grundstücksveräußerung sind alle Erben Vertragsbeteiligte. Lebt ein Miterbe im Güterstand der Gütergemeinschaft, so hat auch sein Ehegatte am Vertrag mitzuwirken. Deshalb ist der Miterbe darüber vom Notar zu befragen. Der Ehegatte kann Vollmacht erteilen oder nachgenehmigen (Form: § 29 GBO).

Auch eine Erbengemeinschaft kann in eingeschränktem Umfang Grundbesitz erwerben.<sup>32</sup> Alle Erben müssen als Erwerber bei dem Rechtserwerb mitwirken. Es muss im Regelfall vom Bestehen der Erbengemeinschaft, vom Vorliegen der Voraussetzungen des § 2041 BGB<sup>33</sup> (kein Nachweis dafür, keine Prüfungspflicht des Grundbuchamts) und vom Nichtbestehen von Nacherbfolge oder Testamentsvollstreckung ausgegangen werden. Nur wenn Umstände und Tatsachen vorliegen, die grundbuchverfahrensmäßig mit Sicherheit den Schluss zulassen, dass eine dieser Voraussetzungen nicht zutrifft, darf das Grundbuchamt die Eintragung ablehnen. Das Erbrecht der Erben muss nach § 35 GBO jedoch nachgewiesen werden. Ein Erwerb nach § 2041 BGB kommt nur in Betracht: auf Grund eines zum Nachlass gehörenden Rechts, als Ersatz für Zerstörung, Beschädigung oder Entziehung eines Nachlassgegenstandes, durch ein sich auf den Nachlass beziehendes Rechtsgeschäft: Notwendig ist, dass es nach dem Willen der Beteiligten subjektiv mit Beziehung auf den Nachlass abgeschlossen wird und objektiv mit ihm in Zusammenhang gebracht werden kann und dass sich dafür genügend Anhaltspunkte aus den dem Grundbuchamt vorgelegten Erklärungen ergeben, z. B. wenn ein Miteigentumsanteil zum Nachlass gehört und der andere Anteil hinzuerworben wird<sup>34</sup> oder bei einem Tausch.<sup>35</sup> Nach Erbauseinandersetzung scheidet ein Erwerb durch die Erbengemeinschaft aus.<sup>36</sup> Möglich ist auch der Erwerb eines Grundstücks, um ein anderes Nachlassgrundstück besser bewirtschaften oder ausnützen zu können;<sup>37</sup> Erwerb mit Mitteln des Nachlasses rechtfertigt in der Regel die Annahme des objektiven Erfordernisses, sofern nicht begründete Zweifel an der Richtigkeit der Angaben der Beteiligten bestehen.<sup>38</sup> Hinzukommen muss in den Fällen des § 20 GBO, dass die Miterben den Willen zum erbengemeinschaftlichen

32 Meikel/Böhringer, GBO, § 47 Rn. 76. Dazu auch BGH DNotZ 1987, 429 = NJW 1987, 434; BGH MittBayNot 2000, 325 m. Anm. Mayer = WM 1999, 2412 = ZEV 2000, 62; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3137; Böhringer NotBZ 2011, 317.

33 BGH BB 1968, 853 = NJW 1968, 1824 = WM 1968, 1060; KG Berlin DNotZ 1944, 177; KG Berlin JFG 15, 155; OLG Köln OLGZ 1965, 117; LG Koblenz DNotZ 1950, 65; OGHBrZ NJW 1949, 784; OLG München NJW 1956, 1880; OLG Köln Rpfleger 1987, 409; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3137.

34 KG Berlin JFG 15, 155.

35 OLG Köln Rpfleger 1987, 409.

36 BayObLGZ 1991, 390 = DNotZ 1993, 400 m. Anm. Weidlich = FamRZ 1992, 604 m. Anm. Damrau = MittBayNot 1992, 148 = NJW-RR 1992, 328 = Rpfleger 1992, 62 m. Anm. Streuer Rpfleger 1992, 350.

37 KG Berlin DR 1944, 190.

38 OLG München NJW 1956, 1880; Johannsen WM 1970, 738.

Erwerb haben und ihn in der Urkunde zum Ausdruck bringen. Im Rahmen seiner Sachverhaltsaufklärung hat der Notar die Rechtslage zu prüfen; das Prüfungsrecht des Grundbuchamts erstreckt sich lediglich darauf, ob die Auflassung ordnungsgemäß ist.<sup>39</sup>

## 8. Vorerbe

Der Vorerbe kann über Grundstücke insoweit nicht verfügen, als seine Verfügung das Recht des Nacherben vereiteln oder beeinträchtigen würde. Soll die Verfügung voll wirksam sein, ist die Zustimmung des Nacherben unabdingbar. Zustimmung des Ehegatten, mit dem der Nacherbe in Gütergemeinschaft lebt, ist nicht erforderlich.<sup>40</sup> Auch ein nur bedingt eingesetzter Nacherbe muss zustimmen; nicht erforderlich ist die Zustimmung eines Ersatznacherben.<sup>41</sup> Ein befreiter Vorerbe ist nur insoweit beschränkt, als er zu Lasten des Nachlasses keine unentgeltlichen Verfügungen vornehmen darf. Veräußert der befreite Vorerbe den Grundbesitz und soll der Nacherbenvermerk gelöscht werden, so verlangt das Grundbuchamt entweder Glaubhaftmachung der Entgeltlichkeit (freie Beweiswürdigung – Lebenserfahrung – kein Nachweis in der Form des § 29 GBO)<sup>42</sup> oder Nacherbenzustimmung oder Antrag auf Voreintragung des Vorerben mit Nacherbenvermerk, wenn beides nicht beschafft werden kann. Verfügt ein Vorerbe über ein Grundstück und benötigt er die Zustimmung des in Insolvenz befindlichen Nacherben, so erteilt er die Zustimmung und nicht der Insolvenzverwalter.<sup>43</sup>

## 9. Testamentvollstreckung

Die Anordnung der Testamentvollstreckung wird von Amts wegen im Grundbuch vermerkt. Der Testamentvollstrecker legitimiert sich im Rechtsverkehr durch das Testamentvollstreckerzeugnis. Obwohl in § 2368 Abs. 3 BGB die Gutgläubensvorschriften der §§ 2365 - 2367 BGB auch auf das Zeugnis erstreckt werden, ist diese Regelung durch § 2368 Abs. 3 2. Hs. BGB stark entwertet. Die Wirkung des Zeugnisses erlischt kraft Gesetzes mit der Beendigung des Testamentvollstreckeramtes, so dass das Grundbuchamt beim Nachlassgericht anfragen kann, ob sich der Testamentvollstrecker noch im Amt befindet. Das Nachlassgericht wird allerdings auch nicht in allen Fällen Kenntnis von dem Amtsende haben. Das Testamentvollstreckerzeugnis schützt einen Dritten nicht dagegen, dass der mit ihm Verhandelnde nicht mehr Testamentvollstrecker ist. Im Gegensatz zur Rechtslage beim Erbschein gibt es hier kein Einziehungsverfahren.

Die Amtsbefugnis als Testamentvollstrecker wird gegenüber dem Grundbuchamt durch das Testamentvollstreckerzeugnis nachgewiesen. Hiervon kann das Grundbuchamt nur abweichen, wenn neue, dem Nachlassgericht noch nicht

bekannte Tatsachen bekannt werden, die die Einziehung des Testamentvollstreckerzeugnisses erwarten lassen.<sup>44</sup> Das Testamentvollstreckerzeugnis ist in Urschrift oder Ausfertigung vorzulegen; eine beglaubigte Abschrift genügt nicht. Ist die Erbfolge und die Anordnung der Testamentvollstreckung in einer notariellen oder sonstigen öffentlichen Verfügung von Todes wegen (§ 35 GBO) enthalten, genügt die Vorlage einer beglaubigten Abschrift. Zusätzlich muss eine beglaubigte Abschrift des Eröffnungsprotokolls vorgelegt und die Annahme des Amtes (schriftliche Annahmeerklärung und Bestätigung des Nachlassgerichts über den Eingang dieses Schriftstücks) nachgewiesen werden. Es ist anerkannt, dass das Nachlassgericht eine mit Dienstsiegel versehene Bescheinigung<sup>45</sup> über die Tatsache der Annahme des Amtes als Testamentvollstrecker ausstellen kann, damit der Testamentvollstrecker gegenüber dem Grundbuchamt den Nachweis seiner Verfügungsbefugnis in der Form des § 29 GBO erbringen kann, obwohl eine solche Bescheinigung gesetzlich nirgends festgelegt ist.<sup>46</sup>

Das Grundbuchamt vollzieht eine Verfügung des Testamentvollstreckers nur dann, wenn entweder deren Entgeltlichkeit glaubhaft gemacht ist oder alle Erben und Vermächtnisnehmer zustimmen. Der Nachweis der Entgeltlichkeit braucht nicht in der Form des § 29 GBO geführt zu werden.<sup>47</sup> Der Testamentvollstrecker hat nur einen Sachverhalt darzulegen, der bei freier Beweiswürdigung durch das Grundbuchamt die Entgeltlichkeit zu begründen geeignet ist. Bei Abschluss eines dem Typus nach entgeltlichen Geschäfts (z.B. eines Kaufvertrags), ist grundsätzlich auch im konkreten Fall von der Entgeltlichkeit auszugehen, wenn sich nicht dem Grundbuchamt ein begründeter Zweifel aufdrängt. Mit Zustimmung aller Erben und etwa vorhandener Vermächtnisnehmers<sup>48</sup> kann der Testamentvollstrecker auch unentgeltlich verfügen.

Verliert der Testamentvollstrecker nach der Auflassung, aber vor Grundbucheintragung der Eigentumsänderung die Verfügungsbefugnis, so ist fraglich, ob das Grundbuchamt bei Kenntnis der Sachlage die Eintragung noch vornehmen darf, weil ja grundsätzlich bis zum letzten Erwerbstatbestand die Verfügungsbefugnis vorliegen muss. § 878 BGB ist entsprechend anwendbar.<sup>49</sup> Solange allerdings die überwiegende Rechtsprechung § 878 BGB nicht analog anwendet,

44 BayObLGZ 2004, 370 = Rpfleger 2005, 247 = FGPrax 2005, 56 = NotBZ 2005, 186 = ZEV 2006, 173.

45 KG OLG 28, 293; 38, 136; 40, 49; Bauer/von Oefele/Schaub, GBO, § 52 Rn. 16; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3462.

46 Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rn. 12.

47 Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rn. 60.

48 BGHZ 57, 84 = Rpfleger 1972, 49 = DNotZ 1972, 90; BayObLG BWNotZ 1989, 87 = FamRZ 1989, 668 = MittBayNot 1989, 163 = Rpfleger 1989, 200 = NJW-RR 1989, 587; Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rn. 58; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3437.

49 Staudinger/Gursky, BGB, § 878 Rn. 56; MünchKomm/Wacke, BGB, § 878 Rn. 13; Bauer/von Oefele/Kössinger, GBO, § 19 Rn. 173; Schöner/Stöber, GBO, Rn. 124, 3464a; Böhringer BWNotZ 1984, 137 und 1985, 102; Däubler JZ 1963, 591; Heil RNotZ 2001, 269; Schaub ZEV 2000, 49; Zahn MittRhNotK 2000, 89, 108; a. A. die h. M. in der Rechtsprechung: OLG Celle DNotZ 1953, 158 = NJW 1953, 945; BayObLG NJW 1956, 1279; BayObLG DNotl-Report 1998, 221 = FamRZ 1999, 474 = MittBayNot 1999, 82 = NJW-RR 1999, 1463 = Rpfleger 1999, 25 = ZEV 1999, 67 m. Anm. Reimann = ZfIR 1999, 104; BayObLG MittBayNot 1975, 228; BayObLGZ 1956, 172; OLG Brandenburg OLG-NL 1995, 127 = VIZ 1995, 365 = ZOV 1995, 135; OLG Frankfurt OLGZ 1980, 100 = Rpfleger 1980, 63; OLG Köln MittRhNotK 1981, 139 (für den staatlichen Verwalter); LG Neubrandenburg MDR 1995, 491 = KTS 1995, 437 (für den Konkursverwalter); LG Osnabrück KTS 1972, 202; AG Starnberg FamRZ 1999, 743 = ZEV 1999, 311; Demharter, GBO, § 52 Rn. 18.

39 Ebenso Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3137.

40 LG Frankenthal FamRZ 1983, 1130 = MittBayNot 1983, 176; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3478, 3485.

41 BGHZ 40, 115 = NJW 1963, 2320 = DNotZ 1964, 623; BayObLG DNotZ 2005, 790 = NJW-RR 2005, 956 = Rpfleger 2005, 421; Meikel/Böhringer, GBO, § 51 Rn. 47; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3478, 3485, 3519.

42 BayObLGZ 1986, 208 = FamRZ 1987, 104 = MittBayNot 1986, 266 = Rpfleger 1986, 470; Meikel/Böhringer, GBO, § 47 Rn. 144, 146; Streuer Rpfleger 1992, 350; Eickmann Rpfleger 1979, 169; Schöner/Stöber, GBR, Rn. 159.

43 Gutachten DNotl-Report 2009, 65.

besteht im Rechtsverkehr das Risiko, dass eine sichere und gültige Rechtseintragung nicht erreicht wird, falls das Amt des Testamentsvollstreckers nach Abgabe der Bewilligung und Eingang des Antrags beim Grundbuchamt endet.<sup>50</sup> Dem sorgsamem Notar bleibt bei einem Kaufvertrag wohl nichts anderes übrig, als nach erfolgter Eigentumsumschreibung im Grundbuch eine Auskunft des Nachlassgerichts darüber einzuholen, ob der Testamentsvollstrecker noch im Amt ist und sich vom Testamentsvollstrecker erneut das Testamentsvollstreckerzeugnis vorzulegen zu lassen, bevor er den Kaufpreis dem Veräußerer übermittelt und die Eigentumsvormerkung des Käufers zur Löschung beantragt.<sup>51</sup> Mit der Beendigung des Testamentsvollstreckeramts erlischt auch eine von dem Testamentsvollstrecker erteilte Vollmacht,<sup>52</sup> das Testamentsvollstreckerzeugnis wird von selbst kraftlos. Eine Gutgläubenswirkung erstreckt sich nicht auf den Fortbestand des Amtes.

Der Testamentsvollstrecker kann für den Nachlass erwerben. Rechtsinhaber werden die Erben in Erbengemeinschaft; der Testamentsvollstrecker wird nicht im Grundbuch eingetragen, lediglich ein Testamentsvollstreckungsvermerk erfolgt im Grundbuch. Der TV erwirbt unter Vorlage seines Testamentsvollstreckerzeugnisses bzw. der notariellen Urkunden für die Erbfolge und Nachweis der Berechtigung der Erben durch Erbschein bzw. notarieller Urkunden über die Erbfolge (§ 35 GBO).

## 10. Nachlasspfleger

Der Nachlasspfleger ist gesetzlicher Vertreter des Erben. Ein Verfahrensvermerk wird nicht im Grundbuch des Erblassers eingetragen. Im Rahmen der Verwaltung des Nachlasses ist er auch zur Veräußerung von Nachlassgegenständen (auch Grundstücke) befugt. Der Pfleger legitimiert sich durch Bestallungsurkunde des Nachlassgerichts; er braucht nicht nachzuweisen, wer Erbe ist, also auch keinen Erbschein vorlegen. Eine Voreintragung der Erben bei Verfügungen des Nachlasspflegers nach § 39 GBO ist nicht erforderlich,<sup>53</sup> vgl. § 40 Abs. 1 GBO. Die Verfügung des Nachlasspflegers bedarf nach §§ 1960, 1962, 1821 BGB der Genehmigung des Nachlassgerichts. Die gerichtliche Genehmigung muss mit einem Rechtskraftzeugnis versehen sein. Es wird wohl kaum vorkommen, dass der Nachlasspfleger einen Erwerb für die Erben zu tätigen hat.

## 11. Nachlassverwalter

Der Nachlassverwalter kann zur Befriedigung der Nachlassgläubiger den Nachlass versilbern; ihm steht das Verfügungsrecht über den Nachlass ausschließlich zu. Im Grundbuch des Erblassers wird der Nachlassverwaltungsvermerk eingetragen. Damit wird signalisiert, dass die Erben kein Verfügungsrecht haben. Der Nachlassverwalter legitimiert sich durch Bestallungsurkunde des Nachlassgerichts. Eine

Voreintragung der Erben bei Verfügungen des Nachlassverwalters nach § 39 GBO ist erforderlich, die Ausnahmvorschrift des § 40 Abs. 1 GBO greift nicht. Die Verfügung des Nachlassverwalters bedarf nach §§ 1975 - 1992, 1960, 1915, 1821 BGB der Genehmigung des Nachlassgerichts. Die nachlassgerichtliche Genehmigung muss mit einem Rechtskraftzeugnis versehen sein.

## 12. Insolvenzverwalter

Im Fall eines Insolvenzverfahrens (auch Nachlassinsolvenzverfahren) hat der Insolvenzverwalter das alleinige Verfügungsrecht über das Vermögen des Insolvenzschuldners bzw. über den Nachlass. Wegen der Verfügungssperre für den Rechtsinhaber wird im Grundbuch ein Insolvenzvermerk eingetragen. Verfügungen des Insolvenzschuldners sind nur über sein massedreies Vermögen möglich (z. B. das vom Insolvenzverwalter freigegebene dingliche Recht). Der Insolvenzverwalter legitimiert sich durch Bestallungsurkunde.

Die Verfügungsbefugnis des Veräußerers ist mit der Insolvenzeröffnung weggefallen. Für einen durch Vormerkung gesicherten Anspruch kann der Grundstückserwerber nach § 106 Abs. 1 S. 1 InsO Befriedigung aus der Insolvenzmasse verlangen. Er hat damit einen Anspruch gegen den Insolvenzverwalter auf Eigentumsübertragung (§ 925 BGB) und Erklärung der erforderlichen verfahrensrechtlichen Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO. Der Insolvenzverwalter ist nicht befugt, die Erfüllung des durch Vormerkung gesicherten Anspruchs unter Berufung auf § 103 InsO abzulehnen. Soweit die Auflassung im Kaufvertrag bereits erklärt wurde, ist der für die Beteiligten einfachste und kostengünstigste Weg, die Auflassung durch den Insolvenzverwalter nach § 185 BGB genehmigen zu lassen.<sup>54</sup> In der Notarurkunde sollte klargestellt werden, dass die Genehmigung nicht als Erfüllungswahl i.S. des § 103 Abs. 1 InsO gewertet werden kann. Ist die Auflassung im Kaufvertrag noch nicht erklärt worden, ist diese in einer Nachtragsurkunde durch den Insolvenzverwalter (anstelle des Verkäufers) und den Käufer zu erklären. Trotz Vormerkung nicht insolvenzfest sind bei Immobilienkaufverträgen allerdings die Ansprüche auf Herstellung eines Werkes, auf vertragsgerechte Lastenfreistellung, auf Bestellung von dinglichen Rechten Zug um Zug mit der Eigentumsumschreibung und der Anspruch auf Zahlung von öffentlichen Lasten.<sup>55</sup>

Der Insolvenzverwalter kann für die Insolvenzmasse erwerben. Rechtsinhaber wird der Insolvenzschuldner; der Insolvenzverwalter wird nicht im Grundbuch eingetragen, lediglich ein Insolvenzvermerk wird auf seinen Antrag anlässlich des Rechtserwerbs im Grundbuch eingetragen.<sup>56</sup>

Oftmals liegt der Fall vor, dass der Insolvenzschuldner noch vor Insolvenzeröffnung den Grundstücksvertrag abschloss und für den Erwerber eine Eigentumsvormerkung zur Eintragung im Grundbuch beantragt worden ist. Dann kommt es

50 So Schmenger BWNNotZ 2004, 97, 119; dazu auch Keim ZEV 2007, 470.

51 Zu dieser Kaufvertragsgestaltung Kessler ZNotP 2008, 118.

52 KGJ 41, 79; Meikel/Böhringer, GBO, § 52 Rn. 48; Demharter, GBO, § 52 Rn. 19.

53 Meikel/Böttcher, GBO, § 40 Rn. 29.

54 Wagner ZfIR2009, 345, 356.

55 Ausführlich Suppliet NotBZ 2004, 159.

56 Schöner/Stöber, GBR, Rn. 3138.

auf den Zeitpunkt der Antragstellung beim Grundbuchamt an, damit der Eigentumsverschaffungsanspruch auch gegenüber dem Insolvenzverwalter des Veräußerers durchgesetzt werden kann § 878 BGB.

### 13. Einzelkaufmann

Der Einzelkaufmann ist bei Grundbucheintragungen mit seinem bürgerlichen Namen zu bezeichnen, nicht mit seiner Firma.<sup>57</sup> Auch ein auf die Firma des Einzelkaufmanns hinweisender Zusatz wie „Max Müller als Alleininhaber der Firma Alfred Bär“ kann nicht eingetragen werden.<sup>58</sup> Wohl kann in der Notarurkunde vermerkt werden, dass Herr X handelt als Alleininhaber der Firma XY. Es muss nur dann darauf geachtet werden, dass bei der Auflassung deutlich zum Ausdruck kommt, diese erfolge nur auf den Namen des X.

### 14. WEG-Personenverband

Mit der Anerkennung der (Teil-)Rechtsfähigkeit der Gemeinschaft der Wohnungseigentümer kann dieser Personenverband jetzt Inhaber (Zuordnungssubjekt) von dinglichen Rechten werden.<sup>59</sup> Das können eine oder mehrere Sondereigentumseinheiten (Wohnungseigentum und/oder Teileigentum, z. B. eine Hausmeisterwohnung,<sup>60</sup> ein Teileigentum als Abstellplatz für Kraftfahrzeuge, Fahrräder oder Abfalltonnen<sup>61</sup>, ein Aufenthaltsraum für Pflegepersonal, ein Verwaltungs- oder Geräteraum<sup>62</sup>) sein. Die Wohnungseigentümerversammlung hat eine Beschlusskompetenz für einen Mehrheitsbeschluss, wonach der Personenverband ein dingliches Recht erwerben oder darüber verfügen darf.<sup>63</sup> Eine Vereinbarung aller ist dazu nicht nötig.<sup>64</sup>

Im Anwendungsbereich des § 20 GBO kann das Grundbuchamt einen Nachweis über die Zugehörigkeit des Erwerbsgegenstandes zum Verwaltungsvermögen nur bei begründeten Zweifeln verlangen. Nur wenn konkrete Umstände des Einzelfalles befürchten lassen, dass das Grundbuch durch die begehrte Eintragung unrichtig wird, hat das Grundbuchamt bei dem Rechtserwerb durch den Personenverband nicht mitzuwirken; bloße Vermutungen oder Zweifel reichen jedoch nicht aus und können die Eintragung nicht hindern. Das Grundbuchamt muss vielmehr aufgrund feststehender Tatsachen zu der sicheren Überzeugung der Unrichtigkeit des Grundbuchs kommen.<sup>65</sup> Abzulehnen ist ein Rechtser-

werb des Personenverbands daher nur, wenn bei Würdigung der Eintragungsunterlagen oder anderweitig gesicherter Erkenntnis konkrete, durchgreifende Zweifel bestehen. Das Grundbuchamt kann keinen Nachweis der Bestandskraft des Ermächtigungsbeschlusses verlangen; Beschlüsse sind nämlich gültig, solange sie nicht durch rechtskräftiges Urteil für ungültig erklärt worden sind (§ 23 Abs. 4 S. 2 WEG).<sup>66</sup>

Das Vertretungsrecht des Verwalters wird in keinem öffentlichen Register dokumentiert. Daher kann der Verwalter von den Wohnungseigentümern die Ausstellung einer Vollmachts- und Ermächtigungsurkunde verlangen, aus der der Umfang seiner Vertretungsmacht ersichtlich ist (§ 27 Abs. 6 WEG). Im Grundbuchverkehr ist eine solche Vollmachts- und Ermächtigungsurkunde aber nur verwendbar, wenn sie der Form des § 29 GBO entspricht (analoge Anwendung des § 26 Abs. 3 WEG - i.V. mit § 24 Abs. 6 WEG -, also Vorlage der Vereinbarung oder des Beschlusses, der die Ermächtigung enthält).<sup>67</sup> Des Nachweises der Ermächtigung bedarf es beim Grundbuchamt nicht, wenn der jeweilige Verwalter bereits in der Teilungserklärung die entsprechende Ermächtigung erhalten hat, denn dann ist dem Grundbuchamt diese Tatsache offenkundig i. S. von § 29 Abs. 1 Satz 2 GBO.

Grundsätzlich ist ein Ermächtigungs-Beschluss in der Form des § 29 GBO nachzuweisen, also etwa durch notarielle Niederschrift der Wohnungseigentümerversammlung (§ 27 Abs. 3 Satz 1 Nr. 7 WEG). Nach BayObLG<sup>68</sup> gelten §§ 24, 26 WEG für in einer Versammlung gefasste Beschlüsse jeglicher Art. Seine Eigenschaft als Verwalter weist dieser nach durch Vorlage der Niederschrift über seinen Bestellungsbeschluss nach (§ 24 Abs. 6, § 26 Abs. 3 WEG).

### 15. Gesellschaft bürgerlichen Rechts

Alle Gesellschafter als Veräußerer müssen auftreten, es sei denn, ein sog. „Geschäftsführer“ hat Vollmacht, für die übrigen Gesellschafter zu handeln. Diese Vollmacht ist in der Form des § 29 GBO nachzuweisen. Wirken **alle Gesellschafter** entsprechend ihrer organschaftlichen Stellung (§ 709 Abs. 1, § 714 BGB) am Grundstücksgeschäft mit, ist der Nachweis einer wirksamen Vertretung der GbR durch die Vermutung des §§ 899a, 892 BGB abgedeckt. Das Grundbuchamt darf keine weiteren Nachweise verlangen, es sei denn, die Vermutung ist für das Grundbuchamt widerlegt, weil ihm Tatsachen bekannt oder nachgewiesen sind, die die Unrichtigkeit zweifelsfrei ergeben.<sup>69</sup> Die GbR als Betroffene muss in direkter Anwendung des § 39 Abs. 1 GBO voreingetragen sein, ebenso ihre Gesellschafter gemäß § 47 Abs. 2 S. 2 GBO. Auch für die Geschäftsführer der GbR gilt das Verbot des § 181 BGB, wenn sie namens der Gesellschaft mit sich im eigenen Namen oder als Vertreter eines Dritten rechtsgeschäftlich handeln. Das Problem stellt sich jedoch nur bei einer Einzelgeschäftsführung, also wenn der zum

57 BayObLG DNotZ 1981, 578 = Rpfleger 1981, 192.

58 Vgl. LG Bremen Rpfleger 1972, 211 m. zust. Anm. Haegele.

59 Einzelheiten Böhringer Rpfleger 2010, 406, 408.

60 Ebenso Schneider Rpfleger 2007, 175, 176; Böhringer Rpfleger 2006, 53; ders. Rpfleger 2010, 406, 408; Hügel DNotZ 2007, 326, 338; ders. DNotZ 2005, 753, 771; Becker MitRB 2007, 180; Sauren ZWE 2006, 258, 263; Schwörer NZM 2002, 423; Wilsch RNotZ 2005, 536, 540; Häublein NotBZ 2007, 331; Abramenco ZMR 2006, 340; Jennißen, WEG, § 10 Rn. 66; Kümmel in: Niederführ/Kümmel/Vandenhouten, WEG, § 10 Rn. 69; Rapp MittBayNot 2005, 449; Wenzel ZWE 2006, 462; ders. NZM 2006, 321, 323; Gutachten DNotI-Report 2007, 169. OLG Hamm DNotZ 2010, 130; OLG Hamm DNotI-Report 2010, 127.

