

# 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 Daniel Schaal,  
Stuttgart

Notar Dr. Oliver Fröhler,  
Titisee-Neustadt

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

**3/2008**

Juni  
Seiten 69-100

## Inhalt

### Abhandlungen

*Böhringer*

Möglicher gutgläubiger Wegerwerb von  
beschränkten dinglichen Rechten und dessen  
Ausschluss..... 69

*Milzer*

Probleme bei Urkunden über bruchteilslose  
Miteigentumsanteile.....79

*Schönert*

Grenzen der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung  
auf den Nachlass..... 81

*Kuhn*

Beurkundungspflicht von sog. Drittkontrahierungs-  
klauseln bei Abschluss eines Gesellschafts-  
vertrages..... 86

Rechtsprechung..... 89

Buchbesprechungen..... 97

# Inhaltsverzeichnis

|  | Seite |
|--|-------|
| <b>Abhandlungen</b>  |       |
| <b>Prof. Walter Böhringer, Notar in Gerstetten</b>   |       |
| Möglicher gutgläubiger Wegerwerb von beschränkten dinglichen Rechten und dessen Ausschluss   | 70    |
| <b>Lutz Milzer, Notar in Mosbach</b>   |       |
| Probleme bei Urkunden über bruchteilslose Miteigentumsanteile  | 79    |
| <b>Paul Schönert, Notarvertreter in Stuttgart</b>  |       |
| Grenzen der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung auf den Nachlass   | 81    |
| <b>Andreas Kuhn, Württ. Notariatsassessor in Stuttgart</b>   |       |
| Beurkundungspflicht von sog. Drittkontrahierungsklauseln bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages  | 86    |
| <b>Rechtsprechung</b>  |       |
| <b>1. Liegenschaftsrecht/Grundbuchrecht</b>  |       |
| <b>BGH, 25.01.2008, V ZR 79/07</b>   |       |
| Kein Eigentumsübergang an Grundstücken im Wege der Abspaltung bei fehlender Bezeichnung nach § 28 GBO im Spaltungsvertrag  | 89    |
| <b>2. Gesellschaftsrecht/Registerrecht</b>   |       |
| <b>OLG München, 14.02.2008, 31 Wx 67/07</b>  |       |
| keine Pflicht zur Bestellung eines ständigen Vertreters für die Zweigniederlassung einer englischen „Private Limited Company“ in Deutschland; Eintragungsfähigkeit eines bestellten ständigen Vertreters | 92    |
| <b>3. Erbrecht/Familienrecht</b>   |       |
| <b>OLG München, 29.01.2008 - 31 Wx 68/07</b>   |       |
| Pflichtteilsstrafklausel bei Pflichtteilsverlangen nach Erlass des Pflichtteilsanspruchs   | 93    |
| <b>OLG München, 08.02.2008 - 31 Wx 69/07</b>   |       |
| Wegfall der Erbeinsetzung der gemeinschaftlichen Abkömmlinge in einem Erbvertrag nach Scheidung der Ehe der vertragsschließenden Ehegatten   | 95    |
| <b>Buchbesprechungen</b>   |       |
| Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz (Böhringer)  | 97    |
| Schöner/Stöber, Grundbuchrecht (Böhringer)   | 98    |
| Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann, Kostenordnung (Böhringer)   | 99    |
| Rohs/Wedewer, Kostenordnung (Böhringer)  | 99    |
| Schwerdtfeger, Kompaktkommentar Gesellschaftsrecht (Schönert)  | 100   |

## Einladung

zur ordentlichen Mitgliederversammlung des Württembergischen Notarverein e.V. am

**Samstag, den 20. September 2008, 9.30 Uhr**

in die Filderhalle, Leinfelden-Echterdingen

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

- 1. Bericht des Vorstands**
- 2. Ansprachen der Gäste**
- 3. Stand der Notariatsreform und Situation des Amtsnotariats**
- 4. Aussprache**
- 5. Entlastung des Vorstands und der Geschäftsführung**
- 6. Verschiedenes**

Der Vorstand: Kuhn, Oelgray, Schulz, Mücke, Gaiser

## Möglicher gutgläubiger Wegerwerb von beschränkten dinglichen Rechten und dessen Ausschluss

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

*Das Grundbuch stellt einen unschätzbaren Wert für das Rechts- und Wirtschaftsleben dar. Es ist der Spiegel der privaten dinglichen Rechte an Grundstücken. Das Prinzip der sichtbaren Verdinglichung privater Rechte durch Eintragung im Grundbuch ist aber mit Ausnahmen durchbrochen. Durch gesetzliche Vorschriften sind bestimmte beschränkte dingliche Rechte von der Wirkung des öffentlichen Glaubens ganz oder teilweise ausgenommen worden. Privatrechtliche Immobilier-Sicherungsverhältnisse kommen außerhalb des Grundbuchs zwar selten vor, machen allerdings das Grundbuch für Erwerber wie auch für Realgläubiger des Eigentümers des dienenden Grundstücks unzuverlässig, schaden so dem Prinzip der Publizität des Grundbuchs. Für die Rechtsinhaber bergen unsichtbare Grundstücksbelastungen die Gefahr eines Rechtsuntergangs bei einem Grunderwerb durch eine gutgläubige Person. Die wichtigsten Ausnahmen sollen dargestellt werden.*

### I. Altrechtliche Dienstbarkeiten

#### 1. Bestehenbleiben außerhalb des Grundbuchs

Das am 1.1.1900 in Kraft getretene BGB stellte das gesamte Liegenschaftsrecht auf eine völlig neue Grundlage, und zwar nicht nur in formeller Hinsicht durch Einführung des Grundbuchzwanges<sup>1</sup>, sondern auch in materieller Beziehung. Es mußte eine Regelung gefunden werden für die Grundstücksrechte, die vor diesem Zeitpunkt wirksam und entsprechend den damals geltenden Bestimmungen zur Entstehung gelangt waren<sup>2</sup>. Hierzu bestimmt nun zunächst einmal Art. 184 EGBGB, dass Rechte, mit denen eine Sache zur Zeit des Inkrafttretens des BGB belastet ist, mit dem aus den bisherigen Gesetzen sich ergebenden Inhalt und Rang bestehenbleiben<sup>3</sup>, jedoch mit der für Grunddienstbarkeiten geltenden Einschränkung, dass für diese die Vorschriften der §§ 1020 - 1028 BGB gelten, und zwar ab dem Inkrafttreten des BGB<sup>4</sup>. Den Begriff der Grunddienstbarkeit übernimmt Art. 184 S. 2 EGBGB aus § 1018 BGB. Ob also ein altrechtliches Recht an einem Grundstück als Grunddienstbarkeit anzusehen ist, bestimmt sich nach § 1018 BGB: Es muss sich um ein Recht auf Nutzung, Duldung oder Unterlassung zu Gunsten des jeweiligen Eigentümers eines anderen Grundstücks handeln.

Ergänzend bestimmt Art. 187 EGBGB - und das ist wohl eine der bedeutsamsten einschlägigen Übergangsbestimmungen -, dass eine Grunddienstbarkeit, die zu der Zeit besteht, zu welcher das Grundbuch als angelegt anzusehen ist,<sup>5</sup> zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs (§ 892 BGB) nicht der Eintragung in das Grundbuch bedarf.<sup>6</sup> Nach Art. 187 Abs. 2 EGBGB kann aber durch Landesgesetz bestimmt werden, dass die bestehenden Grunddienstbarkeiten<sup>7</sup> oder einzelne Arten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber der publica fides<sup>8</sup> des Grundbuchs bei der Anlegung des Grundbuchs oder später in das Grundbuch eingetragen werden müssen. Von dieser Ermächtigung hat z.B. der Gesetzgeber des Landes Baden-Württemberg in § 31 BWAGBGB<sup>9</sup> Gebrauch gemacht.

### 2. Entstehen nach altem Landesrecht

#### a. Verschiedene Entstehensgründe

Ob eine altrechtliche Dienstbarkeit entstanden ist, beurteilt sich nach dem alten Recht, wobei als Entstehungsgrund die Begründung durch Vertrag, Ersitzung, unvordenkliche Verjährung und Richterspruch genannt wird. Zur Entstehung einer Grunddienstbarkeit (Servitut) genügte nach Gemeinem Recht<sup>10</sup> der formlose Vertrag, sodass auch eine stillschweigende Bestellung, etwa durch konkludente Handlung möglich war;<sup>11</sup> erworben werden konnte sie ebenfalls durch Ersitzung.<sup>12</sup>

<sup>1</sup> Vgl. BayObLGZ 1991, 139 = DNotZ 1992, 670 = MittBayNot 1991, 170 = NJW-RR 1991, 1172 = Rpfleger 1991, 299 (Buchung bei Miteigentumsanteilen).

<sup>2</sup> Vgl. dazu Böhringer, BWNotZ 1992, 3. Ausführlich zur Überleitung Volmer, NotBZ 2002, 437; BGH KPS § 8 GBBerG 1/03 = NJ 2003, 536 = NotBZ 2003, 227 = VIZ 2003, 488; OLG Dresden NJ 2003, 205 = VIZ 2003, 495.

<sup>3</sup> Sie erlöschen aber durch gutgläubigen Erwerb, so dass ein mittelbarer Eintragungszwang besteht; eine Ausnahme gilt nur für Grunddienstbarkeiten, MünchKomm/Säcker, Art. 184 EGBGB RdNr. 3 m. w. N., Art. 187 EGBGB RdNr. 1, 3; Staudinger/Kanzleiter/Hönle, EGBGB, Art. 184 RdNr. 24, 31.

<sup>4</sup> Zum Überleitungsrecht Volmer, NotBZ 2002, 437, 439.

<sup>5</sup> In Württemberg seit 1.1.1900. Zur Grundbuchanlegung in Bayern Fischer, AgrarR 1975, 132, 133. Für Altbayern sowie insbesondere für die Bezirke des OLG München ist davon auszugehen, dass die Grundbücher zum 1.5.1905 angelegt wurden. Gemäß Art. 189 EGBGB muss bis zu diesem Zeitpunkt die Begründung der Dienstbarkeit nach altem Recht erfolgt sein.

<sup>6</sup> Staudinger/Kanzleiter/Hönle, EGBGB, Art. 187 RdNr. 1; zur Eintragung: BayObLGZ 1991, 139 = DNotZ 1992, 670 = MittBayNot 1991, 170 = NJW-RR 1991, 1172 = Rpfleger 1991, 299 (Buchung bei Miteigentumsanteilen); Kamlah, MittBayNot 1972, 221; Fischer, AgrarR 1975, 132; ders., MittBayNot 1973, 7; Sigloch, DNotV 1929, 88; Riedel, RdL 1952, 32.

<sup>7</sup> Für andere dingliche Altrechte gilt diese Vorschrift nicht, also z. B. nicht für altrechtliche Reallasten (häufig vorkommend die Mauer-/Zaununterhaltungslast), welche seit 1.1.1900 bei gutgläubig lastenfreiem Erwerb erlöschen können; zur Bedeutung der Gerichtsbücher vor 1900 für Rechte an Grundstücken und zur vergleichbaren Rechtslage in Württemberg Geißler, BWNotZ 1952, 12; zur stillschweigenden Begründung altrechtlicher Dienstbarkeiten OLG Karlsruhe DJ 1995, 473. Zum Erwerb einer Grunddienstbarkeit (Geh- und Fahrrecht) nach Gemeinem Recht sowie zum Inhalt und zum Erlöschen eines derartigen Rechts BayObLGZ 1996, 286 = NJW-RR 1998, 304.

<sup>8</sup> Hat ein Grundstückserwerber Kenntnis davon, dass ein Nachbar den Zugang zu seinem Haus über das Erwerbsgrundstück nimmt, so bedeutet dies noch nicht, dass er auch weiß, dass der Nachbar dabei in Ausübung einer (altrechtlichen) Dienstbarkeit handelt, vgl. OLG Stuttgart NJW-RR 1998, 308 = OLGR Stuttgart 1997, 73.

<sup>9</sup> Ausführungsgesetz zum Bürgerlichen Gesetzbuch vom 26.11.1974, GBl BW S. 498.

<sup>10</sup> Dazu BayObLGZ 1996, 286 = NJW-RR 1998, 304.

<sup>11</sup> BGHZ 42, 63 = NJW 1964, 2016 = WM 1964, 1027; BayObLGZ 11, 455, 467.

<sup>12</sup> BGH Justiz 1982, 125; BayObLGZ 1959, 478, 480; BayObLGZ 1962, 24, 32.

## b. Ersitzung

Voraussetzung für die Begründung einer Dienstbarkeit durch Ersitzung war nach gemeinem Recht zunächst ein ununterbrochener, fehlerloser Besitzstand, der während bestimmter Fristen aufrecht zu erhalten war.<sup>13</sup> Fehlerhaft ist der Besitzstand, wenn er heimlich, gewaltsam oder bittweise ausgeübt wird. Die Beweislast für die Fehlerhaftigkeit des Besitzstandes trägt allerdings der Eigentümer des dienenden Grundstücks. Bittweise wird der Besitzstand ausgeübt, wenn er nach den Umständen des Einzelfalles auf einer Gefälligkeit des Eigentümers beruht. Bei der Ersitzung ist weitere Voraussetzung eine Ausübung des Besitzstandes in gutem Glauben und in der Überzeugung, ein privates Recht auszuüben.<sup>14</sup> Für das Vorliegen des guten Glaubens soll eine tatsächliche Vermutung sprechen, ebenso für die Überzeugung, dass ein privates Recht ausgeübt wird.

## c. Unvordenkliche Verjährung

Voraussetzung für die unvordenkliche Verjährung ist, dass der als Recht beanspruchte Zustand innerhalb der Zeit, welche die eigene Wahrnehmung der noch lebenden Generation umfasste, bestanden hatte und dass diese Generation auch durch Mitteilung ihrer Vorfahren keine Kenntnis von dem Nichtbestehen dieses Zustandes hatte.<sup>15</sup> In der Regel wird sowohl für den Kenntnisstand der lebenden Generation als auch für den Kenntnisstand der vorherigen Generation je eine Frist von 40 Jahren, insgesamt also eine Frist von 80 Jahren verlangt. Da nach dem Zeitpunkt, in dem Grundbücher als angelegt gelten, eine Ersitzung nurmehr nach § 900 BGB möglich ist, müssten diese 80 Jahre vor dem Zeitpunkt der Grundbuchanlegung abgelaufen sein.<sup>16</sup> Die unvordenkliche Verjährung setzt in Württemberg demnach voraus, dass der als Recht beanspruchte Zustand 40 Jahre lang bestanden und weitere 40 Jahre vorher keine Erinnerung an einen anderen Zustand seit Menschengedenken existiert hat.<sup>17</sup> Bei Verjährung wie auch Ersitzung werden die Fristen vom 1.1.1900 an zurückgerechnet.<sup>18</sup>

## d. Landesrechte

Das frühere Landesrecht bestimmt den Zeitraum für die Ersitzung bzw. Verjährung.<sup>19</sup> Die Fristen werden vom 1.1.1900 an zurückgerechnet. Nach **badischem** Landrecht konnte eine Grunddienstbarkeit rechtsgeschäftlich durch ausdrücklich erklärte „Vergünstigung“,<sup>20</sup> aber auch dadurch entstehen,

dass sie durch konkludente Handlung anerkannt wurde.<sup>21</sup> Nach **württembergischem** Landrecht konnte eine Dienstbarkeit entstehen durch Gesetz, Richterspruch und Rechtsgeschäft, aber auch durch Ersitzung und unvordenkliche Verjährung.<sup>22</sup> Nach württ. Landrecht war zur Entstehung einer altrechtlichen Grunddienstbarkeit in der Regel ein vom Gemeinderat durch sogen. gerichtliches Erkenntnis zu genehmigender Vertrag erforderlich. Lässt sich diese Entstehung nicht nachweisen, so kommt als Entstehungsgrund oder an Stelle eines solchen die sogen. 30jährige außerordentliche Ersitzung des württ. Landrechts in Frage, die spätestens am 1.1.1870 begonnen haben muss und fortwährende gutgläubige Ausübung des Rechts durch den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks Voraussetzung. War ein Erwerbstitel (Vertrag) zwar vorhanden, aber fehlerhaft, so betrug die Ersitzungszeit nur 10 Jahre (ordentliche Ersitzung). Außerdem konnten die altrechtlichen Servituten durch die sogen. unvordenkliche Verjährung des württ. Landrechts entstehen, die eine fortwährende Ausübung durch den jeweiligen Eigentümer des herrschenden Grundstücks seit mindestens 40 Jahren, also seit 1.1.1860 voraussetzt.<sup>23</sup>

Für die Entstehung einer Grunddienstbarkeit nach dem Code Civil (**für ehemaliges rheinisches Recht**) war neben der Anerkennung des Eigentümers die Eintragung in das Grundbuch erforderlich.<sup>24</sup> Nach **bayerischem Landrecht** konnte eine Grunddienstbarkeit begründet werden rechtsgeschäftlich unmittelbar durch Vertrag oder mittelbar durch sogen. „stillschweigende Bestellung“<sup>25</sup> bei der Veräußerung eines Grundstücks sowie durch Ersitzung<sup>26</sup> und Herkommen,<sup>27</sup> aber auch durch unvordenkliche Verjährung.<sup>28</sup> In Bayern war seit dem Inkrafttreten des bayerischen Notariatsgesetzes (1.7.1862) notarielle Beurkundung erforderlich.<sup>29</sup> Es muss einerseits nachgewiesen werden, dass der betreffende Zustand bestanden hat und als rechtens angesehen wurde innerhalb der zurückliegenden 40 Jahre seit Grundbuchanlegung, andererseits, dass die lebende Generation auch durch Mitteilung ihrer Vorfahren weder vom Nichtbestehen dieses Zustandes oder von einer anderen Rechtsansicht hierüber noch von dem Anfang desselben eine Kunde hatte.<sup>30</sup> Nach **sächsischem Recht** war zur Ersitzung einer Grunddienstbarkeit ein Zeitraum von 31 Jahren, sechs Wochen und drei Tagen erforderlich.<sup>31</sup> In **Thüringen** galt hauptsächlich sächsisches Recht, und zwar nicht das sächsische BGB, sondern

<sup>13</sup> BayObLGZ 1996, 286, 292 = NJW-RR 1998, 304; BayObLGZ 1959, 478, 480.

<sup>14</sup> BayObLGZ 1996, 286 = NJW-RR 1998, 304; OLG Hamm DB 1987 = MDR 1987, 234 = NJW-RR 1987, 137.

<sup>15</sup> BayObLGZ 1994, 129, 139 = MittBayNot 1994, 433 = Rpfleger 1995, 331; OLG München Rpfleger 1984, 461; OLG München OLGZ 1990, 100; LG Stuttgart BWNotZ 1979, 68.

<sup>16</sup> LG Stuttgart BWNotZ 1979, 68.

<sup>17</sup> Vgl. auch AG Dresden DtZ 1996, 153; LG Meiningen Grundstücksrecht und Grundstücksnutzung 1994, 115. Zum Nachweis von Entstehung und Fortbestand in der Form des § 29 GBO BayObLGR 2001, 9 = NJW-RR 2001, 161 = DNotl-Report 2001, 26. Allgemein zu altrechtlichen Dienstbarkeiten Fischer, AgrarR 1975, 132.

<sup>18</sup> Besonderheiten bei der Fristenberechnung bestehen in Sachsen und Thüringen. Dazu Dehner, DtZ 1996, 298. Das alte sächsische Landesrecht trat mit Ablauf des 30.4.1998 außer Kraft, vgl. § 1 SächsRBG vom 20.3.1998, GVBl. 582.

<sup>19</sup> Dazu AG Dresden DtZ 1996, 153; LG Meiningen Grundstücksrecht und Grundstücksnutzung 1994, 115. Ausführlich zum Landesrecht in Sachsen und Thüringen Dehner, DtZ 1996, 298; Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408.

<sup>20</sup> OLG Karlsruhe Justiz 1970, 349; OLG Karlsruhe Justiz 1983, 115; OLG Karlsruhe Justiz 1983, 457; OLG Karlsruhe Justiz 1983, 306.

<sup>21</sup> BGHZ 56, 374 = WM 1971, 1200; BGH Justiz 1982, 125; OLG Karlsruhe Justiz 1982, 349. Ausführlich zu Dienstbarkeiten nach badischem Landrecht Linde, Justiz 1962, 136.

<sup>22</sup> LG Stuttgart BWNotZ 1979, 68; Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1172.

<sup>23</sup> Ausführlich Geißler, NotV 1992, 12.

<sup>24</sup> BGH DNotZ 1967, 103 = MDR 1966, 748 = WM 1966, 739; OLGR Saarbrücken 2007, 771 = NJW-RR 2008, 104 = RNotZ 2008, 103; OLGR Köln 1993, 208; OLG Köln MittRhNotK 1984, 147; OLG Zweibrücken NJW-RR 2003, 1316 = Rpfleger 2003, 645 = MittBayNot 2004, 128 = NJW 2003, 3358; OLGR Düsseldorf 2000, 138 = RNotZ 2001, 44.

<sup>25</sup> Zur Auslegung altrechtlicher Servitutverträge nach Gemeinem Recht BayObLGZ 1962, 341; BayObLG RdL 1971, 7.

<sup>26</sup> Vgl. dazu Bengel/Simmerding § 22 RdNr. 66, 67.

<sup>27</sup> BayObLGZ 1962, 70.

<sup>28</sup> BayObLGZ 1962, 132; BayObLG Rpfleger 1982, 467 = RdL 1982, 263 = AgrarR 1983, 38; nach BayVGH AgrarR 1975, 153 und Bengel/Simmerding § 22 RdNr. 65 stellt die unvordenkliche Verjährung keinen Erwerbsgrund für ein Recht dar, sondern nur der Nachweis für das Bestehen des Rechts.

<sup>29</sup> Vgl. OLGR München 2007, 464 = Rpfleger 2007, 389 = RNotZ 2007, 487; BayObLG RdL 1971, 7.

<sup>30</sup> OLG München Rpfleger 1984, 461.

<sup>31</sup> LG Meiningen OLG-NL 1994, 115; AG Dresden DtZ 1996, 153; Dehner, DtZ 1996, 298; Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408.

gemeines Sachsenrecht.<sup>32</sup> Ein Eintragungszwang für altrechtliche Grunddienstbarkeiten bestand nur in **Nassau und Kurhessen** (Regierungsbezirk Kassel), des weiteren in Mecklenburg-Schwerin sowie Mecklenburg-Strelitz und Anhalt.<sup>33</sup> Für das Großherzogtum Nassau mußte der Erwerb durch unvordenkliche Verjährung bis zum Wirksamwerden der Stockbuchverfassung im Juli 1854 beendet sein.<sup>34</sup>

### 3. Gutgläubiger Wegerwerb möglich

Durch Landesgesetz kann bestimmt werden, dass die bestehenden Grunddienstbarkeiten oder einzelne Arten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des GB bei der Anlegung des GB oder später in das GB eingetragen werden müssen.<sup>35</sup> Die Bestimmung kann auf einzelne Grundbuchbezirke beschränkt werden. **Baden-Württemberg** hat von der in Art. 187 EGBGB enthaltenen Ermächtigung Gebrauch gemacht und mit § 31 Abs. 1 AGBGB<sup>36</sup> bestimmt, dass nichteingetragene altrechtliche Dienstbarkeiten zur Erhaltung der Wirksamkeit gegenüber dem öffentlichen Glauben des Grundbuchs bis zum 31.12.1977 im Grundbuch eingetragen sein mussten. Die Präklusionsfrist kann so zu Rechtsverlusten führen. Durch die Versäumung dieser Frist erlosch die nicht eingetragene Dienstbarkeit jedoch nicht, sondern blieb weiterhin im alten Umfang bestehen und wirksam; sie erlischt erst mit der Eintragung des Eigentums auf einen gutgläubigen Erwerber (Verkehrsgeschäft<sup>37</sup> i. S. von § 892 BGB). Da ein Erwerber das Grundbuch nur in dem Zeitpunkt für sich haben muss, in dem sich der Rechtserwerb vollendet, mussten nichteingetragene altrechtliche Dienstbarkeiten also auch durch eine bereits vor dem Stichtag des 31.12.1977 eingeleitete Veräußerung des dienenden Grundstücks nach § 892 BGB erlöschen, wenn wenigstens die Eintragung der Übereignung im Grundbuch erst nach diesem Datum erfolgte.<sup>38</sup> Die Versäumung der Frist des § 31 BaWü-AGBGB hat zur Folge, dass altrechtliche Grunddienstbarkeiten bei Übereignung des belasteten Grundstücks auf einen gutgläubigen Erwerber erlöschen. Bis zu einem solchen Erwerb kann der Dienstbarkeitsberechtigte jedoch weiterhin gem. § 894 BGB, Art. 187 Abs. 1 S. 2 EGBGB das Eintragungsverfahren betreiben.<sup>39</sup> In **Bremen**<sup>40</sup> besteht ein landesrechtliches Sonderrecht,<sup>41</sup> ebenso in **Hamburg**.<sup>42</sup>

<sup>32</sup> Dehner, DtZ 1996, 298. Das gemeine Sachsenrecht beruhte auf dem corpus iuris civile, dem Sachsenspiegel und den kursächsischen Konstitutionen, vgl. Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408 und Dehner, DtZ 1996, 298.

<sup>33</sup> Finkenauer, ZNR (Zeitschrift für Neuere Rechtsgeschichte) 2001, 220.

<sup>34</sup> OLG Frankfurt OLGZ 1989, 88.

<sup>35</sup> Hezel, Nochmals: Badische altrechtliche Wege- und Zugangsrechte, AgrarR 1995, 261; ders., Badische altrechtliche Wege- und Zugangsrechte, AgrarR 1992, 121.

<sup>36</sup> Vom 26.11.1974 (GBl. 498).

<sup>37</sup> Dazu Böhringer, NotBZ 2002, 117.

<sup>38</sup> Gursky BWNtZ 1986; 58; a.A. OLG Karlsruhe Justiz 1983, 115.

<sup>39</sup> LG Baden-Baden Justiz 1982, 49 m. zust. Anm. Jürgensen.

<sup>40</sup> Art. 37 BremAGBGB.

<sup>41</sup> Nach MünchKomm/Säcker, Art. 187 EGBGB RdNr. 6 ist die Bestimmung ungenau gefasst, da sie nur vorbehaltlich des Abs. 2 gelten soll, nach dessen Nr. 1 aber alle alten Grunddienstbarkeiten eintragungsfrei sind; so auch Staudinger/Hönle, Art. 187 EGBGB RdNr. 13.

<sup>42</sup> Art. 44 HbgAGBGB. Nach MünchKomm/Säcker, Art. 187 EGBGB RdNr. 6 besteht Eintragungszwang, bis 31.12.1929 für preußische Gebietsteile bis 31.12.1979, danach Erlöschen der nicht angemeldeten oder eingetragenen Rechte; die Erlöschungsanordnung geht über den Vorbehalt in Art. 187 EGBGB hinaus; so auch Staudinger/Hönle, Art. 187 EGBGB RdNr. 13.

## 4. Grundbucheintragung

### a. Berichtigende Eintragung

Eine Grunddienstbarkeit, die bei Anlegung des Grundbuchs bestanden hat und daher nach Art. 187 Abs. 1 S. 1 EGBGB auch ohne Eintragung gegenüber einem gutgläubigen Erwerber wirkt, muss in das Grundbuch eingetragen werden, wenn dies von dem Eigentümer des herrschenden oder von dem des dienenden Grundstücks verlangt wird (Art. 187 Abs. 1 S. 2 EGBGB). Für die Eintragung der Grunddienstbarkeit sind die Vorschriften der GBO maßgebend.<sup>43</sup> Die Eintragung stellt eine Grundbuchberichtigung dar, weil ein außerhalb des Grundbuchs rechtswirksam entstandenes und fortbestehendes Grundstücksrecht, das im Grundbuch nicht vermerkt ist, in dieses eingetragen werden soll.<sup>44</sup> Eine solche Grundbuchberichtigung setzt entweder die Berichtigungsbewilligung des Eigentümers des dienenden Grundstücks und die schlüssige Behauptung der Grundbuchunrichtigkeit (§ 19 GBO) oder den urkundlichen Nachweis der Grundbuchunrichtigkeit voraus (§ 22 GBO).<sup>45</sup> Der Eintragungsantrag muss so begründet sein, dass der Inhalt des Rechts und das in Anspruch genommene Grundstück aus dem Sachvortrag des Antragstellers bestimmbar ist.<sup>46</sup>

Es ist stets zu prüfen, ob das einzutragende Recht nicht inzwischen erloschen ist<sup>47</sup> (vgl. § 1028 BGB; Art. 189 Abs. 3 EGBGB). Der Antragsteller hat ununterbrochenen Fortbestand des Rechts in der Form des § 29 Abs. 1 S. 2 GBO nachzuweisen.<sup>48</sup> Eine eidesstattliche Versicherung hierzu kann nicht als verwertbarer Nachweis angesehen werden.<sup>49</sup> Die bloße Behauptung, das Recht werde auch heute noch ausgeübt, reicht nicht aus. Vielmehr muss der Antragsteller den vollen Beweis seiner Behauptung erbringen,<sup>50</sup> ansonsten hat er eine Berichtigungsbewilligung des Eigentümers vorzulegen. Das Grundbuchamt ist zu eigenen Ermittlungen weder berechtigt noch verpflichtet. Dem Eigentümer und den dinglich Berechtigten am Grundstück soll rechtliches Gehör gewährt werden.<sup>51</sup>

<sup>43</sup> BayObLGZ 1985, 225; BayObLGZ 1953, 80, 86; BayObLGZ 1967, 397, 401; BayObLGZ 1969, 284, 292; BayObLG Rpfleger 1979, 381; BayObLG Rpfleger 1982, 467 = RdL 1982, 263; LG Bayreuth MittBayNot 1987, 200 m. Anm. Schmidt; Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1173.

<sup>44</sup> OLG Karlsruhe Rpfleger 2002, 304; BayObLGZ 1985, 225; BayObLG Rpfleger 1979, 381; BayObLG Rpfleger 1982, 467 = RdL 1982, 263; LG Bayreuth MittBayNot 1987, 200 m. Anm. Schmidt; Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1173, Staudinger/Gursky, BGB, § 894 RdNr. 30.

<sup>45</sup> OLG München 2007, 464 = Rpfleger 2007, 389 = RNotZ 2007, 487; LG Bayreuth Mitt-BayNot 1987, 200 m. Anm. Schmidt; Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1173.

<sup>46</sup> ThürOLG OLG-NL 2000, 135 und 206 = Rpfleger 2000, 210 = NotBZ 2000, 65.

<sup>47</sup> OLG München 2007, 464 = Rpfleger 2007, 389 = RNotZ 2007, 487. Erlöschen der Grunddienstbarkeit auf der Grundlage fortgeltenden alten Rechts nach den in einzelnen Partikularrechten üblichen Erlöschensgründen wie mehrjähriger Nichtgebrauch (zehnjährige Nichtausübung in Bayern, OLG München Rpfleger 2007, 389). Art. 184 S. 2 EGBGB ergänzt mit seiner Verweisung auf §§ 1026, 1028 BGB nur den Katalog der Erlöschensgründe, schränkt aber die altrechtlichen Beendigungsgründe der Grunddienstbarkeit nicht ein. Zur Rechtslage in den neuen Ländern LG Frankfurt/O. VIZ 2002, 113 = ZOV 2002, 113.

<sup>48</sup> BayObLGZ 2003, 278 = Rpfleger 2004, 156 = MittBayNot 2004, 192; BayObLG Bay-ObLGR 2001, 9 = DNotl-Report 2001, 26 = NJW-RR 2001, 161; BayObLGZ 1991, 139 = DNotZ 1992, 670 = Rpfleger 1991, 299 und 353; BayObLGZ 1990, 79 = DNotZ 1991, 160 = NJW-RR 1990, 724 = Rpfleger 1990, 351; BayObLGZ 1989, 203 (zu altrechtlichem Weiderecht); BayObLGZ 1985, 230 = DNotZ 1986, 221 = Rpfleger 1985, 438.

<sup>49</sup> BayObLG DNotZ 1993, 598 = MittBayNot 1993, 211 = BayVBl 1993, 315 = MittBayNot 1993, 211.

<sup>50</sup> BayObLGZ 1991, 139 = DNotZ 1992, 670 = Rpfleger 1991, 299 und 353; LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1992, 336.

<sup>51</sup> LG Nürnberg-Fürth MittBayNot 1992, 336; Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1173.

## b. Urkundenbeweis

Wenn der Antragsteller durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 29 GBO) das Bestehen des Rechts nachweist, ist die Grundbuchberichtigung ohne Berichtigungsbevollmächtigung möglich.<sup>52</sup> Der Antragsteller muss die Unrichtigkeit des Grundbuchs lückenlos nachweisen. Es muss nicht nur die Begründung des Rechts nachgewiesen werden, erforderlich ist vielmehr auch der Beweis, dass die Dienstbarkeit nicht mittlerweile, etwa durch Nichtausübung, erloschen ist.<sup>53</sup> Der Unrichtigkeitsnachweis kann in der Regel nur durch öffentliche Urkunden (§ 29 Abs. 1 S. 2 GBO) geführt werden, weil es sich um einen Tatsachensachbeweis handelt. An die Führung des Nachweises sind strenge Anforderungen zu stellen; es genügt nicht etwa ein gewisser Grad an Wahrscheinlichkeit.<sup>54</sup> Für den Nachweis des Fortbestehens und für den Nachweis der Ausübungsstelle soll nach Ansicht des OLG München<sup>55</sup> und des BayObLG<sup>56</sup> eine formgerechte Bestätigung des zuständigen Vermessungsamts genügen. Unklarheiten und Zweifel gehen zu Lasten des Antragstellers.

