

letzte Aktualisierung: 13.5.2022

BGH, Beschl. v. 10.2.2022 – V ZB 87/20

**BGB §§ 891, 1922 Abs. 1; GBO §§ 29, 47 Abs. 2 S. 2
Rechtsnachfolge in GbR-Gesellschafterstellung; Buchposition; Nachweis der
Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers**

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

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

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



BUNDESGERICHTSHOF

BESCHLUSS

V ZB 87/20

vom

10. Februar 2022

in der Grundbuchsache

Nachschlagewerk: ja

BGHZ: nein

BGHR: ja

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

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

GBO § 27 Satz 1, § 40 Abs. 2 Alt. 1, § 47 Abs. 2 Satz 2

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

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

BGH, Beschluss vom 10. Februar 2022 - V ZB 87/20 - KG

AG Berlin-Mitte

Der V. Zivilsenat des Bundesgerichtshofs hat am 10. Februar 2022 durch die Vorsitzende Richterin Dr. Stresemann, die Richterin Dr. Brückner, die Richter Dr. Göbel und Dr. Malik und die Richterin Laube

beschlossen:

Auf die Rechtsmittel der Beteiligten zu 1 werden die Beschlüsse des Kammergerichts - 1. Zivilsenat - vom 15. September 2020 und des Amtsgerichts Mitte - Grundbuchamt - vom 5. Juni 2020 aufgehoben.

Die Sache wird an das Grundbuchamt zur Entscheidung über den Antrag der Beteiligten zu 1 vom 18. März 2020 zurückverwiesen.

Gründe:

A.

- 1 Die Beteiligte zu 1, eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR), ist als Eigentümerin des im Eingang dieses Beschlusses bezeichneten Wohnungseigentums im Grundbuch eingetragen. Als Gesellschafter sind der Beteiligte zu 2 und der inzwischen verstorbene Dr. F. Z. eingetragen. Der Beteiligte zu 3 ist Testamentsvollstrecker über den Nachlass des Dr. F. Z. Die Beteiligte zu 4, eine Bank, bewilligte mit notarieller Urkunde die Löschung einer zu ihren Gunsten in Abteilung III des Grundbuchs eingetragenen brieflosen Grundschuld. Für die Beteiligte zu 1 stimmten mit notarieller Urkunde der Beteiligte zu 2 als Mitgesellschafter und der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker der Löschung zu.

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

B.

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

durch den Beteiligten zu 3 zu bewilligen, weil die Buchposition immer nach erbrechtlichen und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen übergehe. Diese Bewilligung wirke aber nicht zurück und könne deshalb nicht Gegenstand einer Zwischenverfügung sein.

C.

4 I. Die nach § 78 Abs. 1 GBO statthafte Rechtsbeschwerde ist zulässig (§ 78 Abs. 3 GBO i.V.m. § 71 FamFG). Im Rahmen der Zulässigkeit ist zugunsten der GbR zu unterstellen, dass sie durch die Beteiligten zu 2 und 3 wirksam vertreten wird. Denn die Rechtsbeschwerde legt schlüssig dar, dass die GbR lediglich als Liquidationsgesellschaft fortbesteht und der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker über den Nachlass des verstorbenen Mitgesellschafters die Gesellschafterbefugnisse des Verstorbenen ausübt. Dies ist für die Zulässigkeit der Rechtsbeschwerde ausreichend (vgl. Senat, Beschluss vom 6. Mai 1999 - V ZB 15/99, NJW 1999, 2369, 2370; allgemein BGH, Beschluss vom 30. November 1988 - IVa ZB 12/88, BGHZ 106, 96, 99 mwN).

5 II. Die Rechtsbeschwerde ist auch begründet.

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

7 a) Im Ausgangspunkt darf eine Grundschuld gemäß § 27 Satz 1 GBO nur mit Zustimmung des Eigentümers des Grundstücks - hier also der GbR - gelöscht werden. Das Zustimmungserfordernis ist neben der - hier vorliegenden - Löschungsbewilligung des Grundschuldgläubigers notwendig, um den Eigentü-

mer davor zu bewahren, ein durch Zahlungen auf das Grundpfandrecht entstandenes, aus dem Grundbuch nicht ersichtliches Eigentümergrundpfandrecht bzw. seine Anwartschaft auf Erwerb des Eigentümergrundpfandrechts gegen seinen Willen zu verlieren (Senat, Beschluss vom 12. Oktober 2017 - V ZB 131/16, NJW 2018, 710 Rn. 7). Die von einer GbR als Eigentümerin zu erteilende Zustimmung ist grundsätzlich von allen gemäß § 47 Abs. 2 Satz 1 GBO im Grundbuch eingetragenen Gesellschaftern abzugeben; denn gemäß § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO werden die im Grundbuch eingetragenen Gesellschafter einer GbR verfahrensrechtlich wie Berechtigte behandelt.