61 Hügel in: Hügel/Elzer, § 3 Rn. 78 WEG; Gutachten DNotI-Report 2007, 169.

62 Häublein in FS Seuß (2007), PiG 77, S. 125ff.; Häublein NotBZ 2007, 331.

63 Häublein in FS Preuß, PiG 77, 125, 148; Hügel in: Hügel/Elzer, § 3 Rn. 74; Kümmel in: Niederführ/Kümmel/Vandenhouten, § 10 WEG Rn. 69; Schneider Rpfleger 2007, 175, 177; Wenzel NZM 2006, 321; ders. ZWE 2006, 462, 469.

64 So aber Jennißen NZM 2006, 203, 205; Jennißen, WEG, § 10 Rn. 65.

65 BayObLG DNotZ 1987, 98 = Rpfleger 1986, 369 = NJW-RR 1986, 893; BayObLGZ 1981, 110 = DNotZ 1981, 750 = NJW 1981, 1519.

66 Böhringer NotBZ 2008, 179; Böttcher Rpfleger 2009, 181, 186 m.w.N.

67 OLG Hamm DNotZ 2010, 132 = Rpfleger 2010, 132 = ZWE 2009, 452; Böhringer NotBZ 2008, 179, 185.

68 BayObLGZ 1961, 392, 395 = DNotZ 1962, 313 = Rpfleger 1962, 107 = NJW 1962, 494 = ZMR 1962, 188. Ebenso LG Bielefeld Rpfleger 1981, 355 m. Anm. Röhl; Schneider Rpfleger 2007, 175, 177; ders. ZfIR 2002, 108, 115, 119.

69 Lautner DNotZ 2009, 650, 667.

alleinigen Geschäftsführer Bestellte mit sich selbst (oder mit sich als Drittvertreter) kontrahiert. Liegt eine Gesamtgeschäftsführung (auch eine auf zwei von mehreren Gesellschaftern beschränkte Gesamtvertretung) vor, so ist/sind nach überwiegender Auffassung der/die verbleibende(n) Geschäftsführer allein handlungsbefugt.

Bei einer Gesellschaft des bürgerlichen Rechts (§§ 705ff. BGB) sind Grundstücke und Rechte, die Bestandteile des Gesellschaftsvermögens bilden, nur auf die Namen der Gesellschafter unter Angabe des Rechtsverhältnisses einzutragen, da die Gesellschaft nur unter ihrem Namen Rechte nicht erwerben kann.<sup>70</sup> Welche Nachweise hinsichtlich der Existenz/Identität und des Vertretungsrecht bei einer erwerbenden GbR dem Grundbuchamt vorzulegen sind, wurde bisher in der Rechtspraxis uneinheitlich gehandhabt. Der BGH hat den Meinungsstreit entschieden.<sup>71</sup>

## 16. Offene Handelsgesellschaft, Kommanditgesellschaft

Die Offene Handelsgesellschaft wird durch ihre Gesellschafter vertreten. Zur Vertretung ist jeder Gesellschafter ermächtigt, wenn er nicht durch den Gesellschaftsvertrag von der Vertretung ausgeschlossen ist. Bei einer Kommanditgesellschaft haben nur die persönlich haftenden Gesellschafter die Befugnis zur Vertretung der Gesellschaft. Die Vertretungsbefugnis kann nach außen nicht beschränkt werden.

Der Notar ist verpflichtet, sich durch Einsichtnahme des Handelsregisters zu überzeugen, dass der zur Beurkundung erschienene Gesellschafter auch wirklich alleinvertretungsberechtigt ist. Hierzu muss er entweder das Handelsregister vor Beurkundung einsehen oder sich einen beglaubigten Handelsregisterauszug neuesten Datums vorlegen lassen. Der Notar braucht keine Notarbescheinigung erstellen und kann auf das Register verweisen, wenn das zuständige Amtsgericht, die Registernummer und die Gesellschaft in der Veräußerungsurkunde genannt werden. Bestritten ist, wie alt ein Handelsregisterauszug sein darf. Entschieden wurde von der – vor Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs durch das Gesetz über elektronische Handelsregister und Genossenschaftsregister sowie das Unternehmensregister (EHUG<sup>72</sup>) am 1.1.2007 – ergangenen Rechtsprechung, dass ein 2 Tage altes Zeugnis<sup>73</sup> und eine Vertretungsbescheinigung, bei der zwischen Registerinsicht und Abgabe der Erklärung 12 Tage<sup>74</sup> lagen, zum Nachweis der Vertretungsberechtigung geeignet sind. Grundsätzlich wird nach der h. M. der Bescheinigung dann noch volle Beweiskraft zuerkannt, wenn die Registerinsicht nicht länger als vier bis sechs Wochen vor dem Zeitpunkt der Beurkundung zurückliegt.<sup>75</sup> Ob diese doch sehr großzügig bemessene Frist im Zeitalter des elektronischen Handelsregisters noch hinzunehmen ist, muss bezweifelt werden, da der Notar doch komfortabel unmittelbar vor einer Beurkundung auf die Registerdaten für

die Ausstellung seiner Bescheinigung zurückgreifen kann.<sup>76</sup> Eine Orientierung an der Karenzfrist des § 15 Abs. 2 HGB wäre jetzt wohl angemessener.<sup>77</sup>

Personenhandelsgesellschaften erwerben Rechte unter ihrer Firma (§ 124 Abs. 1 mit § 161 Abs. 2 HGB). Sie sind als Berechtigte im Grundbuch daher mit ihrer Firma und ihrem Sitz zu bezeichnen (§ 15 Abs. 1 Buchst. b GBV). Die Firma ist genau so einzutragen, wie sie im Handelsregister eingetragen ist.

## 17. EWIV

Die Europäische wirtschaftliche Interessenvereinigung wird – obwohl Handelsgesellschaft im Sinne des HGB – durch ihre Geschäftsführung vertreten; nach der gesetzlichen Regel hat jeder Geschäftsführer Einzelvertretungsmacht, sofern sich nicht aus dem Handelsregister etwas anderes ergibt.<sup>78</sup> Der Nachweis der Vertretungsbefugnis ist wie bei den anderen Gesellschaften zu führen. Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist zulässig und im Handelsregister einzutragen. Unechte Gesamtvertretung eines Geschäftsführers zusammen mit einem Prokuristen ist ausgeschlossen.<sup>79</sup>

Im Grundbuch wird die EWIV eingetragen mit ihrer Firma – ähnlich der OHG; es sind also nicht die Mitglieder der Vereinigung selbst einzutragen.<sup>80</sup> Der Nachweis von Existenz und Vertretungsrecht wird nach § 32 und § 29 GBO erbracht.

## 18. Partnerschaftsgesellschaft

Mit dem Partnerschaftsgesellschaftsgesetz soll den Angehörigen freier Berufe eine besondere, auf ihre Bedürfnisse zugeschnittene Organisationsform zur Verfügung gestellt werden. Die Partnerschaft ist als Personengesellschaft ausgestaltet; sie ist keine Handelsgesellschaft und stellt keinen kaufmännischen Betrieb dar. Nach § 7 PartGG hat die Partnerschaft die Fähigkeit, im eigenen Namen Träger von Rechten und Pflichten jeder Art zu sein, Verträge zu schließen. Die Partnerschaftsgesellschaft wird durch ihre Partner vertreten. Nach § 7 Abs. 3 PartGG ist das Recht der OHG anwendbar, d. h. Einzelvertretungsrecht für jeden Partner, es sei denn, der Partnerschaftsvertrag bestimmt etwas anderes.

Die Partnerschaft ist registerfähig und wird im Partnerschaftsregister eingetragen; es ist ein öffentliches Register wie das Handelsregister. Die Partnerschaft ist als Rechtsobjekt im Grundbuch eintragbar und zwar mit ihrem Partnerschaftsnamen – ähnlich der OHG –; es sind also nicht die Partner der Partnerschaftsgesellschaft selbst einzutragen.<sup>81</sup> Der Nachweis von Existenz und Vertretungsrecht wird nach § 32 und § 29 GBO erbracht.

70 Böhlinger Rpfleger 2009, 537.

71 BGH DNotZ 2011, 643 m Anm. Lautner; BGH GWR 2011, 333; Bestätigung aller Gesellschafter genügt. Dazu Böhlinger ZfR 2012, 11.

72 BGBl. 2006 I, 2553.

73 KG JfG 17, 228 = OLGE 1, 194.

74 AG Langen Rpfleger 1982, 63.

75 Melchior/Schulte NotBZ 2003, 344.

76 Böhlinger RENOPraxis 2010, 197, 198. Ähnlich Meikel/Roth, GBO, § 32 Rn. 34.

77 Nach Stöber/Schöner, GBR, Rn. 3638 Fn. 1, 2 dürfte die Frist des § 15 Abs. 2 HGB von 15 Tagen ein Anhalt sein. Ebenso auch Krauß, Immobilienkaufverträge in der Praxis, 2. Aufl., 2003, Rn. 232; Böhlinger RENOPraxis 2010, 197, 198.

78 Einzelheiten Böhlinger BWNNotZ 1990, 129, 133.

79 KEHE/Sieghörtner, GBR, Einl. U Rn. 74.

80 Einzelheiten zur EWIV Böhlinger BWNNotZ 1990, 129.

81 Einzelheiten zur Partnerschaftsgesellschaft Böhlinger BWNNotZ 1995, 1.

## 19. GmbH

Auf der Seite des Veräußerers wie auch auf der Erwerberseite bestehen keine Besonderheiten. Der Notar muss nur gegebenenfalls eine Vertretungsbescheinigung mit in die Grundstücksvertragsurkunde aufnehmen. Zu beachten ist, dass bei einer sog. unechten Gesamtvertretungsberechtigung der Prokurist auch dann ein Grundstück mitverkaufen kann, auch wenn ihm eine entsprechende Ermächtigung nach § 49 Abs. 2 HGB nicht erteilt worden ist.<sup>82</sup>

## 20. Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)

Die Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt) – auch UG genannt – ist eine Variante der GmbH und als solche rechtsfähig. Damit ist sie auch grundbuchfähig.<sup>83</sup> Wie bei einer gewöhnlichen GmbH wird die Unternehmergesellschaft durch die Geschäftsführung vertreten. Eine UG muss eine ganz deutlich andere Firma tragen, damit das Publikum gewarnt ist, dass es sich hier um eine Unterart einer GmbH nach dem GmbHG handelt. Die Firma „Unternehmergesellschaft (haftungsbeschränkt)“ ist zwingend zu führen. Der Zusatz „haftungsbeschränkt“ muss auch in der abgekürzten Fassung der Firma ausgeschrieben werden: „UG (haftungsbeschränkt)“. Im Grundbuch ist eine Eintragung so vorzunehmen wie das Handelsregister die Firmierung deklariert.

## 21. Aktiengesellschaft

Die Aktiengesellschaft wird gesetzlich durch alle ihre Vorstandsmitglieder vertreten. Allerdings kann in der Satzung anderes geregelt werden, was oft der Fall ist (z. B. Einzelvertretungsrecht bzw. 4-Augen-Prinzip und unechte Gesamtvertretung durch Vorstandsmitglied + 1 Prokurist). Einem Vorstandsmitglied kann nur Befreiung vom Verbot der Mehrfachvertretung nach § 181 2. Alternative BGB erteilt werden; nicht möglich ist bei der Aktiengesellschaft die Befreiung vom Selbstkontrahierungsverbot, § 112 AktG. Bei einem Grundstücksvertrag zwischen der Gesellschaft und einem Vorstand wird die Gesellschaft zwingend vom (Gesamt-) Aufsichtsrat vertreten.<sup>84</sup> Fraglich ist, wie der Vertretungsnachweis zu führen ist, ob es eine formgerechte Erklärung des Aufsichtsratsvorsitzenden unter Bezugnahme auf den Aufsichtsratsbeschluss genügend ist. Ein Verstoß gegen das Selbstkontrahierungsverbot des Vorstands nach § 112 AktG kann vom (Gesamt-) Aufsichtsrat geheilt werden.<sup>85</sup> Ein dagegen verstößendes Rechtsgeschäft ist schwebend unwirksam und durch den Aufsichtsrat genehmigungsfähig.<sup>87</sup>

82 Vgl. BGHZ 99, 76 = DNotZ 1987, 371 = NJW 1987, 841 = Rpfleger 1987, 113.

83 Böhringer BWNNotZ 2009, 61, 66.

84 Dazu Suttman MittBayNot 2011, 1, 8; DNotl-Report 1999, 67; Baetzgen RNotZ 2005, 193, 214; Fischer ZNotP 2002, 297; Ekkenga AG 1985, 40.

85 Dazu OLG Düsseldorf AG 2004, 321 = DB 2004, 920 = ZIP 2004, 1850; Steiner BB 1998, 1910; Schmidt BWNNotZ 1985, 52.

86 BGH DNotl-Report 1999, 178 = MDR 1999, 1397 = NJW 1999, 3263; OLG Celle AG 2003, 433 = BB 2002, 1438 = MittBayNot 2002, 410 = NotBZ 2002, 266. Ebenso Gutachten DNotl-Report 2004, 75.

87 Ebenso Gutachten DNotl-Report 2004, 75.

## 22. Supra-nationale Gesellschaften

### a. Europäische Aktiengesellschaft (SE)

Die Europäische Gesellschaft (Societas Europaea – kurz: SE) ist eine Gesellschaft, die grenzüberschreitende Zusammenschlüsse erleichtern soll, und im Grundsatz in allen Mitgliedsstaaten der EU gleich ist. Die SE ist eine juristische Person, nämlich eine Aktiengesellschaft. Aus der Sicht eines Notars oder Grundbuchamts besteht zwischen einer Aktiengesellschaft deutschen Rechts und einer SE mit Sitz in Deutschland kein wesentlicher Unterschied. Als juristische Person ist die SE grundbuchfähig. Existenz und Vertretungsbefugnis der SE mit Sitz in Deutschland ergeben sich aus dem Handelsregister Abt. B. Hat die SE ihren Sitz in einem anderen EU-Mitgliedsstaat, so erfolgt der Nachweis nach den dort geltenden Regelungen. Für das Grundbuchamt gilt § 29 GBO.

Für die SE mit Sitz in Deutschland besteht gegenüber der deutschen AG die Besonderheit, dass die Satzung der SE zwischen dem dualistischen (Vorstand + Aufsichtsrat – Trennung von Geschäftsführung und Überwachung) und dem monoistischen System (nur Vorstand als Verwaltungsstruktur) als Leitungsstruktur wählen kann. Wählt die SE das dualistische System, so gelten für die Vertretung die Vorschriften der §§ 76 ff. AktG. Wählt die SE das monoistische System, so hat sie ein einziges Organ, den Verwaltungsrat. Die Mitglieder des Verwaltungsrats werden von der Hauptversammlung bestellt. Der Verwaltungsrat bestellt einen oder mehrere Mitglieder des Verwaltungsrates oder Dritte zu geschäftsführenden Direktoren, die die Gesellschaft vertreten. Mitglieder des Verwaltungsorgans können zu geschäftsführenden Direktoren bestellt werden, sofern die Mehrheit des Verwaltungsrates weiterhin aus nicht geschäftsführenden Direktoren besteht.

Wie bei der deutschen AG ist Gesamtvertretung, 4-Augen-Prinzip, Einzelvertretung und Vertretung zusammen mit Prokuristen möglich. Im Handelsregister ist das Vertretungsrecht ablesbar. Befreiung von den Beschränkungen des § 181 BGB ist für die geschäftsführenden Direktoren nicht zulässig; in solchen Fällen vertritt zwingend der Verwaltungsrat die SE.

### b. Europäische Genossenschaft (SCE)

Für den sozialen und wirtschaftlichen Sektor wurde in der EU die so genannten „Economie Sociale“ geschaffen. Die SCE ist juristische Person. Auch bei der SCE mit Sitz in Deutschland kann diese zwischen dem dualistischen System des deutschen Genossenschaftsrechts und dem monoistischen System mit einem Verwaltungsrat wählen. Das Vertretungsrecht ergibt sich aus dem Register. Für den Nachweis der Existenz und das Vertretungsrecht gelten obige Ausführungen zur SE entsprechend. Das Register gibt Auskunft über die nachzuweisenden Tatsachen. Es gelten §§ 29, 32 GBO.

## 23. Vereine

Der eingetragene Verein wird gesetzlich durch alle Vorstandsmitglieder vertreten, allerdings kann die Satzung etwas anderes vorsehen, so z. B. Alleinvertretungsrecht bzw.

4-Augenprinzip. Solche Regelungen sind sehr häufig. Aus dem Vereinsregister ergibt sich dieses Vertretungsrecht. Nach bisheriger Ansicht wird der nicht rechtsfähige Verein im Grundbuch mit dem Gemeinschaftsverhältnis nach § 47 Abs. 1 GBO eingetragen. Die Zukunft wird entscheiden, ob ein nichtrechtsfähiger Verein künftig so zu behandeln ist wie die jetzt teilrechtsfähige GbR. Beim nicht rechtsfähigen Verein ist nämlich eine parallele Entwicklung zur GbR zu beobachten.<sup>88</sup> Die Rechtsprechung des BGH<sup>89</sup> zur GbR und die Reaktion des Gesetzgebers darauf in § 899a BGB, § 47 Abs. 2 GBO und § 15 GBV kann wohl jetzt auch auf den nicht eingetragenen Verein angewandt werden.<sup>90</sup> Wie bei der GbR führt nämlich auch die Rechtsfähigkeit des nicht rechtsfähigen Vereins dazu, dass dieser Eigentum an Grundstücken und grundstücksgleiche Rechte sowie beschränkte dingliche Rechte hieran erwerben kann und als solcher Rechtsinhaber ist. Das Problem des § 29 GBO für den Nachweis von Existenz und Vertretungsrecht bleibt hier wie dort.

88 BGH DNotZ 2008, 144 = NJW 2008, 69 = Rpfleger 2008, 79.

89 BGH DNotI-Report 2009, 12 = DNotZ 2009, 115 m. krit. Anm. Hertel = notar 2009, 26 m. Anm. Jeep = Rpfleger 2009, 141 m. abl. Anm. Bestelmeyer = ZfIR 2009, 93 m. Anm. Volmer = NJW 2009, 594.

90 Ebenso Palandt/Ellenberger, BGB, 69. Aufl. 2010, § 54 Rn. 8; Böhrringer Rpfleger 2010, 406, 410; Terner ZNotP 2009, 132, 137; ders. DNotZ 2010, 5, 16; wohl auch MünchKomm/Reuter, BGB, 5. Aufl. 2006, § 54 Rn. 27 – 31; Bergmann, in: jurisPK-BGB, 4. Aufl. 2008, § 54 Rn. 54.

## 24. Genossenschaft

Vertretungsorgan der Genossenschaft ist der Vorstand in seiner Gesamtheit, jedoch kann das Statut eine andere Regelung treffen (§ 25 GenG), so z.B. 4-Augen-Prinzip oder Einzelvertretungsrecht bzw. 1 Vorstand + 1 Prokurist. Die Befreiung des Vorsitzenden einer Genossenschaft vom Selbstkontrahierungsverbot des § 181 BGB steht nicht im Einklang mit § 39 GenG.<sup>91</sup> Wie bei der Aktiengesellschaft gilt nämlich auch für Vorstandsmitglieder einer Genossenschaft das Verbot des Selbstkontrahierens (§ 39 GenG i.V. mit § 181 1. Alternative BGB). In einem solchen Fall vertritt der Aufsichtsrat als Gremium die Genossenschaft gegenüber dem Vorstandsmitglied. Befreiung vom Mehrfachvertretungsverbot des § 181 2. Alternative BGB kann einem Vorstand erteilt werden, entweder konkret für den Einzelfall oder aber generell, was dann im Genossenschaftsregister einzutragen ist. Für den Einzelfall gestattet das Bestellungsorgan der Genossenschaft das Handeln des Vorstands; Bestellungsorgan ist nach § 25 GenG die Generalversammlung oder wenn die Satzung was anderes bestimmt, der Dritte (häufig der Aufsichtsrat als Gremium).

91 OLG Zweibrücken DNotZ 2010, 152 = FGPrax 2009, 234 = Rpfleger 2009, 622 (Bestätigung des allgemeinen Grundsatzes des Gesellschaftsrechts wie er bei § 112 AktG zum Ausdruck kommt).

# Die Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft

Diplom-Rechtspfleger (FH) Christian Schmidt, Bad Saulgau

## I. Fallkonstellation

Ausgangspunkt der Betrachtung der Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft soll folgende Fallgestaltung sein:

Der Erblasser Z ist von der Erbengemeinschaft A, B, C erbt worden. Diese ist im Wege der Grundbuchberichtigung im Grundbuch eingetragen. A überträgt nun per notarieller Urkunde seinen Erbanteil an D und E, welche diesen in Bruchteilsgemeinschaft zu gleichen Teilen erwerben. Der Notar beantragt beim Grundbuchamt ausdrücklich, D und E als Bruchteils Eigentümer untereinander einzutragen.

Unstreitig ist, dass der Miterbe A gem. § 2033 I BGB frei über seinen Erbanteil verfügen kann. Heute wie schon gegen Ende der 50er Jahre des letzten Jahrhunderts ist allerdings die Frage, ob der Notar darauf insistieren kann, dass D und E als Bruchteils Eigentümer ins Grundbuch eingetragen werden, da sie ja insoweit an die Stelle von A in die Erbengemeinschaft nach Z rücken.

Die Antworten von Literatur und Rechtsprechung auf diese Frage aus den vergangenen Jahrzehnten bis heute sollen ausgehend von obiger Fallkonstellation betrachtet werden. Abweichende Fallgestaltungen sollen nur am Rande Erwähnung finden.

## II. Rechtsprechung

Das **Landgericht Mönchengladbach**<sup>1</sup> hat z.B. in einem abweichenden Fall allgemein ausgeführt, dass § 47 GBO auch dann gewahrt werden muss, wenn „eine Gemeinschaft an einer Gemeinschaft beteiligt ist, also eine Untergemeinschaft besteht“.

Dies ist mit Sicherheit zu bejahen. Es fragt sich nur, ob § 47 GBO nicht schon dadurch gewahrt ist, dass aus dem Grundbuch ersichtlich ist, dass die Erwerber (im Ausgangsfall D und E) an stelle von A treten, der seinerseits bisher in einer Gesamthandsgemeinschaft, nämlich der Erbengemeinschaft, eingetragen ist.

In seinen weiteren Ausführungen zu diesem Beschluss<sup>2</sup> verneint das **Landgericht Mönchengladbach** das und erachtet die im Ausgangsfall vom Notar beantragte Eintragung der Erbteilerwerber in Bruchteilen mit der Begründung für zwingend, dass ansonsten das Grundbuch nicht wieder spiegeln würde, in welchem Umfang der jeweilige Erwerber über seinen erworbenen Anteil verfügen könne.

Es sei zwar richtig, „dass bei der Eintragung einer Erbengemeinschaft von der Angabe der Erbquoten abzusehen ist,

1 LG Mönchengladbach DNotZ 1967, 434

2 siehe Fn 1

weil deren Eintragung zumindest überflüssig, wenn nicht sogar inhaltlich unzulässig ist“, so diesbezüglich auch das **Oberlandesgericht Frankfurt am Main**<sup>3</sup>. Dies sei für den damaligen Fall, somit auch für den Ausgangsfall, nicht entscheidend, da es vorliegend nicht um die Eintragung einer Erbteilsquote gehe, sondern um die Angabe des Gemeinschaftsverhältnisses der oben definierten Untergemeinschaft.

Inhaltlich gleich entschied auch das **Oberlandesgericht Düsseldorf**<sup>4</sup>, wenn auch in einem anders gelagerten Fall, dass das Rechtsverhältnis der Untergemeinschaft sehr wohl einzutragen sei, andernfalls das Grundbuch unvollständig, unrichtig und undeutlich wäre.

Dieser Beschluss<sup>5</sup> war aus Sicht des entscheidenden Senats die logische Fortführung seiner Rechtsauffassung aus seinem Beschluss des Vorjahres<sup>6</sup>, auf den hier für unseren Fallgestaltung nicht näher eingegangen zu werden braucht.

Das **Oberlandesgericht Köln**<sup>7</sup> beschränkt das Erfordernis der Eintragung der Erbanteilerwerber mit Bruchteilsangabe auf den zu entscheidenden Fall, dass die übrigen Erbanteile bereits in demselben Bruchteilsverhältnis an die Erwerber übertragen sind.

Dabei schließt es sich zwar ausdrücklich der Rechtsauffassung der vorzitierten Obergerichte<sup>8</sup> an, betont aber, dass der Fall nicht mit dem deckungsgleich sei, in dem das **Bayerische Oberste Landesgericht**<sup>9</sup> sechs Jahre zuvor eine andere Meinung vertreten hat, welche anschließend ausgeführt wird, so dass eine Vorlage an den Bundesgerichtshof nicht erforderlich wäre.

Diese Einschätzung ist gut nachvollziehbar. Denn wenn mit der letzten Tranche alle Erbanteile in Bruchteilen übertragen wurden, ist die Gesamthandsgemeinschaft der ursprünglichen Erbengemeinschaft de facto aufgehoben. Wenn dann noch die Übertragung auf dieselben Erbanteilerwerber zu den gleichen Quoten erfolgte, ist die Eintragung der Quoten unkompliziert, sinnvoll, richtig und auch zwingend. Denn es kann keine Erbengemeinschaft im Grundbuch vorgetragen werden, die nicht mehr existiert. Diese Fallkonstellation ist aber in der Tat nicht mit der vom **Bayerischen Obersten Landesgericht**<sup>10</sup> zu entscheidenden Sachlage kongruent. Und somit auch nicht mit unserem Ausgangsfall.

Nun also zur Rechtsauffassung des **Bayerischen Obersten Landesgerichts**<sup>11</sup>, in einer Sache, die dem Ausgangsfall entspricht:

„Tritt ein Miterbe seinen Anteil an einem Nachlass, zu dem ein Grundstück gehört, in Teilen an andere Personen ab, so ist eine etwaige Bruchteilsgemeinschaft, in der die Anteils-

erwerber hinsichtlich des geteilten Erbanteils stehen, nicht in das Grundbuch einzutragen.“

Dies deshalb, weil in unserem Ausgangsfall dahinstehen könne, ob D und E in Bruchteilen erwerben, denn das Verhältnis der Anteilberechtigten (nunmehr B, C, D und E) am Gesamtnachlass sei weiterhin ein Gesamthandsverhältnis. Zwar würden D und E nicht zu Miterben, aber an Stelle des A in die bereits bestehende Gesamthandsgemeinschaft der Erben eintreten. So auch der **Bundesgerichtshof**<sup>12</sup> und das **Kammergericht**<sup>13</sup>.

Etliche Jahre später setzte das **Bayerische Oberste Landesgericht**<sup>14</sup> seine diesbezügliche Rechtsprechung fort. Allerdings ging es nunmehr um die Übertragung auf die Miterben. Dennoch berücksichtigte es bei seiner Entscheidungsfindung die bereits erwähnte obergerichtliche Rechtsprechung<sup>15</sup> und blieb dabei, dass es sich bei dem maßgeblichen Rechtsverhältnis nach der Erbteilsübertragung weiterhin um die Gesamthandsgemeinschaft in Form der Erbengemeinschaft handelt, die „im Grundbuch einzutragen ist, nicht aber die Anteile der Berechtigten in Bruchteilen (die es bei der Gesamthandsgemeinschaft nicht gibt) oder auch die Höhe der Erbteile“.

Wieder mehr als ein Jahrzehnt später ergänzte das **Bayerische Oberste Landesgericht**<sup>16</sup> seine ursprüngliche Rechtsauffassung<sup>17</sup> dahingehend, dass es für erforderlich erachte, die weiteren Erbengemeinschaften bei ineinander verschachtelten Erbengemeinschaften entsprechend des Ausgangsfalls bei angenommenen weiteren Erbfolgen nach B und C wie folgt explizit kenntlich zu machen:

Z (gerötet), anstelle von Z: A, B und C in Erbengemeinschaft  
B (gerötet), anstelle von B: K und L in Erbengemeinschaft  
C (gerötet), anstelle von C: X und Y in Erbengemeinschaft

Diese Konstellation weicht aber vom Ausgangsfall ab und soll an dieser Stelle nicht weiter vertieft werden. Es wurde ausdrücklich nicht entschieden, ob an der originären Rechtsauffassung<sup>18</sup> festgehalten wird; aufgegeben wurde sie jedoch nicht.