## c. Berichtigungsbevollmächtigung

Die Berichtigungsbevollmächtigung als Unterart der Eintragungsbevollmächtigung nach § 19 GBO ist von dem Eigentümer des Grundstücks abzugeben; bei einer Verfügungsbeeinträchtigung hat der Verfügungsbefugte die Bewilligung zu erklären. Für die Form gilt § 29 GBO. Aus der Bewilligung muss sich ergeben, dass eine deklaratorische Eintragung bewilligt wird. Aus dem Inhalt der Bewilligung muss sich weiter schlüssig ergeben, dass das Grundbuch durch das Nichteingetragen sein des Rechts unrichtig ist. Die Bewilligung des Eigentümers muss zum Ausdruck bringen, dass das einzutragende Recht unter Geltung des früheren Rechts entstanden ist.<sup>57</sup> Zweifelhaft ist, ob auch die Bewilligung des Berechtigten für die Eintragung seines Rechts erforderlich ist; dies wird überwiegend bejaht.<sup>58</sup>

## d. Rangverhältnis

Die Grundbucheintragung darf nur erfolgen, wenn die Grunddienstbarkeit mit dem ihr zukommenden Rang eingetragen werden kann.<sup>59</sup> Der Zeitpunkt des Entstehens des Rechts richtet sich nach dem damaligen Landesrecht, also nach dem Zeitpunkt der Entstehung des Rechts. Wenn Rechte Dritter eingetragen sind, die später als die bisher nicht eingetragene Grunddienstbarkeit entstanden sind, ist daher auch ihre Bewilligung erforderlich, weil sonst die Grunddienstbarkeit nicht mit dem ihr zukommenden Rang eingetragen werden könnte.<sup>60</sup> Strittig ist die Frage, ob auch die Bewilligung des Berechtigten für die Eintragung der Grunddienstbarkeit erforderlich ist.<sup>61</sup> Dies dürfte jedoch zu bejahen sein, da er

von der materiellrechtlichen Folge der Eintragung auch betroffen wird; z.B. richtet sich die Aufhebung der Grunddienstbarkeit nach Grundbucheintragung nicht mehr nach früherem Recht, sondern nach dem BGB (Art. 189 Abs. 3 EGBGB).

## e. Sonstiges

Hat das Grundbuchamt Kenntnis davon, dass die Grunddienstbarkeit nicht mehr besteht oder aufgehoben worden ist, so hat es die deklaratorische Eintragung der Dienstbarkeit abzulehnen. Unter Aufhebung eines Rechts i.S. von Art. 189 Abs. 3 EGBGB ist nicht nur die rechtsgeschäftliche Aufhebung, sondern auch der Untergang auf sonstige Weise, also z.B. durch Nichtausübung zu verstehen.<sup>62</sup> Nach Art. 703 Code civil hört eine Grunddienstbarkeit schon dann auf, wenn ihre Ausübung auch nur vorübergehend unmöglich ist.<sup>63</sup> Dazu genügt jedoch bei einem Wegerecht, zu dessen Ausübung das Betreten eines dritten Grundstücks nötig ist, noch nicht, dass dem Berechtigten kein Recht zum Betreten dieses Grundstücks zusteht, solange das Betreten tatsächlich geduldet wird.<sup>64</sup> Eine nach dem Recht des Code civil entstandene Grunddienstbarkeit erlischt infolge Nichtgebrauchs während eines Zeitraums von dreißig Jahren.<sup>65</sup>

Art. 187 Abs. 1 EGBGB hebt nach seinem Wortlaut das Publizitätsprinzip für altrechtliche Grunddienstbarkeiten nur insoweit auf, als es um ihren Bestand vor der Eintragung geht, enthält aber keinerlei Aussage für den Zeitraum nach der fakultativen Eintragung dieser Rechte. Sobald die Grunddienstbarkeit mit ihrer Eintragung die Publizität des Grundbuchs für sich in Anspruch nimmt, unterliegt sie nach h. M.<sup>66</sup> den allgemeinen Regeln. Wird die Grunddienstbarkeit eingetragen, so gilt zugunsten des Berechtigten die Vermutung des § 891 BGB. Für die Aufhebung des Rechts ist sodann das BGB maßgebend (Art. 189 Abs. 3 EGBGB),<sup>67</sup> z.B. ist dann keine Verjährung möglich (§ 902 BGB).<sup>68</sup> Ist die Dienstbarkeit einmal im Grundbuch eingetragen, so nimmt sie am öffentlichen Glauben des Grundbuchs teil; eine zu Unrecht erfolgte Löschung hat die Folge, dass ein gutgläubiger Erwerber das dienende Grundstück insoweit lastenfrei erwerben kann.<sup>69</sup> Ist in Baden-Württemberg eine Übertragung aus dem Servitutenbuch oder eine Verweisung bei der Anlegung des Grundbuchs unterblieben, galt die Nichtmitübertragung gem. § 46 Abs. 2 GBO als Löschung.<sup>70</sup> Ist der Inhalt der Grunddienstbarkeit im Grundbuch unrichtig angegeben, so reduziert sich der Inhalt der Dienstbarkeit bei einer Übereignung des Grundstücks an einen redlichen Erwerber auf den im Grundbuch angegebenen Inhalt.<sup>71</sup>

<sup>52</sup> Einzelheiten OLG München Rpfleger 2007, 389; OLG Karlsruhe Rpfleger 2002, 304.

<sup>53</sup> BayObLG DNotZ 1993, 598; LG Nürnberg/Fürth MittBayNot 1992, 336.

<sup>54</sup> OLG München 2007, 464 = Rpfleger 2007, 389 = RNotZ 2007, 487.

<sup>55</sup> Rpfleger 2007, 389.

<sup>56</sup> DNotZ 1993, 598 = MittBayNot 1993, 211 = BayVBl 1993, 315; BayObLG DNotZ 1980, 103, 105 = Rpfleger 1979, 381 = MittBayNot 1979, 225. Offen gelassen von OLG Düsseldorf MittRhNotK 1998, 95.

<sup>57</sup> Meikel/Böttcher, GBO, § 22 RdNr. 26.

<sup>58</sup> Meikel/Böttcher, GBO, § 22 RdNr. 26. Verneinend: Staudinger/Dittmann, EGBGB, Art. 187 RdNr. 5; bejahend: Schönher/Stöber, GBR, RdNr. 1173.

<sup>59</sup> KG KGJ 51, 252.

<sup>60</sup> KG Recht 1918 Nr. 885 = KGJ 51, 252; Schönher/Stöber, GBR, RdNr. 1173.

<sup>61</sup> Verneinend: Staudinger/Dittmann, EGBGB, Art. 187 RdNr. 5; bejahend: Schönher/Stöber, RdNr. 1173.

<sup>62</sup> BGH MDR 1966, 748 = WPM 1966, 739; BayObLGZ 1959, 478, 489; BayObLGZ 1967, 397, 403.

<sup>63</sup> Staudinger/Kanzleiter/Höhnle, EGBGB, Art. 184 RdNr. 23.

<sup>64</sup> BGH DNotZ 1967, 103 = MDR 1966, 748

<sup>65</sup> LG Düsseldorf AgrarR 1974, 354; Bengel/Simmerding § 22 RdNr. 69.

<sup>66</sup> Staudinger/Gursky, BGB, § 892 RdNr. 40 m.w.N.

<sup>67</sup> KG KGJ 50, 182; LG Bayreuth MittBayNot 1987, 200.

<sup>68</sup> Staudinger/Kanzleiter/Höhnle, EGBGB, Art. 184 RdNr. 32.

<sup>69</sup> BGH DNotZ 1989, 146 = Rpfleger 1988, 353 = NJW 1988, 2037; LG Bayreuth MittBayNot 1987, 200; RGRK-Augustin § 892 RdNr. 25; Münch-Komm/Wacke § 892 RdNr. 16; Lutter, AcP 164 (1964), 134; a.A. RGZ 62, 99; 93, 63; Schiffhauer, Rpfleger 1975, 187 Fn. 157; Friedrich Schmidt, MittBayNot 1987, 203. Offen gelassen bei LG Freiburg Rpfleger 1981, 146 = BWNotZ 1981, 42 zum badischen Recht.

<sup>70</sup> OLG Stuttgart Justiz 1968, 140; Stellungnahme des württ. Justizministeriums bei Boscher, 1927, S. 66. Anders zum badischen Recht LG Freiburg Rpfleger 1981, 146 = BWNotZ 1981, 42.

<sup>71</sup> Dazu aber RGZ 93, 63, 66.

## f. Kostenträger

Die Kosten der Eintragung des Rechts sind von demjenigen zu tragen und vorzuschießen, der die Eintragung verlangt. Ist dies der Berechtigte, so hat er dem Eigentümer des belasteten Grundstücks für die Kosten, die diesem durch seine Zustimmung und durch die Eintragung entstehen können, auf Verlangen Vorschuss zu leisten (§ 897 BGB, Art. 187 Abs. 1 S. 2 EGBGB).

## 5. Sonderrecht in den neuen Bundesländern

Altrechtliche Dienstbarkeiten gemäß Art. 187 EGBGB spielen auch in den neuen Bundesländern eine nicht unbedeutende Rolle (z. B. Wegerechte für Hinterliegergrundstücke im Innenstadtbereich). Das Inkrafttreten des ZGB (1.1.1976) hatte am Fortbestand altrechtlicher Dienstbarkeiten nichts geändert. Nach § 2 Abs. 2 S. 2 und § 6 Abs. 1 EGZGB war auf Rechte, die als Grundstücksbelastungen vor Inkrafttreten des ZGB begründet wurden, das vor diesem Zeitpunkt geltende Recht anzuwenden.<sup>72</sup> Schließlich hat auch die Wiedereinführung des BGB in den neuen Ländern am 3.10.1990 nach Art. 233 § 5 und Art. 233 § 3 Abs. 1 S. 1 EGBGB an der Rechtslage (Fortbestand) dieser Altrechte (Realservituten) zunächst nichts geändert.<sup>73</sup> Für die altrechtlichen Dienstbarkeiten in den neuen Bundesländern gilt nunmehr aber § 8 Abs. 1 GBBerG.<sup>74</sup> Danach mussten diese Altrechte bis zum Ablauf des 31.12.2000 vom Eigentümer anerkannt oder rechtshängig gemacht werden, damit sie nicht erloschen.<sup>75</sup> Sind solche Handlungen vorgenommen worden, bleiben die Altrechte über den 31.12.2000<sup>76</sup> hinaus bestehen. Ein gutgläubig lastenfreier Grundstückserwerb ist nicht möglich, es sei denn, ein Landesgesetz bestimmt auf der Grundlage des Art. 187 Abs. 2 EGBGB etwas Abweichendes.<sup>77</sup> Deshalb ist ein Gewährleistungsausschluss für nicht eingetragene altrechtliche Dienstbarkeiten in notariellen Urkunden nach wie vor empfehlenswert.

## II. Reallasten

Allgemein gilt, dass vor dem Inkrafttreten des BGB entstandene, aber bisher im Grundbuch nicht eingetragene Rechte gem. Art. 184 EGBGB fortgelten. Sie sind aber nur dann gutgläubensresistent, wenn dies ausdrücklich durch besondere gesetzliche Bestimmungen angeordnet ist. Soweit eine derartige Ausnahmegestaltung nicht gegeben ist, können sie durch gutgläubig lastenfreien Erwerb erlöschen. Dies gilt auch für altrechtliche Reallasten<sup>78</sup> (z. B. Mauer-/Zaununterhaltungslasten), welche nach Art. 184 EGBGB bestehen blei-

ben, für die aber keine dem Art. 187 EGBGB vergleichbare Regelung vorhanden ist. Der Fortbestand des Rechts erfordert zwar keine Grundbucheintragung, zur Vermeidung gutgläubig lastenfreien Erwerbs i. S. von § 892 BGB ist aber die Grundbucheintragung zweckmäßig.<sup>79</sup> Eine Eintragung der Reallast erfolgt im Wege der Grundbuchberichtigung auf Grund Bewilligung oder Unrichtigkeitsnachweis. Auch der gutgläubige Erwerb eines neuen dinglichen Rechts kann den Vorrang vor dem Inhaber einer altrechtlichen Reallast erlangen. Der Gewährleistungsausschluss im notariellen Grundstücksvertrag ist weiterhin empfehlenswert.

## III. Surrogationserwerb

### 1. Nießbrauch an einer Forderung

Wurde an einer unverzinslichen Forderung der Nießbrauch bestellt, so erwirbt mit der Leistung des Schuldners an den Nießbraucher der Gläubiger den geleisteten Gegenstand und der Nießbraucher den Nießbrauch an dem Gegenstand (§ 1075 BGB). Kraft Gesetzes erhält der Nießbraucher den Nießbrauch am geleisteten Gegenstand (dingliche Surrogation). Bei Grundstücken kann der Nießbraucher die Eintragung für den Gläubiger beantragen. Der Nießbraucher ist aus eigenem Recht befugt, die Auflassung entgegenzunehmen. Eine besondere Bestellung des Nießbrauchs am geleisteten Gegenstand ist nicht erforderlich.

Nach der Auflassung und mit Eintragung der Eigentumsänderung am Grundstück entsteht der Nießbrauch kraft Gesetzes (dingliche Surrogation).<sup>80</sup> Das Grundbuch wird unrichtig; die Berichtigung erfolgt nach § 894 BGB, § 22 GBO. Ist formgerechter Nachweis der Nießbrauchsbestellung nicht möglich, muss der Grundstückseigentümer die Berichtigungsbevollmächtigung erklären. Wird der Nießbrauch nicht berichtigend eingetragen, ist gutgläubig lastenfreier Erwerb des Grundstücks durch einen Dritten möglich.

### 2. Sicherungshypothek (§ 1287 BGB, § 848 ZPO)

War ein Eigentumsverschaffungsanspruch (§ 433 BGB) verpfändet, so entsteht mit Eintragung des Gläubigers als neuer Eigentümer kraft Gesetzes (ohne Grundbucheintragung) an dem übereigneten Grundstück eine Sicherungshypothek für den Pfandgläubiger (§ 1287 BGB). Gleiches gilt bei einer Pfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs (§ 848 ZPO). Die Eintragung der Sicherungshypothek ist lediglich Grundbuchberichtigung<sup>81</sup> (§ 22 GBO). Gutgläubiger Erwerb ist möglich. Der gutgläubige Erwerb eines neuen dinglichen Rechts kann den Vorrang vor der Sicherungshypothek erlangen.

Das Entstehen einer solchen Sicherungshypothek ist systemfremd, weil es als dingliches Recht ausnahmsweise außerhalb des Grundbuchs entsteht; bei späteren Verfügungen über die Hypothek muss das Recht voreingetragen werden und ist fortan den allgemeinen, für Hypotheken geltenden sachenrechtlichen Regeln unterstellt. Für den Rang des Rechts kommt es auf den Entstehungszeitpunkt des Rechts an, ein Erwerb des Vorrangs durch einen anderen gutgläubigen dinglichen Rechtsinhaber ist möglich. Solche Sicherungshypotheken sind im Rechtsalltag gar nicht so selten, vor allem bei Verträgen auf Nachmess wird oftmals ein Kre-

<sup>72</sup> BGH NotBZ 2003, 227 = NJ 2003, 536 m. Anm. Fritsche = VIZ 2003, 488 = WM 2003, 1911 = ZOV 2003, 237; Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408, 410.

<sup>73</sup> BGH NotBZ 2003, 227 = NJ 2003, 536 m. Anm. Fritsche = VIZ 2003, 488 = WM 2003, 1911 = ZOV 2003, 237.

<sup>74</sup> BGH NotBZ 2003, 227 = NJ 2003, 536 m. Anm. Fritsche = VIZ 2003, 488 = WM 2003, 1911 = ZOV 2003, 237. Ebenso Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408.

<sup>75</sup> Einzelheiten Böhringer, Rpfleger 1999, 425; ders., VIZ 2000, 441; ders., ZfLR 2000, 671; ders., NotBZ 2000, 371; ders., NotBZ 2002, 117.

<sup>76</sup> Einzelheiten Böhringer, Rpfleger 1999, 425; ders., VIZ 2000, 441; ders., ZfLR 2000, 671; ders., NotBZ 2000, 371; ders., NotBZ 2002, 117; ders., NJ 2001, 281. § 8 GBBerG begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, BGH NotBZ 2003, 227 = NJ 2003, 536 m. Anm. Fritsche = VIZ 2003, 488 = WM 2003, 1911 = ZOV 2003, 237.

<sup>77</sup> Zu den Eintragungsvoraussetzungen OLG Jena Rpfleger 2000, 210 = NotBZ 2000, 65; Bayer, in: Bauer/von Oefele AT III RdNr. 433 ff. Zu Grunddienstbarkeiten nach sächsischem Privatrecht und ihr Fortbestand nach dem 31. Dezember 2000, Schmidt-Recla, ZOV 1999, 408.

<sup>78</sup> Vgl. auch die Ausführungen oben Abschnitt I.

<sup>79</sup> Die Regelung in Art. 187 EGBGB gilt nur für Dienstbarkeiten.

<sup>80</sup> Dazu BGH RdL 1953, 138.

<sup>81</sup> Ausführlich Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1560, 1597.

ditgeber mit der Verpfändung des Eigentumsverschaffungsanspruchs vorläufig abgesichert.<sup>82</sup>

#### IV. Mitbenutzungsrechte in den neuen Ländern

##### 1. Rechte nach Art. 233 § 5 EGBGB

###### a. Erlöschen bei Untätigkeit

Die in den neuen Bundesländern während der Geltungszeit des ZGB (1.1.1976 - 2.10.1990) entstandenen Mitbenutzungsrechte gelten gemäß Art. 233 § 5 Abs. 1 EGBGB als dingliche Rechte besonderer Art weiter. Sie erweitern damit den numerus clausus der Sachenrechte. Gewisse bisher im Grundbuch nicht eingetragene Mitbenutzungsrechte erlöschen, wenn sie nicht bis 31.12.2000 anerkannt oder rechtshängig gemacht worden sind. § 8 GBBerG,<sup>83</sup> § 13 SachenR-DV, Art. 1 Abs.1 Nr. 2 EFG, 2. EFG, Art. 233 § 5 EGBGB).<sup>84</sup> Maßgeblich ist das Anerkenntnis oder die Eintragungsbewilligung desjenigen Grundstückseigentümers, der im Zeitpunkt seines Rechtshandelns ab 25.12.1993 Eigentümer des Grundstücks war. Ein Anerkenntnis eines Eigentümers aus der Zeit vor dem 25.12.1993, insbesondere aus der DDR-Zeit genügt § 8 GBBerG nicht. Bei einem Eigentümerwechsel vor dem 1.1.2001 hat der Nachfolger das Handeln seines Vorgängers gegen sich gelten zu lassen (gutgläubiger Wegerwerb des Mitbenutzungsrechts war bis dahin nicht möglich).

Das Erlöschen des Rechts hängt nicht von einer Veräußerung des Grundstücks ab; auf einen guten Glauben des Erwerbers kommt es im Falle einer Veräußerung überhaupt nicht an. Bestandskräftige, aber bis zum Ablauf des 31.12.2000<sup>85</sup> nicht im Grundbuch eingetragene Rechte (das Antragsdatum und nicht das Eintragungsdatum ist entscheidend) bleiben zwar bestehen, unterliegen aber ab dem 1.1.2001 den Vorschriften über den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, können also z.B. gutgläubig wegerworben werden.<sup>86</sup>

Bis zum Ablauf des 31.12.2000 erloschen Mitbenutzungsrechte bei Veräußerung des Grundstücks an einen gutgläubigen Erwerber nicht. Sie verloren auch nicht ihren Rang, wenn ein anderes beschränktes dingliches Recht, z.B. eine Hypothek, für einen gutgläubigen Inhaber eingetragen wurde. Ab 1.1.2001 wird das Mitbenutzungsrecht in der Zwangsversteigerung des Grundstücks nicht mehr geschützt, wenn es nicht eingetragen, die Eintragung nicht beantragt ist oder wenn es nicht im Zwangsversteigerungsverfahren geltend gemacht wird. Die Erlöschensregelung gilt nicht für Anlagen nach § 9 GBBerG und für Mitbenutzungsrechte nach § 8 Abs. 3 GBBerG (vgl. unten Nr. 2 und 3).

Aus dem Grundbuch wird das Erlöschen des bisher nicht eingetragenen Rechts nicht ersichtlich. Ein Vermerk im Grundbuch ist nicht erforderlich und auch nicht zulässig. Das Mit-

benutzungsrecht erlischt kraft Gesetzes ohne seine Voreintragung im Grundbuch.

##### b. Grundbucheintragung

###### aa. Geltung der GBO-Vorschriften

Die Eintragung des Mitbenutzungsrechts stellt eine Grundbuchberichtigung dar, weil ein außerhalb des Grundbuchs rechtswirksam entstandenes und fortbestehendes Grundstücksrecht, das im Grundbuch nicht eingetragen ist, in dieses eingetragen werden soll. Gemäß Art. 233 § 5 Abs. 3 EGBGB kann das Mitbenutzungsrecht auch dann im Grundbuch eingetragen werden, wenn es nach den Bestimmungen des DDR-Rechts nicht eintragungsfähig war. Für die Eintragung aller am Stichtag 31.12.2000 nicht erloschener Mitbenutzungsrechte im Grundbuch gilt die Grundbuchordnung mit ihren Nebenbestimmungen (z.B. die Grundbuchverföugung). Der Unrichtigkeitsnachweis wird geführt durch öffentliche oder öffentlich beglaubigte Urkunden (§ 22 Abs. 1 GBO) oder durch freiwillig abgegebener oder durch Klage erzwungener Berichtigungsbewilligung des betroffenen Grundstückseigentümers. Die Voraussetzungen der Berichtigungsbewilligung werden weder durch § 8 GBBerG noch durch Art. 233 § 5 EGBGB festgelegt. Es gelten dafür die allgemeinen Vorschriften zur Berichtigung des Grundbuchs, materiellrechtlich also §§ 894 ff. BGB und formalrechtlich §§ 22, 19, 29 GBO. Zweifelhaft ist, ob auch die Bewilligung des Berechtigten für die Eintragung seines Rechts erforderlich ist; dies wird bei altrechtlichen Dienstbarkeiten von der Kommentar-literatur überwiegend bejaht.<sup>87</sup>

###### bb. Rangfestlegung

Im Berichtigungsverfahren ist zu unterscheiden zwischen der Buchung des Rechts als solches und der Rangfestlegung des Mitbenutzungsrechts. Das Mitbenutzungsrecht hat gemäß Art. 233 § 9 Abs. 2 EGBGB den Rang seines zeitlichen Entstehens, also mit schriftlicher Vereinbarung zwischen den Nutzungsberechtigten und der Eigentümerzustimmung, wobei der Zugang der zeitlich letzten Willenserklärungen, also die Perfektion des Rechtsgeschäfts entscheidet. Da die Beteiligten oft selbst nicht mehr wissen, wann das Mitbenutzungsrecht eigentlich entstanden ist, bestimmt § 8 Abs. 2 GBBerG, dass das Mitbenutzungsrecht als am 25.12.1993 entstanden gilt (Fiktion), obwohl nach dem 2.10.1990 Mitbenutzungsrechte nicht mehr entstehen konnten. Der Rang des Mitbenutzungsrechts ist also entweder der des tatsächlichen Entstehenszeitpunkts, ggf. der sich aus der Fiktion in § 8 Abs. 2 GBBerG ergebende Rang. Dies bedeutet, dass die vor dem 25.12.1993 eingetragenen anderen dinglichen Berechtigten der Eintragung des Rechts nicht zustimmen brauchen, obgleich ab dem 3.10.1990 bis zum 24.12.1993 ein Mitbenutzungsrecht nicht mehr entstehen konnte. Der Berechtigte des einzutragenden Rechts kann auch eine Eintragung an rangbereiter Stelle akzeptieren, hierzu hat er aber eine „Rangrücktrittsbewilligung“ in der Form des § 29 GBO zu erteilen.

Wenn dingliche Rechte Dritter jedoch nach dem 24.12.1993 eingetragen wurden und zeitlich noch später die Eintragung eines nach § 8 Abs. 1 GBBerG bestehengebliebenen Rechts mittels einer Berichtigungsbewilligung beantragt wird, ist

<sup>82</sup> Zur endgültigen Sicherung des Pfandgläubigers (Kreditgebers) mit einer Grundschuld Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1577.

<sup>83</sup> Die Vorschrift begegnet keinen verfassungsrechtlichen Bedenken, BGH NotBZ 2003, 227 = NJ 2003, 536 m. Anm. Fritsche = VIZ 2003, 488 = WM 2003, 1911 = ZOV 2003, 237.

<sup>84</sup> Zur Gefährdung der Mitbenutzungsrechte Böhringer, VIZ 2000, 441; ders., BWNotZ 2000, 1. Zur Sicherung und Eintragung von Mitbenutzungsrechten Böhringer, Rpfleger 1997, 244; ders., NotBZ 2002, 117; Flik/Keller, DtZ 1996, 330. Zu Urkundennachweisen für die Eintragung unsichtbarer Rechtspositionen Böhringer, NotBZ 2000, 371.

<sup>85</sup> Vgl. die Fristenregelung in § 13 Abs. 1 SachenR-DV i. V. m. Art. 231 § 5 Abs. 3 EGBGB i. d. F. des Art. 1 Abs. 1 Nr. 1 EFG und Art. 1 Abs. 1 Nr. 2. EFG; vgl. auch Böhringer, OV spezial 1999, 306; ders., VIZ 1999, 569; ders., Rpfleger 1999, 425; ders., BWNotZ 2000, 1; Schnabel, ZOV 2000, 79.

<sup>86</sup> Einzelheiten Böhringer, NotBZ 2002, 117; ders., ZfR 2000, 671; Schnabel, ZOV 2000, 79. BGH KPS Art. 233 § 5 EGBGB 1/03 = NJ 2004, 221 = NotBZ 2004, 68 = Rpfleger 2004, 152 = WM 2004, 894 = ZOV 2004, 20.

<sup>87</sup> Meikel/Böttcher, GBO, § 22 RdNr. 26.



weiterhin problematisch, ob auch die Zustimmung dieser Dritten (in Form des § 29 GBO) zu der Grundbuchberichtigung erforderlich ist. Bei den bisherigen altrechtlichen Dienstbarkeiten wurde dies bejaht, weil sonst das nach Absatz 1 bestehengebliebene Recht nicht mit dem ihm (im Zweifel zum 25.12.1993) zukommenden Rang eingetragen werden könne (bei Eintragung mit Nachrang würde das Rangverhältnis der wahren Rechtslage nicht entsprechen).<sup>88</sup> Aus Art. 233 § 9 Abs. 2 und Art. 233 § 5 Abs. 3 EGBGB kann nichts anderes entnommen werden. Die Erforderlichkeit der Zustimmung Dritter dürfte wohl zu bejahen sein, sofern die Unrichtigkeit nicht durch Urkunden (§ 29 GBO) nachgewiesen wird. Die Grundbuchberichtigung aufgrund einer Bewilligung dürfte nach dieser Rechtsansicht nur erfolgen, wenn das nach § 8 Abs. 1 GBBerG zum Stichtag bestehengebliebene Recht mit dem ihm zukommenden Rang eingetragen werden kann.<sup>89</sup> Zu beachten ist auch, dass ab 1.1.2001 bei Mitbenutzungsrechten gutgläubiger Vorrangserwerb Dritter möglich ist (Art. 233 § 5 Abs. 2 S. 1 EGBGB).

Ist die Entstehung des Rechts und sein besserer Rang aus öffentlichen Urkunden nachweisbar, so ist das Recht mit dem daraus ersichtlichen Inhalt und unter Vermerk des gemäß Art. 233 § 9 Abs. 1 EGBGB für den Rang maßgeblichen Zeitpunkts seiner Entstehung einzutragen (Art. 233 § 5 Abs. 3 EGBGB). Beim Urkundennachweis (§§ 22, 29 GBO) ergibt sich aus den Unterlagen der Entstehungszeitpunkt des Mitbenutzungsrechts. Das so feststellbare Rangverhältnis ist im Grundbuch durch Rangvermerke zu verlautbaren (Art. 233 § 5 Abs. 3 und § 9 Abs. 2 EGBGB). „Rangrücktrittsbewilligungen“ der Inhaber bisher eingetragener Rechte (sog. Zwischenrechte) sind hierzu nicht notwendig. Selten wird der Urkundenbeweis gelingen, da die früheren Vereinbarungen lediglich der Schriftform bedurften und der Notar deshalb nicht eingeschaltet wurde. Mit der Berichtigungsbewilligung oder dem Urteil nach § 894 ZPO ist aber der Entstehungszeitpunkt des Mitbenutzungsrechts nicht bewiesen, auch wenn in der Bewilligung des Grundstückseigentümers Daten über die Rechtsentstehung enthalten sind.<sup>90</sup>

### cc. Rechtsinhalt

Die Möglichkeit der Eintragung eines über den in § 8 Abs. 1 GBBerG genannten Stichtag<sup>91</sup> hinaus bestehen gebliebenen Mitbenutzungsrechts ist zeitlich nicht befristet. Einzutragen ist der konkrete Rechtsinhalt, wie er z.B. durch Vereinbarung nach § 321 Abs. 1 ZGB bestimmt worden ist.<sup>92</sup> Durch Art. 233 § 5 Abs. 4 EGBGB wird es jedoch dem Landesgesetzgeber<sup>93</sup> gestattet, Bestimmungen zu treffen, dass das Mitbenutzungsrecht mit einem dem BGB entsprechenden Inhalt ein-

zutragen ist, also z.B. als Grunddienstbarkeit oder beschränkte persönliche Dienstbarkeit. Durch Art. 233 § 5 Abs. 4 EGBGB erhielten nämlich die neuen Bundesländer die Möglichkeit, bei Eintragungen der Mitbenutzungsrechte dafür zu sorgen, dass diese sogleich in dem BGB entsprechende Rechte überführt werden. Wegen der in den neuen Bundesländern in Ansehung altrechtlicher Dienstbarkeiten und Mitbenutzungsrechte bestehenden Vielfalt der Fallgruppen hat der Landesgesetzgeber die entsprechende Regelungsbefugnis.

### c. Mögliche Regelungen im übrigen Bundesgebiet

Die Regelungen in § 8 GBBerG können im übrigen Bundesgebiet durch Rechtsverordnung der Landesregierung auch für einzelne Arten von Rechten in Kraft gesetzt werden. In den alten Ländern kann so geprüft werden, ob alte Dienstbarkeiten aufrechterhalten werden müssen (in Bayern und Baden-Württemberg gibt es z.B. noch sehr viele altrechtliche Dienstbarkeiten gemäß Art. 187 EGBGB, die ohne Grundbucheintragung gegenüber dem guten Glauben des Grundbuchs bestandskräftig sind). Die Bayerische Staatsregierung hat deshalb entschieden, eine Verordnung nach § 8 Abs. 3 S. 3 GBBerG nicht zu erlassen. Ob durch § 8 GBBerG die landesrechtlichen Fischereirechte zum Erlöschen gebracht werden können, muss bezweifelt werden, da dem Bund für den Bereich der Binnenfischerei eine eigene Gesetzgebungskompetenz fehlt (vgl. Art. 74 Nr. 1 GG einerseits, Art. 69 EGBGB andererseits). Hat ein Bundesland<sup>94</sup> seine eigenständige Regelung für das Erlöschen der nicht im Grundbuch eingetragenen selbständigen Fischereirechte beibehalten, so geht diese als *lex specialis* dem § 8 GBBerG vor. § 8 GBBerG wurde auch in dem Teil Berlins in Kraft gesetzt, in dem § 8 Abs. 3 S. 2 GBBerG bisher nicht galt.<sup>95</sup>

## 2. Besondere Mitbenutzungsrechte

Mitbenutzungsrechte zum Zwecke der Durchführung staatlicher oder wirtschaftlicher Maßnahmen gem. § 321 Abs. 4 ZGB sind vom Anwendungsbereich des Art. 233 § 5 Abs. 1 EGBGB ausgenommen. Durch Maßgabenregelung im Einigungsvertrag<sup>96</sup> wurde das Fortbestehen der Mitbenutzungsrechte von Energieversorgungssträgern bis zum 31.12.2010 festgelegt.<sup>97</sup> Durch § 8 Abs. 3 GBBerG wird bestimmt, dass diese Rechte nicht unter die Regelung von § 8 Abs. 1 und 2 GBBerG fallen.

## 3. Leitungsrechte in den neuen Ländern

### a. Eingeschränkter gutgläubiger Erwerb

§ 9 Abs. 1 GBBerG normiert die gesetzliche Begründung von beschränkten persönlichen Dienstbarkeiten für Energiefortleitungsanlagen zum 25.12.1993. Mit § 9 GBBerG wird aber auch der öffentliche Glaube des Grundbuchs in den neuen Bundesländern in Ansehung bestimmter Dienstbarkeiten für Energieversorgungsunternehmen eingeschränkt. Diese kön-

<sup>88</sup> KGJ 51 A 252; Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1173; Meikel/Böttcher, GBO, § 22 RdNr. 26.