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

9 aa) Das Beschwerdegericht nimmt - seiner ständigen Rechtsprechung folgend (zuvor bereits KG, ZEV 2016, 338 Rn. 3; ZEV 2020, 707 Rn. 14) - an, dass die Buchposition des verstorbenen Gesellschafter einer GbR stets nach erb- und nicht nach gesellschaftsrechtlichen Regelungen auf den Erben oder die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit übergeht (im Anschluss an Ertl, MittBayNot 1992, 11, 16 f.; nur im Ergebnis zustimmend Staudinger/Kunz, BGB [30.4.2021], § 1922 Rn. 190b). Wegen der Testamentsvollstreckung sei hier allein der Beteiligte zu 3 befugt, die Eintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit zu bewilligen, was jedoch nicht rückwirkend geschehen könne. Anders beurteilt das Beschwerdegericht hingegen das Erfordernis der Voreintragung; (nur) hinsichtlich der Frage, ob die Bewilligung des Testamentsvollstreckers gegen die Erben wirksam und die Voreintragung deshalb gemäß § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbehrlich ist, hält es die Vorgaben des

Gesellschaftsvertrags für maßgeblich. Da nicht feststehe, dass der Testamentsvollstrecker die gesellschaftsrechtlichen Befugnisse ausüben dürfe, sei die Voreintragung des Erben bzw. der Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit erforderlich.

10 bb) Diese Differenzierung findet im Gesetz keine Stütze.

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

§ 891 BGB widerlegt. Infolgedessen müssen an Stelle des verstorbenen Gesellschafters nunmehr dessen Rechtsnachfolger in den Gesellschaftsanteil die Zustimmung erklären; eine von dem Gesellschaftsvertrag losgelöste Vererbung der Buchposition findet nicht statt. Nach den Vorgaben des Gesellschaftsvertrags beurteilt sich auch, wer bei Anordnung der Testamentsvollstreckung bewilligungsbefugt ist (näher dazu unten Rn. 15 ff.).

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

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

- 14 a) Nach den obigen Ausführungen kommt es zunächst entscheidend darauf an, wer bei der Erteilung der Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO befugt ist, die Gesellschafterbefugnisse des verstorbenen Mitgesellschafters auszuüben.
- 15 aa) Im Ausgangspunkt führt die von dem verstorbenen Mitgesellschafter einer GbR angeordnete Testamentsvollstreckung über seinen Nachlass nicht in jedem Fall dazu, dass die Verfügungsbefugnis der Rechtsnachfolger ausgeschlossen ist und die Gesellschafterbefugnisse von dem Testamentsvollstrecker wahrzunehmen sind. Insoweit sind verschiedene Konstellationen zu unterscheiden.
- 16 (1) Wie der Senat bereits in seinem Beschluss vom 13. Juli 2017 (V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 16 mwN) zu einem Nachlassinsolvenzverwalter ausgeführt hat, vollzieht sich die Vererbung von Anteilen im Fall der Auflösung der Gesellschaft gemäß § 727 Abs. 1 BGB an der nach dem Erbfall fortbestehenden Liquidationsgesellschaft nach rein erbrechtlichen Regeln. Die Einschränkungen, die sich aus der Sondervererbung von Gesellschaftsanteilen ergeben, bestehen insoweit nicht, sondern Gesellschafter ist der Erbe bzw. sind die Erben in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit als Erbengemeinschaft. Mit der Annahme des Amtes durch den Testamentsvollstrecker gemäß § 2202 Abs. 1 BGB nimmt dieser entsprechend § 146 Abs. 1 HGB unter Ausschluss der Erben die Befugnisse des Abwicklers wahr (vgl. MüKoBGB/Zimmermann, 8. Aufl., § 2205 Rn. 31). Sollte es sich bei der Beteiligten zu 1 um eine Liquidationsgesellschaft handeln, übte also der Beteiligte zu 3 als Testamentsvollstrecker die Gesellschafterbefugnisse des verstorbenen Mitgesellschafters aus und wäre zustimmungsbefugt.