Allerdings wich schon einige Jahre zuvor das **Landgericht Augsburg**<sup>19</sup> ausdrücklich von der ursprünglichen Rechtsauffassung des **Bayerischen Obersten Landesgerichts**<sup>20</sup> ab:

Es wurde dabei zwar betont, dass in solchen Fällen zweifellos das betreffende Grundeigentum der Erbengemeinschaft als Gesamthandsgemeinschaft zustehe, man machte sich aber das Konstrukt der Untergemeinschaft zu Eigen und schloss sich der Meinung des **Oberlandesgerichts Düsseldorf**<sup>21</sup> und des **Landgerichts Mönchengladbach**<sup>22</sup> an.

3 OLG Frankfurt MittBayNot 1983, 167  
4 OLG Düsseldorf Rechtspfleger 1968, 188  
5 siehe Fn 4  
6 OLG Düsseldorf RheinNotK 1967, 219  
7 OLG Köln Rechtspfleger 1974, 109  
8 siehe Fn 1 und 4  
9 BayObLG Rechtspfleger 1968, 187  
10 siehe Fn 9  
11 siehe Fn 9

12 BGH NJW 1960, 291  
13 KG Rechtspfleger 1965, 25  
14 BayObLG Rechtspfleger 1981, 21  
15 siehe Fn 1, 4, 7 und 9  
16 BayObLG Rechtspfleger 1990, 503, 504  
17 siehe Fn 9  
18 siehe Fn 9  
19 LG Augsburg MittBayNot 1984, 36  
20 siehe Fn 9  
21 siehe Fn 4  
22 siehe Fn 1

### III. Literatur

*Haegele*<sup>23</sup> macht 1968 zu der Fragestellung eine Bestandsaufnahme und kommt zu einem eindeutigen Ergebnis: „Es gibt kaum etwas Klareres,...“. Seiner Meinung nach hat „die kleinere Bruchteilsgemeinschaft in der größeren Erbengemeinschaft ihren berechtigten und zulässigen Platz“, denn „§ 47 GBO ist auch bei der Bruchteilsgemeinschaft (als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft, Anm. d. Verf.) zu beachten.“

Ohnehin seien die allgemeinen Sätze „Eine Gemeinschaft ist entweder eine solche nach Bruchteilen oder zu gesamten Hand.“ und „Bruchteile dürfen der Bezeichnung des Gesamthandsverhältnisses nicht beigefügt werden, weil sie dem Wesen eines solchen Rechtsverhältnisses widersprechen.“ nicht zielführend.

Dementsprechend auch heute noch *Schöner/Stöber*<sup>24</sup> unter Verweis auf die oben unter III. aufgeführte, dies befürwortende Rechtsprechung<sup>25</sup> und *Haegele*<sup>26</sup>.

Dagegen sieht *Kehrer*<sup>27</sup> „gar nicht die zwingende Notwendigkeit, innerhalb...der Erbengemeinschaft eine Bruchteilsgemeinschaft anzunehmen. Der Erwerber...wird, ohne Erbe zu sein, Gesamthänder innerhalb der Erbengemeinschaft.“

Ähnlich *Staudenmaier*<sup>28</sup>:

„Für die Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft an einem Erbteil liegt...weder ein Bedürfnis vor, noch ist sie möglich, denn es ist juristisch nicht vorstellbar, dass der Erbteil nach seiner Aufspaltung vom ursprünglichen wesensverschieden ist.“

#### Seine Begründung:

„Wenn ein Dritter einen ganzen Erbteil erwirbt, dann tritt er unbestritten als Mitglied in die Gesamthandsgemeinschaft ein,...Die Folgerung kann nur sein, dass dies auch dann gilt, wenn er nur den Teil eines Erbteils erwirbt...Die Erbengemeinschaft besteht weiter, wenn auch in einer anderen Zusammensetzung...Folglich entsteht auch kein besonderes Gemeinschaftsverhältnis innerhalb der Erbengemeinschaft.“

#### Seine Konsequenz:

„Es bedarf daher auch nicht der Konstruktion eines erbengemeinschaftsähnlichen Gesamthandsverhältnisses für das es überdies an der gesetzlichen Grundlage und Ausgestaltung fehlt.“

#### Seine Zusammenfassung:

Drittterwerber werden in jedem Fall Teilhaber der Gemeinschaft, ohne dass zusätzlich ein besonderes Gemeinschaftsverhältnis anzunehmen ist.“

23 Rechtspfleger 1968, 173 ff.

24 HRP, *Schöner/Stöber*, Grundbuchrecht, 14. Aufl., Rn 964

25 siehe Fn 1, 4, 7 und 18

26 siehe Fn 23

27 BWNNotZ 1957, 256 ff.

28 DNotZ 1967, 724 ff.

Die Entscheidung des **Bayerischen Obersten Landesgerichtes** aus dem Jahre 1990<sup>29</sup> war für *Venjakob* vielleicht der Auslöser, ähnlich wie *Haegele*<sup>30</sup> 25 Jahre zuvor, den status quo neu zu bestimmen<sup>31</sup>.

Dabei verneint er die Entstehung einer Bruchteilsgemeinschaft innerhalb der Erbengemeinschaft durch teilweisen Erwerb eines Erbanteils entsprechend des Ausgangsfalls.

#### Seine Konsequenz:

„Somit kann auch eine Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft (einer Erbengemeinschaft, Anm. d. Verf.) in das Grundbuch gem. § 47 GBO nicht eingetragen werden.“

Insbesondere widerspricht er dabei der Auffassung, dass die Bruchteile deshalb ins Grundbuch einzutragen seien, damit daraus die Verfügungsbefugnis abgeleitet werden kann<sup>32</sup>. Er ist der Auffassung, „dass die Verfügungsbefugnis der Berechtigten bei Annahme einer Bruchteilsgemeinschaft innerhalb der Erbengemeinschaft...nicht differiert“ und schließt sich ausdrücklich dem **Bayerischen Obersten Landesgericht**<sup>33</sup> an.

### IV. Stellungnahme des Verfassers

Entgegen der damaligen Auffassung von *Haegele*<sup>34</sup> fällt mir die Beantwortung der Frage nach der Existenzberechtigung der Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft nicht so leicht. Zum einen gäbe es bei einer vermeintlich so großen Klarheit nach so langer Zeit dann heute wohl keine unterschiedlichen Auffassungen mehr und zum anderen gibt es für beide Rechtsmeinungen vernünftige Gründe.

Mich vermögen allerdings die Argumente, die für die Eintragung einer Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft sprechen, nämlich die Wiedergabe des Verfügungsumfanges<sup>35</sup> des Erbanteilerwerbers und die vermeintliche Grundbuchunrichtigkeit<sup>36</sup>, nicht zu überzeugen.

#### **a) Wiedergabe des Verfügungsumfanges:**

Die Erbanteilerwerber können über ihren Anteil genauso verfügen, wie der Erbe selbst, so auch *Venjakob*<sup>37</sup>. Vielmehr kann die Bruchteilsangabe zu Verwirrung führen.

Würde man dieser Argumentation nämlich konsequent folgen, müsste man schon bei der Erbengemeinschaft in ihrer ursprünglichen Konstellation die Erbquoten eintragen, damit ersichtlich ist, inwieweit der jeweilige Erbe verfügungsberechtigt ist. Dies wird aber einhellig als überflüssig bzw.

29 siehe Fn 16

30 siehe Fn 23

31 Rechtspfleger 1993, 2 ff.

32 siehe Fn 1

33 siehe Fn 9

34 siehe Fn 23

35 siehe Fn 1

36 siehe Fn 4

37 siehe Fn 31

inhaltlich unzulässig abgelehnt<sup>38</sup>. Wenn aber der Verfügungsumfang nicht differiert<sup>39</sup> und bei der ursprünglichen Erbengemeinschaft die Quoten nicht eingetragen werden dürfen<sup>40</sup>, dann muss das für die „modifizierte“ Erbengemeinschaft genauso gelten.

#### b) Grundbuchunrichtigkeit:

Wenn die Erbengemeinschaft als Spielart der Gesamthandsgemeinschaft im Grundbuch eingetragen ist und lediglich andere Personen an die Stelle eines Erben treten, ist durch die vorangegangene Eintragung der Erbengemeinschaft den Erfordernissen des § 47 GBO genüge getan, so dass für eine vermeintliche Grundbuchunrichtigkeit kein Raum ist.

Viel konsequenter ist da der Ansatz des **Bayerischen Obersten Landesgerichts**, das eine Bruchteilsangabe ablehnt, da die Erwerber in die Gesamthandsgemeinschaft eintreten<sup>41</sup>.

Im Übrigen sind entgegen *Haegele*<sup>42</sup> die allgemeinen Sätze: „Eine Gemeinschaft ist entweder eine solche nach Bruchteilen oder zur gesamten Hand.“ und „Bruchteile dürfen der Bezeichnung des Gesamthandsverhältnisses nicht beigefügt werden, weil sie dem Wesen eines solchen Rechtsverhältnisses widersprechen.“ nicht von der Hand zu weisen.

38 siehe Fn 1 und 3

39 siehe Fn 31 und 37

40 siehe Fn 1 und 3

41 siehe Fn 9

42 siehe Fn 23

Auch *Kehrer* vermag zu überzeugen, wenn er die Notwendigkeit der Bruchteilsuntergemeinschaft bestreitet<sup>43</sup>, noch mehr Staudenmaier, der dieses Konstrukt gänzlich ausschließt<sup>44</sup>.

#### V. Fazit:

Letztendlich kommt man zu dem Ergebnis, dass § 47 GBO nicht erfordert, dass eine Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft der Erbengemeinschaft im Grundbuch eingetragen wird. Denn dies würde nicht dazu führen, dass sich die Verfügungsbefugnis des Erwerbers (besser) aus dem Grundbuch ablesen ließe. Auch würde eine solche „Ergänzung“ eine Grundbuchunrichtigkeit nicht vermeiden, da das Grundbuch nämlich auch ohne Bruchteilsangabe nicht unrichtig ist.

Deshalb möchte ich mir *Venjakobs* Erkenntnis zu Eigen machen:

„Eine Bruchteilsgemeinschaft innerhalb einer Erbengemeinschaft...kann nicht angenommen werden. Somit kann auch eine Bruchteilsgemeinschaft als Untergemeinschaft in das Grundbuch gem. § 47 GBO nicht eingetragen werden.“<sup>45</sup>

43 siehe Fn 27

44 siehe Fn 28

45 siehe Fn 31

## Rechtsprechung

#### LG Karlsruhe, Urteil vom 26.06.2011, 11 S 7/10

**Die Bestellung einer UG (haftungsbeschränkt) zum Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft entspricht nicht ordnungsgemäßer Verwaltung und ist daher anfechtbar (Leitsatz von der Schriftleitung)**

#### Anmerkung von Timo Lutz, Filderstadt

Dem Urteil lag folgender verkürzt dargestellter Sachverhalt zugrunde:

Eine Wohnungseigentümergeinschaft hat in der Wohnungseigentümersversammlung eine Unternehmersgesellschaft nach § 5 a GmbHG zum Verwalter der Wohnungseigentümergeinschaft bestellt.

Der Beschluss der Wohnungseigentümer wurde unter anderem deswegen mit der Begründung angefochten, dass die Bestellung der Unternehmersgesellschaft nicht ordnungsgemäßer Verwaltung gemäß § 21 Abs. 4 WEG entspricht.

Das Landgericht stimmt diesen Bedenken zu. Der Beschluss sei zwar nicht nichtig, jedoch anfechtbar. Das Landgericht bezieht sich auf eine Entscheidung des BayObLG vom

05.05.1993, Az: 2Z BR 29/93. In dieser Entscheidung hatte das BayObLG entschieden, dass eine GmbH Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft sein kann, da bei dieser ausreichend Vorsorge getroffen worden ist, dass etwaige Ansprüche der Wohnungseigentümer gegen den Verwalter realisiert werden können.

Hierbei wird auf die Kapitalaufbringung und das der GmbH zur Verfügung stehende Stammkapital in Höhe von damals 50.000,00 DM (heute 25.000 EUR) eingegangen.

Das Landgericht Karlsruhe verneint im Fall der Unternehmersgesellschaft, dass hier ausreichend Vorsorge getroffen worden ist, dass etwaige Ansprüche der Wohnungseigentümer gegen den Verwalter realisiert werden können.

Das Landgericht stellt fest: „Bei einer erst kürzlich gegründeten Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) besteht – anders als bei natürlichen Personen oder GmbHs – regelmäßig der Verdacht einer mangelnden wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit, da sie über ein Stammkapital von nicht einmal 25.000,00 EUR verfügt.“

Zunächst einmal muss anhand von § 21 Abs.4 WEG untersucht werden, was unter dem Begriff der ordnungs-

gemäßen Verwaltung zu verstehen ist. Unter ordnungsgemäßer Verwaltung ist eine dem Interesse der Gesamtheit der Wohnungseigentümer nach billigem Ermessen<sup>1</sup> entsprechende Verwaltung zu verstehen<sup>2</sup>.

Es gilt zu klären, ob es daher der Interessen der Gesamtheit der Wohnungseigentümer widerspricht, wenn eine Unternehmersgesellschaft nach § 5 a GmbHG zum Verwalter bestellt wird. Eine Ansicht in der Literatur führt aus, dass dies dann vorliegt, wenn in der Person des Verwalters ein wichtiger Grund gegen die Bestellung vorliegt.<sup>3</sup>

Das Landgericht stellt hier auf die Kapitalausstattung der Unternehmersgesellschaft ab. Im Vergleich zu einer „normalen GmbH“ sollte dies nach Ansicht des Landgerichts ein ausreichender Grund darstellen, dass die Unternehmersgesellschaft nicht Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft sein kann.

Richtig ist die Feststellung des Landgerichts, dass eine Unternehmersgesellschaft mit nur einem Euro gegründet werden kann. Das Landgericht erkennt auch, dass nach § 5 a Abs.3 GmbHG die Unternehmersgesellschaft eine gesetzliche Rücklage zu bilden hat.

Jedoch führt das Landgericht in diesem Zusammenhang etwas lapidar aus; „Realiter zeichnet sich die Unternehmersgesellschaft (haftungsbeschränkt) jedoch gerade dadurch aus, dass sie typischerweise über eine niedrige Kapitalausstattung verfügt.“

Eine Pauschalisierung ist hier meines Erachtens jedoch nicht angebracht. Nach der Gesetzesbegründung soll die Unternehmersgesellschaft eine Alternative zu der Limited darstellen und eine Vereinfachung im Rahmen der Gründung.

Das Gericht verkennt auch, dass eine einmal mit einem Stammkapital gegründete GmbH nicht zwingend dauerhaft über das Haftkapital in voller Höhe verfügen muss. Die ursprünglich einbezahlten EUR 25.000,00 können durchaus auch zu einem erheblichen Maß verbraucht sein. Nach den überwiegend aus einer wirtschaftlichen Sicht der Umstände heraus getroffenen Betrachtungen des Gerichts müsste dann bei jeder Bestellung einer GmbH eine Liquiditätsprüfung dieser erfolgen. Ferner dürfte es dann auch nicht ausreichen, wenn der Geschäftsführer zusätzlich eine persönliche Haftungsübernahme erklärt. Auch hier könnte keine Liquidität gegeben sein. Letztlich müsste man nach den Darstellungen des Gerichts zu dem Schluß kommen, dass entweder in jedem Einzelfall eine konkrete gutachterliche Prüfung der Liquidität des Verwalters erforderlich ist bzw. dieser Sicherheiten zu stellen hätte.

Nach Auffassung des Gerichts könnte daher selbst eine Unternehmersgesellschaft mit einem Stammkapital von EUR 24.999 nicht Verwalter einer Wohnungseigentümerge-

inschaft sein. Oder wäre in diesem Einzelfall dann doch wieder eine Verwaltungstätigkeit möglich? Sollte hier aufgrund der besonderen Umstände des Einzelfalls eine andere Betrachtung geboten sein?

Bei der Einordnung des Urteils muss sicherlich dem Umstand Rechnung getragen werden, dass eine Anfechtung des Beschlusses der Wohnungseigentümersversammlung auch aus anderen Gründen erfolgt ist und aus der Gesamtschau heraus in diesem Einzelfall der bestellte Verwalter nicht einer ordnungsgemäßen Verwaltung entsprach.

Jedoch ist das Urteil in seiner Begründung abzulehnen. Auf eine rein wirtschaftliche Betrachtung abzustellen ist zu kurz gegriffen. Hierbei ist auch die Urteilsbegründung des BayObLG nicht in vollem Umfang schlüssig. Nach dem WEG bestehen keine gesetzlichen Regelungen hinsichtlich der Person des Verwalters. Eine bestimmte Qualifikation muss dieser nicht besitzen. Aufgrund § 21 Abs. 4 WEG lassen sich sicherlich Voraussetzungen ableiten, deren Normierung der Rechtsprechung zunächst vorbehalten bleiben.

Im Ergebnis muss auch eine Unternehmersgesellschaft nach § 5 a GmbHG Verwalter einer Wohnungseigentümergeinschaft sein können. Für die Unternehmersgesellschaft gelten die Bestimmungen des GmbHG, soweit keine besonderen Bestimmungen bestehen.

Diese kann daher generell zum Verwalter bestellt werden. Alleine im Einzelfall, wie dies jedoch bei jeder anderen Kapitalgesellschaft oder auch natürlichen Person der Fall wäre, gilt es zu prüfen, ob bei Kenntnis besonderer Umstände die gegen die Geeignetheit als Verwalter sprechen, eine Bestellung nicht ordnungsgemäßer Verwaltung entspricht.

#### **OLG Stuttgart, Urteil vom 19.12.2011 – 10 U 63/11 – nicht rechtskräftig**

**BGB §§ 95 Abs. 1 S. 2, 272, 813 Abs. 2, 817 S. 1, 818 Abs. 1, 819, 912; MaBV § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 bis 5**

- 1. Soll aufgrund einer Grunddienstbarkeit ein Überbau auf ein Nachbargrundstück erfolgen (hier Unterbau einer Tiefgarage), muss für die Anwendbarkeit des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB zum Zeitpunkt der Verbindung die Eintragung der Grunddienstbarkeit zumindest notariell vereinbart worden sein; § 95 Abs. 1 S. 2 BGB greift nicht ein, wenn der Verbindende irrig vom Bestehen eines dinglichen Rechts ausgegangen ist oder eine Grunddienstbarkeit nach Errichtung des Bauwerks bestellt wird.**
- 2. Eine Verwechslung der durch Grunddienstbarkeiten betroffenen Grundstücke ist dinglich nicht nach den Grundsätzen der „falsa demonstratio“ unbeachtlich.**
- 3. § 912 BGB kommt auch auf Grundstücke zur Anwendung, die in Wohnungseigentum aufgeteilt sind oder werden. Die Absicht des Erbauers, welches**

1 Zur Frage der Prüfung des Billigen Ermessens Bub in Staudinger, Kommentar zum BGB, 13. Bearbeitung 2005, § 21 WEG Rn. 78 ff..

2 Bärmann/Pick in Bärmann/Pick, Kommentar zum Wohnungseigentumsgesetz, 19. Auflage 2010, § 21 WEG Rn. 36; Engelhardt und Münchner Kommentar zum BGB, § 21 WEG Rn. 10 führt hierzu noch aus: „Richtschnur ist stets die Frage, wie sich im vergleichbaren Fall ein wirtschaftlich denkender Alleineigentümer verhalten würde.“

3 Müller, Praktische Fragen des Wohnungseigentums, 5. Auflage 2010, 9. Teil, Rn. 34.

**Grundstück Stammgrundstück sein soll und wie weit der Überbau reicht, kann dann insbesondere der (vorläufigen) Teilungserklärung zu entnehmen sein.**

4. **Für den Anspruch auf Rückzahlung des Kaufpreises aus einem Kaufvertrag, der der Makler- und Bauträgerverordnung unterliegt, ist maßgeblich, dass im Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Fälligkeit des Kaufpreises nicht eingetreten ist.**
5. **Eine notarielle Pfandfreigabeerklärung der Grundschuldgläubigerin beinhaltet als deren Rechtsgrund auch eine Freistellungsverpflichtung, die durch Erbringung der übrigen zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Handlungen der Grundschuldgläubigerin und damit durch Vorlage des Grundschuldbriefs zu erfüllen ist. Auch wenn die Freistellungserklärung mit einer teilweisen Erfüllungshandlung der Grundschuldgläubigerin zusammenfällt, kann sie ohne Vorlage aller Löschungsunterlagen wie des Grundschuldbriefs den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV genügen.**
6. **Wird die Verwendung der notariellen Pfandfreigabeerklärung durch einen Treuhandauftrag des Grundpfandgläubigers eingeschränkt, ist auch diese Weisung Teil der schuldrechtlichen Freistellungserklärung.**
7. **Genügt die Freistellungserklärung den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV nicht und ist dennoch der Sicherungszweck erreicht, weil ein Anspruch auf Freistellung inzwischen entstanden ist, kann der verfrüht gezahlte Kaufpreis nicht wegen einer unzureichenden Freistellungserklärung zurückverlangt werden; vielmehr muss der Erwerber seinen inzwischen entstandenen Anspruch auf Freistellung durchsetzen.**
8. **Zahlt der Erwerber nach einer unzureichenden Freistellungserklärung ganz oder teilweise den Kaufpreis, hat der Bauträger die Kaufpreiszahlung für den Zeitraum zwischen Zahlung und Eintritt des Sicherungszwecks der Freistellungserklärung zu verzinsen.**

#### **Gründe:**

##### **I.**

Die Kläger verlangen von den Beklagten die teilweise Rückzahlung des Kaufpreises für eine Eigentumswohnung nebst Abstellraum sowie Doppelparker in der Tiefgarage, weil die Auflassungsvormerkung nicht den verkauften Tiefgaragenstellplatz, sondern einen anderen Stellplatz umfasst habe. Bezüglich des Sach- und Streitstandes I. Instanz wird auf den Tatbestand des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 15.04.2011, Az. 26 O 31/11, verwiesen. Mit diesem Urteil hat das Landgericht der Klage im Wesentlichen stattgegeben. Unstreitig sei keine Auflassungsvormerkung hinsichtlich des gesamten Kaufgegenstands im Grundbuch eingetragen

worden, weshalb die Beklagte Zahlungen gemäß der Makler- und Bauträgerverordnung (MaBV) nicht habe entgegennehmen dürfen. Diese Pflichtverletzung habe die Beklagte 1 zu vertreten, weil sie sich das Verschulden des Notars gemäß § 278 BGB zurechnen lassen müsse. Die Mitteilung des Notars an die Kläger, wonach eine Auflassungsvormerkung eingetragen sei und daher die Kaufpreistraten fällig seien, sei unzutreffend gewesen. Das Vertauschen der farblichen Markierungen sei zumindest fahrlässig gewesen. Die Kläger hätten daher Anspruch auf Rückzahlung eines Kaufpreisteils in Höhe von 20.000,00 €. Den geltend gemachten Anspruch auf Zahlung von weiteren 1.800,00 € könnten die Kläger nicht als von den Beklagten gezogene Nutzungen oder als eigenen Zinsschaden beanspruchen, sondern es handle sich um den hilfsweise geltend gemachten weiteren Teilbetrag des zu früh gezahlten Kaufpreises.

In Ziff. 3 des Tenors des Urteils des Landgerichts Stuttgart vom 15.04.2011 hieß es: Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Beklagten als Gesamtgläubiger. In den Entscheidungsgründen wird ausgeführt, dass die Klage überwiegend begründet sei und die Kostenentscheidung auf § 92 Abs. 2 Nr. 1 ZPO beruhe. Mit Beschluss vom 25.05.2011 wurde Ziff. 3 des Urteilstenors dahin berichtigt, dass die Kosten des Rechtsstreits die Beklagten als Gesamtschuldner (und nicht als Gesamtgläubiger) zu tragen haben. Bezüglich der weiteren Einzelheiten wird auf die erstinstanzliche Entscheidung verwiesen.

In zweiter Instanz ist unstreitig, dass von den Klägern an die Beklagte 1 am 2.02.2009 180.259,90 €, am 6.03.2009 weitere 10.709,16 €, am 12.03.2009 weitere 7.750,- € und am 19.03.2009 weitere 1.184,44 € sowie am 5.03.2009 der Baukostenzuschuss in Höhe von 22.000,- € von der Stadt Stuttgart an die Beklagte 1 auf den Kaufpreis von 233.900,- € bezahlt wurden. Zur Fälligkeit der Kaufpreisforderung heißt es im notariellen Kaufvertragsangebot der Kläger vom 16.01.2008 unter b):

„wenn folgende Voraussetzungen gemäß § 3 Abs. 1 MaBV vorliegen: ...

b)

die Freistellung des gesamten Vertragsgegenstandes von allen Grundpfandrechten, die der Vormerkung im Range vorgehen oder gleichstehen und nicht übernommen werden sollen, ist entweder durch Vorlage der Löschungsunterlagen beim amtierenden Notar durch den Verkäufer oder durch Freistellungsverpflichtung der Gläubiger gesichert, und zwar auch für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht vollendet wird (§ 3 Abs. 1 Ziffer 3 MaBV).“

Gegen das Urteil des Landgerichts Stuttgart wendet sich die Berufung der Beklagten, wobei in der fristgemäß eingegangenen Berufungsschrift nur die Beklagte 1 als Berufungsklägerin und die Klägerin 2 als Berufungsbeklagte aufgeführt sind. In der Berufung habe auch die Beklagte 2 als Berufungsklägerin und der Kläger 1 als Berufungsbeklagter genannt werden sollen. Der auf die Beklagte 1 und die Klägerin 2 beschränkte Berufungsschriftsatz sei das Ergebnis einer falschen Ausführung einer Korrekturanweisung des Prozessbevollmächtigten der Beklagten.

( ... wird ausgeführt)

## II.

## A)

Die Berufungen der Beklagten 1 gegen den Kläger 1 und der Beklagten 2 gegen beide Kläger sind verfristet.

( ... wird ausgeführt)

## B)

Die zulässige Berufung der Beklagten 1 gegen die Klägerin 2 ist weitgehend begründet und führt zur Abänderung des erstinstanzlichen Urteils und zur teilweisen Klagabweisung.

Ein Rückforderungsanspruch wegen fehlender Fälligkeit des bereits weitgehend bezahlten Kaufpreises besteht nicht. Ein bereicherungsrechtlicher Rückforderungsanspruch ist nach § 813 Abs. 2 BGB ausgeschlossen, weil der Sicherungszweck der Fälligkeitsregelung im Kaufvertrag und der MaBV erreicht worden ist. Wegen verfrühter Zahlung der Kläger hat die Beklagte 1 lediglich Zinsen herauszugeben.

## 1.

Gemäß dem hier anwendbaren § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 2 MaBV und § 3 Nr. 3 a des Kaufvertrags war die Fälligkeit sämtlicher Kaufpreistraten erst gegeben, wenn zur Sicherung des Anspruchs des Käufers auf Eigentumsübertragung am gesamten Vertragsgegenstand im Grundbuch eine Auflassungsvormerkung ranggerecht eingetragen worden ist.

Vertragsgegenstand war die Herstellung und Eigentumsübertragung einer Eigentumswohnung C2 im Mehrfamilienhaus auf dem Flurstück Y der Gemarkung Stuttgart-Bad Cannstatt sowie die Herstellung und Übereignung eines Doppelparkers in der Tiefgarage C33, wobei den Klägern vom Doppelparker nur ein hälftiger Miteigentumsanteil verschafft werden sollte.