<sup>89</sup> Schöner/Stöber, GBR, RdNr. 1173. Bei Mitbenutzungsrechten ist aber ein Kompromiss zulässig: Bewilligt (in der Form des § 29 GBO) der Inhaber des Mitbenutzungsrechts die Eintragung des Rechts an rangbereiter Stelle, so ist darin sein Rangrücktritt (materiell-rechtliches Erfordernis: § 880 Abs. 2 BGB) zu erblicken, der eine logische Sekunde nach der Buchung des Mitbenutzungsrechts wirksam wird; so schon Eickmann, Grundstücksrecht, 3. Aufl., RdNr. 172d.

<sup>90</sup> Ebenso Eickmann, Grundstücksrecht, 3. Aufl., RdNr. 172b.

<sup>91</sup> Die Geltendmachungsfrist wurde nach § 13 SachenR-DV verlängert und fällt jetzt mit der Gutglaubens-Schutzfrist (31.12.1996 bzw. 31.12.2000) zusammen.

<sup>92</sup> Ebenso BGH KPS Art. 233 § 5 EGBGB 2/03 = NotBZ 2004, 66 = NJ 2004, 219 m. Anm. Fritsche = VIZ 2004, 278 = WM 2004, 891.

<sup>93</sup> Zumindest bis zum Jahre 2003 hatte der Freistaat Sachsen davon keinen Gebrauch gemacht, BGH KPS Art. 233 § 5 EGBGB 2/03 = NotBZ 2004, 66 = NJ 2004, 219 m. Anm. Fritsche = VIZ 2004, 278 = WM 2004, 891..

<sup>94</sup> So z. B. mit § 8 Abs. 3 SächsFischG.

<sup>95</sup> Verordnung vom 27.2.1995, verkündet am 9.3.1995, GVBl. S. 65.

<sup>96</sup> Einigungsvertrag Anlage II Kap. V D Abschn. III Nr. 4 Buchst. b, BGBl 1990 II, 889, 1202.

<sup>97</sup> Vgl. auch die Regelungen in § 9; zu Versorgungsleitungen und öffentlichen Verkehrswegen Seeliger, DWW 1996, 12, 16; zum Anlageneigentum der Energieversorgungsunternehmen Schulze, Pflieger 1999, 167.

nen bis zum Ablauf des 31.12.2010<sup>98</sup> nicht gutgläubig wegerworben werden. Der öffentliche Glaube des Grundbuchs gilt allerdings vom 25.12.1993 (In-Kraft-Treten des RegVBG) an uneingeschränkt nur für den Rang der betreffenden Dienstbarkeit. Dieser Dienstbarkeit würde an sich derjenige Rang zukommen, der ihr am 25.12.1993 zukam. Wer rechtsgeschäftlich ein beschränktes dingliches Recht am Grundstück erwirbt, kann gutgläubig den Vorrang erwerben. Handelt es sich um Zwangseintragungen, so gilt dies nicht, weil bei ihnen gutgläubiger Erwerb ausgeschlossen ist; der Zeitpunkt des Entstehens der Rechte ist maßgeblich. Kommt es zur Eintragung mehrerer dinglicher Rechte (z.B. Zwangshypothek neben Grundschuld), so kann es im Zusammenspiel mit der Dienstbarkeit nach § 9 GBBerG zu relativen Rangverhältnissen kommen. Wird aus einem vor dem 25.12.1993 eingetragenen Grundpfandrecht die Zwangsversteigerung betrieben, so erlischt eine nicht im Grundbuch eingetragene Dienstbarkeit. Gleiches gilt bei der Zwangsversteigerung aus nach dem 24.12.1993 rechtsgeschäftlich bestellten Grundpfandrechten, sofern der Gläubiger den Vorrang seines Rechts gutgläubig erworben hat. Wurde die Zwangsversteigerung aus einer nach dem 24.12.1993 erworbenen Zwangshypothek betrieben, so hat diese Hypothek keinen Vorrang vor der Dienstbarkeit erlangt, denn § 892 BGB ist auf den Erwerb kraft Hoheitsakt nicht anwendbar; ist die Dienstbarkeit weder eingetragen noch im Zwangsversteigerungsverfahren rechtzeitig angemeldet worden, so erlischt die Dienstbarkeit nach §§ 45, 47, 52, 91 ZVG.

Mit der SachenR-DV wurden die Regelungen des § 9 Abs. 1 bis 7 GBBerG auch auf wasserwirtschaftliche Anlagen erstreckt, und zwar zum 11.1.1995. Zu den Wasserversorgungs- und Abwasserbeseitigungsanlagen gehören in erster Linie Leitungen und Pumpstationen, aber auch Versorgungswege und ähnliche Anlagen, nicht jedoch Wasserwerke, Abwasserbehandlungsanlagen (Klärwerke) und Meliorationsanlagen. Gemäß § 9 Abs. 11 GBBerG gelten die Regelungen des § 9 GBBerG und der SachenR-DV auch für Telekommunikationsanlagen, Ölleitungen u. a., also für das Bescheinigungsverfahren, die Grundbuchberichtigung und die Erlöschensbescheinigung.

Der öffentliche Glaube des Grundbuchs greift uneingeschränkt nach dem Ablauf des Jahres 2010. Zu diesem Zeitpunkt wäre auch nach dem Einigungsvertrag die zunächst fortbestehende Sicherung durch Mitbenutzungsrechte ausgelaufen. Die Energieversorgungswirtschaft dürfte in der Lage sein, bis dahin die durch Gesetz begründeten Dienstbarkeiten eintragen zu lassen.<sup>99</sup>

## b. Grundbuchberichtigung

Die Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der Dienstbarkeit für das Energieversorgungsunternehmen erfolgt auf Antrag des Dienstbarkeitsberechtigten mit einer Bescheinigung der Aufsichtsbehörde des Versorgungsunternehmens, § 9 Abs. 5 GBBerG. Eine Grundbucheintragung kann deshalb nur dann erfolgen, wenn das begünstigte

Unternehmen mit der Eintragung der Dienstbarkeit einverstanden ist oder nicht fristgerecht einen Rechtsverzicht erklärt hat. Der die Eintragungsbewilligung ausstellende Notar soll mit einer Bescheinigung<sup>100</sup> die Voraussetzungen für die Grundbuchgängigkeit der Eintragungsbewilligung schaffen (so § 9 Abs. 1 SachenR-DV). Grundbuchverfahrensrechtlich handelt es sich bei der Eintragungsbewilligung um eine Berichtigungsbewilligung nach § 22 GBO. Die Bescheinigung des Notars hat § 39 BeurkG zu entsprechen (Unterschrift und Dienstsiegel/Stempel des Notars); sie kann gesondert erteilt oder auf der Eintragungsbewilligung angebracht werden. Wird beim Grundbuchamt die Eintragung einer durch rechtsgeschäftliche Vereinbarung bestellten Dienstbarkeit beantragt, kann das Grundbuchamt die Eintragung nicht ablehnen, da es oft nicht die Merkmale einer Berichtigungsbewilligung im Gegensatz zu einer Eintragungsbewilligung nach § 19 GBO erkennen kann.

Die Eintragung des Rechts erfolgt an rangbereiter Stelle, § 8 Abs. 1 SachenR-DV, weil der öffentliche Glaube nur hinsichtlich des Wegerwerbs des Rechts als solchem, nicht jedoch hinsichtlich seines Ranges eingeschränkt wird.<sup>101</sup> Unter Umständen kann die Dienstbarkeit wegen vorrangiger Eintragungen seit 25.12.1993 einen Rangverlust erlitten haben, das ist aber für das Grundbuchamt unbeachtlich.<sup>102</sup>

Bei einer eingeschränkten Bescheinigung kann die Dienstbarkeit nicht eingetragen werden. Lediglich ein Widerspruch im Sinne des § 899 BGB kommt zur Eintragung. Aus der Bescheinigung selbst muss sich ihre eingeschränkte Wirkung ergeben. Die Bescheinigung ist ausreichende Eintragungsgrundlage. Der Widerspruch wird an rangbereiter Stelle eingetragen.

## V. Wegerwerb von Ansprüchen für ein dingliches Recht

### 1. Wegfallende Ansprüche auf Dienstbarkeitsbestellung

Zu Zeiten der DDR wurden vor allem im landwirtschaftlichen Bereich für Wege, Versorgungs- und Entsorgungsleitungen fremde Grundstücke in Anspruch genommen, ohne dass dafür eine vertragliche oder gesetzliche Grundlage bestand. Die Benutzung fremder Grundstücke ist oftmals heute in den neuen Ländern nicht gesichert. Durch das Sachenrechtsbereinigungsgesetz besteht die Möglichkeit, die Rechtspositionen durch eine Dienstbarkeit im Grundbuch einzutragen. Wer allerdings seine Ansprüche nicht bis 31.12.2000 sicherte, kann ab dem Jahr 2001 seine Rechte verlieren<sup>103</sup>.

Nach § 116 SachenRBERG hat der Mitbenutzer eines Grundstücks gegen den Grundstückseigentümer einen Anspruch auf Bestellung einer Grunddienstbarkeit oder einer beschränkten persönlichen Dienstbarkeit zur dinglichen Absicherung seiner Grundstücksnutzung. Die Mitbenutzung bestand bisher für Wege, Versorgungs- und Entsorgungsleitungen. Der Anspruch ist ein schuldrechtlicher gesetzlicher Anspruch gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer auf Bestellung einer Dienstbarkeit. Dieses dingliche Recht entsteht aber nicht kraft Gesetzes wie bei § 9 Abs. 1 GBBerG, sondern muss durch die Beteiligten rechtsgeschäftlich bestellt werden, § 873 BGB, §§ 13, 19, 29 GBO.

<sup>98</sup> Das Datum 31.12.2010 erhält seinen Sinn aus der Fortgeltungsregelung des Einigungsvertrags für Mitbenutzungsrechte nach § 29 EnVO, weil der Einigungsvertrag für Energiefortleitungsanlagen nach der EnVO einen Bestandsschutz bis zum 31.12.2010 festgelegt hatte, der unbeschadet einer Grundbucheintragung gilt.

<sup>99</sup> Zum Eintragungsverfahren Maaß, NotBZ 2001, 280; Böhringer, NotBZ 2002, 117.

<sup>100</sup> Dieses Verfahren ist dem Aufforderungsverfahren in Art. 233 § 13 Abs. 6 a. F. EGBGB nachgebildet.

<sup>101</sup> Einzelheiten zum Rang Böhringer, Rpfleger 2002, 186; ders., NotBZ 2002, 117.

<sup>102</sup> Ebenso und zum Grundbuchverfahren Keller, LKV 1997, 309.

<sup>103</sup> Dazu Böhringer, VIZ 2000, 441; ders., ZfIR 2000, 671; ders., Rpfleger 1999, 425.

Die Ansprüche auf Bestellung der Dienstbarkeit können mit gutgläubigem Erwerb des Grundstücks nach dem 31.12.2000 nicht mehr geltend gemacht werden und erlöschen. Wird das Grundstückseigentum nach dem 31.12.2000 erworben, ohne dass die Dienstbarkeit in das Grundbuch eingetragen ist, erlischt gegenüber dem dann eingetragenen Eigentümer der Anspruch auf Bestellung; ein vor diesem Stichtag gestellter Eintragungsantrag schützt den Mitnutzer vor Rechtsverlust, vgl. § 17 GBO. Hat der Grundstückserwerber keine Kenntnis von dem Anspruch, so erwirbt er das Grundstück anspruchsfrei. Der Erwerber hat keine Erkundigungspflichten.<sup>104</sup> Die Bedeutung des § 892 BGB ist hier eine andere: die Gutgläubensvorschrift gilt nicht im Hinblick auf ein nicht eingetragenes Recht im Grundbuch, sondern auf einen nicht geltend gemachten oder durchgesetzten schuldrechtlichen Anspruch.

## 2. Durchsetzung des Anspruchs

Verweigert der Grundstückseigentümer die Bestellung einer Dienstbarkeit, z.B. weil er eine Einrede geltend machen kann, so kann der Anspruchsberechtigte ihn auf Abgabe einer entsprechenden Willenserklärung zur Bestellung der Dienstbar-

keit und zur Eintragung in das Grundbuch verklagen. Für die Geltendmachung des Anspruchs auf Bestellung der Dienstbarkeit besteht keine besondere gesetzliche Frist. Der Anspruch ist allerdings dann nicht mehr durchsetzbar, wenn aufgrund eines nach dem 31.12.2000 abgeschlossenen Rechtsgeschäfts (z.B. Grundstücksveräußerung) ein gutgläubiger Dritter das Eigentum am Grundstück erwirbt. Der Dritte ist redlich, wenn weder eine Vormerkung<sup>105</sup> noch ein Rechtshängigkeitsvermerk im Grundbuch eingetragen ist und er auch das Bestehen des Anspruchs nicht kennt. Für seinen erloschenen Anspruch kann dann der Mitbenutzer aber vom vormaligen Eigentümer des Grundstücks Wertersatz für seinen Rechtsverlust verlangen.

## 3. Grundbucheintragung

Der gesetzliche Anspruch auf Bestellung einer Dienstbarkeit ist gegen den jeweiligen Grundstückseigentümer zu richten. Dieser hat eine notarielle Eintragungsbewilligung abzugeben. Die Grundbucheintragung erfolgt auf Antrag des Dienstbarkeitsberechtigten oder des Grundstückseigentümers. Die Kosten der Bestellung und Eintragung der Dienstbarkeit sind von beiden je zur Hälfte zu tragen.

<sup>104</sup>Böhringer, NotBZ 2002, 117.

<sup>105</sup>Textvorschlag: „Vormerkung nach § 883 BGB für Anspruch auf Eintragung einer Grunddienstbarkeit betreffend Wegerecht für jeweiligen Eigentümer des Grundstücks Flst ... Gemarkung ... gemäß einstweiliger Verfügung des ... (Bezeichnung des Gerichts mit Aktenzeichen) vom ...; eingetragen am ...“

## Probleme bei Urkunden über bruchteilslose Miteigentumsanteile

(von Lutz Milzer, Oberjustizrat in Mosbach)

Der deutsche Jurist ist gewohnt, Miteigentum und Bruchteilseigentum der klaren Regelung in §§ 741 ff BGB folgend als Synonyme zu behandeln.

Dass es gleichwohl „bruchteilslose Miteigentumsanteile“ gibt, ist außerhalb des überschaubaren Personenkreises von Bearbeitern verstaubter baden-württembergischer Grundbuchfolianten wenig bekannt. Derartige bruchteilslose Miteigentumsanteile können bestehen, wenn als Eigentümer eines Zuweges oder einer Hofeinfahrt die jeweiligen Eigentümer angrenzender Flurstücke im Grundbuch eingetragen sind. In Baden beruht dieses Phänomen auf bereits vor Inkrafttreten des Badischen Landrechts am 1.1.1810 bestehenden Eigentumsverhältnissen<sup>1</sup>. Bei derartigen gemeinsamen Hofeinfahrten sollte nach dem damaligen Schrifttum Folgendes gelten:

*Das Miteigentumsrecht erleidet Modifikation, wenn es eine Sache zum Gegenstand hat, welche der Benutzer getrennter und verschiedener Eigentümer gehöriger Liegenschaften dient und darum als Zugehörde derselben erscheint, zum Beispiel eine Einfahrt, Mauer, Hof, Brunnen und dergleichen. In Fällen dieser Art bleibt nämlich nicht allein das Recht, eine Teilung herbeizuführen, ausgeschlossen, sondern es kann auch der Gebrauch nur bis zum Bedürfnis der Liegenschaften, zu welchen die gemeinschaftliche Sache gehört, ausgedehnt werden.<sup>2</sup>*

Diese Eigentumsverhältnisse, die seit jeher als Miteigentum ohne Miteigentumsanteile umschrieben waren,<sup>3</sup> wurden gemäß Art. 181 Abs. 2 EGBGB, der als Ausnahmebestimmung den Fortbestand nicht nach Bruchteilen bestimmten gemeinsamen Eigentums anordnet, in das BGB übergeleitet.<sup>4</sup>

Als „altrechtliche Gemeinschaft“ sind im wesentlichen dekungsgleiche Rechtsverhältnisse aber auch im württembergischen Rechtsgebiet verbreitet.<sup>5</sup>

Sowohl für den vertragsgestaltenden, als auch für den forensisch tätigen Juristen können derart verstaubte Rechtsverhältnisse hochaktuelle Fragen aufwerfen. Derartige Problemfälle ergeben sich insbesondere dann, wenn

- ein Miteigentümer sich durch Aufgabe seines Miteigentums im Sinne des § 928 BGB seiner Mitverantwortung für Kosten, Lasten und Verkehrssicherungspflichten entziehen will,

- bei neu zu bestellenden Grundpfandrechten die Gläubigerbank die Darlehensauszahlung von einer Mitbelastung des Miteigentumsanteils am Wegegrundstück abhängig macht,
- die Widmung des Wegegrundstücks für den öffentlichen Verkehr durch Verkauf des gesamten Grundstücks an den künftigen Träger der Straßenbaulast vorbereitet werden soll oder
- zwischen den Miteigentümern untereinander oder mit Dritten über Verkehrssicherungspflichten, die Stimmenverteilung bei Beschlussfassungen innerhalb der Miteigentümergeinschaft, den Umfang der Lastentragung oder, um ein Extrembeispiel zu bemühen, die Verantwortung für Altlasten im Sinne des Bundesbodenschutzgesetzes gestritten wird.

Einen Schlüssel zur Lösung aller Fälle liefert ein Blick auf die Rechtsnatur des bruchteilslosen Miteigentums. In der gemäß § 545 ZPO nicht revisibles Landesrecht betreffenden und damit insoweit höchstrichterlichen Rechtsprechung des OLG Karlsruhe wird der bruchteilslose Miteigentumsanteil seit jeher als Bestandteil der jeweiligen Hauptgrundstücke im Sinne der §§ 94,96 BGB qualifiziert.<sup>6</sup> Für die hier aufgeworfenen Rechtsfragen finden sich daher letztlich jeweils aus §§ 93 ff BGB herleitbare Lösungen.

Die **Aufgabe eines bruchteilslosen Miteigentumsanteils gemäß § 928 BGB** ist vor diesem Hintergrund schon deshalb nicht möglich, weil es sich um einen nicht abtrennbaren Bestandteil des Hauptgrundstücks handelt. Im Übrigen ist durch jüngere Entscheidungen des Bundesgerichtshofs Rechtssicherheit dahingehend geschaffen, dass die Aufgabe eines Miteigentumsanteils nicht unter § 928 BGB fällt.<sup>7</sup>

Auch der zweite Fall **der vom finanzierenden Kreditinstitut eingeforderten Mitbelastung mit Grundpfandrechten** kann unschwer dahingehend gelöst werden, dass die Belastung eines zwar selbständigen, aber bruchteilslosen Miteigentumsanteils rechtlich unmöglich ist, da der Miteigentumsanteil als Bestandteil des Hauptgrundstückes wegen § 93 Z. Hs. BGB nicht Gegenstand besonderer Rechte sein kann.

Der Fall des **Verkaufs an den künftigen Träger der Straßenbaulast** erscheint vordergründig dahingehend unproblematisch, dass – wie beim „richtigen“ Bruchteilseigentumselbstverständlich ein Erwerb des Wegegrundstücks durch den Kauf aller Miteigentumsanteile möglich ist. Wie so oft liegt auch hier der Teufel im Detail, nämlich bei der Vorfrage nach den aufgrund diverser Grundstücksteilungen oft unübersichtlich gewordenen Eigentumsverhältnissen an den „herrschenden Grundstücken“. Würden in derartigen Fällen –

<sup>1</sup> OLG Karlsruhe, BWNotZ 2007, 31 ff, 32; Hezel, BWNotZ 2000, 114ff;119f, derselbe, AgrarR1995, 261f.

<sup>2</sup> Behaghel, Das badische bürgerliche Recht und der Code Napoléon, 2. Band 1891, S. 303.

<sup>3</sup> Badische Rechtspraxis 1904, 891; Hezel, a.a.O.

<sup>4</sup> Hezel, a.a.O.

<sup>5</sup> LG Karlsruhe, BWNotZ 1999, 153 f; Lang, Handbuch des im Königreich Württemberg geltenden Sachenrechts 1893, Bd. I, S. 172ff, Bd. II, S. 185ff; Grözing, BWNotZ 1959, 248, 249f.

<sup>6</sup> So noch jüngst OLG Karlsruhe, BWNotZ 2007, 31ff,32; OLG Karlsruhe, Bad. Rechtspraxis 1933,2; Behaghel, a.a.O., 303.

<sup>7</sup> BGH, NJW 2007, 2254 und 2547;Palandt-Bassenge BGB 67. Auflage § 928 Rdnr.1.

wie vermeintlich naheliegend- die bruchteilslosen Miteigentumsanteile wie Grundstücksbelastungen behandelt, käme regelmäßig allen durch die Grundstücksteilung entstehenden „berechtigten“ Teilgrundstücken Miteigentümereigenschaft zu.<sup>8</sup>

Nachdem die bruchteilslosen Miteigentumsanteile aber gerade keine Belastungen zu Gunsten des Stammgrundstücks, sondern Bestandteile dieses Stammgrundstücks im Sinne der §§ 94,96 BGB sind, ist eine Problemlösung entlang der Rechtsprechung zur Bestandteileigenschaft bei nach Grundstücksteilung grenzüberschreitenden Bauwerken zu finden.

Derartige grenzüberschreitende Bauten stehen nach der Rechtsprechung des BGH aber gerade nicht zwingend im Miteigentum der Teilgrundstückseigentümer. Nicht nur in den Fällen des Eigengrenzüberbaus, sondern auch bei der Teilung eines Grundstücks in der Weise, dass ein aufstehendes Gebäude von der Grenze der beiden neu gebildeten Grundstücke durchschnitten wird, gibt der BGH in ständiger Rechtsprechung dem in § 93 BGB geregelten Grundsatz des einheitlichen Eigentums an einer Sache den Vorzug gegenüber der in § 94 BGB vorgesehenen Bindung des Eigentums an einem Gebäude an das Eigentum am Grundstück<sup>9</sup>. Das Eigentum an dem Gebäude als Ganzem soll in diesen Fällen mit dem Eigentum an demjenigen Grundstück verbunden sein, auf dem sich der nach Umfang, Lage und wirtschaftlicher Bedeutung maßgebliche Gebäudeteil befindet. Nur wenn die Grenzziehung zu einer Trennung des Gebäudes in zwei wirtschaftlich selbständige Einheiten führt, kann jeder Gebäudeteil dem Grundstück zugeordnet werden, auf dem er steht.<sup>10</sup>

Die Eigentumszuordnung soll also nach objektiven Kriterien, insbesondere der Zweckbestimmung des Gebäudes und der relativen Ausdehnung des Gebäudes auf den entstandenen Teilgrundstücken bestimmt werden.<sup>11</sup> Das mag in Einzelfällen schwierige Abgrenzungsprobleme aufwerfen, sicher aber dann nicht, wenn sich das Gebäude ausschließlich auf einem der durch die Grundstücksteilung entstandenen Flurstücke befindet. Entsprechend angewandt auf die als Rechtsbestandteile im Sinne des § 96 BGB zu qualifizierenden bruchteilslosen Miteigentumsanteile folgt aus dieser Rechtsprechung, dass bei einer Teilung der berechtigten Grundstücke keine bruchteilslosen Miteigentumsanteile an Teilgrundstücken entstehen, denen hinsichtlich des Weges oder der Hof-

einfahrt keine Anliegereeigenschaft zukommt.

Auch der letzte Fall der **quotalen Zuordnung von Stimmrechten und Lasten** verliert nach der zitierten Rechtsprechung des Bundesgerichtshofs und des OLG Karlsruhe in vielen Fällen seine Brisanz, da die nicht an den Weg angrenzenden Hinterlieger mangels Miteigentum keinerlei Verpflichtungen zu tragen haben. Allerdings wird, da § 748 BGB in Ermangelung von Bruchteilen keine direkte Anwendung finden kann, auch zwischen den echten Angrenzern nicht selten über die Lastenverteilung gestritten, etwa dann, wenn der Weg nicht von allen Angrenzern gleich intensiv genutzt wird. Die dabei oft geltend gemachte Lastenverteilung nach dem Ausmaß der Nutzung steht der sachenrechtliche Bestimmtheitsgrundsatz allerdings hier wohl nicht entgegen, da sich die umstrittenen Quoten ja nicht auf das sachenrechtliche Eigentumsrecht, sondern nur auf die Lastenverteilung im Innenverhältnis beziehen sollen. Da sich eine Lastenverteilung nach der tatsächlichen Nutzung kaum rechtssicher quantifizieren lässt und mangels sachenrechtlicher Bruchteile auch die Zweifelsregelung des § 742 BGB nicht analog, sondern allenfalls als allgemeiner Rechtsgedanken passt, sprechen die besten Argumente dafür, die „Innenverhältnisquote“ für die Lastentragung und Gewichtung von Stimmen unabhängig von der tatsächlichen Nutzung des gemeinsamen Weges von der jeweiligen Ausdehnung der Grenze zu dem gemeinsamen Weg abhängig zu machen.<sup>12</sup> Hierfür spricht auch die dienstbarkeitsähnliche Funktion des bruchteilslosen Miteigentums, ohne Vereinbarung nach § 1010 BGB im Interesse alle auf die Nutzung des Weges angewiesener Miteigentümer unabhängig von der tatsächlichen Nutzung im Einzelfall eine unauflösbare Gemeinschaft zu schaffen.<sup>13</sup> Eine in diesem Sinne typisierende, auf den potentiellen und nicht auf den tatsächlichen Nutzwert abstellende Betrachtung findet sich etwa auch im Anliegergebührenrecht. Für mit Treu und Glauben nicht zu vereinbarende Extremfälle lassen sich über § 242 BGB im Einzelfall gerechte und flexible Einzelfalllösungen finden.<sup>14</sup>

Als Fazit kann festgehalten werden, dass auch rechtshistorisch überholte und dem modernen Juristen wenig geläufige Konstrukte wie die bruchteilslosen Miteigentumsanteile nicht zwangsläufig Anwendungsprobleme aufwerfen, die sich mit den heute geltenden Zivilrechtsordnung nicht rechtsicher lösen lassen.

<sup>8</sup> Palandt-Bassenge BGB 67. Auflage § 890 Rdnr. 7 m.w.N.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht 13. Aufl. Rdnr.

<sup>9</sup> BGH, BeckRS 2003, 10178; BGHZ 102, 311, 314; BGH, NJW 2002, 54).

<sup>10</sup> BGH, BeckRS 2003, a.a.O.; BGHZ 64, 333; BGHZ 102, 311; BGHZ 105, 202, 204; BGHZ 110, 298, 302.

<sup>11</sup> OLG Karlsruhe, NJW 1991, 926ff.

<sup>12</sup> Bei einem an zwei Grundstücken angrenzenden Weg von 200 m, der an Grundstück A 150 m und an Grundstück B 50 m angrenzt ergäben sich beispielsweise Innenverhältnisquoten von  $\frac{3}{4}$  bzw.  $\frac{1}{4}$ .

<sup>13</sup> Vgl. LG Karlsruhe, BWNNotZ 1999, 152f, 153.

<sup>14</sup> Etwa in Fällen, in denen nur ein Miteigentümer noch eine Landwirtschaft betreibt und als Einziger den Weg mit schweren Maschinen intensiv nutzt.

# Grenzen der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung auf den Nachlass

(von Paul Schönert, Notarvertreter, Stuttgart)

Nach den privatrechtlichen Vorschriften kann der Gläubiger dem Grundsatz nach auf das Vermögen des Schuldners zugreifen. Mit dem Erbfall gehen die vererblichen Schulden des Erblassers auf den Erben über, §§ 1922 Absatz 1, 1967 Absatz 1 BGB<sup>1</sup>. Dem Gläubiger des Erblassers wird jedoch trotz des Übergangs der Schulden nicht zugestanden, dass der Erbe die Schulden in jedem Fall (ggf. auch) aus seinem (bisherigen) eigenen Vermögen begleichen muss. Vielmehr ist die Haftung des Erben unbeschränkt, aber auf den Nachlass beschränkbar<sup>2</sup>. Die Beschränkung der Erbenhaftung wird insbesondere durch die Anordnung der Nachlassverwaltung und die Eröffnung des Nachlassinsolvenzverfahrens herbeigeführt, § 1975 BGB. Führt man sich vor Augen, dass der Nachlass das vererbliche Vermögen des Schuldners zum Zeitpunkt des Erbfalls darstellt und der Gläubiger auch bei der Einleitung von Haftungsbeschränkungsmaßnahmen auf eben dieses verwiesen wird, so wird der Gläubiger durch die Systematik der Beschränkbarkeit der Erbenhaftung nicht benachteiligt.<sup>3</sup>

In Anbetracht der Beschränkbarkeit der Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten wird eine nachlassgerichtliche bzw. notarielle Beratung oftmals so aussehen, dass auch bei unübersichtlichen Nachlässen selten zur Ausschlagung geraten wird, mit dem Hinweis, notfalls die Beschränkung der Erbenhaftung geltend machen zu können. Dies wird in den ganz überwiegenden Fällen auch die sachgerechte Beratung darstellen.

Um aber hinreichend beraten zu können, muss sich der Berater darüber im Klaren sein, dass man die Aussage, die Erbenhaftung ist in jedem Fall auf den Nachlass beschränkbar, nicht uneingeschränkt stehen lassen kann. Vielmehr stimmt sie nur bei den allermeisten zivilrechtlichen Verbindlichkeiten. Für andere privatrechtliche und öffentlich-rechtliche Rechtsverhältnisse gilt das nicht durchgängig, so dass sich der die Erbschaft annehmende Erbe einer Haftung ausgesetzt sehen kann, bei der eine Beschränkung auf den Nachlass nicht vorgesehen ist:

## A) Privatrechtliche<sup>4</sup> Verbindlichkeiten

Im Bereich des Handels- und Gesellschaftsrechts ist bspw. zu beachten, dass teilweise handelsrechtliche Haftungssituationen nicht durch erbrechtliche Erbenhaftungsbeschränkungsmaßnahmen vereitelt oder eingegrenzt werden können.

1. **Erblasser hatte ein Einzelkaufmännisches Unternehmen betrieben**

Ist ein Einzelkaufmännisches Unternehmen in den Nachlass gefallen, sind die von dem Erblasser begründeten Geschäftsverbindlichkeiten Nachlassverbindlichkeiten i. S. v. § 1967 BGB. Für die früheren Geschäftsschulden haftet der Erbe wie für andere Erblasserschulden unbeschränkt, aber beschränkbar. Diese erbrechtliche Haftung ändert sich, wenn der Erbe den Einzelkaufmännischen Betrieb des Erblassers unter der bisherigen Firma mit oder ohne einen die Nachfolge andeutenden Zusatz fortführt. In diesem Fall haftet er zusätzlich unbeschränkt und damit verschärft für die Geschäftsverbindlichkeiten des früheren Inhabers nach § 27 Absatz 1 i. V. m. § 25 Absatz 1 Satz 1 HGB<sup>5</sup>.

## 2. Erblasser war Gesellschafter an einer OHG

War der Erblasser Gesellschafter einer OHG und führt sein Tod zum Ausscheiden aus der Gesellschaft, so hat der Erbe lediglich einen Abfindungsanspruch gegen die Gesellschaft. Bzgl. der Ansprüche der übrigen Gesellschafter, als auch bzgl. der Ansprüche der Gesellschaftsgläubiger kann der Erbe die Beschränkung der Erbenhaftung geltend machen. Führt der Tod des Erblassers zur Auflösung der Gesellschaft, wird der Erbe Mitglied einer Abwicklungsgesellschaft. Er haftet nach den erbrechtlichen Grundätzen für Geschäftsschulden beschränkbar auf den Nachlass, unabhängig davon, ob sie vor oder nach dem Erbfall entstanden sind<sup>6</sup>.

Sieht der Gesellschaftsvertrag vor, dass im Fall des Todes eines persönlich haftenden Gesellschafters die Gesellschaft mit den Erben fortgesetzt werden soll, so wird der Erbe zunächst persönlich haftender Gesellschafter und haftet wie ein Eintretender gemäß § 130 HGB für die früheren Gesellschaftsschulden persönlich und unbeschränkbar. Das gilt gemäß § 128 HGB auch für neue Gesellschaftsschulden. Bei den Altverbindlichkeiten handelt es sich zugleich um Nachlassverbindlichkeiten, für die der Erbe aus einem doppelten Rechtsgrund haftet, einmal als Eintretender Gesellschafter nach §§ 130, 128 HGB persönlich unbeschränkbar sowie als Erbe nach § 1967 ff. BGB beschränkbar auf den Nachlass<sup>7</sup>.