- 17 (2) Enthält der Gesellschaftsvertrag hingegen eine Regelung gemäß § 736 Abs. 1 BGB, wonach die Gesellschaft unter den übrigen Gesellschaftern fortbestehen soll (sog. Fortsetzungsklausel), wächst der Anteil des verstorbenen Gesellschafters an dem Gesellschaftsvermögen gemäß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB den übrigen Gesellschaftern zu. In den von dem Testamentvollstrecker verwalteten Nachlass fällt lediglich der schuldrechtliche Abfindungsanspruch gemäß § 738 Abs. 1 Satz 2 BGB (vgl. Pauli in Bengel/Reimann, Handbuch der Testamentvollstreckung, 7. Aufl., § 5 Rn. 151). Das Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft führt zur Übernahme der Aktiva und Passiva durch den verbleibenden Gesellschafter, der Gesamtrechtsnachfolger der beendeten Gesellschaft wurde (vgl. BGH, Urteil vom 16. Dezember 1999 - VII ZR 53/97, NJW 2000, 1119 f. zur Kommanditgesellschaft). Im Ergebnis geht die Zustimmungsberechtigung des Verstorbenen also auf den oder die Mitgesellschafter über. Das wäre hier der Beteiligte zu 2, der bereits zugestimmt hat.
- 18 (3) Anders ist es jedoch, wenn der Gesellschaftsvertrag eine Regelung enthält, wonach die Gesellschaft im Fall des Todes eines Gesellschafters nicht aufgelöst, sondern mit allen oder einzelnen Erben fortgesetzt wird (sog. einfache bzw. qualifizierte Nachfolgeklausel). Dann gehört der im Wege der Einzelrechtsnachfolge unmittelbar auf den oder die Gesellschafter-Erben übergehende Anteil der Personengesellschaft zwar zum Nachlass. Der Testamentvollstrecker kann über die mit der Gesellschaftsbeteiligung verbundenen Vermögensrechte - insbesondere den Anspruch auf das künftige Auseinandersetzungsguthaben - verfügen. Wegen der Besonderheiten der zwischen den Gesellschaftern gebildeten Arbeits- und Haftungsgemeinschaft stehen ihm aber nicht solche Befugnisse zu, die unmittelbar die Mitgliedschaftsrechte der Erben berühren (vgl. BGH, Beschluss vom 12. Januar 1998 - II ZR 23/97, MDR 1998, 423 mwN). Dazu gehört

die Wahrnehmung der Rechte des Gesellschafter-Erben bei der Geschäftsführung (§ 709 BGB) und damit auch bei der Verfügung über Gegenstände des Gesellschaftsvermögens (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 - V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 19). In diesem Fall üben der oder die Gesellschafter-Erben je für sich (und nicht der Testamentsvollstrecker) die Gesellschafterbefugnisse des Verstorbenen aus, zu denen auch die Erteilung der Zustimmung gemäß § 27 Satz 1 GBO gehört. Infolgedessen müssten also der oder die Gesellschafter-Erben (je für sich und nicht als Erbengemeinschaft) zustimmen.

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

20 (1) Allerdings hat der Senat für die Eintragung eines Insolvenzvermerks in das Grundbuch entschieden, dass mangels anderer Anhaltspunkte von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB auszugehen ist (vgl. Senat, Beschluss vom 13. Juli 2017 - V ZB 136/16, NJW 2017, 3715 Rn. 16 a.E.). Diese Aussage lässt sich aber nicht verallgemeinern, sondern sie beschränkt sich ihrem Kontext entsprechend auf die Eintragung eines Insolvenzvermerks. Insoweit ist § 32 Abs. 1 Nr. 1 InsO entsprechend anzuwenden, wenn über den Nachlass eines verstorbenen Mitgesellschafters das Insolvenzverfahren eröffnet wurde; das Insolvenzgericht hat daher, soweit ihm aus dem Grundbuch hervorgehende Gesellschaftsanteile bekannt werden, das Grundbuchamt von Amts wegen um die