Für die Wohnung Nr. C2 wurde beim Grundbuchamt Stuttgart-Bad Cannstatt das Wohnungsgrundbuch Nr. ....8 angelegt, die Beklagte 1 als Eigentümerin eingetragen und am 16.01.2009 eine Erwerbsvormerkung ranggerecht für die Kläger eingetragen (Bl. 92 bis 97). Für den Doppelparker in der Tiefgarage wurde das Teileigentumsgrundbuch Nr. ....9 im Grundbuch von Stuttgart-Bad Cannstatt angelegt, die Beklagte 1 als Eigentümerin eingetragen und am 16.01.2009 ranggerecht die Kläger mit einer Erwerbsvormerkung für einen Miteigentumsanteil von 1/2 eingetragen. Die genannten Grundbuchblätter beziehen sich zur Bestimmung des Gegenstandes und des Inhalts des Eigentums auf die vorläufige Teilungserklärung vom 25.05.2007, die auch Grundlage des Kaufvertrags war, und die endgültige Teilungserklärung vom 7.11.2008 (Anlage K 4). Dort ist der Doppelparker C 33 dem Willen der Parteien des Kaufvertrages entsprechend bezeichnet, was sich schon daraus ergibt, dass die vorläufige Teilungserklärung vom 25.05.2007 Grundlage sowohl der Grundbucheintragung als auch des notariellen Kaufvertrags geworden ist.

Nach § 891 BGB besteht die widerlegliche Vermutung, dass das Grundbuch richtig ist. Entgegen der Auffassung des

Landgerichts ergibt sich aus dem erstinstanzlichen Vortrag der Parteien und den vorgelegten und in Bezug genommenen Urkunden, dass bezüglich des gesamten Kaufgegenstandes die Beklagte 1 nach dem Grundbuch Eigentümerin war und bezüglich des gesamten Kaufgegenstandes, also auch bezüglich des Doppelparkers C 33 Auflassungsvormerkungen eingetragen waren. Damit waren die formalen Voraussetzungen der oben genannten Bedingung für die Fälligkeit der Kaufpreistraten eingetreten.

Die vom Landgericht problematisierte Verwechslung betrifft allein die Bestellung von Grunddienstbarkeiten.

## 2.

Sinn der Auflassungsvormerkung ist es, die mit Vermögenswerten der Auftraggeber zu errichtenden Gebäude den Zugriff Dritter zu entziehen, bis die Auftraggeber schließlich als Eigentümer eingetragen sind. Dieser Sicherungszweck wird verfehlt, wenn das Grundbuch unrichtig ist und gemäß § 894 BGB der Berechtigte die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs und damit u.a. zum Löschen der Auflassungsvormerkung verlangen kann. Im Fall der Unrichtigkeit des Grundbuchs sind die Erwerber daher nicht in der vom Kaufvertrag und von § 3 Abs. 1 MaBV vorausgesetzten Beständigkeit gesichert, sodass in einem solchen Fall nach Sinn und Zweck der Sicherungsvorschriften die Fälligkeit des Kaufpreises so lange nicht eintritt, bis die Unsicherheit, die aus der Unrichtigkeit des Grundbuchs folgt, beseitigt ist.

## a)

Der Doppelparker und der Gemeinschaftsraum Waschen/Trocknen Haus C sollten ausweislich der Anlage 3 zur notariellen Dienstbarkeitsbestellung vom 09.09.2008 (Anl. K 3, Bl. 45 ff, 63) nicht auf dem Flurstück Nr. Y, sondern (teilweise) auf dem Flurstück Nr. X errichtet werden. Der Dienstbarkeitsbestellung durch notarielle Urkunde vom 09.09.2008 ist die unstreitige Absicht zu entnehmen, die Errichtung des Doppelparkers auf dem Flurstück Nr. X und die Eigentumsübertragung an die Kläger durch eine Grunddienstbarkeit zu sichern. Eine solche Grunddienstbarkeit hat zur Folge, dass nach § 95 Abs. 1 S. 2 BGB der Doppelparker nicht zu den Bestandteilen des Grundstücks gehört, mit dessen Grund und Boden er verbunden ist, sondern er zum begünstigten Grundstück zählt und dessen Eigentümer zufällt, wenn das Gebäude oder andere Werk in Ausübung dieses Rechts an einem fremden Grundstück mit dem Grundstück verbunden worden ist. Der durch die vorherige Eintragung einer Grunddienstbarkeit abgesicherte Überbau fällt daher als rechtmäßiger, anfänglich gestatteter Überbau in das Eigentum des Eigentümers des Stammgrundstücks als dessen wesentlicher Bestandteil (§§ 94 Abs. 1 S. 1, 95 Abs. 1 S. 2 BGB; OLG Stuttgart, Beschluss vom 05.07.2011, Az. 8 W 229/11, juris Rn. 18).

Vorliegend wurde jedoch aufgrund einer Verwechslung an der im notariellen Kaufvertrag beschriebenen und im Aufteilungsplan in der Anlage 1 zur vorläufigen Teilungserklärung vom 25.05.2007 mit C33 oben/unten bezeichneten Fläche nicht eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten des Flurstücks Nr. Y bestellt, sondern zu Gunsten des Flurstücks Z. Das Recht am fremden Grundstück muss gemäß § 95 Abs. 1 S. 2 BGB durch die Verbindung ausgeübt werden. Das setzt voraus, dass das Recht im Zeitpunkt der Verbindung tatsächlich

besteht; § 95 Abs. 1 S. 2 BGB greift nicht ein, wenn der Verbindende irrig vom Bestehen eines dinglichen Rechts ausgegangen ist (Staudinger-Jickeli/Stieper, BGB, Bearbeitung 2004, § 95 Rn. 21; Münchener Kommentar-Holch, BGB, 5. Aufl., § 95 Rn. 31). Es kann hier offenbleiben, ob die Grunddienstbarkeit im Zeitpunkt der Verbindung bereits im Grundbuch eingetragen sein muss, um den Anwendungsbereich des § 95 Abs. 1 S. 2 BGB zu eröffnen. Jedenfalls muss zum Zeitpunkt der Verbindung die Eintragung bereits notariell vereinbart worden sein (Münchener Kommentar-Holch a.a.O.; Staudinger-Jickeli/Stieper a.a.O.). Durch die Verwechslung der Flächen bei der Grunddienstbarkeitsbestellung ist dies nicht geschehen. Eine nachträgliche Heilung ist nicht mehr möglich, nachdem der Doppelparker bereits errichtet worden ist und damit eine Verbindung ohne Grunddienstbarkeit bereits geschehen ist.

b)

Eine richtige Zuordnung der Grunddienstbarkeiten kann nicht nach den Grundsätzen der „falsa demonstratio“ erfolgen. Bei einer Grunddienstbarkeit handelt es sich um ein eintragungsbedürftiges dingliches Recht. Ein dingliches Recht kann zwischen den Parteien des Bestellungsvertrages grundsätzlich keinen anderen als den durch die Grundbucheintragung entsprechend der Eintragungsbewilligung verlautbarten Inhalt haben (BGH NJW-RR 1991, 457, juris Rn. 15). Daher beschränken sich Inhalt und Umfang des Rechts, auch wenn die Einigung darüber hinaus gehen sollte, auf den Inhalt der Grundbucheintragung. Maßgeblich für deren Auslegung ist wegen der Zweckbestimmung des Grundbuchs, über bestehende dingliche Rechte jedem Gutgläubigen und jedem der unbestimmten Rechtsnachfolger und Rechtsverpflichteten eindeutige Auskunft zu geben, was Wortlaut und Sinn für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung des Eintrags und der darin in Bezug genommenen Unterlagen ergeben. Da es sich bei Grundbucheintragungen nicht um Individualerklärungen handelt, ist die Entstehungsgeschichte der Eintragung unerheblich, wenn sie nicht aus den Eintragungsunterlagen erkennbar wird. Auch andere Umstände dürfen zur Ermittlung von Inhalt und Umfang des Rechts nur herangezogen werden, soweit sie für jedermann ohne weiteres erkennbar sind (BGH WM 1975, 498, juris Rn. 10). Wenn der Wortlaut der Eintragung den Rechtsinhaber wie hier eindeutig, wenn auch falsch, ausweist, ist für eine Auslegung kein Raum (BGHZ 123, 297, juris Rn. 10 und 11).

c)

Nachdem ein Teil des Doppelparkers C 33 sich auf dem Grundstück Flurstück Y befindet, ist das Grundbuch im Hinblick auf die Eigentumsverhältnisse im Teileigentumsgrundbuch Nr. ....9 von Cannstatt trotz der fehlerhaften Grunddienstbarkeit nicht unrichtig. Lediglich der Umfang des Grundstücks entspricht - vorbehaltlich einer Eigentumszuweisung aus einem anderen Rechtsgrund - nicht dem vertraglich geschuldeten Vertragsgegenstand, weil die unter der laufenden Nummer 2 in der Abteilung 2 eingetragene Grunddienstbarkeit das Eigentum an der restlichen Fläche des Doppelparkers nicht verschafft und eine funktionsgerechte Nutzung nicht ermöglicht. Dies stellt aber lediglich einen Mangel der Kaufsache dar, der der Fälligkeit des Kaufpreises nach der vertraglichen Regelung nicht entgegensteht, sondern den Klägern Mängelrechte und ein Zurückbehaltungsrecht am Kaufpreis gibt, das sie aber nicht ausgeübt haben.

d)

Unabhängig von der Bestellung der Grunddienstbarkeit und deren Mängel wurde der Doppelparker C33 und der Wasch-/Trockenraum Haus C trotz der fehlerhaften Grunddienstbarkeit wesentlicher Bestandteil des Flurstücks Nr. Y, weil es sich dabei um einen rechtmäßigen Überbau gemäß § 912 Abs. 1 BGB handelt.

aa)

Ausgehend von dem Zweckgedanken der Überbauvorschriften, wirtschaftliche Werte möglichst zu erhalten, soll im Fall des entschuldigten Überbaus nach § 912 Abs. 1 BGB der in das Grundstück des Nachbarn hineinragende Überbau nicht im Eigentum des Nachbarn stehen. Er soll vielmehr wesentlicher Bestandteil des Grundstücks bleiben, von dem aus übergebaut worden ist, somit also im Eigentum des überbauenden Grundstückseigentümers verbleiben. Diese Grundsätze sind auch auf den sog. Eigengrenzüberbau anzuwenden (BGHZ 102, 311, juris Rn. 8 f; BGHZ 64, 333, juris Rn. 26 f; zum Eigengrenzüberbau siehe auch BGHZ 110, 298, juris Rn. 8). Wer Eigentümer des über die Grenze gebauten Gebäudeteils ist, regelt § 912 BGB zwar nicht unmittelbar. Soweit das Recht des Eigentümers zur Duldung seines Überbaus durch den Nachbarn besteht, tritt entsprechend § 95 Abs. 1 S. 2 BGB die Wirkung ein, dass er als Scheinbestandteil des überbauten Grundstücks gemäß §§ 93, 94 Abs. 2 BGB wesentlicher Bestandteil des Grundstücks bleibt, von dem aus übergebaut wurde (BGHZ 110, 298, juris Rn. 10).

§ 912 BGB kommt auch auf Grundstücke zur Anwendung, die in Wohnungseigentum aufgeteilt sind oder werden (vgl. BGH NJW 2008, 3122 juris RN 1 und 7; 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.07.2011, Az. 8 W 229/11, juris RN 17; KG ZMR 2000, 331, juris RN 8). Lage und Größe eines im Wohnungsgrundbuch eingetragenen Rechts ist durch Auslegung des Grundbuchs, also auch der in der Eintragungsbewilligung in zulässiger Weise in Bezug genommenen Urkunden, mithin auch der Teilungserklärung und des Aufteilungsplanes (s. § 7 Abs. 4 Nr. 1 WEG), zu ermitteln. Diese Auslegung hat – wie die jeder Grundbucheintragung – nach objektiven Grundsätzen zu erfolgen und den Sinn der Eintragung so zu ermitteln, wie er sich für einen unbefangenen Betrachter als nächstliegende Bedeutung darstellt. Der Gegenstand des Sondereigentums sowie seine Abgrenzung gegen das Gemeinschaftseigentum ergeben sich hinreichend bestimmt als Grundbuchinhalt nach §§ 8 Abs. 2 Satz 1, 7 Abs. 1, 3 und 4 WEG aus der Teilungserklärung und dem der Eintragungsbewilligung als Anlage beigefügten Aufteilungsplan (KG a.a.O. m.w.N.). Der Anwendung des § 912 BGB auf Wohnungseigentum stehen die vom 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart geäußerten Bedenken (OLG Stuttgart DNotZ 1983, 444, jedoch überholt durch 8. Zivilsenat des OLG Stuttgart, Beschluss vom 5.07.2011, Az. 8 W 229/11) jedenfalls dann nicht entgegen, wenn wie hier der Überbau aus dem Aufteilungsplan ersichtlich ist. Im Übrigen ist auch in allen anderen Fällen ein Überbau nach § 912 BGB in der Regel aus dem Grundbuch nicht ersichtlich.

bb)

Das Flurstück Nr. Y ist als Stammgrundstück anzusehen, von dem aus der Überbau vorgenommen worden ist. Für den Normalfall, dass sich das Gebäude auf Grundstücken verschiedener Eigentümer befindet, kommt es darauf an, wer

nach der Verkehrsanschauung „Geschäftsherr“ des Bauvorhabens ist, das heißt, in wessen Namen und wirtschaftlichem Interesse gebaut wurde. Dieser Grundsatz wurde für die Beantwortung der Frage, von welchem Grundstück aus über eine fremde Grenze gebaut wurde, dahin fortentwickelt, dass es allein darauf ankommt, welche Absichten und wirtschaftlichen Interessen den Erbauer geleitet haben, ohne dass daneben der handwerkliche Bauablauf und die Größe oder die Wichtigkeit des übergebauten Gebäudeteils im Verhältnis zu dem auf dem Grundstück des Erbauers liegenden „Stammteil“ eine Rolle spielen. Indizien für die maßgeblichen Absichten des Erbauers können bestimmte objektive Gegebenheiten wie z. B. die wirtschaftliche Interessenlage, die Zweckbeziehung des überbauten Gebäudes und die räumliche Erschließung durch einen Zugang sein (BGHZ 110, 298, juris Rn. 15). Für den Fall des Eigengrenzüberbaus kann, wenn sich der Erbauer nicht anders geäußert hat, vermutet werden, dass die objektiven Gegebenheiten seinen Absichten entsprechen.

Die Zuordnung des Raums Waschen/Trocknen Haus C zum Flurstück Nr. Y ergibt sich schon daraus, dass der Zugang zu diesem Raum nur von diesem Flurstück aus erfolgen sollte und kann. Dagegen fehlt bei dem Doppelparker C33 eine eindeutige räumliche Zuordnung, weil sich dieser ungefähr zur Hälfte auf dem Flurstück Nr. Y und dem Flurstück Nr. X befindet und zum Garagenraum hin offen ist, der von verschiedenen Flurstücken aus zugänglich ist. Insoweit und ergänzend für den Raum Waschen/Trocknen ist für die Absicht des Erbauers insbesondere die vorläufige Teilungserklärung vom 25.05.2007 maßgeblich, wonach der Doppelparker C33 schon nach seiner Bezeichnung dem Haus C zugeordnet sein sollte. Entsprechendes ergibt sich aus dem notariellen Kaufvertrag zwischen den Klägern und der Beklagten 1. Insbesondere ergibt sich die Absicht der Beklagten 1, den Doppelparker für das Haus C und damit für das Flurstück Nr. Y zu errichten, aus dem unstreitigen Versuch der Beklagten 1, den Doppelparker C33 sowie den Raum Waschen/Trocknen Haus C durch eine Grunddienstbarkeit dem Flurstück Nr. Y zuzuordnen, auch wenn dies dinglich nicht wie vorgesehen umgesetzt worden ist. Insoweit wird auf Ziff. 2 e) der notariellen Urkunde vom 9.09.2008 (Anlage K 3) verwiesen. Nachdem dort unter Ziffer 2 die Beklagte 1 die streitgegenständliche Grunddienstbarkeit bestellen sollte und sie daher zu diesem Zeitpunkt nach der Überzeugung des Senats Eigentümerin des Flurstücks Nr. X war (vgl. auch ergänzend die Angaben des Beklagtenvertreters in der Verhandlung vom 25.10.2011, S. 3 unten des Sitzungsprotokolls), war die Eigentümerin des Flurstücks Nr. X damit einverstanden, dass hinsichtlich des Doppelparkers C33 und des Raums Waschen/Trocknen Haus C eine Grunddienstbarkeit zu Gunsten des Flurstücks Nr. Y bestellt wurde. Damit war sie gleichzeitig mit dem Überbau einverstanden, auch wenn die Grunddienstbarkeit, die für einen rechtmäßigen Überbau nach § 912 BGB nicht erforderlich ist, nicht wirksam bestellt wurde und die dingliche Einigung in der notariellen Urkunde vom 09.09.2008 nicht zutreffend festgehalten wurde. Die Zustimmung zu einem Überbau nach § 912 BGB ist nämlich formfrei möglich.

d)

Danach wurde der Geschäftsführer der Beklagten 1 persönlich, Herr B., der ursprünglich Eigentümer des Flurstücks Nr. Y war

(vgl. Ziff. 3 der notariellen Urkunde vom 9.09.2008, Anlage K 3, und Angaben des Beklagtenvertreters in der Verhandlung vom 25.10.2011), und als dessen Rechtsnachfolgerin die Beklagte 1 nach § 912 i.V.m. § 95 Abs. 1 S. 2 BGB analog, §§ 93, 94 Abs. 2 BGB Eigentümerin des Doppelparkers C33 (und des Raums Waschen/Trocknen Haus C auf dem Flurstück Nr. X). Die Beklagte 1 wurde damit im Teileigentumsgrundbuch Nr. ...9 des Grundbuchs von Stuttgart-Bad Cannstatt nicht nur zutreffend als Eigentümerin eingetragen, sondern das Eigentum umfasste den gesamten vertraglich geschuldeten Bereich.

e)

Die Eigentümer des Flurstücks Nr. X haben keinen Berichtigungsanspruch nach § 894 BGB. Die im Grundbuch zu Gunsten der Kläger eingetragene Auflassungsvormerkung bezüglich des Doppelparkers C33 ist in ihrem Bestand sicher. Damit scheidet die Fälligkeit des Kaufpreisanspruchs der Beklagten 1 nicht am Fehlen einer wirksamen und bestandssicheren Auflassungsvormerkung zu Gunsten der Kläger.

3.

a)

Soweit sich die Kläger zur Begründung des geltend gemachten Rückzahlungsanspruchs darauf berufen, dass zum Zeitpunkt der ersten Teilzahlung in Höhe von 180.255,00 € die Lastenfreistellung des Vertragsgegenstandes im Sinn von § 3 Ziff. 3 b des Kaufvertrags nicht gesichert gewesen sei, ist der klägerische Vortrag für einen Rückzahlungsanspruch un schlüssig. Maßgeblich ist für das Bestehen eines Rückzahlungsanspruchs, dass zum Zeitpunkt der letzten mündlichen Verhandlung die Fälligkeit des Kaufpreises nicht eingetreten war und deshalb jetzt ein zuzusprechender Rückzahlungsanspruch besteht. Das ist jedoch hier nicht der Fall.

b)

Bei einem Kaufvertrag, der wie hier der MaBV unterliegt, wird nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 bis 5 MaBV der Kaufpreis erst fällig, wenn eine dieser Vorschrift entsprechende Freistellungsverpflichtung des Grundschuldgläubigers vorliegt. Durch die Freistellungsverpflichtungserklärung verpflichtet sich der Grundpfandgläubiger zur Lastenfreistellung durch die Bewilligung der Löschung oder Pfandfreigabe, gibt die entsprechende Erklärung aber noch nicht ab (Pause, Bauträgerkauf und Baumodelle, 5. Aufl. RN 239). Statt der Freistellungsverpflichtungserklärung kann jedoch auch eine Löschungsbewilligung oder eine Pfandfreigabeerklärung verbunden mit einem Notar-Treuhandauftrag, der den Anforderungen des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 bis 5 MaBV an eine Freistellungsverpflichtungserklärung genügen muss, eine ausreichende Sicherung der Lastenfreiheit bewirken (Pause, a.a.O. RN 242; Basty, Der Bauträgervertrag 6. Aufl. RN 338). Die Pfandfreigabeerklärung stellt dabei bereits einen Teil der schuldrechtlichen Erfüllung der Freistellungsverpflichtung dar (Grziwotz-Bischoff, MaBV § 3 RN 97 in FN 196).

Teilweise wird eine ausreichende Sicherung im Sinn des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV nur angenommen, wenn mit der Pfandfreigabeerklärung bei einem Brief-Grundpfandrecht auch der Brief vorgelegt worden ist (Grziwotz-Bischoff a.a.O.; Beck'sches Notarhandbuch-Kutter, 4. Aufl. A II RN 64). Diese Auffassung überzeugt angesichts der Anforderungen

des § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 bis 5 MaBV nicht. Zwar bedarf die Löschung einer Grundschuld im Grundbuch nach den §§ 41, 42 GBO grundsätzlich der Vorlage des Briefs, wenn es sich nicht um ein Buchrecht handelt. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 bis 5 MaBV verlangt aber für die Fälligkeit des Kaufpreises nicht die Vorlage aller zur Löschung erforderlicher Unterlagen in grundbuchmäßiger Form, sondern begnügt sich mit der Vorlage einer ausreichenden Verpflichtungserklärung. Wird über die Verpflichtung zur Freistellung hinaus bereits ein Teil der Erfüllung der Verbindlichkeit bewirkt, führt dies nicht dazu, dass wegen einer noch ausstehenden Erfüllungshandlung, nämlich der Vorlage des Briefes des Grundpfandrechts, eine ausreichende Sicherung des Erwerbers entfallen würde. Vielmehr beinhaltet die Pfandfreigabeerklärung mit der dinglichen Bewilligung der Eintragung der Haftentlassung in den Wohnungs- und Teileigentumsbüchern die schuldrechtliche Verpflichtung des Grundpfandgläubigers, dafür den Grundschuldbrief zur Verfügung zu stellen. Damit ist eine ausreichende Sicherung der Lastenfreiheit bewirkt.

Nach § 3 Ziff. 3 b) des Kaufvertrags mussten für die Fälligkeit des Kaufpreises entweder die Löschungsunterlagen aller nicht zu übernehmenden, der Vormerkung vorgehenden Grundpfandrechte oder eine ausreichende Freistellungsverpflichtung auch für den Fall des Unterbleibens der Vollenendung des Bauwerks vorliegen. Letztere musste den Klägern ausgehändigt werden.

Unter Löschungsunterlagen sind alle Löschungsunterlagen und damit vorliegend auch der Grundschuldbrief zu verstehen, nachdem hier die Erteilung eines Briefs laut Grundbuch nicht ausgeschlossen war (§§ 1116, 1192 BGB). Dieser Brief wurde bislang unstreitig nicht den Klägern oder dem Notar W. vorgelegt.

Allerdings beinhaltet, wie oben dargestellt, die Pfandfreigabeerklärung der Grundschuldgläubigerin als deren Rechtsgrund auch eine Freistellungsverpflichtung, die durch Erbringung der übrigen zur Löschung der Grundschuld erforderlichen Handlungen der Grundschuldgläubigerin und damit durch Vorlage des Grundschuldbriefs zu erfüllen ist. Auch wenn die Freistellungserklärung mit einer teilweisen Erfüllungshandlung der Grundschuldgläubigerin zusammenfällt, liegt hier eine Freistellungserklärung nach § 3 Nr. 3 b) S. 1 2. Alt. des notariellen Kaufvertragsangebots i.V.m. § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3 MaBV vor.

Diese Freistellungserklärung wurde gemäß der vertraglichen Vereinbarung und der MaBV den Klägern inzwischen ausgehändigt.

Die Beklagte 1 hat während des Rechtsstreits die Kopie einer notariell beglaubigten (§§ 29 GBO, 129 Abs. 1 S. 1 BGB) Pfandhaftentlassungserklärung der S. a.G. vom 28.01.2009 mit der Bewilligung der Eintragung der Haftentlassung in den Grundbüchern vorgelegt, die u.a. die streitgegenständlichen Grundbücher von Bad Cannstatt, Nr. ....8 und Nr. ....9 umfasst hat (Bl. 208/209). Die Freistellungserklärung als schuldrechtlicher Teil der Pfandfreigabeerklärung wurde den Klägern damit während des laufenden Rechtsstreits übergeben. Die Übergabe einer einfachen Ablichtung genügt den Anforderungen (vgl. Grziwotz-Bischoff a.a.O. RN 90 m.w.N.). Es wurde nicht bestritten, dass die Kopie dem Original entspricht.

c)

Mit Schreiben vom 28.01.2009 (Anlage K 8) hatte der Notar W. u.a. mitgeteilt, dass die Lastenfreistellung durch Schreiben der S. a.G. vom 27.01.2009 gesichert sei. Dieses Schreiben haben die Kläger spätestens im Jahr 2011 von Notar W. erhalten (vgl. Schriftsatz vom 14.10.2011, Bl. 250f).

Das Schreiben der Grundpfandgläubigerin vom 27.01.2009 beinhaltet einen Treuhandauftrag, der von Notar W. konkludent durch Übersendung des Schreibens an die Erwerber angenommen wurde. Auf den Zugang der Annahmeerklärung hatte die Grundpfandgläubigerin mit Übersendung der Pfandhaftentlassungserklärung ebenfalls konkludent verzichtet (§ 151 BGB). Der Treuhandauftrag schränkt die in der Pfandhaftentlassungserklärung enthaltene schuldrechtliche Freistellungsverpflichtung ein und ist deshalb Teil der Erklärung der Verpflichtung zur Lastenfreistellung.

Das Schreiben der Grundpfandgläubigerin vom 27.01.2009 genügt den an eine Freistellungsverpflichtung nach § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 und 3 MaBV zu stellenden Anforderungen nicht. Es hat die Verwendung der Pfandhaftentlassungserklärung der Grundpfandgläubigerin vom 28.01.2009 unzulässig beschränkt. Danach wird die Grundpfandgläubigerin ihre Globalgrundschuld nur im Gegenzug zur Zahlung von 88,10 % des Kaufpreises durch den einzelnen Erwerber freigeben. Eine Beschränkung auf den geschuldeten Kaufpreis erfolgte nicht und eine Regelung für den Fall, dass das Bauvorhaben nicht beendet wird, fehlt. An diese Bedingung der Grundpfandgläubigerin war und ist die Beklagte 1 als Empfängerin dieses Schreibens und Vertragspartnerin der Grundpfandgläubigerin und der treuhänderisch für die Grundschuldgläubigerin tätig gewordene Notar W., der hinsichtlich der Abrufung des Kaufpreises auch als Erfüllungshelfer der Beklagten 1 handelte (vgl. OLG Karlsruhe Urteil vom 26.10.2010, Az. 8 U 170/09, juris RN 41; Urteil vom 20.05.2010, Az. 12 U 232/09, juris RN 23), gebunden.

Dennoch erfüllt die Freistellungsverpflichtung nach der weitgehend bewirkten Zahlung des Kaufpreises vorliegend den von § 3 Nr. 3 b) S. 1 2. Alt. des notariellen Kaufvertragsangebots und § 3 Abs. 1 S. 1 Nr. 3, S. 2 und 3 MaBV verlangten Sicherungszweck, so dass trotz der unzureichenden Freistellungsverpflichtung die Kaufpreisforderung der Beklagten 1 fällig geworden ist und deshalb der gezahlte Kaufpreis nicht zurück zu erstatten ist.