Trifft der Erbe in die Stellung eines Gesellschafters ein, trifft ihn die unbeschränkte Haftung. Um zu verhindern, dass der Erbe deswegen zur Ausschlagung der Erbschaft gezwungen wird, räumt ihm das Gesetz ein Wahlrecht ein. Der Erbe kann seine erworbene Gesellschafterzugehörigkeit davon abhängig machen, dass ihm die Stellung eines Kommanditisten

<sup>1</sup> Obwohl § 1967 Absatz 1 BGB lediglich von einer Haftung für Nachlassverbindlichkeiten spricht. Der Erbe schuldet und haftet, Brox, Erbrecht, 21. Auflage, 2004, Rz. 638

<sup>2</sup> Siehe in erster Linie §§ 1967 Absatz 1, 1975, 1989 i. V. m. 1973 Absatz 1 Satz 1, 1990 Absatz 1 Satz 1 BGB

<sup>3</sup> Der Gläubiger hat den Zugriff auf dieselbe Vermögensmasse wie vor dem Erbfall, zumindest soweit sie vererblich ist. Vererblich sind dem Grundsatz nach alle vermögensbezogenen Rechte bzw. übertragbaren Gegenstände. Lediglich die Arbeitskraft des Erblassers, mit der Einkommen erzielt werden konnte, fällt mit dem Erbfall weg, Brox, Erbrecht, 21. Auflage, 2004, Rz. 644

<sup>4</sup> Das Privatrecht umfasst sowohl das Zivilrecht (=Bürgerliches Recht), als auch das Handels- und Wirtschaftsrecht, Baumann, Einführung in die Rechtswissenschaft, Rechtssystem und Rechtstechnik, 8. Auflage, 1989, § 2 II. 1.

<sup>5</sup> Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 2. Auflage, 2006, Rz. 94; Staudinger / Marotzke, 2002, § 1967 Rz. 58

<sup>6</sup> BGH, NJW 1982, 45; Graf, ZEV 2000, 125 ff.

<sup>7</sup> Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 2. Auflage, 2006, Rz. 104

eingerräumt wird. Lehnen die Gesellschafter dies ab, kann der Erbe aus der Gesellschaft ausscheiden, § 139 Absatz 2 HGB. Die Rechte können nur innerhalb von drei Monaten seit Kenntnis vom Anfall der Erbschaft bzw. darüber hinaus bis zum Ablauf der Ausschlagungsfrist ausgeübt werden. Der Erbe kann somit seine unbeschränkte Haftung als Gesellschafter ausschließen, wenn er nach Ablauf von drei Monaten aus der OHG ausscheidet, wenn er die Stellung eines Kommanditisten erhält, oder wenn die Gesellschaft innerhalb der Frist aufgelöst wird, § 139 Absatz 4 HGB<sup>8</sup>.

Während der Schwebezeit haftet der Erbe nicht nach handelsrechtlichen, sondern nur nach erbrechtlichen Grundsätzen. Umstritten ist, ob es vor der Eintragung der Kommanditisten zu einer Anwendung von § 176 Absatz 2 HGB kommen kann<sup>9</sup>.

### 3. Erblasser war Kommanditist

Anders als bei der Vererbung des Anteils eines persönlich haftenden Gesellschafters, wo eine persönliche, nicht beschränkbare Haftung des Erben ohne Weiteres einleuchtet<sup>10</sup>, verdient die Vererbung eines Kommanditanteils eine besondere Betrachtung. Man möchte auf den ersten Blick annehmen (und so beraten), dass der Erblasser als Kommanditist nach Leistung der Hafteinlage nicht mehr persönlich haftet, § 171 Absatz 1 HGB. Dieser Ausschluss der Haftung sollte sich dann beim Erben fortsetzen. Hat der Erblasser seine Hafteinlage nicht oder nicht vollständig geleistet, so liegt es nahe, anzunehmen, der Erbe würde für die ausstehende Einlage nach erbrechtlichen Gesichtspunkten unbeschränkt aber beschränkt haften. Dem ist nicht so. Vielmehr sind drei Falllagen zu unterscheiden:

#### 3.1. Der Erblasser war als Kommanditist im Handelsregister eingetragen; die Hafteinlage war jedoch nicht voll erbracht oder von der Gesellschaft wieder zurückgewährt worden (hierzu lesenswerter Aufsatz von Wager, DStR 2008, Heft 12, S. 563 ff.).

Hier ist gemäß dem Beschluss des BGH vom 03.07.1989<sup>11</sup> davon auszugehen, dass der Erbe des Kommanditisten für die ausstehende Hafteinlage nach §§ 171, 172 Absatz 4 HGB erbrechtlich unbeschränkt haftet. D. h. der Erbe kann sich bei unzureichendem Nachlass nicht auf die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung berufen<sup>12</sup>. Hier geht es also um die unbeschränkte Erbenhaftung und nicht etwa um die Kommanditistenhaftung als solche, die nach §§ 171, 172 HGB besteht.

Eine Einschränkung macht der BGH mit seinem Urteil vom 21.09.1995<sup>13</sup>: Ist die Kommanditgesellschaft zum Zeitpunkt des Erbfalls bereits aufgelöst, besteht keine nach Gesellschaftsrecht unbeschränkte Haftung des

Erben. Die Vererbung von Anteilen an einer Liquidationsgesellschaft vollzieht sich nach rein erbrechtlichen Regeln. Die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht. Bei einer Mehrheit von Erben werden anders als bei einer werbenden Gesellschaft, nicht die einzelnen Erben je für sich, sondern in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft Gesellschafter. Daraus ergibt sich ohne Weiteres, dass in diesem Fall die Miterben die erbrechtlichen Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten geltend machen können. Was für eine Mehrheit von Erben gilt, kann insoweit nicht anders sein, wenn nur ein einziger Erbe vorhanden ist.

3.2. Eine noch weitergehende (da unbeschränkte Kommanditisten-) Haftung<sup>14</sup> kommt womöglich für den Erben in Betracht, wenn die **Kommanditgesellschaft selbst oder der rechtsgeschäftliche (nicht mit der Eintragung in das Handelsregister aufschiebend bedingte) Eintritt des Erblassers in die Kommanditgesellschaft zum Zeitpunkt des Erbfalls noch nicht in das Handelsregister eingetragen war**, der Erblasser also selbst nach §§ 176 Absatz 1 und Absatz 2 HGB haftete<sup>15</sup>. In diesem Fall haftet der Erbe unbeschränkt für die in der Zeitspanne zwischen Geschäftsaufnahme bzw. Eintritt und Eintragung in das Handelsregister entstandenen Geschäftsschulden<sup>16</sup>. Diese Haftung ist nicht auf den Nachlass beschränkt und erlischt auch nicht mit Vollzug der Eintragung in das Handelsregister<sup>17</sup>. Vielmehr gilt die fünfjährige Haftungsbegrenzung nach § 160 HGB. Anders als bei Geschäftsbeginn der Gesellschaft vor Handelsregistereintragung, ist beim Eintritt in eine Kommanditgesellschaft die Zustimmung des Erblasser bzw. des Erben nicht erforderlich.

3.3. Da der Erwerb eines Kommanditanteils im Wege der Erbfolge auch als Eintritt in eine Kommanditgesellschaft im Sinne der handelsrechtlichen Haftungsvorschrift, die die Situation vor der Eintragung in das Handelsregister regelt, § 176 Absatz 2 HGB, angesehen wird, kommt es in Betracht, dass der Erbe für die in der Zeitspanne zwischen Erbfall und Eintragung der Erbfolge in das Handelsregister entstandenen Geschäftsschulden nicht lediglich mit dem Nachlass haftet. Die Falllage wäre vergleichbar mit einem rechtsgeschäftlichen Eintritt in eine Kommanditgesellschaft, der zu einem späteren Zeitpunkt im Handelsregister vollzogen wird. Zur Heranführung an diese Problematik werden zunächst die rechtsgeschäftlichen Eintrittsfälle beleuchtet, bevor auf den Erwerb von Todes wegen eingegangen wird. Nach § 176 Absatz 2 HGB haftet der (neue) Kommanditist für die zwischen seinem Eintritt

<sup>8</sup> Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 2. Auflage, 2006, Rz. 105

<sup>9</sup> Diese Problematik wird nachfolgend gesondert bei der Vererbung von Kommanditanteilen erörtert

<sup>10</sup> und die Interessen des Erben durch §§ 25, 27 HGB (keine unbeschränkte Haftung für frühere Geschäftsverbindlichkeiten, wenn der Erbe den Betrieb vor Ablauf der 3-Monats-Frist einstellt), § 139 HGB (Wahlmöglichkeit) hinreichend berücksichtigt werden

<sup>11</sup> BGHZ 108, 187 ff.

<sup>12</sup> Unter Staudinger / Marotzke, 2002, § 1967 Rz. 69 wird die entsprechende Anwendung der §§ 27, 139 HGB diskutiert. Eine Lösung, die die erbrechtliche Beschränkbarkeit der Haftung zur Folge hat, ist zu befürworten, da der Erbe auch ohne sich zu einer Fortführung eines Handelsgewerbes zu entschließen, erbrechtlich unbeschränkt haften würde

<sup>13</sup> NJW 1995, 3314 ff.

<sup>14</sup> die eines persönlich haftenden Gesellschafters

<sup>15</sup> Hier ist darauf zu achten, dass zwischen der unbeschränkten Kommanditistenhaftung nach §§ 176 Absatz 1 und 2 HGB und der unbeschränkten Erbenhaftung zu unterscheiden ist, die hier kombiniert auftritt!

<sup>16</sup> In dem Beschluss des BGH vom 03.07.1989, BGHZ 108, 187, deutet der 2. Zivilsenat die unbeschränkte Haftung zumindest an, so auch Staudinger / Marotzke, 2002, § 1967 Rz. 71, wo jedoch davon ausgegangen wird, dass der Erbe bei Einhaltung einer „Schonfrist“ für die Berichtigung des Handelsregisters seine Haftung aus solch einem „geerbten Risiko“ nach allgemeinen Grundsätzen (z. B. §§ 1975 ff. BGB) auf den Nachlass beschränken kann

<sup>17</sup> Dieses Ergebnis (der unbeschränkten Haftung des Erben) ist abzulehnen, da der Erbe eines Kommanditanteils haftungsrechtlich schlechter gestellt wäre (da er demnach keine erbrechtliche Haftungsbeschränkungsmöglichkeit hat), als der eintretende Erbe eines persönlich haftenden Gesellschafters (der die Möglichkeiten des § 139 HGB hat)!

und dessen (späterer) Eintragung in das Handelsregister begründeten Verbindlichkeiten der Gesellschaft gleich einem persönlich haftenden Gesellschafter. Dies gilt:

- 3.3.1. bei einem rechtsgeschäftlichen Eintritt als Kommanditist (einer Person, die bisher noch nicht an der Gesellschaft beteiligt war)<sup>18</sup>. Und
- 3.3.2. bei rechtsgeschäftlicher Übertragung eines bestehenden Kommanditanteils. Dies gilt auch dann, wenn der Übertragende bereits als Kommanditist im Handelsregister eingetragen war. Denn Sinn und Zweck der Haftungsvorschrift trifft beide Fälle (den des rechtsgeschäftlichen Beitritts und den des Verfügungsgeschäftes über einen bestehenden Kommanditanteil) und lässt keine Unterscheidung zu. Sie soll die beschränkte (Kommanditisten-) Haftung generell von einer entsprechenden Eintragung in das Handelsregister abhängig machen, damit den Rechtsverkehr vor nicht öffentlich bekannt gemachten Haftungsbeschränkungen schützen und Klarheit über die Höhe der einzelnen Beteiligungen und des gesamten Kommanditkapitals einer Gesellschaft herbeiführen. Dieser Gesetzeszweck wird nur erreicht, wenn die unbeschränkte Haftung zu Lasten nicht eingetragener Gesellschafter an die bloße Tatsache ihrer Zugehörigkeit zu einer Handelsgesellschaft anknüpft, ohne zu unterscheiden, auf welche Weise diese Mitgliedschaft zustande gekommen ist. Zur Vermeidung dieser Haftung besteht die Möglichkeit, die Wirksamkeit des Beitritts bzw. die rechtsgeschäftliche Übertragung von der aufschiebenden Bedingung abhängig machen, dass ihre Eintragung im Handelsregister vollzogen ist<sup>19</sup>. Selbst wenn man im Fall der rechtsgeschäftlichen Übertragung mit der überwiegenden Literaturmeinung von der Unanwendbarkeit von § 176 Absatz 2 HGB ausginge, kann es bei fehlender Eintragung eines Rechtsnachfolgervermerks gemäß § 15 Absatz 1 HGB zu einer entsprechenden Haftung des eintretenden Kommanditisten kommen. In einem solchen Fall haftet der erwerbende Kommanditist neben dem veräußernden Kommanditisten<sup>20</sup>.

In beiden Fällen (3.3.1. und 3.3.2.) erlischt die Haftung nicht etwa mit der Eintragung des Eintritts im Handelsregister, vielmehr greift die Haftungsbegrenzung auf fünf Jahre entsprechend § 160 HGB<sup>21</sup>. Für Altschulden haftet der eintretende Kommanditist nach § 173 HGB gemäß §§ 171, 172 HGB<sup>22</sup>.

- 3.3.3. Bei der Nachfolge von Todes wegen war § 176 Absatz 2 HGB nach der früheren Rechtsprechung des BGH (siehe zuvor zitierte Urteile vom 04.03.1976 und 21.03.1983) ebenfalls anwendbar<sup>23</sup>, so dass der Erbe für Geschäftsverbindlichkeiten, die zwischen dem Erbfall und der Eintragung des Erben als Kommanditisten

in das Handelsregister entstanden sind, wie ein persönlich haftender Gesellschafter einzustehen hätte. Dies galt jedoch wohl nur mit der Einschränkung, dass der Erbe es versäumt, die Handelsregistereintragung unverzüglich herbeizuführen<sup>24</sup>. Im BGH-Urteil vom 21.03.1983<sup>25</sup> ist von einer „Schonfrist“ die Rede.

Seit dem Beschluss des BGH vom 03.07.1989<sup>26</sup> ist eine Haftung des Kraft Nachfolge von Todes wegen in einen Kommanditeil eintretenden Gesellschafters einer Kommanditgesellschaft nach § 176 Absatz 2 HGB grundsätzlich nicht gegeben<sup>27</sup>.

Hier lehnt der BGH eine unbeschränkbare Haftung des Erben ab. Insbesondere im Hinblick auf eine möglichst weitgehende Beschränkbarkeit der Haftung für Nachlassverbindlichkeiten bzw., wie hier, für aus dem Nachlass herrührende Verbindlichkeiten nach erbrechtlichen Vorschriften, ist diese Entscheidung zu begrüßen.

## B) Öffentlich-rechtliche Verbindlichkeiten

### 1. Allgemeines

Beim Erbfall gehen alle Verbindlichkeiten auf den Erben über. Dies gilt auch für die Steuerschulden des Erblassers, §§ 1922, 1967 BGB, 45 Absatz 1 Satz 1 AO. Nach § 45 Absatz 2 Satz 1 AO gelten die Möglichkeiten der Beschränkung der Erbenhaftung grundsätzlich auch gegenüber dem Fiskus. § 45 Absatz 1 Satz 1 AO ist laut BFH im Übrigen so zu lesen, dass nicht lediglich die Forderungs- und die Schuldposition auf den Erben übergeht. Vielmehr tritt der Gesamtrechtsnachfolger anders als ein Einzelrechtsnachfolger materiell und verfahrensrechtlich in die abgabenrechtliche Rechtsstellung seines Vorgängers ein<sup>28</sup>. Der Erbe ist somit Steuerschuldner und nicht lediglich Haftender. Er wird durch einen Steuerbescheid in Anspruch genommen<sup>29</sup>. Forderungen und Schulden aus dem Steuerverhältnis können nach § 45 Absatz 1 Satz 1 AO auf den Erben nur übergehen, wenn sie bereits entstanden sind. Die Ansprüche aus dem Steuerschuldverhältnis entstehen, sobald der Tatbestand verwirklicht ist, an den das Gesetz die Leistungspflicht knüpft, § 38 AO. Auf die Festsetzung oder Fälligkeit der Forderung oder der Schuld kommt es nicht an<sup>30</sup>.

Nach § 45 Absatz 2 Satz 1 AO stehen dem Erben auch im Steuerschuldverhältnis grundsätzlich alle Haftungsbeschränkungsmöglichkeiten des bürgerlichen Rechts zu. Während bei zivilrechtlichen Schuldverhältnissen die Geltendmachung durch einen Haftungsbeschränkungsvorbehalt im Tenor des Urteils, das im Erkenntnisverfahren ergangen ist, erfolgt (§ 780 Absatz 1 ZPO), kann eine Geltendmachung der Haftungsbeschränkung im Steuerrecht lediglich (erst) im Zwangsvollstreckungsverfahren erreicht werden. Dies geschieht etwa durch Erklärung gegenüber der Vollstreckungsbehörde<sup>31</sup>. Ein Vorbehalt der Haftungsbe-

<sup>18</sup> BGH Urteil vom 04.03.1976, BGHZ 66, 98, 100; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Auflage 2008, § 176 Rz. 9; Schwedtfeger Kompaktcommentar Gesellschaftsrecht, 2007, § 176 HGB Rz. 13

<sup>19</sup> BGH Urteil vom 21.03.1983, NJW 1983, 2258 ff.; Koller/Roth/Morck, HGB, 2. Auflage 1999, § 176 Rn. 9; a. A. Baumbach/Hopt, HGB, 33. Auflage 2008, § 176 Rz. 11 m. w. N

<sup>20</sup> Schwedtfeger Kompaktcommentar Gesellschaftsrecht, 2007, § 176 HGB Rz. 14

<sup>21</sup> Baumbach/Hopt, HGB, 33. Auflage 2008, § 176 Rz. 13

<sup>22</sup> Schwedtfeger Kompaktcommentar Gesellschaftsrecht, 2007, § 176 HGB Rz. 20

<sup>23</sup> Schwedtfeger Kompaktcommentar Gesellschaftsrecht, 2007, § 176 HGB Rz. 15

<sup>24</sup> BGH Urteil vom 04.03.1976, BGHZ 66, 98, 100; Baumbach/Hopt, HGB, 33. Auflage 2008, § 176 Rz. 12

<sup>25</sup> NJW 1983, 2258 ff.

<sup>26</sup> BGHZ 108, 187 Rz. 19

<sup>27</sup> Baumbach/Hopt, HGB, 33. Auflage 2008, § 176 Rz. 12; Schwedtfeger Kompaktcommentar Gesellschaftsrecht, 2007, § 176 HGB Rz. 15

<sup>28</sup> u. a. BFH BStBl II 1969, 622

<sup>29</sup> u. a. BFH BStBl II 1965, 622

<sup>30</sup> Tipke/Lang Steuerrecht, 18. Auflage, 2005, § 7 Rz. 12

<sup>31</sup> u. a. BFH, Beschluss vom 24.06.1981, BStBl II 1981, 729



schränkung im Steuerbescheid oder im Leistungsgebot ist weder erforderlich noch nach dem Gesetz vorgesehen.<sup>32 33</sup>

Nach den bisherigen Erläuterungen kann man festhalten, dass es für beim Erblasser entstandene Steuerschulden zwar Unterschiede bei der Geltendmachung der Beschränkung der Erbenhaftung gibt, die Beschränkbarkeit im Ergebnis aber ebenso wie bei zivilrechtlichen Schuldverhältnissen möglich ist.

Anders stellt sich die Rechtslage dar, wenn nach dem Erbfall nachlassbezogene Steuern entstehen. So zum Beispiel bei nachlassbezogenen Einkommensteuerschulden. Die Einkommensteuerpflicht einer natürlichen Person endet mit ihrem Tod. Der Erblasser wird daher nur mit den bis zu seinem Tod angefallenen Einkommensteuern veranlagt. Im Todesjahr erfordert die Besteuerung des Erblassers und die des Erben zwei getrennte Veranlagungen. Die für den Erblasser veranlagte Einkommensteuer ist eine Nachlassverbindlichkeit, für die der Erbe unbeschränkt aber beschränkbar haftet, § 45 Absatz 2 Satz 1 AO. Für eigene nachlassbezogene Steuerschulden soll der Erbe die Haftung gemäß Urteil des BFH vom 28.04.1992<sup>34</sup> allerdings nicht beschränken können. Für die rechtliche Einordnung der Steuerschuld ist der Zeitpunkt maßgeblich, in dem die Schuld entstanden ist. Auf eine konkrete Festsetzung oder Fälligkeit der Steuerschuld kommt es nicht an.

Zu den Nachlassverbindlichkeiten gehören nach § 1967 Absatz 2 BGB die vom Erblasser herrührenden Schulden und die den Erben als solchen treffenden Verbindlichkeiten. Zu den ersteren zählen u. a. die im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (§ 45 Absatz 1 Satz 1 AO, § 1922 BGB) auf den Erben übergegangenen Steuer- und Haftungsschulden des Erblassers (Erblasserschulden), während die zweite Gruppe die aus Anlass des Erbfalls entstandenen Schulden (Erbfallsschulden) betrifft, zu denen – neben den im Gesetz genannten Verbindlichkeiten aus Pflichtteilsrechten, Vermächtnissen und Auflagen – z. B. die Erbschaftsteuer zählt (§§ 9 Absatz 1 und 20 ErbStG).

## 2. Einkommensteuer für nachlassbezogene Einkünfte

Nach dem Urteil des BFH vom 28.04.1992<sup>35</sup> gehört aber die Einkommensteuer auf Grund von Einkünften, die der Erbe nach dem Tode des Erblassers aus dem Nachlass erzielt, indem er z. B. den geerbten Gewerbebetrieb fortführt, nicht zu den Erblasserschulden und den Erbfallsschulden. In diesem Fall hat der Erbe selbst als Steuerschuldner die erzielten Einkünfte zu versteuern (§§ 1 Absatz 1 und 2 Absatz 1 EStG), da er den Tatbestand der Einkünfteerzielung verwirklicht (§ 38 AO). Es handelt sich somit um Eigenschulden des Erben, für die die Haftung des Erben nicht beschränkbar ist, da es sich nicht um Nachlassverbindlichkeiten handelt.<sup>36</sup>

Dies soll zudem auch dann gelten, wenn Nachlassverwaltung angeordnet oder das Nachlassinsolvenzverfahren eröffnet worden ist. Auch in diesem Fällen würde der Tatbestand der Einkünfteerzielung durch den Erben nicht berührt werden. Die einkommensteuerlichen Ansprüche richten sich daher

(auch soweit sie aus Erträgen des Nachlassvermögens resultieren) gegen den Erben und nicht gegen den Nachlass, der selbst kein Einkommensteuer- oder Körperschaftsteuersubjekt ist.

Die Rechtsansicht des BFH führt insbesondere dann zu erstaunlichen Ergebnissen, wenn dem Erben die Einkünfte überhaupt nicht zufließen, weil sie der Nachlassverwalter zur Berichtigung der Nachlassverbindlichkeiten verwendet, § 1985 Absatz 1 BGB, da die Verwendung der erzielten Gewinne zur Schuldentilgung die Steuerpflicht nicht berührt. Die Tilgung von Nachlassverbindlichkeiten durch den Nachlassverwalter kommt dem Erben zwar grundsätzlich zugute, weil er für diese Schulden gemäß § 1967 BGB haftet. Es würde jedoch eine zivilrechtliche Haftungsbeschränkung durchgreifen, so dass der Erbe für die Begleichung dieser durch den Nachlassverwalter getilgten Schulden nur den Nachlass und nicht sein Eigenvermögen einsetzen müsste. Im Ergebnis bedeutet dieses Urteil des BFH, dass, auch wenn der Nachlass durch Erblasserschulden aufgebraucht würde oder gar überschuldet ist, der Erbe für die während der Verwaltung entstehende Einkommensteuer mit seinem Eigenvermögen aufkommen muss. In der Literatur wird zwar die Ausgleichspflicht des Nachlassverwalters zugunsten des Erben diskutiert, doch wird eine solche Ausgleichspflicht bei einem nicht werthaltigen Nachlass gerade vereitelt.

Die Entscheidung des BFH fand neben Zustimmung auch einige erhebliche Kritik. Es wurde bspw. eingewandt, es würde nicht hinreichend zwischen der Frage der Zurechnung der Steuerschuld und der davon zu trennenden Frage, ob die Steuerschuld gegen den Erben persönlich geltend gemacht werden könne, differenziert. Einkommensteuer, die allein durch das Handeln des Nachlassverwalters ausgelöst werde, sei eine zwangsläufige Folge der Verwaltung bzw. der Verwertung des Nachlasses durch den Nachlassverwalter und daher mit Verwaltungskosten vergleichbar. Der Nachlassverwalter könne auch nur Nachlassverbindlichkeiten begründen, so dass diesbezügliche Einkommensteuerschulden des Erben als Erbfallsschulden zu qualifizieren seien, selbst wenn der Erbe als Steuerschuldner angesehen werden müsse.<sup>37</sup>

Mit dem neueren BFH-Urteil vom 11.08.1998<sup>38</sup> verbindet die Literatur eine gewisse Abkehr von der früheren Rechtsprechung<sup>39</sup>. In diesem Urteil ging es um die Versteuerung von Veräußerungserlösen aus dem Verkauf eines Motorschiffes. Der Beschluss zum Verkauf erfolgte (jedoch) noch zu Lebzeiten des Erblassers. Der Verkauf selbst wurde durch den Nachlassinsolvenzverwalters vollzogen. Die aus dem Veräußerungserlös resultierende Einkommensteuerschuld wurde dem Erben zugerechnet. Hier hat der BFH die Berufung auf die beschränkte Erbenhaftung als gerechtfertigt angesehen, weil der Erblasser bereits die Voraussetzungen für den Verkauf derart geschaffen hat, dass es ohne Zutun des Erben oder des Nachlassinsolvenzverwalters zur Verwirklichung des Steuertatbestands gekommen war. In diesem Fall würde eine Steuerschuld in Form einer Nachlassverwaltungskostenschuld vorliegen, für welche der Erbe seine Haftung beschränken könne.

Dennoch liegt nach dem Kenntnisstand des Verfassers noch keine Entscheidung des BFH vor, wonach auch Steuerschulden, die durch den Nachlassverwalter oder den Nachlassin-

<sup>32</sup> BFH, Beschluss vom 24.06.1981, BStBl II 1981, 729

<sup>33</sup> Vgl. § 265 AO, der u. a. auf §§ 747, 748, 778, 779, 781 bis 784 ZPO verweist, nicht jedoch auf § 780 ZPO

<sup>34</sup> BFH, Urteil vom 28.04.1992, BStBl II 1992, 781

<sup>35</sup> BFH, Urteil vom 28.04.1992, BStBl II 1992, 781

<sup>36</sup> BFH, Urteil vom 28.04.1992, BStBl II 1992, 781

<sup>37</sup> Joachim, Die Haftung des Erben für Nachlassverbindlichkeiten, 2. Auflage, 2006, Rz. 55

<sup>38</sup> BFH, Urteil vom 11.08.1998, BStBl II 1998, 705

<sup>39</sup> Wonach die Haftung nicht auf den Nachlass beschränkt werden könne

solvenzverwalter erzielt oder verwirklicht werden, als Nachlass(verwaltungs)kostenschulden zu klassifizieren sind. Hätte also (erst) der Nachlass(insolvenz)verwalter den Entschluss gefasst, den Anteil am Motorboot zu veräußern, ist nach Ansicht des Verfassers unklar, wie der BFH entschieden hätte<sup>40</sup>.

Das geschilderte Problem stellt sich auch dann, wenn sich beispielsweise Anteile an geschlossenen Immobilienfonds, etwa in Form von Kommanditanteilen im Nachlass befinden, der Erblasser also zu Lebzeiten an einem sog. „Steuerstundungsmodell“ beteiligt war.

Ein weiteres Problem stellt die frühere Anerkennung des negativen Kapitalkontos von Kommanditisten (Berücksichtigung der Verluste über die Einlage hinaus) dar<sup>41</sup>. Danach konnten zugewiesene Verluste über die haftende Einlage hinaus ausgeglichen werden.

Auf solche Verlustzuweisungsgesellschaften reagierte der Gesetzgeber mit § 15a EStG. Nach § 15a EStG wird der Anteil am Verlust einer KG dem Kommanditisten zwar zugerechnet; soweit jedoch ein negatives Kapitalkonto des Kommanditisten entsteht, oder sich erhöht, darf der Verlust weder mit anderen Einkünften ausgeglichen noch nach § 10d EStG abgezogen werden. Er kann als „verrechenbarer Verlust“ lediglich mit zukünftigen Gewinnen aus der KG-Beteiligung ausgeglichen werden (§ 15a Absatz 2 EStG)<sup>42</sup>.

§ 15a EStG wurde durch Gesetz vom 20.08.1980 in das EStG eingefügt. Übergangsvorschriften führten dazu, dass negative Kapitalkonten noch bis in die 90er-Jahre gebildet werden konnten: Für Verluste aus dem Bau und der Vermietung von Wohnhäusern i. R. d. sozialen Wohnungsbaus (nach dem II. WobauG) war § 15a EStG bspw. erstmals auf Verluste anzuwenden, die in dem Wirtschaftsjahr entstehen, das nach dem 31. 12. 94 beginnt (§ 52 Abs. 19 S. 3 Nr. 2 EStG a. F.)<sup>43</sup>.

Scheidet der (Erbe als) Kommanditist, dessen (auf Grund Erbfolge übernommenes) Kapitalkonto in der Steuerbilanz der Gesellschaft auf Grund von ausgleichs- oder abzugsfähigen Verlusten negativ geworden ist, aus der Gesellschaft aus, gilt nach § 52 Absatz 3 Satz 3 EStG der Betrag als Gewinn, den der Ausscheidende nicht durch Zahlungen an die Gesellschaft ausgleichen muss. Das Gleiche gilt, wenn die Gesellschaft insgesamt ohne Ausgleichsverpflichtung des Kommanditisten aufgelöst wird. Der Gewinn ist als Veräußerungsgewinn nach § 16 EStG zu versteuern<sup>44</sup>. Damit wird dem Umstand Rechnung getragen, dass die Erfassung des Betrags des negativen Kapitalkontos als Gewinn als Ausgleich dafür anzusehen ist, dass der (Erblasser als) Kommanditist zuvor die zum negativen Kapitalkonto führenden Verluste steuermindernd verrechnet hat, obwohl er durch den Verlust im Jahre seiner Entstehung rechtlich und wirtschaftlich nicht belastet war. Als Veräußerungsgewinn gilt der Betrag des negativen Kapitalkontos, der sich aus der Steuerbilanz der Personengesellschaft ergibt, weil der ausscheidende Gesellschafter von einer Schuld gegenüber der Ge-

sellschaft befreit wird<sup>45</sup>.

Kündigt somit nun der Erbe oder der Nachlass (insolvenz)verwalter die Gesellschaft, also die Kommanditbeteiligung, so können nicht unerhebliche steuerpflichtige Veräußerungsgewinne entstehen. Auch in diesem Fall ist es unklar, ob nur der Nachlass für die Begleichung der damit einhergehenden nachlassbezogenen Einkommensteuerschuld heranzuziehen ist oder der Erbe als Steuerschuldner unbeschränkt haftet. In konsequenter Anwendung des BFH-Urteils vom 11.08.1998<sup>46</sup> (und der damit verbundenen Abkehr von der bisherigen Rechtsprechung) ist nach Ansicht des Verfassers davon auszugehen, dass bei einer solchen Steuerschuld eine Nachlassverwaltungskostenschuld vorliegt: Denn auch in diesem Fall hat der Erblasser bereits durch die Bildung des negativen Kapitalkontos die Voraussetzungen für die Entstehung des künftigen Veräußerungsgewinns derart geschaffen, dass es (bspw. bei Auflösung der KG auch) ohne Zutun des Erben oder des Nachlass(insolvenz)verwalters zur Verwirklichung des Steuertatbestands gekommen wäre. In diesem Fall würde eine Steuerschuld in Form einer Nachlassverwaltungskostenschuld vorliegen, für welche der Erbe seine Haftung auf den Nachlass beschränken könnte.

### C) Fazit

Bei der Beratung über die Annahme einer Erbschaft kann man somit nicht pauschal die Aussage treffen, dass durch die Einleitung von Haftungsbeschränkungsmaßnahmen und Beachtung der Erbenpflichten (wie etwa ordnungsgemäße Inventarerrichtung nach §§ 1993 ff. BGB, Vorbehalt der Beschränkung der Erbenhaftung nach § 780 Absatz 1 ZPO) der Erbe in jedem Fall beschränkbar auf den Nachlass haftet. Vielmehr können Konstellationen bestehen, wonach der Erbe für erblasser- oder nachlassbezogene Verbindlichkeiten auch dann in voller Höhe haftet<sup>47</sup>, wenn der Nachlass für die Begleichung nicht ausreicht. Hier ist die einzige Möglichkeit, sich der Haftung zu entziehen, die Erbschaft auszuschlagen bzw. in Anbetracht der kurzen, nicht verlängerbaren Ausschlagungsfrist nach § 1944 Absatz 1 BGB, die Annahme der Erbschaft nach § 119 Absatz 2 BGB<sup>48</sup> anzufechten. Vielfach wird sich die Situation aber so darstellen, dass der Berater, der in Anbetracht der vermeintlichen Beschränkbarkeit der Erbenhaftung nicht zu einer Ausschlagung geraten hat, zu diesem (späteren) Zeitpunkt keinen beraterischen Einfluss mehr auf eine zu unternehmende Anfechtung<sup>49</sup> hat<sup>50</sup>.