Eintragung des Vermerks zu ersuchen (§ 32 Abs. 2 Satz 1 InsO) oder der Insolvenzverwalter hat sie beim Grundbuchamt zu beantragen (§ 32 Abs. 2 Satz 2 InsO). Zweck der Vorschrift ist es, die Insolvenzmasse vor Beeinträchtigungen durch einen gutgläubigen Erwerb zu schützen, indem die Verfügungsbeschränkungen, denen der Insolvenzschuldner unterliegt (§ 80 Abs. 1, § 81 Abs. 1 InsO), im Grundbuch verlautbart werden (Senat, Beschluss vom 19. Mai 2011 - V ZB 197/10, NJW-RR 2011, 1030 Rn. 10). Durch die Eintragung wird der öffentliche Glaube des Grundbuchs beseitigt, soweit dieser gemäß § 899a BGB das Fehlen von Verfügungsbeschränkungen (§ 892 Abs. 1 Satz 2 BGB) der eingetragenen Gesellschafter umfasst. Es ist deshalb im Interesse der gesamten Gläubigerschaft erforderlich, zur Sicherung der Masse den Insolvenzbeschluss umgehend im Grundbuch offenkundig zu machen (vgl. MüKInsO/Busch, 4. Aufl., §§ 32, 33 Rn. 1 mwN). Dieses gesetzgeberische Ziel würde verfehlt, wenn das Insolvenzgericht vor dem Ersuchen die gesellschaftsvertraglichen Regelungen prüfen bzw. der Insolvenzverwalter deren Inhalt in seinem Antrag nachweisen müsste. Sind allerdings abweichende gesellschaftsvertragliche Abreden positiv bekannt, die dazu führen, dass ein Insolvenzvermerk nicht einzutragen ist, dürfen - selbstverständlich - weder das Insolvenzgericht das Grundbuchamt um die Eintragung ersuchen noch der Insolvenzverwalter diese beantragen. Andernfalls darf zum Schutz der Insolvenzmasse insoweit von dem gesetzlichen „Normalfall“ des § 727 Abs. 1 BGB ausgegangen werden; das gilt auch für das Grundbuchamt, das die Eintragung vorzunehmen hat.

- 21 (2) Anders verhält es sich aber bei dem Nachweis der Bewilligungsbefugnis zur Berichtigung des Grundbuchs nach dem Tod eines Gesellschafters der GbR. Denn der (eilbedürftige) Insolvenzvermerk führt weder Rechtsänderungen herbei noch ermöglicht er deren Vornahme; er beseitigt den öffentlichen Glauben des Grundbuchs, während die Berichtigung diesen herbeiführt. Für den Nachweis der Bewilligungsberechtigung entspricht es daher im Ansatz einhelliger und

zutreffender Auffassung, dass nicht ohne Weiteres die Rechtsfolge des § 727 Abs. 1 BGB anzunehmen ist, sondern dass regelmäßig neben der Bewilligung die gesellschaftsvertraglichen Folgen des Versterbens des Mitgesellschafters mindestens schlüssig dargelegt werden müssen (vgl. KG, ZEV 2020, 707 Rn. 17; ZEV 2016, 338 Rn. 4; OLG München, NZG 2020, 191 Rn. 14; FGPrax 2017, 250, 252; OLGR Jena 2001, 282, 283; BeckOK BGB/Eckert [1.11.2021], § 899a Rn. 9; BeckOGK/Hertel, BGB [15.4.2021], § 899a Rn. 51; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 22 Rn. 41 und § 47 Rn. 31.1; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 4274; Reymann, DNotZ 2021, 103, 130 f.; Schöner, DNotZ 1998, 815, 818). Das gilt auch für die Bewilligungsbefugnis des Testamentsvollstreckers (vgl. zu dieser Demharter, GBO, 32. Aufl., § 19 Rn. 56 ff., § 52 Rn. 18 ff.).