Nachdem die Kläger 96,15 % des Kaufpreises, wenn auch vor Fälligkeit, gezahlt haben, haben sie auch nach dem Schreiben der Grundpfandgläubigerin vom 27.01.2009 einen Anspruch auf Löschung von deren Grundschuld hinsichtlich ihres Vertragsobjekts. Die in der Treuhandanweisung entgegen den vertraglichen und gesetzlichen Vorgaben gemachten Einschränkungen wirken sich nach der weitgehenden Zahlung der Kläger nicht mehr aus. Sie müssen nach Treu und Glauben (§ 242 BGB, § 162 BGB analog BGB) die Befreiung ihres Wohnungs- und Teileigentums von der Grundschuld der S. a.G. betreiben und können nicht nach Wahl Rückerstattung des Kaufpreises wegen einer nach § 3 MaBV unzureichenden Freistellungserklärung verlangen, weil im konkreten Fall die Freistellungserklärung die Kläger jetzt ausreichend sicherstellt. Das Verlangen nach einer Freistellungserklärung nach § 3 Abs. 1 MaBV wäre eine reine För-

melei, die nicht auf eine – bereits bewirkte – ausreichende Freistellung zielt, sondern allein auf die Rückzahlung des Kaufpreises und deshalb missbräuchlich ist.

d)

Die Kläger haben ihre Zahlungen bis zu 88,10 % des vertraglich vereinbarten Kaufpreises auf eine Forderung geleistet, die noch nicht fällig war. Ginge es in einem solchen Fall nur um eine vorzeitige Leistung auf eine betagte Forderung, so würde einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch grundsätzlich die gesetzliche Regelung in § 813 Abs. 2 BGB entgegenstehen. Bei den Zahlungen, die § 3 Abs. 1, 2 MaBV widersprechen, kommt jedoch hinzu, dass der Bauträger durch die Entgegennahme dieser Vermögenswerte gegen ein gesetzliches Verbot im Sinne des § 134 BGB verstoßen hat und daher einem bereicherungsrechtlichen Rückforderungsanspruch aus § 817 S. 1 BGB ausgesetzt ist. Da das Verbotsgesetz gerade die Entgegennahme von Zahlungen auf eine betagte Forderung verbietet, solange die Fälligkeitsvoraussetzungen noch nicht vorliegen, kann die Regelung des § 813 Abs. 2 BGB keine Anwendung finden, soweit sie den vom Verbotsgesetz bezweckten Schutz des Erwerbers ausschalten würde (BGHZ 171,364, juris RN 31). Die Regelung in § 813 Abs. 2 BGB kann jedoch nur insoweit zurücktreten, als dies im Hinblick auf Sinn und Zweck des genannten Verbotsgesetzes gerechtfertigt ist. Soweit der vorrangige Schutz des Erwerbers die Rückzahlung der vor Fälligkeit geleisteten Zahlungen nicht gebietet, verbleibt es beim gesetzlichen Ausschluss des Kondiktionsanspruchs. Denn es bedarf des Rückforderungsanspruchs nicht, soweit der von der MaBV bezweckte Schutz des Erwerbers bereits verwirklicht ist (BGH a.a.O. juris RN 32).

Gemäß den Ausführungen oben unter c) sind hier die Kläger angesichts der von ihnen erbrachten Zahlungen hinsichtlich ihres Anspruchs auf Übertragung eines von der Globalgrundschuld befreiten Eigentums ausreichend geschützt. Der Rückforderung des Kaufpreises steht hier deshalb § 813 Abs. 2 BGB entgegen.

e)

Ein weitergehender Schadensersatzanspruch besteht im Hinblick auf die Kaufpreiszahlung selbst nicht. Die Zahlung des Kaufpreises selbst stellt keinen Schaden dar, sondern dient der Vertragsverwirklichung. Die Rückzahlung des Kaufpreises würde im Übrigen nur dazu führen, dass der lastenfreie Erwerb der Kläger aufgrund der Bedingung im Schreiben der S. a.G. vom 27.01.2009 nicht mehr gesichert wäre. Ein entsprechendes Zahlungsverlangen würde danach den eigenen Interessen der Kläger, die eine ausreichende Sicherung begehren, widersprechen und wäre widersprüchlich (§ 242 BGB).

4.

Die Kläger haben 88,10 % des vertraglich vereinbarten Kaufpreises, das sind 206.065,90 €, nicht auf einmal gezahlt, sondern die Vorgaben der Freistellungserklärung durch verschiedene Teilbeträge erfüllt. Nachdem sie am 2.02.2009 einen Teilbetrag von 180.259,00 € gezahlt hatten, wurden an die Beklagte 1 am 5.03.2009 der Baukostenzuschuss der Stadt Stuttgart in Höhe von 22.000,- € und am 6.03.2009 weitere 10.709,16 € geleistet. Erst mit der Zahlung vom 6.03.2009 waren 88,10 % des Kaufpreises erreicht und die Sicherung

der Lastenfreiheit durch die Pfandhaftentlassungserklärung mit Freistellungsverpflichtung eingetreten.

a)

Bis zur Zahlung von mindestens 88,10 % des Kaufpreises ist ein Anspruch nach §§ 817 S. 1, 818 Abs. 1 BGB für die vor Fälligkeit geleisteten Zahlungen eingetreten. Die Regelung des § 813 Abs. 2 BGB findet für diesen Zeitraum keine Anwendung (s.o. Ziff. 3 d)), soweit sie den vom Verbotsgesetz bezweckten Schutz des Erwerbers ausschalten würde. Auch ist der Gedanke des § 272 BGB auf den Bereicherungsanspruch des § 817 Satz 1 BGB nicht anwendbar, weil hier nicht nur gegen vertragliche Vereinbarungen, sondern gegen Vorschriften der MaBV verstoßen wurde, in welchen das Gesetz zwingend die Einhaltung der betreffenden Regelung vorschreibt (OLG München NJW-RR 2001, 13 juris RN 21).

Zur Höhe des Bereicherungsanspruchs fehlt konkreter Sachvortrag. Insbesondere fehlt eine ausreichende Tatsachengrundlage für die Behauptung, die Beklagte habe Nutzungen in Höhe von 4,5 % ersparte Zinszahlungen gezogen.

Mit der Entgegennahme der Zahlungen hat die Beklagte 1 bis zum Eingreifen der Freistellungsverpflichtung der Grundschuldgläubigerin gegen ein gesetzliches Verbot aus § 3 Abs. 1 S. 1 MaBV verstoßen. Gemäß § 819 Abs. 2 BGB haftet die Beklagte den Klägern wie nach Rechtshängigkeit des Rückzahlungsanspruchs. Eine fällige Geldschuld ist gemäß §§ 291, 288 Abs. 1 S. 2 BGB mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Danach hat die Beklagte 1 einen Betrag von 180.259,90 € vom 3.02.2009 (§ 187 Abs. 1 BGB) bis zum 06.03.2009 mit 5 Prozentpunkten über dem Basiszinssatz zu verzinsen. Dies ergibt einen Betrag von 1.046,20 €, der unabhängig davon, ob es sich um Verzugszinsen oder Zinsen als Nutzungen handelt (vgl. Palandt-Grüneberg, BGB 70. Aufl. § 291 RN 6), nach §§ 291 S. 2, 289 S. 1 BGB selbst nicht erneut zu verzinsen ist.

Der Baukostenzuschuss der Stadt Stuttgart in Höhe von 22.000,- € bleibt bei der Zinsberechnung unberücksichtigt, weil die Kläger insoweit nicht Bereicherungsgläubiger sind.

b)

Wenn der Erwerber einer zu errichtenden Eigentumswohnung an den Bauträger wegen MaBV-widriger Fälligkeitsermittlungen des Notars Ratenzahlungen zu einem Zeitpunkt leistet, als dieser Gelder des Erwerbers noch nicht annehmen durfte, haftet der Bauträger nach §§ 280 Abs. 1, 278 BGB auf Ersatz des Zinsschadens (OLG Karlsruhe Urteil vom 26.10.2010, Az. 8 U 170/09, juris RN 37ff RN). Die Kläger haben aber hier keinen eigenen Zinsschaden geltend gemacht, sondern verlangen Schadensersatz in Höhe der durch die Abschlagszahlungen gezogenen Zinsvorteile der Beklagten 1 (vgl. OLG Karlsruhe Urteil vom 20.05.2010, Az. 12 U 232/09, juris RN 37ff RN). Dieser Anspruch geht hier jedoch bei abstrakter Schadensberechnung in der Hauptsache nicht weiter als derjenige aus §§ 817 S. 1, 818 Abs. 1, 819 BGB.

Allerdings hat die Beklagte 1 aus § 280 Abs. 1 BGB den Klägern deren vorgerichtliche Anwaltskosten zu ersetzen. Diese berechnen sich aus einem Streitwert in Höhe von 1.046,20 € und betragen gemäß den angemessenen Berechnungsgrundlagen aus der Klagschrift 205,87 € brutto.

5. Der geltend gemachte Schadensersatzanspruch der Kläger folgt nicht aus einem Mangel der Kaufsache.

a) Der rechtmäßige Überbau hat zur Folge, dass der Nachbar einen Anspruch auf eine Geldrente hat (§ 912 Abs. 2 S. 1 BGB). Nach § 913 BGB ist Gläubiger dieser Rente der jeweilige Eigentümer des Stammgrundstücks. Da die Überbaurente einen Mangel des Grundstücks darstellt, richten sich die Rechte der Kläger nach Kaufrecht. Die Verpflichtung, eine Überbaurente zahlen zu müssen, stellt einen Rechtsmangel nach § 435 BGB dar (vgl. OLG Koblenz MDR 2008, 69, juris Rn. 8 m.w.N.).

Ansprüche wegen Rechtsmängel sind durch den Kaufvertrag nicht ausgeschlossen (vgl. § 7 des Kaufvertrags). § 6 des Kaufvertrags mit den dort formulierten Haftungsausschlüssen betrifft nur Sachmängel.

b) Wegen des Rechtsmangels haben die Kläger die Rechte aus § 437 BGB, wobei vor einem Schadensersatzanspruch vorrangig Nacherfüllung zu verlangen ist. Eine Nacherfüllung kann in der Weise geschehen, dass im Grundbuch ein Verzicht der Eigentümer bzw. Eigentümerin des Grundstücks Flurstück Nr. X auf die Überbaurente eingetragen wird (§ 914 Abs. 2 S. 2 BGB). Nachdem die Grunddienstbarkeiten ausweislich der notariellen Urkunde vom 09.09.2008 ohne Gegenleistung bestellt werden sollten und damit das Eigentum an dem Doppelparker C33 und dem Raum Waschen/Trocknen Haus C von den Eigentümern des Flurstücks Nr. X ohne Gegenleistung zu Gunsten des Flurstücks Nr. Y aufgegeben werden sollte, sollte der Überbau unentgeltlich und damit insbesondere auch ohne eine Überbaurente gewährt werden. Die Eigentümer des Flurstücks Nr. Y haben damit einen Anspruch auf Eintragung eines Rentenverzichts im Grundbuch gegen die Eigentümer des Flurstücks Nr. X. Zum Zweck der Nacherfüllung können die Eigentümer des Flurstücks Nr. Y der Beklagten 1 diesen Anspruch zur Geltendmachung abtreten oder die Beklagte 1 ermächtigen, in gewillkürter Prozessstandschaft die Eintragung des Verzichts – auch gerichtlich – durchzusetzen.

Nachdem bislang eine Überbaurente nicht verlangt worden war, ist die angemessene Frist für die Nachbesserung großzügig zu bemessen. Erst nach Fehlschlagen der Nachbesserung können die übrigen Gewährleistungsrechte nach § 437 BGB geltend gemacht werden.

c) Der Mangelrüge, der Gemeinschaftsraum Waschen/Trocknen Haus C sei zu klein, muss nicht nachgegangen werden, weil dieser Mangel die Fälligkeit des Kaufpreises nicht berührt hat und die Kläger nicht rechtzeitig ein Zurückbehaltungsrecht geltend gemacht haben, so dass sie den Kaufpreis nicht ganz oder teilweise zurückfordern können. Im Übrigen wurde der geschuldete Vertragsgegenstand laut Kaufvertrag nicht durch die notarielle Urkunde über die Dienstbarkeitsbestellung vom 9.09.2008 (Anlage K 3) beschrieben, sondern durch die Anlage 1 zur vorläufigen Teilungserklärung vom 25.05.2007, UR.Nr. 878/2007 des Notars W..

d) Eine Schadensersatz begründende Hinweispflicht der Beklagten 1, dass ein Rechtsmangel vorliegt, gab es nicht. Im Hinblick auf die Wahrnehmung allgemeiner vertraglicher Pflichten war im Übrigen der Notar nicht Erfüllungsgehilfe der Beklagten 1. Vielmehr greifen hier nur die allgemeinen Gewährleistungsrechte ein.

6. Die Kostenentscheidung beruht auf den §§ 91 Abs. 1, 92, 97 Abs. 1, 100 Abs. 4, 238 Abs. 4 ZPO.

Die Entscheidung zur vorläufigen Vollstreckbarkeit ergibt sich aus den §§ 708 Nr. 11, 711, 709 S. 2 ZPO.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Revision gemäß § 543 Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 Nr. 1 ZPO liegen vor, weil die Rechtssache grundsätzliche Bedeutung hat.

Mitgeteilt durch die Veröffentlichungsstelle des OLG Stuttgart

**OLG München, Beschluss vom 01.12.2011 – 31 Wx 249/10, rechtskräftig**

**BGB §§ 2265, 2270, 2271, 2079, 2283, 2285**

1. **Ein gemeinschaftliches Testament kann auch dann wirksam errichtet sein, wenn der andere Ehegatte erst nach längerer Zeit beiträgt, sofern im Zeitpunkt des Beitritts der Wille des ersttestierenden Ehegatten zur gemeinschaftlichen Testierung weiterhin besteht.**
2. **Irrt sich der nach Wiederverheiratung anfechtungsberechtigte überlebende Ehegatte über die Bindungswirkung, hindert das nicht den Beginn der Anfechtungsfrist.**

**Gründe:**

**I.**

Der am 29.11.2009 im Alter von 77 Jahren verstorbene Erblasser war mit der Beteiligten zu 1 in zweiter Ehe verheiratet. Die Ehe wurde am 4.8.1995 geschlossen. In erster Ehe war der Verstorbene mit der am 2.6.1992 verstorbenen Frau E. K. verheiratet. Aus dieser Ehe sind die Beteiligten zu 2 und 3 hervorgegangen. Es liegt eine letztwillige Verfügung des Erblassers und seiner ersten Ehefrau vom 19.2.1971/20.3.1977 vor, die von dem Erblasser geschrieben und unterschrieben ist und mit einer unterschriebenen Beitrittserklärung seiner Ehefrau versehen ist. Sie lautet wie folgt:

„Gemeinschaftliches Testament  
Wir, die Eheleute (...) bestimmen für den Fall unseres Todes was folgt: Wir setzen uns hiermit gegenseitig zu befreiten Vorerben unseres derzeitigen Nachlasses ein, d. h. der Überlebende ist von sämtlichen im Gesetz vorgeschriebenen

Beschränkungen befreit und kann frei und unbeschränkt über den Nachlaß verfügen. Als Nacherben setzen wir unsere Kinder (Beteiligter zu 2 und Beteiligter zu 3) zu gleichen Teilen ein. Sollte eines unserer Kinder vor uns sterben, so treten dessen Abkömmlinge an seine Stelle.

(Ort), den 19. Februar 1971

(Unterschrift des Erblassers)

Das vorstehende Testament meines Ehemannes soll auch als mein Testament gelten.

(Ort), den 20. März 1977

(Unterschrift der vorverstorbenen Ehefrau)“

Der Erblasser übersandte dieses Testament nach dem Tod seiner ersten Ehefrau an das Nachlassgericht, wobei er es als das „gemeinsame Testament von meiner verstorbenen Frau und mir“ bezeichnete. Bei der Eröffnung gab er gegenüber dem Nachlassgericht an, dass ihm und seiner Ehefrau der Begriff der Vor- und Nacherbschaft nicht bekannt gewesen sei. Er habe die Formulierung einer Broschüre entnommen. Beide Ehegatten hätten tatsächlich eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung gewollt, wobei der Überlebende rechtsgeschäftlich über den gesamten Nachlass allein Verfügungsberechtigt habe sein sollen. Erben des Letztversterbenden sollten die Beteiligten zu 2 und 3 sein. Dementsprechend wurde dem Erblasser antragsgemäß ein Erbschein als Alleinerbe ohne Nacherbenvermerk erteilt.

Der Erblasser errichtete am 31.8.2004 ein handschriftliches Testament, in dem er die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin einsetzte. Am 5.12.2008 schlossen der Erblasser und die Beteiligte zu 1 einen notariellen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig als Alleinerben einsetzten.

Der Beteiligte zu 2 hat am 12.7.2010 Antrag auf Erteilung eines Erbscheins gestellt, der ihn mit dem Beteiligten zu 3 gemäß Testament vom 19.2.1971/20.3.1977 als Miterben zu je 1/2 ausweist. Die Beteiligte zu 1 hat dem widersprochen. Sie ist der Auffassung, dass sie Alleinerbin aufgrund des Erbvertrages vom 5.12.2008 sei. Ein gemeinschaftliches Testament mit wechselseitigen Bindungen liege nicht vor. Vorsorglich erklärte sie mit Schriftsatz vom 14.6.2010 die Anfechtung des Testaments vom 19.2.1971/20.3.1977 wegen Übergehen eines Pflichtteilsberechtigten und wegen Irrtums des Erblassers über die Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung.

Mit Beschluss vom 15.10.2010 hat das Nachlassgericht den beantragten Erbschein bewilligt. Der Erblasser habe mit seiner damaligen Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament mit wechselbezüglichen Verfügungen verfasst. Die von der Beteiligten zu 1 erklärte Anfechtung greife wegen Fristablaufs nicht durch. Hiergegen richtet sich die Beschwerde der Beteiligten zu 1.

## II.

Die zulässige Beschwerde hat in der Sache keinen Erfolg. Zu Recht ist das Nachlassgericht zu dem Ergebnis gelangt, dass sich die Erbfolge nicht nach dem Erbvertrag vom 5.12.2008, sondern nach dem vom Erblasser mit seiner vorverstorbenen Ehefrau in den Jahren 1971/1977 errichteten Testament bestimmt, und daher die Beteiligten zu 2 und 3 je zur Hälfte Erben des Erblassers geworden sind.

1. Auch der Senat ist der Auffassung, dass der Erblasser und seine vorverstorbenen Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265, 2269 BGB errichtet haben.

a) Voraussetzung ist nach allgemeiner Auffassung, dass der Wille der testierenden Eheleute auf die Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments gerichtet ist und sich aus der Testamentsurkunde selbst zumindest andeutungsweise ergibt, dass es sich um eine gemeinschaftliche Erklärung handelt (vgl. dazu Burandt/Rojahn/Braun Erbrecht 1. Auflage § 2265 Rn. 8 ff m.w.N.).

Hier zeigt sich der Wille der Ehegatten zur Errichtung eines gemeinschaftlichen Testaments bereits in der Überschrift („gemeinschaftliches Testament“) wie auch in der Verwendung der Ausdrücke „Wir“, „die Eheleute ... setzen uns hiermit gegenseitig...“ und „unseres (...) Nachlasses“ (vgl. Palandt/Weidlich BGB 70. Auflage vor § 2265 Rn. 8). Mit diesen Formulierungen hat der Erblasser, der das Testament geschrieben hat, deutlich zum Ausdruck gebracht, dass er gemeinsam mit seiner Ehefrau ein gemeinschaftliches Testament errichten wollte und nicht etwa für sich allein ein Einzeltestament. Die Erklärung der Ehefrau stellt eine typische Beitrittserklärung zu dem vom anderen Ehegatten geschriebenen gemeinschaftlichen Testament dar und nicht etwa ein Einzeltestament, denn sie enthält für sich genommen überhaupt keine letztwillige Verfügung (vgl. Burandt/Rojahn/Braun a.a.O. § 2267 Rn. 15; Reimann/Bengel/J.Mayer Testament und Erbvertrag 5. Auflage § 2267 BGB Rn. 25). Die Ehefrau hat vielmehr zum Ausdruck gebracht, dass auch sie im Einklang mit dem Willen ihres Ehemannes ein gemeinschaftliches Testament errichten will und dass die von ihm getroffenen Verfügungen auch ihrem Willen entsprechen. Mit diesem Beitritt wurde daher von den Ehegatten ein gemeinschaftliches Testament im Sinne der §§ 2265 ff. BGB wirksam errichtet.

b) Dem steht nicht entgegen, dass die Ehefrau ihre Erklärung erst rund sechs Jahre nach der des Ehemannes abgegeben hat. Es ist nämlich nicht erforderlich, dass die Erklärungen der Ehegatten gleichzeitig erfolgen.

aa) Die korrespondierende Erklärung durch den anderen Ehegatten kann grundsätzlich auch noch nach längerer Zeit erfolgen (Staudinger/Kanzleiter BGB <2006> Vorbem. zu §§ 2265 ff Rn.20 unter Hinweis auf KG KGJ 51, 82: Abstand von 7 Jahren; kritisch hierzu Reimann/Bengel/J.Mayer vor §§ 2265 ff BGB Rn. 23; Coing JZ 1952, 611; Lange/Kuchinke Erbrecht 5. Auflage § 24 III 2c Fn 83). Voraussetzung ist aber, dass in diesem Zeitpunkt noch die Zustimmung des anderen (ersttestierenden) Ehegatten hierzu gegeben ist (Staudinger/Kanzleiter a.a.O.; MüKo/BGB/Musielak <2010> vor §§ 2265 Rn. 10; § 2267 Rn. 15).

bb) Das war hier nach Auffassung des Senats bei Abgabe der korrespondierenden Erklärung seiner vorverstorbenen Ehefrau am 20.3.1977, also sechs Jahren nach seiner eigenen Erklärung, bei dem Erblasser weiterhin der Fall, wie sich aus dessen Verhalten nach dem Tod seiner Ehefrau im Jahre 1992 ergibt. Zum einen legte er das Testament vor und stützte darauf sein Erbrecht. Dabei bezeichnete er die eingereichte Verfügung gerade als „gemeinsames Testament von meiner verstorbenen Frau und mir“. Zum anderen stellen

seine weiteren Angaben gegenüber dem Nachlassgericht am 13.8.1992 im Rahmen der Eröffnung des Testaments ein gewichtiges Indiz hierfür dar. Dabei bekundete er, dass durch das Testament sowohl von ihm als auch von seiner Ehefrau eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung über den gesamten Nachlass und eine Schlusserbeneinsetzung ihrer beider Söhne beabsichtigt war. Damit brachte er zum Ausdruck, dass der Wille der Ehegatten darauf gerichtet war, ihre Erbfolge, insbesondere auch den Fall des Ablebens des überlebenden Ehegatten, gemeinsam zu regeln und dass seine sechs Jahre zuvor getroffene Verfügung auch im Zeitpunkt der Abgabe der Erklärung seiner vorverstorbenen Ehefrau weiterhin gelten sollte.

cc) Hingegen läßt die Erklärung des Erblassers in § 1 Ziffer 3 des Erbvertrags vom 5.12.2008, dass er durch ein gemeinschaftliches Testament nicht in der freien Verfügung über seinen Nachlass beschränkt sei, entgegen dem Beschwerdevorbringen keinen hinreichenden Rückschluss darauf zu, dass der Erblasser selbst nicht von einer gemeinschaftlichen Verfügung der Ehegatten bezüglich des Testaments aus den Jahren 1971/1977 ausgegangen ist. Sie kann ebenso bedeuten, dass er sich durch das Testament lediglich in seiner Testierfreiheit als nicht beschränkt angesehen hat (vgl. dazu unten). Im Übrigen steht diese Erklärung des Erblassers im Widerspruch zu seinen Angaben bezüglich des Testaments aus den Jahren 1971/1977 vor dem Nachlassgericht im Jahre 1992, die zum Zeitpunkt des letzten Errichtungsaktes (Beitritt der vorverstorbenen Ehefrau) zeitnäher erfolgt sind.

2. An die Einsetzung der gemeinsamen Kinder als Schlusserbe war der Erblasser gebunden. Die Erbfolge nach dem Erblasser bestimmt sich deshalb nicht nach dem Erbvertrag vom 5.12.2008, sondern nach dem mit seiner vorverstorbenen Ehefrau errichteten gemeinschaftlichen Testament aus den Jahren 1971/1977.

a) Auch der Senat ist der Auffassung, dass die Ehegatten mit dem gemeinschaftlichen Testament nicht eine Vor- und Nacherbschaft anordnen, sondern sich gegenseitig als Alleinerben und die Beteiligten zu 2 und 3 als Schlusserben einsetzen wollten. Dem Gebrauch der Worte „Vorerbe“ und „Nacherbe“ kommt für sich allein keine entscheidende Bedeutung im Rahmen der Auslegung zu. Maßgebend ist auch insoweit der Wille beider Erblasser (BGH NJW 1983, 277/278). Hier ergibt sich aus der Erklärung des Erblassers gegenüber dem Nachlassgericht, dass er die einer Broschüre entnommenen Begriffe nicht im Rechtssinne verwendet hatte und die Ehegatten tatsächlich eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung mit Schlusserbeneinsetzung anordnen wollten.

b) Zutreffend ist das Nachlassgericht auch zu dem Ergebnis gelangt, dass die in dem gemeinschaftlichen Testament von dem Erblasser angeordnete Schlusserbeneinsetzung zugunsten der Beteiligten zu 2 und 3 zu seiner eigenen Einsetzung als Alleinerbe seiner Ehefrau wechselbezüglich im Sinne des § 2270 BGB ist und daher der Erblasser in entsprechender Anwendung des § 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB daran gehindert war, die Erbeinsetzung nach seinem Ableben davon abweichend zu regeln.

aa) Nach § 2270 Abs. 1 BGB sind in einem gemeinschaftlichen Testament getroffene Verfügungen dann wechsel-

bezüglich und damit für den überlebenden Ehegatten bindend, wenn anzunehmen ist, dass die Verfügung des einen Ehegatten nicht ohne die Verfügung des anderen Ehegatten getroffen worden wäre, wenn also jede der beiden Verfügungen mit Rücksicht auf die andere getroffen worden ist und nach dem Willen der gemeinschaftlich Testierenden die eine mit der anderen stehen oder fallen soll (BayObLGZ 1991, 173/175 f.; OLG Hamm FamRZ 2004, 662). Maßgeblich ist der übereinstimmende Wille der Ehegatten zum Zeitpunkt der Testamentserrichtung (BGHZ 112, 229/233). Enthält ein gemeinschaftliches Testament keine klare und eindeutige Anordnung zur Wechselbezüglichkeit, muss diese nach den allgemeinen Auslegungsgrundsätzen und für jede Verfügung gesondert ermittelt werden (BGH NJW-RR 1987, 1410). Erst wenn die Ermittlung des Erblasserwillens weder die gegenseitige Abhängigkeit noch die gegenseitige Unabhängigkeit der beiderseitigen Verfügungen ergibt, ist gemäß § 2270 Abs. 2 BGB im Zweifel Wechselbezüglichkeit anzunehmen, wenn sich die Ehegatten gegenseitig bedenken oder wenn dem einen Ehegatten von dem anderen eine Zuwendung gemacht und für den Fall des Überlebens des Bedachten eine Verfügung zugunsten einer Person getroffen wird, die mit dem anderen Ehegatten verwandt ist oder ihm sonst nahe steht.

bb) Schon nach der Lebenserfahrung liegt es nahe, dass die Einsetzung des Erblassers durch seine erstverstorbenen Ehefrau in Abhängigkeit zu dessen Einsetzung der gemeinsamen Kinder getroffen wurde. Indem die Ehefrau, wie geschehen, ihren Ehemann zum Alleinerben einsetzt, übergeht und enterbt sie ihre eigenen Kinder; denn ihre eigene Schlusserbeneinsetzung der Kinder wird im Fall ihres Vorversterbens gegenstandslos. Wer sein Vermögen letztendlich an die eigenen Kinder weitergeben will, sie aber trotzdem für den ersten eigenen Todesfall enterbt, tut das im Bewusstsein und Vertrauen darauf, dass wegen der Schlusserbeneinsetzung des anderen Ehegatten das gemeinsame Vermögen eines Tages auf die Kinder übergehen wird. Das Gesetz schützt dieses Vertrauen der Eheleute in den Bestand einer solchen Regelung, indem es zu Lebzeiten beider Ehegatten einen einseitigen Widerruf nur in einer besonderen Form gestattet, die sicherstellt, dass der andere Ehegatte von dem Widerruf erfährt (§ 2271 Abs. 1 Satz 1, § 2296 Abs. 2 BGB), und indem es nach dem Tod des Erstversterbenden den Widerruf grundsätzlich ausschließt (§ 2271 Abs. 2 Satz 1 BGB).

cc) Selbst wenn man jedoch nach all dem noch Zweifel haben müsste, dass die genannten Verfügungen wechselbezüglich sind, so wäre nach der ergänzend heranzuziehenden Auslegungsregel des § 2270 Abs. 2 BGB, die durch individuelle Auslegung jedenfalls nicht widerlegt ist, von einer Wechselbezüglichkeit auszugehen. Durchgreifende Umstände, die gegen dieses Auslegungsergebnis sprechen, sind nicht zutage getreten.