<sup>40</sup> Es wäre begrüßenswert, wenn die Stimmen in der Literatur, die in diesem BFH-Urteil eine Abkehr von der bisherigen haftungsbegrenzungsfeindlichen Rechtsprechung sehen, Recht behalten

<sup>41</sup> Kommanditgesellschaft als „Verlustzuweisungsgesellschaft“

<sup>42</sup> Tipke / Lang Steuerrecht, 18. Auflage, 2005, § 18 Rz. 41

<sup>43</sup> Blümich, 97. Auflage, 2007, § 15a EStG, Rz. 143

<sup>44</sup> Blümich, 97. Auflage, 2007, § 15a EStG, Rz. 148

<sup>45</sup> Blümich, 97. Auflage, 2007, § 15a EStG, Rz. 149

<sup>46</sup> BFH, Urteil vom 11.08.1998, BStBl II 1998, 705

<sup>47</sup> Oder die Beschränkbarkeit der Erbenhaftung zumindest streitig ist

<sup>48</sup> Bei Staudinger / Otte, 2004, § 1954 BGB, Rz. 7 wird davon ausgegangen, dass die Überschuldung eines Nachlasses als „Eigenschaft“ eines Vermögensbegriffes zugelassen wird. Noch fraglicher ist die Erfolgsaussicht auf die Wirksamkeit der Anfechtung der Annahme, wenn der Erbe erst bspw. durch eine erklärte Kündigung einer sog. Verlustzuweisungsgesellschaft eine Steuerschuld auslöst, deren Höhe den Wert des Nachlasses übersteigt.

<sup>49</sup> Unabhängig von den Erfolgsaussichten einer Anfechtung der Annahme

<sup>50</sup> Anfechtungsfrist: 6 Wochen ab Kenntnis des Anfechtungsgrundes, § 1954 Absatz 1 und 2 BGB!

# Beurkundungspflicht von sogenannten Drittkontrahierungsklauseln bei Abschluss eines Gesellschaftsvertrages ?

(von Andreas Kuhn, Württ. Notariatsassessor, Stuttgart  
Anwalts- und Notarkanzlei Lehmann · Neuhoefler · Sigel · Schäfer)

## 1. Problemstellung

In nahezu allen Gesellschaftsverträgen von Personengesellschaften und auch Kapitalgesellschaften werden sogenannte Drittkontrahierungsklauseln aufgenommen. Eine der wichtigsten ist die Güterstandsklausel. Mit der Güterstandsklausel soll verhindert werden, dass durch Scheidung oder sonstige familienrechtliche Ereignisse (z.B. Zugewinnausgleichsansprüche, Verfügungsbeschränkungen) ein Geldabfluss aus dem Unternehmen stattfindet und somit dieses erheblich schädigt oder gar an den Rand einer Insolvenz bringt.

Durch die Güterstandsklausel soll jeder verheiratete oder künftig verheiratete Gesellschafter dazu verpflichtet werden, einen aus Sicht der Gesellschaft, vorteilhaften Ehevertrag auf Gütertrennung bzw. modifizierte Zugewinnngemeinschaft abzuschließen und dies der Gesellschaft gegenüber auch nachzuweisen.

Falls kein entsprechender Ehevertrag durch einen Gesellschafter abgeschlossen wird bzw. dessen Existenz nachgewiesen werden kann, drohen dem Gesellschafter „erhebliche“ Konsequenzen bis hin zum Ausschluss aus der Gesellschaft mit u.U. geringerer Abfindung als ihm nach dem Verkehrswert zustünde.

Der Abschluss eines Ehevertrages ist gemäß §§ 1408, 1410 BGB notariell zu beurkunden. Fraglich erscheint nun, ob die Drittkontrahierungsklausel, in der Form einer Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages, zu einer Beurkundungspflicht des gesamten Gesellschaftsvertrages führt, auch wenn, wie bei Personengesellschaftsverträgen, grundsätzlich keine Beurkundungspflicht besteht.

## 2. Ausgangslage

Gemäß §§ 1408, 1410 BGB muss ein Ehevertrag bei gleichzeitiger Anwesenheit beider Parteien vor Gericht oder vor einem Notar geschlossen werden.

Zweck dieser Formvorschrift ist der Schutz vor den regelmäßig gewichtigen Folgen eines Ehevertrages (Warnfunktion), eine Fixierung des Vertragsinhaltes (Beweisfunktion) sowie die sachkundige Beratung der Parteien durch einen neutralen Dritten (Richtigkeits- und Gültigkeitsgewähr) [Staudinger, BGB (2003), § 1410, Rn. 2; Einsele NJW 1998, 1207, Kanzleiter in MüKo, BGB, 4. Auflage, § 1410 Rn. 1; Mayer in Bamberger/Roth, 1. Auflage, § 1410 Rn. 1].

Nach einhelliger Meinung gilt diese Beurkundungspflicht entsprechend dem Normzweck des § 1410 BGB auch für Vorverträge sowie für alle Rechtsgeschäfte, die eine Bindung zum Abschluss eines Ehevertrages mit sich bringen, etwa die unwiderrufliche oder die sonst mit Bindungswirkung gegebene Abschlussvollmacht (Soergel/Gaul, BGB, § 1410 Rn. 3; Mayer in Bamberger/Roth, aaO, § 1410 Rn. 3; Kanzleiter in MüKo, aaO, § 1410 Rn. 4).

Anders als bei § 311b Abs. 1 BGB bezieht sich der Schutzzweck des § 1410 BGB nur auf den Ehevertrag selbst, nicht auf Vereinbarungen, die mit ihm in Zusammenhang stehen (Kanzleiter DNotZ 1994, 275ff.; a.A. Kiethe MDR 1994, 64).

Nach Mayer (in: Bamberger/Roth, aaO, § 1410 Rn. 2) und Kanzleiter (in: MüKo, aaO, § 1410 Rn. 3) soll auch die einem Dritten gegenüber übernommene Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages der Form des § 1410 BGB bedürfen. Eine solche Verpflichtung stellt auch die hier behandelte Güterstandsklausel dar. Beide Kommentatoren beziehen sich auf Gernhuber/Coester-Waltjen, Familienrecht, § 32 II 1, wo der Autor das einem Mitgesellschafter gegebene Versprechen, durch Ehevertrag den gesetzlichen Güterstand auszuschließen, dem Formzwang des § 1410 BGB unterwirft.

Weder im Münchener Kommentar, Bamberger/Roth noch in Gernhuber/Coester-Waltjen wird auf diese Problematik jedoch näher eingegangen bzw. dargelegt, weshalb die Aufnahme einer Güterstandsklausel zur Beurkundungsbedürftigkeit eines Gesellschaftsvertrages führen soll.

## 3. Rechtliche Prüfung

### a) Zulässigkeit der gesellschaftsvertraglichen Klausel

Die Zulässigkeit einer solchen Verpflichtungsvereinbarung zum Abschluss eines Ehevertrages wird grundsätzlich aus dem Prinzip der Vertragsfreiheit hergeleitet. Auch die Parteien eines Gesellschaftsvertrages sind grundsätzlich frei sich zu jeder Leistung zu verpflichten, der das Gesetz nicht entgegensteht (Staudinger-Schotten, BGB § 2346 Rn. 116 m.w.N.).

Die Möglichkeit, mit dem Dritten einen entsprechenden Vertrag abzuschließen, gehört gleichfalls zum Bereich der Vertragsfreiheit des Gesellschafters. Die Vertragsfreiheit wird jedoch durch die allgemeinen Vertragsschranken eingegrenzt. Einschlägige Normen hierzu, um nur einige zu nennen, sind z.B. §§ 2302, 181 Abs. 1 BGB. Dass die Vereinbarung einer Güterstandsklausel grundsätzlich nicht sittenwidrig ist, ist in Rechtsprechung und Literatur einhellige Meinung (Gassen RNotZ 2004, S. 436ff. m.w.N.).

### b) Beurkundungspflicht gemäß § 1410 BGB

Wie vorstehend bereits erwähnt, erstreckt sich der Schutzzweck des § 1410 BGB lediglich auf den Ehevertrag selbst. Eine Beurkundungspflicht des Gesellschaftsvertrages, welcher eine Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages enthält, kann hieraus nicht unmittelbar hergeleitet werden.

Wenn allerdings die in dem Gesellschaftsvertrag enthaltene Verpflichtung in Anwendung des Rechtsgedankens des § 1410 BGB einer Beurkundung bedarf, kann auch der Gesellschaftsvertrag in seinem gesamten Umfang im Hinblick auf §§ 125, 139 BGB der Beurkundung bedürfen.

Nach einer Entscheidung des Bundesgerichtshofes (BGH MDR 1966, 821-822) bedarf auch der Vorvertrag zum Abschluss eines Ehevertrages der Form des § 1410 BGB, da beim Vorvertrag die gleiche Schutzbedürftigkeit wie beim Ehevertrag selbst besteht (ebenso RGZ 48, 183; 68, 322). Der formgültig abgeschlossene Vorvertrag entbindet jedoch

nicht von der Einhaltung der Form beim Abschluss des Ehevertrages selbst (Staudinger, aaO, § 1410 Rn. 4).

Wie der BGH zum Vorvertrag ausführte, ist ein formlos gegebenes Versprechen unverbindlich, so dass aus einem nicht der Form des § 1410 BGB entsprechenden Vorvertrag keine Rechte hergeleitet werden können (BGH a.a.O.).

Wendet man diese Rechtsprechung des Bundesgerichtshofes und des Reichsgerichts über den Vorvertrag zu einem Ehevertrag auf die Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages an, muss man zu dem Ergebnis kommen, dass eine Verpflichtung zwischen Ehegatten, ebenso wie der Vorvertrag zwischen Ehegatten, der Form des § 1410 BGB bedarf. Wenn also die Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages unter Ehegatten, der Form des § 1410 BGB bedarf, kann auch die Verpflichtung gegenüber einem Anderen (hier den Mitgesellschaftern) im Rahmen einer Drittkontrahierungsklausel der Form des § 1410 BGB bedürfen, da hier dem Gesellschafter durch entsprechende Bestimmungen im Gesellschaftsvertrag noch erhebliche wirtschaftliche Nachteile entstehen können.

Die Kommentarliteratur geht - ohne nähere Begründung - davon aus, dass eine solche Verpflichtung der Beurkundung bedarf, immer unter Verweis auf Gernhuber/Coester-Waltjen, Lehrbuch des Familienrechts, 4. Aufl., § 32 II 1, welche jeglichen Beweis für eine Beurkundungsbedürftigkeit bzw. Ausführungen dazu schuldig bleiben (so etwa Bamberger/Roth, aaO, § 1410 Rn. 2, MüKo, aaO, § 1410 Rn. 3).

Wenn man diese Problematik nun unter dem Gesichtspunkt der Möglichkeit der Vollstreckung aus dem Vorvertrag bzw. der Verpflichtung gegenüber den Mitgesellschaftern betrachtet, kann man zu dem Ergebnis kommen, dass die Verpflichtung gegenüber den Mitgesellschaftern nicht der Beurkundung bedarf.

Hierbei ist festzuhalten, dass der Vorvertrag zu einem Ehevertrag zwischen den Ehegatten ebenfalls der Form des § 1410 BGB auch deshalb bedarf, da die gleiche Bindungswirkung zustande kommt wie bei dem Ehevertrag selbst (RGZ 48, 183/186). Beide Ehegatten können aus dem Vorvertrag auf Abschluss des tatsächlichen Ehevertrages klagen und aus einem evtl. Urteil auch vollstrecken. Die Vollstreckung ist nicht ausgeschlossen. Lediglich im Falle der Verurteilung zur Eingehung einer Ehe, im Falle der Verurteilung zur Herstellung des ehelichen Lebens und auch im Falle der Verurteilung zur Leistung von Diensten aus einem Dienstvertrag ist eine Vollstreckung ausgeschlossen (§ 888 Abs. 3 ZPO).

Andererseits haben die Mitgesellschafter keine Möglichkeit, aus der im Gesellschaftsvertrag aufgenommenen Verpflichtung, eine Vollstreckung gegen den Mitgesellschafterehegatten und dessen Ehegatten auf Abschluss eines entsprechenden Ehevertrages zu betreiben. Wenn der Ehegatte, welcher nicht Gesellschafter der Gesellschaft ist, einen Ehevertrag mit dem gewünschten Inhalt nicht abschließt, haben die Mitgesellschafter keine Möglichkeit auf Abschluss eines entsprechenden Ehevertrages zu klagen und evtl. zu vollstrecken. Ihnen bleibt lediglich der Ausschluss des Gesellschafterehegatten aus der Gesellschaft mit den meist vorgesehenen finanziellen Einbußen hinsichtlich der in einem solchen Fall zu zahlenden Abfindung. Nicht die Möglichkeit, aus dieser Verpflichtung auf Abschluss eines Ehevertrages vollstrecken zu können ist die Zielvorstellung der Gesellschafter, sondern lediglich der Ausschluss des Ehegattengesellschafters gegen Abfindung bzw. gegen eine geringere Abfindung.

Die fehlende Möglichkeit der Vollstreckung aus dieser Ver-

pflichtung und die nicht vorhandene Bindungslage i.S.d. § 1410 BGB (anders als beim Ehevertrags selbst und bei einem Vorvertrag zu einem solchen) müssen m.E. dazu führen, dass eine Verpflichtung ggü. einem Dritten (hier den Mitgesellschaftern) auf Abschluss eines Ehevertrages entgegen der vorstehend aufgeführten Kommentarliteratur nicht der Form des § 1410 BGB bedarf, da dies nicht vom Schutzzweck dieser Norm umfasst ist.

### c) Beurkundungspflicht analog § 311b) BGB

Fraglich erscheint weiter, ob die zu § 311b) BGB entwickelten Rechtsgrundsätze des erweiternden Schutzbereiches analog auf Drittkontrahierungsklauseln angewendet werden können.

Der Abschluss eines Gesellschaftsvertrages bei Personengesellschaften ist, und darüber besteht Einigkeit, gemäß § 311b) BGB beurkundungspflichtig, wenn der Gesellschaftsvertrag eine besondere Erwerbs- oder Veräußerungspflicht im Hinblick auf eine Immobilie begründet. Ein Gesellschaftsvertrag wird von § 311b) BGB nur dann erfasst, wenn sich ein Gesellschafter zum Erwerb eines bestimmten Grundstücks oder zur Einbringung eines bestimmten Grundstücks in die Gesellschaft oder die Gesellschaft zum Erwerb eines bestimmten Grundstücks von einem Gesellschafter oder von einem Dritten verpflichtet wird. Die bloße Verpflichtung zur Gebrauchsüberlassung eines Grundstücks an die Gesellschaft oder die Einbringung ohne Eigentumsübergang auf die Gesellschaft ist dagegen nicht beurkundungspflichtig (RGZ 109, 383; BGH WM 1967, 952).

Ebenso ist ein Gesellschaftsvertrag, der allgemein auf den Erwerb und die Weiterveräußerung von unbestimmten Grundstücken gerichtet ist, nicht formbedürftig. Eine Formbedürftigkeit gemäß § 311b) BGB besteht nur dann, wenn der Gesellschaftsvertrag konkrete Erwerbs- und Veräußerungspflichten enthält (Kanzleiter in MüKo, aaO, § 313 BGB a.F. Rn. 39; Soergel/Wolf, BGB § 313 a.F. Rn. 49).

Entscheidend für die Frage des Beurkundungszwangs ist nach Ansicht des Bundesgerichtshofes, dass sich in dem Gesellschaftsvertrag Gesellschafter entweder unmittelbar oder mittelbar zum Erwerb eines bestimmten Grundstücks verpflichtet haben (BGH NJW 1996, 1279).

Eine Beurkundungsbedürftigkeit kann m.E. somit nicht aus einem Vergleich zu der zu § 311b) BGB ergangenen Rechtsprechung hergeleitet werden. Gassen etwa führt aus (RNotZ 2004, S. 439ff), dass die Grundsätze des § 311b) BGB auf § 1410 BGB anwendbar sind, mit der Folge, dass auch die Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages im Wege einer Drittkontrahierungsklausel in einem Gesellschaftsvertrag der Beurkundung bedarf und somit im Hinblick auf §§ 125, 139 BGB der gesamte Gesellschaftsvertrag.

Er begründet dies damit, dass bei § 311b) BGB anerkannt ist, dass die Beurkundungspflicht in bestimmten Fällen auch schon früher eingreift und nicht nur der eigentliche Grundstückskaufvertrag von dieser umfasst wird. Um den Zweck der Beurkundung zu sichern, wird bei § 311b) BGB die Beurkundungspflicht bereits angenommen, wenn eine mittelbare Bindung eingegangen wird (BGHZ 76, 46; NJW 1990, 391). Diese wird insbesondere dann angenommen, wenn für den Fall, dass es nicht zum angestrebten Vertragsschluss kommt, einem Beteiligten spürbare wirtschaftliche Nachteile erwachsen (Palandt-Heinrichs, BGB, 65. Auflage, § 311b Rn. 13).

Nach Gassen (a.a.O.) führt die Anwendung dieser Grundsätze auf Drittkontrahierungsklauseln in Gesellschaftsverträgen

dazu, dass aufgrund der Sanktionen, die dem Gesellschafter bei Nichterfüllung seiner Pflicht zum Abschluss einer vertragskonformen Vereinbarung drohen, zu deren Beurkundungsbedürftigkeit.

Gassen übersieht jedoch, dass die „Drucksituation“ im Falle des § 311b) BGB nur „inter partes“ aufgebaut wird und auch nur dort wirkt. Hier soll der Schutz der Vertragsbeteiligten bezweckt werden. § 1410 BGB sieht zwar ebenfalls den Schutz der Vertragsparteien (Ehegatten, Verlobten) vor, der Schutzzweck kann jedoch nicht in dem Maße erweitert werden, dass schon die einseitige Verpflichtung eines Ehegatten zu der Beurkundungsbedürftigkeit dieser Verpflichtung führt (so im Ergebnis wohl auch Kanzleiter, DNotZ 1994, 275ff.). Bei der Verpflichtung zum Abschluss eines Ehevertrages gegenüber den Mitgesellschaftern, steht diesen auch keine Möglichkeit zu, weiteren Druck bzw. Einfluss auf den Ehegattengesellschafter auszuüben, da der Abschluss des Ehevertrages lediglich vom Willen des Ehegattengesellschafters und vor allem auch dessen Ehegatten abhängt und nicht vom Willen der Mitgesellschafter. An diesem Ergebnis mag auch Gassen's Hinweis auf die zu Maklerverträgen im Rahmen des § 311b) BGB ergangenen Rechtsprechung nichts ändern.

#### **4. Beurkundungspflicht analog § 2 Abs. 1 GmbHG i.V.m. § 311b) BGB**

Weiter ist zu prüfen, ob der Gesellschaftsvertrag einer Personengesellschaft, der grundsätzlich keiner Form bedarf, dann einem Formzwang zu „unterwerfen“ ist, wenn zugleich ein formbedürftiger Gesellschaftsvertrag, z.B. ein GmbH-Gesellschaftsvertrag - wie bei der Gründung einer GmbH & Co. KG meist der Fall - errichtet wird (Beurkundungsbedürftigkeit aufgrund einheitlichen Rechtsgeschäfts).

In ihrem Zweck entfernen sich von § 311b) BGB solche Formvorschriften weiter, bei denen zwar die Schutzfunktion (und die Warnfunktion) im Vordergrund steht, die sich aber ganz auf das „gefährliche“ Rechtsgeschäft als solches beziehen, nicht auf etwaige zusätzliche Vereinbarungen in seinem „Umfeld“. Noch stärker steht der Beweissicherungszweck gegenüber der Schutzfunktion bei der Gründung einer Aktiengesellschaft (§ 23 Abs. 1 Satz 1 AktG) oder dem Gesellschaftsvertrag einer GmbH (§ 2 Abs. 1 Satz 1 GmbHG) im Vordergrund. Hier soll die Beurkundung vor allem im Interesse später beitretender Gesellschafter, aber auch im Interesse von Geschäftspartnern und Gläubigern, also im öffentlichen Interesse, unzweideutigen Beweis der getroffenen Regelungen sichern.

Der Beurkundung bedürfen deshalb nur korporative Bestimmungen, die auch materiell zur Satzung, zur normativen Grundordnung der Gesellschaft gehören, während zusätzliche schuldrechtliche Vereinbarungen zwischen den Gründungsgesellschaftern formlos getroffen werden können (Priester, DB 1979, 681, 685), auch wenn sie mit dem Gesellschaftsvertrag „stehen und fallen“ sollen (BGH DNotZ 1994, 297). Somit ist ein Personengesellschaftsvertrag nicht schon deshalb der Beurkundung „unterworfen“, weil dieser zeitgleich mit einem formbedürftigen Gesellschaftsvertrag errichtet wird.

#### **5. Beurkundungspflicht analog § 15 GmbHG i.V.m. § 311b) BGB**

Sieht man weiter den entscheidenden Zweck der Beurkundungsbedürftigkeit nach § 15 GmbHG bei der Verpflichtung zur Abtretung von Geschäftsanteilen an einer GmbH - wie der

Gesetzgeber des GmbH-Gesetzes (BGHZ 19, 69; OLG Zweibrücken OLGZ 1985, 45; OLG München DNotZ 1994, 315) - darin, den Abschluss dieses Geschäfts zu erschweren und damit den leichten und spekulativen Handel mit GmbH-Anteilen auszuschließen, so genügt die Beurkundung als solche diesem Zweck, ohne dass es auf ihren Umfang ankäme, und deshalb könnte die Beurkundungsbedürftigkeit des Geschäftsanteilsveräußerungsvertrages nicht auf damit verbundene Rechtsgeschäfte „ausstrahlen“. Seit Schaffung des GmbH-Gesetzes hat sich der Zweck des § 15 Abs. 4 Satz 1 GmbHG aber gewandelt und erweitert: Wie bei der dinglichen Abtretung (§ 15 Abs. 3 GmbHG) hat die Beurkundungsform den Zweck der Beweissicherung übernommen (RGZ 164, 162; BGHZ 12, 49). Inzwischen ist ihr auch immer mehr der Schutzzweck zugewachsen: An der GmbH, als oft kleine Kapitalgesellschaft, sind typischerweise Personen beteiligt, deren Schutz vor Übereilung und deren Beratung durch den Notar bei der Veräußerung und beim Erwerb von Geschäftsanteilen geboten ist (Köbl, DNotZ 1983, 207). Auch die Beweis- und Schutzfunktion verlangen aber nur die Beurkundung des Veräußerungsvertrages über den Geschäftsanteil, die Ausdehnung des Beurkundungserfordernisses auf verbundene Rechtsgeschäfte ist nach diesen Erwägungen somit nicht geboten.

Somit können die Grundsätze zu § 311b) BGB nicht auf die Formvorschriften des § 2 Abs. 1 GmbHG bzw. § 15 GmbHG ausgedehnt werden, und somit nicht zur Beurkundungsbedürftigkeit des „Gesamtgeschäftes“ (Gründung einer GmbH und Gründung einer KG) führen.

#### **6. Ergebnis**

Insgesamt bleibt festzuhalten, dass Drittkontrahierungsklauseln im Rahmen eines Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft im Hinblick auf die Verpflichtung zum Abschluss eines vertragskonformen Ehevertrages, nicht der Beurkundung bedürfen und somit auch der gesamte Gesellschaftsvertrag nicht der Beurkundung bedarf, soweit gesetzlich hierfür nicht eine Beurkundung vorgesehen ist - wie originär bei Kapitalgesellschaften (vgl. z.B. § 2 Abs. 1 GmbHG). Eine analoge Anwendung der zu § 311b) BGB entwickelten Rechtsgrundsätze oder eine analoge Anwendung der Rechtsgrundsätze zur Beurkundungsbedürftigkeit bei verbundenen Rechtsgeschäften im Hinblick auf §§ 2 Abs. 1, 15 GmbHG ist nicht möglich und kann somit auch nicht zu einer Beurkundungsbedürftigkeit des Gesellschaftsvertrages einer Personengesellschaft führen.

## Rechtsprechung

### UmwG §§ 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 1 und 2; 131 Abs. 1 Nr. 1

**Bei der Spaltung geht das Eigentum an Grundstücken nur dann mit der Registereintragung auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn die Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach § 28 Satz 1 GBO bezeichnet sind.**

BGH, Urteil vom 25.01.2008 - V ZR 79/07

#### Tatbestand:

Die Klägerin ist Rechtsnachfolgerin der M. M. und R. GmbH (nachfolgend MMRG genannt), die in den Grundbüchern als Eigentümerin des im Tenor dieses Urteils bezeichneten Grundbesitzes (nachstehend GTL-Gelände genannt) eingetragen ist, der bis 1990 als Großtanklager zum Umschlag von Mineralölprodukten genutzt wurde. Sie verkaufte das Gelände mit notariell beurkundetem, nicht vollzogenen Vertrag vom 17. März 1994; an demselben Tag wurde zwischen ihr, der Käuferin und der Stadt B. ein ebenfalls notariell beurkundeter Sanierungsvertrag geschlossen.

Die MMRG und die M. P. GmbH (nachfolgend MPG genannt), deren alleinige Gesellschafterin die Beklagte ist, schlossen am 16. August 1999 einen notariell beurkundeten Spaltungs- und Übernahmevertrag, mit dem das nicht mit A. zusammenhängende Geschäft der MMRG, u.a. "sämtliche Grundstücke der MMRG wie in Anlage (3) aufgeführt, die sämtlich dem Teilbetrieb N. E. zuzuordnen sind", auf die MPG übertragen wurde; das GTL-Gelände ist in der Anlage (3) nicht aufgeführt. Die Handelsregistereintragung der Abspaltung erfolgte am 21. Oktober 1999.

Mit notariell beurkundetem Vertrag vom 4. Dezember 1999 (nachstehend A.-Kaufvertrag genannt) verkauften die M. O. AG, eine Rechtsvorgängerin der Beklagten, und die W. AG ihr sogenanntes A.-Geschäft an die V. AG, eine Rechtsvorgängerin der Klägerin. In § 1.2 ist vermerkt, dass die MMRG mit dem Vertrag vom 16. August 1999 ihr nicht mit A. zusammenhängendes Geschäft an die MPG abgespalten hat. In § 10 heißt es u.a.:

"Hiermit versichert und gewährleistet M. gegenüber V. in Form eines selbständigen Garantieverprechens, dass die folgenden Angaben zum Zeitpunkt der Unterzeichnung dieses Vertrages und zum Zeitpunkt des M.-Vollzugs zutreffend, vollständig und präzise sind:

1. Die in § 1.1 lit. a) bis h) und § 1.2 dieses Vertrages enthaltenen Angaben sind zutreffend, vollständig und präzise."

§ 12 lautet auszugsweise:

"1. Stellt sich heraus, dass eine oder mehrere Aussagen, für die M. nach dem vorstehenden § 10 ... eine Garantie übernommen hat, nicht zutreffend, vollständig oder präzise sind, so ist V. berechtigt zu verlangen, dass M. (im Hinblick auf die nach vorstehendem § 10 übernommenen Garantien) ... innerhalb einer angemessenen Frist, jedoch auf jeden Fall nicht später als einen Monat nach Erhalt dieser Aufforderung, den Zustand herstellt, der bestünde, wenn die Aussagen zuträfen. Erfüllt M. ... ihre Verpflichtung nicht, so ist V. berechtigt, von M. ... Schadensersatz für alle Schäden und Kosten zu verlangen, die V. ... nicht entstanden wären, wenn die Aussagen zutreffend, vollständig und präzise gewesen wären.

...

5. Die Rechte und Ansprüche der V. wegen Nichterfüllung der Garantien, die von M. in § 10 dieses Vertrages ... übernommen wurden, unterliegen folgenden Verjährungsfristen:

a) Garantien nach § 10.1-10.5 und ...: 10 Jahre."

Mit Schreiben vom 5. Mai 2004 kündigte die Stadt B. der Klägerin an, sie auf Beseitigung von auf dem GTL-Gelände lagernden

kontaminierten Boden in Anspruch zu nehmen. Sodann verlangte die Stadt B. mit Schreiben vom 12. Dezember 2004, den Boden innerhalb von 24 Monaten zu beseitigen; gleichzeitig drohte sie der Klägerin für den Fall nicht fristgerechter Erfüllung Zwangsmittel an. Die Kosten für die Sanierungsmaßnahmen veranschlagte die Stadt B. auf 12 Mio. €. Die Klägerin legte gegen den Bescheid Widerspruch ein, über den noch nicht entschieden ist.

Die Klägerin meint, die MPG sei aufgrund des Spaltungs- und Übernahmevertrags Eigentümerin des GTL-Geländes geworden. Deshalb forderte sie im Juni und im Juli 2004 die Beklagte auf, an der Berichtigung des Grundbuchs mitzuwirken. Dem kam die Beklagte nicht nach.

Die Klägerin verlangt von der Beklagten, die MPG zu veranlassen, die Zustimmung zur Berichtigung des Grundbuchs durch Eintragung der MPG als Eigentümerin des GTL-Geländes zu erteilen. Hilfsweise will sie die Verurteilung der Beklagten erreichen, Zug um Zug gegen Abtretung sämtlicher Rechte aus dem Grundstückskaufvertrag und dem Sanierungsvertrag vom 17. März 1994 die Auflassung zur Übertragung des Eigentums an dem GTL-Gelände von der Klägerin auf die Beklagte zu erklären. Außerdem will die Klägerin festgestellt haben, dass die Beklagte verpflichtet ist, ihr sämtliche Aufwendungen zu ersetzen und sie von jeglichen Ansprüchen Dritter einschließlich der öffentlichen Hand freizustellen, die darauf beruhen oder damit im Zusammenhang stehen, dass sich auf dem GTL-Gelände Abfälle und/oder Deponien und/oder schädliche Bodenveränderungen, insbesondere kontaminierter Erdaushub, befinden oder befunden haben.

Das Landgericht hat der Klage stattgegeben. Die Berufung der Beklagten ist erfolglos geblieben. Mit der von dem Oberlandesgericht zugelassenen Revision, deren Zurückweisung die Klägerin beantragt, verfolgt die Beklagte ihren Klageabweisungsantrag weiter.

#### Entscheidungsgründe:

I.

Nach Auffassung des Berufungsgerichts ist nicht die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der MMRG, sondern die MPG Eigentümerin des GTL-Geländes. Die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags ergebe, dass zu dem auf die MPG abgespaltenen Teilbetrieb N. E. der gesamte frühere Grundbesitz der MMRG, und nicht nur die in der Anlage (3) zu § 6.3.4 aufgeführten Grundstücke gehörten. Der Eigentumswechsel habe sich außerhalb des Grundbuchs durch die Eintragung der Abspaltung in das Handelsregister vollzogen. Unschädlich sei, dass die übertragenen Grundstücke nicht in dem Vertrag bezeichnet seien; es reiche aus, sie erst bei der Änderung der Eigentümereintragung im Grundbuch konkretisierend zu bezeichnen.

Anspruchsgrundlage für den ersten Klageantrag sei § 12.1 i.V.m. §§ 10.1, 1.1 und 1.2 des A.-Kaufvertrags. Hinsichtlich der bei MMRG als "Rest" ihrer ursprünglichen formellen und materiellen Eigentümerposition verbliebenen Buchposition im Grundbuch liege die garantierte Abspaltung tatsächlich nicht vor. Deshalb sei die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der V. berechtigt, von der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der M. die Herstellung des Zustands zu verlangen, der bestünde, wenn die garantierte vollständige Abspaltung vollzogen worden wäre. Auch ein Schadensersatzanspruch der Klägerin umfassenden geltend gemachten Anspruch. Die in § 18.4 des A.-Kaufvertrags vereinbarte Ausschlussfrist gelte nicht, weil sie sich nur auf die Haftungsfreistellung nach § 18.1 beziehe.

Den Feststellungsantrag hält das Berufungsgericht ebenfalls nach § 12.1 i.V.m. §§ 10.1, 1.1 und 1.2 des A.-Kaufvertrags für begründet. Eine Verpflichtung der Klägerin zur Bodensanierung komme nur in Betracht, wenn sie Eigentümerin des GTL-Geländes sei. Dies wäre jedoch ein Zustand, welcher der in § 10.1 ab-

gegebenen Garantie widerspreche. Deshalb sei die Beklagte im Wege des Schadensersatzes verpflichtet, der Klägerin alle Kosten zu erstatten und Schäden zu ersetzen, die nicht entstanden wären, wenn die MMRG nicht Eigentümerin des GTL-Geländes geblieben wäre. Daran ändere nichts, dass die MMRG nicht Grundstückseigentümerin geblieben sei; denn diese Rechtsauffassung des Berufungsgerichts sei für das noch laufende Verwaltungsverfahren nicht bindend, so dass die Möglichkeit der Inanspruchnahme der Klägerin weiterhin bestehe.

Das hält der revisionsrechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand.