- 22 (3) Diese Anforderungen sind auch hier maßgeblich. Soll eine auf dem Grundstück einer GbR lastende Grundschuld nach dem Tod eines Gesellschafters mit Zustimmung des Testamentsvollstreckers und der verbliebenen Gesellschafter gelöscht werden, ohne zuvor das Grundbuch zu berichtigen, muss die Zustimmungsbefugnis des Testamentsvollstreckers nachgewiesen werden. Das ist erforderlich, weil die Grundschuld gelöscht werden soll, ohne zuvor das Grundbuch wegen der eingetretenen Veränderungen in dem Gesellschafterbestand zu berichtigen (§ 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO, § 47 Abs. 2 Satz 2 GBO). Die Regelung in § 40 Abs. 2 Alt. 1 GBO entbindet lediglich von dem Erfordernis der Voreintragung nach § 39 Abs. 1 GBO. Weitere Erleichterungen ergeben sich aus der Vorschrift nicht. Da die mit der Eintragung verbundene erleichterte Legitimationsprüfung durch das Grundbuchamt durch den Verzicht auf die Voreintragung entfällt, muss dem Grundbuchamt die Bewilligungsberechtigung und -befugnis wie bei einer Berichtigungsbewilligung zur Voreintragung nachgewiesen werden (vgl. Bauer/Schaub/Bauer, GBO, 4. Aufl., § 40 Rn. 4, 27; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 40 Rn. 2).

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

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

25 (a) Teils werden weitere Beweismittel unter Rückgriff auf die „Mediatisierungsfunktion“ des § 47 Abs. 2 GBO (vgl. dazu auch Senat, Beschluss vom 28. April 2011 - V ZB 194/10, BGHZ 189, 274 Rn. 20 ff.) stets als entbehrlich und die Bewilligung bzw. Zustimmung der Gesellschafter und der Erben als ausreichend angesehen, sofern der nachfolgerelevante Inhalt des Gesellschaftsvertrags in grundbuchmäßiger Form in der Bewilligungserklärung schlüssig dargelegt wird (so Reymann, DNotZ 2021, 103, 130 f.; ders., FGPrax 2017, 252, 253;

Weber, ZEV 2015, 200, 201 f.; ähnlich BeckOGK/Hertel, BGB [15.4.2021], § 899a Rn. 51 f.; Meikel/Böhringer, GBO, 12. Aufl., § 47 Rn. 260; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 4274; jedenfalls für das Fehlen eines schriftlichen Vertrags im Ergebnis ebenso BayObLGZ 1992, 259, 261; OLG Dresden, ZEV 2012, 339, 340; Böttcher, ZfIR 2009, 613, 622 f.; Kremer, RNotZ 2004, 239, 251).

- 26 (b) Nach verbreiteter Ansicht soll dagegen im Grundsatz die Vorlage bestätigender Urkunden erforderlich sein, und zwar nicht nur bei der Berichtigung aufgrund Unrichtigkeitsnachweises gemäß § 22 GBO, sondern auch bei der Berichtigung aufgrund Bewilligung gemäß § 19 GBO (so ausdrücklich Demharter, GBO, 32. Aufl., § 22 Rn. 41 f. mwN). Gibt es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag, könne das Grundbuchamt infolgedessen die Vorlage eidesstattlicher Versicherungen über den Inhalt des mündlich geschlossenen Vertrags verlangen (vgl. BayObLG, NotBZ 2001, 33, 34; OLG München, FGPrax 2017, 250, 251; OLG Schleswig, NotBZ 2012, 189, 191; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 22 Rn. 41 f.; Schöner/Stöber, Grundbuchrecht, 16. Aufl., Rn. 4275; Bayer/Lieder in Bauer/Schaub, GBO, 4. Aufl., Allg. Teil, J Rn. 41; BeckOK GBO/Reetz [1.11.2021], § 47 Rn. 104b; van de Loo, NotBZ 2012, 192, 193 f.).
- 27 (c) Nach beiden Auffassungen ist bei einer Testamentsvollstreckung allerdings noch nicht beantwortet, ob neben dem verbliebenen Gesellschafter der Testamentsvollstrecker und/oder die Erben die erforderlichen Erklärungen abgeben müssen.
- 28 (2) Richtigerweise ist der Nachweis der Zustimmungsbefugnis jedenfalls dann erbracht, wenn sich aus der in der Form des § 29 GBO eingereichten Zustimmungserklärung des Testamentsvollstreckers und der übrigen Gesellschafter ergibt, dass es keinen schriftlichen Gesellschaftsvertrag gibt und besondere

gesellschaftsvertragliche Abreden für den Todesfall nicht getroffen worden sind, sofern keine konkreten Anhaltspunkte für Zweifel an diesen Angaben bestehen; eidesstattlicher Versicherungen bedarf es nicht.