(1) Der Umstand, dass der Erblasser im Nachgang zu der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments nochmals neu testiert hat (2004) wie auch den Erbvertrag mit der Beteiligten zu 1 schloss, und sich dabei in seiner Testierfreiheit nicht gebunden angesehen hat, stellt dafür kein hinreichendes Indiz dar. Maßgeblich ist der Wille der beiden Ehegatten im Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments, also im Zeitpunkt als die vorverstorbenen Ehefrau im Jahre 1977 ihre letztwilligen Verfügungen getroffen hat. Für

diesen Zeitpunkt liegen nach Überzeugung des Senats jedoch keine durchgreifenden Anhaltspunkte vor, dass nach dem Willen der Erblasser die Schlusserbeneinsetzung ihrer gemeinsamen Kinder zu der jeweiligen Einsetzung des anderen Ehegatten als Alleinerben nicht in einer Wechselwirkung zueinander stehen sollte.

(2) Der Bestimmung in dem gemeinschaftlichen Testament, dass der „Überlebende von sämtlichen im Gesetz vorgesehenen Beschränkungen befreit sein sollte und frei und beschränkt über den Nachlass verfügen könne“, wie auch der Erklärung des Erblassers vor dem Nachlassgericht bei Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments im Jahre 1992 lässt sich nicht entnehmen, dass von den Ehegatten eine Wechselbezüglichkeit ihrer Verfügungen nicht gewollt war. Eine solche Formulierung enthält regelmäßig lediglich die Ermächtigung des Überlebenden über die Erbschaft unter Lebenden, nicht aber von Todes wegen frei zu verfügen (Staudinger/Kanzleiter a.a.O. § 2271 Rn 57; Palandt/Weidlich a.a.O. § 2271 Rn 21; BayObLG FamRZ 1985, 209; OLG Hamm OLGR 2002, 179 ff; Urteil v. 29.3.2011 -10 U 112/10; KG FamRZ 1998, 124). Gegenteilige Anhaltspunkte (vgl. OLG Hamm FamRZ 2007, 678) sind vorliegend nicht gegeben. Vielmehr legt die Aussage des Erblassers vor dem Nachlassgericht im Rahmen der Eröffnung des gemeinschaftlichen Testaments nahe, dass die eingeräumte Verfügungsbefugnis zugunsten des Überlebenden keine erbrechtliche Komponente mit einschloss, sondern sich auf rechtsgeschäftliche Verfügung beschränkte, wie auch die Weitergabe des gemeinsamen Vermögens an ihre Söhne nicht nur eine untergeordnete Rolle gespielt hat.

(3) Entgegen dem Beschwerdevorbringen steht auch der Umstand, dass bis zur vollständigen Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments ein Zeitraum von ca. sechs Jahren verstrichen ist, der wechselseitigen Abhängigkeit der Verfügungen der Ehegatten nicht entgegen. Ob im Einzelfall bei einem Beitritt des anderen Ehegatten erst nach mehreren Jahren angenommen werden kann, dass die Verfügungen des zuerst Testierenden auch ohne die Verfügungen des anderen erfolgt wären (vgl. Pfeiffer FamRZ 1993, 1266/1271 im Hinblick auf die Entscheidung des KG KGJ 51, 82/86), bedarf hier keiner Entscheidung. Anders als in dem vom KG entschiedenen Sachverhalt, in dem die überlebende Ehefrau ihren Beitritt zu dem von ihrem Mann errichteten Testament sieben Jahre später erklärt hatte, als dieser bereits im Sterben lag, erfolgte hier der Beitritt durch die (später als erste verstorbene) Ehefrau lange vor dem Tod des Ehemannes. Überdies hat sich der Erblasser, der seine Verfügung zuerst niedergeschrieben hatte, nach dem Tod seiner Ehefrau gerade auf das gemeinschaftliche Testament gestützt und in seiner Erläuterung für dessen Auslegung vor dem Nachlassgericht darauf hingewiesen, dass das Testament von seiner Ehefrau und ihm einvernehmlich abgefasst worden sei. Es kann deshalb nicht angenommen werden, dass der Erblasser als der zuerst Testierende seine Verfügungen auch ohne die Verfügungen seiner Ehefrau getroffen hätte. Im Übrigen geht es hier darum, ob die Verfügung der später beigetretenen Ehefrau zugunsten des Ehemannes wechselbezüglich zu dessen Einsetzung der gemeinsamen Kinder ist.

3. Der Senat teilt auch die Auffassung des Nachlassgerichts, dass die von der Beschwerdeführerin erklärte Anfechtung nicht durchgreift.

a) Soweit sich die Anfechtungserklärung darauf stützt, dass sich der Erblasser über die Bindungswirkung der Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder geirrt habe, hat die Anfechtung bereits deswegen keinen Erfolg, da ein solcher Irrtum über die Bindungswirkung keinen zur Anfechtung berechtigenden Inhaltsirrtum im Sinne des § 2078 BGB, sondern lediglich einen unbeachtlichen Rechtsfolgeirrtum darstellt (vgl. dazu näher OLG München NJWR 2011, 1020/1022).

b) Auch die von der Beschwerdeführerin erklärte Anfechtung gemäß § 2079 BGB greift nicht durch. Nach § 2285 BGB, der auf wechselbezügliche Verfügungen des überlebenden Ehegatten im gemeinschaftlichen Testament entsprechend anwendbar ist (Palandt/Weidlich a.a.O. § 2271 Rn. 32), besteht das Anfechtungsrecht des Dritten im Sinne des § 2079 BGB nicht mehr, wenn das Anfechtungsrecht des Erblassers selbst bereits zur Zeit des Erbfalls erloschen ist. Dies ist hier der Fall.

aa) Gemäß § 2283 Abs. 1 BGB kann die Anfechtung durch den Erblasser nur binnen Jahresfrist, beginnend mit dem Zeitpunkt, in welchem er von dem Anfechtungsgrund Kenntnis erlangt (§ 2283 Abs. 2 BGB), erklärt werden, d. h. er alle Tatsachen kennt, die für die Anfechtung erforderlich sind. Entscheidend sind hier der Tod der ersten Ehefrau (2.6.1992), die Annahme der Erbschaft nach ihrem Tode (13.8.1992), die Tatsache der Wiederverheiratung (4.8.1995) das Vorhandensein des gemeinschaftlichen Testaments aus den Jahren 1971/1977 mit der Schlusserbeneinsetzung der gemeinsamen Kinder. Die Anfechtungsfrist beginnt frühestens mit dem Zeitpunkt der Wiederverheiratung (§ 2281 Abs. 1 Halbsatz 2 BGB). Dieser Zeitpunkt und nicht der der Errichtung des Erbvertrages am 3.12.2008 steht bezüglich der Kenntnis des Anfechtungsgrundes daher inmitten. Zu diesem Zeitpunkt hat der überlebende Ehegatte dann Kenntnis von dem gemeinschaftlichen Testament, wenn er sich daran ohne weitere Gedächtnishilfe erinnern würde, falls er sich mit der Frage der Nachlassregelung befassen sollte (BayObLG FamRZ 1995, 1024). Die Kenntnis fehlt aber dann, wenn das Testament so weit aus der Erinnerung des Überlebenden verschwunden ist, dass es selbst bei Befassung mit der Nachlassregelung nicht in dessen Bewusstsein zurückgerufen worden wäre (BayObLG a.a.O.). Im letztgenannten Fall ist die für den Fristbeginn erforderliche Kenntnis erst dann gegeben, wenn der Anfechtungsberechtigte konkret an seine frühere Verfügung erinnert wird.

bb) Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ist es nach Auffassung des Senats fernliegend, dass das Vorhandensein des gemeinschaftlichen Testaments, das er mit seiner ersten Ehefrau errichtet hat, im Zeitpunkt der Heirat mit der Beschwerdeführerin (4.8.1995) aus der Erinnerung des Erblassers verschwunden ist. Die erste Ehefrau des Erblassers war erst drei Jahre zuvor am 2.6.1992 verstorben. Das mit ihr errichtete gemeinschaftliche Testament war zudem am 13.8.1992 Gegenstand einer eingehenden Erörterung vor dem Nachlassgericht über die Auslegung.

cc) Entgegen dem Beschwerdevorbringen lief die Frist ab Wiederverheiratung des Erblassers selbst dann, sofern er sich im Irrtum über die Bindungswirkung der wechselseitigen Verfügungen in dem Testament aus den Jahren 1971/1977

befunden hat. Grundsätzlich hindert nur ein Tatsachenirrtum des Anfechtungsberechtigten die Kenntnis und damit den Fristbeginn. Die rechtsirrtümliche Beurteilung eines den Tatsachen nach richtig erkannten Anfechtungstatbestandes geht hingegen, soweit es sich um das Anfechtungsrecht und seine Ausübung handelt, zu Lasten des Berechtigten (vgl. BGH FamRZ 2011, 1224 m.w.N.).

Dies ist hier der Fall. Der Erblasser hatte Kenntnis von den für den Beginn der Anfechtungsfrist maßgeblichen Tatsachen. Hinreichende Anhaltspunkte dafür, dass er irrtümlich annahm, dass die Schlusserbeneinsetzung durch seine zweite Eheschließung hinfällig war (vgl. dazu BayObLG NJW-RR 1992, 1223) liegen nicht vor. Ein Irrtum über eine Bindungswirkung, über die Notwendigkeit der Anfechtung oder darüber, dass auch ein gemeinschaftliches Testament vom Erblasser angefochten werden kann, stellt hingegen lediglich einen Rechtsirrtum dar, der den Ablauf der Anfechtungsfrist nicht hindert (Staudinger/Kanzleiter a.a.O. § 2283 Rn. 8).

dd) Die Anfechtungsfrist im Sinne des § 2283 Abs. 1 BGB war somit mit Ablauf des 5.8.1996 verstrichen und das Anfechtungsrecht des Erblassers erloschen. Demgemäß konnte auch die Beschwerdeführerin im Jahre 2010 nicht mehr die Schlusserbeneinsetzung in dem gemeinschaftlichen Testament 1971/1977 anfechten.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf § 84 FamFG. Es erscheint angemessen, dass die Beschwerdeführerin die durch ihr erfolgloses Rechtsmittel entstandenen außergerichtlichen Kosten den Beteiligten zu 2 und 3 erstattet.

Für die Festsetzung des Geschäftswerts des Beschwerdeverfahrens ist das wirtschaftliche Interesse der Beschwerdeführerin maßgeblich (§ 131 Abs. 4, § 30 Abs. 1 KostO). Dieses entspricht der von ihr behaupteten Alleinerbenstellung abzüglich der Pflichtteilsansprüche der Beteiligten zu 2 und 3, also 3/4 des Reinnachlasswertes. Ausgehend von den Angaben des Beteiligten zu 2 im Erbscheinsantrag schätzt der Senat den Reinnachlasswert auf 200.000 €.

Die Voraussetzungen für die Zulassung der Rechtsbeschwerde liegen nicht vor.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München  
Margaretha Förth

**OLG München, Beschluss vom 20.02.2012 – 31 Wx 565/11, rechtskräftig**

**FGG-RG Art. 111 Abs.2; FamFG §§ 43, 41 Abs.1 S.1, 15 Abs.2 S.2**

1. **Sind mehrere einzelne Verfahren betreffend die Person eines Erblassers jeweils durch Endentscheidung abzuschließen, ist in jedem Verfahren eine gesonderte Kostenentscheidung zu treffen.**
2. **Die Fiktion der Bekanntgabe eines Beschlusses durch Aufgabe zur Post setzt die Feststellung des**

**Datums der Aufgabe der an die Beteiligten gerichteten Schriftstücke zur Post voraus.**

3. **Der Bekanntgabeempfänger muss ausdrücklich darauf hingewiesen werden, dass das Schriftstück durch Aufgabe zur Post bekannt gemacht wird.**
4. **Das Fehlen eines – erkennbaren – Bekanntgabewillens kann nicht durch die Feststellung des tatsächlichen Zugangs des Schriftstücks beim Empfänger geheilt werden.**
5. **Eine ergänzende Kostenentscheidung ist nur möglich, wenn die Möglichkeit einer stillschweigenden Kostenentscheidung im Ausgangsbeschluss ausgeschlossen werden kann.**

#### Gründe:

##### I.

Gegenstand des Beschwerdeverfahrens ist die Kostenentscheidung des Amtsgerichts vom 17.08.2011 „in der Nachlasssache ... wegen Entlassung des Testamentsvollstreckers und Antrag auf Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses“.

1. Der Beschwerdeführer beantragte unter dem 05.06.2008 die Ausstellung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses. Mit Beschluss vom 07.01.2009 kündigte das Amtsgericht die Erteilung eines Testamentsvollstreckerzeugnisses nach Antrag an. Dagegen legten u. a. die Beteiligten zu 11, 13 und 15 bis 17 am 26.01.2009 Beschwerde ein. Eine Entscheidung ist bisher nicht ergangen.

2. Die Beteiligte zu 7 beantragte mit bei Gericht am 19.10.2009 eingegangenen Schreiben vom 14.10.2009 die Entlassung des Beschwerdeführers als Testamentsvollstrecker. Mit Beschluss vom 04.08.2010 entließ das Amtsgericht den Beschwerdeführer aus seinem Amt als Testamentsvollstrecker. Die hiergegen am 26.08.2010 eingelegte „sofortige Beschwerde“ nahm er mit Schriftsatz vom 14.04.2011 zurück. Mit Beschluss vom 30.06.2011 hat der Senat angeordnet, dass der Beschwerdeführer die notwendigen außergerichtlichen Kosten der Beteiligten zu 8 im Beschwerdeverfahren zu tragen hat (AZ: 31 Wx 256/10).

3. Mit Schriftsatz vom 25.05.2011 an das Amtsgericht beantragte die Beteiligte zu 8, dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens „zur Entlassung als Testamentsvollstrecker ... ganz“ aufzuerlegen. Mit dem eingangs zitierten Beschluss vom 17.08.2011 ordnete das Amtsgericht an, dass „der Beteiligte R. L. die Kosten des Verfahrens zu tragen habe“. Dagegen richtet sich die Beschwerde.

##### II.

Die Beschwerde hat Erfolg, soweit der Senat zur Entscheidung über den Beschwerdegegenstand berufen ist. Im Übrigen führt sie zur Aufhebung des Vorlagebeschlusses.

1. Ausweislich des Rubrums der Ausgangsentscheidung, aber auch des Nichtabhilfebeschlusses des Amtsgerichts vom 29.11.2011 ist dieses der Auffassung, dass über die Frage der Kostentragungspflicht im Verfahren auf Erteilung

eines Testamentsvollstreckerzeugnisses und im Verfahren auf Entlassung als Testamentsvollstrecker gleichzeitig entschieden werden kann. Diese Auffassung teilt der Senat nicht, soweit sie auf der Annahme basiert, dass die Verfahren identisch seien und die Kostenentscheidung daher zwangsläufig in beiden Verfahren gleich ausfallen müsse. Bereits das Landgericht Traunstein hat das Amtsgericht mit Beschluss vom 05.11.2010 in Verfahren 4 T 3717/10 darauf hingewiesen, dass es sich bei dem Verfahren betreffend die Entlassung des Testamentsvollstreckers nach § 2227 BGB um ein eigenständiges Verfahren handelt. Das ergibt sich u.a. aus Art. 111 Abs. 2 FGG-RG. Die Frage, ob dem Beschwerdeführer ein Testamentsvollstreckerzeugnis zu erteilen war oder ist, ist dagegen ein weiteres Verfahren, das nichts mit der gesondert zu beantwortenden Frage zu tun hat, ob er als Testamentsvollstrecker zu entlassen ist (Senat, NJW-RR 2010, 1381). Denn ggf. muss auch nach Beendigung des Amtes als Testamentsvollstrecker ein mit einem Vermerk über die Beendigung des Amtes versehenes Testamentsvollstreckerzeugnis erteilt werden (vgl. OLG Stuttgart, OLGZ 1979, 387). Gebührenrechtlich ergibt sich dies aus § 115 KostO, weil mangels eines unmittelbaren Zusammenhangs zwischen Ernennung und Entlassung des Testamentsvollstreckers sowie der Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses keine Gebührenidentität besteht. Demnach ist über die Frage der Kostentragungspflicht in beiden Verfahren jeweils gesondert zu befinden, wenn auch die Entscheidung im Ergebnis identisch ausfallen kann.

2. Im vorliegenden Fall bedeutet dies, dass für die Beschwerde hinsichtlich der Kostenentscheidung im Verfahren wegen Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses der Rechtsweg zum Landgericht Traunstein gegeben ist. Denn der Antrag des Beschwerdeführers vom 05.06.2008 auf Erteilung des Testamentsvollstreckerzeugnisses ist beim Amtsgericht bereits am 06.06.2008 eingegangen. Damit ist insoweit gem. Art. 111 Abs. 1 Satz 1 FGG-RG das zum damaligen Zeitpunkt geltende Verfahrensrecht anzuwenden und gem. § 19 FGG a.F. das Landgericht Traunstein als Beschwerdegericht zur Entscheidung berufen. Daher war der Vorlagebeschluss des Amtsgerichts aufzuheben, soweit er die Vorlage der diesen Punkt betreffenden Beschwerde an das Oberlandesgericht angeordnet hat.

3. a) Der Kostenbeschluss des Amtsgerichts entbehrt der Rechtsgrundlage, soweit dieses dem Beschwerdeführer die Kosten des Verfahrens auf Entlassung als Testamentsvollstrecker auferlegt hat. Aus § 82 FamFG ergibt sich wörtlich, dass in der „Endentscheidung“ über die Kosten zu befinden ist. Das Verfahren auf Entlassung des Testamentsvollstreckers wird entweder durch den Entlassungsbeschluss oder durch die Zurückweisung des Antrags abgeschlossen. Den Beschluss auf Entlassung des Beschwerdeführers als Testamentsvollstrecker hat das Amtsgericht im vorliegenden Fall am 04.08.2010 gefasst. Nach diesem Zeitpunkt kam eine Abänderung im Kostenpunkt nur über eine Ergänzung nach § 43 Abs.1 FamFG in Frage, weil die anwaltlich vertretene Beteiligte zu 8 ausdrücklich gegenüber dem Amtsgericht eine Kostenentscheidung zu ihren Gunsten beantragte und keinerlei Anhaltspunkte dafür sprechen, dass die Beteiligte zu 8 – im Wege der Beschwerde – eine Überprüfung der Ausgangsentscheidung durch das übergeordnete Gericht anstrebte (vgl. dazu etwa BayObLG, NJW-RR 2000,

671 m.w.N.). Die Ergänzung der Ausgangsentscheidung des Amtsgerichts war mangels ihrer wirksamen Bekanntgabe an die Beteiligte zu 8 zwar noch nicht verfristet, aber deshalb nicht möglich, weil der Ausgangsbeschluss keine durch die angestrebte Ergänzung zu schließende Lücke enthielt.

aa) Die Ergänzung des Ausgangsbeschlusses war nicht schon deshalb verfristet, dass bei Eingang des Kostenantrags der Beteiligten zu 8 der Erlass des das Entlassungsverfahren abschließenden Beschlusses bereits länger als 8 Monate zurücklag. Denn es lässt sich nicht feststellen, dass die Zweiwochenfrist des § 43 Abs.2 FamFG durch die gem. § 41 Abs.1 S.1 FamFG erforderliche Bekanntgabe des Beschlusses an die neben dem Beschwerdeführer am Verfahren beteiligten Personen in Lauf gesetzt worden wäre. Die Frist für den Antrag auf Beschlussergänzung nach § 43 Abs.2 FamFG beginnt erst mit schriftlicher Bekanntgabe des Beschlusses. Weil diese im vorliegenden Fall nicht durch förmliche Zustellung erfolgte, wäre zunächst die von § 15 Abs.2 S.2 FamFG vorausgesetzte Aufgabe der für die weiteren Verfahrensbeteiligten bestimmten Beschlussausfertigungen zur Post festzustellen (vgl. a. OLG Köln, FGPrax 2010, 204 und Keidel/Sternal, 17. Aufl.2011, Rn. 69 zu § 15 FamFG). Dabei müssen an einen die Bekanntgabe an die Beteiligten beurkundenden Aktenvermerk wegen der mit § 15 Abs.2 S.2 FamFG verbundenen Zugangsfiktion strenge Anforderungen gestellt werden. Jedenfalls muss dieser ergeben, an welchem Tag und unter welcher Anschrift das Schriftstück zur Post gegeben wurde. Dies wird für die im Gesetzgebungsverfahren zum Vorbild genommene Regelung des § 8 InsO (vgl. BT-Drs. 16/6308, S.182) ausdrücklich so angenommen (vgl. etwa MK-Ganter, 2.Aufl. 2007, Rdn. 20 zu § 8 InsO). Diese Daten ergeben sich aus der mit Namenszeichen am 12.08.2010 abgehakten richterlichen Verfügung „formlos an Beteiligte u.RAe wie Bl. 483“ nicht. Im Übrigen ergibt sich aus dem Ausgangsbeschluss und den dazu ergangenen Verfügungen des Amtsgerichts auch nicht, dass mit der Übersendung des Beschlusses dessen (fristauslösende) Bekanntgabe erfolgen sollte. Ein solcher Hinweis ist jedoch zwingend erforderlich, um bei dem Bekanntgabempfänger nicht den irrigen Eindruck zu erwecken, es handle sich um nicht eine solche Bekanntgabe, sondern nur um die formlose Übersendung einer Abschrift oder Ausfertigung (so schon BGH MDR 1967, 475 zur Zustellung durch Aufgabe zur Post).

bb) Die festgestellten Bekanntgabemängel sind nicht durch den Zugang des Ausgangsbeschlusses bei den damaligen Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 8 am 26.08.2010 geheilt. Die Beschwerdeführerin wurde im Nachlassverfahren vom 16.06.2009 bis 19.09.2011 von den Rechtsanwälten T. W. vertreten, die auch den Kostenantrag vom 25.05.2011 gestellt haben. Diese haben gegenüber dem Erstgericht unter dem 26.08.2010 „Bezug nehmend auf den Beschluss des AG T. vom 4. August 2010 über die Entlassung von Herrn Rechtsanwalt L. aus dem Testamentsvollstreckeramt“ zur „weiteren Vorgehensweise“ Stellung genommen. Die Möglichkeit der Heilung der Bekanntgabemängel durch den tatsächlichen Zugang des Ausgangsbeschlusses bei den Verfahrensbevollmächtigten der Beteiligten zu 8 jedenfalls am 26.08.2010 ergibt sich nicht schon aus § 15 Abs.2 S.1 FamFG, weil diese ausdrückliche Regelung nur für die (förmliche) Zustellung auf die Zustellungsvorschriften der

ZPO verweist. Dies folgt aber aus der bereits angesprochenen Regelung des § 8 InsO, da im Bereich der InsO bei etwaigen Bekanntgabemängeln § 189 ZPO entsprechend angewendet wird (vgl. LG München I, BeckRS 2009, 26244).

Allerdings scheidet hier eine Heilung daran, dass das Amtsgericht in Verkennung der Rechtslage den Ausgangsbeschluss nach dem FGG a.F. bekannt geben wollte und deshalb keine Bekanntgabe nach dem auf diesen Verfahrensteil anwendbaren FamFG anordnete. Damit war die Absicht einer solchen Bekanntgabe für die Beteiligte zu 8 auch nicht erkennbar, so dass eine Heilung der fehlerhaften Bekanntgabe des Ausgangsbeschlusses ausscheidet (vgl. BGH, NJW 2003, 1191 und NJW 1952, 1375). Da deshalb die Frist des § 43 Abs.2 FamFG nicht zu laufen begonnen hatte, war eine Ergänzung des Ausgangsbeschlusses durch das Amtsgericht grundsätzlich denkbar.

b) Allerdings ist eine Ergänzung nach § 43 FamFG nur möglich, wenn der Ausgangsbeschluss eine Entscheidungslücke aufweist, weil das Gericht eine nach Aktenlage erforderliche Entscheidung -unbeabsichtigt -nicht getroffen hat (vgl. KeidelMeyer-Holz, aaO, Rdn. 3 zu § 43 FamFG). Dies ist im Punkt Kosten jedoch nur dann der Fall, wenn die Kostenentscheidung versehentlich, nicht aber rechtsirrig unterlassen worden ist (so schon BGH, MDR 1953, 164 zur Urteils-ergänzung nach § 321 ZPO, dessen Regelungsgehalt das FamFG übernommen hat, vgl. BT-Drs. 16/6308, S.197). Deshalb kann die Ergänzung einer Hauptsacheentscheidung im Kostenpunkt nur dann in Betracht kommen, wenn sich nicht aus dem Schweigen des Kostenbeschlusses zu dieser Frage ergibt, dass insoweit keine Entscheidung getroffen werden sollte. Dies gilt auch dann, wenn sich -wie hier -die Frage der Erstattung außergerichtlicher Kosten mangels eines entsprechenden Antrags eines Beteiligten nicht ausdrücklich stellte und sich das Gericht über diese Fragen keine Gedanken gemacht haben sollte (vgl. die ständige Rechtsprechung des BGH zu den Parallelfällen der nicht ausgesprochenen Entscheidung über die Revisions- bzw. Rechtsbeschwerde-zulassung, etwa NJW 2004, 779 m.w.N.). Denn in solchen Fällen kommt das für rechtsfehlerhafte Beschlüsse vorgesehene Beschwerdeverfahren zum Tragen (bei Überschreiten des Beschwerdewerts des § 61 Abs.1 FamFG ist die isolierte Kostenbeschwerde zulässig, vgl. Beschluss des BGH vom

09.12.2010, V ZB 149/10, Rdn. 6). Dagegen kann ein das Rechtsmittelverfahren ausschließender Ergänzungsfall nur vorliegen, wenn Umstände erkennbar sind, die den Schluss zulassen, dass das Erstgericht die Kostenentscheidung zugunsten der neben dem Beschwerdeführer am Ausgangsverfahren Beteiligten versehentlich übergangen hat (vgl. a. BGH, NJW 2006, 1351, Rdn. 17).

Im vorliegenden Verfahren haben sich die teilweise anwaltlich vertretenen Beteiligten und das Gericht ausführlich über die Frage der Entlassung des Beschwerdeführers ausgetauscht. Vor Ergehen des Entlassungsbeschlusses hat am 26.07.2010 ein Erörterungstermin stattgefunden, in dem sich mehrere Beteiligte durch ihre Verfahrensbevollmächtigten vertreten ließen. Anträge und Anregungen zur Frage der Kostentragung wurden dabei nicht angebracht. Nach der Hauptsacheentscheidung ergab sich infolge des Fehlens einer ausdrücklichen Kostenentscheidung die Kostenschuld der auf Entlassung des Beschwerdeführers antragenden Beteiligten für die Gerichtskosten aus § 2 Nr.1 KostO (Korinthenberg-Lappe, 18.Aufl. 2010, Rdn. 25 zu § 113 KostO).