## II.

1. Zu Recht ist das Berufungsgericht allerdings davon ausgegangen, dass die Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags auch die Übertragung des Eigentums an dem GTL-Gelände auf die MPG gewollt haben. Die gegen die dieser Ansicht zugrunde liegende Vertragsauslegung gerichteten Angriffe der Revision haben keinen Erfolg.

a) Mit dem Vertrag wurden der MPG im Wege der Sonderrechtsnachfolge durch Abspaltung zur Aufnahme (§ 123 Abs. 2 Nr. 1 UmwG) die Teilbetriebe M., A., F. und N. E., insbesondere die in § 6 in Verbindung mit den Vertragsanlagen aufgeführten Wirtschaftsgüter, übertragen (§ 2.1). Ein solcher Vertrag unterliegt der Auslegung nach den Grundsätzen der §§ 133, 157 BGB; sie dient der Überprüfung, welcher Einzelgegenstand zu der übertragenen Sachgesamtheit gehört (Kallmeyer, UmwG, 3. Aufl., § 126 Rdn. 65; ebenso BGH, Ur. v. 8. Oktober 2003, XII ZR 50/02, WM 2003, 2335, 2337 zur Spaltung durch Ausgliederung nach § 123 Abs. 3 UmwG).

b) Die Auslegung vertraglicher Vereinbarungen ist Aufgabe des Tatrichters. Das Revisionsgericht überprüft sie nur darauf, ob gesetzliche oder allgemein anerkannte Auslegungsregeln, Denkgesetze oder Erfahrungssätze verletzt sind (siehe nur BGH, Ur. v. 26. September 2002, I ZR 44/00, WM 2003, 1127, 1128). Gemessen daran ist die Auslegung des Berufungsgerichts nicht zu beanstanden. Das Auslegungsergebnis ist nicht nur möglich, was ausreicht, sondern nahe liegend.

aa) Der von der Beklagten gerügte Verstoß gegen den Grundsatz der Wortauslegung (§§ 133, 157 BGB) liegt nicht vor. Das Berufungsgericht ist von dem Vertragswortlaut ausgegangen, der das GTL-Gelände nicht erfasst. Darüber hinaus hat es auf den tatsächlichen Willen der Vertragsparteien abgestellt, den es u.a. anderen Vertragsbestimmungen entnommen hat. Das ist rechtlich nicht zu beanstanden (Senat, Ur. v. 18. Mai 2001, V ZR 353/99, WM 2001, 1905, 1907). Soweit die Revision den von dem Berufungsgericht herangezogenen Vertragsbestimmungen eine andere Bedeutung beimisst, setzt sie damit lediglich ihre eigene Auslegung an die Stelle der Auslegung des Berufungsgerichts. Das ist revisionsrechtlich unbeachtlich.

bb) Das Berufungsgericht hat bei der Würdigung des nachvertraglichen Verhaltens der MPG und der Beklagten keinen wesentlichen Auslegungstoff übergangen, insbesondere nicht den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs (Art. 103 Abs. 1 GG) verletzt. Zwar hat die Beklagte in ihrer Klageerweiterung vorgetragen, dass das Schreiben der MPG an die U. GmbH vom 18. Dezember 2002 und ihr Schreiben an die H. & Co. GmbH vom 16. Dezember 2003 auf Irrtümern der Verfasser beruhen, soweit darin die MPG als Rechtsnachfolgerin der MMRG in Bezug auf das Eigentum an dem GTL-Gelände bezeichnet sei. Aber diesem Vortrag musste das Berufungsgericht nicht nachgehen. Denn selbst wenn er zutrifft, zeigt der Inhalt der Schreiben, dass sowohl die MPG als auch die Beklagte glaubten, das GTL-Gelände sei im Wege der Abspaltung auf die MPG übertragen worden. Dieser Ansicht konnte - auch wenn sie rechtlich fehlerhaft ist - vernünftigerweise nur die Überlegung zugrunde liegen, dass die Abspaltung nach dem Willen der Parteien des Vertrags vom 16. August 1999 auch das GTL-Gelände erfassen sollte. Dem steht entgegen der Ansicht der Beklagten die Regelung in § 6.3.4 des Vertrags nicht entgegen. Darin haben die Vertragsparteien vereinbart, nach dem Vollzug der

Spaltung gemeinsam alles Erforderliche zu veranlassen, um die Umschreibung des Eigentums an den Grundstücken in den jeweiligen Grundbüchern herbeizuführen. Dass dies in Bezug auf das GTL-Gelände nicht geschehen ist und die Klägerin die Beklagte erst Mitte des Jahres 2004 zur Mitwirkung an der Grundbuchberichtigung aufgefordert hat, spricht nicht gegen den Willen der Vertragsparteien zur Übertragung der Flächen auf die MPG, sondern lässt sich damit erklären, dass sie - auch nach dem Vortrag der Beklagten - die Aufnahme der Grundstücke in die dem Vertrag beigefügte Aufstellung vergessen haben.

cc) Das Berufungsgericht hat den Vortrag der Beklagten, das GTL-Gelände habe jahrelang als Umschlagplatz für A.-Mineralölprodukte gedient und deshalb nicht zu dem abgespaltenen Nicht-A.-Geschäft der MMRG gehört, hinreichend berücksichtigt. Es hat aus dem Umstand, dass diese Grundstücksnutzung bereits seit dem Jahr 1990 beendet ist, den Schluss gezogen, dass die Flächen bei dem Abschluss des Spaltungs- und Übernahmevertrags nicht mehr dem A.-Geschäft der MMRG zuzuordnen waren. Das ist nicht widersprüchlich, wie die Beklagte meint.

dd) Das Berufungsgericht hat den Anspruch der Beklagten auf Gewährung rechtlichen Gehörs auch nicht dadurch verletzt, dass es ihren unter Zeugenbeweis gestellten Vortrag, das GTL-Gelände sei nicht den abgespaltenen Teilbetrieben der MMRG und insbesondere nicht dem Teilbetrieb N. E. zuzuordnen, nicht nachgegangen ist. Denn die Beklagte hat in das Wissen der benannten Zeuginnen gestellt, dass auf Grundstücken in Wi. und W. neuartige Möglichkeiten der Energieerzeugung projektiert und pilotiert werden sollten. Das ist jedoch unerheblich für die Beantwortung der Frage, ob auch das GTL-Gelände zu dem Teilbetrieb N. E. gehörte.

ee) Schließlich bleibt die von der Revision erhobene Rüge, das Berufungsgericht habe die Darlegungs- und Beweislast für die Abspaltung des GTL-Geländes nicht beachtet, ohne Erfolg. Es hat den Vertrag vom 16. August 1999 anhand unstreitiger Vertragsbestimmungen und ebenfalls unstreitiger außervertraglicher Umstände ausgelegt. Die Darlegungs- und Beweislast spielte dabei keine Rolle.

2. Rechtlich nicht haltbar ist jedoch die Annahme des Berufungsgerichts, das GTL-Gelände sei in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag hinreichend bestimmt bezeichnet. Sie widerspricht den Bestimmungen in § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG.

a) In dem Spaltungs- und Übernahmevertrag ist zu vereinbaren, welche Vermögensteile von dem übertragenden Rechtsträger auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen sollen. Die übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens sind nach § 126 Abs. 1 Nr. 9 UmwG genau zu bezeichnen. Soweit für die Übertragung von Gegenständen bei Einzelrechtsnachfolge in den allgemeinen Vorschriften eine besondere Art der Bezeichnung bestimmt ist, sind diese Regelungen auch für die Bezeichnung der übergehenden Gegenstände des Aktiv- und Passivvermögens anzuwenden; § 28 GBO ist zu beachten (§ 126 Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG). Damit wird dem Bestimmtheitsanfordernis des Grundbuchsrechts Rechnung getragen. Es dient dazu, dass jedermann aus der im Bestandsverzeichnis des Grundbuchs eingetragenen Grundstücksbezeichnung erkennen kann, um welches Grundstück es sich handelt (Senat, BGHZ 150, 334, 338). Ihm kommt im Umwandlungsrecht eine besondere Bedeutung zu, weil die - hier abgespaltenen - Vermögensteile mit der Eintragung der Spaltung in das Handelsregister als Gesamtheit auf den übernehmenden Rechtsträger übergehen (§ 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG). Ein gesonderter Übertragungsakt hinsichtlich der einzelnen Gegenstände ist nicht erforderlich.

b) Bei Grundstücken tritt der Vermögensübergang demnach außerhalb des Grundbuchs ein. Mit dem Vollzug der Spaltung durch die Registereintragung wird es im Hinblick auf die Eintragung des Eigentümers unrichtig. Diese Rechtsfolge verlangt die Bezeichnung der übergehenden Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag nach § 28 Satz 1 GBO, also entweder übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt (ebenso Böhringer, Rpfleger 1996,

154 f.; 2001, 59, 63; Schröer in Semler/Stengel, UmwG, 2. Aufl., § 126 Rdn. 64; vgl. auch LG Leipzig VIZ 1994, 562 und Heiss, Die Spaltung von Unternehmen im deutschen Gesellschaftsrecht, S. 55 [jeweils zu der mit den Vorschriften in § 126 Abs. 1 Nr. 9, Abs. 2 Satz 1 und 2 UmwG inhaltsgleichen Regelung in § 2 Abs. 1 Nr. 9 SpTrUG]. Das entspricht auch dem Willen des Gesetzgebers; er hat den Hinweis auf § 28 GBO in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG aufgenommen, weil er es für erforderlich gehalten hat, Grundstücke in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag so zu bezeichnen, wie dies der beurkundende Notar bei einer Einzelübertragung tun würde (BT-Drs. 12/6699, S. 119).

c) Die von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht, dass die fehlende Bezeichnung der durch Spaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 GBO den Rechtsübergang nicht hindert, wenn durch die Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags eine einwandfreie Zuordnung auf den übernehmenden Rechtsträger möglich ist (ebenso Hörtnagl in Schmitt/Hörtnagl/Strutz, UmwG und UmwStG, § 126 UmwG Rdn. 81; Widmann/Mayer, Umwandlungsrecht, § 126 UmwG Rdn. 212; Priester, DNotZ 1995, 427, 445 f.; Volmer, WM 2002, 428, 430 f.; widersprüchlich Priester in Lutter/Winter, UmwG, 3. Aufl., § 126 Rdn. 53, 55), ist nicht richtig. Sie führt zu einer nicht hinnehmbaren Unsicherheit, welche Grundstücke auf den übernehmenden Rechtsträger außerhalb des Grundbuchs übergegangen sind.

aa) Zutreffend geht die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung davon aus, dass an die Bezeichnung eines im Wege der Abspaltung zur Aufnahme übergehenden Grundstücks als Teil einer Sachgesamtheit keine geringeren Anforderungen gestellt werden dürfen als bei der Einzelübertragung. Für diese hat der Senat jedoch entschieden, dass nach § 28 GBO das Grundstück in der Eintragungsbewilligung übereinstimmend mit dem Grundbuch oder durch Hinweis auf das Grundbuchblatt zu bezeichnen ist (BGHZ 90, 323, 327); demgemäß ist zum Beispiel die Verurteilung zur Abgabe einer Eintragungsbewilligung hinsichtlich einer Grundstücksteilfläche vor grundbuchlich vollzogener Teilung unstatthaft, weil den Anforderungen von § 28 GBO nicht genügt werden kann (st. Senatsrechtsprechung seit BGHZ 37, 233, 242). Das gilt selbst dann, wenn die Teilfläche in dem Kaufvertrag ausreichend bestimmt ist. Denn von der für die Bezeichnung der Teilfläche ausreichenden vertraglichen Bestimmbarkeit ist das Bestimmtheitsanforderung des Grundbuchrechts zu unterscheiden; dieses erfordert für den Eigentumsübergang die grundbuchmäßige Bezeichnung der Teilfläche, während es für die Wirksamkeit des schuldrechtlichen Vertrags wie auch für die Auflassung (Senat, Urt. v. 7. Dezember 2001, V ZR 65/01, NJW 2002, 1038; Urt. v. 18. Januar 2008, V ZR 174/06, zur Veröffentlichung bestimmt) nur darauf ankommt, ob die Vertragsparteien sich über die Größe, die Lage und den Zuschnitt der Fläche entsprechend einer zeichnerischen - nicht notwendig maßstabsgerechten - Darstellung und darüber einig sind, dass die genaue Grenzziehung erst noch erfolgen soll (Senat, BGHZ 150, 334, 338 f.). § 28 GBO darf allerdings nicht formalistisch überspannt werden (Senat, BGHZ 90, 323, 327). Deshalb hat der Senat in den Fällen der Teilflächenübertragung eine Ausnahme zugelassen, wenn bereits ein genehmigter Veränderungsnachweis vorliegt, der die übertragene Teilfläche katastermäßig bezeichnend, und auf den in der Verurteilung zur Abgabe der Eintragungsbewilligung Bezug genommen werden kann (BGHZ 90, 323, 328; Urt. v. 7. Dezember 2001, V ZR 65/01, WM 2002, 763, 764).

Zwar ist es danach möglich, bei der Umwandlung den Übergang von Grundstücksteilflächen in dem Spaltungs- und Übernahmevertrag zu vereinbaren, ohne sie nach § 28 Satz 1 GBO zu bezeichnen. Daraus kann aber nicht der Schluss gezogen werden, dass bei der Übertragung von Gesamtgrundstücken die fehlende Bezeichnung nach § 28 Satz 1 GBO den Rechtsübergang durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister nicht hindert (so aber Widmann/Mayer, aaO; Volmer, WM 2002, 428, 431). Denn auch Teilflächen gehen bei fehlender Bezeichnung im Sinne von § 28 GBO in dem Vertrag nicht mit der Eintragung in das Handelsregister, sondern erst dann auf den übernehmenden Rechtsträger über, wenn diese Bezeichnung später nachgeholt wird (Widmann/Mayer, aaO). Da sich die Rechtsänderung

außerhalb des Grundbuchs vollzieht, verlangt das Gesetz den an sich erst für den Vollzug im Grundbuch erforderlichen Bestimmtheitsgrad des § 28 Satz 1 GBO (Senat, Urt. v. 18. Januar 2008, V ZR 174/06, Umdruck S. 9 - zur Veröffentlichung bestimmt) bereits für den Spaltungs- und Übernahmevertrag. Denn bei der Spaltung fehlt das im Fall der Einzelübertragung von Grundstücken vorhandene Korrektiv der Grundstücksbezeichnung nach § 28 Satz 1 GBO in der Eintragungsbewilligung.

bb) Ebenfalls zutreffend weist die Beklagte darauf hin, dass die in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG normierte Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO bei der Bezeichnung der übergehenden Grundstücke überflüssig wäre, wenn sie - wie das Berufungsgericht meint - nur als Klarstellung zu verstehen sei, dass für den formellen Grundbuchverkehr auch im Fall einer Abspaltung die strengen Bestimmtheitsanforderungen gälten und deshalb für eine Änderung des Grundbuchs die Anforderungen des § 28 GBO erfüllt sein müssten. Für eine solche Klarstellung besteht kein Bedürfnis, weil das Grundbuchamt in dem dem Vollzug der Spaltung nachfolgenden Berichtsverfahren § 28 GBO als maßgebliches Verfahrensrecht beachten muss.

Auch die Gesetzessystematik spricht gegen eine bloße Klarstellung. Zum einen stellt § 126 UmwG materiell-rechtliche Anforderungen an den Inhalt des Spaltungs- und Übernahmevertrags, insbesondere an die Bezeichnung der übergehenden Gegenstände; eine lediglich das Grundbuchverfahren betreffende Vorschrift ist hier fehl am Platze. Zum anderen richtet sich die in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG enthaltene Verpflichtung zur Beachtung des § 28 GBO ausschließlich an die Parteien des Spaltungs- und Übernahmevertrags; für sie ist ein klarstellender Hinweis auf eine verfahrensrechtliche Verpflichtung des Grundbuchamts sinnlos.

Dem lässt sich - entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts - nicht mit Erfolg entgegenhalten, aus § 131 Abs. 3 UmwG ergebe sich, dass sich bei der Aufspaltung der Eigentumsübergang entsprechend der Auslegung des Spaltungs- und Übernahmevertrags vollziehe, auch wenn der übergehende Gegenstand in dem Vertrag nicht konkretisierend bestimmt sei; dasselbe müsse für den Fall der Abspaltung gelten (ebenso Volmer, WM 2002, 428, 430). Diese Ansicht verkennt den oben unter 2.c) aa) dargestellten Unterschied zwischen der ausreichenden vertraglichen Bestimmbarkeit und dem Bestimmtheitsanforderung des Grundbuchrechts. Danach müssen auch die im Wege der Aufspaltung übergehenden Grundstücke nach § 28 Satz 1 GBO bezeichnet werden.

cc) Die Überlegungen des Berufungsgerichts, schutzwürdige Interessen Dritter und der Vertragsparteien würden nicht verletzt, wenn die Spaltung mit dem durch Auslegung ermittelten Vertragsinhalt trotz fehlender Grundstücksbezeichnung vollzogen würde, lassen Inhalt und Zweck des Bestimmtheitsanforderungserfordernisses außer Acht. Zum einen betrifft es nicht die Formwirksamkeit des Vertrags, sondern seine inhaltliche Bestimmtheit (Senat, BGHZ 150, 334, 339 f.). Deshalb geht der Hinweis des Berufungsgerichts auf die zugunsten der Vertragsparteien bestehende, von der ausreichenden Grundstücksbezeichnung unabhängige Warn- und Schutzfunktion der Vertragsbeurkundung ins Leere. Zum anderen werden schutzwürdige Interessen Dritter bereits berührt, wenn sich der Eigentumsübergang nach § 131 Abs. 1 Nr. 1 UmwG außerhalb des Grundbuchs durch Eintragung der Spaltung in das Handelsregister vollzieht. Denn ab dem 16. Tag nach der Bekanntmachung der Eintragung (§§ 19 Abs. 3, 125 UmwG) muss ein Dritter die Spaltung und damit auch den Eigentumswechsel gegen sich gelten lassen (§ 15 Abs. 2 HGB). Ob der Dritte die Bekanntmachung kannte, ist unerheblich; auch eine konkrete Kausalität ist nicht Voraussetzung (MünchKomm-HGB/Krebs, 2. Aufl., § 15 Rdn. 67). Kann aber wegen nicht ausreichender - oder sogar, wie hier, fehlender - Grundstücksbezeichnung weder dem Register noch dem Spaltungs- und Übernahmevertrag der Übergang des Grundstücks auf den übernehmenden Rechtsträger entnommen werden, ist es nicht gerechtfertigt, wenn dieser gleichwohl dem Dritten den Übergang entgegenhalten könnte.



dd) Die von dem Berufungsgericht an verschiedenen Stellen seiner Entscheidung und auch von der Klägerin in ihrer Revisionserweiterung herangezogene Rechtsprechung des Senats zu den Fällen der irrümlichen Falschbezeichnung verkaufter Grundstücke stützt die von dem Berufungsgericht vertretene Ansicht nicht. Denn sie hilft nicht über die besonderen Anforderungen der grundbuchrechtlichen Bestimmtheit hinweg, die das Gesetz in § 126 Abs. 2 Satz 2 UmwG aufstellt.

3. Nach alledem erfasst die Abspaltung gemäß Vertrag vom 16. August 1999 nicht das GTL-Gelände. Dessen Eigentümerin ist die Klägerin als Rechtsnachfolgerin der im Grundbuch eingetragenen MMRG. Das Grundbuch kann somit nicht in der Weise berichtigt werden, dass die MPG als Eigentümerin eingetragen wird, weil es an der dafür notwendigen Unrichtigkeit fehlt. Die MPG ist nicht zur Zustimmung zu ihrer Eintragung (§ 22 Abs. 2 GBO) verpflichtet. Demgemäß trifft die Beklagte nach den Bestimmungen des A.-Kaufvertrags keine Verpflichtung, die MPG zur Erteilung dieser Zustimmung zu veranlassen. Der darauf gerichtete erste Klageantrag ist deshalb - unter teilweiser Aufhebung des Berufungsurteils (§ 562 Abs. 1 ZPO) - auf die Berufung der Beklagten abzuweisen, denn insoweit ist die Sache zur Endentscheidung reif (§ 563 Abs. 3 ZPO).

4. Auch im Hinblick auf den Hilfsantrag, der in der Revisionsinstanz ohne Anschlussrevision der Klägerin angefallen ist (BGH, Urt. v. 17. September 1991, XI ZR 256/90, WM 1991, 1915, 1916), ist die Sache zur Endentscheidung reif, weil es keiner weiteren Feststellungen bedarf. Er ist begründet; die Klägerin kann von der Beklagten nach § 12.1 i.V.m. §§ 1.2, 10.1 des A.-Kaufvertrags Zug um Zug gegen Abtretung der Rechte aus den Verträgen vom 17. März 1994 die Übernahme des Eigentums an dem GTL-Gelände durch Abgabe einer entsprechenden Auflassungserklärung verlangen.

a) Die Bestimmung in § 1.2, dass die MMRG auf der Grundlage des Spaltungs- und Übernahmevertrags vom 16. August 1999 ihr nicht mit A. zusammenhängendes Geschäft an die MPG abgepalten hat, trifft nicht vollständig zu; wie vorstehend unter 2. ausgeführt, erfasste die Abspaltung nicht das GTL-Gelände, welches zu dem Nicht-A.-Geschäft der MMRG gehörte. Deshalb greift das von der Rechtsvorgängerin der Beklagten in § 10.1 abgegebene selbständige Garantieverprechen ein, mit dem sie versichert und gewährleistet hat, dass die Bestimmung in § 1.2 des Vertrags zutreffend, vollständig und präzise ist. Das hat das Berufungsgericht - bei der Bescheidung des ersten Klageantrags - im Wege der Vertragsauslegung zutreffend festgestellt. Dem hält die Beklagte in ihrer Revisionsbegründung lediglich entgegen, dass es sich bei der Regelung in § 10.1 um eine pauschalgenerelle Garantieklausel handele, wie sie bei Unternehmenskaufverträgen international üblich sei, in die nach allgemeinen Auslegungsgrundsätzen jedoch keine Garantie für die Abspaltung bestimmter Vermögensgegenstände und Rechte hineingelesen werden dürfe. Damit zeigt die Beklagte keinen revisionsrechtlich beachtlichen Auslegungsfehler des Berufungsgerichts auf. Er ist auch nicht zu erkennen.

Aufgrund des Garantieverprechens ist die Klägerin nach § 12.1 des A.-Kaufvertrags als Rechtsnachfolgerin der V. berechtigt, von der Beklagten als Rechtsnachfolgerin der M. O. AG zu verlangen, den Zustand herzustellen, der bestünde, wenn auch das GTL-Gelände von der Abspaltung erfasst worden wäre. Das kann, wie von der Klägerin mit ihrem Hilfsantrag verlangt, nur dadurch geschehen, dass die Beklagte das Eigentum übernimmt.

b) Der Geltendmachung des Anspruchs steht der Ablauf der in § 18.4 des A.-Vertrags vereinbarten fünfjährigen Ausschlussfrist nicht entgegen. Für den hier gegebenen Anspruch der Klägerin nach § 12.1 gilt ausschließlich die Regelung in § 12.5a. Danach unterliegt die Garantie nach § 10.1 einer zehnjährigen Verjährungsfrist. Diese war bei Klageerhebung - und ist auch jetzt - nicht abgelaufen.

5. Ohne Erfolg greift die Beklagte die Auffassung des Berufungsgerichts an, der Feststellungsantrag sei begründet. Anspruchsgrundlage für das Feststellungsverlangen ist ebenfalls § 12.1 i.V.m. §§ 1.2, 10.1 des A.-Kaufvertrags. Das hat das Berufungs-

gericht zutreffend erkannt. Die dagegen erhobenen Revisionsrügen sind unbegründet. Auf die vorstehenden Ausführungen unter 4., die auch für die Bescheidung des Feststellungsantrags gelten, wird verwiesen.

III.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 92 Abs. 1 ZPO.

### HGB § 13e

**Es besteht keine Pflicht zur Bestellung eines ständigen Vertreters für die Zweigniederlassung einer englischen „Private Limited Company“ in Deutschland. Obligatorisch ist die Anmeldung des ständigen Vertreters zum Handelsregister dann, wenn ein solcher bestellt ist.**

OLG München, Beschluss vom 14.02.2008 - 31 Wx 67/07

#### Gründe:

I.

Die Beteiligte ist eine Gesellschaft (Private Limited Company) mit Sitz in Birmingham/Vereinigtes Königreich. Sie hat am 23.8.2006 die Errichtung einer Zweigniederlassung in G. zur Eintragung in das Handelsregister angemeldet. Zugleich wurde beantragt einzutragen, dass die Geschäftsführer berechtigt sind, für die Gesellschaft Verträge abzuschließen und dabei auch für sich im eigenen Namen handeln oder als Vertreter Dritter auftreten können. P.K. ist die einzige Geschäftsführerin (director) der Beteiligten und zugleich deren Alleingesellschafterin. Das Registergericht hat die Eintragung der Zweigniederlassung abgelehnt. Die hiergegen gerichtete Beschwerde wurde durch Beschluss des Landgerichts zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde.

II.

Die weitere Beschwerde ist zulässig, jedoch nicht begründet.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Der director der Beteiligten sei nicht zugleich auch als ständiger Vertreter angemeldet worden, somit fehle es an einem ständigen Vertreter der Zweigniederlassung. Ein solcher sei aber Voraussetzung für die Eintragung einer Zweigniederlassung.

2. Die Entscheidung des Landgerichts hält der rechtlichen Nachprüfung im Ergebnis stand (§ 27 FGG, § 546 ZPO).

a) Die Anmeldung der Eintragung der Zweigniederlassung einer ausländischen Gesellschaft mit beschränkter Haftung wie einer „Private Limited Company“ in das deutsche Handelsregister richtet sich nach den §§ 13d, 13e, 13g HGB (vgl. hierzu OLG München, Beschluss vom 4.5.2006 - 31 Wx 023/06 in NZG 2006, 512). Auch die Vertretungsverhältnisse der Gesellschaft sind zur Eintragung anzumelden (§ 13g Abs. 2 Satz 2 HGB i.V.m. § 8 Abs. 4 GmbHG).

b) Das Landgericht hat die fehlende Anmeldung des ständigen Vertreters bemängelt, ohne darauf abzustellen, dass ein solcher auch tatsächlich bestellt ist. Hierauf kommt es aber an; denn eine Pflicht zur Bestellung eines ständigen Vertreters besteht nicht. § 13e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB regelt nicht, dass ein ständiger Vertreter zu bestellen ist, sondern lediglich, dass ein ständiger Vertreter, wenn er bestellt ist, anzumelden ist. Hierfür spricht im Übrigen auch die vom Gesetzgeber in § 13e Abs. 4, 1. Halbsatz HGB gewählte Formulierung: „... oder, wenn solche nicht angemeldet sind, die gesetzlichen Vertreter der Gesellschaft ...“ (ebenso: Wachter MDR 2004, 611/613 und Klose-Mokroß DStR 2005, 1013/1016).

Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus der Zweigniederlassungsrichtlinie 89/666/EWG; denn dort ist unter Art. 2 Abs. 1 lit.

e) lediglich geregelt, dass die Bestellung eines ständigen Vertreters offenzulegen ist. Aus einer Verpflichtung zur Offenlegung kann aber nicht abgeleitet werden, dass die Bestellung eines ständigen Vertreters für eine Zweigniederlassung zwingend erforderlich ist (vgl. hierzu: MünchKomm/Kindler BGB, 4. Aufl., Internationales Wirtschaftsrecht/IntGesR Rn 930; Wachter a.a.O.; Heidinger MittBayNot 1998, 72 m.w.N.).

c) Die Anmeldung eines ständigen Vertreters nach § 13e Abs. 2 Satz 4 Nr. 3 HGB war hier aber erforderlich, da ein solcher bestellt war. Das ergibt sich aus dem der Anmeldung beigefügten Beschluss der Gesellschafterversammlung vom 21.8.2006, in dem sich folgende Regelung findet:

„Die Geschäftsführerin der P. ... Limited, ..., Frau P.K.,... , wird als alleinvertretungsberechtigte Geschäftsführerin der Gesellschaft auch die ständige Vertretung der Zweigniederlassung ... übernehmen. Sie ist berechtigt, die Zweigniederlassung uneingeschränkt in allen Angelegenheiten gerichtlich und außergerichtlich auf Dauer zu vertreten.“

Diese Regelung beinhaltet die Bestellung der Geschäftsführerin zur ständigen Vertreterin der Zweigniederlassung, da der Geschäftsführerin darin für die Zweigniederlassung eine ständige generelle Vertretungsmacht und Prozessführungsbefugnis erteilt wurde (vgl. Baumbach/Hopt HGB 33. Aufl. § 13e Rn. 2).

Soweit die Beschwerdeführerin meint, dass die vorgenannte Formulierung lediglich aus Gründen der Rechtssicherheit und -klarheit darauf hinweisen sollte, dass die Geschäftsführerin auch gleichzeitig direkt für die deutsche Zweigniederlassung zuständig sein soll und dass hierdurch gerade kein ständiger Vertreter bestellt worden sei, kann dem nicht gefolgt werden. Durch die gewählte Formulierung wurde der Geschäftsführerin auf Dauer rechtsgeschäftliche Vollmacht zur Vertretung der Niederlassung sowie zur Prozessführung (§ 54 Abs. 2 HGB) erteilt. Hierin liegt aber der Sache nach eine Bestellung zur ständigen Vertreterin der Zweigniederlassung (vgl. hierzu Just, Die englische Limited in der Praxis 2. Aufl. 2006 Rn. 54 bis 56). Damit war aber der – bestellte – ständige Vertreter anzumelden. Da es hieran in der Anmeldung vom 23.8.2006 fehlte, hat das Landgericht die Beschwerde gegen die Ablehnung der Eintragung der Zweigniederlassung im Ergebnis zu Recht zurückgewiesen.

Es kann daher dahin stehen, ob die Beschwerdeführerin die ursprünglich zusätzlich beantragte Eintragung der Befreiung der Geschäftsführerin vom Selbstkontrahierungsverbot wirksam zurückgenommen hat; denn unabhängig hiervon wurde die Eintragung der Zweigniederlassung bereits aus anderen Gründen zutreffend abgelehnt.

3. Einer Geschäftswertfestsetzung bedarf es nicht (Festgebühren nach § 131c KostO i.V.m. § 4 HRegGebV).

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## BGB §§ 2075, 2269, 2270

**Ein „Verlangen des Pflichtteils“ im Sinne einer Pflichtteilsstrafklausel kann auch dann vorliegen, wenn der Anspruch aufgrund eines zuvor erfolgten Erlasses objektiv nicht mehr bestand.**

OLG München, Beschluss vom 29.01.2008 - 31 Wx 68/07

### Gründe:

I.

Der Erblasser ist am 14.11.2005 im Alter von 81 Jahren verstorben. Seine Ehefrau ist am 26.6.2002 verstorben. Sie hatten vier Söhne, nämlich die Beteiligten zu 1 und 2 sowie K. und N. Die Beteiligten zu 3 und 4 sind die Kinder der neuen Partnerin des Erblassers.

Es liegen gemeinschaftliche Testamente der Ehegatten vom 2.10.1967, 29.5.1984 und 15.5.2002 vor sowie letztwillige Verfügungen des Erblassers vom 25.7.2004 und 23.2.2005. Mit dem gemeinschaftlichen notariellen Testament vom 2.10.1967 setzten sich die Eheleute gegenseitig zu Alleinerben ein. Ergänzend dazu bestimmten sie mit gemeinschaftlichem Testament vom 29.5.1984 u.a.:

„1. Unserem Sohn K. entziehen wir den Pflichtteil, weil ...

2. Als Schlusserben bestimmen wir unsere gemeinschaftlichen Kinder, nämlich

a) N. ...

b) (Beteiligter zu 1)

c) (Beteiligter zu 2)

zu gleichen Stammanteilen. Ersatzerben sind jeweils die Abkömmlinge unserer vorgenannten Söhne nach den Regeln der gesetzlichen Erbfolge. Bei Fehlen von Abkömmlingen tritt Anwachsung der übrigen Erbenstämme ein, wobei unser Sohn K. ausdrücklich ausgeschlossen ist.

3. Verlangt eines unserer Kinder vom Nachlass des Erstversterbenden seinen Pflichtteil, so soll es auch vom Nachlass des Überlebenden nur den Pflichtteil erhalten. Verlangt ein Abkömmling den Pflichtteil beim ersten Erbfall, so erhalten die anderen Abkömmlinge, falls sie als gesetzliche Erben berufen werden (sic; richtig wohl: wären), ein Vermächtnis in Höhe des gesetzlichen Erbteils aus dem Nachlass des Erstversterbenden, das beim Tode des überlebenden Elternteils fällig wird und bis dahin unverzinslich ist.

4. Der Überlebende von uns ist ausdrücklich berechtigt, innerhalb der Schlusserben Teilungsanordnungen zu treffen. ...

III.

Über das gesetzliche Erb- und Pflichtteilsrecht sowie über die Bindungswirkung dieses Testaments wurden wir vom Notar belehrt.“

Zum Zeitpunkt der Errichtung des gemeinschaftlichen Testaments 1984 bestand das Vermögen der Eheleute im Wesentlichen aus dem Wohnhaus der Familie in N. und dem vermieteten ehemaligen Betriebsgrundstück. 1989 erwarben die Eheleute ein Haus auf Teneriffa, 1996 kaufte die Ehefrau ein Einfamilienhaus in Österreich. Diese Immobilien wurden vom Erblasser 2003 bzw. 2005 veräußert; den Erlös wandte er nach dem Vortrag der Beteiligten zu 1 und 2 zum großen Teil seiner Lebensgefährtin zu. Das Betriebsgrundstück wurde nach Aufteilung in Teileigentum zu 1/70 in die 1995 gegründete W. GbR eingebracht, an der der Erblasser, die Beteiligten zu 1 und 2 sowie ihr Bruder N. beteiligt waren.