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

30 (b) Ein vergleichbares Problem stellt sich, wenn nachgewiesen werden muss, dass von dem Testamentsvollstrecker getätigte Verfügungen nicht im Sinne von § 2205 Satz 3 BGB unentgeltlich und daher von der Verfügungsbefugnis umfasst sind. Insoweit hat der Senat anerkannt, dass einfache Erklärungen des Testamentsvollstreckers genügen können, wenn keine begründeten Zweifel daran bestehen, allerdings nur, soweit es praktisch unmöglich ist, Urkunden beizubringen (vgl. Senat, Beschluss vom 24. September 1971 - V ZB 6/71, BGHZ 57, 84, 95). Im Ergebnis ist dem Grundbuchamt hier eine freie Beweiswürdigung gestattet, sofern und soweit ein Nachweis in der Form des § 29 GBO nicht möglich ist; dabei hat es jedoch keine eigenen Nachforschungen und Ermittlungen anzustellen und darf nur bei konkreten Zweifeln weitere Nachweise verlangen (vgl. Demharter, GBO, 32. Aufl., § 52 Rn. 24 f.).

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

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

Oldenburg, ZfIR 2010, 726, 728; OLG Saarbrücken, ZfIR 2010, 329, 332). Ob eidesstattliche Versicherungen insoweit ein taugliches Mittel sind, als die Erbfolge nachgewiesen werden soll (§ 35 GBO), insbesondere im Hinblick auf den Ausschluss negativer Tatsachen (vgl. dazu Demharter, GBO, 32. Aufl., § 29 Rn. 63, § 35 Rn. 41; Böhringer, ZEV 2017, 68, 69), bedarf hier keiner Entscheidung.

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

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

Rechtsbeschwerde ist die tatsächliche Prämisse des Beschwerdegerichts unzutreffend; danach hat der Verstorbene unter derselben Anschrift eine in seinem Alleineigentum stehende Eigentumswohnung bewohnt.

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

36 c) Schließlich scheidet die Beschwerde nicht daran, dass der Beteiligte zu 3 bislang lediglich eine beglaubigte Ausfertigung des Testamentsvollstreckerzeugnisses beigebracht hat. Allerdings muss das Testamentsvollstreckerzeugnis dem Grundbuchamt grundsätzlich in Urschrift oder Ausfertigung vorliegen (vgl. OLG Hamm, ZEV 2016, 640 f.; BeckOK GBO/Wilsch, [1.11.2021], § 35 Rn. 137 jeweils mwN). Die Rechtsbeschwerde verweist aber zu Recht darauf, dass es ausreicht, wenn in dem Antrag auf die bei demselben Amtsgericht geführten Nachlassakten und das darin enthaltene Testamentsvollstreckerzeugnis Bezug genommen wird (vgl. BeckOK GBO/Wilsch, [1.11.2021], § 35 Rn. 137; Demharter, GBO, 32. Aufl., § 35 Rn. 60 a.E.; Schaub, ZEV 2000, 49 f.). So liegt es hier; die notarielle Urkunde, die die Zustimmung der Beteiligten zu 2 und 3 enthält, nimmt auf die bei demselben Amtsgericht geführten Nachlassakten Bezug.

D.

37 Im Ergebnis ist die Sache gemäß § 78 Abs. 3 GBO, § 74 Abs. 6 Satz 2 Alt. 2 FamFG unter Aufhebung des angefochtenen Beschlusses an das Gericht des ersten Rechtszuges zurückzuverweisen, damit das Grundbuchamt der Beteiligten zu 1 durch Zwischenverfügung Gelegenheit geben kann, die erforderlichen Erklärungen der Beteiligten zu 2 und 3 nachzureichen.

Stresemann

Brückner

Göbel

Malik

Laube

Vorinstanzen:

AG Berlin-Mitte, Entscheidung vom 05.06.2020 - 46 MI 16401N -

KG Berlin, Entscheidung vom 15.09.2020 - 1 W 1340/20 -