Mangels einer ausdrücklichen Überbürdung hatten die Beteiligten ihre außergerichtlichen Auslagen selbst zu tragen. Da eine ausdrückliche Entscheidung für diese Kostenfolgen nicht erforderlich war, kann auch nicht davon ausgegangen werden, dass das Amtsgericht bei Erlass des Entlassungsbeschlusses die Kostenfrage versehentlich übergangen hat, vielmehr ist von einer - stillschweigenden - Kostenentscheidung im genannten Sinne auszugehen. Damit war und ist für die Ergänzung des Beschlusses auf Entlassung des Beschwerdeführers als Testamentsvollstrecker vom Amtsgericht am 04.08.2010 kein Raum.

4. Der Senat sieht keinen Anlass, den übrigen Beteiligten die Kosten der erfolgreichen Beschwerde aufzuerlegen (§ 81 Abs. 1 FamFG). Bei Festsetzung des Geschäftswerts für das Beschwerdeverfahren hat der Senat 2,5 Anwaltsgebühren zzgl. Mehrwertsteuer aus dem Geschäftswert des Entlassungsverfahrens (250.000 €) in Ansatz gebracht.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München  
Margaretha Förth

## Buchbesprechungen

**Notarhandbuch. Gesellschafts- und Unternehmensrecht**  
Herausgeber: Hauschild-Kallrath-Wachter, Verlag: CH Beck, 2011, ISBN: 978340661839, Anzahl Seiten: 1750

Das Gesellschaftsrecht ist ein wesentlicher Teilaspekt der Tätigkeit im Notariat. Dieses neue Werk, konzipiert als Handbuch für das Notariat, umfasst dabei alle im Notariat auftretenden Fragen des Gesellschaftsrechts. Das Werk berücksichtigt dabei auch im ersten und zweiten Teil die Frage, an welcher Stelle steht eigentlich das Notariat beispielsweise bei einer Unternehmenstransaktion. Was erwartet der Kun-

de, der beteiligte Rechtsanwalt und was sind dabei die Aufgaben des Notars. Diese einführenden Teile des Werkes sind sowohl für Notare als auch für alle im Gesellschaftsrecht tätigen Rechtsanwälte empfehlenswert, da das Zusammenspiel und mögliche Konfliktpunkte sehr ansprechend herausgearbeitet werden. Selbst in den Fußnoten findet der Leser dabei noch wichtige Hinweise für die Praxis, die über die reinen Literaturhinweise hinausgehen. Gerade für den mit Transaktionsprozessen befassten Notar, aber auch für Rechtsanwälte und Steuerberater enthält das Buch wichtige Hinweise, gerade auch für die Strukturierung solcher Transaktionen. Für die Praxis ist auch § 4 des Werkes interessant, indem die

Problematik der Beurkundung im Ausland und der Anerkennung durch deutsche Registergerichte sehr ausführlich und mit wichtigen Hinweisen für die Praxis der Registergerichte dargestellt wird. Für die Folgeauflage wünscht man sich vielleicht eine noch etwas ausführlichere Auseinandersetzung mit der Entscheidung des OLG Düsseldorf aus diesem Jahr, hinsichtlich der Anerkennung der Wirksamkeit der Beurkundung der Abtretung eines Geschäftsanteils einer deutschen GmbH durch einen schweizerischen Notar. Denn so sehr die Beurkundung im Ausland Kosten sparen kann, so risikoreich kann sie eben auch sein, da die Rechtskenntnisse des ausländischen Notars eben in der Regel doch nicht denen eines deutschen Notars entsprechen. Teil 4 des Werkes ist dem Registergericht gewidmet. Die Fülle an Checklisten, Formulierungshilfen und Praxistipps stellen einen großen Mehrwert dieses Buches dar. Exemplarisch sei dabei die immer noch nicht abschließend geklärte Frage genannt, ob bei einer gemeinnützigen GmbH der ausgeschriebene Zusatz „gemeinnützige GmbH“ zulässig ist. Die Entscheidung des OLG München wird dabei mit einer Handlungsempfehlung für die Praxis versehen, die bis zur endgültigen Klärung dieser Frage sicherlich hilfreich ist. Das Werk gliedert sich dann weiter in sämtliche in Betracht kommende Personen- und Kapitalgesellschaftsformen. Hierdurch kommt es, obgleich als Handbuch konzipiert, einem Formularbuch sehr nahe, da die Vielzahl an Formulierungshilfen hervorragend für die Praxis geeignet sind. Das macht die gelungene Mischung dieses Buches aus. Die Tiefe der Abhandlungen der einzelnen Fragestellungen, die Fülle an Literatur und die praxisnahen Formulierungshilfen machen die Qualität dieses Buches aus. Abgerundet wird das Werk durch die gute Darstellung der Unternehmensnachfolge und der einzelnen gesellschaftsvertraglichen Formulierungen bei den Personen-, wie auch bei den Kapitalgesellschaften. Auch die Sonderprobleme des Minderjährigenrechts und die Fragestellungen des Familienrechts im Rahmen des Gesellschaftsrechts, also wie in Gesellschaftsverträgen Ehevertragspflichten formuliert werden können, finden dabei eine abschließende Betrachtung. Die übersichtliche Darstellung der Grundlagen des für das Gesellschaftsrecht maßgeblichen Steuerrechts ist gerade für den Notar der sich rasch einen Überblick verschaffen muss eine große Arbeitshilfe.

Die Fülle der Literatur, die Formulierungshilfen und die Vielzahl der Hinweise für die Notariatspraxis machen dieses Handbuch zu einer guten Arbeitshilfe. Man darf annehmen, dass sich dieses neue Werk rasch in der Notariatspraxis, aber auch bei Rechtsanwälten und Steuerberatern die im Gesellschaftsrecht beraten als Standardwerk etablieren wird.

Elmar Uricher, Rechtsanwalt,  
Vorstand Institut für Erbrecht, Konstanz

**Tiedtke/Diehn. Notarkosten im Grundstücksrecht mit Bezügen zum Familien- und Erbrecht, Handels- und Gesellschaftsrecht. Von Notariatsoberrat i.N. Werner Tiedtke, München, und Notar a.D. Dr. Thomas Diehn, Carl Heymanns Verlag, Köln. 3. Aufl. 2011, 556 S., 88 Euro.**

Ziel des Buches ist es, dem Praktiker eine Hilfestellung bei der kostenrechtlichen Bewältigung notarieller Amtstätigkeiten zu geben und die Bewertung der verschiedenen Sachverhalte zu erleichtern. Entsprechend der notariellen Tätigkeit ist das Grundstücksrecht Schwerpunkt der Darstellung. Da oftmals aber auch ein Sachzusammenhang mit anderen Rechtsgebieten besteht, werden zum besseren Verständnis dazu ergänzende Beispielberechnungen geboten. So wird selbstverständlich auch auf Anmeldungen zum Handelsregister, die Erzeugung der XML-Strukturdaten und die Über-

mittlung elektronischer Daten eingegangen, wobei der Gebührentatbestand des § 147 Abs. 2 KostO bejaht wird (Rn. 32). Bei der Neuregelung der KostO und mit der Einführung des elektronischen Rechtsverkehrs im Grundbuchwesen erlangt diese Erkenntnis besondere Bedeutung. Alle Einzelbereiche werden kompakt zusammengefasst und ermöglichen so einen umfassenden Überblick über die Kostenberechnung des einzelnen Vorgangs, z.B. bei einem Grundstückskaufvertrag von der Festsetzung des Geschäftswertes über Vollzugs- und Nebengebühren bis hin zu Einordnung von gegenstandsgleichen und gegenstandsverschiedenen Erklärungen.

Mit der Einordnung des Begriffs „gebührenfreies Nebengeschäft“ i. S. von § 35 KostO tut sich der Rechtsverkehr schwer (Rn. 55, vgl. auch BGH ZNotP 2006, 397). Fraglich ist, ob bei getrennter Löschungsbewilligung („Schubladen-Löschungsbewilligung“) zu einer Eigentumsvormerkung ein Verstoß gegen § 311b BGB vorliegt und von einer unrichtigen Sachbehandlung gemäß § 16 KostO ausgegangen werden muss, ansonsten ist neben der Gebühr des § 38 Abs. 2 Nr. 5a KostO für den Treuhandauftrag eine 5/10-Gebühr gemäß § 147 Abs. 2 KostO zu erheben (Rn. 503). Erhält der Notar den Auftrag, das Bestehen von gesetzlichen Vorkaufsrechten zu erfragen, liegt eine Vollzugstätigkeit nach § 146 Abs. 1 KostO vor, wenn die Erklärung über das Vorkaufsrecht zum grundbuchamtlichen Vollzug der Eigentumsumschreibung erforderlich ist (z.B. Vorkaufsrecht nach BauGB); handelt es sich um keine Grundbuchsperrung, so betreuende Tätigkeit nach § 147 Abs. 2 KostO (Rn. 568). In Rn. 571 des Werkes wird sodann eine Übersicht über die landesrechtlichen Vorkaufsrechte gegeben. Bei sog. Finanzierungsgrundschulden ist der Wirksamkeitsvermerk eine alternative Gestaltungsmöglichkeit zur Rangrücktrittserklärung des Käufers mit der zu seinen Gunsten eingetragenen Auflassungsvormerkung. Ob die Eintragung des Wirksamkeitsvermerks in das Grundbuch ein gebührenfreies Nebengeschäft zur Grundschuld-eintragung ist oder eine zusätzliche Gebühr auslöst, ist umstritten (Rn. 930; für Gebührenfreiheit OLG Düsseldorf ZNotP 2011, 38; OLG Köln RNotZ 2001, 243; für Gebührenpflicht BayObLG Rpfleger 1998, 375; OLG Hamm JurBüro 2002, 259).

Der Geschäftswert für Dienstbarkeiten bestimmt sich nach §§ 22, 24 KostO; Nutzungsdienstbarkeiten fallen unter § 24 KostO, Unterlassungsdienstbarkeiten unter § 30 Abs. 1 KostO (Rn. 1139 ff.). Bei Tankstellendienstbarkeiten ist im Regelfall der Jahreswert nach dem dem Grundstückseigentümer gewährten Entgelt (z. B. Provision) zu bestimmen (Rn. 114). Bei einer Windkraftanlage bestimmt sich der Geschäftswert im Regelfall nach dem vereinbarten Entgelt, das der Eigentümer vom berechtigten erhält; der Gesamterlös der Windenergieanlage, also der Umsatz, ist kein Maßstab für die Wertbestimmung (Rn. 1151; OLG Brandenburg ZNotP 2005, 76; OLG Oldenburg Rpfleger 1998, 171). Einen Sonderfall bilden Photovoltaikanlagen/Solaranlagen; zu den wesentlichen Fragen werden Lösungshinweise und Beispielsberechnungen gegeben (Rn. 1152 ff.). Für die nachträgliche ehevertragliche Erklärung eines Grundstücks zum Vorbehaltsgut ist als Geschäftswert der Wert des zum Vorbehaltsgut erklärten Grundstücks ohne Schuldenabzug zu nehmen, höchstens jedoch nach § 39 Abs. 2 KostO das Reinvermögen der Ehegatten, weil Änderung des Ehevertrags (Rn. 1277). Bei der Auflassung eines vermachten Grundstücks unterscheidet das Wert (Rn. 1333) danach, ob das Vermächtnis in einem eigenhändigen Testament angeordnet (dann 20/10-Gebühr nach § 36 Abs. 2 KostO) oder in einem notariellen Testament/Erbvertrag angeordnet wurde (dann § 38 Abs. 2 Nr. 6a KostO).

Übersichten und Musterberechnungen erleichtern das Verstehen der oft schwierigen Vorschriften der KostO. Das Buch

unterstützt vorzüglich den Notar und seine Mitarbeiter bei der Bewältigung der Kostenprobleme auf dem Gebiet des Grundstücksrechts. Das hervorragende Werk orientiert sich an den Bedürfnissen der Praxis und verdient das Prädikat „Aus der Praxis für die Praxis“. Das Werk darf in keinem Notariat fehlen.

Notar a.D. Prof. Walter Böhringer, Heidenheim/Brenz

**Gaberdiehl / Gladenbeck, Kreditsicherung durch Grundschulden, 9., neu bearbeitete Auflage 2011, 69,80 Euro; ISBN 978-3-503-13085-6; 704 Seiten**

In nunmehr neunter Auflage legt Gladenbeck das von Gaberdiehl begründete Werk Kreditsicherung durch Grundschulden vor. Auf knapp 700 Seiten (zählt man Inhaltsverzeichnis und Register mit) wird das Recht der Grundschuld ausführlich erörtert. Nach dem insbesondere die vollstreckbare Sicherungsgrundschuld in den letzten Jahren (allerdings nicht zum ersten Mal) vermehrter Kritik ausgesetzt war, ist gegenüber der Voraufgabe aus dem Jahr 2008 einiges zu aktualisieren gewesen. Nicht nur in der Literatur gab es viel Neues. Mit den (mehr oder weniger misslungenen) Regelungen des Risikobegrenzungsgesetzes hat auch der Gesetzgeber für „neuen Stoff“ gesorgt. Eine Reihe von Gerichtsentscheidungen schließlich hat das Grundschuldrecht zusätzlich in Bewegung gehalten.

In Teil eins des Werkes wird die Grundschuld als dingliches Recht dargestellt. Hier finden sich nicht nur Ausführungen zu möglichen Beleihungsobjekten, dem Verfahren beim Grundbuchamt und wichtigen Verfügungsbeschränkungen, sondern auch solche zur Abtretung der Grundschuld und dem gesetzlichen Lösungsanspruch. Systematisch nicht ganz richtig verordnet ist wohl die unter 10 ausführlich dargestellte „persönliche Haftung des Grundstückseigentümers“ (Seite 146 ff). Bei dem schuldrechtlichen Sicherungsschuldnerkenntnis hat man es (natürlich) nicht mit einem dinglichen Recht oder dem Bestandteil eines dinglichen Rechtes zu tun. Vielmehr steht das Schuldversprechen neben dem Duldungsanspruch aus § 1147 BGB. Dennoch ist aus praktischen Erwägungen die Behandlung dieses besonderen Sicherheitsrechts im Zusammenhang mit dem Inhalt der Grundschuld angezeigt. Denn üblicherweise wird die persönliche Haftung im Rahmen von Grundschuldbestellungen mit übernommen. In der Sache sind die Ausführungen zum Schuldnerkenntnis auch instruktiv und gelungen.

Der eigentliche Kernbereich des Rechts der Sicherungsgrundschuld wird in Teil zwei (Grundschuld und gesicherter Forderung, S. 259 ff) dargestellt. Hier finden sich Ausführungen zum Sicherungsvertrag, der Stellung von Sicherungsgeber und Sicherungsnehmer sowie die Behandlung der Einreden gegen Grundschuld und Forderung. Ebenfalls hier finden sich Ausführungen zum Gläubigerwechsel (S. 454 ff). Wie behandelt Gladenbeck die in der Diskussion besonders kritisch gesehene Konstellation des Forderungsverkaufs? Zutreffend wird ausgeführt, dass weder Bankheimnis noch datenschutzrechtlich einen vertraglichen Abtretungsausschluss oder gar ein Abtretungsverbot gemäß § 134 BGB zur Folge haben (Seite 461). Richtig ist sicher der (allgemein zum Gläubigerwechsel ausgeführte) Ansatz, dass bei Abtretung der gesicherten Forderung entsprechend § 401 BGB

der Erwerber Anspruch auf Abtretung der Grundschuld haben kann (Seite 456). Der Autor geht auch auf die vor allem für den Eigentümer wichtige Frage ein, ob bei einer nur zum Teil valutierenden Grundschuld das gesamte Recht übertragen werden darf. Wie gefährlich die Übertragung des „übersicherten“ Teils einer Grundschuld für den Eigentümer sein kann, zeigt der Fall BGHZ 185,133. Richtiger Ansicht nach darf (natürlich) nur der Grundschuldteil abgetreten werden, der der Höhe nach der Forderung entspricht. Dies vertritt der Verfasser auch zutreffend (S. 604). Dass die Ausführungen zum Gläubigerwechsel bei Forderungsverkauf auf mehrere Stellen des Buches verteilt sind (S. 454 ff, 603 ff; auch 376 ff), ist etwas unelegant. Allerdings ist es wohl kaum zu vermeiden. Immerhin wird man mit Verweisungen geführt. Noch eine kurze Bemerkung zur Behandlung von BGHZ 185,133. Zwar führt Gaberdiehl zutreffend auch zur alten Rechtslage (vor § 1192 Abs. 1 a BGB) aus, gutgläubig einredefinierter Erwerb scheidet aus, wenn Forderung und Grundschuld gemeinsam abgetreten werden (S. 457). Der Erwerber könne die Grundschuld nur in Höhe der Forderung geltend machen (S. 603). Beides sah der XI. Zivilsenat in der Hauptscheidungs BGHZ 185,133 bekanntlich anders. Nach dessen Auffassung sollte der Gläubiger trotz Erwerbs von Forderung und Grundschuld in einem Vorgang mehr als das Doppelte (!) aus einer Versteigerung erhalten können als die Hauptforderung beträgt (vgl. J.A. Dieckmann, BWNNotZ 2011, 41, 54 ff). Hierauf hätte das Werk eingehen sollen.

Mit der für die Praxis der Gläubiger und natürlich der betroffenen Eigentümer besonders wichtigen Frage der Verwertung der Grundschuld, insbesondere durch das Zwangsversteigerungsverfahren hat der Notar (zum Glück) in der Regel wenig zu tun. Die Fälle, in denen „aus“ einer Versteigerung freihändig verkauft wird, und in denen man sicherstellen muss, dass der Versteigerungsvermerk aus dem Grundbuch herauskommt, sind eher selten. Auch sind die Zeiten vorbei, in denen z.B. der badische Amtsnotar die Aufgaben des Zwangsversteigerungsgerichts wahrnahm. Insofern ist ein weiterer Teil des Buches für den Notar und seine tägliche Praxis zu ausführlich. Dennoch ist natürlich die Möglichkeit, die genauen Regelungen und Details des Verfahrens nach ZVG in übersichtlicher Weise nachlesen zu können, für jeden im Grundstücksrecht tätigen Juristen hilfreich.

Die im Anhang enthaltenen Formulare der von Kreditinstituten verwendeten Grundschulden sind jeweils mit Hinweisen versehen, an welcher Stelle des Buches Ausführungen zum Inhalt der Klausel zu finden sind. Ein wenig störend sind die „Muster“-Querdrucke. Sie erleichtern das Lesen nicht. Und sie erschweren die Arbeit mit den Formularen (das ist wahrscheinlich auch der urheberfreundliche eigentliche Grund). Wer als nicht ständig mit Grundschuldformularen befasst, aber am „lebenden Recht“ der Grundschuld interessierter etwas von den Rechtsstatsachen des Grundschuldrechtes wissen will, wird hier sicher fündig.

Gladenbeck behandelt die zum Teil schwierige Materie durchgehend verständlich und nachvollziehbar. Wichtigere und weniger wichtige Inhalte werden durch unterschiedliche Schriftgröße voneinander geschieden. Durchweg ist das Werk übersichtlich gehalten.

Auch wenn es für die tägliche Arbeit im Notariat wahrscheinlich zu umfangreich ist, ist der Nutzen des Werkes dennoch enorm. Für die vielen problematischen Einzelfragen findet man hier immer Material und Lösungen.

Johann Andreas Dieckmann, Notar in Freiburg i.Br.

# Aktuelles aus dem Steuerrecht

von Diplom Finanzwirt (FH) Sebastian Mensch, Notarvertreter, Stuttgart

## I. Aktuelles aus der Verwaltung

### 1. Bewertung nicht notierter Anteile an Kapitalgesellschaften und des Betriebsvermögens

Die Anteile nicht notierter Kapitalgesellschaften werden gemäß § 199 ff. BewG nach dem sog. vereinfachten Ertragswertverfahren bewertet. Der Basiszins zur Ermittlung des Ertragswertes nach § 203 Abs. 2 BewG wurde mit BMF-Schreiben vom 02. Januar 2012<sup>1</sup> auf 2,44 % festgelegt. Damit setzt der Basiszins seine Entwicklung der letzten Jahre nach unten fort und erreicht erneut einen Tiefststand<sup>2</sup>.

Das vereinfachte Ertragswertverfahren kann Eingang in die notarielle Urkunde finden, sofern es sich um gesellschaftsrechtliche Gestaltungen handelt. Dies gilt insbesondere im Zusammenhang mit der Erarbeitung von angemessenen Abfindungsklauseln. Dabei ist zu beachten, dass das vereinfachte Ertragswertverfahren eine vergangenheitsorientierte Bewertungsmethode darstellt. Zukünftige den Wert beeinflussende Faktoren müssen individuell berücksichtigt werden. Dies kann im Rahmen einer Abfindungsklausel auch das Ausscheiden eines im Unternehmen tätigen Gesellschafters selbst sein. Bei unter dem Verkehrswert liegenden Abfindungsklauseln, die eine Anwachsung bei der Gesellschaft oder den verbleibenden Gesellschaftern beinhalten, liegt möglicherweise ein schenkungsteuerlicher Vorgang vor<sup>3</sup>.

### 2. Übertragung von Gesellschaftsanteilen als Geschäftsveräußerung im Ganzen

Nach Ansicht des Bundesfinanzhofs<sup>4</sup> kann es sich bei der Übertragung einer einkommensteuerlich als Teilbetrieb zu wertenden Gesellschaftsbeteiligung<sup>5</sup> um eine nicht umsatzsteuerbare Geschäftsveräußerung im Ganzen<sup>6</sup> handeln. Geäußert hat der BFH diese Ansicht im Rahmen einer Entscheidung zu der Abzugsfähigkeit von Vorsteuer<sup>7</sup> für Beratungsleistungen bei Anteilsübertragungen. Zu diesen sog. Sekundärleistungen zählt auch die notarielle Beratung bzw. Beurkundung im Zusammenhang mit der Anteilsübertragung.

In der Folge des Urteils hat das Bundesministerium der Finanzen mit Schreiben vom 03. Januar 2012<sup>8</sup> eine Anpassung

des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses<sup>9</sup> vorgenommen. In der Systematik wird als Grundsatz ausgeführt, dass, soweit einkommensteuerlich eine Teilbetriebsveräußerung vorliegt, auch umsatzsteuerlich von einer Veräußerung eines gesondert geführten Betriebs ausgegangen werden kann. Dies wird durch einen neu ergänzten Absatz wiederum eingeschränkt, indem es heißt: „Bei der Veräußerung eines bloßen Gesellschaftsanteils wird kein hinreichendes Ganzes übertragen, das dem Erwerber allein die Fortsetzung einer bisher durch den Veräußerer ausgeübten unternehmerischen Tätigkeit ermöglicht.“<sup>10</sup>

In diesem Zusammenhang wird auch klargestellt, dass es für die Beurteilung, ob eine Geschäftsveräußerung im Ganzen vorliegt, auf die Höhe der übertragenen Beteiligung nicht ankommt.

Im Sinne von § 1 Abs. 1a UStG muss der Erwerber zusätzlich zur Übertragung der Beteiligung in weitere Rechtsverhältnisse eintreten, die das Halten der erworbenen Beteiligung unternehmerisch werden lassen<sup>11</sup>.

Das BMF-Schreiben findet Anwendung auf alle offenen Fälle, wobei die Annahme eines nicht steuerbaren Umsatzes als Geschäftsveräußerung im Ganzen bis zum 31.03.2012 nicht schädlich ist.

### 3. Zweifelsfragen zur Übertragung und Überführung von einzelnen Wirtschaftsgütern nach § 6 Abs. 5 EStG

Kommt es zur Überführung eines Wirtschaftsgutes von einem Betriebsvermögen in ein anderes Betriebsvermögen desselben Steuerpflichtigen, so müssen die stillen Reserven nicht aufgedeckt werden. Vielmehr kann das Wirtschaftsgut mit der Fortführung der Buchwerte weiter bilanziert werden. Die Frage der möglichen Aufdeckung von stillen Reserven, zum Beispiel bei der Übertragung von Grundstücken aus dem Sonderbetriebsvermögen<sup>12</sup> in das Gesamthandsvermögen, kann in der notariellen Praxis für die Ausgestaltung der Urkunde Bedeutung erlangen.

Das BMF hat nunmehr wesentliche Grundsätze der einzelnen Tatbestände in § 6 Abs. 5 EStG in einem Schreiben zusammengefasst<sup>13</sup>. Dabei sind auch hinreichende Beispiele enthalten.

Abhängig von der Einordnung in den persönlichen und den sachlichen Anwendungsbereich lässt sich festhalten, dass die unentgeltliche Übertragung eines Wirtschaftsgutes von dem Betriebsvermögen des Mitunternehmers in das

1 BMF-Schreiben v. 02.01.2012; Dokumentennummer: 2012/0003057; Geschäftszeichen: IV D 4 - S 3102/07/10001; DStR 2012, 82

2 Vfg. des Bayerischen Landesamtes für Steuern v. 09.02.2010 mit einer Übersicht der Zinswerte seit dem Jahr 2007; Geschäftszeichen: 3102.1.1. - 4 St 34; Mensch BWNtZ 2011, 88

3 So auch Neumayer/Imschweiler DStR 2010, 201

4 BFH Urt. v. 27.01.2011 - V R 38/09 DStR 2011, 454; Hahne BB 2011, 995

5 Vgl. R 16 Abs. 3 EStR 2008

6 § 1 Abs. 1a UStG

7 § 15 UStG

8 BMF-Schreiben v. 03.01.2012; Dokumentennummer 2011/1037205; Geschäftszeichen IV D 2 - S 7100-b/11/10001; DStR 2012, 82

9 UStAE v. 01.10.2010 BStBl. I 2010, 846, zuletzt geändert durch BMF-Schreiben v. 02.01.2012; Dokumentennummer 2011/1014846; Geschäftszeichen IV D 2 - S 7300/11/10002

10 Siehe auch Grünwald DStR 2012, 437

11 Abschnitt 2.3 Abs. 3 Satz 5 UStAE

12 Zum Begriff des Sonderbetriebsvermögens Mensch BWNtZ 2007, 140

13 BMF-Schreiben v. 08.12.2011; Dokumentennummer 2011/0973858; Geschäftszeichen IV C 6 - S 2241/10/10002; FD-DStR 2011, 326026

Gesamthandsvermögen einer Mitunternehmerschaft, von dem Sonderbetriebsvermögen des Gesellschafters in das Gesamthandsvermögen der Gesellschaft und zwischen verschiedenen Sonderbetriebsvermögensmassen des Mitunternehmers eine Buchwertfortführung rechtfertigt. Dies gilt je wechselseitig und auch bei Gewährung bzw. Minderung von Gesellschaftsrechten.

Das BMF-Schreiben gibt auch Aufschluss bezüglich der Abgrenzung zu anderen Übertragungstatbeständen. Die Vorschriften zur Realteilung<sup>14</sup> finden Vorrang vor dem Buchwertverknüpfungsansatz nach § 6 Abs. 5 EStG. Tauschvorgänge im Zusammenhang mit der Zuteilung von Gesellschaftsrechten<sup>15</sup> fallen unter die Buchwertfortführung. Im Übrigen gilt der § 6 Abs. 6 EStG. Im Falle einer vollständigen oder teilweisen Veräußerung erfolgt stets eine Aufdeckung der stillen Reserven.

Eine Veräußerung oder Entnahme des übertragenden Wirtschaftsgutes innerhalb einer Sperrfrist von drei Jahren ist steuerschädlich und führt zur Nachversteuerung der stillen Reserven rückwirkend auf den Zeitpunkt der Übertragung<sup>16</sup>.