Am 15.5.2002 errichteten die Ehegatten in Österreich eine notarielle letztwillige Verfügung, in der der Erblasser für den Fall des Eintritts der Schlusserbschaft seine Anteile an der W. GbR auf N. sowie die Beteiligten zu 1 und 2 aufteilte. Die früheren gemeinschaftlichen Testamente hielten die Eheleute ausdrücklich aufrecht.

Nach dem Tod der Mutter erklärten N. und die Beteiligten zu 1 und 2 im Rahmen des Nachlassverfahrens in Österreich zu Urkunde des zuständigen Notars am 22.7.2002, „dass sie keinerlei Pflichtteils- und sonstige Ansprüche gegen den Nachlass oder den Erben stellen“. In der Folge focht der Erblasser seine Vaterschaft hinsichtlich N. an und schloss mit diesem am 17.12.2003 einen notariellen Vertrag, mit dem N. u.a. auf die in den gemeinschaftlichen Testamenten erfolgten Zuwendungen verzichtete. Ferner übertrug er mit notarieller Urkunde vom selben Tag seine Anteile an der W. GbR auf den Erblasser.

Mit privatschriftlichem Testament vom 25.7.2004 bestimmte der Erblasser seine Lebensgefährtin zur Alleinerbin. Mit dem vor einem spanischen Notar errichteten Testament vom 23.2.2005 setzte er deren Söhne, die Beteiligten zu 3 und 4, zu Erben ein

und räumte seiner Lebensgefährtin einen Nießbrauch an seinem gesamten Vermögen ein.

Mit Anwaltsschreiben vom 17.6.2005 ließen die Beteiligten zu 1 und 2 dem Erblasser mitteilen, dass sie aus eigenem und abgetretenem Recht ihres Bruders K. „jeweils die Zahlung des ihnen zustehenden Pflichtteils nach dem Tode der Mutter .... beanspruchen“, und zum Verzicht auf die Einrede der Verjährung auffordern. Auf ihren Antrag erging am 7.7.2005 Mahnbescheid und am 2.8.2005 Vollstreckungsbescheid gegen den Erblasser über 87.900 €. Eine Zahlung von Seiten des Erblassers erfolgte nicht; die Zwangsvollstreckung wurde nicht eingeleitet.

Der Nachlass besteht im Wesentlichen aus Bankguthaben in Höhe von 126.000 € sowie dem Anteil des Erblassers an der W. GbR. Der Reinachlasswert beträgt rund 900.000 €.

Das Nachlassgericht hat den Beteiligten zu 1 und 2 antragsgemäß einen Erbschein erteilt, der sie als Miterben zu je ½ ausweist. In der Folge haben sowohl die Lebensgefährtin des Erblassers als auch die Beteiligten zu 3 und 4 die Meinung vertreten, dass der erteilte Erbschein unrichtig und deshalb einzuziehen sei. Die Beteiligten zu 1 und 2 seien auf den Pflichtteil nach dem Erblasser gesetzt, da sie Pflichtteilsansprüche nach ihrer Mutter geltend gemacht hätten.

Die Beteiligten zu 1 und 2 haben dagegen eingewandt, die Pflichtteilsstrafklausel greife nicht ein. Ihre Erklärung zur Niederschrift des österreichischen Notars am 22.7.2002 stelle einen Erlassvertrag über die Pflichtteilsansprüche dar, so dass der gerichtlichen Geltendmachung eines Pflichtteilsanspruchs per Mahnbescheidsantrag keine Wirksamkeit zukommen könne. Tatsächlich sei ein Pflichtteil auch nicht ausbezahlt worden. Außerdem habe man dem Vater vor Augen führen wollen, dass man gegen ihn gerichtlich angehe, wenn er sein Verhalten im Hinblick auf das Erbe der Mutter fortsetze.

Aufgrund des Beschlusses des Nachlassgerichts vom 18.6.2007 wurde der Erbschein eingezogen. Die Beteiligten zu 1 und 2 haben dagegen Beschwerde eingelegt mit dem Ziel, ihnen erneut einen Erbschein zu erteilen. Das Landgericht hat die Beschwerde zurückgewiesen. Mit der weiteren Beschwerde verfolgen die Beteiligten zu 1 und 2 das Ziel der Wiedererteilung des Erbscheins weiter.

## II.

Das zulässige Rechtsmittel ist im Ergebnis nicht begründet. Die Einziehung des den Beteiligten zu 1 und 2 erteilten Erbscheins ist zu Recht erfolgt, da er nicht der Erbrechtslage entspricht.

1. Das Landgericht hat im Wesentlichen ausgeführt: Die bindende Schlusserbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund des Testaments vom 29.5.1984 sei entfallen, da sie den Pflichtteil nach ihrer Mutter verlangt hätten. Die Testierenden hätten verhindern wollen, dass nach dem Tod des Erstversterbenden ein nicht unerheblicher Geldbetrag kurzfristig aufgebracht werden müsse und dadurch die Veräußerung eines ihrer Grundstücke erforderlich werde. Das Verhalten der Beteiligten zu 1 und 2 sei geeignet gewesen, eine Gefährdung des Immobilienbestandes als wesentlichem Vermögen des Erblassers hervorzurufen. Spätestens durch die Beantragung des Mahnbescheids und des Vollstreckungsbescheids hätten sie zu erkennen gegeben, dass sie die Erfüllung ihrer behaupteten Ansprüche verlangten. Der offenbar erfolgte Erlass der Pflichtteilsansprüche durch die Erklärungen vor dem österreichischen Notar stehe der Verwirklichung der Pflichtteilsstrafklausel nicht entgegen. Auch in diesem Fall sei der überlebende Ehegatte genötigt, sich Gedanken darüber zu machen, ob überhaupt Ansprüche bestünden. Er müsse sich mit der Angelegenheit inhaltlich befassen und damit emotional die Vorgänge der Testamentserrichtung und des Todes des Ehepartners sowie das Verhalten der Abkömmlinge verarbeiten. Zudem hätten sich die Beteiligten zu 1 und 2 durch das Erwirken des Vollstreckungsbescheids in die Lage gebracht, die Erfüllung des (nicht mehr bestehenden) Anspruchs im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen. Zwar hätte sich der Erblasser in einem Erkenntnisverfahren gegen die An-

sprüche voraussichtlich erfolgreich verteidigen können. Ehegatten, die eine Pflichtteilsstrafklausel in ihre letztwillige Verfügung aufnehmen, wollten aber gerade verhindern, dass es überhaupt zu rechtlichen Auseinandersetzungen zwischen dem überlebenden Ehegatten und den Abkömmlingen komme. Es komme auch nicht darauf an, dass eine Auszahlung der Pflichtteilsansprüche tatsächlich nicht erfolgt sei; es genüge bereits der Versuch, den Pflichtteil zu erhalten. Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 das Anwaltsschreiben vom 17.6.2005 und das Betreiben des Mahnverfahrens lediglich als „Gedankenanstoß“ verstanden wissen wollten, ist dies mit dem Inhalt des Schreibens und der weiteren Vorgehensweise nicht in Einklang zu bringen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung nur teilweise stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Zutreffend ist das Landgericht davon ausgegangen, dass durch Auslegung ermittelt werden müsse, wann ein „Verlangen“ des Pflichtteils beim ersten Todesfall vorliegt (BayObLGZ 1990, 58/61). Die Auslegung des Landgerichts kann im Verfahren der weiteren Beschwerde nur auf Rechtsfehler überprüft werden. Solche liegen hier vor:

Das Landgericht hat offenbar angenommen, der Tatbestand des „Verlangens“ sei nur mit einem Verhalten erfüllt, das geeignet sei, den Immobilienbestand als wesentliches Vermögen des Erblassers zu gefährden. Diese Auslegung lässt sich, wie unten noch ausgeführt wird, mit Inhalt und Zweck der Pflichtteilsstrafklausel nicht begründen und auch nicht aus sonstigen Umständen herleiten. Unzutreffend ist auch die Feststellung, an der Vermögenssituation der Eheleute bzw. des Erblassers habe sich zwischen 1984 und 2005 nichts Wesentliches geändert, so dass zur Erfüllung der Pflichtteilsansprüche der GbR-Anteil des Erblassers hätte veräußert werden müssen. Tatsächlich hatte sich die Vermögenssituation durch den Erwerb der Anwesen in Österreich und auf Teneriffa nicht nur unwesentlich verändert.

Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich jedoch im Ergebnis als zutreffend. Da weitere Ermittlungen nicht erforderlich sind, kann der Senat die gebotene Auslegung selbst vornehmen.

b) Eine Pflichtteilsstrafklausel, wie sie hier das Testament vom 29.5.1984 enthält, ist eine typische letztwillige Anordnung, durch die gemeinschaftlich testierende und sich gegenseitig als Erben, ihre Abkömmlinge als Schlusserben einsetzende Ehegatten sicherstellen wollen, dass dem Überlebenden bis zu seinem Tod der Nachlass ungeschmälert verbleibt und er nicht durch das Pflichtteilsverlangen eines Schlusserben gestört wird (vgl. BayObLGZ 1990, 58/60; 2004, 5/8). Eine derartige Klausel verfolgt das rechtlich nicht zu beanstandende Ziel, den Nachlass zunächst dem überlebenden Ehegatten ungeschmälert zukommen zu lassen (vgl. MünchKommBGB/Leipold 4. Aufl. § 2074 Rn. 39; Soergel/Loritz BGB 13. Aufl. § 2075 Rn. 18). Im Zusammenhang mit der Schlusserbenregelung soll die Verwirklichungsklausel auch das Interesse der Ehepartner, insbesondere des Erstversterbenden, daran sichern, dass nicht einer der Abkömmlinge bei der Verteilung des elterlichen Gesamtnachlasses bevorteilt wird (BayObLGZ 1994, 164/168). Diese Zwecke sollen dadurch erreicht werden, dass die Schlusserbeinsetzung der gemeinsamen Kinder unter die auflösende Bedingung eines Verlangens des Pflichtteils nach dem Erstversterbenden gestellt wird. Verlangt ein Schlusserbe den Pflichtteil nach dem ersten Todesfall, so entfällt seine Einsetzung als Schlusserbe, und zwar regelmäßig mit Wirkung auch für seine Abkömmlinge (BayObLG NJW-RR 96, 262); es gilt dann nicht die Auslegungsregel des § 2069 BGB, vielmehr gilt die Anwachsung (§ 2094 BGB) als gewollt.

c) Es liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Testierenden hier andere Zwecke verfolgt haben als diejenigen, die typischerweise mit einer solchen Klausel verbunden werden. Das gilt insbesondere für die Vermögenssituation zur Zeit der Testamentserrichtung und den Wunsch, das Immobilienvermögen in der Familie zu erhalten. Wie oben ausgeführt, ist regelmäßig das Ziel einer Pflichtteilsstrafklausel, dem Überlebenden den Nachlass des Erstversterbenden ungeschmälert zukommen zu lassen. Ein Motiv dafür ist häufig auch der Wunsch, eine zur Erfüllung von

Pflichtteilsansprüchen etwa erforderliche Belastung oder Veräußerung von Immobilien zu vermeiden, insbesondere, wenn es sich um das Wohnanwesen handelt. Dieses Bestreben mag auch hier einer der Beweggründe für die Aufnahme der Pflichtteils Klausel gewesen sein. Es ist jedoch nicht ersichtlich, dass die Testierenden entgegen der weit gefassten Formulierung die Pflichtteils Klausel auf den Fall beschränken wollten, dass die Erhaltung des Familienwohnhauses und des ehemaligen Betriebsgrundstücks gefährdet würde, wie das Landgericht zu meinen scheint. Gegen eine solche enge, vom Wortlaut nicht getragene Auslegung spricht im Übrigen auch, dass die Ehegatten in ihrer späteren gemeinschaftlichen letztwilligen Verfügung vom 15.5.2002 ausdrücklich das Testament vom 29.5.1984 aufrechterhalten haben, obgleich sich zwischenzeitlich ihre Vermögenssituation durch den Erwerb der Anwesen in Österreich und auf Teneriffa verändert hatte.

d) Für das Eingreifen dieser Verwirkungsklausel ist es nicht erforderlich, dass der Pflichtteil auch tatsächlich ausgezahlt wurde. Es genügt vielmehr, dass der Abkömmling versucht hat, den Pflichtteil zu erhalten. Die Forderung muss ausdrücklich und ernsthaft erhoben werden; ob gerichtlich oder außergerichtlich, ist gleichgültig (vgl. Reimann/Bengel/J. Mayer Testament und Erbvertrag 5. Aufl. § 2269 Rn. 85; Soergel/Wolf § 2269 Rn. 36; Lübbert NJW 1988, 2706/2710 f.). In subjektiver Hinsicht ist für den Tatbestand des „Verlangens“ des Pflichtteils nach dem ersten Todesfall im Zweifel nur zu fordern, dass der Pflichtteilsberechtigten bewusst - in Kenntnis der Verwirkungsklausel - den Pflichtteil verlangt (BayObLGZ 2004, 5/9 m.w.N.).

e) „Verlangt“ im Sinne dieser Klausel haben die Beteiligten zu 1 und 2 den Pflichtteil deshalb jedenfalls mit dem in ihrem Auftrag an den Erblasser gerichteten anwaltlichen Schreiben vom 17.6.2005. Sie haben damit unmissverständlich zum Ausdruck gebracht, dass sie Anspruch auf Zahlung des Pflichtteils erheben. An der Ernsthaftigkeit eines mit anwaltlichem Schreiben vorgetragenen „Verlangens“ kann kein Zweifel bestehen. Soweit die Beteiligten zu 1 und 2 diese Aufforderung als „Denkanstoß“ verstanden wissen wollen, ist das – wie das Landgericht zu Recht hervorgehoben hat – schon mit dem Inhalt des Schreibens nicht in Einklang zu bringen. Erst recht gilt das für das weitere (gerichtliche) Vorgehen der Beteiligten zu 1 und 2, mit dem sie einen Vollstreckungstitel gegen den Erblasser erwirkt haben.

Wie schon das Landgericht richtig ausgeführt hat, stellt auch die Geltendmachung eines objektiv nicht mehr bestehenden Pflichtteilsanspruchs ein „Verlangen“ im Sinne der Verwirkungsklausel dar. Denn auch die objektiv unberechtigt erhobene Forderung ist geeignet, den überlebenden Ehegatten den Belastungen auszusetzen, vor denen er durch die Verwirkungsklausel gerade geschützt werden soll: Will er sich gegen die unberechtigte Forderung zur Wehr setzen, muss er sich auf eine streitige Auseinandersetzung mit den (angeblich) Pflichtteilsberechtigten einlassen und die damit verbundenen persönlichen Belastungen auf sich nehmen. Unterlässt er es, die unberechtigten Ansprüche abzuwehren – sei es durch freiwillige Anerkennung oder Erfüllung, sei es durch Untätigbleiben – sieht er sich wirtschaftlichen Belastungen ausgesetzt. Es kommt deshalb nicht darauf an, ob der von den Beteiligten zu 1 und 2 außergerichtlich und gerichtlich geltend gemachte Pflichtteilsanspruch zu diesem Zeitpunkt noch bestand oder bereits zuvor - wie nun behauptet - durch Erlass aufgrund ihrer Erklärungen vor dem österreichischen Notar erloschen war. Hier kommt überdies hinzu, dass die Beteiligten zu 1 und 2 sogar einen Vollstreckungstitel gegen den Erblasser erwirkt und sich damit in die Lage versetzt haben, die – nach eigenem Bekunden nicht berechnete – Forderung im Wege der Zwangsvollstreckung durchzusetzen.

f) Bei der hier verwendeten Pflichtteils Klausel kommt es nicht darauf an, ob eine Auszahlung erfolgt ist. Es ist deshalb unerheblich, dass die Beteiligten zu 1 und 2 nach Erlass des Vollstreckungsbescheids keine weiteren Maßnahmen zur Durchsetzung der Forderung unternommen, insbesondere nicht die Zwangsvollstreckung eingeleitet haben. Dasselbe gilt für die Frage, ob der Erblasser Vorkehrungen für die Erfüllung der titulierten Ansprüche treffen und ob er hierzu gebundenes Vermögen, insbesondere seinen Anteil an der Gesellschaft bürgerlichen Rechts, flüssig machen musste.

3. Maßgeblich für die Erbfolge ist somit das Testament des Erblassers vom 23.2.2005. Die bindende Schlusserbeneinsetzung in Ziffer II. 2. des gemeinschaftlichen Testaments vom 29.5.1984 steht dem nicht entgegen (§ 2289 Abs. 1 Satz 2 BGB). Hinsichtlich des N. ist die vertragsmäßige Verfügung durch dessen Zuwendungsverzicht (§ 2352 BGB) gegenstandslos geworden. Die Erbeinsetzung der Beteiligten zu 1 und 2 ist wegen Eintritts der Verwirkungsklausel in Ziffer II. 3. dieses Testaments entfallen, da sie nach dem Tod der Mutter mit Anwaltsschreiben vom 17.6.2005 den Pflichtteil „verlangt“ haben. Damit trat das zunächst dem gemeinschaftlichen Testament vom 29.5.1984 zuwiderlaufende Testament vom 23.2.2005 entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 2257, 2258 Abs. 2 BGB in Kraft (vgl. BGH NJW 2004, 3558/3559). Der den Beteiligten zu 1 und 2 aufgrund des Testaments vom 29.5.1984 erteilte Erbschein ist unrichtig und wurde zu Recht eingezogen (§ 2361 Abs. 1 BGB).

4. Die Entscheidung über die Kostenerstattung beruht auf § 13a Abs. 1 Satz 2 FGG, die Festsetzung des Geschäftswerts für das Verfahren der weiteren Beschwerde auf § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

### BGB §§ 2279, 2077

**Zur Frage, ob die Erbeinsetzung der gemeinsamen Abkömmlinge in einem zwischen Eheleuten geschlossenen Erbvertrag nach ihrem hypothetischen Willen auch für den Fall der Scheidung gelten sollte.**

OLG München, Beschluss vom 08.02.2008 - 31 Wx 69/07

#### Gründe:

I.

Der Erblasser ist am 6.10.2006 im Alter von 80 Jahren verstorben. Er war in zweiter Ehe seit August 2005 mit der Beteiligten zu 1 verheiratet. Die erste, 1956 geschlossene Ehe wurde auf Antrag des Erblassers vom 22.3.2004 mit Urteil vom 18.4.2005, rechtskräftig seit 21.7.2005, geschieden. Die Beteiligten zu 2 bis 4 sind die Kinder des Erblassers aus der ersten Ehe; sie sind zwischen 1960 und 1963 geboren.

Mit der Beteiligten zu 1 schloss der Erblasser am 30.4.2004 einen Erbvertrag, in dem sie sich gegenseitig vertragsmäßig bindend zu Alleinerben einsetzten. Mit seiner ersten Ehefrau hatte der Erblasser am 30.9.1968 einen Ehe- und Erbvertrag geschlossen, der auszugsweise wie folgt lautet:

„II.

Ehevertrag:

Wir heben hiermit den für uns geltenden gesetzlichen Güterstand auf und vereinbaren an dessen Stelle für die fernere Dauer unserer Ehe die Gütergemeinschaft nach den Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuches. Vorbehaltsgut wird nicht vereinbart. Die Verwaltung des ehelichen Gesamtguts obliegt beiden Ehegatten. Die Fortsetzung der Gütergemeinschaft des Überlebenden von uns mit den gemeinschaftlichen Abkömmlingen wünschen wir nicht. ... Die Ehefrau ist Eigentümerin von Grundstücken in der Gemarkung K. ... Ferner hat die Ehefrau mit Urkunde vom heutigen Tag die Grundstücke ... der Gemarkung K. übernommen. Wir sind zu je 45/100 Eigentümer von Grundbesitz ... Die Berichtigung des Grundbuchs entsprechend dem vereinbarten Güterstand wird hiermit beantragt.

III.

Erbvertrag:

Der Erstversterbende von uns setzt hiermit in einseitig nicht

widerrüflicher Weise unsere gemeinsamen Abkömmlinge nach gleichen Anteilen zu seinen Erben ein. Der Überlebende von uns erhält als Vermächtnis den lebenslangen unentgeltlichen und auch von einer eventuellen Wiederverheiratung unabhängigen Nießbrauch am gesamten Vermögen des Erstversterbenden, mit dem Recht diesen soweit möglich und zulässig, im Grundbuch auf eigene Kosten dinglich sicher zu stellen. Ferner bestimmt der Erstversterbende den Überlebenden zu seinem Testamentvollstrecker. Der Testamentvollstrecker ist insbesondere befugt, den Nachlass zu verwalten; er ist außerdem berechtigt, den Zeitpunkt der Auseinandersetzung nach seinem Ermessen zu bestimmen.

#### IV.

Sonst bestimmen wir nichts. Der Überlebende von uns soll demnach in seiner Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen frei sein.“

Der Beteiligte zu 3 vertritt die Auffassung, die Erbeinsetzung der Abkömmlinge in dem Vertrag vom 30.9.1968 gelte auch für den Fall der Ehescheidung, so dass ihm und seinen Geschwistern ein gemeinschaftlicher Erbschein als Miterben zu je 1/3 zu erteilen sei. Die Beteiligte zu 1 beantragt dagegen einen Alleinerbschein aufgrund des Erbvertrags vom 30.4.2004. Das Nachlassgericht hat mit Beschluss vom 26.4.2007 die Erteilung eines Erbscheins angekündigt, der die Kinder des Erblassers als Miterben zu je 1/3 ausweist. Die Beschwerde der Beteiligten zu 1 hat das Landgericht mit Beschluss vom 16.8.2007 zurückgewiesen. Gegen diese Entscheidung richtet sich die weitere Beschwerde der Beteiligten zu 1.

#### II.

Das zulässige Rechtsmittel ist in der Sache begründet.

##### 1. Das Landgericht hat ausgeführt:

Bei der Erbeinsetzung der Kinder in Ziffer III des Ehe- und Erbvertrages handle es sich um vertragsmäßige Verfügungen. Durch die spätere Ehescheidung seien die wechselbezüglichen Vermächtnisse bzw. die Einsetzung eines Testamentvollstreckers unwirksam geworden. Das gelte allerdings nicht für die Erbeinsetzung der gemeinsamen Kinder. Es seien zwar keine Anhaltspunkte ersichtlich, dass die Vertragsschließenden bedacht hätten, dass die Ehe geschieden werden könne. Das Gericht sei jedoch davon überzeugt, dass der hypothetische Wille des Erblassers dahin ging, die gemeinsamen Kinder auf jeden Fall als Erben nach dem Erstversterbenden einzusetzen. Dies könne zwar nicht aus der Wortwahl „Erstversterbender“ geschlossen werden. Ein gewichtiges Indiz ergebe sich jedoch aus den Personen der Bedachten. Erheblich sei auch der Umstand, dass die Eheleute sich nicht gegenseitig als Erben einsetzten, sondern die Kinder unmittelbar als Erben nach dem Erstversterbenden. Diese ungewöhnliche, vom ursprünglichen Entwurf mit Allein- und Schlusserbeneinsetzung abweichende Vertragsgestaltung stärke die Rechte der Kinder und spreche für den Willen des Erblassers, das Familienvermögen auf jeden Fall den Kindern zukommen zu lassen. Das Wohnanwesen in K., das die frühere Ehefrau in das Gesamtgut eingebracht habe, habe dem Erblasser nach Angaben seiner Tochter sehr viel bedeutet. Diese habe das Verhältnis des Erblassers zu seinen Kindern auch nach der Trennung von seiner Ehefrau als vertrauensvoll beschrieben, was nach der Lebenserfahrung im Jahre 1968 nicht anders gewesen sein könne. Auch in späteren Jahren habe der Erblasser offensichtlich den Willen gehabt, das Familienvermögen für die Kinder zu erhalten. So habe er vorprozessual im Rahmen der Scheidung seiner früheren Ehefrau vorgeschlagen, das Anwesen in K. den Kindern schenkungsweise zu übertragen.

2. Diese Ausführungen halten der rechtlichen Nachprüfung weitgehend nicht stand (§ 27 Abs. 1 FGG, § 546 ZPO).

a) Nach § 2279 Abs. 2 BGB gelten die Vorschriften des § 2077 BGB für einen Erbvertrag zwischen Ehegatten auch insoweit, als ein Dritter bedacht ist, wie hier. Nach dieser Auslegungsregel (BGH FamRZ 1960, 28/29; BayObLG FamRZ 1997, 123/124 Staudinger/Otte BGB Stand 2003 § 2077 Rn. 4) ist die letztwillige Verfügung des Erblassers im Erbvertrag mit seiner geschiedenen ersten Ehefrau infolge der Auflösung der Ehe unwirksam

geworden (§ 2077 Abs. 1 Satz 1 BGB), wenn nicht anzunehmen ist, dass der Erblasser sie auch für diesen Fall getroffen haben würde (§ 2077 Abs. 3 BGB). Der Erbvertrag von 1968 enthält keine ausdrückliche Regelung, ob die Erbeinsetzung auch für den Fall der Ehescheidung gelten solle oder nicht. Es ist deshalb durch Auslegung zu ermitteln, ob die Verfügung auch für den Fall einer späteren Scheidung Gültigkeit behalten sollte. Lässt sich ein wirklicher, im Erbvertrag zum Ausdruck gekommener Wille des Erblassers nicht ermitteln, so ist auf den mutmaßlichen – hypothetischen – Erblasserwillen abzustellen. An die Feststellung eines Aufrechterhaltungswillens sind keine niedrigen Anforderungen zu stellen (BGHZ 160, 33/39). Maßgeblich ist der Zeitpunkt des Abschlusses des Erbvertrags, wobei spätere Umstände nur als Anzeichen für einen bereits in jenem Zeitpunkt vorhandenen Erblasserwillen berücksichtigt werden können (vgl. BayObLG FamRZ 1994, 193/195; OLG Zweibrücken NJW-RR 1998, 941, jeweils m.w.N.). Von diesen Grundsätzen ist auch das Landgericht ausgegangen.

b) Die Auslegung ist grundsätzlich Sache des Tatsachengerichts. Die Überprüfung im Wege der weiteren Beschwerde ist auf Rechtsfehler beschränkt. Dabei kommt es insbesondere darauf an, ob die Auslegung der Tatsacheninstanz gegen gesetzliche Auslegungsregeln, allgemeine Denk- und Erfahrungsgrundsätze oder Verfahrensvorschriften verstößt, ob in Betracht kommende andere Auslegungsmöglichkeiten nicht in Erwägung gezogen oder wesentliche Umstände übersehen wurden (vgl. BGHZ 121, 357/363; BayObLG FamRZ 2002, 269/270; Keidel/Meyer-Holz FGG 15. Aufl. § 27 Rn. 42; Münch-KommBGB/Leipold 4. Aufl. § 2087 Rn. 47 ff.).

Diesen Anforderungen wird die Entscheidung des Landgerichts nicht gerecht. Das Landgericht hat den Inhalt des Erbvertrags nur unvollständig gewürdigt. Es hat insbesondere die Regelung zur Erbfolge nach dem letztversterbenden Ehegatten in Ziffer IV. des Ehe- und Erbvertrages vom 30.9.1968 völlig außer Betracht gelassen, wonach der Überlebende in seiner Verfügung unter Lebenden und von Todes wegen frei sein soll. Auf diesem Rechtsfehler beruht die Entscheidung des Landgerichts. Denn bei einer Gesamtwürdigung der Bestimmungen des Erbvertrages – auch unter Berücksichtigung des vorangegangenen Entwurfs – ist die Annahme des Landgerichts nicht haltbar, es sei von den vertragsschließenden Ehegatten bezweckt worden, die Stellung der Kinder zu stärken und ihnen auf jeden Fall das Familienvermögen zukommen zu lassen.

c) In Ziffer III des Ehe- und Erbvertrages vom 30.9.1968 haben die Ehegatten zunächst bindend die gemeinsamen Abkömmlinge zu gleichen Teilen zu Erben des Erstversterbenden eingesetzt. Zugleich haben sie jedoch durch das Vermächtnis zugunsten des überlebenden Ehegatten sichergestellt, dass dieser die Nutznießung am gesamten Nachlass des Erstversterbenden behält, und zwar auch im Fall der Wiederverheiratung. Als Testamentvollstrecker verwaltet der Überlebende den Nachlass und ist berechtigt, den Zeitpunkt der Auseinandersetzung zu bestimmen. Die Bestimmung in Ziffer IV. des Vertrages überlässt es ohne jede Einschränkung dem Überlebenden, wie er mit seinem Vermögen verfährt. Ihm wird damit die Möglichkeit eingeräumt, nach seinem Belieben auch andere Personen als die gemeinsamen Abkömmlinge zu seinen Erben zu bestimmen mit der Folge, dass sein Anteil am gemeinsamen Vermögen auch auf Familienfremde übergehen kann. Der Ehe- und Erbvertrag vom 30.9.1968 stellt deshalb gerade nicht sicher, dass das gesamte Familienvermögen den Kindern zufällt. Die getroffenen Regelungen legen vielmehr nahe, dass es den Vertragsschließenden vor allem um die Absicherung des überlebenden Ehegatten ging. Dieser hat – außer im Falle der Ausschlagung (§ 2306 Abs. 1 Satz 2 BGB) – keine Pflichtteilsansprüche zu erfüllen, behält bis zu seinem Tod, auch bei einer Wiederverheiratung, Nießbrauch und Verwaltungsbefugnis am Vermögen des Erstversterbenden und ist in der Verfügung auch von Todes wegen über sein Vermögen völlig frei. Die Kinder sind zwar zu Erben des Erstversterbenden berufen, jedoch zu Lebzeiten des anderen Elternteils erheblichen Beschränkungen und Beschwerungen unterworfen. Demgegenüber sah der Entwurf eine gegenseitige Alleinerbeneinsetzung der Ehegatten und eine Schlusserbeneinsetzung der Kinder vor, die der überlebende Ehegatte nur innerhalb der

gemeinschaftlichen Kinder abändern durfte. Für den Fall der Wiederverheiratung sollte er den gemeinschaftlichen Kindern einen ihrem gesetzlichen Erbteil entsprechenden Bruchteil des Nachlasses des zuerst Versterbenden als Quotenvermächtnis hinausbezahlen, auf das der erhaltene Pflichtteil angerechnet werden sollte.

Die Annahme des Landgerichts, die Stellung der Kinder habe durch den Ehe- und Erbvertrag vom 30.9.1968 gegenüber dem Entwurf eine wesentliche Stärkung erfahren, ist bei der gebotenen Gesamtbetrachtung der jeweiligen Regelungen nicht haltbar.

d) Auch die vom Landgericht herangezogenen weiteren Umstände tragen nicht die Annahme, den vertragsschließenden Ehegatten sei es vorrangig darum gegangen, das Familienvermögen den Kindern zukommen zu lassen. Dass nach der allgemeinen Lebenserfahrung bei Abschluss des Erbvertrages ein gutes Verhältnis zwischen dem Erblasser und seinen damals 8, 6 und knapp 5 Jahre alten Kindern bestand, reicht dafür nicht aus. Wie sich das Verhältnis zu den Kindern später gestaltet hat, ist für die Ermittlung des hypothetischen Willens zum Zeitpunkt des Vertragsschlusses nicht erheblich, so dass dem diesbezüglichen streitigen Vorbringen der Beteiligten nicht nachgegangen werden muss. Die Schilderungen der Tochter zu den Vorstellungen des Erblassers insbesondere hinsichtlich des Anwesens in K. und des Hauses in S. sind angesichts der tatsächlich getroffenen erbvertraglichen Regelungen kein ausreichender Anhaltspunkt dafür, dass der Erblasser die Erbeinsetzung der Kinder auch im Falle der Auflösung der Ehe aufrechterhalten wollte. Das gilt auch für den im Vorfeld des Scheidungsverfahrens unterbreiteten Vorschlag, das Anwesen in K. den Kindern zu übertragen. Soweit der Beteiligte zu 3 dem Umstand entscheidende Bedeutung beimessen will, dass der Erblasser nach der Eheschließung

mit der Beteiligten zu 1 den Ehe- und Erbvertrag vom 30.9.1968 nicht angefochten hat, kann dem nicht gefolgt werden. Denn in dem Erbvertrag mit der Beteiligten zu 1 vom 30.4.2004 ist bereits ausdrücklich festgehalten, dass der Erblasser den Ehe- und Erbvertrag von 1968 wegen des eingeleiteten Scheidungsverfahrens für unwirksam hält.

3. Die Entscheidung des Landgerichts erweist sich auch nicht aus anderen Gründen als richtig. Nachdem keine weiteren Ermittlungen erforderlich sind, kann der Senat in der Sache selbst entscheiden. Wie oben ausgeführt, sind unter Berücksichtigung des gesamten Inhalts des Ehe- und Erbvertrages vom 30.9.1968 und des Vorbringens der Beteiligten keine hinreichenden Anhaltspunkte dafür ersichtlich, dass der Erblasser und seine damalige Ehefrau, hätten sie die spätere Scheidung der Ehe in Erwägung gezogen, auch für diesen Fall die Einsetzung der Kinder als Erben nach dem Erstversterbenden hätten aufrechterhalten wollen.