#### 4. Haftungsvergütung einer Personengesellschaft an einen persönlich haftenden Gesellschafter

Zu der Gestaltung von Beziehungen zwischen einer Personengesellschaft und einem persönlich haftenden Gesellschafter gehört regelmäßig die Regelung einer Vergütung für die geschäftsführenden Aufgaben sowie für die Übernahme der Haftung<sup>17</sup>. Dies ist insbesondere bei der Kommanditgesellschaft und daraus folgend bei der GmbH & Co. KG von Bedeutung.

In Bezug auf die Umsatzsteuer führte die Vereinbarung einer Zahlung für Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen bisher grundsätzlich zur Annahme einer selbständigen, steuerbaren und steuerpflichtigen Leistung. Der Bundesfinanzhof<sup>18</sup> hat diese Praxis eingeschränkt, indem er unter bestimmten Voraussetzungen eine unselbständige Tätigkeit annahm<sup>19</sup>. Diese Voraussetzung waren eine Einbindung des Komplementärs durch innervertragliche Regelungen, die es in der Gesamtschau rechtfertigten, von einer mit dem Angestelltenverhältnis vergleichbaren Beziehung zu sprechen. Insbesondere durch die enge Bindung an die Kontrolle durch Kommanditisten oder eines Verwaltungsrates sowie durch mit einem Arbeitsvertrag vergleichbare Bestimmungen zur Lohnfortzahlung und zur Widmung der Arbeitskraft, kann die Annahme einer nichtselbständigen Tätigkeit gerechtfertigt werden.

Weiterhin umstritten war, ob neben den Zahlungen für Geschäftsführungs- und Vertretungsleistungen auch eine pauschal gewährte Haftungsvergütung Teil der umsatzsteuerlichen Leistung ist. In diesem Fall ist der BFH von einer einheitlichen Leistung des Komplementärs, bestehend aus Geschäftsführung, Vertretung und Haftung, ausgegangen<sup>20</sup>. Somit unterliegt auch die Haftungsvergütung der Umsatzsteuer. In seinem Urteil bezieht sich der fünfte Senat BFH ausdrücklich auch auf die ergangene Rechtsprechung des zweiten Senats zum einheitlichen Leistungsgegenstand im Grunderwerbsteuerrecht<sup>21</sup>. Dies ist umso erstaunlicher, da der zweite Senat des Bundesfinanzhofs wegen seiner gefestigten Rechtsprechung zum einheitlichen Vertragsgegenstand immer wieder in der Kritik steht<sup>22</sup>. Die Vorbehalte gehen so weit, dass dem zweiten Senat ein Verstoß gegen die Einheit der Steuerrechtsordnung, gegen das verfassungsrechtliche Gleichbehandlungsgebot und gegen europäisches Gemeinschaftsrecht vorgeworfen wird<sup>23</sup>. In diesem Zusammenhang wird der fünfte Senat mit seiner bisherigen Rechtsprechung gegen einen einheitlichen Vertragsgegenstand von den Kritikern als zielführend betrachtet.

Das oben genannte Urteil des BFH führt zu einer Anpassung des Umsatzsteuer-Anwendungserlasses<sup>24</sup>. Nunmehr ist festgehalten, dass die Haftungsvergütung gemeinsam mit und auch isoliert von einer Vertretungs- oder einer Geschäftsführungsvergütung umsatzsteuerbar ist. Damit geht das BMF-Schreiben über die zum einheitlichen Leistungsgegenstand dargestellten Grundsätze des BFH hinaus. Weiterhin wurde dargelegt, dass die entrichtete Vergütung nicht als Finanzgeschäft<sup>25</sup> steuerfrei ist.

Die Entscheidung des Bundesfinanzhofs<sup>26</sup>, wonach bei entsprechender gesellschaftsvertraglicher Ausgestaltung eine unselbständige und damit nicht steuerbare Tätigkeit des Komplementärs vorliegen kann, hat keinen Eingang in den UStAE gefunden.

## II. Gesetzliche Neuregelungen

### 1. Erbschafts- und Schenkungsteuergesetz

Durch das Steuervereinfachungsgesetz 2011<sup>27</sup> wurden neben den bereits dargestellten Neuerungen<sup>28</sup> auch Änderungen im Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht vorgenommen. In diesem Zusammenhang ist insbesondere hervorzuheben, dass nunmehr die Werterhöhung von Anteilen an einer Ka-

14 § 16 Abs. 3 Satz 2 EStG

15 § 6 Abs. 5 Satz 3 EStG

16 § 6 Abs. 5 Satz 4 EStG

17 Weigell im Formularbuch Recht und Steuern, 7. Aufl. 2011, A. 8.01, § 8 mit weiteren Erläuterungen

18 BFH Urt. v. 14.04.2010 XI R 14/09 DStR 2010, 1985

19 Entgegen Abschn. 17 Abs. 2 Satz 3 UStR 2005/2008 und BMF-Schreiben vom 23.12.2003; Geschäftszeichen IV B 7 - S 7100 - 246/03; DStR 2004, 90

20 BFH Urt. v. 03.03.2011 V R 24/10 DStR 2011, 858

21 BFH Urt. v. 25.07.1979 II R 105/77 MittBayNot 1980, 43; BFH Urt. v. 18.10.1989 II R 143/87 MittRhNotK 1990, 230; BFH Urt. v. 27.10.1999 II R 17/99 NJW 2000, 3592; BFH Urt. v. 27.10.2004 II R 12/03 MittBayNot 2005, 344; BFH Urt. v. 29.07.2009 II R 58/07 (NV)

22 FG Berlin Urt. v. 15.11.1990 EFG 1991, 496; FG Niedersachsen Urt. v. 15.09.1998 DNotl- Report 1999, 105

23 FG Niedersachsen Urt. v. 26.08.2011 - 7 K 192/09 DNotl- Dokumentennummer 7k192\_09

24 BMF-Schreiben v. 14.11.2011; Dokumentennummer 2011/0877938; Geschäftszeichen IV D 2 - S 7100/07/10028 :003; FD-DStR 2011, 325017

25 § 4 Nr. 8 Buchst. g UStG

26 BFH Urt. v. 14.04.2010 XI R 14/09 DStR 2010, 1985

27 Steuervereinfachungsgesetz v. 01.11.2011 BGBl. I 2009, S. 2131, Art. 8

28 Mensch BWNNotZ 2011, 223

pitalgesellschaft, die eine an der Gesellschaft mittelbar oder unmittelbar beteiligte natürliche Person oder Stiftung durch überproportionale Einlage eines Zuwendenden an die Gesellschaft erlangt, als Schenkung zu betrachten ist.

Auch Vermögensverschiebungen zwischen Kapitalgesellschaften, die nicht betrieblich veranlasst sind, führen zur Annahme einer Schenkung.

Weiterhin wurde geregelt, dass für die Bestimmung von Steuersatz<sup>29</sup>, Steuerklasse<sup>30</sup> und Steuerfreibetrag<sup>31</sup> bei einer Schenkung durch eine Kapitalgesellschaft<sup>32</sup> das persönliche Verhältnis des Erwerbers zu derjenigen unmittelbar oder mittelbar beteiligten natürlichen Person<sup>33</sup> zugrunde zu legen ist, durch welche die Schenkung veranlasst ist.

## 2. Elektronische Übermittlung der Jahressteuererklärung

Im Rahmen des Steuerbürokratieabbaugesetzes<sup>34</sup> und des Jahressteuergesetzes 2010<sup>35</sup> wurde geregelt, dass Personen mit Gewinneinkünften ab dem Veranlagungsjahr 2011 zur elektronischen Abgabe ihrer Steuererklärung verpflichtet sind. Zu den Gewinneinkünften zählen dabei auch Einkünfte aus selbstständiger Arbeit<sup>36</sup>. Ebenfalls elektronisch abzugeben sind die Umsatzsteuererklärungen für Besteuerungszeiträume die nach dem 31.12.2010 enden.

## 3. Grunderwerbsteuererhöhung im Saarland

Mit Wirkung ab dem 01.01.2012 wurde im Saarland der Grunderwerbsteuersatz auf 4,5 Prozentpunkte der Bemessungsgrundlage erhöht<sup>37</sup>. Dies bedeutet die zweite Erhöhung innerhalb eines Jahres. Bereits zum 01.01.2011 wurde der Satz von 3,5 auf 4 Prozentpunkte erhöht.

## III. Rechtsprechung des Bundesfinanzhofs

### Erbschafts- und Schenkungsteuerrecht

#### Grundstücksschenkungen an ein Kind bei anschließender Weiterschenkung

Im Rahmen der Prüfung, ob die Aussetzung der Vollziehung<sup>38</sup> einer festgesetzten Schenkungsteuer gewährt werden kann, wurde dem Bundesfinanzhof der nachfolgende Sachverhalt zur Entscheidung vorgelegt.

Mit notariell beurkundetem Vertrag übertrug der zuwendende Vater seinem Sohn ein Wohnungseigentum. Im Gegenzug verpflichtete der Beschenkte sich zur Zahlung einer Ausgleichsleistung in Höhe von 50.000 Euro an seinen Bruder.

Des Weiteren erklärte der Sohn den Pflichtteilsverzicht für sich und seine Abkömmlinge gegenüber dem Übergeber. Der Übergeber behielt sich am Vertragsgegenstand das unentgeltliche Nutzungsrecht vor.

Teil der Vereinbarungen war auch ein Rückforderungsrecht, welches den Übergeber unter Anderem dann berechtigte die Rückforderung zu verlangen, wenn der Übernehmer den Vertragsgegenstand ohne Zustimmung weiter übertrug.

Mit weiterer Urkunde vom gleichen Tag übertrug der Sohn einen hälftigen Miteigentumsanteil im Wege der ehebedingten Zuwendung an seine Ehefrau. In dieser Urkunde wurden ebenfalls Rückforderungsrechte des Ehemanns gegenüber seiner Ehefrau zum Beispiel für den Fall der Scheidung vereinbart. Auf die Zwischeneintragung des Sohnes wurde verzichtet und direkt die Eintragung der Ehegatten in hälftiger Miteigentümergeinschaft beantragt.

Das Finanzamt und in der weiteren Folge auch das Finanzgericht gingen von je einer steuerbaren Zuwendung des Vaters betreffend eines hälftigen Miteigentumsanteils an seinen Sohn und an die Schwiegertochter aus. Für die Zuwendung an die Schwiegertochter wurde Schenkungsteuer festgesetzt. Zur Begründung wurde auf eine fehlende schenkungsteuerliche Bereicherung des Zwischenerwerbers bei unmittelbarer Weiterschenkung abgestellt.

Mit Beschluss hat der BFH der vorgenannten Annahme widersprochen<sup>39</sup>. Grundsätzlich gilt als Schenkung jede freigebige Zuwendung, durch die der Beschenkte auf Kosten des Zuwendenden bereichert ist. Der Zuwendende ist dabei nach zivilrechtlichen Grundsätzen zu ermitteln. Hier stammt das Eigentum vom Schwiegervater. Für die Beurteilung, ob die Schenkung vom Eigentümer oder vom Ehemann herrührt, ist auf die Entscheidungsfreiheit des Ehemannes abzustellen. Hierzu sind die vorhandenen Urkunden zu würdigen. In der ersten Urkunde sind keine Bestimmungen enthalten, dass der Übernehmer und spätere Übergeber verpflichtet ist, den Vertragsgegenstand anteilig an seine Ehefrau weiter zu übertragen. Eine solche Verpflichtung kann sich grundsätzlich auch konkludent aus den Umständen der Übertragung ergeben. Hier ist der BFH der Ansicht, dass eine Weitergabeverpflichtung regelmäßig im Verhältnis von Eltern zu Schwiegerkindern nicht angenommen werden kann.

Für die Beurteilung als selbstständige Schenkung des ersten Übernehmers als Zuwendender kommt es nicht darauf an, dass der erste Zuwendende von der direkten Weiterschenkung wusste. Auch die in diesem Fall vorliegende Zustimmung zu der Weiterschenkung, gemäß den Bestimmungen einer möglichen Rückforderung bei zustimmungsloser Übertragung, ändert die getrennte Betrachtungsweise nicht. Die Zustimmung für sich genommen begründet keine Zuwendung des Zustimmungsenden.

Eine direkte Schenkung an den weiteren Übernehmer liegt dann vor, wenn die erste Schenkung noch nicht vollständig ausgeführt war. Für eine vollständige Grundstücksschenkungen sind nach Ansicht des BFH drei Voraussetzungen zu erfüllen:

29 § 19 ErbStG

30 § 15 ErbStG

31 § 16 ErbStG

32 Bzw. Genossenschaft

33 Auch Stiftung

34 BGBl. I 2008, S. 2850

35 BGBl. I 2010, S. 1768

36 § 18 EStG

37 HbeglG 2012 Amtsblatt des Saarlandes v. 22.12.2011, Seite 556

38 § 361 AO

39 BFH Beschl. v. 30.11.2011 II B 60/11; Vorinstanz FG München Beschl. v. 30.05.2011 4 V 548/11 MittBayNot 2012, 72

1. ein wirksames Schenkungsversprechen,
2. eine Auflassung,
3. eine Eintragungsbewilligung zugunsten des ersten Übernehmers.

Nicht erforderlich ist hingegen die Eigentumsumschreibung im Grundbuch. Auch der Antrag auf Eigentumsumschreibung muss noch nicht gestellt sein. Damit kann die wirksame Grundstücksschenkung im Schenkungsteuerrecht nicht mit der Begründung eines Anwartschaftsrechtes gleichgesetzt werden.

Gegen eine Schenkung des Ehemannes an seine Frau und damit für nur eine freigiebige Zuwendung je einer Miteigentums-hälfte durch den Vater könnte sprechen, wenn der Ehemann die von ihm übernommenen Verpflichtungen, insbesondere die Ausgleichszahlung an seinen Bruder, anteilig auf seine Frau abgewälzt hätte. Dies war im Sachverhalt nicht gegeben.

Anzeichen für einen Gestaltungsmissbrauch wurden vom BFH nicht erkannt. Demnach ist auch die Übertragung in zwei direkt aufeinanderfolgenden Urkunden nicht missbräuchlich. Eine Übertragung innerhalb nur einer Urkunde ist unzureichend.

Bedingt durch die Besonderheit des Verfahrens, erfolgte durch den BFH keine Entscheidung in der Sache. Die hier dargestellten Grundsätze dürften allerdings von allgemeiner Gültigkeit sein.

## Einkommensteuerrecht, Umwandlungssteuerrecht

### Entnahme einbringungsgeborener Anteile

Die Überführung einer im Betriebsvermögen befindlichen Gesellschaftsbeteiligung an einer GmbH in das Privatvermögen einer dritten Person führt regelmäßig zur Aufdeckung und Versteuerung der stillen Reserven<sup>40</sup> durch den vormaligen Inhaber der Beteiligung. Umstritten ist, ob dies auch gilt, soweit die Beteiligung einbringungsgeboren ist<sup>41</sup>.

Das Finanzamt berücksichtigte die unentgeltliche Übertragung eines fünfzehn- prozentigen GmbH-Anteils aus dem Betriebsvermögen des Besitzunternehmers einer Betriebsaufspaltung an seine Ehefrau als Entnahme des Anteils<sup>42</sup>. In der Folge wurde der Entnahmegewinn aus der Differenz zwischen Buchwert und dem Teilwert<sup>43</sup> der Beteiligung ermittelt und der Besteuerung zugrunde gelegt.

Der Bundesfinanzhof hat der Besteuerung der Entnahme von einbringungsgeborenen Anteilen an Kapitalgesellschaften widersprochen<sup>44</sup>. Einbringungsgeborene Anteile unterliegen der Steuerverstrickung nach § 21 UmwStG. Die Entstrickungstatbestände sind in § 21 Abs. 1 und Abs. 2 UmwStG

abschließend geregelt. Demnach führt zum Beispiel die Veräußerung eines Anteils zur Aufdeckung der stillen Reserven. In der unentgeltlichen Übertragung auf die Ehefrau des Klägers ist keine Veräußerung i.S.d. § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG zu sehen.

Fraglich ist, ob neben den Entstrickungstatbeständen im Umwandlungssteuerrecht parallel auch die Vorschriften im Einkommensteuerrecht<sup>45</sup> zur Aufdeckung stiller Reserven durch Entnahme Anwendung finden.

Für den BFH sichert das UmwStG hinreichend die Besteuerung der stillen Reserven, so dass für die Annahme der Anwendbarkeit der entsprechenden einkommensteuerlichen Vorschriften kein Raum verbleibt<sup>46</sup>. Die Steuerverstrickung gilt unabhängig davon, ob die Anteile im Betriebs- oder Privatvermögen gehalten werden.

Sofern die Finanzverwaltung bisher davon ausgegangen ist, dass der unentgeltlich Zuwendende die Differenz zwischen Buchwert und Teilwert versteuern muss und der Übernehmer bei einer späteren Auflösung der Steuerverstrickung, durch Veräußerung, die Differenz zwischen Teilwert im Zeitpunkt der ersten Besteuerung und Veräußerungspreis versteuern muss, findet sich hierfür nach Ansicht des BFH im Gesetz keine Rechtfertigung.

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass die unentgeltliche Übertragung von einbringungsgeborenen Anteilen an Kapitalgesellschaften keine Realisierung der stillen Reserven nach sich zieht. Insoweit gehen die Bestimmungen zur Steuerentstrickung in § 21 Abs. 1 und Abs. 2 UmwStG dem § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG als speziellere Regelung vor.

## Grunderwerbsteuer

### Keine Grunderwerbsteuer bei Verstoß gegen die Beurkundungspflicht

Der Wechsel im Personenbestand einer Gesamthandsgemeinschaft führt grundsätzlich nicht zum Entstehen von Grunderwerbsteuer<sup>47</sup>. Innerhalb der Gesamthandsgemeinschaft kann bei entsprechenden gesellschaftsvertraglichen Vereinbarungen auch der Wechsel innerhalb der Gesamthandsgemeinschaft Grunderwerbsteuer auslösen. Die Frage, wie solche Regelungen ausgestaltet werden müssen und welchen Einfluss eine bestehende Formnichtigkeit auf die Entstehung der Grunderwerbsteuer hat, beschäftigte den Bundesfinanzhof<sup>48</sup>.

Im Sachverhalt schlossen sich mehrere Gesellschafter durch privatschriftlichen Gesellschaftsvertrag zu einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts zusammen. Gegenstand der Gesellschaft sollte der Erwerb, die Sanierung und die anschließende Verwaltung eines bestimmten Grundstücks sein. In einer weiteren privatschriftlichen Sondervereinbarung einigten sich die Gesellschafter darauf, dass jedem Gesellschaftsan-

40 Mensch notar 2010, 354

41 Legaldefinition in § 21 Abs. 1 Satz 1 UmwStG - Einbringungsgeborene Anteile sind solche Anteile an einer Kapitalgesellschaft, die der Veräußerer durch eine Sacheinlage unter dem Teilwert erworben hat.

42 Gemäß BMF - Schreiben v. 25.03.1998 Tz. 21.12; Geschäftszeichen IV B 7 - S 1978-21/98; BStBl. I 1998, 268

43 § 6 Abs. 1 Nr. 1 Satz 3 EStG

44 BFH Ur. v. 12.10.2011 I R 33/10 DStR 2011, 2456

45 § 6 Abs. 1 Nr. 4 Satz 1 EStG

46 BFH Ur. v. 29.04.1982 IV R 51/79 BStBl. II 1982, S. 738

47 Ausnahme in § 1 Abs. 3 GrEStG

48 BFH Ur. v. 23.11.2011 II R 64/09 DStRE 2012, 186

teil das Sondernutzungsrecht<sup>49</sup> an einer oder mehrerer noch zu begründenden Wohnungseigentumseinheiten zustehen soll. Eine Teilungserklärung gab es zu diesem Zeitpunkt noch nicht. Jeder Gesellschafter bekam das Recht, die Aufteilung des noch zu erwerbenden Grundstücks in Wohnungseigentumseinheiten zu verlangen.

In der Folge erwarb die GbR mit notariellem Vertrag das betroffene Grundstück. Auf Grund privatschriftlicher Anteilsübernahmeverträge wurden weitere Gesellschafter in die Gesellschaft aufgenommen. Die zu erbringende Gegenleistung für die Aufnahme in die Gesellschaft orientierte sich an den Werten der kraft oben genannter Sondervereinbarung mit den Gesellschaftsanteilen verknüpften Wohnungseigentumseinheiten. Nach der erfolgten Aufteilung des Grundstücks in Wohnungseigentum setzte sich die Gesellschaft mit in einem notariellen Teilungsvertrag dergestalt auseinander, dass jedem Gesellschafter das Eigentum an der für ihn vorgesehenen Wohnungseigentumseinheit zugewiesen wurde.

Das Finanzamt erkannte in der Auseinandersetzung der GbR und der damit verbundenen Übertragung der Wohnungseigentumseinheiten einen grunderwerbsteuerlichen Vorgang<sup>50</sup>. Zur Bemessungsgrundlage diente dem Finanzamt der in der Teilungsurkunde angegebene Verkehrswert der einzelnen Einheiten. Nach der hiergegen eingereichten Klage urteilte das Finanzgericht, dass bereits der Beitritt der Gesellschafter der Grunderwerbsteuer unterlag<sup>51</sup> und hob damit die anderslautenden Steuerbescheide auf.

Der Bundesfinanzhof stellte mit seinem Urteil klar, unter welchen Voraussetzungen ein Gesellschafterwechsel innerhalb einer grundstücksverwaltenden GbR einen Erwerbsvorgang im Sinne von § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG darstellt.

Dies ist dann der Fall, wenn gesellschaftsvertraglich mit der Beteiligung an der Gesellschaft besondere Rechte an bestimmbar Grundstücken der Gesellschaft verknüpft werden. Ein besonderes Recht in diesem Zusammenhang wäre ein Übereignungsanspruch zugunsten des Gesellschafters in Bezug auf den Grundbesitz der Gesellschaft aufgrund einseitiger Erklärung des Gesellschafters, wie zum Beispiel Kündigung der Mitgliedschaft. Der Erwerb eines so ausgestalteten Gesellschaftsanteils stellt einen grunderwerbsteuerlichen Vorgang i.S.v. § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG i.V.m. § 42 AO dar. Andernfalls würde der grundsätzlich grunderwerbsteuerfreie Wechsel innerhalb der Gesamthandsgemeinschaft einen Gestaltungsmissbrauch bedeuten<sup>52</sup>.

Die oben genannten Grundsätze finden im konkreten Sachverhalt keine Anwendung. Ungeschriebene Voraussetzung des Erwerbstatbestandes nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG ist ein wirksamer Vertrag. Die geschlossene Sondervereinbarung begründet eine Verpflichtung der Gesellschaft zur Übertragung von Grundbesitz beim Ausscheiden eines Gesellschafters bzw. der Auseinandersetzung der Gesellschaft, während die Beitrittserklärungen den Gesellschafter verpflichten Grundbesitz zu übernehmen. Beide Dokumente

bedürfen daher der notariellen Beurkundung<sup>53</sup>. Aus der fehlenden Beurkundung folgt die zwingende Formnichtigkeit der getroffenen Vereinbarungen<sup>54</sup>. Das vorgenannte Ergebnis gilt unabhängig vom Interesse der Beteiligten an der Formwirksamkeit der getroffenen Vereinbarungen. Eine Anwendung der Grundsätze in § 41 Abs. 1 AO zur steuerlichen Wirksamkeit zivilrechtlich unwirksamer Vereinbarungen, scheidet nach Ansicht des BFH für die Grunderwerbsteuer aus<sup>55</sup>.

Eine Steuerbarkeit zum Zeitpunkt des Gesellschafterbeitritts kann sich auch nicht nach § 1 Abs. 2 GrEStG ergeben. Die Beteiligung an einer Gesamthandsgemeinschaft begründet keine wirtschaftliche Verwertungsbefugnis im Sinne der Vorschrift.

In diesem Fall unterliegt die Auseinandersetzung der Gesellschaft der Grunderwerbsteuer. Bemessungsgrundlage ist indes nicht der Verkehrswert der übernommenen Wohnungseigentumseinheiten, sondern der gesondert festzustellende Grundbesitzwert nach § 8 Abs. 2 Satz 1 Nr. 2 GrEStG. Es handelt sich hierbei um einen Erwerbsvorgang auf gesellschaftsvertraglicher Grundlage. Für die Eigentümerstellung in die damit verbundene spätere Steuerbarkeit der Auseinandersetzung wendete der BFH die Grundsätze zur fehlerhaft gegründeten Gesellschaft an.

#### IV. Bundesfinanzhof Kompakt

1. Die Einbringung eines belasteten Grundstücks in eine vermögensverwaltende Personengesellschaft begründet Anschaffungskosten, sofern sich die Anteile der Gesellschafter an dem Grundstück erhöhen und auch insoweit bisher private Verbindlichkeiten übernommen werden<sup>56</sup>.

2. Erfolgt unterjährig ein in Bezug auf den Verlustabzug schädlicher Beteiligungserwerb<sup>57</sup>, so kann der Verlust mit den bis dahin erzielten Gewinnen des Veranlagungsjahres verrechnet werden<sup>58</sup>.

3. Die an einer KG als persönlich haftende Gesellschafterin beteiligte Komplementär-GmbH kann nicht Organgesellschaft dieser Kommanditgesellschaft sein<sup>59</sup>.

4. Das wirtschaftliche Eigentum an einem Grundstück kann nicht rückwirkend übergehen<sup>60</sup>. Maßgeblich ist die tatsächliche Sachherrschaft nach erklärter Auflassung und Eintragung einer Auflassungsvormerkung im Grundbuch<sup>61</sup>.

5. Die durch ehevertragliche Vereinbarung der Gütergemeinschaft begründete Mitunternehmerschaft von Landwirtsehegatten erlischt nicht allein schon durch Scheidung<sup>62</sup>.

49 Richtigerweise gewollt Sondereigentum

50 Gemäß § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG

51 Nach § 1 Abs. 1 Nr. 1 GrEStG bzw. hilfsweise nach § 1 Abs. 2 GrEStG i.V.m. § 42 AO

52 BFH-Urt. v. 25.03.1992 II R 46/89 DStR 1992, 981

53 § 311b Abs. 1 BGB

54 § 125 BGB

55 BFH-Urt. v. 19.07.1989 II R 83/85 NJW 1990, 1750

56 BFH-Urt. v. 18.10.2011 IX R 15/11 DStR 2011, 2347

57 § 8c KStG

58 BFH-Urt. v. 30.11.2011 I R 14/11 DStR 2012, 458

59 BFH-Urt. v. 19.09.2011 XI B 85/10, BFH/NV 2012, 283

60 BFH-Urt. v. 20.10.2011 IV R 35/08, BFH/NV 2012, 377

61 Wirtschaftliches Eigentum ist m.E. auch bei den sonstigen ein Anwartschaftsrecht begründenden Tatbeständen gegeben

62 BFH-Beschl. v. 26.10.2011 IV B 66/10, BFH/NV 2012, 411

---

**Impressum**

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Stefan Mattes, Franckstraße 20, 71665 Vaihingen/Enz (Tel. 07042/9742122), verantwortlich für den Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Tumringer Str. 186, 79539 Lörrach (Tel. 07621/9867711), verantwortlich für Sparte Rechtsprechung. Die BWNNotZ erscheint jährlich sechsmal. Bestellungen und Anzeigenwünsche sind an die Geschäftsstelle des Württ. Notarvereins e.V. in 70174 Stuttgart, Kronenstraße 34 (Tel. 0711/2237951, Fax 0711/2237956, E-Mail: wuertt.NotV@t-online.de) zu richten.

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

Gesamtherstellung: Gaiser Print Media GmbH, Im Spagen 5, 73527 Schwäbisch Gmünd (Tel. 07171/9702-0, Fax 07171/9702-30).

## **Württ. Notariatsassessor**

mit mehrjähriger Berufserfahrung und Zusatzqualifikation im Immobilienbereich sowie im Forderungs- und Insolvenzmanagement, sucht neuen Wirkungskreis.

Eintritt ist flexibel möglich

*Zuschriften bitte an die Geschäftsstelle des Württ. Notarverein e.V. unter Chiffre 2903*