Es bleibt deshalb bei der gesetzlichen Auslegungsregel (§ 2279 Abs. 2 i.V.m. § 2077 Abs. 1 BGB). Die Erbfolge richtet sich somit nach dem Erbvertrag vom 30.4.2004, in dem die Beteiligte zu 1 als Alleinerbin eingesetzt ist. Die Sache wird unter Aufhebung der Entscheidungen der Vorinstanzen an das Nachlassgericht zurückgegeben, das der Beteiligten zu 1 nach Einhaltung der Förmlichkeiten (§ 2356 BGB) den mit Schriftsatz vom 23.1.2007 beantragten Erbschein zu erteilen haben wird.

4. Die Festsetzung des Geschäftswerts beruht auf § 131 Abs. 2, § 30 Abs. 1 KostO. Eine Erstattung außergerichtlicher Kosten wird nicht angeordnet, § 13 a Abs. 1 Satz 1 FGG.

Mitgeteilt durch Richterin am OLG München Margaretha Förth

## Buchbesprechungen

**Jennißen, Wohnungseigentumsgesetz. Kommentar. Herausgegeben von RA Dr. Georg Jennißen. Bearbeitet von 12 renommierten Praktikern des Wohnungseigentumsrechts. 2007, 1211 Seiten. Verlag Dr. Otto Schmidt, Köln, 99,- €**

Das gesamte Buch wurde neu geschrieben auf der Basis des neuen Rechts. Das Werk versucht, in den Bereichen der WEG-Novelle sich möglichst deutlich zu positionieren – dies ist lobenswert, wird doch damit die weitere Rechtsentwicklung vorangetrieben. Auf viele durch die Reform aufgeworfene Zweifelsfragen wird mit innovativen Lösungen eingegangen, stets wird wissenschaftlich fundiert argumentiert. Für die Notarpraxis ist die Möglichkeit des Erwerbs dinglicher Rechte durch den neuen Personenverband interessant. Bejaht wird von den Verfassern der Erwerb einer Hausmeisterwohnung, eines Sondereigentums von einem zahlungsunfähigen Miteigentümer, auch die Ersetzung von Wohnungseigentum im Wege der Zwangsversteigerung, selbst der Erwerb eines externen Grundstücks wird für zulässig gehalten. Da die Wohnungseigentümer nach § 10 Abs. 8 WEG quotal im Außenverhältnis haften, ist die Eintragung einer Bauhandwerkersicherungshypothek in dieser jeweiligen Höhe zu Lasten eines jeden Wohnungseigentümers möglich. Beschlüsse, welche aufgrund einer Öffnungsklausel getroffen werden, sind nach § 23 WEG nicht im Grundbuch eintragungsfähig; die Verfasser sind der Meinung, dass diese Einordnung rechtsdogmatisch nicht überzeugt und schließen sich der Gegenansicht von Hülge (DNotZ 2007, 326) an. Der Meinungsstreit hat auch Auswirkungen auf die Frage, ob Dritte nach §§ 876, 877 BGB zustimmen haben, ob eine Bindung eines Sonderrechtsnachfolgers besteht und ob ein solchermaßen begründetes Sondernutzungsrecht nach § 398 BGB oder über eine dingliche Einigung nach §§ 873, 877 BGB übertragen wird.

Der Gesetzgeber ist der Auffassung, weitere Eintragungen im Grundbuch führten zu einer größeren Unübersichtlichkeit des Grundbuchs und würden damit eine Verringerung des Informationsgehalts bedingen. Auch wenn die Gesetzesmotive in diese Richtung deuten, leidet der Rechtsverkehr und zwar auch dann, wenn der Erwerber auf das vom Verwalter zu führende Beschlussbuch verwiesen werden kann. Der Kommentar stellt fest, dass der „gute Glaube“ in einen in der Beschluss-Sammlung eingetragenen Beschluss nicht gesetzlich geschützt ist; zu Recht warnen die Autoren, dass niemand auf einen bestimmten Beschluss-Stand vertrauen könne, die Sammlung nicht einmal ansatzweise den Charakter eines Grundbuchs besitze und in keiner Weise ein öffentliches Register darstelle. Interessant ist die Meinung im Kommentar, § 24 Abs. 7 Satz 8 WEG sei teleologisch zu reduzieren und einem Dritten Einblick in die Beschluss-Sammlung zu gewähren, wenn dieser Wohnungseigentum ersteigern will. Auch mir erscheint es sinnvoll, bei Dritten diese Reduktion der Vorschrift vorzunehmen und die Problematik entsprechend § 12 GBO zu lösen. Zu Recht weist der Kommentar darauf hin, dass eine Umgehung der zeitlichen Befristung der Erstbestellung eines Verwalters eventuell anfechtbar ist, wenn sich z. B. der Bauträger in der Gemeinschaftsordnung zum ersten Verwalter bestellt, um dann kurze Zeit nach der Entstehung der Eigentümergemeinschaft einen anderen Verwalter zu wählen. Sehr eingehend erläutert das Buch, durch wen der neue Personenverband vertreten werden kann, wie dem Verwalter durch Beschluss oder Vereinbarung bzw. in der Gemeinschaftsordnung umfassendere Vertretungsmacht bis hin zur Generalvertretungsbefugnis für alle Rechtshandlungen der Gemeinschaft erteilt werden kann.

Die wenigen Beispielen sollen genügen, aber auch aufgezeigt zu

haben, dass die Neuerscheinung auf viele durch die WEG-Reform aufgetretene Fragestellungen eingeht. Das Werk zählt derzeit zu den umfangreichsten Erläuterungsbüchern zum aktuellen Wohnungseigentumsrecht. Der Kommentar ist vorzüglich auf die Belange der Praxis ausgerichtet; er gibt jedem eine hervorragende Orientierung bei allen wohnungseigentumsrechtlichen Problemen.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Schöner/Stöber. Grundbuchrecht. Bearbeitet von Dr. Hartmut Schöner, Kurt Stöber, Regierungsdirektor a. D. Verlag C. H. Beck, München. 14. Auflage 2008. 1920 Seiten. 125 €**

Der Klassiker zum Grundstücksrechts- und Grundbuchverfahrensrecht behandelt top-aktuell sämtliche Rechtsfragen zum Grundstücksverkehr, berücksichtigt schwerpunktmäßig das neue Wohnungseigentumsgesetz, das neue Preisklauselgesetz und nimmt Stellung zur Grundbuchfähigkeit der BGB-Gesellschaft. Diese besitzt jetzt Rechtsfähigkeit; das Eigentum an einem zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Grundstück steht daher der Gesellschaft selbst zu. Der Streit um die Grundbuchfähigkeit konzentriert sich heute nur noch auf die Art der Eintragung als Frage des formellen Rechts. Wie die GbR bei Grundbucheintragung als Berechtigte zu bezeichnen ist, ist noch immer nicht sicher geklärt. Die Anerkennung der Teilrechtsfähigkeit der GbR führt nach Ansicht des BGH (NotBZ 2008, 156 = DNotI-Report 2008, 60) dazu, dass das Verfahrensrecht an das geänderte Verständnis des Wesens der GbR anzupassen ist; dem Gesetzgeber bleibe diese Anpassung vorbehalten (so BGH und OLG Schleswig Rpfleger 2008, 131). Für namentliche Bezeichnung der GbR, d. h. deren Identifizierung im Rechtsverkehr als Rechtsinhaberin, halten die Verfasser die Eintragung der Gesellschafter für notwendig. Einzutragen ist danach die GbR (mit oder ohne eigenen Namen) bestehend aus den einzelnen Gesellschaftern (Rnr. 240c; dazu auch LG Magdeburg NotBZ 2008, 39 m. Anm. Karlowski; Geibel WM 2007, 1496; Behrens ZfIR 2008, 1; zu großzügig OLG Stuttgart NotBZ 2007, 105). Materieller Rechtsträger ist auch bei dieser Fassung der Eintragung die Außen-GbR. Die Autoren führen aus, dass wenn schon durch Richterspruch die nirgends eingetragene GbR nunmehr als solche rechtsfähig beurteilt wird, das Grundbuch selbst – mangels anderweitiger gesetzlicher Regelung – die notwendige Publizitätsfunktion übernehmen müsse, und zwar nicht lediglich von wem auch immer einzureichende Listen und auch nicht durch Briefbögen oder eidesstattliche Versicherungen. Ändere sich die Zusammensetzung der eingetragenen Gesellschafter, bewirke dies nicht nur eine unrichtige Tatsachenangabe, vielmehr eine Grundbuchunrichtigkeit i. S. von § 22 GBO (dazu auch Böttcher Rpfleger 2007, 437). Durch Abschlusssvereinbarung aller Erben kann ein Miterbe aus der Erben-gemeinschaft ausscheiden; dies bedarf nach Ansicht der Verfasser (Rnr. 976b; ebenso Böttcher Rpfleger 2007, 437; anders BGH Rpfleger 2005, 140; BGH DNotZ 1999, 60 m. Anm. Rieger) der notariellen Beurkundung nach § 311b Abs. 1 S. 1 BGB. Durch die dingliche Abschlusssvereinbarung wird das Grundbuch unrichtig. Die Verfasser fordern für die Grundbuchberichtigung den Urkundennachweis für die Abschlusssvereinbarung oder aber die Bewilligung des ausgeschiedenen und aller verbleibenden anderen Miterben (Rnr. 976d; anders Böttcher Rpfleger 2007, 437, der Bewilligung lediglich des ausscheidenden Miterben fordert).

§ 1139 BGB erleichtert als Sonderregelung die Eintragung eines Widerspruchs gegen eine Darlehens-Buchhypothek wegen unterbliebener Darlehenshingabe. Zur Eintragung des Widerspruchs lassen die Verfasser einen formlosen Antrag des Grundstückseigentümers gegen gewichtige Stimmen der Grundbuchkommentare genügen (Rnr. 2641). Wenn variable Zinsen sich nach einer gesetzlichen Bezugsgröße richten, muss ein Höchstzinssatz sich aus der Eintragungsbewilligung nicht ergeben und in das Grundbuch nicht eingetragen werden; die früher abweichende Ansicht wurde von den Autoren wegen BGH DNotZ 2006, 526 aufgegeben (Rnr. 1953, 2293). Ausführlich wird die

Eintragbarkeit von Einreden aus dem Sicherungsvertrag bei Grundschulden erörtert, was durch die umstrittenen Forderungsverkäufe der jüngsten Zeit Aktualität erlangt (Rnr. 2338, 2340, 2345). Indexgleitklauseln gemäß § 3 PKG entsprechen regelmäßig den Anforderungen der Bestimmbarkeit einer Reallast. Zuzustimmen ist den Autoren, wenn sie ein Prüfungsrecht bei Preisklauseln nur für denkbar halten, wenn für die Unwirksamkeit einer Preisklausel ein von § 8 PKG abweichender früherer Zeitpunkt vereinbart ist (Rnr. 3272; Reul MittBayNot 2007, 445, 451; a. A. Wilsch NotBZ 2007, 431). Wird die Unwirksamkeit der Klausel festgestellt, kann ein Amtswiderspruch nicht eingetragen werden (Rnr. 3272). Ausführlich dargestellt wird das Eintragungsverfahren bei einer Regelung nach § 9 Abs. 3 Nr. 1 ErbbauRG als Inhaltsänderung (Rn. 1806b). Auch nichtige Auflassungen können vorkommen, so z. B. wegen Missachtung des EU-Beihilferechts (Rnr. 3131a, 3298; BGH WM 2004, 469 = NJW 2004, 2309), bei verdeckten Sacheinlagen einer AG oder GmbH (BGH DNotZ 2004, 206; Böhringer NotBZ 2004, 13), wegen eines Verstoßes nach § 138 BGB beim Erwerb von Bodenreformland durch den Fiskus (BGH Rpfleger 2008, 189 = NotBZ 2008, 120; Böhringer NotBZ 2008, 92). Rangänderung mit einer Eigentumsvormerkung hinter ein Finanzierungsgrundpfandrecht wird von den Verfassern zu Recht weiterhin für zulässig erachtet (Rnr. 1531a, 2579), nicht möglich und nicht eintragbar sein sollte sie aber, wenn die Wirksamkeit des Rechts gegenüber der Vormerkung bereits durch Wirksamkeit grundbuchersichtlich dargestellt ist (Rnr. 1523).

Die Verfasser bejahen ebenso wie der BGH (BGHZ 143, 175 = BWNNotZ 2000, 64; a.A. Staudinger/Gursky § 883 BGB Rnr. 46, 333) die Möglichkeit, eine erloschene Eigentumsvormerkung durch erneute Bewilligung ohne Grundbuchberichtigung und ohne inhaltsgleiche Neueintragung wieder zur Sicherung eines neuen deckungsgleichen Anspruchs verwenden zu können, empfehlen aber einen Vermerk über die Ersetzung des Anspruchs in Analogie zu § 1180 Abs. 1 S. 2 BGB (Rnr. 1488); der BGH lässt einen Rangvermerk zu, ohne ihn zu fordern. Bejaht wird von den Autoren auch die Eintragungsfähigkeit einer Vormerkung zur Sicherung des Rückübertragungsanspruchs auch für den Fall, dass eine Schenkung wegen Verarmung oder grobem Undank, §§ 528 und 530 BGB rückgängig gemacht werden kann (Rnr. 1489b; BGH DNotZ 2002, 793; BGH DNotZ 2002, 775; Böhringer ZEV 2002, 33). Bei altrechtlichen Dienstbarkeiten nach Art. 186, 187 BGB wird eine Bewilligung der Inhaber später entstandener Rechte gefordert, weil sonst die Grunddienstbarkeit nicht mit dem ihr zukommenden Rang eingetragen werden könnte (Rnr. 1173; anders bei Dienstbarkeiten nach § 9 GBerG, die nach § 8 Abs. 1 S. 1 SachenR-DV ausdrücklich an rangbereiter Stelle nach einzutragen sind).

Besonders ausführlich sind die Erläuterungen zum Wohnungseigentum. Eine GbR kann auch nach Anerkennung ihrer Rechtsfähigkeit nicht zum Verwalter nach dem Wohnungseigentumsgesetz bestellt werden (Rnr. 2930; BGH DNotZ 2006, 523). Sehr restriktiv erläutert das Handbuch die Möglichkeit des neuen Wohnungseigentümerpersonensverbands, dingliche Rechte (insbesondere Immobilien) erwerben zu können und nimmt eine abwartende Haltung ein (Rnr. 3838c, 3838d). An dieser Stelle hätte sich der Leser eine eindeutiger Positionierung gewünscht. Die Verfasser verneinen – zu Recht – bei den auf Grund Öffnungsklausel gefassten Beschlüssen die Eintragungsfähigkeit im Grundbuch (Rnr. 2885, 2887, 2912d). Zur nachträglichen Grundbucheintragung einer Öffnungsklausel selbst, die eine Begründung, Aufhebung, Änderung oder Übertragung eines Sondernutzungsrechts betrifft, verlangen die Autoren die Zustimmung dinglich Berechtigter (Rnr. 2885). Zutreffend ist die Ansicht, dass es künftig Sondernutzungsrechte gibt, die nicht (auch nicht durch Bezugnahme) im Grundbuch eingetragen sind, ggf. auch, dass im Grundbuch verlaubliche Sondernutzungsrechte nicht mehr oder nicht mehr so bestehen und zweifelhaft ist, ob und wie die Übertragung solcher nicht eingetragener Sondernutzungsrechte erfolgt (Rnr. 2912d). Die Verfasser stellen die bisherige Rechtsprechung zur Doppelstockgarage in Frage; sie geben ihre bisherige Auffassung auf, wonach eine Benutzungsregelung für die beiden Stellplätze auch im Wege der Gebrauchsregelung nach § 15 WEG getroffen werden könne (Rnr.

2836). Die Grundzüge der liegenschaftsrechtlichen Besonderheiten in den neuen Bundesländern werden bei den jeweiligen Sachgebieten jetzt nur noch in gedrängter Form präzise erörtert.

Diese Details sollen genügen um nachzuweisen, dass das Handbuch voll auf der Höhe der Zeit ist. Das Werk ist ein kompetenter, verlässlicher und praxisnaher Ratgeber. Das Handbuch darf bei keinem Notar oder Grundbuchamt fehlen.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Korintenberg/Lappe/Bengel/Reimann. Kostenordnung. Kommentar, begründet von Werner Korintenberg. 17. Auflage von Prof. Friedrich Lappe, Notar Prof. Dr. Manfred Bengel, Notar Prof. Dr. Wolfgang Reimann, Heinrich Hellstab, Dr. Henning Schwarz und Werner Tiedtke. Verlag Franz Vahlen, München. 2008, 1309 Seiten, 120 €**

Seit vielen Jahren bietet der anerkannte Kommentar zum Kostenrecht der freiwilligen Gerichtsbarkeit dem Praktiker die Möglichkeit, sich umfassend über alle Fragen der Kostenordnung zu informieren. Stets ist Bewegung im Kostenrecht. Durch die Entscheidungen auf Divergenzvorlage hin sorgt der BGH für mehr Rechtssicherheit, so z.B. zu einer Grundlagenurkunde (Bezugsurkunde), die eine Gebühr nach § 36 Abs. 1 KostO und nicht nach § 147 Abs. 2 KostO auslöst (BGH DNotZ 2006, 382). Gleicher Gegenstand liegt vor bei Kaufvertrag und Belastungsvollmacht für Grundpfandrechte in beliebiger Höhe (§ 44 Rn. 79 ebenso wie BGH ZNotP 2006, 276 und 279) und Lösungsanträge des Verkäufers zur Löschung von wegzufertigenden Rechten, auch wenn deren Nennbetrag höher ist als der Kaufpreis (§ 44 Rn. 89 ebenso wie BGH Rpfleger 2006, 339). Durch die neue Rechtsprechung des BGH (Rpfleger 2007, 627) wurde die Abgrenzung zwischen Betreuungstätigkeit (§ 147 KostO) zu § 146 KostO und zum gebührenfreien Nebengeschäft deutlicher vorgenommen (§ 146 Rn. 30 ff.). Die leidige Frage der Reichweite des Zitiiergebots hat der BGH (DNotZ 2007, 546 = NotBZ 2007, 96 m. Anm. Wudy) nun mit einer an den Geboten der praktischen Vernunft orientierten Entscheidung geklärt, was eine Abkehr von der bisher überaus streng gehandhabten Meinung bedeutet (§ 154 Rn. 8 ff.); gleichwohl sollte der Notar darauf achten, die Kostenvorschriften möglichst genau und vollständig zu zitieren (dazu Wudy NotBZ 2007, 118; Tiedtke ZNotP 2007, 118). Die Legitimationsprüfung nach dem Geldwäschegesetz geht über die dem Notar obliegende Identitätsfeststellung hinaus und löst eine Gebühr nach § 50 KostO aus (§ 50 Rn. 21a; § 30 Rn. 44; OLG Frankfurt MittBayNot 2007, 244). Der Kommentar (§ 58 Rn. 20) schließt sich der Meinung des OLG Frankfurt (ZNotP 2005, 399) an, wonach die Gebühr des § 58 KostO mehrmals anfällt, wenn rechtsgeschäftliche Erklärungen und Beschlüsse in einer Urkunde beurkundet werden (z. B. Kapitalerhöhungsbeschluss einer GmbH und Übernahmeerklärung der Gesellschafter). Die immer größer werdende praktische Bedeutung von Vorsorgevollmachten und Patientenverfügungen hat zu einer größeren Zahl von Entscheidungen und Stellungnahmen in der Literatur geführt. Zum Dauerbrenner ist dabei auch die Bewertung solcher Vollmachten, Patienten- und Betreuungsverfügungen geworden. Der Kommentar befasst sich ausführlich mit dieser Materie und weist den aktuellen Streitgegenstand nach (§ 30 Rn. 115; § 38 Rn. 35; § 44 Rn. 127a; OLG Frankfurt ZNotP 2007, 198; OLG Hamm ZNotP 2006, 318; OLG Oldenburg JurBüro 2005, 549 und ZNotP 2006, 319; Renner NotBZ 2005, 45; Keilbach DNotZ 2004, 166).

Die Auswirkungen der Teilrechtsfähigkeit der GbR auf das Kostenrecht wurden je nach Rechtsstandpunkt dargestellt (§ 60 Rn. 3). Ob Erben nach der Erbauseinandersetzung noch an der Gebührenvergünstigung des § 60 Abs. 4 KostO teilnehmen, ist heftig umstritten; der Kommentar bejaht dies unverändert (§ 60 Rn. 60; a. A. neuerdings OLG Düsseldorf MittBayNot 2007, 244; LG Kassel Rpfleger 2007, 289; ausführlich Bund Rpfleger 2004,

393). Beim Ausscheiden eines Miterben durch Abschichtung könne § 67 Abs. 1 S. 1 KostO gelten (§ 60 Rn. 14; Böttcher Rpfleger 2007, 437). Bei Umwandlungsvorgängen ist es oft bedeutend, ob ein Eigentumswechsel oder eine Berichtigung der Eigentümerbezeichnung vorliegt; der Kommentar gibt dazu praktische Hinweise bei § 60 Rn. 15 und § 67 Rn. 15; dazu EuGH Rpfleger 2006, 670 m. Anm. Wilsch; OLG München Rpfleger 2007, 115) und gibt seine frühere Meinung auf. Ein Ergebnisabführungsvertrag hat nach überwiegender Rechtsprechung keinen bestimmten Geldwert; der Geschäftswert ist nach dem Grund- oder Stammkapital zu bestimmen (OLG Celle ZNotP 2007, 157 m. Anm. Tiedtke; a.A. der Kommentar § 24 Rn. 20). Im Wohnungseigentumsrecht gibt es seit langem Streit darüber, aus welchem Wert die Gebühr für die Löschung eines bisherigen Gesamtgrundpfandrechts bei der letzten Einheit angesetzt werden muss, ob aus dem Wert der letzten Einheit bei höherem Nennbetrag des Grundpfandrechts (so OLG Dresden NotBZ 2006, 324 gegen die Kommentierung in § 68 Rn. 5). Weil so oft vorkommend und trotzdem immer wieder unrichtig behandelt, wurde der Fall des Zusammentreffens der Teilung einer Grundschuld mit gleichzeitiger Rangänderung anhand eines Beispiels nachvollziehbar erläutert (§ 68 Rn. 58). Wertsicherungsklauseln beschäftigen immer wieder den Praktiker; so entschied das OLG München FGPrax 2006, 134, dass eine solche Klausel mit einem Zuschlag zum 25fachen Erbbauzins zu bewerten ist, der Kommentar bejaht eine Erhöhung von etwa 10% (§ 24 Rn. 25).

Selbstverständlich dürfen auch Ausführungen zum elektronischen Rechtsverkehr mit dem Handelsregister und zu Gebühren für die Einrichtung und Nutzung des automatisierten Grundbuch-Abrufverfahrens nicht fehlen. Das „Einscannen“ als Zwischenschritt löst die Dokumentenpauschale nach § 136 Abs. 1 Nr. 1 KostO aus, die „Weitergabe“ des elektronischen Dokuments z. B. an das Registergericht ist ein eigenständiger Vorgang, für den die Dokumentenpauschale des § 136 Abs. 3 KostO in Höhe von 2,50 € zu erheben ist. Für die XML-Datei ist keine Dokumentenpauschale zu berechnen, da diese nur Strukturdaten und keine Dokumente enthält (§ 41a Rn. 133 ff.), erhoben wird aber eine Gebühr nach § 147 Abs. 2 KostO aus einem nach § 30 Abs. 1 KostO zu bestimmenden Teilwert (§ 41a Rn. 126; Otto JurBüro 2007, 120). Einrichtung-, Grundbuch- und Abrufgebühren können vom Notar als verauslagte Gerichtskosten i. S. von § 154 Abs. 2 KostO an den Kostenschuldner weitergegeben werden (§ 152 Rn. 35; abwägend noch 15. Aufl. § 152 Rn. 35; dazu auch OLG Zweibrücken MittBayNot 2006, 169; BayObLG DNotl-Report 2004, 211; LG Halle NotBZ 2004, 115 m. zust. Anm. Lappe); eine vom Notar etwa zu entrichtende Grundgebühr ist aber nicht umlagefähig (§ 152 Rn. 39). Nachgegangen wird der Frage, ob der Notar aufgrund des Gesetzes zur Bekämpfung der Schwarzarbeit verpflichtet ist, Kostenrechnungen im Zusammenhang mit Grundstücksveräußerungen innerhalb von sechs Monaten nach Beurkundung zu erteilen, wobei der Kommentar davon ausgeht, dass der Gesetzgeber notarielle Leistungen nicht im Auge hatte (§ 151a Rn. 10).

Diese Beispiele mögen genügen um darzustellen, dass der Kommentar stets auf der Höhe moderner Standards im Notariat und bei den Gerichten ist und immer praxisnahe Lösungen anbietet. Für die kostenrechtliche Praxis der Notare und Gerichte ist dieser „Klassiker“ zur KostO unentbehrlich.

Professor Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Rohs/Wedewer. Kostenordnung. Kommentar von Dr. Günther Rohs und Paul Wedewer. Bearbeitet von Günther Rohs, Peter Rohs und Dr. Wolfram Waldner. Stand April 2008. 204 Seiten, 79,60 € 99. Ergänzungslieferung zur 2. Auflage/64. Aktualisierung zur 3. Auflage des Loseblattwerks in zwei Ordnern 2822 Seiten, 128 € C. F. Müller, Verlagsgruppe Hühthig Jehle Rehm, Heidelberg.**

Der in der Praxis längst anerkannte Kommentar zum Kostenrecht setzt sich wieder mit vielen Gerichtsentscheidungen und Literaturstimmen auseinander. So war die Entscheidung des



OLG Frankfurt (MittBayNot 2007, 522) Anlass, die Kommentierung zu § 60 Abs. 4 KostO zu ändern; der Kommentar (§ 60 Rnr. 14) folgt jetzt der schon bisher herrschenden Meinung und lässt genügen, dass der Berichtigungsantrag innerhalb der zweijährigen Frist erfolgt, ohne innerhalb dieser Frist auch vollzugsfähig zu sein. In letzter Zeit wurde immer wieder die Frage nach der richtigen Bewertung der Löschung von Globalrechten diskutiert, zuletzt OLG Brandenburg Rpfleger 2008, 161. Die Neuregelung zu § 92 KostO zwang zu einer geänderten Kommentierung. Herausgenommen wurden die Kostenfragen zu Streitigkeiten unter Wohnungseigentümern, weil diese durch die WEG-Novelle 2007 der ZPO unterstellt wurden. Die Kostenverfügung wurde mit ihrem aktuellen Text abgedruckt. Bei den Notarkosten gab eine Entscheidung des OLG München (FGPrax 2007, 294) Anlass, die Kommentierung zur Bewertung von Wohnungsbesetzungsrechten zu überarbeiten. In § 144 KostO wurde die Rechtsprechung zu der Frage dargestellt, wann eine Gemeinde ein wirtschaftliches Unternehmen betreibt, was nach § 144 KostO und den entsprechenden landesrechtlichen Befreiungsvorschriften die Gebührenbefreiung bzw. Gebührenermäßigung ausschließt, zuletzt OLG Köln FGPrax 2007, 290. Selbstverständlich sind die Konsequenzen der Divergenzentscheidung des BGH (NotBZ 2007, 381; Tiedtke ZNotP 2007, 363; Schmidt JurBüro 2007, 510; Waldner BGHR 2007, 1107) zur Beschaffung von Lösungsunterlagen beim Grundstückskauf dargestellt. Auch auf die in der Praxis häufige Identitätserklärung wird eingegangen, welche nach OLG Hamm MittBayNot 2008, 72 keine materielle Willenserklärung darstellt und lediglich eine dem Grundbuchamt gegenüber abzugebende Verfahrenshandlung bedeutet, für die eine 5/10-Gebühr anfällt. Geändert hat sich die Meinung zur Frage, welche Gebühr ein Wechsel eines Gesellschafters bei einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts auslöst, jetzt eine ¼-Gebühr nach § 67 KostO, da der Eintragung kein Eigentumswechsel zugrundeliegt, OLG Hamm Rpfleger 2008, 161. Die Berechnung der Eintragungsgebühr für die Eintragung eines weiteren Gesellschafters einer GbR verstößt nicht gegen die EG-Gesellschaftssteuerlinie, KG Rpfleger 2008, 161. Der Kommentar nimmt die neue Rechtsprechung auf und änderte seine bisherige Meinung zur GbR (§ 60 Rnr. 5b, 10a). Das Werk ist erneut auf dem Laufenden.

Prof. Walter Böhringer, Notar, Heidenheim/Brenz

**Schwerdtfeger, Kompaktcommentar Gesellschaftsrecht. Herausgegeben von Dr. Armin Schwerdtfeger, Rechtsanwalt, München. Luchterhand Fachverlag, Neuwied, 2007. € 149,--.**

Das Buch ist die erste Auflage eines Werkes, das laut Herausgeber einen Gesamtüberblick (über das Gesellschaftsrecht) bieten und z. B. die Grundsätze und Gemeinsamkeiten der Gesellschaftsformen zeigen soll. Außerdem soll es dem Praktiker eine

Hilfe bei der Lösung konkreter Probleme bieten. Darüber hinaus sind das am 01.01.2007 in Kraft getretene EHUG sowie laufende Reformvorhaben, wie etwa die durch das MoMiG geplante Reform des GmbH-Rechts, dargestellt.

Das Buch umfasst über 2210 Seiten, denen sich ein umfangreiches Stichwortverzeichnis anschließt.

In seinem ersten Kapitel „Einführung und Grundlagen“ gibt das Werk eine Übersicht über das Gesellschaftsrecht, die freilich auf Grund des Umfangs ein Kurzlehrbuch nicht ersetzen kann, jedoch auf Grund vieler kurzer und sehr prägnanter Darstellungen für die Auffrischung der Grundlagenkenntnisse des Lesers durchaus geeignet erscheint. Darüber hinaus werden dort innerhalb des ersten Kapitels dem Verein, der KGaA, der Genossenschaft, der Europäischen Aktiengesellschaft und der Europäischen Wirtschaftlichen Interessenvereinigung jeweils einige wenige Seiten zu ihren Gründungsvoraussetzungen, ihrem Zweck, ihren Organen usw. gewidmet.

In jeweils eigenen Kapiteln finden die GbR, die Partnerschaftsgesellschaft, die OHG, die KG, die stille Gesellschaft, die GmbH & Co. KG, die „Publikumsgesellschaft“ und die Stiftung auf verhältnismäßig wenig Seiten Berücksichtigung. Hingegen werden sowohl die GmbH als auch die AG auf jeweils ca. 650 Seiten dargestellt. Diese beiden Kapitalgesellschaftsformen werden somit schwerpunktmäßig behandelt.

Die Kapitel mit den wesentlichen Gesellschaftsformen enthalten jeweils eine Kommentierung des betreffenden Gesetzes bzw. der betreffenden Vorschriften. Teilweise wird noch eine Einleitung vorangestellt, die die wichtigsten Gesichtspunkte der betreffenden Gesellschaftsform auf wenigen Seiten wieder gibt.

Es folgen jeweils Abhandlungen zu „Grundzüge des Umwandlungs- und Umwandlungssteuerrechts, das Unternehmen in der Krise, Grundzüge des Konzernrechts, Internationales Gesellschaftsrecht, Allgemeines Verfahrensrecht, Schiedsverfahren im Gesellschaftsrecht und schließlich Streitwert und Geschäftswert im Gesellschaftsrecht“. Dass die Stiftung nicht zum eigentlichen Gesellschaftsrecht zu zählen ist und deshalb die erfolgte Aufnahme im besprochenen Werk inkonsequent erscheint, wird vom Bearbeiter selbst eingeräumt.

Zusammenfassend bleibt zu bemerken, dass mit diesem Werk eine sehr übersichtliche und fundierte Arbeitshilfe angeboten wird, die alle wesentlichen Gesellschaftsformen in einem Buch vereint. Sowohl die jeweiligen Übersichten, als auch die Kommentierung selbst sind sehr gut gegliedert. Auf Abkürzungen im Text wird verzichtet, was der Lesbarkeit natürlich sehr zum Vorteil gereicht.

Den Griff zu einer Großkommentierung wird dieses Buch nicht immer ersparen können. Diesem Umstand wird jedoch mit der Wahl der Bezeichnung als „Kompaktcommentar“ Rechnung getragen.

Paul Schönert, Notarvertreter, Stuttgart

## Impressum

Herausgeber: Württembergischer Notarverein e. V., Stuttgart in Verbindung mit dem Badischen Notarverein e. V., Karlsruhe. Schriftleiter: Notarvertreter Daniel Schaal, Archivstraße 15A/B, 70031 Stuttgart (Tel. 0711/2123856). verantwortlich für Gesamtbereich ohne Sparte Rechtsprechung und Notar Dr. Oliver Fröhler, Franz-Schubert-Weg 3, 79822 Titisee-Neustadt (Tel. 07651/203214), 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 € 45,- einschließlich USt und Versandkosten und wird am 31.05. des Bezugsjahres in Rechnung gestellt: Einzelhefte € 6,- 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).